



٤٤٢

العلماء

في

شرح المختصر النافع

تأليف

العلامة جمال الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن فهد الحلي

٧٥٧-٨٤١ هـ

تأليف: الشيخ محمد بن أبي

تأليف: الشيخ محمد بن أبي

موسى بن النضر الأسدي

مطبعة المدية بن بعلبك

جمعہ داری شد
ش. اموال: ۳۵۱۴۹



۴۴۲

۲۶۲۹

المجلد السابع

في

شرح المختصر النافع

تأليف



العلامة جمال الدين العباسي أحمد بن محمد بن عبد الله

٧٥٧-١٨٤١ هـ

تخريج: الحجة الشَّيْخُ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ

مجلد الثالث

مركز الدراسات والبحوث الإسلامية
و أبحاث في تحقيق

جمعہ داری اموال مرکز

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة



مركز تحقيقات كتابي و تری علوم اسلامی
المهذب البارع
(ج ۳)

- العلامة جمال الدين أحمد بن محمد بن فهد الحلبي
- الحاج آقا مجتبی العراقي
- فقه
- مؤسسة النشر الإسلامي
- ۱۰۰۰ نسخة
- ذي الحجة الحرام ۱۴۱۱ هـ. ق

- المؤلف:
- المحقق:
- الموضوع:
- طبع ونشر:
- المطبوع:
- التاريخ:

مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة لجامعة المدرسين بقم المشرقة

۱۱۰

کتاب الودیعة والعاریة



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوديعة والعارية

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

كتاب الوديعة والعارية

مقدمة

الوديعة مشتقة من ودع يدع، إذا استقرّ وسكن، تقول: اودعته اودعه، أي أقرته، واسكنه، وقيل: إنه مشتق من ودع يقال: ودع الشيء يودع إذا كان في حفص وسكون، وهو قريب من الأول، وكأن المالك سكن إلى المستودع واطمأن إليه وثوقاً بأمانته وأنه يقوم مقامه في حفظها، فهو في حفص 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 مؤزناً. وتجب إعادتها إلى المالك مع المطالبة.

ولو كانت غصباً منعه وتوصل في وصولها إلى المستحق. ولو جهله عرقها كاللقطة حولاً، فإن وجدته، وآلا 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.
والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع.
أما الكتاب: فقوله تعالى «ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها» (١)
وقوله تعالى «فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي إئتمن أمانته» (٢).
وأما السنة: فروى أنس بن مالك وأبي بن كعب وابو هريرة كل واحد على الانفراد عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: أذا أمانة إلى من إئتمنك، ولا تخن من خانك (٣) وكان عنده صلى الله عليه وآله ودائع بمكة فلما أراد أن يهاجر أودعها أم أيمن، وأمر عليها عليه السلام بردها على أصحابها (٤) وروى سمرة (٥) عنه

(١) النساء: ٥٨.

(٢) البقرة: ٢٨٣.

(٣) عوالم اللألى: ج ٣ باب الودعة ص ٢٥٠ الحديث ١ ولاحظ معلق عليه.

(٤) عوالم اللألى: ج ٣، باب الودعة ص ٢٥٠ الحديث ٢ ورواه في المستدرك: ج ٢ كتاب الودعة،

الباب ١ الحديث ١٢. نقلاً عن عوالم اللألى، ونقله في التذكرة: 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) <٢>

عليه السلام انه قال: على اليد ما أخذت حتى تؤدى (١).
ومن طريق الخاصة عن زين العابدين عليه السلام: لو أن قاتل الحسين
عليه السلام إثم على السيف الذي قتل به الحسين عليه السلام لرددته اليه (٢).
وأما الإجماع: فن الأمة لا يختلفون فيه.

تنبيه

الوديعة والعارية من الأمانات الخاصة.

والأمانة مطلقاً ينقسم الى قسمين:

أمانة خاصة كالوديعة، والعارية، والشركة، والمضاربة، والعين المرهونة،
والمستاجرة، وما في يد الوكيل، والوصي. وضابطها كل عين حصلت في يد غير
مالكها بغير اذنه أو بأذنه، ثم اعلم ولم يطالبها، أو أقره الشارع على إمساكها ليدخل
فيه الوديعة بعد موت المودع المشغول بحجة الإسلام، مع علم المستودع عدم تقييد
النوارث، فإن الشارع جعل له ولاية الاستيجار للحج فهي في يده الى وقت
الإستيجار غير مضمونة. ويدخل فيه ايضاً 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 التعدي كالثوب تطيره الريح الى دار انسان، وكالوديعة اذا مات مالكها ولم
يعلم الوارث، وكالمأثور يدفع عين الى غيره، والمال الموصى بتفريقه أو بدفعه الى من
يعلم به. ولو كان الموصى له معيناً 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 والأربعون، ص ١٠٣.

ولو اختلفا في مال هل هو ودیعة أودین، 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. ولومات المودع وكان الوارث جماعة دفعها اليهم، أو الى من يرتضونه، ولو دفعها الى البعض ضمن حصص الباقيين. وأما العارية: فهي الإذن في الإنتفاع بالعين تبرعاً وليست لازمة لأحد المتعاقدين. ويشترط في المعير كمال العقل وجواز التصرف. وللمستعير الإنتفاع بما جرت به العادة. ولا يضمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالإنتفاع، بل لا يضمن إلا مع تفريط أو عدوان أو اشتراط، إلا ان تكون العين ذهباً أو فضة فالضمان يلزم وإن لم يشترط. ولو استعار من الغاصب مع العلم ضمن، وكذا لو كان جاهلاً لكن يرجع على المعير بما يغترم. وكل ما يصح الإنتفاع 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 وكياله، ولو اتلفت قبله لم يضمن، وحكم العامة وجوب الدفع على الفور ويضمن مع التأخير، ويشتركان في الضمان مع التفريط أو التعدي.

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

(أ) اذا اختلفا في مال، فقال القابض: هو ودیعة عندي، وقال مالكة: بل هو

دين عليك، أي مثله دين، لأنَّ الملك المعين لإنسان لا يكون ديناً على غيره، لأنَّ الدين كَلِّي ثابت في الذمة غير مشخص، إلَّا أن نقول: القرض لا يملك بمجرد القبض، بل بالتصرف، وهذا النزاع إنما يحصل ويتصور له ثمرة مع تلف العين أو تعذر ردها، كما لو أخذها ظالم فادَّعى القبض أنها وديعة عنده وتلفها من مالكها، وادَّعى المالك أنها دين عليه، وقال: حقي ثابت في ذمتك وإنما لي عليك مثلها أو قيمتها، فالقول قول المالك لأنَّ الأصل في اليد ضمانها مال الغير، لقوله عليه السَّلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدى (١) ولما رواه اسحاق بن عمار قال: سألت أبا الحسن عليه السَّلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم، فضاعت، فقال الرجل: كانت عندي وديعة، وقال الآخر: إنما كانت عليك قرضاً، قال: المال لازم له، إلَّا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة (٢).

(ب) إذا ثبت تفريط الودعي بإقراره أو البينة، لزمه ضمان العين مثلاً أو قيمة، فإن اختلفا في القيمة، فهل القول قول المالك؟ قال الشيخان: نعم (٣) لأنَّ الودعي صار بالتفريط خائناً، ولا يكون قوله مسموعاً، وقال التقي: يقبل قوله لأنَّه غازم والأصل براءة ذمته من الزائد (٤) وبه قال إسن حمزة (هـ) وابن

(١) تقدم آنفاً.

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

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

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

(هـ) الوسيلة: فصل في بيان الوديعة ص ٢٧٥ س ١٣ قال: فإن اختلفا في القيمة ولم يكن هناك أئينة 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، والإعارة المصدر. وقيل: اشتقاقها من عاريعر إذا 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 والمستبيح والمستعير، والعين المنتفع بها المستعار، والاصل فيها الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: «وتعاونوا على البر والتقوى» (٥) والعارية إباحة الانتفاع لمن هو محتاج، فكان إعانة. وقوله تعالى: «الذين هم يراؤون 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 ولاينة 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 الودعي 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 أيضاً قال: ومنهم من قال: يمنعون العارية.

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

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

وأما الإجماع: فمن سائر الأمة.



تنبيه

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

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

(ب) التعدي، وهو فعل ما لا يجوز شرعاً.

- (١) القرقر، القاع الأملس، وقيل: المستوى الأملس الذي لا شيء فيه، وفي حديث الزكاة يطح له بقاع قرقر، هو المكان المستوي - لسان العرب ج ٥ لغة - قرر.
- (٢) مسند أحمد بن حنبل: ج ٣ ص ٣٢١ قطعة من حديث جابر.
- (٣) مسند أحمد بن حنبل: ج ٥ ص ٢٦٧ عن أبي امامة الباهلي، وفي ٢٩٣ عن سعيد بن أبي سعيد.
- (٤) مسند أحمد بن حنبل: ج ٣ ص ١٨٠ ولفظ الحديث «عن أنس قال: كان بالمدينة فرع فاستعار النبي صلى الله عليه وآله [وآله] وسلم فرساً لأبي طلحة يقال له مندوب فركبه الحديث».
- (٥) الفروع: ج ٥ كتاب المعيشة، باب ضمان العارية والودعة: ص ٢٤٠ الحديث ١٠.

ولو اختلفا في الرد، فالقول قول المعير. ولو اختلفا في القيمة، فقولان: أشبهما قول الغارم مع يمينه. ولو استعار ورهن من غير اذن المالك، انتزع المالك العين ويرجع المرتن 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 المرتن. وذهب بعض العامة الى كونها مضمونة في الأصل، لقوله عليه السلام «بل عارية مضمونة» والجواب أن ضمانها بإشتراطه عليه السلام على نفسه الضمان، لا أنه من لوازمها. قال طاب ثراه: ولو اختلفا في القيمة فقولان: أشبهما قول الغارم.

أقول: مختار المصنف مذهب العلامة (١) وبه قال القاضي (٢) (٣) وسلا (٤)

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

(٢) ظاهر الأمر على خلاف ما أثبتته المصنف رحمه الله لأن بعضهم في الاختلاف يقول: القول قول المعير وبعضهم يقول: القول قول المستعير، واليك ما أثبتوه 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 الى قوله وبه قال ابن البراج.

(٤) المراسم: ذكر احكام العارية ص ١٩٤ س ١٠ قال: فإذا اختلفا في شيء من ذلك فالقول قول المعير الخ.

وابن حمزة (١) وابن ادريس (٢) وقال الشيخان يقدم قول المالك (٣) ومنشأ الخلاف قد تقدم.



- (١) الوسيلة: فصل في بيان العارية ص ٢٧٦ س ٦ قال: وإن اختلفا في القيمة كان القول قول المعير الخ.
- (٢) السرائر: باب العارية، ص ٢٦٢ س ١١ قال: والذي يقتضيه الأدلة وأصول المذهب أن القول قول المدعى عليه الخ.
- (٣) المقنعة: باب العارية ص ٩٧ س ٢٧ قال: وإن لم تكن له بيعة فالقول قول صاحب العارية الخ وفي النهاية: باب الوديعة والعارية ص ٤٣٨ س ١٣ قال: وإذا اختلف المعير والمستعير في قيمة العارية كان القول قول صاحبها مع يمينه الخ.
- والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

کتاب الاجارة

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب الاجارة

وهي تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم. ويلزم من الطرفين >

كتاب الاجارة

مقدمة

الاجارة في اللغة كذا الأجير، وإشتقاقه من الأجر وهو الثواب، يقال: أجر داره يوجرها إيجاراً فهو موجر. والأجير فاعيل بمعنى الفاعل كالعليم بمعنى العالم. وفي الشريعة تمليك المنفعة مدة معينة بعوض مالي.

فالتمليك جنس، والمنفعة فصل يخرج به تمليك الأعيان كالبيع والهبة. ويخرج باشتراط العوض العارية، وباقي القيود شروطه.

والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى «فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن» (١) وقال «لو شئت لاتخذت عليه أجراً» (٢) وقال «إني أريد أن انكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج» (٣) فاخبر بوقوع الاجارة.

وأما السنة: فروى أبوهريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: أعط الأجير أجرته

قبل أن يحق عرقه (١) وروى أبو سعيد الخدري وأبو هريرة عنه عليه السلام: من استأجر أجيراً فليعلمه أجره (٢) وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره، ورجل أعطاني صفيقته ثم غدر (٣).

وفعله الصحابة، فعلي عليه السلام أجر 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: سألت عن الاجارة؟ قال: صالح لا بأس بها إذا نصح قدر طاقته، وقد أجر نفسه موسى بن عمران واشترط فقال: ان شئت ثمانياً وإن عشرين، فانزل الله الآية (٥).

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

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

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

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

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

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

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

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

وأما الإجماع: فن عامة المسلمين.

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

أقول: للأصحاب هنا ثلاثة أقوال:

(أ) البطلان بالموت من أيهما إتفق قاله الشيخان (١) وسلار (٢) والقاضي (٣) وابن حمزة (٤).

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

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

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

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

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

احدهما.

(٥) المختلف: كتاب الإجارة ص ٢ س ٣٠ قال: وقال أبو الصلاح لا يبطل الإجارة بالموت إلى أن

قال: وبه قال ابن إدريس ونقله عن السيد المرتضى إلى أن قال: والوجه ما قال أبو الصلاح.

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

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

(٨) المختلف: كتاب الإجارة ص ٢ س ٣٠ قال: وقال ابن الجنيد: ولومات المستأجر قدام ورثته الخ.

(٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(١٠) تقدم نقله آنفاً.

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

احتج الأولون بتعذر استيفاء المنفعة بالموت، لأنه استحق استيفائها على ملك المجر 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 الإجارة (الاجرة) من تركته، لانتقالها بالموت إلى ورثته، ولأنه ربما كان غرض المالك تخصيص المستأجر، لتفاوت الأغراض بتفاوت المستأجرين، وقد تعذر ذلك بالموت.

واجيب بان المستأجر قد ملك المنافع بالعقد، وملكت عليه الأجرة كاملة، فالمنتقل إلى ورثة المجر بالموت ليس إلا العين منسوبة بالمنافع مدة الإجارة، وإلى ورثة المستأجر ما عدا مال الإجارة، لوجوبه في حياته للغير بعقد شرعي.

احتج العلامة ومن تابعه بوجوه:

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

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

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

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

(٤) المختلف: كتاب الإجارة ص ٣ س ١ قال: لئانه حق مالي ومنفعة مقصودة يصح المعاوضة عليها الخ

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

وشرائطها خمسة:

- (١) ان يكون المتعاقدان كاملين جائزي التصرف.
- (٢) وأن تكون الأجرة معلومة، كيلاً أو وزناً، وقيل: تكفي المشاهدة، ولو كان ممّا يكال أو يوزن. وتملك الأجرة بنفس العقد معجلة مع الاطلاق أو اشتراط التعجيل ويصح تأجيلها نجوماً، أو إلى أجل واحد

ولقائل أن يقول: هذا مصادرة على المطلوب، لأن المانع لا يسلم صحة انتقالها بالميراث لأن المنافع تتجدد وتحدث في ملك الوارث.
(ب) انها عقد صحيح فيستصحب حكمه.

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

احتج الآخرون بما احتج به الأولون في الشق الثاني.
قال طاب ثراه: وأن تكون الأجرة معلومة كيلاً أو وزناً. وقيل: تكفي المشاهدة.
أقول: قال الشيخ في المبسوط: مال الإجارة يصح أن يكون معلوماً بالمشاهدة، وإن لم يعلم قدره (١) وهو مذهب السيد (٢) وظاهر النهاية المنع (٣) وبه قال ابن

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

(٢) الجوامع الفقهية، كتاب البيع من الناصريات، المسألة الخامسة والسبعون والمائة، ص ٢١٧

س ١٧ قال: ولم يشترط في الاجارة ان تكون الأجرة مضبوطة الصفات الخ.

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

ولو استأجر من يحمل له متاعاً إلى موضع في وقت معين بأجرة معينة، فإن لم يفعل نقص من أجرته شيئاً معيناً، صح ما لم يحط بالأجرة. (٣) وإن تكون المنفعة مملوكة للموَجِر، أو لمن يؤجر عنه، وللمستأجر أن يؤجر إلا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه.

ادريس (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣) لتحقيق 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 الإجارة، لأنها الغرر المفضي إلى التنازع المنهى عنه.

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

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

أقول: هذا هو المشهور في كتب أصحابنا، وتوضيحه ما رواه محمد الحلبي في الموثق قال: كنت قاعداً عند قاض وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس، فأتاه رجلان، فقال أحدهما: اني تكررت ابل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن واشترطت أن يدخلني المبدن يوم كذا وكذا، لأنها سوق أتخوف أن يفوتني، فإن احتبست عن ذلك حططت من الكره لكل يوم احتبسه كذا وكذا، وانه قد

(١) السرائر: باب الاجارات ص ٢٧٠ س ١ قال: فأما مال الاجارة التي هي الأجرة فالأظهر من المذهب أنه لا يجوز إلا أن يكون معلوماً ولا تصح ولا تنعقد الاجارة اذا كان مجهولاً جزافاً الخ.

(٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً، فقال القاضي: هذا شرط فاسد وقه كراه، فلمّا قام الرجل أقبل اليّ ابوجعفر عليه السّلام فقال: شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه (١) وفي صحيحة محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام، قال: سمعته يقول: كنت جالساً عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما: إنني تكرّيت هذا يوافي بي السوق يوم كذا وكذا، وإنه لم يفعل، قال: ليس له كراء، قال: فدعوته فقلت له: يا عبد الله ليس لك أن تذهب بحقه وقلت للأجير: ليس لك أن تأخذ كلّ الذي عليه إصطلاحاً، فترادّا بينكما (٢) وقال ابن ادریس: الأولى عندي أنّ العقد صحيح والشرط فاسد، لأنّ الله تعالى قال «أوفوا بالعقود» (٣) وهذا عقد فيحتاج في فسخه إلى دليل، وإلّا فالشرط إذا انضم إلى عقد شرعي صحّ العقد وبطل الشرط إذا كان غير شرعي (٤) وقال ابو علي: إذا استأجره على أن يبلغ به خمسة أيام بخمسين درهماً، فإن لم يبلغها كان موضوعاً من الأجرة لكل يوم خمسة عشر درهماً، فبلغه إلى المكان في مدة لا يستغرق الحظيطة الأجرة، جاز، وإن استغرقت، أو كان الشرط عليه إن تأخر عن شرطه لم يكن له أجرة، كان الحكم في ذلك الصلح، لا يسقط الأجرة كلّها ولا يأخذها جميعاً (٥) وظاهر العلامة بطلان العقد ببطلان الشرط ووجوب أجرة المثل (٦).

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

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

(٣) المائدة: ١.

(٤) السرائر: كتاب الاجارات ص ٢٧٢ س ٣٠ قال: والأولى عندي أنّ 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 ادریس: وحيث يجب أجرة 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 الأجرة ولو لم ينتفع. وإذا عيّن جهة الإنتفاع لم يتعدها المستأجر، ويضمن مع التعدي. ولو

فالحاصل: أن هنا أربعة أقوال:

(أ) صحة هذا الشرط والعمل بموجبه مالم يحط بالأجرة، فيجب أجرة المثل، قاله الشيخ في النهاية واختاره (١) وافق به العلامة في المعتمد (٢).

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

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

(د) بطلانها معاً، فيجب اجرة المثل سواء أوصله في المعين أو غيره، وسواء أحاطت بالأجرة 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 الأجرة وان لم ينتفع.

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

(٢)

(٣) و (٤) تقدما آنفاً.

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

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

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

أقول: هذا الكلام مجمل ويفتقر إلى تفصيل وأشار إليه المصنف في الشرائع ولم يبيّنه (١) وقد سمعنا فيه مذاكرة أقوالاً غير محصلة لانطوّل بإيرادها الكتاب، خلّوها عن الفائدة، وأجود ما قيل فيه ما حكاه شيخنا قدّس الله روحه ورضي عنه.

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

(١) الشرائع: كتاب الإجارة، في شرائط الإجارة الرابع، قال: وإذا سلّم العين المستأجرة ومضت

مدة إلى أن قال: وفيه تفصيل.

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

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

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



مركز تحقیقات کتب و ترویج علوم اسلامی

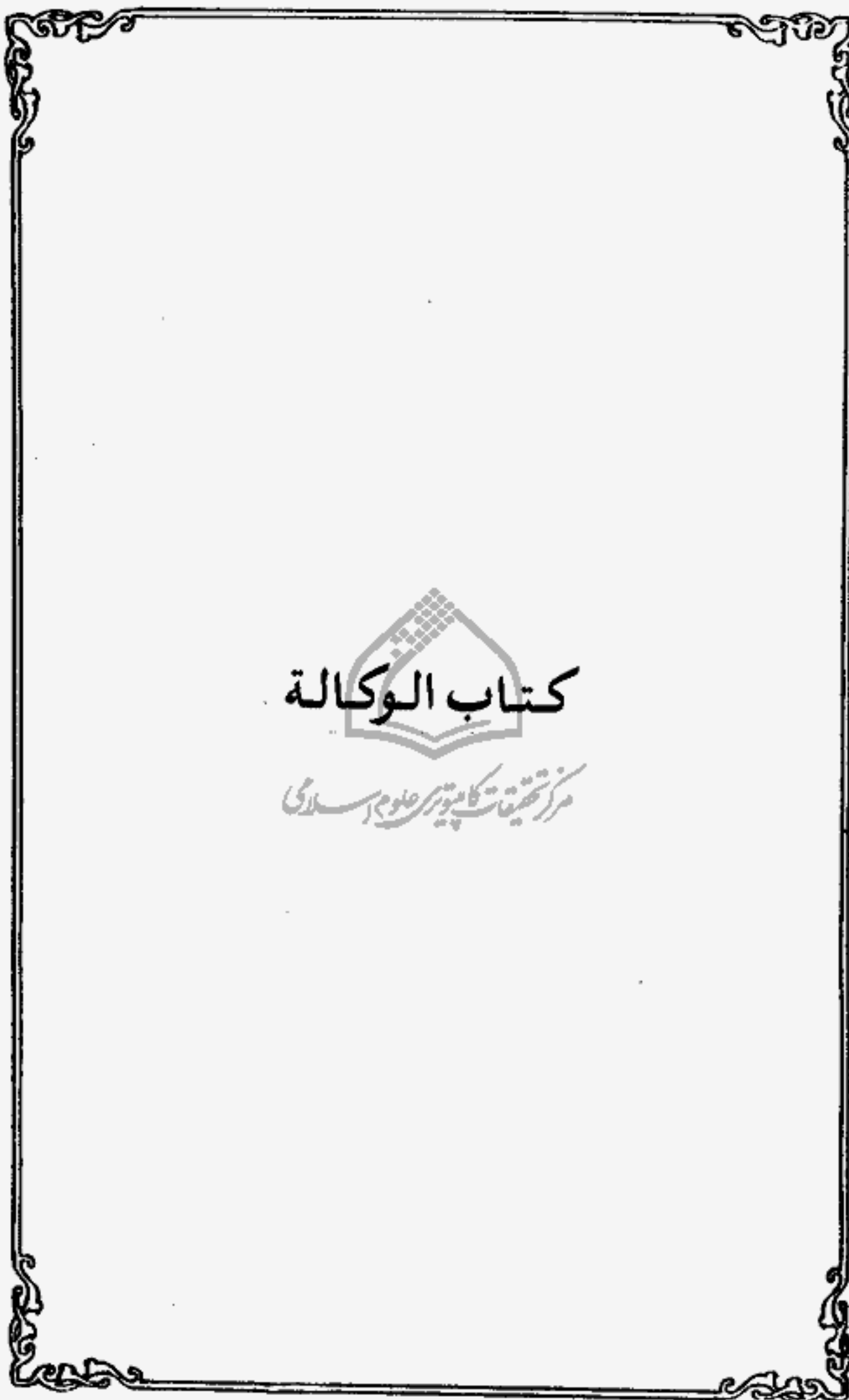
(١) السرائر: في الاجارات، ص ٢٧١ من ٢٣ قال: ومتى هلكت الدابة الى أن قال: فإن لم يكن له بينة كان القول قول الغارم.

(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 الى أن قال: فإن اختلفا في الثمن كان على صاحبها البينة فإن لم تكن له بينة كان القول قوله مع يمينه الى أن قال: والحكم فيما سوى الدابة فيما يقع الخلف فيه الخ.

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

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



كتاب الوكالة

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب الوكالة

وهي تستدعي فصولاً:

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

كتاب الوكالة
مقدمة

الوكالة بكسر الواو وفتحها، وهي استئابة في التصرف.

والأصل فيها الكتاب والستة والاجماع.

أما الكتاب: فعموم قوله تعالى «أوفوا بالعقود» (١) وقوله تعالى «فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة فليستظر أيها أركى طعاماً 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 هويوشع عليه السلام، وليس خادماً، فيكون وكيلاً. فدلّت الآيتان ونظائرها على مشروعية الإستئابة في التصرف وهو معنى الوكالة.

وأما الستة: فروى جابر بن عبد الله أنه قال: أردت الخروج الى خير فأتيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلمت عليه وقلت له: إنني أريد الخروج الى خير، فقال: إذا أتيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً، فإن إبتغى منك آية فضع يدك على ترقوته، فأثبت عليه السلام لنفسه وكيلاً (١) وفيه دلالة على جواز تسليم العين إلى غير المالك بالعلامة وإخبار الثقة. وروى أنه عليه السلام وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وكانت بالحبيشة (٢) وكل أبارافع في قبول نكاح ميمونة بنت الحرث الهلالية خالة عبد الله بن العباس (٣) وكل عروة بن الجعد السبارقي في شراء شاة الاضحية (٤) وكل السعاة في قبض الصدقات (٥) وروى أن علياً عليه السلام وكل أخاه عقيلاً في مجلس أبي بكر أو عمر فقال: هذا أخي، فما قضى عليه فعلي، وما قضى له فلي (٦) وكل 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 ص ٣٥ قال: وكل أبارافع في نكاح ميمونة، ولم أعرفها بأيدينا من كتب الحديث والرجال من العامة والخاصة على غيره.

(٤) و (٥) عوالي اللئالي: ج ٣، باب الوكالة ص ٢٥٧ الحديث ٤ و ٥ ولاحظ ماعلق عليه.

(٦) السنن الكبرى للبيهقي: ج ٦ ص ٨١ كتاب الوكالة، باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة، ولفظ الحديث «كان على بن أبي طالب عليه السلام يكره الخصومة، فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب».

(٧) السنن الكبرى للبيهقي: ج ٦ ص ٨١ كتاب الوكالة، باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة، ولفظ الحديث «عن رجل من أهل المدينة يقال له جهم عن علي رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة فقال: إن للخصومة أهلاً».

في التصرف، ولا حكم لو كالة المتبرع.

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

قال طاب ثراه: ولا حكم لو كالة 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، أي لاحكم لتوكيل المتبرع، بل يقع باطلاً. أو يكون معناه: أن الوكيل تبرع بقبولها فضولياً، لعلمه بصدورها عن غير مالك، فهو متبرع.

(ب) وبيانه موقوف على مقدمة.

وتقريرها ان الوكالة الصحيحة لها حكمان:

(أ) امضاء التصرفات الصادرة من الوكيل على الموكل.

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

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

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

أقول: للأصحاب هنا ثلاثة أقوال:

- (أ) عدم إنعزاله إلا مع العلم، وفعله ماض على الموكل قبل العلم وان تأخر عن العزل والإشهاد وهو قول أبي علي (١) وقواه في الخلاف (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة في الإرشاد (٤) وفخر المحققين (٥).
- (ب) 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 تصرف فيه الوكيل يكون باطلاً (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 إلا 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، والآ 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 الأخرى التي نقلها الشيخ في الخلاف

(ج) قال في النهاية: فليشهد على عزله علانية بمحضر من الوكيل، أو يعلمه بذلك، كما أشهد على وكالته وكل أمرينفذه بعد ذلك كان ماضياً على موكله الى أن يعلم بعزله (١)، وبه قال التقي (٢) والقاضي (٣) وابن حزة (٤) وابن ادريس (٥).
احتج الأولون بأمور:

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

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

مركز تحقيق التراث
مكتبة جامعة القاهرة
مكتبة جامعة القاهرة

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

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

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

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

(٥) السرائر: باب الوكالة، ص ١٧٦ س ١٩ قال: وإن عزله ولم يشهد الى أن قال: وكل أمرينفذه بعد ذلك كان ماضياً الخ.

(٦) الخلاف: كتاب الوكالة، مسألة ٣ قال: أن النهي لا يتعلق به حكم في حق المنهي إلا 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 أنَّ عليّاً عليه السلام قضى بذلك (١) قال العلامة في المختلف: فاذاً الظاهر عدم عزل الوكيل إلا أن يعلم هذه الروايات (٢) (ج) لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر، لانه قد يتصرف بتصرفات يتطرق الضرر ببطئها 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، لأن الوكالة من العقود الجائزة فللموكل الفسخ وإن لم يعلم الوكيل، وإلا كانت لازمة حينئذٍ، هذا خلف، لأن العزل رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه، فلا يفتقر إلى علمه، كالطلاق والعق (٤).

وفي هذا الكلام نظر، لأننا نحيب عن الأول: سلمنا أن الوكالة جائزة، قوله «فللموكل 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 للزوم للجائز كالجعالة بعد شروع العامل في العمل، فانها تكون لازمة للجاعل إلا مع بذل مقابل ماعمل مع اعلامه، وأمثاله في الأحكام الشرعية كثير كحضور المسافر في مسجد الجمعة، وشروع الإنسان في الحج المندوب، وعن الثاني، قوله «العزل رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق والعق» قلنا: نمنع المساواة، فإنَّ العتق فك ملك وليس متعلقاً بغير العاقد وليس كذلك العزل في الوكالة لتعلقه بثالث، ثم قال: وقول الشيخ في النهاية لا بأس به، لأنه

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

(٢) و(٣) المختلف: في الوكالة ص ١٥٩ س ١٨ قال فاذاً الظاهر عدم عزل الوكيل لهذه

الروايات ثم قال: ولاته لو انعزل قبل علمه الخ.

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

(الثاني) ماتصح فيه الوكالة. وهو كل فعل لا يتعلق غرض الشارع فيه بمباشر معين كالبيع والنكاح، وتصح الوكالة في الطلاق للغائب والحاضر على الأصح. ويقتصر الوكيل على ماعينه الموكل، ولو عمم الوكالة صح إلا ما يقتضيه الإقرار.

(الثالث) الموكل، ويشترط كونه مكلفاً جائز التصرف. ولا يوكل العبد إلا بأذن مولاه، ولا الوكيل إلا أن يؤذن له. وللحاكم أن يوكل عن السفهاء والبله. ويكره لذوي المروآت أن يتولوا المنازعة بنفوسهم.

توسط بين الأقوال (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 الأصح: أقول: منع الشيخ في النهاية من توكيل الحاضر في الطلاق (٤) وبه قال التقي (٥) والقاضي (٦) واختاره ابن ادريس (٧) والمصنف (٨) والعلامة (٩) لوجوه:

(١) المختلف: في الوكالة ص ١٥٩ س ٢٢ قال: وقول الشيخ في النهاية لا بأس به الخ.
(٢) للقواعد: في الوكالة، المطلب الخامس في الفسخ، ص ٢٥٨ س ١٧ قال: وتبطل بعزل الوكيل نفسه، وبعزل الموكل له سواء أعلمه العزل أولاً على رأي.

(٣)

(٤) النهاية: باب الوكالات ص ٣١٩ س ٩ قال: وإن كان شاهداً 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 حاضراً أو غائباً بغير خلاف الخ. ونقله أيضاً 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 الأقوى.

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

(أ) الاصل الصحة.

(ب) انه فعل يقبل النيابة، فيصح دخولها فيه، أما الأولى فلجوازه في الغائب، وأما الثانية فكغيره من الافعال، لعدم المانع الخاص بصورة النزاع الواجب لخروجها من القاعدة.

(ج) قال ابن ادریس: لاخلاف أن حال الشقاق وبعث الحكمين: أن الرجل إذا وكل الحكم الذي هو من أهله في الطلاق، فطلق مضي طلاقه وجاز وان كان الموكل حاضراً في البلد (١).

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

والجواب ان الرواية ضعيفة السند (٣) مع قصورها عن إفادة المطلوب، لأنها تدل على المنع مطلقاً، فمادى عليه لا يقول به، وما ذهب اليه لا تدل 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 حاضراً الخ.

(٣) سند الحديث كما في الاستبصار «محمد بن يعقوب عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الحسن بن علي، وحيد بن زياد عن ابن سماعة عن جعفر بن سماعة جميعاً عن حماد بن عثمان عن زرارة»

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

(الخامس) في الأحكام، وهي مسائل:

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

أقول: البحث هنا منحصر في ثمان مسائل، لأن الوكيل لا يخلو إما أن يكون مسلماً أو كافراً، فإن كان مسلماً فمسائله أربع:

- (أ) أن يتوكل لمسلم على مسلم.
 - (ب) أن يتوكل لمسلم على ذمي.
 - (ج) أن يتوكل لذمي على ذمي.
- وهذه الثلاثة اجماع لا نزاع 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 تردّد، 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: لأنه لا دليل على جوازه.

(٣) المقنعة: باب الضمانات والكفالات والحوالات والوكالات، ص ١٣٠ س ٣٢ قال: وللمسلم أن يتوكل للمسلمين على أهل الإسلام 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 بجعل، وهو أشبه.

وتلميذه سلا (١) والتقي (٢) وذهب في المبسوط الى الكراهة (٣) وبه قال ابن ادريس (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦) للأصل الدال على الجواز السالم عن معارضة اثبات السبيل للكافر على المسلم، فيثبت الجواز. ولأن للذمي أهلية المطالبة بالحقوق واستيفائها من المسلمين فلئن يتولى ذلك المسلم من المسلم أولى.

وان كان ذمياً فسأله 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 بجعل وهو أشبه.

أقول: في المسألة قولان:

(١) المراسم: ذكر أحكام الضمانات والكفالات والحوالات والوكالات، ص ٢٠١ س ١١ قال: فاما الذمي فلا يتوكل لأهل 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 ٦٥٨ س ٢٧ قال: والاقرّب الجواز على كراهية.

(أ) القول قول المالك في عدم الرد، لأنه الأصل ولقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدى (١) سواء كان بجعل أولاً، وهو قول ابن ادريس (٢) وهو مذهب المصنف في الشرائع (٣).

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

تنبيه

الامناء على ثلاثة أقسام:

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

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

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

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

(٤) المبسوط: ج ٢ كتاب الوكالة ص ٣٧٢ س ١٢ قال: فإن اختلفا في الرد الى أن قال: فإن كان وكيلاً 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 مدعياً وكالته، فانكر الموكل، فالقول قول المنكر مع يمينه، وعلى الوكيل مهرها، وروي نصف مهرها لأنه ضيّع حقها، وعلى الزوج ان يطلقها إن كان وكل.

بموافقة الأصحاب (١).

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

(ج) من قبض العين ونفعها مشترك بين المالك والقابض كالمضارب والوكيل بجعل، فمن غلب جانب النفع اعتبر قول المالك، ومن غلب جانب الأمانة اعتبر قول العامل.

قال طاب ثراه: إذا زوجه مدعياً وكالته، فأنكر الموكل، فالقول قول المنكر مع يمينه، وعلى الوكيل مهرها، وروي نصف مهرها، لأنه ضيّع حقها، وعلى الزوج أن يطلقها إن كان وكل. في المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: وجوب المهر كماً على الوكيل، بوجوه ثلاثة:

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

(ب) إن المهر يجب كله بالعقد، وإنما 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)

(٢) النهاية: باب الوكالات ص ٣١٩ س ٣ قال: وإن عقد لمعلى التي أمره إلى أن قال: لزم الوكيل

أيضاً 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 لأنها فرقه قبل الدخول فيكون كالطلاق، ولرواية عمر بن حنظلة عن الصنادق عليه السلام (٣).

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

مركز تحقيق فروع العلوم الإسلامية

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

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

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

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

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

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 ادريس (٥).

احتج الأولون: بالاصل، وبأنه عمل مباح فتدخله النيابة، أما إباحته فظاهرة، وأما قبوله النيابة فيدخل عليه وضع الشارع نصيباً للعامل. ويجب دفع الزكاة الى الإمام والساعي، وتبرأ ذمة الدافع، وإن تلفت بعد ذلك منها، فكانا كالموكلين لأهل السهمان، لأنهما لو كانا وكيلاً للمالك يغرم ثانياً كما يغرم لو تلفت من يده أو يد وكيله. فبراءة ذمته بتلفها منها، دلّ على أنّها وكيلاً لأهل السهمان.

احتج ابن ادريس: بأن التوكيل حكم شرعي فيحتاج في اثباته الى دليل شرعي، ولا دلالة، وايضاً فإن الذمة مرتبة بالزكاة، فلا تبرأ إلا بفعلها، ولا خلاف في البراءة بتسليمها إلى مستحقها دون وكيله، لأنّ الوكيل ليس هو من الثمانية الاصناف. ولأنّ الزكاة والخمس لا يستحقها واحد بعينه، ولا يملكها أحد إلا بعد قبضهما، فالوكيل لا يستحق المطالبة، وكلّ واحد من أهل الزكاة والخمس لا يستحق المطالبة بالمال، لأنّ الانسان مخير في وضعه فيه أو في غيره، فلا يجبر على تسليمه اليه (٦) قال العلامة في المختلف: لا إستبعاد في أن يقول الفقير: وكلتكَ 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 الى أن قال: وقال ابن البراج: لا تصح الوكالة في الزكاة إلا في إخراجها، الى أن قال: لنا أنه 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

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

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

(ج) هل يجوز التوكيل في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد، وبالجملية اجارة المباحات، بمعنى أن ما يحتطبه الوكيل يكون للموكل، وكذا ما يصصده، أولاً يجوز بمعنى أنه يكون للوكيل بمجرد حيازته؟ أقوى الشيخ المنع وأجاز التوكيل في احياء الموات (٤) وتبعه ابن ادريس (٥). وفي الجمع بينهما نظراً، ومنشأ الخلاف أن تملك المباحات هل يحتاج إلى نية أم لا؟ فبعض ذهب إلى الاحتياج، لوقوع الاجماع بتملك الدرة الموجودة في بطن السمكة، إذ لو دخلت في الملك مع عدم النية لوجب ردها على الصياد، لأنه ملكها بمجرد الاستيلاء. وذهب بعضهم إلى عدم الاحتياج

الذي أقوى في نفسه، لأنه لا دلالة عليه إلى قوله: فلا يجبر على تسليمه إليه.

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

(٢) المبسوط: ج ٢ كتاب الوكالة، ص ٢٦٠ س ١٥ قال: أما الطهارة فلا يصح التوكيل فيها وإنما

يستعين بغيره الخ.

(٣) المختلف: في الوكالة، ص ١٥٧ س ٢٨ قال: وقال ابن الجراح: وأما النيابة في صب الماء على

المتطهر القادر على الطهارة الخ.

(٤) المبسوط: كتاب الوكالة ص ٣٦٣ س ٥ قال: وأما الجزية إلى أن قال: وكذلك الاحتطاب

والاحتشاش، والأقوى أن 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 النيابة والتوكيل.

الى النية، ولعل استناده الى قوله عليه السلام من احيا أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله (١) فحكم بالملك ولم يشترط النية. ولعل الأول أقوى. فمن اعتبر النية أجاز التوكيل وحكم بالملك للموكل، ومن لم يعتبر النية حكم بالملك للوكيل بأثبات يده اليه وألغى الوكالة.

(د) هل يصح التوكيل في الاقرار؟ الأظهر، لا، وهو مذهب العلامة (٢) وفخر المحققين (٣) لأنه اخبار عن حق يلزم المقر، ولقوله عليه السلام: اقرار العقلاء على أنفسهم جائز (٤) واتفق العلماء على أنه 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 الإقرار عنه، إقراراً منه، لأنه أخبر عن حق عليه خصمه، وقال غيره: لا يكون إقراراً، لأن التوكيل في الشيء لا يكون إثباتاً لنفس ذلك الشيء، كالتوكيل في البيع لا يكون بيعاً، وكذلك الأمر بالأمر لا يكون أمراً. والحق أنه لا يكون إقراراً، لأنه إخبار وفي التوكيل يكون إنشاء، واللفظ الواحد لا يستعمل فيهما في حالة واحدة، لاحتمال الإخبار بالصدق والكذب، وليس كذلك الانشاء.

(١) الفقيه: ج ٣ باب احياء الموات والأرضين، الحديث ٢ وسنن أبي داود ج ٣ كتاب الخراج والإمارة والنبي، الحديث ٣٠٧٣ و٣٠٧٤ بدون الجفلة 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) عوالي اللئالي: ج ١ ص ٢٢٣ الحديث ١٠٤ وج ٢ ص ٢٥٧ الحديث ٥ وج ٣ ص ٤٤٢ الحديث ٥

ولاحظ ماعلق عليه.

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

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

کتاب الوقوف
والصدقات والهبات

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

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

والنظر إما في الشروط أو اللواحق.
والشروط أربعة أقسام:

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

مقدمة

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

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

والأصل فيه: الكتاب والسنة والإجماع.

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 إلا من ثلاثة، ولد صالح يدعو له وعلم ينتفع به بعد موته، وصدقة جارية (٣) قال العلماء: المراد بالصدقة الجارية، الوقف: وقال الصادق عليه السلام: ليس يتبع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال، صدقة أجراها في حياته، فهي تجري بعد موته إلى يوم القيامة، وصدقة موقوفة لا يورث، أو ستة هدى سئها 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، وستة يؤخذ بها من بعده (٥).

ووقفت فاطمة عليها السلام حوائطها بالمدينة (٦).

(١) الحج: ٧٧.

(٢) البقرة: ٢٧٢.

(٣) الجامع الصغير للسيوطي حرف الهمزة، نقلاً عن البخاري وصحيح مسلم، وفي عوالي اللئالي:

ج ٣ ص ٢٦٠ الحديث ١.

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

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

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

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

تذنيب

أوقاف الجاهلية باطلة، وهي أربعة:

(أ) السائبة، وهي التي تلد ثلاث بطون كلها اناث، فتسيب، ولا يركب ولا يحلب إلا لضييف (٣).

(ب) البحيرة، وهي ولد السائبة الذي يجيء به في بطن الحادي عشر، فإن كان أنثى فهي البحيرة، وسميت؟ لأنهم كانوا يبحرون اذنها، أي يشقونها، والبحر الشق، ومنه سمي البحر، لأنه شق في الأرض.

(ج) الوصيلة، وهي الشاة التي تلد خمس بطون، في كل بطن عناقان، فاذا ولدت بطناً سادساً ذكراً أو أنثى، قيل وصلت أخاه، فما تلد بعد ذلك يكون حلالاً للذكور وحراماً 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 بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولكن الذين كفروا يفترون على الله

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

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

(٣) ما أفاده قدس سره في معنى الكلمات إنما هو بعض ما اشتهر في ذلك ومن أراد التفصيل فليرجع

الى تفسير مجمع البيان في تفسيره الآية (١٠٣) من سورة المائدة.

الأول، في الوقف: ويشترط فيه التنجيز والدوام، والإقباض وإخراجه عن نفسه. فلو كان إلى أمد كان حبساً. ولو جعله لمن ينقرض غالباً صح، ويرجع بعدموت الموقوف عليه إلى ورثة الواقف طلقاً، وقيل: ينتقل إلى ورثة الموقوف عليه، والأول مروي.

الكذب» (١) فأخبر سبحانه أنهم لم يشرع لهم ذلك، وإنما هو بوضعهم واصطلاحهم، كقوله تعالى «إن هي إلا أسماء سميتموها 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 كنايةات يفتقر إلى قرينة كقوله: تصدقت بداري صدقة موقوفة، أو محبسة، أو مسئلة وما ناسبه من الفاظ الدالة على إرادة التأيد.

قال طاب ثراه: ولو جعله لمن ينقرض غالباً صح، ويرجع بعد موت الموقوف عليه إلى ورثة الواقف طلقاً، وقيل: ينتقل إلى ورثة الموقوف عليه، والأول مروي. أقول: هنا مسألتان:

الأولى: هل يصح هذا الوقف أم لا؟

فنقول: شرط الوقف التأيد، فلو جعله على من ينقرض غالباً ولم يسقه بعد ذلك إلى من لا ينقرض كالفقراء والمساجد والمشاهد، هل يصح وقفاً؟ قال الشيخان: نعم (٣)

(١) المائدة: ١٠٣.

(٢) النجم: ٢٣.

(٣) المقنعة: باب الوقوف والصدقات، ص ١٠٠ س ١٩ قال: فإن وقف انسان شيئاً على ولده إلى أن قال: كان متى انقرضوا ولم يبق منهم أحد راجعاً ميراثاً الخ. والنهاية: باب الوقوف واحكامها ص ٥٩٩ س ١٧ قال: ومتى وقف الانسان شيئاً إلى أن قال: فتى انقرض أرباب الوقف رجع الوقف إلى ورثة الواقف الخ.

وبه قال القاضى (١) وابوعلى (٢) وسلا (٣) وابن ادريس (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦) وقال ابن حمزة: فان غلق على من يصح انقراضه كان عمري، أو سكنى أو حبساً بلفظ الوقف (٧) «وحكى الشيخ القولين في كتاب الخلاف عن بعض أصحابنا» (٨) (٩).

احتج الاولون بوجوه:

(أ) الأصل الصحة.

(ب) أنه نوع تمليك وصدقة فيتبع إختيار المالك في التخصيص كغير ضرورة النزاع.

(ج) إن تمليك الأخير ليس شرطاً في تمليك الأول، وإلا لزم محالان، تقديم المعلول على العلة، والدور، لأن الوقف شرطه التجيز، 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 الى ان قال: ثم انقرض الموقوف عليهم راجعاً الى ذرية الواقف.

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

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

(٥) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات، ص ٣٧٩ س ١٩ قال: ومتى وقف الانسان شيئاً الى أن قال: كان متى انقرضوا ولم يبق منهم أحد، راجعاً ميراثاً.

(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٨) الوسيلة: كتاب الوقوف والصدقات، ص ٣٧٠ س ٣ قال: وان لا يعلق الوقف بوجه منقرض،

فان علق على وجه يصح كان عمري النخ.

(٩) بين الهلالين 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 الأول شرط في تملك الثاني، فلو انعكس لزم الدور.
 واحتج الآخرون، بأن الوقفية مقتضاه التأيد، فإذا كان منقطعاً صار وقفاً على
 مجهول، فلا يصح كما لو وقفه على مجهول في الابتداء.
 وأحاب المسؤعون، بمنع الصغرى، وبالفارق بين مجهول الابتداء وبين صورة
 النزاع، فإن المصرف غير معلوم في الأول، بخلافه في الثاني.
 الثانية: هل يرجع هذا الوقف الى الواقف، أو الى ورثة الموقوف عليهم، أو الى
 وجوه البر؟ قيل فيه ثلاثة أقوال:

فبالأول قال الشيخ (١) وتبعه القاضي (٢) وسلا (٣) وهو اللازم من كلام ابن
 حمزة حيث جعله سكنى أو عمرى (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦).
 وبالثاني قال المفيد (٧) وابن ادریس (٨).

(١) النهاية: باب الوقوف وأحكامها ص ٥٩٩ س ١٧ قال: ومتى وقف الانسان شيئاً الى أن قال:
 رجع الى ورثة الواقف.

(٢) المهذب: ج ٢ ص ٩١ س ١٦ قال: فان وقفه على وجه من الوجوه في البر الى أن قال: كان راجعاً
 الى ذرية الواقف.

(٣) المراسم: ذكر احكام الوقوف، ص ١٩٨ س ١٧ قال: فان أطلقه الى أن قال: كان اذا انقضوا
 ميراثاً لأقرب الناس إليه.

(٤) الوسيلة: كتاب الوقوف، ص ٣٧٠ س ٣ قال: وان لا يعلق الوقف بوجه منقرض: فان علق
 كان عمرى أو رقبى أو سكنى الى ان قال فان عيّن بالأسماء وقال: على فلان وفلان وقصر عليه كان
 اعماراً بلفظ الوقف. (٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٦) المختلف: في الوقف، ص ٣٤ س ٢٥ قال: بعد نقل الأقوال: والوجه عندي الصحة، لنا أنه نوع
 تعليق الخ.

(٧) المقنعة: باب الوقوف والصدقات، ص ١٠٠ س ١٩ قال: وإذا وقف انسان شيئاً على ولده الى أن قال:
 كان متى انقضوا ولم يبق منهم أحد راجعاً ميراثاً على أقرب الناس من آخر المنقرضين من أرباب الوقف.
 (٨) السرائر: كتاب الوقوف ص ٣٧٩ س ١٩ قال: ومتى وقف الانسان شيئاً الى أن قال: كان متى

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

وبالثالث قال ابن زهرة (١).
أحتج الأولون: بأنه في الحقيقة حبس، لإنقراض أربابه، فلا يكون مؤبداً، فيرجع الى ورثة الواقف لعدم خروجه عنه بالكلية. ولأنه إنما وقف على قوم باعيانهم، ولا يتخطى الى غيرهم، لقول العسكري عليه السلام: الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها ان شاء الله (٢).

واحتج المفيد بان الوقف خرج عن الواقف، فلا يعود اليه، والموقوف عليه يملك الوقف، فيورث عنه كغيره، بخلاف البطن الأول فإنه وإن ملك لا يورث عنه لعدم تمامية الملك في حقه، لتعلق حق البطون به، وليس بعد الأخير من يتعلق له حق بالوقف. وأجيب بالغ من كون الوقف مطلقاً ناقلاً، بل المؤبد منه، أما ما كان منه في حكم الحبس، فلا (٣) قال العلامة في المختلف: ولا بأس بقول ابن زهرة، لانتقال الوقف من الواقف وزوال ملكه عنه (٤).

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

أقول: في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

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

انقرضوا ميراثاً على أقرب الناس من آخر المنقرضين.

(١) الجوامع الفقهية: كتاب الفنية، 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 فلا حظ.

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

وإن جاز له بيعه والتصرف فيه، وإن لم يرجع ومات كان وقفاً، وهو ظاهر المفيد (١) والسيد (٢) وسلا (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: أبو علي (٩) وابن حمزة (١٠) وابن

(١) المقنعة: باب الوقوف والصدقات، ص ٩٩ س ٣٢ قال: ومتى شرط الواقف في الوقف أنه إن احتاج إليه 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: وإن شرط رجوعه فيه عند فقره كان له ذلك.

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

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

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

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

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

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

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

أدريس (١).

احتج الأولون باصالة صحة العقد والشرط معاً، لقوله تعالى «أوفوا بالعقود» (٢) وقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم (٣) ومارواه محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى أبي محمد العسكري عليه السلام في الوقف، فوقع عليه السلام: الوقف على حسب ماوقفها أهلها إن شاء الله (٤). ولأن الوقف المشروط سائغ اجماعاً، فإذا زال الشرط الذي علق عليه الوقف لم يكن ماضياً، وإذا كان الوقف قابلاً للشرط، والموقوف عليه قابلاً للنقل عنه إلى غيره، فأبى مانع من خصوصية هذا الشرط.

احتج الشيخ على دعوى النهاية بمارواه: 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، فإذا هلك يرجع ميراثاً، أو يمضي صدقة؟ قال: يرجع ميراثاً إلى أهله (٥).

واحتج على قوله في المبسوط: بانه شرط ينافي عقد الوقف، فيبطل، لتضمنه شرطاً فاسداً.

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

المشروط بأن يبيعه الخ.

(١) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات، ص ٣٧٧ من 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 عشرين تردد، المروي جواز صدقته، والأولى المنع، ويجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه على الأشبه، وإن أطلق فالنظر لأرباب الوقف.

يكن الوقف قابلاً للمثل هذا الشرط، وهو المتنازع.
قال طاب ثراه: وفي وقف من بلغ عشرين تردد، والمروي جواز صدقته، والأولى المنع.

أقول: سوغ الشيخ وقفه في المعروف (١) وهو مذهب التقي (٢) وأبي علي (٣) ومنع سائر (٤) وابن ادريس (٥) وعليه المصنف (٦) والعلامة (٧).

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

أقول: منع ابن ادريس من صحة هذا الشرط، وأفسد به الوقف، حيث عد من شرايط 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 شرائط الوصية ص ٦١١ س ١٥ قال: وكذلك يجوز صدقة الغلام إذا بلغ عشرين وهبته وعنته إذا كان بالمعروف في وجه البر الخ أقول: الظاهر أن تعبير المصنف قدس سره بقوله «سوغ الشيخ وقفه بالمعروف» لأن الشيخ يرى أن الوقف صدقة، لاحظ باب الوقوف وأحكامها ص ٥٩٦ س ٦ حيث قال: والوقف والصدقة شيء واحد، ولم نجد في كتب الشيخ التصريح بصحة وقف من بلغ عشرين، ولعل الله يحدث بعد ذلك أمراً.

(٢) و (٣) و (٤) و (٥) و (٧) لم اعثر على هذه المذاهب في الوقف إلا في أبواب الوصايا في صحة وصية من بلغ عشرين أو عدم صحته. (٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

(٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(١٠) المختلف: في الوقف، ص ٣٤ س ٦ قال: لا خلاف في أن 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 الى الفقراء ووجه القرب. ولا يصح وقف المسلم على البيع والكنائس، ولو وقف على ذلك الكافر صح، وفيه وجه آخر. ولا يقف المسلم على الحرني ولو كان رحماً، ويقف على الذمي وإن كان أجنبياً. ولو وقف المسلم على الفقراء انصرف الى فقراء المسلمين ولو كان كافراً انصرف الى فقراء نخلته.

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

قال طاب ثراه: ولو وقف على ذلك الكافر 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 ما وقفه 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 شيء من بيوت عبادات الكفار على اختلافهم كان باطلاً.

(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.

والمسلمون من صلى الى القبلة، والمؤمنون الاثنى عشرية، وهم الإمامية، وقيل: مجتنبوا الكبائر خاصة.

فيها بالعبادة يغير الله تعالى كبيوت النيران والأصنام، 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 صحت الوقف، وإن كانت بيوت عبادة لغير الله تعالى كبيوت الأصنام والنيران فإن الوقف باطل، وحكمه حكم الأرض المفتوحة إذا فتحها المسلمون؛ لأننا أمرنا لإقرار أهل الذمة على عباداتهم ومواضع معتقداتهم، فضح وقفهم عليها كما جاز لهم عمارتها، بخلاف بيوت النيران، فإنها ليست مواضع عبادة الله تعالى (٢).

قال طاب ثراه: والمؤمنون الاثنى عشرية، وهم الامامية، وقيل: مجتنبوا الكبائر. أقول: القول الأول مذهب الشيخ في التبيين (٣) وبه قال سلا (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 أهل الشرك على الأماكن الخ. ثم قال بعد نقل قول ابن الجنيد: والمعتمد أن نقول: إن كانت بيوت عبادة لله صحت الوقف كالبيع والكنائس الخ.

(٣) قال في تفسيره الآية ١٧٢ من سورة البقرة (يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات الخ): هذا الخطاب يتوجه إلى جميع المؤمنين، وقد بينا أن المؤمنين هو المصدق بما وجب عليه. ويدخل فيه الفساق الخ (٤) المراسم: ذكر أحكام الوقوف والصدقات، ص ١٩٨ س ١٥ قال: وإن قال للامامية فهو لمن قال بامامة الاثنى عشر عليهم السلام.

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

(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

والشيعة: الامامية والجارودية، من الزيدية من قال بإمامة زيد،
والفطحية من قال بالأفطح، والاسماعيلية من قال باسماعيل بن جعفر
عليه السلام، والناووسية من وقف على جعفر بن محمد عليهما السلام،
والواقفية من وقف على موسى بن جعفر عليهما السلام، والكيسانية من
قال: بامامة محمد بن الحنفية.

والثاني مذهبه في النهاية (١) وبه قال المفيد (٢) والقاضي (٣) وابن حمزة (٤).
قال طاب ثراه: والشيعة الإمامية، والجارودية من الزيدية (٥).
أقول: هذا هو المشهور بين اصحابنا، وحزم به المصنف (٦) والعلامة (٧) عملاً
بعموم «أوفوا بالعقود» (٨) والوقوف على حسب ما يوقفها أهلها (٩) وقال ابن

المؤمنين انصرف الى الاثني عشرية.

(١) النهاية: باب الوقوف واحكامها، ص ٥٩٧ س ٢٠ قال: فإن وقف على المؤمنين كان ذلك خاصاً
لمجتبي الكبار.

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

(٣) المهذب: ج ٢، باب الوقوف، ص ٨٩ س ١٤ قال: فان وقفه على المؤمنين كان ذلك لمجتبي
الكبار 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 الأصل والشرح في ضبط هذه الجملة، ففي بعضها (الجارودية والزيدية)
وفي البعض الاخر كما اثبتناه والظاهر انه الصحيح، وان كانت العبارة غير سلسة.

(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٧) المختلف: في الوقف، ص ٣٥ قال بعد نقل قول الشيخ وابن ادریس: والوجه الاول عملاً

بعموم اللفظ.

(٨) و (٩) تقدما.

ولو وصفهم بنسبة الى عالم، كان لمن دان بمقالته، كالحنفية. ولو نسبهم الى أب كان لمن انتسب اليه بالأبناء 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 عملاً بشاهد الحال (١) وما احسن هذا القيد، ألا ترى انه من المستبعد أن يتوقف المؤمن على احدى فرق الزيدية الذين هم أشدّ عداوة لأهل البيت وللشيعة من النواصب.

توضيح

الزيدية ثلاث فرق:

- (أ) الجارودية، أصحاب أبي الجارود ابن زياد بن منقذ العبدي. قال: إن النبي صلى الله عليه وآله نصّ على عليّ عليه السلام بالوصف دون التسمية.
- (ب) أصحاب سليمان بن جرير. قالوا: إن البيعة طريق الإمامية، واعترفوا بامامة أبي بكر وعمر اجتهاداً، ثم إنهم تارة يصوّبون ذلك الاجتهاد، وتارة يخطئونه، وقالوا: بكفر عثمان وعائشة وطلحة وزيبر ومعاوية لقتالهم عليّاً.
- (ج) الصالحية، أصحاب الحسن بن صالح ابن حيّ، وكان فقيهاً، وكان يثبت إمامة أبي بكر وعمر، ويفضّل عليّاً عليه السلام على سائر الصحابة، وتوقف في عثمان لما سمع عنه من الفضائل تارة ومن الرذائل أخرى.
- قال طاب ثراه: ولو نسبهم الى أب كان لمن إنتسب اليه بالأبناء دون البنات على الخلاف كالعلوية والهاشمية.

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

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

أقول: قد مرّ البحث في هذه المسألة في باب الخمس، فلينظر من هناك .
قال طاب ثراه: ويرجع في الجيران إلى العرف، وقيل: هو من يلي داره الى أربعين ذراعاً، وقيل: أربعين داراً وهو مطرح.
أقول: الاول مختار المصنف (١) وهو مذهب العلامة (٢) ووجهه حمل الإطلاق 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، الى ان قال: والمعتمد العرف الخ.
(٣) المقنعة: باب الوقوف والصدقات، ص ١٠٠ س ٤ قال: واذا تصدق على جيرانه الى أن قال: كان مصروفاً الى من يلي داره الى أربعين ذراعاً من أربعة جوانبها. وفي النهاية: باب الوقوف وأحكامها ص ٥٩٩ س ٤ قال: واذا وقف الإنسان شيئاً على جيرانه الى أن قال: كان مصروفاً إلى أربعين ذراعاً من أربع جوانبها.
(٤) المراسم: ذكر احكام الوقوف والصدقات ص ١٩٨ س ٣ قال: ومن وقف على الى أن قال: أربعين ذراعاً، والكافي، ص ٣٢٦ س ١٥.
(٥) الوسيلة: في بيان الوقف، ص ٣٧١ س ١٠ قال: وجيرانه على الإطلاق الى قوله: الى أربعين ذراعاً.
(٦) الجوامع الفقهية: كتاب الغنية، في الوقف، ص ٦٠٣ س ١٩ قال: واذا وقف على جيرانه الى قوله: أربعين ذراعاً.
(٧) الكافي: فصل في الصدقة ص ٣٢٦ س ١٥ قال: وان تصدق على جيرانه الى أن قال: الى أربعين ذراعاً.

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

والقطب الكيدري (١) (٢) واختاره ابن ادريس (٣).

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

والثالث لبعض الأصحاب، وهو متروك.

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

أقول: هذا هو القول المشهور بين الاصحاب، لأن الوقف في الحقيقة على المسلمين، فمع تعذر خصوص المصرف المعين، لا يبطل عمومته، لوجوب العمل بقصد الواقف، وهو اجراء وقفه على ما يحصل به الثواب. وتردد المصنف طلباً للدليل، واصالة بقاء الملك، خرج عنه مانص الواقف عليه، فمع تعذره يرجع اليه مع وجوده، ومع فقده إلى ورثته، وهو نادر.

مركز تحقيق كامبوتر علوم إسلامي

(١) هو أحد العلماء الأعلام 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 الالقاب).

(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 شيئاً على جيرانه الى أن قال: من يلي داره الخ.

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

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

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

الثانية: إذا وقف على مواليه دخل الأعلون والأذنون.

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

الرابعة: إذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء البلد ومن يحضره، وكذا كل قبيل متبدد كالعلوية والهاشمية والتيمية، 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 الأصحاب المنع، وهو مذهب المصنف (٣) والعلامة (٤) لتحريم تغيير الوقف عن

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

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

(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

الخامسة: لا يجوز اخراج الوقف عن شرطه، ولا بيعه إلا أن يقع خلف يؤدي الى فساده على تردد.

السادسة: اطلاق الوقف يقتضي التسوية، فان فضل لزم.
السابعة: إذا وقف على الفقراء وكان منهم، جاز أن يشركهم.

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

احتج الشيخ برواية عبدالله بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار ثم يبدوله يجعل معهم غيرهم من ولده، قال: لا بأس (٢).

قال طاب ثراه: ولا يجوز اخراج الوقف عن شرطه، ولا بيعه إلا أن يقع خلف يؤدي الى فساده على تردد.
أقول: البحث هنا يقع في مقامات:

الأول: 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 الى الخراب بحيث لا يجدي نفعاً، أو كان بالموقوف عليهم حاجة شديدة الى بيعه هل يجوز بيعه أم لا؟ قيل فيه أربعة أقوال:

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

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

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

(أ) نعم مطلقاً، قاله السيد (١) والمفيد (٢) ويصرف ثمنه في مصالحهم. وكذا مع شدة ضرورتهم اليه، ويمثله قال سلا (٣) وقال ابن حمزة: ولا يجوز بيعه إلا بشرطين، الخوف من خرابه، أو حاجة بالموقوف عليه شديدة لا يمكنه معها القيام به (٤).

(ب) المنع من بيعه مطلقاً، قاله ابن ادريس: سواء وقع فيه خلف أولاً، وسواء حرب أولاً، وعلى كل وجه وسبب (٥).

(ج) فصل القاضي (٦) والصدوق (٧) والتقي (٨) إذا كان الشيء وقفاً على قوم ومن بعدهم على غيرهم، وكان الواقف قد اشترط رجوعه الى غير ذلك الى أن يرث الله الأرض ومن عليها لم يجوز بيعه على وجه من الوجوه. وإذا كان وقفاً على قوم مخصوصين وليس له فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدمناه، 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 نفعاً الى أن قال: فالأحوط ما ذكرناه من جواز بيعه الخ.
(٢) تقدم آنفاً.

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

(٤) الوسيلة: في بيان الوقف وأحكامه، ص ٣٧٠ س ٧ قال: ولا يجوز بيعه إلا بأحد شرطين الخ.
(٥) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات، ص ٣٧٦ س ١٩ قال فاذا أقبض الوقف فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك ولا التصرف فيه ببيع الى ان قال: فاما اذا كان الوقف الى ان قال: لم يجوز بيعه على وجه من الوجوه الخ.

(٦) المذهب: ج ٢ كتاب الوقف ص ٩٢ س ٨ قال: وإذا كان الشيء وقفاً الى قوله: الى أن يرث الله لم يجوز بيعه، وان كان وقفاً 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 حينئذٍ وصرف ثمنه في مصالحهم على حسب إستحقاقهم، فإن لم يحصل شيء من ذلك لم يجز 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 تحصيلاً 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 رواه علي بن مهزيار في الصحيح، الى أن قال: وكتبت إليه (يعني الى أبي جعفر عليه السلام) إن الرجل كتب^(٣) إن بين من وقف عليهم هذه الضيعة إختلافاً شديداً، وانه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع إلى كل إنسان منهم ما كان وقف له من ذلك أمرته، فكتب بخطه إلى، واعلمه أن رأيي له: إن كان قد علم الإختلاف بين أصحاب الوقف أن بيع الوقف أمثل، فإنه ربما جاء في الإختلاف تلف الاموال والنفوس^(٤).

احتج المانعون برواية علي بن راشد قال: سألت ابا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك، إشتريت أرضاً 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 فتنه 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 الوقوف والصدقات ص ١٣٠ قطعة من حديث ٤ وفيه كما في المتن ان الرجل

كتب الخ.

أَنَّ الأرض وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلة في مالك، إيدفعها إلى من أوقف عليه، قلت: لأعرف لها رباً قال: تصدق بغلتها (١) ولأنَّ ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه 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 نهاء 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 التقي فلعلة عمول على ما رواه جعفر بن حيان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف عليه ثم على قرابته من أبيه وقرابته من أمه، فللورثة أن تبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما خرج من الغلة؟ قال: نعم، إذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم باعوا (٢) فإن مفهوم هذه الرواية عدم التأيد. فالخاصل أن الأقوال خمسة:

- (أ) بيعه إذا كان راداً 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 مطلقاً قاله ابن ادریس.
- الثالث: إذا بيع الوقف حيث يجوز، إمّا من خوف الفتنة، أو العطلة ما يصنع بضمنه؟

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

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

ومن اللواحق: مسائل السكنى والعمرى

وهي تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض. وفائدتها التسليط على استيفاء المنفعة تبرعاً 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 شيء بالثمن يكون وقفاً على أربابه كان أولى، فإن اتفق مثل الوقف كان أولى، والآجاز شراء مهما كان مما يصح وقفه، وإن لم يكن صرف الثمن الى البايعين يعملون به ماشاءوا، لأن فيه جمعاً بين التوصل الى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام، وبين النص الدال على عدم تجويز مخالفة الواقف حيث شرط التأبيد، وإذا لم يمكن تأبيده بحسب الشخص وأمكن بحسب النوع وجب، لأنه موافق لغرض الواقف وداخل تحت الأول الذي وقع العقد عليه، ومراعاة الخصوصية بالكلية يفضي الى فوات الغرض باجمعه، ولأن قصر الثمن على البايعين يقتضي خروج البطون عن الاستحقاق بغير وجه، مع أنهم يستحقون من الواقف كما يستحق البطل الأول، وإن تعذر وجودهم حالة الوقف (١)، وقال المرتضى (٢) والمفيد (٣) يبيعه الموجود وينتفعون بشمته.

مسائل السكنى والعمرى

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

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

(٢) الانتصار: مسائل شتى، ص ٢٢٧ س ١٩ قال: فاما اذا صار الوقف بحيث لا يجدى نفعاً الى قوله

من جواز بيعه.

(٣) المقنعة: باب الوقوف والصدقات ص ٩٩ س ٣٤ قال: إلا ان يخرب الوقف الى أن قال: فلهم

حينئذ يبيعه والانتفاع بشمته.

بموت الساكن. ولو قال: حياة المالك لم تبطل بموت الساكن وانتقل ما كان له الى ورثته. وان اطلق ولم يعين مدة ولا عمراً تخير المالك في اخراجه مطلقاً. ولو مات المالك - والحال هذه - كان المسكن ميراثاً لورثته وبطلت السكنى. ويسكن الساكن معه من جرت العادة به، كالولد والزوجة والخادم، وليس له أن يسكن معه غيره إلا باذن المالك. ولو باع المالك الأصل لم تبطل السكنى ان وقّعت بأمد أو عمر. ويجوز حبس الفرس والبعير في سبيل الله، والغلام والجارية في خدمة بيوت العبادة، ويلزم ذلك مادامت العين باقية.

العين عن المالك أولاً، والأول الوقف، والثاني إما بعوض أولاً والأول الاجارة، والثاني العمرى.

ويترادف عليها أربعة الفاظ، السكنى، والعمرى، والرقبى، والحبس. فاذا قرنت بالعمر من المالك أو الساكن، قيل: عمرى. واذا قرن بالإسكان قيل: سكنى. واذا قرنت بمدة معينة، قيل: رقبى، أخذاً من إرتقاب المدة وإنتظار خروجها، وقيل: من رقة 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 العمرى أجر المعمر على ماعين له، من عمره، أو عمر المالك. وحكم السكنى ان قرنت بمدة، اجراؤه عليها، وان اطلق الاسكان ولم يعين وقتاً كان له اخراجه متى شاء.

وهل يلزم بالقبض؟ قيل فيه: ثلاثة اقوال:

(أ) نعم مطلقاً وعليه الأكثر.

(ب) لا مطلقاً، لإصالة بقاء المالك، فهي كالعارية.

(ج) يلزم ان قرنت بالقربة، وآلا فلا.

بقى هنا شيء

وهو أنه إذا قال: أعمرتك هذه الدار لك ولعقبك، هل يرجع الى المالك بعد انقراض العقبة؟ او ينتقل الى المعمر؟ الأقوى رجوعها إلى المالك، لإصالة بقاء الملك، وهو مذهب المصنف (١) والعلامة (٢) وظاهر الشيخ في المبسوط (٣) كمذهب القاضي في المهذب بملكها المعمر ولا يرجع الى المالك (٤) لانه أعطى عطاء يجري فيه الإرث وانما يورث المملوك. واحتج بما رواه جابر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: أيما رجل أعمار عمرى له ولعقبه فانما هي للذي يعطاها ولا يرجع للذي أعطاه، فانه اعطى عطاء وقعت فيه المواريث (٥).

فرع

والمشهور أنها إذا قرنت بعمر الساكن فبات المالك لم يكن لورثته ازعاج الساكن، لانتقال المنافع إنتقالاً لازماً، فوجب إجرائها على الشرط الذي وقع عليه العقد، للخبر (٦) وقال أبو علي: إن كان قيمة الدار تقدير ثلث التركة أجري على

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) التذكرة: ج ٢ في احكام السكنى والرقبي، ص ٤٤٩ س ٢ قال: وإذا قرنت بعمر المعمر وعقبه، رجعت الى المالك او الى ورثته.

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

(٤) المهذب: 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

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

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

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

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

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

الوقوف والصدقات الحديث ٣٥.

(١) المختلف: في السكنى ص ٥٠ س ١٤ قال: وقال ابن الجنيّد: إذا 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 اعترف به غير هذا ولعله من ان حكمها حكم ذوي الارحام كما سيأتي عن التذكرة. وفي الخلاف، كتاب الهبة مسألة ١٢ قال: ويكره الرجوع في الهبة لذي رجم.

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

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

لذي رحم فانه لا يرجع فيها.

(١) الانتصار: مسائل شتى، ص ٢٢٣ س ٧ قال: وذهبت الامامية الى انه يجوز (أي الرجوع) في المواضع كلها الخ.

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

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

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

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

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

(٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

حديث ٧.

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

قال طاب ثراه: ولو وهب أحد الزوجين الآخر ففي الرجوع تردّد، أشبهه الكراهية.

أقول: ما اختاره المصنف هنا مذهب الشيخ (١) وابن ادریس (٢) ونقل الشيخ في الخلاف عن الأصحاب تحريم الرجوع (٣) واختاره العلامة في التذكرة (٤) وافق به فخر المحققين (٥).

احتج الأولون بصحیحة محمد بن مسلم المتقدمة (٦) فانه حکم فيها بجواز الرجوع في حق غیر ذي الرحم، وهو عام، وليس الزوج رَحماً.

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 الصحیحة عن أبي عبد الله عليه السلام

(١) النهاية: باب النحل والهبة ص ٦٠٣ س ٦ قال: ويكره أن يرجع الإنسان فيما يهبه لزوجته، وكذلك الخ.

(٢) السرائر: باب الهبات والنحل، ص ٣٨١ س ١٩ قال: ويكره أن يرجع الإنسان 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 ذوی الأرحام الى قوله: وهو المعتمد.

(٥) الايضاح: ج ٢، كتاب الوقوف والهدايا ص ٤١٦ س ١٧ قال: وقيل: لا يجوز الى قوله: وهو الأصح.

(٦) تقدّم آنفاً.

(٧) الاستبصار ج ٤ كتاب الوقوف والصدقات، باب الهبة المقبوضة، الحديث ٢.

ومع التصرف قولان: أشبههما الجواز.

قال: ولا يرجع الرجل فيما يهبه لزوجته، ولا المرأة فيما تهبه لزوجها حيزت أو لم تحز، ليس الله يقول «ولا يحل لكم أن تأخذوا ممّا آتيتموهنّ شيئاً» (١). وقال: «فإن طبن لكم عن شيء فكلوه حينئذٍ 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 سلاز: للواهب الرجوع فيما لم يعوض عنه مادامت العين باقية (٨) وكذا التقي (٩) واختاره المصنف (١٠) إلا أنّ 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 من 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 المهدي إليه قد تصرف

فيها.

(٦) السرائر: باب الهبات والنحل ص ٣٨١ س ١٥ قال: وإذا وهب للأجنبي 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 المهدي 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 شيء بها كقصر الثوب، واتخاذ الباب والسريـر 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 ادریس 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 المتهم بماله خلطاً لا يتمين، فالأقوى عدم الرجوع لتنزله منزلة الاستهلاك. ويحتمل جوازه ويقضى بالشركة مع علم المقدار، والا الصلح.

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

(أ) يشترط فيه إذن المالك، ويكفي استدامة اليد من المتهم، ومن يده بمنزلة يده كالأب، ولا يشترط مضي زمان يمكن فيه القبض، خلافاً لأبي علي (٥).

(١) الوسيلة: في بيان الهبات ص ٢٧٩ س ١٣ قال: أو تصرف المتهم فيها بأن تكون شجراً 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 الجنيـد: ولو كان لرجل على غيره مال أو وديعة

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

(ج) النماء قبل القبض للمالك، والمؤنة عليه.

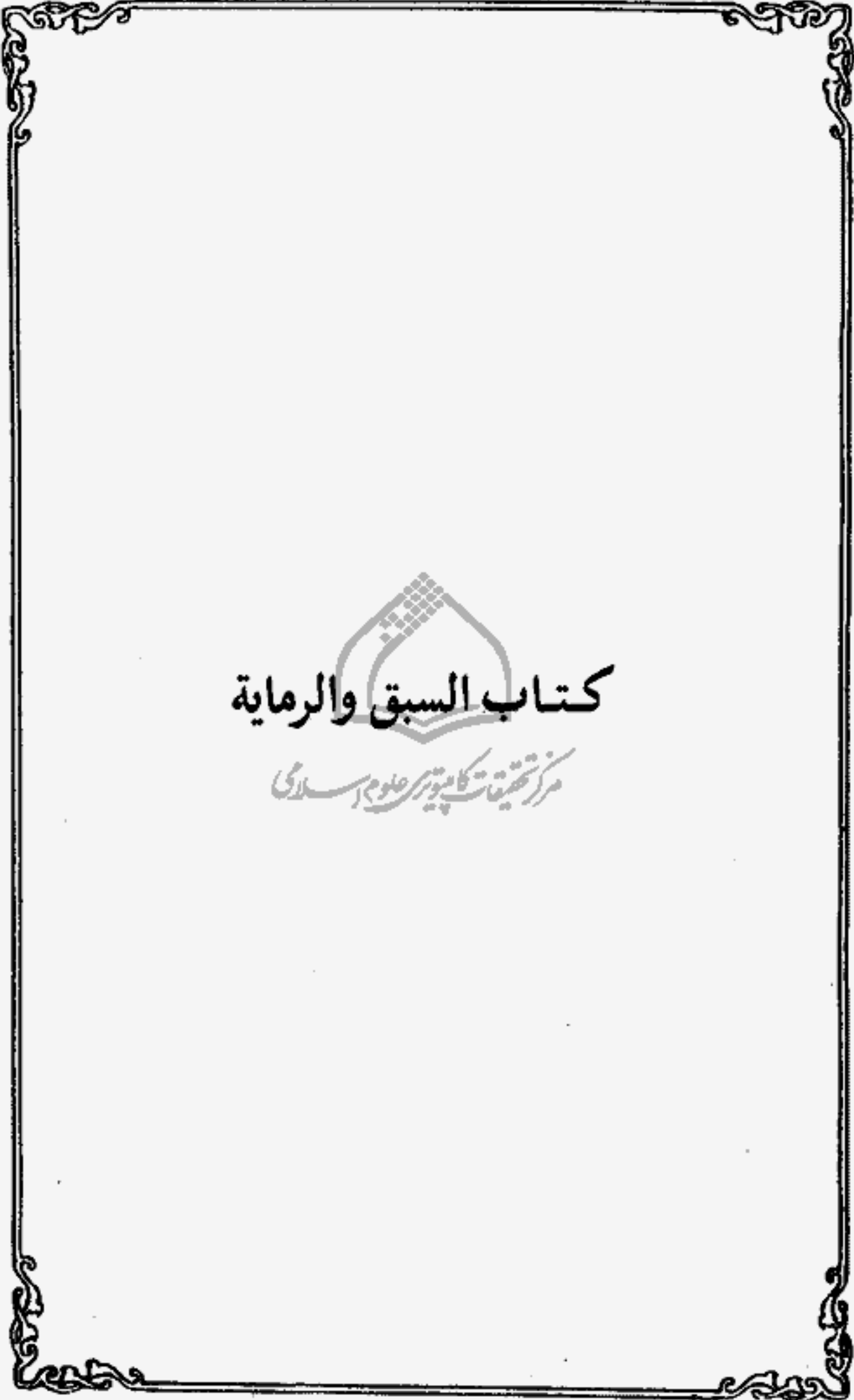
(د) لومات أحدهما قبله بطلت.

(هـ) لو حجر على المالك قبله وقف القبض على اذن الوالي، وإن كان للفلس فالإذن من الغرماء، وإن كان للجنون، أو السبذير، فن الأب أو الجد له أو الحاكم، وإنما يضح منها الإذن مع غبطة الهبة، كما لو كان الموهوب عبداً كبيراً عاجزاً عن الكسب.



مركز تحقيق كتاب توير علوم اسلامی

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



كتاب السبق والرماية

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

كتاب السبق والرماية

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

كتاب السبق والرماية

مقدمة

السبق بسكون الباء، المصدر والمسابقة، هي اجراء الخيل وشبهها في حلبة السباق (١) ليعلم الأجود منها والأفرس من الرجال المتسابقين. وبتحريك الباء، العوض، وهو المال المجعول رهناً، ويسمى الخطر (٢)، والندب، والعوض، والرمي، والمراعات. 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 والجمع نصول ونصال -

مجمع البحرين لغة نصل.

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

والأصل فيه: الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى «وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله» (٢) وفي المسابقة «قالوا يا أبانا إننا ذهبنا نستبق وتركنا يوسف عند متاعنا» (٣) فاخبر بالمسابقة. ووجه الدلالة انه تعالى أمر بأعداد الرمي ورباط الخيل، والإعداد انما يكون بالتعليم، وأتم ذلك بالمسابقة، ليكّد كل واحد نفسه في بلوغ الغاية والخلق فيه.

وأما السنة: فروى ابن أبي ذويب عن نافع بن أبي نافع عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: لا سبق إلا في 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 صلى الله عليه وآله؟ فقال: نعم، رهن رسول الله صلى الله عليه وآله على فرس له، فسبق، فسربذلك وأعجبه (٦) وروى الزهري عن سعيد بن المسيب قال: كان لرسول الله صلى الله عليه وآله 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 رهناً على المسابقة، وبالسكون مصدر سبقت أسبق سبقاً.

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 اي مشقوقة الاذن ولم تكن مشقوقة

الاذن - النهاية لابن الاثير.

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

المسلمون، فقيل يا رسول 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 الإجماع: فعامة المسلمين على جواز المسابقة، وان اختلفوا في بعض مسائلها. وأما المراماة: فقوله تعالى «وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل» (٣) روى عقبة بن عامر ان النبي صلى الله عليه وآله قال: ألا أن القوة، الرمي، ثلاثا (٤).

وأما الستة: فروي انه صلى الله عليه وآله مرتب قوم من الانصار يترامون، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: انا في الحزب الذي فيه ابن الادرع، فأمسك الحزب الآخر، وقالوا: لمن يغلب حزب فيه رسول الله صلى الله عليه وآله 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 الإجماع: فلا يختلف أحد من الامة في جواز المراماة. اذا عرفت هذا فيقتصر في الجواز على الثلاثة المذكورة، لقولهم عليهم السلام: ان الملائكة لتنفر 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 الرديئات (٧)

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

(٢) الانفال: ٦٠.

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

(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) رديئة اسم امرأة، والرماح الرديئة منسوبة اليها. الجوهرى القناة الرديئة والرمح الرديني زعموا

انه منسوب الى امرأة السمهرى تسمى رديئة - لسان العرب: ج ١٣ ص ١٧٨ في لغة رذن.

والرماح والسيوف. ولا يجوز في غيرها سواء كان بعوض أو خلت عنه، عملاً بعموم النهي عن الرهان في غير الثلاثة، ولأنها هو وقداح إلا ما خرج النص، وهي الثلاثة المذكورة، ولا يجوز فيما عداها.

وأجازه العامة في مسائل:

الاولى: المسابقة بالاقدام، وهو ان يتعاديا فأيها تقدم صاحبه فهو السابق، أو يكون المدى قدراً معلوماً منتهاً الى غاية معينة، فأيتها وصل اليها قبل صاحبه كان هو السابق، وأجازها بعضهم مطلقاً والآخرين اذا خلت عن العوض.

واحتجوا على جوازها بما روي عن عائشة قالت: كنت مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في غزاة فقال للقوم: تقدموا، فتقدموا فقال لي: تعالي أسابقك فسابقته برجلي فسابقته، فلما كان في غزاة أخرى، فقال للقوم تقدموا، فتقدموا وقال: تعالي أسابقك، فسابقته فسبقني، فقال: يا عايشه هذه بتلك، وكنت قد نسيت، فندمت (١).

الثانية: المسابقة بالمصارعة، فأجازها بعضهم اذا خلت عن العوض، وبعضهم مطلقاً.

واحتجوا بأن النبي صلى الله عليه وآله خرج الى الابطح فرأى يزيد بن ركة يرعى اعنزاله، فقال للنبي صلى الله عليه وآله: هل لك ان تصارعني؟ فقال له النبي صلى الله عليه وآله ماتسابق لي؟ قال: شاة فصارعه فصرعه النبي صلى الله عليه وآله فقال له يزيد: هل لك في العود؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله ماتسابق لي؟ قال: شاة، فصارعه فصرعه النبي، فقال للنبي صلى الله عليه وآله: هل لك في

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

العود؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله ماتسبق لي؟ قال: شاة، فصارع فصرعه، فقال للنبي صلى الله عليه وآله اعرض علي الإسلام فما احد وضع جنبي على الارض، فعرض عليه الاسلام فأسلم، ورد عليه غنمه (١).

والجواب. منع السند في الأولى، ولأن ذلك لا يليق بمنصب النبوة. والرواية الثانية لا تدل على الجواز في حق غير النبي صلى الله عليه وآله، لوجوه:
(أ) اجاز أن يكون من خصائصه، فلا يلزم مشاركة غيره فيه.

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

(ج) علم عليه السلام كون المصارعة في هذه سبباً لإسلامه، فأجاب اليها تحصيلاً لهذه الفائدة.

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

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

الخامسة: المسابقة بالاحجار، بان يدحرجها ويدفعها من مكان الى مكان، ليعرف الاشد منهم والكل عندنا حرام، لانه لا يعامل بهذه الأشياء، فيدخل تحت

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

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

انعقادها الى ايجاب وقبول. وفي لزومها تردد، اشبهه اللزوم. ويصح أن يكون السبق عيناً 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 الى تقدير المسافة والخطر، وتعين ما يسابق

القمار ولعموم الخبر.

قال طاب ثراه: وفي لزومها تردد، أشبهه اللزوم.

أقول: ما ذهب اليه المصنف، هو مذهب ابن ادريس (١) وذهب الشيخ في الكتابين الى 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 الجمالة (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؟ الى 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 الى 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 المراماة الى 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: إ طرح الفضل بكذا، لم تصح، لأنه مناف للغرض من النضال.

أقول: المحلل هو الذي يدخل بين المتسابقين المتراهنين، فيتسابق معهما من غير عوض يبذله، إن سبق أخذ، وإن لم يسبق لم يغرم، وهويينها كالأمر، 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 قداحاً، أي قماراً 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 الإصابة.

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

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

التمرض 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، لإصالة 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 الى تفسيرها:

فالرشق بفتح الراء، الرمي، يقال: رشقت رشقاً، اي رميت رمياً، ويقال: قوس رشيقة، أي خفيفة، وبالكسر عدده الذي يتفقان عليه. ويسمى ايضاً الوجه واليد، فيقال: رشق ووجه ويد، وبالفارسية (دست) ومعناه أن يقول عند أحد الغرضين: يرمون رشقهم الى الأخير، 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 البالي، او قرطاس يدور عليه شعر، وقيل: ما ينصب في الهدف يقال له القرطاس سواء كان من كاغذ أو غيره، وماتعلق في الهواء فهو الغرض. وقد يجعل في الشق نقش كاهلال 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 يعيّننا موضع الاصابة، أهو الهدف، أو الغرض، أو

(١) لاخط عبارة المختصر النافع.

(٢) التحرير: كتاب السبق والرمية، ص ٢٦٢ س ٣٥ قال: اما المبادرة أو المحاطة ففي اشتراط ذكر

احدهما نظراً، اقره عدم الاشتراط.

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

ويوصف السهم باللقاب:

(أ) الحايي، وهو الواقع دون الهدف ثم يحبوا اليه، مأخوذ من حبوا الصبي، وهو نوع من المزدلف يفترقان في الاسم ويستويان في الحكم، لأن المزدلف هو الذي يضرب الأرض ثم يثبُّ إلى الغرض فهو أحد، والحايي أضعف.

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

(ج) الخارم، وهو الذي يخرم حاشيته. وقال في المبسوط: والخارم والخارق بالراء المهملة عبارة عن شيء واحد، وهو ما يخرم حاشية الغرض، يثبُّ أو لم يثبُّ (١).

(د) الخارق، وهو ما أخدشه ولم يثقبه.

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

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

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

(ح) الخاطف، وهو المرتفع في الهواء يخطف نازلاً، فإن أخطأ حسب عليه، وإن أصاب قيل: يحسب له لحصوله برميته، وقيل: عليه، لأن تأثير الرمي في ارتفاع للسهم، وأما سقوطه فبثقله وهبوطه بطبعه، فصار مصيباً بغير فعله، وإذا لم يكن

(١) المبسوط: ج ٦، كتاب السبق والرماية، ص ٢٩٧ س ١١ قال: والخازم والخارق معاً عبارة عن

الذي يخرم حاشية الغرض الخ.

مصيباً كان مخطئاً. وقيل: لا يحسب عليه ولا له، لأنه ما أخطأ واستوا حاله ان لم يكن مصيباً لا يكون مخطئاً، والثلاثة للشاقعي. وقال العلامة: ان نزل السهم بعد ارتفاعه فأثر الحدة لا يقطع مسافه أحتسب عليه خاطئاً، وان نزل في بقية حدثه حابياً في قطع مسافته، احتسب له صائباً، لأن الرمي بالفتور منقطع وبالحدة مندفع (١).

(ط) الطامخ، فليل: هو الذي قارب الاصابة ولم يصب، وقيل: هو الواقع بين الشن ورأس الهدف، فيكون مخطئاً على التفسير الأول، وكذا على الثاني إن شرطت الإصابة في الشن، ومصيباً إن شرطت في الهدف، وقال العلامة في التحرير: الطامخ الشاخص عند كبد القوس ذاهباً إلى السماء، ويسمى الفاحر (٢) بالفاء والحاء المهملة، قال صاحب الصحاح: الفحر، الوثبة والقلق، والأول كلامه في التذكرة (٣).

(ي) الطائش، وهو الذي لا يعرف مكان وقوعه، وهو محسوب من الخطا.

(يا) العابر، وهو المصيب الذي لا يعرف رامي، 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: فالأقوى ان يقال: ان نزل السهم بعد ارتفاعه الخ.

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

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

الواقع بين يدي الرامي ، وهو خلاف الدابر.

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

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

(يو) المعطعظ (١)، وهو الذي يميل يميناً وشمالاً.

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

قيل: لا، للأصل ويحمل على الحاصل واختاره العلامة (٢) وقيل: نعم، واختاره

المصنف (٣).

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

ذلك، فان أهمل بطل، وقيل: لا للأصل، ويبدأ بمن يخرج القرعة.

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

مركز تحقيق كتاب توتير علوم رمي

(١) المعطعظ من السهام الذي يضطرب ويلتوى اذا رمى به، وعطعظ السهم عطعظة وعظماظاً التوى

وارتعش - لسان العرب: ج ٧ ص ٤٤٧ لغة عطظ -

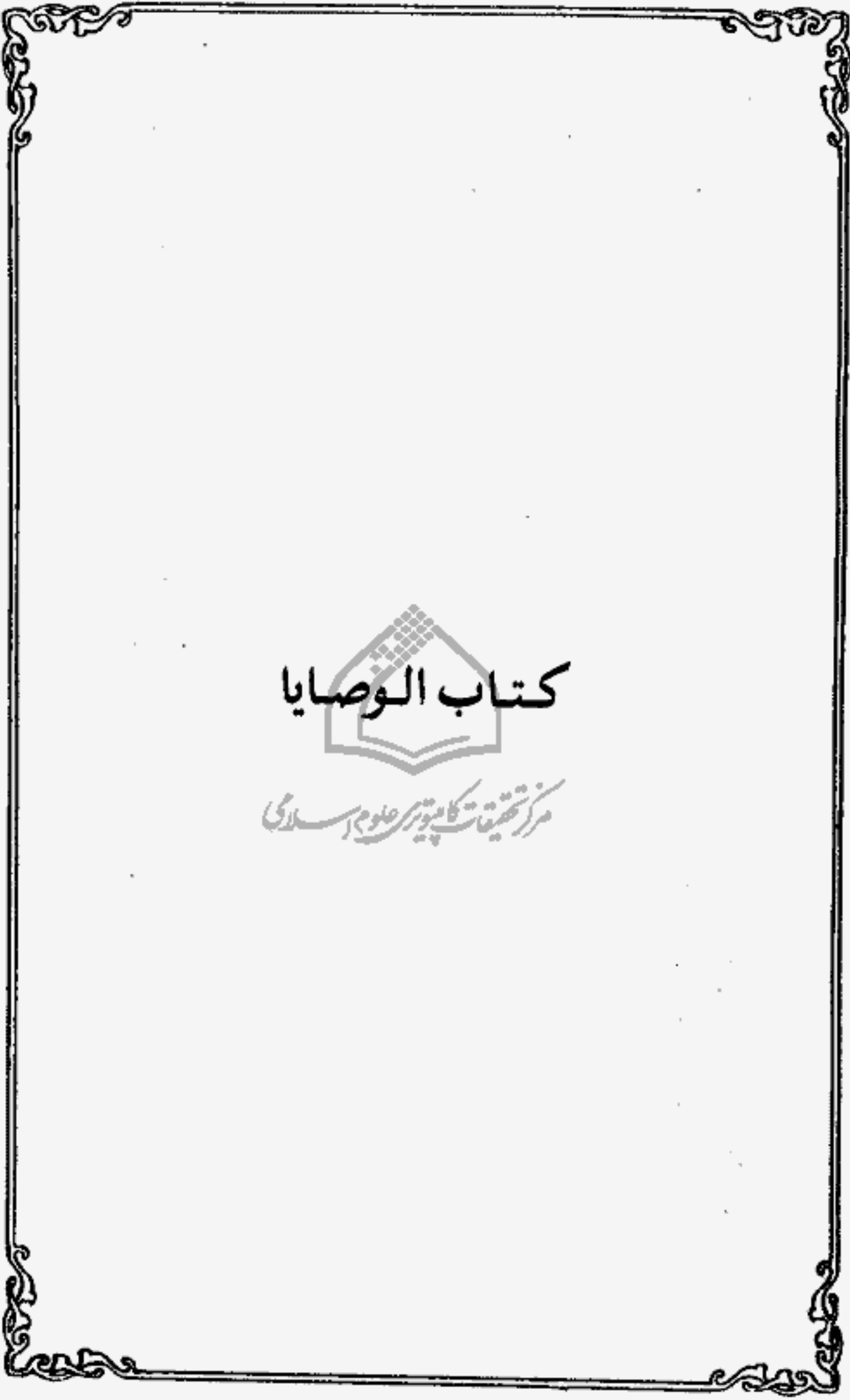
(٢) التذكرة: ج ٢ كتاب السبق والرماية ص ٣٦٢ س ١١ قال: مسألة، ولا يشترط الاعلام بصفات

الإصابة الخ.

(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی



کتاب الوصایا

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

كتاب الوصايا

وهي تستدعي فصولاً

الاول: الوصية تمليك عين أو منفعة، أو تسليط على تصرف بعد الوفاة. ويفتقر الى الايجاب والقبول. وتكفي الاشارة الدالة على القصد.

كتاب الوصايا

مركزية مقدمة علوم إسلامية

الوصايا جمع وصية، واشتقاقها من وصى يوصى، اذا وصل.

قال الشاعر:

نصي الليل بالأيام 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: فقوله تعالى «كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية» (٢) وقال تعالى «يوصيكم الله في أولادكم» (٣).

(١) القائل ذو الرمة، يقول: رجع صلاتنا من اربعة الى 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) فلائمه السدس من بعد وصية (١).

(ب) فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها اودين (٢).

(ج) ولهن الربع مما تركتم من بعد وصية توصين بها اودين (٣).

(د) فهم شركاء في الثلث من بعد وصية توصي بها اودين (٤).

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

وأما السنة: فكثير: منه ما روى عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وآله قال:

ما حق امرء مسلم له شيء يوصي 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 صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله ليس يرثني الا البنت أفأوصي بثلاثي

مالي؟ فقال: لا، قال: أفأوصي بنصف مالي؟ وفي بعضها، بشرط مالي، فقال: لا،

فقال: أفأوصي بثلاث مالي؟ قال صلى الله عليه وآله: بالثلث والثلث كثير، وقال:

انك ان تدع اولادك أغنياء خيرا من ان تدعهم عالة يتسلبون الناس (٦) وروى

ابوقتادة ان النبي صلى الله عليه وآله لما قدم المدينة سأل عن البراء بن معرور فقيل

يا رسول الله: إنه هلك وقد أوصى لك بثلاث ماله، فقبل رسول الله صلى الله عليه وآله.

(١) النساء/١١. (٢) النساء/١٢.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والصحيح «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 الوصية، 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: فن 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 أصول مذهبنا: انهم اذا أقرّوا بشيء منها وقالوا: ان هذا حسب صحيح أوصى به لزمهم، دون ماعدها، وعليه الاكثر، قال العلامة: ولا منافاة بين الأمرين، فان قول الشيخ يحتمل العمل بما وجدوه بخطه، لأنه أوصى بذلك، مستنديين الى هذا الخط، عارفين بصحته، وحينئذ يجب العمل بالجميع، ولعل الشيخ عوّل على ما رواه الصدوق عن ابراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت الى ابي الحسن عليه السلام: رجل كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي، ولم يقل اني قدأأوصيت، إلا انه كتب كتاباً 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 الى أن قال: فان عملوا بشيء منها لزمهم العمل بجميعها.

(٣) السرائر: كتاب الوصايا باب الاقرار في المرض، ص ٣٩٢ س ٢٦ قال: والذي يقتضيه اصول مذهبنا الى أن قال: دون ماعدها ممّا في هذا المكتوب، فانه لا يلزمهم العمل بجميع ما في المكتوب إلا بما أقرّوا به دون ماعدها الخ.

الثاني: في الموصى: ويعتبر فيه كمال العقل والحرية. وفي وصية من بلغ عشرين في البرتردد. والمروى: الجواز.

وجب عليهم أن ينفذوا كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره (١).
قال طاب ثراه: وفي وصية من بلغ عشرين في البرتردد.
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) ووافق المفيد في الشرائط ومنع في الهبة (٣) وكذا سائر واقفها في الشرائط ومنع في الهبة والوقف (٤).
(ب) ظاهر التقى جواز وصيته مع بلوغ العشر مطلقاً، ومع نقصه منها في المعروف، حيث قال: لا يمضى وصية من لم يبلغ عشرين، والمحجور عليه إلا ما تعلق بابواب البر (٥).

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

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

(٢) النهاية: باب شرائط الوصية، ص ٦١١ س ٩ قال: فإن بلغ عشرين إلى أن قال: كانت وصيته ماضية، ثم قال بعد أسطر وكذلك يجوز صدقة الغلام إذا بلغ عشرين وهبته.

(٣) المقتعة: باب وصية الصبي والمحجور عليه، ص ١٠١ س ١٢ قال: وإذا بلغ الصبي عشرين سنين جازت وصيته إلى أن قال: وهبتها باطلة.

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

(٥) الكافي: فصل في الوصية، ص ٣٦٤ س ١٤ قال: ولا يمضى من وصيته من لم يبلغ عشرين سنيين إلا ما تعلق بابواب البر.

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

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

والسبع للأثني 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 المتقدمة. 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 بشيء في حق جازت وصيته (٣).

(د) الذي عليه المصنف (٤) والعلامة المنع (٥) وهو مذهب ابن ادریس (٦) وهو أحوط، لأن المناط في تنفيذ التصرف إنما هو البلوغ.

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

والجارية ولها سبع سنين الخ.

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

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

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

(٤) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٥) المختلف: في الوصايا، ص ٦٢ س ٢١ قال بعد نقل الأقوال والروايات: لكن الاحوط عدم انفاذ

وصيته مطلقاً حتى يبلغ الخ.

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

أقول: هذا هو المشهور بين الاصحاب: ذكره الشيخان (١) والقاضي (٢) والتقي (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 النهي عن تبديل الوصية (٦) قال العلامة: وقول ابن ادریس لا بأس به (٧) وهو نادر فاذن العمل على الأول أرجح، لوجوه:

(أ) أنه صار بهذا الحدث سفياً، فلا ينفذ تصرفه.

(ب) أنه اشهر بين الأصحاب، فيكون أرجح.

المكلف البالغ غير صحيحة ولا ممضاة.

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

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

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

الثالث: في الموصى له: ويشترط وجوده، فلا تصح لمعدوم، ولا لمن ظن بقاءه وقت الوصية فبان ميتاً. وتصح الوصية للوارث، كما تصح للأجنبي، وللحمل بشرط وقوعه حياً. وللذمي ولو كان أجنبياً، وفيه أقوال، ولا تصح للحرّي، ولا لمملوك غير الموصي ولو كان مدبراً أو أم ولد.

(ج) ان قول ابن ادریس اجتہاد في مقابلة النص فيكون مردوداً.
(د) أنه قاتل نفسه، فلا يتصرف في ماله، كالوارث لو قتله منع منه.
قال العلامة في القواعد: لأنه في حكم الميت، فلا يتصرف في مال غيره (١) وفيه نظر، لأن علاقة الانسان لا ينقطع عن ماله بعد الموت، فكيف اذا كان حياً، وان كان في حكم الميت، وذلك في وجوه:
(أ) وجوب قضاء ديونه منه.
(ب) وجوب مؤنته مقدماً على الديون كما تقدم نفقة يومه في الحجر عند القسمة.

(ج) عدم انتقالها الى الوارث وبقاؤها على حكم ماله اذا كانت الديون محيطه بها، فلو غمت كان النماء للميت يقضى منه الديون على مذهب المصنف.
(د) لو حفر بئرأعدواناً 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 الى الورثة، فان كان عليه ديون قضيت منه ويتسع التركة للوصايا.
قال طاب ثراه: وللذمي ولو كان أجنبياً، وفيه أقوال، ولا تصح للحرّي.

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

أقول: الكافر إما حربى، أو ذمى، فالحرى لا يصح الوصية له على المشهور بين الأصحاب، 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 التقي (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

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

(١) المتحفة: ٨.

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

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

(٤) المراسم: ذكر 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 ائى أن قال: وان كان ذارحم 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 يوصى لكافر.

(٨) السرائر: في الوصايا ص ٣٨٦ س ١٠ قال: وكذلك من لابنه وبينه قرابة من الكفار على

ما قدمناه.

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

عن بعض اصحابنا (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة صحة الوصية للذمي مطلقاً، لإصالة الصحة، والجواز، ولانها نوع عطية ولا فرق بين وقوعها حال الحياة او بعد الوفاة (٣)، ولما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليها السلام في رجل أوصى بماله في سبيل الله، قال: أعط لمن أوصى له وان كان يهودياً أو نصرانياً، ان الله تعالى يقول «فمن بذله بعد ماسمعه فانما إثمه على الذين يبدّلونه 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 مثلاً، 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 ممّا صح له بنصيب الحرية، أو التقسيط على نصيب الحرية يكون بعد اعتبار الثلث؟ مثلاً أوصى له بمائة وتركته مائة وخمسون، فعلى تقدير تقديم إعتبار التقسيط، يصح له خمسون، لانا نعطيه نصف ما اوصى له به، ثم نقيسه على الثلث وقد خرج منه. وعلى تقدير تنقيح اعتبار الثلث على التقسيط يصح له خمسة وعشرون، لانه لما أوصى له بمائة وهى زائدة على الثلث، رددناها الى الثلث، فكان الخارج خمسين، فيقسط على مافيه من الحرية، وهو

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

(٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

(٤) البقرة: ١٨١.

