

تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية - ج ٣

العلامة الحلي

صفحة ١

تحرير الأحكام الشرعية
على مذهب الإمامية

صفحة ٢

علامة حلي ، حسن بن يوسف، ٦٤٨ - ٧٢٦ ق .

تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الاماميه / جمال الدين ابى منصور الحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلي ؛ اشراف جعفر السبحاني ؛ تحقيق إبراهيم البهادرى .- قم: مؤسسة الإمام الصادق(عليه السلام)، ١٤٢١ ق . = ١٣٧٩ - ج .

- 7 - 65 - 6243 - ISBN 964 - (ج . ١)

5 - 66 - 6243 - ISBN 964 - (ج . ٢)

6 - 91 - 6243 - ISBN 964 - (ج . ٣)

فهرستتویسی بر اساس اطلاعات فیپا.

عربی . ج . ٣ (چاپ اول ك ١٤٢١ ق . = ١٣٧٩).

١ - فقه جعفرى - قرن ٨ ق . الف . سبحانى تبريزى ، جعفر ، ١٣٠٨ - ، گرد آونده . ب بهادرى ، إبراهيم ، محقق . ج . عنوان .

٣ ت ٨ ع / ٨ / BP١٥٨ / ٣٤٢ / ٢٩٧ كتابخانه ملي ايران ٢٤٠٦٩ - ٧٨ م

اسم الكتاب: ... تحرير الأحكام الشرعيّة / الجزء الثالث

المؤلف: ... العلامة الحليّ

إشراف: ... آية الله جعفر السبحاني

المحقّق: ... الشيخ إبراهيم البهادرى

الطبعة: ... الأولى - ١٤٢١ هـ

المطبعة: ... اعتماد - قم

الكميّة: ... ١٥٠٠ نسخة

الناشر: ... مؤسسة الإمام الصادق(عليه السلام) - السيد محسن البطاط

حقوق الطبع محفوظة للمحقّق

توزيع: مكتبة التوحيد

ايران - قم ؛ ساحة الشهداء

هاتف: ٧٤٥٥٤٧ - ٩٢٥١٥٢

(http://www.imamsadeq.org/ ,net ,com) العنوان في شبكة المعلومات

صفحة ٣

إشراف

العلامة المحقق جعفر السبحاني

تحرير الأحكام الشرعية

على مذهب الإمامية

موسوعة فقهية كاملة مشحونة بالتخريج والتفريع

للإمام جمال الدين أبي منصور الحسن بن

يوسف بن المطهر

المعروف بالعلامة الحلي

(٦٤٨ - ٧٢٦ هـ)

الجزء الثالث

تحقيق

الشيخ إبراهيم البهادري

صفحة ٤

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ
(وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَآفَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ
إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ)

التوبة: ١٢٢

صفحة ٥

كتاب الصلح

صفحة ٦

صفحة ٧

المقصد السادس : في الصلح

وفيه ثلاثة وثلاثون بحثاً:

٤٠١٤ . الأول : الصلح عقدٌ شرعٌ لقطع التنازع بين المختلفين، وهو على أنواع:

صلح بين المسلمين وأهل الحرب، أو بين أهل العدل والبغي، وقد سلف.

وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما، وسيأتي.

وصلح بين المختصمين في الأموال، وهذا الباب معقود له.

٤٠١٥ . الثاني : الصلح عقد قائم مستقل بنفسه، ليس فرعاً على غيره، وهو لازم من الطرفين،

لا يبطل إلا بالتقاييل، وقد أجمع العلماء كافةً على تسويغه مالم يؤدَّ إلى تحريم حلال، أو تحليل حرام،

ولا خيار بعد انعقاده لأحدهما، سواء افترقا من المجلس أو لا، وإن اشتمل على المعاوضة، ولا يحتاج

إلى شرائط البيع.

وقولُ الشيخ في الخلاف: إذا أتلَف ما يساوي ديناراً، فصالحه مع الإقرار على دينارين لم يصحَّ،

وإلا كان بيعاً للدينار بأزيد، فيكون رباً،^(١) ضعيفٌ ^(٢) عندي.

٤٠١٦ . الثالث : الصلح جائز على الإقرار والإنكار، وإنما يقع الصلح على

١ . الخلاف: ٣ / ٢٩٩، المسألة ١٠ من كتاب الصلح. نقله المصنّف بتلخيص.

٢ . قوله «ضعيف» خبر لقوله «وقول الشيخ» .

صفحة ٨

الإنكار إذا اعتقد المدعي حقيّة قوله، والمدعى عليه براءة ذمّته، فيجوز للمدعي أخذ ما يصلح به عليه المنكر، سواء كان من جنس المدعى، أو من غيره، وسواء زاد عن المدعى، أو نقص، فإن وجد بالمأخوذ عيباً، كان له ردّه، والرجوع في دعواه، فلو وجد الدافع بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي .

ولو كان المأخوذ شقصاً، أو المصالح عنه لم تثبت الشفعة فيه. ولو كان أحدهما كاذباً، كان الصلح باطلاً في نفس الأمر، ولا يحلّ للمنكر ما أخذه بالصلح إذا دفع الأقلّ مع كذبه، ولا للمدعي إذا كان مُبطلاً، ويحكم عليهما في الظاهر بالصحة .

ولو ادّعى على رجل أمانةً، كالوديعة، والمضاربة، أو مضموناً، كالقرض، والتفريط في الوديعة، فأنكر، جاز الصلح.

٤٠١٧ . الرابع: إذا صالح أجنبيّ عن المنكر للمنكر صحّ، سواء اعترف للمدعي بصحة دعواه،

أو لم يعترف، وسواء كان بإذنه، أو بغير إذنه، وسواء كان في دين، أو عين، ثم إن لم يأذن المنكر في

الصلح، لم يكن للأجنبيّ الرجوع عليه بشيء، ولو أدّى بإذنه على إشكال .

وإن أذن في الصلح والأداء، رجع عليه، وإن أذن في الصلح خاصة، لم يرجع مع الأداء تبرّعاً، وهل يرجع مع نيّة الرجوع^(١)؟ الوجه أنّه لا يرجع أيضاً .

٤٠١٨ . الخامس: إذ صالح الأجنبي عن المنكر لنفسه، لتكون المطالبة له، فإن لم يعترف للمدّعي بصحة دعواه، فالوجه عدم الجواز، وإن اعترف له بالصحة،

١ . في «ب»: وهل يرجع معه بنيّة الرجوع .

صفحة ٩

فإن كان المدّعي دنيئاً صحّ، وتكون الخصومة بين الأجنبي والمدّعي عليه، وإن كان عيناً، وصدّقه على دعواه، صحّ الصلح، فإن قدر على انتزاعه، استقرّ الصلح، وإن عجز قال الشيخ: تخيّر بين فسخ الصلح والإقامة عليه^(١)

٤٠١٩ . السادس: لو قال الأجنبي للمدّعي: أنا وكيل المدّعي عليه في مصالحتك عن هذه العين، وهو مقرّ لك بها باطناً ويجحد ظاهراً، فالوجه صحة الصلح، فإن صدّقه المدّعي عليه، ملك العين ورجع الأجنبي عليه بما أذاه، إن كان أذن له في الدفع.

ولو أنكر الإذن، فالقول قوله مع يمينه، وإن أنكر التوكيل، فالقول قوله مع يمينه، وليس للأجنبي الرجوع عليه، ثم إن كان الأجنبي صادقاً في دعوى الوكالة، ملك المدّعي عليه العين بالصلح، وإن لم يكن صادقاً، احتمل عدم الملك، واحتمل أن يقف على الإجازة .

٤٠٢٠ . السابع: إذا قال المدّعي عليه: صالحني، لم يكن إقراراً بالمدّعي، أمّا لو قال: ملكني، كان إقراراً له، وكذا لو قال: بعني، أو هبني، أو أبرئني منه، أو قبضته^(٢).

٤٠٢١ . الثامن: إذا اعترف بحقّ فامتنع من أدائه حتّى صولح على بعضه، كان الصلح باطلاً، سواء كان بلفظ الصلح، أو الهبة، أو الإبراء، وسواء شرط في الهبة والإبراء أداء الباقي، أو أطلق . أمّا لو اعترف له وصالحه من غير منع، كان جائزاً، سواء صالحه بالبيع، أو بأكثر في غير الرّبوي، وفي الرّبوي إشكال، أقربه الجواز.

١ . المبسوط: ٢ / ٢٩٠ .

٢ . لعلّ المراد: قبضته منك فيكون إقراراً بملكية المدّعي .

صفحة ١٠

ويجوز بغير الجنس أقلّ ، أو أكثر، وسواء كان الصلح عن دَيْن أو عين. (١) فإذا اعترف له بدنانير فصالحه على دراهم، أو بالعكس جاز، ولم يكن صرفاً ، ولا يعتبر فيه شروطه، وكذا لو صالحه بالجنس .

ولو اعترف له بعوض ، فصالحه بثمن، أو بالعكس صحّ، ولم يكن بيعاً ، ولا يلحقه أحكامه .
ولو صالحه على سكنى دار، أو خدمة عبد، أو على أن يعمل له عملاً صحّ، ولم يكن إجارة، فإن تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة ، بطل الصلح، وإن كان في الأثناء ، بطل فيما تخلف من المدّة، ورجع بقسطه.

ولو ادّعى بعين فاعترف ، ثمّ صالحه على أن يزوجه أمته صحّ ، ولا بدّ من تجديد عقد النكاح وجعل المصالح عليه مهراً ، فإن انفسخ النكاح بما يسقط المهر قبل الدخول، وقلنا يكون المصالح عليه مهراً، يرجع الرّوج به، ولو طلقها قبل الدخول ، رجع بنصفه .

ولو اعترفت بدعوى العين، وصالحته على أن تزوجه نفسها فتزوّجته (٢) بها صحّ ، ولو اعترفت بعيب في مبيعها ، فصالحته على نكاحها فتزوّجته بالأرش صحّ، فإن زال العيب، رجعت بأرشه لا بمهر المثل، وإن لم يزل، لكن انفسخ نكاحها بالمسقط للمهر، رجع على الزوجة بأرشه.

٤٠٢٢ . التاسع: إذا اعترف بالدّين في ذمّته، فأبرأه من بعضه وأعطاه الباقي صحّ، ولو شرط في الإبراء ذلك لم يصحّ، ولو صالحه على أن يدفع إليه البعض

١ . في «أ»: أو عن عين .

٢ . في «أ»: فزوّجته .

صفحة ١١

ويبرئه من الباقي صحّ، وإن كان ربوياً، فإن خرج ما قبضه مستحقاً، ردّه إلى مستحقّه ، ورجع على الدافع بعوضه، وليس له الرجوع في الإبراء إلا إذا كان بعقد الصلح.

٤٠٢٣ . العاشر: إذا اعترف بالعين فوهبه بعضها، ويدفع الباقي صحّ، وإن شرطه في الهبة ، وكذا يصحّ لو صالحه على بعضها، ويكون الباقي في حكم الموهوب، لكن لا تلحقه أحكام الهبة.

٤٠٢٤ . الحادي عشر: إذا ادّعى بيتاً، فاعترف له ، وصالحه على بعضه صحّ، وكذا لو صالحه على بناء غرفة عليه، أو على سكناه سنة، ولا يكون ذلك عارية، بل يجب عليه الإسكان من غير عوض، وللشيخ هنا قول ضعيف (١).

٤٠٢٥ . الثاني عشر: لو صالحه على خدمة العبد سنة، فباعه ، صحّ البيع، ويتخیر المشتري مع عدم علمه، ولو أعتقه صحّ أيضاً ، ولا يبطل الصلح، ويجب على العبد الخدمة، ولا يرجع بها على السيّد .

ولو وجده معيباً ، عيباً تنقص الخدمة به ، كان له فسخ الصلح ، ولو صالح على العبد نفسه صحّ ، ولم يكن بيعاً ، فإن خرج به عيب ، كان له الفسخ .

٤٠٢٦ . الثالث عشر: إذا ظهر استحقاق أحد العوضين ، بطل الصلح ، فإن كان الصلح (٢) عن إقرار ، انتزع المقر له مضمونه (٣) . وإن كان على إنكار ، رجع

- ١ . وهو أنّه بمنزلة العارية ومتى شاء رجع في إعارته . لاحظ المبسوط: ٢ / ٢٩٤ .
- ٢ . قد تقدّم في المسألة الثالثة أنّ الصلح على قسمين: صلح على الإقرار . و صلح على الإنكار .
- ٣ . أي مضمون الإقرار .

صفحة ١٢

مدّعيّاً . أمّا لو ظهر عيب في أحد العوضين ، فإنّ الصلح لا يبطل من رأس ، بل للمصالح فسخه .
٤٠٢٧ . الرابع عشر: لو اعترف له بزرع في يده ، وصالحه على دراهم أو غيرها ، جاز ، سواء بدأ صلاحه أو لا ، وسواء شرط القطع أو لا ، أمّا لو صالحه عليه قبل خروجه من الأرض ، ففي الصّحة إشكال ، ولو كان في يد اثنين فاعترف له أحدهما فصالحه عليه ، صحّ ، وإن لم يبدأ صلاحه ، سواء شرط القطع أو لا ، فإن شرط القطع قاسمه الشريك ، وقطع نصيبه ، وإلّا تركه إلى وقت أخذه .
ولو كان الزرع لواحد ، فاعترف له بنصفه ، وصالحه بنصف الأرض ، ليصير الزرع كلّه لواحد والأرض بينهما نصفين ، صحّ بشرط القطع وبغيره .

وإن صالحه على جميع الأرض بشرط القطع ليسلم الأرض فارغاً جاز .

٤٠٢٨ . الخامس عشر: يجوز تعجيل المؤجّل بإسقاط بعضه ، فإن صالحه على ذلك جاز ، ولم يكن مكروهاً ، أمّا لو صالحه عن المؤجّل ببعضه حالاً ، وكان ربويّاً ، فالوجه عندي الجواز .
ولو صالحه على ألف حالة بنصفها مؤجّلاً ، فالوجه عندي الصّحة وإن كان ربويّاً ، وكذا يجوز لو أبرأه من النصف لكن لا يلزم الأجل ، فإن شرطه في الإبراء بطل الجميع .

٤٠٢٩ . السادس عشر: يصحّ الصلح عن المجهول دنيّاً كان أو عيناً إذا لم يمكن معرفته ، ولو علمه أحدهما وكان أكثر ، لم يجز إلا أن يعرفه إيّاه .

ولو اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير ، وطحنا بيعا ، وأخذ كلّ منهما بنسبة قيمة ماله ، إلا أن يصطلحا .

صفحة ١٣

ولو أتلف صبرة طعام ولم يعلم مقدارها ، فباعه إيّاها بثمن ، لم يصحّ ، ولو صالحه عليها به ، جاز .

وإذا كان العوض ممّا لا يحتاج إلى تسليمه ، ولا سبيل إلى معرفته، كالمتنازعين في موارِيث مجهولة وحقوق متقدّمة، أو في أرض ، أو عين من المال لا يعلم كلّ واحد حقّه منها ، جاز الصلح مع الجهالة من الطرفين.

وإن كان ممّا يحتاج إلى تسليمه ، وجب أن يكون معلوماً، وإن أمكنهما معرفة ما يصلحان عليه، بأن يكون عيناً موجودةً، وجب العلم بها، وكذا لو كان من عليه الحقّ يعلمه، وجب أن يُعرّف صاحبه. ٤٠٣٠ . السابع عشر: يصحّ الصلح عن كلّ ما يجوز أخذ العوض عنه، سواء جاز بيعه، كالأعيان المملوكة، أو لا ، كأرث الجناية، ودم العمد، وسكنى الدار، وعيب المبيع، ولو صالح عمّا يوجب القصاص بأكثر من ديته أو أقلّ جاز، ولو صالح عن الخطأ بأكثر من ديته من جنسها، وكان ربويّاً ، ففيه إشكال.

ولو أتلف شيئاً ، فصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها جاز، وللشيخ قول بالمنع^(١) ضعيف، ولو صالح عن القيمة، فالوجه ما قاله الشيخ، ولا خلاف في الجواز لو صالحه من غير الجنس بالأكثر أو الأقلّ.

٤٠٣١ . الثامن عشر: يجوز الصلح عن المؤجّل بالحالّ وبالعكس ، ويلزم الأجل، وعن كلّ من الحالّ والمؤجّل بمثله .

٤٠٣٢ . التاسع عشر: لو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقّاً ،

١ . المبسوط: ٢ / ٣٠٨ .

صفحة ١٤

بطل الصلح، ورجع بأرث القصاص لا بقيمة العبد، وكذا لو خرج حرّاً .
ولو صالح على دار، أو عبد^(١) فوجد العوض مستحقّاً أو معيباً، رجع في الدار والعبد إن كان باقياً، وبقيته إن كان تالفاً، ولو صالح على العيب بعبد فبان مستحقّاً، أو حرّاً، رجع بأرث العيب، ولو صالحه عن القصاص بحرّ يعلمان حرّيته ، أو يعلمان أنّه مستحقّ ، رجع بالدية.

٤٠٣٣ . العشرون: لا يجوز الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه، مثل ان يصلح امرأة لتقرّ له بالزّوجية ، ولو دفعت إليه عوضاً ليكفّ عن هذه الدعوى، فالوجه عدم الجواز، فإن اصطلاحاً على ذلك ، ثمّ ثبتت الزّوجية بالبينة، أو بإقرارها ، كان النكاح باقياً.

ولو ادّعت أنّ زوجها طلقها ثلاثاً، فصالحها على مال لتنزل عن دعواها لم يجز، ولو دفعت إليه عوضاً، ليقرّ بطلاقها لم يملكه، بخلاف ما لو بذلت عوضاً ليطلقها .

٤٠٣٤ . الواحد والعشرون: لو ادّعى عبودية من أنكرها، فصالحه على مال ليقرّ له بها، لم يجز، فإن أقرّ لزمه، ولو دفع المنكر مالاً صلحاً عن دعواه، ففي عدم الصحة إشكال.

ولو ادعى على رجل مالا، فأنكر ، فدفع إليه شيئاً ليقر له به، لم يصح فإن أقر لزمه ما أقر به، ويرد ما أخذه ، ولو دفع المنكر مالا صلحاً عن الدعوى، جاز.

٤٠٣٥ . الثاني والعشرون: لو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه ، أو صالح الزاني والسارق والشارب بمال على أن لا يرفعه إلى السلطان ، أو

١ . في «ب»: وعبد .

صفحة ١٥

صالحه عن القذف ، لم يصح ، ولو صالح عن حق الشفعة ، فالوجه الجواز.

٤٠٣٦ . الثالث والعشرون: إذا ادعى اثنان عيناً بسبب يوجب الاشتراك في كل جزء منها، مثل أن يقولوا: ورثناها (١) أو ابتعناها صفقة، فأقرّ المتشبهت لأحدهما بنصفها، اشتركا فيه، فإن صالح المقر له عما أقر به، مضى الصلح فيه أجمع إن كان بإذن صاحبه، وإلا ففي قدر نصيبه ، وهو الربع خاصة.

ولو ادعياها مطلقاً من غير قيد يقتضي الشركة، فأقرّ لأحدهما ، لم يشاركه الآخر، ولو أقر بها أجمع لأحدهما، فإن صدق المقر له الآخر سلم إليه النصف، سواء سبق تصديقه أو تأخر، ولو لم يصدق الآخر، كان الجميع له إن ادعاه بعد الإقرار ، ولا يسقط حقه من الجميع بدعوى النصف أولاً . ولو لم يدع الجميع بعد الإقرار، ولا اعترف للآخر بالنصف ، ثبت النصف للمقر له، واحتمل إبقاء النصف الآخر في يد المقر ، و احتمل دفعه إلى الحاكم حتى يُثبت المدعي ، و احتمل دفعه إلى الآخر ، ومنعه الشيخ (٢).

٤٠٣٧ . الرابع والعشرون: إذا تداعيا جملاً ولأحدهما عليه جمل ، حكم به لصاحب الجمل.

ولو تنازعا عبداً ولأحدهما عليه ثياب فُضي به لهما.

ولو تنازعا راكب الدابة وقابض لجامها، فُضي بها للراكب مع يمينه، وقيل: يستويان (٣).

١ . في «أ»: أورثناها.

٢ . المبسوط: ٢ / ٢٩٤ .

٣ . القائل هو الشيخ في الخلاف: ٣ / ٢٩٦ ، المسألة ٥ من كتاب الصلح ، وابن إدريس في السرائر: ٢ / ٦٧ .

صفحة ١٦

ولو تنازعا ثوباً في يد أحدهما أكثره، تساويا فيه .

ولو تداعيا غرفةً على بيتٍ أحدهما وبابها إلى غرفة الآخر ، فهي لصاحب البيت مع اليمين .
٤٠٣٨ . الخامس والعشرون: إذا ادّعى داراً في يد أخوين، فاعترف أحدهما، فصالحه على بذل ماله بعوض صحّ، وليس للآخر الأخذ بالشفعة، سواء كان الإنكار مطلقاً ، أو قال: هذه لنا ورثناها جميعاً عن أبينا أو أخينا.
٤٠٣٩ . السادس والعشرون: إذا اصطلح الشريكان على أن يكون لأحدهما رأس ماله نقداً، والرّبح والخسران والنقد والتّسيئة والعروض^(١) للآخر ويسلم إليه صحّ ، وهي رواية الحلبي والكناني الصحيحة عن الصادق (عليه السلام)^(٢).
٤٠٤٠ . السابع والعشرون: إذا كان مع اثنين درهمان ادّعاهما وادّعى الآخر واحداً منهما، أعطى مدّعيهما درهماً ونصفاً، وللآخر النصف الآخر ، ولو كانا في يد مدّعيهما، حلف للآخر وكان الجميع له، ولو كانا في يد مدّعي أحدهما، حلف للآخر وأخذ درهماً.
٤٠٤١ . الثامن والعشرون: إذا أخذ رجل من آخر عشرين درهماً بضاعة، ومن آخر ثلاثين كذلك ، واشترى بكلّ منهما ثوباً وامتزجا ولم يتميّزا، فإن خيّر أحدهما صاحبه، فقد انصفه، وإن ماكسا بيعا وقسّم الثمن على خمسة أجزاء، فأعطى صاحب العشرين خمسيه^(٣) وللآخر الباقي ، وهي رواية إسحاق بن

١ . في «ب»: القروض .

٢ . الوسائل: ١٣ / ١٦٥ ، الباب ٤ من كتاب الصلح ، الحديث ١ .

٣ . في «ب»: خمسين .

صفحة ١٧

عَمَار عن الصادق (عليه السلام).^(١) قال ابن إدريس: والأولى استعمال القرعة^(٢).
٤٠٤٢ . التاسع والعشرون: إذا استودع لرجل دينارين وللآخر ديناراً، وامتزج المال من غير تفريط، وضاع منها^(٣) دينار ففي رواية السكوني عن الصادق (عليه السلام): يُعطى صاحب الدينارين ديناراً منهما، ويُقسّم الآخر بينهما نصفين.^(٤) وفي السكوني ضعف.
والأولى عندي قسمة التالف على قدر رأس المالين، فيعطى صاحب الدينارين ديناراً وتثلث دينار، وللآخر ثلثي دينار ، ولو فرط المستودع في المزج لزمه الدينار.
٤٠٤٣ . الثلاثون: يصحّ الصلح على عين بمثلها وبمنفعة، وعلى منفعة بمثلها وبعين، وعلى دين بمثله أو عين، وبالعكس.
٤٠٤٤ . الواحد والثلاثون: إذا كان لأحدهما عليه ألف درهم ولآخر مائة دينار، فصالحاه على ألف درهم، ففي صحّته إشكال، وجوّزه ابن الجنيد بشرط التقابض ، فإن عين حصّة كلّ واحد وإلاّ بسطت على الألف بقيمة المائة بالنسبة.

٤٠٤٥ . الثاني والثلاثون: إذا كان الدَّيْنُ مُوجَّلاً، فصالحه على التعجيل صحَّ، وسقط الأجل، فإن ظهر العوض مستحقاً أو معيباً فردّه ، قال ابن الجنيّد: كان لصاحب الدَّيْنِ مطالبته بتوفيته إيّاه معجلاً، وليس بمعتمد.

-
- ١ . الوسائل: ١٣ / ١٧٠ ، الباب ١١ من كتاب الصلح ، الحديث ١ .
 - ٢ . السرائر: ٢ / ٦٩ .
 - ٣ . في «أ»: منهما .
 - ٤ . الوسائل: ١٣ / ١٧١ ، الباب ١٢ من كتاب الصلح، الحديث ١ .

صفحة ١٨

٤٠٤٦ . الثالث والثلاثون: لو صالح الوصي المدعي^(١) على الميت بغير بيّنة، قال ابن الجنيّد: بطل الصلح، والوجه تقييده بانتفاء المصلحة. ولو كان لليتم مالٌ وبه بيّنة ، فصالح عنه وصيّّه ، قال: لا يصحّ الصلح بالبعض، ولو لم تكن بيّنة ، جاز الصلح. قال: ولو وجد الوصيّ ، أو اليتم بيّنة بحقه^(٢) انتقض الصلح^(٣) وهو أشكل من الأوّل. وقد بقي في الصلح مسائل تتعلّق بالأملك وأشباهها، تذكر في كتاب إحياء الموات إن شاء الله تعالى.

-
- ١ . في «أ»: للمدعي .
 - ٢ . في «أ»: بحق.
 - ٣ . نقله عنه المصنف أيضاً في المختلف: ٦ / ١٨٢ .

صفحة ١٩

كتاب الوكالة

صفحة ٢٠

صفحة ٢١

المقصد السابع : في الوكالة

وفيه فصول

الفصل الأول: في الماهية

وفيه ستة عشر بحثاً:

٤٠٤٧ . الأول : الوكالة عقد شرع للاستنابة في التصرف ، وهي جائزة بالنص والإجماع، وتفترق إلى الإيجاب والقبول.
فالأول: كل لفظ دل على الإذن ، مثل: وكنتك واستنتبتك، أو افعل كذا، أو أذنت لك في فعله، ولو قال: وكنتني، فقال: نعم أو أشار بذلك مع العجز، كفى في الإيجاب.
والقبول: كل لفظ، أو فعل يدل على الرضا بذلك ، مثل: قبلت وما شابهه من الألفاظ ، ولو لم يقل لفظاً، وفعل ما يدل على الرضا كالتصرف وفعل ما أمر به، كان قبولاً صحيحاً.

صفحة ٢٢

٤٠٤٨ . الثاني: لا تشترط فورية القبول، بل لو وكل جاز أن يقبل على التراخي قولاً وفعلًا، سواء كان حاضراً أو غائباً.
٤٠٤٩ . الثالث: من شرط الوكالة أن تقع منجزة، فلو علق على شرط، أو صفة ، بطلت، ولو قال: مهما عزلتكم فأنت وكيلي، لم ينعقد بعد العزل، ولو نجز الوكالة، وعلق التصرف صح، ولم يجز للوكيل التصرف قبل وجود المعلق.
٤٠٥٠ . الرابع: يجوز التوكيل بجعل^(١) وبغير جعل ، فإن كانت بجعل استحقه الوكيل بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل إن كان ممّا يمكن تسليمه، فإن وكله في عمل، كثوب ينسجه، أو يقصره ، أو يخطئه، فمتى سلمه إلى الموكل معمولاً، استحقّ الأجر، وإن كان في منزل الموكل.
وإن وكل في بيع، أو شراء ، استحقه مع العمل، وإن لم يقبض الثمن في البيع ، إلا أن يجعل الأجر في مقابلة البيع والقبض.
٤٠٥١ . الخامس: في اشتراط تعيين ما وكل فيه إشكال، فلو وكله في كل قليل وكثير، أو في كل تصرف يجوز له، أو في كل ماله التصرف فيه، قال الشيخ: لا يجوز ؛ لعظم الغرر فيه المقتضي للضرر^(٢) ولو قيل: بالجواز كان حسناً، ويكون تصرف الوكيل منوطاً بالمصلحة.
ولو قال: اشتر لي ما شئت ، قيل: لا يجوز، لأنه قد يشتري مالا يقدر على ثمنه^(٣) ولو قيل: بالجواز مع اعتبار المصلحة كان وجهاً، فحينئذ لا يشتري إلا بثمن

١ . الجعل: ما جعل على العمل من أجر أو رشوة. المعجم الوسيط: ١ / ١٢٦ .

٢ . الخلاف: ٣ / ٣٥٠ ، المسألة ١٤ من كتاب الوكالة .

٣ . القائل هو ابن قدامة في المغني: ٤ / ٢١٢ .

المثل فما دون، ولا يشتري مالا يقدر الموكل على ثمنه، ولا ما انتفت المصلحة فيه.
ولو قال: بع مالي كله جاز إجماعاً، وكذا: اقبض ديوني كلها.
ولو قال: بع ما شئت من مالي، أو من عبيدي، واقبض ما شئت من ديوني جاز، وكذا: اقبض
ديني كله وما يتجدد في المستقبل.
ولو قال: اشتر لي عبداً، أو ثوباً، وأطلق، قال الشيخ: لا يجوز للجهالة (١) ولو قال: تركياً، أو
هندياً (٢) جاز إجماعاً، والوجه عندي جواز الأول أيضاً، ولا يشترط ذكر قدر الثمن، أطلق، أو قيّد،
بل له أن يشتري بثمن المثل.
٤٠٥٢ . السادس: الوكالة عقد جائز من الطرفين، فللموكل عزل وكيله متى شاء، وللوكيل
عزل نفسه، سواء كان الموكل حاضراً، أو غائباً، فإذا فسخ الوكيل، بطلت وكالته، وبطل تصرفه بعد
الفسخ، وافترق في التصرف بعد الفسخ إلى تجديد عقد الوكالة.
٤٠٥٣ . السابع: تبطل الوكالة بموت الموكل أو الوكيل، وبالجنون من أيهما كان، وكذا
الإغماء، وبفعل الموكل متعلق الوكالة، وتلفه كموت العبد الموكل في بيعه، والمرأة الموكل في
طلاقها، ولا تبطل بالتوم وإن طال زماناً، ولا بالسهو وإن كثر، ولا السكر، ولا بالفسوق المتجدد،
وإن كان في الإيجاب في عقد النكاح.
ولو حجر الحاكم على الموكل، لسفه، أو فلس، بطلت الوكالة أيضاً في أعيان أمواله، بخلاف
مالو حجر على الوكيل.

١ . المبسوط: ٢ / ٣٩١ - ٣٩٢ .

٢ . في «ب»: هرويا .

ولو حجر على الموكل، لم تبطل الوكالة بما لا يتعلق بالمال، كالخصومة، والشراء في الذمة،
والطلاق، والقصاص، والخلع.
ولو كان وكيلاً فيما يشترط فيه الأمانة، كوكيل وليّ اليتيم، ووليّ الوقف على الفقراء ونحوه،
انعزل بفسقه وفسق موكله.
ولو كان وكيلاً لوكيل من يتصرف في مال نفسه، انعزل بفسقه لا بفسق موكله.
٤٠٥٤ . الثامن: إذا عزل الموكل الوكيل، وأعلمه العزل، انعزل إجماعاً، فإن لم يُعلمه، بل أشهد
على عزله، فإن كان مع إمكان الإعلام، لم ينعزل، وهل يجوز لشاهد العزل الشراء من الوكيل
حينئذ؟ فيه نظر (١).

وإن كان مع تعذره، فقولان ، أجودهما عدم العزل، واختار الشيخ في النهاية العزل^(٢)، فعلى ما اخترناه، متى تصرف قبل علمه مضى تصرفه، فلو اقتصن، وقع موقعه، وعلى قول الشيخ يكون قصاص الوكيل بعد العزل خطأ.

ولو مات الموكل فقد انعزل الوكيل، سواء علم بموته أو لا، فكل تصرف فعله بعد الموت، كان باطلاً وإن لم يعلم بالموت.

٤٠٥٥ . التاسع: لا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكّل فيه، كلبس الثوب، وركوب الدابة، لكنّه يضمن بالتعدي، فإذا باعه صحّ البيع ويبرأ من الضمان بالتسليم إلى المشتري، وهل يزول الضمان بمجرد العقد؟ فيه نظر، منشؤه انتقال العين إلى المشتري^(٣)، فإذا قبض الثمن من المشتري كان أمانة غير مضمون، وكذا لو وكّله

١ . في «ب»: فيه إشكال .

٢ . النهاية: ٣١٨ .

٣ . ولم يذكر منشأ وجه الضمان فتدبر .

صفحة ٢٥

في شراء شيء، فتعدى في الثمن ، فإنه يبرأ بتسليمه إلى البائع، ولا يضمن المبيع، ولو وجد بالمبيع عيباً فردّه المشتري عليه، أو وجد هو بما اشترى عيباً، فردّه وقبض الثمن، فالوجه عود الضمان.

٤٠٥٦ . العاشر: لو وكّل امرأته في بيع، أو شراء، أو غيره، ثمّ طلقها، لم تبطل الوكالة ، أمّا لو وكّل عبده ثمّ أعتقه، أو باعه، فالأقرب انعزاله، وكذا لو وكّل عبداً غيره بإذنه ثمّ بيع، أمّا لو أعتق، فالوجه بقاء وكالته، وكذا لو اشتراه الموكل.

٤٠٥٧ . الحادي عشر: لو وكّل مسلم كافرأ فيما يصحّ تصرفه فيه صحّ، سواء كان ذمياً ، أو مستأمنأ، أو حربياً، أو مرتدأ، ولو وكّل مسلماً فارتدّ ، لم تبطل وكالته، سواء لجقّ بدار الإسلام، أو أقام بدار الحرب، وسواء تاب عن ارتداده أو لا .

ولو ارتدّ الموكل لم تبطل الوكالة أيضاً ، إن لم يكن عن فطرة، وإلاّ بطلت، وكذا التفصيل لو وكّل في حال ردّته.

٤٠٥٨ . الثاني عشر: لو وكّل رجلاً في نقل امرأته، أو بيع عبده، أو قبض داره من فلان، فقامت البيّنة بطلاق الزوجة وعتق العبد وانتقال الدار عن الموكل ، بطلت الوكالة.

٤٠٥٩ . الثالث عشر: لو تلفت العين المؤكّل فيها، بطلت الوكالة على ما تقدّم ، فلو دفع إليه ديناراً ووكله في الشراء به، فهلك ، أو ضاع، أو استقرضه الوكيل وتصرّف فيه، بطلت الوكالة، سواء وكّله في الشراء بالعين، أو مطلقاً وينقد الدينار، فإن اشترى حينئذ ، وقف على إجازة الموكل.

ولو اشترى الوكيل بعين ماله لغيره شيئاً ، فالوجه الوقوف على الإجازة لا وقوع الشراء للوكيل.

صفحة ٢٦

٤٠٦٠ . الرابع عشر: لو غاب الموكل وطالب الوكيل الغريم، وجب عليه الدفع إليه ، ولا اعتبار بحضور ورثة الغائب إذا لم يثبت موته.

٤٠٦١ . الخامس عشر: العبارة عن العزل أن يقول: عزلتُك ، أو عزلتُ نيابتك، أو فسخت، أو بطلت، أو نقضت، أو لا تتصرف، أو امتنع من التصرف، ولو أنكر الوكالة فأقام الوكيل البيّنة تثبت، ولم يكن الإنكار عزلاً فيما مضى قطعاً، وفي المستقبل إشكال.

٤٠٦٢ . السادس عشر: لا يشترط في التوكيل رضی الخصم فتصحّ الوكالة من دون رضاه، ولو عزله الخصم لم يعزل.

الفصل الثاني: فيما يصحّ التوكيل فيه وما لا يصحّ

وفيه أحد عشر بحثاً:

٤٠٦٣ . الأول : كلّ ما يتعلّق غرض الشارع بإيقاعه من العبد مباشرة لا يصحّ التوكيل فيه، وكلّ ما جعل ذريعة إلى غرض لا يختص بالمباشرة، جاز التوكيل فيه. وشرطه: أن يكون مملوكاً للموكل ، فلو وكلّه في طلاق امرأة سينكحها، أو بيع عبد يشتره، لم يجز، وأن يكون ممّا تصحّ فيه النيابة.

٤٠٦٤ . الثاني : الطهارة لا تصحّ النيابة فيها، لتعيّن محلّها ، ولا

صفحة ٢٧

يجوز أن يوضّئه غيره في محلّه إلا مع الضرورة، ويجوز أن يستعين.

ويجوز التوكيل في تطهير بدنه وثوبه من النجاسة.

٤٠٦٥ . الثالث : الصلاة لا تصحّ النيابة فيها، إلا في ركعتي الطواف مع العذر،^(١) ويجوز مطلقاً بعد الموت عندنا، وإن لم يكن توكيلاً حقيقياً.