الخ.

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

ويعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث، فإن كان بقدر قيمته اعتق وكان الموصى به للورثة، وإن زاد أعطى العبد الزائد، وإن نقص عن قيمته سعى في الباقي، وقيل: إن كانت قيمته ضعف الوصية بطلت، وفي المستند ضعف.

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

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

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

إذا عرفت هذا فنقول: إذا أوصى لعبده بشيء قيس ذلك الشيء إلى قيمته تقوياً عادلاً، فإن كان بقدر القيمة عتق ولا شيء له ولا عليه، وإن كان أكثر من قيمته عتق وأعطى الفضل، وإن كانت قيمته أكثر 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: إذا أوصى لعبد نفسه أو لعبد ورثته صحت الوصية عندنا الخ.

(٢) المهذب: ج ٢ كتاب الوصايا ص ١٠٨ س ٢٣ قال: وإذا 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 زائداً عما أوصى له به إن كانت القيمة أكثر من الموصى به بقدر سدسه أو ريعه 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 ماثلث الميت، فإن كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ريع القيمة استسعى العبد في ريع 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 علي 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 لعبده نفسه صحت الوصية وقوم العبد واعتق الخ.

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

(٥) المختلف: في الوصايا ص ٥٧ س ٣٥ قال: والمعتمد أن نقول: إن 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 الإنسان لعبده إلى أن قال: وإن كانت القيمة أكثر من الثلث بمقدار السدس أو الربع أو الثلث الخ وفي المقنعة، باب وصية الإنسان لعبده ص ١٠٢ س ٣١ قال: وإن كانت قيمته أكثر من الثلث بمقدار الخ.

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

بالإستسعاء عند نقص القيمة بقدر الربع يوجب عدمه عند الزيادة ، ودلالة المفهوم ضعيفة وقد بين في موضعه ، والسند ايضاً ضعيف ، لأن الراوي الحسن بن صالح بن حي أحد اركان الزيدية واليه نسبت الصاحلية.

تنبيه

اطلاق الاصحاب اعتبار ما ذكرناه، ولم يفصلوا بين كون الوصية للعبد بمشاع كثلث مالي، أو ريعه، أو بعين كاعطوه هذه الدار. وقال ابن الجنيد: ان كانت الوصية للمملوك بمال مستمى لم يكن عتاق لجواز اخراج ذلك من غير رقبتة، ولو كانت جزء من التركة كعشره أو نحوه كان العبد بما يملكه من ذلك الجزء من رقبته محرراً (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 شيء له ولا عليه، وان كانت الوصية بعين بطلت ولا شيء له ولا يعتق منه شيء لانه قصد اعطاء عين فلا يجوز التخطي الى غيرها، لانه يكون تبديلاً للوصية، ولان العبد لا يملك فلا يصح له الوصية، ولا يمكن أن يحرم من قيمة العين لما فيه من التبديل للوصية المنهى عنه، ولا مجاناً اذ لا سبب له، ولانه إضرار بالوارث وزيادة على الوصية، وعليه يحمل قول أخدهما

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

عليهما السلام: 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 «لأنه قصد إعطاء المعين ويلزم منه إما التبديل إن قاصصناه برقبة، أو تمليك من لا يملك إن دفعنا إليه العين».

قلنا: نختار القسم الأول، ونتخلص بأمرين.

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

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

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

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

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

(٥) الإرشاد: الركن الثالث في الموصى له، قال: ولو أوصى لعبده الى أن قال صح ثم يقوم له بعد اخراج الوصية الخ.

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

لا يقال: ينعتق منه شيء قطعاً وينعتق الباقي سراية، وله فضل مال ملكه بسبب حرية جزئه فيسرى عليه، فيقاص بما كان موجوداً، ويسعى في الباقي، وهذا المعنى غير متحقق في المعين.

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

الثاني أن المعين يلزمه الإشاعة. وبيان ذلك:

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

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

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

وأيضاً العتق مبنى على التغليب، فيكفي في التوصل إليه بادنى سبب.

وايضاً في تنفيذ الوصية حفظاً لمقصد المسلم عن الضياع وصوناً للفظه عن

الهدر.

وايضاً الأصل صحة الوصية، فأبطلها يفتقر الى دليل شرعى، 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، صحّ العتق، والآ بطل، وفيه وجه آخر ضعيف.

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

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

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

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

أقول: إذا اعتق عبده المستوعب عند موته وعليه دين، أو أوصى بعتقه، فهذا قسمان:

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

(أ) اشتراط المصنف في النافع في صحة العتق كون القيمة بقدر الدين مرتين (١) وهو اختيار المفيد (٢) لصحيفة عبدالرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام، في حديث طويل، قلت: رجل مات وترك عبداً 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: وإذا كان على الانسان دين ولم يخلف

الآ عبداً أو عبداً فاعتقهم الخ.

للورثة، ويكون له السدس (١).

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

(ج) تقديم حق الديان وعتقه من ثلث الباقي وإن قل، ويستسعى فيما يخص الديان والوارث على النسبة، مثلاً، كانت قيمته ثلاثمائة وعليه من الدين مائتان، عتق تسعه ويسعى في ثمانية اتساعه ستة إتساع للديان وتسعان للورثة، وهو قول العلامة قدس الله روحه (٣) احتج بحسنة الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل قال: إذا مت فعبدي حرّ وعلى الرجل دين، قال: إن توفي وعليه دين قد أحاط بضمن الغلام بيع العبد، وإن لم يكن أحاط بضمن العبد يستسعى العبد في قضاء دين مولاه، وهو حرّ إذا أوفى (٤).

الثاني: إن يوصى بعتق المستوعب ولم يذكره المصنف في هذا الكتاب، بل في الشرائع، وفيه قولان: مركز تحقيق كتاب مؤيد علوم إسلامي
(أ) عتق ثلث ما فضل من الدين بالغاً ما بلغ وهو مذهب العلامة (هـ) 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: فإن اعتقه في الحال وثبت عتقه قبل موته مضى العتق وليس لأحد من الديان ولا للورثة عليه سبيل إلى أن قال: وإنما ذلك عطية منجزة في الحال وعطايا المنجزة صحيحة على الصحيح من المذهب الخ.

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

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

(هـ) المختلف: في الوصايا، ص ٥٨ س ١٨ قال بعد نقل قول المفيد: من أنه إذا كان على الإنسان دين ولم يخلف إلا عبداً أو عبيداً فعتقهم مالفظه: وإن قصر الدين عن قيمته، عتق ثلث الفاضل واستسعى في الباقي.

ولو أوصى لأُمّ ولده صحّ، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب الولد؟ قولان: فإن 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 بعته، عملاً بمقتضى الأصول المقررة، وفرق المصنف بينها، فعمل في المنجز بصحيحة عبدالرحمان، وفي الموصى بعته بحسنة الحلبي، اعتماداً في كل واقعة بما ورد على عينها من النص، وما امتنه.

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

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

أقول: هنا ثلاثة مذاهب: مركز تحقيق كتاب مؤثر علوم إسلامي

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

(١) الشرايع، في الموصى له، قال: وإذا أوصى بعثق مملوكه وعليه دين الخ وأضاف في الجواهر: (ج ٢٨ - ص ٣٧٧) ولم يكن عنده سواء الخ.

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

(٣) المذهب: ج ٢، كتاب الوضايا، ص ١٠٨ س ١ قال: وإذا أوصى بعثق مملوكه وكان عليه دين الخ.

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

(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

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

ووجهه: أن حق الورثة متأخر عن الوصايا، لقوله تعالى «من بعد وصية يوصي بها أو دين» (٣) ولو فرض تساويهما كان تخصيصها بالغرامة أولى من ولدها، لأن ذلك لمصلحتها.

(ب) أنها تعتق من النصيب ولها الوصية بكمالها، وهو مذهب الشيخ في النهاية (٤) واختاره العلامة في المختلف (٥) لأنّ التركة تنتقل إلى الورثة من حين الموت، فثبت ملك الولد على جزء من 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، فلما حضرته الوفاة أوصى لها بالنفي درهم أو بأكبر، للورثة أن يسترقوها؟ قال: فقال: لا، بل يعتق من ثلث الميت ويعطى ما أوصى لها به (٦).

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

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

(٢) الارشاد: الركن الثالث في الموصى له، قال: وينعتق أم ولده من الوصية، لا من 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 لأم ولده اعتقت من نصيب ولدها الخ.

(٥) المختلف: في الوصايا، ص ٥٨ س ٣٠ قال: والمعتمد الأول، 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 ادريس (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، وحل

(١) النهاية: باب الوصية المبهمة والوصية بالعتق والحج ص ٦١٤ س ٨ قال: وإذا أوصى الإنسان بشيء لأعمامه وأخواله كان لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث.

(٢) لم نعر عليه في المذهب 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 ادريس: 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 لقربائمه ومواليه، ص ٤٥ الحديث ٣ وسند الحديث «عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد، وعلى بن إبراهيم عن أبيه، جميعا عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن زرارة».

واذا أوصى لقربته، فهم المعروفون بنسبه، وقيل: لمن يتقرب اليه
بآخر أب في الاسلام. ولو أوصى لأهل بيته دخل الأولاد 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) أنهم المعروفون بنسبه، سواء كانوا ورثاء، أولاً، وهو مذهب الشيخ في
الكتابين (٢). وبه قال ابن ادريس (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (هـ) حملاً
للفظ على المعنى العرفي عند تجرده عن الوضع الشرعي، كما هو عادة الشرع فيما لم
يضع له حقيقة، كالقبض والإحياء.

(ب) أنهم جميع ذوي نسبه الراجعين الى آخر أب وأم في الاسلام بالسوية،
قاله المفيد (٦) وقال في الخلاف: ولم أجد به نصاً، ولا عليه دليلاً مستخرجاً، ولا له

(١) تقدم انفا.

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

(٣) السرائر: باب الوصية المبهمة والوصية بالعتق، ص ٣٨٩ س ٢٧ قال: وإذا أوصى فقال: اعطو
ثلثي لقربتي الى 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 حملاً للفظ
على المعنى العرفي الخ.

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

واذا مات الموصى له قبل الموصي، انتقل ما كان الى ورثته مالم يرجع الموصي على الأشهر. ولو لم يخلف وارثاً رجعت إلى ورثة الموصي. وإذا قال: اعطوا فلاناً دفع اليه يصنع به ما شاء.

شاهدأ(ه).

(ج) إنهم من تقرب اليه من جهة والده او والدته، قاله ابوعلی، قال: ولا اختار ان يتجاوز بالتعرفه الأب الرابع، لأن النبي صلى الله عليه وآله لم يتجاوز ذلك في تعرفه سهم ذوی القرى من الخمس (٢).

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

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

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

(١) الخلاف: كتاب الوصايا، مسألة ٢٤ قال: وليس لاصحابنا فيه نص عن الائمة عليهم السلام.
(٢) المختلف: في الوصايا ص ٥٥ س ٢٧ قال: وقال ابن الجنيد: كانت لمن تقرب اليه من جهة ولده أو والديه الى أن قال: ولا اختار الخ.
(٣) المقنعة: باب الموصى له بشيء يموت قبل الموصي، ص ١٠٣ س ٥ قال: كان ما وصى به راجعاً على ورثته الخ.

(٤) المقنعة: باب الوصايا ص ١٦٦ س ٢ قال: فان الوصية لو ارث الذي أوصى له الخ.
(٥) و (٦) المختلف: في الوصايا، ص ٦٥ س ٢١ قال: وقال ابن الجنيد: الى أن قال: وان مات أحدهم قبل موت الموصي بطل سهمه، ثم قال: ولا بأس بهذا القول عندي الخ.
(٧) لم تظفر على كتابه المعتمد.

الرابع: في الاوصياء ويعتبر التكليف والاسلام، وفي اعتبار العدالة تردّد، أشبهه انها لا تعتبر، أما لو أوصى الى عدل ففسق بطلت وصيته.

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

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

قال طاب ثراه: ويعتبر التكليف والاسلام، وفي اعتبار العدالة تردّد، أشبهه انها لا تعتبر، أما لو أوصى الى عدل ففسق بطلت وصيته.

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

(٢) هكذا في النسخ المخطوطة الموجودة عندي، وفي المختلف هكذا: «فصار الموت حينئذ لاعتبرة 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 شيئاً في الايضاح.

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

أقول: هنا مسألتان:

(أ) اشتراط العدالة ابتداء مذهب الشيخين في المبسوط (١) والمقنعة (٢) وبه قال ابن حمزة (٣) والقاضي (٤) وسائر (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 أصول مذهبنا ويشهد به أصولنا ورواياتنا أن العدالة في الوصي ليست شرطاً في صحة الوصية

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٥١ س ٣ قال: لا تصح الوصية الا الى من جمع صفات خمسة الى أن قال: والعدالة.

(٢) المقنعة: باب الأوصياء ص ١٠١ س ١٥ قال: وينبغي أن يكون الوصي عاقلاً مسلماً عدلاً الى أن قال: ولا الى الفاسق الخ.

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

(٤) المذهب: ج ٢، باب الأوصياء ص ١١٦ س ٣ قال: فليوص الى رجل مسلم عاقل مأمون حكيم الى 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 الى الفاسق.

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

اليه، وانما ذلك مستحب، لا شرط 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 الأمانة، كالولاية على اليتيم والتفرقة على المساكين (٤).

(ب) اشتراط استدامتها على تقدير حصولها ابتداء، ثم يطرد الفسق فهل يبطل وصيته؟ فن قال باعتبارها ابتداء، أبطل الوصية هنا لفوات شرط الوصية، ومن لم يقل باعتبارها ابتداء، أبطل به هنا، لأنه ربما كان الركون اليه بالإيصاء في الابتداء وثوقاً بعدالته، وقد زالت، ولا تعود ولايته. لو عادت العدالة، لزوالها شرعاً، وهو اجماع الا من ابن ادریس، فإنه قال: الأصل صحة الوصية، ولان القول ببطلانها تبديل وهو حرام (٥) مع انه قال في كتاب الوصايا: فان مات أوفسق اقام الحاكم مقامه من يراه (٦).

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

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

(٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

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

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

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

أقول: اذا أوصى الى أكثر من واحد، فإما أن يطلق أو ينص على الاجتماع، أو الانفراد، فما نص عليه اتبع، ويجوز خلافه من الانفراد الى 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 إليهما ونهى كل واحد منهما أن يتصرف وينفرد بتصرفه الخ.
(٢) الوسيلة: في بيان احكام الوصية ص ٣٧٣ س ١٧ قال: أو أطلق القول الى أن قال: لا يكون لأحدهما الاستبداد بالأمر الخ.

(٣) السرائر: باب الأوصياء، ص ٣٨٤ س ١٩ قال: أما أن يطلق الوصية إليهما أو يقيدها الى 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: ما يقارب هذا فقال: اذا أوصى رجل الى رجلين الى أن قال: والمعتمد الاول، لنا انه شرك بينهما فلم يكن لأحدهما الانفراد الخ.

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

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

فالحاصل أنَّ الإطلاق كنص الاجتماع في المشهور، وكنص الانفراد عند القاضي والنهية.

فروع

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

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم اسلامی

بشيء من النظر الخ.

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

(٣) النهاية: باب الأوصياء ص ٦٠٦ س ١٣ قال: وان لم يكن الموصي قد اشترط عليها ذلك جاز لكل واحد منها ان يستبد بما يصيبه الخ.

(٤) المهذب: ج ٢ باب الأوصياء، ص ١١٦ س ١١ قال: وان وصى الى اثنين بالغين ولم يجعل عليها تنفيذ الوصية على الاجتماع الى قوله: لكان لكل واحد منها الاستبداد بما يصيبه الخ.

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

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

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

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

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

(د) لونهما عن الإنفراد، يحتمل عدم تنفيذ الضروري، لنصّ الوصي على عدمه، بل يرفع الأمر فيه إلى الحاكم.
 (هـ) يجوز التعدد في الإيصاء، ترتيباً، كأوصيت إلى زيد، فإن مات أورد فإلى عمرو، أو إن بلغ الطفل رشيداً فإليه.

(و) لو عجز أحد الوصيين، أو فسق ضم الحاكم إليه معيناً، ولو مات احتمل قوياً وجوب الضم، لأنه لم يرض برأيه وحده، ويحتمل عدمه، لأنه لا عرضة للحاكم مع وجود وصي.

قال طاب ثراه: ويأخذ الوصي أجره 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 واحداً جاز اذا كان فيه كفاية.

أقول: الأول 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 الأمرين (٦) (٧).

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

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

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

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

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

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

وإذا اذن له في الوصية جاز، ولو لم يأذن فقولان: أشبهها 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) لأن لفظ الاستعفاف تؤذن بالتدبيرة.
قال طاب ثراه: وإن أجاز له في الوصية جاز، ولو لم يأذن فقولان: أشبهها أنه لا يصح.

أقول: إذا نص الموصي على الإيصاء لاشك في جوازه، وإذا نص على عدمه لاشك في منعه.

وأما البحث على الإطلاق، فهل يجوز أن يوصى من حيث أنه ملك ولاية يتملك الإيصاء بها؟ أم لا؟ من حيث أنه تصرف ولم يؤذن فيه، ويفتقر التصرف في حق الغير إلى صريح الاذن. الشيخ في النهاية على الأول (٥) وبه قال القاضي (٦)

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم اسلامی

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

(٢) النهاية: باب التصرف في أموال اليتامى، ص ٣٦٢ س ١٩ قال: فإن نقص نفسه كان له في ذلك فضل وثواب، وإن لم يفعل كان له المطالبة باستيفاء حقه من أجرة المثل الخ.

(٣) و (٤) المختلف: كتاب التجارة، ص ١٦٧ س ١٦ قال وقال: ابن الجنيد إلى أن قال: والموسر أحب إلينا من المحتاج، ويكون للمحتاج من الأجرة على قدر قيامه لأعلى قدر حاجته، إلى أن قال العلامة بعد أسطر: وقوله تعالى «ومن كان غنياً فليستعفف» لا إشعار فيه بالوجوب، بل يدل بمفهومه على الأولوية.

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

(٦) المذهب: ج ٢ باب الأوصياء، ص ١١٧ س ١٩ قال: ومن كان وصياً لغيره وحضرته الوفاة وأراد أن يوصي إلى غيره جاز له أن يوصي الخ.

الخامس: في الموصى به، وفيه أطراف:

(الأول) في متعلق الوصية، ويعتبر فيه الملك، فلا تصح بالخنزير، ولا بآلات اللهو، ويوصى بالثلث فمانقصر. ولو أوصى بزيادة عن الثلث صحَّ في الثلث وبطل الزائد، فإن أجاز الورثة بعد الوفاة صحَّ. وإن أجاز بعض صحَّ 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 تبديلاً.

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 الإيصاء قال ابن الجنييد.

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

(٣) السرائر: باب الأوصياء 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: وافق به أبو علي بن

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 الأولون بوجوه:

(أ) عموم قوله تعالى «من بعد بالوصية يوصى بها أودين» (٧).

(ب) أن الرد حق للورثة، فإذا رضوا بالوصية سقط حقهم، كما لورضي المشتري بالعيب.

(ج) أن الأصل عدم اعتبار اجازة الوارث، لكون الوصي متصرفاً في ملكه، غايته أنه منع من الزيادة على الثلث إرفاقاً بالوارث، فإذا رضي زال المانع.
(د) أن المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصي والورثة، فهو له مع البرء، ولهم مع الموت، فإن كان للموصي، فقد أوصى به، وإن كان لهم فقد اجازوه.

الجنيد، ثم قال: والمعتمد قول الشيخ الخ.

(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: فإن وصى موص بالانصف

الى ان قال: فإن أمضوه في الحياة كان لهم الرجوع فيه بعد الموت.

(٤) المراسم: ذكر أحكام الوصية ص ٢٠٣ س ١٠ قال: فإن أمضى الورثة في حياة الموصى ما زاد

على الثلث جاز لهم الرجوع فيه بعد الوفاة.

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

ردّها بعد الموت.

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

(٧) النساء: ١١.

وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الأصاغر.

(هـ) صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبدالله 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 أخر. وادعى الشيخ الاجماع.

احتج الآخرون بأنها إجازة فيما لا يستحقونه، فلا يلزمهم، وهو مردود. قال طاب ثراه: وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الأصاغر.

أقول: هذه المسألة يوردها المصنفون في المضاربة وفي كتاب الوصية، وتحقيق البحث فيها أن نقول: موضوع المسألة في كتب الفقه، وماورد به النص: هو أن ينصب الإنسان على أطفاله وصياً ويأذن له في الإتجار بما لهم، ويجعل له نصيباً من الربح معلوماً كالنصف مثلاً، فهل ينفى 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 عبدالله عليه السلام

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

(٣) النهاية: باب الأوصياء، ص ٦٠٨ س ١ قال: وإذا أمر الموصي الوصي أن يتصرف في تركته لورثته ويتجرها ويأخذ نصف الربح، كان جائزاً.

(٤) المهذب: ج ٢ «الإيصاء للحاضر والغائب» ص ١٢٨ س ٨ قال: وإذا أمر الإنسان 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 عملاً بالرواية المناسبة للأصول النخ.

فقصص عليه قصتي، فقال عليه السلام: أمّا فيما بينك وبين الله عزّوجلّ 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 الريح فيما بينهم وبينه، فقال: لا بأس، من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك، وهو حي (٢).

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

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

وهاتان العبارتان من الكتابين في كتاب المضاربة منها، وقد عرفت أن أصل المسألة وموضوعها ما قدمناه: من كون العامل هو الوصي والورثة أطفال، وإن 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 الريح قال: ولو دفع قراضاً في مرض الموت الخ.

فليتصور ذلك في فروع:

(أ) لو كان الورثة كباراً لا تولي عليهم وأوصى بالمضاربة بما لهم، لم ينفذ الوصيته، سواء كان الموصى له معيناً أو مجهولاً، كما لو أوصى بالولاية عليهم، وفرق بينه وبين الوصية بالثلث، لأنه قصد في الثاني تملك الموصى له، فيحتمل من متن المال، وقد أجاز الشارع له ذلك، وهنا لم يقصد تملكه من متن المال شيئاً، بل الوصية في الحقيقة بالولاية على مال الغير، وهو غير جائز.

(ب) لو كان الورثة صغاراً وأوصى إلى الوصي بأن يخرج مضاربة إلى الغير، والموصى له غير معين، فيحتمل البطلان هنا، لأنها وصية لمجهول، ويحتمل الصحة، فإن كان القدر معيناً وهو قدر الثلث فأدون، أخرج إلى ثقة، ويكفي فيه المعاملة الواحدة، بأن يشتري العامل ويبيع، لحصول الإمتثال بذلك، وإن كان أكثر من الثلث رد إليه، لأنه في مظنة التعرير بالمال والمخاطرة به، فاعتبر الثلث.

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

(د) لو دفع المريض قراضاً معجلاً، كان ماضياً من الأصل، ولا يعتبر خروجه من الثلث، ولا خروج ربحه.

(١) الشرائع: كتاب الوصايا، الثالث في الموصى به، وفيه أطراف، الأول، قال: ولو أوصى إلى إنسان بالمضاربة الخ.

ولو أوصى بواجب وغيره، أخرج الواجب من الأصل والباقي من الثلث، ولو حصر الجميع في الثلث بدأ بالواجب ولو أوصى بأشياء تطوعاً، فإن رتبته بدأ بالأول فالأول حتى يستوفي الثلث وبطل ما زاد، وإن جمع أخرجت من الثلث ووزع النقص وإذا أوصى بعق ممالكه دخل في ذلك المنفرد والمشارك .

أما الأول: فلأن المريض لا يمنع من التصرف في عين ماله بغير إتلاف والمحاباة، فلو عارض بمجموع تركته بثلث المثل نفذ، وهاهنا لم يتصرف بإتلاف المال، بل تصرف بأمر ربه كان سبباً في زيادة المال.

وأما الثاني: فلأن 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 التقويت على الورثة.

وإنما طولنا الكلام في هذه المسألة، لأنها موضوع إشتباه.

قال طاب ثراه: ولو أوصى بأشياء تطوعاً، فإن رتبته بدأ بالأول فالأول حتى يستوفي الثلث وبطل ما زاد، وإن جمع أخرجت من الثلث ووزع النقص.

أقول: معنى الترتيب هنا أن يذكر واحد أبعد واحد بحرف العطف، وإن لم يكن الحرف مقتضياً للترتيب كالفاء وثم، بل الواو أيضاً مرتب وإن لم يقتضى الترتيب، عند محقق الأصوليين. ومعنى الجمع أن يقول: رقاباً، أو أعتقوا عبيدي، أو أعطوا كل واحد من فلان وفلان كذا، أو أعطوا الجماعة الفلانية كذا وكذا ديناراً يقسمونها بينهم.

لأن حمران سأل الباقر عليه السلام عن رجل أوصى عند موته: أعتقوا فلاناً وفلاناً وفلاناً 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 المهمة: 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، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك ولا يجوز له ذلك (١)، وقال ابن حمزة: إن أوصى لواحد بعد واحد، لم تخل من وجهين، إما عطف الثاني بحرف العطف، أو أوصى بكرة لواحد، وضحية لآخر، أو غداً فالأول إن خرج الجميع من الثلث استحقوه، وإن لم يخرج قدم الأول فالأول حتى يستوفي الثلث، وإن اشتبه أخرج بالقرعة، والثاني إن أخرج من الثلث استحق الجميع، وإن لم يخرج قدم الأخير، والأول هو المشهور.

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

أقول: هنا ثلاث روايات:

(أ) العشر، وهو في صحيحة عبدالله بن سنان، قال: إن امرأة أوصت إلي، وقالت: ثلثي يقضى به ديني وجزء منه لفلاتة، فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى؟ فقال: ما أرى لها شيئاً، ما أدري ما الجزء، فسألت أبا عبدالله عليه السلام بعد ذلك وخبرته كيف قالت المرأة، وما قال ابن أبي ليلى، فقال: كذب ابن أبي ليلى، لها عشر الثلث، أن الله تعالى أمر إبراهيم 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، لأن 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 الصدوقان (٢) والشيخ في كتابي الاخبار (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥) لأصالة بقاء التركة على ملك الوارث، فيقتصر على المتيقن، ولهذا أعطينا من أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته، مثل أقلهم عملاً بالمتيقن، فكذا هنا.

(ب) السبع، وهو في صحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من مال؟ فقال: واحد من سبعة، إن الله تعالى يقول: «لها سبعة ابواب لكل باب منها جزء مقسوم» (٦) (٧) وبمضمونها قال في النهاية (٨) والخلاف (٩) وبه قال المفيد (١٠) وتلميذه (١١) والسيد (١٢)

(٢) الفروع: ج ٧، باب من أوصى بجزء من ماله، ص ٤٠ الحديث ٣.
(٣) المقنع: باب الوصايا ص ١٦٣ س ٥ قال: وإن أوصى بجزء من ماله فهو واحد من عشرة. وفي المختلف: في الوصايا ص ٥٣ س ٢٤ قال: قال في كتابي الاخبار: إنه العشرون قال علي بن بابويه وابنه.
(٤) التهذيب: ج ٩، ص ٢٠٨ (١٦) باب الوصية المبهمة، الحديث ١ - ٢ - ٣ - ٤. وفي الاستبصار: ج ٤ ص ١٣١ (٧٩) باب من أوصى بجزء من ماله، الحديث ١ - ٢ - ٣ - ٤.
(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٥) المختلف: في الوصايا، ص ٥٣ س ٢٥ قال بعد نقل قول الشيخ في كتابي الاخبار: وهو المعتمد.
(٦) الحجر: ١٥. (٧) التهذيب: ج ٩، (١٦) باب الوصية المبهمة ص ٢٠٩ الحديث ٥.
(٨) النهاية: باب الوصية المبهمة ص ٦١٣ س ٥ قال: كان ذلك سبعة من ماله، ثم قال: فإن أوصى بسهم من ماله كان ذلك الثمن الخ.

(٩) الخلاف: كتاب الوصايا، مسألة ٧ قال: إذا قال لفلان جزء من مالي كان له واحد من سبعة، وقال في مسألة ٩ إذا قال: لفلان سهم من مالي كان له سدس ماله 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 أحكام الوصية، ص ٢٠٤ س ١٧ قال: فإن كان بجزء من ماله كان بالسبع أو أن كان بسهم كان بالثمن.
(١٢) لم نظفر عليه.

ولو أوصى بسهم كان ثمناً، ولو كان بشيء كان سدساً.

وابوعلي (١) وابن حمزة (٢) والقاضي (٣) وابن ادریس (٤).

(ج) سبع الثلث، وهو في رواية الحسين بن خالد عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألت عن رجل أوصى بجزء من ماله؟ قال: سبع ثلثه (هـ) ذكرها الصدوق في كتابه.

قال طاب ثراه: ولو أوصى بسهم كان ثمناً.

أقول: لا خلاف في تفسير الشيء أنه الدس. وفي السهم ثلاثة أقوال:

(أ) الثمن، قاله المفيد (٦) وابوعلي (٧) والصدوق (٨) والقاضي (٩) وسائر (١٠) وابن ادریس (١١) واختاره الشيخ في النهاية (١٢) وهو اختيار المصنف (١٣) والعلامة (١٤) لموثقة السكوني عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل يوصي

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

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

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

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

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

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

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

(١٢) تقدم نقله آنفاً. (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 وجهاً، صرف في البر، وقيل: يرجع ميراثاً.

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 أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشرة (٤)، وهو بترى.
 قال طاب ثراه: ولو أوصى بوجوه، فنسي الوصي وجهاً، صرف في البر، وقيل: يرجع ميراثاً.

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: وإذا أوصى له بسهم من ماله كان له السدس، وفي الخلاف، كتاب الوصايا، مسألة ٩.
 (٣) المختلف: في الوصايا، ص ٥٣ س ٣٦ قال: وفي المبسوط انه السدس، وبه قال: علي بن بابويه.
 (٤) الاستبصار: ج ٤ (٨٠) باب من أوصى بسهم من ماله، ص ١٣٤ الحديث ٣.
 (٥) المقنعة: باب الوصية المبهمة، ص ١٠٢ س ٢٠ قال: فان أوصى رجل الى رجل وجعلها ابواباً فنسي الوصي باباً الى أن قال: في وجوه البر وفي النهاية: باب الوصية المبهمة، ص ٦١٣ س ١٦ قال: فان أوصى بوصية وجعلها ابواباً الى أن قال: فليجعل ذلك السهم في وجوه البر.
 (٦) المقنعة: باب الوصايا ص ١٦٧ س ١٠ قال: فان أوصى بوصية ولم يحفظ الوصي الى أن قال: فان الأبواب 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 الى ان قال بعد نقل قول ابن ادریس: والمعتمد الأول.
 (٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.
 (١٠) السرائر: باب شرائط الوصية، ص ٣٨٩ س ٦ قال: فان أوصى الانسان بوصية وجعلها ابواباً

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، استناداً الى فحوى رواية.

احتج الأولون بقوله تعالى (فمن بذله بعد ماسمعه) (١) ودفعه الى الورثة وجعله ميراثاً تبديل للوصية، وبما رواه محمد بن ريان، قال: كتبت اليه (يعني علي بن محمد عليهما السلام) أسأله عن انسان يوصي بوصية فلم يحفظ الوصي الا باباً واحداً منها، كيف يصنع في الباقي؟ فوقع عليه السلام: الأبواب الباقية اجعلها في البر (٢) ولأنه بالوصية خرج عن ملك الورثة، وقد خفي مالكة ومستحقه، فوجب صرفه في البر كغيره.

احتج الآخرون: بانها وصية بطلت، لإمتناع القيام بها، فيرجع الى 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، استناداً الى فحوى رواية.

مسماة، فنسي الوصي باباً منها الى أن قال: وقيل شيخنا في جواب الحائريات اذا نسي الوصي جميع أبواب الوصية فانها تعود ميراثاً للورثة، فنغم ما قال الخ. أقول: الظاهر هو الفرق بين نسيان جميع أبواب الوصية ونسيان باب من أبوابها ولا يقاس أحدهما بالآخرى كما هو المستفاد من الفتاوى.

(١) سورة البقرة/ ١٨١.

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

أقول: هنا مسائل:

(أ) هل يشترط في الموصي هذه الأشياء أن يكون عدلاً؟ قال الشيخ في النهاية: نعم، حيث قال عند دخول هذه في الوصية: هذا إذا كان الموصي عدلاً مأموناً، فإن لم يكن عدلاً وكان متهماً لم تنفذ الوصية في أكثر من ثلثه (١) وتبعه القاضي في ذلك (٢) وباقي الأصحاب على عدم الاشتراط، ولعل الشيخ أراد الإقرار 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 مافيه، وفيها طعام، أيعطاها الرجل ومافيه؟ 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 الأصل، وإن كان متهماً يخرج من الثلث (٤).

قلت: اعتبار التهمة وعدمها يكفي عن ذكر العدالة، لأن صيغة الوصية صيغة الإقرار، 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 الأصل، ولهذا قال عقيبه: (وإن كان متهماً لم تنفذ الوصية في أكثر من ثلثه).

(ب) هل يدخل مافي هذه الأشياء وعليها أم لا؟ فيه مذهبان:

(١) النهاية: باب الوصية المهمة، 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 المهمة، ص ٢١٢ الحديث ١٥.

(٤) المختلف: في الوصايا، ص ٦٠ س ١٢ قال: ولا دلالة فيه على أن الموصي إذا كان عدلاً يخرج من

أحدهما: لا، لان الوصية تعلقت بالسيف وليس الجفن من مسماه، ولا لازماً لمعناه، وكذا الكلام في السفينة والصندوق، فإن المظروف ليس جزء من الظرف ولا لازماً له، وهونادر.

والآخر: نعم، قاله الشيخان (١) وابوعلي (٢) والصديق (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).

وابوجملة هذا كذاب ملعون، لكن اكثر الأصحاب مطبقون على العمل بها،

(١) المقنعة: باب الوصية المهمة، ص ١٠٢ س ٢١ قال: اذا وصى الإنسان لإنسان بصندوق مقفل وكان في الصندوق متاع، فالصندوق بما فيه للموصى له الخ وفي النهاية، باب الوصية المهمة 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 الى ان قال: فالوعاء وما فيه للموصى له الخ.

(٦) السرائر: باب الوصية المهمة ص ٣٨٩ س ٩ قال: واذا أوصى الإنسان لغيره بسيف الى أن قال: كان السيف له بما فيه الخ.

(٧) التهذيب: ج ٩ (١٦) باب الوصية المهمة، ص ٢١١ الحديث ١٤.

فلهذا قال: (يُحِبُّ ضَعْفَهَا الشَّهْرَةَ) وهذه الرواية هي مستند الحكم في السيف والصندوق.

وأما مستند الحكم في السفينة فرواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام قال: سألتُه عن رجل قال: هذه السفينة لفلان، ولم ينسَمَ مافيا، وفيها طعام، أيعطاها الرجل ومافيا؟ قال: هي للذي أوصى له بها، إلا أن يكون صاحبها استثنى مافيا (١).

ولما كان قوله عليه السلام «هي للذي أوصى له بها» غير صريح إلا في دخول السفينة خاصة، ويفهم من فحوى باقى الكلام دخول مافيا بقوله «إلا أن يكون صاحبها استثنى مافيا» - قال المصنف: إلى فحوى رواية. وفحوى الكلام مافهم معناه من قصد المتكلم لقريئة من غير دلالة اللفظ عليه. واختار المصنف في الشرائع الدخول جزماً ونسب القول الآخر إلى البعد (٢) والعلامة رحمه الله فصل في المختلف فقال: بدخول مافي 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 (هـ) 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 المهمة، قال: ولو أوصى بسيف معين، دخل الجفن والحلية في الوصية الخ.

(٣) المختلف: في الوصايا ص ٦٠ س ١٩ قال: فالوجه حينئذٍ التفصيل الخ.

(٤) لم نظفر على هذا الكتاب.

(٥) النهاية: باب الوصية المهمة، ص ٦١٣ س ١٨ قال: وإذا أوصى الإنسان لغيره بسيف وكان في جفن وعليه حلية، كان السيف له بما فيه وعليه الخ.

ولا يجوز اخراج المولد من الارث ولو أوصى الأب، وفيه رواية مطرحة.

والجواب بالمشدود والوعاء بالمختوم (١) وكذا التقي (٢).

(د) هل يسري الحكم الى غير هذه المذكورات الى ما يشابهها؟ احتمالان: أحدهما، لا، لعدم النص في غيرها، فيقتصر على مورده، ومن تعميم العلة، وصرح ابو علي فقال: اذا أوصى رجل بشيء يشمل اسمه على أعيان متصلة به، كان جميعها له، كبالرجل يوصى لرجل بسيفه فهو له وجفنته وما عليه من الحلية، وكذا القول في الروشن إن كان للدار. ولو كانت الوصية بوصف كقوله: جراب هروى، أو سلة زعفران كانا جميعاً 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 بضیعة لها شرب، كانت الضیعة وشربها له، وكذلك ما جرى هذا المجرى (٤).

وأعلم أن الفاظ الروايات خالية من ذكر الجراب.

قال طاب ثراه: ولا يجوز اخراج الولد من الارث ولو أوصى الأب، وفيه رواية مطرحة.

أقول: لا يجوز اخراج الولد من الارث، لأنه ثبت شرعاً، فلا يملك الإنسان ازالته

(١) المقنعة: باب الوصية المبهمة، ص ٢٠٢ س ٢١ قال: اذا وصى الانسان لانسان بصندوق مقفل

الى 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 بشيء

يشمل اسمه على أعيان 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: رحمه الله، قلت: وإن ابنه جعفر أوقع على أم ولد له، فأمرني أن أخرج من الميراث، فقال لي: أخرج، فان كان صادقاً فيصيبه خبل (٢) قال: فرجعت فقدمني إلى أبي يوسف القاضي فقال له: أصلحك الله أنا جعفر بن علي السري وهذا وصي أبي فره فليدفع إلي ميراثي من أبي فقال لي ماتقول؟ 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 لأبيه، فأمرني أبوه وأوصى إلي أن أخرج من الميراث، ولا أورثه شيئاً، فأتيت موسى بن جعفر عليهما السلام بالمدينة فأخبرته، وسألته، فأمرني أن أخرج من الميراث ولا أورثه شيئاً، وقال: الله قسماً، إن أبا الحسن أمرك، فقلت: نعم، فاستحلفني ثلاثاً، ثم قال: أنفذ ما أمرك، فاقول قوله، قال الوصي: فأصابه الخبل بعد ذلك، قال أبو محمد الحسن بن علي الوشاء رايته بعد ذلك (٣) قال الصدوق عقيب إيراد هذه الرواية: من أوصى باخراج ابنه من الميراث ولم يكن حدث هذا الحدث لم يجز للوصي انفاذ الوصية في ذلك (٤) وهذا يدل على أنه لو فعل ذلك أنفذ وصيته لأنه ذكر في كتابه: أن ما يذكره 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 الأفعال والأبدان والعقول، وخبله واختبله إذا فسد عقله أو عضوه - (مجمع البحرين لغة خبل).

(٣) و (٤) الفقيه ج ٤، (١١٢) باب اخراج الرجل ابنه من الميراث لإتيانه أم ولد لأبيه، ص ١٦٢.

الحديث ١ ولاحظ ذيله ومقاله الصدوق رحمه الله.

(الطرف الثالث) في أحكام الوصية، وفيه مسائل:

الاولى: اذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة لها، عمل بالأخيرة، ولو لم يضادها عمل بالجميع، فإن قصر الثلث بدأ بالأول فالأول حتى يستوفي الثلث.

الثانية: تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين، وبشهادة أربع نساء، وبشهادة الواحدة في الربع، وفي ثبوتها بشاهد ويمين تردّد، أما الولاية فلا تثبت إلا بشهادة رجلين.

يفتي به (١) فيكون الحكم عنده سارياً في هذه الصورة، مقيداً بهذا الحديث. وأما الشيخ في الاستبصار فقال: هذا الحكم مقصور على هذه الوصية، لا يتعدى الى 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 الأول (٣) لأنه لفظ لم يعتبره الشارع، فلا يكون له أثر. واختار العلامة في المختلف الثاني (٤) لأن إخراج من تركته يستلزم تخصيص باقي الورثة بها فيمضي من الثلث قال طاب ثراه: تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين، وشهادة أربع نساء، وبشهادة الواحدة في الربع، وفي ثبوتها بشاهد ويمين تردّد، أما الولاية فلا يثبت إلا بشهادة رجلين.

(١) الفقيه: ج ١ ص ٣ س ١١ قال: ولم أقصد فيه قصد المصنفين في إيراد جميع ما روه، بل قصدت الى إيراد ما أفتي به واحكم بصحته.

(٢) الاستبصار: ج ٤ ص ١٤٠ قال بعد نقل الخبر: ان هذا الحكم مقصور على هذه القضية لا يتعدى بها الى غيرها الخ. (٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٤) المختلف: في الوصايا ص ٥٩ س ١٤ قال: والمعتمد ما ذهب اليه المشهور من علمائنا في ثلثي

الثالثة: لو أشهد عبيدين له على أنَّ حمل المملوكة منه، ثم ورثها غير الحمل، فاعتقا، فشهد الحمل بالبنوة صَحَّ، وحكم له، ويكره له تملكها
الرابعة: لا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه، وتقبل للنوصي في غير ذلك.

الخامسة: إذا أوصى بعرق عبده، أو اعتقه عند الوفاة وليس له سواه، انعتق ثلثه، ولو اعتق ثلثه عند الوفاة وله مال، اعتق الباقي من ثلثه، ولو اعتق مماليكه عند الوفاة، أو أوصى بعرقهم ولا مال سواهم اعتق ثلثهم بالقرعة، ولورثتهم اعتق الأول فالأول حتى يستوفي الثلث وبطل ما زاد
السادسة: إذا أوصى بعرق رقبة أجزأ الذكر والأنثى، الصغير والكبير، ولو قال: مؤمنة لزم فإن لم يجد: اعتق من لا يعرف بنصب. ولو ظنَّها مؤمنة فاعتقها، ثم بانَّت بخلافه أجزأت.
السابعة: إذا أوصى بعرق رقبة بشمن معين، فإن لم يجد توقع، وإن وجد بأقل اعتقها ودفع إليها الفاضل.

أقول: جزم المصنف هنا بالمنع من قبول الشاهد واليمين في الوصية بالولاية، وجعل محل الخلاف وموضوعه الوصية بالمال (١) وعكس في الشرائع فجزم بقبول الشاهد واليمين في الوصية بالمال، وتردد في الوصية بالولاية، هل يثبت بالشاهد واليمين (٢) والمشهور بين الفقهاء هو ما تضمنه الشرائع، لأن الوصية بالمال لا شك في

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

التركة، ويكون الثلث لغيره من الورثة الخ.

(٢) الشرائع: الطرف الثالث في أحكام الوصية، قال: ويقبل في الوصية بالمال شهادة واحد مع اليمين إلى أن قال: ولا يثبت الوصية بالولاية إلا بشاهدين، وهل يقبل شهادة شاهد مع اليمين؟ فيه تردد أظهره المنع.

الثامنة: تصرفات المريض ان كانت مشروطة بالوفاة فهي من

ثبوتها بالشاهد واليمين، بل المرأة وحدها كافية في ثبوت ربع الوصية، فكيف لا يقبل الشاهد واليمين، والشاهد والمرأتان.

وأما الوصية بالولاية ففقوى 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 الأول (٤).

وما ذكره المصنف من التردد في ثبوت الوصية له بشاهد ويمين، تردد غريب لم اظفر له بموافق من الأصحاب، بل الأصحاب مطبقون على قبول الشاهد واليمين في المال، وما كان المقصود منه المال، ولعل التردد منه رحمه الله وجهه: ان قبول الشاهد واليمين حكم شرعي، فيقف على النص الشرعي، وليس على صورة النزاع نص بعينه، وثبوت ذلك بالنساء حتى بالواحدة لسرود 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 الى أن قال: وقال بعضهم: يثبت جميع ذلك بشاهد وامرأتين وهو الأقوى.

(٢) المختلف: في الشهادات، ص ١٦٠ س ٢١ قال: وقال ابن الجنييد: شهادة النساء في الدين جائزة بالنص والمرأتان مقام رجل.

(٣) السرائر: كتاب الشهادات ص ١٨٢ س ٥ قال: والذي يقتضيه الأدلة انه لا يقبل شهادة امرأتين مع يمين المدعي الخ.

(٤) المختلف: في الشهادات ص ١٦٤ س ٢٥ قال: وهل يثبت بشهادة امرأتين ويمين المدعي نص في النهاية والخلاف والمبسوط على قبوله الى أن قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

الثالث، وإن كانت منجزة وكان فيها محاباة أو عطية محضة فقولان: أشبهها إنهما من الثالث.

قال طاب ثراه: وإن كانت منجزة وكان فيها محاباة أو عطية محضة، فقولان: أشبهها إنهما من الثالث.

أقول: قد مر أن منجزات المريض ماضية من الأصل عند الشيخين في النهاية (١) والمقنعة (٢) والقاضي (٣) وابن ادريس (٤) ومن الثالث عند الصدوق (٥) وأبي علي (٦) والشيخ في المبسوط (٧) وهو ظاهر الخلاف (٨) واختاره المصنف (٩) والعلامة (١٠).

(١) النهاية: باب الاقرار في المرض والهبة فيه ص ٦١٧ س ٢٠ قال: اقرار المريض جائز على نفسه للأجنبي الى أن قال: ويكون ماقره 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 ١٠٦ 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 المنجزة صحيحة على الصحيح من المذهب لا تحسب من الثالث بل من أصل المال.

(٥) المقنع: باب الوصايا ص ١٦٥ س ١١ قال: وسئل الصادق عليه السلام الى ان قال: جاز ما وهبت له من ثلثها الخ.

(٦) و (٧) المختلف: في الوصايا، ص ٦٦ س ٢١ قال: وللشيخ قول آخر في المبسوط انهما من الثالث، وهو قول ابن الجنيد الى أن قال: وهو المعتمد.

(٨) المبسوط: كتاب الوصايا، ج ٤ ص ٤٤ س ٢٢ قال: والأمراض على ثلاثة أضرب الى أن قال: فعطاياه تكون من الثالث.

(٩) الخلاف: كتاب الوصايا، مسألة ١٢ قال: وإن كان منجزاً مثل العتاق والهبة والمحاباة فلا صحابنا فيه روايتان الخ. (١٠) لاحظ عبارة المختصر النافع.

أما لاقرار للأجنبي، فإن كان متهماً على الورثة فهو من الثلث، والّا فهو من الأصل. وللوارث من الثلث على التقديرين ومنهم من سوى بين القسمين.

قال طاب ثراه: وأما الإقرار للأجنبي، فإن كان متهماً على الورثة فهو من الثلث، والا فهو من الأصل، وللوارث من الثلث على التقديرين، ومنهم من سوى بين القسمين.

أقول: إقرار المريض هل يمضي من الأصل أو ينفذ من الثلث كالوصية؟ ابن ادريس على الأول (١)، وهو لازم لكل من جعل المنجزات من الأصل، ومن قال: انها من الثلث، منهم من قال: ان الإقرار من الأصل لعموم قول: اقرار العاقل (٢) كاطلاق المقنع (٣) وسائر (٤)، ومنهم من فصل.

والتفصيل في موضعين:

الاول: في الفرق بين العين والدين، فالمفيد أمضى الاقرار الاقرار من الأصل في الدين ولم يعتبر التهمة، واعتبرها في العين، فأمضاها مع عدم التهمة من الأصل ومعها من الثلث (٥) ولم يفرق الشيخ (٦) وتلميذه (٧) والصدوق في كتابه بينهما (٨)،

(١) السرائر: باب الاقرار في المرض، ص ٣٩١ س ٨ قال: اقرار المريض على نفسه جائز وللأجنبي وللوارث الى أن قال: ويكون ما اقربه من أهل المال.

(٢) اشارة الى قوله (ص) اقرار العقلاء على أنفسهم جائز، لاخط عوالي اللبالي: 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 لأحدهما عندي ألف درهم الخ.

(٤) المراسم: ذكر الاقرار ص ٢٠١ س ١٦ قال: فاقراره في مرضه كإقراره في صحته.

(٥) المقنعة: باب الاقرار في المرض، ص ١٠٠ س ٣٣ قال: وإذا كان على الرجل دين معروف بشهادة قائمة الى أن قال: كان اقراره ماضياً الخ.

(٦) النهاية: باب الاقرار في المرض ص ٦١٧ س ٢٠ قال: اقرار المريض جائز على نفسه للأجنبي وللوارث الخ. (٧) و (٨) تقدم آنفاً نقل عبارتهما.

التاسعة: أرش الجراح ودية النفس يتعلق بهما الديون والوصايا كسائر أموال الميت.

بل اعتبروا التهمة فقيّدوه بالثلث معها، ومن الأصل مع عدمها، واختاره المصنف (١) والعلامة (٢).

الثاني: في الفرق بين الوارث والأجنبي: فابن حمزة اعتبر التهمة وعدمها في حق الوارث، وأطلق القول باللزوم في حق الأجنبي (٣) والشيخ ومن تابعه ممن ذكرنا لم يعتبروا إلا التهمة وعدمها (٤).



مركز تحقيق كتاب توير علوم إسلامي

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) المختلف: في الوصايا ص ٦٧ س ٦ قال: والمعتمد الاول. أي قول الشيخ في النهاية.

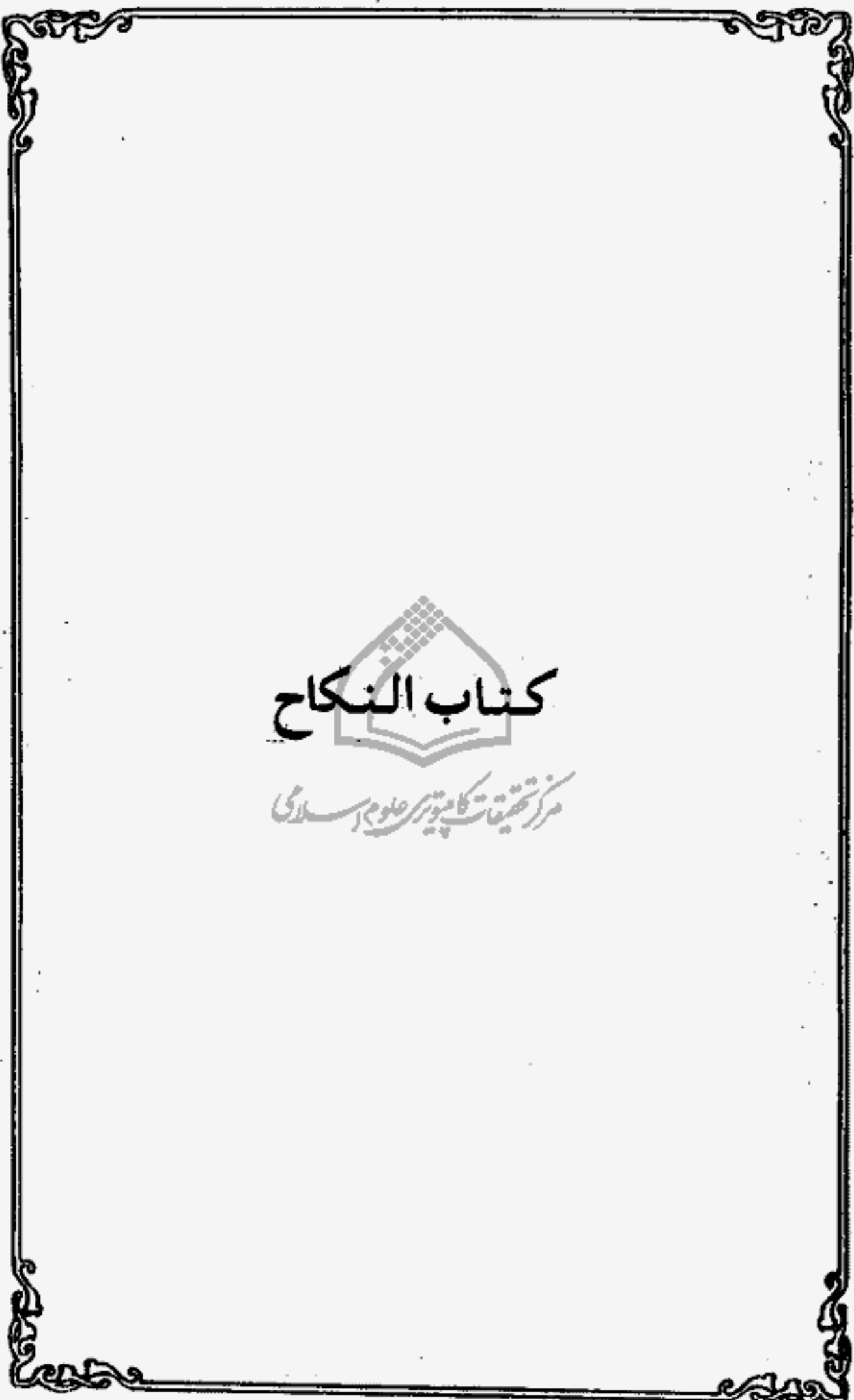
(٣) الوسيلة: فصل في بيان الاقرار ص ٢٨٤ س ١ قال: واقرار المريض اذا كان صحيح العقل مثل اقرار الصحيح، إلا في حل بعض الورثة لشيء اذا كان مثمماً الخ.

(٤) النهاية: باب الاقرار في المرض ص ٦١٨ س ٢ قال: فان كان غير موثوق به وكان مثمماً، طوب

المقر له بالبينة الخ.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی



کتاب النکاح

مرکز تحقیقات کتاب و ترویج علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب النكاح

وأقسامه ثلاثة:

الأول: في الدائم

وهو يستدعي فصولاً:

الأول: في صيغة العقد وأحكامه وآدابه:

أما الصيغة: فالإيجاب والقبول.

ويشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة: زوجتك، وأنكحتك،

ومتعتك، والقبول هو الرضا بالإيجاب.

كتاب النكاح

مقدمات

المقدمة الأولى، في تعريفه، وهو في اللغة الوطء (١).

(١) قال الأزهري: أصل النكاح في كلام العرب الوطء، وقيل للتزويج نكاح، لأنه سبب للوطء

المباح، الجوهري: النكاح الوطء، وقد يكون العقد (لسان العرب: ج ٢ ص ٦٢٦).

وفي الشريعة: عقد لفظي يملك للوطء ابتداءً، فخرج عقد المعاوضات وشراء الإماء، فإنه يملك الوطء تبعاً لملك الرقبة، لا ابتداءً ولهذا جاز للمحرم، وهو حقيقة شرعية في العقد قال تعالى: «يا أيها 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 إلا في قوله «حتى تنكح زوجاً غيره» (٢) (٣) لكن بشرط العقد الشرعي أيضاً ولا يكفي مطلق الوطء إجماعاً.

وبعض الناس قال: إنه حقيقة في الوطء، قال صاحب الصحاح: النكاح الوطء وقد يقال: العقد (٤)، وإذا كان حقيقة لغة كان حقيقة شرعاً، لا صالة عدم النقل، وقيل: بالإشتراك 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 بإسناده إلى زرارة بن أعين أنه سئل أبو عبد الله 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 ابتدئ له حواء فجعلها في موضع

(٢) البقرة: ٢٣٠.

(١) الأحزاب: ٤٩.

(٣) وقيل: بل كلاهما «أي العقد والوطء» علم بالكتاب، لأن لفظ النكاح يطلق عليها فكانه قيل: حتى يتزوج ويجمعها الزوج، ولأن العقد مستفاد بقوله: «زوجاً 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).

الثقرة التي بين وركيه (١)، وذلك لكي تكون المرأة تبعاً للرجل، فأقبلت تتحرك فانتبه لتحركها، فلما انتبه نوديت أن تنحى عنه، فلما نظر إليها، نظر إلى مخلق حسن شبه صورته غير أنها انثى، فكلمها فكلمته بلغته، فقال لها: من أنت؟ قالت: خلق خلقتني الله كما ترى، فقال آدم عليه السلام عند ذلك: يارب ماهذا الخلق الحسن الذي قد آنسى قربه والنظر إليه؟ فقال الله تبارك وتعالى: يا آدم هذه أمتي حواء، أفتحب أن تكون معك تؤنسك وتحذثك وتكون تبعاً لأمرك؟ فقال: نعم يارب ولك عليّ بذلك الحمد والشكر ما بقيت، فقال له عز وجل: فاخطبها إلى فإنها أمتي، وقد تصلح لك أيضاً زوجة، وألقى الله عز وجل عليه الشهوة، وقد علمه قبل ذلك المعرفة بكل شيء، فقال: يارب فإني أخطبها إليك فما رضاك لذلك؟ فقال عز وجل: رضائي أن تعلمها معالم ديني، فقال: ذلك لك عليّ يارب إن شئت ذلك لي، فقال عز وجل، وقد شئت ذلك، وقد زوجتكها فضمها إليك، فقال لها آدم عليه السلام: إني فأقبل، فقالت له: بل أنت فأقبل إلى، فأمر الله عز وجل 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 الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من

(١) الثقرة بالضم حفرة صغيرة في الأرض، والورك بالفتح والكسر، وككتف فوق الفخذ (مجمع البحرين لغة (ثقرة) 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 وأصله ص ٢٣٩ الحديث ١. (٤) النساء: ٣.

فضله والله واسع عليم» (١) وعندهم سبحانه وتعالى مع أمره بما هو محبوب عندهم من الغناء والسعة، ترغيباً في الإقدام على النكاح، ودفعاً لعذر من تعلل بالفقر وخوف الضيق، قال الصادق: عن أبيه عن آبائه عليهم السلام يرفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: من ترك التزويج مخافة العيلة فقد أساء الظن بالله، إن الله تعالى قال: «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: الرزق 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 يُغْنهم الله من فضله» (٥) قال: يتزوجون حتى يُغْنهم الله من فضله (٦) (٧).

(١) النور: ٣٢.

(٢) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب إن التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣٠ الحديث ٥.

(٣) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب إن التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣٠ الحديث ٢.

(٤) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب إن التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣٠ الحديث ٤.

(٥) النور: ٣٣.

(٦) بيان: هذا التفسير لا يلائم عدم الوجدان إلا بشكلف، ويعتدل سقوط لفظة (لا) من أول

الحديث، أو نقول: المراد بالتزويج التمتع كما يأتي في باب كراهية المتعة مع الاستغناء (الوافي: ج ٣، أبواب النكاح والحث عليه، ص ١٢).

(٧) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب في إن التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣١ الحديث ٧.

وروى ابن القديح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: جاء رجل إلى أبي عليه السلام فقال له: هل لك من زوجة؟ فقال: لا، فقال: إني ما أحب أن الدنيا وما فيها لي وإني أبيت ليلة ليست لي زوجة، ثم قال: الركعتان يصلّيها رجل متزوج أفضل من رجل أعرب يقوم ليلة ويصوم نهاره، ثم أعطاه أبي سبعة دنانير، وقال: تزوج بها، ثم قال أبي: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إتخذوا الأهل فإنه أرزق لكم (١).

تنبيه

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 بلاخلاف بين الأمة، وإذا فعله كان مؤدباً فرضاً، وإذا تركه كان غاصياً في كل آن 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 كالخصى والعنن الذي لا يرجوزواله، فالأفضل لهذا تركه، لعدم حصول الفائدة منه، وتعطيل المرأة عن الإحصان. ومن يمكن وقوعه منه، وهذا أيضاً 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 الغربة ص ٣٢٩ الحديث ٦.

قال الشيخ في المبسوط: الأفضل التخلي للعبادة، لأن الله تعالى وصف يحيى عليه السلام في معرض مدحه، بكونه حصوراً (١) والحصور هو الذي لا يشتهي النساء (٢).

وقد ورد في شرعنا استحبابه، فيحمل على ما إذا لم تتق النفس. وأجاب المصنف عنه: بأن مدح يحيى بذلك في شرعه لا يلزم منه وجوده في شرعنا لإختلاف الشرعين في الأحكام (٣).
والأكثرون 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 فعلاً وقولاً.
أما الأولى فظاهر من حاله عليه السلام، ولقد مات عليه السلام عن تسع نسوة (٦).

- (١) إشارة الى قوله تعالى «وسيداً وحصوراً» 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 الإسلام: كتاب النكاح، في آداب العقد، قال: ويمكن الجواب بأن المدح بذلك في شرع غيرنا الخ.
(٤) شرائع الإسلام: كتاب النكاح، في آداب العقد، قال: ومن لم تتق فيه خلاف، المشهور استحبابه الخ.
(٥) القواعد: كتاب النكاح ص ٢ س ٢ قال: والأقرب انه أفضل من التخلي للعبادة لمن لم تتق نفسه اليه
(٦) عوالي اللئالي: ج ١ ص ١٧٥ الحديث ٢١٢ وقد تعرض له الفقهاء في كتبهم الاستدلال به عند عذم 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
الجمال الأحمر والوجه الأقر، نكاح النساء (١).
ولا تذكر من الأوصاف في معرض التكرمة والتفضيل إلا أوصاف الكمال.
وكذا كان شأن الأنبياء عليهم السلام، حتى أن سليمان عليه السلام كان له
ثلاثمائة زوجة وسبعمائة سرية (٢).

وقال الصادق عليه السلام: من أخلاق الأنبياء حب النساء (٣).
وعن معمر بن خلاد قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ثلاث من
سنن المرسلين، ألحفاء، وإحفاء الشعر، وكثرة الطروقة (٤) (٥).
وأما الثاني فكقوله عليه السلام: من أحب سنتي فإن من سنتي التزويج (٦)
وققوله 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) عوالي اللئالي: 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: إحفاء الشعر بالمهملة، المبالغة في قصها وإزالتها، 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
(إحفاء الشعر).

(٦) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب كراهة الغرة 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 عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٢٨٣ الحديث ١٢ كما في المتن.

سبحانه، وخلّاص المزوّج من خطر قوله عليه السّلام: أرّاذل موتاكم العزّاب (١).
 وقوله عليه السّلام: شرار موتاكم العزّاب (٢).
 وفي حديث آخر عنه عليه السّلام: لورّج العزّاب من أمواتكم إلى الدنيا
 لتزوّجوا (٣) ووقوع المتعبد في هذا الخطر.
 (ج) فوز المتزوّج بمضاعفة الركعة بسبعين من صلاة الأعزّب (٤).
 (د) فوز المتزوّج بفضيلة القيام على العيال، فعنه عليه السّلام: من عال بيتاً من
 المسلمين فله الجنة (٥).
 (هـ) فوزه بالذّرية التي يبقى ذكره ويحيى أمره، قال النبي صلّى الله عليه وآله:
 «إذا مات المسلم إنقطع عمله إلّا من ثلاث، علم ينتفع به بعده، أو صدقة جارية
 أو ولد صالح يدعو له (٦).

- (١) الكافي ج ٥ كتاب النكاح: باب كراهة العزبة ص ٣٢٩ الحديث ٣ وفيه (رذال موتاكم) وفي
 المستدرك: ابواب مقدمات النكاح ص ٥٣١ نقلاً عن أبي الفتوح الرازي في تفسيره (أرّاذل موتاكم
 عزابكم) وفيه عن درر اللثالي (أرّاذل موتاكم العزّاب) وفي عوالي اللثالي كما في المتن.
 (٢) المستدرك: ابواب مقدمات النكاح ص ٥٣١ الحديث ١ وفيه نقلاً عن البحار (شرار أمتي
 عزابها). وفي عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٢٨٣ الحديث ١٤ كما في المتن.
 (٣) المستدرك: ابواب مقدمات النكاح، ص ٥٣١ الحديث ١٠ نقلاً عن عوالي اللثالي، وفيه (لوخرج
 العزّاب من موتاكم إلى الدنيا).
 (٤) إشارة إلى الحديث (ركعتان يصلّيها المتزوّج أفضل من سبعين ركعة يصلّيها أعزّب) 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 يؤمنهم وليلتهم غفر الله له ذنوبه) وفي عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٢٨٣ الحديث ١٦ كما في المتن.
 (٦) سند أحمد بن حنبل: ج ٢ ص ٣٧٢ س ٧ وفيه (إذا مات الإنسان) وفي عوالي اللثالي ج ٣
 ص ٢٨٣ (إذا مات ابن آدم).

- (و) فوزه بذخيرة الولد الصغير إذا مات، فيكون شفيعاً له يوم القيامة (١).
- (ز) فوزه بثواب تفريح الأطفال وسرور العيال، قال النبي صلى الله عليه وآله: من قبل ولده كتب الله له حسنة، ومن فرحه فرحه الله يوم القيامة (٢).
- وقال عليه السلام: من عال ثلاث بنات، أو ثلاث أخوات كنت أنا وهو في الجنة كهاتين، وشبك بين أصابعه السبابة والوسطى، فقيل: يا رسول الله وإبنتين؟ قال: وإبنتين، قيل: وواحدة؟ قال: وواحدة (٣) والأعرب على الحبيبة من ذلك.
- (ح) كونه يسعى في وصل سبب إتصل إليه ممن قبله، والأعرب يسعى في قطع ذلك السبب، وكيف يحسن بالعاقل. أو تسمح نفسه بقطع سلسلة إتصلت إليه من آدم عليه السلام، ألا ترى: أن الرباط 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 عليه السلام: ميراث الله من عبده المؤمن إذا مات، ولد يعبد، ثم تلاية زكريا «فهب لي من لدنك ولياً يرثني» (٤) (٥).
- (ط) فوزه بالولد، فهو إن مات قبله كان ذخيرة في الآخرة.
- قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ثواب المؤمن من ولده إذا مات الجنة، صبر

(١) إشارة إلى ما في موت الولد، لاحظ الوسائل: ج ١٥ ص ٩٦ الحديث ١٣ و ١٤.

(٢) الكافي: ج ٦ باب بر الأولاد، ص ٤٩ الحديث ١ وتمام الحديث (ومن علمه القرآن دعى بالابوين فيكسيان حلتين يضي من نورهما وجوه أهل الجنة).

(٣) مسند أحمد بن حنبل: ج ٣ ص ١٤٨ بتفاوت يسير في بعض الكلمات، وفي الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١١ الحديث ١٢ مثله.

(٤) مريم: ٦٥.

(٥) الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣٠٩ الحديث ٢ ولفظه (ميراث الله من عبده المؤمن الولد الصالح يستغفر له) وفي الكافي: ج ٦ باب فضل الولد ص ٤ قطعة من حديث ١٢ كما في المتن.

أولم يصبر (١) (٢).

وإن عاش كان سبباً في وصول الرحمة إليه، والتخفيف عنه.

روي أن عيسى عليه السلام مربي قبر وهو يعذب، ثم مربيه في عام فوجده لا يعذب، فقال الحواريون: يا روح الله مزرنا بهذا القبر عام أول وهو يعذب، ومزرنا به الآن وهو لا يعذب؟! فقال عليه السلام: إنه كان له ولد صغير فبلغ العام فأصلح طريقاً، وآوى يتيماً فغفر الله لأبيه بما كان منه (٣).

(ي) فوزه بموافقة محبة الله تعالى وإرادته، وتعلق عنايته ببقاء نوع الإنسان، وأن لا يخلو العالم من جنس الإنس، ولذا حرم قتل النفوس، وحرم اللواط الذي هو سبب ضياع النطف، وتوعد عليها بالقصاص والحد خزيّاً في الدنيا وبالنار في الآخرة، وأمر بإطعام الجائعين، وجعل ذلك كفارة لذنوب الخاطئين.

(با) كون الولد عملاً برأسه.

روي ابن أبي عمير، عن محمد بن مسلم قال: كنت جالساً عند أبي عبد الله عليه السلام إذ دخل يونس بن يعقوب فرأيت به إن، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: مالي أراك تبا؟ فقال: طفل لي ناديت به الليل أجمع، فقال أبو عبد الله عليه السلام: حدثني أبي محمد بن علي، عن آبائه عن جدي رسول الله صلى الله عليه وآله، أن جبرئيل نزل عليه ورسول الله وعلي عليهما السلام يأتان، فقال جبرئيل:

(١) يدل على أن الجزع لا يحبط أجر المصيبة، ويمكن حمله على ما إذا 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 الغ).

يا حبيب الله ما لي أراك تأن؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: طفلان لنا تأذيننا ببكائهما، فقال جبرئيل: مه يا محمد، فإنه سيبعث هؤلاء 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 الحدة، فإذا جاز الحدة فما أتى من حسنة فلوالديه، وما أتى من سيئة فلا عليها (١)(٢).

وعن حمدان بن عمار قال: كان لي ابن وكان تصيبه الحصاة، فقيل لي: ليس له علاج إلا أن تبطه، فبططته فمات، فقالت الشيعة: شركت في دم ابنك، فكتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السلام، فوقع صلوات الله عليه «يا أحمد ليس عليك فيما فعلت شيء، إنما التمسيت الدواء، وكان أجله فيما فعلت» (٣)(٤).
وعن أمير المؤمنين عليه السلام في المرض يصيب القبي، فقال: كفارة لوالديه (٥)(٦).

(يب) كون مباشرة أهله عبادة وصدقة
روى عبدالله بن القداح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى

(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 الحسنة شيء (الوافي باب ٢٠٦ فضل الولد ص ١٩٦).

(٢) الكافي: ج ٦، كتاب العقيقة، باب النوادر، ص ٥٢ الحديث ٥.
(٣) قال الفيروزابادي: الحصاة: اشتداد البول في المثانة حتى يصير كالحصاة، وقال الجزري: البط شق اللؤلؤ 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 في العوض الذي قال به المتكلمون للطفل، فإن المقصود الاصل كونه كفارة لهما، والعوض تابع لذلك (مرآة العقول: ج ٢١ ص ٩٠).
(٦) الكافي: ج ٦، كتاب العقيقة، باب النوادر: ص ٥٢ الحديث ١.

الله عليه وآله لرجل: أصبحت صائماً؟ قال: لا، قال: فأطعمت مسكيناً؟ قال: لا، قال فارجع إلى أهلِكَ فإنه منك عليهم صدقة (١).

المقدمة الرابعة، في فوائد النكاح:

وهي ست: الولد، وكسر الشهوة، وتدبير المنزل، وكثرة العشيّرة، ومجاهدة النفس في القيام بهم، وترويح النفس.

(الفائدة الأولى) الولد: وهو الأصل، وله وضع النكاح، إذ المقصود بقاء النسل وأن لا يخلو العالم عن جنس الإنس، كيف لا، وهم أشرف المخلوقات.

يدلّك على ذلك، مباهاة تعالى بهم الملائكة لما قالوا: «وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ» قال إنّي أعلم ما لا تعلمون (٢) ثم أسجد الملائكة لآدم عليه السلام إعظاماً له، وإظهاراً لكرامته، ثم قال: «أَتُبَيِّنُ بِأَسْمَاءِ هَؤُلَاءِ قَالُوا لَا عِلْمَ لَنَا» (٣).

فنطق عليه السلام بما علمه ربه مفصلاً لتلك الأشياء، ومبيناً لما خلقت له، وشارحاً لأحوالها، ثم جعل من الملائكة حفظة لهم من الشياطين، وخدمة ينزل بأرزاقهم، وتصلح أقواتهم، وكلّ ذلك يدلّ على فضل هذا المخلوق الشريف، وعناية خالقه به، قال تعالى: «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً» (٤) وقال تعالى: «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً» (٥).

ولما اقتضت حكمة البارئ جلّ جلاله ترتيب المسببات على الأسباب، مع الاستغناء عنها، إذ القدرة الأزلية غير قاصرة عن إختراع الأشياء ابتداءً 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/٣٠-٣٢.

(٣) سورة البقرة/٣٠.

(٤) سورة النساء/٢٩.

(٥) سورة الاسراء/٧٠.

والتراب من لاشيء، فقال: (كن) فكان، كما شاء، وأراد بشراً سوياً.
ولكن من بديع قدرته وعجائب صنعته، وسعة إحاطته، ولطيف خبره، رتب
المسببات على الأسباب، تنبيهاً للألباب، وكشفاً للحجاب عن طريق الرشد
والصواب، ودليلاً على تفرده بالإستغناء الحقيقي والوجود الأزلي قال الصادق
عليه السلام: «ألى الله أن يجري الأشياء إلا على الأسباب» (١)(٢).
قال بعض العلماء: هذا واجب في الحكمة الإلهية، ليعرف بذلك أنه لا سبب له،
فيكون ذلك لطفاً في معرفته تعالى.

ألا ترى إلى قول أمير المؤمنين عليه السلام: «وبمضادته بين الأشياء عُرف أن
لا ضدَّ له» (٣) ومثله ما روى عن الصادق عليه السلام: «لوم يكن الشاهد دليلاً
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، وبالأُنثى بالتمكن من الحرث، تلطفاً بهما في
السياقة إلى إقتناص الولد بسبب الوقاع، كالمتلطف بالطير في بث الحب الذي
يشتهيه، ليساق إلى الشبكة، ثم ألقى في قلوبها من الحنة عليه والرافة به ما يرتبانه
بها، إظهاراً للقدرة واتماماً لعجائب الصنعة، وتنبيهاً على لطيف الحكمة، وتوقيفاً على

(١) أي جرت عادته سبحانه على وفق قانون الحكمة والمصلحة أن يوجد الأشياء بالأسباب، كإيجاد
زيد من الآباء والمواد والعناصر، وإن كان قادراً على إيجاده من كتم العدم دفعة بدون الأسباب، وكذا
علوم أكثر العباد ومعارفهم جعلها منوطة بشرائط وعلل وأسباب، كالمعلم، والرسول، والملك، واللوح،
والقلم، وإن كان يمكنه إفاضتها بدونها، وكذا سائر الأمور التي تجري في العالم، (مرآة العقول: ج ٢
ص ٣١٢).

(٢) الكافي: ج ١ باب معرفة الامام والرداليه، 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، وإيضاحاً لسوايق النعمة ماتوصل إلى التوحيد والمعرفة، ويزرع في القلوب من غزائر الإيمان، ويؤنس الصدور من وحشة نزغات الشيطان، بحيث يصير معرفته لخلق الله كالعيان، ويدعن لربوبيته الانس والجنان، قال عز من قائل: «وَلَن سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ لِيَقُولُنَّ اللَّهُ قُلِ الْحَمْدُ لِلَّهِ» (١).

وفي الوصلة إلى الولد قرية من خمسة أوجه:

(أ) موافقة محبة الله لبقاء نوع الإنسان.

(ب) تحصيل محبة رسول الله صلى الله عليه وآله في تكثير من به المباهات، حيث قال: تناكحوا تكثروا فإنني أباهي بكم الأمم يوم القيامة حتى بالسقط (٢). وقال عليه السلام: والمولود في أمي أحب إلي مما طلعت عليه الشمس (٣).

(ج) طلب التبرك بدعاء الولد، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إذا مات المؤمن إنقطع عمله إلا من ثلاث: ولد صالح يدعو له (٤) الحديث.

وبالجملة دعاء الولد لأبويه مفيد برأ كان الولد أو فاجراً، فهو مثاب على دعواته وحسناته، لأنه من كسبه، وغير مؤاخذ بسيئاته، فإنه لا تزر وازرة وزر أخرى.

(د) طلب الشفاعة بموت الولد الصغير إذا مات قبله.

روى سليم بن جعفر الجعفري عن أبي الحسن عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله لرجل: تزوجها سوداء ولوداً، ولا تزوجها حسناء جميلة عاقراً، فإنني مباه بكم الأمم يوم القيامة، أو ما علمت أن الولدان تحت العرش يستغفرون لأبائهم، يحضنهم إبراهيم عليه السلام وتُرتبهم 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 آنفاً نقلاً عن مسند أحمد بن حنبل.

وزعفران (١).

وعنه في حديث: أما علمتم أني أباهي بكم الأمم يوم القيامة حتى بالسقط، بطل محبطينا (٢)، «أي ممتلي غيضاً وغضباً» على باب الجنة، فيقول الله عز وجل: أدخل الجنة، فيقول: لا أدخل حتى يدخل أبواي قبلي، فيقول الله تبارك وتعالى لملك من الملائكة إيتني بأبويه، فيأمرهما إلى الجنة، فيقول: هذا بفضل رحمتي لك (٣).

وروى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن الله تبارك وتعالى كفل إبراهيم وسارة أطفال المؤمنين يغذونهم بشجر في الجنة، لها أخلاف كأخلاف البقر في قصر من درة، فإذا كان يوم القيامة البسوا وطيبوا وأهدوا إلى آبائهم، فهم ملوك في الجنة مع آبائهم وهو قول الله تعالى: «والذين آمنوا واتبعهم ذريتهم بإيمان الحقناهم ذريتهم» (٤) (٥) (٦).

وفي خبر آخر: أن الأطفال يجمعون في موقف القيامة عند عرض الخلايق

(٢) 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 الممتلي غيظاً المستبطن للشيء، وقيل: هو الممتنع امتناع طلبه لامتناع إباء (الوافي: باب ٣ كراهة العروبة والحض على النكاح) ص ١١.

(٣) الكافي: ج ٥ باب فضل الإبرار، ص ٣٣٤ قطعة من حديث ١.

(٤) سورة الطور/ ٢١.

(٥) أي والحال أنهم في دار الدنيا تابعون لآبائهم في الإيمان، وعلى النسخة الأخرى والقراءة الأخرى، أي والحال أنا أتبعنا الأولاد بالآباء تفضلاً متي عليهم، كذلك تفضلنا عليهم في الآخرة (الحقناهم ذريتهم) لتكون معهم وتقرأ أعينهم بهم وإن لم يكن للأولاد عمل يستحقون به اللحوق، ولكن كان بالتفضل، أو بسبب إيمان الآباء (روضة المتقين ج ٨ ص ٦٣٢).

(٦) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٥٠) باب حال من يموت من أطفال المؤمنين، ص ٣١٦ الحديث ٢.

لله حساب، فيقال للملائكة: إذهبوا بهؤلاء إلى الجنة، فيقفون على باب الجنة، فيقال بهم: مرحباً بذراري المسلمين، أدخلوا لأحساب عليكم، فيقولون: أين آباؤنا وأمهاتنا؟ فتقول الجنة: 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، ماهذه الصيحة؟ 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 لأنفسكم» (٢) تقديم الأطفال (هـ) كونه سبباً لذكر الله. قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ما يمنع المؤمن أن يتخذ أهلاً، لعل الله يرزقه نسمة يثقل الأرض به «لا اله إلا الله» (٣).

وقال يوسف لأخيه: كيف استطعت أن تتزوج النساء بعدي؟! فقال: إن أبي أمرني وقال: إن استطعت أن يكون لك ذرية تثقل الأرض بالتسييح، فافعل (٤).

أما الأول من الوجوه، وهو (موافقة محبة الله بالسعي في تحصيل الولد لبقاء نوع الانسان) فهو أدق الوجوه، وأبعدها عن أفهام العوام، وأقواها عند ذوى البصائر والأفهام، وأرباب الفكر في عجائب صنعة العلام، لأن الله سبحانه خلق الزوجين الذكر والأنثى، وخلق النطفة، وهبأها في الأنثيين عروقاً ومجاري، وخلق الرحم

(١) المستدرك: (الطبعة الحديثة) ج ٢ باب استحباب احتساب موت الاولاد، ص ٣٨٩ الحديث ٩

نقلًا عن البحار.

(٢) سورة البقرة/٢٢٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٠١) باب فضل التزويج ص ٢٤١ الحديث ١.

(٤) الكافي: ج ٥، باب كراهة القرية، ص ٣٢٩ الحديث ٤.

قراراً ومستودعاً للنطفة وسلط متقاضى الشهوة على كل من الذكر والأنثى،
فهذه الأفعال تشهد بلسان ذلق في الإعراب عن مراد خالقها وبانيها، وينادي
أرباب الأبواب بتعريف ما أعدت له، فالتارك للنكاح المتعلل بنوع ما، من
الأعذار، داحض الحجة، مجوج القول، خاسر الصفقة، وإنما مثله في ذلك كالسيد
إذا أسلم إلى عبده البذر وآلات الحرث، وهبأله أرضاً للحرثة، وكان العبد قادراً
على الحرثة، ووكل به من يتقاضاه، فانه إن ترك ما أمر به؛ وتكاسل، وعطل آلة
الحرث، وترك البذر ضائعاً حتى فسد، ودفع الموكل عن نفسه بنوع من الحيلة، كان
مستحقاً للغضب والعقوبة من سيده.

هذا لو لم يصرح سبحانه وتعالى على لسان نبيه صلى الله عليه وآله بالمراد،
حيث يقول: ما من شيء أحب إلى الله عز وجل من بيت يعمر في الإسلام بالنكاح،
وما من شيء أبغض إلى الله عز وجل من بيت يخرب في الإسلام بالفرقة، يعني
الطلاق (١).

وقال عليه السلام: تناكحوا تناسلوا (٢).
ولهذا قال صلى الله عليه وآله: تزوجوا سوداء ولوداً، ولا تزوجوا حسناء
عاقراً (٣).

وقال عليه السلام: حصير ملفوف في زاوية البيت خير من امرأة لا تلد (٤).

(١) الكافي: ج ٥، باب في الحفظ على النكاح، ص ٣٢٨ قطعة من حديث ١.
(٢) المستدرک: ج ٢ كتاب النكاح ص ٣٥١ الحديث ١٧ نقلاً عن عوالي اللئالي، وتمايمه (أباهي
بكم الأمم يوم القيامة).

(٣) الكافي: ج ٥، باب كراهية تزويج العاقر، ص ٣٣٤ قطعة من حديث ٤.
(٤) التذكرة: ج ٢ ص ٥٦٩ رواه في المقدمة السادسة من مقدمات النكاح نقلاً عن رسول الله صلى
الله عليه وآله ورواه في كنز العمال: ج ١٦ حرف النون، الحديث ٤٥٥٨٩ ولفظه (عن ابن عمر، إن عمر

وكل ذلك يدل على أنّ المقصود من النكاح إنما هو الولد وبقاء النسل، فالناكح ساع في إتمام ما أحبّ الله إتمامه، والمعرض معطل ومضيع لما كرهه الله ضياعه، وقاطع نسلاً أدام الله وجوده من آدم عليه السّلام إليه عقباً بعد عقب حتى انتهى إليه، وختم الوجود المستدام على نفسه، فمات أبتر لا عقب له ولا ذكر.

أمّا الوجه الثاني والثالث: أعني تكثير الأئمة وطلب التبرك بدعاء الولد، فعلوم ممّا قدمناه من الأحاديث، وفي معناها كثيرة لا حاجة بنا إلى إيراده كيلا يطول الكتاب.

وأمّا الرابع: وهو أن يموت الولد الصغير فيكون شفيعاً له، فظاهر من نصوصه عليه السّلام وهي كثيرة قدّمنا منها ما يكفي الاستشهاد.

ومثله قوله عليه السّلام: إعلموا أنّ أحدكم يلقي سقطه محبباً على باب الجنة، حتى إذا رآه أخذ بيده حتى يدخله الجنة، وإنّ ولد أحدكم إذا مات أوجر فيه، وإن بقي له، إستغفر له بعد موته (١).

وعنه عليه السّلام: من مات له ثلاثة لم يبلغوا الخنث أدخله الله الجنة بفضل رحمته وآبائهم، قيل: يا رسول الله صلّى الله عليه وآله واثنان؟ قال: واثنان (٢).

(الفائدة الثانية) التحصين عن الشيطان، وكسر الشوقان، ودفع غوائل الشهوة، وغضّ البصر، وحفظ الفرج، وإليه الإشارة بقوله: «من تزوّج فقد أحرز نصف

تزوج امرأة فاصابها شمطاء وقال: حصير في بيت خير من امرأة لا تلد) وفي الفقيه: ج ٣ (١٧٨) باب النوادر ص ٣٥٨ س ١٨ ولفظه (ولحصير في ناحية البيت الخ).

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١١ الحديث ١٥.

(٢) ثواب الأعمال: ثواب من قدم اولاداً بحسبهم عند الله ص ٢٣٣، الحديث ٣ الى قوله (بفضل رحمته) وفي المستدرک 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 الباعة فليتزوج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإن 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، فربما يشوش عليه عبادته، حتى ربما توسوس في الصلاة، فيخطر في خاطره ماله أظهره بين يدي مخلوق مثله، لاستحيا منه، وقلبه بالنسبة إلى الباري تعالى كظاھر به 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 بفراغ القلب. والظاهر أن مراده: لا يكمل نسك الناسك حتى يتزوج، لأن التزويج أفضل السنن، ولا يكون نسك الناسك كاملاً مع إهماله أعظم السنن.
وعن علي صلوات الله وسلامه عليه، لم يكن أحد من أصحاب الرسول صلى الله عليه وآله تزوج إلا قال رسول الله صلى الله عليه وآله: كمل دينه (٤).
فالزوجة على التحقيق، قوة وسبب لطهارة النفس، ولذلك أمر رسول الله صلى

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٠١) باب فضل التزويج ص ٢٤١ الحديث ٣ و ٤.

(٢) صحيح مسلم: كتاب النكاح (١) باب استحباب النكاح لمن تآقت نفسه إليه،

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.

الله عليه وآله كل من وقع نظره إلى امرأة فتأقت نفسه إليها أن يجامع أهلها (١).
ولأن ذلك يدفع الوسواس.

وعن علي عليه السلام: إذا نظر أحدكم إلى امرأة فليلمس أهلها، فإنما هي امرأة
كأمرأة (٢).

وروى مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله
إذا نظر أحدكم إلى المرأة الحسنة فليأت أهلها، فإن الذي معها مثل الذي
مع تلك، فقام رجل وقال يا رسول الله: فان لم يكن له أهل فما يصنع؟ قال: فليرفع
بصره إلى السماء وليراقبه، وليسأله من فضله (٣) (٤).

وقال الصادق عليه السلام: من نظر إلى امرأة فرفع بصره إلى السماء، وغمض
بصره، لم يرتد إليه بصره حتى يزوجه الله من الحور العين (٥).
وفي خبر آخر: لم يرتد إليه بصره حتى يعقبه الله إيماناً يجد طعمه (٦).

(الفائدة الثالثة) تدبير المنزل: وفي التزويج تفرغ القلب عن تدبير المنزل،
والتكفل بشغل الطبخ، والكنس، والفرش، وتنظيف الأواني، وتهئية أسباب
المعيشة، فإن الإنسان لو لم يكن له شهوة الوقاع، لتعذر أو تعسر عليه العيش في منزله
وحده، إذ لو تكفل بجميع أشغال المنزل لضاع أكثر أوقاته، ولم يتفرغ للعلم

(١) سياقي عن قريب.

(٢) نهج البلاغة: القسم الثاني في غريب كلامه المحتاج إلى التفسير، تحت الرقم ٤٢٠ وفيه
فليلمس أهلها.

(٣) قوله (فليراقبه) أي فليتذكر عذاب الله تعالى واطلاعه على أحواله لبصير سبباً للاحتراز عن
الحرام، ويحتمل أن يكون المراد التضرع والمسألة، فيكون ما بعده تفسيراً له، والنظر إلى السماء إما للتوجه
بالدعاء، أو لرفع النظر عن المرأة (مرآة العقول ج ٢٠ ص ٣٠٢).

(٤) الكافي: ج ٥، باب أن النساء أشباه ض 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 الأسباب شواغل ومشوشات للقلب، ومنغصات للعيش.
وجاء عن النبي صلى الله عليه وآله: خمسة من السعادة، وعد منها الزوجة الصالحة (١).

وجاء إليه رجل وقال: يا رسول الله، إن لي زوجة إذا دخلت تلقتني، وإذا خرجت شيعتني، وإذا رأيتني مهموماً، قالت: ما يهّمك؟ إن كنت تهتم لرزقك، فقد تكفل به غيرك، وإن كنت تهتم بأمر آخرتك، فزادك الله همّاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: إن لله عملاً، وهذه من عمّاله، 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 أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أمر بوضع جنازته عن أكتاف المشيعين وقبّله مراراً، ونزل إلى قبره وألحده بيده، ثم سوى قبره بيده، فجاء يوماً إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله قد غلبني حديث النفس، ولم أحدث شيئاً حتى أستأمرك؟ قال: بم حدثتك نفسك يا عثمان؟ قال: هممت أن أسبح في الأرض، قال: فلا تسبح فيها، فإنّ سياحة أمتي في المساجد، قال: وهممت أن أحرم اللحم على نفسي فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا تفعل فإنّي أشتهي وأكله، ولو

(١) دعائم الاسلام: ج ٢ فصل ١٢ ذكر من يستحب ان ينكح... ص ١٩٥ الحديث ٧٠٦ وتتمام

الحديث (والبنون الأبرار، والخططاء الصالحون، ورزق المرء في بلده، والحب لآل محمد «ص»).

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١١٠) باب ما يستحب ويحمد من اخلاق النساء وصفاتهم ص ٢٤٦

سألت الله أن يطعمنيه كل يوم، لفعل، فقال: وهممت أن أحب (١) نفسي؟ قال: ياعثمان من فعل ذلك فليس مثاء، أعنى بنفسه أحد (٢) لا تفعل إن وجاء أمتي الصيام، قال: وهممت أن أحرم خولة على نفسي؟ (يعنى إمرأته)

قال: لا تفعل، فإنَّ 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 وحضرته الملائكة، فإن اغتسلا لم يمر الماء على شعرة من كل واحد منها إلا كتب الله لها حسنة ومحا عنها سيئة، فإن كان ذلك في ليلة باردة قال الله عز وجل للملائكة: أنظروا إلى عبدي هذين اغتسلا في هذه الليلة الباردة علماً منها أني رتبها، أشهدكم أنني قد غفرت لها، فإن كان لها في مواععتها تلك ولد، كان لها وصيفاً في الجنة، ثم ضرب رسول الله صلى الله عليه وآله بيده على صدر عثمان، وقال: ياعثمان، لا ترغب عن سنتي فإن من رغبت عن سنتي عرضت له الملائكة يوم القيامة فصرفت وجهه عن حوضي (٣).

وعنه صلى الله عليه وآله: إذا أقبل الرجل المؤمن على امرأته المؤمنة، إكتنفه ملكان، وكان كالشاهر سيفه في سبيل الله، فإذا فرغ منها تحاتت عنه الذنوب كما يتحات ورق الشجر (٤)، فإذا هو اغتسل انسلخ من الذنوب، فقالت امرأة: بأبي أنت وأمي يا رسول الله، هذا للرجال فما للنساء؟ قال: هي إذا حملت كتب الله لها أجر الصائم القائم، فإذا أخذها الطلق لم يدر ما لها من الأجر إلا الله تعالى، فإذا

(١) الحب قطع الذكر، أو ما لا يبقى منه قدر الحشفة، ومنه خصى محبوب، مقطوع (مجمع البحرين لغة

حب).

(٢) وفي المصدر (قال: ياعثمان ليس منا من فعل ذلك بنفسه ولا بأحد إن وجاء الخ).

(٣) دعائم الاسلام: ج ٢ فصل ١ ذكر الرغائب في النكاح ص ١٩٠ الحديث ٦٨٨.

(٤) وزاد في المصدر (أو أن سقوطه).

وضعت كتب الله لها بكل مقضة (يعنى من الرضاع) حسنة، ومحا عنها سيئة.
وقال: النفساء اذا ماتت من نفاسها، فجاءت (١) يوم القيامة بغير حساب،
لأنها تموت بغمها (٢).

(الفائدة الرابعة) كثرة العشيرة: وهو أمر مطلوب في نظر العقلاء، ألا تنظر الى
قوله تعالى حاكياً عن إبراهيم عليه السلام «رَبِّ هَبْ لِي حُكْماً وَالْحَقْنِي بِالصَّالِحِينَ
وَاجْعَلْ لِي لِسَانَ صِدْقٍ فِي الْآخِرِينَ» (٣) (٤) وقال تعالى «وَجْعَلْهَا كَلِمَةً بَاقِيَةً فِي
عَقْبِهِ» (٥) وقال موسى: «وَاجْعَلْ لِي وَزيراً مِنْ أَهْلِي» (٦) وقال زكريا: «رَبِّ هَبْ
لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيّاً يَرِثْنِي» (٧) وقال: «هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ
الدُّعَاءِ» (٨).

وعن النبي صلى الله عليه وآله: خمسة من السعادة، الزوجة الصالحة، والبنون
الأبرار، والخلطاء الصالحون، ورزق المرء في بلده، والحب لآل محمد (٩).
وعنه صلى الله عليه وآله: «تَزَوَّجُوا فَإِنِّي مَكَاثِرُكُمْ الْأُمَمُ غَدَاً فِي الْقِيَامَةِ» (١٠)
وخير النساء الولود الودود (١١) ولا تنكحوا الحمقاء فإن في صحبتها بلاء، ولدها

(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 الأمم يدعو الى الله ويقوم بالحق، وهو محمد صلى

الله عليه وآله (مجمع البيان): ج ٧ ص ١٩٤.

(٥) الزخرف: ٢٨.

(٦) طه: ٢٩.

(٧) مريم: ٥.

(٨) آل عمران: ٣٨.

(٩) تقدم آنفاً.

(١٠) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٠١) باب فضل التزويج، ص ٢٤٢ قطعة من حديث ٦.

(١١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١١٠) باب ما يستحب ويحمد من أخلاق النساء وصفاتهم ص ٢٤٦

قطعة من حديث ٦ وفيه (ان من خير نساء كم الخ).

ضياح (١).

وروى محمد بن سنان عن بعض رجاله قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: خير نساءكم الطيبة الريح، الطيبة الطيخ، التي إن انفقت، أنفقت بمعروف، وإن 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 العثمان إليه (ظ)، الإهتمام في إقامة سنن الرسول صلى الله عليه وآله، مع مافيه من طيبته العيش العاجل، والتكثير بالعشيرة والأولاد والفضل العظيم.

قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من عال بيتاً من المسلمين فله الجنة (٤). وقال صلى الله عليه وآله: من بات كالا في طلب الحلال غفر له (٥).

(١) الكافي: ج ٥ باب كراهية تزويج الحمقاء والمجنونة ص ٣٥٤ الحديث ١ والحديث عن أمير المؤمنين عليه السلام.

(٢) الكافي: ج ٥، باب خير النساء، ص ٣٢٥ الحديث ٦.

(٣) نهج البلاغة: (شرح محمد عبده) ج ٢ ص ١١٨ تحت الرقم ١٣٩.

(٤) الجامع الصغير للسيوطي: حرف العين المهملة، ولفظ الحديث (من عال أهل بيت من المسلمين يومهم ولبلتهم غفر الله له ذنوبه).

(٥) الوسائل: ج ١٢، كتاب التجارة، باب ٤ من أبواب مقدماتها، حديث ١٦ نقلاً عن الامالي، ولفظ الحديث (من بات كالا في طلب الحلال بات مغفوراً له).

وقال عليه السلام: من عال ثلاث بنات أو ثلاث أخوات وجبت له الجنة، فقيل: يارسول الله وإثنين؟ فقال: وإثنين، فقيل 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، فأخبرت أنها ولدت جارية، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: الأرض تقلها، والسماء تظلها، والله يرزقها، وهي ربحانة تشمها، ثم أقبل على أصحابه، فقال: من كانت له ابنة واحدة، فهو مقروح، ومن كانت له إبنتان، فياغوثاه بالله، ومن كانت له ثلاثة، وضع عنه الجهاد وكل مكره، ومن كانت له أربع، فيا عباد الله أعينوه، يا عباد الله أقرضوه، يا عباد الله إرحموه (٣)(٤).

وقال الصادق عليه السلام: من عال إنتين، أو أختين، أو عمتين، أو خاليتين، حجبته من النار (٥).

وقال عليه السلام: إذا صار للرجل ابنة بعث الله عز وجل إليها ملكاً، فأمر

(١) يحتمل أن يكون ذكر الثلاث أولاً للفرد الكامل من وجوب الجنة، ويحتمل بتجدد الوحي، فيكون كالنسخ (مرآة العقول: ج ٢١ ص ١٤).

(٢) الكافي: ج ٦، باب فضل البنات، ص ٦ الحديث ١٠.

(٣) (تقلها) أي تحملها، (تظلها) أي ألفت ظلها عليها، أي ليس مؤنتها عليك، بل الله تعالى جعل الأرض والسماء كافلتين لرزقها. (مقروح) أي مجروح، (أو مقذوح) أي حمله ثقيل (روضة المتقين: ج ٨ ص ٥٩٤).

(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد، ص ٣١٠ الحديث ١١.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد، ص ٣١١ الحديث ١٣.

جناحه على 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، لأنه على خلاف طبيعتها، فإذا كلفت المداومة بالإكراه على ما يخالفها حجت وماتت. قال أمير المؤمنين عليه السلام: إنَّ للقلوب إقبالاً وإدباراً، فإذا أقبلت فاحملوها، على النوافل وإذا أدبرت فاقتصروا بها على الفرائض (٢) (٣) فإنَّ القلب إذا اكرة عمى (٤).

وإذا رُوحت باللذات في بعض الأوقات قويت ونشطت، وفي الاستئناس بالنساء من الإستراحة ما يزيل الكرب ويروح القلب، قال تعالى «وجعل منها زوجها ليسكن إليها» (٥).

وقال صلى الله عليه وآله: ما تلذذ الناس في الدنيا ولا في الجنة بشيء أشهى عندهم من النساء، لا طعام ولا شراب (٦).

وعنه عليه السلام: ثلاثة للمؤمن فيها راحة، دار واسعة توارى عورته وسوء حاله من الناس، وإمرأة صالحة تعينه على أمر الدنيا، وإبنة تخرجها إما بموت أو تزوج (٧).

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد، ص ٣١١ الحديث ١٤.

(٢) نهج النبلاغة: باب المختار من حكم أمير المؤمنين عليه السلام ج ٢ ص ١٦٦ (عبده)، تحت الرقم ٣١٢.

(٣) إقبال القلوب رغبها في العمل، وإدبارها مللها عنه (من شرح محمد عبده).

(٤) تلك الجملة ليست في هذه الحكمة، بل من حكمة أخرى، لاحظ الرقم ١٩٣.

(٥) الأعراف: ١٨٩.

(٦) الكافي: ج ٥، باب حب النساء ص ٣٢١ قطعة من حديث ١٠ وفيه (وإن أهل الجنة ما يتلذذون آه).

(٧) الكافي: ج ٥، باب من وفق له الزوجة الصالحة، ص ٣٢٧ الحديث ٦.

وعن علي عليه السلام رَوَّحُوا القُلُوبَ فَإِنِهَا إِذَا أَكْرَهَتْ عَمِيَتْ (١).
وعن النبي صَلَّى الله عليه وآله: وعلى العاقل أن لا يكون ظاعناً إلا في ثلاث،
تزود لمعاد، أو مرمة 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).
والشرة بالشين المعجمة والراء المهملة المشددة، الجذ والمكايدة بمجدة وقوة، وذلك
في ابتداء الإرادة، والفترة الوقوف للإستراحة.
وقال عليه السلام: حَبِّبْ إِلَيَّ مِنْ دُنْيَاكُمْ هَذِهِ، الثلاث، الطيب والنساء وقرة
عيني في الصلاة (٥).
وقال بعض العلماء: وذلك لترويح القلب، ويعرف ذلك من جَرَّبَ اتعاب
نفسه في الأفكار والأذكار، وصنوف الأعمال.
ولعمري في الشهوة حكمة سوى ما يبعث عليه من الفوائد التي عَدَدْنَاهَا، وهو
ما في قضائها من اللذة التي لا يوازها لذة لودامت، فهي مشبهة على اللذات الموعودة في

(١) عوالى اللثالى: ج ٣ ص ٢٩٦ الحديث ٧٠.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٢ (٦٧) باب ما جاء في السفر الى الحج وغيره من الطاعات ص ١٧٣

الحديث ١.

(٣) الوسائل: ج ١١ كتاب الجهاد، الباب ٩٦ من أبواب جهاد النفس، قطعة من حديث ٤.

(٤) عوالى اللثالى: ج ٣ ص ٢٩٦ الحديث ٧٣.

(٥) كتاب الخصال: باب الثلاثة، ص ١٦٥ الحديث ٢١٧ ولاحظ ما علق عليه في المصدر.

الجنان، إذ الترغيب في لذة لم يحركها ذواق، لا ينتفع، فلورغب العنين في لذة الجماع والصبي في لذة الملك والسلطنة لم ينفع الترغيب، لعدم شعورهما باللذتين، فأحد فوائد لذات الدنيا، الرغبة في دوامها في الجنة، ليكون باعثاً على عبادة الله، فانظر الى الحكمة، ثم إلى الرحمة، ثم إلى التعبية الإلهية، كيف عيّنت تحت شهوة واحدة، حياتان، حياة ظاهرة وحياة باطنة، فالظاهرة حياة المرء ببقاء نسله، فإنه نوع من دوام الوجود، والحياة الباطنة هي حياة الآخرة، فإن هذه اللذة الناقصة بسبب الانصرام والتفصّي، تحرك رغبة في الكاملة ذات الدوام، فيستحث على العبادة الموصلة إليها، فيستفيد العبد بشدة الرغبة فيها بعد المواظبة على ما توصله الى نعيم الجنان، وما من ذرة من ذرات بدن الإنسان ظاهراً وباطناً، بل من ذرات ملكوت السماوات والارضين، إلّا وتحتها من لطائف الحكمة وعجائبها ما تحار فيه العقول.

مركز تحقيق كامبوتر علوم إسلامي

المقدمة الخامسة في خطب النكاح:

روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: النكاح بغير خطبة كاليد الجذماء (١).

وعن علي بن الحسين عليهما السلام: إذا حمد الله فقد خطب (٢).

وروى معاوية بن حكيم قال: خطب الرضا عليه السلام بهذه الخطبة:

«أحمد لله الذي حمد في الكتاب نفسه، وافتتح بالحمد كتابه، وجعل الحمد أول جزاء محل نعمته (٣) واخر 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 ٣٦٨ ذيل حديث ٢.

(٣) قوله (محل نعمته) الظاهر ان يكون مصدراً ميمياً بمعنى النزول، أي يجعله أول جزاء من العباد لنعمه، ثم بعد ذلك ما أمرهم به من الطاعات، ويحتمل أن يكون المراد به أن ما حمد به تعالى نفسه جعله

لا شريك له، شهادة أخلصها له وأدخرها عنده، وصلى الله على محمد خاتم النبوة وخير البرية وعلى آله آل الرحمة (١) وشجرة النعمة، ومعدن الرسالة، ومختلف الملائكة والحمد لله الذي كان في علمه السابق، وكتابه الناطق، وبيانه الصادق، أن أحق الأسباب بالصلة والأثرة وأولى الأمور بالرغبة فيه، سبب أوجب سبباً (٢) وأمر أعقب غنى، فقال جل وعز: «وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا» (٣) وقال: «وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمُ وَالصَّالِحِينَ مِن عِبَادِكُمْ وَإِيمَانِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاء يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ» (٤) ولولم 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)

جزاء لنعم العباد، لعلمه بمعجزهم عما يستحقه تعالى من ذلك، كما ورد في بعض الأخبار، وقال الطبرسي رحمه الله في مجمع البيان، (ودعواهم فيها) أي دعاء المؤمنين وذكرهم في الجنة أن يقولوا (سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ) يقولون ذلك لأعلى وجه العبادة، بل يتلذذون بالتسبيح، وقيل: إنهم إذا مرتهم الطير في الهواء يشبهونه (قالوا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ) فيأتيهم الطير ويقع مشوا بين أيديهم، وإذا قضا منه الشهوة، قالوا: (الحمد لله رب العالمين) فيطير الطير حياً 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 ماذكروه.

- (١) (آل الرحمة) أي أهل رحمة الله الكاملة الجامعة ومستحقها، أوهم رحمة الله والشفقة عليهم.
وقال النفيروزابادي: رجل يستأثر على أصحابه، أي يختار لنفسه أشياء حسنة، والإسم: الأثرة محركة، والأثرة بالضم والكسر (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٩٦).
(٢) قوله: (أوجب سبباً) أي من الألفة والأنساب والمعنات، وفي بعض النسخ (نسباً) وهو الأظهر، فيكون إشارة إلى الآية الأولى، كما أن ما بعدها إشارة إلى الآية الثانية.
(٣) الفرقان: ٥٦.
(٤) النور: ٣٢.
(٥) قوله (من بر القريب) أي إذا كانت المواصلات مع الأقرباء.
(٦) قوله (وتشبيك الحقوق) أي تحصل به أنواع الحقوق من الطرفين، من حق الزوجية، والوالدية،

وتكثير العدد، وتوفير الولد، لنوائب الدهر، وحوادث الأمور ما يرغب في دونه (١) العاقل اللبّيت، ويسارع إليه الموفق المصيب، ويحرص عليه الأديب الأريب، فأولى الناس بالله (٢) من اتبع أمره، وأنفذ حكمه، وأمضى قضاءه، ورجى جزاءه.

وفلان بن فلان من قد عرفت حاله وجلاله، دعاه رضا نفسه، وأتاكم إيثاراً لكم وإختياراً لخطبة (٣) فلانة بنت فلان كريمتكم (٤) وبذل لها من الصداق كذا وكذا، فتلقوه بالإجابة، وأجيبوه بالرغبة، واستخيروا الله في أموركم، يعزم لكم (٥) على رشدكم إن شاء الله، نسأل الله أن يلحم (٦) ما بينكم بالبر والتقوى، ويؤلفه بالحب والهوى، ويختمه بالموافقة والرضا، إنه سميع الدعاء لطيف لما يشاء (٧).

محمد 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 لرّب هذا البيت الذي جعلنا

والمولودية وغير ذلك، ورعاية كل واحد منها موجبة لتحصيل المثوبات، وفي كل منها منافع دنيوية وأخروية.

(١) قوله (في دونه) أي الأقل منه، والأريب: العاقل، ذكره الجوهري.

(٢) قوله (فأولى الناس بالله) أي بفضله ورجته.

(٣) قوله (واختياراً لخطبة) قال في القاموس: خطب المرأة خطباً وخطبة وخطبى بكسرهما، واختطبا

وهي خطبة وخطبته وخطيباه وخطيبة، وهو خطبها بكسرها ويضم الثاني.

(٤) قوله (كريمتكم) أي من يكرم عليكم.

(٥) قوله (يعزم لكم) أي يقدر لكم ما هو خير لكم.

(٦) قوله (أن يلحم) قال الفيروزآبادي: لحم الصائغ الفضة، كنصر، لامسها، والتحم الجرح للبرء:

إلتأم، ويقال: وألحم ما اسندت أي تمم ما بدت (مقتبسات من مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٩٦-٩٨).

(٧) الكافي: باب خطب النكاح ص ٣٧٣ الحديث ٧.

(٨) قوله (عم خديجة) المشهور أنه ابن عمها، قال الفيروزآبادي: ورقة بن نوفل اسد بن عبد العزى،

من زرع إبراهيم وذرية إسماعيل وأنزلنا حرماً آمناً، وجعلنا الأحكام على الناس، وبارك لنا في بلدنا الذي نحن فيه، ثم إن ابن أخي هذا - يعني رسول الله صلى الله عليه وآله - ممن لا يوزن برجل من قرش إلا رجح به، ولا يُقاسُ به رجل إلا عظم عنه، ولا عدل له في الخلق، وإن كان مقلداً 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 سألتهم 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 رجلاً من القسيسين، فقالت خديجة مبتدئة: يا عمها إنك وإن كنت أولى بنفسي مني في الشهود، فلست أولى بي من نفسي (٣) قد زوجتك يا عمم نفسي والمهر علي في مالي، فأمر عمك فلينحر ناقة فليؤم بها وأدخل على أهلك، قال أبوطالب: إشهدوا عليها بقبولها محمداً وضمانها المهر في مالها، فقال بعض قرش: يا عجبا المهر على النساء للرجال، فغضبت أبوطالب غضباً شديداً، وقام على قدميه، وكان ممن يهابه الرجال ويكره غضبه، فقال: إذا كانوا مثل ابن أخي هذا طلبت الرجال بأغلا الأثمان وأعظم المهر،

وهو ابن عم خديجة، اختلف في إسلامها، وقال: الزرع: الولد.

(١) قوله (رقد جار) أي يجريه الله تعالى على عبادته بقدر الضرورة والمصلحة، وفي الفقيه وغيره (رزق

حائل) أي متغير، وهو أظهر.

(٢) قوله (حظ) أي من الخير والكمال، وفي الفقيه (خطر) وفي القاموس البهر بالضم إنقطاع النفس

من الاعياء، وقال: القس بالفتح رئيس النصارى في العلم كالقسيس.

(٣) قولها رضي الله عنها (وإن كنت أولى) أي إن كنت أولى بنفسي مني في الشهود، أي محضر

الناس عرفاً، فلست أولى بي واقعاً، أو إن كنت أولى في الحضور والتظلم بمحضر الناس، فلست أولى في

أصل الرضا والاختيار، أو إن كنت قادراً على إهلاكى لكننى أولى بما اختار لنفسى، والحاصل: أنى

أمكنك في إهلاكى ولا أمكنك في ترك هذا الأمر، والأوسط أظهر. (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٩٨ و ٩٩).

وإذا كانوا أمثالكم لم يزوجوا إلا بالمهر الغالي، ونحر أبوطالب ناقة، ودخل رسول الله صلى الله عليه وآله بأهله (١).

المقدمة السادسة، في النساء: ومنهن من رغب في نكاحه، ومنهن من رغب عنه فهنا قسمان:

(الأول) المرغب فيه:

روى يحيى بن عمران عن الصادق عليه السلام قال: أشجاعة لأهل خراسان، والباه في أهل بربر، والسخاء والحسد في العرب، فتخير والنطفكم (٢).

وينقسم الى ضربين:

(أ) المقصودة للأولاد والذرية:

روى إسماعيل بن عبد الحلق، عن حمويه 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 ما النساء؟ قال: المرأة فيها قبح، فإنهن أكثر أولاداً (٣).

وعن النبي صلى الله عليه وآله قال: إن المرأة إذا كانت سوداء ولوداً، أحب إلى من الحسناء العاقرة (٤).

(ب) المقصود للشهوة، فهن 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 العاقرة، 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 عينا عجزاء.

روى مالك بن أشيم عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: تزوجها عينا سمراء مربوعة عجزاء، فإن كرهتها فعلي الصداق (٢).

وكان النبي صلى الله عليه وآله إذا أراد نكاح امرأة، بعث إليها من ينظرها، وقال لها: شمي ليتها (٣) فإن طاب ليتها طاب عُرقُها، وانظري إلى كعبها، فإن 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 لإزالة البلغم.

قال الصادق عليه السلام: المرأة الجميلة تقطع البلغم (٧).

(هـ) المقصودة للتجابة.

قال النبي صلى الله عليه وآله: لا خيل أنقى من الذهب، 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: (الليت) صفحة العنق، و (العرق) الريح الطيبة، وقوله عليه السلام (درم كعبها) أي كثر لحم. كعبها، ويقال: (امرأة درماء) إذا كانت كثيرة لحم القدم والكعب، و (الكعبث) الفرج (الوافي كتاب النكاح ص ١٤).

(٥) الفقيه: ج ٣ (١١٠) باب ما يستحب ويحمد من أخلاق 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 الأوراك فإنهن أنجب (٢).
(القسم الثاني) المرغب عنه:

ونهى النبي صلى الله عليه وآله في الجملة عن نكاح يريد به غير وجه الله
والعفة، ونهى عن النكاح للرياء والسمعة، وعن التزويج للمال والجمال.
وروى هشام بن الحكم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إذا تزوج الرجل
المرأة لجمالها أو لمالها، وكُل إلى ذلك، وإن تزوجها لدينها رزقه الله المال
والجمال (٣).

وروى إسحاق بن عمار عنه عليه السلام: من تزوج امرأة يريد مالها أُلجأه الله
إلى ذلك المال (٤).
وقال سيد العابدين: من تزوج لله عز وجل ولصلة الرحم توجه الله بتاج
الملك (٥).

وينقسم إلى ضروب:

(أ) العقيم

عن النبي صلى الله عليه وآله: حصير ملفوف في زاوية البيت خير من امرأة

(١) دعائم الإسلام: ج ٢، فصل ١٢ ذكر من يستحب أن ينكح ومن يرغب عن نكاحه ص ١٩٥ الحديث ٧١١.

(٢) الكافي: ج ٥ باب ما يستدل به من المرأة على المحمدة ص ٣٣٤ الحديث ١.

(٣) الكافي: ج ٥ باب فضل من تزوج ذات دين وكراهة من تزوج للمال ص ٣٣٣ الحديث ٣.

(٤) الكافي: ج ٥ باب فضل من تزوج ذات دين وكراهة من تزوج للمال ص ٣٣٣ الحديث ٢.

(٥) الفقيه: ج ٣ (١٠٦) باب من تزوج لله عز وجل ولصلة الرحم ص ٢٤٣ الحديث ١.

لا تلد (١).

وقال عليه السلام: تزوجها سوداء ولوداً، ولا تزوجها حسناء جميلة إذا كانت عاقراً (٢).

(ب) خسيس الأصل.

قال النبي صلى الله عليه وآله: إياكم وخضراء الذمّن، قالوا: وما خضراء الذمّن؟ قال: المرأة الحسناء في مثبّت السوء (٣).

قال الصادق عليه السلام: ليس للمرأة خطر، لا لصالحتهن ولا لطلأتهن، أمّا صالحتهن فليس خطرهما الذهب والفضة، بل هي من الذهب والفضة، وأمّا لطلأتهن فليس التراب خطرهما، بل التراب خير منها (٤).

وقال عليه السلام: تختيروا لنطفكم فإن الخال أحد الضجيعين (٥) (٦).

(ج) الحمقاء.

عن النبي صلى الله عليه وآله: إياكم وتزويج الحمقاء، فإن صحبتها بلاء

(١) تقدم نقلاً عن التذكرة، وفي الفقيه: ج ٣ (١٧٨) باب النوادر ص ٣٥٨ فيما أوصى رسول الله صلى الله عليه وآله علي بن أبي طالب ولفظه (ولحصير في ناحية البيت، خير من امرأة لا تلد).

(٢) تقدم.

(٣) الكافي: ج ٥، باب إختيار الزوجة، ص ٣٣٢ الحديث ٤.

(٤) الكافي: ج ٥، باب إختيار الزوجة، ص ٣٣٢ الحديث ١.

(٥) قوله عليه السلام (أحد الضجيعين) لعل المراد بيان مدخلية الخال في مشابهة 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 الإنسان، لشدة قربه وإطلاعه على سرائره، والأول أظهر، والضجيعان إما الزوجان، أو المرأة والخال، وقيل: أي كما أن الأب ضجيع ابنه ومريه، وكما أنه يكسب من أخلاق الأب، 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 والأكراد.

وعن أمير المؤمنين عليه السلام: إيتاكم ونكاح الزنج فإنه خلق مشوه (٢) (٣).
وعن أبي الربيع الشامي قال: قال لي أبو عبد الله عليه السلام: لا تشرم من
السودان أحداً، فإن كان لابد فمن الثوبة، فإنهم من الذين قال الله تعالى (وَمِنَ
الَّذِينَ قَالُوا إِنَّا نَصَارَى أَخَذْنَا مِيثَاقَهُمْ فَنَسُوا حَظًّا مِمَّا ذُكِّرُوا بِهِ) (٤) إنهم
يتذكرون ذلك الحظ، وسيخرج مع القائم مناعصابة منهم، ولا تنكحوا من الأكراد
أحداً 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 أرحاماً تدل على غير الوفاء، قال: والسند والهند والقند ليس فيهم نجيب،
يعني القندهار (٧) (٨).

مركز تحقيق كتاب توتير علوم اسلامی

(١) الكافي: ج ٥ باب كراهية تزويج الحمقاء والمجنونة ص ٣٥٣ الحديث ١. وقد تقدم أيضاً.
(٢) في مصباح اللغة: الشوه: قبح الخلقة، وهو مصدر من باب تعب، ورجل أشوه قبيح المنظر وامرأة
شوهاء (مرات العقول: ج ٢٠ ص ٥٥ الزنج بالفتح والكسر صنف من السودان واحد منهم زنجي (الوافي:
كتاب النكاح ص ١٤).

(٣) الكافي: ج ٥، باب من كره مناكحته من الأكراد والسودان وغيرهم ص ٣٥٢ الحديث ١.

(٤) المائدة/١٤.

(٥) الثوبة بالضم: بلاد واسعة للسودان بجنوب الصعيد، منها بلال الحبشي (الوافي: كتاب النكاح
ص ١٤).

(٦) الكافي: ج ٥، باب من كره مناكحته من الأكراد والسودان وغيرهم ص ٣٥٢ الحديث ٢.

(٧) الخوز بالضم صنف من الناس، وفي بعض النسخ الخزر بالمعجمتين ثم المهملة، وهو محرقة ضيق
العين وصغرها، سئى به صنف من الناس هذه صفتهم (الوافي: كتاب النكاح، ص ١٤).

(٨) الكافي: ج ٥، باب من كره مناكحته من الأكراد والسودان وغيرهم ص ٣٥٢ الحديث ٣.

(هـ) الشَّهْبَرَة، وهي الزَّرْقَاء البذيئة، بالباء المنقطة بواحدة، والذال المعجمة، والياء المهموزة المثناة من تحت، والبذية: المتكلم بالفحش، يقال: رجل بذىء وإمزأة بذية، والبذاء بالمد، الفحش.

(و) ألَّهْبَرَة، وهي الطويلة المهزولة.

(ز) ألنَّهْبَرَة، وهي القصيرة الذميمة.

(ح) ألْهَيْدَرَة، وهي العجوز المدبرة.

(ط) أللَّفُوت، وهي ذات الولد من غيرك.

روى الصدوق بإسناده إلى النبي صلى الله عليه وآله أنه قال لزيد بن ثابت: يا زيد تزوجت؟ قال: لا، قال: تزوج تستعفف مع عفتك، ولا تزوجن خمساً، قال زيد: من هُنَّ يا رسول الله؟ فقال صلى الله عليه وآله: لا تزوجن شهيرة، ولا لهبرة، ولا نهبرة، ولا هيدرة، ولا لفوتا، قال زيد: يا رسول الله ما عرفت ممَّا قلت شيئاً، وإني بأمرهن لجاهل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: ألستم عرباً؟ أمَّا الشهيرة فالزرقاء البذية، وأمَّا اللهبرة فالطويلة المهزولة، وأمَّا النهبرة فالقصيرة الذميمة، وأمَّا الهيدرة فالعجوز المدبرة، وأمَّا اللَّفُوت فذات الولد من غيرك (١).

المقدمة السابعة، في آداب وفوائد متفرقة:

(أ) يستحب السعي والوساطة في التزويج، فإنه بر وإعانة على معروف وتقوى. -
روى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: أفضل الشفاعات أن تشفع بين إثنين في نكاح حتى يجمع الله بينهما (٢).
وعن سماعة بن مهران عن الصادق عليه السلام قال: من زوج أغرباً كان

(١) معاني الاخبار: باب معنى الشهيرة واللهبرة والنهبرة والهيدرة واللفوت ص ٣١٨ الحديث ١.

(٢) الكافي: ج ٥، باب من سعى في التزويج ص ٣٣١ الحديث ١.

مَنْ يَنْظُرُ اللَّهَ إِلَيْهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ (١).

وعن زين العابدين عليه السلام: من زوّج عزياً تَوَجَّهَ اللَّهُ بِتَاجِ الْمَلِكِ (٢).

(ب) يَسْتَحِبُّ إِيقَاعُ الْعَقْدِ بِاللَّيْلِ، وَكَذَا الدَّخُولُ.

روى الحسن بن علي الوشاء عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: من السنة التزويج بالليل، لأنَّ اللَّهَ جَعَلَ اللَّيْلَ سَكْنًا، وَالنَّسَاءَ إِنَّمَا هُنَّ سَكَنٌ (٣).

وعن الصادق عليه السلام: زَفُّوا عَرَائِسَكُمْ لَيْلًا، وَأَطْعَمُوا ضُحَى (٤).

وقال الباقر عليه السلام لميسر بن عبد العزيز: يَامِيسِرُ تَزَوِّجْ بِاللَّيْلِ، فَإِنَّ اللَّهَ جَعَلَهُ سَكْنًا وَلَا تَطْلُبْ حَاجَةً بِاللَّيْلِ، فَإِنَّ اللَّيْلَ مَظْلَمٌ، قَالَ: ثُمَّ قَالَ: إِنَّ لِلطَّارِقِ لِحَقًّا عَظِيمًا وَإِنَّ لِلصَّاحِبِ لِحَقًّا عَظِيمًا (٥) (٦).

(ج) يَكْرَهُ إِيقَاعُ نِصْفِ النَّهَارِ فِي السَّاعَةِ الْحَارَةِ.

روى ضريس بن عبد الملك قال: بلغ أبا جعفر عليه السلام أن رجلاً تزوّج في ساعة حارة عند نصف النهار، أو نصف النهار فقال أبو جعفر عليه السلام: مَا أَرَاهَا

(١) الكافي: ج ٥، باب من سعى في التزويج ص ٣٣١ الحديث ٢.

(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٣٠٣ الحديث ١٠٢ وقريب منه ما عن الفقيه: ج ٣ (١٠٦) باب من تزوّج 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 الاثنيان بالليل، لما كان منعه عليه السلام عن طلب الحاجة بالليل مظنة لجواز عدم التعرض لحاجة الطارق، استدرك ذلك بقوله عليه السلام (إِنَّ لِلطَّارِقِ لِحَقًّا عَظِيمًا) وإنما عظم حقه؟ لأنه لما لم يضطر لم يطرق، والإضطراب 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 قالا: قال أبو عبد الله عليه السلام: ليس للرجل أن يدخل بامرأته ليلة الأربعاء (٢).

وروى مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: وسئل عن التزويج في شوال؟ فقال: إن النبي صلى الله عليه وآله تزوج عائشة في شوال، وقال: إنما كره ذلك في شوال أهل الزمن الأول، وذلك أن الطاعون كان يقع فيهم في الأبكار والمملكات فيه فكرهوه لذلك لا لغيره (٣) (٤) (٥).

وروى علي بن 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 الحسن (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 نعمتهم، وشالت النوق بأذنانها، وقال القرطبي: تطيروا بذلك، لأن شوال من الشول وهو الرفع والازالة، ومنه شالت الناقة بأذنانها، أي رفعت، وقد جعلوه كناية عن الهلاك، فإذا قالوا: شالت نعمتهم فعناه هلكوا عن آخرهم، فكانوا يتوهمون أن المتزوجين فيه يقع بينهم البغضاء وترتفع خطوبها من عين الزوج، وقد جاء الشرع بنفي هذا التطير (مرآة العقول، ج ٢٠ ص ٤١٧).

(٤) بيان في التهذيب: (ففي الأبكار والمملكات من الأملاك)، بمعنى التزويج، أي قريبات العهد بالتزويج، يعني أن الطاعون كان يقع فيهم في شوال (الوافي كتاب النكاح، ص ٦٠).

(٥) الكافي: ج ٥ باب نوادر ص ٥٦٣ الحديث ٢٩.

(٦) الفقيه: ج ٢ (٦٨) باب الأيام والأوقات التي يستحب فيها السفر، والأيام والأوقات التي يكره فيها السفر ص ١٧٤ الحديث ١٣ وأورده 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 رجلاً غشى امرأته وفي البيت صبي مستيقظ يراها ويسمع كلامها ونفسها ما أفلح أبداً، إذا كان غلاماً كان زانياً أو جارية كانت زانية وكان علي بن الحسين عليه السلام إذا أراد أن يغشى أهله أغلق الباب وأرخص الستور وأخرج الخدم (٢).

وروى السكوني أن علياً عليه السلام مرَّ على بهيمة وفحل يسفدها على ظهر الطريق، فأعرض عنه بوجهه، فقيل له: لم فعلت ذلك يا أمير المؤمنين؟ فقال: لأنه لا ينبغي أن تصنعوا مثل ما يصنعون، وهو من المنكر إلا أن ثواره 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 أفزعني، قلت: جعلت فداك فما المخرج من ذلك؟ فقال: إذا أردت الجماع فقل: «بسم الله الرحمن الرحيم الذي لا إله إلا هو بديع السماوات والأرض اللهم إن قضيت مني في هذه الليلة خليفة، فلا تجعل للشيطان فيه شريكاً ولا نصيباً ولا خطأ، واجعله مومنًا مخلصاً مصفياً 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 كراهة غل الضراب في المكان الذي يجتمع إليه 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 ينصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٣ الحديث ٤.

وعن الصادق عليه السلام: إن الشيطان ليحيى حتى يقعد من المرأة كما يقعد الرجل منها ويحدث كما يحدث، وينكح كما ينكح، قلت: بأي شيء يعرف ذلك؟ (١) قال: بحبنا وبغضنا فمن أحبنا كان نطفة العبد، ومن أبغضنا كان نطفة الشيطان (٢).

وقال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا جامع أحدكم فليقل «بسم الله وبالله، اللهم جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقني»، قال: فإن قضى الله بينهما ولداً لا يضره الشيطان بشيء أبداً» (٣).

روى هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في التطفيتين اللتين للآدمي والشيطان إذا اشتركا، فقال أبو عبد الله عليه السلام: ربما خلق من أحدهما وربما خلق منها جميعاً (٤).

(و) يستحب الجماع ليلة الإثنين، ليكون الولد حافظاً للقرآن، راضياً بالمقسوم.

وليلة الثلاثاء، ليكون سهلاً، رحيم القلب، سخي اليد، طيب النكهة، طاهر اللسان من الغيبة والكذب والبهتان.

وليلة الخميس، ليكون حاكماً أو عالماً، ويومه عند الزوال فإن الشيطان لا يقربه حتى يشيب، ويكون فهماً سالماً.

(١) لعله سأل عن الدليل على أنه يكون الولد شرك الشيطان، ثم سأل عن العلامة التي بها يعرف ذلك، والظاهر أن فيه تصحيحاً لما ساقى 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 الباء وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٢ قطعة من حديث ٢.

(٣) الكافي: ج ٥ باب القول عند الباء وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٣ الحديث ٣.

(٤) الكافي: ج ٥، باب القول عند الباء وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٣ الحديث ٦.

وليلة الجمعة، ليكون خطيباً قوالاً مفوهاً، وبعد عصرها، ليكون مشهوراً عالمًا، وليلتها بعد العشاء يرجى كونه بدلاً من الأبدال (١).
 (ز) وطء الحائض حرام، مع ما فيه من سوء العاقبة.
 فقد روى انه يورث الحول، والحول من الشيطان (٢).
 وروى الصدوق عن النبي صلى الله عليه وآله: من جامع امرأته وهي حائض فخرج الولد مجذوماً، أو به برص فلا يلومن إلا نفسه (٣).
 وعنهم عليهم السلام: أكثر هؤلاء المشوهين ممن الذين يأتون نساءهم في الطمث (٤).

ويكره أن يجامع امرأته بشهوة غيرها، خوفاً من تخنيث الولد.
 وأن يجامع من قيام، خوفاً من مجيئه بوالاً في الفراش.
 وليلة الفطر، خوفاً من أن لا تلد الولد الا كبير السن.
 وليلة الأضحى، خوفاً من زيادة الإصبع أو نقصانها.
 وتحت شجرة مثمرة، خوفاً من مجيئه جلاداً قتالاً عريفاً.
 وبين الأذان والإقامة، خوفاً من مجيئه حريصاً على إهراق الدماء.
 ومستقبل الشمس إلا بستر، خوفاً من فقر الولد وبوسه حتى يموت.
 وعلى غير وضوء، خوفاً من بخله وعمى قلبه.
 وليلة نصف شعبان، خوفاً من شامة في وجهه وشعره.

(١) و (٢) الفقيه: ج ٣ (١٧٨) باب النوادر ص ٣٥٨ مقتبس من حديث ١ وهو ما أوصى به رسول الله صلى الله عليه وآله علي بن أبي 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 أبائهم نساءهم في الطمث).

وفي الليلة التي يسافر فيها، كيلا ينفق الولد ماله في غير حق.
وعلى سقوف البنيان، خوفاً من مجيئه منافقاً مرئياً مبتدعاً.
وأول ساعة من الليل، خوفاً من مجيئه ساحراً مؤثراً للدنيا على الآخرة.
وفي آخر درجة من شعبان، بحيث يبقى منه يومان، خوفاً من مجيئه
كذاباً.

وأن يجامع بشهوة أختها خوفاً من كونه عشاراً، عوناً لكل ظالم، وهلك قبيلة من
الناس على يديه.

وأن يمسحاً بخرقه واحدة، فإنه يوقع العداوة بينها.

(ح) يستحب منعها في أسبوعها من اللبن والحلّ والكزبرة والتفاح الحامض،
فانه يعقم الرحم ويبرده، وإذا حاضت على الحنظل لم يطهر بتمام، والكزبرة تكثر
الحيص 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 الى أقصاها، ليخرج بذلك سبعون لوناً من
الفقر، ويدخل عليه سبعين لوناً 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 مقتبس من مقتضى به رسول
الله صلى الله عليه وآله علي بن أبي طالب عليه السلام، وقال المحقق المحدث الكاشاني في الوافي: كتاب
النكاح ص ١٠٩ بعد نقل الحديث: ولا يحق ما في هذه الوصايا وبعد مناسبتها لجلالة قدر المخاطب بها، ولذا
قال بعض فقهاءنا: أنها مما يشم منها رائحة الوضع.

(ي) ما يقال لطالب الولد.

قال سيد العابدين عليه الصلاة والسلام لبعض أصحابه: قل في طلب الولد: «رَبِّ لَا تَذِرْنِي فَرْدًا وَأَنْتَ خَيْرُ الْوَارِثِينَ، وَاجْعَلْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرِثُنِي فِي حَيَاتِي وَيَسْتَغْفِرْ لِي بَعْدَ وَفَاتِي، وَاجْعَلْهُ خَلْقًا سَوِيًّا، وَلَا تَجْعَلْ لِلشَّيْطَانِ فِيهِ نَصِيْبًا، اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْتَغْفِرُكَ وَأَتُوبُ إِلَيْكَ إِنَّكَ أَنْتَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ» سبعين مرة، فإنه من أكثر هذا القول رزقه الله ما تمنى من مال وولد، ومن خير الدنيا والآخرة، فإنه يقول: «وَاسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا يُرْسِلَ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا وَيَزِيدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَبَنِينَ وَيَجْعَلْ لَكُمْ جَنَّاتٍ وَيَجْعَلْ لَكُمْ أَنْهَارًا» (١) (٢).

(يا) من لم يستطع التزويج فعليه بالصوم وتوفير الشعر.

قال أمير المؤمنين عليه السلام: ما أكثر شعر رجل قط إِلَّا قَلَّتْ 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، وأذ من الصوم، فإنه له وجاء (٤).

(يب) قال الصدوق رحمه الله: إنما جعل مهر الستة خمسمائة درهم؟ لأن الله تبارك وتعالى أوجب على نفسه أن لا يكبّره مؤمن مائة تكبيرة، ولا يسبّحه مائة تسبيحة، ولا يهله مائة تهليلة، ولا يحمده مائة تحميدة، ولا يصلي على النبي وآله مائة مرة، ثم يقول: اللَّهُمَّ زَوِّجْنِي مِنَ الْحُورِ الْعِينِ، إِلَّا زَوْجَهُ حُورَاءَ مِنَ الْجَنَّةِ وَجَعَلَ

(١) نوح: ١٠-١٢.

(٢) الفقيه: ج ٣ (١٤٥) باب الدعاء في طلب الولد، ص ٣٠٤ الحديث ١.

(٣) الفقيه: ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠٣ الحديث ٣٤.

(٤) الكافي: ج ٥، باب نوادر، ص ٥٦٤ الحديث ٣٦ بتفاوت يسير في بعض الكلمات.

ذلك مهرها (١).

(يج) شبه الولد إلى أبيه.

قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من نعم الله على العبد أن يشبهه ولده (٢).
وقال الصادق عليه السلام: إن الله تبارك وتعالى إذا أراد أن يخلق خلقاً، جمع كل صورة بينه وبين آدم عليه السلام ثم خلقه على صورة إحداهن، فلا يقولن أحد لولده: هذا لا يشبهني ولا يشبه شيئاً من آبائي (٣).

(يد) مواظبة النساء على التستر.

روى الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ليس للنساء من سراوات الطريق شيء، ولكنها تمشي في جانب الخائط والطريق (٤) (٥).

وعنه عليه السلام: أيما امرأة تطيبت ثم خرجت فهي تلعن حتى ترجع إلى بيتها متى ما رجعت (٦) (٧).

وقال عليه السلام: لا ينبغي للمرأة المؤمنة أن تنكشف بين يدي اليهودية

(١) علل الشرايع: ج ٢ باب ٢٥٨ العملة التي من أجلها صار مهر السنة خمسمائة درهم ص ١٨٥

الحديث ١.

(٢) الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١٢ الحديث ٢٢.

(٣) الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١٢ الحديث ٢٣.

(٤) قال الجوهري: السراة: واحد السروات، وسراة كل شيء ظهره ووسطه (مرآة العقول: ج ٢٠

ص ٣٣٦).

(٥) الكافي: ج ٥ باب التستر ص ٥١٨ الحديث ١.

(٦) قوله (فهي تلعن) على بناء المجهول، أي تلعن الملائكة، وظاهره الحرمة، ويمكن حله على ما إذا

كان يقصد الأجانب (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٣٣٦).

(٧) الكافي: ج ٥ باب التستر ص ٥١٨ الحديث ٢.

والنصرانية، فإنهن يصفن ذلك لازواجهن (١)(٢).
(٣) حق الرجل على المرأة.

روى محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: جاءت امرأة الى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله ما حق الزوج على المرأة؟ فقال لها: أن تطيعه ولا تعصيه، ولا تتصدق من بيته إلا بإذنه، ولا تصوم تطوعاً إلا بإذنه، ولا تمنعه نفسها وإن كانت على ظهر قتب (٣)، ولا تخرج من بيتها إلا بإذنه، وإن خرجت بغير إذنه لعنتها ملائكة السماء والأرض، وملائكة الغضب، وملائكة الرحمة حتى ترجع إلى بيتها، فقالت: يا رسول الله من أعظم الناس حقاً على الرجل؟ قال:

(١) ويدل على كراهة كشف المرأة يديها عند اليهودية والنصرانية، وربما قيل بالتحريم، لقوله تعالى: (وَنَسَاهُنَّ) إذا الظاهر اختصاصها بالمؤمنات، قال في مجمع البيان، يعنى النساء المؤمنات، ولا يحل لها أن يتجرذن ليهودية أو نصرانية أو مجوسية إلا إذا كانت أمة، وهو معنى قوله (أو ماملكت أيمانهن). أى من الإماء، وقد يقال: الإضافة في النساء لانهن من جنسهن، لامن جهة الايمان، فيشمل جميع النساء والأحوط ترك تجردهن عند الكافرات مطلقاً، وقال الشيخ: الذممة لا تنظر الى المسلمة حتى الوجه والكفين لهذا الخبر وللآية، وقال بعض العامة: المسلمة كلها عورة بالنسبة الى نساء اهل الذمة، كما أن كلها عورة بالنسبة الى الاجنبى، أقول: يمكن حل الخبر على الكراهة كما هو الظاهر، ويؤيد ان التعليل المذكور مشتركة بين الذميات والمسلمات، ولم يقل بالتعميم أحد من علمائنا (تلخيص من مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٣٣٦ و ٣٣٧).

(٢) الكافي: ج ٥، باب التستر ص ٥١٩ الحديث ٥.

(٣) قوله (وان كان على ظهر قتب) وفي النهاية: القتب للجمل كالاكاف لغيره، ومعناه الحث لمن على مطاوعة ازواجهن، وانه لايسع الامتناع في هذه الحال فكيف في غيرها، وقيل: ان نساء العرب كنّ اذا اردن الولادة جلسن على قتب ويقلن انه اسلس للخروج، فاراد تلك الحالة، قال ابو عبيد: كنائرى ان المعنى: وهى تسير على ظهر البعير، فنجاء التفسير بغير ذلك (روضة المتقين: ج ٨ ص ٣٦٠).

والده، فن 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 صلى الله عليه وآله: 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 صلى الله عليه وآله لبعض الحاجة، فقال لها: لعلك من المسوقات؟ قالت: وما المسوقات يا رسول الله؟ قال: المرأة التي يدعوها زوجها لبعض الحاجة، فلا تزال تسوقه حتى ينعس زوجها فينام، وتلك لا تزال الملائكة تلعنها حتى يستيقظ زوجها (٣).

وعنه عليه السلام: إن رسول الله صلى الله عليه وآله 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 بقهرمانة، ولا تعد بكراحتها نفسها، واغضض بصرها بستر، واكفها بحجابك، ولا تطمعها أن تشفع لغيرها فيميل عليك بمن شفعت له معها، واستبق من نفسك بقية فإن إمساكك عنهن وهن يرين أنك ذواق تدار 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 الألفاظ بلفظ الماضي؟ الأحوط نعم، لأنه صريح في الإنشاء ولو أتى بلفظ الأمر كقوله للولي: زوجنيها، فقال: زوجتك قيل: يصح كما في قصة سهل الساعدي ولو أتى بلفظ

من أن يرين فيك حالاً على انكسار (١) (٢).

(يز) يكره التبتل للنساء، وهو ترك التزويج كما تكره العروبة للرجل.

روى عبد الصمد بن بشير قال: دخلت امرأة على أبي عبد الله عليه السلام فقالت: أصلحك الله إنني امرأة متبتلة، فقال: وما التبتل عندك؟ قالت: لا تزوج، قال: ولم؟ قالت: ألتمس بذلك الفضل فقال: إنصرفي، فلو كان ذلك فضلاً لكانت فاطمة عليها السلام أحق به منك، أنه ليس أحد يسبقها إلى الفضل (٣).

(يح) عن النبي صلى الله عليه وآله من كان له صبي فليتصاب به (٤).

وروي أن أفضل ما يطبخ به العقيقة ماء وملح (٥).

وروي أن الصبيان إذا زوجوا صغاراً لم يكادوا يتألفون (٦).

قال طاب ثراه: وهل يشترط وقوع تلك الألفاظ بلفظ الماضي؟ الأحوط نعم، لأنه صريح في الإنشاء إلى آخر الفصل.

(١) قوله (ما يجاوز نفسها) أي لا تكل إليها ولا تكلفها سوى ما يتعلق بدتبير نفسها، وقال في النهاية: القهرمان، هو كالحازن والوكيل والحافظ لما في تحت يده، والقائم بأمور الرجل بلغة الفرس قوله (ولا تعد بكرامتها) أي لا تتجاوز بسبب كرامتها أن تفعل بها ما يتعلق بنفسها لئلا تمنعها عن الإحسان إلى أقاربه وغير ذلك من الخيرات لحسدها وضعف عقلها (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٣٢٣).

(٢) الكافي: ج ٥ باب إكرام الزوجة ص ٥١٠ الحديث ٣.

(٣) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن تتبتل النساء ويعطّلن أنفسهن ص ٥٠٩ الحديث ٣.

(٤) الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١٢ الحديث ٢١.

(٥) الفقيه: ج ٣ (١٤٩) باب العقيقة والتحنك والتسميّة والكنى وحلق الرأس ص ٣١٣.

الحديث ١١.

(٦) الكافي: ج ٥ باب أن الصغار إذا زوجوا لم ياتلفوا ص ٣٩٨ الحديث ١.

المستقبل، كقوله: أتزوجك، قيل: يجوز كما في خبر أبان عن الصادق عليه السلام في المتعة: أتزوجك، فاذا قالت: نعم، فهي إمرأتك.
ولو قال: زوّجت بنتك من فلان، فقال: نعم، فقال الزوج: قبلت، صح، لأنه يتضمن السؤال.
ولا يشترط تقديم الإيجاب.
ولا تجزي الترجمة مع القدرة على النطق، وتجزي مع العذر كالأعجم، وكذا الإشارة للأخرس.

اقول: الإنشاء لغة الإبتداء، وإصطلاحاً إيجاد عقد بلفظ يقارنه في الوجود، إذا عرفت هذا: فاللفظ الدالّ على الحدث، لا يخلو إما أن يدلّ على الماضي أو الحال أو الاستقبال:

والمستقبل لا وثوق بمصوله، لإحتماله الوعد، والإستفهام والحال يشاركة في الصيغة، فالتبس به، فلم يبق ما يدلّ على وقوع الفعل قطعاً إلاّ الماضي، فكان الماضي هو الصريح في الإنشاءات كلّها، والأمر بعيد عن شبه الإنشاء، فلا يصلح له وماعداً النكاح من البيع والصلح والوقف لاشك في عدم وقوعه بغير الماضي.
وأما وقع الخلاف في النكاح، هل يقع بغير الماضي، كأتزوجك؟ قيل: نعم، وقيل: لا، والخلاف في أربع صيغ:

(الأولى) صيغة الأمر، كقوله للوليّ (زوّجنيها) ويكون قبولاً مقدّماً، فيقول الوليّ: زوّجتك، هل يصح ذلك من غير أن يقبل الزوج بعد ذلك؟ فيه مذهبان: الصّحة، 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 أن تأخر الإيجاب وسبق القبول: إلى أن قال: صح وإن 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).
احتج الاولون برواية سهل بن سعد الساعدي، إن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله فقالت: إني قد وهبت نفسي لك يا رسول الله إن يكن لك رغبة، فقال عليه السلام: لا رغبة لي في النساء فقامت طويلاً، فقام رجل فقال يا رسول الله: زوجنيها إن لم يكن لك فيها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: هل لك شيء تصدقها إياه؟ فقال ما عندي إلا أزارى هذا، فقال النبي: إن أعطيتها جلست ولا إزار لك، فالتمس شيئاً، فقال: ما أجد شيئاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: هل معك شيء من القرآن؟ قال: نعم سورة كذا وسورة كذا، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله زوجتكها على ما معك من القرآن (٤).

(١) الشرائع: الفصل الثاني في العقد، قال: ولواقى بلفظ الأمر إلى أن قال: وهو حسن.
(٢) السرائر: في الكفاءة في النكاح ص ٢٩٩ من ٢٣ قال: ولا يجوز أن يأتي بلفظ الأمر أو الاستفهام الخ
(٣) التذكرة: ج ٢، الركن الأول في الصيغة ص ٥٨٣ س ٦ قال: وقال أحمد: لا يصح العقد إذا قدم القبول، إلى أن قال: ولا بأس بهذا القول. وفي القواعد، الباب الثاني في العقد ص ٤ س ٨ قال: ولو قصد بلفظ الأمر 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 أئمة الحديث من الخاصة والعامة باختلاف يسير في بعض الفاظه، لاحظ الكافي: ج ٥ باب نواذر في المهر ص ٣٨٠ الحديث ٥ والتهذيب: ج ٧ (٣١) باب المنهور 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 و ٢١١٢ و ٢١١٣ وسنن ابن ماجه، كتاب النكاح (١٧) باب صداق النساء الحديث ١٨٨٩ والترمذي (٣) كتاب النكاح (٢٣) باب منه، والنسائي كتاب النكاح باب التزويج على صورة القرآن.

واعلم أنَّ هذا الحديث قد دلَّ على أمور سبعة غير ما ذكره الشيخ من جواز وقوعه بلفظ الأمر.

(أ) كون النبي صلى الله عليه وآله أولى بالمؤمنين من أنفسهم، لأنَّه عليه السَّلام زوّجها ولم يأخذ إذنها، وهو موافق لمنطوق الآية.

(ب) جواز جعل تعليم القرآن صداقاً.

(ج) جواز تقديم القبول على الإيجاب.

(د) عدم اشتراط تقديم الخطبة.

(هـ) جواز خروج المرأة إلى مجمع الرجال لحاجة تعرض لها.

(و) جواز خطبة النساء للرجال.

(ز) اشتراط تمكّن الزوج من المهر حالة العقد.

(الثانية) لفظ المستقبل.

وفي وقوع النكاح به مذهبان:

الصحة: وهو مذهب المصنف في الشرائع (١) لرواية إبان بن تغلب عن الصادق

عليه السَّلام في المتعة: أتزوجك مدة كذا بكذا، فإذا قالت: نعم فهي إمرأتك (٢).

وقال ابن حمزة لا يقع (٣) واختاره العلامة في كتبه (٤) اقتصاراً على المتيقن،

ومنع صحة سند الرواية.

(١) الشرائع: كتاب النكاح، في العقد، قال: ولو أتى 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 الأقوى أنه لا ينعقد

بلفظ الاستقبال الخ وفي التذكرة، الركن الأول الصيغة ص ٥٨٣ س ٢٠ قال: ولو أتى بلفظ المستقبل الخ.

وأما الحكم فمسائل:

الأولى: لاحكم لعبارة الصبّي، ولا المجنون، ولا السكران. وفي رواية إذا زوّجت السكرى نفسها ثم أفأقت، فرضيت به، أو دخل بها وأقرته كان ماضياً.

(الثالثة) الكناية، كنعم في جواب من قال له: هل تزوّجت بنتك من فلان؟ فيقول: نعم، فيقول الزوج: قبلت، في الحال مع قصدهما الإنشاء، هل تصح أم لا؟ مذهبنا:

الصحة مذهب الشيخ (١) وجزم به المصنف في النافع (٢) لأن (نعم) يتضمن إعادة السؤال فيكون تقدير الكلام، نعم زوّجت، فقد حصل القبول ومعنى الإيجاب، فصّح العقد لإصالة الصحة.

والمنع قاله العلامة (٣) وتردّد المصنف في الشرائع (٤).

(الرابعة) الترجمة، ومنع الجمهور من الأصحاب من وقوعه بغير العربية، وأجازه ابن حمزة (٥) والاقرب المنع في الأربع.

قال طاب ثراه: وفي رواية: إذا زوّجت السكرى نفسها ثم أفأقت، فرضيت به، أو دخل بها فأقرته كان ماضياً.

(١) المبسوط: فيما ينعقد به النكاح، ص ١٩٣ س ٢٢ قال: وكذلك (أى ينعقد العقد) لو قال: زوّجت بنتك من فلان، فقال: نعم الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) التحرير: في العقد، ص ٤ س ٣٤ قال: ولو قيل: زوّجت بنتك من فلان فقال: نعم ثم قال: وعندي فيه نظر.

(٤) الشرائع: في العقد، قال: ولو قال: زوّجت بنتك من فلان فقال: نعم الى أن قال: وفيه تردّد.

(٥) الوسيلة: في بيان مقدمة الكتاب وكيفية العقد ص ٢٩١ س ٢١ قال: وإن قدر المتعاقدان الى أن

قال: وإن عجز أحرازهما 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 رجلاً في سكرها، ثم أفافت 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 أفافت فهو رضاءً منها، قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: نعم (١) (٢).

ومضمونها قال الشيخ في النهاية (٣) والصدوق في المقتنع (٤) والشيخ سلم بطلان العقد وحكم 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 الإسكار إلى مزيل التحصيل.

(١) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح... ص ٣٩٢ الحديث ٤٧.
(٢) واعلم انه لو وافق 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 باطلاً، فإن أفافت ورضيت كان العقد ماضياً، وحمل في المختلف الرواية على ما إذا لم يبلغ السكر إلى حد عدم التحصيل، وفيه ما فيه (ملاذالاخيار: 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 باطلاً، فإن أفافت ورضت بفعالها كان العقد ماضياً.

(٤) المقتنع: باب بدء النكاح ص ١٠٣ قال بعد نقل الحديث: فإن التزويج واقع إذا أقامت معه بعد ما أفافت، وهو رضاءها، والتزويج جائز عليها.

(٥) السرائر: باب من يتولى العقد، ص ٢٩٨ س ١٣ قال بعد نقل الحديث: والذي يقوى عندي أن هذا العقد باطل، فإذا كان باطلاً فلا يقف على الرضاء والإجازة الخ.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف: كتاب النكاح، ص ٩٠ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ وابن إدريس: وقول ابن إدريس لا بأس به، إلى أن قال: والتحقيق أن يقول: ما بلغ السكر بها إلى عدم التحصيل كان العقد باطلاً

الثانية: لا يشترط حضور شاهدين، ولا وليّ إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة على الأصح.

الثالثة: لو ادعى زوجية امرأة، وادّعت اختها زوجيته، فالحكم لبينة الرجل، إلا أن يكون مع المرأة ترجيح من دخول، أو تقديم 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 الأب، وعليه أن يسلم إليه التي قصدها في العقد، ان كان الزوج رآهن، وإن لم يكن رآهن فالعقد باطل.

قال طاب ثراه: لا يشترط حضور شاهدين ولا وليّ إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة على الأصح.

أقول: البحث هنا يقع في فصلين:

(أ) حضور الولي.

(ب) اشتراط الإشهاد.

وكلاهما غير شرط عندنا إلا من شدّ كابن عقيل (١) وهو مذهب العامة (٢).
لنا عموم قوله تعالى «فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم»

وان لم يبلغ السكر الى ذلك الحد صحّ العقد ويحمل عليه الرواية.

(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 الأربعة: ج ٤ ص ٢٥ الشهود والزوجان قال: (٧) اتفق الثلاثة على ضرورة وجود الشهود عند العقد، فإذا لم يشهد شاهدان عند الإيجاب 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 الأيامى 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).

وآدعى المرتضى عليه الإجماع (٥) ولأصالة الجواز.

احتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله لانكاح الا بوليّ مرشد وشاهدي

عدل (٦).

والجواب: منع السند، وقد أنكره الزهري منهم (٧).

ومعارضة بما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله: ليس للوليّ مع

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم إسلامي

(١) البقرة: ٢٣٢.

(٢) النساء: ٣.

(٣) النور: ٣٢.

(٤) الفقيه: ج ٣ (١١٧) باب الولي والشهود والخطبة والصدّق ص ٢٥١ الحديث ٥.

(٥) الانتصار: مسائل النكاح ص ١١٨ قال: مسألة ومما ظن انفراد الإمامية به القول بان الشهادة ليس بشرط في النكاح الى أن قال: والحجة لقولنا إجماع الطائفة. وقال في ص ١١٩ مسألة ومما يقدّر من الاختيار له انفراد الإمامية به وما انفردوا جواز عقد المرأة التي تملك أمرها على نفسها بغير وليّ الى أن قال بعد اسطر: دليلنا على ما ذهبنا اليه بعد إجماع الطائفة الخ.

(٦) سنن الترمذي: ج ٣ كتاب النكاح (١٤) باب ما جاء لانكاح الا بوليّ الحديث ١١٠١ و ١١٠٢.

و (١٥) باب ما جاء لانكاح إلا بنية، الحديث ١١٠٣ وسنن الدارقطني: ج ٣ كتاب النكاح الحديث ١١ و ٢١ و ٢٢ ولفظ الحديث لانكاح الا بوليّ وشاهدي عدل.

(٧) سنن الترمذي: ج ٣ كتاب النكاح (١٤) باب ما جاء لانكاح الا بوليّ، قال: وحديث عائشة

في هذا الباب رواه ابن جريج عن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، الى ان قال: قال ابن جريج: ثم لقيت الزهري فسأته، فانكره، فضعفوا هذا الحديث من أجل هذا.

وأما الآداب فقسمان:

(الأول) آداب العقد:

ويستحب له أن يتخير من النساء البكر العفيفة الكريمة الأصل، وأن يقصد السنة، لا الجمال والمال، فربما حرمها، ويصلي ركعتين، ويسأل الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهن وأحفظهن، وأوسعهن رزقاً، وأعظمهن بركة، ويستحب الإشهاد والإعلان، والخطبة أمام العقد، وإيقاعه ليلاً.

ويكره والقمر في العقر، وأن يتزوج العقيم.

الثيب أمر (١).

وليس لهم أن يخضوه بالثيب، لأن الأمة لم يفرق بينها وبين البكر في إشتراط الإشهاد وحضور الولي، فاعتبار في إحداها دون الأخرى إحداث قول ثالث وهو غير جائز، لما تقرّر في الأصول.

هذا مع قبوله التأويل، إذا المنفي في الخبر، نفي الفضيلة، كقوله عليه السلام: لا صلاة لجار المسجد الآ في المسجد (٢).

فان قالوا: يلزم الإضمار والأصل عدمه.

قلنا: الإضمار لازم، لاستحالة نفي الحقيقة، وليس نفي الصحة أولى منه، بل ما ذهبنا إليه أرجح، لاعتضاده بعموم الآيات، وصريح الروايات.

(١) سنن النسائي، كتاب النكاح (استثمار الاب البكر في نفسها)، ولفظ الحديث: (عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم 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: اللَّهُمَّ عَلَى كِتَابِكَ تَزَوَّجْتُهَا، إِلَى آخِرِ الدَّعَاءِ، وَأَنْ يَكُونَ الدَّخُولُ لَيْلاً، وَيَسْمَى عِنْدَ الْجَمَاعِ، وَأَنْ يَسْأَلَ اللَّهَ تَعَالَى أَنْ يَرْزُقَهُ وَلَدًا ذَكَرًا وَيَكْرِهَ الْجَمَاعَ لَيْلَةَ الْخُسُوفِ، وَيَوْمَ الْكُسُوفِ، وَعِنْدَ الزَّوَالِ، وَعِنْدَ الْغُرُوبِ حَتَّى يَذْهَبَ الشَّفَقُ، وَفِي الْمَحَاقِ، وَبَعْدَ الْفَجْرِ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ، وَفِي أَوَّلِ لَيْلَةٍ مِنْ كُلِّ شَهْرٍ إِلَّا شَهْرَ رَمَضَانَ، وَفِي لَيْلَةِ النِّصْفِ، وَفِي السَّفَرِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَاءٌ لِلْغَسْلِ، وَعِنْدَ الزَّلْزَلَةِ، وَالرِّيحِ الصَّفَرَاءِ وَالسُّودَاءِ، وَمُسْتَقْبَلِ الْقِبْلَةِ، وَمُسْتَدْبِرِهَا، وَفِي السَّفِينَةِ، وَعَارِيًّا، وَعَقِيبَ الْإِحْتِلَامِ قَبْلَ الْغَسْلِ أَوْ الْوُضُوءِ، وَالْجَمَاعِ وَعِنْدَهُ مَنْ يَنْظُرُ إِلَيْهِ، وَالنَّظَرَ إِلَى فَرْجِ الْمَرْأَةِ، وَالْكَلَامِ عِنْدَ الْجَمَاعِ بِغَيْرِ ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى.

مسائل

الاولى: يجوز النظر الى وجه امرأة يريد نكاحها وكفيها وفي رواية إلى شعرها ومحاسنها وكذا الى أمة يريد شراءها، وإلى أهل الذمة لأنهن بمنزلة الإماء ما لم يكن لتلذذ وينظر الى جسد زوجته باطناً وظاهراً، وإلى محارمه ما خلا العورة.

قال طاب ثراه: يجوز النظر الى وجه امرأة يريد نكاحها، وكفيها، وفي رواية الى شعرها ومحاسنها، الى آخر البحث.

أقول: هنا مسائل:

(الأولى) يجوز النظر الى وجه امرأة يريد نكاحها إجماعاً، بشروط:

(أ) أن يكون مريداً لنكاحها.

(ب) إمكانه عادة بالنظر الى 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 إذنها في ذلك.

والمستند قوله عليه السلام: من تآقت نفسه إلى نكاح امرأة فلينظر الى ما يدعوه إلى نكاحها (١).

فأجل عليه السلام هنا ثم بيته لصحابي خطب امرأة نظر الى 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 الى خلفها والى وجهها (٣).

وهذا معنى قول علمائنا: يجوز أن ينظر اليها قائمة وماشية، وهو اجماع من علماء الاسلام.

(١) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٣١٤ الحديث ١٥٠ وفي سنن أبي داود، ج ٢، كتاب النكاح باب الرجل ينظر الى المرأة وهو يريد تزويجها، الحديث ٢٠٨٢ ولفظه: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر الى ما يدعوه الى نكاحها، فليفعل).

(٢) سنن النسائي: كتاب النكاح (اباحة النظر قبل التزويج) وفيه: هل نظرت اليها؟ قال: لا، فأمره ان ينظر اليها.

(٣) الكافي: ج ٥، باب النظر لمن اراد التزويج ص ٣٦٥ الحديث ٣.

بقي البحث في الشعر والمحاسن، هل يجوز النظر الى ذلك أم لا؟
الذي عليه الأكثرون المنع، لعموم قوله تعالى: «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ
أَبْصَارِهِمْ» (١) وهو عام خرج عنه ما وقع عليه الإجماع وتضافرت به الأخبار، فبقي
الباقى على المنع، ولأنه احوط.

ورواية الشعر هي رواية عبدالله بن سنان قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام:
الرجل يريد أن يتزوج المرأة فيجوز أن ينظر الى شعرها؟ قال: نعم إنما يريد أن
يشترها بأغلا الثمن (٢).

وأما رواية المحاسن، فرواية غياث بن ابراهيم عن جعفر، عن أبيه، عن علي
عليهم السلام في رجل نظر الى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها؟ قال: لا بأس إنما هو
مستام (٣).

ولعل ما ذكره المصنف من الرواية الجامعة لها اشارة الى ما رواه محمد بن
يعقوب مرفوعاً الى عبدالله بن الفضل، عن أبيه، عن رجل، عن أبي عبدالله
عليه السلام قال: قلت له: أينظر الرجل الى امرأة يريد تزويجها، فينظر الى شعرها
ومحاسنها؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذذاً (٤).

وهذه الرواية مرسلة، وغياث بن ابراهيم بتري.

الثانية: يجوز النظر الى أهل الذمة وشعورهن، لأنهن بمنزلة الأمة المزوجة فانه يجوز
النظر اليها وان حرم نكاحها لمكان تزويجها.

والمستند ما رواه محمد بن يعقوب، يرفعه الى السكوني عن أبي عبدالله

(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 الى المرأة قبل ان يتزوجها ص ٤٣٥ الحديث ٢.

(٤) الكافي: ج ٥ باب النظر لمن اراد التزويج ص ٣٦٥ الحديث ٥.

عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لاحرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر إلى شعورهن وأيديهن (١).

لكن بشروط ثلاثة:

(أ) أمن الفتنة، ولو خافها حرم.

(ب) عدم التلذذ، لأنه إستماع.

(ج) أن لا يكون لريبة.

وعليه الأصحاب، ومنع ابن ادریس (٢) والعلامة في المختلف (٣) وهما نادران.

الثالثة: يجوز النظر إلى جسد زوجته باطناً وظاهراً.

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).

وحرّمه 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 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 ادریس: والأقرب المنع كقول ابن ادریس.

(٤) الكافي: ج ٥ باب نواذر، ص ٤٩٧ الحديث ٤.

(٥) الكافي: ج ٥ باب نواذر، ص ٤٩٧ الحديث ٥.

(٦) الوسيلة: في بيان أحكام الزفاف ص ٣١٤ س ١٠ قال: فالمحرم ثلاثة أشياء. قراءة العزائم والنظر إلى فرج المرأة قال الجماعة 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 الأحاديث قد تضمنت الإباحة، فحمل النهي عن النظر إلى باطن الفرج، والإباحة على النظر إلى الظاهر، لما فيه من الجمع، ولما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام، يكره النظر إلى باطن الفرج (٢).

الرابعة: يجوز النظر إلى المحارم ما عدا العورة، والمراد بالمحرم كل امرأة حرم نكاحها مؤبداً بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة بعقد أو ملك، فتدخل فيه أم الزوجة، وبنت المدخول بها، ومنكوحة الأب والإبن، دون الملاعة، والمطلقة تسعاً، والزوجة المزنّي بها، وبنت العمّة والحالة المفجور بأقربهما، لأنّ التحريم هنا وإن تأيد فليس بسبب مصاهرة أو عقد، بل بسبب إيقاع، وهو استيفاء عدد الطلاق، أو عقوبة، فلا يكون سبباً للترخص، ويجوز النظر إلى ما عدا العورة منهنّ. روى السكوني عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليهما السلام قال: لا بأس أن ينظر الرجل إلى شعر أمه أو 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 بإباحة وطء النساء في غير فروجهن المعتادة للوطء الى ان قال: والحجة في إباحة ذلك اجماع الطائفة الخ.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٦ قال: مسألة المشهور كراهة الوطء في الدبر من غير تحریم لنا قوله

الثالثة: العزل عن الحرّة بغير إذنها، قيل: يحرم، وتجب به دية النطفة عشرة دنائير، وقيل: مكروه وهو أشبه، ورُخص في الإماماء.

ومذهب أكثر علمائنا، وقال ابن حمزة: بالتحريم (١).
احتج الأولون بقوله تعالى «فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنِّي مُنْتَمِ» (٢).
فان قلت: هذا مختص بموضع الحرث، وهو القبل.
قلنا: مدفوع بجواز الإتيان بين الفخذين والركبة إجماعاً.
ولصحيحة عبدالله بن أبي يعفور قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل أتى المرأة في دبرها، قال: لا بأس (٣).
وبالأصل

احتج 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 الأولون بحمله على شدة الكراهة، أو على التقية، لكونه مذهب العامة.
قال طاب ثراه: العزل عن الحرّة بغير إذنها، قيل: يحرم (محرم خ ل) ويجب به دية النطفة عشرة دنائير، وقيل مكروه، وهو أشبه، ورُخص في الإماماء.
أقول: هنا مسألتان:

(أ) في تحريم العزل وكراهته، وفيه قولان:

تعالى الخ.

(١) الوسيلة: فصل في بيان احكام الزفاف ص ٣١٣ س ١٥ قال: وسحر عليه وطؤها في المحاش.

(٢) البقرة: ٢٢٣.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء وآداب الخلوة والجماع، ص ٤١٥ الحديث ٣٤ وقطعة من حديث ٢٩.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء وآداب الخلوة والجماع ص ٤١٦ الحديث ٣٦.

والأول مختار ابن حمزة (١) ومذهب المفيد (٢).
والثاني مذهب الشيخ في النهاية (٣) والقاضي (٤) وابن ادريس (٥)، واختاره
المصنف (٦) والعلامة (٧)، لأصالة الإباحة.
ولرواية محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل؟ فقال:
ذلك إلى الرجل يصرفه حيث شاء (٨).
 واحتج المانع: بأن حكمة النكاح الاستيلاد، ولا يحصل مع العزل غالباً،
 فيكون منافياً لغرض الشرع، وكلية الصغرى ممنوعة.

(ب) هل يجب دية النطفة أم لا؟ قال الشيخ بالأول (٩) وابن ادريس
والعلامة بالثاني (١٠) (١١) وللمصنف قولان: فبالأول قال في باب النكاح من

(١) الوسيلة: في بيان أحكام الزفاف ص ٣١٤ س ١٠ قال: والمحرم ثلاثة أشياء، والعزل الآباذن المرأة
(٢) المقنعة: باب السنة في عقود النكاح، ص ٧٩ س ١٦ قال: وليس لأحد أن 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 امرأته الحرة الخ.

(٤) المهذب: 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 محرماً.
(٨) التهذيب: ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح... ص ٤١٧ الحديث ٤١.
(٩) النهاية: باب دية الجنين والميت ص ٧٧٩ س ١٥ قال: وكذلك إذا عزل الرجل عن زوجته الحرة
بغير اختيارها كان عليه عشر دية الجنين 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 الأصح.

الخامسة: لا يجوز للرجل ترك وطء المرأة أكثر من أربعة أشهر.

السادسة: يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً.

السابعة: إذا دخل بالصبيّة لم تبلغ تسعاً فأفصاها حرم عليه وطؤها مؤبداً، ولم تخرج عن حبالته، و(لو-ظ) لم يفضها لم يحرم على الأصح.

الشرائع (١) وبالشاني قال في باب الديات من كتابيه (٢) (٣) وفي الإماء جائز بالإجماع، وهو صريح في صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (٤).

قال طاب ثراه: لا يدخل بالمرأة حتى يمضي لها تسع سنين، ولو دخل قبل ذلك لم تحرم على الأصح.

أقول: البحث هنا يقع في مقامات:

(الأولى) إذا دخل بمن لها دون التسع، هل يحرم بمجرد الدخول، أو لا يحرم إلا مع الإفضاء؟ الشيخ في النهاية على الأول (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 أشبه.

(٢) الشرائع: كتاب الديات، في اللواحق، قال: ولو عزل إلى أن قال: قيل: يلزمه عشرة دنائير وفيه تردد أشبه أنه لا يجب.

(٣) المختصر النافع: كتاب الديات، في اللواحق ص ٣١٣ قال: ولو عزل عن زوجته إلى أن قال: والأشبه الاستحباب.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء... ص ٤١٧ الحديث ٤٣.

(٥) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح، ص ٤٥٣ س ١٠ قال: وإذا تزوج الرجل بصبيّة لم تبلغ تسع سنين فوطئها فرق بينها ولم تحل له أبداً.

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 جاريتته، يعنى إمرأته فأفضاها، قال: عليه الدية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فإن أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه، وإن دخل بها ولها تسع سنين، فلا شيء عليه إن شاء أمسك وإن شاء طلق (٧).

وروى ابن بابويه في كتابه يرفعه إلى حمزة بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل تزوج جارية لم تدرك فأفضاها؟ قال: إن دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه، وإن كانت لم تبلغ تسع سنين وكان لها أقل من

(١) الاستبصار: ج ٤ (١٧٧) باب من وطأ جارية فأفضاها، ص ٢٩٤ الحديث ١.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه، ص ٢٩٢ س ٢٠ قال: والتي افضاها بالوطء الى

قوله: وتبين منه بغير طلاق.

(٣) وذلك لقوله (فرق بينها) بدون قيد اخر.

(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ قال: وقال ابن الجنيد: فإن أولج عليها فأفضاها قبل تسع سنين

فعليه أن لا يطلقها الخ.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٨ س ١٣ قال: وإذا تزوج الرجل بصبيّة الى أن قال: وهو بالخيار

بين أن يطلقها او يمسكها ولا يحمل له وطئها أبداً وليس بمجرد الوطء. تبين منه وينفسخ عقدها الخ وله قدس سره تحقيق دقيق في هذا المطلب فراجع.

(٦) المقتنعة: باب ضمان النفوس ص ١١٧ س ١١ قال: والرجل اذا جامع الصبية ولها دون تسع

سنين فافضاها كان عليه دية نفسها والقيام بها حتى يفرق الموت بينها.

(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 على الأزواج، فعلى الإمام أن يغرمه ديته، وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه (١).

فروع

(أ) لومات أحدهما قبل الطلاق، توارثا على الثاني دون الأول.

(ب) لا يجوز له التزويج بأختها على الثاني ويجوز على الأول.

(ج) يحرم عليه الخامسة لو كانت رابعة على الثاني دون الأول.

وكذا البحث في إدخال بنت الأخ أو الأخت عليها، فلا يفتقر إلى إذنها على الأول دون الثاني.

أما تزويجه بالأمة، فإن كان تحتها غيرها من الحرائر افتقر إلى إذنها مع الباقيات على الثاني، ولو لم يكن غيرها وعدم الطول، فالأقرب عدم التوقف على إذنها، لجواز أن يعانده بعدم الإدن، فيستصر، وقال عليه السلام: لا ضرر ولا ضرار (٢).

وأما وقوع الظهار منها، فإن حرمتها به غير الوطاء، وقع على الثاني، وإلا فلا.

(د) لوزنا وليس له زوجة غيرها، لم يرجع على القولين.

ويتفرع على وجوب الإنفاق فروع:

(أ) يجب الإنفاق مطلقاً، أي سواء قلنا بالبينونة بمجرد الفعل أولاً

(ب) لو تزوجت بغيره فالأقرب سقوط الإنفاق.

(ج) لو طلقت بانناً عاد الإستحقاق، 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 أحل الله عز وجل من النكاح وما حرّم منه ص ٢٧٢. الحديث ٧٩.

(٢) لاحظ عوالي اللئالي: ج ١ ص ٢٢٠ الحديث ٩٣ وما علق عليه.

الفصل الثاني في أولياء العقد

لأولاية 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، فإنها لا يستحق على الأول نفقة، لإستناد التفريط في ضياع النفقة اليها. ولو أعسر احتمل أن يرجع الى الأول، لعدم حصول النفقة لها، وعدمه لإستقرار نفقتها في ذمة الثاني ورجوعها عليه بعد يساره.

(المقام الثالث) الحكم يتعلق بالمطوعة بالعقد دائماً ومنقطعاً، ولو كان لشبهة قال في الخلاف: الحكم كذلك (١) وقال ابن ادریس: لا يلزمه النفقة لإصالة البراءة (٢)، وفي المكرهه يجب الدية دون المهر قاله في الخلاف (٣) وأوجب ابن ادریس (٤) وأما النفقة فيسقط عند ابن ادریس، ويلزم الشيخ وجوب الإنفاق لأنه أبلغ من الشبهة لتغليظ العقوبة في الإكراه، وأما الدية فيجب في الجميع، أعني الزوجة والأجنبية بشبهة، ومكرهه ومطاوعة، لأنه إتلاف منفعة، وليس لازماً للوطء حتى يسقط بالإذن فيه، فيجب ديته لأنه جنائية، وسيجيء باقي أحكام المسألة في باب الديات.

(١) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ٤١ قال: فإن كان قبل تسع سنين لزمه نفقتها مادامت حية وعليه مهرها وديتها كاملة الى 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 ما لفظه (وقال ابن ادریس: عقد الشبهة لا يلزمه النفقة لإصالة البراءة، وقوله: لا مهر لها مع الإكراه غير واضح، لأننا نجمع عليه الأمرين الدية والمهر، لأنها ليست بغياً، والنهي إنما هو عن مهر البغي).

(٣) تقدم عند نقل عبارة الخلاف آنفاً.

بكارتها بزنا أو غيره، ولا يشترط في ولاية الجدة بقاء الأب، وقيل: يشترط، وفي المستند ضعف.

قال طاب ثراه: ولا يشترط في ولاية الجدة بقاء الأب. وقيل: يشترط وفي المستند ضعف.

أقول: المشهور ان الولاية للأب والجد ثابتة على الصغيرين والمجنونين سواء كان جنونها مستمراً قبل البلوغ، أو عرض بعد زوال الولاية عنها لرشدهما بعد البلوغ، وليست ولاية الجدة مشروطة ببقاء الأب، بل هي ولاية برأسها وهو إختيار المفيد (١) وتلميذه (٢) والسيد (٣) وابن اذريس (٤) والمصنف (٥) والعلامة (٦). وهنا مذهبان آخران:

(أ) ثبوت الولاية للأب خاصة قاله الحسن (٧).

(١) المقنعة: باب عقد المرأة على نفسها النكاح... ص ٧٨ س ٢٢ قال: وذوات الآباء من الأبحار ينبغي لمن أن لا يعقدن على أنفسهن إلا بإذن آبائهن إلى أن قال: وإن عقد عليها وهي صغيرة لم يكن لها عند البلوغ خيار وأن عقدت على نفسها بعد البلوغ بغير إذن أبيها خالفت السنة وبطل العقد إلى أن قال: وليس لأحد أن يعقد على صغيرة سوى أبيها أو جدّها لأبيها.

(٢) المراسم: ذكر شروط الانكحة ص ١٤٨ س ٧ قال: فاما الصغار فيعقدن لمن آباؤهن ولا خيارهن بعد البلوغ، وكذلك ان عقدن أجدادهن إلى أن قال: إلا أن إختيار الجدة مقدّم على إختيار الأب وعقده أمضى (٣) الانتصار: مسائل النكاح ص ١٢١ قال: ومما انفردت به الامامية أن لولاية الجدة من قبل الأب رجحاناً الخ.

(٤) السرائر: باب من يتولى العقد على النساء ص ٢٩٥ س ٣٢ قال: إلا أن لولاية الجدة رجحاناً وأولوية هنا الخ.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٧ قال: مسألة الجد للأب كما الأب في ولاية النكاح سواء كان الأب حياً أو ميتاً الخ.

(٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٧ س ٢١ قال: وأما ابن أبي عقيل قال: الولي الذي هو أول بنكاهن هو الأب دون غيره.

(ب) إشتراط بقاء الأب في ثبوت ولاية الجد قاله الشيخ في النهاية (١) وابوعلي (٢) والصدوق (٣) والقاضي (٤) والتقي (٥).

إحتج الأولون بما رواه عبيد بن زرارة (في الموثق) قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل، ويريد جدّها أن يزوجه من رجل آخر، فقال: الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوجها قبله، ويجوز عليها تزويج الأب والجد (٦).

وإذا كانت ولاية الجد أقوى لم يؤثر فيها موت الأضعف.

إحتج الحسن برواية ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تزوج ذات الآباء من الأبكار إلا بإذن أبيها (٧).

(١) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٦ قال بعد نقل ولاية الجد مالفظة (هذا إذا كانت البكر أبوها الأدنى حياً، فإن لم يكن أبوها حياً لم يحز للجد أن يعقد عليها إلا 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: وإذا كانت بكر أو كان لها أب وجد، فالجد ألحق بتزويجها من الأب مادام الأب حياً، فإذا مات الأب فلا ولاية للجد عليها، لأن الجد إنما يملك أمرها في حياة ابنه.

(٤) المذهب: ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٥ س ٩ قال: وإذا كان الجد الذي هو أبو أبيها حياً، وكان أبوها ميتاً، لم يحز له العقد عليها إلا بإذنها لأنه مع فقد أبيه يجري مجرى غيره.

(٥) الكافي: الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٢ س ٤ قال: والولاية مختصة بأب المعقود عليها وجدّها له في حياته.

(٦) الكافي: ج ٥، باب الرجل يريد أن يزوج ابنته ويريد أبوه أن يزوجه رجلاً آخر ص ٣٩٥ الحديث ١.

(٧) الكافي: ج ٥، باب استثمار البكر ومن يجب عليه استثمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٣

الحديث ١.

وفي رواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام يستأمرها كلُّ أحد ماعدا الأب (١).

احتج الشيخ بما رواه الفضل بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال: إنَّ الجدة إذا زوّج ابنته إسنه وكان أبوها حيّاً، وكان الجدة مرضيّةً جاز، قلنا: فإن هوى أبوالجارية هوى، وهوى الجدة هوى، وهما سواء في العدل والرضا؟ قال: أحب إليّ 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 يزيد أن يزوّج ابنته ويريد أبوه أن يزوّجها رجلاً آخر ص ٣٩٦ الحديث ٥.

(٣) قوله (وكان أبوها حيّاً) استدلال به على اشتراط وجود الأب في ولاية الجد، وقال بعض أفاضل المتأخرين؛ يمكن أن يقال: أن حجبة المفهوم إنما يثبت إذا لم يظهر للتقييد وجه سوى نفى الحكم عن المسكوت عنه، وربما كان الوجه في هذا التقييد على الفرد الأخفى، وهو جواز عقد الجدة مع وجود الأب، مع أن الرواية ضعيفة، لا شتمالها على جماعة من الواقفية انتهى.

قوله عليه السلام (وكان الجدة مرضيّةً) قال الوالد العلامة رحمه الله: المراد بكون الجدة مرضيّةً، إما كونه مرضيّةً من حيث المذهب، إذ (لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا) أو لا يكون فاسقاً، سبياً شارب الخمر، ولا يكون سفهاً، ولا يكون مغبطاً كما هو الشائع في المشايخ، وكان بحيث يعرف الكفو (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ١٣٣).

(٤) هذه الرواية دلّت على أمور ثلاثة

١ - أن ولاية الجد مشروط ببقاء الأب.

٢ - اشتراط العدالة في ولاية الأب والجدة.

٣ - عدم انفردهما بالولاية من دون إذن من عليها الولاية.

والى الشرط الأول ذهب الشيخ، وأما 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

ولا خيار للصبيّة مع البلوغ، وفي الصبيّ قولان: أظهرهما انه كذلك ولو زوّجها فالعقد للسابق، فإن إقترنا ثبت عقد الجدة، ويثبت ولايتها على البالغ مع فساد عقله ذكراً كان أو أنثى، ولا خيار له لو أفاق والثيب تزوج نفسها ولا ولاية عليها لأب ولا لغيره، ولو زوّجها من غير اذنها وقف على إجازتها.

واجيب بالمنع من سلامة السند، ثم من دلالة على المطلوب، لضعف دلالة المفهوم.

قال طاب ثراه: ولا خيار للصبيّة بعد البلوغ، وفي الصبيّ قولان: أظهرهما أنه كذلك.

أقول: المشهور أن العقد الصادر من الوليّ الاختياري (الاجباري خ ل) يستمر حكمه على المولى عليه بعد زوال الولاية عنه، لانه صدر بولاية شرعية، ووقع صحيحاً، فيكون الأصل فيه الاستمرار، لقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) وقول النبي صلى الله عليه وآله: المؤمنون عند شروطهم (٢) إلّا ما أخرجه النص وهو عتق الجارية. والحق ابن حمزة ثبوت الخيار للصبي دون الصبيّة (٣) والشيخ في النهاية اثبت الخيار للصبيّ بعد بلوغه ولم يذكر الصبيّة (٤) ولعل وجهه تطرق الضرر اليه

الاستحباب والفضيلة، واما الشرط الثالث فهو موافق للأصل مع بلوغ المرأة، اذ مع عدم بلوغها لا اعتبار برضاها وعدمه، لكن سند الرواية اصله ضعيف (نقلا عن هامش عوالى اللثالى، ج ٣ ص ٣١٧).

(١) المائدة: ١.

(٢) عوالى اللثالى: ج ١ ص ٢٣٥ الحديث ٨٤ وص ٢٩٣ الحديث ١٧٣ وج ٢ ص ٢٧٥ الحديث ٧ وج ٣ ص ٢١٧ الحديث ٧٧ ولاحظ ماعلق عليه.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان من اليه العقد من النساء ص ٣٠٠ س ١٦ قال: كان عقد الصبي موقوفاً على إجازته.

(٤) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٧ س ١٣ قال: ومتى عقد الرجل لابنه على

دونها، فانه أثبت في ذمته مهرأ ونفقة ولا ضرورة له الى ذلك حالة الصبي، بخلاف الصبيّة فلا يثبت لها ذلك، وتبعه النقاضي (١) وابن حمزة (٢) وابن ادريس (٣)، فالمصنف هنا اورد المسألة على هذا التقدير، وجزم بلزوم النكاح في الصبيّة (٤)، وقال في الشرائع: ولا خيار لها بعد بلوغها على أشهر الروايتين وكذا لو زوج الأب أو الجدد للولد الصغير لزمه العقد، ولا خيار له مع بلوغه ورشده على الأشهر (٥).

أما فتوى النهاية فالتعويل فيها على رواية الكناسي عن الباقر عليه السلام: إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان له الخيار إذا أدرك أو بلغ خمسة عشر سنة (٦). وأما ما اشار إليه في الشرائع فصحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألت عن الصبي يتزوج الصبيّة قال: إن كان أبواهما اللذان زوجاهما، فنعم جائز، لكن لهما الخيار إذا أدركا، فان رضيا بعد ذلك فإن المهر على الأب (٧) (٨).

جارية وهو غير بالغ كان له الخيار اذا بلغ.

(١) المهذب: ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح، ص ١٩٧ س ١٧ قال: كان الخيار للابن اذا بلغ. (٢) تقدم آنفاً.

(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 للأصل، من حيث ان العقد الصادر عن الولي الاجباري مقتضاه استقرار حكمه، فلا يكون متزلزلاً قابلاً للفسخ، لانه صدر بولاية شرعية، فيقع صحيح (صححاه) في أصله، فلا يقبل الزوال، فيحمل الرواية على حل الخيار في المهر، فانه اذا زوج الصبيّة بدون مهر المثل، أو زوج الصبي بازيد من مهر المثل كان الاعتراض في المهر دون اصل العقد، لأن ذلك من الحقوق المالية يجب أن تصادف المصلحة، فع فقدتها لا ينعقد فكان لها الخيار فيه (من هامش عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٣١٨).

أما البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها ولو كان أبوها حياً قيل: لها الانفراد بالعقد دائماً كان أو منقطعاً، وقيل: العقد مشترك بينها وبين الأب فلا ينفرد أحدهما به، وقيل: أمرها إلى الأب وليس لها معه أمر، ومن الأصحاب من أذن لها في المتعة دون الدائم، ومنهم من عكس، والأول أولى، ولو عضلها الولي سقط اعتبار رضاه إجماعاً، ولو زوج الصغيرة غير الأب والجد، وقف على رضاها عند البلوغ، وكذا الصغير، وللمولى أن يزوج المملوكة صغيرة وكبيرة، بكرًا وثيبًا، 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) لا ولاية على البكر البالغ الرشيدة في الدائم ولا المنقطع، بل أمرها بيدها وهو مذهب المفيد في أحكام النساء (١) وتلميذه (٢) والسيد (٣) وأبو علي (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦).

(١) المقنعة: باب عقد المرأة على نفسها النكاح ص ٧٨ س ٢١ قال: والمرأة البالغة تعقد على نفسها النكاح الخ.

(٢) المراسم: ذكر شرائط الانكحة، ص ١٤٨ س ٦ قال: فن ذلك أن تعقد المرأة على نفسها إذا كانت بالغة ثيبًا.

(٣) الانتصار: كتاب النكاح ص ١٢٢ قال: ومما ظن قبل الاختيار أن الإمامية تنفرد به القول: بانه ليس للأب أن يزوج بنته الباكرة البالغة إلا بإذن الخ.

(٤) و (٦) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٦ في الأولياء س ٣٣ قال بعد نقل قول المفيد: وبه قال ابن الجنيد، ثم بعد نقل آراء المخالفين قال: والمعتمد الأول.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(ب) ثبوت الولاية عليها للأب، إختاره الشيخ في كتابه (١) وبه قال الصدوق (٢) والحسن (٣) والقاضي (٤).

(ج) الولاية مشتركة بينها وبين الأب والجد، فليس لأحدهم الانفرد به، وهو قول التقي (٥).

(د) الولاية مشتركة بينها وبين الأب والجد، ولأحدهما الإنفراد، وهو أحد قولي المفيد.

(هـ) أنّ لها أن ينكح متعة بدون إذن الأب، لكن لا يوطأها في الفرج إختاره ابن حمزة (٦) وذكره الشيخ في النهاية رواية (٧) وأشار المصنف في كتابه الى قول آخر، وهو الإذن 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 تعتقد على نفسها الدوام إلا باذن أبيها، الخ.

(٢) الهداية: ١١٨ باب النكاح ص ٦٨ س ٩ قال: ولا ولاية لأحد على البنت إلا لأبيها مادامت بكراً 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 الباكرة) ص ١٩٦ س ١ قال: فإن كان أبوها حياً، كان الأفضل لها أن لا تعدل عن رأيه ولا تعتقد على نفسها إلا باذنه.

(٥) الكافي: النكاح، المضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٢ س ٩ قال: وإن كانت بالغاً، لم يجوز لها العقد عليها إلا باذنها الخ.

(٦) الوصيلة: فصل في بيان من إليه العقد ص ٣٠٠ س ٧ قال: ويجوز للبكر عقد نكاح المتعة بغير إذن الولي الخ.

(٧) النهاية: باب من يتولى العقد ص ٤٦٥ س ٨ قال: وقد روي أنه يجوز للبكر أن تعتقد على نفسها نكاح المتعة من غير إذن أبيها غير أن الذي يعقد عليها لا يوطأها في الفرج.

(٨) الشرائع: (في أولياء العقد) قال: ومن الاصحاب من اذن لها في الدائم دون المنقطع ومنهم من عكس الخ.

الخلاف، قال صاحب كشف الرموز: واستعلمنا المصنف فيه فما كان ذا كراً (١) (٢).

إحتج الأولون بعموم قوله تعالى «فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا» (٣) وبقوله تعالى «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا أَنْ يَتَرَاجَعَا» (٤) نسب الرجوع إلى رضاها، ومن الجائز طلاق البكر مرة والمرة قبل الدخول بها، وقوله تعالى «حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ» (٥) وهو عام في المدخول بها وغيرها.

وصحيحة منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال: تستأمر البكر وغيرها، ولا تنكح إلا بأمرها (٦).

ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام: إن المرأة إذا كانت مالكة أمرها، تبيع وتشتري، وتعتق، وتشهد، وتعطي من مالها ما شاءت، فإن أمرها بيدها جائز، تنزوج إن شاءت بغير إذن وليها، فإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها (٧).

جعل ولاية المال مدار الولاية النكاح وجوداً وعدماً.

إحتج المانعون بصحيحة ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام قال: لا تزوج ذوات الآباء من الأبكار 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 استثمار البكر ومن يجب عليه استثمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٣.

ويلحق بهذه الباب مسائل:

الأولى: الوكيل في النكاح لا يزوجه من نفسه، ولو أذنت في ذلك فالأشبه الجواز، وقيل: لا، وهي رواية عمّار.

واحتج الباقر بالجمع.

ومارواه سعيد القماط قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام جارية بكرين أبوها تدعوني الى نفسها سرّاً من أبوها، أفأفعل ذلك؟ قال: نعم. وأتق موضع الفرج، قال: قلت: فإن رضيت بذلك؟ قال: وإن رضيت بذلك، فإنه عار على الأبكار (١).

واحتج التقي بموثقة صفوان قال: استشار عبدالرحمان موسى بن جعفر عليهما السلام في تزويج ابنته لابن أخيه؟ فقال: إفعل، ويكون ذلك برضاها، فإن لها في نفسها نصيباً.

قال: فاستشار خالد بن داود موسى بن جعفر في تزويج ابنته علي بن جعفر؟ قال: إفعل ويكون ذلك برضاها، فإن لها في نفسها حظاً (٢). وليس صريحة في مطلوبه.

قال طاب ثراه: الوكيل في النكاح لا يزوجه من نفسه، ولو أذنت في ذلك فالأشبه الجواز، وقيل: لا، وهي رواية عمّار.

أقول: روى مصدق بن صدقة عن عمار الساباطي قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت، فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، يحلّ لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها، تقول له: قد وكلتك فاشهد شهوداً على تزويجي؟

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٤) باب تفصيل أحكام النكاح ص ٢٥٤ الحديث ٢١.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح وأولياء الصبية... ص ٣٧٩

الحديث ١٠.

الثانية: النكاح يقف على الإجازة في الحر والعبد. ويكفي في الإجازة سكوت البكر ويعتبر في الثيب النطق.

قال: لا، قلت له: جعلت فداك وإن كانت أيماً؟ قال: وإن كانت أيماً، قلت: فإن وكلت غيره بتزويجها أيزوجها منه؟ قال: نعم (١).

ويؤيدها كون الواحد موجباً قابلاً، وقد تقدم منعه، وبمضمونها أفتى بعض الأصحاب، وقال ابن الجنيد: بالجواز للأصل (٢) وهو اختيار الأكثر، وبه قال المصنف (٣) والعلامة (٤) والرواية ضعيفة السند.

قال طاب ثراه: ويكفي في الإجازة سكوت البكر.

أقول: الأصل في هذا قول النبي صلى الله عليه وآله: البكر تستأذن وإذنها صماتها، والثيب يعرب عنها لسانها (٥).

فاذا سكوت عند عرضه عليها كان ذلك إذناً، إن كان العرض سابقاً على العقد، وإجازة إن كان متأخراً عنه.

ويقرب أن يكون إجماعاً إلا ما ندر كعبارة الشيخ في المبسوط: وأما البكر فإن كان لها ولي الإجماع مثل الأب والجد، فلا يفتقر نكاحها إلى إذنها، ولا إلى نطفها، وإن لم يكن لها ولي الإجماع كالأخ وابن الأخ والعم فلا بد من إذنها، والأحوط أن يراعى نطقها، وهو الأقوى عند الجميع، وقال قوم: يكفي سكوتها،

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٤٣) باب إن الثيب ولي نفسها ص ٢٣٣ الحديث ٥.

(٢) المختلف: كتاب النكاح ص ٩٣ قال: مسألة لو وكلت المرأة رجلاً في تزويجها من نفسه، فالوجه الجواز وبه قال ابن الجنيد الخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) تقدم عن المختلف أنفاً 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 صماتها).

لعموم الخبر، 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 الأصحاب باستثانها والاكتفاء بسكوتها على تقدير تقدم توكيلها، فلا يوقع العقد عليها إلا عند استثمارها ثانياً، قال: فان قيل: اذا وكلته في العقد فلا حاجة إلى استثمارها؟

قلنا: بل يستحب أن يستأمرها عند العقد بعد ذلك (٢).

وليس بشيء، أما أولاً فلأنه عدول عن الظاهر، وخلاف لما اشتهر بين الأصحاب، وإجتهاد في مقابلة النص

روى داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام في رجل يريد أن يزوجه اخته قال: يؤامرها، فان سككت فهو إقرارها (٣).

وأما ثانياً: فلأن الاستيجاب بعد تقديم التوكيل، حكم شرعي يفتقر في إثباته إلى دلالة شرعية.

قال ابن عقيل قدس الله روحه: ولو أن رجلاً أمر أختاً له بكرة في تزويجها برجل سماه لها، فسكتت كان ذلك إذناً له في التزويج وإقراراً منها، فإن زوجها الأخ 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: وإذا أراد الأخ 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 أن رجلاً الخ.

(٥) الوسيلة: فصل في بيان من إليه العقد على النساء، ص ٣٠٠ س ١٤ قال: وإذا استأمر الأخ اخته

الثالثة: لا ينكح الأمة إلا بإذن المولى، رجلاً كان المولى أو امرأة وفي رواية سيف: يجوز نكاح أمة المرأة من غير إذنها متعة، وهي منافية للأصل.

الرابعة: إذا زوج الأبوان الصغيرين صبح، وتوارثا، ولا خيار لأحدهما عند البلوغ، ولو زوجهما غير الأبوين وقف على إجازتهما، فلو ماتا، أو مات أحدهما بطل العقد. ولو بلغ أحدهما فأجاز، ثم مات عزل من تركته نصيب الباقي، فإذا بلغ وأجاز، أحلف أنه لم يجز للرجبة، وأعطى نصيبه.

وقال ابن الجنيّد: روى أبوهريرة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: لا ينكح الأيم حتى يستأمر، ولا ينكح البكر حتى يستأذن، فإن سكوتها إذنها، قال: ويجعل أيضاً لكرهاتها علامة من قيام ونحوه ينبئ عن مرادها بالفعل منها (١). وقال القاضي في كتابه: إذا أراد أبوها العقد عليها، يستحب له أن لا يعقد عليها حتى يستأذنها، فإن سكنت أو ضحككت أو بككت كان ذلك رضى منها بالتزويج (٢).

واستشكل العلامة البكاء (٣).

قال طاب ثراه: وفي رواية سيف: يجوز نكاح أمة المرأة من غير إذنها متعة، وهي منافية للأصل.

البكر الرشيدة الخ.

(١) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٩ س ٣٣ قال: قال ابن الجنيّد روى أبوهريرة إلى قوله: ليتبين مرادها بالفعل منها.

(٢) المهذب: ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٤ س ٢٩ قال: وإن كان لها ذلك يستحب له إلى قوله «أو بككت 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).

و (سيف) مضطرب في الواسطة وعدمها، وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية (٤) ومنع في المسائل الحاشرية (٥) وبه قال المفيد (٦) وابن ادریس (٧) والمصنف (٨) والعلامة (٩) لقوله تعالى «فَانكِحُوهُنَّ بِأُذُنِ أَهْلِهِنَّ» (١٠) ولأنه تصرف في مال الغير

(١) يدل على جواز التمتع بأمة المرأة من غير اذنها، والمشهور عدم الجواز، لمخالفته لظاهر الآية حيث قال تعالى «فَانكِحُوهُنَّ بِأُذُنِ أَهْلِهِنَّ» والأخبار الكثيرة، مع أن الأصل في الاخبار الواردة بذلك واحد، وهو سيف بن عميرة، ويمكن حمله على التمتع اللغو، ويكون المراد عدم الاستبراء (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٢٥٢).

(٢) قال في الوافي: (كتاب النكاح ص ٥٨) بعد نقل الاخبار الواردة في ذلك ما لفظه (هذه الاخبار الثلاثة مخالفة للقرآن فيشكل العمل بها).

(٣) الكافي: ج ٥، باب تزويج الإماء ص ٤٦٤ الحديث ٤.

(٤) النهاية: باب المتعة وأحكامها ص ٤٩٠ س ١٧ قال: فإن كانت الأمة لإمرأة جاز له التمتع بها من غير اذنها.

(٥) و (٦) و (٧) السرائر: باب النكاح الموجل ص ٣١١ س ٢٣ قال: ولا يجوز نكاحها ولا العقد عليها إلا بإذن مولاتها بغير خلاف الآ رواية شاذة رواها سيف بن عميرة أوردها شيخنا في نهايته ورجع عنها في جواب المسائل الحاشريات على ما قدمناه (أي في باب العقد على الإماء والعبيد ص ٣٠٤ س ٣٥ وقد مثل الشيخ المفيد محمد بن محمد بن النعمان رحمه الله في جملة المسائل التي سأله عنها محمد بن محمد الرملي الحاشري، 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، وإن 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 رحمه الله.

(١٠) النساء: ٢٥.

الخامسة: إذا زوّجها الأخوان برجلين، فإن تبرّعا إختارت أيهما شاءت، وإن كانا وكيلين وسبق أحدهما فالعقد له، ولو دخلت بالآخر لحق به الولد واعدت إلى الأول بعد قضاء العدة، ولها المهر للشبهة، وإن اتفقا بطلا، وقيل: يصح عقد الأكبر.

بغير اذنه.

قال طاب ثراه: وإن اتفقا بطلا، وقيل: يصح (العقد ل) عقد الاكبر. أقول: إذا زوّجها الأخوان، فلا يخلو إما أن يكونا فضولين أو وكيلين، فإن كانا فضولين أجازت عقد أيهما شاءت، تقدّم أو تأخر، وإن كانا وكيلين فإن تقدّم عقد أحدهما كان العقد له وبطل المتأخر، لمصادقته محلاً مشغولاً، وتعاد إلى الأول لو دخلت بالآخر، وإن اتفقا في حالة واحدة، بطلا، لتدافعهما، لأنّه 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: تقدّم عقد الأكبر، ولو دخل بها الأصغر كان العقد له (٦) وتبعه

(١) و (٢) التهذيب: (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها وأولياء الصبيّة ص ٣٨٧ قال: بعد نقل الحديث: فالوجه في هذا الخبر أنه إذا جعلت الجارية أمرها إلى أخيها معاً، فيكون الأكبر حينئذٍ أولى الخ وفي الاستبصار: ج ٣ (١٤٦) باب من يعقد على المرأة سوى أيها ص ٢٤٠ قال بعد نقل الحديث: فالوجه في هذا الخبر الخ.

(٣) السرائر: باب من يتولّى العقد على النساء ص ٢١ قال: فالعقدان باطلان.

(٤) لاحظ ما أورده في النافع.

(٥) المختلف: في العقد وأولياءه ص ٨٩ س ١٣ قال: والتحقيق أن يقول: إن علم وقوع النكاحين

دفعاً واحدة بطلا معاً الخ.

(٦) النهاية: باب من يتولّى العقد على النساء ص ٤٦٦ س ٦ قال: وإن كان لها أخوان إلى قوله: كان

الذي عقد عليها أخوها الأكبر أولى بها من الآخر، فإن دخل بها الذي عقد عليها أخوها الصغير الخ.

القاضي (١) وابن حمزة (٢).

وهو تعويل على رواية وليد بياع الأسقاط (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 الأخبار بأن الجارية إذا جعلت أمرها إلى أخوها معاً كان الأكبر أولى بالعقد فإن اتفق العقدان في حالة واحدة كان العقد الذي عقد عليه الأخ الأكبر مالم يدخل الذي عقد عليه الأخ الأصغر، فإن دخل بها مضى العقد ولم يكن للأخ الأكبر فسخه (٥) (٦).

قال العلامة في المختلف: وهذا الوجه من التاويل حسن، ولا إستبعاد في أولوية الأكبر، لاختصاصه بمزيد الفضيلة وقوة النظر والاجتهاد في الأصلح، قال: وليس ببعيد عندي من الصواب أن يجعل لها الخيار في إمضاء عقد أيها كان، إذ عقد كل واحد منها قد قارن زوال ولايته، لأنها حالة عقد الآخر، فيبطل هيئة عقد كل منهما، وهي اللزوم، ويبقى كل منها كانه فضولى في العقد (٧).

ونسب المصنف هذا القول، أى القول بتقديم عقد الأكبر، إلى التحكم، أى

(١) المهذب: ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٥ س ١٥ قال: وإذا كان لها 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 الأب 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 للأُم، فلو تزوجت الولد فأجاز صحّ، ولو أنكّر بطل، وقيل: يلزمها المهر، ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه ويستحب للمرأة أن تستأذن أباهَا بكرةً 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 الإستدلال بهذه الرواية ضعيف، لقصورها عن إفادة المطلوب، لأنّ قوله «الأول أحقّ بها» جاز أن يريد به صاحب العقد الأول أحقّ بها، لا الأول في الذكر والسؤال، وجاز أن يكون عليه السلام علم الأول بالعقد، وحمل قوله «أحقّ بها» على سبيل الندب، وحملها على كونها فضولين أوضح في الحكم، لأنه لم يتقدّم في الخبر ذكر الولاية، ولا لها ولاية بالأصل، ولهذا قال: «إلا أن يكون قد دخل بها فهي امرأته» لأنّ الدخول حينئذٍ إجازة، وأيضاً فإنه يبقى هذا الحكم ثابتاً على عمومته، أي سواء حصل تعاقد أو اقتران، والخبر قابل لها، لأنّ قوله «زوجهَا الأكبر بالكوفة وزوجهَا الأصغر بأرض أخرى» (الواو) قد تدلّ على الترتيب عند بعض، وعلى الجمع المطلوب عند الآخرين، فإذا حملت على كونها فضولين عمل بمقتضاها على كل من القولين، وقوله على تقدير عدم الدخول «الأول أحقّ بها» أي أولى، وهو على سبيل الأولوية يدلّ على الندبية والأفضلية، 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 للأُم، فلو تزوجت الولد فأجاز صحّ، ولو أنكّر بطل، وقيل: يلزمه المهر، ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه.

(١) الشرائع: في أولياء العقد، مسائل ثلاث الأولى، إذا زوجها الأخوان إلى قوله: قيل يقدم الأكبر وهو تحكّم.

أقول: أبحث هنا يقع في مقامين:

(الأول) لا ولاية للأم على الطفل في التصرفات المالية اجماعاً كالبيع، ولا السلطانية كالإيصاء بالنظر في ماله، والحجر على حقوقه، والمطالبة بها إجماعاً. وما عدا ذلك قسمان:

(أ) ولاية الإحرام بالطفل، هل لها ذلك؟ قال المصنف: لا، لعموم رفع ولاية الأم (١) وقال الشيخ: نعم لأن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وآله ومعها طفل، فقالت: أيجب بهذا يا رسول الله؟ صلى الله عليه وآله، قال: نعم، ولن يجز به أجره (٢) (٣) وهو حسن.

(ب) ولاية النكاح، ولا شك في عدمها مع وجود الأب والجد له، وأما مع عدمها فاثبتها أبو علي للأم وأبيها (٤) ونفاها الباقر.

(الثاني) لو تزوجت الأم 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)، ولأصالة براءة

- (١) لاحظ عبارة النافع، وفي الشرائع في شرائط وجوب الحج قال: وقيل: للأم ولاية الإحرام بالطفل.
- (٢) المبسوط: ج ١ كتاب الحج، في ذكر حكم الصبيان في الحج ص ٣٢٩ س ٢ قال: والأم لها ولاية عليه بغير تولية ويصح إحرامها عنه لحديث المرأة التي سألت النبي صلى الله عليه وآله عن ذلك.
- (٣) التهذيب: ج ٥ (١) باب وجوب الحج ص ٦ الحديث ١٦ وفيه (قال: نعم ولك أجره).
- (٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٨ س ٣٦ قال: وقال ابن الجنيد: ألى أن قال: والأم وأبوها يقومون بمقام الأب وآبائه الخ.
- (٥) السرائر: باب من يتولى العقد على النساء ص ٢٩٨ س ٦ قال ومتى عقدت الأم لابن لها إلى قوله هذا النكاح موقوف على الإجازة والفسخ الخ.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٩٠ قال: مسألة قال الشيخ إذا عقدت الأم لابن ثم نقل ما ذكره

الفصل الثالث في أسباب التحريم، وهي ستة

الأول، النسب: ويحرم به سبع، الأم وإن علت، والبنت وإن سفلت، والأخت وبناتها وإن سفلن، والعمة وإن ارتفعت، وكذا الحالة، وبنات الأخ وإن هبطن.

الثاني، الرضاع: ويحرم منه من النسب، وشروطه أربعة:

الذمة، وقال الشيخ: يلزم الأم المهر (١) وتبعه القاضي (٢).
احتج الشيخ برواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: أنه سأل رجل زوجته أمه 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 وهو نوعان:
أحدها بالنسبة إلى عدد الزوجات، فكمال الأربع مثلاً سبب لتحريم الزائد.
والآخر بالنسبة إلى عدد الطلقات، فإستكمال الثلاث سبب لتحريم الزوجة حتى المحلل، والتسع للعدة سبب لتحريمها أبداً.

ابن ادریس وارتضاه.

(١) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٨ س ٣ قال: ومتى عقدت الأم لابن لها على امرأة الى قوله: وان أبي لزمها هي المهر.

(٢) المهذب: ج ٢، في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٦ س ١٦ قال: وإذا عقدت الأم لابنها على امرأة كان محترماً الخ.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ص ٣٧٦ الحديث ٨٦.

واللّعان والكفر.

ووجه الحصر أن نقول: السبب إما أن يكون ثابتاً بأصل الشرع من غير تسبيب للمكلف فيه، أولاً، والأول النسب، والثاني لا يخلو إما أن يكون له رشفة النسب ومشابهة في كثير من أحكامه سوى التحريم، أولاً، والأول الرضاع، والثاني لا يخلو إما أن يكون مستنداً إلى عقد أولاً، والمستند إلى العقد لا يخلو إما أن لا يعتبر فيه التعدد أولاً، والأول المصاهرة، والثاني إستيفاء العدد، والثاني أعني ما لا يكون مستنداً إلى عقد، لا يخلو إما أن يكون متوقفاً على حكم الحاكم أولاً، والأول اللّعان والثاني الكفر وإن شئت قلت: إما أن لا يمكن زواله أولاً، والأول اللّعان، والثاني الكفر لزوال التحريم بالإسلام، وإنما قلنا: يمكن؟ لأنه قد لا يمكن تصور الحلّ معه البتّة، كالارتداد الفطري.

أما النسب: فهو اتصال شخص بغيره لإنهاء أحدهما في الولادة إلى الآخر، أو لإنهاء إلى ثالث، ولم (يحتج هنا إلى ضم قيد الوجه الشرعي، ويحتاج إليه في الميراث، لأنّ التحريم هنا يتبع اللغة، وهو ثابت في الإنساب مطلقاً، فالبنات المخلوقة من ماء الزنا تحرم على الزاني عندنا، وكذا الأخت والأم.