٤٠٦٦ . الرابع: الزكاة تجوز النيابة في أدائها، فيؤدّيها عنه غيره ، ويجوز أن يستنيب في إخراجها من ماله ومن مال النائب، ويستنيب الفقراء والإمام أيضاً في التسليم.

٤٠٦٧ . الخامس: الصيام لا تصحّ النيابة فيه إلا إذا مات، فيصوم عنه وليّه، وأما الاعتكاف فلا تدخله النيابة.

٤٠٦٨ . السادس: والحجّ تدخله النيابة مع العجز والموت.

٤٠٦٩ . السابع: البيع يصحّ التوكيل فيه وفي جميع أحكامه، وكذا الشراء ، والرهن وقبضه.

٤٠٧٠ . الثامن: التفليس لا يتصور فيه الوكالة، وأمّا الحجر فيصحّ أن يُوكّلَ الحاكم من ينوب عنه.

٤٠٧١ . التاسع: الصلح يصحّ التوكيل فيه، وكذا الحوالة، والضمان ، والشركة، والوكالة، والإقرار على إشكال ، والعارية، والقراض، والمساقاة، والمطالبة بالشفعة وأخذها، والإجارة ، والاصطياد، والاحتطاب، والاحتشاش، وإحياء الموات على إشكال، والجعالة، والمزارعة ، والعطايا، والهبات ، والوقف، وقبض

١ . في «أ»: مع التعذر .

صفحة ٢٨

الحقوق ودفعها كالميراث وغيره، والقسمة، والوصايا، والودائع ، والنكاح إيجاباً وقبولاً من الولي والخاطب والمرأة، والخلع ، والطلاق ، والرجعة، واستيفاء القصاص بحضرة الموكل وغيبته، وقتال أهل البغي ، والجهاد، واستيفاء الحدود دون إثباتها، إلا حدّ القذف، وعقد الجزية، وتسليمها وقبضها، والذبح، وعقد السبق والرمي، والقضاء ، والدعوى، وإثبات الحجج والحقوق، والقرض ، والصلح ، والإبراء.

ولا يشترط علم الوكيل بالقدر المبرئ عنه، ولا من عليه الدّين. وفي اشتراط علم الموكل نظر، والعق والتدبير والكتابة.

٤٠٧٢ . العاشر: الغصب لا يصحّ التوكيل فيه، فإذا غصب الوكيل، كان هو الغاصب لا الموكل، ولا الميراث ، ولا القسم بين الزوجات، ولا الإيلاء، ولا الظّهار، ولا اللعان، ولا العدة، ولا الرضاع، ولا الجنائية، ولا القسامة، ولا الأشربة ، بل يجب الحدّ على الشارب لا الموكل ، ولا الأيمان والنذور، والعهود، وأمّا الشهادة، فإذا استتاب كان شاهد فرع لا وكيلاً ، ولا الاستيلاء.

٤٠٧٣ . الحادي عشر: جوّز الشيخ الوكالة في الإقرار ، (١) فإن عيّن الموكل لم يلزمه ما يزيد الوكيل في الإقرار ، وإن أطلق ، لم ينفذ إقرار الوكيل (بالمعيّن) (٢) ، فإذا أقرّ بالمطلق ، رجع في التفسير إلى الموكل ، وإن منعنا من الوكالة ، ففي كونها إقراراً من الموكل نظر، فإن قلنا به ، لزمه - إن وكّله في الإقرار بالمعيّن - ما عيّنه، وفي المطلق ما يُعيّنه، ويُجبر على التعيين.

١ . الخلاف: ٣ / ٣٤٤ ، المسألة ٥ من كتاب الوكالة.

٢ . ما بين القوسين يوجد في «ب».

صفحة ٢٩

الفصل الثالث: في الموكل

وفيه أربعة عشر بحثاً:

٤٠٧٤ . الأول : يعتبر في الموكّل جواز التصرّف، فكلّ من صحّ تصرّفه في شيء بنفسه، وكان ممّا تدخله النيابة، جاز أن يوكلّ فيه، رجلاً كان أو امرأة، حرّاً، أو عبداً، مسلماً، أو كافراً، فلو وكلّ المجنون والسكران والمغمى عليه لم يصحّ. وكذا لا تصحّ وكالة الصبيّ، مميّزاً كان أو غير مميّز، ولو بلغ عشرين جاز أن يوكلّ فيما له فعله بنفسه، كالوصيّة في المعروف، والصدقة والطلاق على رواية (١) ممنوعة، وليس له أن يوكلّ في غير ذلك وإن كان مرافقاً بإذن الوليّ أو بغير إذنه.

٤٠٧٥ . الثاني : لو عرض للموكّل الجنون، بطلت الوكالة من وقت عروضة، وإن لم يعلم به، سواء كان مطبقاً، أو أدواراً، وكذا الإغماء، وأما السكر العارض، فلا يبطل الوكالة.

٤٠٧٦ . الثالث: المحجور عليه لسفه، أو فلس، ليس له أن يوكلّ فيما لا يجوز له التصرّف فيه بنفسه، كالأموال، ويجوز فيما له التصرّف فيه بنفسه، كالطلاق، والخلع، واستيفاء القصاص.

١ . لاحظ الوسائل: ١٣ / ٣٢١ ، الباب ١٥ من كتاب الوقوف والصدقات ، الحديث ١ - ٢ ، والباب ٤٤ من كتاب الوصايا ، الحديث ٤ ؛ وج ١٥ / ٣٢٤ - ٣٢٥ ، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق ، الحديث ٢ و ٦ .

صفحة ٣٠

٤٠٧٧ . الرابع: العبد الفنّ ليس له أن يوكلّ إلاّ بإذن سيّده فيما يشترط فيه إذن المولى، ولا يكفي فيه إلاّذن في التجارة فيما لا يتعلّق بها.

أمّا المكاتب فله أن يوكلّ فيما يتولّى بنفسه ممّا تصحّ فيه النيابة، ويجوز للفنّ أن يوكلّ فيما يتولّاه بنفسه، من غير إذن السيّد، كالطلاق، والخلع، فلو وكلّه أجنبيّ في شراء نفسه من مولاه صحّ.

٤٠٧٨ . الخامس: لا يجوز للوكيل أن يوكلّ غيره إلاّ بإذن الموكّل، سواء منعه، أو أطلق، إلاّ إذا كان الوكيل ممّن يترقّع عن متعلّق الوكالة (١)، أو كان كثيراً منتشراً يعجز عنه بنفسه، فيجوز له أن يستتیب، وهل يجوز للعاجز من حيث الكثرة الاستنابة في الجميع؟ أو يجب أن يقتصر على الزيادة التي عجز عنها؟ الأقرب الأخير.

ولو أذن له في التوكيل جاز بلا خلاف، ولو قال: وكلّك فاصنّع ما شئت، ففي جواز التوكيل نظر، أقرب ذلك.

٤٠٧٩ . السادس: إذا أذن له في التوكيل، فإن عيّن، لم يجز التعدي، وإن أطلق، وجب أن يُعيّن على أمين، فلو وكلّ فاسقاً لم يجز، ولو وكلّ أميناً، فصار خائناً، وجب عليه عزله.

٤٠٨٠ . السابع: الوصيّ يجوز له أن يُوكَّلَ، وكذا الحاكمُ وأميئته، ووليّ النكاح يجوز أن يُوكَّلَ في تزويج موليته، سواء كان أباً ، أو جدّاً، أمّا الوكيل، فيقف على الإذن.

١ . كالأعمال الدنيّة .

صفحة ٣١

٤٠٨١ . الثامن: إذا أذن الموكَّلُ للوكيل في التوكيل صحّ، وكان الوكيل الثاني وكيلاً للموكَّل لا ينعزل بموت الوكيل الأول ولا عزله، ولا يملك الأول عزل الثاني. ولو أذن له أن يوكَّل لنفسه، جاز، وكان وكيلاً للوكيل، ينعزل بموته وعزله إياه وموت الموكَّل وعزل الأول .

ولو وُكِّلَ الأول من غير الإذن نُطقاً بل عرفاً، كان الثاني وكيلاً للوكيل.

٤٠٨٢ . التاسع: العبد المأذون له في التجارة ، يجوز له أن يُوكَّلَ فيما تحتاج التجارة إلى التوكيل فيه من غير إذن ، ولا يجوز في غير ذلك.

٤٠٨٣ . العاشر: لا يجوز للمُحْرَم أن يُوكَّلَ في عقد النكاح، ولا شراء الصيد.

٤٠٨٤ . الحادي عشر: للأب والجدّ أن يُوكَّلَا عن الصغير.

٤٠٨٥ . الثاني عشر: للغائب أن يُوكَّلَ في الطلاق إجماعاً، وكذا للحاضر، فإذا وقع الطلاق بحضور الموكَّلِ وقع، خلافاً للشيخ (١).

٤٠٨٦ . الثالث عشر: ينبغي للحاكم أن يُوكَّلَ عن السفهاء ونواقص العقول من يحاكم عنهم.

٤٠٨٧ . الرابع عشر: يكره لذوي المروّات مباشرة الحكومه (٢) ، وينبغي لهم أن يُوكَّلوا فيها.

١ . النهاية: ٣١٩ .

٢ . أي ممارسة طرح الدعوى وإقامة البيّنة مباشرة.

صفحة ٦٤

صفحة ٦٥

كتابُ الاجارة

وتتابعها

المقصد الأول : في الإجارة

وفيه فصول:

الفصل الأول: في العقد

وفيه أحد عشر بحثاً:

٤١٦٩ . الأول : الإجارة عقد يقتضي تمليك المنفعة بعوض معلوم، واشتقاقها من الأجر، وهو العوض (١).

وهي جائزة بالنص والإجماع، ولا بدّ فيه من إيجاب وقبول، وليست بيعاً للمنافع. وعبرة الإيجاب: أجرئك أو أكريتك، والقبول أن يقول: قبلت. ولا ينعقد بلفظ التمليك مجرداً، ولو قرنه بالمنفعة المعيّنة، مثل أن يقول: ملكتك سكنى هذه الدار سنةً بكذا، انعقد، وفي انعقادها بلفظ العارية إشكال.

٤١٧٠ . الثاني : لو قال: بعتك هذه الدار، ونوى الإجارة، لم ينعقد، ولو

١ . ومنه سمّي الثواب أجراً، لأنّ الله تعالى يعوّض العبد به على طاعته أو صبره عن معصيته .

قال: بعتك سكنها سنةً، فالأقرب عدم الجواز، لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان، وهل المعقود عليه المنافع أو العين؟ فيه نظر.

فإن قلنا بالأوّل، جاز أن يقول: أجرتك منفعةً داري، وفي اشتراط تقديم الإيجاب نظر.

٤١٧١ . الثالث : الإجارة عقد لازم من الطرفين لا يبطل إلا بالتقاييل، أو أحد الأسباب الموجبة للفسخ، كوجود عيب في الأجر المعين، أو إفلاس المستأجر به، أو وجود عيب في العين، كأنهدام الدار، ولا يفسخ بالعدر، فلو اكرت جملًا للحجّ ثمّ بدا له، أو مرض ولم يخرج، لم يكن فسخ الإجارة، وكذا لو استأجر دكاناً للتجارة، فاحترق قماشه أو تلف ماله، لم يكن له الفسخ، وكذا لو أجر

جملة من إنسان ليحج عليه، ثم بدا للموَجِر أو آجر داره أو دكانه وأراد السفر ثم بدا له عنه ، لم يكن له فسخ الإجارة .

ولو فسخ المستأجر الإجارة قبل انقضاء المدّة، لم تنفسخ ، وكانت المنافع مملوكة له لم تنزل عنه، وكذا لا تنفسخ لو ترك الانتفاع بها حتى خرجت المدّة اختياراً ، ويجب عليه دفع الأجرة، إن لم يكن دَفَعَهَا، ولو أراد استيفاء بقية المنافع ، جاز في المدّة، أما لو خرجت ، فليس له المطالبة بالانتفاع عوضاً ما تركه ولا أجرته.

٤١٧٢ . الرابع: اختلف علماؤنا ، فقال بعضهم: إنّ الإجارة تبطل بموت أحد المتواجرين سواء كان الميِّت المستأجر أو الموَجِر. ^(١) وقال بعضهم: تبطل بموت

١ . ذهب إليه الشيخ في الخلاف: ٣ / ٤٩١ ، المسألة ٧ من كتاب الإجارة ، والقاضي في المهذب: ١ / ٥٠١ - ٥٠٢ ، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٦٧ .

صفحة ٦٩

المستأجر دون الموَجِر. ^(١) وقال آخرون: لا تبطل بموت من كان منهما. ^(٢) وهو الأقوى عندي سواء كان الموت قبل استيفاء المنفعة أو بعد استيفاء البعض.

ولو مات المستأجر ولا وارث له يستوفي المنفعة، أو يكون غائباً، كمن يكتري دابة ويموت في طريق مكة ، ولا وارث معه ، وليس على جملة شيء يحمله ، احتمل فسخ الإجارة هنا في باقي المدّة، لوجود ما يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة ، كالهدم ، والغصب والأقربُ عدم الفسخ . ولو كان له عليه متاع لم تبطل الإجارة ، وكذا لو كان هناك وارث يستوفي المنفعة.

٤١٧٣ . الخامس: لو آجر البطن الأوّل الوقف مدّةً ، ثم انقضوا في أثنائها بطلت في الباقي خاصة ، فإن كان الموَجِر قبض مال الإجارة ، أخذ المستأجر من تركته بحصة الباقي.

٤١٧٤ . السادس: إذا آجر الوليُّ الصبيّ أو ماله مدّةً يعلم بلوغه فيها، بطلت في المتيقن وصحّت في المحتمل ، فلو آجر ابن عشر عشراً، فالوجه صحّة الإجارة في خمس والبطلان في الباقي، ولو آجره خمساً، فبلغ في أثنائها ، فالأقربُ ثبوت الخيار للصبي بين الفسخ والإمضاء، ولا يلزمه العقد، وقوى الشيخُ (رحمه الله) انتفاء الخيار ولزوم العقد. ^(٣) ثم بعد ذلك أثبت له الفسخ ^(٤) كما قلناه .

١ . قال ابن البراج في المهذب: ١ / ٥٠١ : وعمل الأكثر من أصحابنا على أنّ موت المستأجر هو الذي يفسخها لا موت الموَجِر .

وقال الشيخ في الخلاف: ٣ / ٤٩٢ : وفي أصحابنا من قال: موت المستأجر يُبطلها ، وموت الموَجِر لا يبطلها .

- ٢ . منهم: أبو الصلاح في الكافي: ٣٤٨ ، والحلي في السرائر: ٢ / ٤٤٩ ، ونقله عن السيد المرتضى ، لاحظ السرائر: ٢ / ٤٦٠ .
- ٣ . المبسوط: ٣ / ٢٤٠ ؛ والخلاف: ٣ / ٥٠٠ ، المسألة ٢١ من كتاب الإجارة .
- ٤ . المبسوط: ٣ / ٢٤٠ .

صفحة ٧٠

أما مدة الحجر عليه ، فلا خيار له فيها بعد البلوغ ، ولا فرق بين الأب والجد له ، والوصي وغيرهم من الأولياء .

وإذا مات الولي لم تنفسخ الإجارة على ما اخترناه نحن ، وكذا لو عزل أو انتقلت الولاية إلى غيره ، وليس للثاني فسخ ما عقده الأول.

٤١٧٥ . السابع: لو أجر عبده مدة ، ثم أعتقه في أثنائها ، صحّ العتق ، ولا يبطل عقد الإجارة ، وليس للعبد رجوع على مولاه بأجرة المثل ، ولا خيار للعبد في الفسخ ، ونفقة العبد إن كانت مشروطة على المستأجر ، فهي عليه كما كانت ، وإلا فهي على العبد، ولو افتقر إلى السعي لأجلها ، وكانت الإجارة مستوعبة ، فالوجه أنها على العبد أيضاً ، فإن أنفق عليه المستأجر ، أو المعتق ، أو استعان بالحاكم أو ببعض المسلمين، وإلا سعى في قدر النفقة كل يوم ، وصرف باقيه إلى المستأجر ، والأقرب احتساب ذلك الزمان على المستأجر على إشكال.

وقال بعض الجمهور: النفقة على السيد فيما اذا لم يشترطها على المستأجر ، لأنه باستيفاء عوض المنافع يكون كالباقى على ملكه ، ولعدم قدرة العبد على نفقة نفسه لشغله بالإجارة (١) ولا نفقة على المستأجر فتتعيّن على المولى (٢) وليس بمستبعد .

٤١٧٦ . الثامن: إذا باع العين المستأجرة ، صحّ البيع ، ولا يقف على إجازة المستأجر ، سواء باعها للمستأجر أو لغيره ، ثم إن علم المشتري بالإجارة لزمه البيع ، وإلا تخير بين الفسخ والإمضاء بالجميع ، فإن اختار الإمضاء ، أو كان عالماً ، ملك العين مسلوقة المنفعة إلى حين انقضاء مدة الإجارة ، ولا يستحقّ

١ . في «أ»: لشغلها بالإجارة .

٢ . لاحظ المغني لابن قدامة: ٦ / ٤٦ .

صفحة ٧١

تسليم العين إلا حين الانقضاء ، فلو فسخ المستأجر الإجارة لحدوث عيب ، فالأقرب رجوع المنفعة إلى البائع لا المشتري .

ولو اشتراها المستأجر صحّ البيع ، والأقرب عدم بطلان الإجارة فيكون الأجر باقياً على المشتري والتمن أيضاً ، فيجتمعان للبائع ، فإن ردّها بعيب لم تنفسخ الإجارة بفسخ البيع .
ولو قيل بفسخ الإجارة مع شرائه العين، وعدم رجوع المشتري بالمال (١) ، كان وجهاً.
٤١٧٧ . التاسع: لو ورث المستأجر العين، فإن قلنا موت الموجر يبطل الإجارة بطلت في الباقي ، ويرجع المستأجر بالأجر على التركة ، وإن قلنا بعدم الإبطال ، على ما اخترناه، فالأقرب هنا عدم البطلان إلاّ أنّه لا فرق في الحكم بين الفسخ والإبقاء .
فلو مات الموجر وخلف ابنين أحدهما المستأجر، كانت الرقبة بينهما ، والمستأجر أحقّ بالجميع مدّة الإجارة ، وعليه نصف الأجرة للآخر، فإن كان قد دفعها ، لم يرجع بشيء على أخيه ولا على التركة.
٤١٧٨ . العاشر: لو تلفت العين المستأجرة ، انفسخ العقد بتلفها ، ورجع المستأجر بأجرة الباقي ، ولو خرجت معيبةً ، كان له الفسخ ، وليس له المطالبة ببديلها.
ولو خرجت مستحقّةً تبيّنا (٢) بطلان العقد ، فيرجع المالك على من شاء

١ . حاصل هذا الوجه في مقابل الوجه السابق المشار إليه بقوله: «الأقرب» هو انفساخ الإجارة بالاشتراء ولكن لا يرجع المشتري إلى الأجر الذي دفعه إلى البائع لأنّه ملكه بالعقد.
٢ . أي تبيّن لنا .

صفحة ٧٢

منهما بأجرة المثل ، فإن رجع على المستأجر رجوع على الموجر، إن كان دفع إليه ، وإلاّ فلا على إشكال.
ولو علم المستأجر ففي رجوعه بما دفعه إشكال ، ولو كان المدفوع أقلّ من الأجرة ففي رجوع المستأجر بما رجع عليه من التفاوت مع الجهل نظرٌ، أقربه عدم الرجوع.
٤١٧٩ . الحادي عشر: لو استأجر شيئاً موصوفاً ، فتلف ، لم يفسخ العقد ، ولزم الموجر الإبدال، ولو خرجت مغصوبةً ، طالبه بالبديل ، وكان الحكم في رجوع المالك ما تقدم ، ولو وجدها معيبةً فردّها ، كان له الإبدال أيضاً .

الفصل الثاني: فيما تصحّ إجارته

وفيه أربعة وعشرون بحثاً:

٤١٨٠ . الأول : كلما صَحَّت إعارته صَحَّت إجارته بمعنى أنّ كلّ عين يمكن استيفاء منفعتها الحكميّة مع بقائها، تصحّ إجارتها ، أمّا ما لا يمكن استيفاء المنفعة منه إلّا بإتلافه، كالطعام ، والشَّمع ، فإنّه لا يصحّ عقد الإجارة فيه.

٤١٨١ . الثاني: تجوز إجارة الأرض للزراعة ، وليس بمكروه ، سواء كان بالذهب والفضة، أو المطعوم غير الخارج منها، وسواء كان المطعوم من جنس ما يخرج منها أو لا، أمّا لو استأجرها بما يخرج منها ، فإنّه لا يجوز.

٤١٨٢ . الثالث : لا خلاف بين العلماء كآفةً في جواز استئجار العقار

صفحة ٧٣

والدواب، وكذا يجوز أجرة الحمّام ، سواء شرط على المكتري أن لا يدخله أحد بغير إزار أو لم يشترط، ويجوز استئجار القناة للزرع بمائها.

٤١٨٣ . الرابع: تجوز إجارة الأعيان المشاهدة والموصوفة، ويثبت له خيار الرؤية ، والأقرب عندي جواز إجارة غير المعيّن مع الوصف الرافع للجهالة .

ويجب في الأعيان المشاهدة رؤية كلما يتعلّق الغرض به ، فإن كانت داراً ، احتاج إلى مشاهدة البيوت ، ليعرف صغيرها وكبيرها ومرافقها ، وإن كانت حمّاماً ، وجب مشاهدة قدره ، ليعلم كبيرها وصغيرها ، ومعرفة مائه هل هو من قناة أو بئر، ويحتاج إلى مشاهدة البئر، وعمقها، ومؤنة إخراج الماء منها، ومشاهدة الأتون^(١) ومطرح الرماد، وموضع الرّمْل، ومصرف ماء الحمام . ولو استأجر أرضاً ، وجب أن يشاهدها لانتفاء معرفتها بالوصف .

وكذا تجوز إجارة العبد ، والبهيمة ، والثياب، والفسطاط ، والخيام ، والحبال، والمحامل، وآلات الدوابّ، كالسّرج ، واللجام ، والبردعة^(٢) وآلات الحرب ، كالسيف ، والرمح، والقوس ، والثّشاب .

٤١٨٤ . الخامس: تجوز إجارة الحلي ، وثياب الزينة والتجمل ، وسواء في الإباحة إجارة الحلي بجنسه أو بغير جنسه .

٤١٨٥ . السادس: الأقرب جواز إجارة الدّراهم والدنانير للنظر والتحليّ بها مدّة معلومة، ولو أطلق إجارتهما، فالوجه جوازه، وانصرف الإطلاق إلى

١ . الأتون - بالتشديد - : الموقد ، ويطلق على اخدود الجبّار والجصاص . لسان العرب .

٢ . البردعة: ما يوضع على الحمار أو البغل ليركب عليه ، كالسرج للفرس . المعجم الوسيط: ٤٨ / ١ .

صفحة ٧٤

استعمالهما في النظر والتحليّ ، ولا يكون قرصاً مع الإطلاق ، خلافاً للشيخ^(١).

٤١٨٦ . السابع: يجوز استئجار الشجر والنخل لتجفيف الثياب عليها أو لبسطها عليها حتى يستظلّ بظلّها ، سواء كانت ثابتةً، أو مقطوعةً، وكذا يجوز استئجار الحبال لذلك.

٤١٨٧ . الثامن: يجوز استئجار غنم لتدوس له طيناً، أو زرعاً، وكذا غير الغنم، ويجوز استئجار الفحل للضراب على كراهية بشرط التقييد بالمرّة والمرّات المعيّنة ، وفي الاكتفاء بالمرّة نظر، أقرب به العدم، إلا أن يكثر في فحلاً لإطراق ماشية كثيرة فيقدّره بالمدة.

٤١٨٨ . التاسع: يجوز استئجار ما يبقى من الأطياب والصندل^(٢) وأقطاع الكافور، والندّ^(٣) للشم للمرضى وغيرهم مدةً معيّنة، وكذا يجوز استئجار الحائط ليضع عليه خشباً معلوماً مدةً معيّنة.

٤١٨٩ . العاشر: يجوز استئجار دار ليتخذها مسجداً يصلّي فيها، وثوب يصلّي فيه ، وكذا يجوز استئجار البئر ليستسقي منها أياماً معلومةً، والسّطح للنوم عليه ، واستئجار الفهد والبازي والصقّر للصيد مدةً معيّنة، وإجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للقراءة فيها والنسخ منها، واستئجار درج^(٤) فيه خطٌ حسنٌ ليكتب عليه ويتمثّل منه.

- ١ . المبسوط: ٣ / ٢٥٠ ؛ والخلاف: ٣ / ٥١٠ ، المسألة ٤٢ من كتاب الإجارة .
- ٢ . الصندل: شجر خشبه طيب الرائحة . يظهر طبيها بالدلك أو بالإحراق . المعجم الوسيط: ١ / ٥٢٥ .
- ٣ . الندّ: ضرب من النبات يتبخّر بعوده . المعجم الوسيط: ٢ / ٩١٠ .
- ٤ . الدّرج: الورق . المعجم الوسيط: ١ / ٢٧٧ .

صفحة ٧٥

٤١٩٠ . الحادي عشر: لو استأجر شمعةً ليسرجها ويردّ المتخلف وأجرته وثمان التالف، لم يجز، ولو استأجرها ليتجمّل بها ثمّ يردّها من غير إشعال ، ففي الجواز نظر، وكذا التردد لو استأجر طعاماً ليتجمّل به على مائدته من غير أكل ، والأقرب المنع.

وكذا يجوز استئجار الستور ليعلقها يتجمّل بها، وما أشبه ذلك.

ولا يجوز استئجار ما لا بقاء له من المشمومات، كالورد والرياحين للشم، وفي جواز استئجار الغنم والإبل والبقر، ليأخذ لبنها، ويسترضعها لسخاله، أو ليأخذ صوفها أو شعرها أو وبرها، إشكال ، وقد روى أصحابنا جواز أخذ الغنم بالضريبة مدةً من الزمان.

ولا يجوز استئجار شجرة ليأخذ ثمرها أو شيئاً من أعيانها.

٤١٩١ . الثاني عشر: كلّما له منفعةً محرّمةً لا يجوز عقد الإجارة عليه كالشطرنج ، والنرد، وآلات القمار واللّهو ، من الزمر، والتّوح بالباطل، والغناء كذلك ، ولا بأس بأخذ الأجر على النوح بالحق، والغناء في الأعراس .

ويجوز أن يستأجر من يكتب له غناءً أو نوحاً .

ولا يجوز أن يستأجر من يحمل له خمراً للشرب ، أو ميةً للأكل ، أو خنزيراً ، ولو استأجره حمل الخمر طلباً للتخليل، أو الإراقة، أو لنقل المية من منزله، أو محلته إلى خارج البلد ، لإزالة الرائحة ، لم أستبعد جوازه .

ولا يجوز الاستئجار على كتابة شيء محرّم، أو بدعة، أو شعر باطل، أو كتب ضلال لغير النقص والحجة، وحمل الخمر لأهل الذمة .
ويجوز أن يؤجر نفسه لنظارة كرم الذمي.

صفحة ٧٦

٤١٩٢ . الثالث عشر: لا بأس بأجرة الحجامه ، ويكره مع الشرط ، وكذا يجوز استئجار من يكنس الكنيف ، ولكنّه مكروه أيضاً .

٤١٩٣ . الرابع عشر: لا يجوز أن يؤجر داره لمن يتخذها بيعةً أو كنيسةً أو يحرز فيها الخمر وإن كان في السواد^(١).

٤١٩٤ . الخامس عشر: كلما يحرم بيعه تحرم إجارته إلا الحرّ والوقف وأمّ الولد، فإنّ هذه تجوز إجارته وإن حرم بيعها ، وما عداها لا تجوز، كالعبد الأبق ، والجمل الشارد، وما لا ينتفع به كسباع البهائم، والطيور التي لا تصلح للصيد، والأقرب المنع من إجارة المغصوب لغير الغاصب إذا لم يتمكّن من تسليمه.

ولا تجوز إجارة الكلب العقور والخنزير بحال ، ويجوز استئجار كلب الصّيد ، والماشية ، والزّرع ، والحائط ، ولو أجر ما غصب منفعته، فالأقرب المنع، كمن ادعى إجارة الدار سنةً، وانتزعا ظمناً من مالكها، والأولى عدم جواز إجارة هذه السنة لغير الغاصب .

٤١٩٥ . السادس عشر: تجوز إجارة المشاع على الشريك وعلى غيره، وكذا يجوز أن يؤجر داره لاثنين ، وأن يؤجر نصف داره لواحد والنصف الآخر طلق، أو يؤجره له أو لغيره.

٤١٩٦ . السابع عشر: تجوز إجارة المصحف للنظر فيه والحفظ منه على إشكال ، وكذا تجوز إجارة كتب العلم، والفقه ، والأدب، وغير ذلك.

١ . السواد: القرى والريف أطراف البلد ، وهذا ناظر إلى ردّ ما قاله أصحاب الرأي من العامة من أنّه إن كان بيته في السواد والجبل فلا مانع منه، وله أن يفعل ما شاء. لاحظ المغني لابن قدامة: ٦ / ١٣٦ .

صفحة ٧٧

٤١٩٧ . الثامن عشر: تجوز إجارة المسلم نفسه للذمي ليعمل له عملاً ، وهل يجوز لخدمته؟ الأقرب الكراهية دون المنع، ولا فرق في جواز إجارة نفسه لعمل معين، أو مطلق في الذمة مدة من الزمان.

٤١٩٨ . التاسع عشر: لا يجوز أن يستأجر الديك ليوظنه وقت الصلاة، ويجوز استئجار السنور لاصطياد الفأر.

٤١٩٩ . العشرون: لا يجوز الأجر على الأذان والصلاة بالناس، ويجوز أخذ الرزق من بيت المال .

ويجوز أخذ الأجر على الحجّ وتعليم القرآن على كراهية شديدة .
ويجوز على بناء المساجد والقناطر وغيرهما ، وعلى الرقية^(١) ولو كان إمام المسجد قيماً له يفرش حصره ، وكنسه ، ويغلق فيه، جاز له أخذ الأجرة على ذلك ، لا على الصلاة .
ويجوز الأجر على تعليم الشعر المباح، والحساب، والفقه وأشباهه والخط.
ولا يجوز أخذ الأجرة على ما لا يتعدى نفعه من العبادات المختصة بصلاة الإنسان لنفسه، وحجّه لنفسه، وأداء زكاة نفسه، بلا خلاف.

ويجوز أخذ الأجر على الصلاة عن الغير بشرط أن يكون ميئاً.
٤٢٠٠ . الحادي والعشرون: يجوز للحرّ إجارة نفسه بلا خلاف ، إمّا لعمل معين، كخياطة ثوب، أو مدة من الزمان معلومة ، وكذا يجوز الاستئجار

١ . رقى المريض رقية ورُقياً ورقية: عوذه . المعجم الوسيط: ١ / ٣٦٧ .

لحفر الآبار والأنهار والقنى^(١) والعيون، وعلى ضرب اللّبن ، وعلى البناء، وتطيين السطوح والحيطان ، وتجسيصها ، مدة معلومة.
ولا تجوز على عمل معين ، لاختلاف الطين بالرقّة والغلط ، وأجزاء السطح بالعلو والنزول، وكذا الحائط .

ويجوز أن يستأجر لنسخ كتب فقه أو حديث، أو شعر مباح، أو سجلّ، أو مصحف، ولا يكره، وعلى حصاد زرعه ، ورفعها ، وتصفيته، وعلى استيفاء القصاص في النفس وما دونها، وعلى الدلالة على الطريق ، وعلى الكيل والوزن المعلومين بالمدة أو القدر، وعلى ملازمة غريم يستحقّ ملازمته، وعلى الثمرة، وعلى بيع ثياب بعينها ، وعلى شراء ثياب معينة على إشكال، وعلى البيع على شخص معين على إشكال أيضاً ، وعلى خدمته ، سواء كان الأجير رجلاً ، أو امرأة، حرّاً، أو عبداً. وحكم النظر بعد الإجارة حكم قبلها ، وعلى الإرضاع ، سواء انضمّ إلى الحضانة أو لا، وعلى

الختان وقطع السلع^(٢) والكحل، والطبيب للمداواة، وقلع الضرس، والراعي للرعي، وبالجملة على كل عمل مُحَلَّل مقصود.

٤٢٠١ . الثاني والعشرون: يجوز استئجار العين المستأجرة، سواء رضي المالك أو لا، بشرطين: أحدهما أن يوجر لمثله أو دونه في الاستعمال، الثاني أن يتجرّد العقد عن شرط التخصيص، فلو أجره بشرط أن لا يُسكن غيره، أو لا

١ . القنى: الآبار التي تحفر في أرض متتابعة ليستخرج ماؤها . وهي جمع القناة، كالحصاة والحصى .

مجمع البحرين .

٢ . السلع والسلعة: ورم غليظ غير ملتزق باللحم يتحرك عند تحريكه. المعجم الوسيط: ١ / ٤٤٣ .

صفحة ٧٩

يركبه لم تجز المخالفة، واستئجار الأرض^(١) للزرع والغراس، والقميص ليلبسه.

٤٢٠٢ . الثالث والعشرون: لا يجوز استئجار ما يتعدّى استيفاء منفعته، كما لو استأجر أرضاً فيها ماء لا ينحسر عنها، أو ينحسر من غير معرفة بالوقت، ولو كان ينحسر عنها وقت الانتفاع جاز. ولو كانت الزراعة ممكنة لكن يخشى عليها الغرق، والعادة غرقها، لم تجز إيجارها، وكذا لو استأجر الأخرس للتعليم والأعمى للحفظ، وأرضاً لا ماء لها للزراعة، وتجاوز للسكون.

ولو أطلق وكان في محلّ تتوقّع الزراعة فيه، فكالمصرّح بالزراعة، ولو كان الماء متوقّعاً لكن على الندور ففاسد، ولو كان يعلم وجود الماء فصحيح، ولو كان يغلب وجود الماء بالأمطار، فالوجه الصّحة .

٤٢٠٣ . الرابع والعشرون: لو استأجر الإبل والبقر، والدوّابّ والحمير، للحمولة والعمل منفردةً ومنصّمةً إلى صاحبها أو آلتها أو إليهما، ولدياس الزرع، وإدارة الرّحى، واستقاء الماء عليها، ولعمل لم يُخلَق له مثل أن يستأجر البقر للركوب، والإبل والحمير للحرث، مع إمكانه، جاز.

والأقرب جواز إجارة الحائط المزوّق^(٢) للنظر إليه، والتعلّم منه، ومنعه الشيخ^(٣).

وفي استئجار الدّلال على كلمة تروج بها السلعة من غير نعت نظرٌ.

١ . عطف على قوله: «استئجار العين» .

٢ . في مجمع البحرين: زَوَّقَهُ تزويقاً مثل زَيَّنْتُهُ تزييناً وزناً ومعنىً.

٣ . المبسوط: ٣ / ٢٤٠؛ والخلاف: ٣ / ٥٠١، المسألة ٢٤ من كتاب الإجارة .

صفحة ٨٠

الفصل الثالث: في شرائط الإجارة

وهي ستة :

٤٢٠٤ . الأول : المتعاقدان ، ويشترط فيهما: البلوغُ، والعقلُ، وجوازُ التصرف. فلا تصحّ إجارة الصبيِّ وإن كان مميّزاً، ولو أذن له الوليُّ على إشكالٍ إيجاباً وقبولاً ، وكذا المجنون، والمغمى عليه ، والسكران الذي لا يعقل، والنائم، والغائب ، والساهي، لانتفاء القصد فيهما، والمكره، والسفّيه، والمحجور عليه للفلس ، ويختصّ منع هذين بالإجارة المتعلّقة بأموالهما، فلو أجرا أنفسهما للعمل ، كان جائزاً، ولو أجر الراهن ، أو المرتهن من دون رضا الآخر لم تجز .

ولو امتنع أحدهما أو هما معاً، وكانت العينُ ممّا تصحّ إجارتها ، أجرها الحاكم، وكذا حكم الشريكين إذا تشاجرا في الإجارة ، وللوليِّ التسلط على مال الطفل والمجنون بالإجارة له ، وكذا الوصيِّ والحاكم عنهما مع فقد أولئك وعن السفّيه ، والمحجور عليه ، والغائب .

٤٢٠٥ . الثاني : الأجرة وهي لازمة في العقد وركن فيه ، فلو أخلّ بها لم تصحّ، ولزمه مع استيفاء المنفعة أجره المثل، وكذا لو بطل العقد في كلّ موضع، فإنّه تثبت أجره المثل ، سواء زاد على المسمّى ، أو ساواه، أو نقص.