والأصل في التحريم قوله تعالى: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرِبَائِيكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ» (١).

فقد دلّت هذه الآية والتي قبلها على ثلاث عشرة محرمة، سبع من النسب،

وإثنين من الرضاع، وأربع من المصاهرة، وواحدة في الآية التي قبلها وهي منكوحة الأب.

وإنما ابتدأ بها؟ لأعظمية حرمة الأب عند الله تعالى، لأنه السبب الأتم في وجود الولد فترتبته مرتبة التعظيم والتوقير، فالتهجم على من كانت فراسته كبير عند الله سبحانه وتعالى، وجرأة عظيمة يسخطها الله جلّ جلاله.

واثنا عشرة في هذه الآية، فسبع منها في النسب:

(أ) أَلُمّهات وإن علون.

(ب) أَلبنات وإن سفلن.

(ج) الأَخوات.

(د) أَلعمّات وإن ارتفعن كعمّة الأب وعمّة الجد.

(هـ) الخالات كذلك.

(و) بنات الأخ وإن نزلن مِمَّنْ تَحْتَهُنَّ كَأُمِّهِنَّ وَبَنَاتُهُنَّ وَنِسَاءَهُنَّ وَنَسَائِكُمْ.

(ز) بنات الأُخت كذلك.

وأما الرضاع فاثنتان:

(أ) أَلأم من الرضاع وإن علت.

(ب) الأُخت وإن نزلت.

وأما أربع المصاهرة:

(أ) أُم الزوجة وإن علت سواء دخل بالبنات أولاً، لعموم قوله تعالى «وَأُمّهات

نِسَائِكُمْ».

(ب) أَلرَّيبية، وهي بنت الزوجة وإن نزلت، وكذا بنت إبنها، فهذه تحرم تحريم

جمع فإن دخل بها حرم من تحريم عين، لقوله تعالى «وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ» والمراد

بالحجور من كانت في حجره، أي ولدتها بعد تزويج الأب بها، ولا يشترط كون الربيبة في الحجر في نشر الحرمة إليها، وخرج التقييد بها مخرج الأغلبية، كتقييد التيمم، والرهن، وشهادة الذمي، في الوصية، بالسفر، لأغلبية الضرورة فيه.

(ج) حلائل الأبناء، فتحرم زوجة الإبن دخل بها أو لم يدخل، على الأب وإن علا، ولا تحرم أمهاتها وإن علون ولا بناتها وإن نزلن، لأنهن ليسوا من حلائل الإبن.

(د) زوجة الأب وإن ارتفع دون أمهاتها وبناتها، فله أن ينكح حماة أبيه وربيبته، لقوله تعالى «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» (١) وَلَسَنَ مِنْ مَنْكُوحَاتِهِ وَقَوْلُهُ تَعَالَى «حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ» (٢) ليخرج زوجة الإبن الربيبة فإنها لا تحرم، لأن النبي صلى الله عليه وآله 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 درلبها عن نكاح صحيح، أو شبهة، حاملاً أو مرضعاً، المقدر الشرعي، بإصابة من ثديها، باقياً 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 الأدمية البن البهيمية، فلوترتبى طفلان على لبن شاة لم يحرم أحدهما على الآخر.

(ج) أن تكون حية، فتخرج الأدمية بالموت عن إلحاق الأحكام، فيكون في معنى البهيمية.

(د) ذرور اللبن عن نكاح، فلو كانت خالية عن بعل ودرّ لبنها حتى نشأ عليه، حلّ له العقد عليها.

(هـ) أن يكون النكاح صحيحاً، فلو كان عن زنا لم ينشر.

(و) أن يكون ذات البعل حاملاً، أو مرضعاً، فلو خلعت عنها لم ينشر على ما قاله العلامة في القواعد (١).

(ز) ارتضاع المقدّر الشرعي، وهو ثلاثة:

إمّا ما أنبت اللحم وشدّ العظم، أو إرضاع يوم وليلة، أو خمس عشرة رضعة.

أما الأول فالمرجع فيه إلى أهل الخبرة.

وأما الثاني فيشترط فيه شرطان:

(أ) حصول مسقّى الإرتضاع، فلو حضنته اليوم أو الليلة من غير رضاع لم يتعلق به حكمه.

(ب) أن لا يمنع عن الرضاع مانع، كما لو حبل بينه وبين الثدي في اوقات إرادته، أو كان المانع له مرضاً يمنعه عن الإغتذاء.

ومع حصول الشرطين لا يعتبر العدد، ولا إشتداد اللحم، لأنه مقدّر برأسه، أما لو اختل أحد الشرطين، فإن حصل منه أحد المقدّرين أعني الإشتداد، أو العدد المعتبر نشر، وإلا فلا.

وأما الثالث فيذكر شرائطه في المتن.

(ج) الإمتصاص من الثدي، فلو حلب من الثدي ووجر في حلقه، أو سعط به لم ينشر.

(١) القواعد: كتاب النكاح الاول من اركان الرضاع، الرضعة، ص ٩ س ٢٤ قال: ولودرّ لبن امرأة عن غير نكاح لم ينشر حرمة، سواء كانت بكراً أو ذات بعل صغيرة كانت أو كبيرة الخ.

(د) كون اللبن باقياً على صرافته، فلو طرح في فم الصبي مانع يمتزج باللبن حال إرتضاعه حتى يخرج عن مسمى اللبن، لم ينشر الحرمة. إذا تقرّر هذا فاعلم أنّ نشر الحرمة بالرضاع مستفاد من الكتاب والسنة والاجماع أمّا الكتاب فقد مرّ.

وأما السنة فتواتر. روى سعد بن المسيب عن علي بن أبي طالب عليه السلام قال: قلت: يا رسول الله صلّى الله عليه وآله هل لك في بنت عمك، بنت حمزة، فإنها أجهل فتاة في قريش؟ فقال: أما علمت أنّ حمزة أخى من الرضاعة، وأنّ الله تعالى حرّم من الرضاعة ما حرّم من النسب (١). وفي صحيحة أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام قال: لا تنكح المرأة على عمّتها ولا على خالتها ولا على أختها من الرضاعة (٢). وأما الاجماع فمن سائر المسلمين، وإن اختلفوا في شرائطه.

تذنيب

حرّم صلى الله عليه وآله من الرضاع ما حرّم من النسب، وشابه بينها فقال: الرضاع لحمه كلحمه النسب (٣) ولا يجب أن يكون المشابهة من كل وجه ثابتة في كلّ حكم حكم، لصدقها على البعض، فإن المشابهة تصدق بأدنى ملابسة، ويعرف

(١) عوالى اللئالى: ج ٣ ص ٣٢٣ الحديث ١٨٥ وفي المستدرك باب ١ من ابواب ما يحرم من الرضاع، الحديث ٤ نقلاً عن عوالى اللئالى، وفي الكافي: ج ٥ باب نوادر في الرضاع ص ٤٤٥ ما يقرب منه، وفي باب الرضاع منه ص ٤٣٧ الحديث ٤ وه مثله.

(٢) الكافي: ج ٥ باب نوادر في الرضاع ص ٤٤٥ قطعة من حديث ١١.

(٣) استدلل بهذه الرواية في الجواهر (ج: ٢٩ ص ٣١٠) من كتاب النكاح ولم اعثر عليه في كتب الحديث والاستدلال من العامة والخاصة.

ذلك من لغة العرب واستعمالها.

والتحقيق أن نقول:

ينقسم أحكام الرضاع بالنسبة الى ما يشارك النسب ويباينه الى ثلاثة أقسام:

(الأول) ما تساوي النسب فيه بالإجماع، وهو ثلاثة:

(أ) التحريم وهو صريح في الآية والخبر، فكان إجماعاً.

(ب) المحرمية، فله أن يخلو بأتمه واخته وبنته من الرضاع، وأن ينظر منهن الى

ما ينظر منه من محارمه من النسب.

(ج) المصاهرة، فيحرم منكوحة الأب على الإبن من النسب ومن الرضاع

كذلك، ويحرم أم الزوجة نسباً وكذا رضاعاً.

(الثاني) ما يباين فيه النسب بالإجماع، وهو عشرة:

(أ) لا يثبت فيه التوارث.

(ب) لا يثبت به وجوب الإنفاق.

(ج) يقبل شهادة الإبن على الأب منه.

(د) يقتل الأب بالإبن لو قتله.

(هـ) يستوفى الإبن منه حدّ القذف لو قذفه، وكذا يقطع بسرقة ماله.

(و) لا يثبت به الولاية.

(ز) لا يدخل في إطلاق لفظ الولد والوالد لو حلف ليعطين بإبنه شيئاً، أو حلف

غيره ليتصدقن على رجل وإبنه.

(ح) لا يثبت به الحضانة.

(ط) لا يعقل عنه في جنابة الخطأ.

(ي) ينفذ قضاء الإبن 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 قوياً عدم التحريم بالمصاهرة، فيجوز أن يتزوج باخت زوجته (١) والمشهور خلافه.

والتحقيق: أن الذي يدور عليه عقد النكاح أن امرأة الرجل إذا كان لها منه لبن وأرضعت مولوداً القدر المحرم، يصير هذا المولود كابنها من النسب، فكلاً يحرم من النسب على إبنها، حرم على هذا، لأن الحرمة إنتشرت منه إليهما ومنها إليه، فالتى إنتشرت منه إليهما أنه صار كابنها من النسب، والحرمة التي انتشرت منها إليه وقفت عليه وعلى نسله دون من هو في طبقته كإخوته وأخواته، أو أعلى منه كأبائه وأمهاته، فللمحل أن يتزوج بأم هذا المرتضع وبأخته وجدته، ويجوز لوالد هذا المرتضع أن يتزوج المرضعة، لأنه لا نسب بينها ولا رضاع ولأنه لما جاز له أن يتزوج بأم ولده من النسب، فبان يتزوج بأم ولده من الرضاع، أولى.

فان قلت: في النسب لا يجوز لوالد هذا المرتضع أن يتزوج بأم أم ولده، ويجوز أن يتزوج بأم أم ولده من الرضاع، وقد قلتم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟

قلنا: إنما حرمت أم أم الولد من النسب بسبب المصاهرة قبل وجود النسب، والرسول صلى الله عليه وآله إنما قال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، ولم يقل يحرم من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة.

(١) القواعد: كتاب النكاح، المطلب الثالث في الاحكام ص ١٢ س ٢ قال: ويحتمل قوياً عدم التحريم بالمصاهرة، فلاب المرتضع النكاح في اولاد صاحب اللبن، وان يتزوج بام المرضعة وباخت زوجته من الرضاع الخ.

(الأول) أن يكون اللبن عن نكاح، فلودر، 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 الرضاع وقد لا يحرم من:
 (أ) أم الأخ والأخت في النسب حرام، لأنها إما أم أو زوجة أب، وإما في
 الرضاع فلا يحرم إن لم يكن كذلك، كما لو أرضعت أجنبية أخاك أو أختك،
 فإنها لا يحرم عليك.

(ب) أم ولد الولد في النسب حرام، لأنها إما بنتك، أو زوجة ابنك، وفي
 الرضاع لا تحرم إذا لم يكن أحدهما، كما لو أرضعت أجنبية ابن ابنك، فإنها أم ولد
 ولدك، وليست حراماً عليك.

(ج) جدة الولد في النسب حرام، لأنها إما أمك، أو أم زوجتك، وفي الرضاع
 إذا أرضعت أجنبية ولدك فإن أمها جدته وليست حراماً عليك.

(د) أخت الولد في النسب حرام، لأنها إما بنتك أو ريبتك، وفي الرضاع قد
 لا يكون كذلك كما لو أرضعت أجنبية ولدك، فبنتها أخته، وليست بنت ولا ريبة
 فلا يكون حراماً عليك.

ولا يحرم أخت الأخ في النسب ولا في الرضاع، إذا لم يكن أختاً، بأن يكون له
 أخ من الأب، وأخت من الأم، وأنه يجوز للأخ من الأب نكاح الأخت من الأم،
 وفي الرضاع لو أرضعتك امرأة وأرضعت صغيرة أجنبية منك، يجوز لأخيك
 نكاحها، وهي أختك من الرضاع.

وهذه الصور الأربعة مستثناة من قولنا: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.
 قال طاب ثراه: ولا حكم لما دون العشرة، وفي العشر روايتان أشهرهما أنها

لا ينشر.

ولورضع خمس عشرة رضعة تنشر، ويعتبر في الرضعات قيود ثلاثة، كمال الرضعة، وإمتصاصها من الثدي، وأن لا يفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعة.

أقول: اختلف الأصحاب في العدد الذي ينشر حرمة الرضاع على أقوال أربعة:

(أ) أنه خمسة عشر رضعة، وهو إختيار الشيخ في النهاية (١) والمبسوط (٢) وكتابي الأخبار (٣) (٤) واختاره ابن ادريس في أحد قوليه (٥) وبه قال المصنف (٦) والعلامة في أكثر كتبه (٧).

(١) النهاية: باب مقدار ما يحرم من الرضاع ص ٤٦١ س ٤ قال: وآلا كان الاعتبار بخمس عشرة رضعة متواليات إلى أن يقال: أو كان أقل من خمس عشرة رضعة... فإن ذلك لا يحرم ولا تأثير له.

(٢) المبسوط: ج ٥ كتاب الرضاع ص ٢٩٢ س ٤ قال: فإذا أرضعت بهذا اللبن خمس عشرة رضعة متوالية، إلى قوله: انتشرت الحرمة الخ.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٢٧) باب ما يحرم من النكاح من الرضاع ص ٣١٤ قال بعد نقل حديث ١١ والذي أعتمده الخ.

(٤) الإستبصار: ج ٣ (١٢٥) باب مقدار ما يحرم من الرضاع ص ١٩٢ الحديث ١.

(٥) فإنه قدس سره بعد ما أفتى 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 مالفظة: والذي أفتى به وأعمل عليه الخمس عشر رضعة الخ.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) القواعد: كتاب النكاح ص ١٠ قال: الأول البكية 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، فالشهور أن المقتضي للتحريم خمس عشرة رضعة تامة الخ.

(ب) أنه عشر رضعات ذهب اليه المفيد (١) وتلميذه (٢) والتقي (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 مأملاً بطن الصبي، أو بالوجور وهو قول أبي علي (١٠).

(د) قال الصدوق في المقنع: أنه لا يحرم من الرضاع إلا خمسة عشر يوماً ولياليهن، قال: وبه كان يفتي شيخنا محمد بن الحسن رضي الله عنه، قال: روي

(١) المقنعة: باب ما يحرم النكاح من الرضاع ص ٧٧ قال: والذي يحرم النكاح من الرضاع عشر رضعات متواليات آه.

(٢) المراسم: ذكر شرائط 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 اعتبر بعشر رضعات متواليات آه.

(٥) المختلف: في الرضاع ص ٧٠ س ٢ قال بعد نقل قول المفيد: وهو قول ابن أبي عقيل من أقدمائنا.

(٦) و (٧) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٥ س ٣٦ قال: أو عشر رضعات متواليات على الصحيح من المذهب، إلى أن قال بعد نقل قول من قال بخمس عشرة رضعات: فالأول مذهب السيد المرتضى وخبرته الخ.

(٨) الوسيلة: في بيان أحكام الرضاع ص ٣٠١ س ١٢ قال: أو بارتضاع عشر رضعات متواليات رثاً.

(٩) المختلف: في الرضاع ص ٧٠ س ١٥ قال: والوجه التحريم بالعشر لوجوه الخ.

(١٠) المختلف: في الرضاع ص ٧٠ س ١١ قال: وقال ابن الجنيد إلى أن قال: إلا أن الذي أوجبته الفقه عندي واحتياط الأمر لنفسه أن كل ما وقع عليه اسم رضعة وهو ما ملأ بطن الصبي إما بالمص أو بالوجور يحرم النكاح الخ.

(الثالث) أن يكون في الحولين، وهو يراعى في المرتضع دون ولد المرضعة على الأصح.

(الرابع) أن يكون اللبن لفحل واحد، فيحرم الصبيان يرتضعان

أنه لا يحرم من الرضاع إلا ما كان حولين، وروي أنه لا يحرم من الرضاع إلا من ارتضع من ثدي واحد سنة (١)، وبالكُل روايات، وأكثرها عدداً وأصحتها طرقات روايات الوجهين الأولين.

واحتج ابن الجنييد بصحيفة على بن مهزيار (٢) وهي قابلة للتأويل، مع احتمال خروجها مخرج التقية.

وبالوجه الرابع رواية عن الصادق عليه السلام قال: لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع حولين كاملين (٣). قال الشيخ في حولين كاملين (٤).

وفي رواية العلاء بن رزين: لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدي واحد سنة (٥).

قال طاب ثراه: أن يكون في الحولين، وهو يراعى في المرتضع دون ولد المرضعة على الأصح.

(١) ليس في المقنع ما زاده بقوله (وبه كان يفتى شيخنا) لاحظ المقنع: باب بدء النكاح، ص ١١١ ص ١ ولكنه موجود في المختلف: في الرضاع ص ٧٠ س ١٣ الى قوله (من ثدي واحد سنة).

(٢) المختلف: في الرضاع ص ٧١ س ٧ قال: احتج ابن الجنييد: ما رواه علي بن مهزيار في الصحيح، ولفظ الحديث (عن علي بن مهزيار عن أبي الحسن عليه السلام انه كتب 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 (إلا ما كان حولين كاملين) كما نقله عن الشيخ أيضاً.

(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: أمّا المرتضع فاعتبار الحولين فيه إجماعى إلا من أبى 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 فيها، لتحديد
عليه السلام الفطام بالحولين. مركز تحقيق كتاب تيسر علوم إسلامي
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
الرضا عين 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 يفطم يحرم (١).

واجب بشذوذه، فلا يصلح معارضاً 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 سهما 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 إختياراً، ويتأكد الكراهة في المجوس، وكذا يكره إسترضاع من ولادته عن زنا، أي لبن ولادتها، أو كونها حاملاً من زنا، لحبثه،

(١) الفقيه: ج ٣ (١٤٦) باب الرضاع ص ٣٠٦ الحديث ٧.

(٢) الكافي: فصل فيما يحرم من الشكاح ص ٢٨٥ س ١٤ قال: ومنها أن الراضع والمرتضع من لبنه ينقص سهما 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 لاشك 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؟ الأقرب عدمه الخ. وفي القواعد، في الرضاع ص ١١ قال: الثاني أن يكون في الحولين إلى أن قال: ويعتبر في المرتضع إجماعاً 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 أباً، وأختها خالة وبنتها اختاً ويحرم أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً على المرتضع، وأولاد المرضعة ولادة، لارضاعاً.

الثانية: لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً، لأنهم في حكم ولده وهل ينكح أولاده الذين لم يرتضعوا في أولاد هذه المرضعة وأولاد فعلها؟ 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 فأحبها فولدت فاحتجنا إلى لبنها، فإني أحللت لهما ما صنعوا يطيب لبنها؟ قال: نعم (٢) وأطرحها الباقيون.

قال طاب ثراه: وهل ينكح أولاده الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن في أولاد هذا الفعل؟ قال في الخلاف: لا، والوجه الجواز.

أقول: وجه الجواز إصالة الإباحة، وعموم قوله تعالى «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» (٣) ولأن أخ الأخ إذا لم يكن اختاً 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 لطيب بذلك لبنها.

(٢) التهذيب: ج ٨ (٥) باب الحكم في أولاد المطلقات من الرضاع ص ١٠٨ الحديث ١٨.

(٣) النساء: ٣.

الثالثة: لو تزوج رضیعة فأرضعتها امرأته، حرمتا إن كان دخل بالمرضعة، وإلا حرمت المرضعة حسب ولو كان له زوجتان فأرضعتها واحدة حرمتا مع الدخول، ولو أرضعتها الأخرى فقولان: أشبهها أنها تحرم أيضاً ولو تزوج رضیعتين فأرضعتها إمرأته حرمن كلهن إن كان دخل بالمرضعة، وإلا حرمت المرضعة.

مذهب ابن ادریس (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة في أكثر كتبه (٣) وتوقف في المختلف (٤) وقال الشيخ في الخلاف: بالتحريم (٥)، معولاً 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: أشبهها أنها تحرم أيضاً.

(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 ورضاعاً 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 والأدلة: 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 أن اللبن للفحل ص ٢٠١ الحديث ٩.

أقول: تصوير المسألة: أنَّ رجلاً له زوجة صغيرة، وزوجتان كبيرتان، فارتضعت الصغيرة من إحدى الكبيرتين رضاعاً مُحَرَّمًا، فإن لم يكن دخل بالكبيرة حرمت الكبيرة خاصة، لعدم اشتراط الدخول بالبنت في تحريم الأُم، وأما الصغيرة فلا يحرم مؤبداً، لأنَّ مجرد العقد على الأُم لا تحرم البنت، لكن انفسخ عقدهما للجمع بينها وبين أُمها في نكاح واحد، وإن أرادها حلَّ له تجديد العقد عليها، وإن كان قد دخل بها حرمتا مؤبداً.

فإن أرضعتها الزوجة الكبيرة الأخرى، فهل تحرم هذه المرضعة الثانية، أم لا تحرم؟ قيل: بالثاني، لأنها أرضعتها بعد أن حكم بإنفساخ عقدها وصارت بنتاً له وأُم بنت الرجل ليست محرمة عليه، وهو إختيار الشيخ (١) وأبي علي (٢) وقيل: بل يحرم لأنَّ الصغيرة وإن كانت الآن بنتاً، تصدق عليها أنها كانت حليلة، ولا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه، فصدق على الكبيرة أنها أُم امرأته، وقال تعالى «وأُمَّهَاتِ نِسَائِكُمْ» (٣) ولِساوَةِ الرِّضَاعِ النِّسَبِ، وهو يحرم سابقاً ولاحقاً وهو إختيار ابن ادريس (٤) والمصنف (٥) والعلامة (٦).

احتج الشيخ برواية علي بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام قال: قيل: إنَّ

(١) المبسوط: ج ٥ كتاب الرضاع ص ٣٠٠ س ٢١ قال: إذا كان له أربع زوجات إحداها صغيرة إلى أن قال: وروى أصحابنا في هذه أنها لا تحرم، والذي قاله قوي.

(٢) المختلف: في الرضاع ص ٧٣ قال: مسألة قال ابن الجنييد: إذا كان له زوجات فارتضعت إحداها زوجته الصبية الخ.

(٣) النساء: ٢٣.

(٤) السرائر: باب الرضاع ص ٢٩٤ س ٢٦ قال: إذا كان له أربع زوجات إلى أن قال: وهذه كانت زوجته.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) المختلف: في الرضاع ص ٧٣ س ١٣ قال: وقد بينا فيما تقدّم تحريم الجميع الخ.

السبب الثالث، في المصاهرة: والنظر في الوطاء والنظر واللمس.
 (أما الأول) فن وطاءً امرأة بالعقد أو الملك حرمت عليه أم الموطوءة
 وإن علت، وبناتها وإن سفلن، سواء كن قبل الوطاء أو بعده، وحرمت
 الموطوءة على أبي الواطئ وإن علا وأولاده وإن نزلوا ولو تجرد العقد عن
 الوطاء حرمت أمها عليه عيناً على الأصح وبناتها جمعاً لا عيناً، فلو فارق
 الأم حلت البنت، ولا تحرم مملوكة الإبن على الأب بالملك، وتحرم
 بالوطاء، وكذا مملوكة الأب، ولا يجوز لأحدهما أن يطاء مملوكة الآخر ما لم
 يكن عقد أو تحليل، نعم يجوز أن يقوم الأب بمملوكة ابنه الصغير على نفسه
 ثم يطاءها.

رجلاً تزوج بجمارية صغيرة، فأرضعتها إمرأته، ثم أرضعتها امرأته الأخرى، إلى قوله
 فقال: حرمت عليه الجارية، وامرأته التي أرضعتها أولاً، أما الأخيرة فلم تحرم
 عليه (١).

ويمنع صحة السند.

السبب الثالث: المصاهرة

قال طاب ثراه: ولو تجرد العقد عن الوطاء حرمت أمها عليه عيناً على الأصح.
 أقول: مجرد العقد على الأم تحرم البنت إجماعاً، وأما العكس أعني مجرد العقد
 على البنت هل تحرم الأم؟ المشهور نعم لقوله تعالى «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» (٢) وهو عام
 «وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» (٣) والريبة بنت

(١) الكافي: ج ٥، باب نوادر في الرضاع ص ٤٤٦ قطعة من حديث ١٣.

(٢) و (٣) النساء: ٢٣.

الزوجة، فأجرى الأول على عمومهم، وقيد الثاني بالدخول، لأن الوصف، أو الشرط، أو الاستثناء إذا تعقب الجمل ترجع الى الأخيرة على ما تقرّر في موضعه.

ولما رواه اسحاق بن عمار عن الباقر عليه السلام: إنّ علياً عليه السلام كان يقول: الرّبايب عليكم حرام مع الأمّهات اللاتي قد دخلتم بهنّ، هنّ في حجور وغير الحجور سواء والأمّهات مبهّمات، دخل بالبنات أو لم يدخل بهنّ، فحرّموا وابهموا ما أبهم الله (١).

وهو اختيار الأكثر، وذهب اليه الشيخان (٢) (٣) وسلا (٤) والتقي (٥) وقال الحسن والصدوق في كتابه: لا يحرم بل له العقد عليها أيضاً اذا فارق بنتها كالعكس (٦) (٧) لأصالة الحلّ، ولقوله تعالى «وربايبكم 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 نكاحهنّ، ص ٧٧ س ٦ قال: ومن عقد على امرأة لها بنت قد دخل بالمرأة لم تحل له بنتها، ومن عقد على امرأة لها أمّ حرم عليه العقد على أمّها أبداً سواء دخل بالبنت أو طلقها قبل الدخول.

(٣) النهاية: باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ص ٤٥١ س ١٦ قال: ويحرم العقد على أمّ الزوجة سواء دخل بالبنت أو لم يدخل بها، واذا عقد على الأمّ ودخل بها حرم عليه العقد على جميع بناتها الخ.

(٤) المراسم: ذكر شرائط الانكحة ص ١٤٧ س ١١ قال: والريبة في المرأة المدخول بها الخ.

(٥) الكافي: فصل فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٦ س ٢ قال: أمّا المحرمات بالأسباب أمّ المرأة المعقود عليها وابنة المدخول بها.

(٦) المختلف: في تحريم المصاهرة ص ٧٤ س ٦ قال: وقال ابن أبي عقيل: الى قوله: فالشرط عند آل الرسول في الامهات والربائب جميعاً الدخول الخ.

(٧) المقنعة: باب بد والنكاح ص ١٠٤ س ١ قال: وقد روي: ان الأمّ والبنت في هذا سواء اذا لم يدخل باحدهما حلّت له الأخرى الخ والرواية التي اشار اليها مارواه في الفقيه ج ٣ (١٢٤) باب ما أحلّ الله عزّ وجلّ 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: الأمّ والابنة في هذا

ومن توابع هذا الفصل تحريم اخت الزوجة جمعاً، لا عيناً، وكذا بنت أخت الزوجة وبنت أخيها، فإن أذنت إحداهما صح، ولا كذا لو أدخل العمة أو الخالة على بنت الأخ والأخت، ولو كان عنده العمة أو الخالة، فبادر بالعقد على بنت الأخ أو الأخت كان العقد باطلاً، وقيل تتخير العمة أو الخالة بين الفسخ والإمضاء، أو فسخ عقدها.

نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ» (١) فشرط الدخول في تحريمها، قضية للعطف.

ولرواية جميل بن دراج وحامد بن عثمان في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: الأم والبنت سواء إذا لم يدخل بها، يعني: إذا تزوج المرأة، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فإنه إن شاء تزوج أمها، وإن شاء ابنتها (٢).

ومثلها صحيحة منصور بن حازم (٣).

قال طاب ثراه: وقيل: تتخير العمة والخالة بين الفسخ والإمضاء، أو فسخ عقدها.

أقول: النظر هنا يقع في مباحث علوم

(الأول) هل يحرم إدخال بنت الأخ والأخت على العمة والخالة، أم لا؟ قال القديمان: لا يحرم (٤) (٥) لقوله تعالى «وَأَحَلُّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ» (٦)، ولما رواه على

سواء إذا لم يدخل بإحداهما حلَّت له الأخرى).

ولا يخفى أن الصدوق بعد ما قال كما قال المشهور نقل بعنوان (روى) ولا يعلم من ذلك أن هذا فتواه. (١) النساء: ٢٣.

(٢) نقلناها آنفاً عن الفقيه وفي التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب ما أحل الله نكاحه من النساء ص ٢٧٣ الحديث ٤.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن في شرع الإسلام: ص ٢٧٤ قطعة من حديث ٥.

(٤) و (٥) المختلف: النكاح ص ٧٩ س ٣٤ قال: وقال ابن أبي عقيل: لما عدى المحرمات في الآية قال: فهذه جملة النساء اللاتي حرم الله عز وجل نكاحهن وأحل نكاح ما سواهن، إلى أن قال وقال ابن الجنيدي إلى قوله: والحديث الذي روى فافما 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 عز وجل قال: «وَاحِلَ لَكُمْ مَا وُورَاءَ ذَلِكَ» (١) وللأصل الدال على الجواز.

وقال الثلاثة (٢)(٣)(٤) والتقى (٥) وسلار (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 الأخت على

- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، الحديث ١١ نقلاً عن المختلف.
- (٢) المقنعة: باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها ص ٧٧ س ٢٤ قال: لا يجوز له ان ينكح بنت الأخ 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 امرأته 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 الى أن قال: ومن تحريم الجمع بين المرأة وخالتها.
- (٩) تقدم آنفاً.
- (١٠) لاحظ عبارة النافع.
- (١١) المختلف: النكاح ص ٨٠ س ٣ قال بعد نقل قول المشهور أولاً وقول من خالف المشهور ثانياً: والمعتمد الأول.

خالتها إلا باذنها وتزوج الخالة على ابنة الاخت بغير اذنها (١).
 وصحیححتا أبي الصباح الكناني وأبي عبيده الخذاء عن الصادق عليه السلام
 لا تنكح المرأة على عمّتها ولا على خالتها (٢) (٣) محمولتان على المقيدة بعدم الرضا،
 جمعاً بين الأدلة.

وكذا يحمل رواية علي بن جعفر عن الرضا (٤).

وظاهر الصدوق في المقنع تجريم الجمع مطلقاً (٥).

فالخاص أن هنا ثلاثة مذاهب:

(أ) جواز الجمع مطلقاً، وهو مذهب القديين.

(ب) تحريمه مطلقاً، وهو مذهب الصدوق.

(ج) جوازه مع الرضا وعدمه مع عدمه، وهو مذهب جمهور الأصحاب.

(الثاني) لو أدخل بنت الأخ أو الأخت من غير إذن العمّة أو الخالة، ما الحكم

فيه؟

قيل فيه قولان:

(أ) بطلان عقد الداخلة من رأس، ولا يؤثر في صحة رضا المدخول عليها، بل

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٩) باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها وما يحرم من ذلك وما لا يحرم ص ٣٣٢

الحديث ٢.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١١٦) باب نكاح المرأة على عمّتها وخالتها ص ١٧٧ الحديث ٣.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١١٦) باب نكاح المرأة على عمّتها وخالتها ص ١٧٨ الحديث ٦ وتنص

(ولا على اختها من الرضا).

(٤) تقدم نقلاً عن الوسائل.

(٥) المقنع: باب بدو النكاح ص ١١٠ س ٦ قال: ولا تنكح امرأة على عمّتها ولا على خالتها، ولا على

ابنة أخيها الخ.

يحتاج إلى إستثناؤه، للنهي عنه، فيقع فاسداً، ولها الخيار في فسخ عقد نفسها واعتزاله من غير طلاق وهو مذهب ابن ادريس (١).

وفيه نظر، لأنّ الموجب لتسلّطها على الفسخ إنما هو الجمع، وعلى القول بالبطلان، لاجمع فلا يكون لها الإعتزال، وقال المصنف: تقع باطلاً، وليس لها الإعتزال (٢).

(ب) لا يقع باطلاً في أصله، بل يكون متزلزلاً، وللمدخل عليها فسخه، وهو قول الباقيين.

(الثالث) هل للعمّة والحالة فسخ نكاح أنفسهما أم لا؟ قال الشيخان (٣) (٤) وسلا (٥)، وأكثر الأصحاب بالأول، وبالثاني قال العلامة (٦) وحكاه عن المصنف (٧) لأنّ المنهي عنه إنما هو العقد الثاني، فيختص الحكم به، ولأنّ التحريم بسبب حصل بعد الحكم بلزوم عقدهما فيكون الأصل فيه البقاء، ولأنهما زوجتان قبل تجدد الداخلة فكذا بعده عملاً بالإستصحاب.

(١) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ١ قال: كانت العمّة والحالة محيرة ثم قال: والذي يقتضيه أصول مذهبنا أنه يحتاج إلى عقد ثان إذا عقد بغير أذن الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المقنعة: باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها ص ٧٧ س ٢٧ قال: وإن شاءتا فارقتا الرجل واعتزلتا واعتدتا منه وتزوجتا بعد العدة بغيره ولم يحتاجا في ذلك إلى طلاق أكثر من اعتزالهما إياه.

(٤) النهاية: باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ٥ قال: فإن اعتزلت واعتدت ثلاثة أقراء كان ذلك فراقاً للخ.

(٥) المراسم: شرائط الانكحة ص ١٥٠ س ٥ قال: وإن شاءت فارقت الزوج بغير طلاق واعتدت منه.

(٦) و (٧) المختلف: النكاح ص ٨٠ قال: المقام الاول ثم قال: ويحتمل أن يقال: أنه 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، لأن عقد الداخلة صحيح في نفسه، لصدوره من أهله في محله، جامعاً لشرائطه، ولا يؤثر تجدد البطلان بفسخ العمة أو الخالة في صحته الأصلية كغيره من العقود الموقوفة على رضا الغير، وإذا وقع صحيحاً 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) (٣) وسار (٤) وهو مذهب العلامة (٥) وقال القاضي: وإن لم ترض العمة أو الخالة بذلك ولم يفسخ الزوج العقد، كان لها 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، الى 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 أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ٣ قال: كانت العمة والخالة مخيرة بين إمضاء العقد وبين الإعتزال فان أمضت كان ماضياً ولم يكن لها بعد ذلك فسخ.

(٤) المراسم: شرائط الانكحة، ص ١٥٠ س ٤ قال: فنكاح المرأة على عمتها 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 ترضها ولم يفسخ الزوج العقد الخ.

(٧) تقدم آنفاً تصريحه بذلك.

وفي تحريم المصاهرة بوطء الشبهة تردد، أشبهه أنه لا يحرم.

ندوره، ضعيف، لأنه بالنسبة إلى الزوج لازم، فلا يكون له فسخه.
(السادس) لو قلنا لهما فسخ نكاحهما لم يجب الارتقاب حتى يخرج عدة الفاسخة، لكونها بائنة كغيره من الفسوخ، ونص عليه ابن ادريس (١) فيحل له العقد على أختها، وخامسة، ولانفقة لها، وقال ابن حمزة: يجب الارتقاب إلى خروج العدة، فتحرم وطء بنت الأخ والأخت، والعقد على الخامسة، والأخت، ويلزمه وجوب الإنفاق (٢).

(السابع) المشهور جواز العكس، أي إدخال العمة والخالة على بنت أخيها وأختها، وسوى الصدوق في المقتنع بينها في التحريم (٣).
ومستنده رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: لا تتزوج العمة والخالة على ابنة الأخ وابنة الأخت 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 لحوق 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) الوصيلة: في بيان من يجوز العقد عليه، ص ٢٩٣ س ١٨ قال: ويفرق بينها حتى تخرج البعثة أو الخالة من العدة.

(٣) المقتنع: باب بدو النكاح، ص ١١٠ س ٦ قال: ولا تنكح امرأة على عمتها ولا على خالتها، ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها.

(٤) لاحظ عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٣٢٨ الحديث ٢٠٤ وما علق عليه.

(٥) تقدمت نقلاً عن التهذيب: ج ٧ ص ٣٣٢ الحديث ٢.

وأما الزنا فلا تحرم الزانية، ولا الزوجة وإن أصرت على الأشهر.

أحوط (١). واختاره العلامة في أكثر كتبه (٢) ومنع ابن ادريس لإصالة الإباحة (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة في التحرير (٥).

فرع

يشترط في نشر الحرمة بالشبهة، سبق، فلو وطئ الأب زوجة الإبن لشبهة لم يحرم على الإبن زوجته، لسبق الحل، وقال في المبسوط: بالتحريم لقوله تعالى «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» (٦) وأجيب: بأن دلالة الآية في هذا الباب ظنية، فلا ترفع الحل المتيقن.

قال طاب ثراه: وأما الزنا فلا تحرم الزانية، ولا الزوجة وإن أصرت على الأشبه (الأشهر خ ل).

أقول: هنا مسألتان:

(١) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٢ س ١١ قال: وإذا زنى الرجل بامرأة حرم على أبيه وابنه العقد عليها الخ. وقال في المختلف فيما يحرم بالمصاهرة ص ٧٧: مسألة قد بينا فيما سلف أن الزنا ينشر حرمة المصاهرة الى قوله: ويلزم القائل بذلك في الزنا القول به في عقد الشبهة ووطء الشبهة الخ فعلى هذا إذا كان الشيخ قائلًا بحرمة المصاهرة في الزنا فلا بد عليه من القول في عقد الشبهة كما لا يخفى.

(٢) التذكرة: ج ٢ كتاب النكاح، في المحرمات بالمصاهرة، ص ٦٣١ س ٣٧ قال: الثاني الوطء بشبهة الى أن قال: وهذا يتعلق به التحريم اجماعاً، وفي القواعد، الفصل الثاني المصاهرة ص ١٤ س ١٨ قال: وهل يلحق الوطء بالشبهة والزنا بالصحيح خلاف.

(٣) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٦ س ٢٥ قال: وأما المرأة التي وطأها إلى أن قال: والذي يدل على صحة ما اخترناه أن الأصل الإباحة والحذر يحتاج إلى دليل الخ.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) التحرير: كتاب النكاح ص ١٣ قال: (ح) ووطء الشبهة وعقدها هل ينشر حرمة المصاهرة أم

لا؟ قال الشيخ: نعم وفيه اشكال.

(٦) النساء: ٢٢.

الأولى: هل يحل نكاح الزانية أم لا؟ للشيخ قولان: التحريم قاله في النهاية (١) وبه قال المفيد (٢) والقاضي (٣) والتقي (٤) لوجه:

(أ) قوله تعالى «و الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرّم ذلك على المؤمنين» (٥) فالضمير إن عاد إلى الزنا كان تأكيداً، وإن عاد إلى نكاح الزانية كان تأسيساً وهو أرجح.

(ب) إن أعظم حكمة الحدة والزجر عن الزنا إنما هو لما كان إختلاف الأنساب، فلو أبيع نكاح الزانية لزم الإختلاط المحذور.

(ج) رواية أبي بصير قال: سألته عن رجل فجر بامرأة ثم أراد بعد أن يتزوجها، فقال: إذا تابت حلّ له نكاحها، قلت: كيف تعرف توبتها؟ قال: يدعوها إلى ما كانا عليه من الحرام، فإن امتنعت واستغفرت ربّها عرفت توبتها (٦). وفي معناها رواية عمار (٧).

(١) النهاية: باب ما حلّ الله تعالى من النكاح ص ٤٥٨ س ١٠ قال: وإذا فجر بامرأة غير ذات بعل فلا يجوز له العقد عليها الخ.

(٢) المقتعة: باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ص ٧٧ س ١٧ قال: فإن فجر بها وهي غير ذات بعل إلى أن قال: وآلا فلا.

(٣) المذهب: ج ٢ باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٨ س ٨ قال: وإن لم يكن للمرأة زوج وفجر بها رجل حرم العقد عليها الخ.

(٤) الكافي: فصل فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٤ قال: الضرب الثاني الزنا ومقدماته من رؤية وضم وتقبيّل 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.

والاولى مقطوعة، والثانية ضعيفة.

والجواز قاله في الخلاف (١) والاستبصار (٢) وبه قال ابن ادريس (٣) والمصنف (٤) والعلامة (٥) لأصالة الإباحة، ولعموم (فانكحوا)، ولصحيحة الخليلي قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: أيما رجل فجر بأمرأة حراماً ثم بدا له أن يتزوجها حلالاً، فإن أوله سفاح وآخره نكاح، ومثله مثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها حراماً ثم اشتراها بعد فكانت له حلالاً (٦).

ومثلها رواية أبي بصير عنه عليه السلام (٧).

الثانية: لو أصرت إمرأته على الزنا قيل فيه ثلاثة أقوال:

(أ) التحريم قاله المفيد (٨) وتلميذه (٩).

(ب) عدمه وهو إختيار الأكثر.

(١) كتاب الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ٦٧١ قال: إذا 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 لأن الأصل الإباحة الخ.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف: في النكاح ص ٧٩ قال: مسألة يكره العقد على الفاجرة وإن كان الزاني هو العاقد إلى

قوله: لنا أصالة الإباحة.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدوله 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 يبدوله في نكاحها، ص ٧٧ س ٢٢ قال: ولا يجوز له

امساكها وهي مصرة على الفجور الخ.

(٩) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٩ س ١٢ قال: وإن زنت إمرأته لم تحرم عليه إلا أن تصر.

وهل تنشر حرمة المصاهرة؟ قيل: نعم إن كان سابقاً، ولا تنشر إن كان لاحقاً، والوجه: أنه لا تنشر.

(ج) إنفساح النكاح، حكاه ابن حمزة عن بعض الأصحاب (١).
احتج سيار بأن أعظم فوائد النكاح التناسل، ولا يؤمن إمتزاج الأنساب مع الزنا، وهو محذور (٢).

احتج المسوغون بقوله عليه السلام: لا يحرم الحرام الحلال (٣).
وبرواية عباد بن صهيب عن الصادق عليه السلام قال: لا بأس بأن يمسك الرجل امرأته إذا رآها تزني ولم يقم عليها الحدة فليس عليه من إثمها شيء (٤).
وروى عن النبي صلى الله عليه وآله أنه سأل رجل فقال: يا رسول الله صلى الله عليه وآله ما ترى في امرأة عندي ما ترديد لامس؟ قال: طلقها، قال: إني أحبها، قال: فامسكها إن شئت (٥).

قال طاب ثراه: وهل تنشر حرمة المصاهرة؟ قيل: نعم إن كان سابقاً، ولا تنشر إن كان لاحقاً، والوجه أنه لا تنشر.
أقول: ألزنا بالمرأة هل تنشر حرمة التزويج بأمرها، أو بنتها، وتنشر حرمة التزويج

(١) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ١٢ قال: وإذا أصررت المرأة عند زوجها على الزنا إنفسخ نكاحها على قول بعض الأصحاب.

(٢) لم اعثر على هذا الاحتجاج في المراسم ولكن نقله في المختلف: كتاب النكاح ص ٧٩ س ٢٠ قال: احتج سيار الخ.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة يبدوله 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 يبدوله 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 بالأسباب الى أن قال: وأمّ المزني بها قبل العقد.

(٣) المهذب: ج ٢ باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٨ س ١١ قال: وإذا فجر رجل بامرأة حرم عليه العقد على أمها.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ٩ قال: وكل وطء لشبهة أو حرام ينشر تحريم المصاهرة.

(٥) لم اظهر عليه في النفسية، وفي المختلف: فيما يحرم بالمصاهرة ص ٥٧ س ١٧ قال في عداد من قال بالحرمة: وابن زهرة.

(٦) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٥ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ أولاً ومنع المفيد ثانياً: والمعتمد الأول.

(٧) المقنعة: باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ص ٧٧ س ٢٠ قال: ولا بأس للرجل أن يتزوج بامرأة قد سافح أمها أو ابنتها ولا يحرم ذلك عليه نكاح الام والبنت سواء كانت المسافحة قبل العقد أو بعده.

(٨) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٩ س ١١ قال: فان زنى باجنية لم تحرم عليه أمها ولا بنتها.

(٩) الناصريات، المسألة التاسعة والأربعون والمائة، قال: الزنا لا يوجب تحريم المصاهرة، الذي يذهب اليه أصحابنا انه من زنى بامرأة جازله ان يتزوج باقها 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: فان زنى باقها فلا بأس أن يتزوجها بعد أمها

وابنتها واختها الخ. (١٢) لاحظ عبارة النافع.

إحتج الأولون بوجوه:

(أ) عموم قوله تعالى «وَأُمّهَات نِسَائِكُمْ وَرِبَائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ» (١). والاضافة تصدق بأدنى ملابس، كما تقول لأحد حاملي الخشبة: خذ طرفك، وكقول الشاعر:

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة
سهيل، أذاعت غزلها في القرائب (٢)
فنسب الكوكب إليها لشدة اهتمامها عند ظهوره.

(ب) صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن رجل بفجر بالمرأة أيتزوج إسنّتها؟ قال: لا، ولكن إن كانت عنده امرأة ثم فجر بأقربها أو أختها لم يحرم عليه الذي عنده (٣).

ومثلها صحيحة عيص بن القاسم (٤) ومنصور بن حازم (٥) وفي معنى ذلك من الصحاح روايات أخر.

مركز تحقيق كتاب تيسر علوم إسلامي

(١) النساء: ٢٣.

(٢) لم يسم قائله، كلمة إذا للشرط، والخرقاء بالحاء المعجمة والراء المهملة والقاف كحمرء، إسم امرأة في عقلها نقصان، وهي مؤنث أخرق بمعنى الأحق، وإنما سُميت بها؟ لأنها كانت لا تنهت أسباب الشتاء في الصيف، فلما طلع سهيل وأصاب البرد فرقت قطنها بين نساء أقاربها وجاراتها ليصاعدها في الغزل، لتنهت لباس شتائها، قوله: (لاح) بالحاء المهملة بمعنى طلع، و(سحرة) كغرفة وقت السحر، و(سهيل) كزير كوكب معروف، وهو عطف بيان أو بدل من كوكب الخرقاء، و(أذاعت) بالذال المعجمة والعين المهملة ماض من الإذاعة بمعنى الانتشار، و(الغزل) بالعين والزاء المعجمتين كفلس، القطن والصوف، و(الأقارب) جمع أقرب وهو أفعل من القرب ضد البعد، وروى مكانه (القرائب) وهو جمع قرينته، وهي التي بينك وبينها قرابة أي رحم (جامع الشواهد باب الألف بعده الذال).

(٣) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدوله في نكاحها ص ٣٢٩ الحديث ١٠.

(٤) و (٥) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدوله في نكاحها ص ٣٣٠ الحديث ١٤ - ١٥.

(ج) أنه احوط، وقال عليه السلام: دع ما يريبك الى ما لا يريبك (١) ويجب الاحتراز عن الضرر المظنون.

(د) أن ما تعلق بالتحريم بالوطء المباح تعلق بالمحظور، كما في وطء المحرم والحائض ومن لم تبلغ احتج الآخرون بوجوه:

(أ) قوله تعالى: «فَانكحوا ما طاب لكم من النساء» (٢) «وَأَحِلَّ لَكُمْ ما وراء ذلكم» (٣).

(ب) رواية هشام بن المثنى قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل عليه رجل، فسأله عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوجها؟ قال: نعم وأتمها وابنتها (٤).

وفي معناها رواية حنان بن سدير (٥).

(ج) الأصل الإباحة.

(د) أنه وطء لا حرمة له ولا يوجب تحريماً، لإلغائه في نظر الشرع، ولهذا لم يترتب عليه النسب والعدة وأجيب عن الآية الأولى بتأويلها (ما طاب لكم) أي ماحل وأبيح، وليست هذه مباحة لأنه عين المتنازع.

وعن الثانية: بأن المتنازع دخل فيما نص على تحريمه في السابقة عليها، لما بينا من

(١) الوسائل: ج ١٨ كتاب القضاء، باب ١٢ من ابواب صفات القاضي، الحديث ٣٨ نقلًا عن الفضل بن الحسن الطبرسي في تفسيره الصغير، وحديث ٥٦ نقلًا 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 يبدوله في نكاحها ص ٣٢٦ الحديث ١.

(٥) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدوله في نكاحها ص ٣٢٨.

الحديث ٩.

ولو زنى بالعمة أو الخالة حرمت عليه بناتها.
وأما اللمس والنظر بما لا يجوز لغير المالك فمنهم من نشره الحرمة على
أب اللأمس والناظر وولده ومنهم من خص التحريم بمنظورة الأب،
والوجه الكراهية في ذلك كله، ولا يتعدى التحريم إلى أم الملموسة
والمنظورة ولا بنتيهما.

دخولها في قوله «وَأَمَهَاتُ نَسَائِكُمْ».
وعن الأحاديث بحملها على ما يكون دون الوطاء والإفشاء، أما معه فلا،
لتفصيل رواية منصور بن حازم (الصحيحية)، عن الصادق عليه السلام في رجل
كان بينه وبين امرأة فجوراً، هل يتزوج إبنها؟ قال: إن كان قبله أو شبهها فليتزوج
إبنها، وإن كان جماعاً فلا يتزوج إبنها وليتزوجها هي (١).
وعن الأصل بوجوب مخالفته للدليل وقد بيناه.

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم إسلامي

تنبيه

المراد بالزنا الناشئ للحرمة عند القائل به السابق على الحل، ولو سبق عقد
الأب أو الإبن على امرأة ثم زنى بها الآخر لم تحرم على العاقد، سواء دخل العاقد أو لم
يدخل، خلافاً لأبي علي حيث شرط الوطاء (٢) فلو عقد ولم يدخل ثم زنى بها الآخر
حرمت على العاقد عنده، وكذا لو عقد على امرأة ثم زنى بأُمها لم تحرم الأولى عندنا،
لسبق الحل، ولصحيحة محمد بن مسلم السابقة عليه.

قال طاب ثراه: وأما اللمس والنظر بما لا يجوز لغير المالك فمنهم من نشره الحرمة

(١) الاستبصار ج ٣ (١٠٧) باب الرجل يزني بالمرأة لأبيه أو لابنه أن يتزوجها ص ١٦٧ الحديث ٩.

(٢) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٦ س ٨ قال: وشرط ابن الجنيد في الإباحة الوطئ، ولو عقد ولم

يدخل وزنى الآخر حرمت على العاقد ابتداءً، ولو دخل لم يحرم.

الأولى: نظر الإنسان إلى المرأة أو لمسه إن كان لما يجوز لغير المالك كنظر الوجه
ولس الكف من غير شهوة لم يتعلّق به حكم بالإجماع.
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 ادريس: لا تحرم (٦) واختاره المصنف (٧) والعلامة في
القواعد (٨) والارشاد (٩) احتج الأولون بوجوه:

- (١) النهاية: باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ص ٤٥١ س ١٤ قال: ويحرم وطء جارية إلى أن
قال: أو نظراً منها إلى ما يحرم على غير مالكة النظر إليها، أو قبلاًها بشهوة الخ وقال في باب السراري
وملك الايمان ص ٤٩٦ س ١٤: ولا يجوز للرجل أن يطأ جارية قد وطأها أبوه أو قبلها بشهوة الخ.
- (٢) المهذب: ج ٢ باب السراري ومالك الايمان ص ٢٤٦ س ١٢ قال: وإذا كان لرجل جارية فوطأها
أو قبلها بشهوة الخ.
- (٣) الوسيلة: فصل في بيان أحكام السراي ومالك الايمان ص ٣٠٧ س ١٠ قال: فالمانع من الوطئ
إلى أن قال: ونظره منها إلى ما لا يحل لغير المالك النظر إليه وتقبيله إياها بشهوة الخ.
- (٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٦ قال: مسألة قال الشيخ في النهاية: لو نظر الأب أو الإبن إلى أن
قال: والأقرب قول الشيخ.
- (٥) التذكرة: كتاب النكاح ص ٦٣٣ قال: مسألة، قال الشيخ يحرم، وبعد نقل قول الشيخ نقل
قول ابن ادريس ثم رده.
- (٦) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٧ س ٣٤ قال: فأمّا إذا قبلاًها أو نظر إليها فلا إجماع على حظر
ذلك، بل الأصل الإباحة إلى أن قال: وبه أقضي.
- (٧) لاحظ عبارة النافع.
- (٨) القواعد: الفصل الثاني المصاهرة ص ١٤ س ١٩ قال: أما النظر واللمس بما يحرم على غير المالك
والقبلة فلا.
- (٩) الارشاد: المطلب الثاني في اسباب التحريم الأول المصاهرة، قال: والنظر إلى ما يحرم على غير
المالك النظر إليه لا ينشر الحرمة وإن كان الناظر أباً أو ابناً على رأي (مخطوط).

٢ (أ) عموم قوله تعالى «وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ» (١) ومقتضاه التحريم بمجرد حلّ النكاح، خرج منه ما إذا تجرد عن أحد الأربعة أعني الجماع والقبلة والنظر واللمس بالإجماع، فبقي الباقي على عمومته.

(ب) قوله تعالى: «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» (٢) وشراء الأمة مع النظر واللمس بشهوة أدخل في الاستمتاع وأقوى في نشر الحرمة من العقد المجرد عن الوطء.

(ج) صحيحة محمد بن اسماعيل عن أبي الحسن عليه السلام وقد سأله عن الرجل يكون له الجارية يقبلها هل تحلّ لولده؟ قال: بشهوة؟ قلت: نعم، قال: فما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة، ثم قال ابتداء منه إن جرّدها فنظر إليها بشهوة حرمت على ابنه وأبيه، قلت: إذا نظر إلى جسدها، فقال: إذا نظر إلى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه (٣).

وفي معناها صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام (٤).
احتج الآخرون بوجوه:

(أ) عموم قوله تعالى: «أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» (٥).

(ب) إصالة الإباحة.

(ج) قوله تعالى: «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ» (٦).

(د) قوله تعالى: «وَاحِلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَهُ ذَلِكُمْ» (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 متاً نكح ابنه وأبوه وما يحلّ له، ص ٤١٨ الحديث ٢.

(٤) الكافي: ج ٥، باب ما يحرم على الرجل متاً نكح ابنه وأبوه وما يحلّ له ص ٤١٩ الحديث ٥.

(٧) النساء: ٢٤.

(٥) و (٦) النساء: ٣.

من غير جماع داخل أو خارج، أيحل لأبيه وإبنه؟ قال: لا بأس (١).
وأجاب المانعون عن الأصل بأنه مخالف للدليل، وعن الآية الأولى بأنها
مخصوصة، وعن الثانية، المراد بها ماحل، فالاستدلال بها مصادرة، وعن الثالثة بأنها
داخلة فيما تقدم تحريره، وعن الحديث بحمله على عدم الشهوة، لعدم منافاة المطلق إذا
حل على المقيّد، وبأنّ الصحيح مقدّم على الموثّق مع التعارض.
الثالثة: على القول بنشر الحرمة بالنظر وأخويه، هل التحريم مقصور على الإبن،
أو يتعدى إلى الأب؟ الشيخ ومتابعوه على الثاني (٢) والمفيد على الأول (٣) وهو ظاهر
التقي (٤).

الرابعة: على القول بتعدي نشر الحرمة في جانب الناظر، هل هو كذلك في
جانب المنظورة؟ بمعنى أنه يحرم أم المنظورة وبناتها على الناظر كما تحرم على الواطئ
والعاقد، قال ابن الجنيد: نعم (٥) وبه قال الشيخ في الخلاف (٦) فجزم بتحريم أم
(١) الاستبصار: ج ٣ (١٣٢) باب ما يحرم جارية الأب على الإبن أو جارية الإبن على الأب
ص ٢١٢ الحديث ٤.

(٢) النهاية: باب ما حلّ الله تعالى من النكاح وما حرّم منه ص ٤٥١ س ١٤ قال: ويحرم وطء جارية
قد ملكها الأب أو الإبن إذا جامعها، أو نظرا منها إلى ما يحرم على غير مالئها الخ وقال في باب السراري
وملك الايمان ص ٤٩٦ س ١٦ قال: وحكم الإبن حكم الأب سواء إلى أن قال: حرمت على الأب.
(٣) المقنعة: باب السراري ومملك الايمان ص ٨٤ س ٣٢ قال: وإذا نظر الأب إلى جارية قد ملكها
نظراً بشهوة حرمت على ابنه، ولا تحرم على الأب بنظر الابن.

(٤) الكافي: النكاح ص ٢٨٦ س ٢ قال: وأما المحرمات، بالأسباب إلى أن قال: وزوجة الأب وأمه
المنظورة إليها بشهوة الخ فجعل التحريم مقصوراً على الإبن فقط دون العكس.

(٥) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ س ٢٩ قال: بقي هنا بحث آخر، وهو أنّ النظر والتقبيل
واللمس بشهوة هل لا ينشر الحرمة في غير الأب والإبن أم لا؟ قال ابن الجنيد: وإذا أتى الرجل من زوجته
أو أمته محرماً على غيره الخ.

(٦) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨١ قال: اللمس بشهوة لا ينشر التحريم وتحرم الأم وإن علت

المنظورة وإن علت وبنتها وإن نزلت، وذهب ابن ادريس إلى عدم التحريم (١) وكذا المصنف (٢) والعلامة (٣).

لوجه:

(أ) أصالة الإباحة.

(ب) قوله تعالى: «فإن لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم» والنظر وأخواه لا يستقيم واحداً منها دخولاً.

(ج) إن أحداً لم يفرق بين البنت وأُم الأمة، والبنت من النسب مباحة فكذا من الملك، روى عيص بن القاسم في الصحيح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باشر امرأة وقبل غيرها لم يفض إليها، ثم تزوج إبتها؟ قال: إن لم يكن أفضى إليها فلا بأس، وإن كان أفضى إليها فلا يتزوج (٤) وإذا ثبت إباحة البنت حلت الأم لعدم الفارق.

الخامسة: على القول بالتعدى إلى الأم والبنت في الأمة، هل تتعدى في المعقود عليها؟ قال ابن الجنيّد: نعم (٥) وتبعه الشيخ في الخلاف (٦) قال ابو علي: إذا أتى الرجل من زوجته أو أمته محرماً على غيره كالقبلة والملازمة أو النظر إلى عورة فقد

والبنت وإن نزلت.

(١) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٧ س ٣٤ قال: فاما اذا قبّلاها أو نظرا إليها فلا اجماع على خطر ذلك، بل الاصل الاباحه الى 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 الجنيّد: والوجه الإباحة.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحلّ له نكاحه النساء ص ٢٨٠ الحديث ٢٢ وفي ج ٧ (٢٨) باب

القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدوله في نكاحها ص ٣٣٠ الحديث ١٤.

(٥) تقدّم نقله عن المختلف.

(٦) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ٨٢ قال: اذا نظر الى فرجها تعلّق به تحريم المصاهرة الخ.

حرمت عليه ابنتها بنسب كانت أم رضاع (١) وقال الشيخ في الخلاف: إذا نظر الى فرجها تعلق عليه تحريم المصاهرة (٢).

والأقرب عدم التحريم، لأصالة الحل، وهو مذهب ابن ادريس (٣) والمصنف (٤) والعلامة (٥) لقوله تعالى: «فإن لم تكونوا دخلتم بها» (٦) علق التحريم بالدخول، ولا يسمى النظر وأخواه دخولاً.

إحتج المانعون بالإحتياط، وباروي عن النبي صلى الله عليه وآله لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وإبنتها (٧).

وقال عليه السلام: من كشف قناع امرأة حرم عليه أمها وبنتها (٨) هذا استدلال الشيخ في الخلاف (٩).

ويؤيده صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فنظر إلى شعر رأسها وإلى بعض جسدها أيتزوج إبنتها؟ قال: لا، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها (١٠) وحملها الشيخ في الاستبصار على الكراهية دون التحريم لأنه تعالى علق التحريم على الدخول كما

(١) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ س ٣٠ قال: قال ابن الجنيدي: وإذا أتى الرجل الخ.

(٢) تقدم آنفاً.

(٣) تقدم آنفاً ما عن ابن ادريس.

(٤) و (٥) تقدم أيضاً.

(٦) النساء: ٢٣.

(٧) و (٨) و (٩) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨٢ قال: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم، وطريقة الاحتياط، وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: لا ينظر الله الخ ثم قال: وقال عليه السلام: من كشف قناع امرأة الخ.

(١٠) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أجل الله نكاحه من النساء ص ٢٨٠ الحديث ٢٣.

تضمنه خبر عيص (١).

تذنيب

قد ظهر فيما قلنا فيما سلف ان الزنا ينشر حرمة المصاهرة، ويلزم القائل بذلك القول به في عقد الشبهة ووطء الشبهة، وقال ابن ادریس: 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 الأول (٤)، وقد بينا حكم النظر وأخويه اذا كان مباحاً لكونه في ملك أو عقد.

ولو كان في شبهة، قال في الخلاف: ينشر الحرمة الى الأم وإن علت والبنت وإن نزلت ولو كان ذلك إلى الأجنبية (٥) قال فخر المحققين: كل من قال لا يحرم الوطء بالزنا، قال: لا يحرم هنا، واختلف القائلون بالتحريم بالوطء بالزنا في تحريمه هنا على قولين: (٦).

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٠٦) باب حد الدخول الذي يجرم معه نكاح الربية ص ١٦٣ قال بعد نقل حديث محمد بن مسلم: فالوجه في هذه الروايات ضرب من الكراهية الى أن قال: فعلق التحريم بالدخول حسب ما تضمنه الخبر الأول، أي خبر عيص.

(٢) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٣٠ قال: فلما عقد الشبهة ووطئ الشبهة فعندنا لا ينشر الحرمة

(٣) الشرائع: السبب الثالث المصاهرة، قال: وأما الوطء بالشبهة الى أن قال: وفيه تردد والأظهر انه لا ينشر.

(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ س ٢٨ قال: والوجه الأول وقد تقدم.

(٥) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨١ وفيه (اذا كان مباحاً أو بشبهة) وليس فيه جملة (ولو كان الخ) ولعل الطاهر أن نقله بالمعنى.

(٦) الايضاح: في احكام المصاهرة ج ٣ ص ٦٦ قال: المسألة الرابعة، النظر المحرم الى الاجنبية هل يجرم الأم والبنت؟ كل من قال الخ ثم قال: والأقوى عندي عدم التحريم.

ويلحق بهذا الباب مسائل:

الأولى: لو ملك أختين فوطاً واحدة حرمت الأخرى، ولو وطأ الثانية أثم ولم تحرم الأولى، واضطربت الرواية، ففي بعضها تحرم الأولى حتى تخرج الثانية عن الملك، لا للعود، وفي أخرى: إن كان جاهلاً لم تحرم، وإن كان عالماً حرمتا عليه.

قال طاب ثراه: لو ملك أختين فوطاً واحدة حرمت الأخرى، ولو وطأ الثانية أثم ولم تحرم الأولى واضطربت الرواية ففي بعضها تحرم الأولى حتى تخرج الثانية عن الملك لا للعود، وفي أخرى: إن كان جاهلاً لم تحرم وإن كان عالماً حرمتا عليه. أقول: إذا ملك أختين جاز له نكاح أيهما شاء، فإذا وطأ أحدهما حرم عليه وطء الأخرى حتى يخرج الموطوءة عن ملكه بأي نوع كان من أنواع الملك، ولا يكفي الإجارة، ولا الرهن لبقاء الملك، وكذا لا يكفي الهبة من دون قبض ويكفي معه وإن جاز الرجوع، فإن وطء الثانية قبل الإخراج لم تحرم الأولى، لسبق الحل إليها، كما لو أدخل أخت الزوجة عليها، فإن التحريم نتعلق بالثانية، ويؤيده قوله عليه السلام: لا يحرم الحرام الحلال (١) هذا اختيار ابن إدريس (٢) وبه قال المصنف (٣) والعلامة في القواعد (٤) ولو أخرج الأولى حلت الثانية.

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدوله 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 فتى وطئ احدهما النخ.

(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 بسبع اوهبة او غيرهما الى ان قال: والاقراب انه متى اخرج احدهما النخ.

وقال الشيخ في النهاية: إذا وطأ الثانية وكان عالماً بتحريمها حرمت عليه الأولى حتى تخرج أو تموت الثانية، فإن أخرج الثانية عن ملكه ليرجع إلى الأولى لم يجز له الرجوع إليها، ولو لم يعلم تحريم ذلك عليه جاز له الرجوع إلى الأولى على كل حال إذا أخرج الثانية عن ملكه ببيع أو هبة (١) وتبعه القاضي (٢) وابن حمزة (٣) واختاره العلامة في المختلف (٤).

قوله: واضطربت الرواية في بعضها تحرم الأولى حتى تخرج الثانية، وفي بعضها أن كان جاهلاً باللام في الرواية للجنس، لا للعهد، فليس هناك رواية واحدة فيها اضطراب، لكونها بطريقتين مثلاً، بل النص الوارد بالتحريم مضطرب، فبعض النصوص ورد مطلقاً، وهو روايات:

منها: موثقة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سئل عن رجل عنده أختان مملوكتان، فوطأ إحداهما، ثم وطأ الأخرى؟ قال: إذا وطأ الأخرى فقد حرمت الأولى حتى تموت الأخرى، قلت: أرأيت إن باعها أتحل 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: فتى ملك الاختين الخ.

(٢) المذهب: ج ٢، باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ومن يحل منه، 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 إحداهما الخ.

(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٨ قال: مسألة لو ملك الأختين 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 منه ص ٢٩٠ الحديث ٥٣.

ونحوه روى أبو الصباح الكناني (١).

ومثلها رواية على بن حمزة (٢).

وبعض النصوص ورد بالتحريم مقيداً بالعلم، وهو روايات:

فنها: مارواه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: الرجل يشتري الأختين، فيطأ إحداهما ثم يطأ الأخرى بجهالة؟ قال: إذا وطأ الأخيرة بجهالة لم يحرم عليه الأولى، وإن وطأ الأخيرة وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا جميعاً (٣). قال الشيخ: معنى (حرمتا جميعاً) أي مادامت في ملكه، فإذا زال ملك إحداهما فقد حلت له الأخرى (٤).

فالحاصل أن الواطئ إما أن يكون عالماً، أو جاهلاً، فإن كان عالماً حرمت الأولى ولا يحل حتى تخرج الثانية على الشرط المذكور، والثانية أيضاً محرمة لسبق التحريم اليها، فإن أبقاها على ملكه كانتا معاً محرمتين، فإن أخرج الأولى حلت الثانية، وإن كان جاهلاً حلت الأولى بإخراج الثانية كيف كان. هذا فرق بين العالم والجاهل عند الشيخ ومن تابعه، وقد ذكرناه.

وقال ابن ادريس: أتيتها أخرج حلت له الأخرى، مع نية العود وعدمها، ومع العلم والجهل، ومع بقائها يحرم الثانية دون الأولى، لسبق الحل اليها (٥) وفي المبسوط

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٢.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٤.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٥.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩١ قال بعد نقل

حديث ٥٦: قوله عليه السلام آه.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٠ س ١٦ قال: والذي يقتضيه اصول المذهب ويقوى في نفسي

انه اذا اخرج احدهما عن ملكه حلت الاخرى سواء اخرجها ليعود الى من هي باقية في ملكه اولاً يعود عالماً كان بالتحريم أو غير عالم الخ.

اضرب عن التفصيل وقال: ولا تحرم الأولى بسوء الثانية، بل هي على ما كانت عليه، لكن يستحب له التوقف حتى يستبرئ الأخرى لثلاثين يوماً في رحم أختين (١) ومال العلامة في المختلف إلى العمل بالرواية المشتملة على التفصيل، قال: أما حل الأولى فللأصل، ولأن الجهل عذر بخلاف العلم، فجاز أن يقابل بنقيض مقصوده، كما قوبل القاتل بمنع الإرث، ولرواية الحلبي المتقدمة (٢).

تفريع

قد بينا أنه إذا ملك أختين ووطأ واحدة حرمت الأخرى، فع إبقائها في ملكه، المحرم، الثانية خاصة دون الأولى، لسبق الحل إليها، ولو أخرج الأولى حلت الأخرى، ويشترط في الإخراج أن يكون محرماً للوطء تحريماً لا يقدر على رفعه، فلا تكفي الإجارة، ولا الرهن، لعدم زوال الملك، وتمكنه من الوطء بالفك، أو الإذن المرتن لأعروض التحريم بالصوم، والإحرام، 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 الأولى بسوء الثانية، بل هي على ما كانت عليه الخ.

(٢) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٩ س ٢ قال: أما مع الجهل فلا يحرم عليه الأولى للأصل ولأن

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 يجزى بيعها بخيار للبائع وإن قلنا بنقل الملك بالعقد، لتمكّنه من وطئها، نعم يجوز الإقالة وبيعها بخيار المشتري، فلوردها به، أو بيعه، أو إقالة وجب إستبرأؤها 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 تحيّر حلّ الأخرى بتحريم الأولى، وحلّ الأولى بالإستبراء، وإن كان قد وطأها لم تحل المكاتبه إلا مع تحريم الأخرى كالمردودة.

(هـ) لو كانت إحدى الأختين مجوسية، أو أخته من الرضاعة، فوطأ المحرمة بشبهة، جاز له وطء الأخرى، لحصول التحريم في الأولى.

(و) لو ملك أمة وبناتها ووطأ إحداها حرمت الأخرى مؤبداً، فإن وطأها بجهالة حرمت الأولى أيضاً مؤبداً، وإن كان مع العلم حداً ولم تحرم الأولى.

(ز) إذا أخرج الأولى حلت الثانية في الحال، وقال بعض العامة: لا تحلّ أختها

(١) التذكرة: ج ٢، كتاب النكاح ص ٦٣٧ س ٢٠ قال: مسألة اذا وطء احدى الاختين المملوكتين الى أن قال: ولو كاتب احدهما حلت له الاخرى، 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: والأقوى عندي انه لا بد من خروج الرقبة عن ملكه خروجاً لازماً، للنص.

الثانية: يكره أن يعقد الحرّ على الأمة، وقيل: يحرم إلا أن يعدم الطول ويخشى 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 حاملاً لم يحل له الأخت حتى تضع، لئلا يجتمع ماءه في رحم اختين، وهو بمنزلة نكاح الأخت في عدة أختها، والحق الجواز، لأنه لو طلق الأخت بائناً حلّ له نكاح أختها في الحال على كراهية، وإن كانت المطلقة حاملاً، والاستبراء بمنزلة العدة البائنة، لأنه لا يمكن ردها إلى النكاح.

قال طاب ثراه: يكره أن يعقد الحرّ على الأمة، وقيل: يحرم إلا أن يعدم الطول ويخشى العنت.

أقول: الطول لغة السعة، وشرعاً مهر المرأة الحرة ونفقتها، ووجودها، وإمكان وطها قبلاً شرطان:

والعنت لغة المشقة الشديدة، وشرعاً 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 قبلاً، 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، اللهم إلا أن تخاف ضرراً في مزاجه، أو تشويشاً في عقله.
 فعند تحقق هذه الشرائط يجوز نكاح الأمة بالإجماع، وإن صبر مع ذلك كان
 أفضل لقوله تعالى: «وأن تصبروا خير لكم» (١).
 وهل تحل نكاح الأمة من دون هذه الشروط أم لا؟ قيل فيه ثلاثة أقوال:
 (أ) الحلّ قاله الشيخ في النهاية (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤).
 (ب) التحريم: قاله في الخلاف (٥) وهو مذهب القديمين (٦) والمفيد (٧)
 والقاضي (٨).

(ج) الشرط أن لا يكون تحت حرة، نقله الشيخ في الخلاف عن بعض

(١) النساء: ٢٥.

(٢) النهاية: باب ما حلّ الله تعالى من النكاح وما حرم منه ص ٤٦٠ س ٢ قال: ومتى عقد على الأمة
 إلى قوله كان العقد ماضياً. مركز تحقيق كتاب تبيين علوم إسلامي
 (٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المختلف: في نكاح الإماء والمماليك ص ١٤ س ٢٠ قال بعد نقل الأقوال: والمعتمد إختيار
 الشيخ في النهاية.

(٥) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨٦ قال: لا يجوز للحر المسلم تزويج الأمة إلا بثلاث شروط الخ.
 (٦) المختلف: في نكاح الإماء والمماليك ص ١٤ س ٨ قال: وقال ابن أبي عقيل: لا يحل للحر المسلم
 عند آل الرسول عليهم السلام أن يتزوج الأمة الخ. وقال بعد أسطر: وقال ابن الجنيد: لا يحل عقد المسلم
 التزويج على إماء أهل الكتاب ولا تزويج الحر بالأمة آه.

(٧) المقنعة: باب العقود على الإماء ص ٧٧ س ٣٠ قال: ولا يجوز لمن وجد طولاً لنكاح الحر أن
 ينكح الإماء الخ.

(٨) لا يخفى أن فتوى القاضي في المسألة مختلف، ففي باب نكاح الإماء والعبيد من المهذب: ص ٢١٥
 س ١٠ قال: فإن تزوج بامة إلى أن قال: فقد خالف امرأته وما شرط عليه، وفي ص ١٨٩ س ٣ قال: وإذا
 وجد الرجل الطول إلى العقد على الحرة كره له العقد على الأمة الخ اللهم أن يراد من لفظة (الكراهة)
 التحريم كما هو المتداول عند البعض.

الأصحاب (١) لأن المانع من نكاح الأمة وجود نكاح بالفعل، لا القدرة عليه، كنكاح الأخت والخامسة.

لحسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: يتزوج الحرة على الأمة، ولا يتزوج الأمة على الحرة، ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل (٢) و(من) فيها معنى الشرط.

إحتج المانعون بقوله تعالى: «وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ» الى قوله - ذلك لِمَنْ حَشَى الْعَنْتَ مِنْكُمْ» الآية (٣) فشرط أولاً في نكاح الإمام بالعقد أحد الشرطين المذكورين، اذ (من) فيها معنى الشرط، وثانياً 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 والإضطرار فترقي الآية. إحتج المسوغون بوجوه:

(أ) قوله تعالى «وَأَنْكَحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» (٥).

(ب) قوله تعالى «وَلَا أَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ» (٦).

(ج) أصالة الإباحة.

(١) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨٦ قال: وقال ابو حنيفة: لا يحل له إلا بشرط واحد، وهو أن لا يكون عند حرة، ثم قال: وبه قال قوم من أصحابنا الخ.

(٢) الكافي: ج ٥ باب الحر يتزوج الامه ص ٣٥٩ الحديث ٢.

(٣) النساء: ٢٥.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإمام وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٣٤ الحديث ٢.

(٥) البقرة: ٢٢١.

(٦) النور: ٣٢.

ويظهر فائدة الخلاف: أنه لا يحل نكاحها إن عدم حصول الشرطين، ومعها يحل الواحدة ويحرم الثانية على الأولى، لزوال العنت بها، ويجوز على الثاني من دون الشرطين الواحدة والإثنتان، وعلى الثالث إذا انتفى الشرطان وليس له زوجة حرة جازت له الأمة لكون الشرط هو فقدان عقد الحرة فقط.

فروع

- (أ) يرجع الى قوله: في خوف العنت، وفي عدم الطول وان كان بيده مال وادعى أنه لغيره، أو أن عليه ديناً بقدره ولا يملك غيره - من غيريين.
- (ب) حدوث الشرطين بعد العقد لا يبطله، وإن كان قبل الدخول، وكذا لو حدثا بعد الاطلاق الرجعي لا يمنعان الرجعة، لأنها ليست بابتداء عقد.
- (ج) التحريم راجع الى الوطئ والعقد بتبعيته، فيكون منهيّاً فتقع باطلاً، وهو قول الشيخ في المبسوط (١) وهو مذهب الحسن (٢) وقال القاضي: التحريم راجع الى العقد ولا يبطل (٣) وهو قول المفيد (٤).
- (د) لا فرق في العقد بين الدائم والمنقطع، أما التحليل فإن جعلناه عقداً متعة كالسيد (٥) حرم من دون الشرطين، وإلا فلا.

(١) لم اجد في المبسوط تصريحاً بما ادعاه.

(٢) المختلف: كتاب النكاح، الفصل السادس في نكاح الاماء والممالك ص ١٤ س ٨ قال: وقال ابن أبي عقيل الى أن قال: فان تزوجها على هذه الحالة فالنكاح باطل الخ.

(٣) المهذب: ج ٢ باب نكاح الإماء والعبيد ص ٢١٥ س ١٠ قال: فان تزوج بأمة الى 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 ألا أنه لا يفسخ بذلك نكاحه.

(٥) الانتصار: مسائل النكاح ص ١١٨ س ١٣ قال: يجوز للرجل أن يبيع مملوكته لغيره على معنى انه

الرابعة: لا يجوز نكاح الأمة على الحرية إلا بإذنها، ولو بادر كان العقد باطلاً وقيل: كان للحررة الخيرة بين اجازته وفسخه، وفي رواية: لها أن تفسخ عقد نفسها، وفي الرواية ضعف، ولو أدخل الحررة على الأمة

قال طاب ثراه: لا يجوز نكاح الأمة على الحرية إلا بإذنها، ولو بادر كان العقد باطلاً الخ.

أقول: هنا مسائل:

الأولى: إذا تزوج أمة على حرة ولم تأذن الحررة، فهل يقع نكاح الأمة باطلاً في أصله، أو يكون موقوفاً؟ القديمان على الأول (١) واختاره ابن ادريس (٢) وحكاها عن الشيخ في التبيان (٣) وهو مذهب المصنف (٤).
والشيخان (٥) والقاضي (٦) وسائر (٧) وابن حمزة (٨) على الثاني، واختاره

يعقد عليها عقد النكاح الذي فيه معنى الإباحة الخ.

(١) المختلف: كتاب النكاح فيما يحرم اجتماعاً لا عيناً ص ٨١ س ٥ قال: وقال ابن أبي عقيل وابن الجنيد: أنه يقع باطلاً.

(٢) و (٣) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ٩ قال: وقال شيخنا ابو جعفر في التبيان: من شرط صحة العقد على الأمة ألا يكون عنده حرة الى أن قال: ومتى عقد عليها بغير اذن الحررة كان العقد على الأمة باطلاً ثم قال: قال محمد بن ادريس: نعم ما قال وحقق هنا رحمه الله.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المقنعة: باب العقود على الإمام 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 أمة الى قوله: كانت محيرة الخ.

(٦) المهذب: ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٨ س ٢٣ قال: وان عقد على حرة وعنده أمة هي زوجة ولم تعلم الحررة 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 بحرة وعنده أمة الخ.

جاز، وللحرّة الخيار إن لم تعلم، إن كانت الأمة زوجة، ولو جمع بينهما في عقد صحّ عقد الحرّة دون الأمة.

العلامة (١).

وما وجد في عبارات الأكثر من أصحابنا، بالبطلان، مرادهم أنه لا يقع منجزاً لازماً، بل يجوز قابلاً للفسخ، وكذا ما يوجد في الروايات، وليس ذلك صريحاً بما قاله ابن ادريس لأنهم يردفون أول المسألة بصحة العقد مع الاجازة.

إحتج الأولون: بما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: تزوّج الحرّة على الأمة، ولا تزوّج الأمة على الحرّة، ومن تزوّج أمة على حرّة فنكاحه باطل (٢).

وعن حذيفة بن منصور قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج أمة على حرّة لم يستأذنها؟ قال: يفرق بينهما، قلت: عليه أدب؟ قال: نعم، إثنا عشر سوطاً ونصف، ثمن حدّ الزاني، وهو صاغر (٣).

إحتج الآخرون: بما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام عن رجل تزوّج أمة على حرّة؟ فقال: إن شاءت الحرّة أن تقيم مع الأمة أقامت، وإن شاءت ذهبت إلى أهلها الحديث (٤) ولو وقع باطلاً لما صح بالمتجدد من الرضا، فإن الفاسد من العقود لا يتجدد له الصحة الثانية: إذا أمضت الحرّة العقد مضى، ولم يكن لها بعد ذلك فسخه، ولا يحتاج إلى تجديد عقد الأمة، وقال ابن ادريس: يفتقر إلى تجديده، لوقوعه باطلاً (٥).

(١) المختلف: كتاب النكاح ص ٨١ فيما يحرم اجتماعاً لآعينا ص ٤ قال: فالأقرب ان نكاح الامه لا يقع باطلاً في اصله الخ.

(٢) الكافي: ج ٥ باب الحر يتزوّج الأمة ص ٣٥٩ الحديث ٢.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإماء 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 من ٨ قال: ولا تحل له الامه بالعقد الاول بل لا بد من عقد ثان الخ.

الثالثة: هل للحرّة أن تفسخ عقد نفسها إذا دخلت الأمة عليها؟ قال الشيخان: نعم (١)، وهو اختيار القاضى (٢) وسلار (٣) وابن حمزة (٤) ومنعه المصنف (٥) والعلامة (٦) لوقوعه صحيحاً واختصاص الثاني بالتهى، فتختص بالحكم، والإستدلال هنا كما في العمة وبنت الأخ، ولا بن ادريس مثل القولين.

الرابعة: لو اقترن العقد عليهما ولم يعلم الحرّة ولم يأذن، تحيّرت في فسخ عقد الأمة، وإمضائه، ولها فسخ عقد نفسها هنا، لكون العقد واحداً، وقد وقع مترزلاً، ولا أولوية، وقال الشيخ: يمضى عقد الحرّة، ويبطل عقد الأمة (٧) وكذا قال ابن ادريس (٨) وهو مذهب المصنف (٩) ولعل مرادهم ما ذكرناه أي وقوعه مترزلاً قابلاً للفسخ، لأنّ عقد الحرّة لما كان مبدأ للإمضاء والفسخ، حكم بمضيّ عقدها وفساد

(١) المقنعة: باب العقود على الاماء ص ٧٨ س ١ قال: وإن شئت أن تفارقه اعتزلته ففارقه بذلك الخ وفي النهاية: باب ما أحلّ الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٢ قال: وإن أبست واعتزلت كان ذلك فراقاً الخ.

(٢) المذهب: 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 غيرة الى قوله: وبين ان تعزله.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ٤ قال: وإن لم تعلم الى 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 أحلّ الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٤ قال: فإن عقد في حالة واحدة كان العقد على الحرّة ماضياً.

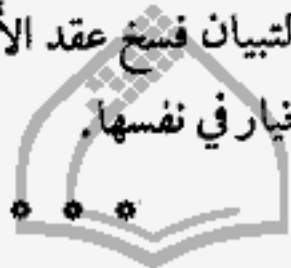
(٨) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ١٨ قال: فإن عقد في حالة واحدة كان العقد على الحرّة ماضياً.

(٩) لاحظ عبارة النافع.

عقد الأمة على التفسير المذكور.

وفي صحيحة أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج حرة وأمتين مملوكتين في عقد واحد، قال: أمّا الحرة فنكاحها جائز، وإن كان سمى لها مهرأ فهو لها، وأمّا المملوكتان فإن نكاحهما في عقد مع الحرة باطل يفرق بينه وبينهما (١) ويحمل على الفسخ من الحرة لعقد هما.

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 الأمة (٧) ومنعه ابن ادريس (٨) للحكم بصحة عقد الأمة، بل لها الخيار في نفسها.



(١) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الاماء ص ٣٤٥ الحديث ٤٥.

(٢) النهاية: باب ما حل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٥ قال: فان عقد على حرة وعنده أمة الى قوله: كانت عترة.

(٣) المهذب: ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٨ س ٢٣ قال: وان عقد على حرة وعنده امة الى قوله: كانت عترة الخ.

(٤)

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) القواعد: المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد ص ١٧ قال: الثامنة لو عقد على الأمة الى أن قال: ولو تزوج الحرة على الامة الخ.

(٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٨١ قال: المسألة السادسة لو عقد على الحرة وعنده زوجة هي امة الى أن قال: عدا التبيان، فانه جعل للحرة الخيار ايضاً في فسخ عقد الأمة.

(٨) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ١٤ قال: ليس لها أن تفسخ نكاح الأمة اذا كان عقد الأمة متقدماً على عقدها الخ.

الخامسة: لا يحل العقد على ذات البعل ولا تحرم به، نعم لوزني بها حرمت، وكذا في الرجعية خاصة.

السادسة: من تزوج امرأة في عدتها جاهلاً، فالعقد فاسد، ولو دخل حرمت أبداً ولحق به الولد، ولها المهر بوطء الشبهة، وتم للأول وتستأنف أخرى للثاني، وقيل: تجزى عدة واحدة ولو كان عالماً حرمت بالعقد.

توضيح

يتصور اقتران العقدان والجمع بينهما في عقد، في صور:
(أ) أن يزوجه وكيله في وقت واحد ولم يعلم الحرة بالعقد الآخر، لكونها في مكانين.

(ب) أن يجمعها مكان وتكون جاهلة بكون المسمى لتزويج الأمة زوجها، أو بكون الزوجة أمة.

(ج) أن يجمعها مجلس واحد، ويقول الزوج، تزوجت 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 الأمة أما لو قال: تزوجت رشيدة وسعدى بألف، فقالتا: زوجناك، ثم قال سعدى، يعنى الحرة: فسخت، لم يصح، ولزمها العقد، وكذا لو قال: تزوجت رشيدة وسعدى، لم يكن لسعدى أن تقول: زوجتك وفسخت نكاح الأمة إلا على مذهب التبيان.

قال طاب ثراه: من تزوج امرأة في عدتها جاهلاً، فالعقد فاسد، ولو دخل حرمت أبداً ولحق به الولد، ولها المهر بوطء الشبهة، وتم العدة للأول وتستأنف أخرى للثاني، وقيل: تجزى عدة واحدة، ولو كان عالماً حرمت بالعقد.

أقول: إذا تزوج الإنسان معتدلاً لا يخلو إما أن يكون عالماً بالعدة والتحريم، أو

جاهلاً بأحدهما، فهنا قسمان:

الأول: أن يكون عالماً، وفيه مسائل:

(أ) يحرم عليه مؤبداً بمجرد العقد.

(ب) يجب عليه التكفير بخمسة أصواع من دقيق على أحوط القولين.

(ج) لا يقطع عدة الأول وإن دخل، لعدم الاعتبار في نظر الشارع.

(د) للزوج الرجوع، لكن لا يحل له الوطء في الطهر الذي وطأ فيه العاقد حتى

تحيض، لجواز حملها من الوطء، 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 للأول 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، أوراتها وقلنا لا يجمع الحمل صبرت حتى تضع، ولا تنقضى عدتها إلا بالأقراء، لأنها من أهلها وإنقطاعها لعارض معلوم تتوقع زواله، ولورات قبل الوضع قرئين، ثم وضعت ورأت الدم عقيبها، بانت به وإلا أكملت بقرء آخر وإن تأخر لمكان الرضاع.

(ز) لو طلقها الزوج بعد المراجعة والحمل، صح طلاقها وإن رأت وقلنا بإجتماعه، لأن المقصود من الاستبراء علم براءة الرحم من المطلق وهو هنا حاصل.

فتحصل هنا مخالفة القواعد الغالبة في أمور:

(أ) امرأة معتدة وهي حامل، ولم تنقض عدتها بوضع حملها.

(ب) مشاركة النفاس الحيض في تعريفه بإحدى خاصيتيه، أعني قولهم:

الحيض هو الذي له تعلق بانقضاء العدة.

(ج) جواز الطلاق من غير استبراء لمرأة ليست حاملاً من مطلقها ولا يائسة ولا صغيرة

فرع

لو عقد جاهلاً في العدة، ووطئ بعد خروجها لم يحرم، لأن الحكم في الجاهل متعلق بالوطء لا العقد، وقد حصل بعد العدة، وحينئذ لا فرق بين أن يتجدد له العلم بعد العدة أو قبلها إذا كان الوطء بعد العدة.

القسم الثاني: أن يكون جاهلاً، وفيه مسائل:

(أ) لا تحرم عليه بمجرد العقد.

(ب) تحرم مع الدخول مؤبداً.

(ج) تنقطع عدة الأول بوطئه، فإن حملت اعتدت له بوضعه وأكملت بعده عدة الأول بما بقي منها، وإن لم تحمل أتمت عدة الأول بعد مفارقة الثاني ثم استأنفت للثاني عدة أخرى، ولا تتداخل العدتان، لأنها حكمان واجبان وتداخلهما على خلاف الأصل، وهو مذهب الشيخ في النهاية (١) وابن اديس (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤).

وقال الصدوق وأبو علي: تجزى واحدة عنها (٥) (٦).

(١) النهاية: باب ما أحل 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 الأولى من الزوج

الأول الخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) القواعد: كتاب النكاح ص ١٥ قال: الثانية لو تزوج امرأة في عدتها إلى أن قال: وتعتمد منه بعد

إكمال الأولى الخ.

(٥) المقنع: باب الطلاق ص ١٢٠ س ١ قال: فإن نعن إلى امرأة زوجها إلى أن قال: فإنها تعتد عدة

واحدة ثلاثة قروء.

(٦) المختلف: كتاب الطلاق ص ٦٨ س ٣٠ قال ابن الجنيد: إذا نعى إلى المرأة زوجها، أو

أخبرت 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 منها جميعاً ثلاثة أشهر عدة واحدة، وليس للآخر أن يتزوجها أبداً (١) وفي طريقها ابن بكير، لكن أجمعوا على تصحيح ما صَحَّ عنه.

فقد استفيد من هذه الرواية ثلاثة أحكام:

(أ) الإكتفاء بالعدة الواحدة.

(ب) الحاق ذات البعل بالمعتدة.

(ج) حكم وطء الشبهة بالنسبة الى ذات البعل كالزنا بها 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 الإتفاق عليه من حين الرجوع؟ يحتمل عدمه قوياً، لأن شرطها التمكين وهو مفقود هنا، ويحتمل وجوبه لأن المنع شرعي فأشبه الحيض والمرض.

(هـ) هل يباح له منها الاستمتاع بما عدا الجماع؟ يحتمله لكونها زوجة، ويحتمل عدمه لقوله تعالى: «واولات الأحمال 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 حرمتنا

ماعداء الجماع.

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب دون الأنساب ص ٣٠٨ الحديث ٣٧.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب دون الأنساب ص ٣٠٨ قال بعد نقل

حديث ٣٧ و ٣٨ مألظه (ليس في هذه الاخبار انه كان قد دخل بها الى أن قال: فاما اذا لم يدخل بها فيجزئها عدة واحدة). (٣) الطلاق: ٤.

(ز) اذا حملت من الثاني سقطت نفقتها عن الأول على أقوى الاحتمالين، لفقدان التمكين، وكذا لو لم يحمل، في مدة العدة.

(ح) لو ظاهر منها الزوج، أو آلى في زمان الحمل، صحّ لكونها زوجة، لكن لا يحسب عليه مدة العدة، ويحرم عليه العقد على الخامسة والأخت.

(ط) لو زنى كل من الزوج والزوجة في زمان الحمل، لم يرجم.

(ي) لا يجوز له العقد على الأمة إلا باذنها، وكذا لا يعقد على بنت أختها أو أخيها إلا مع الإذن.

(يا) لو قلنا بجواز الرجوع في زمان الحمل ووجوب الإنفاق، وقلنا بالنفقة، وجب لها نفقتان.

(يب) لو قذفها كان له إسقاطه باللعان.

(يج) يتوقف فعل العبادات المندوبة على إذنه وإن لم يرجع 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 مؤبداً؟ فيه احتمالان، لالحرمته، وكذا لو زنى بها، ويحتمل تحريمها مؤبداً، ولعله الأقرب، لعموم النص.

تنبيه

المراد بالعقد الموجب للتحريم المؤبد في المعتدة والحرمه، إنما هو العقد الصحيح

ولو تزوج محرماً عالماً حرمت وإن لم يدخل، ولو كان جاهلاً فسد ولم
تحرم ولو دخل.

السابعة: من لاط بسلام فأوقبه حرمت عليه أم الغلام وبنته وأخته.

الذي لولا هذا المانع لترتب عليه أثره، أما الفاسد فلا يتعلق به حكماً إذا كان العاقد
عالمًا بفساده، ولو لم يعلم فسادَه كمن اعتقد نكاح الشغار فكما الصحيح في التحريم.
قال طاب ثراه: ولو تزوج محرماً عالماً حرمت وإن لم يدخل، ولو كان جاهلاً
فسد ولم تحرم ولو دخل.

أقول: حاصل الشيخ في النهاية، وهو المشهور، أن المحرم إذا عقد، فإن كان عالماً
بحرم بمجرد العقد وإن لم يدخل، وإن كان جاهلاً لم يحرم ولو دخل، بل يفسد ذلك
العقد وله تجديده (١) وبه قال ابن حمزة (٢) وهو ظاهر المفيد (٣).

وقال في الخلاف: يحرم مع الجهل بالدخول، كالمعتدة (٤) والأول أكثر.
واعلم أن المؤبدات في التحريم بالعارض، عقوبة للمكلف، عشرة:
(أ) من دخل بمعتدة رجعية مطلقاً، أو عقد عليها عالماً.
(ب) من تزوج محرماً عالماً.

(ج) من زنى بذات بعل ويريد به الزنا في نفس الأمر وإن لم يكن في ظن
الواطئ زناً، فلو وطئها لشبهة أو جاهلاً بالتحريم، ثبت الحكم، فالمنابط 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 الإحرام من الرجل
وهو عالم بتحريمه دخل بها أو لم يدخل إلى أن قال: الموقوف عليها في حال الإحرام جاهلاً بالتحريم الخ.

(٣) المقنعة: باب من يحرم نكاحهن ص ٧٧ س ٢ قال: ومن عقد على امرأة وهو محرم مع العلم بالنهي
الخ ولم يتعرض لصورة الجهل ولا للدخول وعدمه فلاحظ.

(٤) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ٩٩ قال: إذا تزوجها في حال إحرامها جاهلاً فدخل بها لم تحل له أبداً.

السبب الرابع، في استبقاء العدد:

وإذا استكمل الحرّ أربعاً بالغبطة، حرم عليه مازاد، ويحرم عليه من الإماء مازاد على إثنين، وإذا استكمل العبد حرّين، أو أربعاً من الإماء غبطة حرم عليه مازاد، ولكل منهما أن يضيف إلى ذلك بالعقد المنقطع ويملك اليمين ماشاء. وإذا طلق واحدة من الأربع حرم عليه مازاد غبطة حتى يخرج من العدة، أو تكون المطلقة بائنة، وكذا لو طلق امرأة وأراد

وتردّد في التحرير في في وطء ذات البعل بالشبهة (١) ويعضد ما اخترناه رواية زرارة وقد تقدّمت ونبّهنا عليه فيما سلف (٢).

(د) من فجر بعمّته أو خالته حرمت عليه بنتاهما أبداً.

(هـ) الملاعنة لقوله عليه السّلام: المتلاعنان لا يجتمعان أبداً (٣).

(و) المطلقة تسعاً للعدة ينكحها رجلان.

(ز) المفوضة قبل بلوغها تسعاً تحرم مؤبداً على المفضي إذا كان زوجاً، وقيل: مطلقاً.

(ح) من أوقب غلاماً ذكراً حرمت عليه أمّه وإن علّت.

(ط) وكذلك بنته وإن نزلت.

(ي) أخته خاصة دون بناتها، وتتعلّق الحكم بإدخال بعض الحشفة وإن لم

(١) التحرير: كتاب النكاح، الفصل الثالث في باقي الأسباب ص ١٤ (ج) قال: ولو زنى بذات بعل

لشبهة فالوجه التحريم.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالاسباب دون الانساب ص ٣٠٨ الحديث ٣٧.

(٣) كنز العمال للمحتق: ج ١٥، الحديث ٤٠٦٠٥ ولفظه (عن ابن مسعود قال: لا يجتمع المتلاعنان

أبداً) وحديث ٤٠٦١٠، عن علي عليه السّلام قال: (مضت السنة في المتلاعنين أن لا يجتمعا أبداً) وفي كنوز

الحقائق للمناوى في هامش جامع الصغير: ج ٢ ص ١٢٥. حرف الميم نقلاً عن الديلمي، كما في المتن.

نكاح أختها ولو تزوجها في عقد بطل، وقيل: يتخير، والرواية مقطوعة ولو كان معه ثلاث فتزوج اثنتين في عقد، فإن سبق بإحداهما صح دون اللاحقة، وإن قرن بينهما بطل فيها، وقيل: يتخير أيتهما شاء، وفي رواية جميل: لو تزوج خمساً في عقد واحد يتخير أربعاً ويختلي باقيةن، وإذا استكملت الحرة طلاقات ثلاثاً حرمت حتى تنكح زوجاً غيره ولو كانت تحت عبد، وإذا استكملت الأمة طلقتين حرمت حتى تنكح زوجاً غيره، ولو كانت تحت حر، والمطلقة تسعاً للعدة تحرم على المطلق أبداً.

يجب الغسل، ولا تحرم هذه الثلاثة من الواطئ على الموطوء.

قال طاب ثراه: ولو تزوجها (يعني الاختين) في عقد بطل، وقيل: يتخير، والرواية مقطوعة.

أقول: البحث هنا في مواضع:

(الأول) يحرم الجمع بين الأختين، وبين الخمس، وبين الإثنتين لصاحب الثلاث وبالعكس بالإجماع، فإن فعل قال الشيخ في النهاية: يتخير أي الأختين شاء وكذا في الزائد على الأربع (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 مخيراً بين أن يمسك أيتهما شاء النخ.

(٢) المهذب: باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٤ س ١٢ قال: فإن تزوج بها بلفظ واحد كان مخيراً النخ.

(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 ادريس بالبطلان: والمعتمد الأول.

وقال ابن ادریس: يبطل العقد (١) وبه قال ابن حمزة (٢) والمصنف (٣) والعلماء في الإرشاد (٤).

احتج الأولون بوجهين:

(أ) حسنة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج خمساً في عقدة؟ قال: يخلى سبيل أيتها شاء ويمسك الأربع (٥).

وروى جميل أيضاً عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في رجل تزوج اختين في عقدة واحدة قال: هو بالخيار أن يمسك أيتها شاء ويخلى سبيل الأخرى (٦).

(ب) أن مقتضى الإباحة ثابت، والمانع لا يصلح للمعارضة، فيجب ثبوت الحكم، أما مقتضى فهو العقد، إذا العقد عليها عقد على كل واحدة منهما، وأما المانع فليس إلا لانضمام عقد الأخرى اليه، وهو لا يقتضي تحريم المباح كما لو جمع بين محرمة ومحللة عيناً في عقد واحد كذات البعل والحالية منه، وكما لو جمع بين المحرم والمحلل في البيع، ولا فرق إلا الإطلاق والتعيين، إذ في التعيين تحريم واحدة معينة فتبطل العقد عليهما، وفي الإطلاق تحل واحدة مطلقة وتحرم أخرى مطلقة وقد

(١) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٣٣ قال: والذي يقتضيه أصول المذهب أن 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: وإن عقد عليها عقد مقارنة لم يصح الخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) الإرشاد: المطلب الثاني في أسباب التحريم قال: فإن تزوج الاختين صبح السابق فإن اقترنا بطل (مخطوط).

(٥) الكافي: ج ٥ باب الذي عنده أربع نسوة ص ٤٣٩ الحديث ٥.

(٦) الكافي: ج ٥ باب الجمع بين الاختين من الحرائر والاماء ص ٤٣٩ الحديث ٣.

عقد عليها معاً، فيدخلان في العقد، اذ لا وجود له إلا في جريانه.
احتج الآخرون: بأنه عقد منهي عنه، ولأن اختصاص إحدى الاختين بصحة
عقدها دون الاخرى ترجيح من غير مرجح.

والجواب: الفرق بين المحللة والمحزمة، وبين صورة النزاع، فان في المحللة عيناً
والمحزمة عيناً ضم المحزمة في العقد لاغ لا عبزة به، وفي صورة النزاع له صلاحية الوقوع
على كل واحدة، فان لم يؤثر حالة وقوعه يواحدة كان باطلاً، وإن أثر في كل واحدة
لزم وقوعه بهما، وهو باطل بالإجماع، وصرفه الى أحدهما دون الأخرى 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 الأختين فيبطل العقد على المذكورة آخرهن إما في الخطبة أو إجابة الولی (١) وهونادر.

(الثالث) لو ترتب العقد صح عقد الأولى وبطل الثانية، فلو طء الثانية فرق
بينهما، قال في النهاية: ولا يرجع الى الأولى حتى يخرج عدة الثانية (٢) وبه قال
القاضي (٣) وابن حمزة (٤) وقال ابن ادریس: لا يمنع من وطأ امرأته الأولى (٥) وهو

(١) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٨ س ١٤ قال: وقال ابن الجنييد: الى ان قال: ويبطل العقد على
المذكورة آخرهن إما في الخطبة أو في اجابة الولی الخ.

(٢) النهاية: باب ما حلل الله تعالى من النكاح، ص ٤٥٤، س ١٥ قال: فان وطأ الثانية فرق بينهما ولم
يرجع الى 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 الى الأولى حتى تخرج التي وطئها من عدتها منه.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٣ س ٩ قال: فان دخل بالثانية فرق بينهما
الخ.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٣٦ قال: والذي يقتضيه أصول المذهب انه لا يمنع من
وطئ امرأته الاولى الخ.

السبب الخامس، اللعان: ويشبت 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 بالأخيرة، ولو دخل بها تخير أيهما شاء، ولا يقرب من يختارها حتى يقضى عدة من خلاها (١) وهو متروك.

والمعتمد قول ابن ادریس، وعليه المصنف (٢) والعلامة (٣).

فالخلاصة أن هنا ثلاثة أقوال:

- (أ) التخيير مع الدخول، مختار أبي علي.
- (ب) بطلان الثانية، ولا حكم لو طئها لو حصل، ويعود إلى الأولى من غير إرتقاب خروج عدة الثانية مختار ابن ادریس.
- (ج) بطلان الثانية ولا يعود إلى الأولى حتى يخرج عدة الثانية، مختار النهاية.