ويشترط كونها معلومةً بالوزن أو الكيل فيما يدخلانه ، والمشاهدة مطلقاً على إشكال في الاكتفاء بها فيما يدخلانه، وجزم الشيخ بالجواز. (١)

١ . المبسوط: ٣ / ٢٢٣ .

صفحة ٨١

وكلّما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز عوضاً في الإجارة ، فيجوز أن يكون عيناً ، أو منفعة أخرى ، اتفق جنسها، كسكنى دار بسكنى أخرى ، أو اختلف كاستخدام عبد بالسكنى . ويجوز ، أن تكون مطلقةً بشرط الوصف الرفع للجهالة، ومعينةً موصوفةً معلومة المقدار ، ولا يكره بالطعام الموصوف ، ولو استأجر داراً بعمارتها ، جاز مع التعيين ، وإلا فلا ، وكذا لو استأجر بدراهم ويشترط صرفها إلى العمارة .

ولو استأجر لسلخ الميتة بجلدها، لم يجز، ولو كان للمذكي ، قال الشيخ: يجوز. (١) وعندي فيه نظرٌ لجهالة الجلد ، فلا يعلم خروجه سليماً، أو معيباً، وثخيناً، أو رقيقاً .

ولو استأجره لنقل الميتة بجلدها ، ثبتت له أجره المثل، ولو استأجره لرعي الغنم مدّة معيّنةً بنصفها أو جزء معلوم جاز، والنماء بينهما من حين العقد على النسبة، وكذا لو استأجره لرعيها بشياه معيّنة منها، ولو كانت مجهولة لم تجز وتثبت أجره المثل ، ولو استأجره بدرّها، أو نسلها، أو صوفها، أو شعرها، أو بعض ذلك لم تجز، وكذا لو استأجره بطعامه ، وشرابه ، وكسوته ، أو بأحدّها

لم تجز ، سواء كان ظئراً أو غيرها ، ولو عيّن الطعام والشراب والكسوة بما يرفع الجهالة ، جاز بشرط تعيين وقت الدفع .

ولو استأجره بعوض، وشرط الإطعام ، والكسوة عليه (٢) ففي الجواز نظر ، فإن سوّغناه، وتشاحّا، رجع في القدر في الإطعام والكسوة إلى قدر كفايته بمجرى عادته ، ولا يقدر الإطعام بمدّ.

١ . الخلاف: ٣ / ٥١١ ، المسألة ٤٤ من كتاب الإجارة ؛ والمبسوط: ٣ / ٢٥٠ .

٢ . في «ب»: والكسوة العادة عليه .

صفحة ٨٢

وليس له إطعام الأجير إلا ما يوافقه من الأغذية، ولو لم يشترط طعاماً ولا كسوةً كانا على نفسه، ولو شرط الأجيرُ طعام غيره وكسوته، جاز بشرط العلم بالمقدار ، وهل يكون ذلك للأجير إن شاء أطعمه وإن شاء تركه، أو للمشروط له؟ فيه نظرٌ .

ولو استأجر دابةً يعلفها، أو بأجر مُسمّى وعلفها، فإن عيّنهُ جاز، وإلا فلا .

ولو شرط طعاماً معيناً، واستغنى عنه بطعام نفسه، أو غيره، أو عجز عن الأكل لمرض، أو غيره، لم تسقط نفقته ، وطالب بها .

ولو احتاج إلى دواء لمرضه ، لم يلزم المستأجر، ويجب دفع قدر المشتراط من الطعام ، يشتري به ما يصلح له، ولو شرط الطعام مع الأجرة، وسوّغناه مع الإطلاق ، لزمه بقدر طعام الصحيح، ولو استفضل من طعامه ، فإن كان المؤجر دفع إليه أكثر من الواجب ليأكل قدر حاجته، ويستردّ الباقي ، أو كان في تركه لأكله ضرر على المؤجر، بأن يضعف عن العمل، أو يقلّ لبن الظئر، منع منه، ولو لم يلحقه ضرر في الاستفضال ، ودفع إليه الواجب خاصّةً أو أزيد، وملكه الباقي جاز له الاستفضال .

ولو قدّم الطعام فنُهّب أو تَلَف قبل أكله، فإن كان بعد القبض ، فهو من ضمان الأجير، وإلا فمن ضمان المستأجر . ولو كان على مائدة ولا يخصّه فيها بطعامه ، فهو من ضمان المستأجر .

ولو قال: بع هذا الثوب بكذا ، فما ازددت فهو لك، فالوجه عندي وجوب أجرة المثل للدلال ، والزيادة للمالك، ولا يلزمه الوفاء، ولو باعه بالقدر المسمّى ، ثبتت له أجرة المثل أيضاً ، ولو باعه بنقص ، لم يصحّ البيع ، ولو تعدّر الرُدُّ ،

صفحة ٨٣

ضمن النقص، وللشيخ قول بضمن النقصان مطلقاً (١) . ولو باعه نسيئةً لم يصحّ .

ولو استأجره لحصد الزرع أو صرام النخل بجزء منه معلوم كالسُدس وشبهه جاز، وكذا لو استأجر الطحان بالنخالة المتبرّعة أو بقبض منها.

ولو شرط للمرضعة جزءاً من المرتضع الرقيق بعد الفطام، ولقاطف^(٢) الثمار جزءاً منها بعد الصرام جاز، وكذا في الحال .

فلو قال: إن خطته اليوم، فلك درهمان، وإن خطته غداً، فدرهم .

فللشيخ قولان أحدهما الجواز، ويلزمه إن عمله في الأول درهمان، وإن عمله في الثاني درهم^(٣) والثاني الجواز أيضاً، لكن إن عمله في الأول لزمه درهمان، وإن عمله في الثاني كإن له أجره المثل، لكن لا يزداد عن درهمين ولا ينقص عن درهم^(٤) ولو قيل بالبطلان وثبوت أجره المثل كان وجهاً، وأول قول الشيخ لا يخلو من قوّة .

ولو قال: إن خطته روميّاً - وهو ما يُعمل بدرزين - فلك درهمان، وإن خطته فارسيّاً - وهو ما يكون بدرز واحد - فلك درهم، جاز على إشكال.

ولو استأجره ليحمل متاعه إلى موضع معيّن بأجرة معيّنة في وقت معيّن، فإن قصر عنه، نقّص من أجرته شيئاً، جاز^(٥)، ولو شرط سقوط الأجرة مع التقصير، لم يجز، وله أجره المثل عملاً، برواية محمد بن مسلم الصحيحة عن الباقر^(عليه السلام)^(٦) وهل يتعدى الحكم؟ الوجه ذلك، فلو استأجره إلى مصر

١ . النهاية: ٤٠٨ .

٢ . في مجمع البحرين: قطفت العنب: قطعه.

٣ . الخلاف: ٣ / ٥٠٩ ، المسألة ٣٩ من كتاب الإجارة .

٤ . المبسوط: ٣ / ٢٤٩ - ٢٥٠ .

٥ . جواب «لو الشرطية» .

٦ . الوسائل: ١٣ / ٢٥٣ ، الباب ١٣ من كتاب الإجارة ، الحديث ١ .

صفحة ٨٤

بأربعين، فإن نزل دمشق فثلاثون، فإن نزل الكوفة فعشرون، ففي الجواز نظرٌ.

ولو اكرتري دابّةً وشرط، إن ردّها ليومها فدرهم، ولغدّها درهمان، ففي الجواز نظرٌ.

٤٢٠٦ . الثالث: أن تكون المنفعة إمّا بالتبعية لملك العين أو بانفرادها، فلو استأجر عيناً، جاز أن يؤجرها غيره ممّن يساويه أو يقصر عنه في استيفاء المنفعة، ما لم يشترط المالك عدم ذلك، قبل قبض العين، للمؤجر وغيره أيضاً، والأقرب أنّه ليس له إبدال الثوب الذي عيّن للخياطة، والصبيّ الذي عيّن للارتضاع والتعليم .

ثمّ المستأجر إن أحدث في العين حدثاً، كحفر النهر، وبناء الحائط، وعمل الباب، وغير ذلك، وإن قلّ العمل، جاز أن يؤجرها بأكثر ممّا استأجرها به، سواء كان من الجنس أو من غيره، وإن لم يحدث فيها حدثاً، ففي جواز إجارتها بأكثر ممّا استأجرها من الجنس قولان أقربهما المنع، ولو أجرها بغير الجنس جاز، سواء كان بالزيادة أو النقصان، ولو أجرها من الجنس بأقلّ، جاز أيضاً. ولو أجر بالجنس من غير حدث بأزيد، ففي بطلان العقد نظراً، ومع القول بالصحة لا تجب الصدقة بالزيادة،^(١) ولو سكن بعض الدار، وأجر الباقي بغير الجنس، جاز بالزيادة والنقصان، ولو كان من الجنس لم يجز أن يوجره بأزيد إلاّ أن يحدث فيه حدثاً، ويجوز أن يؤجره بأكثر من مال الإجارة.

والصانع إذا تقبّل عملاً بشيء معلوم لم يجز أن يقبّله غيره بأقلّ من ذلك

١ . ناظر إلى ردّ فتوى أحمد بن حنبل حيث قال: «فإن فعل تصدّق بالزيادة». لاحظ المغني لابن قدامة: ٥٥ / ٦ .

صفحة ٨٥

مالم يحدث فيه حدثاً، كقطع الثوب، أو خياطة شيء منه، أو يعطيه خيوطاً أو إبراً، ولو أحدث حدثاً جاز أن يقبّله بأقلّ من ذلك الجنس وغيره، وكذا لو لم يحدث وقبّله بأقلّ من غير ذلك الجنس. ولو شرط المؤجر استيفاء المنفعة بنفسه فأجرها، ضمن. ولا تجوز إجارة مالا منفعة له، أو تكون له منفعة لا اعتبار بها في نظر الشرع، أو تكون له منفعة محرّمة، ولا يجوز أن يؤجر مال غيره إلاّ بإذنه، فإن فعل، فالأقرب وقوفه على الإجازة.

٤٢٠٧ . الرابع: أن تكون المنفعة معلومة

وفيه عشرون بحثاً:

٤٢٠٨ . الأول: يجب كون المنفعة معلومة لينفى الغرر، فلو كانت مجهولة، مثل أن يستأجر أحد الدارين لم يجز، والعلم يحصل إمّا بتقدير العمل، كخياطة الثوب، وبناء الجدار، ونسخ الكتاب، وإمّا بتقدير المدّة، كالخياطة شهراً، أو سنة مثلاً. ولو كانت العين ممّا له عمل، كالحيوان، جاز الوجهان، وإن لم يكن له عمل، كالدار والأرض، لم يجز إلاّ على الوجه الثاني.

وهل يجوز تقييد المنفعة بالمدّة والعمل معاً، كما لو استأجره ليخيط له هذا الثوب في هذا اليوم؟

قال الشيخ: لا يجوز، لإمكان الفعل في أقلّ من ذلك الزمان وأكثر^(١)

ويحتمل الجواز، لأنَّ الإجارة وقعت على العمل، والمدة ذكرت للتعجيل، فحينئذ إن فرغ قبل المدة، لم يكن له إلزامه بالعمل في باقيها، وإن خرجت المدة قبله، فللمستأجر فسخ العقد، فإن فسخ قبل عمل شيء، فلا أجره، وإن كان بعده، كان عليه أجره مثل ما عمل، وإن اختار الإمضاء ألزمه بباقي العمل خارج المدة لا غير، وليس للأجير الفسخ.

٤٢٠٩ . الثاني: إذا قرنت المنفعة بالمدة، وجب أن تكون مضبوطة لا تتطرق إليها الزيادة والنقصان، كالسنة، والشهر، واليوم.

ولو عقد على ما لا ينضبط، كإدراك الغلات، وقدم الحاج، لم يجز، ووجب أجره المثل مع استيفاء المنفعة، ولو استأجر كلَّ شهر بكذا، ولم يعيّن الأشهر، قال الشيخ: يصحّ ويكون له المسمى في شهر واحد وأجره المثل في الزائد^(١) والوجه عندي البطلان، وتكون له أجره المثل في الجميع.

ولو قرنت بالعمل، كخياطة الثوب، وبناء الجدار، اقتضى ذلك التعجيل إن شرطاه، أو أطلقاً. ولو شرط مدة متأخرة عن العقد، قال الشيخ: لم يجز^(٢). وعندي فيه نظر. قال: ولو كانت الإجارة في الذمة، مثل أن يستأجر ظهراً للركوب، جاز أن تكون معجلة ومؤخرة. قال: ولو استأجره لتحصيل خياطة خمسة أيام بعد شهر لم يجز^(٣).

ولو قال: أجرتك من هذا الوقت شهراً بكذا^(٤) وما زاد فبحسابه، صحّ في الشهر وكان في الزائد أجره المثل.

١ . النهاية: ٤٤٤ ؛ والمبسوط: ٣ / ٢٢٣ .

٢ . المبسوط: ٣ / ٢٣٠ .

٣ . المبسوط: ٣ / ٢٢٩ - ٢٣٠ .

٤ . كذا في «أ»: ولكن في «ب»: شهراً للركوب بكذا.

٤٢١٠ . الثالث: إذا أطلق السنة، وجب احتساب اثني عشر شهراً أهلة، ولو شرط هلالية، كان تأكيداً، ولو قال: عديدة، أو سنةً بالأيام، وجب ثلاثمائة وستون يوماً.

ولو استأجر هلالية من أول الهلال، عدّ اثني عشر شهراً هلاليةً، ولو كان في أثناء الشهر عدّ بعد كماله أحد عشر هلالاً، ثم أخذ من الثاني عشر بإزاء ما خرج من الشهر الأول، وقيل يجب إكمال ثلاثين، وهو حسن، ولا يستوفي الأحد عشر بالعدد.

٤٢١١ . الرابع: لو قيّد السنة بالرومية، وهي التي سبعة أشهر منها أحدٌ وثلاثون، وأربعة ثلاثون، وواحد ثمانية وعشرون، وكانا عارفين بحسابها، صحّ، ولو جهله أحدهما، أو كلاهما

بطلت ، ولو قيدها بالقبطية: وهي التي كل شهر منها ثلاثون ويزيدونها خمسة ، لتساوي الرومية ،
جاز أيضاً مع العلم بالحساب ، ومع هذين القيدتين تكون مدة الإجارة ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً .

٤٢١٢ . الخامس: لو أجره إلى العيد ، وعيته ، حمل على المعين ، وإن أطلق ، حمل على الأقرب ، ويحتمل البطلان ، وتخرج المدة بدخول أول جزء منه ، وكذا لو علقه بشهر يشترك ، فيه اثنتان كـ «جمادى» و «ربيع» ولو علقه بـ «رجب» أو بشبهه من المنفرد ، حمل على «رجب» سنته مع احتمال ما قلنا .

ولو علقه بيوم ، حمل على أقرب أيام الأسبوع إليه ، إلا أن يعين غيره ، ولو علقه بعيد من أعياد الكفار ، وهما يعلمانه ، صح ، وإلا فلا .

٤٢١٣ . السادس: لو أجره إلى العشاء ، فأخر المدة غروب الشمس لا

صفحة ٨٨

زوالها (ولو قال: إلى العشيّ ، فكذلك مع احتمال الزوال على ضعف)^(١) ولو قال: إلى الليل ، فهو إلى أوله ، وكذا إلى النهار ، ولو استأجره نهراً ، فهو إلى غروب الشمس ، وليلاً إلى طلوع الفجر .
٤٢١٤ . السابع: لو استأجر فسطاطاً إلى مكة ولم يعين وقت الخروج ، بطل العقد ، وكذا كل ما يستأجر مدةً ، ولم يعين ابتداءها .

٤٢١٥ . الثامن: لا يشترط في مدة الإجارة اتصالتها بالعقد ، فلو أجره «المحرّم» وهما في «رجب» صح سواء كانت العين مشغولةً بغيره ، أو لا ، فإن كانت الإجارة على مدة تلي العقد ، لم يحتج إلى ذكر ابتدائها ، وإن كانت لا تليه ، وجب ذكر ابتدائها ، ولو أطلق ، فقال: أجرتك سنةً أو شهراً ، فالأقرب الصحة ، وابتداء المدة من حين العقد ، وإن لم يسمّ السنة والشهر ، فعلى هذا يجوز أن يؤجر العين الواحدة لاثنتين في زمانين قبل أن تنقضي مدة الأول .

٤٢١٦ . التاسع: لا يتقدّر أكثر مدة الإجارة بقدر ، بل يجوز على ما تراضيا عليه ، وإن تجاوز سنة أو ثلاثين سنة أو أكثر ، ولو استأجره شهراً ، لم يجب تقسيط الأجر على الأيام ، وكذا لو استأجره سنةً لم يحتج إلى تقسيط أجر كل شهر ، وكذا لو استأجره سنتين فصاعداً ، لم يجب تقسيط أجر كل سنة ، ولو قسّط الأجر على أجزاء المدة ، جاز ، فإن انهدمت الدار في بعض الأجزاء ، سقط ما سمّاه في التقسيط ، وإن لم يقسّط ، لزم تقسيط المسمّى في أصل العقد ، ورجع بحصّته .

٤٢١٧ . العاشر: يجوز استئجار المنازل ، والعقار بشرط التقييد بالمدة المعيّنة ،

١ . ما بين القوسين يوجد في «ب» .

ولابدّ فيه من المشاهدة ، أو الوصف الرافع للجهالة، إن أمكن ضبطه بوصف، ويثبت له خيار الرؤية .

ولو أجرها للزراعة ، فإن كان بحرث جريب معلوم، وجب مشاهدته ، أو وصفه بما يرفع الجهالة ، ولا تصحّ إجارة العقار في الذمّة ، بل يكون مشاهداً أو موصوفاً.

٤٢١٨ . الحادي عشر: إذا استأجره لعمل معيّن ، فإن قدره بمدة، مثل أن يستأجره شهراً ليحفر له بئراً ، أو نهراً ، لم تجب معرفة القدر، وعليه أن يحفر المدّة، وهل يحتاج إلى معرفة الأرض؟ فيه نظرٌ ، وإن قدره بالعمل ، مثل أن يستأجره لحفر بئرٍ معيّن، أو نهرٍ معيّن، وجب مشاهدته، ومعرفة دور البئر ، وعمقها ، وطول النهر، وسعته، وعمقه، ولو حفر بئراً، وجب أن يشيل ^(١) التراب، ولو انهار ترابٌ من جوانبها . أو سقطت فيه بهيمةٌ وشبهها ، لم يجب عليه إخراجه، ولو وقع من التراب الذي أخرجها فيها لزم الحفّار إخراجه إلا أن يقع بعد تسليمها محفورةً .

ولو حصل بصخرة ^(٢) أو جماد يمنع الحفر، أو نبع ماء يمنعه، لم يلزمه حفره ، ويتخير في الفسخ ، فيثبت له من الأجر بنسبة ما عمل ، فيقسط الأجرة عليه وعلى الباقي، ويأخذ بالنسبة، ولا يقسط على الأذرع.

وفي رواية: من استأجر ليحفر بئراً عشر قامات بعشرة دراهم فحفر قامة وامتنع من الباقي ، بسطت الأجرة على خمسة وخمسين جزءاً فما أصاب واحداً فهو للقائمة الأولى ، والاثنين للثانية، وهكذا ^(٣) والأوّل أقرب.

١ . شاله شيئاً: رفعه . المعجم الوسيط: ١ / ٥٠٤ .

٢ . أي وصل الحفر إلى الصخرة .

٣ . الوسائل: ١٣ / ٢٨٤ ، الباب ٣٥ ، من أبواب الإجارة، الحديث ٢ .
أقول: ولنا بحث حول الرواية سنداً وممتناً أوردناه في إصباح الشيعة: ٢٨٠ - ٢٨١ .

صفحة ٩٠

ولو كانت الصخرة ممّا يمكن حفرها أو ثقبها مع المشقة ، قال الشيخ: يجب عليه ذلك ^(١) وعندي فيه نظر.

٤٢١٩ . الثاني عشر: لو استأجره لضرب اللّبن ، وقرنه بالعمل ، افتقر إلى بيان العدد، وذكر القالب ، وموضع الضرب ، وما يؤخذ منه الماء ، فإن كان هناك قالب معروف ، جازت الحوالة عليه ، وكذا لو عيّن أبعاده.

ولو شرط قالباً غير معروف ، وهو مشاهد، فالوجه الجواز.

ولو قرنه بالزمان، لم يفتقر إلى ذلك ، سوى موضع الضرب على إشكال.

٤٢٢٠ . الثالث عشر: لو استأجره للبناء ، فإن قدره بالعمل ، افتقر إلى معرفة المكان، وموضع الماء ، وذكر أبعاد الحائط، وآلة البناء من لبن أو حجر، أو طين.
ولو استأجره لبناء آجر^(٢) معروف العدد، أو لبن كذلك ، ثم سقط الحائط بعد البناء ، استحق الأجر، إن لم يكن بتفريطه، وبناء محكماً، ولو فرط ، أو بناه محلولاً ، فعليه الإعادة ، وغرامة ما تلف من الآلة .

ولو استأجره لبناء عشرة أذرع ، فرفع بعضها ثم سقط، أعاده وأتم المقدر .
٤٢٢١ . الرابع عشر: إذا استأجره للنسخ، وقرنه بالعمل، وجب ذكر عدد الأوراق ، وقدرها ، وعدد السطور، وقدر الحاشية من كل جانب ، ودقة القلم وغلظه.

١ . المبسوط: ٣ / ٢٣٧ .

٢ . في مجمع البحرين: الأجر - المد والتشديد أشهر من التخفيف - : اللبن إذا طبخ ، والواحدة آجرة ، وهو معرب .

صفحة ٩١

ثم الخط إن عرف بالمشاهدة، أو الوصف الراجع للجهالة ، جاز وإلا افتقر إلى مشاهدته ، ويجوز تقدير الأجر بأوراق الفرع وبأوراق الأصل، ولو قاطعه على نسخ الأصل بشيء معلوم جاز، وإذا غلط قليلاً تجري به العادة ، لم يكن عليه شيء ، وإن تجاوز العادة ، فهو عيب يردّ به.
ولو كان الكاغذ من المستأجر، كان عليه الأرش ، ولا يجوز له التشاغل بما يقتضي غلظه ، كالمحادثة وقت الكتابة، وكذا ما يشبه الكتابة كالنساجة.

٤٢٢٢ . الخامس عشر: لو استأجره لحصاد الزرع، قرنه إمّا بمدّة معيّنة، أو عمل معلوم، وكذا في دوسه^(١) أو تصفيته ، ونقله إلى موضع معيّن .

ولو استأجره للاحتطاب، أو الاحتشاش، جاز ، وقرنه بالمدّة أو العمل، ولو أجر نفسه لنقل حطب ، وقرنه بالعمل، جاز أن ينقل بغيره معه، وإن قرنه بالمدّة ، فإن كان لا ضرر فيه ، فالأقرب الجواز، وإن كان فيه ضرر، فالأقرب سقوط ما قابل فعله مع الثاني من الأجرة، وهكذا حكم كلّ أجير خاص عمل مع غير مستأجره.

٤٢٢٣ . السادس عشر: لو استأجره لاستيفاء القصاص ، وقرنه بالعمل جاز ، وكذا إن قرنه بالمدّة مع كثرته، وعلى التقديرين فهل الأجرة على المقتص منه، أو على المستوفي؟ نظرٌ من حيث إنّ الاستيفاء واجبٌ ولا يتم إلا بالأجرة ، فتجب ، كالوزان ، ومن حيث إنّ المقتص منه عليه التمكين، وقد حصل ، والأوّل فيه قوة.

٤٢٢٤ . السابع عشر: لو استأجره ليشتري له ثياباً ، قرنه بالمدّة، ولو عيّن العمل ، فجعل له من كلّ ألف درهم يشتري بها شيئاً معلوماً ، صحّ ،

١ . في النسخ: «رفعه» ولعلّ الصحيح ما أثبتناه بقريضة قول «ونقله».

صفحة ٩٢

ولو قال: كلما اشتريت ثوباً ، فلك درهم أجراً ، وكانت الثياب معلومةً بصفة ، أو مقدرةً بثمن ،
جاز وإن لم يكن كذلك ثبتت له أجره المثل .

٤٢٢٥ . الثامن عشر: لو استأجر الحرّ للخدمة ، لم يجز له منعه عن فرائض الصلوات اليومية
وغيرها كالجمع ، والأعياد ، والآيات ، والأقرب أنّ له منعه عن النوافل، إن كانت في وقت الخدمة ،
وكذا العبد.

٤٢٢٦ . التاسع عشر: لو استأجر داراً ، جاز إطلاق العقد، ولا يجب ذكر السكنى ولا صفتها ،
عملاً بالإطلاق ، ويجوز أن يسكنها بنفسه وعياله ، وإن لم يذكر في العقد ، وأن يسكنها غيره ممّن
يقوم مقامه في الضرر أو دونه .

ويضع فيها ما جرت العادةُ به من الرحل، والطعام ، والثياب ، ولا يسكنها من هو أضر منه،
كالقصار ، والحدّاد.

ولا يجعل فيها الدوابّ الخارجة عن العادة ، ولا يجعل فيها شيئاً لم يكن ولم تجر عليه موافقة ولا
شاهدٌ حال، مما هو مضرٌّ بها، كالرّحى ، ووضع الأشياء الثقيلة فوق سطحها، وجعل الطعام في
بيوتها على سبيل الإحراز فيها.
ولا يجب ذكر عدد السكان .

ولو اُكترى ظهراً ليركبه ، جاز أن يركبه غيره ممّن هو أخفُّ ، ولا يركبه الأثقل ، ولا يشترط
التساوي في الطول ، والقصر ، والمعرفة بالركوب ، وليس للمالك منعه عن ذلك ، ولو شرط في
العقد اختصاص المستأجر باستيفاء المنفعة ، لزم.

٤٢٢٧ . العشرون: لو استأجر للرضاع دون الحضانة، أو الحضانة

صفحة ٩٣

دون الرضاع، أو لهما معاً ، جاز ، ولو أطلقا العقد^(١) على الرضاع، فالأقرب عدم دخول
الحضانة فيه.

والحضانة: تربية الصبيّ وحفظه ، وجعله في سريره ، وأخذه منه ، وكحله، ودهنه، وتنظيفه،
وغسل خرقة وثيابه وأشباه ذلك ، واشتقاقها من الحضن، وهو ما تحت الإبط تشبيهاً بحضانة الطير
للفراخ والبيض.

ويجوز استئجار المرضعة على إرضاع من لها فيه نصيبٌ ، ولا بدّ في الرضاع من تعيين
المدة ، ومعرفة الصبيّ بالمشاهدة، وموضع الرضاع ، ومعرفة العوض.

وهل المعقود عليه في الرضاع ، خدمة الصبيّ وحمله ووضع الثدي في فمه، ويكون اللبن تابعاً ، كماء البئر في الدار ، والصبيغ في الصباغة ، أو اللبن؟ الأقرب الثاني ، ولهذا تستحقّ الأجرة بالرضاع، وإن لم تخدمه دون العكس، وكون المنفعة عيناً للرخصة (٢) .

وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يكثر به اللبن ويدرّ ، ويصلح به ، وللمستأجر مطالبتها به، وعليها السقي(٣) بمجرى العادة.

ولا يجب صرف اللبن بأجمعه إلى الولد لئلا يتلف ولدها ، أو يتضرّر ، ولو اسقته لبن الغنم، لم تستحقّ أجراً ، ولو دفعته إلى خادمتها، فأرضعته ، فالوجه أنّه لا أجرة لها، ولو اختلفا في الإرضاع ، فالقول قولها مع اليمين.

١ . في «ب»: ولو أطلق العقد .

٢ . أي الغالب في الإجارة كون المنفعة غير العين، بخلاف المقام فانها هي العين (اللبن) وانما رخص للضرورة .

٣ . سقي المرتضع .

صفحة ٩٤

ويجوز أن يؤجر أمته ، ومدبرته، وأمّ ولده، والمأذون لها في التجارة ، للرضاع ، وليس لواحدة منهنّ الامتناع ، ولا إجارة نفسها من دون إذنه، وإنما تجوز الإجارة على الإرضاع إذا كان في اللبن فضل عما يحتاج الولد إليه ، ولو كان الولد مملوكاً، لأنّ السيد إنّما يملك فاضل حاجة مملوكه.

ولو كانت الأمة مزوّجةً، لم تجز إجارتها للرضاع .

إلا بإذن الزوج على إشكال فيما إذا لم يمنع شيئاً من حقوقه ، ولو زوّجها بعد الإجارة لم يفسخ عقد الإجارة ، ويكون للزوج الاستمتاع بها وقت فراغها ، ويطؤها ، وإن لم يأذن المستأجر .

وليس له إجارة مكاتبته ، ولها أن تؤجر نفسها، ويجوز أن يستأجر أمّه أو أخته وابنته وسائر أقاربه لرضاع ولده، ولو استأجر زوجته لرضاع ولده صحّ ، ولزم العوض ، سواءً كانت في حباله أو لا ، وليس للزوجة أن تؤجر نفسها للرضاع إلا بإذن الزوج على إشكال ، ولو تطوّعت بإرضاع ولدها منه، أو من غيره، لم يجبر الأب على القبول، وكان له منعها.

قال الشيخ: ولو تعاقدا عقد الإجارة على رضاع الولد، لم تجز ما دامت في حباله، وتجاوز مع البيئونة (١) وجوزه ابن إدريس مطلقاً(٢) وهو جيّد.

وتبطل الإجارة بموت المرضعة ، أو الطفل ، فإن كان قد مضى بعض المدّة، رجع المستأجر بما قبله، وإلا رجع بالجميع ، ولا تبطل بموت المستأجر، وأجرة الرضاع على الصغير إن كان مؤسراً ، وإن كان معسراً فعلى الأب ، وليس

للرجل إجبار امرأته على إرضاع ولده منها، وله إجبار مملوكته، ومدبرته، وأم ولده، ومكاتبته المشروطة لا المطلقة.

٤٢٢٨ . الخامس^(١): أن تكون المنفعة مباحةً، فلو استأجر مسكناً ليحزر فيه خمراً، أو دكاناً ليبيع فيه شيئاً محرماً، أو أجيراً ليحمل له حراماً، لم يصح العقد، وكذا لو استأجر حائضاً لكنس المسجد.

٤٢٢٩ . السادس: أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها، فلو استأجر الأبق للخدمة، لم تصح، ولو ضم إليه غيره، ففيه نظر، ولا تجوز إجارة الأرض للزراعة ببعض ما يخرج منها سواء عين مقدار، أو جعله جزءاً مشاعاً .

الفصل الرابع: في باقي مباحث العقار

وهي أربعة عشر بحثاً:

٤٢٣٠ . الأول: يملك المستأجر المنافع بالعقد، ويزول ملك المؤجر عنها، ولا يجوز للمؤجر التصرف فيها، ولو استأجر داراً سنةً، فسكن شهراً مثلاً، لم يكن للمالك إخراجه منها، فإن خرج بنفسه، لم يسقط عنه مال الإجارة، وكذا لو لم يسكنها أصلاً، ولو منعه المالك من السكنى في ابتداء مدة العقد، حتى خرجت السنة، انفسخ العقد.

١ . أي الشرط الخامس من شروط الإجارة التي بدأ بها الفصل الثالث .

ولو مكّنه بعد المنع في الابتداء، انفسخ العقد فيما منعه، وكان عليه أجره الباقي بالنسبة . ولو خرج المستأجر بعد أن سكن شهراً من قبل نفسه، وتركها شهراً، فسكنها المالك باقي السنة، أو آجرها، فالأقرب عدم بطلان الإجارة في الباقي، ويجب على المالك أجره المثل عن هذه المدة، سواء زادت عن المسمى أو ساوته، أو قصرت عنه، ولو سكنها شهراً، ثم سكن المؤجر شهرين، ثم تركها، وجب على المؤجر أجره مثل الشهرين، وعلى المستأجر إجارة الجميع.

٤٢٣١ . الثاني: لو سكن بعض المدة، ثم أخرجه المالك تمامها، كان له أجره^(١) ما سكنه المستأجر، ولا تسقط عنه الأجرة فيما مضى بإخراج المالك له قهراً، وهل تنفسخ الإجارة في

الباقى؟ الأقرب عدم البطلان ، وتكون للمستأجر أجرة المثل إن زادت عن المسمى ، ولو نقصت عنه، فالأقرب أنه لا يضمن الزائد.

وكذا لو أجر دابة ومنعه المالك عن استيفاء المنفعة بعد استعمالها بعض المدة ، أو أجر نفسه أو عبده للخدمة ، ثم امتنع من إتمامها، أو أجر نفسه لبناء حائط ، أو خياطة، أو حفر بئر، أو حمل شيء إلى موضع ، فحمله بعض الطريق ، أو بنى بعض الحائط ، أو خاط بعض الثوب، أو حفر بعض البئر، فإنه لا تسقط أجرة التالف في ذلك كله.

ولو أجر نفسه للخدمة فهرب، أو أجر دابةً فشردت، أو أخذ المؤجر العين وهرب بها ، أو منعه من استيفاء المنفعة ، تخير المستأجر بين الفسخ

١ . في «أ»: مدة .

صفحة ٩٧

والإمضاء ، فإن لم يفسخ انفسخت بمضي المدة يوماً فيوماً، فإن عادت العين في الأثناء استوفى الباقي، ولو انقضت المدة انفسخت الإجارة .

أما لو كانت الإجارة على موصوف في الذمة ، كخياطة الثوب، أو بناء حائط ، فالوجه أنه يستأجر من ماله من يعمل، ولو تعدر كان للمستأجر الفسخ ، والصبر إلى وقت القدرة على المطالبة بالعمل .

٤٢٣٢ . الثالث : إذا استأجر داراً ، أو أرضاً للزرع ، فانهدمت الدار، وغرقت الأرض ، أو انقطع ماؤها (١) في أثناء المدة، فإن لم يبق فيها نفع أصلاً، فهي كالتالفة تنفسخ الأجرة فيما بقي ، وليس له الفسخ فيما مضى والرجوع إلى أجرة المثل ، على إشكال ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له مثل أن ينتفع بعريضة الدار لوضع حطب فيها، أو نصب خيمة (٢) أو صيد السمك ، فالأقرب ثبوت الخيار للمستأجر بين الفسخ والإمضاء بالجميع ، ولا تبطل الإجارة من دون الفسخ، ولو لم يختر أحدهما لجهله بأن له التخيير أو لغيره ، كان له الفسخ بعد ذلك، ولو كان النفع الباقي لا يجوز استيفاؤه بالعقد ، كما لو استأجر دابةً للركوب ، فصارت لا تصلح إلا للحمل أو بالعكس ، انفسخت الإجارة .

ولو أمكن الانتفاع مع قصوره، مثل أن يمكنه الزرع بغير ماء، أو كان الماء ينحسر عن الأرض التي غرقت على وجه يمتنع معه بعض الزرع، أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار، لم تنفسخ الإجارة ، بل يتخير المستأجر بين الفسخ والقبول بالجميع على إشكال.

١ . في «أ»: «بناؤها» وهو تصحيف .

ولو كان الحادث لا يضرّ، مثل انقطاع الماء وقت الغنى عنه، أو وقت الحاجة لكن يجيء به المؤجر من موضع آخر ، وكان الغرق ممّا ينحسر سريعاً من غير منع من الزرع ولا ضرر ، لم يكن للمستأجر الفسخ .

ولو حدث الهدم، أو الغرق ، أو انقطاع الماء ببعض العين، تخيّر المستأجر بين فسخ الجميع ، أو البعض ، ويمسك الباقي بحصّته لا بالجميع .

٤٢٣٣ . الرابع: يجب على المالك دفع ما تتوقف المنفعة عليه كالمفاتيح ، ولو ضاعت من المستأجر بغير تفريطه ، وجب على المالك بدلها ، ولو انهدم بعض المسكن ، وجب عليه بناؤه ، وكذا لو سقطت خشبة ، وجب إبدالها ، وعليه عمل الحمام إمّا بالقيصر أو الصاروج^(١) وعمل أبوابه وبزله^(٢) وليس عليه التحسين والتزويق ، وأمّا الحبل والدلو والبكرة^(٣) فعلى المستأجر ، وعلى المالك تنقية البالوعة والكنيف، إن احتيج إليه في ابتداء المدّة، أمّا لو احتيج إليه لامتلأها بفعل المستأجر ، فالأقرب أنّه كذلك ، وكذا البحث في تفرّغ جيّة^(٤) الحمام .

ولو خرجت المدّة وفي الدار زبل أو قمامة ، وجب على المستأجر تفرّغها منه على إشكال.

١ . هذا ما أثبتناه ولكن في المطبوع «الصهرج» وفي «ب» «الصاروج» .

والصاروج: خليط يستعمل في طلاء الجدران والأحواض . المعجم الوسيط: ١ / ٥١١ وفي مجمع البحرين: في الحديث «لا تسجد على الصاروج» . هو النورة وأخلاطها ، فارسيّ معرّب .

٢ . النُزْلُ: الشقوق .

٣ . آلة مستديرة ، في وسطها محرّ يمرّ عليها حبل لرفع الأثقال وحطّها . المنجد .

٤ . قال الشيخ (قدس سره) في المبسوط: وأن يشاهد جوبة الحمام ويسمّى جيّة. المبسوط: ٣ / ٢٥١ . وفي مجمع البحرين: الجوبة: الحفرة المستديرة الواسعة .

٤٢٣٤ . الخامس: لو شرط على مستأجر الحمام أو غيره، أنّ مدّة تعطيله عليه ففي المنع نظر، ولا يجوز أن يشترط استيفاء ما قابل مدّة التعطيل بعد مدة الإجارة.

ولو شرط المالك سلفاً ، قائماً يأخذه ، يكون في يده بحاله على وجه الرهن ويردّه على المستأجر بعد انقضاء المدّة ، قال الشيخ: يبطل العقد^(١) .

٤٢٣٥ . السادس: إذا تجدد العيب ، كالهدم ، والغرق ، بعد استيفاء بعض المنفعة ، تخيّر المستأجر ، وليس له الأرش ، ولو لم يعلم بالعيب حتّى انقضت المدّة، فلا خيار ولا أرش.

٤٢٣٦ . السابع: إذا شرط المالك الإنفاق على العين، مثل أن يشترط أن ما يحتاج الدار أو الحمام إليه من العمارة فعلى المستأجر ، ففي البطلان نظر ، وأفتى به في المبسوط^(٢) . ولو لم يشترط لكن أذن له في الإخراج ليحسب له من الأجرة ، جاز ، فإن اختلفا في الإخراج ، فالقول قول المستأجر على إشكال ، ولو اختلفا في القدر، فالقول قول المالك ، ولو لم يأذن لم يلزمه ما أخرجه تبرعاً . ولو أذن الحاكم ، لغيبة المالك ، وحاجة الموضع، كان له الرجوع به، ولو تعذر الحاكم ، فالأقرب جواز الرجوع للضرورة.

٤٢٣٧ . الثامن: إذا أجره أرضاً تصلح للزّرع والغرس، وجب تعيين

١ . قال الشيخ في المبسوط: ولا يجوز أن يشترط على المكري سلفاً قائماً، وهو عادة الناس ببغداد، لأنهم يشربون على المكثري سلفاً يأخذونه يكون في يد المكري بحاله على وجه الرهن ويردّه على المكثري إذا انقضت مدة إجارته، فان شرط ذلك كان العقد باطلاً. المبسوط: ٢٥٢ / ٣ .

٢ . المبسوط: ٢٥١ / ٣ .

صفحة ١٠٠

أحدهما، فلو قال: أجرتكها للزّرع أو الغرس ، لم تصحّ حتى تعين . ولو قال: أجرتك لهما، جاز ، وزرع النصف ، وغرس الآخر على إشكال ، ويحتمل البطلان، وهو قويّ ، ولو قال: لتزرعها ما شئت وتغرسها ما شئت ، فالأقرب الجواز، ولا يجب التقسيط بينهما ، بل يجوز زرع الجميع وغرسه ، والتقسيط بالسويّة ومتفاضلاً.

٤٢٣٨ . التاسع: لو أجرها للزراعة، لم يجز له الغرس ولا البناء ، ويتخيّر في أنواع المزروعات مع الإطلاق ، ومع التخصيص لا يجوز التعدي إلى ما هو . أكثر ضرراً ، أو أقلّ . ولو أجرها لزّرع نوع معيّن، فالأقرب جواز زرع غيره ممّا يساويه في الضرر أو يقصر عنه، ولا يجوز إلى ما هو أزيد، ولا إذا شرط المالك التخصيص ، وكذا البحث لو أكرها للغراس في الإطلاق والتخصيص.

ولو أجرها للبناء، لم يكن له الزّرع ولا الغرس ، وبالعكس فيهما.

٤٢٣٩ . العاشر: إذا كان الماء دائماً صحّت إجارة الأرض للزّرع والغرس، سواء كان الماء من نهر، أو عين، أو مصنع يكتفى به، ولو لم يكن الماء دائماً، بل كان وقت الحاجة ، مثل ماء الفرات الذي يزيد وقت الحاجة إليه للزّرع ، ومصر^(١) وأشباه ذلك ، فإنّه تجوز إجارة الأرض للزراعة قبل زيادة الماء وبعده، ولو كان مجيئه نادراً بحيث لا يتحقّق حصوله وقت الحاجة ، لم تجز إجارته للزّرع والغرس قبل وقت الحصول ، وتجوز بعده.

صفحة ١٠١

ولو أجرها في غير وقت الماء مطلقاً على أنه لا ماء لها، جاز الانتفاع بها في غير الزرع ، كالنزول بها وغيره، ومع حصول الماء يجوز له زرعها ، وليس له أن يبني ولا يغرس ، وله زرعها قبل مجيء الماء لرجاء حصوله، ولو أطلق الاجارة لهذه الأرض مع علمهما بحالها، صحّت . ولو كان لها ماء غير دائم، وينقطع قبل الزرع ، أو كان لا يكفيه ، فهي كالعادمة. ولو استأجرها للزرع ، ولم يعلم بحالها، أو علم وظنّ أنّ المالك يسوق الماء إليها، لم يصحّ العقد. ٤٢٤٠ . الحادي عشر: لو استأجر أرضاً غارقة لم تجز إلاّ أن يعلم انحسار الماء عنها وقت الحاجة.

٤٢٤١ . الثاني عشر: لو استأجر للزراعة فزرع ، ثم بقي بعد المدّة غير بالغ، فإن كان لتفريط من المستأجر ، كما لو زرع ما لا يدرك في المدّة، فكالغاصب يتخيّر المالك بين قطعه وإبقائه بالأجرة ولو اختار المستأجر قطع زرعه في الحال ، كان له ذلك ، وليس للمالك أخذه بالقيمة بدون رضا صاحبه.

وإن كان بغير تفريط ، مثل تأخره لبرد حصل ، أو تأخر الأهوية ، أو المياه ، أو غير ذلك ، فعلى المؤجر تركه، وله المسمّى وأجرة المثل في الزائد، ويحتمل وجوب نقله لحصول التفريط منه، إذ قد كان يمكنه الاستظهار بزيادة المدّة، والأوّل أقرب . ولو أراد المستأجر زرع ما لا يدرك في المدّة ، فالأقرب أنّه ليس للمالك

صفحة ١٠٢

منعهُ، وقال الشيخ: له منعه^(١) وفيه نظر ، نعم له قلعه عند الانقضاء لا قبله. ولو استأجر لزرع مدّة لا يكمل فيها ، وشرط تفريغ الأرض عند الانتهاء ، جاز، ولزمه النقل ، وإن أطلق ، فالوجه الجواز، سواءً أمكنه الانتفاع بها في المدّة ، بزرع^(٢) ما يساوي المشتراط في الضّرر ، أو يقصر عنه أو لا ، على إشكال. وحينئذ فالأقرب عدم وجوب الإبقاء على المالك ولو رضي بالأجرة عن الزيادة جاز، ولو اشترط التبقية إلى وقت البلوغ ، بطل العقد.

٤٢٤٢ . الثالث عشر: إذا استأجر للغراس سنة ما يبقى بعدها غالباً ، صحّ، سواءً شرط قلع الغراس عند الانتهاء أو لا ، وله الغرس قبل الانقضاء لا بعده، ويجب مع الانتهاء قلع الغرس مع الشرط، وهل مؤونة القلع على الغراس أو المالك؟ فيه تردّد ، ولا أرش على المالك . ولا يجب على المستأجر تسوية الحفر، وإصلاح الأرض ، إلاّ أن يقلعه قبل المدّة ، ولو اتّفقا على إبقائه بعوض ، أو غيره، جاز ، إن قرنه بمدّة معيّنة.

ولو أطلق العقد ، فللمستأجر القلع ، وعليه تسوية الحفر ، وكذا إن قلعه قبل انتهاء المدّة .
ولو لم يقلعه ، قال الشيخ: لم يجبر على قلعه مجاناً ، ويتخيّر المالك بين أخذ الغرس بالقيمة ،
ويجبر المستأجر على القبول ، وبين الإيجابار على القلع مع دفع الأرش لنقص الغرس بالقلع ، وبين
التبقيّة بأجرة المثل^(٣) .

١ . المبسوط: ٣ / ٢٥٧ - ضمن كتاب المزارعة - .

٢ . في «ب»: يزرع .

٣ . المبسوط: ٣ / ٢٦٤ - ٢٦٥ - ضمن كتاب المزارعة - .

صفحة ١٠٣

وعندي في إجباره على قبول القيمة نظر ، ولا يتخيّر المالك بين دفع قيمة الغراس والقلع مجاناً ،
والترك ، فيكونان شريكين .

ولو باع الغراس غرسه على غير المالك ، جاز ، وقام المشتري مقام البائع ، ولو شرط في العقد
تبقيّة الغراس ، فالأقرب البطلان ، وتثبت أجرة المثل .

٤٢٤٣ . الرابع عشر: إذا أجرها للزرع وأطلق ، جاز أن يزرع ما شاء ، وله زرع ما هو أبلغ
ضرراً وأدناه وما بينهما ، وإن عيّن المزروع جاز أن يزرعه ، وما يساويه ، أو يقصر عنه ، في
الضرر ، سواء شرطه أو لا ، وإن شرط أن لا يزرع غيره ، صحّ الشرط والعقد ، ومع التخصيص ،
لو زرع ما هو أضرّ به ، كان للمؤجر قلعُه ، سواء بلغ إلى الضرر الزائد على ما سمّاه أو لا .
ثم إن بقي من المدّة ما يمكن فيه زرع المسمّى ، كان له ذلك ، وإلا فلا ، وعليه أجرة جميع المدّة .
ولو لم يعلم المالك حتّى استحصد ، فالوجه أنّ له المسمّى وأجرة الزيادة ، ويلوح من كلام الشيخ
التخيّر بين ذلك وبين أجرة المثل^(١) .

وكذا لو استأجر للسكنى فأسكن القصار أو الحداد ، فإنّ الوجه أن يأخذ المسمّى وأجرة الزائد من
الضرر ، وكذا لو استأجر غرفةً ليجعل فيها وزناً من القطن ، فوضع ذلك الوزن من الحديد .
ولو قال: ازرع ما شئت جاز ، وليس له أن يغرس ، ولو استأجرها للبناء ، جاز ، ويشترط معرفة
الموضع والعرض ، وفي العلوّ نظر .

١ . لاحظ المبسوط: ٣ / ٢٦٣ - ضمن كتاب المزارعة - .

صفحة ١٠٤

الفصل الخامس: في باقي مباحث الحيوان

وفيه سبعة عشر بحثاً:

٤٢٤٤ . الأول: إذا استأجر دابةً لمنفعة كان له أن يستوفي تلك المنفعة ومثلها ودونها، فلو استأجرها لحمل شيء معلوم، جاز أن يحملها ما يساويه في المقدار والضرر، وليس للمؤجر إبدال الدابة بمثلها، أو أجود بدون رضى المستأجر، ولو كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضرراً، أو مخالفةً للمعقود عليه في الضرر، لم يجز، فلو استأجر لحمل حديد، لم يحمل قطناً، وبالعكس، لكثرة مقدار الأول^(١)، فيعاقب الهواء، فيكثر التعب، وملازمة الثاني موضعاً واحداً،^(٢) فإن خالف كان عليه المسمى وأجرة الزائد، ويضمن.

ولو استأجر للركوب، لم يكن له أن يحمل وبالعكس.

ولو استأجره ليركبه عارياً، لم يكن له ركوبه بالسرّج، وبالعكس، ولو استأجره ليركبه بسرّج، لم يكن له ركوبه بأثقل.

١ . والمراد من الأول الصورة الأولى أي استئجار الدابة للحديد، وكثرة المقدار كناية عن حجم القطن، حيث إنّه يتخلخل ويلج فيه الريح فيثقل.

قال الفقيه الشافعي القاضي الشيرازي على ما في المجموع للنووي: ٣٠١ / ١٥: فإذا اكرى ظهراً ليحمل عليه القطن، لم يحمل عليه الحديد، لأنّه أضرّ على الظهر من القطن، لاجتماعه وثقله، فإن اكرى الحديد لم يحمل عليه القطن، لأنّه أضرّ من الحديد، لأنّه يتجافى، ويقع فيه الريح فيتعب الظهر. ولاحظ المغني لابن قدامة: ٨١ / ٦ .

٢ . والمراد أنّ الحديد يجتمع على موضع من البهيمة فربما عقرها .

صفحة ١٠٥

٤٢٤٥ . الثاني: لو استأجرها للركوب أو الحمل في مسافة معيّنة، لم يجز أن يسلك بها في غيرها، سواء كان أكثر ضرراً إمّا لخوف أو حزنونة^(١) أو أقلّ، ولو فعل ضمن، وهل يجب المسمى مع الزيادة إن كانت أو أجرة المثل؟ فيه نظر.

٤٢٤٦ . الثالث: إذا استأجرها للركوب أو الحمل إلى غاية فتجاوزها، كان عليه المسمى وأجرة المثل للزائد، ويضمن من حين التعدي، ولا خيار للمالك مع بقائها، بين المطالبة بالأجرة، وبالقيمة يوم التعدي، وإن بعدت مسافة التجاوز.

ولا فرق في الضمان بين أن يتلف في الزيادة أو بعد ردّها إلى المسافة، هذا إذا كان صاحبها غائباً.

وإن كان حاضراً، ولم ينطق بشيء حتّى تعدّى فيها، لم تكن مضمونةً ضمان اليد، فإنّ يد صاحبها عليها، فإن ماتت والمستأجر راكبٌ، ضمن إمّا النصف، أو ما قابل الزائد على مسافة

الإجارة بعد النسبة ، على الاحتمالين ، هذا ما قاله الشيخ^(٢) والوجه عندي ضمان الجميع ، وإن كان صاحبها ساكتاً .

وإن تلفت بسبب سُبُع ، أو سقوط في وهدة وشبهها، بعد نزوله عنها وتسليمها إلى صاحبها ، لم يضمنها.

ولو كان التلف بسبب التعدي ، فإنه يضمنها بأجمعها ، وكذا الأول يضمن

١ . الحَزْنُ - كفلس - : ما غلظ من الأرض . مجمع البحرين .

٢ . المبسوط: ٣ / ٢٢٥ . وفيه: إذا ثبت هذا وأنها تكون في ضمانه فكم يضمن؟ قيل فيه قولان: أحدهما يضمن بنصف قيمتها، لأنها ماتت من مباح ومحذور، والثاني يقسط على الفراسخ ويضمن بقدره.

صفحة ١٠٦

الجميع لو كان التلف من الراكب بسبب الحمل أو السير ، ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة .
٤٢٤٧ . الرابع: لو استأجر لحمل شيء فحمل أزيد ، وجب المسمى وأجرة المثل للزائد ، ويلزمه الضمان ، ولو استأجره لحمل قفيز ، فوجده قفيزين ، فإن كان المستأجر تولى الكيل من غير علم المالك ، كان حكمه حكم من استأجر لحمل شيء فزاد ، وإن كان المالك^(١) من غير علم المستأجر فلا أجرة عليه للزائد ، وللمستأجر مطالبته بردّ الزائد إلى موضعه وليس للمؤجر إلزامه بذلك لو لم يردّه.

ولو رجعا إلى بلد الأجرة، ثمّ علما بالزيادة ، فالأقرب أنّ للمستأجر المطالبة برد الزيادة ، ولا يجب عليه قبول المثل ، ولا ضمان .

ولو تلف الزائد من الطعام ، ضمنه، سواء كاله أحدهما ووضع الآخر على ظهر الدابة، أو كاله ووضع، وإن تولاه أجنبي من غير علم المستأجر ، فهو متعدّ عليهما، يضمن الدابة لصاحبها، والطعام لمالكه .

ولو كاله المستأجر ووضع المالك مع علمه بالزيادة، فلا ضمان ، وفي ثبوت الإجارة في الزائد نظر، ولو انعكس الحال ، فعليه أجرة الزائد، ولو أمره بالحمل ففي الأجر نظر.

وإن كاله أحدهما، وحمله أجنبي بأمره، أو بأمر الآخر ، فهو كما لو حمله أحدهما، ولو كان بغير أمرهما ، تعلّق به الضمان.

١ . أي وإن كان المالك متولياً للكيل .

صفحة ١٠٧

إذا عرفت هذا، فإذا حملها أزيد، فقد قلنا أنه ضامن ، وهل يضمن الجميع أو البعض بالتقسيط؟ الأقرب الثاني، ولو كانت الزيادة ممّا لا يقع غلطاً ، لم يضمن ، ولا يوجب لها أجره في ذلك كلّه . هذا إذا تلفت من الحمل، ولو تلفت بسبب غيره، كافتراس السبّع ، والوقوع في الوهدة، وأخذ ظالم لها، ففي الضمان إشكال.

٤٢٤٨ . الخامس: لو استأجر الدابة مدة غزاته، لم يجز ، وكذا مدة سفره في تجارته، فإن فعل، فله أجره المثل، ولو سمى لكلّ يوم شيئاً معلوماً من غير تعيين الأيام ، لم يجز . ولو عيّنها صحّ ، ويلزمه الأجر ، سواء كانت مقيمةً أو سائرةً، ولا بدّ من تعيين ما يستأجر له، من ركوب أو حمل. وكذا لو اجر نفسه لسقي النخل كلّ دلو بتمرة، أو فلس، أو غيرهما ، جاز بشرط تعيين الدلاء ، ولو لم يعين ، بطل، وكان له أجره المثل مع العمل، ولا بدّ من معرفة الدلو والبئر وما يستسقى به.

٤٢٤٩ . السادس: لو استأجر دابةً عشرة أيّام بعشرة دراهم ، فإن حبسها أكثر من ذلك ، فله بكلّ يوم درهم، لم يجز، فإن جعل ذلك شرطاً في العقد، بطل العقد. وإلا فلا ، فإن حبسها أكثر من المدة، كان له أجره المثل، وكذا البحث في الصبرة لو استأجره^(١) لحملها على أنها عشرة أقفزة بدرهم، فما زاد فبحسابه .

٤٢٥٠ . السابع: لو استأجر لحمل صبرة مشاهدة إلى موضع معيّن، جاز ، ولو قال: استأجرتك لتحملها كل قفيز بدرهم، فإن علما مقدار القفران،^(٢) صحّ

١ . في «ب»: «ولو استأجره» والصحيح ما في المتن.

٢ . القفيز جمعه أقفزة، وقفرانٌ . المعجم الوسيط: ٢ / ٧٥١ .

صفحة ١٠٨

إجماعاً، وإلا فالأقرب البطلان ، وثبتت أجره المثل ، ولا يلزم في قفيز واحد على إشكال^(١) . ولو قال: لتحمل قفيزاً بدرهم ، وما زاد فبحسابه، يريد به حمل الجميع صحّ في القفيز إن لم يجعل الزائد شرطاً ، وإلا بطل ، ووجب أجره المثل.

ولو أراد مهما حملت عن باقيها فبحسابه ، لم يصحّ، وكذا لو قال: لتحمل قفيزاً بدرهم على أن تحمل الباقي بحساب ذلك، أو قال: لتحمل هذه الصبرة كلّ قفيز بدرهم ، وتنقل لي صبرةً أخرى في البيت بحساب ذلك ، سواء علما الصبرتين بالمشاهدة ، أو لم يعلماهما، ولو علماهما بالكيل جاز، ولو علما إحداهما خاصة ، صحّ فيها خاصة.

ولو قال: لتحمل هذه الصبرة والتي في البيت بعشرة، فإن علما التي في البيت بالمشاهدة، صحّ وإلا فلا، ولا يصحّ في المشاهدة بانفرادها.

ولو قال: لتحمل هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرهم فإن زادت على ذلك فبحسابه ، صحّ في العشرة خاصّة إن لم يجعل الزائد شرطاً.
٤٢٥١ . الثامن: إذا استأجر دابةً للركوب، اشترط في صحّته معرفة المتعاقدين بما عقدا عليه، فإذا آجره جملاً للركوب ، وجب معرفة الراكبين، والآلة التي يركبون^(٢) فيها ، كالمحارة^(٣) وغيرها وهل المحمل مغطّى أو مكشوف؟

- ١ . لعلّه إشارة إلى ردّ ما عليه أبو حنيفة من أنّه يلزم عقد الإجارة في قفيز واحد، ويبتل فيما زاد . لاحظ المغني لابن قدامة: ٦ / ٨٩ .
- ٢ . هذا ما أثبتناه ولكن في النسخ: يركبان .
- ٣ . المَحَارَة - بفتح الميم - : محمل الحاج، وتُسمّى الصدفة أيضاً . المصباح المنير .

صفحة ١٠٩

وجنس غطائه ، ومعرفة الوطاء،^(١) وإن كان مَقْتَباً ذكره، ويحتاج إلى معرفة المعاليق كالتقربة والسطيحة^(٢) والسفرة^(٣) ونحوها من جميع ما يحمل معه.
ويجب معرفة الدابة التي يركب عليها ، إمّا بالمشاهدة أو الوصف ، فيذكر الجنس كإبل، أو فرس ، أو حمار ، والنوع ، كبختي، أو عربي، أو برذون،^(٤) أو مصري ، أو شامي ، والذكورة، والأنوثة، وجودة مشيه ورداءته.
وإذا كان الكراء إلى مكّة أو ما يشبهها ممّا لا مدخل للمؤجر في السير ، لم يحتج إلى ذكر وقته وقدره كلّ يوم.
ولو كان السير في كلّ وقت إلى المؤجر، فالأقرب عدم وجوب ذلك أيضاً . لكنّه مستحبّ.
وإذا أطلق ، وللطريق منازل معروفة ، عمل على العرف مع اختلافهما، وكذا لو اختلفا في وقت السير من الليل أو النهار، وفي موضع المنزل من داخل البلد أو خارجه ، فإنّه يحمل على العادة.
ولو لم تكن للطريق منازل معروفة ، فالأولى صحّة العقد، والرّجوع إلى العادة في غير تلك الطريق.
٤٢٥٢ . التاسع: إذا شرط حمل زاده ، وكان معيّناً، فنقص بالأكل المعتاد، فالأقرب أنّه ليس له حملٌ بدله، وقوى الشيخ أنّ له الإبدال^(٥) وليس بردي، ولو

- ١ . الوطاء - بكسر أوّله - : ما يوطأ به المحمل .
- ٢ . السطيحة: المَزادة تكون من جلدتين لا غير. المعجم الوسيط: ١ / ٤٢٩ .
- ٣ . قال الفيومي: السفرة - كغرفة - : طعام يصنع للمسافر، وسميت الجلدة التي يوعى فيها الطعام سفرةً مجازاً . المصباح المنير .

- ٤ . البرذون: يطلق على غير العربي من الخيل والبغال . المعجم الوسيط: ١ / ٤٨ .
٥ . المبسوط: ٣ / ٢٣٣ .

صفحة ١١٠

شرط ذلك فالأقرب الجواز، وكذا لو فنى الزاد بالأكل، أما لو نقص بالسرقة أو بالأكل الخارج عن العادة، فالوجه جواز حمل العوض.

وعلى ما اخترناه، لو فقد الزاد، وكان بين يديه مراحل يوجد الزاد فيها، كان له أن يشري ما يتزوّد به مرحلةً مرحلةً، وإن لم يوجد، أو وجد بئس غال، كان له أن يحمل البديل مع نفسه، ولو شرط عدم إبدال ما نقص من الأكل، فنقص بسرقة، أو سقوط، فالوجه جواز الإبدال .

٤٢٥٣ . العاشر: إذا اكرتري جملاً ليحجّ عليه، فله الركوب عليه إلى مكّة ومن مكّة إلى عرفة، والخروج عليه إلى منى .

ولو اكرتري إلى مكّة فقط لم يكن له الخروج عليه إلى عرفات ومنى.

٤٢٥٤ . الحادي عشر: يجب على المؤجر القيام بما يحتاج الركوب إليه من الحداجة^(١)، والقتب، والزام. أو السرج واللجام، أو البردعة^(٢) والمفؤد^(٣)، وعلى المستأجر الزائد على ذلك، كالمحارة، والحبال التي تربط بها، والوطاء الذي يُشدّ به فوق الحداجة تحت المحمل، وعلى المؤجر رفع المحمل، وحطّه، وشدّه على الجمل، ورفع الأحمال وشدّها وحطّها وعليه إعانة الراكب على الصعود والنزول، وعليه السائق والقائد هذا إذا اكرتراه على أن يصحبه .
ولو استأجر على أن يأخذ الدابة هو، ويمضي بانفراده كان، (ذلك)^(٤)، جميعه عليه.

- ١ . الجدج: الجمل، ومركب من مراكب النساء كالهودج والمخفة . المعجم الوسيط: ١ / ١٦٠ .
٢ . البردعة: ما يوضع على الحمار أو البغل ليركب عليه كالسرج للفرس . المعجم الوسيط: ١ / ٤٨ ، وفي بعض النسخ «البردعة» وكلاهما بمعنى واحد .
٣ . المفؤد: ما تُقاد به الدابة من حبل ونحوه . المعجم الوسيط: ٢ / ٧٦٥ .
٤ . ما بين القوسين يوجد في «ب» .

صفحة ١١١

وأما الدليل، فالأقرب أنّه على المستأجر إن كانت الأجرة على ظهر معيّن، وعلى المؤجر إن أجره للحمل إلى المشتري .

وأما السوق، فإن كان الكراء ليحمل المستأجر أو ليركب هو عليها، فالسوق عليه، وإن استأجره لحمل المتاع، فعلى المؤجر، وجميع ما قلناه على أحدهما لو شرطه على الآخر، جاز .

وعلى المؤجر إبراك البعير للمرأة، والعاجز لكبر أو مرض أو سمن ، وليس عليه ذلك لغير المعذور ، ولو كان قوياً حال العقد، فضعف أو بالعكس ، كان الاعتبار بحال الركوب .
وعلى الموجر إيقاف البعير لينزل (١) لصلاة الفريضة، وقضاء الحاجة، والطهارة ، ويستمر على وقوفه حتى يفعل المستأجر ذلك، ثم يركب ، أما ما يمكنه فعله ركباً، كالأكل ، والشرب ، وصلاة النافلة ، فلا يجب إيقافه لذلك ، ولا أن يبركه له . ولو كان في موضع يتخير بين التمام والقصر ، فطلب المستأجر التمام ، لم يكن للمؤجر مطالبته بالقصر، بل يقف معه حتى يُتمّ صلاته.
ولو أجره، وسلّمه إليه ، ليركبه بنفسه، لم يلزمه شيءٌ ممّا قلناه، ولو كانت العادة تقتضي النزول والمشى عند قرب بعض المنازل ، لم يجب على الراكب النزول فيه، وإن كان جلدًا (٢) على المشى.
٤٢٥٥ . الثاني عشر: لو هرب الجمال بانفراده، لم تبطل الإجارة ، وأقام الحاكم عوضه من يقوم بما يجب عليه ، من إطعام الدواب، والشدّ والحلّ ، ولو

١ . في «ب»: لتبرك .

٢ . الجُلْدُ: القوي الشديد . مجمع البحرين .

صفحة ١١٢

لم يجد مالا سوى الجمال، وفيها فُضلة، يبيعت في حمل المستأجر (١) ، والنفقة على الجمال ، وإقامة عوضه (٢).
ولو لم تكن فُضلة، اقترض الحاكم عليه إمّا من بيت المال ، أو غيره، ودفع إلى المستأجر ما يحتاج إليه، ولو استدان من المكثري وأنفق جاز ، وإن أذن للمستأجر في الإنفاق ليرجع به ، جاز .
ولو اختلفا في قدر النفقة ، فإن كان الحاكم قدّرَها ، فُبل قوله في القدر مع اليمين دون الزائد، وكذا إن لم يقدر في المعروف خاصّة .
ولو أنفق بغير إذن الحاكم مع القدرة عليه، لم يرجع بها، وكذا مع التعدّر وترك شرط الرجوع والإشهاد ، ولا يقبل قوله في إيجاب الرجوع له على غيره، وإنّ أشهد بشرط الرجوع فالأقرب ثبوت الرجوع.
فإن انقضت مدّة الإجارة ، ورجع الجمال ، طُلب بما عليه، وسلّم إليه الجمال ، وإن لم يعد أو لم يؤدّ ، باع الحاكم منها بقدر ما عليه، فإن فضل ، كان للحاكم الخيار في بيعه مع الغيبة والاحتفاظ بالثمن ، وفي الإبقاء .
وإن هرب بجماله وكانت الإجارة في الدّمة ، لم تنفسخ بالهرب، ويكتري الحاكم من مال الجمال له ظهراً ، فإن فقد المال، اقترض عليه إمّا من بيت المال، أو بعض الناس، أو المستأجر، والأقرب أنّه ليس له أن يجعل الاستئجار إلى المستأجر.

ولو تعذر الاقتراض ، فالمستأجر الفسخ ، ويبقى المال ديناً على الجمال ،

١ . أي المكري .

٢ . أي من يقوم مقام الجمال الفار .

صفحة ١١٣

والبقاء على العقد، ويطالب الجمال مع عوده بظهر يركبه، إلا أن تكون مقيدة بزمان، وينقضى ،
فله مال الإجارة.

وإن كانت الإجارة على بهيمة معينة، لم يكن للحاكم أن يستأجر له غيرها، فإن فسخ المستأجر،
رجع بمال الإجارة ، ويدفع الحاكم العين، إن وجدها ، وإلا المثل أو القيمة، ولو لم يكن له مال، فهل
له أن يقرض عليه؟ قال الشيخ: ليس له ذلك^(١) والوجه تخصيص المنع بالاقتراض من المستأجر،
لانتهاء الفائدة^(٢) وإن لم يفسخ ، وكانت الإجارة متعلقة بمدة، انفسخت بانقضائها.

ولو بقي من الزمان شيء ثم عاد الجمال بجماله ، انفسخ فيما فات دون ما بقي (لكن له الخيار
فيه، ولو هرب بعد العمل بعض المدة . ثم عاد قبل الانقضاء ، لم يفسخ فيما بقي) ^(٣) ولا فيما
استوفاه، وإن كانت مقدرة بالعمل، كان له المطالبة به مع رجوع الجمال، سواء كان عودُه بعد مضي
مدة يمكن فيها الانتفاع أو لا .

٤٢٥٦ . الثالث عشر: يصح ذكر العقبة^(٤) وهو أن يركب البعض ويمشي الآخر، بشرط أن
يقدّر لها بفراسخ معينة، أو زمان معلوم ، مثل أن يركب إلى الزوال ، ويمشي إلى آخره، ويعتبر في
هذا زمان السير دون زمان النزول.

ولو اكرتري على أن يركب يوماً ويمشي آخر جاز، ولو أطلق العقبة من

١ . المبسوط: ٣ / ٢٣٥ . وعَلَّه بأنّ الدَّيْنَ لا يُقْضَى بالدَّيْنِ.

٢ . في المطبوع هنا تعليق من المصنف وهو: قد بينا أنه إذا لم يكن له مال ، يقترض الحاكم عليه إما من
بيت المال، أو من بعض الناس ، فإن لم يمكن فمن المستأجر ، وفي هذه الصورة ليس للاقتراض من
المستأجر فائدة ، لأنّ المستأجر له في ذمة المؤجر مالٌ فإبداله لا فائدة فيه.

٣ . ما بين القوسين يوجد في «ب» وسقط من المطبوع .

٤ . العقبة - بضم العين - النُّوبَة . المعجم الوسيط: ٢ / ٦١٣ .

صفحة ١١٤

غير تعيين ، فإن كانت هناك عادة معلومة ، حمل عليها، وإلا بطل .

ولو اتَّفقا على أن يركب ثلاثة، ويمشي مثلها، أو ما زاد على ذلك ، أو نقص ، جاز ، ولو اختلفا لم يجبر الممتنع منهما.

ولو اقتصرا اثنان للعقبة بينهما ، يركب أحدهما ثم ينزل ، فيركب الآخر ، جاز ، وتكون الإجارة متعلّقة بجميع المسافة ، ويرجعان في التناوب إلى العادة، أو ما يتَّفقان عليه، ولو اختلفا في البادي أفرع، ولو لم تكن للتناوب عادةً ، بطلت الإجارة ، إلا أن يعيّن في العقد التناوب إمّا بالزمان، أو بالفراسخ.

٤٢٥٧ . الرابع عشر: لو استأجر للحمل، لم تجب معرفة الحُمولة^(١) من كونها فرساً أو إبلاً أو غيرها إلا أن يكون المحمول يستتزرّ بكثرة الحركة ، كالفاكهة ، والزجاج ، أو يكون الطريق ممّا يعسر على بعضها دون بعض ، فيفتقر إلى تعيينه .

ولابدّ من معرفة المحمول، فلو شرط أن يحمل ما شاء ، لم يجز ، وكذا لو قال: لتحمل^(٢) عليها طاقتها ، بل تجب معرفته إمّا بالمشاهدة ، أو الوصف بالقدر والجنس، والظرف إن دخل في الوزن، لم يحتج إلى ذكره وإلاّ وجب إن اختلف، ولو لم يختلف كالصوف والشعر، لم يجب تعيينه .
ولو استأجر لمائة رطل من الحنطة، لم يدخل الظرف ، ولو قال: بمائة^(٣) دخل.

- ١ . قال المصنف في التذكرة: الحُمولة، بالفتح الدابة التي تحمل الأحمال، والحُمولة، بضم الحاء الشيء الذي يُحمل ، تذكرة الفقهاء: ٢ / ٣٩٠ - الطبعة الحجرية - .
- ٢ . كذا في «أ» ولكن في «ب»: «ليحمل» ولعلّ الصحيح «احتمل» .
- ٣ . في «أ»: لمائة .

صفحة ١١٥

ولو استأجر ظهراً للحمل موصوفاً بجنس ، مثل أن يشترط الخيل والبغال ، أو الإبل ، ليسرع^(١) في السير ، فلا تفوته الصحبة^(٢) ، أو ليسكن^(٣) السير^(٤) ، فلا يحصل من الخيل،^(٥) فأراد حمله على غير ذلك الجنس ، لم يقبل منه سواء كان المستأجر أو المؤجر.

٤٢٥٨ . الخامس عشر: لو استأجر بقرّاً للحرث، جاز (وافتقر إلى معرفة الأرض بالمشاهدة، وبقدر العمل ، إمّا بالمدة أو بالأرض ، أو بالمساحة ، وإذا قرن بالمدة^(١) افتقر إلى معرفة البقر، ويجوز استئجارها بانفرادها، فالمتولّي للحرث المستأجر ، وبانضمامها إلى مالكها، ليعمل بها، وإلى الآلات كالنّير^(٢) وبدون الآلة .

ولو استأجر البقر للدياس ، افتقر إلى معرفة الزّرع إمّا بالمشاهدة أو بالمدة^(٣) من غير تعيين الزرع ، ومتى شرط المدة، افتقر إلى تعيين البقر.

٤٢٥٩ . السادس عشر: لو استأجر لإدارة الرّحى ، افتقر إلى معرفة الحجر بالمشاهدة أو الوصف، وتقدير العمل، إمّا بالزمان ، أو بتقدير المطحون وذكر جنسه، ولو استأجر لدوران

الدولاب، افتقر إلى مشاهدة الدولاب ، وتقدير العمل، إمّا بالزمان أو بامتلاء شيء معيّن كالحوض مثلاً.

١ . راجع إلى الخيل والبغال.

٢ . لنألاً ينقطع عن القافلة .

٣ . راجع إلى الإبل .

٤ . أي لا يسرع في السير .

٥ . هذا ما أثبتناه، ولكن في النسختين «من الحمل» ويحتمل أن تكون العبارة «فلا يتلف من

الحمل» فعلى هذا المراد لنألاً تتضرّر الحُمولة لكون الحُمولة ممّا يضره الهزّ. ولاحظ التذكرة: ٣١٥ / ٢ .

٦ . ما بين القوسين يوجد في «ب» .

٧ . النّير: الخشبة المعترضة فوق عنق الثور أو عنقي الثورين المقرونين: لجرّ المحراث أو غيره.

المعجم الوسيط: ٩٦٦ / ٢ .

٨ . في «أ»: المدّة .