احتج أبو علي بصحيفة أبي بكر الحضرمي قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام رجل نكح امرأة ثم أتى أرضاً فنكح أختها وهو لا يعلم؟ قال: يمسك أيهما شاء ويختلي سبيل الأخرى (٤).

واجيب: المراد بإمساك الأولى بالعقد الثابت عليها، والثانية باستجداد العقد عليها بعد مفارقة الأولى:

(١) و (٢) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٨ س ١٩ قال: وقال ابن الجنيدي: فإن دخل بالأخيرة تخير أيهما شاء الخ ثم قال بعد نقل قول الشيخ أولاً وابن ادریس وابن الجنيدي 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، وبالمملك في اليهودية والنصرانية، وفي المجوسية قولان: أشبهها الجواز. ولو ارتدَّ أحد الزوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال، ولو كان بعد الدخول وقف على إنقضاء العدة إلا أن يكون الزوج مولوداً على الفطرة، فانه 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: أشبهها الجواز.

أقول: تحريم ماعدا الكتابيات من الكفار ثابت بالإجماع.

والكتابيات قسمان:

(الأول) من له كتاب وهم اليهود والنصارى، وللاصحاب هنا ستة أقوال: (أ) تحريم النكاح بكل أنواعه، إختاره السيد (١) والشيخ في كتابي الأخبار (٢) وأحد قولي المفيد (٣) وقواه ابن ادريس (٤) وإختاره فخر المحققين، قال: وهو الذي

(١) الانتصار: مسائل النكاح ص ١١٧ قال: مسألة ومما انفردت به الإمامية خطر نكاح الكتابيات الخ.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب، ص ٢٩٦ الحديث ١ - ٢ - ٣ 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 أو 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 قوي عندي يمكن الاعتماد عليه والركون اليه.

- إستقر عليه رأي والذي يعني العلامة في البحث (١)، والذي رجحه في المختلف (٢).
 (ب) جواز النكاح بكل أنواعه، إختاره الحسن (٣) والصدوقان (٤).
 (ج) إباحة المتعة اختياراً، والدوام إضطراراً، 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
 الإماء (٨).

- (١) الايضاح: ج ٣ كتاب النكاح، في الكفائة، ص ٢٢ س ١٣ قال: والاول وهو التحريم مطلقاً هو الصحيح عندي والذي استقر عليه رأي والذي المصنف في البحث.
 (٢) المختلف: فيما يحرم بسبب الكفر ص ٨٣ س ١٢ قال: والمعتمد تحريم أصناف الكفار في الدوام وكراهية اهل الكتاب في المتعة الخ.
 (٣) المختلف: فيما يحرم بسبب الكفر ص ٨٢ س ٢٥، قال: وقال ابن أبي عقيل: الى قوله: وأما اهل 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 علي 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 الى العقد عليهن عقد على اليهودية والنصرانية وذلك جائز عند الضرورة، ولا بأس أن يعقد على هذين الجنسين عقده 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 الى العقد عليهن عقد على اليهودية والنصرانية وذلك جائز عند الضرورة الخ.
 (٨) المقنعة: باب العقود على الإماء ص ٧٨ س ٩ قال: وينكح بملك اليمين النصرانية واليهودية ولا يجوز له ذلك بعقد نكاح الخ.

(هـ) إباحته بملك اليمين والمتعة وتحريمه دائماً إختاره التقي (١) وسلا (٢) والمصنف (٣).

(و) تحريمه اختياراً مطلقاً وجوازه إضطراراً مطلقاً وهو قول أبي علي (٤).
 إحتج الأولون بأنهنّ مشركات، ونكاح المشركة حرام.
 أمّا الأولى: فلقوله تعالى «وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرُ بْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ بْنُ اللَّهِ، ثُمَّ قَالَ فِي آخِرِ الْآيَتَيْنِ (سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ) (٥) فَسَمَّاهُنَّ مشركات.
 وأما الثانية: فلقوله تعالى «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمَنَّ» (٦) وقوله تعالى «وَلَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ فَلَا تُرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَأَهُنَّ حُلٌّ لَهُمْ وَلَا لَهُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ» (٧).

ولأنّ النكاح يستلزم المودة، لقوله تعالى «وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً» (٨) ومودة الكافر حرام، لقوله تعالى: «لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ» (٩).

واحتج المسؤغون: بقوله تعالى «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ» (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 وطنى اليهودية والنصرانية بملك اليمين الخ.
 (٢) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٨ س ١٦ قال: أمّا في عقود المتعة والأمة 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 منهنّ 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 الأنصاري عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن طعام أهل الكتاب ونكاحهم؟ حلال؟ فقال: نعم قد كانت تحت طلحة يهودية (١).
والجواب عن الآية: أنها منسوخة بقوله تعالى «وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ».
وعن الرواية: بضعف طريقها.

واحتج المفضلون بالنسبة إلى الاختيار والإضطرار 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: ما رواه أبان بن عثمان عن زرارة قال: سمعته يقول: لا بأس أن يتزوج اليهودية والنصرانية متعة وعنده امرأة (٣).
والمعتمد الأول.

(الثاني) من له شبهة كتاب وهم المجوس، فإنه كان لهم كتاب اسمه (جامست) ونبي اسمه (زرادشت) فحرقوا الكتاب، وقتلوا النبي، وبقي في أيديهم صحف يشبهوا بها، وهم يعبدون النار، ويسمون الثنوية، لأنهم يقولون بالهين إثنين، النور 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، وهم 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: ستوا بهم ستة 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 ص 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، ووقف على إنقضاء العدة إن كان بعده، وقيل: إن كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقياً، ولا يمكن من الدخول عليها ليلاً، ولا من الخلوة بها نهاراً وغير الكتابيين يقف على إنقضاء العدة بإسلام أتيهما اتفاق، ولو أسلم الذمي وعنده أربع فمادون لم يتخير، ولو كان عنده أكثر من أربع تخير أربعاً.

ادريس عن منا كحتهم (١) وهو حسن، والروايات خالية عن ذكر المجوسيات. قال طاب ثراه: ولو أسلمت زوجته «أي زوجة الذمي» دونه أنفسخ في الحال إن كان قبل الدخول ووقف على إنقضاء العدة إن كان بعده، وقيل: إن كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقياً، ولا يمكن من الدخول عليها ليلاً، ولا من الخلوة بها بهاراً.

أقول: القول المحكي للشيخ في النهاية وكتابي الأخبار (٢) (٣). معولاً على رواية جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام

بن محمد بن علي عن أبيه: إن عمر بن الخطاب ذكر المجوس، فقال: ما أدري كيف اصنع في امرهم فقال: عبد الرحمن بن عوف: أشهد لقد سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: سنوهم سنة أهل الكتاب) ونقله العلامة في التذكرة.

(١) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩١ س ١٢ فبعد نقل قول الشيخ في التبيان وقول المفيد في المقنعة بالمنع، قال: وهو الصحيح الذي لا خلاف فيه ويقتضيه أصول المذهب، وقوله تعالى الخ.

(٢) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٧ س ١٣. قال: فإن أسلمت المرأة ولم يسلم الرجل الخ.

(٣) سيأتي.

أنه قال: في اليهودي والنصراني والمجوسي إذا أسلمت إمرأته قبله، ولم يسلم؟ قال: هما على نكاحهما، ولا يفرق بينهما، ولا يترك يخرج بها من دار الاسلام الى دار الكفر (١) وهي مرسلة، ومعارضة بصحيفة البزنطي 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 فإن أسلم الزوج بعد ذلك أيكونان 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). لأن التزويج نوع سلطنة على الزوجة لقوله تعالى: «الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (٨) والكافر منفي السلطنة على المسلم، لقوله تعالى «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (٩) وللرواية المتقدمة.

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب ص ٣٠٠ الحديث ١٢.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب ص ٣٠٠ الحديث ١٣.

(٣) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ١٠٥ قال: وهكذا إذا كانا كتابيين فأسلمت

الزوجة الخ.

(٤) المذهب: ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٧ س ١٣ قال: فإن أسلمت الزوجة ولم يسلم الرجل لم يكن

له عليها سبيل الخ.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩١ س ١٤ قال: فإن أسلمت المرأة ولم يسلم الرجل فإنه ينتظره

عنتها الخ.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٤ س ٥ قال بعند 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 الإرتداد، 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 الإرتداد، 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 بانئت عصمتها منه، فإن إباق العبد طلاق إمرأته، وهو بمنزلة المرتد عن الإسلام، قلت: فإن رجع إلى مواليه يرجع إليه امرأته؟ قال: إن كانت قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره فلا سبيل له عليها، فإن لم تزوج ولم تنقض العدة فهي إمرأته على النكاح الأول (١) وبمضمونها أفق الشيخ في النهاية (٢) وخص ابن حمزة الحكم المذكور بكون العبد زوجاً لأمة تزوجها بإذن السيد (٣) ومنع ابن ادریس وقال: النفقة لازمة للسيد ولا تبين منه إلا بالطلاق (٤) واختاره

(١) الفقيه: ج ٣ (١٤١) باب أحكام المالك والإماء، ص ٢٨٨ الحديث ١٦ وفيه (فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد).

(٢) النهاية: باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٨ س ١٥ قال: وإذا أذن الرجل لعبده في التزويج الخ.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان العقد على العبيد والإماء ص ٣٠٧ س ١ قال: وإذا تزوج عبداً بامة غير سيده ورضي سيدهما.

(٤) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٦ س ٢٥ قال: والذي يقتضيه الأدلة أن النفقة ثابتة على السيد الخ.

مسائل سبع

الأولى: التساوي في الإسلام شرط في صحة العقد وهل يشترط التساوي في الإيمان؟ الأظهر: لا، لكنه يستحب ويتأكد في المؤمنة نعم لا يصح نكاح الناصب ولا الناصبة بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام.

المصنف (١) والعلامة (٢) وفخر المحققين (٣) لضعف سند الرواية، فإن عمار فطخي.

قال طاب ثراه: وهل يشترط التساوي في الإيمان؟ الأظهر: لا؛ لكنه يستحب ويتأكد في المؤمنة.

أقول: مذهب المصنف الإكتفاء بالإسلام، 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 الإمام والماليك ص ٢٣ س ٢٥ قال بعد الطعن في الرواية: نمنع المساواة في الحكم بين الإرتداد والاباق.

(٣) الايضاح: ج ٣، المطلب الخامس في النفقة ص ١٢٤ س ٢ قال: فالأولى الاعتماد على الأصل وهو البقاء.

(٤) الوسيلة: كتاب النكاح ص ٢٩١ س ٣ قال: ويكره أن يزوجه كرمته من خمسة: من المستضعف المخالف الآ مضطراً الخ.

(٥) المقنعة: ص ٧٨ باب الكفائة في النكاح قال: والمسلمون الأحرار يتكافؤن بالإسلام والحرية في النكاح الى ان قال: فالمسلم اذا كان واجداً طولاً الى قوله: فهو كفوف 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 ادريس (٤) وهو مذهب العلامة (٥) وفخر المحققين (٦).

إحتج الأولون بعموم الآية وبارواه محمد بن الفضيل الهاشمي قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: الكفو أن يكون عفيفاً وعنده يسار (٧).

ومثلها رواية محمد بن الفضيل عمن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام: الكفو أن يكون عفيفاً وعنده يسار (٨).

إحتج الآخرون ببارواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: ولا يتزوج المستضعف مؤمنة (٩).

وفي رواية زرارة عنه عليه السلام قال: إن العارفة لا توضع 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 بالأخلاق في النكاح، وعندنا هي الايمان الخ.

(٣) فقه القرآن: ج ٢ باب ضروب النكاح ص ٩٤ س ١٨ قال: وأما شرائط الانكحة الى 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 الإيمان واليسار بقدر ما يقوم بأمرها الخ.

(٥) و (٦) القواعد: المطلب الرابع: الكفاءة معتبرة في النكاح، والمراد بها التساوي في الاسلام والإيمان الخ وأورده في الايضاح: ج ٣ ص ٢١ وارفضاه ولم يعلق عليه.

(٧) التهذيب: ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤ الحديث ٣.

(٨) التهذيب: ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤ الحديث ١.

(٩) الكافي: ج ٥ باب مناقحة النصاب والشكاك ص ٣٤٩ قطعة من حديث ٨.

(١٠) الكافي: ج ٥ باب مناقحة 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 الإنفاق 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 لأن المرأة البلهاء المستضعفة تأخذ من أدب زوجها، ويردّها إلى ما هو عليه (١).

قال طاب ثراه: ولا يشترط تمكن الزوج من النفقة «الإنفاق خ ل» ولا يتخير المرأة لو تجدد العجز عن الإنفاق.

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 الى مشابهة العقد للمعاوضة ولهذا تسقط نفقتها لو أخلت بالتمكين، ولو أرادت منعه بالكلية كرهاً له، شرع لها الخلع بعوض يرضى ببذله بالغاً ما بلغ، وسُمّي فدية، ولا تملك الرجوع إلا مع رجوعها، فكان معاوضة من هذه الوجوه، ومع عجز المتعاضين يفسد المعاوضة،

(١) دعائم الاسلام: ج ٢ ص ١٩٩ الحديث ٧٣٢ والحديث عن أبي جعفر عليه السلام، وتمام الحديث (فتزوجوا إن شئتم في الشكاك، ولا تزوجوهم، فاما اهل النصب لاهل بيت عمّد والعداوة لهم المباشين بذلك المعروفين به الذين ينتحلونه دنيا فلا تخالطوهم ولا تواذوهم ولا تنكحوهم) مع اختلاف.
 (٢) المبسوط: ج ٤ كتاب النكاح ص ١٧٩ س ٨ قال: واليسار عندنا شرط، وحده ما أمكنه 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) والإمساك مع تعذر الإنفاق، ليس بإمساك بمعروف، فتعين التسريح. (ج) لا يشترط، وليس للمرأة الخيار، لقوله تعالى: «وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله» (٣) ومع تسلط المرأة على الفسخ ينتفي فائدة الأمر هنا.

ولقوله عليه السلام: إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجه (٤). وسأله رجل فقال: لمن نزوج؟ قال: الأكفاء، قال: يارسول الله صلى الله عليه وآله من الأكفاء؟ قال: المؤمنون بعضهم أكفاء بعض (٥) فلو اشترط مع الإيمان في الكفاءة شرط آخر، لكان الإيمان أعم، ولا يجوز التعريف بالأعم، بل بالمساوي في العموم والخصوص، واختاره المصنف (٦) والعلامة (٧) وفخر المحققين (٨).

(١) السرائر: باب الكفاءة في النكاح ص ٢٩٥ س ٥ قال: والأولى أن يقال: إن اليسار ليس بشرط في صحة العقد، وإنما للمرأة الخيار إذا لم يكن موسراً 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، والأقرب العدم.

(٨) الايضاح: ج ٣ في الكفاءة ص ٢٣ س ١٦ قال: والأصح عندي إختيار والذي.

الثانية: لو تجدد العجز عن الإنفاق، هل لها الفسخ؟

فنقول: على القول بالإشتراط ابتداءً، أو ثبوت الخيار، يتسلط على الفسخ مع تجديد العجز، لفقدان الشرط، وحصول الضرر بالضرر، وقال تعالى: «وَلَا تُضَارُّوهُنَّ» (١) وعلى القول بعدمه، هل يفسخ مع تجددده؟ قال ابن الجنييد: نعم (٢)، لأنه ضرر عظيم على المرأة، وهو منفي بالآية (٣)، واختاره العلامة في المختلف (٤) دفعاً للضرر الحاصل بها، لإحتياجها 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 زبني والفضيل بن يسار جميعاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إن أنفق عليها ما تقيم حياتها مع كسوة، وإلا فارق بينهما (٧). والمشهور عدم الفسخ، لإصالة 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 بالإعسار من النفقة إلى أن قال: وقال ابن الجنييد: بالخيار. (٣) أي 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 الأقارب، الرابعة قال: إذا دافع بالنفقة الواجبة أجبره الحاكم، فإن امتنع حبسه الخ. وليس فيه كلمة البيونة فلا حظ وتأمل.

(٧) الفقيه: ج ٣ (١٣١) باب حق المرأة على الزوج ص ٢٧٩ الحديث ٦ وفيه (ما يقيم ظهرها) بدل

(٨) البقرة: ٢٨٠.

(ما يقيم حياتها).

وإذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب إجابته، وإن كان أخفض نسباً، وإن منعه الولي كان عاصياً.
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 نسباً وإن منعه الولي كان عاصياً.

أقول: ذكر محمد بن يعقوب في كتابه مرفوعاً إلى علي بن مهزيار قال: كتب علي بن أسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته، فإنه لا يجد أحداً مثله، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام: فهمت ما ذكرت من أمر بناتك وإنك لا تجد أحداً 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: الكفو أن يكون عفيفاً وعنده يسار (٢).

قال العلامة: إلا للعدول إلى الأعلى (٣) (٤).

والأولى يفسد ذلك بكونه منتفياً، أو مع رضاها، وآلا فالأولى تزويجه إذا جمع

(١) الكافي: ج ٥ باب آخر منه ص ٣٤٧ الحديث ٢.

(٢) الكافي: ج ٥ باب الكفو ص ٣٤٧ الحديث ١.

(٣) القواعد: المطلب الرابع الكفاءة ص ٦ س ٢٥ قال: ولو امتنع الولي كان عاصياً إلا للعدول إلى الأعلى.

(٤) قال في جامع المقاصد: ج ٢ في الكفاءة ص ٣١٠ بعد نقل ما عن العلامة: بناء على القول بأن للأب أو الجد ولاية على البكر البالغ الرشيدة. ثم قال: ولو أراد الولي العدول إلى الأعلى من المخاطب لم يكن عاصياً بالتأخير.

الوصفين، ولا يضرة خفاضة نسبه وفقره مع صلاحه.
 قال الصادق عليه السلام: إن رسول الله صلى الله عليه وآله زوج مقداد بن
 الأسود ضباعة (١) بنت الزبير بن عبدالمطلب، ثم قال: إنما زوجها بالمقداد لتتضع
 المناكح، وليتأسوا برسول الله صلى الله عليه وآله، ولتعلموا إن أكرمكم عند الله
 اتقاكم، وكان الزبير أخا عبد الله وأبي طالب لأبيها وأُمِّها (٢) (٣).
 ويكره تزويج الفاسق، ويتأكد شارب الخمر.
 لقوله عليه السلام: الكفو أن يكون عفيفاً (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 فإن المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه (٧).
 وروى محمد بن يعقوب مرفوعاً إلى الفضيل بن يسار قال: قلت لأبي عبد الله
 عليه السلام: إن لأمرأتى أختاً عارفة على رأينا، وليس على رأينا بالبصرة إلا قليل،

(١) وفي رواية أخرى (ضبيعة) مضغراً.

(٢) بيان ضباعة بالضاد المعجمة وبالباء الموحدة والعين المهملة، و(يتضع) من الإتضاع ضد
 الإرتفاع (وإلى كتاب النكاح باب الكفاءة ص ١٨).

(٣) الكافي: ج ٥، باب آخر منه (من أبواب أن المؤمن كفواً للمؤمن) ص ٣٤٤ الحديث ٢.

(٤) تقدم في حديث علي بن الحكم، وإيضاً التهذيب: ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤

الحديث ١ و٣.

(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 النكاح 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 عز وجل يقول:
«فلا ترجعوهنَّ إلى الكفار لاهنَّ حلَّ لهم ولا هم يحلونَّ لهنَّ» (١)(٢).
وفي هذه الرواية نصرة لمذهب العلامة (٣) وإيماء إلى مذهب علم الهدى
رحمه الله (٤).

وروى جميل بن دراج عن زرارة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: إني
لأخشى أن لا يحلَّ لي، من أن أتزوج على من لم يكن من أمري؟ فقال: ما يمنعك من
المبلة من النساء؟ قلت: وما المبلة؟ قال: هنَّ المستضعفات اللاتي لا ينصبن
ولا يعرفن ما أنتم عليه (٥).

قال طاب ثراه: إذا انتسب إلى قبيلة وبان من غيرها، ففي رواية الحلبي تفسخ
النكاح.

أقول: قال الشيخ في النهاية: إذا انتسب الرجل إلى قبيلة وتزوج، فوجد على
خلاف ذلك، بطل التزويج (٦) وبه قال ابن حمزة (٧) وأبو علي (٨) وجعله القاضي رواية (٩)

(١) المتنحة: ١٠.

(٢) الكافي: ج ٥ باب مناكة النصاب والشكاك ص ٣٤٩ الحديث ٦.

(٣) في هامش بعض النسخ ما لفظه (في أنه يشترط التساوى في الإيمان).

(٤) في هامش بعض النسخ ما لفظه (لأنه يقول بكفرهم وتنجيسهم وهذه الرواية دالة على ذلك).

(٥) الكافي: ج ٥ باب مناكة النصاب والشكاك ص ٣٤٩ الحديث ٧.

(٦) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٤٨٩ س ١ قال: وإذا انتسب 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 إذا ادعى الخ.

وقال في المبسوط: الأقوى انه لا خيار لها، ومن الناس من قال: الخيار لها، وقد روي ذلك في أخبارنا (١)، وقال ابن ادريس: ليس لها الفسخ، لأصالة بقاء العقد ولزومه، ولقوله تعالى: «أوفوا بالعقود» (٢) ثم قال: ويرد من حيث التدليس بالشرط، وفرق بين التدليس والعيب، فإن 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 الى قبيلة فبان أدنى منها بحيث لا يلائم شرف المرأة كان لها الخيار في الفسخ، محتجاً 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: وإن كان الغرور بالنسب إلى أن قال: فالأقوى انه لا خيار لها، وفي الناس من قال لها الخيار وقد روي ذلك في أخبارنا.

(٢) المائدة: ١.

(٣) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٨ س ٣٧ قال: والأظهر أنه لا يفسخ بذلك النكاح إلى أن قال: إلا أن هذا وإن لم يكن عيباً فانه يرد به لأنه تدليس الخ.

(٤) الشرائع: (الاولى الكفاءة) قال: ولو انتسب الزوج الى قبيلة الى قوله: وليس لها وهو اشبه.

(٥) القواعد: المطلب الرابع الكفاءة ص ٧ س ١ قال: ولو انتسب الى قبيلة فبان من غيرها، فالأقرب انتفاء الفسخ.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح، ص ٤٣٢ قطعة من حديث ٣٥.

(٧) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٤ س ٣٣ قال: والأقرب أنه اذا انتسب الى قبيلة فبان أدنى منها الخ.

(٨) الايضاح: ج ٣ المطلب الرابع في الكفاءة ص ٢٥ س ١٦ قال: والأقوى عندي أنه لا فسخ 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 الى أربعة مذاهب:

- (أ) الفسخ مطلقاً، قاله في النهاية.
 - (ب) عدمه مطلقاً، قاله في المبسوط.
 - (ج) الفسخ إن كان شرفها لا يلائم نسبه، قاله العلامة في المختلف.
 - (د) الفسخ إن شرط في متن العقد وإلا فلا، قاله فخر المحققين.
- ووجه قول العلامة وولده الجمع بين القولين المتقدمين.

فرعان

(أ) لو انتسب إلى صناعة، هل يكون الحكم فيه كالقبيلة؟ قال ابن الجنيد: نعم (١).

(ب) هل هذا الحكم مشترك بين الرجل والمرأة؟ نص عليه أبو علي (٢) وتبعه ابن حمزة (٣) ولم 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 منفسخاً إن لم يرضه الآخر الخ.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد، ص ٣١١ س ١٨ قال: وما يمتعها (أي الرجل والمرأة) إلى قوله: وانتساب إلى قبيلة معينة، أو أب بعينه وقد بان بخلاف ذلك.

- الرابعة: لا يجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية، ويجوز في غيرها، ويحرم التصريح في الحالين.
- الخامسة: اذا خطب فأجابت كره لغيره خطبتها، ولا تحرم.
- السادسة: نكاح الشغار باطل، وهو أن تتزوج امرأتان برجلين، على أن مهر كل واحدة نكاح الاخرى.
- السابعة: يكره العقد على القابلة المربية وبناتها، وان 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 أو لا قاله الصدوق (١) وابوعلي (٢) فزاد ثبوته للمرأة بزنا الرجل. واثبت به الخيار، وإن حدث بعد العقد، لإشتماله 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 استحلت من فرجها، وأن 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 الجبید: 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 اختيار المصنف (٧) والعلامة (٨)، أما نفي الخيار فلاصالة 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 الى قوله: كان بالخيار الخ وقال في باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ٥: وترد البرصاء الى قوله: والمحدودة في الفجور.

(٢) المراسم: ذكر شرائط الانكحة ص ١٥٠ س ١٨ قال: ويرد العميا الى قوله: والمحدودة في الفجور. (٣) الكافي: النكاح، الضرب الاول من الأحكام ص ٢٩٥ س ١٤ قال: وإذا تزوج الى قوله: او محدودة، كان له ردها الخ.

(٤) المهذب: ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٤ قال: وأما ما يختص المرأة الى قوله: وكونها محدودة في الزنا.

(٥) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ٧ قال: والمحدودة في الزنا لا ترد الى أن قال: ألا 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: والأقرب 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:

وأركانه أربعة:

الأول: الصيغة وهو ينعقد بأحد الألفاظ الثلاثة خاصة، وقال علم الهدى: ينعقد في الإماء بلفظ الإباحة والتحليل.

وصريح رواية رفاة بن موسى عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن المحدودة، هل ترد من النكاح؟ قال: لا (١).
وأما عدم الرجوع بالمهر، فلأن التضمين وعدم الفسخ مما لا يجتمعان، لأن الرجوع على الولي بالمهر لمكان تدليسه إياها، إن كان ذلك نقصاً ثبت معه الرجوع وخيار الفسخ، وإن لم يكن نقصاً لم توجب الرجوع.

القسم الثاني في النكاح المنقطع

قال طاب ثراه: وهو ينعقد بأحد الألفاظ الثلاثة خاصة، وقال علم الهدى: ينعقد في الإماء بلفظ الإباحة والتحليل.
أقول: قول السيد هنا مبني على مسألتين:
(أ) انعقاد التحليل بلفظ الإباحة.
(ب) أن التحليل عقد متعة.
وحينئذ لا يكون عقد المتعة في الإماء منحصراً في الصيغ الثلاث، بل هناك

(١) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ص ٤٢٤ قطعة من حديث ٨.

الثاني: الزوجة، ويشترط كونها مسلمة أو كتابية، ولا يصح بالمشاركة والناصبة.

ويستحب إختيار المؤمنة العفيفة، وأن يسألها عن حالها مع التهمة، وليس شرطاً ويكره بالزانية وليس شرطاً، وأن يستمتع ب بكر ليس لها أب، فإن فعل فلا يفتضها، وليس محرماً ولا حصر في عدد هنّ. ومحرم أن يستمتع أمة على حرة إلا بإذنها، وأن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت اختها ما لم تأذن.

الثالث: المهر وذكره شرط، ويكفي فيه المشاهدة، ويتقدر بالتراضي ولو بكف من برّ ولو لم يدخل ووهبها المدة فلها النصف، ويرجع بالنصف عليها لو كان دفع المهر، وإذا دخل استقر المهر تماماً، ولو أخلت بشيء من المدة قاصّها، ولو بان فساد العقد فلا مهر إن لم يدخل

لفظان آخران ينعقد بهما المتعة، هما الإباحة والتحليل (١).

وأما على القول بأن التحليل ليس عقد متعة، بل هو تمليك منفعة، فإن عقد المتعة يكون منحصرأ في الصيغ الثلاث، وإن قلنا: أنه عقد متعة، وقلنا بعدم وقوعه بلفظ الإباحة كمذهب الشيخ (٢) كان عقد المتعة في الإماء منحصرأ في أربع صيغ، في الثلاث مع التحليل وعلى قول السيد في خمس.

(١) المختلف: في نكاح الإماء ص ١٩ قال: مسألة، نقل ابن ادريس عن السيد المرتضى في الانتصار أن تحليل المالك جاريته لغيره عقد، والتحليل والإباحة عبارة عنه الخ.
(٢) المبسوط: ج ٤ فصل في نكاح المتعة وتحليل الجارية ص ٢٤٦ س ٨ قال: وأما تحليل الإنسان جاريته لغيره من غير عقد، مدة فهو جائز عند أكثر أصحابنا الخ.

ولو دخل فلها ما أخذت وتمنع مابقي، والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها، ويستعاد منها مع علمها، ولو قيل بمهر المثل مع الدخول وجهلها كان حسناً.

قال طاب ثراه: ولو دخل فلها ما أخذت وتمنع مابقي، والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها ويستعاد منها مع علمها، ولو قيل بمهر المثل مع الدخول وجهلها كان حسناً. أقول: إذا بان فساد العقد، إما بأن ظهر لها زوج، أو ظهرت أم زوجته، 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 ادريس: كان ما أخذت حراماً عليها (٢) قال المصنف: والوجه أنها إن كانت عاملة لم يكن عليها شيء، لكونها بغياً ولا مهر للبغي، ويستعاد منها ما أخذت، 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 زوجاً كان لها ما أخذت منه الخ.
- (٢) السرائر: باب النكاح المؤجل ص ٣١١ س ٣٧ قال: فان تبين له بعد الدخول بها ان لها زوجاً، أو هي في عدة لا يلزمه ان يعطيها شيئاً وكان ما أخذت منه حراماً عليها.
- (٣) لاحظ عبارة النافع.
- (٤) المختلف: في نكاح المتعة ص ١٣ س ١٢ قال: والتحقيق أن نقول: إن كانت عاملة بأن لها زوجاً الخ.
- (٥) الشرايع: في النكاح المنقطع، وأما المهر، قال: ولوتبين فساد العقد إما بان ظهر لها زوج الى قوله: ولو قيل لها المهر ان كانت جاهلة ويستعاد ما أخذت ان كانت عاملة كان حسناً.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.

الرابع: الأجل، وهو شرط في العقد، ويتقدّر بتراضيها، كالיום، والسنة، والشهر، ولا بد من تعيينه ولا يصح ذكر المرة والمرات مجردة عن زمان مقدّر، وفيه رواية بالجواز فيها ضعف.

إحتج الشيخ بما رواه حفص البختری في الحسن عن الصادق عليه السّلام قال: إذا بقي عليه شيء وعلم أنّ لها زوجاً، فما أخذته فلها بما استحلّ من فرجها، ويحبس عنها ما بقي عنده (١) وأجاب العلامة بحمله على الجهل، وقوله عليه السّلام: «ويحبس عنها ما بقي عنده» على ما إذا بقي عليها من الأيام بقدره (٢). وأورد عليه فخر المحققين نظراً من وجهين:

(أ) بطلان المستمى ببطلان العقد.
(ب) مهر المثل يجب بالدخول وجوباً مستقراً، 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 مقدّر، وفيه رواية بالجواز، فيها ضعف.

أقول: البحث هنا يقع في مقامين:

(الأول) عدم ذكر الأجل، فنقول: ذكر الأجل شرط في عقد المتعة، فلو انحلّ به بطل العقد، لأنّ المشروط عدم عند عدم شروطه، ولأنّ الدائم غير مقصود لها، والعقود تابعة للدواعي والقصود.

ولصحيحة زرارة عن الصادق عليه السّلام قال: لا يكون متعة إلاّ بامرئ،

(١) الكافي: ج ٥ باب حبس المهر إذا اخلفت ص ٤٦١ الحديث ٢.

(٢) المختلف: في نكاح المتعة، ص ١٣ س ١٥ قال بعد نقل احتجاج الشيخ بما رواه حفص البختری: والجواب انه محمول على الجهل الخ.

(٣) الايضاح: ج ٣، في المنقطع ص ١٢٨ س ١٤ قال بعد نقل قول العلامة: وفيه نظر لبطلان المستمى ببطلان سببه الخ.

بأجل مسمى ومهر مسمى (١).

وهو إختيار العلامة ونقله عن والده (٢) وقال ابن ادریس: يبطل العقد إن كان بلفظ المتعة، وينقلب دائماً إن كان بلفظ النكاح أو التزويج (٣) وأطلق الشيخ القول بصحته دائماً (٤) وتبعه القاضي (٥) وابن زهرة (٦) والسي (٧) واختاره المصنف (٨).

احتجوا: بأصالة صحة العقد، وبأن لفظ المتعة من صيغ إيجاب الدائم والتميز بينها بذكر الأجل، ولم يحصل، فينصرف إلى الدوام، لأصالة صحة العقد. وبارواه ابن بكير في الموثق عن الصادق عليه السلام قال: إن سمي الأجل فهو متعة، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات (٩) ويمكن حمله على من أراد الدائم وعقد بلفظ

(١) الكافي: ج ٥ باب شروط المتعة ص ٤٥٥ الحديث ١.

(٢) المختلف: في نكاح المتعة ص ٨٨ قال بعد نقل قول ابن ادریس: وهو الذي كان يفتي به والدي وهو المعتمد.

(٣) السرائر: باب النكاح، الموجل، ص ٣١١ س ٧ قال: ولا بد من هذين الشرطين، فإن لم يذكر المدة الخ.

(٤) النهاية: باب المتعة وأحكامها ص ٤٨٩ س ٧ قال: فإن عقد عليها متعة ولم يذكر الأجل كان التزويج دائماً.

(٥) المهذب: ج ٢ ص ٢٤١ س ٤ قال: فإن ذكر الأجر ولم يذكر الأجل كان النكاح دائماً الخ.

(٦) (جوامع الفقهية) الغنية: ص ٦١١ قال: فصل في نكاح المتعة إلى أن قال: فإن ذكر المهر دون الأجل كان دواماً.

(٧) الكافي: ص ٢٩٨ س ١ قال: وأما نكاح المتعة إلى أن قال: فإن ذكر الأجر ولم يذكر الأجل كان دواماً.

(٨) لاحظ عبارة النافع.

(٩) الكافي: ج ٥ باب في أنه يحتاج أن يعيد عليها الشرط بعد عقدة النكاح ص ٤٩٥ قطعة من

حديث ١.

وأما الأحكام فمسائل:

الأولى: الإخلال بذكر المهر مع ذكر الأجل يبطل العقد، وذكر المهر من دون الأجل يقلبه دائماً.

الثانية: لاحكم للشروط قبل العقد، ويلزم لو ذكرت فيه.

الثالثة: يجوز اشتراط إتيانها ليلاً أو نهاراً، وأن لا بطلانها في الفرج، ولو رضيت به بعد العقد جاز، والعزل من دون إذنها، ويلحق الولد وإن عزل، لكن لوفاه لم يحتج إلى اللعان.

التمتع، جمعاً بين الأدلة.

(الثاني) لو ذكر أجلاً مجهولاً 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 دائماً (٣) بوجهه أن الأجل لما كان مجهولاً ساوى غير المذكور، وذلك يوجب إنعقاده دائماً، وهما ممنوعان.

ومارواه 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 مرسله 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 الأجل التعيين: فلو ذكر مدة مجهولة

(٣) تقدم آنفاً.

بطل العقد.

(٤) الكافي: ج ٥ باب ما يجوز من الأجل ص ٤٦٠ الحديث ٥ وفيه (على عرد واحد).

الرابعة: لا يقع بالمتعة طلاق إجماعاً، ولا لعان على الأظهر، ويقع الظهار على 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 الأظهر، ويقع الظهار على تردد.

أقول: قال السيد: يقع اللعان والظهار (١) وقال التقي: بوقوع الظهار دون اللعان (٢) وسيأتي تحقيقه في موضعه إن شاء الله.

قال طاب ثراه: لا يثبت بالمتعة ميراث، وقال المرتضى يثبت ما لم يشترط السقوط نعم لو شرط التوارث لزم.

أقول: للأصحاب هنا ثلاثة أقوال: كما في علوم ردي

(أ) ثبوت الميراث في الأصل، وتسقط بإشتراط سقوطه حكاه المصنف عن السيد (٣) وهو مذهب الحسن (٤).

(ب) سقوطه في الأصل وتثبت بالشرط، وهو مذهب الشيخ في النهاية (٥) وبه

(١) الانتصار: في نكاح المتعة ص ١١٥ س ١٣ قال في جواب اعتراضهم ما لفظه (والذي ذكره رابعاً) إلى قوله: والظهار أيضاً يقع على المتمتع بها وكذلك اللعان الخ.

(٢) الكافي: وأما نكاح المتعة ص ٢٩٨ س ١٤ قال: ولا يصح بينها لعان، ويصح الظهار.

(٣) الانتصار: المتعة ص ١١٤ س ١٦ قال في جواب إشكالهم، على أن 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: فإن لم يشترط

أن لا ميراث بينها فأت أحدهما قبل صاحبه ورثه الآخر.

(٥) النهاية: باب المتعة وأحكامها ص ٤٩٢ س ٣ قال: وليس في نكاح المتعة توارث، إلى أن قال:

قال ابن حمزة (١) والقطب الكيديرى (٢) وهو ظاهر القاضى (٣) واختاره المصنف (٤).

(ج) عدم ثبوته مطلقاً لأنه ليس ثابتاً في الأصل، فأشترطه يجري مجرى إشتراط تورث الأجنبي، وهو مخالف للكتاب والسنة، فيكون باطلاً، وهو مذهب التقي (٥) وابن ادريس (٦) واختاره العلامة (٧) وأطلق الصدوق والمفيد نفى التوارث (٨) (٩) ولم يتعرضوا لذكر الشرط بنفى أو اثبات.

إحتج الأولون: بأن الزوجية تصدق عليها، فيدخل تحت عموم الآية.

وموثقه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سمعته يقول: الرجل يتزوج

اللهم إلا أن يشترط الخ.

(١) الوسيلة: فصل في بيان نكاح المتعة ص ٣٠٩ س ١٣ قال: ولا تثبت بهذا العقد النفقة والتوارث الأبسط.

(٢) المختلف: في نكاح المتعة ص ١٠ س ٣٢ قال بعد نقل قول ابن حمزة: وكذا قال الكيديرى.

(٣) المهذب: ج ٢ باب نكاح المتعة ص ٢٤٠ س ٤ قال: وأما نفى التوارث فلا يثبت بينهما ولو اشترط، وقال أيضاً في ص ٢٤٣ س ٢ قال: فأما إن شرط التوارث ثبت ذلك الخ ومراده ظاهر كما لا يخفى.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) الكافي: وأما نكاح المتعة ص ٢٩٨ س ١٤ قال: ولا توارث بينهما وإن شرط ذلك.

(٦) السرائر: باب النكاح المؤجل ص ٣١٢ س ٨ قال: وقال الباقر لا توارث الى قوله: فهذا الذي 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 منها في ذلك الأجل.

(٩) المقنعة: باب تفصيل أحكام، ص ٧٦ س ٢٢ قال: ولا يجب به ميراث ولا نفقات.

السادسة: اذا انقضى أجلها، فالعدة حيضتان على الأشهر وان كانت ممن تحيض ولم تحض فخمسة وأربعون يوماً، ولومات عنها في العدة روايتان أشبههما: أربعة أشهر وعشرة أيام.

السابعة: لا يصح تجديد العقد قبل انقضاء الأجل، ولو أرادته وهبها ما بقي من المدة، واستأنف.

المرأة متعة إنها يتوارثان، إذا لم يشترطاً، وإنما الشرط بعد النكاح (١).
 واجاب الشيخ: بأن المراد إذا لم يشترط الأجل، فإنها يتوارثان، لأنه يصير دائماً، 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، وإن لم يشترط لم يكن (٣).

إحتج النفاة: بأصالة عدم الميراث. كتاب ميراث علوم راسدية
 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 الأشهر.
 أقول: هنا مسألتان:

الأولى: في عدة الفرقة بعد الدخول، إتما بعد انقضاء الأجل، أو قبله مع هبة

(١) الكافي: ج ٥ باب الميراث ص ٤٦٥ الحديث ١.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (٩٨) باب أنه 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 الأجل فإنها يتوارثان الخ.

(٣) الكافي: ج ٥ باب الميراث ص ٤٦٥ الحديث ٢.

(٤) الاستبصار: ج ٣ (٩٨) باب أنه اذا شرط ثبوت الميراث في المتعة ص ١٤٩ الحديث ٣.

الباقي، والظاهر عدم اشتراط قبولها ولا علمها، فتحل له اختها.
وفي قدرها للأصحاب أقوال:

(أ) حيضتان للمستقيمة الحيض، وللمستربة شهر ونصف قاله الشيخ في
النهاية (١) وهو ظاهر المصنف (٢) وبه قال سلا (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 يوماً للمستربة، واستند الكل إلى الروايات،

(١) النهاية: باب المتعة وأحكامها ص ٤٩٢ س ١٥ قال: وعدة المتعة إذا انقضى أجلها الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المراسم: ذكر ما يلزم المرأة ص ١٦٦ س ٥ قال: فن تعدد بالأقراء ثم قال: وعدة الأمة والمتنع بها

حيضتان.

(٤) المهذب: ج ٢، باب نكاح المتعة ص ٢٤٣ س ١٢ قال: والمتنع بها الى قوله: كان عليها العدة

وهي حيضتان أو خمسة وأربعون يوماً، وفي المختلف، في نكاح المتعة ص ١١ س ٢١ قال بعد نقل قول
الشيخ: وتبعه ابن البراج في كتابيه معاً.

(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 المتنع 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) والتقي (٣) وابن ادريس (٤) والصدوق في المقنع (٥) وهو اختيار المصنف (٦) والعلامة (٧). وقال المفيد وتلميذه: شهرين وخمسة أيام كعدة الأمة (٨) (٩) وهو مذهب الحسن (١٠) والسيد (١١).

- (١) النهاية: باب المتعة واحكامها ص ٤٩٢ س ١٧ قال: واذا مات عنها زوجها الى قوله: أربعة أشهر وعشرة ايام.
- (٢) المهذب: باب نكاح المتعة ص ٢٤٤ س ١ قال: وان كان ذلك بموت الرجل كان عليها العدة وهي أربعة اشهر وعشرة ايام.
- (٣) الكافي: فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٣ س ١٠ قال: وكذلك حكم المتمتع بها الى قوله: تعدد أربعة أشهر وعشراً.
- (٤) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ١٩، قال: وهذه (اي أربعة اشهر وعشراً) عدة المتمتع بها إذا توفي عنها زوجها الخ.
- (٥) المقنع: باب المتعة ص ١١٤ س ١٢ قال: واذا تزوج الرجل امرأة متعة ثم مات عنها فعليها أن تعدد أربعة اشهر وعشرة ايام.
- (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: وعلتها من وفاة الزوج شهران وخمسة ايام.
- (٩) المراسم: ذكر ما يلزم المرأة ص ١٦٥ س ١١ قال: أو شهرين وخمسة ايام ان كانت أمة أو متمتعاً بها.
- (١٠) المختلف: في المتعة ص ١١ س ٣٤ قال بعد نقل قول المفيد وسلاز: وهو ايضاً قول ابن أبي عقيل.
- (١١) الإقتصار: في التمتع ص ١١٤ س ١٩ قال في جواب حجة الجمهور: وأما ما ذكره ثانياً (اي

إحتج الأولون: بعموم الآية، وبصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: سألته ماعدة المتمتعة إذا مات عنها الذي تمتع بها؟ قال: أربعة أشهر وعشراً، 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 وعشراً، وعدة المطلقة ثلاثة أشهر، والأمة المطلقة عليها نصف ماعلى الحرة، وكذلك المتعة عليها ماعلى الأمة (١) ولأنه أحوط فقد دلت هذه الرواية على أحكام:

(أ) الإعتداد 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 الأمة 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: سألت عن امرأة تزوج امرأة متعة، ثم مات عنها، ماعدتها؟ قال: خمسة وستون يوماً (٢) ولأنها كالأمة في الحياة، فكذا في الموت.

والرواية مرسلة، وحملها الشيخ على كون المراد: إذا كانت الزوجة أمة قوم يتمتع بها الرجل بإذنهم، فعدتها عدة الأمة شهران وخمسة أيام إذا لم تكن أمهات أولاد (٣)

الاعتداد) فهم يخصون الآية التي تلوها في عدة المتوفى عنها زوجها، لأن الأمة عندهم زوجة وعدتها شهران وخمسة أيام، فإذا جاز تخصيص ذلك بالدليل خصصنا المستمتع بها بمثله.

(١) الفقيه: ج ٣ (١٤٣) باب المتعة ص ٢٩٦ الحديث ٢٥.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (٢٠٣) باب عدة المتمتع بها إذا مات عنها زوجها ص ٣٥١ الحديث ٤.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (٢٠٣) باب عدة المتمتع بها إذا مات عنها زوجها ص ٣٥١ قال بعد نقل

القسم الثالث: في نكاح الاماء

والنظر إماماً في العقد، وإماماً في الملك .

أما العقد فليس للعبد ولا للأمة أن يعقدا لأنفسهما نكاحاً ما لم بأذن المولى، ولو بادراً أحدهما ففي وقوفه على الإجازة قولان، ووقوفه على الإجازة أشبه

وإن أذن المولى، ثبت في ذمة مولى العبد المهر والنفقة، ويثبت لمولى الأمة المهر، ولو لم يأذن فالولد لهما، ولو أذن أحدهما كان للآخر، وولد

تنبيه

لا فرق في عدة المستمتعة بين الحرة والأمة، فتعد الأمة في غير الموت بقرئين مع الإستقامة، ومع الرِّبة بشهر ونصف، وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام، عملاً بالعموم، وبصريح رواية زرارة المتقدمة (١)، وهو مذهب ابن إدريس (٢) وقواه العلامة في المختلف (٣).

القسم الثالث في نكاح الإماء

قال طاب ثراه: ولو بادراً أحدهما ففي وقوفه على الإجازة قولان، ووقوفه على الإجازة أشبه.

حديث ٤ فيحتمل أن يكون المراد به إذا كانت الزوجة أمة قوم الخ.

(١) الفقيه: ج ٣ (١٤٣) باب المتعة ص ٢٩٦ الحديث ٢٥.

(٢) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ٢٥ قال: فأما عدة الأمة المتوفى عنها زوجها فأربعة أشهر وعشراً.

(٣) المختلف: في نكاح المتعة ص ١٢ س ٧ قال: وابن إدريس قال: عدتها (يعني الأمة المستمتع بها)

أربعة أشهر وعشرة أيام الى قوله: ولا يخلو عن قوة.

المملوكين رقّ لمولاهما، ولو كانا لثنين فالولد بينهما بالسوية ما لم يشترطه أحدهما وإذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّاً، إلا أن يشترط المولى رقيته على تردّد ولو تزوّج الحرامه من غير اذن مالکها، فإن وطأها قبل الإجازة عالماً فهو زان، والولد رقّ للمولى وعليه الحد والمهر، ويسقط الحد لو كان جاهلاً دون المهر، ويلحقه الولد، وعليه قيمته يوم سقط حياً.

أقول: مختار المصنف هو قول الشيخ في النهاية (١) وهو إختيار العلامة (٢) وقال ابن ادریس: يبطل من الرأس للنهي عنه (٣).
قال طاب ثراه: وإذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّاً، إلا أن يشترط المولى رقيته على تردّد.

أقول: إذا زوّج المولى رقيقه بجرّ، فيما أن يكون الرقيق عبداً أو أمة، فإن كان عبداً كان الأصل في الولد الحرية إجماعاً منا، فإن شرط المولى الرقية كان الولد رقيقاً ايضاً، لم نقف فيه على مخالف، والتردد من المصنف قدس الله روحه، ووجهه: أن الولد إذا كان في الأصل حرّاً، كان الشرط مشتملاً على إسترقاق الجرّ، وهو مخالف للكتاب والسنة، فيكون باطلاً.

وان كان أمة فالمشهور أنه كذلك من غير فرق، وقال ابن الجنيد: الأصل في

(١) النهاية: باب العقد على الإماء والعبيد ص ٤٧٦ س ١٦ قال: ومتى عقد على أمة غيره بغير اذن مولاهما الى قوله: فان رضى المولى الخ.

(٢) المختلف: في نكاح الإماء ص ١٨ قال: مسألة، قد بينا فيما تقدم أن العبد والأمة ممنوعان من عقد النكاح إلا باذن المولى، فان بادر أحدهما من غير اذنه وقف على ايجازته، وهو أحد قولي الشيخ الى قوله: لنا انه عقد صدر من أهله الخ.

(٣) السرائر: باب العقد على الإماء والعبيد ص ٣٠٥ س ٩ قال: والذي ينبغي تحصيله في ذلك أن يكون العقد باطلاً الخ.

ولد المملوكة أنه رقيّ إلا أن يشترط الزوج العتق (١).

إحتج الأولون بوجوه:

(أ) أن الأصل عدم التسلط على الغير خرج عنه المعلوم رقه بالإجماع، فبقي الباقي على الأصل.

(ب) أن العتق مبني على التغليب والسراية، فجانبا الحرية أقوى، فيكون أرجح.

(ج) الروايات.

ففي رواية جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال: إذا تزوج العبد الحرة، فولده أحرار وإذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار (٢).

ورواية إسحاق بن عمار عنه عليه السلام: في مملوك يتزوج بحرة قال: الولد للحرة، وفي حرّ تزوج مملوكة قال: الولد للأب (٣).

احتج أبو علي: بتغليب حق الأدمي على حقه تعالى.

وبرواية أبي بصير قال: لو أن رجلاً دبّر جاريته ثم زوّجها من رجل، كانت جاريته وولدها منه مدبرين، كما لو أن رجلاً أتى قوماً فتزوج اليهم مملوكتهم، كان ما ولد لهم ممالك (٤).

أجابوا: بأنها مقطوعة ومحمولة على اشتراط الرقية.

(١) المختلف: في نكاح الإمام ص ١٧ س ٢٧ قال: وقال ابن الجنيّد: إذا تزوّج الأمة سيدها ومولاتها فهو بمنزلتها رقيّ الخ.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٢٧) باب إن الولد لاحق بالحرّ من الأبوين ص ٢٠٣ الحديث ٢.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١٢٧) باب إن الولد لاحق بالحرّ من الأبوين ص ٢٠٣ الحديث ٤.

(٤) الاستبصار: ج ٣ (١٢٧) باب إن الولد لاحق بالحرّ من الأبوين ص ٢٠٣ الحديث ٥.

وكذا لو ادّعت الحرية فتزوّجها على ذلك، وفي رواية: يلزمه بالوطء عشر القيمة إن كانت بكرًا، ونصف العشر لو كانت ثيبًا، ولو أولدها فكّهم بالقيمة، ولو عجز سعى في قيمتهم، ولو أبى عن السعي قيل: يفديهم الإمام، وفي المستند ضعف، ولو لم يدخل بها فلا مهر.

قال طاب ثراه: وكذا لو ادّعت الحرية فتزوّجها على ذلك، وفي رواية يلزمه بالوطء عشر القيمة إلى آخره.

أقول: البحث هنا يقع في مقامات:

(الأول) يجب عوض البضع هنا إجماعًا، لأنه وطء ليس بزنا، ولا عن ملك يمين، فكان عليه عوضه. وفي قدره أقوال:

(أ) أنه المسمى، وهو مذهب القاضي (١) واختاره العلامة (٢) لأنه عقد صحيح قبض فيه فيجب العوض الآخر، وعروض الفسخ لا يوجب فساد من أصله، وبه قال المفيد إن قبضته وكانت هي المدّسة (٣).

(ب) مهر المثل وهو قول الشيخ في المبسوط (٤) لأنها ملك الغير، والعقد موقوف على رضاه، فاذا لم يرض إرتفع من أصله، فكان كالفاسد من رأس.

(ج) العشر مع البكارة ونصفه مع الشيبوبة، وهو مختار ابن حمزة (٥) وأبي

(١) المهذب: ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣٦ س ١٦ قال: ولها المهر بما استحل من فرجها.

(٢) المختلف: في نكاح المتعة ص ٧ س ٣٩ قال: والتحقيق أن نقول: إذا تزوّجها على أنها حرة فخرجت أمة إلى قوله: كان عليه المهر لأنه عوض البضع الخ.

(٣) المقنعة: باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ٣ قال: ولا يأخذ منها شيئاً منه بعد الدخول الخ.

(٤) المبسوط: ج ٤، في العيوب التي توجب الرد في النكاح ص ٢٥٥ س ١٤ قال: وإن كان بعد الدخول وجب لها مهر المثل الخ.

(٥) الوسيلة: في بيان عقد العبيد والإماء ص ٣٠٣ س ١٨ قال: وعليه للسيد ما ذكرناه من عشر القيمة أو نصفه الخ.

على (١).

ومستنده رواية الوليد بن صبيح عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث إلى أن قال: ولوالها عشر قيمتها إن كانت بكرًا، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها (٢).

(الثاني) في توضيح طريق الغرور، وفيه مسائل:

(أ) دلّسها أجنبي بالحزبة، فالولد حرّ وعليه قيمته لمولاها يوم سقوطه حياً، لأنه وقت الحيلولة، وعليه العقر والأرش، وإن نقصت بالولادة، ويرجع بذلك على المدّلس.

(ب) كان المدّلس سيدها، فيصح النكاح، ويحكم عليه بالحرية إن تلفظ بما يقتضي العتق، عملاً بظاهر اقراره، وإن لم يكن تلفظ بما يوجب الحرية، لم يعتق، وسقط عنه الجميع، قال في المبسوط: إلا أقل ما يكون مهراً (٣) واختاره العلامة (٤).
(ج) شهد لها بالحرية شاهدان ثم بين الخلاف، فإما برجوعهما، أو ثبوت تزويرهما، فإن كان الأول لم ينقض الحكم بقولهما، وضمننا للمولى قيمة الجارية والولد والمهر، واستمر النكاح وإن كان بالتزوير نقض الحكم، وكان الولد حرًا، وعلى الأب قيمته يوم سقوطه حياً، والمهر، ويرجع بذلك على الشاهدين، وليس

(١) المختلف: في نكاح المتعة ص ٧ س ٢١ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: وعلى الزوج أن كانت بكرًا فافتضاها عشر قيمتها أو نصف عشرها.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٣٥) باب الأمانة تزوج بغير إذن مولاها ص ٢١٦ قطعة من حديث ٢.

(٣) المبسوط: ج ٤ ص ٢٥٦ س ٢١ قال: وهل يرجع بالكل أم لا؟ إلى قوله: يبقى قليلاً بقدر ما يكون مهراً الخ.

(٤) المختلف: في نكاح المتعة ص ٨ س ٣ قال: ثم إن كان المدّلس هو السيد رجع عليه بما دفعه إليها

عليها 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 والأرث إن حصل النقص بالولادة.

(و) تزوجها لجهله التحريم مع علم الرقية، فيلحق به النسب، وعليه قيمته، وأرث نقص الجارية وعقرها.

(ز) تزوجها مع علم التحريم والرق، فيكون زانياً، وعليه الحد إن لم يجز السيد العقد، والولد رق، وعليه أرث النقص بالولادة والعقر مع جهل الجارية، لامع علمها، وأطلق ابوحزة سقوط المهر (١) وإن أجاز السيد العقد إستقرّ النكاح والمسمى والولد حر، ولا قيمة ولا أرث.

مركز تحقيق كتاب ميرزا علوم اسلامی

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 التقي: الولد حر وعليه قيمته ويرجع بها على من تولّى أمرها، فإن كانت هي التي عقدت على نفسها، لم يرجع عليها بشيء (٢).

(الثالث) في الرجوع بقيمة الأولاد: ولا اشكال في الرجوع على الأب مع

(١) الوسيلة: في بيان عقد العبيد والاماء ص ٣٠٤ س ٣ قال: والمهر غير لازم.

(٢) الكافي: الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٥ س ١٨ قال: فإن كانت هي التي دلست نفسها

يساره، وإن أعسر بها قال الشيخ: إستسعى فيها ومع التعذر يفكهم الإمام من سهم الرقاب (١) وتبعه ابن حمزة (٢) وقال ابن ادريس: الذي يقتضيه أصول المذهب أن الإمام لا يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب، ولا يجوز أن يشتروا من سهم الرقاب من الزكاة لأن ذلك السهم مخصوص بالعبيد والمكاتبين، وهؤلاء غير عبيد ولا مكاتبين، بل هم أحرار في الأصل، وإنما أثمانهم في ذمة أبيهم، لأن من حقهم أن يكونوا رقاً لمولى الأم، فلما حال الأب بينه وبينهم بالحرية وجب عليه قيمتهم يوم وضعهم أحياء، وهو وقت الحيلولة (٣) وقال العلامة: وعلى الأب قيمته يوم سقط حياً، فإن عجز فالوجه الإنتظار به اليسار، ولا يجب الإستسعاء، ولا الأخذ من بيت المال وإن كان جائزاً، لكنه غير واجب، لأنه من المصالح، وكذلك الحال لو تزوجها على ظاهر الحال بالحرية من غير أن يشهد لها أحد، لأنه مال ثبت في ذمته، وهو عاجز عنه، فليُنظر، للآية (٤).

احتج الشيخ بما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن مملوكة أتت قوماً وهي تزعم أنها حرة، فتزوجها رجل منهم وأولدها ولداً، ثم إن مولاها أتاهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكة وأقرت الجارية بذلك؟ قال: تدفع هي إلى مولاها ولولدها، وعلى مولاها أن تدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير اليه، قلت:

(١) النهاية: باب العقد على الاماء والعبيد ص ٤٧٧ نس ٦ قال: استسعى في قيمتهم فان أبى ذلك

كان على الامام الخ.

(٢) الوسيلة: في بيان عقد العبيد والاماء ص ٣٠٣ نس ١٩ قال: فان عجز استسعى فيها، فان لم ينع

دفع الامام الخ.

(٣) السرائر: باب العقد على الاماء والعبيد ص ٣٠٥ نس ١٩ قال: والذي يقتضيه أصول المذهب أن

الإمام لا يعطي الخ.

(٤) المختلف: في نكاح الاماء ص ١٥ نس ٣٦ قال: وعلى الأب دفع قيمته يوم سقط حياً الى قوله:

فليُنظر للآية.

فان لم يكن لأبيه ما يأخذ إبنيه به؟ قال: يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤذيه ويأخذ ولده، قلت: فإن أبى الأب أن يسعى في ثمن إبنيه؟ قال: فعلى الإمام أن يفديه، ولا يملك ولد حر^(١).

وأجيب بالطعن في السند، وحل الأمر بالسعي على الاستحباب، وليس في الرواية تقييد للإفتداء بسهم الرقاب، مع إحتماله، فان المدفوع الى 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 إبنيه».

(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 يؤذيه ويأخذ

ولده».

(ح) إن الأب إذا أبى السعي فكهم الإمام.

(ط) إن الولد حر في الأصل، بقوله: «ولا يملك ولد حر».

وفي بعض هذه الاحكام منع.

فروع

(أ) إنما يجب على الأب الفك يوم الولادة وسقوطه حياً، فلو سقط ميتاً، أو

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٣٥) باب الأمة تزوج بغير إذن مولاه ص ٢١٧.

ماتت الأم حاملاً لم يجب على الأب قيمته، وكذا لو مات قبل دفعه إلى الأب، ولو سقطت بجناية جان أُلزم الجاني دية الجنين الحرّ مائة دينار للأب، فكان على الأب عشر قيمة الأم للمولى، لأنّ ذلك هو قيمة الولد قبل انفصاله، ولو لم تصر إلى الأب الدية لم يجب عليه قيمته.

(ب) الأب سبب في إتلاف الولد على السيد بحريته فالقيمة لازمة لذمته، ولو مات قبل دفعها خاص المولى غرماءه في التركة، وكذا لو حجر عليه.

(ج) يجوز أن يدفع إليه من سهم الغارمين لو أعسر بالقيمة.

(د) لو أوصى لهذا الحمل صح، ولو أوصى به لم يصح.

(هـ) لا يجب على الأب الفكّ قبل الوضع، فلا يتعلّق بذمته شيء قبله، ولا يلحقه حكم الغارمين.

ويظهر الفائدة في قصور ما في يده عن مؤنة السنة بالقيمة لوجوب الخمس، وحلّ تناول الزكاة من سهم الفقراء وكونه من الغارمين، فلا يثبت شيء من هذه الأمور لجواز سقوطه ميتاً.

تحقيق

اختلف في القيمة هل هي على سبيل الفداء أو الفكّ؟ ولكل منها إعتبار، لأنّا إن جعلنا الولد حرّاً في الأصل كانت القيمة فداء، وإن جعلنا رقاً - ورقيته غير قابلة لاستقرار الرقّ، لوجوب القيمة على أبيه - كانت القيمة فكاً، لأنّ الفداء إنّما يكون عن يد والفكّ إنّما يكون عن ملك.

والأظهر أنّه حرّ في الأصل والقيمة على سبيل الفداء، فعلى هذا يكون وجوبها على الأب من باب الإتلاف كالعتق بالسراية، ولو مات الأب قبل الأداء ولم يخلف شيئاً، جاز أخذها من بيت المال ومن الزكاة من سهم الغارمين، ومع تعذّر ذلك

ولو تزوجت الحرّة عبداً مع العلم فلامهر، وولدها رقاً، ومع الجهل يكون الولد حراً، ولا يلزمها قيمته، ويلزم العبد مهرها إن لم يكن مأذوناً، ويتبع به إذا تحرّر.

ولو تسافح المملوك كان فلا مهر والولد رقاً لمولى الأمة، وكذا لو زنى بها الحر.

ولو اشترى الحر نصيب أحد الشريكين من زوجته بطل عقده ولو أمضى الشريك العقد لم يحل وطؤها، وبالتحليل رواية فيها ضعف.

يبقى في يد السيد، قال ابن حمزة: ولو تعذر الأداء بقي الولد رقاً حتى يبلغ ويسعى في فكك رقبته (١).

وهل يكون حكمه حكم المكاتب في منعه من التصرفات المشتملة على التعزير بالمال؟ إجمالاً، الأقوى ذلك، لئلا يستنصر السيد بطول مدة السعي، ويحتمل قوياً عتقه، ولا يجب عليه السعي، لأن الأب متلف والقيمة عليه ولا يجب على الإنسان قضاء ما على أبيه من الدين.

قال طاب ثراه: ولو أمضى الشريك العقد لم يحل، وبالتحليل رواية فيها ضعف.

أقول: يريد لو كان الحر متزوجاً بأمة بين شريكين، ثم اشترى نصيب أحدهما، فقد ملك جزءاً من زوجته، فيبطل نكاحه، لأنه لا يستقر عقد الإنسان على ملكه، ويحرم عليه وطؤها، لعدم اختصاصه بملكها، وهل هناك طريق إلى إباحتها سوى شراء النصف الباقي؟ قيل فيه قولان:

أحدهما: لا، لأن الفرج لا يتبعض، فيباح بعضه بالملك وبعضه بالعقد، وهو

(١) الوسيلة: فصل في بيان عقد العبيد والاماء ص ٣٠٣ س ٢٠ قال: فإن فقد هذه بقي الولد رقاً الخ.

قول أبي علي (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣).

والثاني: نعم، فإذا قيل فيه ثلاثة أقوال:

(أ) أن يرضى مالك نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقداً مستأنفاً 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 عقداً مستأنفاً.

(ب) أن يرضى مالك نصفها بأن يبيحه وطء ما يملكه فيها، فيطأها بالملكية وبالإباحة دون العقد قاله ابن ادریس (٦) لأن الفرج لا يتبعض، فيكون بعضه بالعقد وبعضه بالملك، بل لا يجتمع الملك والعقد معاً في نكاح واحد، ويرد عليه ما منع منه.

(ج) يحل بعقد المتعة إن وقع بينها مهياة، وعقد عليها في نوبة سيدها بإذنه قاله ابن حمزة (٧).

(١) و (٣) المختلف: في نكاح الإماء، ص ١٧ س ٢٤ قال: وقال ابن الجنيدي: ولو ملك الزوج بعض السهام بطل النكاح الخ. وقال قبيل ذلك بعد نقل قول الشيخ: وبالجملية 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) المذهب: 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: والأولى أن يقال: أو يرضى مالك نصفها الخ.

(٧) الوسيلة، في بيان عقد العبيد والاماء، ص ٣٠٤ س ١٧ قال: وإن ابتاع بعضها انفسخ النكاح الى قوله: إلا أن تكون خدمتها مهياة بينها فيجوز له العقد متعة عليها الخ.

وأما كلام الشيخ: فتنزيله على أن العقد الأول مابطل بمجرد الشراء كما لو زوج عبده من أمته ثم باع أحدهما، فانه يكون الخيار ثابتاً لكل من المتبايعين، ولا يبطل العقد في الحال، بل يبقى موقوفاً، والإجازة كالعقد المبتدأ، وهي محرمة عليه لولا هذا الرضا، فيكون هو الموجب للحل، فلم يلزم تبعض السبب.

والرواية التي أشار إليها، هي ما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن جارية بين رجلين دبراها جميعاً، 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 عقداً مستأنفاً» لا يجوز أن يكون المراد بالعقد عقد النكاح الذي كان قبل الإبتياح، لأنه بطل بالشراء، فلا يصير صحيحاً بالإجازة، ولا يجوز أن يكون المراد به عقد البيع، لأنه غير متوقف على رضاه.

قال في النكت: بل ينبغي أن تحمل كلامه على إيقاع البيع على النصف الباقي، فكانه يقول: إلا أن يشتري النصف الآخر من البائع ويرضى مالك ذلك النصف بالعقد، فيكون الإجازة له كالعقد المستأنف، ويكون الألف سهواً من الناسخ، أو يكون (أو) بمعنى الواو (٣).

وقال فخر المحققين «وتنزيل كلام الشيخ على ارادة عقد النكاح أوجه وقد

(١) الكافي: ج ٥ باب نكاح المرأة التي بعضها حرّ وبعضها رقّ ص ٤٨٢ قطعة من حديث ٣ وفيه: هو له حلال.

(٢) مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٢٨٢ قال: الحديث الثالث صحيح على الظاهر انتهى ولعل الضعف من جهة أن الراوي هل هو محمد بن مسلم أو محمد بن قيس كما في التهذيب.

(٣) جوامع الفقهية: نكت النهاية ص ٤١٢ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: الجواب: لا يصح أن يريد الرضا بعقد النكاح الخ.

وكذا لو كان بعضها حرّاً، ولو هياها مولاها على الزمان، ففي جواز العقد عليها متعة في زمانها تردّد، أشبهه المنع.
ويستحب لمن زوج عبده أُمته أن يعطيها شيئاً، ولومات المولى كان للورثة الخيار في الإجازة والفسخ، ولأخيار للأمة.

صرّح 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 تردّد أشبهه المنع.

أقول: الجواز قول الشيخ في النهاية (٣) لأنها في أيامها كالحرّة تملك فيها كسبها ومنافعها، ومنعه المصنف (٤) والعلامة (٥) لأنّ المهياة يتناول الخدمة، لامتفعة البضع، وكذا لا يجوز أن يتمتع بها الأجنبي، وإن جاز له استخدامها، لأنّ في هذا التصرف تطرق ضرر إلى المالك، لجواز الحمل، فيعجز بسببه في نوبة السيد عما كانت تقدر عليه، ولجواز موتها في الطلق، نعم لو أذن السيد جاز متعة ودواماً.

- (١) ليس ما بين القوسين في النسخ المصححة المعتمدة، وهما نسختا (الف و ب) بل في نسخة (ج) فقط، وهي نسخة مغلوطة جداً، مضافاً إلى عدم وجود هذه العبارة بهذه الالفاظ في الايضاح.
(٢) الايضاح: ج ٣ في نكاح الإمام ص ١٤٩ س ٨ قال بعد نقل قول المحقق: وفيه تعسف وبعد الخ.
(٣) النهاية: باب السراري وملك الأيمان 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 إلا ما في المختلف في نكاح الاماء ص ١٧ قال: مسألة قال الشيخ في النهاية: إذا تزوج الرجل جارية بين شريكين إلى أن قال: وبالجمله هذه المسألة لا يخلو من تعسف ثم نقل قول ابن حمزة في أن يكون خدمتها مهياة الخ ولم يأت فيه بنقض ولا إبرام، وفي التحرير: في أنكحة الممالك ص ٢٣ س ٨ قال: ولو هياها قيل: جاز له عقد المتعة عليها في زمانها المختص بها.

ثم الطوارئ ثلاثة: العتق، والبيع، والطلاق.
أما العتق فإذا أعتقت الأمة تخيرت في فسخ نكاحها، وإن كان الزوج حراً على الأظهر ولاخيرة للمعبد لو أعتق، وللزوجه ولو كانت حرة، وكذا تتخير الأمة لو كانا لملك فأعتقا أو أعتقت.

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، لإختصاص الطلاق بالزوج، فشرع لها الشارع الخيار دفعاً للفضاضة والخرج، 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 أعتقت الأمة وكانت تحت حر، فالظاهر من روايات أصحابنا أن لها الخيار

(١) النهاية: باب العقد على الإماء والعبيد ص ٤٧٦ س ١٢ قال: فإن اعتقها مولاه كانت خيرة بين الرضا والفسخ الخ.

(٢) المقنعة: باب العقود على الإماء ص ٧٧ س ٣٥ قال: وإن اعتقها السيد كانت هي بالخيار الخ.

(٣) المهذب: باب نكاح الإماء والعبيد ص ٢١٨ س ١٣ قال: وإن اعتقها جميعاً كانت الزوجة مخيرة بين الرضا الخ.

(٤) السرائر: باب العقد على الإماء والعبيد ص ٣٠٥ س ٥ قال: وكذلك إن اعتقها مولاه كانت مخيرة الخ.

(٥) المختلف: في نكاح المماليك ص ١٤ قال: مسألة، قال الشيخ في النهاية فإن اعتقها مولاه إلى قوله: وقول ابن الجنييد أيضاً.

(٦) لاحظ ما اختاره في النافع.

(٧) المختلف: في نكاح المماليك ص ١٤ س ٣٧ قال بعد نقل قول الشيخ: والمعتمد ما قاله في النهاية.

وروي في بعض أخبارنا أن ليس لها الخيار، واستدل على كل من الوجهين بواقعة بريرة من طريق العامة، ففي رواية إبراهيم عن الأسود عن عائشة قالت: خير رسول الله صلى الله عليه وآله بريرة وكان زوجها حراً (١) وهذا نص، وقد روى مثل ذلك أصحابنا (٢).

والرواية الأخرى رواها أصحابنا أن زوج بريرة كان عبداً (٣). قال: والذي يقوى في نفسي: انه لا خيار لها، لأن العقد قد ثبت، ووجوب الخيار يحتاج الى دليل.

روى ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً أسود يقال له مغيث، كآتي أنظر اليه يطوف خلفها يبكي ودموعه يجري على خचितه، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله للعباس: يا عباس ألا تعجب من حب مغيث بريرة، ومن بغض بريرة مغيثاً؟ فقال لها النبي صلى الله عليه وآله: لو راجعته فإنه أبو ولدك، 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 الأمة اذا اعتقت، الحديث ٢٠٧٤.

(٢) الكافي: ج ٥، باب الأمة تكون تحت المملوك فتعتق أو يعتقان جميعاً ص ٤٨٥ الحديث ١-٢-٤.

٦-٥.

(٣) الكافي: ج ٥ باب الأمة تكون تحت المملوك فتعتق أو يعتقان جميعاً ص ٤٨٧ الحديث ٥-٦ وفي

التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإماء ص ٣٤١ الحديث ٢٦ و ٢٨.

(٤) سنن ابن ماجه: ج ١ (٢٩) باب خيار الأمة اذا اعتقت ص ٦٧١ الحديث ٢٠٧٥.

(٥) المبسوط: ج ٤ كتاب النكاح ص ٢٥٧ س ١٩ قال: فان أعتقها المشتري الى قوله: فلها الخيار

بلاخلاف إلخ.

(٦) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ١٣٤ قال: اذا اعتقت الأمة تحت حر إلخ. وفيه: ووجوب الخيار

بدل ووجوب الخيار كما في النسخ الخطية الثلاثة.

واختار المصنف في الشرائع خيرة الكتابين (١).

إحتج الأولون بوجوه:

- (أ) أن المقتضي لثبوت الخيار مع العبد موجود في الحر، وهو ملك نفسها، فخرجت بذلك عن قهرها في النكاح، فلم يشرع لها الفسخ لزم الإضرار بها.
- (ب) أن الحرية في الإبتداء المقضى تختير المرأة في الإزدواج، فكذا في الأثناء.
- (ج) أن يثبت الخيار للمشتري، يثبت للمعتقة، والمقدم ثابت بالإجماع والروايات، وتحقيقاً للملك المقتضي للتصرف بسائر وجوهه.
- (د) الروايات عامة وخاصة.

فمن الخاصة رواية محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام أنه قال: إذا أعتقت الأمة ولها زوج خيرت إن كانت تحت حر أو عبد (٢).

وعن زيد الشحام عن الصادق عليه السلام: إذا أعتقت الأمة ولها زوج خيرت إن كانت تحت حر أو عبد (٣).

إحتج الشيخ على مقالة المبسوط، بأصالة صحة النكاح، وبصححة ابن سنان عن الصادق عليه السلام أنه كان لبريرة زوج عبد، فلما أعتقت قال لها النبي صلى الله عليه وآله: إختاري (٤).

(١) الشرائع: في نكاح الإماء، في الطواري قال: أما العتق فإن أعتقت المملوكة كان لها فسخ نكاحها، سواء كانت تحت حر أو عبد.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإماء وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤٢ الحديث ٣١.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإماء وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤٢ الحديث ٣٢.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإماء وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤١

ومجوزان يتزوجها ويجعل العتق صداقها، ويشترط تقديم لفظ
التزويج في العقد، وقيل: يشترط تقديم العتق.

وأجيب عن الأول: بأن ثبوت الخيار لا تنافي صحة النكاح.
وعن الثاني: بضعف دلالة المفهوم، وكيف إذا عورض بالمنطوق.
قال طاب ثراه: ومجوز أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها، ويشترط تقديم لفظ
التزويج في العقد، وقيل: يشترط تقديم العتق.

أقول: الأصل في هذه المسألة أنه لما أسرت صفية بنت حيي بن أخطب من ولد
هارون بن عمران عليه السلام إصطفاها 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 لا مشاحة في
تقديم أحدهما على الآخر، لأن الكلام المتصل كالجمله الواحدة لا تتم أوله إلا
بآخره؟ قيل فيه: ثلاثة أقوال:

(أ) اشتراط تقديم التزويج قاله الشيخ في النهاية (٢) وتبعه القاضي (٣) وابن

الحديث ٢٦.

(١) البحار: ج ٢١ باب غزوة خيبر وفدك ص ٢٢ س ١٦ قال: ثم اصطفاها لنفسه ثم أعتقها وتزوجها،
وفي كتاب الامالي للطوسي: ج ٢، الجزء الرابع عشر ولفظ (عن صفية قالت: أعتقني رسول الله صلى الله
عليه وآله وجعل عتقي صداقي).

(٢) النهاية: باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٧ س ١٥ قال: إلا أنه متى أراد أن يبنني أن يقدم
لفظ العقد الخ.

(٣) المهذب: ج ٢ باب السراري وملك الأيمان ص ٢٤٧ س ١١ قال: وينبغي إذا أراد فعل ذلك أن
يقدم لفظ التزويج الخ.

ادريس (١) والمصنف (٢) ولو قدم العتق كان لها الخيار في الرضا بالعقد والإمتناع من قبوله.

والحجة رواية علي بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن رجل قال لأُمته: أعتقتك وجعلت مهرك عتقك؟ فقال: عتقت، وهي بالخيار إن شاءت تزوجته، وإن شاءت فلا، وإن تزوجته فليعطها شيئاً، وإن قال: قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك، فإن النكاح واقع، ولا يعطها شيئاً (٣).

وليست ناهضة بالدلالة على المطلوب، لأنه لم يذكر في العقد التزويج، ولا يفي ذكر المهر بدون لفظ النكاح، ولأنه بدل على إعطائها شيئاً آخر على تقدير الرضا، ولم يقولوا به.

(ب) إشتراط تقديم العتق قاله المفيد (٤) والقي (٥) والشيخ في الخلاف (٦) لأن بضع الأمة 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 أرادته 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 الأمة مطلقاً، ويصح ان يجعل عتقها صداقها.

(٦) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٢٢ قال: اذا قال لأُمته: 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 تحررت بتمام العقد (١).

(ج) عدم اشتراط تقديم أحدهما عيناً، ولا نسلم ثبوت الخيار لها مع تقديم العتق، لأن الكلام المتصل كالجملة الواحدة، فلم تملك عتقها إلا بجعلها مهراً لنكاحها، ولا نسلم لزوم العقد على المملوكة على تقدير تقديم التزويج لأنها حرة قوة، لعدم استقرار الرق فيها، ووجود سبب التحرير، حكاه المصنف ولم يذكر قائله (٢).
واعلم أن هذه المسألة قد خالف الأصل من وجوه:

(أ) جواز عقد الإنسان على أمته.
(ب) أن المهر يجب تحققه قبل العقد، ومع تقديم العتق لا يكون 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، لأن العقد والعتق متقارنان، وكما جاز أن يعقد لغيره عليها لعدم ملكه لها، فكذا لنفسه، لعدم استقرار ملكه بتمام العقد، وأول العقد مرتبط بآخره، فقد وجد فيها سبب التحرير، ويمنع وجوب تحقق المهر في كل عقد، فإن مفوضة البضع ليس لها مهر محقق قبل العقد.

(١) المختلف: في نكاح 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 كالجملة

الواحدة، وهو حسن.

فان قلت: إن مفوضة البضع يجب لها المهر بالعقد في الجملة، لأنه إن حصل دخول وجب لها مهر المثل، وآلا 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، لأننا نمنع توقف العقد على المهر، وإن استلزمه، فإن العقد في نفسه جائز، وكما يجوز جعلها مهراً لغيرها، جاز لنفسها، لعدم المانع، ولم لا يجوز جعل عتقها، أو فك ملكها مهراً لها.

فرع

لو طلق هذه قبل الدخول بها؟ قال في النهاية: رجع نصفها رقاً واستسعت فيه، فإن أبت كان لها يوم وله يوم (١) والأقرب رجوعه عليها بنصف القيمة وهي حرة، لأن ذلك يجري مجرى التالف من المهر المعين واختاره القاضي (٢) وابن ادریس (٣) وقواه العلامة في التحرير (٤).

(١) النهاية: باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٧ س ٢٠ قال: رجع نصفها رقاً واستسعت الخ.

(٢) المهذب: ج ٢ باب السراري وملك الأيمان ص ٢٤٨ س ١ قال: فإن طلقها قبل الدخول بها كان له عليها مثل نصف قيمتها.

(٣) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٦ س ٣ قال: فإن طلق التي جعل عتقها مهرها قبل الدخول بها الخ.

(٤) التحرير: في أنكحة المالك 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.

أحتج برواية أبي بصير (٢) وهي مرسلة.

وبرواية يونس بن يعقوب (٣) وكان فطحياً، وقيل: رجع، قال المصنف: ولم يثبت (٤).

وبرواية عباد بن كثير البصري قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام رجل أعتق أمّ 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 غامى وإلى ما اخترناه ذهب الصدوق في المقنع (٦) وأبو علي (٧) وابن أدریس (٨) وما اختاره في (٩).

(١) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٨٢ الحديث ١٤٦.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٣١) باب الرجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ص ٢١٠ الحديث ٧.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١٣١) باب الرجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ص ٢١٠ الحديث ٦.

(٤) من أراد أن يطلع على مذهبه ورجوعه واختلاف أرباب الرجال فيه فليرجع 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 من 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 الأيمان ص ٣١٦ س ٥ قال: والذي يقتضيه أصول المذهب إلى قوله:

وأُمُّ الولد رِقٌّ وإن كان ولدها باقياً، ولو مات جاز بيعها، وتنعتق بموت المولى من نصيب ولدها ولو عجز النصيب سعت في المتخلف، ولا يلزم الولد السعي على الأشبه، وتباع مع وجود الولد في ثمن رقبتها إن لم يكن غيرها.

ولو اشترى الأمة نسيئة فاعتقها، وتزوّجها، وجعل عتقها مهرها، فحملت ثم مات ولم يترك ما يقوم بثمنها فالأشبه أن العتق لا يبطل، ولا يرق الولد، وقيل: تبع 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 المتخلف، ولا يلزم الولد السعي على الأشبه. أقول: مختار المصنف هون مختار المفيد (١) وابن ادریس (٢) والعلامة (٣) ولزوم السعي للولد هو مختار الشيخ في المبسوط (٤) وابن حمزة (٥) وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قال طاب ثراه: فالأشبه أن العتق لا يبطل، ولا يرق الولد، وقيل: تبع في ثمن رقبتها ويكون ولدها كهيئتها لرواية هشام بن سالم.

فقد ملكت نفسها وصارت حرة الخ.

(١) لم نعر عليه.

(٢) السرائر: في السراري وملك الأيمان ص ٣١٦ س ٧ قال: وقد روي أنه إن 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 بإداء ثمنها ليس بجيد، لاصالة البراءة.

(٤)

(٥)

أقول: إذا اشترى الإنسان أمة نسيئة فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها، ثم استولدها ومات مفلساً، فهنا أصلان قطعيان لاشك فيهما:

الأول: أن العتق صحيح، لوقوعه من أهله في محله.

أما الأول، فلصدوره من مالك جائز التصرف.

وأما الثاني، فلمصادفته رقبة قابلة للعتق.

الأصل الثاني: أن هذا الولد حر، لتولده بين حرين.

فاذا تحقق هذان الأصلان فإنا فهمنا وجب حمله على ضرب من التأويل، إن أمكن، وإلا أطرَح، لكونه غير قطعي عارض قطعياً.

إذا عرفت هذا: فاعلم أن المعارض لهذين الأصلين صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل جارية بكرةً 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 ماعليه من الدين في رقبته كان عتقه ونكاحه جائزاً، وإن لم يملك ما يحيط بقضاء ماعليه من الدين في رقبته كان عتقه ونكاحه باطلاً، لأنه أعتق مالا يملك، وأرى أنها رقة لمولاه الأول، قيل له: فان كانت قد علقت من الذي أعتقها وتزوجها ما حال ما في بطنها؟ فقال: الذي في بطنها مع أمه كهيئتنا.

وبمضمونها افق الشيخ في النهاية (٢) وأبو علي (٣).

(١) الكافي: ج ٦، كتاب العتق والتدبير والكتابة، باب نوادر، ص ١٩٣ الحديث ١ وفي التهذيب: ج ٨ باب العتق وأحكامه ص ٢٣١ الحديث ٧١ وفي الفاظ الحديث مع ما نقله المصنف اختلاف يسير فلاحظ.

(٢) النهاية: باب السراري وملك الايمان ص ٤٩٨ س ٣ قال: فان جعل عتقها صداقها الى قوله: في كونه رقاً.

(٣) المختلف: في نكاح الاماء ص ٢٣ س ٦ قال: وقال ابن الجنييد: وان مات وضمن الأمة التي

قال المصنف قدس الله روحه: إن سلم هذا النقل جاز إستثناء هذا الحكم من جميع الأصول المنافية، لعلّة غير معقولة، لكنّ عندي أنّ هذا خبر واحد لم يعضده دليل فالرجوع إلى الأصل أولى (١).

وتأولها العلامة: بالحمل على وقوع ذلك في مرض الموت، فإن ذلك يقتضي بطلان العتق المستغرق مع وجود الدين (٢).

قيل عليه: إنّما يتم هذا التأويل في عودها الى الرق، أما رقّ الولد فلا، لأنّ غايته بطلان العتق، فيكون مملوكته، وولده منها حرّاً لا ينقلب رقاً.

وبعض حملها على فساد البيع مع علم المشتري، فيكون زانياً، فيرق ولده. ولا يتم ايضاً، لتضمّن الرواية صحة النكاح والعتق لو ترك ما يقوم بثمنها، ولا يمكن ذلك مع فساد البيع.

قال فخر المحققين: ليس في الرواية ما يدلّ على رقية الولد، اذ ليس فيها إلاّ قوله (كهيتها) وهو أعم من أن يكون كهيتها في حال الحكم بحريتها في الظاهر قبل ظهور عجزه عن الثمن، فيكون حرّاً، أو بعده فيكون رقاً، ولا دلالة للعام على الخاص بإحدى الدلالات (٣).

قال الشهيد: هذا كلام على النص، فإن المفهوم من قوله (كهيتها) ليس إلاّ أنّ حكمه حكمها في حال السؤال، وقد حكم قبل ذلك أنها رق، فيكون دالاً على رقية

تزوجها دين عليه الخ.

(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 نفت الأصول وجب تأويلها بالمحتمل، وهو أن يكون المشتري مريضاً 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 تختير المشتري في الإجازة والفسخ، تختيراً على الفور، وكذا لو بيع العبد وتحتة أمة، وكذا قيل لو كان تحتة حرة، لرواية فيها ضعف ولو كانا لمالك فباعهما لإثنين 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 يحق (١).

والأولى إن عملنا بهذه الرواية قيدنا بصورة النص، نعم لا يشترط كون الأجل سنة على الظاهر، لبعده، إذ المناط حصول الأجل، والتقيد بخصوصية الزمان لا يفيذ 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 الإماء ص ٥١٦ س ١٣ بعد نقل قول فخر المحققين

مالفظه: وردة الشهيد في شرح الارشاد، بأن هذا كلام على النص الخ.

زوجته أو أمة، والثاني إجماعي، والأول 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 الأولون بوجوه:

(أ) ان تجدد ملك المشتري إما أن يكون مقتضياً لثبوت الخيار أولاً، فان كان الأول ثبت لمشتري العبد مطلقاً عملاً بالمقتضى، وإن كان الثاني لم يثبت في زوج الأمة عملاً بالأصل السالم عن معارضة الإقتضاء، لكنه ثابت بالإجماع.

(ب) ان الملك يقتضي ولاية التسلّط على المملوك بسائر أنواع التصرفات، وبقاء النكاح يرفع هذه الولاية الثابتة شرعاً، فيفتقر الى 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 إجماعاً، لكون الطلاق بيد العبد، والتفريق هنا معناه زوال

(١) النهاية: باب العقد على الإماء والعبيد ص ٤٧٧ س ١٨ قال: ألا أن يبيعه مولاه فان باعه كان الذي يشتره بالخيار.

(٢) المذهب: ج ٢، باب نكاح الإماء والعبيد ص ٢١٩ س ١ قال: فان باعه كان ذلك فراغاً بينها ألا أن يختار المشتري الخ. ولا يحضرنى كتاب الكامل للقاضي ولكن في المختلف: في نكاح الإماء ص ١٦ س ٧ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وتبعه ابن البراج في كتابيه معاً.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان عقد العبيد والإماء، ص ٣٠٦ س ١٣ قال: فان باع العبد من غيرها كان المبتاع بالخيار بين فسخ العقد والإمضاء.

(٤) المختلف: في نكاح الإماء ص ١٦ س ٩ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

(٥) السرائر: باب العقد على الإماء والعبيد، ص ٣٠٥ س ٢٩ قال بعد نقل قول الشيخ وتزييفه: والذي يقتضيه الأدلة أن العقد ثابت الخ.

(٦) لاحظ ما اختاره في النافع.

(٧) الاستبصار: ج ٣ (١٢٨) باب أن المملوك اذا كان متزوجاً بحرة كان الطلاق بيده ص ٢٠٦ الحديث ٥.

النظر الثاني في الملك: وهو نوعان:

النوع الأول، ملك الرقبة؛ ولا حصر في النكاح به. وإذا تزوج أمته حرمت عليه وطئاً ولمساً ونظراً بشهوة مادامت في العقد، وليس للمولى انتزاعها، ولو باعها تخير المشتري دونه. ولا يحل لأحد الشريكين وطء المشتركة، ويجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب وأبنائهم وبناتهم. ولو ملك الأمة فأعتقها حلّ له وطؤها بالعقد وإن لم يستبرئها، ولا تحل لغيره حتى تعتد كالحرة. ويملك الأب موطوءة ابنه، وإن حرم عليه وطؤها، وكذا الابن.

النوع الثاني، ملك المنفعة: وصيغته أن يقول: أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حلّ من وطئها، ولم يتعدّها الشيخ. واتسع آخرون بلفظ الإباحة، ومنع الجميع لفظ العارية.

اللزوم، وتعريض العقد لقبول الفسخ المقتضي للتفريق تسمية للشيء بما يصير إليه. احتج ابن ادريس بأنه عقد لازم، والأصل بقاؤه، فلا يتسلط على فسخه إلا بدليل، ولتعلق حق الحرية به تعلقاً شرعياً، ولا دليل على زواله، ونسب الرواية الواردة بثبوته إلى الشذوذ والضعف، ووجهه من موسى بن بكر، فانه في طريقها، وهو واقفي (١).

قال طاب ثراه: النوع الثاني ملك المنفعة: وصيغته أن يقول: أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حلّ من وطئها، ولم يتعدّها الشيخ، واتسع آخرون بلفظ الإباحة، 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:

الاولى: يباح وطء الإماء عندنا بالتحليل، لأنه 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 لأخيه فرج جاريته؟ قال: هي له حلال ما حلّ منها، قلت: أفيحلّ له ثمنها؟ قال: لا، إنما يحلّ لها منها ما أحلت له (٢).

وفي معناها صحيح إسماعيل بن بزيع عن أبي الحسن عليه السلام (٣).

وللإجماع من الفرقة المحقة إلّا من منقرض لانعرف عينه.

قال ابن ادريس: إنه جائز عند أكثر أصحابنا المحصلين، وبه تواترت الأخبار،

وهو الأظهر بين الطائفة، وعليه العمل والفتوى، ومنهم من منع (٤).

ولأنها منفعة خالية من إمارات المفسدة، فيكون مشروعاً.

احتج المانع برواية الحسين بن علي بن يقطين في الصحيح قال: سألته عن

الرجل يحلّ فرج جاريته؟ قال: لأحبّ ذلك (٥).

(١) النساء/٣.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (٨٩) باب انه يجوز أن يحلّ للرجل جاريته لأخيه المؤمن ص ١٣٥ الحديث ١

والجزء الأخير من قوله: «قلت الى آخره» ليس في رواية محمد بن مسلم، بل هو في رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام، لاحظ الحديث ٥ من ذلك الباب.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (٨٩) باب انه يجوز أن يحلّ للرجل جاريته لأخيه المؤمن ص ١٣٦ الحديث ٧.

(٤) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ من ٦ قال: فهو جائز عند أكثر أصحابنا المحصلين

الخ.

(٥) الاستبصار: ج ٣ (٨٩) باب انه يجوز أن يحلّ للرجل جاريته لأخيه المؤمن ص ١٣٧ الحديث ٨.

وفي معناها رواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام في المرأة تقول
لزوجها: جاريتي لك حلال؟ قال: لا يحل (١).

والجواب عن الأولى: بحملها على الاستحباب، إذ 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
للأمة لمن يحللها له: قد جعلتك في حلٍّ من وطئها، أو أحللت لك وطئها (٢) وبه
قال: ابن زهرة (٣) وأجاز ابن ادريس لفظ الإباحة (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 أنه يجوز أن يحل الرجل جاريته لأخيه المؤمن ص ١٣٧ الحديث ١٠
وتمام الحديث (الآ أن تبيعه أو تهب له).

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٣) باب ضروب النكاح ص ٢٤٤ قال بعد نقل حديث ١٤ ما لفظه (وينبغي
أن يراعى في هذا الضرب من النكاح لفظة التحليل، ولا يسوغ فيه لفظة العارية).

(٣) جوامع الفقهية الغنية: ص ٦١٢ س ٢٢ قال: ولا بد من اعتبار لفظ التحليل، بأن يقول: حللتك
من وطئها الخ.

(٤) السرائر: باب السراري ومملك الأيمان ص ٣١٣ س ٤ قال: والثاني بتحليل مالكه أو إباحة
الرجل من وطنه الخ.

(٥) الانتصار: في استباحة الفروج ص ١١٨ س ١ قال: مسألة ومما شنع به على الإمامية تجويز اعارة
الفروج الخ.

(٦) المختلف: في نكاح الإمام ص ١٩ س ٢ قال بعد نقل قول المشهور: والحق الأول.

(٧) السرائر: باب السراري ومملك الأيمان ص ٣١٣ س ٨ قال: ويجزى ذلك مجرى إسكان الدار
واباحة منافع الحيوان الخ ومعلوم أن المدة فيها ليست بشرط، ثم قال: إلا أن شيخنا إباحه في مبسوطه
جعل من شروطه أن تكون المدة معلومة الخ.

وهل هو إباحة، أو عقد؟ قال علم الهدى: هو عقد متعة.

واختاره العلامة (١) لأنه نوع تمليك وتحليل فأشبهه العارية، مع أن الأصل الإباحة، وقال في المبسوط: وأما تحليل الإنسان جاريته لغيره في غير عقد فهو جائز عند أكثر أصحابنا، ومنهم من منع وهو الأظهر في الروايات، ومن أجازته اختلفوا: فمنهم من قال: هو عقد والتحليل عبارة عنه، ومنهم من قال: تمليك منفعة مع بقاء الأصل، وهو الذي يقوى في نفسي ويجري ذلك مجرى أسكان الدار وأعمارها، ولأجل هذا يحتاج أن يكون المدة معلومة (٢) وهو ظاهر النهاية حيث قال: يحل له منها مقدار ما يملكه يحلله له مالها (يحللها ل) إن يوماً فيوماً وإن شهراً فشهرًا على حسب ما يريد (٣) ولم يذكر حكم الإطلاق، ولانص على الإشتراط.

قال طاب ثراه: وهل هو إباحة أو عقد متعة؟ قال علم الهدى: هو عقد متعة. أقول: لا شك أن الفرج معصوم عن الاستمتاع بغير العقد والمملك، 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 بالإجماع والنصوص.

فهل يكون من قبيل المملك أو العقد؟ فيه لأصحابنا قولان: (أحدهما) أنه عقد وليس دائماً، لعدم لحقوق أحكام الدائم له، فيكون متعة،

(١) المختلف: في نكاح الاماء ص ١٩ س ١٦ قال: والذي قواه الشيخ في المبسوط هو المعتمد ألا في شيء واحد وهو الافتقار إلى تعيين المدة.

(٢) المبسوط: ج ٤، فصل في نكاح المشعة وتحليل الجارية ص ٢٤٦ س ٨ قال: وأما تحليل الإنسان إلى قوله: أن يكون المدة معلومة.

(٣) النهاية: باب السراري ومملك الأيمان ص ٤٩٤ س ٩ قال: ويحل له منها إلى قوله: إن يوماً فيوماً وإن شهراً فشهرًا الخ.

(٤) المؤمنون: ٥ - ٧.

وهو قول السيد (١) نقله عن ابن ادریس (٢) والمصنف (٣) وقال ابن ادریس: أنه تملك منفعة (٤) ونقله عن الشيخين وغيرهما من المشيخة (٥) واختاره العلامة (٦).
واعلم أنه على القول بأنه عقد منفعة، يشترط فيه الأجل قطعاً، وأما على القول بأنه تملك منفعة هل يعتبر فيه الأجل أو لا؟ المبسوط وظاهر النهاية على الأول وابن ادریس 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 الأول دون الثاني.
(ج) يعتبر تعيين المدة على الأول قطعاً، وعلى الثاني خلاف.

- (١) الانتصار: في استباحة الفرج ص ١١٨ س ٥ قال: وقد يجوز إلى قوله: أن يكون عبر بلفظ العارية عن النكاح.
(٢) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٧ قال: فمنهم من قال هو عقد والإباحة والتحليل عبارة عنه، وهو مذهب السيد المرتضى في انتصاره.
(٣) أي نقل المصنف عن السيد، لاحظ نقله في النافع.
(٤) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٧ قال: قالوا هو تملك منفعة إلى قوله: وهو الذي يقوى في نفسي الخ.
(٥) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٨ قال: وهو مذهب شيخنا أبي جعفر الطوسي وشيخنا المفيد وغيرهما من المشيخة.
(٦) تقدم نقله في قوله في المختلف: والذي قواه الشيخ في المبسوط هو المعتمد الخ.
(٧) والكل تقدم فلاحظ.

وفي تحليل أمته لمملوكه تردّد، ومساواته بالأجنبي أشبه ولو ملك

(د) ينتفى الولد عنه مع نفيه له بغير لعان على الثاني قطعاً، وعلى الأولين على قولين.

(هـ) يعتبر إذن العمة والحالة على الأول دون الثاني.

(و) يحرم إيقاعه لمن عنده اختها على الأول ويقع باطلاً، وعلى الثاني لا يحرم، بل يحرم الوطى، فلو أبان الأولى حلّ وطى الثانية من غير احتياج إلى استيناف عقد.

(ز) لو كان متسرياً باختها، حرمت الأولى مادام عقد الثانية مستمراً على الأول، وعلى الثاني يختص التحريم بالثانية. أما إعتبار الإيجاب والقبول فلا بدّ منه على كلّ من القولين.

تنبيه

إذا عينت المدة، ساء الاستمتاع فيها وحرمت بعدها، ومع عدم التعيين، وعدم اشتراطه تستبيح مستمراً حتى ينهائ المالك، كالعارية.

قال طاب ثراه: وفي تحليل أمته لمملوكه تردّد، ومساواته بالأجنبي أشبه.

أقول: المنع مذهب الشيخ في النهاية (١) ومختار العلامة في المختلف (٢) لأنه نوع تمليك، فيستدعي محلاً قابلاً، وكما يعتبر في تحقق الأثر حصول الفاعل، كذا يعتبر حصول القابل، فالعبد ليس محلاً قابلاً للملك، لما تقدّم في البيع، ولصحيحة علي بن يقطين عن أبي الحسن الماضي أنه سئل عن المملوك أيحلّ له أن يظأ الأمة من

(١) النهاية: باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٤ س ١٠ قال: ولا يجوز للرجل أن يجعل عبده في حلّ من وطى جاريته.

(٢) المختلف: في نكاح الإماء ص ٢٠ س ٣ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: والوجه ما قاله الشيخ.

بعض الأمة فأحلتها نفسها لم يصح وفي تحليل الشريك تردد، والوجه: المنع. ويستبيح ما يتناوله اللفظ، فلو أحل التقبيل اقتصر عليه، وكذا اللمس، لكن لو أحل الوطء، حلّ له مادونه، ولو أحل الخدمة لم يتعرض للوطء، وكذا لا تستبيح بتحليل الوطء وولد المحلّة حرّ فان شرط الحرية في العقد فلا سبيل على الأب، وإن لم يشترط ففي الزامه قيمة الولد روايتان، أشبههما: أنها لا تلزم ولا بأس أن يبطأ الأمة وفي البيت

غير تزويج إذا أحلّ له مولاه؟ قال: لا يحلّ له (١) واختاره فخر المحققين (٢) والجواز مذهب ابن ادریس (٣) ومختار المصنف (٤) لأنه نوع إباحة والعبد محلّ لها.

فرع

لو أحلّ أمته بمملوك غيره، فإن قلنا: أنه تمليك لم يحز، وإن قلنا: أنه عقد اعتبر إذن السيد أو إجازته بعده، وإن علمنا أنه إباحة توقف على إذن السيد أيضاً، وحرّم على العبد الوطئ إلا مع الإذن، لإستلزامه التصرف في ملك سيده، وهو حرام بدون إذنه. قال طاب ثراه: وفي تحليل الشريك تردد، والوجه المنع. أقول: قد تقدم البحث في هذه المسألة.

قال طاب ثراه: وولد المحلّة حرّ، فإن شرط الحرية في العقد فلا سبيل على الأب، وإن لم يشترط ففي إلزامه قيمة الولد روايتان، أشبههما أنه لا تلزم.

(١) الاستبصار: ج ٣ (٨٩) باب أنه يجوز أن يحل الرجل جاريته لأخيه المؤمن ص ١٣٧ الحديث ١١.

(٢) الايضاح: ج ٣ في نكاح الإمام ص ١٦٧ س ٨ قال بعد نقل قول العلامة في المختلف: وهو المختار عندي وبه أفتي.

(٣) السرائر: باب السرايري وملك الأيمان ص ٣١٤ س ٢٥ قال: قال محمد بن ادریس رحمه الله: لا مانع من تحليل عبده وطئ جاريته من كتاب ولا سنة ولا إجماع، والأصل الإباحة الخ.
(٤) لاحظ ما اختاره في النافع.

غيره، وأن ينال بين أمتين، ويكره في الحرائر. وكذا يكره وطء الفاجرة ومن ولدت من الزنا.

أقول: قال الشيخ في النهاية: إذا أتت بولد كان لمولاها، وعليه أن يشتريه بماله إن كان له مال، وإلا إستسعى في ثمنه، وإن شرط أن يكون الولد حرّاً كان على ماضط (١) وقال ابن ادریس: لا قيمة عليه لإنعقاده حرّاً في الأصل (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤).

احتج الشيخ برواية ضريس بن عبد الملك قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يحل لأخيه فرج جاريته قال: هو له حلال، فإن جاءت لولد منه فهو لمولى الجارية، إلا أن يكون إشتراط على مولى الجارية حين أحلّها إن جاءت بولد فهو حرّاً (٥).

ومثلها رواية الحسن العطار عنه عليه السلام (٦).

احتج العلامة بحسنة زرارة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يحل جاريته لأخيه؟ قال: لا بأس، قال: قلت: فإن جاءت بولد؟ قال: يضم إليه ولده ويرد الجارية على صاحبها، قلت له: انه لم يأذن له في ذلك؟ قال: قد أذن له، وهو

(١) النهاية: باب السراري وملك الايمان ص ٤٩٤ س ٢ قال: ومتى جعله في حل من وطنها وأنت بولد الخ.