صفحة ١١٦

ولو استأجره للعرّب^(١) افتقر إلى معرفة الغرب، وتقدير الاستيفاء بالزمان، أو تعدّد الضروب، أو بامتلاء شيء معيّن، ولا يجوز التقدير بشرب الأرض وإن كانت معيّنَةً، وكذا لو قدره بشرب الماشية.

ولو استأجر لاستقاء الماء، افتقر إلى معرفة الآلة، كالراوية والجرة والقربة وتقدير العمل، إمّا بالوقت، أو عدد المرّات، أو امتلاء شيء معيّن، فإن قدره بالمرّات، افتقر إلى معرفة الموضع الذي يستقي منه، ويذهب إليه، وإن قدره بملء شيء افتقر إلى معرفته ومعرفة موضع الماء .

ولو استأجر الدابة لنقل التراب، جاز، ولا بدّ من معرفتها في كلّ موضع وقع العقد فيه على المدّة، وإن وقع على العمل المعيّن، لم تجب^(٢).

٤٢٦٠ . السابع عشر: لو استأجر دابةً، وذكر المستأجر أنّها تتعب راكبها، فإن كان من قبيله، مثل أن يكون قليل الركوب، فلا خيار له، وإن كان من قبيلها، كالعثار وقلة البصر، فإن رضي، فلا خيار، وإن لم يرض، فإن استأجرها بعينها، كان له الفسخ دون الإبدال، وإن كانت في الذمّة، كان له البديل، ولم يكن له فسخ العقد.

١ . الدلو العظيمة تتخذ من جلد الثور . المعجم الوسيط: ٤٦٧ / ٢ .

٢ . أي معرفة الدابة .

الفصل السادس: في تضمين الأجراء

وفيه واحد وعشرون بحثاً:

٤٢٦١ . الأول : العينُ المستأجرةُ أمانةٌ في يد المستأجر لا يضمنها إلا بتعد أو تفريط، وإذا انقضت المدّة وجب عليه رفع يده، وليس عليه الردّ إلا مع المطالبة، ولا يضمنها بعد المدّة بدون التفريط.

ولو طلبها صاحبها بعد المدّة ، وجب ردّها مع المكنة، فإن امتنع ، ضمنها، وعليه أجره المثل وقت الإمساك ، وإن لم يستعملها، ولو امتنع من الانتفاع من قبل نفسه لزمه الأجرة، ولا ضمان، وإن كان بوقوع الإصطبل على الدابة.

٤٢٦٢ . الثاني: لو شرط المؤجرُ على المستأجر ضمانَ العين ، لم يصحّ، وهل تبطل الإجارة؟ فيه نظر.

ولو أجره شيئاً وشرط عدم السير ليلاً ، أو وقت الظهيرة ، أو لا يتأخر بها عن القافلة ، أو لا يسير في الأعقاب ، أو في الابتداء، أو لا يسلكها طريقاً معيناً، أو لا ينزل وادياً، فخالف ، ضمن .

٤٢٦٣ . الثالث: إذا كانت الإجارة فاسدة، لم تكن العين مضمونةً أيضاً ، إلا بالتعدّي.

٤٢٦٤ . الرابع: يسوغ للمستأجر ضربُ الدابة بمجرى العادة وتكبيحها

باللجام^(١) للإصلاح والحثّ على السير ليلحق الرفقة، وللرائض ضربُ الدابة للتأديب، وترتيب المشي والعدو والسير ، وللمعلم ضربُ الصبيان للتأديب إلا صغيراً لا يعقل.

ولو تلفت الدابة بضرب المستأجر ما^(٢) يسوغ ضربها به لم يضمن ، وكذا لا يضمن لو وضع عليها السرج، أو اللجام، أو البرذعة فماتت، ولو تعدّى في ذلك كلّه ، ضمن .

ولو ضرب امرأته للتأديب فماتت ، ضمن.

والرائض لا يضمن مع ضربه موافق العادة .

ولو مات الصغير حتف أنفه، أو وقع عليه شيء من السقف لم يضمن المؤدّب، سواء كان الصبيّ حرّاً أو عبداً.

٤٢٦٥ . الخامس: الختان والحجّام والمتطبّب إذا أتلفوا شيئاً بفعلهم ضمنوه، وإن كانوا حاذقين، كما لو قطع الحشفة، أو يقطع الطبيب سلعة^(٣) فيتجاوزها ، أو يقطع بألة كآلة^(٤)، أو في وقت لا يصلح للقطع فيه، أمّا لو لم يتجاوزوا محلّ القطع^(٥) مع حذقهم في الصنعة ، فاتّفق التلف ، فإنهم لا يضمنون .

ولو ختن صبيّاً من غير إذن وليّه ، أو قطع سلعةً من إنسان بغير إذنه ، فسرت جنايته ، ضمن ،
ولو فعل بإذن من له الولاية لم يضمن إلاّ مع التعديّ.

- ١ . كَبَحَ الدَابَّةَ كَبْحًا: جَذَبَ رأسها إليه باللجام وهو راكب لكي تقف . المعجم الوسيط: ٢ / ٧٧٢ .
- ٢ . في «أ»: ممّا .
- ٣ . السَّلْعَة - بكسر السين - : زيادة في الجسد كالغدّة . مجمع البحرين .
- ٤ . كَلَّ السيف: لم يقطع . المعجم الوسيط: ٢ / ٧٩٦ .
- ٥ . في «ب»: محل القطع فيه .

صفحة ١١٩

٤٢٦٦ . السادس: لو استأجره لقلع ضرسه ، فقلع غير ما أمره ، ضمنه ، واقتصر منه في العمد .
٤٢٦٧ . السابع: الراعي لا يضمن الماشية إلاّ بالتعدّيّ أو التفريط ، مثل أن ينام عنها ، أو يغفل ،
أو يضعها في بُعد منه ، أو تغيب عن نظره وحفظه ، أو يضربها كثيراً ، أو في غير موضعه ، أو من
غير حاجة ، أو يسلك بها طريقاً مخوفاً .
ولو اختلفا في التعديّ ، فالقول قول الراعي ، ولو اختلفا في كون الفعل تعديّاً ، رجع إلى أهل
الخبرة .

ولو ادّعى موت شاة ، فُبلّ قوله مع اليمين ، ولا يضمن ، وإن لم يأت بجلدها .
ولا يضمن ما يأخذه العرب اللصوص والأكراد ، أو يأخذه السباع إلاّ مع التعديّ بأن يخالف
صاحب الغنم في المرعى ، فإن أطلق ، ولم يعيّن الموضع ، فلا ضمان إلاّ مع التعديّ .
٤٢٦٨ . الثامن: الصانع مثل القصار ، والخبّاط ، والحائك ، والطباخ ، وأشباههم ، يضمنون ما
يتلف بفعلهم ، سواء كانوا في ملك المستأجر أو ملكهم ، وسواء كان المستأجر حاضراً ، أو غائباً .
والحمّال يضمن ما يسقط من حملة عن رأسه أو يتلف من عثرته .
والجمّال يضمن ما يتلف بقوده وسوقه ، وانقطاع حبله الذي يشدّ به الحمل .
والملاح يضمن ما تلف في يده أو جذفه^(١) أو ما يعالج به السفينة .

١ . أي في حركة المجداف لدفع السفينة إلى الأمام .

صفحة ١٢٠

سواء حصل منهم التعديّ أو لا ، وسواء كان صاحب العمل حاضراً أو غائباً ، وكذا كلّ من
أعطى شيئاً ليُصلحه فأفسده أو أعباه .

ولو كان للمستأجر عبيداً صغاراً أو كباراً على جملة ، ضمن المؤجر ما تلف من قوده وسوقه ، وكذا الأجير الخاصّ يضمن ما يتلف بفعله ، سواء كان عن تفریط أو لا .

٤٢٦٩ . التاسع: إذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله ، تخيّر المالك بين تضمينه إياه معمولاً ، وعليه الأجر له إن لم يكن دفعه ، وبين تضمينه إياه قبل عمله ، ولا أجر له عليه ، وكذا لو أتلف الحامل ما حمّله ، تخيّر بين تضمينه في موضع التلف ، وعليه أجره حمّله إليه ، وبين تضمينه إياه في موضع التسليم ، ولا أجره .

٤٢٧٠ . العاشر: إذا دفع غزلاً إلى حائك فقال: انسجه عشرة طولاً في عرض ذراع ، فنسجه زائداً فيهما ، فلا أجر له على الزيادة ، ثم إن كانت الزيادة في الطول خاصّة ، استحقّ المسمّى ، وإن كان في العرض ، فالأقرب أنّه كذلك على إشكال ، وكذا الإشكال لو كانت الزيادة فيهما ، ولو نسجه ناقصاً في الطول ، فالأقرب أنّه يستحقّ بنسبة عمله من الأجرة . ولو كان ناقصاً في العرض فالإشكال فيه أقوى ، وعليه الأرش في البابين .

وإن نسجه زائداً في أحدهما ، ناقصاً في الآخر ، فلا شيء له عن الزيادة ، وكان الحكم في النقصان ما ذكرنا ، وليس لصاحب الثوب دفعه إلى النسيج وإلزامه بثمن الغزل .
ولو أثرت الزيادة أو النقص في العين ، مثل أن يأمره بعشرة أذرع

صفحة ١٢١

ليكون خفيفاً فينسجه خمسة عشر صفيقاً^(١) ، أو بالعكس ، ضمن الأرش ، والوجه عدم الأجرة .
٤٢٧١ . الحادي عشر: إذا قال للخياط: إن كان هذا يكفيني قميصاً فأقطعه ، فقال: نعم ، وقطّعه ، ولم يكفه ، ضمن الخياط أرش القطع ، ولو قال: انظره يكفيني قميصاً؟ قال: نعم ، قال: اقطعه ، لم يضمن .

٤٢٧٢ . الثاني عشر: لو أمره بقطع قميص رجل ، فقطعه قميص امرأة ، احتمل إلزامه بأرش ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً ، وما بين قيمته مقطوعاً قميص امرأة ورجل ، والأوّل أقوى ، وعلى التقديرين لا يستحقّ أجراً .

٤٢٧٣ . الثالث عشر: إذا اختلفا فقال: أذنت لي في قطعه قميص امرأة أو قباء ، أو صبغ الثوب أسود ، فقال: بل في قميص رجل ، أو في قميص أو في الصبغ أحمر^(٢) ، فالوجه أنّ القول قول المالك مع يمينه على عدم الإذن بما ادّعاه الخياط والصبّغ ، ولا أجره عليه على قطع ما ادّعاه الخياط ، والوجه أنّه لا أجره له أيضاً في مقابلة القطع الذي يصلح لما ادّعاه المالك ، وله الأرش .

ثمّ الخيوط إن كانت له ، لم يكن للخياط فتقه ، وإن كانت للصانع جاز له فتقه وانتزاع الخيوط منه ، إلاّ أن يتّفقا على العوض .

ولو طلب المالك أن يشدّ في كلّ خيط خيطاً ليقعد في مكانه عند سلّه ، لم تجب إجابته ، وكذا البحث في الصّبغ .

٤٢٧٤ . الرابع عشر: إذا استأجره لعمل في عين، فتلفت في يد المؤجر من

١ . صَفَّقَ الثوبُ صَفَاقَةً: كثف نسجه . المعجم الوسيط: ١ / ٥١٧ .

٢ . في الكلام لفّ ونشر مرتّب .

صفحة ١٢٢

غير تفريط، لم يضمن ، سواء كان هلاكه بما يستطاع، أو بغيره ، كالغرق أو القهر باليد الغالبة (١) عليه ولا أجره له فيما عمل له فيها، إن كان العمل في ملكه والمستأجر غائب ، وإن كان في ملك المستأجر وهو حاضر، قال الشيخ: له الأجرة ، لأنه يسلم العمل جزءاً فجزءاً (٢) . ولو حبس الصانع الثوب على استيفاء الأجرة ، ضمنه إلا أن يجعله المستأجر رهنًا . ولو دفع القصار الثوب إلى غير المالك للاشتباه بثوب آخر ، ضمنه، فإن قطعه ردّه مع الأرش، وفي تضمين القصار الأرش إشكال، ويطالب بثوبه، فإن كان موجوداً ، أخذه، وإن نقص فله الأرش، ولو هلك عند القصار ، ففي لزومه إشكال، أقربه ذلك .

٤٢٧٥ . الخامس عشر: إذا استأجره للخبز فاحترق بتفريط منه، ضمنه ، وإن كان بغير تفريط لم يضمنه ، سواء كان التثور في ملك أحدهما أو أجنبي .

٤٢٧٦ . السادس عشر: إذا استأجر لحفظ ما في البيت من القماش وبيعه . لم يضمنه . وإذا سرق الثياب من الحمام لم يكن على صاحبه شيء ، إلا أن يودع فيفترط .

٤٢٧٧ . السابع عشر: إذا حبس حرّاً أو عبداً فسرق ثيابه (٣) كان عليه الضمان . ولو قال له الحرّ: اقطع يدي، فقطعها ، لم يضمنها ، ولو قال له عبد ضمنها .

١ . في «أ»: باليد العالية .

٢ . المبسوط: ٣ / ٢٤٢ - ٢٤٣ .

٣ . في «ب»: فسرق من ثيابه .

صفحة ١٢٣

٤٢٧٨ . الثامن عشر: إذا استأجره للعمل في عين ، كالثوب فقصره ، فتلف بغير سببه، فلا ضمان إلا مع التعدي، مثل أن يلبس الثوب ، ثم يسرق من حرزه ، فعليه ضمانه بقيمته أكثر ما كانت من يوم التعدي إلى يوم التلف، وإن كان التلف بسببه، ضمنه يوم الجناية .

٤٢٧٩ . التاسع عشر: إذا استأجره ليحجم حرّاً أو عبداً ، أو يعلمه صنعةً، فتلف لم يضمن إلا

بالتعدي .

ولو استأجره ليحمل شيئاً ، فتلف في الطريق ، لم يضمنه إلا مع التعدي أو التفريط ، سواء كان صاحبه حاضراً معه أو لا .

ولو أخرج روشناً^(١) أو جناحاً إلى طريق ، فتلف به شيءٌ ضمنه .

ولو عزّر الإمام أو حدّ من يستحقّ ذلك فتلف لم يضمن .

٤٢٨٠ . العشرون: إذا استأجر ثوباً ليلبسه فانتظر^(٢) به ، ضمنه ، وله أن يقيل^(٣) فيه ، وليس له البيوتة فيه .

٤٢٨١ . الحادي والعشرون: إذا استأجر دابةً لقطع المسافة ، فأمسكها قدر قطعها من غير تسيير ، استقرت الأجرة عليه ، فإذا أمسكها بعد المدّة ، ففي وجوب الضمان ومؤنتها ومؤنة الردّ إشكال ، ويلوح من كلام الشيخ وجوب ذلك كلّه عليه^(٤) .

١ . كلمة فارسية بمعنى الكوّة .

٢ . هذا هو الصحيح ، وأمّا إنزّر بقلب الهمزة تاءً فهو لغة عامية لأنها لا تقلب تاءً .

٣ . قال قتيلاً: نام وسط النهار . المعجم الوسيط: ٢ / ٧٧٠ .

٤ . المبسوط: ٣ / ٢٤٩ .

صفحة ١٢٤

الفصل السابع: في باقي الأحكام

وفيه واحد وثلاثون بحثاً:

٤٢٨٢ . الأوّل: إذا تمّت الإجارة بأركانها ، ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدّة ، ويكون حدوثها على ملكه لا ملك المؤجر ، ويملك المؤجر مال الإجارة بمجرد العقد مع الإطلاق ، أو اشتراط التعجيل ، ولا يشترط في ذلك استيفاء المنفعة ولا مضيّ وقتها ، سواء كانت معيّنة ، كالثوب والدار ، والعبد ، أو غير معيّنة .

ولو كانت الإجارة على عمل ، ملك الأجير بالعقد أيضاً مال الإجارة ، وهل يستحقّ تسليمه قبل تسليم العمل؟ فيه نظر ، فإن قلنا به وكان العمل في ملك الصانع لم يبرأ من العمل ، ولا يستحقّ الأجر حتّى يسلم العين ، وإن كان في ملك المستأجر ، استحقّ الأجر بنفس العمل ، ولو استأجر كلّ يوم بأجر معلوم ، استحقّ أجر كلّ يوم فيه .

٤٢٨٣ . الثاني: إذا اشترط تأجيل الأجر ، صحّ بشرط أن يكون الأجل مضبوطاً ، ولو شرطه منجماً يوماً بيوم ، أو شهراً بشهر ، أو أقلّ من ذلك أو أكثر ، جاز ، ولو خالف في تقسيط الأجرة في النجوم ، صحّ بشرط الضبط .^(١)

٤٢٨٤ . الثالث: إذا استوفى المستأجر المنافع استقرّ الأجر ، فإن سلّمت

العين إليه ، ومضت المدّة من غير مانع له عن الانتفاع ، استقرّ الأجر ، وإن لم ينتفع المستأجر ، وكذا لو استأجر للعمل ومضت مدّة يمكن استيفاءه فيها، مثل أن يستأجر دابةً ليركبها إلى موضع، ومضت مدّة يمكن ركوبها فيها.

ولو بذل المؤجر العين، فامتنع المستأجر من أخذها مع إمكانه، ومضت مدّة الاستيفاء، استقرت الأجرة.

ولو كانت الإجارة متعلّقةً بعبد وشبهه على عمل موصوف ، كخياطة ثوب، وبناء حائط ، وقلع ضرس، وبذل المؤجر العين، ومضت مدّة يمكن استيفاءه فيها، فامتنع من أخذها، ففي استقرار الأجرة نظر.

ولو كانت الإجارة فاسدةً ، وعرضها على المستأجر ، فلم يأخذها، فلا أجر عليه، وإن مضت المدّة، ولو قبضها المستأجر ، ومضت المدّة المشروطة، أو مدّة يمكن استيفاء العمل فيها ، احتمل وجوب أجرة المثل وعدمه، أمّا لو استوفى المنفعة ، فإنّه تلزمه أجرة المثل لا أقلّ الأمرين من المسمّى والأجرة.

٤٢٨٥ . الرابع: الإجارة عقد لازم على ما تقدّم ، لا يثبت فيه خيار المجلس، ولو شرط الخيار فيه لهما، أو لأحدهما، أو لأجنبي ، جاز بشرط ضبطه بالمدّة المعلومة، سواء كانت معيّنة ، مثل أن يستأجر هذا العبد، أو مطلقاً في الذمّة، مثل أن يستأجر لخياطة ثوب .

٤٢٨٦ . الخامس: إذا استأجر عيناً فتلفت قبل قبضها، انفسخت الإجارة إجماعاً، وكذا لو تلفت بعد قبضها في ابتداء المدّة، ولو تلفت بعد مضيّ بعض المدّة، لم تنفسخ فيما مضى، وبطلت في المستقبل ، وعليه من الأجر بقدر الماضي، فإن تساوت أجزاء المدّة بسطت الأجرة عليها ، وإن اختلفت

كموضع تكثّر إجارته في وقت دون آخر، بسطت الأجرة على قدر القيمتين في المدّتين لا على المدّتين، وكذا التفصيل لو أبق العبد.

٤٢٨٧ . السادس: لو عُصبت العين المستأجرة بعد التمكين التام والإقباض ، لم تبطل الإجارة ، وكان على المستأجر دفع الأجرة ، وله مطالبة الغاصب بأجرة المثل ، سواء زادت عن المسمّى ، أو نقصت .

وإن كان قبل الإقباض ، تخيّر المستأجر في الفسخ مع الرجوع على المالك بالمسئى ، وفي الرجوع على الغاصب إن اختار الإمضاء ، وإن اختار الفسخ ، كان له ، ويسقط عنه مال الإجارة ، ويستردّه مع الدفع ، ولو ردّت العين في الأثناء ، ولم يكن قد فسخ ، كان له استيفاء الباقي ، وكان الخيار فيما مضى . ثابتاً ، وليس له مطالبة المالك بالانتزاع ، وإن كان متمكناً منه .

ولو أقرّ المالك بالرقبة تثبت في حقّه ، ولم تثبت في حقّ المستأجر ، بل كان له مخاصمة الغاصب ، ولو كانت الإجارة على عمل كخياطة ثوب ، أو حمل شيء ، فمات العبد أو الخياط أو الجمل الحامل ، لم تنفسخ الإجارة ، وكان عليه إقامة من يعمل ذلك ، وكذا لو غصب ، ولو تعذّر البديل ، تخيّر المستأجر في الفسخ والصبر حتى يظفر بالعين المغصوبة .
ولو منعه المالك من استيفاء المنفعة في ابتداء المدّة ، كان له الفسخ ، والأقرب أنّ له الإمضاء فيرجع بالتفاوت إن كان .

ولو غصب المستأجر العين المستأجرة ، كان ذلك استيفاءً للمنافع ، ولو أبق العبد في الأثناء ، كان للمستأجر البقاء ، فإن رجع قبل الانقضاء ، انفسخ فيما مضى حال الإباق ، ولا يفسخ في الباقي ، ولو لم يرجع انفسخت في الباقي خاصّة .

صفحة ١٢٧

٤٢٨٨ . السابع : لو استأجر مسكناً وحصل خوفٌ في ذلك البلد عامٌ يمنع السكنى فيه ، أو يحصر البلد ، فيمتنع من الخروج (١) إلى العين المستأجرة للزرع ، ففي ثبوت الخيار للمستأجر إشكال .
ولو استأجر دابةً ليركبها ، أو يحملها إلى موضع معيّن ، فانقطعت تلك الطريقٌ لخوف الناس ، أو استأجر إلى مكّة فامتنع الناس من الحجّ تلك السنّة ، فالأقرب ثبوت الخيار لكلّ منهما بين الفسخ والإمضاء .

ولو كان الخوف مختصاً بالمستأجر ، كقرب عدوّه من ذلك المكان ، أو حبس ، أو مرض ، أو ضاعت نفقته ، أو تلف متاعه ، لم يملك الفسخ .

٤٢٨٩ . الثامن : لو وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً ، تخيّر في الفسخ والإمضاء بالجميع ، وليس له المطالبة بالبديل .

ولو تجدد العيب بعد العقد ، كان للمستأجر الفسخ في الباقي والإمضاء بالجميع .
فلو انهدمت الدار كان على المالك عمارتها ، وللساكن خيار الفسخ ، وهل له إجبار المالك على العمارة؟ فيه نظر .

ولو باع المالك العين كان عدم الإجبار أولى ، سواء سبق البيع الهدم ، أو تأخر .
ولو اختلفا في كون الموجود عيباً ، رجع إلى أهل الخبرة ، ولو كانت الإجارة في الذمّة لم يكن له الفسخ ، وكان له الإبدال .

١ . في «أ»: فيمنع من الخروج .

صفحة ١٢٨

٤٢٩٠ . التاسع: يجوز أن يستأجر كحالا ليكل عينه، ويفتقر إلى تقديره بالمدة لا العمل ، ولا بد من ذكر المرة في كل يوم، أو المرّتين ، ولو قدره بالبرء، لم يجز إلا على وجه الجعالة، والكحل على العليل ، ولو شرطه على الكحل ، جاز ، أما الخيوط، فعلى الخياط، وكذا المداد والأقلام على الناسخ لا المستأجر.

ولو استأجره لبناء حائط ، وشرط الأجر على الصانع ، فالوجه الجواز، والصيغ على الصباغ، واللبن على المرضعة.

وإذا استأجره مدة فكله فيها ولم تبرأ عينه استحق الأجرة ، ولو برأت عينه في أثناء المدة، انفسخت الإجارة في الباقي ، وكذا لو مات.

ولو امتنع من الاكتمال مع بقاء المرض ، استحق الكحل الأجر بمضي المدة ، أمّا لو قال أهل الطب: إن الكحل يضره ، فحكمه حكم البرء.

ويجوز استئجار الطبيب للمداواة، والحكم فيه كالكحل، ولو اشترط المريض الدواء على الطبيب، فالأقرب الجواز.

ولو استأجره لقلع ضرسه ، جاز ، فإن برأ قبل القلع ، انفسخت الإجارة، ولو لم يبرأ وامتنع المستأجر من قلعه ، لم يُجبر عليه ، وعليه الأجرة إذا مضت مدة العمل.

٤٢٩١ . العاشر: يجوز أن يستأجر لرعي ماشية معينة أو زماناً معيناً، فإن عينها تعيّنت ، ويبطل العقد لو ماتت، ولو مات بعضها بطل فيه، وليس له إلزامه برعي البديل، ولو ولدت لم يجب عليه رعي السخال، ولو قرن الرعي بالمدة،

صفحة ١٢٩

وجب ذكر الجنس ، كالإبل ، أو البقر ، أو الغنم ، والنوع كالبخاتي^(١) والجواميس ، أو العراب^(٢) والضأن أو المعز.

ولو أطلق البقر ، فالأقرب عدم دخول الجواميس ، وفي دخول البخاتي في إطلاق الإبل إشكال ، ولو وقع العقد في موضع يقع الإطلاق عليهما بالسوية افتقر إلى التعيين ، ولا بد من ذكر الكبير والصغير ، فيقول: كباراً أو صغاراً^(٣).

وإذا عين العدد لم يجب عليه الزيادة، وإن كان من سخالها، ولو لم يعين العدد، بل استأجره لرعي مدة ، قال الشيخ: يسترعيه القدر الذي يراه الواحد عادةً من العدد، فلو اقتضت مائة، لم يجب

الزائد ولو تلف شيء منها كان له الإبدال ، ولو نتجت كان عليه ان يرضى السخال معها للعادة^(٤) ولو قيل: بالبطلان كان وجهاً .

٤٢٩٢ . الحادي عشر: إذا ظهر للمؤجر عيب في الأجرة سابقاً على القبض ، كان له الفسخ ، أو المطالبة بالعرض ، إن كانت الأجرة مضمونةً، وإن كانت معيّنةً، كان له الردُّ أو الأرش لا المطالبة بالبدل.

ولو أفلس المستأجر بالأجرة ، فسخ المؤجر إن شاء.

٤٢٩٣ . الثاني عشر: يكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطع على الأجرة ، وأن يضمن مع انتفاء التهمة، ولو استعمل قبل الشرط ، كان له أجرة المثل، ولو شارطه وأعطاه بالمشترط عرضاً ، ثمّ تغيّر سعره، كان عليه بسعر وقت إعطاء المال، دون وقت المحاسبة.

- ١ . البخاتي واحدها بختي وهي الإبل الخراسانية. المعجم الوسيط: ١ / ٤١ .
- ٢ . خيلٌ عرابٌ: خلاف البراذين. وإبلٌ عرابٌ: خلاف البخاتي . المعجم الوسيط: ٢ / ٥٩١ .
- ٣ . في «أ»: أو سخالاً .
- ٤ . المبسوط: ٣ / ٢٥١ .

صفحة ١٣٠

٤٢٩٤ . الثالث عشر: الأجير الخاصّ هو الذي يُستأجر مدّةً معيّنةً، والمشارك هو الذي يستأجر للعمل مجرداً عن المدّة، فالأول لا يجوز له العمل لغير المستأجر ، إلّا بإذنه في المدّة، والثاني يجوز. ٤٢٩٥ . الرابع عشر: إذا تعدّى المستأجر في العين ، ضمنها وقت العدوان ، ولو اختلفا في القيمة ، فالقول قول المستأجر مع يمينه ، وقيل: قول المالك إن كانت دابّةً ، والوجه الأول ، ويجب على المستأجر سقي الدابّة وعلفها بمجرى العادة، فلو أهمل ضمن .

٤٢٩٦ . الخامس عشر: من استأجر رجلاً لينفذه في حوائجه كانت نفقة الأجير على المستأجر ، إلّا أن يشترطها على الأجير ، قاله الشيخ^(١) ومنعه ابن إدريس^(٢) وفيه قوة. ٤٢٩٧ . السادس عشر: إذا أفسد المملوك فيما استؤجر فيه بإذن مولاه ، كان لازماً للمولى في كسب العبد.

٤٢٩٨ . السابع عشر: إذا استحقّ المؤجر الأجرة فأسقطها ، صحّ ، ولو أسقط المستأجر النفقة المعيّنة ، لم تسقط ، أمّا لو أبرأه عما استحقّه في ذمّته من العمل ، فإنّه يصحّ. ٤٢٩٩ . الثامن عشر: إذا تسلّم أجيراً ليعمل له صنعةً فهلك ، لم يضمنه ، صغيراً كان أو كبيراً ، وسواء كان حرّاً أو عبداً.

٤٣٠٠ . التاسع عشر: إذا دفع إلى الصانع شيئاً ليعمله ، فإن عقد معه

صفحة ١٣١

إجارةً صحيحةً، لزمه المسمى ، وإن كانت فاسدةً، فأجرة المثل، وإن لم يعقد لكن صرح له بإعطاء الأجر، فأجرة المثل أيضاً، وكذا لو عرض له بإعطاء الأجرة، مثل أن يقول: خذ هذا فاعمله ، وأنا أعلم أنك لا بد لك من أجرة.

ولو لم يعرض ولم يصرح ، فإن كان ممن عادتته أخذ الأجرة عليه، بأن يكون منتصباً لذلك ، فله أجرة المثل أيضاً ، وإن لم تجر له عادةً بالأجرة عليه، فإن كان الفعل ممّا يستحقّ عليه الأجر ، كان له أجرة المثل، وإن لم تكن له أجرة، لم يلتفت إلى مدّعيها، وكذا البحث لو دفع سلعة لبييعها.

ولو تلفت السلعة من حرزه من غير تفريط، لم يضمنها ، ولو تلفت بفعله ضمنها.

٤٣٠١ . العشرون: إذا استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً إلى صاحب له غائب ، فلم يجده في الموضوع المشترط، فرجع به إلى صاحبه، استحقّ الأجر لذهابه وعوده.

٤٣٠٢ . الحادي والعشرون: إذا اختلفا في قدر مال الإجارة ولا بيّنة ، فالقول قول المستأجر مع اليمين ، وقال في الخلاف: الذي يليق بمذهبنا استعمال القرعة^(١) ولو تعارضت البيّتان ، حكم لبيّنة المؤجر معها.

٤٣٠٣ . الثاني والعشرون: لو اختلفا في المدّة، مثل أن يقول: أجرتك سنةً بدينار، فيقول: بل سنتين بدينارين ، فالقول قول المالك مع يمينه وعدم البيّنة ، ولو قال: بل سنتين بدينار ، فما هنا اختلاف في العوض والمدّة، فالأقرب

١ . الخلاف: ٣ / ٥٢١ ، المسألة ١٠ من كتاب المزارعة.

صفحة ١٣٢

فيه أن يتحالفوا، ويفسخ العقد بينهما، وحلف كلّ واحد منهما على نفي ما ادّعاه الآخر^(١) ولو رضى أحدهما بيمين صاحبه، أقرّ العقد.

ولو قال المالك: أجرتكها سنةً بدينار ، فقال: بل استأجرتني لحفظها سنةً بدينار ، فالقول قول المالك مع السكّنى سنةً.

٤٣٠٤ . الثالث والعشرون: لو اختلفا في أصل الإجارة، فالقول قول المنكر، وكذا لو اختلفا في قدر المستأجر، ولو اختلفا في ردّ العين المستأجرة إلى مالكاها ، فالقول قول المالك.

٤٣٠٥ . الرابع والعشرون: لو اختلفا في التعدي في العين المستأجرة ، فالقول قول من ينكره، ولو ادعى المستأجر إباق العبد من عنده بغير تفريط، أو أنّ الدابة قد شردت من غير انتفاع بهما، فالأقرب أنّ القول قوله مع يمينه، وكذا لو ادعى التلف من غير تفريط.
ولو ادعى أنّ العبد مرض في يده، فالأقرب التفصيل ، فإن جاء به صحيحاً، فالقول قول المؤجر، وإن جاء به مريضاً، فالقول قوله، وكذا لو ادعى إباق العبد في حال إباقه، أو جاء به غير أبق.
ولو هلكت العين فاختلفا في وقت هلاكها، أو أبق العبد ، أو مرض ، فاختلفا في وقت ذلك ، فالأقرب أنّ القول قول المستأجر مع اليمين، لأنّ الأصل عدم العمل.
٤٣٠٦ . الخامس والعشرون: إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكارى

١ . في «ب»: على نفي ما ادّعه صاحبه الآخر.

صفحة ١٣٣

هلاك المتاع، وأنكر المالك ، كلّفوا البيّنة ، ومع عدمها ، يلزمهم الضمان، ولو قيل: ان القول قولهم مع اليمين كان أولى ، وكذا البحث لو ادعى المالك التفريط فأنكروا.
٤٣٠٧ . السادس والعشرون: قال الشيخ: يجوز السّلم في المنافع ، فإن ذكر بلفظ السّلم، كان من شرطه قبض الأجرة في المجلس ، وإن كان بلفظ الإجارة ، مثل أن يقول: استأجرت منك ظهراً صفته كذا، قيل فيه وجهان: أحدهما اشتراط القبض في المجلس ، والثاني عدمه^(١) ولم يرجح شيئاً .
٤٣٠٨ . السابع والعشرون: إذا اختلفا ، فقال المؤجر: وسّع قيد المحمل المقدم وضيق المؤجر ، ليكون أسهل على الجمل ، وطلب الراكب العكس ، ليكون أسهل عليه، لم يقبل من أحدهما ، ووضع مستويّاً.
٤٣٠٩ . الثامن والعشرون: إذ استأجرها للرضاع فانقطع اللبن ، بطلت الإجارة، ولو استأجرها للرضاع والحضانة، فانقطع اللبن، فالأقرب تخيير المستأجر بين الفسخ والإمضاء إمّا بالجميع أو بقدر الحصّة على إشكال.
٤٣١٠ . التاسع والعشرون: إذا استأجر داراً ليس لها باب ولا ميزاب ، لم يكن على المؤجر تجديده ، فإن علم المستأجر ، فلا خيار ، وإلاّ قلّه الفسخ.
٤٣١١ . الثلاثون: الملك المشترك لا يجوز لأحد من أربابه الانفراد بأجرته وإجارته دون باقي الشركاء ، فإن تشاحوا تناوبوا بمقدار من الزمان.
٤٣١٢ . الحادي والثلاثون: أجرة العبد لمولاه، ولو شرط المستأجر للعبد

صفحة ١٣٤

شيئاً من غير علم المولى ، لم يجب الوفاء به، ولا يحلّ للمملوك أخذه ، فإن أخذه ، وجب عليه ردّه على مولاه، قاله الشيخ^(١) والوجه بقاءه على الدافع.

١ . النهاية: ٤٤٨ .

صفحة ١٣٥

كتاب المزارعة

صفحة ١٣٦

صفحة ١٣٧

المقصد الثاني : في المزارعة

وفيه فصلان

الفصل الأول : في الماهية والشرائط

وفيه اثنا عشر بحثاً:

٤٣١٣ . الأول : المزارعة والمخابرة شيء واحد، والمزارعة مشتقة من الزرع ، والمخابرة مشتقة من الخبار، وهي الأرض اللينة، وهي دفع الأرض إلى من يزرعها بحصة مشاعة مما يخرج منها، وهي جائزة سواء كانت الأرض بيضاء ، أو كان بينها نخل بقدر البياض .
وهي عقد لازم لا يبطل إلا بالتقاييل، ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين، وعبارته أن يقول: زارعتك على هذه الأرض مدة معينة بحصة معينة من حاصلها، وكذا ينعقد بقوله: ازرع هذه الأرض ، على ما قلنا، أو سلمت هذه الأرض للزراعة بالحصة المعلومة.
٤٣١٤ . الثاني: يشترط في المزارعة أمور أربعة: أن يكون النماء مشاعاً ،

صفحة ١٣٨

وأن يكون نصيب كلٍ منهما معلوماً ، وتعيين المدّة ،^(١) وإمكان الانتفاع بالأرض ، فلو شرط كلّ منهما الانتفاع بشيء منه معيّن ، مثل أن يكون لأحدهما الأفل وللآخر الهرّف ،^(٢) أو ما يزرع على الجداول والآخر ما يزرع في غيرها، أو يشترط أحدهما زرع ناحية والآخر زرع أخرى، أو يشترط أحدهما الشتوي والآخر الصيفي، أو أحدهما قدرًا معيّنًا والآخر الباقي إمّا منفرداً ، أو مع نصيبه ، بطلت .^(٣)

٤٣١٥ . الثالث : يجوز اشتراط التساوي في النماء والتفاضل فيه، واشتراط ذهب أو فضة على كراهية، وكذا اشتراط قفيز معيّن من غير الأرض المزروعة ، ولو شرط أحدهما قفيزاً معلوماً من الحاصل، وما زاد بينهما، ففي البطلان نظر، وكذا لو شرط أحدهما إخراج بذره، والباقي بينهما، فإنّ فيه خلافاً، والجواز حسن ، فحينئذ إن شرط إخراج البذر (وسطاً)^(٤) جاز، وإن لم يشترط لم يخرج ، وقسم الحاصل على قدر الشرط.

٤٣١٦ . الرابع: الشروط قسمان: منها ما يقتضي جهالة نصيب كلّ واحد منهما، مثل أن يشترط أحدهما نصيباً مجهولاً ، أو اشتراط قُفْزان معلومة من الحاصل ، فهذا يبطل المزارعة، ومنها ما لا يقتضي ذلك ، كعمل ربّ الأرض ، أو غلامه، أو عمل العامل في شيء آخر، فهذا لا يُبطل المزارعة .

ولو شرط أنّه إن سقى سيقاً فله كذا ، وإن سقى بدولاب وشبهه فكذا ففي الجواز إشكال.

١ . في «أ»: وتعيين الملك .

٢ . الهَرْفُ: ما يعجّل من الثمر وغيره . المعجم الوسيط: ٢ / ٩٨٢ . والمراد منه هنا المتقدم من الزرع أي ما زرع عاجلاً ، و «الأفل» خلافه .

٣ . قوله «بطلت» جواب لقوله «فلو شرط» .

٤ . ما بين القوسين يوجد في «ب» .

صفحة ١٣٩

ولو قال: إن زرعته حنطةً فلي الربع ، وإن زرعته شعيراً فالتلث ، وإن زرعته باقلاء فلي النصف بطل، وكذا لو قال: ما زرعته فيه من حنطة فلي الربع ، وما زرعته فيه من شعير فالتلث ، وما زرعته من باقلاء فالنصف.

ولو قال: ما زرعته من شيء فلي نصفه ، صحّ ، وكذا يصحّ لو جعل له ثلث الحنطة وربيع الشعير ونصف الباقلاء إذا عيّن ما يزرع من كلّ واحد منها، إمّا بتقدير البذر، أو المكان بالمشاهدة أو المساحة.

٤٣١٧ . الخامس: قيل: يكره إجارة الأرض للزراعة بالحنطة والشعير ممّا يخرج منها، والوجه البطلان ، ويجوز بحنطة أو شعير في الدّمة ، أو من غيرها موجود .

٤٣١٨ . السادس: يجب تعيين مدّة الزرع بالأشهر المضبوطة ، ولو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكر المدّة ، فوجهان أقربهما البطلان.

٤٣١٩ . السابع: إذا عيّنا مدّة معلومة ، فأدرك الزرع في بعضها ، فالأقرب أنه ليس للعامل زرع الأرض مرّة ثانية، وإن كان يدرك مع انتهاء تلك المدّة ، هذا إذا عيّنا المزروع، ولو أطلقه، أو كانت العادة تقتضي زرعه مرّتين ، فأنه يجوز كما لو شرط زراعة سنتين فصاعداً، ولو انتهت المدّة قبل إدراكه، فالأقرب أنّ للمالك إزالته، سواء كان بسبب العامل كالتفريط أو من قبل الله تعالى كتغيّر الهواء وتأخير^(١) الماء عن وقت العادة.

ولو اتّفقا على التّبقيّة بعوض أو بغير عوض، جاز، لكن مع شرط العوض يفتقر إلى تعيين المدّة.

١ . في «أ»: أو تأخير .

صفحة ١٤٠

ولو شرط في العقد تأخيره إن بقي بعد المدّة المشروطة، فالأقرب البطلان.
٤٣٢٠ . الثامن: إذا ترك العامل الزراعة حتّى انقضت المدّة، لزمته أجره المثل، ولو كان قد استأجرها لزمته الأجرة.

٤٣٢١ . التاسع: يجب كون الأرض التي يزار عليها ممّا ينتفع بها، بأن يكون لها ماء إما من نهر ، أو بئر، أو عين، أو مصنع، أو غيث معتاد ، ولو تعدّر وصول الماء إليها، لم تصحّ المزارعة. ولو زارع على ما لا ينحسر الماء عنه، أو ينحسر بعد المدّة، أو في أثنائها بعد فوات الوقت المعتاد للزرع، لم تصحّ ، ولو كان قليلاً يمكن معه بعض الزرع جاز، ولو كان ينحسر عنها بالتدريج، فالأقرب جواز المزارعة لا الإجارة للزرع، للجهد بوقت الانتفاع.

٤٣٢٢ . العاشر: لو انقطع الماء في أثناء المدّة فإن كان الزرع يحتاج إليه تخيّر العامل في الفسخ والإمضاء إن كان^(١) قد زارع عليها، أو استأجرها للزراعة، وعليه أجره ما سلف ، ويرجع بما قابل المدّة المتخلفة .

٤٣٢٣ . الحادي عشر: إذا أطلق المزارعة ، كان له أن يزرع ما شاء، وإن عيّن المزروع، لم تجز المخالفة، فإن زرع ما هو أضربّ كان للمالك أجره المثل إن شاء أو المسمّى مع الأرش ، ولو كان أقلّ ضرراً، جاز.

٤٣٢٤ . الثاني عشر: لو اشترط الزرع والغرس ، فالأقرب وجوب تعيين مقدار كلّ واحد منهما، وكذا البحث لو استأجر لزرعين أو غرسين مختلفي الضرر .

١ . في «ب»: إذا كان .

الفصل الثاني: في الأحكام

وفيه ثمانية عشر بحثاً:

٤٣٢٥ . الأول : إذا كان في الأرض شجر فساقاه على الشجر، وزارعه على الأرض التي بين الشجر، صحّ ، سواء قلّ بياض الأرض أو أكثر ، فإذا قال: ساقيتك على النخل، وزارعتك على الأرض مدة كذا على النصف ، جاز ، وكذا لو قال: عاملتك على الأرض والشجر بالنصف .
ولو قال: زارعتك على الأرض بالنصف ، وساقيتك على الشجر بالربع ، أو بالعكس ، جاز .
ولو قال: ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف ، ففي الجواز إشكال ، من حيث إنّ المزارعة تستلزم السقي،^(١) وإنّ شرط المساقاة المعاملة على أصل ثابت ، والأقرب الجواز ، مع إرادة المجاز الشرعي^(٢) ، وكذا البحث في الأرض البيضاء (ولو قال: ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها)^(٣) .
ولو قال: ساقيتك على الشجر بالنصف ، ولم يذكر الأرض لم تدخل في

١ . وجه للجواز ، كما أنّ ما بعده وجه لعدمه .

٢ . أي استعمال اللفظ في المعنى الجامع بين المزارعة والمساقاة .

٣ . ما بين القوسين موجود في نسخة «ب» ولعلّ الصحيح «لو قال» بحذف «الواو» ليكون مثلاً للأرض البيضاء .

العقد ، وليس للمالك أن يزرع ، ولو شرط ربُّ الأرض أن يزرع هو دون العامل ، جاز .
ولو زارعه أرضاً فيها نخلات يسيرة ، جاز أن يشترط العامل ثمرتها، سواء كان الشجر بقدر الثلث فما دون ، أو أزيد ، ولو أجره بياض الأرض وساقاه على الشجر الذي فيها، جاز سواء فعلا ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو لا .

٤٣٢٦ . الثاني : تصحّ المزارعة إذا كان البذر من ربّ الأرض والعمل من العامل، وكذا تصحّ لو كان البذر والعوامل من العامل، أو كان من أحدهما الأرض والعمل، ومن الآخر البذر، ولو كان بلفظ الإجارة لم تصحّ لجهالة العوض .

٤٣٢٧ . الثالث: لو كان البذر منهنّ نصفين ، وشرطاً أنّ الزرع بينهما بالسوية، فهو بينهما كذلك وليس لأحدهما الرجوع على الآخر بشيء ، وكذا لو شرطاً التفاضل ، فإنّه يلزم الشرط ، سواء كان الفاضل للمالك أو العامل، وكذا لو تفاضلا في البذر وتساويا في الحاصل ، أو تفاضلا فيه .

٤٣٢٨ . الرابع: إذا فسدت المزارعة كان الزرع لصاحب البذر ، فإن كان هو المالك ، كان عليه أجره المثل لعمل العامل ، وإن كان هو العامل، كان عليه أجره مثل الأرض لربّها ، ولو كان البذر منهما فالزرع لهما ويتراذان الفاضل من أجره مثل الأرض التي فيها نصيب العامل وأجره العامل بقدر عمله في نصيب صاحب الأرض .

ولو قال: صاحب الأرض أجرتك نصف أرضي مدة كذا بنصف بذرك ونصف منفعتك ومنفعة عواملك وآلتك ، وأخرج العامل البذر كلّهُ ، لم تجز ، لجهالة المنفعة، ولو أمكنت معرفة المنفعة وضبطها وضبط البذر، جاز.

صفحة ١٤٣

٤٣٢٩ . الخامس: لو قال صاحب الأرض: أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي، ويكون سقيها من مائك ، والزرع بيننا ، جاز.

٤٣٣٠ . السادس: لو اشترك ثلاثة من أحدهم الأرض ، ومن الآخر البذر، ومن الآخر العوامل والعمل ، فالأقرب الجواز على إشكال بلفظ المزارعة لا الشركة، وكذا لو كانوا أربعةً ، وكان العوامل والعمل من اثنين، ولو كان شركةً لم تصحّ، وكان الزرع لصاحب البذر، ولصاحب الأرض والفدان^(١) والعمل ، الأجره عليه ولا يجب عليه الصدقة بالفاضل .

ولو كانت الأرض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم وأعوانهم على الشركة في الحاصل على قدر مالهم ، جاز.

٤٣٣١ . السابع: لو زارع رجلاً على أرض أو أجره إيّاها فسقط من الحبّ الحاصل من الزرع في تلك الأرض عاماً آخر ، فهو لصاحب البذر لا لصاحب الأرض، إلا أن يكون صاحب البذر أسقط حقّه منه.

٤٣٣٢ . الثامن: إذا تنازعا في المدة، فالقول قول منكر الزيادة ، ولو اختلفا في قدر الحصّة ، فالقول قول صاحب البذر مع يمينه ، ولو أقاما بيّنةً، فُدِّمَتْ بيّنة العامل ، وقيل: يرجع إلى القرعة^(٢) .

٤٣٣٣ . التاسع: لو ادّعى العامل العارية وادّعى المالك الحصّة أو الأجره ولا بيّنة، تحالفاً ، ويثبت لصاحب الأرض أجره المثل ، وقيل: القرعة^(٣)، إذا عرفت هذا فللزارع تبقية الزرع إلى وقت أخذه.

١ . الفدان: المخرّات وربما يقال: الثوران يقرب بينهما للحرث. لاحظ المعجم الوسيط، والمنجد.
٢ . كما في شرائع الإسلام: ٢ / ١٥٢ .
٣ . كما في شرائع الإسلام: ٢ / ١٥٣ .

صفحة ١٤٤

٤٣٣٤ . العاشر: لو ادّعى العارية وادّعى المالك الغصب، فالقول قول المالك مع يمينه، وكان له أُجرة المثل وأرش الأرض إن عابت وطُمّ الحفر، ولا يجب على المالك تبيقةُ الزرع إلى وقت أخذه، بل للمالك قلعه وإن لم يدرك بغير أرش عليه، وكذا لو ادّعى الإجارة، وادّعى المالك الغصب.

٤٣٣٥ . الحادي عشر: يجوز للمزارع أن يزارع غيره مع الإطلاق، وإن لم يأذن المالك، وكذا له أن يشارك غيره في العمل، ولو شرط المالك العمل بنفسه لم تجز المشاركة ولا مزارعة الغير.

٤٣٣٦ . الثاني عشر: خراج الأرض ومؤونتها على ربّها، ولو شرطه على العامل أو بينهما، جاز.

٤٣٣٧ . الثالث عشر: يجوز للمالك خرص الزرع على العامل، ولا يجب على العامل القبول، فإن قَبِلَ، صحَّ، وعليه دفعُ حصّة الأرض، سواء زاد الخرص عن الواقع، أو نقص، وكان مشروطاً بالسلامة^(١) فلو تلف الزرع بأفة سماوية، أو أرضية من غير تفريط من العامل، لم يكن عليه شيءٌ.

وقال ابن إدريس: إن كان ذلك بيعاً إمّا بحاصلها أو بغيره، بطل، وإن كان صلحاً من حاصلها، بطل، وإن كان من غيره، لزم، وإن تلفت العلة بالآفات السماوية وغيرها^(٢) وفيه قوة.

٤٣٣٨ . الرابع عشر: الحصّة التي يأخذها المزارع الذي منه العمل دون البذر، يملكها بالزراعة، لا بالإجارة، فلو بلغت النصاب وجبت الزكاة فيها عليه لا

١ . أي استقرار ما فرض مشروط بالسلامة .

٢ . السرائر: ٢ / ٤٥٠ - ٤٥١ .

صفحة ١٤٥

على المالك، وكذا المالك إن بلغ نصيبه النصاب وجبت الزكاة فيه عليه وإلا فلا.

٤٣٣٩ . الخامس عشر: إذا سوّغنا اشتراط إخراج البذر أو لا على ما ذهب إليه الشيخ^(١) وابن إدريس^(٢) فاختلفا في قدره، فالقول قول العامل إن كان البذر من ربّ الأرض، ولو كان من العامل ففي تقديم قوله نظر.

ولو ادّعى أحدهما اشتراط حصّة معينة، والآخر مجهولة، فالقول قول مدّعي الصحة، وكذا البحث في الإجارة.

٤٣٤٠ . السادس عشر: إذا شرط الخراج على العامل، وكان قدره معلوماً، جاز، وكان لازماً له، فإن زاد السلطان، كانت الزيادة على المالك، ولم يتعرّض الشيخ لطرف الجهالة، وفي تسويغ اشتراطه إشكال، ومعه يكون الخراج بأجمعه على العامل.

٤٣٤١ . السابع عشر: لو زارع على أرض ثمّ باعها ، لم تبطل المزارعة ، ووجب على المشتري الصبر إلى انقضاء المدّة إن كان عالماً قبل العقد، وإن لم يكن عالماً ، تخيّر بين الصبر بغير عوض ولا أرش على إشكال ، وبين الفسخ.

٤٣٤٢ . الثامن عشر: من استأجر داراً للسكنى فزرع فيها ، أو غرس بغير إذن المالك، ووجب عليه قلعه، وللمالك مع امتناعه قلعه بغير أرش، وله أجره المثل وأرش الأرض إن عابت ، وطمّ الحفر، وإن كان بإذنه، لم يكن له القلع إلاّ بالأرش.

١ . النهاية: ٤٤٠ .

٢ . السرائر: ٤٤٤ .

صفحة ١٤٦

صفحة ١٤٧

كتابُ المساقاة

صفحة ١٤٨

صفحة ١٤٩

المقصد الثالث : في المساقاة والنظر في الماهية والشرائط والأحكام

فهاهنا فصلان:

الفصل الأوّل : في ماهيتها وشروطها

وفيه أحد عشر بحثاً:

٤٣٤٣ . الأوّل : المساقاة: معاملة على أصول ثابتة بحصّة من ثمرتها، وهي مفاعلة من السقي، ولا بدّ فيها من إيجاب كقوله: ساقيتك، أو عاملتُك، أو سلّمتُ إليك ، وما أشبهه، ومن قبول. وهي عقدٌ صحيحٌ لازمٌ من الطرفين، لا يبطل إلاّ بالتقاييل ، ولا يفسخ بموت أحد المتعاملين، ولا بجنونه، ولا بالحجر عليه، ولو شرط المريض للعامل أزيد من أجره المثل، ففي إخراج الزيادة من صلب المال إشكال.

ولو قال: استأجرْتُك لسقي البستان حتى تكمل ثمرته بنصف الثمرة، لم تصحّ، بخلاف ما لو قال: ساقيتُك.

صفحة ١٥٠

٤٣٤٤ . الثاني: عقد المساقاة لا يدخل فيه خيار المجلس ، لاختصاصه بالبيع، ولا الشرط ، لعدم إمكان ردّ المعقود عليه، وهو العمل مع الفسخ ، على إشكال.

٤٣٤٥ . الثالث: يشترط في الصحة أن تكون المعاملة على أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقاء عينه، فتصحّ المساقاة على النخل والكرم وشجر الفواكه، ولا تجوز المساقاة على ما لا ثمر له من الأشجار ولا ورق ينتفع به، كالصفصاف،^(١) ولا على ما له ثمر غير مقصود كالصنوبر، ولو كان له ورق ينتفع به كالتوت والحناء ، أو زهر مقصود كالورد ، فالأقرب جواز المساقاة عليه.

٤٣٤٦ . الرابع: لو ساقاه على وديّ^(٢) النخل مغروس ، أو على صغار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالباً بجزء من ثمرها، جاز ذلك ، ثم إن حمل في تلك المدة ، استحقّ العامل الحصّة ، وإلا فلا شيء له.

٤٣٤٧ . الخامس: يشترط أن تكون المعاملة على الثمرة، فلو جعل للعامل مع النّصيب من الثمرة نصيباً من الأصل ، لم تصحّ ، وكذا لو جعل له جزءاً من ثمرها مدة بقائها، فلو جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة، ففي البطلان نظر.

٤٣٤٨ . السادس: يشترط أن تكون المعاملة^(٣) على أصل ثابت، فلو ساقاه

١ . قال في القاموس: ٣ / ٢٣٧: الصفصاف: شجر الخلاف ، واحدته بهاء . مادة (صفف) وقال في مادة (خلف): الخِلافُ - ككتاب - : صنف من الصفصاف ، سمّي خلافاً لأنّ السيل يجيء به سبباً فينبت من خلاف أصله.

٢ . قال المصنف في التذكرة: الودّيّ - بكسر الدال وتشديد الياء - : الفسيل . تذكرة الفقهاء: ٢ / ٣٤٢ -

الطبعة الحجرية - وفي مجمع البحرين: الودّيّ - بالياء المشدّدة - : هو صغار النخل قبل أن يحمل .

٣ . في «ب»: يشترط وقوع المعاملة.

صفحة ١٥١

على شجر يخرسه لم تجز، وإن قرنه بمدة يمكن أن يحمل فيها غالباً، ولو قال: اغرس أرضي فما كان من غلة فلك بحقّ عملك كذا وكذا، ولي الباقي، لم يجز، وللمالك القلع مع الأرش وأخذ الغرس بالقيمة إن رضي العامل، ولو اختار العامل أخذ شجرة كان له ذلك، ولا أرش عليه للأرض، ولو اتفقا على إبقاء الغرس ودفع الأجرة ، جاز، وكذا لو دفع الأرض ليخرسها على أنّ الغرس بينهما، أو على أنّ الأرض والغرس بينهما.

٤٣٤٩ . السابع: يشترط كون المدّة معلومةً لا يتطرق إليها الزيادة والنقصان، ويكون وجود الثمرة فيها غالباً، ولا تقدير لأكثرها ، أمّا أقلّها فينتدّر بمدّة تكمل فيها الثمرة، فلو ساقاه أقلّ منها لم تصحّ، وكان له أجره المثل إن ظهرت الثمرة، ولو لم تظهر فالأقرب الأجره أيضاً ، ولو ساقاه سنةً فظهرت الثمرة في آخرها ولم تكمل ، فالعامل شريك.

٤٣٥٠ . الثامن: يشترط ذكر الحصّة للعامل ، فلو أهمل بطلت المعاملة، وكذا لو شرط أحدهما الانفراد بالثمرة، ويجب كون الحصّة مشاعةً، فلو شرط أحدهما ثمرة نخلات بعينها والآخر الباقي لم يجز، وكذا لو شرط لنفسه أرطالاً معيّنةً، وللآخر الباقي، أو شرطاً إخراج قدر معيّن من الثمرة لأحدهما والباقي بينهما.

٤٣٥١ . التاسع: يجب كون الحصّة معيّنةً ، سواء قلّت أو كثرت ، وسواء كانت جزءاً واحداً كالثلث، أو أجزاء كالخمسين، أو سدس ، ونصف سبع ، فلو أبهما كالسهم والحظّ والنصيب لم يصحّ، وكذا لو قال: ساقيتك على أنّ نصف الثمرة لي ، وسكت على إشكال ، ولو قال: على أنّ نصف الثمرة لك وسكت ،

صفحة ١٥٢

صحّ، ويجوز أن يجعل لكلّ صنف من الشجر حصّةً على حدة، سواء ساوت الأخرى أو لا، لكن يشترط مع المفاوتة أن يكون العامل عارفاً بكلّ نوع.

٤٣٥٢ . العاشر: لو شرط في العقد أنّه إن سقى سيقاً فالنصف ، وبالنواضح الثلث ، فالأقرب البطلان، ولو قال: لك الخمسان إن كان عليك خسارة، وإلا فالربع ، فكذا.

٤٣٥٣ . الحادي عشر: يجوز ان يشترط أحدهما على الآخر شيئاً من ذهب أو فضّة على كراهية، ويجب الوفاء بالشرط لو وقع ، ولو تلفت من الثمرة لم يلزم.

الفصل الثاني: في الأحكام

وفيه سبعة وعشرون بحثاً:

٤٣٥٤ . الأول : لو ساقاه في هذا الحائط بالثلث على أن يساقيه في الحائط الآخر بجزء معلوم ،صحّ.

٤٣٥٥ . الثاني : إذا شرط المالك على العامل عملاً معيّناً وجب على العامل القيام به، فإن أخلّ بشيء منه، تخيّر المالك بين فسخ العقد وإلزامه بأجره العمل، وكذا لو أخلّ بجميعه.

وإن أطلق المساقاة، اقتضى الإطلاق قيام العامل بجميع ما فيه استزادة

صفحة ١٥٣

النماء من الرفق ، أو حرث الأرض تحت الشجر، وإصلاح الأجاجين^(١) وسقي الشجر ، واستقاء الماء، وإصلاح طرق الماء، وتنقية الأرض من الحشيش المضرّ بالشجر، والشوك ، وقطع الشجر اليابس، وتهذيب الجريد، وزبار الكرم^(٢) وقطع ما يحتاج إلى قطعة، وإدارة الدّولاب ، والبقر التي تديره وتحث الأرض^(٣) والتلقيح، والتعديل ، واللّقاط، والجذاذ، وإصلاح موضع التشميس، ونقل الثمرة إليه ، وحفظها على رؤوس الشجر إلى وقت قسمتها.

ويجب على المالك القيام بما فيه حفظ الأصل، كبناء الجدار، وإنشاء النهر، وعمل الدولاب وحفر البئر، وإقامة الدالية، وهل كُشُّ^(٤) التلقيح على العامل أو المالك؟ فيه إشكال ينشأ من كونه غير عمل ، ومن كون التلقيح لا يتمّ إلاّ به، فأشبهه بقر الحرث، واختار الشيخ الثاني^(٥) وابن إدريس الأوّل^(٦).

وأما تسميد الأرض بالزبل ، فعلى المالك شراؤه، وعلى العامل تفريقه على الأرض إن احتاجت الثمرة إليه .

٤٣٥٦ . الثالث: إذا أطلقا العقد ولم يبيّنا ما على كلّ واحد منهما، فعلى كلٍّ منهما ما ذكرنا أنّه عليه، وإن شرطاه كان تأكيداً ، وإن شرطاً على أحدهما شيئاً يلزم الآخر ، صحّ إلاّ أن يشترط العامل على المالك القيام بجميع العمل، ولو

١ . الأجاجين جمع إجانة بالكسر والتشديد، والمراد بها هنا الحفر التي يقف فيها الماء في أصول الشجر التي تحتاج إلى السقي، لاحظ تذكرة الفقهاء: ٢ / ٣٤٦ - الطبعة الحجرية - .

٢ . والمراد به كما قيل: تقليمه وقطع رؤوس الأغصان المضر بقاؤها على الثمرة والأصل.

٣ . في «أ»: وتحريث الأرض .

٤ . الكُشُّ - بالضم - : ما يُلقح به النخل . لسان العرب .

٥ . المبسوط: ٣ / ٢١٠ .

٦ . السرائر: ٢ / ٤٥١ .

صفحة ١٥٤

شرط القيام بأكثره جاز، ولا بدّ أن يكون ما يشترطه المالك على العامل ممّا قلنا أنّه على المالك معلوماً .

٤٣٥٧ . الرابع: لو شرط أن يعمل معه غلمان المالك ، جاز، ولو شرط أن يكون عمل الغلمان لخاص العامل فالأقرب الجواز، وكذا الأقرب جواز اشتراط عمل المالك معه.

إذا ثبت هذا فإنّ نفقة الغلمان على مالكهم لا على العامل، ولو شرطها المالك على العامل جاز، وهل يشترط حينئذ تقديرها؟ فيه نظر، ولا بدّ من معرفة الغلمان المشروط عملهم بروية أو صفة تحصل بها المعرفة^(١).

٤٣٥٨ . الخامس: لو شرط العامل أن أجر الأجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة، وقدّر الأجرة ، فالأقرب الجواز، ومنعه الشيخ وأبطل معه العقد^(٢) وكذا لو شرطها على المالك ، ولو لم يقدر الأجرة، فالأقرب البطلان.

٤٣٥٩ . السادس: تصحّ المساقاة على الثمرة المعدومة إجماعاً، والأقرب جوازها على الموجودة بشرط أن يكون في العمل ما يستزاد به الثمرة، وإن بقي ما لا يستزاد به الثمرة كالجذاز لم يجز، وعلى هذا إن كانت الثمرة قد بدا إصلاحها قبل العقد، فالزكاة على المالك، وإلا فعليهما إن بلغ نصيب كلٍ منهما النصاب وإلا فلا.

٤٣٦٠ . السابع: إذا عيّنا حصّة أحدهما وسكتنا عن الآخر ، فإن كانت المعيّنة حصّة العامل ، صحّت ، وإلا فإشكال ، وقد تقدّم ، فلو اختلفا في الجزء

١ . في «أ»: يحصل معها .

٢ . المبسوط: ٣ / ٢١٧ .

صفحة ١٥٥

المشروط لمن هو منهما، فإن قلنا بالصحة مع تعيين حصّة المالك خاصّة ، فلا بحث وإلا فالقول قول العامل.

٤٣٦١ . الثامن: إذا قال: ساقيتك على هذين البستانين بالنصف منهما، أو بالنصف من هذا والتلث من ذلك صحّ، ولو قال: بالنصف من أحدهما والتلث من الآخر، ولم يعيّن ، بطل .

ولو قال: ساقيتك على هذا البستان نصفه بالنصف والنصف الآخر بالتلث ، جاز، وإن لم يعيّنهما.

٤٣٦٢ . التاسع: إذا كان البستان لاثنتين فساقيا عاملاً على أنّ له نصف نصيب هذا وتلث نصيب الآخر ، جاز مع معرفته بالنصيبين ، ولو جهل بطل، ولو شرطاً قدرأ واحداً من النصيبين ، جاز وإن جهلها.

٤٣٦٣ . العاشر: لو كان البستان لواحد فعامل اثنين جاز، سواء شرط تساويهما في الحصّة، أو اختلافهما، ولو أطلق انصرف إلى التساوي.

٤٣٦٤ . الحادي عشر: لو ساقاه ثلاث سنين على أنّ له في الأولى النصف وفي الثانية التلث وفي الثالثة الربع ، جاز.

٤٣٦٥ . الثاني عشر: لو كان البستان لاثنتين فساقى أحدهما شريكه، وجعل له من الثمرة أكثر من نصيبه ، جاز، ولو شرط للعامل مثل نصيبه، أو أقلّ ، بطلت، وللعامل بقدر نصيبه من الأصل ولا أجرة له على عمله.

ولو ساقى شريكه وشرط أن يعمل معاً ، ففي الإبطال نظرٌ مع الاختلاف في الحصّة والتساوي في الملك، أو بالعكس، ولو اتّفقا فيهما فلا فائدة للمساقاة

صفحة ١٥٦

مع تساويهما في العمل ، ولو تفاضلا فيه ، فإن كان قد شرط له فضلٌ في مقابلة عمله، استحق ما فضل له من أجره المثل ، وإن لم يشترط ^(١) له شيءٌ فلا شيء له.

٤٣٦٦ . الثالث عشر: تجوز المساقاة على البعّل من الشجر ^(٢) كما تجوز على المفتقر إلى الماء.

٤٣٦٧ . الرابع عشر: انما تصحّ المساقاة على شجر معلوم بالمشاهدة أو الصفة الرافعة للجهالة، فلو ساقاه على مجهول ، أو على أحد بستانيين من غير تعيين لم تصحّ .

٤٣٦٨ . الخامس عشر: إذا ساقاه إلى سنة ^(٣) يحمل فيها غالباً فلم يحمل تلك السنة ، لم يكن للعامل شيء ، ولو ظهرت الثمرة ولم تكمل ، فله نصيبه منها وعليه تمام العمل فيها على إشكال ، ولو ساقاه إلى مدّة لا يحمل فيها غالباً، أو يحتمل وجود الثمرة وعدمها ، فالأقرب البطلان وله أجره المثل ، وإن ظهرت الثمرة في تلك المدّة لم يكن للعامل فيها شيءٌ.

٤٣٦٩ . السادس عشر: إذا مات العامل أو المالك قام وارثه مقامه، ولو امتنع وارث العامل من العمل، لم يجبر عليه ، فيستأجر الحاكم من التركة من يعمله، ولو لم تكن تركة، أو تعدّر الاستئجار فللمالك الفسخ، وعليه الأجرة إلى وقت الموت، ولو اختار الإمضاء صحّ ، فإن كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل بأجرة ما بقي من العمل، ويستأجر عنه به، ولو احتيج إلى بيع

١ . في «أ»: لم يشترط .

٢ . في مجمع البحرين: يستعار البعّل للنخل، وهو ما يشرب بعروقه من الأرض فاستغنى عن السقي.

٣ . في «ب»: إلى مدّة .

صفحة ١٥٧

الجميع ، بيع في ذلك ، فإن كان قد بدا صلاحها خيّر المالك بين شراء حصّة العامل وبيع حصّته، وبييع الحاكم حصّة العامل، ولو امتنع المالك ، باع الحاكم حصّة العامل، واستأجر على باقي العمل، والفاضل للورثة، وكذا لو لم يبد صلاحها.

ومن يشترط ^(١) بدوّ الصّلاح ، سوّغ بيع حصّة العامل بشرط القطع إن باع المالك أيضاً ، ولو امتنع ، فالأقرب جواز بيع حصّته بانفراده على تقدير الاشتراط أيضاً .

وللمالك البقاء على المعاملة ، فيستأذن الحاكم على الإنفاق على الثمرة، ويسترجعه منها، فإن عجزت ، فالأقرب أخذ الباقي من التركة ، ولو عجز عن استئذان الحاكم ، فالأقرب جواز الرجوع

بما أنفق مع الإشهاد على احتساب الرجوع، ولو تمكّن من الحاكم وأنفق وأشهد على الرجوع، فالأقرب عدم الرجوع، وكذا لو أنفق متبرّعاً .

٤٣٧٠ . السابع عشر: إذا هرب العامل ، فللمالك الفسخ والبقاء ، فينفق الحاكم من ماله إن لم يتبرّع بالعمل أحدٌ ، فإن لم يجد فمن بيت المال قرصاً ، فإن لم يجد اقترض^(٢) من أحد، فإن لم يجد استأجر من يعمل بأجرة مؤخّرة إلى الإدراك ، فإن تعدّر استأذن الحاكم وأنفق ، فإن تعدّر الاستئذان أشهد في الإنفاق والرجوع.

ولو عمل المالك بنفسه كان متبرّعاً، وللمالك الفسخ وعليه الأجرة إلى

١ . في «ب»: يشرط .

٢ . هذا ما اثبتناه، ولكن في النسختين: أقرض .

صفحة ١٥٨

وقت الهرب، وهل للمالك الفسخ مع وجود المتبرّع بالعمل؟ فيه نظر، فإن عمل الأجنبي ولم يشعر به استحقّ العامل الأجرة ، وكان الأجنبي متبرّعاً.

٤٣٧١ . الثامن عشر: العامل أمين لا يضمن إلا مع التفريط أو التعدي ، وقوله مقبول مع اليمين في التلف وعدم الخيانة^(١) ، ولو ثبتت الخيانة بالإقرار أو البيّنة، أو النكول ، لم يكن للمالك رفع يده عن حصّته ، وله رفع يده عن حصّة المالك ، ولو ضمّ المالك إليه من يحفظ نصيبه كانت أجرة الحافظ على المالك لا على العامل.

٤٣٧٢ . التاسع عشر: لو عجز عن العمل مع أمانته ، ضمّ إليه آخر يساعده ، ولا ينتزع يده منه، وأجرة الآخر عليه، ولو عجز بالكلية أقام من يعمل عوضه، وأجرته عليه أيضاً .

٤٣٧٣ . العشرون: لو اختلفا في الحصّة ، فالقول قول المالك لا العامل، ولا يتحالفان بل المالك ، وكذا البحث لو اختلفا في قدر ما تناولته المساقاة من الشجر، ولو كان هناك بيّنة عمل بها، وإن تعارضتا، فالوجه تقديم بيّنة العامل، قال الشيخ: يقرع ولا يحلف من خرجت القرعة له^(٢) .

ولو تعدّد المالك فصدّقه أحدهما دون الآخر، أخذ من نصيب المصيّق ما ادّعه ومن نصيب الآخر ما حلف عليه، ولو شهد المصيّق على المنكر، وكان عدلاً ، فُبلت شهادته، ولو كان العامل اثنين والمالك واحداً ، فشهد أحد العاملين على صاحبه، فُبلت شهادته أيضاً .

١ . في «ب»: الجناية .

٢ . المبسوط: ٣ / ٢١٩ .

صفحة ١٥٩

٤٣٧٤ . الحادي والعشرون: الحصّة يملكها العامل بالظهور لا بالمقاسمة ، وتجب الزكاة على كلّ من بلغ نصيبه نصاباً ، سواء كان منفرداً أو منضمّاً إلى غير هذه الثمرة ، ولا يضمّ حصّة أحدهما إلى الآخر ، ولو كان أحدهما لا تصحّ الزكاة منه، كالنصرانيّ والمكاتب ، وجبت على الآخر إن بلغت حصّته نصاباً.

٤٣٧٥ . الثاني والعشرون: لو كانت المساقاة على نخل في أرض خراجيّة، كان الخراج على المالك ، ولو شرطه أو بعضه على العامل جاز .

ولو شرط العامل دراهم منفردةً عن الجزء ، أو المالك من الثمرة، لم يجز . وكذا لا يجوز لو جعل له ثمرة السنّة التي تلي سنة المساقاة ، أو ثمرة بستان غير بستان المعاملة، ولو شرط عليه عملاً في غير النخل الذي ساقاه عليه، أو في غير السنّة، ففي البطلان نظر .

٤٣٧٦ . الثالث والعشرون: لو ساقاه على نخل، فعامل العامل غيره على النخل لم يجز وإن جاء بأمين.^(١)

٤٣٧٧ . الرابع والعشرون: لو ساقاه على شجر فبان مستحقّاً، دفع إلى المالك ولا شيء للعامل عليه، ولا في الثمرة، ويرجع بأجرة مثله على المساقى .

ولو نقصت الثمرة بالتشميس ، كان للمالك الرجوع بالنقص على من شاء منهما، ويستقرّ الرجوع على الغاصب .

ولو اقتسماها وأكلاها، كان للمالك الرجوع على من شاء منهما بالجميع وبالتفريط ، وقوى الشيخ أنّه لا يرجع على العامل بالجميع، بل بالنصيب.^(٢)

١ . ناظر إلى ردّ فتوى «مالك» حيث أجازها إذا ساقى رجلاً أميناً . لاحظ المغني لابن قدامة: ٥ / ٥٧٨ .

٢ . المبسوط: ٣ / ٢١٧ .

فإن رجع بالجميع على الغاصب ، ففي رجوع الغاصب على العامل بما أتلفه نظر، فإن رجع عليه، رجع العامل بأجرته فيه، فإن رجع على العامل بالجميع ، رجع العامل بقدر نصيب الغاصب وبأجرة مثل نصيبه ، ويحتمل بنصيبه على إشكال ، ولو رجع عليهما، رجع العامل بأجرة مثله .

ولو تلفت الثمرة في الشجر، أو بعد الجذاذ قبل القسمة ، فالوجه الرجوع على من شاء منهما .

٤٣٧٨ . الخامس والعشرون: إذا دفع أرضاً إلى غيره للغرس على أنّ الغرس بينهما، بطلت المغارسة، والغرس لصاحبه ، ولصاحب الأرض قلعه إذا دفع أرش نقصه بالقلع ، وله أجرة أرضه، ولو دفع القيمة ليكون الغرس له ، لم يجبر الغارس، وكذا لو دفع الغارس أجرة التبقية لم يجبر صاحب الأرض عليها .