(٢) السرائر: باب السراري وملك الايمان ص ٣١٣ س ١٠ قال: والذي يقتضيه الأدلة ان الولد بمجرد الاباحة والتحليل يكون الولد حرّاً الخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المختلف: في نكاح الاماء ص ١٩ س ٢٦ قال بعد نقل قول السيد والذي اختاره ابن ادریس: وهو المعتمد.

(٥) الاستبصار: ج ٣ (٩٠) باب حكم ولد الجارية المحللة ص ١٣٨ الحديث ١.

(٦) الاستبصار: ج ٣ (٩٠) باب حكم ولد الجارية المحللة ص ١٣٨ الحديث ٢.

ويلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة:

الأول: في العيوب، والبحث في أقسامها وأحكامها.

عيوب الرجل أربعة: الجنون، والخصاء، والعن، والجب.

وعيوب المرأة سبعة: الجنون والجذام والبرص والقرن والإفشاء

والعمى والإقعاد وفي الرق تردد، أشبهه: ثبوته عيباً لأنه يمنع الوطء.

لا يأمّن أن يكون ذلك (١).

وفي معناها رواية اسحاق بن عمار (٢).

ولأن مبنى الحرية على التغليب والسراية، ولهذا سرى العتق بجزء من مائة ألف

جزء من الرقبة، ولأرب في أن تكون الولد من نطفة الرجل والمرأة على ما نطق به

القرآن الكريم (٣)، فيغلب جانب الحرية (٤).

ويلحق بالنكاح أمور خمسة

(الأول) العيوب

قال طاب ثراه: وفي الرق تردد، أشبهه ثبوته عيباً لأنه يمنع الوطء.

(١) الكافي: ج ٥ باب الرجل يحل جاريته لأخيه والمرأة تحل جارتها لزوجها ص ٤٦٩ الحديث ٦.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (٩٠) باب حكم ولد الجارية المحللة ص ١٣٩ الحديث ٤.

(٣) التبيان: ج ١ ص ٢٠٦ س ٨ قال: وقوله: «إنا خلقنا الإنسان من نطفة» اخبار من الله تعالى أنه

خلق الانسان، سوى آدم وحواء من نطفة، وهو ماء الرجل والمرأة يخلق منها الولد، الى أن قال: وقوله:

(أمشاج) قال ابن عباس: أخلاط من ماء الرجل وماء المرأة. وقال القرطبي: ج ١٩ ص ١٢١ وعن ابن

عباس قال: يختلط ماء الرجل وهو أبيض غليظ بماء المرأة وهو أصفر رقيق فيخلق منها 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) أخلاط، القمى عن الباقر عليه السلام ماء الرجل والمرأة اختلطا جميعاً.

(٤) من قوله: (ولأن مبنى الحرية) الى هنا مقتبس من المختلف، لاحظ ص ١٩ من نكاح الإمام ص ٣٥.

ولا تردة بالعمور، ولا بالزنا ولو حدثت فيه، ولا بالعرج على الأشبه.

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 تردة (١).

وقال قبل ذلك: فإن تزوج الرجل امرأة فوجدها قرناء أو عفلاء أو برصاء أو محدودة أو كان بها زمانة ظاهرة كان له أن يردها إلى أهلها بغير طلاق (٢) وقال الشيخ في المبسوط: يرد به (٣) وقال المصنف في الشرائع: وربما كان صواباً إن لم يكن إزالته، أو امكن وامتنعت على علاجه، ثبت الخيار وإلا فلا (٤) وهو مذهب العلامة في القواعد (٥) وهو حسن لتوجب التمسك بمقتضى العقد الصحيح، ومع قبول العلاج لا موجب لفسخ النكاح، ومع عدمه يتفق الموجب، وهو تعذر الوطاء، فيكون كالخصاء في الرجل وكالعفل فيها.

قال طاب ثراه: ولا بالعرج على الأشبه.

أقول: قال في النهاية: تردة العرجاء (٦) وبه قال ابن حمزة (٧).

(١) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٤ س ١٦ قال: واعلم أن النكاح لا يرد إلا من أربعة أشياء الخ.

(٢) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٣ س ٩ قال: وإن 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، الأول العيوب، قال: وقيل: الرتق أحد العيوب، وربما كان صواباً

أن منع من الوطاء الخ.

(٥) القواعد: كتاب النكاح، الباب الخامس (الأول) في أصناف العيوب ص ٣٣ س ٩ قال: وأما

الرتق فهو أن يكون الفرع ملحماً ليس فيه مدخل للذكر، ويوجب الخيار مع منع الوطاء ولم يمكن إزالته الخ.

(٦) النهاية: باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٨٥ س ١٩ قال: أو عرجاء كان له

ردها من غير طلاق.

(٧) الوسيلة: فصل في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١ س ١٤ قال: وما يختص بالنساء إلى

والتقي (١) وسلا (٢) وأبو علي (٣) والقاضي في الكامل (٤) ورواه الصدوق في كتابه (٥) واختاره العلامة مع الإقعاد (٦) ولم يذكره الشيخ في الخلاف، وكذا القاضي في المهذب، وعدّ في المبسوط العيوب ستة: الجنون، والجذام، والبرص، والرتق، والقرن، والإفضاء قال: وفي أصحابنا من ألحق به العمى وكونها محدودة في الزنا (٧) وقال ابن إدريس: عيوب المرأة سبعة، ثم قال: وألحق أصحابنا ثامناً وهو العرج البيّن، ذهب إليه شيخنا في نهايته، ولم يذهب إليه في مسائل خلافه (٨) وللصدوق في المقنع القولان (٩) واختار المصنف الثاني (١٠) لأصالة صحة العقد ولزومه إلّا مع الإقضاء.

احتج الأولون بأنه من الشين فنقص حظ الاستمتاع (١١)
وبصحيحة داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة

مركز تحقيق كتاب توتير علوم إسلامي

أن قال: والعرج.

(١) الكافي: الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٥ س ١٥ قال: أو عرجاء إلى أن قال: كان له رذها.

(٢) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة ص ١٥٠ س ١٨ قال: ويردّ إلى أن قال: والعرجاء.

(٣) و (٤) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٢ قال: مسألة قال المفيد والشيخ في النهاية تردّ العرجاء، وبه قال ابن الجنيد وابن البراج في الكامل.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٢٥) باب ما يرذ منه النكاح ص ٢٧٣ الحديث ٣.

(٦) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٢ س ٢٧ قال: والأقوى الردّ بالعرج البيّن لما فيه من الشين.

(٧) تقدّم آنفاً.

(٨) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٩ س ١٠ قال: وأما العيوب الراجعة إلى

النساء فسبعة الخ.

(١٠) لاحظ ما اختاره في النافع.

(٩) تقدّم نقل القولين عن المقنع.

(١١) تقدّم نقله عن العلامة في المختلف.

فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: تردّ على وليّها، ويكون لها المهر ويرجع به على وليّها، وإن كان بها زمانة لا يراها إلّا النساء أجزى شهادة النساء عليها (١). وعن محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام قال: تردّ البرصاء والعمياء والعرجاء (٢).

احتج المانعون بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السّلام قال: إنّما يُردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل (٣). وأجاب الأوّلون بالعدول عن الأصل للدليل، ودلالة الحديث الأوّل أخص، ودلالته في المطلوب منطوق، والحديث الثاني عام ودلالته مفهوم.

وكذا الخلاف في العمى هل يردّ به المرأة؟ قال في النهاية: نعم (٤)، وبه قال المفيد (٥) وتلميذه (٦) والسيد (٧) والتقي (٨) والقاضي (٩) وأبو علي (١٠) وابن

(١) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يردّ، ص ٤٢٤ الحديث ٥ وفيه (لا يراها الرجال).

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يردّ، ص ٤٢٤ الحديث ٧.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يردّ، ص ٤٢٤ الحديث ٤.

(٤) النهاية: باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يردّ، ص ٤٨٥ س ١٩ قال: أو عمياء كان له ردّها.

(٥) المقنعة: باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يردّ، ص ٨٠ س ٥ قال: وتردّ البرصاء والعمياء.

(٦) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة، ص ١٥٠ س ١٨ قال: ويردّ العمياء.

(٧) الناصريات: من جوامع الفقهية، ص ٢١٢ المسألة الثامنة والخمسون والمائة قال: وعندنا أنّ

البرص ممّا تردّ به النكاح وكذلك العمى والجذام والرتق.

(٨) الكافي: النكاح، الضرب الاول من الاحكام، ص ٢٩٥ س ١٥ قال: أو سليمة فخرجت برصاء

أو عمياء الى أن قال: كان له ردّها.

(٩) المهذب: باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٦ قال: وإما ما يصح اشتراك الرجل والمرأة

فيه الى أن قال: والعمى.

(١٠) المختلف: في العيوب والتدليس ص ١٠٤ س ٢ قال: وقد عدّ في النهاية العمى من عيوب المرأة

حمزة (١) ، وابن إدريس (٢) ولم يذكره الصدوق لمّا عدّ عيوب النساء وجعله رواية، وقد حكينا عبارته في أول الباب (٣).
والأقرب الرّدّ به، وهو إختيار المصنف (٤) والعلامة (٥) لصحيحة داود بن سرحان المتقدمة (٦).

والمشهور إختصاصه بالمرأة ولا يُردّ 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) ورجّحه العلامة في القواعد (١٠) لجوب التحرز عن الضرر، وقال عليه السلام: فرّ

إلى قوله: وكذا ابن الجنيّد.

(١) الوسيلة: في بيان الغيب 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 الأظهر.

(٣) المقنع: باب بد والنكاح ص ١٠٤ س ١٦.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف: في العيوب والتدليس ص ١٠٤ س ٧ قال: والوجه أنّ العمى تردّ به المرأة.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٢٤ الحديث ٧.

(٧) المهذب: باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٦ قال: وأما ما يصح إشتراك الرجل والمرأة فيه

إلى قوله: والعمى.

(٨) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ١٠٤ س ٢ قال: وقد عدّ في النهاية العمى من عيوب المرأة،

وكذا ابن الجنيّد.

(٩) المهذب: باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٦ قال: وأما ما يصح إشتراك الرجل والمرأة فيه

فهو الجنون والجذام والبرص الخ.

(١٠) القواعد: في اصناف العيوب، ص ٣٣ س ١ قال: وأما المرأة فالختص بها سبعة الجذام والبرص الخ.

وأما الأحكام فمسائل:

الأولى: لا يفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول وفي المتجدد بعد العقد تردد عدا العن، وقيل: تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لأوقات الصلاة وإن تجدد.

الثانية: الخيار فيه على الفور، وكذا في التدليس.

الثالثة: الفسخ فيه ليس طلاقاً، فلا يطرد معه تنصيف المهر.

الرابعة: لا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم، ويفتقر في العن لضرب الأجل.

من الأجزاء كفرارك من الأسد (١) وقال القاضي في المهذب: البرص أيضاً مشترك (٢) والأقرب إخصاصه بالمرأة.

قال طاب ثراه: وفي المتجدد بعد العقد تردد عدا العن، وقيل: تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لأوقات الصلاة وإن تجدد.

أقول: العيب إما في الرجل أو المرأة، فهنا قسمان:

(الأول) عيب الرجل، وهو في المشهور: الجنون، والجَب، والخصاء، والعنة، والجذام على قول القاضي (٣) ومرجح العلامة (٤) والبرص على ما انفرد به القاضي (٥).

وشرط الفسخ بالأخيرين سبقهما على العقد عند القائل به.

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ (١٧٦) باب النوادر وهو آخر أبواب الكتاب ص ٢٥٨ الحديث ٤ ولفظ الحديث (فر من المجدوم فرارك من الأسد).

(٢) نقلناه عنه آنفاً.

(٣) و (٤) و (٥) تقدم نقل الكل آنفاً.

الخامسة: إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلامهر، ولو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع به الزوج على المدلس، وإذا فسخت الزوجة قبل الدخول فلا مهر إلا في العن، ولو كان بعده فلها المسمى، ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعذر.

السادسة: لو ادّعت عننه فانكر فالقول قوله مع يمينه، ومع ثبوته يثبت لها الخيار ولو كان متجديداً إذا عجز عن وطئها قبلاً ودبراً، وعن وطء غيرها. ولو ادّعى الوطء فانكرت فالقول قوله مع يمينه.

السابعة: إن صبرت مع العن فلا بحث، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة من حين الترافع فإن عجز عنها وعن غيرها فلها الفسخ ونصف المهر.

وأما البحث في الأربعة الأولى فدارها على أربعة أقطاب:

الأول: الجنون، وتفسخ به المرأة إن كان سابقاً على العقد إجماعاً، 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 سابقاً على العقد كان لها الخيار، وإن تجدد ثبت الخيار إن 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 أن الجنون بالرجل إذا كان

يفعل معه أوقات الصلوات فليس يتعلق به خيار.

(٢) الوسيلة: في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١ س ١٨ قال: وما يعمتها خلقة شيء واحد

وهو الجنون على وجه لا يعرف معه وقت الصلاة.

الأكثرون 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 الضرر المنفي بالآية والرواية.

تذنيبان

(أ) لافرق في المتجدد بين الطاري على العقد، أو الوطء صرخ 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 أسطر: 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 أو لا 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 يفترق فسخ المرأة 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 الوطاء ولو قدر الحشفة،

(١) و (٢) المختلف: في العيوب والتدليس في النكاح ص ٣ س ٨ قال: الرابع لو تجدد بعد الدخول فالأقرب أن لها التسلط ايضاً الى 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 الوطاء.

(٥) لم اعثر عليه في المقنع 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 بينها 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: فإن اختارت فراقه كان على وليه ان يطلقها عنه.

(٩) تقدم آنفاً.

(١٠) المحررات: 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 يفترق الى طلاق.

ويفسخ به مع السبق على الأصح (قطعاً خ ل) وهل يفسخ به مع تجذده 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 إذا كان بعد العقد، وهو قول الشيخ في الخلاف (٦) وموضع آخر من المبسوط (٧) والحق الفسخ لأن الضرر به أعظم من العتة، ويثبت بها الرد مع تجذدها.

الثالث: الخصاص، وهو سئل الانثيين ويثبت به الرد مع سبقه على العقد إجماعاً، وهل يفسخ به مع تجذده؟ قال القاضي: نعم (٨) وتبعه العلامة في المختلف (٩) لفوات ثمرة العقد من حصول النسل والتعقف وهو ضرر منفي بالآية والرواية،

(١) المهذب: ج ٢، فيما لو حدث العيب بعد العقد ص ٢٣٥ س ١ قال: لم يجب الرد الا مذكروه اصحابنا الى قوله: والجب والخصى والعتة.

(٢) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٣ س ٣٥ قال: والمعتمد قول ابن البراج، فإن الجب والخصا مساويان للعتة، بل هما أبلغ النخ.

(٣) الايضاح: ج ٣، في العيب والتدليس ص ١٧٥ س ٢٠ قال: والأرجح عندي ثبوت الخيار لها لليأس من الوطاء معه.

(٤) المبسوط: ج ٤ في العيوب التي يرد بها النكاح، ص ٢٥٠ س ٥ قال: وأما الجب الى قوله: قلها الخيار.

(٥) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح، ص ٣٠٩ س ٧ قال: وإذا حصل بالرجل جب أو خصاء بعد العقد فلا خيار للمرأة.

(٦) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ١٢٧ قال: إذا حدث بالرجل جب الى قوله: لم يكن في حال العقد، فانه لا يرد النخ.

(٧) المبسوط: ج ٤، في العيوب التي يرد بها النكاح ص ٢٥٢ س ١٦ قال: وقال المخالف: إذا حدث واحد من الاربعة الى قوله: والجب فلها الخيار، وعندنا أنه لا خيار في ذلك.

(٨) تقدم نقل قوله في الخصى آنفاً.

(٩) تقدم مختاره في الخصى آنفاً.

ومنعه الشيخ (١) وابن ادريس (٢) والمصنف (٣) وعليه الأكثر.
الرابع: العنة، ويثبت بها الرد وإن تجددت بعد العقد إجماعاً، وهل يفسخ مع تجدها بعد الوطء؟ قال المفيد: نعم (٤) وبه قال الصدوق (٥) وابن حمزة (٦) ومنع الباقر، وتوقف العلامة في المختلف (٧).

إحتج المفيد بعموم رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: العنين يترى به سنة، ثم إن شاءت إمرأته تزوجت وإن شاءت أقامت (٨).
ورواية أبي الصباح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة إبتلى زوجها، فلا يقدر على الجماع أبداً، تفارقه؟ قال: نعم إن شاءت (٩) وترك الإستفصال مع قيام الإحتمال في حكاية الحال تدل على العموم في المقال.
إحتج الباقر برواية إسحاق بن عمار عن جعفر، عن أبيه عليهم السلام: إنَّ

(١) المبسوط: ج ٤، في العيوب التي يرذ بها النكاح ص ٢٥٠ س ١١ قال: والثاني لا خيار لها لأنَّ 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: فإن حدث بالرجل عنة بعد صحته الى قوله: كانت المرأة بالخيار.

(٥) المقنعة: باب بدو النكاح، ص ١٠٥ س ٤ قال: والعنين يترى به سنة، ثم إن شاءت إمرأته تزوجت.

(٦) الوسيلة: في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد، ص ٣١١ س ١٢ قال: فإن واقعها قبل مضي السنة الى 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.

علياً عليه السلام كان يقول: إذا تزوج الرجل امرأة فوقع عليها مرة، ثم أعرض عنها، فليس لها الخيار، لتصبر فقد ابتليت، وليس لأُمَّهات الأولاد، ولا الإماماء ما لم يمسهن من الدهر إلا مرة واحدة خيار (١).

وهذا الحديث أرجح من الأول، لكون التفصيل فاطعاً للشركة، وبأصالة لزوم العقد وعدم الخيار، وتوقف العلامة نشأ من قوة دليل اللزوم، وكونه قول الأكثر من إشماله على التضرر بفوات فائدة النكاح وثمرته.

تذنيبات

(أ) المشهور توقف الفسخ بالعنه على الأجل، وهو مذهب الأربعة (٢) (٣) (٤) (٥) واختاره المصنف (٦) والعلامة (٧) وقال أبو علي: يثبت لها الخيار مع سبقه على العقد، وإن ادعى حدوثه بعد العقد، وقف على الأجل 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 يترعى به سنة.

(٥) الناصريات من الجوامع الفقهية: المسألة الثامنة والخمسون والمائة، قال: فظهر أنه عين انتظرت به سنة.

(٦) الشرائع: في أحكام العيوب، الثامنة: قال: أجلها سنة من حين الترافع.

(٧) التحرير، في أحكام العيوب التدليس: ص ٢٩ قال (ي) إذا ثبت العنه إلى قوله: أجلها سنة من حين الترافع الخ.

(٨) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٤ س ١٤ قال ابن الجنيد: العن بالرجل قبل الدخول يوجب الفسخ الخ.

إحتج الأصحاب بصحيفة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: العنين يترى به سنة، ثم إن شاءت إمرأته تزوجت، وإن شاءت أقامت (١).
 إحتج ابو علي بمارواه غياث الضبي عن الصادق عليه السلام في العنين إذا علم أنه عنين لا يأتى 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 الأصل فيه إشرافه على الزوجة وإطلاعه على محارمها، وخلوته بها سنة، وقال ابن الجنيد: يجب المهر كاملاً (٥).
 وهو بناء على أصله، من وجوب المهر بالخلوة التامة، وسيجيء البحث فيه إن شاء الله تعالى فالخاصل: أن العنة تخالف غيرها من العيوب في أمور:

- (أ) الإفتقار إلى الحاكم.
- (ب) ضرب الأجل.
- (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: وإن اختارت فراقه كان لها نصف الصداق.

(٥) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٤ س ٢٣ قال: وقال ابن الجنيد: إذا اختارت الفرقة

وجب لها المهر.

إجماعاً.

(القسم الثاني) عيب المرأة، وفيه بحثان:

الأول: في حصر أصناف العيب، وفيه أقوال:

(أ) أنه أربعة: الجنون والجذام والبرص والعقل، قاله الصدوق في المقتنع (١).

(ب) أنه ستة بإضافة الرتق والإفشاء، قاله الشيخ في المبسوط (٢).

(ج) أنه سبعة بإضافة العمى والعرج، وإهمال العقل قاله في النهاية (٣).

(د) أنه ثمانية بإضافة كونها محدودة في الزنا، قاله القاضي في المهذب (٤).

والمعتمد عند المحققين ثمانية: الجنون، والجذام، والبرص، والإفشاء، والرتق، والقرن، والعمى، والعرج البالغ حد الإقعاد.

والقرن بسكون الراء، قيل: هو عظم ينبت في الفرج يمنع الوطء (٥) وهو بعيد، لأن العظم لا يكون في الفرج، وقيل: هو العقل، بحركة الفاء والعين المهملة، وهو لحم ينبت في فرج المرأة لغرض يعترضها عند الولادة، وحكمه حكم الرتق في

(١) المقتنع: باب بدو النكاح، ص ١٠٤ س ١٦ قال: واعلم أن النكاح لا يرد إلا من أربعة أشياء.

(٢) المبسوط: ج ٤، في العيوب التي توجب الرد في النكاح ص ٢٤٩ س ٣ قال: أو في المرأة إلى قوله: والرتق والإفشاء.

(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 العقلة (النهاية ج ٤ لغة قرن)، القرناء من النساء التي في فرجها مانع يمنع من سلوك الذكر فيه أما غدة غليظة، أو لحم مرتنقة، أو عظم، يقال لذلك كله القرن (لسان العرب ج ١٣ ص ٣٣٥ لغة قرن).

إشترط بلوغه حداً 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 المذهب (٣) والمفيد (٤) وتلميذه (٥) وابن الجنيد (٦) والستي (٧) والقطب الكيدري (٨) (٩).

إحتجوا برواية عبدالرحمان بن أبي عبدالله عن الصادق عليه السلام قال: سألت 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 الزبائات في فقه النكاح، ص ٤٩٠ الحديث ١٧٦ ومتن الحديث (إسماعيل بن أبي زياد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال: قال علي عليه السلام: في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها، قال: يفرق بينهما. الحديث).

(٣) المذهب: 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 الأتكة، 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 الأول من الأحكام ص ٢٩٥ س ١٦ قال: أو مفضاة أو محدودة الخ.

(٨) أبوالحسن محمد بن الحسين البيهقي النيسابوري الامامي، كان معاصراً للقطب الراوندي وتلميذاً لابن حمزة، وله شرح نهج البلاغة فرغ منه سنة (٥٧٦) والكيدري قرية من قرى يهق (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 رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المحدود والمحدودة، هل يردّ به النكاح؟ قال: لا (١) وذهب أبو علي إلى أنّ الزنا قبل العقد وبعده من العيوب المسوغة للردّ في الرجل والمرأة (٢) وهو منقوض.

الثاني: في حكم العيب، وحكمه تسلط الرجل على الفسخ على سبقه على العقد إجماعاً، ولا يفسخ لو تجدد بعد الدخول قطعاً، وهل يفسخ بالمتجدد بينهما؟ فيه مذهبان:

أحدهما: نعم، وهو اختيار الشيخ في الكتابين (٣) (٤) والآخر: لا تفسخ وهو اختيار ابن حمزة (٥) وابن إدريس (٦) وظاهر القاضي (٧) واختاره المصنف (٨)

(١) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يردّ منه وما لا يردّ ص ٤٢٤ قطعة من حديث ٨.

(٢) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٦ قال: مسألة، قال ابن الجنيد: الزنا قبل العقد وبعده يردّ به النكاح الخ.

(٣) المبسوط: ج ٤، العيوب التي يردّ بها النكاح، ص ٢٥٢ س ١٩ قال: والثاني له الخيار وهو الأظهر لعموم الاخبار.

(٤) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ١٢٨ قال: اذا حدث بالمرأة أحد العيوب التي تردّ 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 منها خيار الفسخ الى 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 يردّ به النكاح.

(٧) المهذب: ج ٢، فيما لو حدث العيب بعد العقد، ص ٢٣٥ س ١ قال: لم يكن جاصلاً قبل العقد لم يجب الردّ الخ.

(٨) لاحظ عبارة النافع.

والعلامة (١).

إحتج الأولون بعموم صحيحة داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيوتى بها عمياء أو برصاء قال: ترد على وليها الحديث (٢) وهو شامل لصورة النزاع.

إحتج العلامة بأن العقد وقع صحيحاً خالياً عن التدليس، فيكون لازماً، كما لو تجدد العيب بعد الدخول، ولأنه لم يوجد منها تدليس، ويمكنه التخلص منها بالطلاق، فلا يثبت له الخيار (٣).

وفيه نظر: لأن التخلص بالطلاق لا ينفك عن إضرار بالزوج، للزوم نصف المهر، وليس كذلك الفسخ، فإنه لا يجب به شيء.

تذنيب

لا يتوقف الفسخ في غير العنة على حكم الحاكم، صرح به القاضي (٤) والشيخ في غير المبسوط (٥) وتردد فيه (٦) لأن الحق لها فلا يتوقف إستيفاءه على

(١) و (٢) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٣ من ٢٠ قال بعد نقل قول الوسيلة والسرائر: وهو الأقرب، لنا أنه عقد وقع صحيحاً خالياً 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 من ٩ قال: ويجوز أيضاً أن يفسخ الرجل ذلك بنفسه الخ.

(٥) فإن الشيخ عنون في تمام موارد التدليس بقوله: فإن له ردّها، 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 من ١٤ قال: كل موضع يثبت فيه

الخيار بالعيب الى قوله: يأتي الى الحاكم ويطلب بالفسخ الى أن قال: ولو قلنا على مذهبنا ان له الفسخ بنفسه كان قوياً، والأول أحوط.

تتممة

لو تزوج على أنها حرة فبانت أمة فله الفسخ، فلا مهر لو لم يدخل، ولو دخل فلها المهر على الأشبه ويرجع به على المدلس. وقيل: لمولاها العشر أو نصف العشر إن لم يكن مدلساً، وكذلك تفسخ هي لو بان زوجها مملوكاً، ولا مهر قبل الدخول، ولها المهر بعده، ولو اشترط كونها بنت مهييرة فبانت بنت أمة فله الفسخ ولا مهر، ويثبت لو دخل. ولو تزوج بنت مهييرة فأدخلت عليه بنت الأمة، ردّها ولها المهر مع الوطء 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 الأصلي.

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 الأشبه.

أقول: إذا تزوج الرجل امرأة على أنها حرة، فخرجت أمة، فلا شك في كون ذلك تدليساً يوجب خيار الزوج، لأن الحرية وصف كمال، وفقدان وصف كمال المشروط يزلزل العقد، ويعرضه للزوال بالفسخ. وأيضاً في نكاح الأمة غضاً على

(١) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٦ س ٢٧ وجملة (لأنها مسألة خلافية) ليست في كلام ابن الجنيّد، والظاهر أنها من الماتن.

الحر، خصوصاً على القول بتحريمها.

إذا عرفت هذا، فنقول: إن فسخ قبل الدخول فلا شيء، وإن حصل الفسخ بعده، فإذا 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 ردُّها، فإن كان قد دخل بها كان لها المهر بما استحل من فرجها، وللزوج أن يرجع إلى وليها الذي دلَّسها بالمهر (١). وفي قوله: «كان لها المهر» تساهل، لأنَّ 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: لأنَّه عوض بضع وقع صحيحاً، وتطرق الفسخ لا يقتضي فساد من أصله، وإلاَّ لما صح بعد الرضا، فإيجاب مهر المثل وإبطال المسمى على ما ذهب إليه الشيخ وابن حمزة ليس بجيد (٥).

(ب) بطلان المسمى ووجوب مهر المثل، حكاه العلامة عن الشيخ (٦) وهو

(١) النهاية: باب التدليس في النكاح، ص ٤٨٤ س ١٢ قال: إذا عقد الرجل على امرأة الى قوله: دلَّسها بالمهر.

(٢) المهذب: ج ٢، ص ٢٣٦ س ١٥ قال: وإذا تزوج الرجل بامرأة على أنها حرة فبان أنها أمة النخ.

(٣) المقنعة: باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ١ قال: إذا تزوج الرجل بالمرأة على أنها حرة الى قوله: إلا أن يكون قد دخل بها.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٧ س ٣٩ قال: والتحقيق ان نقول: الى قوله فإيجاب مهر المثل وإبطال المسمى على ما ذهب اليه 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 عبداً، وقف على إجازة مولاه، فإن أجاز لزم العقد وما سمي فيه، وإن فسخ بطل، فإن لم يكن دخل فلا شيء، وإن كان قد دخل وجب عليه ما وجب على الحر، ثم إن كان مأذوناً له في النكاح لزم ذلك السيد، وإلا ففي ذمته يتبع به

تذنيب

المهر للسيد هنا لكون البضع مملوكاً له، فعوضه لمالكه، فإن لم يكن دفع إليها شيئاً فلا كلام، وإن دفع إليها إستعاده، وإن تلف أو بعضه رجع إليها بعد العتق واليسار، وهو المشهور، والذي يقتضيه أصول المذهب، وقال المفيد: لا يرجع عليها بشيء بعد الدخول (٤).

وإن كان المدلس أجنبياً رجع عليه بالمدفوع إليها مع تلفه، وبما يدفع إلى السيد. وشرط الشيخ في النهاية كونه عالماً بدخوله لأمرها (٥) وتبعه القاضي (٦)، وإن كان

(١) و (٢) الوسيلة: في عقد العبيد والاماء ص ٣٠٣ س ٨ قال: أقال لو دلّسها أحد بالحرية، الى قوله: ولسيدها عليه عشر قيمتها إن كانت بكراً ونصف العشر إن كان ثيباً، الى قوله: وإن دلّسها مولاه لزم مهر المثل.

(٣) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٧ س ٢١ قال: وقال ابن الجنيد: الى قوله: وعلى الزوج إن كانت بكراً فافتضاها عشر قيمتها أو نصف عشرها إن كانت ثيباً.

(٤) المقنعة: باب التدليس في النكاح، ص ٨٠ س ٤ قال: ولا يأخذ منها شيئاً منه بعد الدخول.

(٥) النهاية: باب التدليس في النكاح، ص ٤٨٤ س ١٤ قال: فإن كان الولي لم يعلم دخيلة امرها، لم يكن عليه شيء الخ.

(٦) المهذب: ج ٢ باب التدليس في النكاح، ص ٢٣٦ س ١٧ قال: وإن كان غيرها هو الذي تولى

ولو تزوجها بكرًا فوجدها ثيبًا، فلا ردّ، وفي رواية ينقص مهرها.

المدّلس السيد لم يكن له مهر، لأنّه أباحه الوطاء بعوض يعود ضمانه عليه، فلا يرجع بشيء.

قال طاب ثراه: ولو تزوجها بكرًا فوجدها ثيبًا فلا ردّ، وفي رواية ينقص مهرها.
أقول: البحث هنا يقع في مقامين:

الأول: هل يثبت الردّ بفوات البكارة مع شرطها؟ أم لا؟ بالثاني قال التقي (١) وهو المشهور بين الأصحاب، وقال العلامة: يثبت الخيار إن ثبت سبق الثيبوبة (٢)، لأنّه شرط وصف كمال، ولا يوجد، فيثبت له خيار الشرط، كالتدليس، فكان له الفسخ، لأنّه معنى صحة الشرط.

الثاني: هل ينقص من مهرها شيء أم لا؟ فيه مذهبان:

- (أ) لا ينقص شيء، وهو مذهب التقي (٣) لثبوته بالعقد، والأصل بقاؤه.
(ب) النقص، وفي قدره أقوال:
(أ) ينقص شيء مطلقاً، ولم يعين قدره، قاله الشيخ في النهاية (٤).
والقاضي (٥)، إعتماًداً على رواية محمد بن جزك قال: كتبت إلى أبي عبدالله

العقد عليها وكان عالماً بذلك الخ.

(١) الكافي: النكاح ص ٢٩٦ س ٣ قال: وإن تزوج بكرًا فوجدها ثيبًا إلى قوله: فليس بعيب يوجب الرد ولا نقصاناً في المهر.

(٢) القواعد: في التدليس ص ٣٥ س ٥ قال: ولو شرط البكارة فإن ثبت سبق الثيبوبة، فالأقرب أنّ له الفسخ الخ.

(٣) تقدم في قوله آنفاً (ولا نقصاناً في المهر).

(٤) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ١٠ قال: وإذا عقد على امرأة على أنها بكر إلى قوله: ينقص من مهرها شيئاً.

(٥) المذهب: ج ٢، فيما إذا بانّت الزوجة ثيباً ص ٢١٣ س ١١ قال: وإذا تزوج امرأة على أنها بكر إلى قوله: جاز أن ينقص من مهرها شيئاً.

عليه السلام أسأله عن رجل تزوج جارية بكرة فوجدها ثيباً هل يجب لها الصداق وافياً 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: «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً» (٣).

(ج) أنه ينقص من المسمى ما بين مهرها بكرة وثيباً، وذلك يختلف باختلاف الجمال والسن والشرف وغير ذلك قاله ابن ادريس (٤) وأورد عليه السيد عميد الدين بانه ربما يستغرق بالشيب مجموع مهرها المسمى في هذا العقد، فخلا النكاح من مهر (٥).

(د) الرجوع فيه إلى تقدير الحاكم والإحالة فيه على نظره، لعدم التقدير الشرعي واللغوي فيه، أي في تفسير (الشيء) في هذا الموضع، وهو اختيار المصنف في النكت (٦) ونقل فخر الدين عن والده طاب ثراهما أنه أجاب في درسه عن الوارد

(١) التهذيب: ج ٧، باب التدليس في النكاح وما 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: ينقص 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، وفيه أطراف.

الطرف الأول: كل ما يملكه المسلم يكون مهراً، عيناً كان أو ديناً،

على ابن ادریس: بان المراد أنَّ هذا هو مهر البكر، فما ينقص منه بسبب عدمها في نظر العقلاء وبسببه نقص مهر مثلها الثيب عن مهر مثلها البكر (١).

فحاصل الإيراد: أنَّ ما ذكره قد يستغرق المهر، فيعروا البضع عن عوض، وهو غير سائغ، مثلاً كان مهر مثلها بكرًا مائة وثيباً ستون، فالتفاوت أربعون، فلو كان مهرها في الصورة المفروضة أربعون، وكان المنقص من المهر هو التفاوت، لوجب ردّها فلا مهر حينئذٍ.

وحاصل الجواب: أنَّ هذا الحكم المذكور على تقدير 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، ويتدافع عليها تسعة ألفاظ، الصداق، والصدقة، والمهر، والنحلة، والأجر، والفريضة، والعلائق، والعقر، والحبا.

(١) الايضاح: ج ٣ في العيب والتدليس ص ١٨٦ س ١٦ قال: وأجاب عنه والذي في درسه الخ.
(٢) الايضاح: ج ٤ في العيب والتدليس، ص ١٨٦ س ١٨ قال: والأول (أي قول النهاية) أرجح، لأن قيمة المثل يعتبر الخ.

أو منفعة كتعليم الصنعة والسورة، ويستوي فيه الزوج والأجنبي. أما لو جعلت المهر استئجاره مدة، فقولان: أشبههما الجواز.

قال طاب ثراه: أما لو جعلت المهر استئجاره مدة، فقولان: أشبههما الجواز. أقول: يشترط في المهر المالية، فكلما يملكه المسلم وتنصح المعاوضة عليه جاز أن يكون مهرأ، ولا فرق بين الدين والعين والمنفعة، لكن اختلفوا في جواز جعل إجازة الزوج نفسه مدة معينة - بحيث أن يكون متعلقة بعينه غير قابلة للنيابة -، مهرأ، فنع الشيخ في النهاية (١) وتبعه القاضي في الكامل (٢).

وجوزه المفيد (٣) وتلسميذه (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 وما لا ينعقد ص ٤٦٩ س ٦ قال: ولا يجوز العقد على إجازة، وهو أن يعقد الرجل على أن يعمل لها أولوليتها أياماً معلومة الخ.

(٢) المختلف: في الصداق، ص ٩٤ س ٧ قال: وقال ابن البراج في الكامل كقول الشيخ في النهاية.

(٣) المقنعة: باب المهور والأجور، ص ٧٨ س ١٠ قال: والمهور كلما كانت له قيمة الى قوله: ما تستحق عليه الأجور الخ.

(٤) المراسم: ذكر المهر ص ١٥٢ س ١٧ قال: وماله عوض غير مرسوم في الشريعة الى قوله: وكل هذا ينعقد به النكاح.

(٥) السرائر: باب المهور وما ينعقد به ص ٣٠٠ س ٢٢ قال: والذي أعتمد وأعمل عليه وأفتي به أن منافع الحر ينعقد به النكاح الخ.

(٦) و (٨) المختلف: في الصداق ص ٩٤ س ١٠ قال بعد نقل قول الكامل: وبه قال قطب الدين الكيدري وقال ابن الجنيد: كلما يصح الملك له والتحول الى قوله: من أجرة 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: فالأول كل ما يصح تملكه في الإسلام 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 الأولون: بأنه يستلزم خلو البضع عن العوض، واللازم باطل، وما استلزم البطلان كان باطلاً، أما الأولى فلجواز موته، وأما الثانية فبيّنة.

وما رواه أحمد بن محمد (في القوي) عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة ويشترط لأبيها إجارة شهرين، فقال: إن موسى عليه السلام قد علم أنه سيتم له شرطه، فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفي، وقد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يتزوج المرأة على السورة من القرآن، وعلى الدرهم، وعلى القبض من الخنطة (٢).

وما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام قال: لا يحل النكاح اليوم في الإسلام بإجارة، بأن يقول: أعمل عندك كذا وكذا سنة على أن تزوجني أختك أو بنتك، قال: حرام، لأنه ثمن رقيتها وهي أحق بمهرها (٣).

إحتج الآخرون: بأصالة الجواز، ويقولون تعالى «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ» (٤) وقد وقع التراضي على الإجارة.

وما رواه محمد بن مسلم (في الصحيح) عن الباقر عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله إلى قوله: زوجتكها على ما تحسن من القرآن،

(١) المذهب: ج ٢ باب الصداق ص ١٩٨ س ٩ قال: ويجوز أن يكون منافع الحرم مهرأ مثل أن يخدمها شهراً الخ وقال في ص ٢٠١ س ٤: ولا يجوز أيضاً على إجارة مثل أن يعقد الرجل على المرأة أن يعمل لها ولوليتها أياماً 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 وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٦٧ الحديث ٥١.

(٤) النساء ٢٤٥.

فعلّمها إتياءه (١).

وأجابوا عن حجة الأولين: بأن الإحتمال يستلزم خلّو البضع عن عوض معين، لا عن مطلق العوض، والمحال إنما هو الثاني، لا الأول، كما لو تزوّجها على عبد معين ومات قبل التسليم، فانه يضمن بها قيمته، وكذا هنا يوجب بموته قبل المدة أجرة المثل بما بقي منها في أصل التركة، وكذا لو كان المهر تعليم سورة حتى طلقها قبل الدخول أو بعده قبل التعليم، فإنه يجب عليه نصف أجرة المثل، أو كلّها قولاً واحداً، وكذا لو تعلمت من غيره، فعلم أنّ المحال هو خلّو البضع في الجملة، لا تطرق خلّوه عن العوض المعين.

وعن الثاني: بأنه لا يدل على المنع والتحريم، بل على الكراهة.

وعن الثالث: بأنّ المنع إنما كان لأنّ الإجارة وقعت للولي، لا للزوجة، والمهر مملوك لها، لا لأبيها وأخيها، فلا يجوز شرطه لها، لأنّ ذلك منسوخ في شرعنا، وقد كان سابقاً في شرع شعيب عليه السّلام، ويلحظ ذلك من الحديث في موضعين: (أ) قوله عليه السّلام: «لا يحلّ النكاح اليوم في الإسلام» إشارة إلى أنّ هذا الحكم منسوخ إنما هو في صورة ما فعله موسى عليه السّلام لشعيب (ع) لجواز استيجاره لتعلم الصنعة والسورة من غير خلاف فيه.

(ب) قوله عليه السّلام: «هي أحق بمهرها».

هذا مع ضعف السند.

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٥٤

الحديث ٧ ورواه العامة بأسانيد مختلفة وألفاظ متقاربة في أبواب متفرقة، منها صحيح البخاري كتاب النكاح باب ٤ تزويج المعسر وباب ٣٠ عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح إلى غير ذلك من الأبواب الأخر، ورواه أحمد في مسنده ج ٥ ص ٣٣٠ حديث أبي مالك سهل الساعدي، ورواه الدارمي والترمذي والموطأ فلاحظ.

ولا تقدير للمهر في القلة ولا في الكثرة على الأشبه، بل 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 سمي لها مهراً ولأبيها شيئاً سقط ماسمى له. ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح، ولو أسلما أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة عيناً أو مضموناً.

قال طاب ثراه: ولا تقدير للمهر في القلة ولا في الكثرة على الأشبه. أقول: لا يستقدر المهر قلة، فيجوز على أقل ما يتمول ويثبت في الذمة، لإصالة الجواز ولقوله تعالى: «ولا جناح عليكم فيما تراضيتُم 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 القبضة من الحنطة (٢).

وأما في الكثرة: فالمشهور عند علمائنا أنه لا يتقدر أيضاً، فيجوز ما تراضى عليه الزوجان ويلزم وإن بلغ أضعاف مهر الستة، ذهب إليه الشيخان (٣) (٤) والتقي (٥).

(١) النساء: ٢٤.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ص ٣٦٦ قطعة من حديث ٤٦.

(٣) المقنعة: باب المهور والأجور، ص ٧٨ س ١٠ قال: والمهور كلها كانت له قيمة من ذهب وفضة إلى أن قال: ويستحب للإنسان أن لا يتجاوز في المهر ستة، وهو خمسمائة درهم جياداً قيمتها خمسون ديناراً مثاقيل عيناً.

(٤) النهاية: باب المهور وما ينعقد به النكاح ص ٤٦٨ س ١٩ قال: المهر ما تراضيا عليه إلى قوله: قليلاً كان أو كثيراً الخ.

(٥) الكافي: النكاح، الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٣ س ١٧ قال: أوزاد عليه أضعافاً

كثيرة.

والحسن (١) والقاضي (٢) وابن حمزة (٣) وابن ادريس (٤) وهو ظاهر الصدوق في المقنع (٥) وأبي علي (٦) ونص عليه أبو يعلى سلار (٧).

للأصل، ولقوله تعالى: «إِنْ آتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً» (٨) وعموم قوله تعالى: «فَنَصِفْ مَا فَرَضْتُمْ» (٩) و«آتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً» (١٠)

ولصحيحة الوشاء عن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: لو أن رجلاً تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً، والذي جعله لأبيها فاسداً (١١) ولأنه نوع معاوضة، فكانت تابعة لاختيار المتعاضين. وقال المرتضى: لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم جياداً، قيمتها خمسون ديناراً،

(١) المختلف: في الصداق ص ٩٣ س ١٥ قال: وقال ابن الجنيّد: وكل ما صح التملك له من قليل أو كثير الخ.

(٢) المهذب: ج ٢، باب الصداق وأحكامه، ص ١٩٨ س ٧ قال: يصح أن يكون صداقاً قليلاً كان أو كثيراً الخ.

(٣) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٥ س ١٥ قال: فإتراضياً عليه يكون صحيحاً قل ذلك أم كثر.

(٤) السرائر: باب المهور وما ينعقد به ص ٣٠١ س ١٣ قال: ومق 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 الستة الخ.

(٦) المختلف: في الصداق، ص ٨٢ س ١٥ قال: وقال ابن الجنيّد: وكل ما صح 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 ٢٠٢. (٩) البقرة ٢٣٧. (١٠) النساء ٤٥.

(١١) التهذيب ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٦١

الحديث ٢٨.

فمازاد على ذلك ردّ إلى هذه السنة (١).

وروى الصدوق في من لا يحضره الفقيه - واستدل بعد الإجماع على نفى الزائد -
بما رواه الفضل بن عمر قال: دخلت على أبي عبد الله فقلت له: أخبرني عن مهر
المرأة الذي لا يجوز للمؤمن أن يجوزه؟ قال: فقال: السنة المحمدية خمسمائة درهم،
فمازاد على ذلك ردّ إلى السنة ولا شيء عليه أكثر من خمسمائة درهم (٢) (٣).
وأجيب بضعف الرواية، لوقوع محمد بن سنان في طريقها (٤)، وقد ضعفه
الشيخ جداً (٥) وما يختص بروايته لا يعمل عليه، مع احتمال حملها على الاستحباب،
ومع الزيادة يستحب الردّ إلى السنة بالإبراء، ومع حصوله لا يلزمه أكثر
من السنة.

وروي أنّ عمر قام خطيباً فقال: أيها الناس بلغني إنكم تغالون في مهور
بناتكم، فلا أوتين برجل منكم زاد في مهر إبنته عن السنة إلاّ ردّته إليها وجعلت

(١) الانتصار: مسائل النكاح، في بيان مقدار الصداق، ص ١٢٤ قال: مسألة، ومما انفردت به
الإمامية أنه لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم، إلى قوله: فمازاد على ذلك ردّ 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 إليه في معجم رجال الحديث أيضاً، ولعل المراد بقوله:
روى عن الصدوق في من لا يحضره الفقيه: ما في ص ٢٥٣ من ج ٣ ص ١ من قوله: (والسنة المحمدية في
الصداق خمسمائة درهم، فمن زاد على السنة ردّ إلى السنة) والله يعلم.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٦١
قطعة من حديث ٢٧.

(٤) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن أحمد 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 جداً، وما سبّ 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: «وَإِنْ آتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بِهَتَانَا وَإِثْمَا مِثْنًا» (١) فقال أيها الناس على رسلكم، رجل أخطأ وامرأة أصابت (٢).

قال طاب ثراه: ولا يجوز عقد المسلم على الخمر، ولو عقد صح، ولها مع الدخول مهر المثل، وقيل: يبطل العقد أقول: هنا مسألتان.

الأولى: إذا عقد المسلم على خمر أو خنزير هل يصح العقد أو يبطل؟ فيه مذهبان:

(أ) الصحة، وهو مذهب الشيخ في الخلاف (٣) والمبسوط (٤)، وبه قال: ابن حمزة (٥)

(١) النساء: ٢٠.

(٢) رواه أكثر أصحاب الحديث في مسانيدهم وتفاسيرهم بالفاظ متفاوتة ومعاني متقاربة لاحظ سنن البيهقي: ج ٧ كتاب النكاح ص ٢٣٣ وتفسير اندر المنثور للسيوطي: ج ٢ ص ٤٦٦ في تفسيره الآية ٢١ من سورة النساء، وتفسير الكشاف للزمخشري: ج ١ ص ٤٩١ في تفسيره الآية ٢١ من سورة النساء ولاحظ ذيله حيث قال: أخرجه أصحاب السنن وابن حبان والحاكم وأحمد والدارمي وابن أبي شيبة والطبراني الخ.

(٣) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ١ قال: إذا 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: إذا عقد النكاح بمهر فاسد إلى قوله: كان العقد صحيحاً الخ.

(٥) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٦ س ١٣ قال: فإن كان مسلماً سقط المسمى ولزم مهر المثل: مثل من عقد على خمر أو خنزير الخ.

وأبو علي (١) وابن زهري (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) والتميمي (٩) والمفيد في المقنعة (١٠).

إحتج الأولون: بأن ذكر المهر ليس شرطاً في صحة العقد، فإذا ذكر ما هو فاسد لم يكن أكثر ممّا لم يذكر أصلاً، فيكون وجوده كعدمه. ولأنهما عقدان يصح أن

(١) و (٢) المختلف: في الصداق ص ٩٣ س ٣١ قال: وقال ابن الجنيّد: لا يفسد العقد بفساد المهر الى قوله: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.

(٣) الغنية من الجوامع الفقهية في أحكام النكاح ص ٦١٠ س ٢٣ قال: وإذا وقع العقد على عين محرمة، صح العقد وبطل المسمى.

(٤) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٠ س ١١ قال: ولا يجوز في المهر ما لا يحلّ تملكه للمسلم الى أن قال: والذي يقوى في نفسي ما اختاره في مسائل خلافه. (٥) لاحظ ما اختاره في النافع.

(٦) التحرير: ج ٢ في الصداق، ص ٣١ (ج) اذا عقد المسلم على خمر أو خنزير الى قوله: وهل يبطل النكاح؟ قيل: نعم وقيل: لا وهو الأقرب.

(٧) النهاية: باب المهور وما يعتقد به النكاح وما لا يعتقد ص ٤٦٩ س ٢ قال: ولا يجوز في المهر ما لا يحلّ تملكه الى قوله: فان عقد على شيء من ذلك كان العقد باطلاً.

(٨) المهذب: ج ٢ باب الصداق وأحكامه، ص ٢٠٠ س ١٠ قال: وأما ما لا يصح تملكه، الى قوله: فان عقر على شيء منه كان باطلاً.

(٩) الكافي: الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٣، س ١٧ قال: ولا يصح العقد على عين محرمة الخ.

(١٠) نسب العلامة في المختلف: ص ٩٣ س ٢٩ الى المفيد القول ببطلان العقد، حيث قال: وهل يبطل العقد؟ للشيخ قولان: ففي النهاية يبطل وبه قال المفيد في المقنعة، ولكن عبارة المقنعة يوهم خلاف ذلك، حيث قال: ولا يجوز النكاح على ما لا قيمة له من كلب أو خنزير أو خمر، ومن عقد على شيء منه ثبت النكاح بالعقد، ووجب في ذمة المعقود له المهر بقدر مهر مثل المعقود عليها الخ لاحظ باب المهور ص ٧٨ س ١٣.

ينفرد أحدهما عن صاحبه، ألا ترى أنه لو عقد بغير مهر صح العقد. وأيضاً فقد افترقا في الأحكام، 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 أنها لما ذكرنا عوضاً فقد أضربنا عن قيمة البضع وقصداً 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 لغى العين، نعم يفيد ذكره قصد العوض فلا يكون تعويضاً، ويتفرع على ذلك مالو

(١) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ١ قال: إذا عقد على مهر فاسد الى قوله: وجب لها مهر المثل.

(٢) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٦ س ١٣ قال: فإن كان مسلماً 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 خمرأ معيناً، فالذي يقتضيه مذهبنا ان لها قيمته عند مستحليه.

الطرف الثاني، التفويض: لا يشترط في الصحة ذكر المهر، فلو أغفله، أو شرط أن لا مهر لها، فالعقد صحيح. ولو طلق فلها المتعة قبل الدخول، وبعده لها مهر المثل، ويعتبر في مهر المثل حالها في الشرف والجمال، وفي المتعة حاله، فالغني يتمتع بالثوب المرتفع، أو عشرة دنانير فأزيد. والفقير بالخاتم أو الدرهم والمتوسط بينهما. ولو جعل الحكم لأحدهما في تقدير المهر صح، ويحكم الزوج بما شاء وإن قل، وإن حكمت المرأة، لم تتجاوز مهر السنة. ولو مات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم فالمرء لها المتعة.

طلق قبل الدخول، فيجب نصف مهر المثل على القول الأول، وعلى القول الآخر يجب نصف قيمته عند مستحليه.

مركز تحقيق تكاميل علوم إسلامي

فرق الشيخ بين الخمر والخنزير، فأوجب في الأول مهر المثل لتعذر المالية واستحالتها فيه وأوجب في الخمر قيمته عند المستحل لثبوت المالية للذمي على مثله وعلى المسلم (١)، ففرضها فيه ممكن بخلاف الخنزير. قال طاب ثراه: ولو مات الحاكم فالمرء لها المتعة. أقول: التفويض قسمان:

تفويض المهر: وهو أن يذكر على الجملة، وتفويض تقديره إلى أحدهما، كان يقول: زوّجتك نفسي بما تحكم، أو أحكم، والحكم في هذا القسم أن يلزم من إليه الحكم بالفرض، ويثبت ما يحكم به، ويستقر بالدخول، أو الموت، وينتصف

(١) المبسوط: ج ٤ كتاب الصداق ص ٢٩٠ س ٢٠ قال: وأما ان أصدقها خيراً الى أن قال: ان لها

قيمتها عند مستحليه

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: أنها لم يرضيا بإخلاء العقد عن المهر، بل ذكراه، غايته أنه مجهول،
وقد تعذر الرجوع إلى عينه بموت من إليه تعيينه، فيرجع إلى قيمة البضع، وهو مهر
المثل، ولوجوبه بالوطء في مثل هذه الصورة، والموت تقرّر من المهر ما تقرره الدخول.
(ب) المتعة مذهب الشيخ في النهاية (٣) وهو إختيار القاضي (٤) وابن حمزة (٥)
والصدوق في المقنع (٦) وظاهر الخلاف (٧) (٨).

(١) لم اعثر في المبسوط على التصريح بما في الفرض إلا ما في فصل التفويض ص ٢٩٦ س ١ من قوله:
(فاما اذا وقعت الفرقة بالكوفة الى قوله: واتا المهر فتى مات أحدهما فعلى قولين: أحدهما لها مهر المثل،
والثاني لا مهر لها وهو الصحيح عندنا وفيه خلاف) وهذا كما ترى يوهّم خلاف المقصود.
(٢) القواعد: الثاني تفويض المهر ص ٤١ س ٣ قال: ولو مات الحاكم قبله وقبل الدخول فلها مهر
المثل الخ.

(٣) باب المهور وما يتعقد به النكاح ص ٤٧٢ س ١٣ قال: فان مات الرجل أو ماتت المرأة قبل أن
يحكما الى قوله: كان لها المتعة.

(٤) المهذب: ج ٢ باب الصداق وأحكامه ص ٢٠٦ س ٢ قال: فان مات الزوج أو الزوجة قبل أن
يحكما الى قوله: كان للزوجة المتعة.

(٥) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه ص ٢٩٦ س ٥ قال: فان مات أحدهما قبل الفرض في
مسألتين سقط المهر الخ.

(٦) المقنع: باب بد والنكاح ص ١٠٨ س ٩ قال: واذا تزوّج الرجل امرأة الى قوله: فلها المتعة
والميراث الخ.

(٧) ليس في النسخة المعتمدة جملة: (وظاهر الخلاف).

(٨) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ١٥٥ قال: المفوضة إذا طلقها زوجها الى قوله: لكن يجب لها

ووجهه: أنَّ العقد لا يجوز خلوه عن عوض، لوقوع التراضي عليه، وليس معيناً 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) لا شيء لها قاله ابن إدريس (٢) لأنَّ مهر المثل يتبع الدخول، والمتعة يجب بالطلاق، وليس أحدهما حاصلاً، 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).

(القسم الثاني) وهو تفويض البضع: وهو تراضي الزوجين بإيقاع العقد من غير مهر، إما باغفاله، أو بإشراط سقوطه، كقولها: زوجتك نفسي، فيقول: قبلت،

المتعة الخ وهذا أيضاً بناء على أن الموت كالطلاق.

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور، ص ٣٦٥ قطعة من حديث ٤٤.

(٢) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٢ س ٣٤ قال: وقد روي أنه إذا مات الرجل أو ماتت المرأة قبل أن يحكما إلى قوله بعد أسطر: والأصل براءة الذمة.

(٣) المبسوط: ج ٤ كتاب الصداق ص ٢٩٦ س ١ قال: إذا وقعت الفرقة بالوفاة إلى قوله: والثاني لا مهر لها.

(٤) الخلاف: كتاب الصداق مسألة ١٨ قال: إذا مات أحدهما قبل الفرض وقبل الدخول فلا مهر لها.

(٥) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٣ س ١ قال: والآولى القول بأنه لا يلزم الزوج شيء بعد موت المرأة إذا كان قد تزوجها على حكمها.

(٦) لاحظ اختياره في النافع.

(٧) المختلف: في الصداق، ص ٩٧ س ٤ قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

الطرف الثالث، في الأحكام: وهي عشرة:

(الأول) تملك المرأة المهر بالعقد، وينتصف بالطلاق، ويستقر بالدخول وهو الوطء قبلاً أو دبراً، ولا يسقط معه لو لم يقبض، ولا يستقر بمجرد الخلوة على الأشهر.

ويقتصران، أو تقول: زوجتك نفسي بلامهز، أو على أن لا مهر لي.

فنقول: هذا العقد لا يقتضي لزوم شيء في ابتدائه، لرضاها بوقوع العقد مجاناً. ولسرواية منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم تفرض لها صداقاً، قال: لا شيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها (١) فعلى هذا لو مات أحدهما قبل الدخول لم يجب شيء إجماعاً. ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول: إن كان فرض لها مهراً، فلها، وإن لم يكن فرض مهراً، فلا مهر لها (٢). وإن حصل طلاق قبل الدخول وجبت المتعة إجماعاً، لقوله تعالى «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسَعِ قَدَرِهِ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ» (٣).

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، عالمين بذلك، أو جاهلين، أو بالتفريق.

قال طاب ثراه: تملك المرأة المهر بالعقد، وينتصف بالطلاق، ويستقر بالدخول، وهو الوطء قبلاً أو دبراً، ولا يسقط معه لو لم يقبض، ولا يستقر بمجرد الخلوة على الأشهر.

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ص ٣٦٢ الحديث ٣٠.

(٢) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء ص ١٤٦ قطعة من حديث ١٠٤. (٣) البقرة: ٢٣٦.

أقول: هنا مسائل:

الأولى: يملك المرأة بالعقد جميع المهر ملكاً مترزلاً 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 الأصحاب، وذهب ابن الجنييد إلى أن الذي يوجب العقد من المسمى نصفه، والنصف الباقي يوجبه الدخول (١).

إحتج الأولون: 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 مهرأ، فساق إليها غنماً ورقيقاً، فولدت عندها، وطلقها قبل أن يدخل بها، قال: إن كان قد ساق إليها ماساق وقد حملت عنده، فله نصفها ونصف ولدها، وإن كن حملت عندها فلا شيء له من الأولاد (٢).

واحتج ابن الجنييد: بأنها لو ملكته لاستقرت عملاً بالأصل، ولم يزل ملكها إلا بسبب ناقل كالبيع وشبهه، ولم يوجد، فلا يكون الملك متحققاً (٣).

وبرواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: سمعته يقول: لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج (٤).

وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته متى تجب المهر؟ قال:

(١) المختلف: في الصداق، ص ٩٩ قال: مسألة، المشهور عند علمائنا أن المرأة تملك الصداق بالعقد إلى أن قال: وقال ابن الجنييد: الذي يوجبه العقد من المهر المسمى النصف الخ.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ص ٣٦٨ الحديث ٥٤.

(٣) المختلف: في الصداق، ص ٩٩ س ٢٤ قال: قال ابن الجنييد: بأنه لو ملكته بالعقد الخ.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٧.

إذا دخل بها (١).

واجيب: بأن الوجوب أعم من الإستقرار، فلا يستلزمه، والسقوط لا يمنع الوجوب كما في الإرتداد، 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 الإستقرار جمعاً بين الأدلة، ولأنه المفهوم من الوجوب في الأغلب.

وتظهر الفائدة في مسائل:

(أ) في نماء المتجدد فيما بين العقد والطلاق، فعلى المشهور يكون للمرأة، وعنده لهما.

(ب) لو خلعها على مهرها، أو طلقها عليه، أو وهبته إياه، أو أبرأته منه، رجع عليها بالنصف على المشهور، ولا يرجع عليها بشيء عنده.

(ج) لو كان المهر نصيباً وأقبضها إياه، ثم طلقها بعد مضي الحول، وجب الزكاة عليها عندنا، ولا يجب عنده، لأنها لم تملك نصيباً تاماً.

(د) لو كان المهر معيناً لم يجز لها التصرف فيه إلا بإذنه عنده، لتحقيق الشركة، ويجوز على المشهور.

(هـ) لو كان معيناً وباعته من غير إذنه، صح على المشهور، ووقف على إجازته في النصف الآخر عنده.

(و) لو كان معيناً وحجر عليه لفلان، لم يتعلق به الحجر على المشهور، وتتعلق بنصفه عنده.

(١) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح، ص ٤٦٤ الحديث ٦٨.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

(ز) لو مات أحد الزوجين إستقر الجميع على المشهور، لوجوبه بالعقد، وحصول التتصيف بالطلاق ولم يحصل، ويجب النصف عنده.
 (ح) يحسب النصف من أموالها ويخرج عن ماله عنده، وعلى المشهور جميع المهر، فيفيد وجوب الخمس والحج ومنع الأخذ من الزكاة.
 الثانية: فيما يوجب تقرير المسمى، وانحصر في خمسة أقوال، ووقع الإجماع على نفي السادس.

(أ) غيبوبة الحشفة قبلاً أو دبراً، وإن كان الوطء حراماً كما في الحيض والإحرام، لأنه يوجه في الشبهة ابتداءً، ففي الصحيح تقريراً أولى.
 (ب) إرتداد الزوج في القول الأظهر، وقد صرح به ابن حمزة، فقال: تستقر المهر المعين بثلاثة أشياء: بالدخول والموت وإرتداد الزوج (١).
 (ج) موت الزوج على قول الأكثر، خلافاً للصدوق في المقنع، حيث أوجب النصف (٢) معولاً على صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يموت وتحتة امرأة لم يدخل بها، قال: لها نصف المهر، ولها الميراث كاملاً، وعليها العدة (٣).
 وعورضت بصحيحة منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام أنه سأل عن الرجل يتزوج المرأة، فيموت عنها قبل أن يدخل بها، قال: لها صداقها كاملاً، وترثه، وتعتد بأربعة أشهر وعشراً (٤).

(١) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٧ س ٥ قال: ويستقر بأحد ثلاثة

أشياء الخ.

(٢) المقنع: باب الطلاق، ص ١٢٠ س ٢١ قال: والمتوفى عنها زوجها إلى قوله: إن لم يكن دخل بها وقد فرض لها مهراً فلها نصفه، وهو الذي أعتمدته وافق به.

(٣) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء، ص ١٤٤ الحديث ٩٨.

(٤) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء، ص ١٤٦ الحديث ١٠٧ وتماه (كمدة المتوفى عنها

واختصت بزيادة الترجيح بعمل الأصحاب، وتأيدت أيضاً بالنظر، إذ العقد يوجب المهر وينتصف بالطلاق، ولم يحصل.

(د) موت الزوجة في المشهور، وهو قول المفيد (١) وبه قال ابن حمزة (٢) وابن إدريس (٣) والقاضي في المهذب (٤). وخالف الشيخ (٥) والقاضي في الكامل (٦) وقطب الدين الكيدري (٥) وأوجبوا النصف خاصة، وربما حمل على غير ذات الولد، فيكون له النصف بالميراث.

(هـ) الخلوة التامة: وهي المعركة العظيمة بين الفقهاء: ونعني بالتامة إرخاء الستر، أو إغلاق الباب وعدم حصول مانع في الزوج كالعنن، أو في المرأة كالرتق، واختلفت فيه عبارات الأصحاب، وتعددت آراؤهم، والمرجع فيها عند التحقيق إلى أربعة مذاهب:

(أ) أنها قائمة مقام الدخول في تقرير المهر، حكاه الشيخ في الكتابين عن قوم

زوجها).

(١) المختلف: في الصداق، ص ٩٦ س ٧ قال: بعد نقل قول ابن إدريس: وهو اختيار شيخنا المفيد في أحكام النساء وهو الصحيح الخ.

(٢) تقدم آنفاً 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) المهذب: ج ٢ باب الصداق ص ٢٠٥ س ١ قال: وإن ماتت المرأة إلى قوله: جاز لورثتها المطالبة به.

(٥) النهاية: باب المهور ص ٤٧١ س ١٥ قال: وإن ماتت المرأة قبل الدخول بها كان لأوليائها 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 أيضاً.

من أصحابنا (١) (٢).

ويؤيده رواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال: إذا تزوج الرجل المرأة ثم خلاها، فأغلق عليها باباً، أو أرخى عليها ستراً، ثم طلقها، فقد وجب الصداق، وخلاؤه بها دخول (٣).

وقال الصدوق في المقنع: إذا تزوج الرجل المرأة، فأرخى الستر، أو أغلق الباب، ثم أنكر جميعاً 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 فيرخي عليه وعليها الستر، أو يغلق الباب، ثم يطلقها، فقليل للمرأة، هل أتاك؟ فتقول: لا، ما أتاني، 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 كاملاً ص ٢٢٧ الحديث ٥-٦.
- (٢) النهاية: باب المهور ص ٤٧١ س ٧ قال: ومتى خلا الرجل بامرأته الى قوله: وجب عليه المهر الخ. وفي الخلاف: كتاب الصداق مسألة ٤٢ قال: وذهبت طائفة الى أن الخلوة كالدخول يستقر بها المهر الى قوله: وبه قال قوم من أصحابنا الخ.
- (٣) تقدم نقله عن التهذيب آنفاً في حديث ٧١.
- (٤) المقنع: باب بيد والنكاح ص ١٠٩ س ٩ قال: وإذا تزوج الرجل فساخرى 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 مالفظة (لان هذين الخبرين محمولان على انه اذا كان الرجل والمرأة متهمين الخ).

(أ) الوقاع.

(ب) الإنزال بالنظر.

(ج) القبلة.

(د) اللّمس.

أيّما حصل التلذّذ به وجب على الزوج كمال المهر، ومع عدمها يجب النصف في نفس الأمر، ولا يحل لها المطالبة بالأكثر منه، وإن وجب قبول قولها في الظاهر قاله أبو علي (١) ويبطله إجماع الأصحاب على وجوب النصف في العنة مع الخلوة بها والإمهال معها حوالاً كاملاً.

(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) (٣) وهو إختيار 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 الى قوله: هو الوقاع أو مقام مقامه من تسليم المرأة نفسها الخ.

(٢) الخلاف: كتاب الصادق، مسألة ٤٢ قال: فذهب طائفة الى أنّ وجود هذه الخلوة وعدمها سواء الخ.

(٣) النهاية: باب المهور، ص ٤٧١ س ١٠ قال: فإن امكن الزوج اقامة البيّنة الى قوله: لم يلزمه أكثر من نصف المهر.

(٤) لاحظ مختاره في النافع.

(٥) المختلف: في الصادق ص ٩٦ س ٣ قال: والمعتمد أنّ الخلوة بمجردّها لا يوجب المهر. وفي القواعد:

في المهر ص ٣٧ س ١٦ قال: وإنما يتقرّر كمال المهر بالوطء أو موت أحد الزوجين، لا بالخلوة على الأقوى.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٧.

وسأل محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام متى يجب المهر؟ قال: إذا دخل بها (١).

وفي معناها رواية حفص بن البختري (٢).

فإذا كان الشرط في وجوب المهر هو الوقاع، وهو غير معلوم، لا يجوز الحكم بالمهر مع الجهل بموجبه، لأصالة براءة الذمة، ولأنه فعله، فيكون القول قوله فيه، ولأنه الأصل فيكون القول قول مدعيه مع يمينه، ترجيحاً للأصل على الظاهر عند التعارض.

(د) وجود الخلوة كعدمها في نفس الأمر، لكنها أمانة قاضية برجحان قول المرأة مع يمينها لو ادّعت الدخول وأنكره الزوج، ولا يحلّ لها في نفس الأمر أكثر من النصف، ويجب على الحاكم القضاء لها بالجميع مع يمينها على وقوع الدخول بها. فهنا حكمان:

(أ) عدم وجوب الزائد على النصف في نفس الأمر، ويدلّ عليه عموم ما حكيناه من الروايات.

وخصوص رواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه، وأغلق الباب، وأرخى الستر، وقبل ولمس من غير أن يكون وصل إليها بعد، ثم طلقها على تلك الحال، قال: ليس عليه إلا نصف المهر (٣).

(ب) تقديم قولها مع يمينها، لأنها يمكنها إقامة البيّنة على ذلك، لأنها تدّعي الظاهر إذا شاهد حال الصحيح مع خلوته بالخليلة وعدم المانع من مواقعتها، والظاهر

(١) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٨.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٩.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٧ الحديث ٧٨.

(الثاني) قيل: إذا لم يسم لها مهراً، وقدم لها شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهراً ما لم يشترط غيره.

عند التعارض مقدم على الأصل، وهذا هو فتوى الشيخ الجليل العابد محمد بن أبي عمير من القدماء قدس الله روحه (١) فاستحسنه الشيخ وأفتى به (٢) وبه قال ابن حمزة (٣) وابن الجنيّد (٤) وعليه أكثر المتقدمين.

الثالثة: لا يسقط المهر بعدم القبض وترك المطالبة بعد الدخول، ونقل الشيخ في التهذيب عن بعض أصحابنا: أنه إذا دخل بها هدم الصداق (٥).
قال طاب ثراه: قيل: إذا لم يسم لها مهراً وقدم لها شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهراً ما لم يشترط غيره.

أقول: القول المحكى هو المشهور بين الأصحاب، وبه أفتى الشيخان (٦) (٧)

(١) و (٢) التهذيب: ج ٧ ص ٤٦٧ من ٤ قال: وكان ابن أبي عمير رحمه 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 عليها إلى قوله: قبلت منه.

(٤) المختلف: في الصداق، ص ٩٥ س ٢٩ قال: وقال ابن الجنيّد: إلى قوله: فإن وقعت الخلوّة بحيث لا مانع فالحكم بالأغلب الخ.

(٥) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور، ص ٣٥٩ الحديث ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ ثم قال بعد نقل الأحاديث: ولو كان الأمر على ما ذهب إليه بعض أصحابنا: من أنه إذا دخل بها هدم الصداق الخ.

(٦) المقنعة: باب المهور والأجور ص ٧٨ س ١٧ قال: وإن دخل بها وأعطاه قبل الدخول شيئاً، فذلك مهرها الخ.

(٧) النهاية: باب المهور، ص ٤٧٠ س ٥ قال: وإن لم يكن قد سمي لها مهراً وأعطاه شيئاً إلى قوله: لم يكن لها شيء.

والقاضي (١) وسلار (٢) وادعى ابن ادريس عليه الإجماع (٣) وتنوقف المصنف (٤) وفصل العلامة، فقال: إن رضيت بالمدفوع إليها لم يكن لها المطالبة بشيء وإن لم يرض به مهرأ كان لها ذلك (٥).

بقي هنا شيء

وهو أن نقول: قد كان في الزمن الأول لا يدخل الرجل حتى يقدم المهر، والعادة الآن بخلاف ذلك، فلعل منشأ الحكم العادة. فتقول: إن كانت العادة في بعض الأزمان، أو الأصقاع كالعادة في القديم، كان الحكم ماتقدماً، وإن كانت العادة كالعادة الآن كان القول قولها، هذا آخر كلامه رحمه الله (٦) وقال ابن حمزة: إن دخل بها قبل الفرض وبعث إليها قبل الدخول بشيء، فإن ردت عليه، أو أبت قبوله من جهة المهر، لزمه مهر المثل، وإن لم 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 ردت اليمين كان له ذلك (٧).

- (١) المذهب: ج ٢ باب الصداق وأحكامه، ص ٢٠٢ س ١٥ قال: وإن أعطاه 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 أعطاه قبل الدخول شيئاً ما، كان ذلك مهرها.
- (٣) السرائر: باب المهور ص ٣٠١ س ١٧ قال: وإن لم يكن ستمى لها مهرأ وأعطاها شيئاً قبل دخوله بها إلى قوله: فإن دليل هذه المسألة هو الإجماع.
- (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 شيء الخ.
- (٧) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٦ س ٨ قال: وإن دخل بها قبل

(الثالث) إذا طلق قبل الدخول رجع بالنصف إن كان أقبضها، أو طالبت بالنصف إذا لم يكن أقبضها ولا تستعيد الزوج ما تجدد من النماء بين العقد والطلاق، متصلاً كان كاللبن، أو منفصلاً كالولد. ولو كان النماء موجوداً وقت العقد رجع بنصفه كالحمل. ولو كان تعليم صنعة أو علم فعلمها رجع بنصف أجرته ولو أبرأته من الصداق رجع بنصفه.

(الرابع) لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين، وقيل: يبطل التدبير بجعلها مهراً وهو أشبه.

قال طاب ثراه: لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين، وقيل: يبطل التدبير بجعلها مهراً وهو أشبه.

أقول: يريد لو أمهرها مدبرة، هل يبطل تدبيرها بجعلها مهراً؟ لأنه بمنزلة الوصية، والوصية تبطل بمثل ذلك، فلو طلقها قبل الدخول رجع إليه نصفها وكان طلقاً لا تدبير فيه، أو يكون التدبير باقياً، ولا يبطل بمجرد الإمهار، بل لا يبطل إلا بصريح الرجوع، ويكون الإمهار في الحقيقة منصرفاً 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 الأول.

الفرض الخ وفيه (قبل القبض) وهو غلط مطبعي ظاهراً.

(١) السرائر: في باب المهور ص ٣٠٣ س ٨ قال: والذي يقتضيه أصول مذهبنا أن يقال: إلى قوله: وتخرج عن كونها مدبرة الخ.

(٢) لاحظ مختاره في النافع.

(٣) المختلف: في الصداق ص ٩٧ س ٢٢ قال: والمعتمد بطلان التدبير بالإصداق 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 عرفتها المرأة وتقدمت على ذلك، وطلقها قبل أن يدخل بها، قال: فقال: أرى للمرأة نصف خدمة المدبرة، فيكون للمرأة يوم في الخدمة، ويكون لسيدها الذي كان دبرها يوم في الخدمة، قيل له: وإن ماتت المدبرة قبل المرأة والسيّد لمن يكون الميراث؟ قال: يكون نصف ماتركت للمرأة، ونصفها الآخر لسيدها الذي دبرها (٣). وفي الطريق قول ينشأ من معلى، فإن فيه خلافاً (٤).

فرع

على قول الشيخ رحمه الله يقيّد ذلك بكونها عالة بالتدبير، كما تضمّنته الرواية، ولو لم تكن عالة 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 الى قوله فاذا مات المدبر

صارت حرة الخ.

(٢) المهذب: ج ٢ باب الصداق، ص ٦: ٢ س ٩ قال: وإذا تزوج امرأة وجعل مهرها جارية مدبرة

الى قوله: انتعتت المدبرة الخ.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور، وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٦٧

الحديث ٤٩.

(٤) قال النجاشي: ضعيف جداً لا يعمول 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 يجيئ الأموال اليه (تلخيص

من تنقيح المقال ج ٣ ص ٢٣٠).

(الخامس) لو أعطاهها عوض المهر متاعاً، أو عبداً أبقاً 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 بالأرث، 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 فهذا حكمان.

تحريم الافتضاظ (١) مع عدم الإذن، وموجبه لزوم الوفاء بالشرط. وتسويغه بعد الإذن، لأن بالعقد ملك الاستمتاع، وإنما كان الإمتناع لمكان الشرط، ولا مانع من هذا الشرط، فيكون لازماً.

لقوله صلى الله عليه وآله: المؤمنون عند شروطهم (٢) وقد زال برضاها.

ولرواية سماعة بن مهران عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل جاء الى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها؟ فقالت: أزوجه نفسي على أن تلبس مني ماشئت، من نظر أو إلتامس، وتنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل

(١) افتض الجارية ازال بكارتها، والافتضاظ بالفاء بمعنى (جمع البحرين - ففض).

(٢) عوالي اللئالي: ج ١ ص ٢١٨ الحديث ٨٤ وص ٢٩٣ الحديث ١٧٣ وج ٢ ص ٢٥٧ الحديث ٧ وج ٣

ص ٢١٧ الحديث ٧٧ ولا حظ 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 فيها، فله الوطى وإن لم ترض قاله القاضي (٥) وابن ادريس (٦) وفخر المحققين (٧) ولعل وجهه ما ثبت من كون الشرط الفاسد لا يوجب فساداً في العقد، كما لو شرط أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى.

ولما رواه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: قضى علي عليه السلام في رجل تزوج امرأة وأصدقها، واشترط أن يبدها الجماع والطلاق قال: خالف السنة

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٦٩ الحديث ٥٨.

(٢) العاتق: الشابة أول ماتدرك، وقيل: هي التي لم يتن من والديها ولم تزوج وقد ادركت وشبت (النهاية لغة عتق).

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٦٩ الحديث ٥٩.

(٤) النهاية: باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد ص ٤٧٤. س ٥ قال: فان شرطت عليه في حال العقد الى قوله: 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 باطلاً.

(٦) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٣ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ: والذي يقتضيه أصول المذهب ان الشرط باطل الخ.

(٧) الايضاح: ج ٣، في المهر، ص ٢٠٧ س ١٩ قال بعد نقل مختار ابن ادريس: وهو الأقوى عندي.

وولى الحق من ليس بأهله، قال: فقضى أنَّ على الرجل النفقة، وبيده 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 التكاخين، لأنه بعد أن حكى قول الشيخ في المبسوط: من أنَّ الشرط إذا عاد بفساد العقد، مثل أن يشترط الزوجة أن لا يطأها فالنكاح باطل، لأنه شرط يمنع المقصود بالعقد.

وقد روى أصحابنا أنَّ العقد صحيح والشرط صحيح، ولا يكون له وطئها، فإن أذنت له فيما بعد كان له ذلك، قال: وعندي أنَّ 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 معاً، أما الشرط فلا لأنه مناف لمقتضى العقد، وأما العقد فلعدم الرضا به بدون الشرط، ثم أجاب في آخر المسألة عن حجة المجوزين بالطعن في سند الأحاديث، وعن قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» بأنه يختص بالشروط السائغة، فهذا الشرط إن كان سائغاً لم يحل له الإفتضاظ بعد

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٦٩ الحديث ٦٠.

(٢) المبسوط: ج ٤، كتاب الصداق، ص ٣٠٤ س ٢ قال: وعندي أنَّ 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 ولزمته المائة، وإن أرادها إلى بلد الإسلام فله الشرط.

العقد بإذنها، لعدم تناول العقد له (١) فاستدلّاه في أول المسألة وجوابه في آخرها يتناول الدائم والمنقطع.

وأجيب عن قوله: فهذا الشرط إن كان سائغاً لم يحل له الوطء بإذنها لعدم تناول العقد له.

قلنا: بل تناوله العقد، لأننا نبحث 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 ولزمته المائة، وإن أخرجها إلى بلد الإسلام فله الشرط (٢).

أقول: هنا بحثان:

(الأول) وهذا الشرط أعني أن لا يخرجها من بلدها، هل هو من الشروط السائغة التي يلزم إذا ذكرت في للعقد، أم لا؟ قال الشيخ في النهاية بالأول (٣) وبه

(١) المختلف: في الصداق، ص ٩٧ س ٢٧ قال: وقال الشيخ في المبسوط الخ.

(٢) عبارة المختصر النافع المطبوع كما أثبتناه في صدر الصفحة، وفي النسخ المخطوطة من المذهب بدل (فإن أخرجها إلى بلد الشرك) (فإن أرادها إلى بلد الشرك) وفي الجملة الأخيرة أيضاً بدل (وإن أرادها إلى بلد الإسلام) (وإن أخرجها إلى بلد الإسلام).

(٣) النهاية: باب المهور وما ينقذ به النكاح وما لا ينقذ، ص ٤٧٤ س ١٥ قال: ومتى شرط الرجل إلى قوله: كان له ما اشترط عليها.

قال القاضي (١) وابن حمزة (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤) لأن الأغراض تتعلق باللبث في المنازل، والإستيطان في البلدان التي حصل النشوف فيها والأنس بها، وهو أمر مطلوب للعقلاء، سائغ في نظر الشرع، فجاز جعله شرطاً في عقد النكاح توصلاً إلى تحصيل الأغراض المباحة، والمطالب السائغة الظاهرة حكمها.

ولصحيحة أبي العباس عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها أن لا يخرجها من بلدها، قال: تنى لها بذلك، أو قال: يلزمه ذلك (٥).

وقال في الكتابين يبطل الشرط ويصح النكاح (٦) (٧) وبه قال ابن ادريس (٨) لأنه يجب عليها مطاوعة زوجها في الخروج معه إلى حيث يشاء، واختاره فخر المحققين (٩) لأن مقتضى عقد النكاح تسلط الزوج على المرأة بالإسكان

(١) المهذب: باب الصداق وأحكامه ص ٢١٢ س ١٦ قال: وإذا عقد على امرأة وشرط لها إلى قوله: كان الشرط صحيحاً.

(٢) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٧ س ١٩ قال: والثالث يصح ذلك إلى قوله: أو يشترط المهر مائة إن أخرجها الخ.

(٣) لاحظ مختاره في النافع.

(٤) المختلف: في الصداق، ص ٩٨ س ١٢ قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

(٥) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما ينعقد، ص ٣٧٢ الحديث ٦٩.

(٦) المبسوط: ج ٤، حكم الشروط في العقد، ص ٣٠٣ س ١٨ قال: مثل أن لا يسافر بها إلى قوله: فهذا شرط باطل ولا يفسد المهر عندنا.

(٧) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ٣٢ قال: إذا أصدقها ألفاً وشرط أن يسافر بها إلى قوله: والشرط باطلاً.

(٨) السرائر: باب المهور ص ٣٠٣ س ٢٨ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف: وهو الصحيح: وإنما أورد ما أورده في نهايته إيراداً لا اعتقاداً.

(٩) الايضاح: ج ٣، في المهر، ص ٢١٠ س ٩ قال: والأصح عندي قول ابن ادريس، وهو أنه

والإستمتاع 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 الإسلام لزمها الإجابة، ومع عدمها يكون لها الخمسون، وهنا سؤالان:

(أ) إذا شرط لها خمسين مع المقام ومع السفر مائة، يكون المهر مجهولاً، وذلك يقتضى فساد، ويرجع فيه إلى مهر المثل، فالقول بتصحّحه وتعيينه يحتاج إلى دليل.

(ب) كيف يقول العلامة في القواعد: ولو شرط لها مهرأ إن لم يخرجها من بلدها، وأريد إخراجها إلى بلد الشرك، لم يلزمه إجابته، ولها الزائد، وإن أخرجها إلى بلد الإسلام كان الشرط لازماً (١).

وفيه نظر، وظاهر هذه العبارة أنه لم يخرج بها إلى بلد الشرك، لأن الإجابة وعدمها أمر متقدّم على الخروج، وإنما شرطت لها المائة على تقدير الإخراج، فكيف يلزمه مع عدمه.

والجواب عن الأول: أنّ تطرق الجهالة إلى المهر غير قادح في صحته وتعيينه، ولهذا جاز أن يتزوجها على القبض من الفضة، والقبضة من الحنطة من غير كيل ولا وزن، ويتعين ذلك ولا يجب غيره، وعلى الدار والخادم والبيت مع عدم الوصف والتعيين، ويجب وسط ذلك، وأيضاً الأصل الصحة.

ويؤيده حسنة على بن رثاب عن الكاظم عليه السلام قال: سئل وأنا حاضر عنده عن رجل تزوّج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده، فإن لم يخرج

لا يصح هذا الشرط.

(١) القواعد: ج ٢، الثالث الشرط، ص ٣٨ س ١٧ قال: ولو شرط لها مهرأ إن لم يخرجها من بلدها

الخ.

معه فهرها خمسون ديناراً، 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 إتياءها، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودارالسلام، فله ما شرط عليها والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدى لها صداقها، أو يرضى من ذلك بما رضيت، وهو جائز له (١).

وعن الثاني: أن المراد أنه تزوجها وعقد عليها بالمائة، وشرط الخمسين على تقدير الإمتناع، وحينئذ يقول بالعقد على مائة، فإن أراد إخراجها إلى بلده وكانت بلاده في دارالاسلام وجب عليها إجابته ولها مهرها الذي وقع عليها العقد، وإن لم يحبه كان له أن ينقصها خمسين عملاً بالشرط، وإن لم يكن بلاده في دارالاسلام لم يجب عليها إجابته، لوجوب الهجرة عن دارالشرك، فلا يعقل وجوبها إليها، ولها مهرها الذي وقع عليه العقد، لأن إمتناعها شرعى، والمائة واجبة لها بالعقد الصحيح، ولم يحصل ما يوجب نقصها، وهو الإمتناع عن الخروج إلى بلاد لا يسوغ السفر إليها والإقامة بها.

والواو عند العلامة وأكثر المحققين للجمع المطلق، لا للترتيب، فراه في القواعد: ما قلناه في الجواب الثاني، فيكون تقدير كلامه: ولو شرط لها مهر إن أخرجها، وأنقص إن لم يخرج، اذ الواو لا تدل على الترتيب، ولهذا يصح أن يقال: جاء زيد وعمرو قبله، من غير تناقض، فلا تنافي عبارته ما صورناه في الجواب، ولو أردت المسألة بلفظ الرواية لم يرد السؤال الثاني، ولم يحتج إلى هذا التعسف، أما عبارة النافع، فلا يرد عليها ذلك.

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور، وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٧٣

(الثامن) لو اختلفا في أصل المهر، فالقول قول الزوج مع يمينه، ولو كان بعد الدخول، وكذا لو خلا فادّعت الواقعة.

(التاسع) يضمن الأب مهر ولده الصغير، إن لم يكن له مال وقت العقد، ولو كان له مال كان على الولد.

(العاشر) للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها، وهل لها ذلك بعد الدخول؟ فيه قولان: أشبهها أنه ليس لها ذلك.

والشيخ في كتابي الفروع عدّ من الشروط الفاسدة أن لا يسافر بها، أو لا يتسرى عليها (١) (٢)، وليس صريحاً في مساواة صورة النزاع، لأنّ السفر ربما يراد به المستمر أو الغالب، أو البعيد، والإخراج عن البلد يصدق بدون ذلك.

وذهب بعض الأصحاب إلى فساد المهر، لعدم تعيينه، ووجوب مهر المثل (٣).

والأقرب العمل على الرواية كمذهب العلامة في المختلف.

قال طاب ثراه: للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها، وهل لها ذلك بعد الدخول؟ فيه قولان: أشبهها أنه ليس لها ذلك.

أقول: أعلم أنّ الغرض الأقصى في النكاح في نظر الشارع، وللمكلف إنما هو حصول النسل وغيض البصر وعفة الفرج، وقضاء الوطر من الشهوة، وحصول التلذّد والاستمتاع، ويتبعه التوارث، ووجوب الإنفاق والمهر.

ولما كان الإنفاق متكرراً، وبه قوام بدن الإنسان، رتب الشارع في مقابله وجوب التمكين على المرأة في كل وقت، فلو منعت يوماً واحداً سقطت نفقة ذلك

(١) تقدم نقله عن المبسوط: ج ٤، حكم الشروط في العقد، ص ٣٠٣ س ١٨ في قوله: فإذا ثبت أنه باطل إلى قوله: مثل أن شرط أن لا يسافر بها الخ. (٢) تقدم أيضاً في الخلاف، كتاب الصداق مسألة ٣٢.

(٣) المسالك: ج ١ ص ٥٥١ س ٢ قال: والذي يوافق الأصل بطلان الشرط المذكور، وبطلان المهر، وصحة العقد إلى قوله: وعلى هذا فيثبت لها مهر المثل الخ.

اليوم، وتعود بعود التمكين، وربما كان سبب وجوبها لإشتغالها بالزوج عن إهتمامها بأُمور 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 بأُمور ليس في النكاح، وامتاز عنها بأُمور ليست موجودة فيها. ففي المعاوضة المحضة لكل من المتعاضين المنع من تسليم عوضه حتى يقبض العوض الآخر، وله الفسخ عند تعذر التسليم، فالنكاح قد شابه المعاوضة من وجوه:

(أ) سقوط الإنفاق عن الزوج مع النشوز.

(ب) جواز الفسخ لكل منهما إذا وجد بصاحبه ما يمنع الاستمتاع، لما كانت ثمرته مشتركة بينهما، وهي مبذولة منهما، وفائدتها لهما، فتفسخ بعثته وجبه، ويفسخ بقرنها ورتقها.

(ج) لها أن تمتنع حتى يقبض مهرها، كما تمتنع البائع من تسليم السلعة حتى يقبض الثمن، وله الإمتناع من تسليم المهر كما يمتنع المشتري من التسليم حتى يقبض السلعة، سواء كان موسراً أو معسراً، لتحصيل فائدة التعويض، فيجبرهما الحاكم على التقابض معاً، لعدم الأولوية كما في المعاوضة.

وبإين 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 تقرّر كل المهر ويوجب الإرث.

(ج) إن في المعاوضة لو أُلِف أحد العوضين متلف رجع صاحبه بقيمته، وفي النكاح ليس كذلك، فإنه لو قتلت نفسها، أو قتلها اجنبي لم يسقط مهرها، ولا يضمّن الأجنبي إذا تقرّر هذا فنقول: هنا ثلاث قواعد:

(أ) لا إمتناع بعد تحقق القبض بإذن صاحبه، لأن حق الإمساك زال بالدفع، واستقر الملك للقباض فلا يستعاد منه، ولا يمنع من التصرف فيه.

(ب) إنَّ القبض في النكاح هو الوطاء، إذ البضع لا يدخل تحت اليد ولو كانت أمة، ولهذا لا يجب عوض بضعها لو غصبت مالم توطأ بشروطه.

(ج) هل القبض كرهاً كهو طوعاً؟ يحتمل ذلك، لإنتقال 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 الإمساك، وهو حسن كما في المبيع.

إذا تمهد هذا فنقول: للمرأة المنع من التسليم قبل الدخول إجماعاً مع حلول المهر قطعاً، والخلاف في مقامين:

(أ) هل لها ذلك بعد الدخول؟ قال في الخلاف: ليس لها الإمتناع، 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 كرهاً.
- (٢) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ٣٩ قال: اذا سقى الصداق ودخل بها قبل أن يعطي شيئاً لم يكن لها بعد ذلك الامتناع الخ.
- (٣) الانتصار: في بيان مقدار الصداق، ص ١٢٢ س ٦ قال: مسألة الى قوله: الا انه ليس لها أن تمنع نفسها وان كان قبل الدخول.
- (٤) الكافي: الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٤ س ٨ قال: وليس لها منع نفسها منه وانما لها ذلك قبل الدخول.
- (٥) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٩ س ٤ قال: وان أمكنت من الدخول لم يكن لها بعد ذلك الإمتناع.
- (٦) السرائر: باب المسهور، ص ٣٠٤ س ٢ قال: فاما إذا دخل بها فلها المطالبة بالمهر وليس لها

المصنف (١) والعلامة (٢) لأن التسليم الأول، تسليم إستقرّ به العوض برضا المسلم، فلم يكن لها الإمتناع بعد ذلك، كما لو سلّم المبيع قبل قبض الثمن ثم أراد منعه، ولأنّ البضع حقه والمهر حق عليه، وليس إذا كان عليه حق جاز أن يمنع حقه. وقال في المبسوط: لها الإمتناع (٣) لأن التسليم واجب عليها بعقد النكاح، فكان لها الإمتناع في أول الحال، وكذا في ثاني الحال، توصلاً إلى إستيفاء الحق، وللاستصحاب. وأطلق المفيد (٤) والقاضي (٥) والشيخ في النهاية (٦) جواز الإمتناع من غير تفصيل إلى الدخول وعدمه.

(ب) لو كان المهر مؤجلاً، لم يكن لها الإمتناع قبل الحلول إجماعاً، ولو حلّ بعد إمتناعها قبله، هل لها الإمتناع؟ فيه احتمالان:
(أحدهما) لا، وهو الذي يرجحه المصنف، لإستقرار وجوب التسليم قبل الحلول، وللاستصحاب.
(والثاني) لها الإمتناع، لأنه مهر حال على روج لم يدخل، فللزوجة الإمتناع حتى يقبضه.

الإمتناع حتى تقضيه.

(١) لاحظ مختاره في النافع.

(٢) المختلف: في الصداق، ص ٩٨ س ٣٩ قال: والأقرب ما قاله في الخلاف.

(٣) المبسوط: ج ٤ كتاب الصداق ص ٣١٣ س ٢٠ قال: وأما إن كان دخل بها الى قوله: وقال قوم:

لها ان تمتنع حتى تقبض المهر، وهو الذي يقوى في نفسي.

(٤) المقنعة: باب المهور، ص ٧٨ س ١٩ قال: وللمرأة أن تمنع الزوج نفسها منه حتى تقبض المهر.

(٥) المهذب: ج ٢ (في عدم جواز تمكينها) ص ٢١٤ س ٦ قال: فإن كانت لم تقبضه كان بها

الإمتناع منه.

(٦) النهاية: باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد ص ٤٧٥ س ١١ قال: وللمرأة أن تمتنع

من زوجها حتى تقبض منه المهر، فإذا قبضته لم يكن لها الإمتناع.

واعلم: أن محل الخلاف إنما هو على تقدير وقوع الدخول باختيار المرأة، فلو سلمت قهراً كان لها المهر بعد ذلك، وقد صرح به ابن حمزة (١) لأنه لم يسقط حقها من الإمساك، وهو حسن، كما في البيع.

فرع

لم يفرق المصنف (٢) والعلامة (٣) بين الموسر والمعسر، ويظهر من إبن ادريس منع الإمتناع في حق المعسر (٤) لتحريم المطالبة، والأول أقوى كما في غيره من المعاضات.

ويظهر الفائدة في أمور:

- (أ) لو بذلت التمكين بشرط، المهيرة، ومنعت التسليم، للقبض، لم يأنم على الأول، ولا يفسق، ولا ترده شهادتها بذلك، وتأثم على الثاني.
- (ب) لا يسقط نفقتها على الأول، لتحقيق التمكين من طرفها، والمنع لعذر في الزوج فهو كالعن والمريض، دون الثاني.
- (ج) يجب فطرتها على الأول على الزوج، ويسقط بفقره، وعلى الثاني يجب عليها.

- (١) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٩ س ٣ قال: وإن افضى اليها كرهاً.
- (٢) لاحظ إطلاق كلامه في عبارة النافع، ولاحظ تصريحه في الشرائع (في المهور) حيث قال: ولها أن تمتنع من تسليم نفسها الى قوله: سواء كان الزوج موسراً أو معسراً.
- (٣) القواعد: المقصد الثاني في المهر، ص ٣٧ س ٧ قال: ولها أن تمتنع الى قوله: سواء كان الزوج موسراً أو معسراً.
- (٤) السرائر: في باب المهور، ص ٣٠٣ س ٣٧ قال: وللمرأة أن تمتنع من زوجها الى قوله: والزوج موسراً به قادراً على ادائه.

(النظر الثالث) في القسم والنشوز والشقاق:

أما القسم: فللزوجة الواحدة ليلة، وللإثنين ليلتان، وللثلاث ثلاث، والفاضل من الأربع، له أن يضعه حيث شاء، ولو كنّ أربعاً فلكل واحدة ليلة، ولا يجوز الإخلال إلا مع العذر أو الإذن، والواجب المضاجعة، لا المواقعة. ويختصّ الوجوب بالليل دون النهار، وفي رواية الكرخي إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظلّ عندها في صبيحتها. ولو اجتمعت مع الحرة أمة بالعقد فللحرة ليلتان، وللأمة ليلة، والكتابية كالأمة، ولا قسمة للموطوعة بالملك. ويختصّ البكر عند الدخول بثلاث إلى سبع، والثيب بثلاث.

ويستحب التسوية بين الزوجات في الإنفاق، وإطلاق الوجه، والجماع، وأن يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبها.

(د) لا تعدّ ناشراً على الأول دون الثاني.

وفائدته في أمور: 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 ويظلّ عندها في صبيحتها.

أقول: المشهور بين الأصحاب إختصاص القسم بالليل، وقال ابن الجنيّد:

وأما النشوز: فهو إرتفاع أحد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له، فتي ظهر من المرأة أمارة العصيان، وعظها، فإن لم ينجع هجرها في المضجع، وصورته أن يوليها ظهره في الفراش، فإن لم تنجع ضرها، مقتصرأ على ما يؤمل معه طاعتها ما لم يكن مبرحاً، ولو كان النشوز منه فلها المطالبة بحقوقها، ولوترك بعض ما يجب، أو كَلِهَ إستمالة جازله القبول.

وأما الشقاق: فهو أن يكره كل منهما صاحبه، فإذا خشي الإستمرار بعث كل منهما حكماً من أهله، ولو امتنع الزوجان بعثها الحاكم، ويجوز أن يكونا أجنبين، وبعثها تحكيم توكيل، فيصلحان إن اتفقا، ولا يفرقان إلا مع إذن الزوج في الطلاق، والمرأة في البذل، ولو اختلف الحكماء 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 ليا لهن ومسهن، فاذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسهن، 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: وبعثها تحكيم لا توكيل.

أقول: هنا مسائل:

الاول: هل بعث الحكمين واجب أو مندوب؟ قيل: بالأول لصيغة الأمر في

(١) المختلف: في لواقع النكاح، ص ٢٩ س ٥ قال: وقال ابن الجنيد: العدل بين النساء الى قوله:

مبيت بالليل وقيلولة صبيحة تلك الليلة.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣٧) باب القسمة بين الأزواج، ص ٤٢٢ الحديث ١١.

قوله: «فابعثوا» (١) وقيل: بالثاني الأمر للندب والإرشاد.

الثانية: هل الحكمان وكيلان للزوجين، أو حكمان متوليان من جهة الحاكم؟
 قيل: بالأول، فيوكل الزوج حكمه بالطلاق، أو في الخلع، والمرأة حكمها ببذل
 العوض وقبول الطلاق ولا يجوز بيعها إلا برضاها، وإن لم يرضيا أذب الحاكم
 الظالم، واستوفى حق المظلوم، وقال أبو علي: يأمر الحاكم الزوج أن يختار رجلاً من
 أهله، والمرأة رجلاً من أهلها (٢) وقيل: بالثاني ويستقل الحاكم بالبعث من غير
 استئذان، لعموم الآية، ولأنها نابيا الحاكم في التقرير والتحديد، ويستقلان بفعل
 ما يريانه صلاحاً 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 حكماً من أهله وحكماً من أهلها ليدبر الأمر، فإن جعل بينهما الإصلاح
 والطلاق، أنفذ ما رآياه صلاحاً من غير مراجعة (٣) وهو ظاهر أبي علي (٤) والأول هو
 المذهب المشهور، قال الشيخ في المبسوط: الذي يقتضيه مذهبنا أن ذلك حكم،
 لأنهم رويوا أن لهما الإصلاح من غير استئذان، وليس لهما الفرقة بالطلاق وغيره إلا
 بعد أن يستأذناهما، ولو كان ذلك توكيلاً لكان ذلك تابعاً للوكالة وبحسب
 شرطها (٥) وبه قال ابن ادريس (٦) وقال القاضي في المهذب: وقد كنا ذكرنا في

(١) النساء: ٣٥.

(٢) المختلف: في الخلع ص ٤٦ قال: مسألة قال ابن الجنيد: إلى قوله: أمر الرجل بأن يختار من أهله
 من لا يهتم على المرأة ولا عليه وكذلك تؤخذ المرأة الخ.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان الشقاق ص ٣٣٣ س ١٥ قال: فإن تراق بعث الحاكم الخ.

(٤) المختلف: في الخلع، ص ٤٦ قال: مسألة، قال ابن الجنيد: وإن كان النشوز منها 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: وأما الشقاق إلى قوله: فالواجب على الحاكم

كتابنا الكامل في الفقه في هذا الموضع: أنه على طريق التوكيل، والصحيح أنه على طريق الحكم، لأنه لو كان توكيلاً لكان ذلك تابعاً 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، وقال: لم يلتئم الأمر، فعلاهما بالدرة وقال: الله أصدق منكما: لو أردتبا إصلاحاً يوفق الله بينهما (٤).

الرابعة: لا يشترط كونها 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:

أن يبعث الخ.

(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) لم 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 الأولاد:

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 فأحببها لم يجز الحاقه به، وإن تزوج بها. وكذا لو أحبل أمة غيره بزنى ثم ملكها.

ولو طلق زوجته فاعتدت وتزوجت غيره وأنت نولد ندون ستة أشهر، فهو للأول، ولو كان لسته فصاعداً فهو للأخير، ولو لم تتزوج فهو

التخصيص في الآية خرج مخرج الأغلب، إذا لأغلب شدة حرص الأهل على الشفقة، ورعاية مصلحة قريبه، خصوصاً في القيام حال الزوجة، ولو لم يكن لها أهل جاز الأجنبي اجماعاً.

الخامسة: ينبغي للحكمين قبل اجتماعهما للحكم، أن يجتمع كل منهما بمن يرسل عنه، فيخلو حكم الرجل به، وحكم المرأة بها، فيعرفان ما عندهما، وموافيه رغبتها، وإذا اجتمعا لم يخف أحدهما ما علم من الآخر وأنقدا رأياه صواباً.

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 الأمة لوباعها بعد الوطء.

وولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى ويلزمه الإقرار به، لكن لوفاء إنتفى ظاهراً، ولا يثبت بينهما لعان، ولو اعترف به بعد النفي ألحق به، وفي حكمه ولد المتعة.

وكل من أقر بولد ثم نفاه لم يقبل نفيه، ولو وطأها المولى وأجنبي حكم به للمولى، فإن حصل فيه أماره يغلب معها الظن أنه ليس منه لم يجز له إلحاقه ولا نفيه، بل يستحب أن يوصى له بشيء ولا يورثه ميراث الأولاد.

ولو وطأها البائع والمشتري فالولد للمشتري إلا أن يقصر الزمان عن ستة أشهر. ولو وطأها المشتركون، فولدت وتداعوه أقرع بينهم والحق بمن يخرج إسمه، ويغرم حصص الباقي من قيمته وقيمة أمه. 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 الأول بعد الإعتدال من الثاني، وكانت الأولاد للواطئ مع الشرائط. ويلحق بذلك أحكام الولادة:

وسننها إستبداد النساء، بالمرأة وجوباً إلا مع عدمهن، ولا بأس بالزوج وإن وجدن.

ويستحب غسل المولود، والأذان في أذنه اليمنى، والإقامة في اليسرى، وتحنيكه بتربه الحسين عليه السلام، وبماء الفرات، ومع عدمه

بماء فرات، ولو لم يجد إلا ماء ملح خلط بالعسل أو التمر. ويستحب تسميته الأسماء المستحسنة، وأن يكنيه.