٤٣٧٩ . السادس والعشرون: كلُّ موضع يبطل فيه المساقاة تكون الثمرة للمالك، وعليه أُجرة المثل للعامل.

٤٣٨٠ . السابع والعشرون: لو استأجره للعمل في الثمرة بحصّة منها معلومة بعد بدوّ صلاحها، جاز، وكذا لو استأجره قبل بدوّ الصلاح بها أجمع، أو ببعضها بشرط القطع أوّلاً، أمّا لو استأجره قبل ظهورها بها، أو ببعضها، فإنّه لا يجوز .

صفحة ١٦١

كتاب

السبّيق والرّمي

صفحة ١٦٢

صفحة ١٦٣

المقصد الرابع : في السبّيق والرّمي

وفيه فصلان

الفصل الأوّل: في أحكام المسابقة

وفيه ثلاثة عشر بحثاً:

٤٣٨١ . الأوّل : المسابقة جائزة بلا خلاف ، قال الله تعالى (وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ)^(١).

روي عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أنّه قال:

«ألا إنّ القوّة الرمي»^(٢) قاله ثلاثاً.

وقال تعالى: (إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ)^(٣) وقد وقع الإجماع على جواز المسابقة على النصل والخفّ والحافر، لقوله (عليه السلام):

٢ . صحيح مسلم: ٥٢ / ٦ ، كتاب الإمارة ، باب فضل الرمي والحث عليه . ورواه الحاكم في
المستدرک: ٣٢٨ / ٢ ؛ والبيهقي في سننه: ١٣ / ١٠ ؛ وابن قدامة في المغني: ١١ / ١٢٨ ، ورواه
الشيخ الطوسي (قدس سره) في المبسوط: ٦ / ٢٨٩ .
٣ . يوسف: ١٧ .

صفحة ١٦٤

«إنّ الملائكة لتتنفر عند الرهان، وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخفّ والریش والتّصل»^(١).
وقال (عليه السلام):
«لا سبق إلاّ في نصل أو خُفّ أو حافر»^(٢).
ويدخل تحت النصل السهمُ والنشابُ والمزاريقُ^(٣) والجِرابُ^(٤) والسيفُ، ويدخل تحت الخفّ
الإبلُ والفيلةُ ، وتحت الحافرِ الفرسُ، والحمائرُ، والبغلُ.
ولا تجوز المسابقة على غير هذه . كالمسابقة على الأقدام والسفن والطّيور والمصارعة ورفع
الحجر وغير ذلك، سواء كان بعوض، أو غير عوض.
ويجوز المسابقة على ما يتناوله الحديث بعوض وغير عوض.
٤٣٨٢ . الثاني : الرّمح والسيف تجوز المسابقة فيهما، وكذا الفيلة والبغال والحمير، ولا تجوز
على الأقدام إلى موضع جبل وغيره، بعوض وغيره، ولا على رمي الحجارة بعوض وغيره
(والمصارعة بعوض وغيره)^(٥)، ولا الطير بعوض وغيره، ولا المراكب والسفن بعوض وغيره.

١ . الوسائل: ١٣ / ٣٤٧ ، الباب ١ من كتاب السبق والرماية، الحديث ٦ . (عن الصادق (عليه السلام)).
٢ . الوسائل: ١٣ / ٣٤٨ ، الباب ٣ من كتاب السبق والرماية ، الحديث ١ و ٢ و ٤ (عن النبي (صلى
الله عليه وآله وسلم) والصادق (عليه السلام)).
٣ . المزاريق جمع المِزراق ، وهو: الرمح القصير . مجمع البحرين .
٤ . الجِرابُ جمع الحربة وهي آلة قصيرة من الحديد محدّدة الرأس: تُستعملُ في الحرب. المعجم الوسيط:
١ / ١٦٤ .
٥ . ما بين القوسين يوجد في «ب»: ولو صحّ يجب أن يقال «ولا المصارعة» على أنّه تقدّم الكلام فيها
من المؤلف آنفاً.

صفحة ١٦٥

٤٣٨٣ . الثالث : عقد المسابقة والرماية لازم من الطرفين ، يفتقر إلى إيجاب وقبول ، قال
الأزهري^(١): النّضالُ في الرمي والرّهان في الخيل ، والسباق فيهما^(٢).
٤٣٨٤ . الرابع: السبق بإسكان الباء مصدر سَبَقَ يَسْبِقُ سَبْقاً ، وبفتحها العوض، وهو الخطر
والندب والقرع والوجب^(٣) ، فمن سبق أخذه ويقال فيه كلّه «فَعَلَّ» مشدّد العين إذا أخذه، يقال سَبَقَ :

إذا أخذ السَّبِقُ ، وسَبَّقَ: إذا أعطى السبق أيضاً ، وهو من الأضداد ، ويقال سَبَّقَ بالتشديد: إذا أخرج السَّبِقَ وإذا أحرزه .
ويوصف السهم (٤) بأنّه :

- ١ . الأزهرى محمد بن أحمد الأزهرى الهروى الشافعى، أديب ، لغوي ، ولد في هراة بخراسان سنة ٢٨٢ ، ومات بهراة سنة ٣٧٠ ، ومن تصانيفه: تهذيب اللغة . لاحظ الأعلام للزركلى : ٦ / ٢٠٢ .
- ٢ . لاحظ تهذيب اللغة: ١٢ / ٣٩ ، و ج ٦ / ٢٧٣ ، و ج ٨ / ٤١٧ .
- ٣ . القَرَعُ والوَجَبُ: الخَطَرُ ، وهو السَّبِقُ الَّذِي يناضل فيه . المعجم الوسيط: ٢ / ١٠١٣ و ٧٢٨ . نقل الشيخ في المبسوط عن ابن الأعرابي: أَنَّ السَّبِقَ والخَطَرُ والنَّدَبُ والقَرَعُ والوَجَبُ عبارة عن المال المخرج . المبسوط: ٦ / ٢٩٧ .
- ٤ . ذكر المصنف هنا من أوصاف السهم سبعة عشر اسماً، وفي التذكرة: ٢ / ٣٦٠ - من الطبعة الحجرية - أحد عشر وقال الثعالبي في فقه اللغة :
إذا مرَّ السهم ونَقَلَ ، فهو صارِدٌ ، فإذا أخذ مع وجه الأرض ، فهو زالجٌ، فإذا عدل عن الهدف يميناً وشمالاً، فهو ضائف وصائف ، وكذلك العاضد، والعاذل الَّذِي يعدل عن الهدف، فإذا جاوز الهدف، فهو طائش وعائرٌ وزاهقٌ، فإذا زَحَفَ إلى الهدف ثم أصاب، فهو حاب، فإذا اضطرب عند الرمي، فهو مُعْطِظٌ، فإذا أصاب الهدف، فهو مُقرطسٌ وخازقٌ وخاسقٌ وصائب، فإذا أصاب الهدف وانفضخ عودُهُ ، فهو مُرْتَدِّعٌ، فإذا وقع بين يدي الرامي فهو حابضٌ، فإذا التوى في الرمي، فهو مُعَصِّلٌ، فإذا قَصَرَ عن الهدف، فهو قاصرٌ، فإذا خرج من الهدف، فهو دابرٌ، فإذا دخل من الرَّمِيَّةِ أي الصيد الَّذِي يُرمى بالسهم بين الجُلْدِ واللحم ولم يَحْرَ فيها، فهو شاطف، فإذا خرج من الرَّمِيَّةِ ثم انحطَّ فذهب ، فهو مارقٌ، ومنه الحديث في وصف الخوارج «يمرقون من الدين كما يَمْرُقُ السهم من الرَّمِيَّةِ» .
فقه اللغة: ١٨٧ - الطبعة الثالثة ١٤١٧ هـ - .

صفحة ١٦٦

خاسق: وهو الَّذِي يخرق الغرض أي يتقبه ويثبت فيه ، وهو الخارق أيضاً.
والحابي: ما وقع على الأرض ثم زحف (١) إلى الهدف وجمعه حواب (٢).
وإن أصاب الغرضَ ونفذ فيه ومضى ولم يؤثر، فهو صارِدٌ وجمعه صوارد، وقد صرد السهم يصرد صرداً وأصردته أنا.
وأما الطامح والفاخر: فهو الَّذِي يشخص عن كبد القوس ذاهباً إلى السماء.
والخاصل: هو الَّذِي أصاب الغرض، وقد خَصَلَه: إذا أصابه .
والمُعْطِظُ (٣): الَّذِي يميل يميناً وشمالاً.
والزاهق: هو الَّذِي يتجاوز الهدف من غير إصابة.
والحابض: هو الَّذِي يقع بين يدي الرامي (٤) .
والدابِر: الَّذِي يخرج من الهدف (٥)، وهو المارق أيضاً ، وجمعه موارق.

والمتردع: الذي إذا أصاب الهدف ، يشدخ عوده ويكسر.

- ١ . في «أ»: ثم رجع .
- ٢ . قال المصنف في التذكرة: وقد اختلف في الحابي. فقيل: انّ أبا حامد الإسفرائيني وَهَمَ هنا حيث جعل الحوابي صفة من صفات السهم ، وسمّاه حوابي - بإثبات الياء - وفسّره بأنّه السهم الواقع دون الهدف، ثم يحبو إليه حتّى يصل إليه ، مأخوذاً من حبو الصبيّ، ونوع من الرمي المزدلف ، يفترقان في الاسم، لأنّ المزدلف أحدُّ والحابي أضعف ، ويستويان في الحكم.
- وقال قوم: إنّ الحواب - بإسقاط الياء - : نوع من الرّمي ... والمشهور انّ الحابي ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب إليه فأصابه، وهو المزدلف . تذكرة الفقهاء: ٢ / ٣٦٠ - الطبعة الحجرية - .
- ٣ . في بعض النسخ: «المغطظ» والصحيح ما في المتن. وفي لسان العرب: عَطَّظَ السهم: التوى وارتعش والمُعَطَّظ من السهام: الذي يضطرب ويلتوي إذا رُمي به .
- ٤ . حَبَّضَ السهم: طاش ولم يصب الغرض . المعجم الوسيط: ١ / ١٥٢ .
- ٥ . دَبَّرَ السهم: خرج من الهدف . المعجم الوسيط: ١ / ٢٦٩ .

صفحة ١٦٧

والخارم: الذي يصيب طرف القرطاس فلا يثقبه، ولكن يخرق الطرف ويخرمه.
والخاصر: ما أصاب أحد جانبيه.
والخاذق: ما خدشه ولم يثقبه.
والمزدلف: الذي يضرب الأرض ثم يثب إلى الغرض.
والهدف: ما رفع وبني من الأرض، والقرطاس: ما وضع في الهدف ليرمى والغرض: ما نُصب في الهواء ويقصد، إصابته ، ويسمى القرطاس هدفاً وغرضاً.
والمناضلة^(١): المسابقة والمراماة .
والرّشق بكسر الراء: عددُ الرمي وبالفتح: الرمي.
والمبادرة: هي أن يبادر أحدهما إلى الإصابة مع التساوي في الرّشق.
والمُحاطَّةُ: هي إسقاط ما تساويا فيه من الإصابة ^(٢).

- ١ . في المطبوع «والمناضلة» وهو مصحّف . قال الجوهري: ناضلّه: أي راماه ، يقال: ناضلتُ فلاناً فنضلتُهُ: إذا غَلَبْتُهُ ، وانتضل القومُ وتناضلوا: أي رموا للسبق . الصحاح: ٥ / ١٨٣١ . وفي القاموس . ناضله مناضلةً ونضالاً ونيضالاً: باراه في الرمي . قاموس المحيط: ٤ / ٥٨ .
- ٢ . وما عرّف به المصنّف نفسُ ما في الشرائع وقد علّق الشهيد على قول المحقّق قال ما هذا لفظه: «المُراماة قسمان: مبادرةٌ ومحاطَّةٌ ، والمراد من الأول أن يتّقا على رمي عدد معيّن كعشرين سهماً مثلاً، فمن بدر إلى إصابة عدد معيّن منها - كخمسة - فهو ناضلٌ لمن لم يصب أو أصاب ما دونها.

والمراد من المحاطة - بتشديد الطاء - أن يقابل إصابتهما من العدد المشترك ويطرح المشترك من الإصابات ، فمن زاد فيها بعدد معين كخمسة مثلاً ففاضلٌ للآخر ، فيستحقّ المال المشروط في العقد، وما ذكره المصنّف يعني صاحب الشرائع من تعريفهما غير سديد، لدخول كلّ منهما في تعريف الآخر» .
ولكلامه صلة لاحظ مسالك الأفهام: ٦ / ٨١ - ٨٢ .

صفحة ١٦٨

والسابق: هو الذي يتقدّم بالهادي وهو العنق وبالكتد وهو الكاهل، وهو مجتمع الكتفين، وهو الناتي ما بين أصل العنق والظهر، وهو من الخيل مكان السنام من البقر، فإن تساوت خلقة الفرسين في قدر العنق ، فمن سبق به أو ببعضه ، فهو سابق ، وإن كان أحدهما أطول عنقاً ، فإن سبق القصير بالعنق ، أو بعضه، فقد سبق ، وإن سبق الطويل بالجميع ، فقد سبق وكذا إن سبقه بأكثر ممّا بينهما في طول العنق، وإن كان أقلّ من قدر الزيادة ، كان السابق هو القصير، لأنّه قد سبق بكاهله، ولا اعتبار بالأذن .

والمصليّ: هو الذي يحاذي رأسه صلوي السابق ، والصلوان ما عن يمين الذنب وشماله^(١).

والمحلّ: الذي يدخل بين المتسابقين إن سبق أخذ ، وإن سبق لم يغرم.

والغاية: مدى السباق^(٢).

٤٣٨٥ . الخامس: عقد السبق لازم ، سواء كان العوض منهما معاً أو من أحدهما أو من اجنبيّ ، وقيل: إنها عقد جائز كالجماعة ، وقواه الشيخ^(٣).
فعلى الأوّل لا يجوز الفسخ وإن لم يتلبّس بالعمل، وعلى الثاني يجوز قبله وبعده للفاضل كالسابق في العدو^(٤) والرمي لا المفضول على إشكال.

١ . في مجمع البحرين: الصلوان: العظمان النابتان عن يمين الذنب وشماله . ولاحظ تهذيب اللغة: ١٢ / ٢٣٨ - ٢٣٩ .

٢ . قال في المسالك في شرح كلام صاحب الشرائع «والغاية مدى السباق» ما هذا نصّه: غاية الشيء منتهاه، والمراد بمدى السباق هنا منتهاه لا مجموع مسافته، كما يظهر من المدى. ثم نقل عن القاموس أنّ المدى - كفتى - : الغاية وعن نهاية ابن الأثير: أنّ غاية الشيء: مداه ومنتهاه . فعلى هذا يكون العطف تفسيرياً . لاحظ مسالك الأفهام: ٦ / ٧٤ .

٣ . المبسوط: ٦ / ٣٠٠ .

٤ . في «ب»: في العدد .

صفحة ١٦٩

٤٣٨٦ . السادس: يشترط كون العوض معلوماً إمّا بالمشاهدة ، أو الوصف الرافع للجهالة، ويجوز أن يكون ديناً وعيناً حالاً ومؤجّلاً، أو يكون بعضه حالاً وبعضه مؤجّلاً.

ويجوز أن يخرج الإمام من ماله خاصة ومن بيت المال ، وأن يخرج أحدهما ، أو كلاهما ، أو أجنبي ، وإذا كان ديناً وحل ، أُجبر على تسليمه ، وإذا أفلس به ضرب مستحقه مع الغرماء .
ومع الإصابة المعقود عليها يستحق السابق السبق ، سواء قلنا أنّها عقد لازم أو جائز ، ويجوز أخذ الرهن والضمين على العوض إن كان ديناً ، وإذا أخرج السبق أحدهما كان للسابق منهما ، ولو شرط أكثره للسابق والباقي للمصلي جاز ، ولو شرط أن يطعم العوض أصحابه ، احتل صحة الشرط ، ولو قيل: بفساده فالأقرب عدم فساد المسابقة ، وهو اختيار الشيخ ^(١) والشروط الفاسدة إن اقتضت اختلال شرط الصحة مثل جهالة العوض ، أو المسافة ، فالعقد فاسد ، وإن لم يقتض مثل أن يشترط أن لا يرمي أبداً إن سبق ، فالأقرب عدم فساد العقد بفساده .
٤٣٨٧ . السابع: كلّ موضع فسدت فيه المسابقة فإن كان السابق هو المخرج ، لم يستحق شيئاً على صاحبه ، وكان سبقه له ، وإن كان الآخر ، استحقّ على المخرج أجره المثل ، ولو كان العوض مستحقاً ، كان على مخرجه قيمته أو مثله .

١ . الخلاف: ٦ / ١٠٥ ، المسألة ١٠ من كتاب السابق ؛ والمبسوط: ٦ / ٣٠٢ .

صفحة ١٧٠

٤٣٨٨ . الثامن: إذا قال اجنبي لاثنين أو جماعة: من سبق فله عشرة ، صحّ ، فإن سبق أحدهم استحقّ ، وإن جاءوا دفعة لم يستحقوا شيئاً .
ولو قال لاثنتين: من سبق منكما فله عشرة ، ومن صلى فله عشرة ، لم يصحّ ، ولو قال: من صلى فله خمسة جاز ، وكذا يصحّ لو قال لجماعة: من سبق فله عشرة ، ومن صلى فله عشرة ، ولو قال: للمصلي عشرة وللصاحب خمسة ، لم يصحّ .
ولو قال لعشرة: من سبق فله عشرة ، فسبق واحد أخذ العشرة ، وإن سبق اثنان فلهما العشرة ، ولو سبق تسعة تساوا فيها ، ولا شيء للأخير ^(١) ويحتمل أن يكون لكل واحد من التسعة عشرة كاملة ^(٢) ولو قال: من سبق فله عشرة ، ومن صلى فله خمسة فسبق خمسة ، وصلى خمسة ، فعلى الأول ^(٣) للسابقين عشرة وللصليين خمسة ، وعلى الثاني لكل من الخمسة الأول عشرة ، ولكل واحد من الثانية خمسة ويتطرق على الأول احتمال البطلان ^(٤) .
٤٣٨٩ . التاسع: إذا كان السبق منهما ، لم يشترط المحلل ، فلو أخرجوا عوضاً وقالوا: من سبق منا فله العوضان ، صحّ ، فإن سبق أحدهما أحرز مال نفسه ، وأخذ عوض صاحبه ، وإن لم يسبق أحدهما أحرز كلّ منهما مال نفسه ، ولو

١ . في «أ»: للآخر .

٢ . لأن كل واحد منهم يسمّى سابقاً فيستحق الجعل بكماله.

٣ . أي على الوجه الأول .

٤ . وعلة المصنّف في القواعد بإمكان سبق تسعة فيكون لكل واحد من السابقين درهمٌ وثُغٌّ ، وللمصليّ الواحد خمسة، وعلى هذا يفوت مقصود المسابقة . لاحظ قواعد الأحكام: ١ / ٢٦٣ - الطبعة الحجرية . -

صفحة ١٧١

أدخلا محلّلاً جاز ، فإن سبق المحلّل ، أخذَ العوضين ، وكذا إن سبق أحدهما ، ولو سبقاً معاً أحرز كلُّ منهما مال نفسه، ولو سبق أحدهما والمحلّل ، أحرز السابق مال نفسه، وكان العوض الآخر بينه وبين المحلّل نصفين ، ولو قالاً: من كان مسبوفاً ، فعوضه للمحلّل جاز ، ولو قال لخمس: من سبق فله درهمان ، ومن صلى فله درهم، فسبق واحدٌ وصلى ثلاثة، وتأخّر الخامس، فللسابق درهمان ، وللثلاثة المصليين درهم ولا شيء للمتأخّر.

٤٣٩٠ . العاشر: يشترط في المسابقة أمور خمسة:

تقدير المسافة ابتداءً وانتهاءً ، فلو استبقا لينظر أيهما يقف قبل صاحبه من غير غاية ينظران إليها لم يجز.

وتقدير العوض.

وتعيين ما يسابق عليه.

وتساوي ما به المسابقة في احتمال السبق ، فلو كان أحدهما ضعيف الدابة ، أو مريضها يعلم أنّه مسبوّق، لم يصحّ العقد، وكذا يشترط في دابة المحلّل ، ولا يشترط تساوي جنسها، فيجوز بين البغال والحمير، وكذا الإبل والخيل مع احتمال السبق.

وأن يجعل العوض لأحدهما أو للمحلّل ، ولو جعله لاجنبيّ لم يجز، وفي اشتراط تساوي الموقف

إشكال^(١).

١ . قال المحقّق في الشرائع: وهل يشترط التساوي في الموقف؟ قيل: نعم ، والأظهر: لا ، لأنّه مبنيّ

على التراضي . شرائع الاسلام: ٢ / ٢٣٨ .

صفحة ١٧٢

٤٣٩١ . الحادي عشر: قد بيّنا أنّ السبق يحصل بالعنق في المتساوي الخلقة، وبالكند في

المختلف، فلو شرط أحدهما المسابقة بثلاثة أقدام، أو أقلّ ، أو أكثر، ففي بطلان الشرط نظر.

٤٣٩٢ . الثاني عشر: يشترط في المسابقة تساوي الدابتين جنساً، فلو تسابقا على بعير وفرس لم

يجز إلاّ مع احتمال السبق على إشكال، ولا يشترط تساويهما صنفاً ، فتجوز المسابقة بين العربي

والبرذون ، وبين البخاتي والعراب .

٤٣٩٣ . الثالث عشر: إذا تسابقا لم يجز أن يجنَّب أحدهما إلى فرسه فرساً آخر لا راكب عليه يحرضه على العدو، ولا أن يصيح به وقت العدو في سباقه، ولا يركض خلفه.^(١)

١ . روى النسائي في سننه: ٦ / ١١١ عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال: «لا جَنَّب ولا جَلَّب». وقد اختلف شراح الحديث في معنى اللفظين وقول المصنّف «لم يجز أن يجنب...» إشارة إلى تفسير «لا جنب» كما أنّ قوله: «ولا أن يصيح...» إلى تفسير «لا جَلَّب». وقد فسره المصنّف بما في المتن وفي المغني في تفسيره: «وأما الجلب فهو أن يتبع الرجل فرسه يركض خلفه ويجلب عليه ويصيح وراءه يستحثه على العدو» المغني لابن قدامة: ١١ / ١٥٩ .

صفحة ١٧٣

الفصل الثاني: في أحكام الرمي

وفيه ثلاثون بحثاً:

٤٣٩٤ . الأول : يفتقر الرمي إلى عشرة شرائط:

الأول : أن يكون الرشق^(١) معلوماً ، وهو بكسر الراء عدد الرمي الذي يتفقان عليه ، مطلقاً عند الفقهاء، ويختص عند أهل اللغة بما بين العشرين إلى الثلاثين .

الثاني: أن يكون عدد الإصابة معلوماً، فيقال الرشق عشرة، والإصابة خمسة مثلاً.

الثالث: صفة الإصابة ، مثل أن يقول: حوايي ، أو خواصر ، أو خواسق ، ممّا أشبه ذلك ممّا تقدّم

الرابع: أن يكون قدر المسافة معلوماً، إمّا بالذرع فيقال: مائة ذراع مثلاً، وإمّا بالمشاهدة.

١ . في مجمع البحرين: الرشق - بالفتح والسكون - : الرمي ، رَشَقَهُ يَرَشُقُهُ من باب قتل رَشَقاً: إذا رماه

بالسهم، والرشقُ - بالكسر - : عدد الرمي الذي يتفقان عليه.

وقال في المسالك: الرشق - بالكسر - : عدد ما يرمى به من السهم، يقال: رمى رشقاً: أي رمى بسهامه

التي يريد رميها كلها ، وإذا حصل الاتفاق على رمي خمسة خمسة، فكلّ خمسة يقال لها رشق . مسالك

الأفهام: ٦ / ٧٥ .

صفحة ١٧٤

الخامس: قدر الغرض ، وهو ما ينصب في الهدف ، إمّا بالمشاهدة، أو التقدير، كالشبر

والشبرين.

السادس: العلم بالسبّوق ، وهو المال المخرج.

السابع: تساويهما في جميع أحوال الرمي ، فلو شرطاً أن يرمي أحدهما عشرة ، والآخر عشرين ، أو إصابة أحدهما خمسة ، والآخر ثلاثة ، أو أنّ إصابة أحدهما خواسق، والآخر موارق، أو يحطّ أحدهما من إصابته سهماً، أو يرمي أحدهما من قرب والآخر من بُعد أو يرمي أحدهما ويده مشغولة أو رأسه حامل لشيء والآخر خال عن ذلك ، أو يحطّ أحدهما واحداً من خطائه لا له ولا عليه، لم يصحّ.

الثامن: تعيين الرماة ، فلا يصحّ مع الإبهام ، فلو شرطاً أن يكون مع كلّ واحد منهما آخر أو اثنان أو أزيد من غير تعيينهم بالمشاهدة أو المعرفة لم يجز.

التاسع: أن تكون المسابقة على الإصابة لا على البعد ، فلو قالوا: السَّبَقُ لأبعدنا رمياً ، لم يجز على إشكال ، أقربه الجواز. (١)

العاشر: أن تكون المسابقة على الحدق ، فلو جعل العوض للمخطئ دون المصيب لم يجز.

١ . قال المصنّف في التذكرة: «ولو تناضلا على أن يكون السَّبَقُ لأبعدهما رمياً، ولم يقصدا غرضاً، فالأقرب الجواز، لأنّ الإصابة وإن كانت مقصودة في النضال ، فكذا البعد وزيادته مطلوب فيه أيضاً ، وهو أصحّ وجهي الشافعية ، والثاني المنع لتطرق الجهالة فيه، ولانتفاء المقصود بالذات وهو الإصابة . وهو غلط فإنا قد بيّنا أنّ الزيادة في البعد من غير إصابة مقصودة في مقابلة مَنْ بَعْدَ من العدو في إيقاع السهم في القلاع ليرهب العدو ويعرف به شدة الصاعد وضعفه». تذكره الفقهاء: ٢ / ٣٦٢ - الطبعة الحجرية - .

صفحة ١٧٥

أما المبادرة أو المحاطة (١) ففي اشتراط ذكر أحدهما نظر، أقربه عدم الاشتراط. ٤٣٩٥ . الثاني: ما ذكرناه في السِّبَاق بين الخيل، من إخراج السَّبَقِ منهما، أو من أحدهما، أو من أجنبي، في النِّضال مثله، ولا يشترط المحلّ أيضاً فيه، وإن كان السَّبَقِ منهما، فلا بدّ في السِّبَاق من معرفة الفرس ، وأما في النِّضال فلا يشترط معرفة القوس، فلو نَفَقَ الفرسُ (٢) بطل السِّبَاق ، ولو أنكر القوس لم يبطل النِّضال وكما لا يشترط تعيين القوس فكذا لا يشترط تعيين السِّبَاق ، نعم الإطلاق يقتضي تساوي جنس الآلة ، فإذا أطلقا النِّضال جاز، واقتضى أن يكون الرمي منهما بنوع واحد إمّا بالقوس العربية معاً، أو بالعجميّة معاً، وليس لهما أن يختلفا فيرمي أحدهما بقوس والآخر بغيرها، إلّا أن يشترط ذلك في العقد ، فيجوز حينئذ أن يختلفا .

١ . قال المصنّف في التذكرة في تعريف المبادرة والمحاطة ما هذا نصّه:

«المبادرة: هي أن يشترط الاستحقاق لمن بدر إلى إصابة خمسة من عشرين، فإذا رميا عشرين فأصاب أحدهما خمسة والآخر أربعة ، فالأوّل ناضلٌ ، ولو رمى أحدهما عشرين فأصاب خمسة ، ورمى الآخر

تسعة عشر فأصاب أربعة لم يكن الأوّل ناضلاً حتى يرمي الثاني سهماً فإن أصاب فقد استويا وإلا كان ناضلاً».

وقال في تعريف المحاطة:

«هي أن يشترط الاستحقاق لمن خلص له من الإصابة عدد معلوم بعد مقابلة إصابات أحدهما بإصابات الآخر وطرح ما يشتركان فيه، فإذا شرط عشرين رشقاً وخلص خمس إصابات، فرميا عشرين فأصاب أحدهما عشرة والآخر خمسة، فالأوّل هو السابق، وإن أصاب كلّ واحد منهما خمسة أو عشرة فلا سبق هنا».

ثم قال: «فالأقرب أنّه يشترط في عقد المسابقة التعرض للمبادرة والمحاطة، لأنّ حكم كلّ واحد منهما مخالف بحكم الآخر، فإن أهمل بطل العقد، لتفاوت الأغراض». تذكره الفقهاء: ٢ / ٣٦٢ - الطبعة الحجرية - بتقديم وتأخير في كلامه (قدس سره).
٢ . في مجمع البحرين: نفقت الدابة - من باب قعد - : أي هلكت وماتت.

صفحة ١٧٦

ولو عقد النّضال على نوع من القسيّ، تعيّن، ما عقده، مثل أن يقول: نرمي معاً بالعربيّة، أو بالعجميّة، وليس لأحدهما العدول.

ولو عقدا على قوس معيّنة من النّوع، كان له العدول عنها إلى غيرها من ذلك النوع، لحاجة وغيرها، بخلاف الفرس، ولو قال: نرمي بهذه القوس لا بغيرها من نوعها وشرطاه، بطل العقد . والنشاب: هي سهام القوس الأعجمي، فلو اتّفقا على أن يرميا بالنشاب من غير تعيين القوس، انصرف إلى العجميّة.

والنبال: هي سهام العربي. والحسيبان قوس تكون سهامه صغاراً تجمع في قسبة واحدة ويرمى بها، فتتفرق في الناس، فلا تمرّ بشيء إلاّ عقرتة لشدّتها .

٤٣٩٦ . الثالث: لو شرط أن يرمي ثلاثين، والإصابة عشرة، والآخر عشرين، والإصابة عشرة، ففي الجواز نظر، وكذا لو شرط أن يكون في يد أحدهما سهام والآخر لا شيء في يده يشغلها بحفظه، ولو شرطاً أن يحسب خاسق أحدهما خاسق واحد، والآخر كلّ خاسق بخاسقين، أو خاسق واحد بخاسقين، أو يحطّ من خواسق أحدهما خاسق واحد، فالجميع باطل.

ولو شرط حوابي على أن يعدّ الخاسق حابيتين، فالأقرب الجواز، لأنّ رميه في الخاسق أحذق .
٤٣٩٧ . الرابع: إذا كان الرشق عشرين، والإصابة خمسة، فإن شرطاً المبادرة، ورمى كلّ عشرة فأصاب خمسة تساويا، ولم يجب الإكمال، ولو أصاب أحدهما دون الخمسة، فقد نصله صاحب الخمسة، ولو سأل الناقص

صفحة ١٧٧

إكمال الرشق لم يجب ، وإن شرطاً المحاطة ، فأصاب كل واحد من العشرة خمسة ، تحاطاً خمسة بخمسة ، وأكمل الرشق ، ولو أصاب أحدهما منها تسعة والآخر خمسة تحاطاً خمسة بخمسة وأكمل العدد .

ولو تحاطاً وكان أحدهما قد أكمل العدد، فإن كان مع انتهاء العدد ، فقد نصل بصاحبه، وإن كان قبله وطلب صاحب الأقلّ الإكمال أجيب مع الفائدة بأن يمكن رجحانه، أو مساواته، أو قصور صاحبه بعد المحاطة عن إكمال الإصابة ، وأجبر الآخر مع امتناعه، مثل ان يرمي أحدهما عشرة فيصيب ستة، ويصيب الآخر واحداً، ويرجو صاحب الواحد إصابة العشرة الباقية دون صاحبه فيحصل له أحد عشر ولصاحبه ستة، فيحصل له العدد بعد المحاطة .

وإن لم تكن له فائدة، لم تجب الإجابة ، (١) مثل أن يرمي أحدهما خمسة عشر، فيصيبها ، ويصيب الآخر منها خمسة، فإذا تحاطاً لم يجب الإكمال ، لأنّ الخمسة المتخلفة إذا أخطاها صاحب الأكثر وأصابها صاحب الأقلّ ، انفرد الأول بالإصابة .

٤٣٩٨ . الخامس: لو قال: إن نصلتني فلك عليّ عشرة ، وتعطيني قفيز حنطة لم يجز ، لأنّ المناصل لا يغرم، ولو قال: إن نصلتني فلك عليّ عشرة دنانير إلا دانقاً جاز، ولو قال: الأ درهماً لم يجز للجهالة .

٤٣٩٩ . السادس: إذا كان السباق بالخيل وشبهها، جريا دفعة واحدة، وإن كان في النضال وجب أن يبدأ أحدهما قبل صاحبه، ليعلم المصيب وكيفية إصابته فإن شرطاً البادئ صحّ .

١ . في «أ»: «لم تجب الإصابة» وهو تصحيف .

صفحة ١٧٨

وإن أطلقا فإن أخرج كل واحد السبق ، فالأقرب القرعة، ويحتمل البطلان ، وإن أخرجه أجنبي ، قدّم من شاء ، وإن أخرجه أحدهما ، احتمل تقديمه، لمزيتته ، والبطلان لأنّ موضوع النضال على انتقاء المزية .

٤٤٠٠ . السابع: يستحبّ لأهل النضال اتّخاذ غرضين يرمون من أحدهما إلى الآخر، ثم يمشون ويرمون من الآخر إلى الأول، فإذا بدأ أحدهم بالرّمي من أحدهما بالقرعة أو الشرط، لم يكن له أن يبدأ من الآخر بل غيره بحسب ما يريّونه .

٤٤٠١ . الثامن: إطلاق المناضلة يقتضي المراسلة ، وهو أن يرمي أحدهما سهماً والآخر سهماً، ولو شرطاً أن يرمي أحدهما رشقه^(١)، أو عدداً معيّناً، والآخر بعده جاز .

٤٤٠٢ . التاسع: إذا اضطرب رمي أحدهما لعارض ، مثل أن أغرق النزع، فخرج ، السهم من اليمين إلى اليسار ، لأنّ من شأن السهم أن يمرّ على إبهام يسراه، فإذا أراد النزع غير السهم فمرّ

على أصل سبابة يسراه، أو أنكر قوسه، أو انقطع وتره، أو أصابه ريح في كتفه، أو عرض في الطريق عارض، مثل أن وقع في بهيمة، أو غيرها فخرقه وخرج منه، أو استلبته الريح، فلم يصب الغرض لم يعدّ عليه خطأ، ولو أصاب مع بعض هذه العوارض، فالأقرب أنه يعدّ له إصابة، ولو جاوز السهم الغرض، احتسب عليه خطأ، إلا مع العارض.

٤٤٠٣ . العاشر: إذا شرط الخاسق، فإن ثقب وثبت النصل فيه، حسب له،

١ . الرشق - بالكسر - : عدد الرمي الذي يتفق عليه . مجمع البحرين .

صفحة ١٧٩

وإن لم يتقبه كان خطأ، وإن ثقبه ثقباً يصلح للخسق إلا أن السهم سقط، فالأقرب أنه لا يحتسب خاسقاً، ولو شرط الإصابة مطلقاً حسب له وإن لم ينفذ، ولو شرط الخاسق، فسقط السهم فادّعى الرامي أنه خسق وإنما سقط لغلط لقيه، من حصة وشبهها وأنكر الآخر، فإن علم موضع الإصابة بالبيئة، أو الإقرار، فإن لم يكن فيه ما يمنع الثبوت، وكان قد خرّقه، فالأقرب أنه لا يعدّ خاسقاً، بل خطأ، وإن لم يخرّقه فهو خطأ قطعاً، وإن كان في الموضع ما يمنعه من الثبوت، احتمل أن يعدّ خاسقاً، وأن لا يعدّ خطأ ولا صواباً، وإن لم يعلم، واتّفقاً على الخرق، ولا مانع من الثبوت، فالقول قول المنكر من غير يمين، وإن كان هناك مانع، فالقول أيضاً قوله لكن مع اليمين، وإن أنكر الخرق، فالقول أيضاً قوله مع اليمين.

ولو أصاب ثقباً في الغرض، أو موضعاً بالياً وثبت في الهدف احتمل أن يكون خاسقاً مطلقاً، أو مع قوة الهدف، كالحائط والخشب لا مع ضعفه كالتراب وشبهه، ولو أصاب طرف الغرض فخرقه وثبت فيه بأن يقطع قطعة من طرفه ويثبت مكانها، أو يشقّه ويثبت في شقّه من غير أن يكون الغرض محيطاً بالسهم، فالأقرب أنه خاسق، ولو مرق السهم منه ولم يثبت، فالأقرب أنه يعدّ إصابة، لأنه أبلغ من الخسق.