ويكره أن يكنى محمداً 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 أخرجاز. ولو بلغ وجب عليه الإختتان. وخفض الجارية مستحب.

وان يُعق عنه فيه أيضاً ولا تجزى الصدقة بشمها ولو عجزتوقع المكنة ويستحب فيها شروط الأضحية.

وأن تخص القابلة بالرجل والورك، ولو كانت ذمية أعطيت ثمن الربع، ولو لم تكن قابلة تصدقت به الأم، ولو لم يعق الوالد استحب للولد إذا بلغ. ولومات الصبى في السابع قبل الزوال سقطت، ولومات بعد الزوال لم يسقط الإستحباب. ويكره أن يأكل منها الوالدان، وأن يكسر شيء من عظامها، بل يفصل مفاصل الأعضاء.

ومن التوابع: الرضاع والحضانة.

وأفضل مارضع لبن أمه، ولا تجبر الحرة على إرضاع ولدها، ويجبر الأمة مولاهها. وللحرة الأجرة على الأب إن اختارت إرضاعه. وكذا لو أرضعته خادمته. ولو كان الأب ميتاً، فن مال الرضيع. ومدة الرضاع حولان. ويجوز الإقتصار على أحد وعشرين شهراً لأقل، والزيادة بشهر أو شهرين لا أكثر. ولا يلزم الوالد أجرة مازاد عن حولين، والام أحق

أقول: الأول قول الشيخين (١) (٢) وبه قال القاضي (٣) وأبو علي (٤) وسائر (٥) والمرضى في المسائل الموصليات (٦) وهو إختيار المصنف في النافع (٧).
والثاني: حكاه ابن حمزة (٨) واختاره العلامة في أكثر كتبه (٩) واستحسنه المصنف في كتابيه (١٠).

(١) المقنعة: باب لحوق الأولاد بالآباء، ص ٨٣ س ٣٥ قال: وأكثر الحمل تسعة أشهر إلى قوله: ولا يكون زمان الحمل أكثر من تسعة أشهر.

(٢) النهاية: باب الحاق الأولاد بالآباء وأحكامهم، ص ٥٠٥ س ٦ قال: وكذلك (أي يجوز في الولد) أن جاءت بالولد لأكثر من تسعة أشهر الخ. وفي المبسوط: ج ٥، كتاب العدد ص ٢٩٠ س ٦ قال: وأكثر الحمل عندنا تسعة أشهر، وقال بعض أصحابنا سنة الخ.

(٣) المهذب: ج ٢، باب الحاق الأولاد بالآباء وأحكام ذلك ص ٣٤١ س ٦ قال: ولا يكون مدة الحمل على ما ذكرنا أكثر من تسعة أشهر.

(٤) و (٦) المختلف: في لواحق النكاح ص ٢٨ س ٣٠ قال: وقال ابن الجنيدي: أقل الحمل عندنا ستة أشهر وأكثره تسعة إلى أن قال: وقال السيد في جواب المسائل الموصليات: الأولى أنه لا يجوز أن يتجاوز الحمل أكثر من تسعة أشهر.

(٥) المراسم: ذكر النفقات، ص ١٥٥ س ٣ قال: والأكثر تسعة أشهر.

(٧) لاحظ مختارة في النافع.

(٨) الوسيلة: في بيان حكم الولادة والحق الولد، ص ٣١٨ س ٧ قال: وأكثر مدة الحمل فيه ثلاث زوايات، تسعة أشهر، وعشرة، وسنة.

(٩) القواعد: الفصل الثاني في الحاق الأولاد بالآباء، ص ٤٩ س ٢٤ قال: وهو عشرة أشهر، وقيل: تسعة، وقيل: سنة، وفي التحرير: في أحكام الأولاد، ص ٤٤ س ٢٣ قال: وهو تسعة أشهر، أو عشرة، وقيل: سنة وليس بمعتد.

(١٠) قال في النافع: وقيل: عشرة أشهر وهو حسن، وقال في الشرائع: في أحكام الأولاد، وهو تسعة أشهر على الأشهر، وقيل: عشرة أشهر وهو حسن.

بإرضاعه إذا تطوّعت، أو قنعت بما تطلب غيرها، ولو طلبت زيادة عن ما قنع غيرها، فللأب نزع وإسترضاع غيرها.

وأما الحضانة: فالأم أحق بالولد بمدة الرضاع إذا كانت حرة مسلمة. وإذا فصل فالحرّة أحق بالبنت إلى سبع سنين، وقيل: إلى تسع سنين، والأب أحق بالابن. ولو تزوّجت الأم سقطت حضانتها. ولو مات الأب فالأم أحق به من الوصي. وكذا لو كان الأب مملوكاً أو كافراً، كانت الأم الحرّة أحق به ولو تزوّجت، فإن اعتق الأب فالحضانة له.

والثالث: قول المرتضى في الانتصار (١) وحكاية الشيخ (٢) وابن حمزة عن الأصحاب (٣) وهو نادر.

قال طاب ثراه: وإذا فصل فالحرّة أحق بالبنت إلى سبع سنين، وقيل: إلى تسع، والأب أحق بالابن. أقول: وقع الإجماع على اشتراك الحضانة بين الأبوين مدة الحولين، وعلى سقوطها بعد البلوغ وله الخيار في الانضمام إلى من شاء منها، والخلاف فيما بينهما. وفيه أقوال:

(أ) الأم أحق بالولد ما لم تتزوّج، قاله الصدوق في المقنع (٤).

(١) الانتصار: في مدة أكثر الحمل، ص ١٥٤ س ١٣ قال: مسألة، ومما انفردت به الإمامية 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) الأم أحق بالصبي إلى سبع سنين، ولو بلغها وهو معتوه كان حكمه حكم الطفل في إستحقاق الأم إياه. وأما البنت فالأم أحق بها ما لم تتزوج الأم قاله أبو علي (١) وبمثله قال في الخلاف (٢) وقال القاضي في المذهب: إذا بانث المرأة ولها منه طفل لا يعقل ولا يميز، كانت هي أولى بخصانته من أبيه، وإن كان صغيراً وقد ميز، وكان ذكراً، كان أمه أولى به إلى سبع سنين، وإن كانت أنثى كانت الأم أحق بها إلى تسع سنين، وقيل: إلى بلوغها ما لم تتزوج (٣). وفيه دلالة على أنها لا تبلغ بالتسع عنده.

(ج) الأم أحق بالذكر مدة الحولين، وبالأُنثى إلى تسع، قاله المفيد (٤) وتلميذه (٥).
(د) الأم أحق بالذكر مدة الحولين، وبالأُنثى سبع سنين، قاله الشيخ في النهاية (٦) والقاضي في الكامل (٧) وابن حمزة (٨) وابن

(١) المختلف: في لواحق النكاح، ص ٢٦ س ٢٨ قال: وقال ابن الجنييد: الأم أحق بالصبي إلى سبع سنين الخ.

(٢) الخلاف: كتاب النفقات، مسألة ٣٦ قال: إذا بانث المرأة من الرجل ولها ولد منه الخ.

(٣) المذهب: ج ٢، باب النفقات، ص ٣٥٢ س ٨ قال: وإذا بانث المرأة من زوجها إلى آخره.

(٤) المقنعة: باب الحكم في أولاد المطلقات، ص ٨٢ س ١٦ قال: وإذا فصل الصبي من الرضاع كان الأب أحق بكفالاته والأم أحق بكفالة البنات حتى تبلغ تسع سنين الخ.

(٥) المراسم: اللعان، ذكر ما يلزم به، ص ١٦٤ س ١٢ قال: فإذا فصل فلا يخلو أن يكون ذكراً أو أنثى الخ.

(٦) النهاية: باب الولادة والعقيقة، ص ٥٠٣ س ١٩ قال: والأم أولى بالولد من الأب مدة الرضاع إلى قوله: فإن كانت أنثى فهي أحق بها إلى سبع سنين الخ.

(٧) المختلف: في لواحق 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،

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 امرأته وبينهما ولد، أيهما أحق به؟ قال: المرأة ما لم تتزوج (٤).

ورواه الشيخ عن المنقري عن ذكره (٥) وتأوله بكون الأب عبداً (٦).
إحتج الشيخ على قول النهاية: برواية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام قال: «والوالدات يرضعن أولادهنَّ حولين كاملين» (٧) قال: مادام الولد في الرضاع هو بين الأبوين بالسوية، فإذا فطم فالأب أحق به من العصبية، وإن وجد للأب من يرضعه بأربعة دراهم، فقالت الأم: لا أرضعه إلا بخمسة دراهم فإن له أن ينتزعه منها إلا أن يعلم أن ذلك خير له وأوفق به، تركه مع أمه (٨).

مركز تحقيق كتاب تيسير علوم الإسلام

رضي الأب به أو لم يرض.

(١) السرائر: باب أحكام الولادة، ص ٣١٩ س ٢٦ قال: لا خلاف أن الأب أحق بالولد في جميع الأحوال، فاخرجنا بما لاجماع 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 الى 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 أيها أحق به ص ٢٧٥ الحديث ٢.

(٥) التهذيب: ج ٨ (٥) باب الحكم في أولاد المطلقات، ص ١٠٥ الحديث ٣.

(٦) النهاية: باب الولادة والعقيقة ص ٥٠٤ س ٤ قال: فإن كان الأب مملوكاً والأم حرة، كانت هي أحق بولدها وإن تزوجت الخ هذا ولكن ما حمله في التهذيب بعد نقل الحديث غير هذا فراجع.
(٧) البقرة: ٢٣٣.

(٨) التهذيب: ج ٨ (٥) باب الحكم في أولاد المطلقات، ص ١٠٤ الحديث ١.

تنبيه

المراد بقول الأصحاب: الأم أحق بالنسب ما لم يتزوج الأم، لا البنت، وقد صرح به ابن الجنيّد فيما حكيناه عنه (١) وكذا ابن إدريس نص عليه في كتابه (٢). فلو طلقت الأم باناً، قال الشيخ في كتابي الفروع عادت حضانتها (٣) (٤) ومنعه ابن إدريس (٥).

واحتج الشيخ بما رواه أبوهريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: الأم أحق بحضانة إبنها ما لم يتزوج (٦).

علق حقها بالتزويج، فإذا زال التزويج فالحق باق كما كان. وعن عبدالله بن عمر: أن امرأة قالت يا رسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني؟! فقال لها النبي صلى الله عليه وآله: أنت أحق به ما لم تنكحي (٧). احتج ابن إدريس: بأن الحق خرج عنها بالنكاح، وعوده يحتاج إلى دليل، والرسول صلى الله عليه وآله جعل غاية الاستحقاق للحضانة تزويج الأم، وقد

(١) المختلف: في لواحق النكاح، ص ٢٦ س ٢٨ قال: وقال ابن الجنيّد: إلى قوله: وأما البنت فالأم أولى بها ما لم تتزوج الأم.

(٢) و (٥) السرائر: باب أحكام الولادة، ص ٣١٩ س ٣ قال: فإن كان الولد انثى إلى قوله: ما لم يتزوج الأم، ثم قال بعد أسطر: وإن كان باناً فالأولى أنه لا يعود، لأن عودته يحتاج إلى دليل ثم قال بعد نقل قول بعض الأصحاب: هذه قد تزوجت فخرج الحق منها الخ.

(٣) الخلاف: كتاب النفقات، مسألة ٣٩ قال: إذا طلقها زوجها عاد حقها من الحضانة.

(٤) المبسوط: ج ٦ كتاب النفقات، ص ٤١ س ١٤ قال: ومتى طلقها زوجها عاد حقها إلى قوله:

وقال بعضهم: إن كان باناً عاد وهو الصحيح عندي.

(٦) و (٧) رواهما في الخلاف: كتاب النفقات، في نقل دليل مسألة ٣٨.

(النظر الخامس) في التفقات:

وأسابها ثلاثة: الزوجية، والقرباة، والملك.

وأما الزوجية: فيشترط في وجوب نفقتها شرطان: العقد الدائم، فلا نفقة لمستمتع بها، والتمكين الكامل، فلانفقة 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 حاملاً، 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.

مركز تحقيق كتاب تيسر علوم إسلامي

تزوجت (١) واختار العلامة مختار الشيخ (٢)، لأن الحضانة إرفاق بالصبي، فإذا تزوجت الأم خرجت بإشتغالها بزواجها، وحقوقها عن الحضانة للطفل ربما منعت من الزوج بعض حقوقه لو حضنته، فسقطت، وإذا طلقت زال المانع فبقي المقتضى سليماً عن المعارض، فيثبت حكمه.

قال طاب ثراه: وفي الوفاة من نصيب الحمل على إحدى الروايتين.

أقول: المتوفى عنها من جملة البائنات، فلا نفقة لها مع الحيلولة إجماعاً. وهل لها النفقة لو كانت حاملاً كالمطلقة، أم لا؟ مذهبان.

(١) تقدم نقل احتجاجه.

(٢) المختلف: في لواحق النكاح، ص ٢٦ س ٣٢ قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

فبالأول قال في النهاية (١) وأوجبها في نصيب الولد، وبه قال القاضي (٢) والتقي (٣) وابن حمزة (٤) وأبو علي (٥) والصدوق في 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 الأم، فيجب نفقتها من حيث يساره وعسرها.

وهو مدخول.

أما أولاً: فلأن الحمل لا يملك مستقراً، بل ملكه مشروط بانفصاله حياً، فنسبة الملك إليه قبل ذلك مجاز وإنما يجب الإنفاق فيما يملكه المنفق حقيقة.
وأما ثانياً: فلأن الحمل لا يجري عليه من أحكام الآدميين المنفصلين إلا صحة

(١) النهاية: باب العدد واحكامها، ص ٥٣٧ س ٨ قال: فان كانت حاملاً انفق عليها من نصيب ولدها الذي في بطنها.

(٢) المهذب: ج ٢، باب العدد والاستبراء ص ٣١٩ س ٢ قال: فان كانت حاملاً 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 حاملاً انفق عليها من مال ولدها حتى تضع.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان العدة واحكامها، ص ٣٢٩ س ١٠ قال: ولا يلزم لها النفقة إلا اذا كانت حاملاً فينفق عليها من نصيب ولدها.

(٥) المختلف: في العدد، ص ٦٢ س ٦ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وبه قال ابن الجنيد.

(٦) المقنع: باب الطلاق، ص ١٢١ س ٨ قال: والحبل المطلقه ينفق عليها حتى تضع حملها. اقول: لم نعر في المقنع على غير هذه العبارة التي قد منهاها، والبحث في الوفاة لا في الطلاق، ولكن العلامة في المختلف: ص ٦٢ س ٦ بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال: وبه قال: ابن الجنيد والصدوق في المقنع فلاحظ.

(٧) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء، ص ١٥٢ قطعة من حديث ١٢٥.

الإقرار له، والوصية به وله، وعزل الميراث، وصحة ذلك كله موقوف على انفصاله حياً، فلا يجرى عليه غيرها من الأحكام المنفصلين، لعدم الدليل.

وأما ثالثاً: فلا شتمال هذا الإنفاق على التعرير بمال الغير، والتصرف فيه بغير إذنه، وهو قبيح، لجواز سقوطه، فيرجع به إلى باقي الورثة ومع إنفاق الزوجة منه يكون قد تصرفنا فيما هو مملوك للوارث بغير إذنه، وربما تعذر إسترجاعه من الزوجة بإعسارها.

وبالثاني قال المفيد (١) والحسن (٢).

والمستند حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المرأة الحبلى المتوفى عنها زوجها لا نفقة لها (٣).

ولأن الأصل عدم وجوب النفقة في مال الغير إلا مع دليل شرعي، وليس، ولأنها ليست مطلقة وهو مذهب ابن ادريس قال: وما اخترناه مذهب شيخنا المفيد في كتاب التمهيد، فانه قال: إنما يكون له مال عند خروجه إلى الأرض حياً، فأما وهو جنين لا يعرف موته من حياته، فلا ميراث له ولا مال فكيف ينفق على الحلبي 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) سيجيء نقله عن التمهيد.

(٢) المختلف: في العدد، ص ٦٢ س ١٢ قال: وقال ابن أبي عقيل: لانفقة للمتوفى عنها زوجها سواء كانت حبلى أو غير حبلى.

(٣) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء الحديث ١٢٩.

(٤) السرائر: باب العدد، ص ٣٤٠ س ١٨ قال: والذي يقوى في نفسي الا ينفق عليها من المال المنزول الى قوله: وما اخترناه 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 الى قوله:

وفيه نظره: لما بينا من كونه لا يملك وهو جنين، فكيف تنفق عليه من مال لم يحكم له بملكه، وتجوز كونه مملوكاً لباقي الورثة على تقدير الإسقاط.

تنمة

الأصل 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 الأول: وبه قال ابن زهرة (١).

وذهب قوم إلى الثاني: وبه قال الشيخ في المبسوط (٢) وتبعه القاضى (٣) والعلامة في المختلف (٤) وهو ظاهر ابن حزم (٥).

إحتج الأولون بوجوه: مركز تحقيق كتاب تبيين علوم إسلامي

والوجه ما فصلناه أولاً.

(١) الغنية: من الجوامع الفقهية، في الطلاق والعدة ص ٦١٦ س ٢٢ قال: إلا أن تكون حاملاً، فإن النفقة يجب لها بلا خلاف.

(٢) المبسوط: ج ٥، كتاب العدد، ص ٢٥١ س ١٩ قال: وروى أصحابنا: أن لها النفقة إذا كانت حاملاً من نصيب ولدها الخ.

(٣) المذهب: ج ٢، باب النفقات، ص ٣٤٨ س ٨ قال: فإن إبانها 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 إليه آنفاً، قال: وهو ظاهر كلام ابن حزم، فلاحظ.

(أ) عدم وجوبها على الجذ بالإجماع، 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 وجوداً وعدماً، فيكون له، كما دارت مع الزوجية.

(ب) وجوب نفقته منفصلاً فكذا متصلاً.

(ج) إن أصحابنا رووا: أنه ينفق عليها من مال الحمل (١) فذلك ذلك على أن

النفقة له.

وهذه الوجوه الستة ذكرها الشيخ (٢).

ولا يخلو بعضها من دخل.

ويظهر الفائدة في مسائل:

(أ) إذا تزوج حراً بأمه ثم أبانها وهو معسر، فن أوجبها للحمل أوجبها على

الزوج، ولا قضاء ومن أوجبها للحامل أوجب على الزوج، وقضاه مع يساره.

(ب) إذا تزوج عبد بأمه، فعلى الأول يجب على سيد العبد دونه، إن شرط

مولاه الإنفراد برق الولد، وإلا كانت على السديدين نصفين، لأن العبد لا يجب عليه

نفقة قريبه، وعلى الثاني يجب على العبد، ومحلها كسبه، أورقة، أو ذمة سيده على

إختلاف الأقوال في ذلك.

(ج) إذا تزوج عبد بحرة، فعلى الأول يجب على أمه، 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 أقواها

عندي، بدليل الخ.

وأما القرابة: فالنفقة على الأبوين والأولاد لازمة. وفيمن علا من الآباء والأمهات تردد، أشبهه اللزوم. ولا تجب على غيرهم من الأقارب، بل تستحب، وتتأكد في الوارث. ويشترط في الوجوب الفقر والعجز عن الإكتساب. ولا تقدير في النفقة، بل يجب بذل الكفاية من الطعام والكسوة والمسكن. ونفقة الولد على الأب، ومع عدمه أو فقره فعلى أب الأب وإن علا مرتباً، ومع عدمهم تجب على الأم وآبائها الأقرب فالأقرب. ولا تقضى نفقة الأقارب لو فاتت.

ولدها، وسقوطها عن الأب برقه، وعلى الثاني يجب على الأب (العبد خ ل) ومحلها ما تقدم.

(د) المعتدة عن وطء الشبهة مع الحمل يجب لها الإنفاق على الأول، للحقوق الولد به، دون الثاني لأن المستحق لها المطلقة البائنة، لا مطلق البائنات.

(هـ) لولا عن الحامل ثم اعترف بالحمل، وجب الإنفاق على الأول دون الثاني، لما قلناه.

(و) لو تزوج حُرّ بأمه وشرط مولاه رقب الولد، فعلى الأول النفقة على سيدها، وعلى الثاني على الزوج.

(ز) لو تزوج عبده بحرة وشرط مولاه رقب الولد، فعلى الأول النفقة على سيد العبد وعلى الثاني في كسبه.

(ح) لو طلق الناشر رجعيّاً، أو نشزت في العدة، كما لو سافرت بغير إذنه، سقطت نفقتها، ولو كانت حاملاً وقلنا النفقة للحمل لم يسقط.

(ط) لا يجب فطرتها على الأول، لعدم وجوبها على الجنين، وتجب على الثاني، لوجوبها عن زوجة يجب لها الإنفاق.

قال طاب ثراه: وفي من علا من الآباء والأمهات تردد، أشبهه اللزوم.

وأما المملوك فنفقته واجبة على مولاه، وكذا الأمة، ويرجع في قدر النفقة إلى عادة ممالك أمثال المولى. ويجوز مخارجة المملوك على شيء، فما فضل يكون له، فإن كفاه، وإلا أئمه المولى. وتجب النفقة على البهائم المملوكة، فإن امتنع مالکها أجبر على بيعها، أو ذبحها إن كانت مقصودة بالذبح.

أقول: التردد من المصنف رحمه الله، ومنشأ ترده أن أب الأب هل يطلق عليه اسم الأب حقيقة أم لا؟ والثاني هو الوضع اللغوي، والأصل عدم النقل وبراءة الذمة من وجوب الإنفاق إلا في موضع اليقين، والأول مذهب السيد (١) والمشهور بين الأصحاب وجوب الإنفاق، ولا أعرف فيه مخالفاً.

(١) الناصريات من الجوامع الفقهية: كتاب الفرائض، المسألة الحادية والتسعون والمائة، ص ٢٢٢ س ١ في مسألة عدم ارث الجد مع الولد ولا ولد الولد وهم أولاد على الحقيقة، قال: فإن قيل: إذا كان أولاد ولد الميت وإن سفلوا أولاداً على الحقيقة، فيجب أن يكون الجد أباً على الحقيقة إلى قوله: قلنا: لو تركنا والظاهر لحكمنا بأن قوله (ولابويه) يقع على الآباء والأجداد لكن اجتمعت الامة إلى آخره.

كتب في آخر النسخة المعتمدة مالفظة:

ثم الجزء الأول من المذهب، ويثله في الثاني كتاب الطلاق على يد مصنفه أحمد بن فهد أدام الله ظلاله، والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيد المرسلين محمد وآله أجمعين، آمين يا رب العالمين: وقع الفراغ في رابع والعشرين من صفر ختم الله بالخير والظفر على يد العبد الفقير المذنب الراجي إلى رحمة ربه على بن رستم الهمداني، عفى الله عنه.

وكتب في هامش الصفحة مالفظة: إنها أيدى الله في مجالس متعددة، آخرها سلخ شوال ختم بالاقبال من سنة خمس وثلاثين وثمانمائة قراءة، وبحثاً، وشرحاً، وفهماً، وكتب أضعف العباد أحمد بن محمد بن فهد مؤلف الباب، والحمد لله وحده، وصلى الله على سيدنا محمد وآله.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

کتاب الطلاق

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الطلاق

مقدمة: الطلاق إزالة قيد النكاح بقوله: (أنت) أو ما شاكله (طالق).
وجوازه ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.

روى عروة عن قتادة قال: كان الطلاق في صدر الإسلام بغير عدد، وكان الرجل يطلق امرأته ما شاء من واحد إلى عشرة، ويراجعها في العدة، فنزل قوله تعالى (الطلاق مرتان فإمساكك بمعروف أو تسريح بإحسان) (١)

فبين أن الطلاق ثلاث، فقوله (مرتان) إخبار عن طلقين، واختلفوا في الثالثة، فقال ابن عباس: (أو تسريح بإحسان) وقال بعض التابعين: (فإن طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجاً 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 مدخولاً بها.

وأما السنة: فروى أنه صلى الله عليه وآله طلق زوجته حفصة ثم راجعها.

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٢ س ٩ قال بعد نقل قول بعض التابعين: وهو الأقوى.

(٤) الطلاق: ١.

وقال ابن عمر: كان لي زوجة فأمرني النبي صلى الله عليه وآله أن أطلقها فطلقتها (١).

وأما الإجماع فن سائر المسلمين لا يختلف فيه أحد. وينقسم أربعة أقسام:

فمنه واجب كطلاق المولى والمظاهر.

وندب كما لو كانت الحال بينهما فاسدة بالشقاق، وتعذر الاتفاق، أو كان كل واحد منهما يعجز عن القيام بما يجب عليه لصاحبه، فالمستحب الفرقة، كما لو قالت: لأدخلن عليك من تكرهه، أو كانت فاجرة، فإن طلاقها أفضل من إمساكها. وحرام كطلاق الحائض والنفساء مع الدخول، وحضور الزوج أو حكمه، وفي طهر قرئها فيه، والثلاث المرسلة.

ومكروه، كطلاق المريض والصحيح مع التثام الأخلاق، وقال رسول الله صلى الله عليه وآله: ما أحب الله مباحاً كالنكاح وما أبغض الله مباحاً كالطلاق (٢). وعن علي عليه السلام: أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس لم ترح رائحة الجنة (٣).

وروى سعد بن طريف عن أبي جعفر عليه السلام قال: مر رسول الله صلى الله عليه وآله برجل فقال: ما فعلت إمرأتك؟ قال: طلقها يا رسول الله، قال: من غير سوء؟ قال: من غير سوء، ثم إن الرجل تزوج فرببه النبي صلى الله عليه وآله 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 المستدرک ج ٣ ص ٢ باب كراهة طلاق الزوجة الموافقة وعدم تحریمه الحديث ٤ نقلاً عن عوالى اللئالى.

(٣) رواه في المستدرک ج ٣ ص ٢ باب كراهة طلاق الزوجة الموافقة وعدم تحریمه، الحديث ٧ وفيه (فحرام عليها رائحة الجنة، والحديث عن النبي صلى الله عليه وآله).

والنظر في أركانه وأقسامه ولواحقه.
(الركن الأول) في المطلق: ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار
والقصد.

فلا اعتبار بطلاق الصبي، وفي من بلغ 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 مرّ به فقال: ما فعلت إمرأتك؟ قال: طلقها قال: من غير
سوء؟ قال: من غير سوء فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: إن الله عز وجل 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 عز وجل ابغض إليه من الطلاق، وإن الله عز وجل 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: إن الله لا يحب الذواقين والذواقات، يعني السريعي النكاح، السريعي الطلاق،
قال: وتفسيره إن لا يطمئن ولا تطمئن كلما تزوج أو تزوجت كرها ومدا عينها إلى غيرهما (لسان العرب:
ج ١٠ ص ١١١ كلمة (ذوق)).

إذا بلغ عشر سنين (١) وبمضمونها أفق الشيخان في المقنعة (٢) والنهاية (٣) والفقهاء في الرسالة (٤) والقاضي (٥) وابن حمزة (٦).
ومنع ابن ادریس وأبطل طلاقه (٧) وبه قال التقي (٨) واختاره المصنف (٩) والعلامة (١٠) لتوقف رفع الحجر على البلوغ، ولرواية أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: ليس طلاق الصبي 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 وصية الصبي اذا بلغ عشر سنين، وقلنا ان من قال بصحة وصيته قال: بصحة طلاقه.
(٣) النهاية: 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 اذا كان يحسن الطلاق وكان سنه عشر سنين، واراد ذلك كان ذلك جائزاً.
(٦) الوسيلة كتاب الطلاق، فصل في بيان اقسام الطلاق ص ٣٢٣ س ٩ قال: او بلغ وكان مميزاً 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 احترازاً 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 مدخولاً بها، وزوجها حاضراً معها، ولو كان غائباً صح، وفي قدر الغيبة اضطراب، محصله: إنتقالها من طهر الى آخر.

ولو خرج في طهر لم يقرها فيه صح طلاقها من غير تربص ولو اتفق 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 الطاهر في طهر قرها فيه، إذا كان حاضراً.

وإذا كان غائباً 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) والتقى (٣)

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) المختلف، كتاب الطلاق ص ٣٦ س ٢٥ قال: وقال علي بن بابويه: واعلم يا بني ان خمساً 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 طهر لامساس فيه بحيث يمكن اعتباره إلى قوله: (وقلنا بحيث يمكن)، لصحته من لا يمكن ذلك فيها، إلى قوله: (والغائبة).

والحسن (١) والمفيد (٢) وتلميذه (٣).

والمستند صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل يطلق امرأته وهو غائب؟ قال: يجوز طلاقه على كل حال، وتعتد امرأته من يوم طلقها (٤).

والجواب: أنها مُطلقة يمكن حملها على غيرها من الروايات المفصلة.

(ب) اعتبار مدة يعلم انتقالها من طهر الواقعة إلى الآخر بحسب عاداتها.

والمراد بالعلم هنا: الظن الغالب المستند إلى العادة التي تعلمها من شأنها.

وهو مذهب ابن إدريس (٥) والمصنف (٦) والعلامة في القواعد (٧)

والإرشاد (٨).

(١) المختلف كتاب الطلاق ص ٣٦ س ٢٣ قال: وقال ابن أبي عمير: وقد تواتر الأخبار عن الصادقين عليهم السلام: أن خسا 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 الى قوله: طلقها على كل حال.

(٤) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق، ص ٦٠ الحديث ١١٤.

(٥) السرائر: كتاب الطلاق، ص ٣٢٨ س ٢٢ قال: وإذا أراد الرجل طلاق زوجته وهو غائب عنها إلى قوله: حتى يمضي زمان يعرف من حالها أنها حاضرت وطهرت فيه.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) القواعد: ح ٢ كتاب الفراق (القسم الثاني الشرائط الخاصة) ص ٦٢ س ١٩ قال: أو مع الغيبة مدة يعلم انتقالها من القرء الذي وطئها فيه إلى آخر، صح.

(٨) الإرشاد: (ط قم) ج ٢، في شرائطه، ص ٤٢ س ١٤ قال: ولو طلق الغائب صح وإن كان في الحيض، إن غاب مدة يعلم انتقالها من قرء الوطء إلى آخر.

ووجهه: كونه جمعا بين الاخبار والاقوال، فيصح طلاقها حينئذٍ، سواء استمر طهرها في نفس الأمر إلى أن يطلقها، أو رأت حيضا آخر بعد طهر الواقعة فطلقها حالة الحيض، أو في طهر ثالث، ويصح طلاق هذه وإن علم بحيضها حالة الطلاق.

(ج) إعتبار مضي شهر فصاعداً، 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 شهراً (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 وشرائطه ص ٥١٢ س ١٥ قال: وكذلك ان كان عنها غائباً شهراً، 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 شهراً الخ.

(٣) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق، ص ٦٢ الحديث ١٢١ وفيه (إذا أراد أن يطلقها).

(٤) و (٥) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٦ س ٢٩ قال: وقال ابن الجنيد ونعم ما قال الى 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) حدٌ 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: حدّه 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 امرأته تركها شهراً (٣).
(فروع) في الاستبراء

(أ) لا يصح طلاق الحائض، ولا من طلقت في طهر وطئت فيه، ويسقط في اليائسة والصغيرة وغير المدخول بها والحامل.

(ب) المسترابة، وهي التي لا تحيض وفي سنها من تحيض، إستبرائها باعترائها ثلاثة أشهر، وكذا عدتها بعد طلاقها، ويفرق بينها فيما لورات حيضة في الأثناء، ففي الإستبراء 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 غالباً، 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 اشتراط تعيين المطلقة تردد.

أقول: إختلف الأصحاب في اشتراط تعيين المطلقة في صحة الطلاق، كقوله:

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٥٦) باب طلاق الغائب ص ٣٢٥ س ٧ قال: وإذا أراد الغائب

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 إلا زوجة واحدة كفى قوله: زوجتي طالق.
فبعض ذهب إلى اشتراطه كالسيد (١) والمفيد (٢) واختاره العلامة في
المختلف (٣) وفخر المحققين (٤) والشيخ في أحد قوليه (٥).

وذهب بعض إلى عدم اشتراطه، بل يكفي قوله: زوجتي طالق، أو إحدى
نسائي، أو إحدا كن، أو واحدة منكُن، 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 الأولون: بأن الطلاق أمر معين، فيستدعى محلاً معيناً، لإستحاله حلول

(١) الانتصار (مسائل الطلاق) ص ١٣٩ قال: مسألة. ومما نفردت به الامامية قولهم: ان الطلاق
لا يقع الا بالتعيين والتميز الخ.

(٢) المقنعة: باب احكام الطلاق، ص ٨١ س ٩ قال: وأوصى اليها بعينها، او فلانة بنت فلان طالق.

(٣) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤٢ قال: مسألة، المشهور ان تعيين المطلقة شرط في صحة الطلاق

الى قوله: لنا اصالة بقاء عصمة النكاح الخ.

(٤) ايضاح الفوائد: ج ٣ ص ٢٩٤ الفصل الثاني المحل وهي الزوجة، قال بعد نقل اقوال القائلين

بالاشتراط: وهو الاقوى عندي.

(٥) النهاية: كتاب الطلاق، باب اقسام الطلاق، ص ٥١٠ س ١٤ قال: واذا اراد الطلاق ينبغي ان

يقول: فلانة طالق، او يشير الى 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: احدا كما طالق الخ.

(٧) لم نعثر عليه صريحاً في المهذب، ولكن في المختلف (كتاب الطلاق ص ٤٣ س ١) قال: وللشيخ

قول اخر في المبسوط: انه يصح واختاره ابن البراج أيضاً.

(٨) لاحظ عبارة النافع.

(٩) القواعد: كتاب الفراق (الفصل الثاني المحل) ص ٦١ س ٤ قال: ولو طلق واحدة غير معينة الى

قوله: وقيل: يصح ويعين للطلاق من شاء وهو اقوى.

المعين في المبهم، ولأن توابع الطلاق كالعدة لا بد 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؟

بالأول قال المصنف في الشرائع (٢) وبالثاني قال العلامة في القواعد (٣):
(ب) هل يقع الطلاق بالمعينة من حين الطلاق، أو من حين التعيين؟
يبني على مسألة أصولية: هي أن الواقع هل هو سبب مؤثر في بينونية في
الحال؟ أو أثر له صلاحية التأثير عند التعيين؟
فعلى الأول: يحرم الكل حتى يعين.
وعلى الثاني: الكل زوجات يباح نكاحهن إلى التعيين.
ويتفرع على ذلك فروع.

(أ) يجب عليه التعيين ويطالب به، ويحبس عليه على الأول، دون الثاني.
ويجب الإنفاق على الاحتمالين معاً، ولا فرق بين البائن والرجعي.
(ب) يجب العدة من حين التلفظ بالطلاق على الأول، وهو الذي قواه الشيخ

(١) قال تعالى: (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء) الآية سورة الطلاق^١.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٣ كتاب الطلاق الخامس تعيين المطلقة، قال: فلو كان له زوجات، فقال:
زوجتي طالق إلى قوله: وقيل يصح ويستخرج بالقرعة وهو أشبه.

(٣) القواعد، كتاب الفراق (الفصل الثاني المحل) ص ٦١ س ٤ قال: ويقبل تفسيره.

(الركن الثالث) في الصيغة: ويقتصر على (طالق) تحصيلاً لموضع الإتيان. ولا يقع بـ (خليفة) ولا (برية) وكذا لو قال: إعتدي. ويقع لو قال: هل طلقت فلانة، فقال: نعم. ويجب تجريده عن الشرط والصفة.

في المبسوط (١) ومن حين التعيين على الثاني.
(ج) لو وطئ إحداها وقلنا بالأول، تعينت الأخرى للطلاق، وعلى الثاني يجوز له تعيين الموطوءة.
(د) يجب القرعة على الأول قطعاً، وعلى الثاني يتخير بين القرعة وبين الاقتراح.

قال طاب ثراه: ويقع لو قال: هل طلقت فلانة، فقال: نعم.
أقول: الطلاق لفظ انشائي وضعه الشارع سبباً لإزالة قيد النكاح ابتداءً، أي من غير اعتبار أمر آخر غير اللفظ، فخرج الفسخ بخيار العيب، أو عتق، فإن الموجب لإزالة قيد النكاح هنا مع لفظ، الفسخ حصول ما يبيح الفسخ. والصريح لفظ منفرد غير مشترك، ويقابله الكناية، فإذا عيّن الزوجة بما يدل على تشخيصها وعقبه بـ (طالق) كان صريحاً إجماعاً، وليس كلما اشتق من الطلاق بصريح، كقوله: أنت طالق، أو الطلاق، لأنه مصدر، ولا يوصف الذوات بالمصادر، فهو مجاز لا يقع به الطلاق وإن قصده لأنه يكون كناية، ولا يقع الطلاق بالكنايات.
واختلف في صور. وهي على قسمين، عامة وخاصة.
(القسم الأول) العامة، وفيه مسائل.

الأول: لو قيل: هل طلقت فلانة؟ فقال: نعم، قصداً للإنشاء، هل يقع به

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٧٨ س ٤ قال: فاما إذا أطلق الطلاق إلى قوله في س ٢٠ ومن أي وقت تعتد؟

قال قوم: من حين البيان عنه لا من حين اللفظ، وقال آخرون: من حين تلفظ بالطلاق لأن الإيقاع وقع حينئذٍ، وإنما 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 امرأتك؟ فيقول: نعم، قد طلقها حينئذ (٩). وهو صريح في كونه انشاء، لان قوله: نعم يتضمن اعادة السؤال، وهو صريح في الانشاء عنده.

والجواب: بضعف السند.

(١) النهاية، باب اقسام الطلاق وشروطه ص ٥١١ س ١ قال: فان قيل للرجل هل طلقت فلانة؟ فقال: نعم كان الطلاق واقعاً.

(٢) المهذب: ج ٢ باب بيان ما يقع به الطلاق ص ٢٧٨ س ١١ قال: واذا قال له انسان: فارقت زوجتك؟ فقال: نعم لزمه طلقة واحدة باقراره لا يقعها 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 اقراراً منه بطلاق شرعي الخ.

(٦) المبسوط: ج ٥، ص ٥٢ س ١٩ قال: إذا قال له رجل: فارقت امرأتك؟ فقال: نعم، قال قوم يلزمه في الحكم طلقة 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 محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل قال لإمرأته: أنت حرام، أو بائنة، أو بته، أو خلية، أو برية، فقال: هذا ليس بشيء، إنما الطلاق أن يقول لها في قبل عدتها قبل أن يجامعها: أنت طالق، ويشهد على ذلك رجلين عدلين (١).

وانما للحصر.

ورواه محمد بن أبي نصر في الجامع عن سماعة عن محمد بن مسلم (٢).
ورواه الشيخ أيضاً وزاد (واعتدي) (٣).

(الثانية) لو قال: إعتدي: الأكثر على عدم وقوع الطلاق به، خلافاً لأبي علي (٤) لانه ليس بصريح ولرواية محمد بن مسلم المتقدمة (٥).

احتج: بحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام، الطلاق أن يقول لها: إعتدي، أو يقول لها: أنت طالق (٦).

(الثالثة) أنت مطلقة، أو من المطلقات، قال في المبسوط: الأقوى أنه يقع (٧)

(١) الوسائل: ج ١٥، الباب ١٦ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٢٩٥ الحديث ٣.

(٢) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٤ س ٢٥ قال: وقد روى محمد بن أبي نصر في كتاب الجامع

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 آنفاً.

(٦) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٣٧ الحديث ٢٨.

(٧) المبسوط: ج ٥ فيما يقع به الطلاق وما لا يقع ص ٢٥ س ٨ قال: وعندنا أن قوله: أنت مطلقة، إلى

قوله: فالأقوى أنه يقع به.

وقال في الخلاف: لا يقع (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣) لأنه اخبار لغة، والأصل عدم نقله إلى الإنشاء.

(الرابعة) قوله: طلقت فلانة، منشاء، قال المصنف: يقع (٤) لوقوعه بما يتضمنه في قوله: هل طلقت؟ فيقول: نعم، فع صريحه أولى، ونقل منعه عن الشيخ (٥) وهو إختيار العلامة (٦).

(الخامسة) قوله: يا طالق، حكم في موضع من المبسوط بوقوعه (٧) والأكثر على المنع.

وجه الأول: باتيانه بصيغة طالق مع القصد بها إلى الطلاق.

وجه الثاني: أن صحة النداء بوصف متأخر عن ثبوت ذلك الوصف الموصوف، فلا يكون سبباً في ثبوته، وإلا دار.

(السادسة) التلفظ 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: إذا قال لها: انت مطلقة، لم يكن ذلك صريحاً في الطلاق.

(٢) الشرايع: في الصيغة قال: ولو قال: انت الطلاق لم يكن شيئاً، 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) الشرايع، 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: أو طلقت فلانة لم يقع.

(٧) المبسوط: ج ٥، كتاب الطلاق ص ٨٩ س ٢٠ قال: فرع، لو قال يا طالق الى قوله: طلقت طلبة

بقوله يا طالق.

(٨) النهاية: باب اقسام الطلاق ص ٥١١ س ٢ قال: وما ينوب مناب قوله انت طالق بغير العربية

بأي 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 قادراً على التلفظ بالطلاق

عن النطق بالعربية، واختاره المصنف (١) والعلامة في المختلف توقف فيه (٢) .
 (السابعة) لو قال لأربع: أوقعت منك أربع طلاقات، قال في المبسوط:
 طلقن (٣) ومنعه المصنف (٤) والعلامة (٥) لبعده عن سنة الإنشاء.
 (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 يقرها فيه بجماع.
 وحضور شهود (شاهدين خ ل).
 وجوابها على الفور (٦) (٧).
 فان اختارت زوجها، أو تفرقا ثم اختارت، أو تحولت من مجلسها لم يقع به
 فرقة.

مركز تحقيق كليات العلوم الإسلامية

بالعربية وطلق بلسان غيرها، فلا تقع الفرقة بذلك .
 (١) الشرائع: في الصيغة قال: ولا يقع الطلاق بالكناية ولا بغير العربية.
 (٢) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٤ قال: مسألة قال الشيخ في النهاية: وما ينوب مناب قوله 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
 المشتركة.
 (٥) القواعد: كتاب الفراغ، في الصيغة، الثالث، قال: وكذا لو قال لاربعة: اوقعت بينكن اربع
 طلاقات.
 (٦) و (٧) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٣ س ٦ قال: وقال ابن الجنييد: إذا اراد الرجل ان يخير
 امرأته الخ وس ١١ قال ابن أبي عقيل: والخيار عند ال الرسول عليهم السلام ان يخير الرجل امرأته ويجعل
 امرها اليها الخ.

وإن جعل الاختيار إلى وقت معين جازله الرجوع قبل انقضائه، ولها الاختيار قبل انتهاءه، وإن اختارت بعده لم يجز.
وتقع الطلقة رجعية وله الرجوع مادامت في العدة.
وحكى الشيخ في الخلاف عن بعض القائلين به من شواذ الأصحاب وقوعها بأبنة (١).

وقال الشيخ في كتابي الخلاف: لا يقع به طلاق (٢) (٣) وبه قال ابن إدريس (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦).
احتج الأولون بما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال: قلت: رجل خير امرأته؟ قال: الخيار لهما ماداما في مجلسهما، فإذا تفرقا فلا خيار لهما (٧).
وفي الموثق: عن جميل بن دراج، عن زرارة ومحمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: لا خيار إلا على طهر من غير جماع، بشهور (٨).
وصحيحة حمران قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: المخيرة تبين من

(١) و (٢) كتاب الخلاف: كتاب الطلاق، مسألة ٣١ قال: إذا خيرها فاختارت نفسها لم يقع الطلاق إلى قوله: ومنهم من قال: بأبنة.
(٣) المبسوط: ج ٥، فصل فيما يصح به الطلاق وما لا يقع ص ٣٠ س ١ قال: وإن اختارت نفسها فلا يقع عندنا به طلاق الخ.
(٤) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ٨ قال: ومتى جعل إليها الخيار فاختارت نفسها إلى قوله: وبعض لا يوقعها، وهذا هو الاظهر.
(٥) الشرائع: في الصيغة قال: ولو خيرها وقصد الطلاق إلى قوله: وقيل: لاحكم 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 أحكام 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، بانت منه؟ فقال: لا، إنما هذا شيء كان لرسول الله صلى الله عليه وآله خاصة، امر بذلك ففعل، ولو اخترن أنفسهن طلقن، وهو قول الله تعالى (قل لا زواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها) الآية (٣) (٤).

قال الحسن بن سماعة: وهذا الخبر ناخذ في الخيار.

ومثله رواية محمد بن مسلم (٥).

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم ديني

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 ابواب مقدماته وشرايطه ص ٣٣٨ الحديث ١١.

(٢) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق، ص ٨٨ س ١٨ قال: فاما ما روى من جواز الخيار إلى

النساء إلى قوله: فالوجه فيها كلها ان نحملها على ضرب من التقية، لان الخيار موافق لمذهب العامة.

(٣) الاحزاب: ٢٨.

(٤) الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من ابواب مقدماته وشرايطه ص ٣٣٦ الحديث ٤.

(٥) الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من ابواب مقدماته وشرايطه ص ٣٣٦ الحديث ٣.

(٦) و (٧) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٣ س ٦ قال: وقال ابن الجنييد إذا أراد الرجل ان يغير

امراته الخ وس ١١ قال: وقال ابن عقيل: والخيار الخ.

امراته - إلى أن قال - : وهو أحق بها برجعتها قبل أن تنقضي عدتها (١).
وقيل : بائنة.

والمعتمد رواية زرارة عن أحدهما عليهما السلام قال : إذا اختارت نفسها فهي طلقة بائنة، 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 يقيا الشهادة، ويعلما المطلقة (٤).
وقال الشيخ في الكتابين : لا يقع (٥) (٦) وبه قال ابن الجنييد (٧) وابن

(١) الوسائل : ج ١٥، الباب ٤١ من 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 غائباً وكتب بخطه : إن 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 الجنييد : وإن قال لغيره بحضرة الشهود

إدريس (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣) والقاضي في الكامل تابع النهاية (٤) وفي المهذب تابع الخلاف (٥) .

احتج الشيخ بصحيفة أبي حمزة الثمالي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إلى امرأتى بطلاقها، واكتب إلى عبدي بعته، 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 للتخير (٧) .
احتج المانعون: بأن النكاح عصمة مستفادة من الشرع، فيقف زوالها على دلالة، والأصل بقاء ما كان على ما كان.
ولأن الكنايات اللفظية لا يحصل بها الفرقة مع القصد، فالكتابة أولى بعدم الحصول.

ولأن النسبة بين اللفظين أقوى مشابة من النسبة بين اللفظ والفعل.

اكتب الى قوله: لم يلفظ بالطلاق لم يكن طلاقاً.

(١) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ١٧ قال: قال محمد بن إدريس: لا يقع الطلاق إذا كتب بخطه ان فلانة طالق الخ.

(٢) الشرايع، 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) المهذب: ج ٢ باب بيان ما يقع به الطلاق ص ٢٧٧ س ١ قال: واذا كتب بطلاقها الى قوله: لم يقع طلاق.

(٦) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ص ٣٨ الحديث ٣٣ وفي التهذيب والكافي والفقهاء 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 لأبي جعفر عليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته، او بعق غلامه، ثم بدا له فحاه؟ قال: ليس ذلك بطلاق ولاعتاق 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 سبباً، لتساوي الحالين فيها، مع اختصاص هذه الرواية لموافقة اعتضادها بالنظر والشهرة بين الاصحاب.

(الثانية) القاء القناع على المرأة للاخرس.

قاله الصدوقان (٢) (٣) وبه قال ابن حمزة (٤) وجعله 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 رضي الله عنه في رسالته الى: الأخرس اذا اراد ان يطلق امرأته التى على رأسها قناعاً الخ.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان اقسام الطلاق ص ٣٢٤ س ١ قال: او القاء مقنعة على رأسها الخ.

(٥) النهاية: باب اقسام الطلاق وشراطه ص ٥١١ س ١٩ قال: فليؤم الى الطلاق الى قوله: وقد روي انه ينبغي أن ياخذ 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 الى قوله: وقد روي انه ينبغي ان ياخذ المقنعة فيضعها على رأسه.

(٨) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٤٠ س ١ قال: المشهور ان طلاق الاخرس الى قوله: ذهب اليه الشيخ وابن الجنيد.

ولو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث، صحت واحدة وبطل التفسير.
وقيل: يبطل الطلاق.

ولو كان المطلق يعتقد الثلاثة لزم.

(الركن الرابع) في الإشهاد، ولا بد من شاهدين يسمعه، ولا

واختاره المصنف (١) والعلامة (٢).

احتج 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 وكراهته لها؟ قلت: نعم، أيجوز ان يطلق
عنه وليه؟ قال: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك، قلت: أصلحك الله: لا يكتب
ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذي يعرف من فعله مثل ما ذكرت من كراهته
لها، 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 بالإشارة الدالة، وفي رواية
يلقي عليها القناع.

(٢) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤٠ س ١ قال: المشهور ان طلاق الاخرس بالإشارة المفيدة الى
قوله: لنا ما رواه احمد بن محمد آه.

(٣) التهذيب: ج ٨ (٣) باب احكام الطلاق ص ٧٤ الحديث ١٦٨.

(٤) الاستبصار: ج ٣ (١٧٥) باب طلاق الاخرس ص ٣٠١ الحديث ٣.

(٥) الوسائل: ج ١٥، الباب ١٩ من ابواب مقدماته وشرائطه ص ٢٩٩ الحديث ١٩.

يشترط إستدعاؤهما إلى السماع، ويعتبر فيهما العدالة، وبعض الأصحاب يكتفي بالإسلام. ولو طلق ولم يشهد ثم أشهد كان الأوّل لغواً، ولا تقبل فيه شهادة النساء.

وقيل: يبطل الطلاق.

أقول: الأول اختيار الشيخ في النهاية (١) والقاضي (٢) وابن زهرة (٣) وابن إدريس (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦).
والثاني اختيار المرتضى (٧) وابن حمزة (٨) والحسن (٩) وظاهر سلار (١٠).

(١) النهاية: باب اقسام الطلاق وشروطه، ص ٥١٢ س ٥ قال: فان طلقها أكثر من ذلك ثنتين أو ثلاثاً، لم يقع أكثر من واحدة.

(٢) المذهب: ج ٢، باب بيان ما يقع به الطلاق، ص ٢٧٩ س ٥ قال: وإذا قال لها: انت طالق اثنتين، وقعت طلقة في الحال، وما عدا ذلك لغو.

(٣) الغنية من جوامع الفقهية: في الطلاق واللحان ص ٦١٥ س ١ قال: ومن طلق ثلاثاً بلفظ واحد كان مبتدعاً في قوله ثلاثاً وقعت واحدة.

(٤) السرائر: كتاب الطلاق، ص ٣٢٥ س ٢٩ قال: فان طلقها ثنتين أو ثلاثاً الى قوله: لم يقع على الصحيح من المذهب الا واحدة الخ.

(٥) الشرايع: كتاب الطلاق، في الصيغة قال: ولو فسر الطلقة باثنتين أو ثلاث الى قوله: وقيل: يقع واحدة ويلقى التفسير وهو أشهر الروايتين.

(٦) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٦ س ١ قال: وابن زهرة وابن إدريس وافقوا 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 الى قوله: وإيقاع الطلاق ثلاثاً

بلفظ واحد ولا يقع كلاهما.

(٩) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٥ س ٣٧ قال: وقال ابن عقيل: لو طلقها ثلاثاً بلفظ واحد

وهي ظاهر لم يقع عليها شيء.

(١٠) المراسم كتاب الفراق، ص ١٦١ طلاق السنة س ٧ قال: فما يرجع الى الزوج الى قوله: وان

(النظر الثاني) في اقسامه، وينقسم إلى بدعة وسنة.

فالبدعة طلاق الحائض مع الدخول وحضور الزوج، او غيبته دون المدة المشترطة، وفي طهر قد قررها فيه، وطلاق الثلاث المرسلة، وكله لا يقع.

احتج الاولون: بوجود المقتضى، وهو (انت طالق) وانتفاء المانع، إذ ليس الآ الضميمة، وهي هنا مؤكدة لامنافية.

ولصحيحة جميل بن دراج عن احدهما عليهما السلام قال: سألته عن الذي يطلق في حال طهر في مجلس ثلاثاً؟ قال: هي واحدة (١).

وصحيحة بكير بن اعين عن الباقر عليه السلام قال: ان طلقها للعدة اكثر من واحدة، فليس الفضل على الواحدة بطلاق (٢).

احتج الآخرون بصحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام: من طلق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء، من خالف كتاب الله ردّ الى كتاب الله (٣).

ولأنّ واحدة المفردة المقيدة بقيد الوحدة غير مرادة، فلا يقع، لاشتراط القصد في الطلاق والثلاث غير واقعة اجماعاً.

اجاب العلامة بالقول بالموجب، فان الثلاث لا يقع، فكانه ليس بشيء يوجب ماقصده، والفعل الاختيار الصادر عن الحيوان اذا لم يحصل غايته يسمى باطلاً، فلا يكون شيئاً (٤).

قال طاب ثراه: وطلاق الثلاث المرسلة، وكله لا يقع.

يتلفظ بالطلاق موحداً.

(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.

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 ثلاثاً بينها رجعتان.

والرجعي ما يصح معه الرجعة ولو لم يرجع.
وطلاق العدة ما يرجع فيه ويواقع، ثم يطلق.
فهذه تحرم في التاسعة تحريماً مؤبداً.
وما عداها تحرم في كل ثلاثة حتى تنكح غيره.

أقول: مراده تعداد الطلاق البدعي، وعدّه منه أصنافاً، كطلاق الحائض،
والثلاث المرسلة، قال: (وكله لا يقع) لانه غير مراد للشارع، والاصل بقاء عصمة
النكاح، فيقف رفعها على موضع الاذن، خلافاً للعامة: فان عندهم أن طلاق
الحائض بدعة، لكنه يقع (١).

ويحتمل ان يعود الضمير في قوله: (وكله) إلى الثلاث المرسلة، وقد تقدم ان
الواقع منها واحدة على احد القولين، ولا يقع شيء على القول الاخر، ومختار المصنف
الوقوع، فقوله هنا (وكله) يحتمل ان يكون المراد الكل المجموعي، أي الثلاث
بتمامها لا يقع، بل واحدة منها، ويحتمل ان يكون رجوعاً عن الاول، وقد صرح به
المصنف في الشرائع، حيث قال: والكل باطل لا يقع معه طلاق (٢) فاقى الطلاق
منكراً 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 حائضاً، او في طهر اصابها فيه، اثم وقع طلاقه في قول

عامة اهل العلم (المغني لابن قدامة) ج ٨ ص ٢٣٨ مسألة ٥٨١٦.

(٢) تقدم آنفاً.

أقول: اختلف في اليائسة والصغيرة هل عليهما عدة أم 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 الايسة 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 وايست منه لم يكن عليها عدة الى ان قال: وان صغرت عن ذلك لم يكن عليها عدة الخ.

(٤) المبسوط: ج ٥، كتاب العدد، ص ٢٣٩ س ٦ قال: الايسة 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 والايسة) وهو اختيار الشيخ علي بن بابويه.

(٦) المقنع باب الطلاق ص ١١٦ س ١ قال: واعلم الى ان قال: ان كان مثلها لا تحيض فلا عدة عليها.

(٧) الكافي: فصل في العدة واحكامها ص ٣١٢ س ٣ قال: وقبل ان تبلغ تسع سنين إلى قوله: فلا عدة عليها.

(٨) المهذب: ج ٢ باب طلاق المدخول بها ولم تبلغ الحيض ص ٢٨٤ س ١٥ قال: فاذا طلقها بانته منه الخ.

(٩) الوسيلة: فصل في بيان العدة ص ٣٢٥ س ١٨ قال: والتي لم تبلغ الحيض، والايسة لعدة عليها.

(١٠) البرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ١ قال: فقد اختلف اصحابنا في وجوب العدة عليها الى قوله: والقول الاخر (أي عدم الوجوب) اكثر 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) لايهدم استيفاء العدة تحريم الثلاثة.

احتج السيد بقوله تعالى: (واللأني يثن من المحيض من نساءكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن) (١) وهذا صريح في الآيات من المحيض، واللائي لم يبلغن عدتهن الاشهر على كل حال (٢).
احتج الآخرون بوجوه.

(أ) ان المقتضى للاعتداد، وهو استعمال فراغ الرحم من الحمل غالباً منتف هنا قطعاً، فلا وجه لوجوب العدة روى محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: التي لا تُحبل مثلها، لاعدة عليها (٣) وهو ايماء إلى ما ذكرناه من العلة.
(ب) ان غير المدخول بها لاعدة عليها إجماعاً، فكذا اليائسة والصغيرة، اذ 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: وما أحدها؟ قال: اذا اتى عليها اقل من تسع سنين، والتي لم يدخل بها، والتي يثن من المحيض ومثلها لا تحيض، قال: قلت: وما أحدها؟ قال: إذا كان لها خمسون سنة (٤).

قال طاب ثراه: لايهدم استيفاء العدة تحريم الثلاثة.

أقول: لم يختلف ائمة اصحابنا في افتقارها بعد الثلاثة الى المحلل، سواء كانت الثلاث للعدة او للسنة.

ولانه منصوص القرآن (٥) وفي الثالثة لا بد من استيفاء العدة بالنسبة الى المحلل،

(٢) تقدم آنفاً.

(١) الطلاق: ٤.

(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 زوجاً غيره) سورة البقرة/ ٢٣٠.

ولو كان استيفائها كافياً في الحل في الأول وهادماً للتحريم لجاز العقد للزوج مكان المحلل، فيلزم عدم الافتقار الى المحلل ابدأً، وهو مخالف للكتاب العزيز، وعليه طابقت الروايات (١).

نعم ورد في شواذها: عن الحسن بن محبوب، عن عبدالله 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، لأن الاقراء هي الاطهار، فقد بائت منه، وهي املك بنفسها، فان شاءت تزوجه وحلت له بلازواج، فان فعل هذا بها مائة مرة هدم ما قبله، وحلّت بلازواج، وان راجعها قبل ان تملك نفسها ثم طلقها ثلاث مرات، يراجعها ويطلقها لم تحل له الا بزواج (٢).

وعبدالله بن بكير فطحي كذاب.

وقال الشيخ: وسئل عن هذا؟ فقال: هذا مما رزقه الله من الرأي، ولما رأى أصحابه لا يقولون به اسنده الى زرارة نصرة لمذهبه الذي افتي به، وانما هو عليه من الغلط في انحرافه عن اعتقاد الحق، في اعتقاد مذهب الفطحية اعظم من الغلط في استناده فتياً يعتد صحتة لشبهة دخلت عليه الى بعض اصحاب الائمة عليهم السلام ولم يعمل بها 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 الخوض فيه يفتقر إلى توضيح (مقدمة).

وهي ان الطلاق ينقسم إلى قسمين:

سني وبدعي:

فالبدعي مانهى عنه، كطلاق الحائض، والنفساء، وفي طهر قرها 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 العدى 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، لانها 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، اعني طلاق العدة سنّي بالمعنى الاعم، لأنه 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 الإشكال، وتقدير حله يتوقف على إيراد أقوال الفقهاء في هذه المسألة وهي أربعة.

(أ) قال الصدوق في الرسالة والمقنع (١) (٢) إذا راجع الحبل قبل وضعها، ثم أراد طلاقها ثانياً لم يكن له ذلك إلا بعد الوضع، أو مضى ثلاثة أشهر، ولم يفصلاً العدى والسنى.

(ب) قال أبو علي: إذا أراد طلاقها بعد الرجعة وكان قد واقع، اشترط مضى شهر بعد الوقاع وكذا في الثالث، ويحرم حتى المحلل (٣).

(ج) قال الشيخ في النهاية: إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته وهي حبل مستبين حملها، فليطلقها أي وقت شاء، فإذا طلقها واحدة كان أملك برجعتها ما لم تضع ما في بطنها، فإذا راجعها وأراد طلاقها للسنة، لم يجز له ذلك حتى تضع ما في بطنها، وإذا أراد طلاقها للعدة، واقعها ثم طلقها بعد الواقعة (٤).

وتبعه القاضي (٥) وابن حمزة (٦) فقد منع من طلاقها للسنة بالمعنى الأعم،

(١) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٧ س ٢١ قال: وقال الشيخ علي بن بابويه في رسالته: فإن راجعها يعني الحبل الخ.

(٢) المقنع، باب الطلاق ص ١١٦ س ٨ قال: فإن راجعها من قبل أن تضع ما في بطنها، أو يمضى بها ثلاثة أشهر، ثم أراد طلاقها الخ.

(٣) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٧ س ٢٣ قال: وقال ابن الجنيد: والحبل إذا طلقها زوجها وقع الطلاق وله أن يرتجعها آه.

(٤) النهاية: باب كيفية أقسام الطلاق ص ٥١٦ س ٢٠ قال: وإذا أراد أن يطلق امرأته وهي حبل مستبين حملها فيطلقها أي وقت شاء الخ.

(٥) المهذب: ج ٢ باب طلاق الحامل المستبين حملها ص ٢٨٥ س ١٢ قال: طلاق هذه المرأة إذا أراد زوجها الخ.

(٦) الوسيلة، فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٢ س ١٢ قال: والحامل إذا 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 بانث عنه (٥). وبصحيفة أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: الحبل يطلق تطلق واحدة (٦).

ورواية منصور الصيقل عنه عليه السلام في الرجل يطلق امرأته وهي حبلى؟ قال: يطلقها، قلت: فراجعها؟ 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 إلا 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 حبلى مستين حلها فليطلقها أي وقت شاء الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٧ س ٣٨ قال: والتحقيق في هذا الباب أن نقول الخ.

(٤) الايضاح: ج ٣ ص ٣١٧ س ٧ قال: (د) قول والدي المصنف قدس الله سره: أنه يجوز طلاقها للسنة كما يجوز للعدة إلى قوله: وهو الأقوى.

(٥) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٧٠ الحديث ١٥٣ وفيه (عن إسماعيل الجعفي) بحذف كلمة (محمد).

(٦) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٧٠ الحديث ١٥٢.

(٧) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٧١ الحديث ١٥٧.

سنى (١) ولهذا منع من طلاقها إلا بعد الواقعة، ليكون للعدة.

واحتج الشيخ على هذا التاويل برواية إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الحامل يطلقها زوجها ثم يراجعها، ثم يطلقها، ثم يراجعها، ثم يطلقها الثالثة؟ فقال: تبين منه ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره (٢).

فقد تضمنت هذه الرواية تعداد الطلاق صريحاً، فيكون معارضة للثالثة والاولتين أيضاً.

وعن إسحاق بن عمار أيضاً عنه عليه السلام قال: سألته عن الحبل، يطلق طلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره؟ قال: نعم، قلت: أأست قلت: اذا جامع لم يكن له ان يطلق؟ قال: الطلاق لا يكون الا على طهر، قد بان وحل 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 ما مسها شهراً، 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 زوجاً غيره؟ قال: نعم، قلت: فما عدتها؟ قال: عدتها إن تضع ما في بطنها، ثم قدحلت

(١) قال في الاستبصار، ج ٣ باب طلاق الحامل المستبين حملها ص ٢٩٩ ذيل حديث ٧ مالفظة:

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.

للازواج (١).

احتج ابن إدريس بعدم المانع، وعموم الايات كقوله تعالى: (فان طلقها) (٢)
(الطلاق مرتان) (٣) (٤).

قال المصنف: الوجه الاعراض عن اخبار الاحاد، والالتفات الى ما دل القرآن
عليه من جواز طلاقها مطلقاً (٥).

وقول المصنف في الشرائع: اذا طلق الحامل وراجعها جاز ان يطأها ويطلقها
ثانية للعدة اجماعاً (٦).

يريد بالاجماع هنا الحاصل بعد عصري الفقيين وأبي علي، لانقراض المخالف
فيه (٧).

قال العلامة في المختلف: والتحقيق في هذا الباب ان طلاق العدة والسنة
واحدة، وانما يصير للسنة بترك الرجعة وترك الواقعة، وللعدة بالرجعة في العدة
والواقعة، فاذا طلقها لم يظهر انه للسنة او للعدة الا بعد وضع الحمل، لانه ان 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 ان المراد بقوله (قال المصنف) هو نجم الدين بن سعيد، لان هذا القول منه، لاحظ
الايضاح، ج ٣ س ٥.

(٦) الشرائع: كتاب الطلاق، واما طلاق العدة، قال: (الثانية) اذا طلق الحامل وراجعها جاز له
ان يطأها ويطلقها الى قوله: اجماعاً.

(٧) الايضاح: ج ٣، كتاب الفراق، ص ٣١٨ س ١٢ قوله (اجماعاً) المراد به اجماع اهل العصر
الثالث، أي بعد عصري ابن بابويه وابن الجنيد، لانقراض المخالف فيه الخ.

قبله كان طلاق العدة، وإن تركها حتى تضع كان طلاق السنة، فإن قصد الشيخ ذلك فهو حق وتحمل الاخبار عليه (١).

وعجز هذا التحقيق يعطي كون النزاع لفظياً، لأن حاصله: إن طلاق السنة لا يتصور، لأن حقيقته تركها بعد الطلاق حتى تنقضي العدة، وهي بوضع الحمل، يخرج عن كونها حاملاً، ولم يقل أحد بطلان الطلاق الذي لا يتعقبه رجعة إذ شرائط الطلاق تكون مقدمة عليه بوجوب تقدم الشرط على مشروطه.

وأورد عليه السيد عميد الدين عبدالمطلب قدست نفسه (٢) أن قوله: (لا يعلم كونه للسنة أو للعدة إلا بعد الوضع) مستدرك، لأنه يعلم كونه للعدة قبل الوضع، بأن يراجعها قبله، ثم يواقعها، ثم يطلقها، ثم يجوز له أن يراجعها أيضاً ويواقعها ثم فيطلقها الثالثة، فيحرم عليه حتى تنكح زوجاً غيره، ولا يتوقف العلم بذلك على الوضع، ولو قال: (لا يعلم كونه للسنة حتى تضع)، كان حقاً، وذلك ليس مخصوصاً بالحامل، بل كل مطلقة رجعيًا لا يعلم كون طلاقها للسنة حتى تنقضي عدتها، سواء كان بالوضع، أو بالاقراء، أو بالاشهر، فإنه متى انقضت عدتها ولم يراجع، علم أنه للسنة، وقبل ذلك لا يعلم، هذا آخر كلامه في شرحه (٣).

وأجاب عنه ولده فخر المحققين بأن قوله: (إذا طلقها لم يظهر) أي بالطلاق لأيهما

(١) اختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٧ س ٣٨ قال: والتحقيق في هذا الباب أن نقول: الخ.

(٢) قال في الذريعة: ج ١٤ ص ٢١ تحت رقم ١٥٦٧ في عنوان شرح القواعد: ما لفظه: السيد عميد الدين عبدالمطلب محمد الدين، أبي الفوارس محمد بن علي الأعرجي ابن اخت العلامة الحلي، ولد سنة ٦٨١ وتوفي سنة ٧٥٤ ذكره سيدنا الصدر في التكملة، وحكى في رياض العلماء عن نظام الأقوال بعنوان الحاشية أيضاً، وعند عمه لشروح القواعد ذكر أولاً شرح العميدي مصرحاً بأنه الفه بعد وفاة خاله العلامة.

(٣) مخطوط ولم نظفر عليه.

هو، وإنما يظهر بإحد الأمرين أما بالرجوع قبله والمواقعة، وهو علامة العدى، أو بالوضع قبل الرجوع، وهو علامة السنى، هذا مراده ولم يرد أنه لا يظهر واحد منهما إلا بعد الوضع (١).

ثم قال فخر المحققين: وأقول على قول الشيخ: يلزم أحد أمور ثلاثة.
أما أن يجعل حصول وصف السنى والعدي بالنية، أو الرجعة سبباً للصحة أو كاشفة، لأن الطلاق حال وقوعه قدر مشترك بين صنفيه، اعنى العدى والسنى بالمعنى الاختصاص، فالميزله بحصول أحد الوصفين، أما النية، أو الرجعة والمواقعة في العدة، أو هي كاشفة، ودليل الحصر الإجماع على انتفاء غيرها. أمّا النية فلم يقل به أحد، وأمّا كون الرجعة سبباً للصحة، فلاستلزامه الدور، لأن صحة الرجعة مشروطة بصحة الطلاق، فلو كان الرجعة سبباً في صحة الطلاق لزم الدور، فبقي أن يكون الرجعة والمواقعة في العدة كاشفة، فإن حصلنا علمنا أنه للعدة، وإن لم يحصلنا حتى خرجت العدة بوضع الحمل علمنا أنه للسنة (٢).

وأقول: إن الذي ينبغي تحصيله في هذا المقام أن نقول:

موضوع المسألة: أن الحامل يجوز أن تطلق واحدة إجماعاً.

وهل الواحدة نوعية، أو شخصية؟ الصدوقان على الثاني (٣)، والشيخ على الأول (٤)، فيجوز عنده تعددها إذا كانت من صنف واحد من أصناف الطلاق، وهو العدى، فيمنع من طلاقها ثانياً 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: (فماذا طلقها لم يظهر، أي بالطلاق أنه لا يباها

هو، الى قوله: هذا مراده، ولم يرد أنه لا يظهر واحد منهما إلا بعد الوضع كما قد يقع في أوهم بعض العوام.

(٢) الايضاح: ج ٣، كتاب الفراق، ص ٣١٨ س ١٤ قال: وأقول على قول الشيخ الخ.

(٣) و(٤) تقدم نقل قولها.

(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 يطاء، لكن لا يقع للعدة.

(الرابعة) لو طلق غائباً ثم حضرو ودخل 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 اللواحق وفيه مقاصد.

قول الشيخ: (فاذا راجعها وأراد طلاقها للسنة لم يجز له ذلك) السنة بالمعنى الأعم، وقوله (حتى تَضَع) 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 الأعم.

وبجواب عن الاشكال (٢) قوله: (طلاق العدة سني بالمعنى الأعم لأنه أحد أقسامه).

قلنا: مسلم، لكن لما اختص الجواز بقسم واحد من اقسامه، صار كالقسيم لباقي الاقسام، فقوهم: (يجوز طلاق الحامل للعدة) وهو داخل في السني العام لكن بقيد الرجوع والوطى في العدة، ومع عدم الوطى يكون سنياً عاماً شاملاً لذلك وللسني الخاص، فاعلم ذلك.

(١) تقدم نقل قوله ودليله.

(٢) أي الاشكال الذي طرحه في صدر البحث.

(الاول) يكره طلاق المريض، ويقع لو طلق، ويرث زوجته في العدة الرجعية، وترثه هي، ولو كان الطلاق بائناً، الى سنة، مالم تتزوج، او يبرء من مرضه ذلك.

(الثاني) في المحلل.

ويعتبر فيه البلوغ والوطى 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 بقي من الطلقات. وكذا ان بانث منه بطلقة او طلقتين وارتجعا بعقد مستأنف قبل تزويجها بغيره، أو بعده قبل اصابة الثاني.

أما لو كان بعد إصابته على الشروط المحللة لو وقعت بعد ثلاث، فهل يهدم هذا المحلل الطلاق السابق، وتبقى مع زوجها على ثلاث مستأنفات؟ أو لا يهدم بعد الطلقة السابقة على النكاح الثاني من الثلاث وتبقى معه بعد تزويجها على طلقتين، ولو كان السابق على نكاح الثاني طلقتين بقيت معه على طلقة؟ فيه روايتان.

احدهما الهدم، وهي رواية رفاعه بن موسى النحاس، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل طلق امرأته تطليقة واحدة، فتبين منه، ثم يتزوجها آخر، فيطلقها على السنة، فتبين منه، ثم يتزوجها الاول، على كم هي عنده؟ قال: على غير شيء، ثم قال: يارفاعه كيف اذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجها ثانياً استقبل الطلاق، فاذا طلقها واحدة كانت على الشنتين (١).

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٦٤) باب ان من طلق امرأة ثلاث تطليقات للسنة، لا تحل له حتى تنكح

زوجاً 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 ثلاثاً، ولا يهدم واحدة (١).

ويعضدها الشهرة بين الاصحاب، فافق 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 زوجاً غيره، ثم مات الرجل،

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٦٤) باب من طلق امرأته ثلاث تطليقات للسنة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ص ٢٧٥ الحديث ٢٣.

(٢) النهاية: باب كيفية اقسام الطلاق ص ٥١٣ س ١٦ قال: فان تزوجت فيما بين التطليقة الاولى الى 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 الى قوله: فانها تعود عندنا كما كانت أولاً.

(٤) كتاب الخلاف، كتاب الطلاق، مسألة ٥٩ قال: الظاهر من روايات أصحابنا والاكثرين: ان الزوج الثاني اذا دخل بها يهدم مادون الثلاث الخ.

(٥) المهذب: ج ٢ باب صفة طلاق السنة، ص ٢٨٢ س ٣ قال: فان تزوجت بين الطليقة الاولى والثانية الى قوله: هدم هذا التزويج ماتقدم من الطلاق.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان اقسام الطلاق، ص ٣٢١ س ١٥ قال: فان تزوجها بعد الواحدة او الاثنين رجل بالغ الى قوله: هدم ماتقدم من الطلاق.

(٧) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٣ س ٩ قال: وكذا ان تزوجت فيما بين الاولى والثانية الى قوله: هدم ذلك ماتقدم 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 الأول، 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).

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم اسلامی

قال طاب ثراه: ولو ادعت انها تزوجت ودخل وطلق، فالمروي القبول إذا كانت ثقة.

أقول: الرواية اشارة الى ما رواه الحسين بن سعيد عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل طلق امرأته ثلاثاً فبانت 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 بعد نقل 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 زوجاً 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
ادريس (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 تجمل له حتى تنكح زوجاً
غيره، ص ٢٧٥ الحديث ٢٢.
(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٧٥) باب طلاق الاخرس الحديث ١ ثم قال بعد نقل الحديثين الذين فيها
اخذ المقنعة 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 الى
ان قال: ذهب اليه الشيخ وابن الجنيد وتبعهما ابن البراج.
(٥) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ٢٥ قال: ومن لم يتمكن من الكلام مثل أن يكون اخرس
الى 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 الفراق، ص ٦٦ الفصل الثاني في الرجعة، س ٤ قال: والاخرس بالاشارة
الدالة عليها، وقيل: باخذ القناع الخ.

(٨) المقنع، باب الطلاق ص ١١٩ س ١٥ قال: والاخرس الى قوله: فاذا اراد ان يراجعها رفع القناع
عنها الخ.

(٩) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤٠ س ٢ قال: وقال الصدوق في المقنع وابوه في رسالته الى قوله:
فاذا اراد مراجعتها رفع القناع عنها.

(١٠) الوسيلة: في بيان احكام الرجعة ص ٣٣٠ س ١٣ قال: ويزداد للاخرس واحد وهو كشف

(المقصد الرابع) في العدد، والنظر في فصول.

واما الرواية باخذ القناع تنصياً 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 رأسها (١).

مقدمة

العدّة مدّة مقررة بأصل الشرع بالأشهر أو الأقراء، أو بهما، أو الحمل.
يوجبها رفع النكاح الثابت بالعقد بالموت مطلقاً، وبعد الدخول بغيره، أو وطئ
غير محرم لأجنبية.

وهي على ثلاثة أضرب.

تعبد محض، كعدة الوفاة مع عدم الدخول.

واستبراء محض كعدة الحامل.

وبعدّة واستبراء بالشهور والأقراء.

وأيضاً: العدّة قد يكون بالأقراء كمستقيمة الحيض، وقد يكون بالشهور
كالمستربة، وقد يتركّب منها كما لو بانّت بعد حيضة فإنها يكملها بشهرين، ولو كان
بعد حيضين أكملت بشهر.

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فلذوات الأقراء، قوله تعالى: (والمطلقات يتربصن بأنفسهنّ ثلاثة
قُروء) (٢) ولذوات الشهور (واللائئ يئسنّ منّ المحيض منّ نساءكم إنّ أرتبتم
فعدّتهنّ ثلاثة أشهر واللائئ لمّ يحضنّ) (٣) وللحوامل (وأولاتُ الأحمال أجلهنّ أنّ

المقنعة عن رأسها.

(١) الكافي: ج ٦ باب طلاق الآخرس ص ١٢٨ الحديث ٣.

(٣) الطلاق: ٤.

(٢) البقرة: ٢٢٨.

يُضَعْنَ حَمَلَهُنَّ (١) وَلِلْأَرَامِلِ (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ
بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً) (٢).

وأما السنة فكثيرة متواترة (٣).

وأما الاجماع: فن سائر المسلمين لا يختلفون في وجوب الاعتداد على الزوجات
بعد مفارقة الأزواج ومن طريق النظر: انما حرم السفاح حذراً من اختلاط
الأنساب، ومع مفارقة الاول بعد وطئه لوجاز الوطى لامتزج الماءان، وقال
عليه السلام: ماءان في رحم واحد (٤).

ويلزم اختلاط النسب المحذور في كل شريعة، فلا بد من ضبط قدر يعلم به فراغ
الرحم من الاول ليأمن الثاني على نسبه من التدنيس بالغير.
وقد كان يكفي الحيضة الواحدة كما جعله الشرع دلالة على فراغ رحم الجارية
في الإستبراء، فجعله ثلاثة قروء إعظماً للعقد وتفخيماً لأمر الحرائر، وإحتياطاً في
المبالغة على حفظ الأنساب، وإمهالاً في التروى لإختيار الزوجين الرجوع إلى التثام
الحال، وحفظاً للعيال، وصوناً لعصمة الفرج وستر الحال والفراش أن يكثر التطلع
عليه قال الله تعالى (وَبَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً) (٥). ومع
عدم الوطى لعدة، لأمن الإختلاط المذكور، ولا عيال يخشى ضيعتهم، ولا فراش
انكشف عليه بحافظ على ستره. وأوجبها في الوفاة تفجماً على الميت، لتعظيم أمره،
ولئلا ينسى ذكره، ويبعث الفكر على النظر في أمر الآخرة والتزهيد في الدنيا، ولهذا

(١) الطلاق: ٤.

(٢) البقرة: ٢٣٤.

(٣) لاحظ الوسائل ج ١٥، الباب ٢ و ٤ من ابواب اقسام الطلاق واجكامه.

(٤) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٣٨٤ الحديث ٤٩.

(٥) البقرة: ٢٢٨.

(الاول) لاعدة على من لم يدخل بها عدا المتوفى عنها زوجها. ونعني بالدخول: الوطء قبلاً او دبراً ولا تجب 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. وقل ماتقضي به عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان، وليست الاخيرة 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 الإختلاط في حقيقة النسب، لا يؤمن فيه الإختلاط بالبعضية، لما روى في الاخبار انه يتغذى بنطفته (١) وقد تقدم من ذلك جملة مقنعة في باب بيع الحيوان، مع ما فيه من التروى لإلتئام الحال وعود الزوجين إلى النكاح في زمان العدة.

قال طاب ثراه: وهي تعتد بثلاثة أطهار على الأشهر.

أقول: اختلف أهل اللغة في لفظ (القرء) هل هو موضوع للطهر حقيقة، ويستعمل في الحيض، أو بالعكس؟ أو هو مشترك بينهما بالإشتراك اللفظي كلفظ العين، أو انه إسم للإنتقال من معتاد إلى معتاد، فيتناول الإنتقال من الحيض على الطهر وبالعكس، وقد ذهب إلى هذه التفاسير الأربعة قوم منهم (٢).

وأما الفقهاء فعلى قولين بعد إتفاقهم على إنقضاء العدة بالأقراء 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 وذمه) الى غير ذلك في الروايات.

(٢) لاحظ مجمع البحرين، والنهاية لابن الاثير ولسان العرب لغة (قرأ).

المُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّضْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ قُرُوءَ).

فبعضهم ذهب إلى أنه الحيض دون الطهر (١)، وهو اختيار جماعة من الصحابة والتابعين، والفقهاء المتأخرين.

وبعضهم ذهب إلى أنه الطهر واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣). واحتج الأولون بوجوه.

(أ) قوله تعالى (وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّضْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءَ) (٤) وهو عام، ولو جعلناه الطهر، لكان إذا طلقت بعد ساعة أقيمت مقام قرع كامل، فلا يكون عدتها ثلاثة أقراء، ويلزم التخصيص أو النسخ، لأن الآية يقتضي ثلاثة قُرُوءَ، وهنا لم يتم.

(ب) قوله تعالى (وَاللَّائِي يَتَسَنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَاءِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ) (٥) فنقلها مما ينسب منه إلى بدله، والبدل غير المبدل، فلما كان هو اليأس من المحيض والخلو منه دل على أنه هو القرع، لأن الانتقال هو الحيض.

(ج) ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال لفاطمة بنت أبي حبيش: أفعدي عن الصلاة أيام أقراءك (٦) والمراد الحيض.

(١) المغني لابن قدامة: ج ٩ ص ٨٣ س ٨ قال: واختلف أهل العلم، إلى قوله: فروى أنها الحيض. روى ذلك عن عمرو علي وابن عباس وسعيد بن المسيب والثوري والاوزاعي إلى قوله: والرواية الثانية عن أحمد أن القرع الاطهار، وهو قول زيد وابن عمرو وعائشة وسليمان بن يسار الخ.

(٢) الشرائع كتاب الطلاق، الفصل الثاني في ذات الاقراء قال: وهذه تعتد بثلاثة أقراء، وهي الاطهار.

(٣) القواعد: كتاب الفراق، ص ٦٨ قال: الأول في ذات الاقراء إلى قوله: وهي الاطهار في الطلاق.

(٤) البقرة: ٢٢٨.

(٦) سنن البيهقي: ج ٧ ص ٤١٦ باب من قال: الاقراء الحيض.

(٥) الطلاق: ٤.

(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: (ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ) فاثبت التاء في العدد، وهو دلالة التذكير، والحيض مؤنث، فيكون المراد الطهر.

(ب) قوله تعالى: (إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ) (٢) أي في وقت عدتهن، كقوله تعالى: (وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ) (٣) أي في يوم القيامة، والطلاق في الحيض ليس بأموره لتحريمه إجماعاً.

(ج) قوله تعالى: (لِعَدَّتِهِنَّ) يقتضي اتصال العدة بالطلاق، لأن دخول اللام على الشرط يقتضي اتصاله بالمشروط كقول القائل: أطعم زيدا ليشبع.

(د) رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: الأقراء هي الاطهار (٤). وأجابوا عن حجة الأولين.

بأن القرء طهر ينتهي بالحيض، فما ذكره قرء تام لا بعضه.

وعن الثاني: أن القرء بمعنى الطهر مقدر بالحيض أيضاً، لأنه ليس عبارة عن النقاء مطلقاً، بل هو نقاء ينتهي إلى الحيض، فنقلها من طهر مقدر بالحيض إلى طهر مقدر بالشهور.

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٨٩) باب إن المرأة تبين إذا رأت الدم من الحيضة الثالثة ص ٣٣٠ الحديث ٩.

(٢) سورة الطلاق/ ١.

(٣) سورة الانبياء/ ٤٧.

(٤) الاستبصار: ج ٣ (١٨٩) باب إن المرأة تبين إذا رأت الدم من الحيضة الثالثة، ص ٣٣٠ الحديث ١٣.

(الثالث) المسترابه، وهي التي لا تحيض وفي سنّها من تحيض، وعدتها ثلاثة اشهر. وهذه تراعى الشهور والحيض وتعتدّ بأسبقهما. 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).

وأيضاً: لانمّنع كون القرء مقولاً على الحيض بالإشتراك، ويصرف إليه مع القرينة، وهي ثابتة، ونحن نبحث عن القرء في العدة، وما ذكرناه من الأدلة كالقرائن الصارفة له عن إرادة الحيض. اذا عرفت هذا: فأقلّ زمان تنقضى به عدتها على المختار ستة وعشرون يوماً ولحظتان، والأخيره ليست من العدة، بل هي دلالة على الخروج عند المصنف (٢) وعند الشيخ أنها من العدة، لأن الحكم بانقضاء العدة موقوف على تحققها (٣)، وعلى المذهب الأول: تسعة وعشرون يوماً ولحظتان. والكلام في اللّحظة الأخيرة من الطهر الرابع هنا كالكلام في اللّحظة الأخيرة 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 باب من قال: الاقراء الحيض ص ٤١٦ س ٦ من الهامش، قال قال البيهقي: إلى قوله: والاحاديث الصحيحة متفقة على العبارة بأيام الحيض دون الاقراء.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) كتاب الخلاف، كتاب العدة، مسألة ٤ قال: دليلنا، الى قوله: ثم رات الدم لحظة فقد مضى لها

ثلاثة اقراء.

(أ) المرأة التي لا تحيض ومثلها تحيض تعتد بثلاثة أشهر اجماعاً، لقوله تعالى: (وَاللَّائِي يَشْنَنُ مِنْ الْحَيْضِ مِنْ نِسَاءِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضْنَ) (١) قوله (وَاللَّائِي لَمْ يَحْضْنَ) عطف على قوله (وَاللَّائِي يَشْنَنُ)، 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 بأنفسهن ثلاثة قروء) وعلى الأشهر عند فقدها قال: (وَاللَّائِي يَشْنَنُ). إذا تقرر هذا، فاعلم: أنَّ هذه تراعى الشهور والحيض، لأن الآية يشبث حالها في الحالتين وجعلت لها في كل حالة واحداً من الحكيم، فأيهما سبقت خرجت به. وقد نص على هذا التقرير رواية زرارة (الحسنة) عن الباقر عليه السلام قال: أمر أن أيها سبق بانث المطلقة المسترابة تستريب الحيض، ان مرت بها ثلاثة اشهر بيض ليس فيها دم بانث به، وان مرت بها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة اشهر بانث بالحيض (٣).

بقى هنا شيء: وهو انها اذا ابتدأت العدة بالأشهر فرأت الدم في اخر الثالث بطلت العدة بالأشهر، لفقد شرطها، وتعتد بالماضي قرء واحداً، لأن القرء طهر، نهايته الحيض، ولا تتركب العدة هنا من الأشهر والاقراء، لأن التركيب إنما يكون إذا طرأت الأشهر على الاقراء وكانت الاقراء هي السابقة، لتحقيق البأس منها، والحال هنا على العكس.

(١) سورة الطلاق/٤.

(٢) الانتصار: مسائل العدة ص ١٤٦ س ٤ قال: والذي اذهب انا اليه: ان على الائمة من الحيض والتي لم تبلغه، العدة، الى قوله: والذي يدل على صحة هذا المذهب قوله تعالى: (وَاللَّائِي يَشْنَنُ الْآيَةُ) وهذا نص صريح الخ.

(٣) الكافي: ج ٦ باب عدة المسترابة ص ٩٨ الحديث ١.

والأصل أنَّ الواجب الواحد لا يؤدي ببعض الأصل وبعض البديل الإضطراري المشروط بتعذر الأصل، إلَّا بنص شرعي، وهو موجود في حالة سبق الأقراء والانتقال الى اليأس، وليس موجوداً في صورة العكس.

ويتضرع على هذا لتأخرت الحيضة الثانية، أو الثالثة، وهو موضوع البحث في هذه المسألة، ومحل الإشكال، 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 الأقراء في المستقيمة، ولم يحسب ماضى من العدة، لان التربص السابق لم يكن عدة، وانما اعتبر ليعلم انها ليست من ذوات الأقراء، فاذا علمت اعتدت بعدة المسترابة.

ونبه عليه قوله: (ان ارتبتم) وهو قول ابن ادريس (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣) وبه قال الشيخ ان كان المحتبس الدم الثاني (٤).

(ب) قال بعض الاصحاب: انها تصبر 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 الى تمام التسعة اشهر الخ.

عنده امرأة شابة، وهي تحيض في كل شهرين أو ثلاثة أشهر حيضة واحدة، كيف يطلقها زوجها؟ فقال: أمرها شديد: تطلق طلاق السنة تطليقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض، متى حاضت فإذا حاضت ثلاثاً فقد انقضت عدتها، قيل له: فإن مضت سنة ولم تحيض فيها ثلاث حيض؟ قال: إذا مضت سنة ولم تحض ثلاث حيض يربص بها بعد السنة ثلاثة أشهر، ثم انقضت عدتها، قيل: فإن ماتت أو مات زوجها؟ قال: فايها مات ورثه صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهراً (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 بالأقراء وان طال مدتها، وان لم يكن لعارض، فإن مرت بها ثلاثة أشهر بيض، فقد قضت عدتها، فإن رأت فيها قبل ذلك دمًا، فإن ارتفع حيضها بالكلية كان بلغت اليأس وكان ذلك بعد حيضة أضافت إليها شهرين، وان لم يرتفع بل كان لعذر صبرت تمام تسعة أشهر ثم اعتدت بثلاثة أشهر ان كان المحتبس الدم الثاني، وان كان

(١) الكافي: ج ٦، باب في التي تحيض في كل شهرين وثلاثة، ص ٩٨ الحديث ١.

(٢) النهاية: باب العدد واحكامها، ص ٥٣٣ س ٣ قال: وان رأت الدم الى قوله: واحتبس عليها الدم الثالث الخ.

(٣) المهذب: ج ٢، باب العدد والاستبراء، ص ٣٢٠ س ١٠ قال واذا كانت المرأة مطمئن تحيض وتطهر وتعتد بالأقراء وانقطع عنها الدم إلى قوله: فان ارتفع الدم الثالث لعذر صبرت تمام السنة، ثم اعتدت ثلاثة أشهر بعد ذلك.

(٤) الوسيلة، فصل في بيان العدة واحكامها ص ٣٢٦ س ٤ قال: والمسترابة عدتها اربعة انواع الى قوله: ورابعها سنة الخ.

ولا عدة على الصغيرة ولا اليائسة على الأشهر.

الثالث صبرت تمام السنة ثم اعتدت بعدها بثلاثة اشهر، وهو قول القاضي (١).
قال طاب ثراه: ولا عدة على الصغيرة ولا اليائسة على الأشهر.
أقول: هذا هو مذهب الشيخين (٢) (٣) وتلميذه (٤) وابن حزم (٥) والتميمي (٦) وابن
ادريس (٧) ومذهب السيد الى وجوب العدة عليها بثلاثة أشهر (٨) واختاره ابن زهرة (٩).
احتج الأولون 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) المقنعة: ص ٨٢ باب عدد النساء ص ٢٢ قال: وان كانت قد استوت خمسين سنة الى قوله: لم
يكن عليها عدة، ثم قال بعد اسطر: ومن طلق صبية الى 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 عليها.

(٤) الراسم، ذكر ما يلزم المرأة، ص ١٦٦ س ١ قال: فن لا تجب عليها عدة: من لم تبلغ الحيض الى
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 عليها.

(٦) الكافي: فصل في العدة واحكامها ص ٣١٢ س ٣ قال: فاما الطلاق الى قوله: وقبل ان تبلغ تسع
سنين، او بعد ما يئست فلا عدة عليها.

(٧) السرائر: باب العدة ص ٣٣٨ س اخر قال: وان كانت لا تحيض لصغر، او لكبر بلغ خمسين سنة،
الى 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 واحتجاه بالاية عن الانتصار في مسائل العدة.

(٩) الغيبة: فصل في العدة، ص ٦١٦ في الهامش قال: وان كانت لا يحض لصغراً وكبر وليس في سنها
من تحيض، فقد اختلف اصحابنا الخ.

ولأن غير المدخول بها لا عدة عليها إجماعاً، فكذا الایسة والصغيرة، اذ الدخول هنا لا اعتبار به.

وموثقة عبدالرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: ثلاث يتزوجن على كل حال: التي لم تحض ومثلها لا تحيض، قال: قلت: وما أحدها؟ قال: إذا لها أقل من تسع سنين، والتي لم يدخل بها، والتي قد يشئت من الحيض ومثلها لا تحيض، قلت: وما أحدها؟ قال: إذا كان لها خمسون سنة (١).

وبحسنة زرارة عنه عليه السلام في الصبية التي لا تحيض مثلها، والتي قد يشئت من الحيض قال: ليس عليها عدة وإن دخل بها (٢).

وفي معناه رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: التي لا تحبل مثل ما لا عدة عليها (٣).

احتج السيد بقوله تعالى: (واللأئي يشئن من الحيض من نساءكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائى لم يحضن) وهذا صريح في وجوب العدة بالاشهر على الایسات ومن لم يبلغن الحيض (٤).

وبما 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 يشئت من الحيض ص ٨٥ الحديث ٤.

(٢) الاستبصار: ج ٣ (١٩٦) باب ان التي لم تبلغ الحيض والایسة منه اذا كانت في سن من

لا تحيض لم يكن عليهما عدة ص ٣٣٧ الحديث ٢.

(٣) الكافي: ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يشئت من الحيض، ص ٨٥ الحديث ٣.

(٤) تقدم فراجع.

(٥) الكافي: ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يشئت من الحيض، ص ٨٥ ذيل حديث ٥.

وفي حد اليأس روايتان، اشهرهما خمسون سنة.
ولورأت المطلقة الحيض مرة، ثم بلغت اليأس، اكملت العدة
بشهرين.
ولو كانت لا تحيض الا في خمسة اشهر، او ستة اعتدت بالأشهر.

والجواب عن الآية: بمنع دلالتها على ما ذكر، لإشتراطها بالرربة، وهي عائدة
إلى اليأس منه، فيكون التقدير: واللائي يئسن من الحيض أي لم يرين الحيض، إن
إرتبتم، أي شككتم في كونهن ذوات أقراء وآيسات، فعدتهن ثلاثة أشهر، واللائي لم
يحضن، أي لم يسبق لهن حيض وحصلت الرربة في أمرهن أيضاً فعدتهن ثلاثة
أشهر.

وعن الرواية: بالطعن في سندها، فإن ابن سماعة وابن جبلة وابن أبي حمزة
منحرفون عن الحق، والروايات الاول اوضح طريقاً.

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 حدّها؟ قال: اذا أتى لها أقل من تسع سنين، والتي لم يدخل بها، والتي قد يشئت
من الحيض ومثلها لا تحيض، قلت: وما حدّها؟ قال: اذا كان لها خمسون سنة (١).

وروى الشيخ عن محمد بن احمد بن أبي نصر، عن بعض اصحابنا قال: قال
ابوعبدالله عليه السلام: المرأة التي يشئت من الحيض حدّها خمسون سنة (٢).
وفي طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف، مع ارسالها (٣).

(١) الكافي: ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يشئت 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 عن ابن أبي نصر عن بعض

ورواها محمد بن يعقوب في كتابه بالسند المذكور، قال: وروى ستون سنة (١).
وروى الشيخ في الصحيح: عن ابن أبي عمير، عن بعض اصحابنا عن أبي
عبدالله عليه السلام قال: اذا بلغت المرأة خمسين سنة لم تر حرة الا ان يكون امرأة
من قرش (٢).

وقال في المبسوط: وعد اليأس خمسون سنة، وفي القرشية روى انها ترى الدم
الى ستين (٣).

والحق في غيره النبطية بالقرشية في البلوغ الى ستين (٤)، وذكره المفيد
رواية (٥)، وهذا قول اهل المدينة واحتج العلامة في المختلف الى تحديده بالستين
مطلقا مع وجوده (٦) وذكره في المنتهى مطلقا (٧).
فالحاصل: ان في اليأس ثلاثة أقوال.

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم اسلامی

اصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام).
(١) الكافي: ج ٣ باب المرأة يرتفع طمئنها ثم يعود وحد اليأس من الحيض، ص ١٠٧ الحديث ٢ وفيه
علي بن محمد عن سهل بن زياد.

(٢) التهذيب: ج ١ (١٩) باب الحيض والاستحاضة والنفاس، ص ٣٩٧ الحديث ٥٩.

(٣) المبسوط: ج ١، فصل في ذكر الحيض والاستحاضة، ص ٤٢ س ٥ قال وتثس المرأة من الحيض
اذا بلغت خمسين سنة الى قوله: الى 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 الى ستين سنة آه.

(٦) المختلف: الفصل السادس في العبد ص ٥٩ س ١٦ قال: وفي القرشية والنبطية ستين الى ان
قال: لنا ان المقتضى للاعتداد زائل الخ. فاورد الاحتجاج للتحديد بالستين مطلقا.

(٧) المنتهى: ج ١ ص ٩٦ س ١٣ قال: ولوقيل: اليأس يحصل ببلوغ ستين امكن بناء على الموجود

الخ.

(الرابع) في الحامل: وعدتها في الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة، ولو لم يكن تاماً مع تحققه حملاً ولو طلقها فادّعت الحمل تربص بها أقصى الحمل.

ولو وضعت توأماً، بانّت على تردد، ولا تنكح حتى تضع الآخر. ولو طلقها رجعيّاً ثم مات استأنفت عدة الوفاة. ولو كان بائناً اقتصرّت على اتمام عدة الطلاق.

(أ) حسين مطلقاً قاله الشيخ في النهاية (١) والاستبصار (٢).

(ب) ستين مطلقاً، قاله العلامة في المنتهى (٣).

(ج) التفصيل: رواه الصدوق في كتابه (٤) واختاره العلامة في أكثر كتبه (٥).

قال طاب ثراه: ولو وضعت توأماً بانّت على تردد.

أقول: إذا كانت المرأة حاملاً بما كثر من واحد، ووضعت واحداً، هل تبين به؟ لصدق الوضع في الجملة، لكن لا تنكح الا بوضع الاخير لا شغل 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 فصاعداً.

(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 يشئت من الحيض ص ٣٣٣ الحديث ١٠ قال: وروي ان المرأة اذا بلغت خمسين سنة لم تر حرمة الا ان تكون امرأة من قريش.

(٥) تقدم نقل مختاره من المختلف، وفي القواعد، كتاب الفراق، المقصد الرابع في العدة ص ٦٨ س ١٣ قال: اليائسة وهي من بلغت خمسين او ستين ان كانت قرشية او نبطية.

بالأول قال الشيخ في النهاية (١) وتبعه القاضي في كتابيه (٢) (٣) وابن حمزة (٤) وأبو علي (٥).

وبالثاني قال في الخلاف (٦) والمبسوط (٧) لقوله تعالى (واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن) وهذه ما وضعت، وبه قال ابن إدريس (٨) واختاره المصنف (٩) والعلامة (١٠).

وتظهر الفائدة في مسائل.

(أ) عدم جواز الرجعة فيما بين التوأمين على الاول، وجوازها على الثاني.

(١) النهاية: باب كيفية اقسام الطلاق ص ٥١٧ س ٨ قال: فان كانت حاملا باثنين، فانها تبين من الرجل عند وضعها الاول الخ.

(٢) و (٣) المذهب: ج ٢، باب العدد والاستبراء ص ٣١٦ س ٦ قال: فان كانت حاملا باثنين فوضعت احدهما فقد ملكت نفسها الخ.

(٤) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٦٧ س ١٩ قال: وابن البراج في كتابيه معا وافق ما اختاره الشيخ في النهاية، وقال ابن الجنيدي: الى قوله: وان كان ولدان كان انقضاء العدة بوضع احدهما الخ.

(٥) الوسيلة: فصل في بيان العدة واحكامها ص ٣٢٥ س ٥ قال: الرجل اذا طلق امرأته حاملاً الى قوله: بانته منه بوضع الاول الخ.

(٦) كتاب الخلاف، كتاب العدة، مسألة ٨ قال: اذا طلقها وهي حامل الى قوله: فان عدتها لا تنقضي حتى تضع الثاني منها الخ.

(٧) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٦٧ س ١٨ قال: وفي المبسوط: لا تنقضي عدتها حتى تضع الثاني منها اجماعاً الا عكرمة فانه قال تنقضي بوضع الاول، ولم اظفر في المبسوط على هذه العبارة.

(٨) السرائر: كتاب الطلاق، ص ٣٢٨ س ١٣ قال: فان كانت حاملاً باثنين فانها لا تبين من الرجل الا بعد وضع الاخير منها الخ.

(٩) الشرائع، في الحامل قال: والاشبه انها لا تبين الا بوضع الجميع.

(١٠) القواعد: الفصل الثالث في عدة الحامل ص ٦٩ س ٢٣ قال والاقرب تعلق البيئونة بوضع

الجميع.

(الخامس) في عدة الوفاة: تعتد الحرة بأربعة اشهر وعشرة أيام إذا كانت حائلاً، صغيرة كانت او كبيرة، دخل بها او لم يدخل، وبابعد الاجلين ان كانت حاملاً. ويلزمها الحداد وهو ترك الزينة دون المطلقة، ولا حداد على امة.

(السادس) في المفقود: لا خيار لزوجته ان عرف خبره، او كان له ولي ينفق عليها، ثم ان فقد الامران، ورفعت امرها إلى الحاكم أجلها اربع سنين، فان وجدته 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: اظهرهما انه لا سبيل له عليها.

(ب) عدم وجوب الاتفاق 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 (وَحَلَّ خ ل) النذر واليمين، ووجوب استثنائه 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) (٢) واختاره

(١) النهاية: باب العدد واحكامها ص ٥٣٨ س ١٥ قال: فان جاء زوجها كان املك بها، الى 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 اولى 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) (٩) والقاضي (١٠) وابن إدريس (١١) القول

- (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: وإن جاء زوجها وهي في العدة، أو قد قضتها ولم تتزوج كان أملك بها من غير نكاح إلى آخره.
فعل هذا الظاهر عدم الفرق بين مختاره ومختار النهاية.
(٣) المراسم ذكر ما يلزم المرأة ص ١٦٥ س ١٥ قال: وإن جاء وقد خرجت العدة فلا سبيل له عليها.
(٤) السرائر: باب العدد ص ٣٤٠ س ٥ قال: وقال آخرون: هي أملك بنفسها، إلى قوله: وهذا الذي يقوى في نفسي الخ.
(٥) المبسوط: ج ٥، فصل في امرأة المفقود وعدتها ص ٢٧٨ س ١٤ قال: وإن خرجت من العدة، فقد ملكت نفسها الخ.
(٦) لاحظ عبارة النافع.
(٧) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤١ س ٢٢ قال: وإن رجع بعد انقضائها لم يكن له عليها سبيل، وهو المعتمد.
(٨) المقنعة: باب عدد النساء ص ٨٣ س ٢١ قال: وإن لم تعلم له خبر اعتدت عدة المتوفى عنها زوجها، وتزوجت إن شاءت.
(٩) النهاية: باب العدد وأحكامها ص ٥٣٨ س ١٤ قال: اعتدت من الزوج عدة المتوفى عنها زوجها ثم لتزوج آه.
(١٠) المهذب: ج ٢ باب المفقود وعدة زوجته ص ٣٣٨ س ٥ قال: فرق الحاكم بينهما فاعتدت عدة الوفاة.
(١١) السرائر: باب العدد ص ٣٤٠ س ٣ قال: أمرها الإمام بالاعتداد عنه أربعة أشهر وعشرة أيام عدة المتوفى عنها زوجها.

بالاعتداد بعد مدة البحث، بعدة الوفات، 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 بُريد بن معاوية العجلي قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المفقود، كيف يُصنع بإمرأته؟ قال: ما سكنت عنه وصبرت يخلّى عنها، فان هي رفعت أمرها إلى الوالي أجّلها اربع سنين ثم يكتب الى الصقع الذي فقد فيه، فليسأل عنه، فان خبر عنه بحياة صبرت، وان لم يخبر عنه بشيء حتى تمضي الاربع سنين، دعى ولي الزوج المفقود فقيل 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 الجنييد الى قوله: والا (أي وان لم ينفق) امره السلطان بان يطلق فان طلق وقع طلاقه مرقع 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. الى 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.

(السابع) في عدد الاماء والاستبراء.

عدة الامة في الطلاق مع الدخول قرآن، وهما طهران على الاشهر. ولو كانت مسترابة فخمسة واربعون يوماً، 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 بائناً اتمت عدة الأمة. وعدة الذمية كالحرة في الطلاق والوفاء على الاشبه، وتعتد الأمة من الوفاة

فعل فلا سبيل لها الى 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، فبداله ان يراجعها، فهي امرأته، وهي عنده على تطليقتين، فان انقضت العدة قبل ان يحجى او يراجع فقد حلت للازواج، ولا سبيل للاول عليها (١) وهو المعتمد.

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم اسلامی

فرع

لو أنفق الولي من ماله ثم تبين الموت سابقاً على ذلك باوقات متطاولة، لم يكن للوارث الرجوع بما أنفقت بعد الوفات، لانها محبوسة لاجله، ولوجوب ذلك شرعاً. 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 كالحرة في الطلاق والوفاء على الاشبه.

أقول: المشهور ان عدة الامة في الوفاة شهران وخمسة ايام.

(١) الكافي: ج ٦ باب المفقود ص ١٤٧ الحديث ٢.

لصحيحتي الحلبي ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: الأمة اذا توفى عنها زوجها فعديتها شهران وخمسة ايام (١) وهو مذهب المفيد (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤).

وقال الصدوق (٥) وابن ادریس (٦) عدتها كالحرة، 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 كالامة في هذه العدة كالقسمة، او كالحرة المسلمة؟

المشهور انها كذلك، عملا بعموم الآية، والاحاديث، خرجت الامة بصريح الروايات الصريحة فيبقى الباقي على عمومته.

(١) الاستبصار: ج ٣ (٢٠١) باب عدة الامة المتوفى عنها زوجها ص ٣٤٧ الحديث ٣ و٤.

(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 الامة ص ٧٣ س ٤ قال: وفي الوفاة شهران وخمسة ايام.

(٥) المنقح باب الطلاق ص ١٢١ س ٤ قال: وعدة الامة اذا توفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشرا.

(٦) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ٢٥ قال: فاما عدة الامة المتوفى عنها زوجها الى قوله: فاربعة اشهر وعشرة ايام على الصحيح من المذهب.

(٧) التبيان: ج ٢ ص ٢٦٢ س ٢ في تفسيره لآية ٢٣٤ من سورة البقرة قال: وعدة كل متوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشرا حرة كانت أو امة.

(٨) الاستبصار: ج ٣ (٢٠١) باب عدة الأمة المتوفى عنها زوجها ص ٣٤٧ الحديث ٧.

بشهرين وخمسة ايام، ولو كانت حاملا اعتدت مع ذلك بالوضع. وام
الولد تعتد من وفاة الزوج كالخرة. ولو طلقها 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، تغلبا لجانب
الحرية. ولو وطى المولى امته ثم اعتقها، اعتدت بثلاثة اقراء. ولو كانت
زوجة الحرامه فابتاعها، بطل نكاحه، وله وطؤها من غير استبراء.

(تتمة)

لا يجوز لمن طلق رجعيا ان يخرج الزوجة من بيته الا ان تأتي

ونقل المصنف (١) والعلامة (٢) عن بعض الاصحاب انها كالأمة.
وهو في رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن نصرانية كانت
تحت نصراني فطلقها، فهل عليها عدة مثل عدة المسلمة؟ فقال: لا، إلى قوله: قلت:
فما عدتها إن أراد المسلم أن يتزوجها؟ قال: عدتها عدة الأمة، حيضتان، أو خمسة
وأربعون يوماً (٣).

وكذا في الحداد: المشهور أنها كالخرة.

قال طاب ثراه: وأم الولد تعتد من وفاة الزوج كالخرة.
أقول: يريد أن السيد إذا زوج أمته ولها منه ولد، فعندتها في الطلاق والوفاة عدة

(١) الشرايع: في عدة الاماء والاستبراء، قال: وعدة النعمة الى قوله: وفي رواية تعتد عدة الامة،

وهي شاذة.

(٢) القواعد: الفصل السادس في عدة الامة والاستبراء ص ٧٣ س ٥ قال: والنعمة كالخرة في

الطلاق والوفاة، وقيل: كالامة.

(٣) الكافي: ج ٦ باب طلاق اهل النعمة 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 تبست كل واحد

الحر، لأن لها تشبهاً بالحرية كالمكاتبة وإن كانت مشروطة، تغليباً لجانب الحرية، وأخذاً بالأحوط.

وكذا لو مات السيد عن أم الولد الموطوعة، فإنها تعتد كالحرّة، قاله التقي (١) وهو ظاهر ابن حمزة (٢) وقال ابن إدريس: لأعدة عليها من مولاها، لأنها ليست زوجة، والأصل براءة الذمة من وجوب العدة، بل يكون عليها الإستبراء، لأنها ليست زوجة، بل باقية على الملك والعبودية الى حين وفاته (٣)، وجنح اليه العلامة في المختلف (٤) والمعتمد الاول.

لموثقة إسحاق بن عمار قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الأمة يموت سيدها؟ قال: تعتد عدة المتوفى عنها زوجها (٥) وحملها العلامة في المختلف على ما إذا أعتقها (٦).

قال طاب ثراه: وقيل: ان 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 لعدة عليها في موت مولاها الخ.

(٤) و (٥) المختلف: الفصل السادس في العدد، ص ٦٠ س ١٥ قال: ولا بأس بقول ابن إدريس، إلى ان قال بعد نقل الحديث: والجواب الحمل على ما إذا أعتقها.

(٦) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء ص ١٥٥ قطعة من حديث ١٣٨.

منها حيث شئت 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 الزوج، فنسبها اليهن لاستحقاقهن سكنها. دون البائن، للأصل، ولأن الله سبحانه عقب الاسكان حيث اوجبه بقوله (لعل الله يحدث بعد ذلك امراً) (٣) يعنى الرجعة، ولا رجعة في البائن. ولانه صلى الله عليه وآله لم يجعل لفاطمة بنت قيس لما تبها زوجها نفقة ولا سكنى، 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 الى رسول الله صلى الله عليه وآله) وسلم 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 تبذوه المرأة على اهل الرجل، فاذا بذت عليهم بلسانها الخ.

(٦) كتاب الخلاف: كتاب العدة، مسألة ٢٣ قال: الفاحشة التي تحل اخراج المطلقة من بيت زوجها الى 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 محمد بن علي بن جعفر قال: سأل المامون الرضا عليه السلام عن قول الله عز وجل (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الاياتين بفاحشة مبنية) قال: يعني ان تؤذى اهل زوجها (١).

وعن ابن مسعود ان تزني، فيخرج وتحدثم ترد الى موضعها (٢).

وهو اختيار المفيد (٣) والشيخ في النهاية (٤) وابن ادريس (٥).

وقيل: يجوز اخراجها باي الامر من المذكورين 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 الى 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 ما يجب عليها الحد، فاذا فعلت ذلك اخرجت واقم عليها الحد الخ.

(٥) السرائر: باب العدد، ص ٣٤٠ س ١٣ قال: ولا يجوز له اخراجها منه الا ان تؤذى أهله، أو تأتي فيه بما يوجب الحد فيخرجها لاقامته الخ.

(٦) الكافي: فصل في العدة واحكامها ص ٣١٢ س ١٣ قال: ولا يخرجها الا ان تؤذيه، أو تأتي 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 تأتي بفاحشة الى 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 الى قوله: وتستطيل عليهم بلسانها.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

کتاب الخلع والمباراة

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

« كتاب الخلع والمباراة »

(مقدمة):

الخلع بفتح الخاء نزع الثوب، وبضمها ازالة قيد النكاح بفدية لازمة لماهيته، مع كراهتها الزوج دونه، بلفظ خلعت. فالازالة كالجنس، ويشمل الازالة بالفسخ والطلاق، والبواقي كالفصول. وهي اربعة

الفدية، ويخرج بها الطلاق، ويقولنا (لازمة لماهيته) يخرج الطلاق بعوض، لانه ليس من لوازمة العوض بخلاف الخلع، وبـ (كراهتها دونه) يخرج المبرات فانها تترتب على كراهتها معاً، لانها مفاعلة من التباري، وهو من الطرفين، فتبريه وتبعده بما تبذل له، وتبرها وتبعدها بابانتها، ويقولنا (بلفظ خلعت) يخرج عنه مالووقع الطلاق بعوض مع كراهتها، فانه لايسمى خلعاً.

وانما سمي خلعاً؟ 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 منها لمفارقة الاخر ينزع لباسه. وسمى الخلع اقتداءً؟ لان المرأة تفتدي نفسها من زوجها بما تبذله.

ويدل على مشروعية الكتاب والسنة والاجماع.

أما الكتاب فقولہ تعالیٰ: (فان خفتم الايقيا حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) (١) قَرَفُ الْجَنَاحِ فِي 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 عبدالرحمان ان حبيبة بنت سهل الانصارية اخبرتها انها كانت تحت ثابت بن قيس الشماس، وان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خرج إلى الصبح، فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس (٢) فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: 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 صلى الله عليه وآله وسلم: هذه حبيبة بنت سهل، وذكرت ماشاء الله ان تذكر وقالت حبيبة: يا رسول الله كل ما اعطاني عندي، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لثابت بن قيس: خذ منها، فاخذ منها، وجلست هي في اهلها (٣).

وبطريق آخر: ان حبيبة بنت سهل كانت تحت قيس بن ثابت، وكان يحبها وتكرهه وكان اصدقها حديقة بين يدي النبي صلى الله عليه وآله فقال لها النبي صلى الله عليه وآله وسلم: تعطيه حديقته التي اصدقك اياها؟ فقالت: وأزیده، فخلعها قيس على الحديقة، فلما تم الخلع قال لها النبي صلى الله عليه وآله وسلم: اعتدي، ثم التفت الى اصحابه وقال: هي واحدة (٤).

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) في الحديث: كان النبي صلى الله عليه وآله يغلس بال فجر 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 بمجردده؟ 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 بمجردده، لانه لم يامر بالطلاق.

(د) وجوب الاعتداد عنه.

(هـ) كونه طلاقاً بقوله (هي واحدة).

واما الاجماع: فاطبق المسلمون على جوازه، وان اختلفوا في مسائله.

قال طاب ثراه: وهل تقع بمجردده؟ قال علم الهدى: نعم، وقال الشيخ: لا حتى

تتبع بالطلاق.

أقول: قال المرتضى: تقع بمجردده من غير احتياج الى ان يتبع بالطلاق (١) وهو

مذهب أبي علي (٢) وظاهر الحسن (٣) والصدوق (٤) والمفيد (٥) وتلميذه (٦) وابن

(١) الناصريات: في الجوامع الفقهية، ص ٢١٤، المسألة ١٦٥ قال: الخلع فرقة بائنة، وليست كل فرقة طلاقاً كفرقة الردة واللعان: عندنا ان الخلع إذا تجرد عن لفظ الطلاق بانتهى به المرأة وجرى مجرى الطلاق.

(٢) و (٣) المختلف: القول في احكام الخلع ص ٤٣ س ١٢ قال: مسألة الى قوله: قال ابن الجنييد بالأول، (أي يقع بمجردده) وليس عليه ان يقول لها: قد طلقتك، وهو الظاهر من كلام ابن عقيل الخ.

(٤) المقنع: باب الطلاق ص ١١٧ س ٣ قال: واما الخلع الى قوله: وقد بانتهى منه، وقوله: وكان الخلع له تطليقة واحدة.

(٥) المقنعة: ص ٨١ باب الخلع والمبارات س ٣٤ قال: قال لها: قد خلعتك على كذا وكذا الى قوله: فاذا قال لها ذلك فقد بانتهى منه.

(٦) المراسم: ص ١٦٢ س ٩ قال: فاذا اجابته الى ذلك قال لها: قد خلعتك على كذا وكذا الخ.

جمزة (١) والعلامة في المختلف (٢) وفخر المحققين (٣) وهو ظاهر المصنف (٤) .
 وقال الشيخ: لاحتى 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 رثاب (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 ايضاً 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 جائزاً الخ.
- (٨) الكافي: الطلاق، واما الخلع ص ٣٠٧ س ١١ قال: فاذا اراد خلعها 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 طلاقاً عند المرتضى وفسخا عند الشيخ لو قال بوقوعه مجرداً.

وما صح ان يكون مهرأصح فدية في الخلع، ولا تقدير فيه، بل يجوز ان يأخذ منها زائداً عما وصل اليها منه ولا بد من تعيين الفدية وصفاً او اشاره.

اما الشرائط: فيعتبر في الخالع البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد.

منها صحيحة محمد 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 ما لم 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) وهونص بالباب.

وبان النبي صلى الله عليه وآله لم يأمر ثابت بن قيس بالتلفظ بالطلاق. احتج الاخرون بما رواه موسى بن بكر عن أبي الحسن الأول عليه السلام قال: المختلعة تتبعها الطلاق مادامت في عدتها (٢) وبان الاصل بقاء الزوجية فلا تزول الا بالسبب المتيقن، وليس حاصلًا مع التجرد.

قال طاب ثراه: ولو تجرد كان طلاقاً عند المرتضى، وفسخا عند الشيخ لو قال بوقوعه مجرداً.

(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 حاضراً، وكان مثلها تحيض، وان يكون الكراهية منها خاصة صريحاً. ولا يجب لو قالت: لأدخلنَّ عليك من تكره، بل يستحب. ويصح خلع الحامل مع الدم لوقيل انها تحيض. ويعتبر في العقد حضور الشاهدين عدلين ونجريدته عن الشرط، ولا بأس بشرط يقتضيه العقد، كما لو شرط الرجوع ان رجعت.

واما اللواحق فسائل.

- (الاولى) لو خالعه والاخلق ملتزمة لم يصح ولم يملك الفدية.
- (الثانية) لارجعة للخالع، نعم لو رجعت في البذل رجع ان شاء. ويشترط رجوعها في العدة ثم لارجوع بعدها.
- (الثالثة) لو اراد مراجعتها ولم ترجع في البذل افتقر الى 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 طلاقاً أو فسخاً؟ المرتضى (١) وابن الجنيّد (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 الجنيّد أيضاً، الى قوله: والمعتمد ما ذهب إليه السيد.

(٤) الايضاح: ج ٣، الباب الثاني في الخلع ص ٣٧٦ س ١٤ قال: والاقرّب عندي اختيار المرتضى.

(أ) ان النبي صلى الله عليه وآله لم يأمر ثابتاً بلفظ الطلاق حين خالغ زوجته حبسية بين يديه، وقال لها: اعتدي، ثم التفت الى اصحابه 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، ولأؤذن 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 بائنة 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 امرأ، ولا اغتسل لك من جنابة، ولأؤذن فراشك، ولأؤذن 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، فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ له ما أخذ منها وكانت عنده على تطليقتين باقيتين وكان الخلع تطليقة (١).

والشيخ على الثاني، قال: ولو قلنا بوقوعه مجرداً كان الأولى، لأنه فسخ (٢)، واحتج بوجوه:

(أ) أنه لو كان طلاقاً، لكان كناية في الطلاق، لا صريحاً، 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: (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) (٥) فذكر تطليقتين، والخلع وتطليقة بعده، فلو كان الخلع طلاقاً لكان أربعاً هذا محال.

(ج) أنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته، فكان فسخاً كسائر الفسوخ.

(د) اشتماله على مشابهة المعاوضة في استرداد كل من الزوجين عوضه، فإن الزوجة أرادت نفسها واستردت بضعها، واسترد الزوج مهره، فاشبه فسخ المعاوضة. وتظهر فائدة الخلاف في مسائل:

(أ) انتقاض عدد الطلاق به وافتقاره إلى المحلل على الأول دون الثاني.

(ب) صحته من ولي الطفل على الثاني دون الأول.

(ج) عدم الحنث به لو نذر أو حلف أن لا يطلق على الثاني خاصة.

(د) استحقاق اسم المطلقة للزوجة على الأول دون الثاني، فتدخل في الوقف

والنذر والصدقة على المطلقات.

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٥ الحديث ١.

(٢) كتاب الخلاف: كتاب الخلع، مسألة ٣ قال: ومن لم يعتبر من أصحابنا التلفظ بالطلاق، الأول

أن يقول: أنه فسخ وليس بطلاق، لأنه ليس على كونه طلاقاً دليل.

(٥) البقرة: ٢٣٠.

(٣) و(٤) البقرة: ٢٢٩.

والمباراة: هو ان يقول: بارأتك على كذا. وهي تترتب على كراهية الزوجين كل منهما صاحبه. ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الاكثر. والشرائط المعتمدة 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 ما وصل اليها منه فدادون، ولا يحل له ما زاد عنه.

قال طاب ثراه: ويشترط اتباعها (أي المباراة) بالطلاق على قول الاكثر. أقول: ادعى الشيخ الاجماع على افتقار المباراة الى 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 الى حران قال: سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول: ان المباراة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينها، لأن 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 العمل على ظاهرها، لان المبارات ليس يقع بها فرقة من غير طلاق، وانما تؤثر في ضرب من الطلاق في ان يقع

(١) المبسوط: ج ٤ كتاب الخلع ص ٣٧٣ س ٣ قال: فرق 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.

بائنا لا يملك معه الرجعة، وهو مذهب جميع فقهاء اصحابنا المتقدمين منهم والمتأخرين لانعلم خلافا بينهم في ذلك. والوجه في هذه الاخبار ان نعملها على التقية، لانها موافقة لمذهب العامة ولستنا نعمل به (١) هذا اخر كلامه رحمه الله.

والخاص: ان الخلع والمباراة يجتمعان في امور ويفترقان في امور، فلهذا شملها كتاب واحد، لان منشأهما حصول المنافاة بين الزوجين وعدم الثام الاحوال، فالموافقة في امور:

(أ) حصول البينونة في عدة كل منها.

(ب) حصول العوض فيها.

(ج) حصول المنافاة في الجملة.

والمفارقة في أمور:

(أ) ترتب الخلع على كراهتها خاصة، وفي المباراة على كراهتها.

(ب) تحريم اخذ الزيادة في المباراة عما وصل اليها منه وجوازه في الخلع.

(ج) افتقار البينونة في المباراة الى 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: 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 اكثر مما اعطاها.

وابن ادريس (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣) لقوله تعالى (فلا جناح عليهما في ما افتدت 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 فادونه (٥). وللاصل، ومنعناه في الزائد؟ للاشتراك في الكراهة.

وقال الصدوقان: وله ان يأخذ دون الصداق وليس له ان يأخذ الكل (٦) وبه قال ابن حمزة (٧) وهو ظاهر الحسن (٨) والنهاية (٩).

احتجوا بحسنة زرارة 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) الشرايع: 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: وهو 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 المبارات الى 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.

ماشئت وماتراضيا عليه من صداق او اكثر، وانما صارت المباراة يؤخذ منها دون المهر والمختلعة يؤخذ منها ماشاء؟ لان المختلعة تتعدى في الكلام وتتكلم بما لا يحل لها (١) .

وهي مرسلة ولا دلالة فيها، لان تسويغ اخذ الناقص لا يمنع المساواة.



کتاب الظهار

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب الظهار

(مقدمة)

الظهار شرعاً تشبيه الزوج المكلف منكوحته- ولو مطلقة رجعية في العدة- بظهر أمه.

وقيل: تشبيه من يملك نكاحها بعقد دائم بظهر محرمة عليه ابداً، بنسب أو رضاع أو مصاهرة.

وانما سمي ظهاراً؟ اشتقاقاً من الظهر. وخصّ بالظهر دون البطن والفخذ والفرج وغيرها من الاعضاء؟ لأن كل بهيمة تركب فانما تركب ظهرها، ولما كانت المرأة تركب وتغشى شُبَّهت بذلك، فاذا قال: أنت علي كظهر أمي، فعنائه: ركوبك علي محرم كركوب امي، فسمي ظهاراً اشتقاقاً من هذا. والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع.

أمّا الكتاب: فقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ - إِلَى قَوْلِهِ - فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً) (١) فذكر الله سبحانه الظهار في هذه الايات الثلاث.

ففي الاولى تحريمه وكونه منكراً.
وفي الثانية والثالثة الكفارة وتفصيلهما.

وأما السنة: فروت خولة بنت مالك بن ثعلبة، قالت: تظاهرمني زوجي أوس بن الصامت فاتيت النبي صلى الله عليه وآله فشكوت إليه ذلك، فجعل رسول الله يجادلني عن زوجي أوس ويقول: اتقى الله فإنه ابن عمك، فأبرحت حتى نزل قوله تعالى (قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ) (١) إلى آخر الآيات، فقال النبي صلى الله عليه وآله: يعتق رقبة، فقلت: لا يجد فقال: تصوم شهرين متتابعين، فقلت: إنه شيخ كبير مابه من صيام، فقال: تطعم ستين مسكيناً، فقلت: ماله شيء، فأتى بعرق (٢) من تمر، فقلت: أضرم إليه عرقاً آخر واتصدق به عنه، فقال: أحسنت، تصدق به على ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك (٣).

وروى سليمان بن بشار عن سلمة بن صخر قال: كنت رجلاً أصيب من النساء ما لا يصيب غيري، فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئاً يتابع (٤) بي حتى أصبح، فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان، فبينما هي تخدمني ذات ليلة اذ تكشف لي منها شيء، فلم البث أن نزوت عليها، فلما أصبحت خرجت إلى قومي فاخبرهم الخبر وقلت: امشوا معي إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قالوا: لا والله، فانطلقت إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فاخبرته، فقال: أنت بذاك يا سلمة؟ قلت: أنا بذاك يا رسول الله، مرتين، وأنا صابر لأمر الله فاحكم في ما أراك الله، قال: حرر رقبة، قلت والذي بعثك بالحق

(١) المجادلة: ١.

(٢) في حديث المظاهر: إنه أتى بعرق من تمر، هو زنبيل منسوج من نسايج الخوص (النهاية لغة عرق).

(٣) سنن أبي داود: ج ٢ ص ٢٦٦ الحديث ٢٢١٤.

(٤) أي يلزمي فلا استطيع الفكاك منه (هكذا في هامش السنن).

ما املك رقبة غيرها، وضربت صفيحة رقبتي، قال: فصم شهرين متتابعين، قال: وهل اصببت ما اصببت الا من الصيام؟ قال: فاطعم وسقا من تمرين ستين مسكينا، قلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحثين (١) مالنا طعام، قال: فانطلق الى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها اليك فاطعم ستين مسكينا وسقا من تمر، وكل انت وعيالك بقيتها، فرجعت الى قومي فقلت: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي، ووجدت عند النبي صلى الله عليه وآله وسلم السعة وحسن الرأي، وقد أمر لي بصدقتكم (٢).

ومن طريق الخاصة: روى الصدوق عن محمد بن أبي عمير، عن ابان وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يقال له: اوس بن الصامت، وكانت تحته امرأة يقال لها خولة بنت المنذر، فقال لها ذات يوم: انت على كظهرامي، ثم ندم من ساعته، وقال لها: ابنتها المرأة ما اظنك الا وقد حرمت علي، فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله ان زوجي قال لي: انت على كظهرامي، وكان هذا القول فيما مضى تحرم المرأة على زوجها، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله ابنتها المرأة ما اظنك الا حرمت عليه، فرفعت المرأة يدها الى السماء فقالت: اشكو الى الله فراق زوجي، فانزل الله عز وجل يا محمد (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله) الآيات (٣).
واما الاجماع: فن سائر المسلمين ثبوت الظهار حكما من احكام الشرع.

(١) وفيه (لقد بتنا وحثين 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 نسباً ورضاعاً. ولو قال: كشعرا مي 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، لانها قبيحان. وهنا فرعان:

(أ) هل يثبت فيه عقوبة في الاخرة؟ قيل: نعم، قضية لفعل المنكر، وقيل: لا لتعقيبها بالعفو فان الله سبحانه قال: (فانهم ليقولون منكرا من القول وزوراً وان الله ليعفو عنهم) (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: كشعرا مي 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 اذا شبه زوجته بضموم من اعضاء الام غير الظهر الى قوله: كان بجميع ذلك مظاهراً.

(٣) الوسيلة، فصل في بيان الظهار ص ٣٣٤ س ٥ قال: أو عضوم من اعضائها وسمى الخ.

(٤) المذهب: ج ٢، باب الظهار ص ٢٩٨ س ١٠ قال: فان شبه زوجته بضموم من اعضاء الام غير الظهر الى قوله كان بجميع ذلك مظاهراً.

وبعدمه قال المرتضى (١) والسيد ابن زهرة (٢) وابن إدريس (٣)، وهو ظاهر المفيد (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦) تمسكاً بإصالة الحل، وبأن الأسباب الشرعية إنما يستفاد من نص الشارع والذي وقع ودل الكتاب والسنة المتواترة عليه، أنت على كظهرامي.

وروى زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن الظهار؟ قال: هو من كل ذي محرم: أمّاً أو اختاً أو عمة أو خالة، ولا يكون إلا في يمين، قلت: وكيف هو؟ قال: يقول الرجل لامرأته، وهي طاهر من غير جماع: أنت على حرام مثل طهرامي أو اختي، وهو يريد بذلك الظهار (٧) فيقتصر عليه اخذاً بالمتيقن.

احتج الشيخ برواية السدير عن الصادق عليه السلام قال: قلت: الرجل يقول لامرأته: أنت على كشعرامي أو كفها أو بطنها أو كرجلها، قال: ما عني؟ إن أريد به الظهار، فهو الظهار (٨).

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم إمامي

(١) الانتصار: مسائل الظهار ص ١٤٢ س ١ قال: (مسألة) ومما انفردت به الإمامية إلى قوله: ولا يقوم مقامها تعلية بجزء من أجزاء الأم.

(٢) الغنية: (في الجوامع الفقيه) ص ٦١٣ س ١٠ قال: فصل في الظهار إلى أن قال: فلو علق ذلك بغير الظهر من رأس أو يد أو غيرهما لم يصح.

(٣) السرائر: باب الظهار والايلاء ص ٣٣٣ س ١١ قال: ومنها أن يكون متلفظاً بقوله: أنت على كظهرامي، إلى قوله: ولم يثبت ذلك في باقي الأعضاء.

(٤) المقنعة: باب حكم الظهار ص ٨٠ س ٣٤ قال: وإذا قال الرجل لامرأته إلى قوله: أنت على كظهرامي ثم 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: قال المرتضى.

(٧) الكافي: ج ٦ باب الظهار ص ١٥٣ الحديث ٣.

(٨) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ١٠ الحديث ٤.

وفي صحته مع الشرط روايتان، أشهرهما: الصحة. ولا يقع في يمين ولا اضرار ولا غضب ولا سكر ويعتبر في المظاهر البلوغ، وكمال العقل، والاختيار والقصد.

وفي المظاهرة طهر لم يجامعها فيه اذا كان زوجها حاضرا ومثلها تحيض.

وفي طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف (١).
قال طاب ثراه: وفي صحته مع الشرط روايتان، أشهرهما: الصحة.
أقول: لا شك ان الخلع والظهار قد شاركا الطلاق في اشتراط وقوع كل من الثلاثة في الطهر العاري عن الجماع، وسماع الشاهدين.
اما الخلع فلمشابهة الطلاق، او لكونه قسما من اقسامه على القول بوقوعه مجرداً.
واما الظهار فبالاجماع.
ولا يقع كل واحد من الطلاق والخلع معلقاً على الشرط اجماعاً.
وهل حكم الظهار كذلك؟ او يجوز وقوعه معلقاً 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 الطهارة ص ١٥٠ س ١٦ قال: الظهار يقع عاجلاً وآجلاً، الى أن قال: والاجل ان يقول: اذا دخلت الدار الخ.

(٣) كتاب الخلاف: كتاب الطهارة، مسألة ٢٠ قال: الظهار على ضربين الى أن قال: والاخران يكون مشروطاً بالخ.

(٤) النهاية: باب الطهارة والايلاء ص ٥٢٥ س ٢ قال: ثم انه ينقسم قسمين الى 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 امي ان فعل كذا وكذا الى

حمزة (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣).

(ب) عدمه قاله السيّد في الانتصار (٤) والقاضي (٥) وسلاّر (٦) وابن زهرة (٧) وهو ظاهر أبي علي (٨).

احتج الاولون: بعموم الآية (٩).

وبصحيحة حريز عن الصادق عليه السلام قال: الظهار ظهران: فاحدهما ان يقول: انت علي كظهرامي، ثم يسكت، فذلك الذي يكفر قبل ان يواقع، فاذا قال: انت علي كظهرامي 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

ان قال: فليس عليه شيء حتى يفعل ذلك لشيء.

(١) الوسيلة، فصل في بيان الظهار ص ٣٣٤ س ٨ قال: واذا ظاهر مشروطاً بحرم الوطء بوقوع الشرط.
(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف: في احكام الظهار ص ٤٧ قال: (مسألة) سوغ الشيخ وقوع الظهار مع الشرط الى 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) المهذب: ج ٢ باب الظهار ص ٢٩٨ س ٤ قال: وكذلك لا يقع صحيحا اذا كان مشروطاً.

(٦) المراسم، الظهار ص ١٦٠ س ٩ قال: والشروط فيه تبطله كالطلاق.

(٧) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦١٣ فصل في الظهار ص ١٣ قال: ومنها ان يكون خالياً من

الاشتراط، فلو قال: انت كظهرامي ان كان كذا لم يصح وان حصل الشرط.

(٨) المختلف: في احكام الظهار ص ٤٧ س ٣١ قال: وهو الظاهر من كلام ابن الجنيّد.

(٩) المجادلة: ٣.

(١٠) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ١٢ الحديث ١٤.

كظهرامي ان فعلت كذا وكذا، فقال: لاشيء عليك ولا تعد (١).
وفي الطريق أبي سعيد الادمي، وفيه ضعف (٢).
والفرق بين اليمين والشرط مع اتحاد صورتها: ان اليمين المقصود فيها الكف
وزجر النفس، والالزام، وبالتزام مخطور على تقدير المخالفة، والمقصود في الشرط:
التعليق بالمشروط ووقوعه عند وقوع شرطه.

فرع

على القول بوقوعه معلقاً على الشرط، هل يقع معلقاً على الزمان المستقبل؟
ويسمى المعلق على الصفة، كقوله: انت علي كظهرامي اذا جاء رأس الشهر فيه
احتمالان.

عدم الوقوع لعدم النص عليه، والوقوع لاشتراكها 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.
ف قيل: هو اولى 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) مسند 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 اجلاً وعاجلاً الى قوله: واذا جاء رأس الشهر

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) (٣) الدخول، وهو ظاهر القاضي (٤) وأبي علي (٥) واختاره العلامة (٦).

ولم يشترطه المفيد (٧) وتلميذه (٨) وابن زهرة (٩) وابن اديس (١٠) ونقله عن المرتضى (١١) واختاره فخر المحققين (١٢).

احتج الاولون بصحيفة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما 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 ابو جعفر شرطاً، الى قوله: وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد، والمعتمد ما قاله الشيخ.

(٧) المقنعة باب حكم الظهار ص ٨١ س ٣ قال: وان قال لها قيل 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 مدخولاً 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 الى قوله وما اخترناه اختيار السيد المرتضى الخ.

(١٢) الايضاح: ج ٣ ص ٤٠٨ س ١١ قال: واحتجوا بعموم قوله تعالى الى 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 إيلاء ولا ظهار (١).

ومثلها رواية الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل مملك ظاهر من امرأته، قال: لا يلزمه، وقال: لا يكون ظهار ولا إيلاء حتى يدخل بها (٢).

احتج الآخرون بعموم قوله تعالى (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ) (٣) وهو عام. قال طاب ثراه: وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان، اشبههما الوقوع، وكذا الموطوءة بالملك والمروي أنها كالحرّة. أقول: هنا مسألتان.

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 أيضاً يقع بالمتمتع بها الخ.

(٥) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦١٣ س ١٤ قال: ومنها ان يكون موجهها ذلك الى معقود عليها

سواء كانت حرة اوامة دائماً نكاحها او مؤجلاً.

(٦) الكافي: فصل في الظهار ص ٣٠٣ س ٣ قال: حرة كانت اوامة غبطة او متعة.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

(٨) القواعد في الظهار ص ٨٤ س ٢٥ قال: وهل يشترط كون العقد دائماً؟ خلاف اقربه الوقوع

بالمتمتع بها.

(٩) المختلف: في احكام الظهار ص ٤٨ س ١١ قال: والوجه قول السيد المرتضى.

وقال الصدوق: وابو علي لا يقع (١) (٢) واختاره ابن إدريس (٣).
 واحتجوا بما رواه ابن فضال عن ابن خبزة عن الصادق عليه السلام قال: لا يكون
 الظهار الا على موضع الطلاق (٤).
 وهي مع ضعف سندها مرسلة.
 احتج الاولون بقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ) (٥) وهي من
 النساء، والا كانت حراماً لقوله: (فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ
 الْعَادُونَ) (٦).

(ب) الموطوعة بالملك هل يقع بها الظهار أم لا؟ بالوقوع قال في النهاية (٧)
 والمختلف (٨) وبه قال الحسن (٩) وابن حمزة (١٠) والمصنف (١١) واختاره العلامة (١٢).

- (١) الهداية: (١٢٢) باب الظهار ص ٢٢ قال: ولا يقع الظهار الا على موضع الطلاق.
- (٢) المختلف: في احكام الظهار ص ٤٨ س ٨ قال: (مسألة) قال الصدوق وابن الجنيد: لا يقع الظهار
 الا على موضع الطلاق.
- (٣) السرائر: باب الظهار والايلاء ص ٣٣٣ س ٢٠ قال: ومنها ان يكون ذلك موجها الى معقود
 عليها دائماً نكاحها.
- (٤) الاستبصار: ج ٣، ابواب الظهار ص ٢٦١ الحديث ١٣.
- (٥) المجادلة: ٣٠.
- (٦) المؤمنون: ٧ - المعارج: ٣١.
- (٧) النهاية باب الظهار والايلاء ص ٥٢٧ س ١٠ قال: والظهار يقع بالحرّة والامة سواء كانت الامة
 زوجة او موطوعة بملك يمين.
- (٨) المختلف في احكام الظهار ص ٤٨ س ٢٠ قال: والمعتمد الاول، أي قول الشيخ في النهاية.
- (٩) المختلف: في احكام الظهار ص ٤٨ س ١٨ قال: والاول (أي صحة ظهار الموطوعة بملك اليمين)
- (١٠) الوسيلة، فصل في بيان الظهار ص ٣٣٥ س ١٣ قال: والظهار يقع بأمر الولد الى قوله: وبالامة اذا
 كانت مزوجة.
- (١١) لاحظ عبارة النافع.
- (١٢) المختلف: في احكام الظهار ص ٤٨ س ٢٠ قال: والمعتمد الاول (أي صحة ظهار الموطوعة بملك اليمين).

وبعدمه قال الصدوق (١) وبه قال المفيد (٢) وتلميذه (٣) والتقي (٤) والقاضي (٥) وابن ادريس (٦) ونقله عن المرتضى (٧).
 إحتج الأولون بوجوه.
 (أ) انها من النساء، لتحريم أمها اجماعاً قال تعالى (وَأُمَّهَاتُ نِسَاءكُمْ) (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 أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الظهار على الحرّة والامة، فقال: نعم (١١).
 احتج الآخرون بوجهين.
 (أ) أصالة بقاء الحل.

(١) الهداية (١٢٢) باب الظهار ص ٧١ س ٢٢ قال: ولا يقع الظهار الا على موضع الطلاق.
 (٢) المقنعة باب حكم الظهار ص ٨١ س ٤ قال: وإن كانت الامة ملك يمينه لم يقع به.
 (٣) الراسم، الظهار ص ١٦٠ س ٨ قال: وإن 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: فإن 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 الى 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 لوجوبها.

(ب) رواية حمزة بن حمران قال: سألت ابا عبد الله 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 لوجوبها.

أقول: كفارة الظهار يجب عند العود اجماعاً، لقوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا) (٣) والعود هو ارادة الوطء. وهل يستقر بنفس الارادة، أولاً؟ بل معنى الوجوب يحرم الوطء 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 الوطء ثم مات قبله، وجبت الكفارة على الاول، ولا يجب على الثاني.

(١) الاستبصار: ج ٣ (١٦١) باب ان الظهار يقع بالخرة 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 ما قاله الشيخ في ذيل الحديث ايضاً. (٣) المجادلة: ٣.

(٤) الجامع للشرائع.

(٥) التحرير: ج ٢ ص ٦٢ الفصل الثاني في احكامه س ٦ قال: فتي اراد الوطء وجبت عليه الكفارة، وهل لها استقرار الخ.

(الثانية) 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) لو لا عن يميني 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 الأخذ 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 الى النكاح بعقد مستأنف، او كانت العدة بائنة فاستأنف نكاحها بعقد، هل يجب الكفارة فيه؛ للأصحاب ثلاثة أقوال.

(أ) السقوط، قاله الشيخ (١) وابن زهرة (٢) قال: وفي اصحابنا من قال: لا يجوز له 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.
(٢)

غير فصل، وكذا قال ابن ادريس جزماً وحكاية (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣)، وهو ظاهر الصدوقين (٤) (٥) والمفيد (٦) والقاضي (٧) لانهم قالوا: فان طلقها سقطت الكفارة، فان راجعها وحبت عليه، فان نكحت زوجاً غيره وطلقها الزوج فقضت العدة وعادت الى زوجها الاول بنكاح مستقبل حلت له ولا يلزمه كفارة.

والظاهر انهم لم يقصدوا اشتراط التزويج في سقوط الكفارة، بل خروج العدة، مع احتماله.

(ب) سقوط الكفارة ان كان بتجديد العقد بعد العدة وان كان في العدة لكون الطلاق باننا، لم يسقط، قاله ابن حمزة (٨).

(١) السرائر: باب الظهار والايلاء ص ٣٣٤ س ٩ قال: وان خرجت من العدة واستأنف العقد عليها جازله 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 الى 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) المقتنعة باب حكم الظهار ص ٨٠ س ٣٧ قال: فان نكحت زوجاً غيره الى قوله: حلت له ولم تلزمه كفارة ما كان منه في الظهار.

(٧) المهذب: ج ٢ باب الظهار ص ٣٠٠ س ١٠ قال: فان خرجت من عدتها وعقد عليها بعد ذلك عقد اجد يدا لم يلزمه كفارة.

(٨) الوسيلة فصل في بيان الظهار ص ٣٣٥ س ٦ قال: وان خرجت من العدة الى قوله: لم يلزم، وان ظاهر ثم طلق باننا 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) وسلار (٢) وقال الحسن: فان طلق المظاهر امرأته، او اخرج جاريته عن ملكه فليس عليه كفارة الظهار الا ان يرجع امرأته ويرد مملوكته الى ملكه بشراء او غير ذلك، فانه اذا كان ذلك لم يقربها حتى يكفر كفارة الظهار (٣).

احتج الاولون بوجوه:

(أ) اصالة البرائة.

(ب) صيرورته اجنبيا بالطلاق، فيخرج عن العدة.

(ج) انها على حذو النكاح الاول، وقد زال فيزول مافيه، كالايلاء.

(د) ان استباحه الفرج ليست مستندة إلى العقد الاول الذي لحقه الظهار، بل

الى 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) مارواه يزيد الكناسي قال: سألت ابا جعفر عليه السلام، إلى ان قال: فان

راجعها وجب عليه ما يجب 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

الى قوله: لم يحل عليه وطؤها.

(٢) المراسم، الظهار ص ١٦٠ س ٥ قال: فان طلقها ونكحت زوجا غيره الى 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

الى 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 للظهار 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 بأصالة البراءة. والخبر حملة الشيخ على التقية، لكونه مذهب جماعة من العامة (٥) (٦) قال العلامة: وليس بعيداً من الصواب حمل النكاح الثاني على الفاسد لأنه عقب تزويجها بعد طلاقها بشهر أو شهرين، فيكون قد وقع في العدة، فيكون باطلاً. قلت: وما أحسن هذا التأويل.

(١) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ١٦ قطعة من حديث ٢٦.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٧١) باب الظهار ص ٣٤٢ قطعة من حديث ٦.

(٣) المجادلعة: 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 عطاء والحسن والزهري الخ.

(الثالثة) لو ظاهر من اربع بلفظ واحد لزمه اربع كفارات. وفي رواية كفارة واحدة، وكذا البحث لو كرر ظهار الواحدة.

اما أولاً فليكون التزويج معقبا بالنساء، وهي تقتضي الفورية، وذلك يقتضي عدم الخروج من العدة.

واما ثانياً فلان حكاية الحديث تشعر به، حيث قال: فراجعها الاول ولم يقل يزوجها 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: اتن على كظهرامى كان كما لو ظاهر من كل واحدة بانفرادها على المشهور من فتاوى علمائنا، قاله الشيخان (٢) (٣) والتقي (٤) والقاضي (٥) وابن اديس (٦). 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) المقنعة: 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 حرم، ولزمته للفرم 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 عامداً لزمه كفارتان، ولو كرّر لزمه بكل وطء كفارة.

واحدة (١) وجعله القاضي رواية (٢) والمعتمد الاول واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤) لوجوه.

(أ) ان كل واحدة منهن قد تعلق بها حكم الظهار من التحريم، والترافع لو رافعته دون الباقيات، فيتعلق به الكفارة، لوجود السبب التام.

(ب) حسنة حفص البختري 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 ابراهيم عن الصادق 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 الجنيد: 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 تكرار ظهار الواحدة، وفيه ثلاثة أقوال.

(الاول) تعدد الكفارة بتعدد المرات مطلقاً، أي سواء كان الثاني متراخياً عن الأول أولاً، وسواء كان المشبه بها في الثاني مخالفةً للأول أولاً، وهو اطلاق الحسن (١) والشيخ في النهاية (٢) واختاره العلامة (٣) لوجوه.

(أ) ان كل ظهار سبب مستقل بوجوب التكفير لعموم الآية.

(ب) ان تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية، واحكام الظهار معلقة على حصوله فيكون علة، وهو موجود في كل مرة مرة.

(ج) صحيحة محمد بن سلم عن احدهما عليهما 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، لانها 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 رجلاً تكلم بلفظ الظهار مرتين او ثلاثاً الى قوله: كان عليه لكل مرة كفارة، الى قوله: وهو المعتمد.

(٣) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٦ س ٦ قال: ومتى ظاهر الرجل من امرأته مرة بعد اخرى كان عليه بعد 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 النخ.

(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.

وبصححة 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 عدا 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 آخر 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 يحل: اما 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 الا كفارة واحدة بخلاف الى 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 عمله 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 يواقع، وهو بعيد، ويقرب إذا كان الوطء هو الشرط.

ويظهر من فخر المحققين دعوى الاجماع على عدم التكرير مع قصد التأكيد (١)، فيعود الخلاف الى قولين.

قال طاب ثراه: ولو علقه بشرط لم يحرم حتى يحصل الشرط، وقال بعض الاصحاب: او يواقع، وهو بعيد، ويقرب اذا كان الشرط هو الوطء. اقول: هنا مسألتان:

(الاولى) اذا كان الظهار معلقا على شرط، لم يتحقق الظهار الا عند حصول شرطه، قضية للتعلق.

وقال الشيخ في النهاية: او يواقع فتى 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 لا خلاف فيه.

(٢) النهاية: باب الظهار والايلاء، ص ٥٢٥ س ٧ قال: والضرب الثاني الى قوله: فتى واقعها كانت عليه كفارة.

(٣) الشرائع، الرابع في الاحكام، السابعة، قال: ولو كان الوطء هو الشرط الى قوله: وقيل: تجب بنفس الوطء، وهو بعيد، ولاحظ عبارة النافع أيضاً.

(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 يفيء 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 وطئتك، وقع الظهار بعد الشرط، وهل تجب الكفارة بهذا الوطى؟ قال الشيخ: نعم، بناء على ان الاستمرار وطي ثان (٢) وضعفه العلامة لان الوطى من ابتداءه الى النزاع عرفا واحداً، 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: للأصحاب هنا ستة اقوال:

(أ) تحريم الوطء 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 أيضاً 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) وابو علي (٢).

(ب) تحريم الوطى حتى يكفر بما يقدر عليه: من المعتق، والصيام، او اطعام ستين مسكينا، فان لم يجد تصدق بما يطبق قاله الصدوقان (٣) (٤).

(ج) تحريم الوطى حتى يكفر بما يقدر عليه من الخصال الثلاث، فان عجز صام ثمانية عشر يوماً، 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 يوماً، ومع عجزه عنها يطعم كل مسكين عن كل يوم مدين من طعام، فان عجز استغفر الله، قاله ابن حمزة (٩).

(١) المقنعة: باب حكم الظهار ص ٨٠ س ٣٦ قال: ولم يجز له ان يطأ زوجته حتى يؤدي الواجب عليه في ذلك.

(٢) المختلف: في احكام الظهار ص ٥١ س ٥ قال بعد نقل قول المفيد: وهو اختيار ابن الجنيد.

(٣) المختلف: في احكام الظهار ص ٥١ س ٥ قال: وقال ابن بابويه في رسالته الى قوله: فان لم يجد تصدق بما يطبق.

(٤) الهداية (١٢٢) باب الظهار ص ٧١ س ٢٠ قال: فمن لم يقدر يتصدق بما يطبق.

(٥) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٧ س ٤ قال: ومتى عجز عن اطعام ستين مسكيناً صام ثمانية عشر يوماً الى قوله: يحرم عليه وطؤها الى ان يكفر.

(٦) المهذب: ج ٢ باب الظهار ص ٣٠٠ س ٦ قال: واذا عجز عن الاطعام صام ثمانية عشر يوماً الى قوله: لم يجز له وطء زوجته الخ.

(٧) لم نثر عليه في المقنع، وفي الهداية (١٢٢) باب الظهار ص ٧١ س ٢٠ قال: وقد روى أنه يصوم ثمانية عشر يوماً.

(٨) تقدم آنفاً.

(٩) الوسيلة: كتاب الكفارات ص ٣٥٤ س ١ قال: واذا عجز عن فرضه الى قبله: 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 الى الاستغفار، ويحل الوطء ولا شيء عليه لو قدر بعد ذلك قاله ابن ادريس (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤) لوجهه.
(أ) اصاله البراءة.

(ب) اصاله اباحة الوطى.

(ج) كون ايجاب الكفارة تكليفا بغير مقدور، فيكون مرفوعاً 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 السبيل الى ما يكفر به يوماً من الايام فليكفر، وان تصدق بكفه او اطعم نفسه وعياله فانه يجزيه اذا كان محتاجاً، وان لم يجد ذلك فليستغفر الله ربه وينوي ان لا يعود، فحسبه بذلك والله كفارة (هـ).

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 باقياً 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 رأساً.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المختلف: في احكام الظهار ص ٥١ س ١٣ قال بعد نقل قول ابن ادريس: والوجه ما قاله ابن ادريس.

(٥) الاستبصار ج ٤ (٣٦) باب ان من وجب عليه كفارة الظهار فعجز عنها اجمع كان باقياً في ذمته ولم يجز له وطء المرأة حتى يكفر ص ٥٦ الحديث ٢.

قتل او غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفارة فالاستغفار له كفارة ما خلا يمين
الظهار، فانه اذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه ان يجامعها، وفرق بينهما، الا ان
ترضى المرأة ان يكون معها ولا يجامعها (١).

وعلى الثماني عشريوماً بما رواه أبو بصير عنه عليه السلام قال: سألته عن رجل
ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق، ولا يقوى على الصيام؟ قال: يصوم
ثمانية عشريوماً، لكل عشرة مساكين ثلاثة ايام (٢).

وردها العلامة بضعف السند (٣) وتمسك بالبراءة الاصلية (٤).



مركز تحقيق كتاب توير علوم إسلامي

(١) التهذيب: ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٠ الحديث ٥ ورواه أيضاً 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).

۱۲۵۱



کتاب الایلاء

مرکز تحقیقات کتاب و ترویج علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب الايلاء

(مقدمة)

الايلاء لغة اليمين عن كل شيء، يقال: آلى يولى ايلاء فهو مولى، والألّية اليمين، وجمعه ألياء، ومنه قول الشاعر.

فَالَيْتَ لَا آتِيكَ إِنْ كُنْتُ مُحْرَمًا وَلَا أَبْتَغِي جَارًا سِوَاكَ مُجَاوِرًا

ويقال: تآلى يتآلى تآلياً فهو متآل، ومنه قوله: تآلى على ان لا يفعل خيراً، يعنى

حلف، ويقال: إئتلى يأتلى إئتلاءً فهو مؤتل، ومنه قوله تعالى: (وَلَا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ

مِنْكُمْ وَالسَّعَةَ أَنْ يُؤْتُوا أُولَى الْقُرْبَى) (١) يعنى لا يحلف (٢).

ففي الشرع هو حلف الرجل على ترك وطى امرأته مطلقاً او مقيداً بالدوام، او

مدة يزيد على اربعة اشهر، فهو يمين مخصوص، وله احكام مخصوصة به تميزه عن

اليمين المطلقة، وسنذكرها فيما بعد ان شاء الله تعالى.

والاصل فيه: الكتاب والسنة والاجماع.

اما الكتاب فقوله تعالى: (الَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ

فَاَوْا فَإِنْ أَعْفَوْا رَحِيمٌ وَإِنْ غَرَمُوا الطَّلَاقُ) الآية (٣) فاخبر سبحانه عن حكم من

(١) النور: ٢٢.

(٢) من قوله (الايلاء لغة) الى هنا من المبسوط: ج ٥ ص ١١٤ كتاب الايلاء.

(٣) البقرة: ٢٢٦ - ٢٢٧.

(كتاب الإيلاء)...

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 مطلقاً، او ازيد من اربعة اشهر. ويعتبر في المؤلى: البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد. وفي المرأة: الزوجية والدخول. وفي وقوعه بالمتع بها قولان، المروي: انه لا يقع.

حلف ان لا يوطأ زوجته، واوجب انها يتربص 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 الأئمة عليهم السلام على اخذ مسائله. واما الاجماع فلا خلاف بين الأئمة فيه، وكان طلاقاً في الجاهلية، فنسخ حكمه وبقي محله.

قال طاب ثراه: وفي وقوعه بالمتع 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 الإيلاء 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 والإيلاء ص ٥٢٨ س ١٣ قال: والمتنع بها لا يقع بها إيلاء على حال.

(٤)

(٥) الانتصار: مسائل النكاح ص ١١٥ س ٢٢ قال: واما الإيلاء فانما لم يلحق المستمتع بها، لان اجل المتعة ربما كان دون اربعة أشهر الخ.

(٦) السرائر: باب الإيلاء ص ٣٣٥ س ٣١ قال: ومنها ان يكون المؤلى منها زوجة دوام.

وإذا رافحته انظره الحاكم أربعة اشهر. فان أصرّ على الامتناع ثم رافحته بعد المدة خيره الحاكم بين الفیئة والطلاق، فان امتنع حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يكفر ويبيء، او يطلق، وإذا طلق وقع رجعيًا، وعليها العدة من يوم طلقها. ولو ادعى الفیئة فانكرت فالقول قوله مع يمينه. وهل يشترط في ضرب المرافعة؟ قال الشيخ: نعم والروايات مطلقة.

(الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) الآيتين.

والاستدلال بهذه الآية من وجهين:

(أ) ضرب أربعة أشهر للتربص، ثم يجبر على أحد الأمرين، الفیئة أو 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 إيلاء على الرجل من المرأة التي يتمتع بها (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣).

قال طاب ثراه: وهل يشترط في ضرب المدة المرافعة؟ قال الشيخ: نعم، والروايات مطلقة.

أقول: المشهور ان ضرب المدة بعد المرافعة وما قبلها عفو، فكانها بتركها الطلب

(١) التهذيب: ج ٨ (١) باب حكم الإيلاء ص ٨ الحديث ٢٢.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) القواعد: كتاب الفراق، الباب الرابع في الإيلاء، ص ٨٦ س ٢٠ قال: ويشترط كونها منكوبة 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 وابو علي مدة الاربعة محسوبة عليه من حين الایلاء (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 يمسها ولا يجتمع رأسه ورأسها، فهو في سعة ما لم يمض الاربعة اشهر، فاذا مضت الاربعة اشهر وقف، فاما ان يفيء واما ان يعرم

(١) المقنعة: باب فراق الرجال النساء، حكم الایلاء ص ٨٠ س ٢٧ قال: فان استعدت عليه انظره الحاكم اربعة اشهر الخ.

(٢) النهاية: باب الظهار والایلاء ص ٥٢٧ س ١٨ قال: انظره الحاكم بعد رفعها اليه اربعة اشهر الخ.

(٣) المهذب: ج ٢ باب الایلاء ص ٣٠٢ س ٣ قال: انظره الحاكم بعد مرافعتها اليه اربعة اشهر الخ.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان الایلاء ص ٣٣٦ س ٣ قال: فان استعدت ضرب الحاكم مدة اربعة

اشهر الخ.

(٥) الكافي: فصل في بيان حكم الایلاء ص ٣٠٢ س ١٤ قال: والا انظره اربعة اشهر الخ.

(٦) السرائر: باب الایلاء ص ٣٣٥ س ٣٧ قال: فان أبي انظره اربعة اشهر من حين المرافعة لامن

حين اليمين.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

(٨) القواعد: كتاب الفراق، المقصد الثاني في احكامه، ص ٨٨ س ١٦ قال: وان رفعت امرها الى

الحاكم انظره اربعة اشهر الخ.

(٩) و (١٠) المختلف: في احكام الایلاء ص ٥٤ س ١٧ قال: وقال ابن عقيل: والحد الذي يجب

المرأة أن تسكت اربعة اشهر فاذا مضت فالامر الى المرأة، الى قوله: وكذا قال ابن الجنيد، فانه قال: فاذا كان مولها فمضت اربعة اشهر الخ.

(١١) المختلف: في احكام الایلاء ص ٥٤ س ٢١ قال: لنا قوله تعالى: (للذين يؤلون من نسائهم

تربص اربعة اشهر) من حين الایلاء 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 خلافة ديناً او دنياً لم ينعقد، وكان له فعل الاولى، ولا كفارة عليه وفي الايلاء بالنظر اليها، ان كان في الحلف صلاحها كالشديد 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 يميناً 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 يبطأ متعته او أمته 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 الى 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 مسكيناً، ومثلها كفارة قتل
 الخطأ. وكفارة من افطريوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال
 عامداً، اطعام عشرة مساكين، فان لم يجد صام ثلاثة ايام متتابعات.
 والمخيرة: كفارة شهر رمضان: وهي عتق رقبة، او صيام شهرين
 متتابعين، او اطعام ستين مسكيناً. ومثله كفارة من افطريوماً منذورا
 على التعيين، وكفارة خلف العهد على تردد.

مركزية 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 والعهد عتق رقبة، أو
 الخ.
 (٢) المهذب: ج ٢ باب كفارة نقض النذور والعهد، ص ٤٢١ س ٤ قال: كفارة نقض النذور والعهد
 عتق رقبة أو صيام الخ.
 (٣) الكافي: فصل في النذور والعهد والوعود ص ٢٢٥ س ١٣ قال: فان فرط حتى فات فعله قضاءه
 وكفارة من افطريوماً من شهر رمضان.
 (٤) الوسيلة، فصل في بيان النذر ص ٣٥١ س ٤ قال: والمعاهدة ثلاثة اضرب: احدها ان يقول

اما كفارة خلف النذر ففيه قولان: اشبهها 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 عليهما السلام قال: من جعل عليه عهد الله وميثاقه
في امر الله وطاعته فحنث فعليه عتق رقبة، او صيام شهرين متتابعين، او اطعام
ستين مسكيناً (٣).

ومثلها رواية علي 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 ففيه قولان: اشبهها انها صغيرة.

عاهدت الله تعالى الى قوله: فالاول حكمه حكم النذر في جميع الاحكام ولزوم الكفارة، ثم قال في
كتاب الكفارات ص ٣٥٣ س ٢ وعلى التخيير في اربعة مواضع الخ.

(١) المختلف: في الكفارات ص ١١٢ س ٧ قال: (مسألة) ذهب الشيخان الى ان كفارة خلف النذر
والعهد كفارة من افطر يوماً من شهر رمضان الى ان قال: والمعتمد اختيار الشيخين.

(٢) الايضاح: ج ٤ في الكفارات ص ٧٩ س ١٨ قال: كفارة خلف العهد كفارة خلف النذر، وهي
الى 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 مؤمناً خطأ الى قوله: وكفارة من

افطر يوماً من شهر رمضان، وقال في باب القضاء في الديات ص ١١٥ س ٢: ويجب على قاتل الخطأ
الكفارة، وهي عتق رقبة مؤمنة، فان لم يستطع الخ.

وكفارة الجمع: كقتل المؤمن عمداً عدواناً، وهي عتق رقبة وصيام شهرين متتابعين، وإطعام ستين مسكيناً.

أقول: في كفارة خلف النذر للأصحاب أقوال.

(أ) إنها كبرى مخيرة مثل كفارة رمضان سواء كان النذر صوماً أو غيره قاله الشيخ (١) والقاضي (٢) وابن حمزة (٣) والفتي (٤) ونقل عن المفيد (هـ) واختاره العلامة (٦).

لصحيحة عبد الملك بن عمرو عن الصادق عليه السلام في حديث قال: من جعل لله عليه أن لا يركب محرماً سماه فركبه، الى قوله: فليعتق رقبة، او ليصم شهرين متتابعين، او ليطعم ستين مسكيناً (٧).

(ب) إنها كبرى مرتبة، مثل كفارة الظهار وهو اختيار سلا (٨).

(١) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١٥ قال: وكفارة نقص النذور والمهود عتق رقبة او صيام شهرين الخ.

(٢) المهذب: ج ٢ باب كفارة نقص النذر والمهود ص ٤٢١ س ٤ قال: كفارة نقص النذر والمهود عتق رقبة او صيام الخ.

(٣) الوسيلة: كتاب الكفارات ص ٣٥٣ س ٢ قال: وعلى التخيير في اربعة مواضع كفارة النذر وافتار يوم من شهر رمضان متعمداً.

(٤) الكافي: فصل في النذور والمهود والوعود ص ٢٢٥ س ٨ قال: فالمفروض الى قوله: فان فرط حتى فات، وكفارة من افطرو يوماً من شهر رمضان.

(٥) المقنعة: باب النذور والمهود ص ٨٧ س ٢ قال: ومن نذر الله شيئاً الى 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 الى قوله: عتق رقبة، او... 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 يخلو من اشكال.

(ج) انها صوم شهرين متتابعين قاله الفقيه في الرسالة، قال: وروى كفارة يمين (١).

(د) كفارة خلف النذر كفارة يمين قاله الصدوق في المقنع: وعبارته: فان نذر ان يصوم كل سبت فليس له ان يتركه الا من علة، 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، مصيراً 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 آنفاً.

(٦) وهو الفخر قدس سره 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 عامداً 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 صائماً. 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 النذران كان للصوم وخالف وجب كفارة رمضان، وان كان لغيره كفارة يمين، ووجه الجمع بين الروايات: حمل ماورد فيها بوجوب الكفارة الكبرى على الصوم، والصغرى على غيره، نقله ابن ادريس عن المرتضى في المسائل الموصليات، وعن الصدوق (١).

والمعتمد الاول عملاً 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 صوماً معيناً الى قوله: وذهب اليه من جملة اصحابنا السيد المرتضى في الموصليات وابو جعفر بن بابويه رحمه الله الخ.

أقول: هنا مسائل:

(الاولى) الحلف بالبراءة من الله حرام وكذا من الرسول والائمة عليهم السلام، بالاجماع سواء كان ما حلف عليه باطلاً او حقاً، 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 حالفاً 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 عوالي اللئالي: ج ٢ ص ٣١٢ الحديث ٣ وذيله. (٢) المبسوط: ج ٦، كتاب الايمان ص ١٩٤ س ١ قال: اذا قال: برئت من الله الى قوله: لم يكن يميناً ولا يحنث بخلافه.

(٣) كتاب الخلاف: كتاب الايمان، مسألة ٤ قال: اذا قال: انا يهودي او نصراني او مجوسي او برئت من الاسلام الى قوله: لم يكن يميناً.

(٤) السرائر: كتاب الايمان، ص ٣٥٢ س ١٨ قال: ولا يجوز اليمين بالبراءة من الله تعالى الى قوله: ما ذكر في مبسوطه وخلافه هو الذي يقوى في نفسي.

(٥) الشرائع: في بيان الكفارات، المقصد الثاني فيما اختلف فيه (الاولى) من حلف بالبراءة الى قوله: وقيل: ياثم ولا كفارة وهو اشبه.

(٦) القواعد: ج ٢ كتاب الايمان، في الكفارات ص ١٤٤ س ١٥ قال: ومن حلف بالبراءة الى قوله: لم ينعقد ولا يجب بها كفارة.

(٧) المقنعة: باب الايمان والاقسام ص ٨٦ س ٣٧ قال: ولا يجوز اليمين بالبراءة الى قوله: ثم حنث كان عليه كفارة ظهار.

(٨) المقنع: باب الايمان والنذور والكفارات ص ١٣٦ س ١٩ قال: فان قال الرجل: الى قوله: وهو

والقاضي (١) وسلار (٢) والتقي (٣) والشيخ في باب الكفارات من النهاية (٤).
فعلى هذا ينعقد عندهم.

ثم اختلف الموجبون على اقوال.

(أ) كفارة ظهار، فان عجز فكفارة يمين قاله الشيخ في النهاية (٥) والمفيد (٦)

والقاضي (٧) واقتصر سلار على كفارة الظهار، ولم يذكر حالة الاضطرار (٨).

(ب) كفارة النذر، وهي كفارة رمضان قاله ابن حمزة (٩).

(ج) كفارتها صيام ثلاثة ايام والصدقة على عشرة مساكين قاله الصدوق (١٠).

(د) اطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد، ويستغفر الله قاله العلامة في

برئ من دين محمد صلى الله عليه وآله فانه يصوم ثلاثة ايام ويتصدق على عشرة مساكين.

(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 الى قوله: تجب عليه

التوبة وكفارة ظهار.

(٤) و (٥) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١١ قال: ومن حلف بالبراءة من الله الى قوله: كان

عليه كفارة ظهار فان لم يقدر كان عليه كفارة يمين.

(٦) تقدم ماعن 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 آنفاً.

(٩) الوسيلة: فصل في بيان اقسام اليمين ص ٣٤٩ س ٧ قال: وان حلف بالبراءة الى قوله: لزمته

كفارة النذر.

(١٠) تقدم آنفاً.

المختلف (١).

لما رواه محمد بن يحيى قال: كتب محمد بن الحسن الصفار الى أبي محمد الحسن العسكري عليه السلام رجل حلف بالبراءة من الله ورسوله صلى الله عليه وآله، فحنث ما توبته وكفارته؟ فوقع عليه السلام: يطعم عشرة مساكين لكل مسكين مده ويستغفر الله عز وجل (٢) والى هذه الرواية اشار المصنف في الشرايع (٣) وقال في نكت النهاية: والحق عندي انه لا كفارة في شيء من ذلك، لان ما ذكره الشيخان لم يثبت، وما تضمنته الرواية نادر، ولا ينهض المكاتب بالحجية لما يتطرق اليها من الاحتمال (٤).

تنبيهان

(أ) صرح الشيخان (٥) (٦) والسقي (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 ظهار الخ والاشارة الى 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 شيء من ذلك الخ.

(٥) المقنعة: باب الايمان والاقسام ص ٨٦ س ٣٧ قال: ولا يجوز اليمين بالبراءة الى قوله: ومن حلف بشيء 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 بريء 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 معجلاً، 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 أيضاً.
- (٢) المقنعة: باب الايمان والاقسام ص ٨٦ س ٣٧ قال: ومن حلف بشيء من ذلك ثم حنث كان عليه كفارة ظاهر.
- (٣) المراسم: ذكر الايمان والتذور والعهود ص ١٨٥ س ١ قال: احدهما يلزم بالحنث فيه كفارة ظاهر، وهى اليمين بالبراءة الخ.
- (٤) الوسيلة: كتاب الايمان والتذور ص ٣٤٩ س ٧ قال: وان حلف بالبراءة الى قوله: فان كذب اثم ولزمته كفارة النذر.
- (٥) المقنعة: باب الايمان والتذور والكفارات ص ١٣٦ س ١٩ قال: فان قال الرجل: الى قوله: فانه يصوم ثلاثة ايام الخ.
- (٦) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١١ قال: ومن حلف بالبراءة الى قوله: كان عليه كفارة ظاهر الخ.
- (٧) الكافي: فصل في الايمان ص ٢٢٩ س ١٧ قال: وان قال: هو برئ من الاسلام الى قوله: فهو مأزور صادقاً كان ام كاذباً.
- (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 عبدالله عليه السلام قال: سألته عن امرأة تزوجها رجل في عدتها، فوجد لها زوجاً، قال: عليه الحد وعليها الرجم، لانه تقدم بعلم، وتقدمت هي بعلم، وكفارته ان لم يتقدم الى الامام ان يتصدق بخمسة اصواع دقيقاً (٤). ولما رواه الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولها زوج، فقال: اذا لم يرفع خبره الى 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 اصوع من دقيق.

(٢) القواعد: ج ٢ في الكفارات ص ١٤٤ س ٢٠ قال: ومن تزوج امرأة في عدتها فارق وكفر بخمسة اصوع من دقيق وجوباً.

(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 النوادر ص ٣٠١ الحديث ٢٣.

(٦) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦١ س ٣٤ قال: وقد روى ان من تزوج بامرأة في عدتها الى قوله: وروى ايضاً ان من نام عن عشاء الاخرة الى قوله والاولى حل هاتين الروايتين على الاستحباب دون الفرض والايجاب. (٧) لاحظ عبارة النافع.

النهاية التكفير المذكور ولم يذكر الوجوب او النذب (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 ايضاً دليل عليه. وفي قوله عليه السلام (ان لم يرفع خبره الى الامام) ايماء الى انه لورفع خبره الى 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 خلا التقييد عن الفائدة.

وقال المرتضى: لو تزوج بذات البعل جاهلاً 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 فلأنه منطوق الرواية، واما الرجعية فلأنها ذات بعل. واما البائنة فلأنهم لم يفرقوا بين العديتين، فيكون الفرق احداث قول ثالث. (الرابع) من نام عن صلاة العشاء الاخرة حتى جاوز نصف الليل، فاته

(١) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٢ س ١٣ قال: ومن تزوج بامرأة في عدتها فارقيها، وكفر الخ.

(٢) الانتصار: (مسائل الكفارات) ص ١٦٦ س ١٠ قال: (مسألة) ومما انفردت به الامامية ان من

تزوج امرأة ولها زوج الى قوله: ويتصدق بخمسة دراهم.

(٣) المختلف: في الكفارات ص ١١٣ س ٢٣ قال بعد نقل قول السيد: ورواه ابن الجنيد عن أبي

بصير عن الصادق عليه 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 عن حدثه عن الصادق عليه السلام في رجل نام عن العتمة ولم يقم الا بعد انتصاف الليل، قال: يصليها ويصبح صائماً (٧) وبالإجماع، وبقوله: (وافعلوا الخير) (٨).

والرواية مرسلة، والإجماع غير متحقق، ولا دلالة في الآية على المطلوب، والاصل البراءة، وحملها على الاستحباب أشبه. (الخامس) لوجزت المرأة شعرها في المصاب كانت 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 الى قوله: ويتعين على من فرط في صلاة العشاء الاخرة حتى جاوز النصف الاول من الليل ان يصبح صائماً 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 آنفاً.

(٥) لاحظ عبارة النافع.

(٦) القواعد: ج ٢ في الكفارات ص ١٤٤ س ٢٠ قال: ومن نام عن العشاء حتى خرج نصف الليل اصبح صائماً ندباً.

(٧) التهذيب: ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٣ الحديث ١٦.

(٨) الحج: ٧٨.

(أ) وجوب كفارة كبرى مرتبة، ذكره ابو علي (١) وابن ادريس واسنده الى 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 اخي حنان بن سدير عن أبي عبد الله عليه السلام: اذا خدشت المرأة وجهها، أو جزت شعرها، او نتفتة، ففي جز الشعر عتق رقبة، او صيام شهرين متتابعين، او 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 لا تدل 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 الى قوله: وتجز شعرها الى قوله: وقد قدمنا شرحها على ما رواه اصحابنا.

(٣) المذهب: ج ٢ كتاب الكفارات ص ٤٢٤ س ١٢ قال: فان جزت شعرها في ذلك كانت الكفارة فيه عتق رقبة او 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) ما لفظه: 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 لا تدل الى اخره.

(٧) الشرائع: في الكفارات، فيما اختلف فيه، قال: (الثانية) في جز المرأة شعرها الى قوله: وقيل:

تأثم ولا كفارة استضعافاً للرواية.

واستضعاف الرواية المتقدمة لكونها نادرة وفي طريقها محمد بن عيسى (١) وفيه كلام.

(السادسة) لونتفت شعرها، او خدشت وجهها وجب عليها كفارة يمين، وهذه المسألة عدّها المصنف في المسائل الخلافية في الشرائع، حيث قال: المقصد الثاني فيما اختلف فيه، وهو سبع، الى ان قال: الثالثة: تجب على المرأة في نتف شعرها في المصاب، وخدش وجهها، وشق الرجل ثوبه في موت ولده او زوجته كفارة يمين (٢)، ولم يحك فيها خلافاً كما حكاه في الست الباقية، وكذا العلامة جزم به في القواعد (٣) والارشاد (٤) والتحرير (٥) ولا اعلم فيه خلافاً نقله، فالاولى بان يلحق بالاجامعيات.

واما شق الثوب على الاب والاخ فلا شيء فيه، ولا اثم. واما شقه على الولد والزوجة فالمشهور كفارة يمين، وقال ابن ادريس: لا شيء، بل لا اثم خاصة (٦)، والاول هو المشهور في كتب الاصحاب، وجزم به

(١) سند الحديث كما في التهذيب (وذكر احمد بن محمد بن داود القمي في نوادره قال: روى محمد 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: يا اثم مخطوط.

(٥) التحرير: ج ٢ في الكفارات ص ١٠٩ س ٢٣ قال: (د) لونتفت 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 الى قوله: والاولى ان يحمل ذلك على التندب الخ.

المصنف (١) والعلامة (٢) .

واما غير الزوجة والولد، فيحرم شق الثوب عليه، ولا كفارة فيه، قريباً كان أو أجنبياً، وإن كان حراماً، لعدم النص عليه. وذهب ابن ادريس الى تحريم شق الثوب على الاب والاخ وإن 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) (٥) والعلامة (٦) .

فالخلاف مع ابن ادريس اذن في مقامين.

(أ) في وجوب الكفارة بشقة على غير الاب والاخ، فعنده لاشيء لاصالة براءة الذمة، واستضعافاً 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 اخي 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: (الشاللة) 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 واجتنباه الى 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 الى 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 لها 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 عليهما السلام، وعلى مثله تلطم الحدود وتشق الجيوب (١).

ومحمد 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: محمد بن عيسى بن عبيد اليقطيني ضعيف الى ان قال: وقيل: انه كان يذهب مذهب الغلاة وقال: استثناه ابو جعفر محمد بن علي بن بابويه عن رجال نوادر الحكمة، وقال: لا اروي ما يختص بروايته.

(٤) رجال النجاشي: ص ٣٣٣ تحت رقم (٨٩٦) قال: محمد بن عيسى بن عبيد بن يقطين، ابو جعفر جليل في اصحابنا، ثقة، عين، كثير الرواية، حسن التصانيف، ثم نقل تضعيفه عن الصدوق، ثم قال: ورأيت اصحابنا ينكرون هذا القول، ويقولون: من مثل أبي جعفر محمد بن عيسى الخ.

(٥) اختيار معرفة الرجال ص ٥٣٧ تحت رقم ١٠٢١ قال: علي بن محمد القتيبي قال: كان الفضل يحب العبيدي ويثني عليه ويمدحه ويميل اليه، ويقول: ليس في اقرانه مثله.

(٦) رجال العلامة الحلي، الفصل الثالث والعشرون في الميم، الباب الاول (محمد) تحت رقم (٢٢) قال: محمد بن عيسى بن عبيد بن يقطين الى 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 ذكراً كان او انثى، وفي ابن البنت نظر.

(هـ) المراد بالخدش خرص الجلد من الوجه، فلو خدشت غيره من سائر جسدها، او لطمت خدّها 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 التنف كفارة حنث يمين.

(و) المراد بالجزء القص، فلو خلقه فالأقرب أنه كذلك، بخلاف ما لو نتفه كله، فانه لا يلحقه بالجزء.

(ز) لافرق في الجز والتنف بين الكل والبعض، ففي الجز كبرى مرتبة او غيره، او لاشيء عليه، وفي التنف كفارة يمين.

(السابعة) من نذر صوم يوم معين فعجز عن صومه، قال في النهاية: يطعم مسكيناً مدين من طعام كفارة لذلك اليوم (١) واختاره المصنف في باب الكفارات

(١) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧١ س ١ قال: ومن كان عليه صيام يوم قد نذر صومه فعجز عن صيامه اطعم مسكيناً مدين من طعام كفارة لذلك اليوم وقد اجزأه.

من كتابيه (١) (٢) وزاد: فان عجز تصدق بما استطاع، فان عجز استغفر الله، وظاهره في باب النذر من الشرائع السقوط (٣).

وقال المفيد: إن أفطره لغير عذر فعليه الكفارة وصيامه على سبيل القضاء، وإن عرض له في ذلك مرض فليفطره ثم ليقضه ولا كفارة عليه (٤) واختاره العلامة في المختلف (٥) 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 وغير ذلك فالواجب القضاء من غير أطعام (٦).

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 (٧) وفي الاستدلال بهذه تعسف: من الطعن في السند (٨) أولاً، ومن عدم الدلالة على المطلوب ثانياً، ومن جواز الحمل على الاستحباب ثالثاً، 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: الاولى لو نذر يوماً معيناً، الى ان قال: ولو عجز عن صومه اصلاً قيل: يسقط وفي رواية يتصدق عنه بمدة.

(٣) الشرائع: كتاب النذر، في اللواحق قال: الخامسة اذا عجز الناذر عما نذره الى قوله: سقط النذر وكذا لو نذر صوماً فعجز، لكن روى في هذا: يتصدق عن كل يوم بمدة من طعام.

(٤) المقتنة: باب النذور والعهود ص ٨٧ س ٢٦ قال: والذي ينذر الله تعالى ان يصوم يوماً بعينه الى 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 يجزي 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 شهراً ومن الثاني

قال طاب ثراه: وهل يجزي المدبر؟ قال في النهاية: لا، وفي غيرها بالجواز، وهو

اشبه.

أقول: موضوع المسألة: ان المدبر قبل نقض تدييره، هل يجزي عتقه في الكفارة؟

قال في النهاية: لا (١)، وتبعه القاضي (٢) وقال ابن ادريس: يصح ويكون ذلك نقضاً للتدبير (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥).

(١) النهاية: باب الكفارات ص ٥٦٩ س ٤ قال: ولا يجوز له ان يعتق مدبر الا بعد ان ينقض تدييره.

(٢) المهذب: ج ٢، كتاب الكفارات، باب كفارة اليمين، ص ٤١٤ س ١٦ قال: ولا يجوز عتق مدبر الا بعد ان ينقض تدييره.

(٣) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦٠ س ٣٦ قال: والمدبر وام الولد يجزي 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 التدبير

اخره، اجماعاً وان اعتقه قبله فالاقوى الاجزاء.

شيئاً ولو يوماً أتم. ولو افطر قبل ذلك اعاد الا لعذر كالحيض،
والنفاس، والاغماء، 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، اوظهار، 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 للتدين،
وباخره وقوع التحرير، والرواية مقطوعة.

وكذا البحث في المكاتب المطلق قبل ان يؤدي شيئاً، 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 مكاتباً وقد أدى من مكاتبته شيئاً.

(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 الى

قوله جائز لأنه عبد.

(٥) الشرائع: القول في العتق قال: (الثالث) ان يكون تام الملك الى قوله: وظاهر كلامه في النهاية

انه يجوز 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 الى قوله: والاقرّب فيها

(أي المطلق والمشروط) الاجزاء.

واما 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 اعلاه 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) (٢) والمفيد (٣) وتلميذه (٤) وقال الشيخ في الكتب الثلاثة: يجب المدان مع القدرة (٥) (٦) (٧) 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 والنذور 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 شبعه في يومه.
- (٥) النهاية: باب الكفارات ص ٥٦٩ س ١٢ قال: فليطعم لكل مسكين مدين من طعام.
- (٦) المبسوط: ج ٥ ص ١٧٧ س ١٠ قال: يجب ان يطعم كل مسكين مدين مع القدرة الخ.
- (٧) كتاب الخلاف: كتاب الظهار (مسألة) (٦٢) قال: يجب ان يدفع الى كل مسكين مدان.

(الثانية) من عجز عن العتق فدخل في الصيام ثم تمكن من العتق لم يلزمه العود، وإن كان افضل.

(الثالثة) كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فمعجز صام ثمانية عشر يوماً. فان لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام، فان لم يستطع استغفر الله سبحانه.

(الرابعة) يشترط في المكفر البلوغ، وكمال العقل، والايمان، ونية القرية، والتعيين.

أقول: للأصحاب هنا اربعة اقوال.

(أ) اجزاء الواحد مطلقاً، قاله الفقيه (١) والشيخ في المبسوط (٢) وابن ادريس (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥).

(ب) وجوب الثوبين مطلقاً، قاله الصدوق، وجعل الثوب رواية (٦) وبه قال

(١) و (٥) المختلف: كتاب الايمان ص ١١٤ س ٢١ قال بعد نقل قول الصدوق: وقال ابوه: لكل رجل ثوب الى ان قال: والمعتمد ما قاله ابن بابويه لكل مسكين ثوب واحد.

(٢) المبسوط: ج ٦ فصل في الكفارات ص ٢١١ س ٢٣ قال: واقل الكسوة ثوب واحد وقد روى اصحابنا ثوبين.

(٣) السرائر: كتاب الايمان والنذور والكفارات ص ٣٥٢ س ١٢ قال: وبعض ذهب الى ثوب واحد وهو الاظهر.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) تقدم نقله انفا عن المختلف.

(٦) المقنع: باب الايمان والنذور والكفارات، ص ١٣٧ س ٦ قال: او كسوتهم لكل رجل ثوبان. هذا ولكن في الهداية اقتصر على ثوب واحد، لاحظ (١٢٥) باب النذور 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) والتقي (٧) .
 (د) ثوبان للمرأة، وللرجل ثوب يجزيه في مثله الصلاة، ولا يجزى مادون ذلك
 كمثرا وخار مفرد للمرأة، قاله ابن الجنيد (٨) .

خاتمة

تشتمل على فصلين:

- (الأول) في الاطعام: ويتخير المكفر بين الاطعام والتسليم .
 فها هنا 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 الى قوله: فان لم يقدر
 عليها جاز ان يقتصر على ثوب واحد الخ.
 (٦) المذهب: ج ٢، كتاب الكفارات ص ٤١٥ س ١٧ قال: دفع الى كل واحد منهم ثوبين، فان لم
 يمكنه وقدر على ان يكسو كل واحد ثوبا واحداً 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 الجنيد: الى قوله: ان يكسو المرأة
 ثوبين درع وخار وهو ما يجزئها فيها 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: ماتعولون به عيالكم من اوسط ذلك، قلت: وما اوسط
ذلك؟ قال: الحنظل والزيت والتمر والخبز يشبعهم به مرة واحدة (١).
وقال المفيد وتلميذه: شبعه في يومه (٢) (٣) وبه قال التقي (٤) والقاضي (٥)
واوجب ابو علي الغداء والعشاء (٦).

(الثانية) يجزى الشبع وان قصر عن المدة، ولولم يكفه المدة زاده حتى يبلغ الشبع.
(الثالثة) لا يجزى المريض، ولا الهرم، ويجزى الصغير منضجاً، 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 والاقسام ص ٨٦ س ١٩ قال: او اطعمهم مئة 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
التقليك غداهم وعشاها.

(٧) النهاية: باب الكفارات ص ٥٦٩ س ١٦ قال: ومتى كانوا كلهم صغاراً احتسب كل اثنين منهم
بواحد.

(٨) المبسوط: ج ٥، كتاب الظهار ص ١٧٨ س ٨ قال: يجوز صرف الكفارة الى الصغير الى قوله: عد
صغيرين بواحد.

(٩) كتاب الخلاف: كتاب الظهار مسألة (٦٨) قال: يجوز صرف الكفارة الى الصغار الى قوله:
ويعد صغيرين بكبير.

مذهب الصدوق (١) وابن حمزة (٢) وجعله القاضي رواية (٣) ومنع المفيد (٤) وابن الجنيد من اطعام الصغار (٥).
(الرابعة) لا يشترط اذن الولي في اطعام الطفل، ولا يجوز التسليم اليه، بل الى وليه.

(الخامسة) يجزى الخبز والسويق والعصيدة والارز واللبن والعنب والرطب والتمر والزبيب.

(السادسة) قال ابن ادريس: يجب ان يطعم في كفارة اليمين من اوسط ما يطعم اهله، للاية وحملت على الافضل (٦).

(السابعة) يستحب ضم الادم الى، وظاهر المفيد وتلميذه الوجوب (٧) (٨).

(١) المقنع: باب الايمان والنذور والكفارات ص ١٣٦ س ١٧ قال: ولا يجوز اطعام الصغير الى قوله: ولكن صغيرين بكبير.

(٢) الوسيلة: كتاب الكفارات ص ٣٥٣ س ١٩ قال: وان حضر الصبيان عد مكان واحد اثنين.

(٣) المذهب: 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 جلتهم صبي صغير ولا شيخ كبير ولا مريض.

(٥) المختلف: في الكفارات ص ١١٦ س ٢٠ قال: وقال ابن الجنيد: ولا يكون في العشرة مساكين مريض ولا صبي ولا كبير يضعف عن الاكل الخ.

(٦) السرائر: باب الايمان والنذور والكفارات ص ٣٥٢ س ١٣ قال: والاطعام مشبع المسكين بما يقتاته 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 الصدوقان (١) (٢) والمفيد (٣) وتلميذه (٤). وقال الشيخ في الكتب الثلاثة: يجزى مع العجز ومع القدرة مدان (٥) (٦) (٧) والمعتمد الأوّل.

لما رواه عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام الى ان قال: فان لم يستطع اطعم ستين مسكيناً مدّاً مدّاً (٨) وهو مذهب المصنف (٩) والعلامة (١٠).

(الثاني) لافرق في ذلك بين الصغير والكبير، لكن لا يدفع الى الطفل، بل الى وليه، وظاهر الخلاف الاجزاء (١١).

- (١) المختلف: في الكفارات ص ١١٤ س ٩ قال: وقال الصدوق وابوه: لكل مسكين مد.
- (٢) المقنع: باب الايمان والنذور والكفارات ص ١٣٧ س ٦ قال: واعلم ان كفارة اليمين الى قوله: لكل مسكين مد.
- (٣) تقدّم آنفاً.
- (٤) المراسم ذكر الكفارات ص ١٨٦ س ٧ قال: او اطعم: لكل واحد منهم شبعه في يومه.
- (٥) كتاب الخلاف: كتاب الظهار مسألة (٦٢) قال: يجب ان يدفع الى كل مسكين مدان.
- (٦) المبسوط: ج ٥ ص ١٧٧ س ١٠ قال: يجب ان يطعم كل مسكين مدين مع القدرة ومع العجز يكفيه مد.
- (٧) النهاية: باب الكفارات ص ٥٦٩ س ١٢ قال: فليطعم لكل مسكين مدين من طعام فان لم يقدر 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 الى الصغار والكبار الى ان قال: وقال الشافعي وابو حنيفة: لا يصح أن يقبضهم اياه الخ.

(الثالث) يجزى تسليم الحب، ولا يجب مؤنة الطحن والخبز، وقال ابو علي: يجب مؤنة طبخه وخبزه وادمه (١).

(الرابعة) يجزى المد من الرطب وان نقص عن الترمع الجفاف.

(الخامسة) لا يجزى اخراج القيمة، نعم لو دفع الى الفقيه مداً جاز ان يشتريه ثم يدفعه الى اخر، وهكذا حتى يأتي على العدد، لكنه مكروه.

(السادسة) لا يجزى دفع المقدار لمادون العدد، نعم لو لم يتمكن من العدد جاز التكرار على الموجود حتى يستوفى اكلاً وتسليماً يوماً فيوماً، ولا يجزى دفعة لجواز التمكن من العدد. ولو وجد اكثر 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 والمئزر، وكذا للمرأة مقنعة او قميص او سراويل او مئزر، وقال العلامة: وظاهر كلمات علمائنا عدم الفصل بين الرجل والمرأة وفصل ابو علي فاوجب للمرأة ما يصح صلاتها فيه درع وخمار، قال: والمعتمد، المشهور، للاصل (٢).

(ب) لو دفع الى ولي الطفل ما يواريه اجزاء وان كان رضيعاً، اذا قبض للطفل، لاله.

(ج) يجزى القطن والكتان والصوف والفرو والشعر اذا اعتيد، وكذا الوبر والقنب والجلد والحرير للنساء

(١) المختلف : في الكفارات ص ١١٤ س ١٠ قال: وقال ابن الجنيدي: 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 الى قوله: للاصل.

(د) لا يجزى السخيف لبطلان منفعه، ويجزى الغسيل على الاشهر 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).



- (١) المبسوط: ج ٦ فصل في الكفارات ص ٢١٢ س ٧ قال: فاما صفته فالمستحب ان يكون جديداً الى قوله: وان اعطى صحيحاً لم يجزه.
- (٢) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦٠ س ١٣ قال: ولا يلزمه ان يكون جديداً ويجوز ان يكون غسلاً.
- (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.

فهرس المطالب كتاب الودیعة والعارية

٥	اشتقاق الودیعة
٧	الودیعة والعارية من الأمانات الخاصة
٨	اختلاف المتقاضي في المال
١٣	لو اختلف المستعیرات في القيمة
١٧	تعريف الاجارة
١٩	حكم الاجارة بعد الموت
٢١	شرائط الاجارة
٢٢	استئجار الأجير في حمل المتاع
٢٤	استيفاء المنفعة والعین في يد المستأجر
٢٦	الاختلاف في قيمة الدابة المستأجرة
	كتاب الوكالة
٢٩	الفصل الأول: تعريف الوكالة
٣١	لاحكم لوکالة المتبرع
٣٥	الفصل الثاني: ماتصح فيه الوكالة

- ٣٥ الفصل الثالث: في الموكل
- ٣٦ الفصل الرابع: في الوكيل
- ٣٧ الفصل الخامس: أحكام الوكالة
- ٣٨ لو اختلف الوكيلان في الرد
- ٤٠ حكم الوكالة في التزويج
- كتاب الوقوف والصدقات والهبات**
- ٤٧ تعريف الوقف
- ٥٠ لو جعل الوقف لمن ينقرض
- ٥٣ لو شرط عود الوقف
- ٥٦ حكم وقف من بلغ عشرة
- ٥٧ وقف الكافر على البيع والكنائس
- ٥٨ صفة الموقوف عليهم
- ٥٩ الوقف على الشيعة الامامية
- ٦٠ نسبة الذرية للاب
- ٦١ حدود الجيران الموقوف عليهم
- ٦٢ لو بطلت المصلحة الموقوف عليها
- ٦٣ اطلاق الوقف على الابناء
- ٦٤ في اخراج الوقف عن شرطه
- السكنى والعمرى:**
- ٦٨ تعريف السكنى والعمرى
- الصدقة والهبة:**
- ٧١ الهبة للوالدين
- ٧٣ تردد الرجوع بالهبة لاحد الزوجين

- ٧٤ هل التصرف بالهبة يمنع الرجوع؟
كتاب السبق والرماية
- ٧٩ تعريف السبق
- ٨٤ هل السبق من العقود اللازمة؟
- ٨٥ تردد اشتراط المبادرة والمحاطة
- كتاب الوصايا
- الفصل الأول في الوصية:
- ٩٣ تعريف الوصية
- ٩٥ وجوب العمل بما يوجد بخط الميت
- الفصل الثاني في الموصي:
- ٩٦ حكم وصية البالغ عشرين
- ٩٧ عدم قبول وصية الجارح لنفسه
- الفصل الثالث في الموصى له:
- ٩٩ في صحة الوصية للذمي وعدمها
- ١٠١ الوصية للمكاتب
- ١٠٢ الوصية للمملوك وأحكامها
- ١٠٧ هل يصح عتق المملوك عند موت المالك؟
- ١٠٩ الوصية للأم الولد
- ١١٠ الوصية للأعمام والأخوال
- ١١٢ حكم من أوصى لقرباته
- ١١٣ لومات الموصى له قبل الوصي

الفصل الرابع في الاوصياء:

- ١١٤ مايعتبر في الأوصياء
 ١١٦ في اطلاق الوصية لاثنين
 ١١٩ حكم اجرة الوصي
 ١٢١ لو اوصى شيئاً للوصي
 الفصل الخامس في الموصى به:
 الطرف الاول: في متعلق الوصية:
 ١٢٢ حكم الوصية الزائدة عن الثلث
 ١٢٤ صحة الوصية بالمضاربة
 ١٢٧ حكم مالواوصى باشياء تطوعاً
 الطرف الثاني: في المبهمة
 ١٢٨ من اوصى بجزء ماله
 ١٣٠ فيمن اوصى بسهم من ماله
 ١٣١ نسيان الوصي احد وجوه الوصية
 ١٣٢ دخول اجزاء الشيء المتعلقه به في الوصية
 ١٣٦ إخراج الولد من الارث
 الطرف الثالث: في احكام الوصية
 ١٣٨ ثبوت الوصية بالشهادة
 ١٤١ منجزات المريض
 ١٤٢ الاقرار للاجنبي في الوصية

كتاب النكاح

القسم الأول: في الدائم

الفصل الأول: في صيغة العقد وأحكامه وآدابه

- ١٤٧ تعريف النكاح
- ١٩٤ وقوع الالفاظ بصيغة الماضي
أحكام العقد:
- ١٩٨ حكم من زوجت نفسها وهي سكرى
- ٢٠٠ لا يشترط في النكاح الشهود ولا الولي
الآداب:
- القسم الاول: آداب العقد:
- القسم الثاني في آداب الخلوة:
- ٢٠٣ جواز النظر إلى وجه المرأة المراد نكاحها
- ٢٠٧ حكم الوطء في الدبر
- ٢٠٨ حكم العزل عن الحرة بغير اذنها
- ٢١٠ الدخول بالمرأة بعد مضي تسع سنين
- الفصل الثاني: في اولياء العقد تحقيق كتاب مير علم ر سدرى
- ٢١٤ لا يشترط في ولاية الجذ بقاء الأب
- ٢١٧ حكم خيار الصبي والصبية بعد البلوغ
- ٢١٩ امر البكر البالغة الرشيدة في الزواج
- ٢٢٢ الوكيل في النكاح
- ٢٢٣ سكوت البكر اجازة الرضا
- ٢٢٥ نكاح أمة المرأة من غير اذنها متعة
- ٢٢٧ حكم زواج الأخوين لأختها
- ٢٢٩ في ولاية الأم وعدمها
- الفصل الثالث: في اسباب التحريم
- ٢٣١ انحصار أسباب التحريم في ستة

- ٢٣٩ عدد الرضعات الموجبة للتحريم
- ٢٤٢ حكم الرضاع في الحولين
- ٢٤٤ كراهة استرضاع المجوسي
- ٢٤٥ حكم بقية الاولاد الذين لم يرتضعوا
- ٢٤٦ حكم الزوجة الصغيرة المرتضعة من الأخرى
- ٢٤٨ حكم أم المعقود عليها
- ٢٥٠ الخيار للعممة والخاله اذا تزوج بنت الأخ او الاخت
- ٢٥٥ حكم المصاهرة بوطء الشبهة
- ٢٥٦ حكم نكاح الزانية
- ٢٥٩ الزنا بالمرأة هل ينشر الحرمة؟
- ٢٦٣ اللمس والنظر لا يجوز لغير المالك
- ٢٧٠ حكم من ملك اختين فوطاً واحدة
- ٢٧٥ كراهة عقد الحر على الأمة
- ٢٧٩ نكاح الامة على الحرّة
- ٢٨٣ حكم التزويج في العدة جهلاً
- ٢٨٨ حكم من تزوج محرماً
- ٢٩٠ حكم زواج الاختين بعقد
- ٢٩٤ نكاح الكتابية
- ٢٩٨ حكم اسلام زوجة الذمي
- ٣٠٠ إباق العبد ارتداد
- ٣٠١ تساوي الإسلام في صحة العقد
- ٣٠٣ اشتراط تمكن الزوجة من النفقة وعدمه
- ٣٠٦ وجوب اجابة المؤمن الخاطب

- ٣٠٨ هل يفسخ النكاح بالانتساب الى غير القبيلة
القسم الثاني: في النكاح المنقطع:
- ٣١٣ صورة العقد المنقطع
- ٣١٥ لوبان فساد العقد بعد الدخول
- ٣١٦ ذكر الصيغة مع الاجل في المنقطع
أحكام المنقطع:
- ٣١٩ ثبوت الميراث بالمتعة وعدمه
- ٣٢١ عدة العقد المنقطع
- القسم الثالث: في نكاح الاماء:
النظر الأول في العقد:
- ٣٢٥ في صحة عقد النكاح وعدمها لوبادر العبد
- ٣٢٦ لحقوق الابن باشراف الابوين
- ٣٢٨ حكم ما لو ادعت الأمة انها حرة
- ٣٣٤ حكم الامة بين شريكين
- ٣٣٧ مهياة الامة على الزمان
- ٣٣٨ حكم الامة المنكوحة اذا اعتقت
- ٣٤١ جعل العتق صداقاً
- ٣٤٦ انعقاد أمّ الولد من نصيب ولدها
- ٣٤٩ يثبت الخيار لوبيع العبد وتحتة أمة
النظر الثاني في الملك:
- ٣٥١ حلية الوطاء في ملك المنفعة
- ٣٥٤ ملك المنفعة هل هو اباحة او عقد متعة
- ٣٥٦ في تحليل الامة للمملوك

- ٣٥٧ في ان ولد المحللة حرّ
ما يلحق بالنكاح:
النظر الاول: في العيوب:
- ٣٥٩ هل ان الرق عيب ام لا
- ٣٦٠ لا يعد العرج من العيوب
- ٣٦٤ حكم العيب المتجدد بعد العقد
- ٣٧٦ حكم من تزوج حرة فبانت انها أمة
- ٣٧٩ حكم البكر اذا وجدها ثيب
- النظر الثاني: في المهر
- ٣٨١ تعريف المهر
- ٣٨٢ لو جعلت استئجار الزوج مهراً
- ٣٨٥ التقدير في المهر
- ٣٨٨ في صحة عقد المسلم على الخمر
- ٣٩١ حق المرأة من المهر قبل الدخول
- ٣٩٤ تملك المرأة المهر بالعقد
- ٤٠٢ حكم المهر الغير مسمى
- ٤٠٤ حكم التدبير اذا جعل مهراً
- ٤٠٦ جواز الشرط بعدم الافتضاظ
- ٤٠٩ لزوم الشرط بعدم الخروج من البلد
- ٤١٣ موارد حق المرأة في المنع
- النظر الثالث: في القسم والنشور والشقاق
- ٤١٨ اختصاص حق المرأة من الاوقات
- ٤١٩ صلاحية الحكيم في التحكيم

	النظر الرابع: في أحكام الاولاد:
٤٢٢	أحكام لحوق الولد بالاب
٤٢٦	حكم لحوق الاولاد بعد الانفصال
	النظر الخامس: في النفقات:
٤٣٠	أحكام النفقة
٤٣٥	أحكام النفقة على الاقرباء

كتاب الطلاق

	الركن الأول: في المطلق:
٤٤٢	حكم طلاق الصبي
	الركن الثاني: في المطلقة:
٤٤٤	شروط الطلاق
	الركن الثالث: في الصيغة:
٤٥٠	صيغة الطلاق
٤٦٠	في تفسير الطلقة اثنين او ثلاث
	النظر الثاني: في اقسام الطلاق:
٤٦٣	حكم الطلاق البدعي
٤٦٥	في حكم التطليقة الثالثة
٤٦٦	طلاق الحامل وأحكامه
	النظر الثالث: في اللواحق:
٤٧٥	حكم الرجوع بالمطلقة
٤٧٧	قبول دعوى المطلقة ثلاثاً
٤٧٨	رجوع الاخرس بزوجته
٤٨١	زمان عدّة المطلقة



مركز تحقيق كتاب توير علوم اسلامی

٤٨٤	عدّة المسترابة
٤٨٨	في عدّة الصغيرة والياثسة
٤٩٠	في حدّ اليأس
٤٩٢	في عدّة الحامل
٤٩٤	حكم زوجة المفقود
٤٩٧	في عدّة الأمة والذمية
٤٩٩	عدّة الوفاة لأمّ الولد
٥٠٠	حكم المطلقة رجيعاً

كتاب الخلع والمباراة

٥٠٨	في وقوع الخلع بالصيغة وعدمه
٥١١	وقوع الفرقة بالخلع
٥١٤	في اشتراط اتباع المباراة بالطلاق

كتاب الظهار

٥٢٣	الالفاظ الدالة على الظهار
٥٢٥	صحة الظهار مع الشرط
٥٢٨	يشترط في الظهار الدخول
٥٢٩	هل يقع الظهار بالتمتع بها؟
٥٣٢	كفارة الظهار
٥٣٣	لا تسقط الكفارة بمراجعتها في العدّة
٥٣٧	ظهار الأربعة بلفظ واحد
٥٤١	حكم الظهار المعلق بشرط

كتاب الإيلاء

٥٤٩	حكم الإيلاء بالتمتع بها

- ٥٥٠ المرافعة للحاكم وضرب المدة
الكفارات:
المقصد الاول: في حصرها
٥٥٣ كفارة العهد
٥٥٤ كفارة النذر
٥٥٧ كفارة الحلف بالبراءة
المقصد الثاني: في خصال الكفارة
٥٧١ عتق المذبر في الكفارة
٥٧٣ في مقدار الإطعام والكسوة
٥٧٥ خاتمة



مركز تحقيق كتاب توير علوم اسلامی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وصلى الله على محمد نبي الله وعلى آله آل الله

لقد قامت مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم
المشرفة بنشاطات واسعة في مجال نشر المعرفة وإحياء التراث الإسلامي وإليك سرداً
لبعض منشوراتها:

من الكتب التي تم طبعها

- ١- أحاديث المهدي من مسند أحمد بن حنبل
 - ٢- أدب الحسين وخاسته
 - ٣- إرشاد الأذهان ج ١ و ٢ مركز تحقيق كامبيوتر علوم
 - ٤- الاسلام السعودي المنسوخ
 - ٥- الاصطلاحات في الرسائل العملية
 - ٦- الامام الصادق (ع) ج ١ و ٢
 - ٧- الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل ج ١ و ٢
 - ٨- البحث في رسالات عشر
 - ٩- بحوث في الفقه، وتشمل على
- إعداد السيد محمد جواد الجلاي
تأليف الشيخ أحمد الصابري الهمداني
= العلامة الحلي
= السيد طالب الخرسان
= الشيخ ياسين عيسى العاملي
= الشيخ محمد حسين المظفر
إشراف الشيخ ناصر مكارم الشيرازي
= الشيخ محمد حسن القديري
= الشيخ محمد حسين الاصفهاني

جمهورية العراق

تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي

صلاة المسافر
مركز تحقيقات كامبيوتر علوم إسلامي
الاجادة

جمهورية العراق