ولو أصاب ثقباً في الغرض وثبت في الهدف مع جلدة من الغرض، وادّعى الخسق وقطع الجلد، لشدة الرمي، وأنكر الآخر وادّعى ضعف الغرض، فالقول قول الآخر مع يمينه، ولو وقع في غير الثقب خسق .

٤٤٠٤ . الحادي عشر: لو شرط الإصابة مطلقاً فكيف ما أصاب بالنصل جاز، ولو وقع دون

الغرض ثم انقلب فأصاب الغرض بفوقه وهو التلثة التي في

صفحة ١٨٠

أسفل السهم يوضع الوتر فيها، عدّ عليه خطأ، ولو ازدلف وأصاب بصله الغرض، فالأقرب الإصابة.

٤٤٠٥ . الثاني عشر: إذا كان الرّيح عاصفاً جاز له تأخير الرمي حتى يسكن، ولو تناصلا مع ريح ليّنة، وميل رمية إلى الرّيح بحيث يكون قدر ما يميله يوافق الإصابة فأصاب، أو كانت الرّيح في وجه الغرض فنزع نزاعاً بقدر ما يكون قوة رمية مع مقاومة الرّيح يصل إلى الغرض فأصاب، حسب له ولو كانت الرّيح عاصفةً، لم يحتسب الخطأ عليه ولا الإصابة له، ولو حوّلت الرّيح الغرض عن مكانه بعد الرّمي، ووقع السّهم في الهدف، حسب له إن كان الشرط الإصابة، أو كان الشرط الخواسق، وكان الهدف بصلابة الغرض، أو أشدّ، وإلا لم يحتسب له ولا عليه. ولو أصاب الغرض موضع انتقاله، كان خطأ، ولو شرطاً الخسق، فثبت في الغرض ثم سقط، حسب له.

٤٤٠٦ . الثالث عشر: إذا شرطاً إصابة موضع من الهدف جاز، فلو شرطاً إصابة الشّن . وهي: الجلدة، فأصاب الشنبر المحيط به^(١) كإحاطة شنبر المنخل، أو العرى التي حول الشّن، أو المعاليق، وهي الخيوط التي يعلق بها، لم يصب . ولو شرطاً إصابة الغرض، اعتدّ بإصابة الشّن والشنبر والعرى. ولو أصاب المعاليق، فالأقرب عدم الاعتداد.

٤٤٠٧ . الرابع عشر: إذا طلب أحدهما الزيادة في الرشق أو الإصابة، فإن قلنا إنّه عقد لازم، لم يكن له ذلك إلا بعد أن يتفاسخه ويعقداه على حسب ما

١ . قال الشيخ في المبسوط: ٦ / ٣٠٨: الشّن هو الجلد، والجريد هو الشنبر المحيط بالشّن كشنبر المنخل، والعرى المخدمّة هي التي حول الشّن.

صفحة ١٨١

أرادا، وإن قلنا إنّه جائز، ولم يأخذا في الرمي، أو أخذاً فيه، وتساويا رمياً وإصابةً، فلهما الزيادة والنقصان.

ولو طلب أحدهما الزيادة، فإن أجابه، وإلا كان له الفسخ، وإن تفاضلا، فإن طلب الزيادة صاحب الفضل، تخيّر المفضول في الإجابة والفسخ، وإن طلب المفضول لم يكن له ذلك.

٤٤٠٨ . الخامس عشر: لو قالوا: من سبق إلى خمس إصابات من عشرين، فهو السّابق، فأصابا خمسة من عشرة، لم يجب الإكمال، ولا سبق، ولو أصاب أحدهما خمسةً، والآخر أربعة، فقد نضله الأوّل، ولو رمى أحدهما عشراً فأصاب خمساً، والآخر تسعاً فأصاب أربعاً، لم يحكم بالسّبق قبل العاشر، فإن أخطاه، فهو مسبوق، وإلا فلا، ولو أصاب دون الأربع من التسعة، فهو مسبوق، ولا حاجة إلى الإكمال.

ولو قالاً: أَيْنا فضل صاحبه بثلاث من عشرين فهو سابق ، فهو محاطةً ، ويسمى أيضاً مفاضلة ، ويلزم إتمام الرشق مع الفائدة كما قلنا لا بدونها ، كما لو أصاب أحدهما اثني عشر وأخطأها الآخر .
ولو قالاً: أَيْنا أصاب خمساً من عشرين ، فهو سابق ، فمن أصاب خمسةً منها قبل صاحبه ، فهو سابق ، ولو أصاب كلُّ منهما خمساً ، أو لم يصب واحد منهما خمساً ، فلا سابق ، وهذه كالمحاطة في وجوب الإكمال مع الفائدة لا بدونها ، كما لو رميا ستّة عشر فأخطأها معاً ، لم يجب الإكمال .
ولو شرط أن يحسب كل واحد منهما خاسقاً بإصابتين ، فالأقرب الجواز .

صفحة ١٨٢

٤٤٠٩ . السادس عشر: إذا شرطاً أن يرميا أرشاقاً كثيرةً جاز مع التعيين من غير حصر ، فإن شرطاً أن يرميا كلَّ يوم قدرأً منها ، جاز ، ولو أطلقاً ، حُمِل على التعجيل ، ويرميان من أوّل النهار إلى آخره مالم يحصل عارض من مرض ، أو شبهه ، فإذا جاء الليل قبل إكماله أخرّاه إلى الغد مالم يشترط الرمي ليلاً . ولو أراد أحدهما التطويل والتشاغل عن الرمي بمسح القوس وشبهه ، منع من ذلك ولا يدهش بالاستعجال بالكليّة ، ويمنع كلُّ منهما من الكلام الرّدئي الذي يغيظ صاحبه ، كالاتجار ، والارتجاز ، وتعنيف صاحبه على الخطأ ، وإظهار أنّه يعلمه ، وكذا يمنع الحاضر معهما من ذلك كالشاهد ، والأمين ، ولا يمدح السابق ولا يعتف المسبوق .
وإذا تشاحاً في الموقف مع تساويه ، كان الحكم للسابق ، ولو اختلف كان الحكم لمن يختار الأصلح إلّا مع الشرط .

٤٤١٠ . السابع عشر: لو رميا عشرةً من عشرين ، فأصاب كل واحد اثنين ، فقال أحدهما: ارم سهمك هذا ، فإن أصبّت^(١) سبقت ، لم يجز ، ولو فسخا العقد ، أو قال ابتداءً: ارم سهمك فإن أصبّت فلك كذا ، جاز جُعالةً .

ولو قال: ارم هذا السهم فإن أصبّت فلك كذا غير مال النضال ، جاز جُعالةً أيضاً ، ويأخذ مع الإصابة لا مع عدمها ، ولا يحتسب من الرشق .

ولو قال: ارم سهماً فإن أصبّت فلك كذا ، وإن أخطأت فعليك كذا ، لم يجز .

٤٤١١ . الثامن عشر: لو قال: ناضل نفسك ، فإن كان صوابك أكثر ، فلك

١ . في «ب»: فإن أُصيب .

صفحة ١٨٣

السبق ، لم يجز ، وكذا لو قال: ناضل نفسك ، فإن كان صوابك أكثر ، فقد نضلتني .

ولو قال: ارم عشرين ، فإن كان صوابك أكثر ، فلك كذا ، جاز جُعالةً .

٤٤١٢ . التاسع عشر: لو رمى سهماً فانكسر، فإن أصاب بالنصل، أو بهما معاً، فهو إصابة، وإن أصاب بالفوق، فهو خطأ، ولو أصاب فوق سهم ثابت نصله في الغرض، لم يحتسب له ولا عليه، ولو كان الثابت في الغرض قد نفذ فيه حتى بلغ فَوْقَهُ الغرض، ثم أصابه، فإن كانت الإصابة مطلقاً حسب له، وإن شرط الخاسق لم يحتسب له ولا عليه، ولو أصاب الفوق وشجَّ على السهم حتى أصاب الغرض، فهو إصابة.

٤٤١٣ . العشرون: إن قلنا إنَّ العقد لازم لم يكن لأحدهما الترك بعد العقد، فإن امتنع حُبس، فإذا امتنع عَزَّر، فإن فعل، وإلَّا ردَّ إلى الحبس، فإن فعل وإلَّا عَزَّر، وإن قلنا أنَّه جائز، كان للفاضل أن يترك، وفي المفضولة وجهان.

ولو شرطاً أن يقعد أحدهما متى أراد، بطل العقد إن قلنا أنَّه لازم، وإلَّا فلا.

ولا يجوز أن يشترط كون السيق على الجالس، ولا يجب في عقد النضال اشتراط قدر ارتفاع السهم، ولو سمى قدر ذلك، فالوجه المنع، لعدم ضبطه، وحصول التنازع به، وكذا لا يشترط قدر ارتفاع الغرض عن وجه الأرض، وينصرف الإطلاق إلى العرف، ولو شرطاه لم يجز خفضه ولا رفعه، إن قلنا بلزوم العقد وإلَّا جاز.

٤٤١٤ . الحادي والعشرون: لو عقدا على مائة ذراع، ثم اتَّفقا على الزيادة، لم يكن لهما ذلك إلا بعد التفاسخ وإنشاء عقد على ما يريدانه، إن قلنا أنه

صفحة ١٨٤

لازم، وإلَّا جاز. وكذا البحث لو شرط إصابة الهدف أولاً، ثم طلبا إصابة الغرض.

ولا يجوز اشتراط بُعْد تتعذر الإصابة معه، كأربعمائة ذراع، ويجوز على مائتين وخمسين فما دون، وكذا لا يجوز اشتراط الإصابة في عدد يتعذر معه ذلك كما لو شرطاً إصابة تسعة من عشرة، وكذا لو شرطاً إصابة العشرة، وقوى الشيخ الجواز فيهما^(١) وهو جيد.

ولو كان الرُّشْقُ عشرةً والإصابة خمسةً، وشرط الإصابة من تسعة بمعنى أنَّ العاشر لا يحسب له وإن أصابه، لم يجز.

٤٤١٥ . الثاني والعشرون: يجوز للرامي أن يقف أين شاء من الغرض عن يمينه أو يساره، ولو شرطاً موضعاً خاصاً، لزم، ولو قال أحدهما: نستقبل الشمس والآخر: نستدبرها^(٢) أُجيب طالب الاستدبار، ولو شرطاً الاستقبال لزم.

٤٤١٦ . الثالث والعشرون: يجوز أن تكون الرماة ضربيين، ويقتسمون بالاختيار، والأقرب جواز القرعة، والأوَّل أولى، فيختار رئيس أحد الحزبين واحداً، ثم يختار الآخر واحداً، وهكذا، ولا يختار أحدهما الجميع ثم الآخر الباقي، ويقرع في المبتدئ للاختيار من الزعيمين، ولو جعلوا الرئيس للحزبين واحداً، لم يجز، ولو قال أحد الزعيمين: أنا أختار أولاً، على أن أخرج السيق أو

على أن يكون السبق على حزبي لم يجز، وكذا لو قال للآخر: اختر أنت على أن عليك السبق، أو يقرع فمن أصابته كان السبق عليه، ولا نرمي معاً، فأيتنا أصاب، كان السبق على الآخر.

١ . المبسوط: ٦ / ٣١١ .

٢ . هذا ما أثبتناه، ولكن في النسختين «يستقبل ... ويستدبرها».

صفحة ١٨٥

٤٤١٧ . الرابع والعشرون: لا بدّ من تعيين الرماة، فلو اختار ثلاثة لا يسمّيه لصاحبه، وصاحبه ثلاثة لا يسمّيه للأول ، لم يجز.

ولو حضر غريب لا يعرفونه، فاختر في أحد الحزبين فخرج لا يحسن الرمي ، بطل العقد فيه وفي محاذيه الذي اختاره الزعيم الآخر في مقابلته، ولا يبطل في الباقيين ، بل لكلّ حزب خيار تفريق الصفقة، ولو ظهر رامياً قليلاً الإصابة ، فقال حزبه: ظنّناه كثيرها، أو بان كثيرها، فقالا الآخر: ظنّناه قليلاً، لم يلتفت إليهم.

٤٤١٨ . الخامس والعشرون: إذا شرطوا تقديم أحد الحزبين ، فيكون أحدهم المبتدئ ، جاز، ولو شرطوا أن يكون فلان مقدماً وفلان معه من الحزب الآخر ، ثمّ فلان ثانياً من الحزب الأول ، وفلان معه، كان باطلاً وإذا تعيّنّت البداية لواحد فرمى غيره، ردّ السهم عليه ، ولم يحتسب له ولا عليه.

٤٤١٩ . السادس والعشرون: لو أخرج أحد الزعيمين السبق منه، فسبق حزبه ، لم يرجع عليهم إلا مع الشرط، فيرجع بالسوية ، ويأخذه السابق بالسوية ويحتمل قسمته على قدر الإصابة.

٤٤٢٠ . السابع والعشرون: يشترط كون الرشق بين الحزبين يمكن قسمته بغير كسر ويتساوون فيه، فلو كانوا ثلاثة وجب أن يكون له ثلث، وكذا لو كانوا أربعة وجب أن يكون له ربع.

٤٤٢١ . الثامن والعشرون: إذا قال أحد المتناضلين لصاحبه وقد فضله: اطرح الفضل وعليّ كذا^(١) لم يجز، ولو تفساخا العقد وعقدا عقداً آخر ، جاز. ولو

١ . في «أ»: اطرح الفضل مقابله وعليّ كذا .

صفحة ١٨٦

لم يفسخاه فتّمّت الإصابة مع ما أسقطه، استحقّ السبق ، وردّ ما أخذه في مقابلة الطرح. ولو سبق أحدهما صاحبه عشرة، فقال: إن نضلتني فلك هذه العشرة ، وإن نضلتك فلا شيء لك ، فقال: ثالث للمسبق: أنا شريكك في الغنم والغرم إن نضلك فنصف العشرة عليّ وإن نضلته فنصفها

لي، لم يجز، لأنَّ الغرم والغنم للمناضل لا لغير الرامي، وكذا لو سَبَقَ كلُّ واحد منهما صاحبه عشرةً وأدخلا محللاً ، فقال رابع لكل من المُسَبِّقين: أنا شريكك في الغنم والغرم.

٤٤٢٢ . التاسع والعشرون: لو قال واحد لآخر: ارم هذا السهم فإن أصبَّتْ به فلك درهم، صحَّ جعالةً، ولو قال: إن أصبَّتْ فلك درهم ، وإن أخطأتْ فعليك درهم، لم يجز ، ولو قال: ارم عشرةً فإن كان صوابك أكثر من خطائك فلك درهم ، صحَّ جعالةً ، وكذا: إن كان صوابك أكثر ، فلك بكلِّ سهم أصبَّتْ به درهم، أو قال: ارم عشرةً ولك بكلِّ سهم أصبَّتْ به منها درهم، أو قال: فلك بكلِّ سهم زائد على النصف من المصيبات درهم.

ولو قال: فإن كان خطائك أكثر فعليك درهم ، لم يجز ، لأنَّ الجعل في مقابلة العمل، ولا عمل للقاتل ، وكذا لا يجوز لو قالوا: نقرع فمن خرَّجَتْ فُرْعَتُهُ فهو السابق ، ولا من خرَّجَتْ قرعته فالسبق عليه، ولا نرمي فأيتنا أصاب فالسبق على الآخر.

٤٤٢٣ . الثلاثون: إذا شرطاً إصابة موضع من الهدف على أن ما كان أقرب إلى الشنِّ يسقط الأبعد ، جاز ، لأنه نوع من المحاطة، فإذا رمى أحدهما سهماً فوقف في الهدف، ورمى الآخر خمسةً فوقعت أبعده من سهم الأول، ثم رمى

صفحة ١٨٧

الأول سهماً فوقعت أبعده من الخمسة سقطت الخمسة بالأول ، وسقط الذي بعد الخمسة بالخمسة. ولو رمى أحدهما خمسةً في الهدف بعضها أقرب من بعض، ورمى الثاني خمسةً كلها أبعده من الخمسة الأولى ، سقطت الثانية أجمع، وتثبت الأولى أجمع، ولا يُسقط الأقرب الأبعد ، لأنَّ الأقرب يسقط الأبعد من رمي الآخر لا من رمي نفسه .

ولو أصاب أحدهما الهدف ، والآخر الغرض ، سقط ما أصاب الهدف بما أصاب الغرض . ولو أصاب أحدهما الغرض والآخر العظم الذي في وسطه ، لم يسقط الأول ، ولو أصابا الهدف وكانا في القرب سواء ، تساقطا.

ولو رمى أحدهم ساقطاً - وهو ما وقع بين يدي الغرض - والآخر عاضداً - وهو ما وقع من أحد الجانبين - والآخر خارجاً - وهو ما جاوز الغرض - قُبِلَ الأقربُ إلى الغرض من أيِّ الجهات كان وسقط به الأبعد.

صفحة ١٨٨

صفحة ١٨٩

كتابُ الوديعة

وتوابعها

وفيه مقاصد

صفحة ١٩٠

صفحة ١٩١

المقصد الأول : في الوديعة

والنظر في فصول ثلاثة:

الفصل الأول: في العقد

وفيه ثمانية مباحث:

- ٤٤٢٤ . الأول : الوديعة حقيقتها: استنابة في حفظ المال ، وأتوا بالهاء لأنهم ذهبوا بها إلى الأمانة^(١) وهي مأخوذة من وَدَعَ يَدَعُ: إذا سكن واستقرّ.
- قال الكسائي: أودعتُ الرَّجُلَ مالاً: إذا دفعته إليه يكون وديعةً عنده، وأودعته: قبلت وديعته^(٢).
- وهي عقد جائز من الطرفين: ولها حكم في الشريعة بالنص والإجماع.
- ٤٤٢٥ . الثاني : تفتقر الوديعة إلى إيجاب وقبول، ويكفي فيهما كلُّ عبارة دالة

١ . الظاهر أنّ المراد: أنّهم لما أماتوا مصدر «ودع» استعمل مكانه اسم المصدر ، أعني «الوديعة» فألحق بآخرها الهاء، لتضمّنه معنى الأمانة أو إلحاقها بها.

٢ . وهو من الأضداد . لاحظ الصحاح للجوهري: ٣ / ١٢٩٦ ؛ والمصباح المنير: ٢ / ٣٧١ - ٣٧٢ (ودع).

صفحة ١٩٢

- على معناهما ، ويكفي في القبول الفعل مجرّداً عن اللفظ، ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها إذا لم يقبلها.
- ولا بدّ في العاقدين من التكليف ، فلو استودع من الصبيّ، أو المجنون، ضمن. ولو أكره على القبول ، لم تصر وديعةً، ولو أهملها لم يضمن.
- ٤٤٢٦ . الثالث : لو أودع الصبيّ ففرط فيها، لم يضمن ، أمّا لو باشر الإلتلاف فأنّه يضمن، ولو أودع المجنون لم يضمن بالإلتلاف مباشرةً وتسببياً.

٤٤٢٧ . الرابع: عقد الوديعة يبطل بالموت منهما، والجنون، والإغماء، وبغزله نفسه، وإذا انفسخ بقي أمانة شرعية في يده، كالثوب تطيره الريح في داره.

٤٤٢٨ . الخامس: الحرّية شرط في المتعاقدين (١) أو إذن المولى، فلو استودع العبد فإن كان بإذن مولاه صحّ، وإلا فلا، وعلى التقدير الأول لو فرط العبد أو باشر الإتلاف، فالوجه تعلّق الضمان بكسبه، أمّا على التقدير الثاني، فالأقرب أنّه يتبع به بعد العتق.

٤٤٢٩ . السادس: لا تصحّ وديعة الطفل، ولا المجنون، فلو أودعا شيئاً ضمن القابض. ولو ردّه إليهما لم يبرأ وإنما يبرأ برده إلى وليّهما.

٤٤٣٠ . السابع: الوديعة. أمانة يجب حفظها، فلو أهمل المستودع ضمن، ولو لم يهمل لم يضمنها وإن تلفت، سواء تلف معها شيء من ماله أو لا، وكذا لو أخذت منه قهراً. ولو تمكّن من الدفع وجب. ولو أهمل حينئذ ضمن، ولو

١ . في «أ»: الحرّية يشترط في المتعاقدين.

صفحة ١٩٣

خاف من الظالم لو منعها، جاز دفعها إليه ولا يجب تحمّل الضرر الكثير لأجل حفظها عنه، ولو أنكرها فطالبه الظالم باليمين ظلماً، جاز الحلف ويورّي ما يخرج به عن الكذب.

٤٤٣١ . الثامن: يجب ردّ الوديعة إلى صاحبها مع الطلب وإمكان الدفع، فلو أهمل مع القدرة والمطالبة، ضمن.

الفصل الثاني: في أسباب الضمان:

وهي شيء واحد على الإجمال: هو التقصير
وللتقصير أسباب سبعة:

٤٤٣٢ . الأول: الانتفاع بالوديعة، فإذا لبس الثوب، أو ركب الدابة، أو أخذ الدراهم ليصرفها في حاجته، ضمن، ولو نوى الأخذ ولم يأخذ، أو عزم على التعدي ولم يفعله، لم يضمن، وفيه احتمال ضعيف، بخلاف الملتقط، ولا يعود أميناً لو ترك الخيانة، ولو ردّ الثوب بعدما لبسه أو الدابة، بعدما ركبها إلى الحرز، لم يزل الضمان، ولو أعاده إلى المالك، سقط الضمان وإن جدّد الاستيمان، ولو لم يردّها لكن جدّد الاستيمان، أو أبراه من الضمان، برئ أيضاً، ولو أخرجها من الحرز للاستعمال ولم يستعملها ضمنها، وإن أعادها إلى الحرز لم يبرأ، ولو دفع إليه دراهم فوضعها في كيس، ثمّ أخرج منها درهماً، ضمنه خاصّة، ولو ردّ ذلك الدرهم بعينه إلى الكيس واختلط بالباقي ولم

يتميّز، لم يتعدّ الضمان إلى الباقي ولم يزل الضمان عن الدرهم، وإن ردّ بدله ومزجه بالباقي ضمن الجميع، ولو

صفحة ١٩٤

تميّز لم يتعدّ الضمان إلى الباقي، وكذا لو مزج الوديعة بغيرها من ماله أو من غير ماله من غير استئذان بحيث لا يتميّز، فإنّه يضمنها. ولو كانت الدراهم في كيس للمودع فإن لم يكن مشدوداً، وكذلك، وإن كان مشدوداً فحلّ الشدّ، أو كانت مختومةً فكسر الختم، وإن لم يحلّ الشدّ فإنّه يضمنها أجمع، وإن لم يأخذ منها شيئاً، ولا يختصّ ضمانه بالختم. ولو خرق الكيس، فإن كان الخرق فوق الشدّ، ضمن ما خرقة دون الدراهم، وإن كان تحته، ضمن الدراهم، فلو أودع كيسين فمزجهما ضمن، وإن لم يكونا مشدودين. ولو أتلف بعض الوديعة لم يضمن الباقي إلا إذا كان متصلاً به، كما لو قطع الثوب أو يد العبد، ولو كان الثوب مخيطاً، فالأقرب أنّه يضمن الجميع لو فتقه وأتلف بعضه. فلو خلط المستودع الوديعة بماله خطأ لا يتميّز ضمنها، سواء كان المخلوط بها دونها، أو مثلها، أو أجود، ولو تميّز. كالدراهم والدنانير لم يضمن إلا أن يتضمّن التفريط بغير المزج، كحلّ الشدّ وفتح الختم، وكذا لا يضمن لو مزجها بإذن المالك. ولو أنفق الوديعة ضمنها، ولو ردّ بدلها إلى موضعها، لم يتعيّن بذلك، وكانت في ضمانه. ٤٤٣٣ . الثاني : التضبيع بأن يلقيه إلى مضيعة، أو يدلّ عليه سارقاً، أو يسعى به إلى ظالم، أو لا يحرزها في حرز مثلها، ولو ضيّع بالنسيان، فالأقرب الضمان،

صفحة ١٩٥

ولو أكره على أخذ الوديعة لم يضمن، وكذا لو سلّمها مكرهاً، وللمالك الرجوع على من شاء من الودعي^(١) والظالم، وإذا طالبه الظالم، وجب إخفاؤها، ولو طلب منه الحلف ولم يحلف، فالأقرب الضمان. ٤٤٣٤ . الثالث : المخالفة في كيفية الحفظ، فلو عيّن له موضعاً للحفظ، تعيّن، فإن لم ينهه عن غيره، ونقلها، فإن كان الموضع ملكاً للمودع، أو مستأجراً له، ضمن، لأنّه في الحقيقة وكالة لا استدياع، إلا أن يخاف عليها فينقلها، لأنّه مأمور بحفظها، وإن كان ملكاً للمستودع، فنقلها منه، أو حفظها ابتداءً في غيره، فإن كان أدون، ضمن قطعاً، وإن كان مثله أو أحرز، قال الشيخ: لم يضمن^(٢) وعندي فيه نظر ويقوى الإشكال لو تلفت بالنقل، كانهدام البيت المنقول إليه. ولو نهاه عن النقل، ضمن به، وإن كان إلى مساو أو أحرز، ولو لم يعيّن له موضعاً، فنقلها بعد إيداعها في حرز إلى حرز مثلها، لم يضمن، سواء كان مثل الأوّل أو أدون.

كلّ موضع قلنا أنّه يضمن بالنقل إنّما هو مع عدم خوف التلف، أمّا لو خاف التلف من حريق، أو غرق، أو نهب، أو لص، فإنّه يجوز نقلها وإن عيّن له حرزاً، سواء نهاه عن نقلها عنه، أو لا، ولا ضمان عليه إذا نقلها إلى مثل المعيّن، أو أحرز. ولو نقلها إلى أدون، فإن لم يتمكّن، من المساوي والأجود فلا ضمان،

١ . في «ب»: من المودّع .

٢ . المبسوط: ٤ / ١٤٠ .

صفحة ١٩٦

وإن تمكّن ولم يكن حرز مثلها، ضمن، وإن كان حرز مثلها ففي الضمان إشكال. ولو لم ينقلها مع الخوف فتلفت، فالأقرب التفصيل، فإن لم يعيّن له موضعاً ضمن، وإن عيّن ولم ينهه عن النقل فكذلك، ولو نهاه عن النقل ففي عدم الضمان إشكال. إذا عرفت هذا فلا فرق في الضمان بين أن ينقلها من دار إلى أخرى، أو من بيت من دار إلى بيت آخر منها مع التعيين والنهي عن التحويل. ولو قال: لا تُخرجها من المعيّن وإن خفت التلف، فأخرجها من غير خوف، ضمن. وإن أخرجها مع الخوف، أو تركها، فلا ضمان. ولو أمره بوضعها في صندوق فوضعها في غيره، أو في خريطة، فوضعها في غيرها، فالتفصيل فيه كما قلنا في البيت سواء. ولو أمره بوضعها في بيته، فتركها في ثيابه ضمن، ولو دفعها إليه في دكانه وأمره بوضعها في بيته، فسارع فتلفت من غير تفريط، لم يضمن، ولو وضعها في دكانه إلى وقت فراغه ليستصحبها إلى بيته مع المكنة من المسرعة، فالأقرب الضمان، ولو نهاه عن التأخير ضمن قطعاً. ولو أمره بوضعها في كمّه فوضعها. في جيبه، ففي الضمان إشكال، وبالعكس يضمن. ولو أمره بوضع الخاتم في الخنصر، فوضعه في البنصر وكان متسعاً ينزل إلى أسفل لم يضمن، وإن كان ضيقاً يقف عند الأنملة ضمن، وبالعكس يضمن. ولو قال: ضعها في جيبك أو كمك، فوضعها في يده، ضمن إن سقطت منه، ولو غصبت منه فكذلك على إشكال.

صفحة ١٩٧

ولو أمره بحفظها مطلقاً ، فوضعها في جيبه أو يده، لم يضمن ، إلا أن تسقط من يده، لاسترخائه بنوم أو نسيان ولو تركها في كتمه مشدوداً لم يضمن ، فان كانت غير مشدودة فسقطت ضمن إن كانت خفيفةً ، وكذا إن كانت ثقيلةً على إشكال ضعيف.

ولو شدّها في عضده لم يضمن ، سواء كان ممّا يلي الجيب أو لا، نعم لو أمره بشدّها ممّا يلي الجيب فعكس ضمن، ولو كان بالعكس لم يضمن، ولو شدّها على وسطه لم يضمن.
ولو دفع إليه صندوقاً وقال: لا تنم عليه، أو لا تتقل عليه، أو لا تضع عليه رجلاً ، فخالفه، أو قال: لا تتقل عليه إلاّ قفلاً واحداً، فقل قفلين، لم يضمن.

ولو قال: اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً ، فأدخل إليها فسرقها الداخل ضمن ، سواء سرقها حال الإدخال أو بعده، ولو سرقها من لم يدخل البيت ، فالأقرب الضمان.

٤٤٣٥ . الرابع: الإيداع ، ومن استودع شيئاً فأودعه من غير إذن المالك ولا ضرورة كان ضامناً، سواء أودع من جرت عادته بحفظ ماله كالمرأة والغلام، أو غيرهما، وإن كان القاضي، ولو أراد السّفَر ردها إلى المالك أو وكيله، فإن فقدهما فإلى الحاكم ، فإن تعدّر فإلى ثقة، فإن تعدّر جاز له السّفَر بها، ولو خالف هذا الترتيب، ضمن على إشكال ضعيف، ولو أودع في السّفَر جاز النقل ، ولا ضمان عليه.

ولو دفنها في موضع وأعلم بها ثقةً يده على الموضع، وكانت ممّا لا يغيّرهما الدفن، فهو كإيداعها عنده وإن لم يُعلم بها أحداً ضمنها إلاّ مع

صفحة ١٩٨

خوف المعالجة عليها وكذا يضمن لو أعلم بها غير الثقة، أو أعلم بها الثقة ولم يشعره بالمكان ، أو أشعره وليس ساكناً بالمكان، أو كانت ممّا يتغيّر بالدفن.

ولو أراد السفر بها وقد نهاه المالك، ضمنها إلاّ أن يخاف التلف مع المقام بها، وإن لم يكن نهاه وكان الطريق مخوفاً، أو البلد المقصود كذلك، ضمنها وإن لم يكن كذلك احتمل جواز السّفَر بها مع القدرة على المالك والوكيل والحاكم والثقة، وعدمه ، وهو الأقوى.

ولو دفع إلى الحاكم للضرورة ، ففي وجوب القبول على الحاكم وجهان، ولو دفعها إلى الحاكم من غير إرادة السفر، للضرورة كالحريق والنّهب وغيرهما، لم يضمن.

وإن تعدّر الحاكم واحتاج إلى إيداعها، أودعها الثقة ، ولو وجد المالك أو وكيله، فتخطاهما إلى الحاكم أو الثقة ، ضمنها، ولو جعلها في بيت المال بنفسه من دون الحاكم ضمن.

ولو جُنّ المالك أو حجر عليه للسفه، كان على المودع ردّ الوديعة إلى الحاكم، ولو نقل الوديعة من قرية إلى أخرى ، كان حكمه حكم المسافرين بها، وإن لم يكن بينهما مسافة القصر.

٤٤٣٦ . الخامس: التقصير فيما تحتاج الوديعة إليه ، فلو استودع دابةً وجب عليه القيام بعلفها وسقيها على قدر حاجتها ، سواء أمره المالك أو لم يأمره ، ولو نهاه المالك عن العلف والسقي ، لم

يجز له الامتثال ، لكن لو امتثل لم يضمن ، وكذا لو لم ينشر الثوب المحتاج إلى النشر، ولو افتقر إلى اللبس وجب لبسه ، ولو أهمل ضمن إلا مع نهي المالك.

صفحة ١٩٩

٤٤٣٧ . السادس: الجحود ، فمن أودع شيئاً وجب ردّه على مالكة مع المكنة، فإن طالبه المالك فجحد ، ضمن ، ولو طالبه غير المالك فجحد ، لم يضمن، ولو سأله المالك من غير مطالبة فجحد ، ففي الضمان إشكال.

٤٤٣٨ . السابع: التأخير عن الدفع مع المطالبة وإمكان الدفع، ولو لم يمكن لبعدها، أو لمخافة في طريقها، أو للعجز عن حملها ، أو غير ذلك، لم يكن متعدّياً بترك تسليمها، وليس على المستودع مؤونة لو حملها إلى مالكة إذا كان حملها يفتقر إلى المؤونة قلّت ، أو كثرت ، بل عليه التمكين من أخذها ، ولو سافر بها بغير إذن المالك ، كان عليه الردّ ، ولزمته مؤونته.

الفصل الثالث: في الأحكام

وفيه تسعة عشر بحثاً:

٤٤٣٩ . الأول: قبول الوديعة مستحبّ لمن يعلم من نفسه الأمانة ، وليس بواجب إجماعاً.
٤٤٤٠ . الثاني: الوديعة أمانة لا يضمن إلا بالتعدّي ، ولو شرط الضمان في العقد لم يلزم وإن قبل الشرط، وكذا لو قال: أنا ضامن لها، وكذا كلّ ما أصله الأمانة.
٤٤٤١ . الثالث: لا يجوز مزج الوديعة بغيرها من جنسها أو غير جنسها أجود أو أدون أو مساو، مثل أن يمزج السمن بمثله أو بالزيت، ولو استودع من اثنين

صفحة ٢٠٠

وأدنا في المزج ، جاز ولا ضمان، ولو أذن أحدهما ضمن حصّة^(١) غير الأذن، ولو امتزجت بغير تفريط فلا ضمان، ولو مزجها غيره ، فالضمان على المباشر.
٤٤٤٢ . الرابع: إذا حضرت المودع الوفاء وجب عليه دفعها إلى المالك ، أو الوكيل، أو الحاكم، أو الثقة على الترتيب ، ولو تعدّر وجب الإيضاء بها والإشهاد، فإن أهمل مع القدرة حتّى مات، ضمن ، ولو مات فجأة ولم يوص فالأقرب عدم الضمان، ولو أوصى إلى فاسق ضمن ، وكذا لو أوصى وأجل من غير تميّز، كما لو قال: عندي ثوبٌ، ولم يميّزه ، وعنده أثواب ، ولو لم يكن عنده غيره لم يضمن.

ولو قال: عندي ثوب وديعةٌ ، ولم يوجد في تركته ثوب أصلاً ، فالأقرب عدم الضمان على إشكال، ولو وجد في تركته كيس مختوم عليه مكتوب أنّه وديعة فلان لم يسلمه إليه إلا مع البيّنة.

٤٤٤٣ . الخامس: لو أمر المودع غلامه أو صاحبه بعلف الدابة أو سقيها ، فالأقرب عدم الضمان. ولو أخرجها للسقي ، والطريق آمن ، ففي الضمان إشكال ، أما لو كان مخوفاً ، فإنه يضمن.

ولو قال المالك: اربط الدراهم في كمك، فوضعها في يده فأخذها غاصب، فالأقرب الضمان، ولو أمره بحفظها ، فشدها في كمه الظاهر ، أو وضعها^(٢) في جيبه الظاهر ، فالوجه الضمان، بخلاف ما لو كانا باطنين.

٤٤٤٤ . السادس: إذا ادعى عليه وديعةً فأنكر ، فالقول قوله مع اليمين، فإن

١ . في «ب»: ضمن حقه.

٢ . في «ب»: أو جعلها.

صفحة ٢٠١

أقيمت عليه البيّنة ، فادعى عليه الردّ أو التّلف من قبل ، فإن كانت صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة، لم يقبل قوله بغير بيّنة، ومع إقامة البيّنة ، فالأقرب عدم قبوله أيضاً ، وإن كانت الصيغة أنّه لا يلزمي تسليم شيء إليك ، أو ليس في ذمّتي شيء ، قبل قوله في الردّ والتلف.

٤٤٤٥ . السابع: يجب ردّ الوديعة مع المطالبة والمكنة ، فإن أخرج معها ضمن، ولو أخرج ضرورة لم يضمن ، وإن كان لاستتمام غرض نفسه ، مثل أن يكون في حمام ، أو على طعام، أو على نوم، أو طلب الإمهال لينهضم الطعام.

٤٤٤٦ . الثامن: لو قال: ردّ على وكيلي، وطلب الوكيل، ولم يردّ مع المكنة، ضمن ، ولو لم يطلب ولكن تمكّن من الردّ فلم يردّ ، فالأقرب الضمان على إشكال، ولو علم من حال الموكل المسارعة، فأهمل ضمن قطعاً.

وإذا ردّ على الوكيل، ولم يشهد، فأنكر الوكيل فالأقرب عدم الضمان، بخلاف الوكيل لقضاء الدين.

٤٤٤٧ . التاسع: لو طالب بالردّ ، فادعى التلف، فالقول قوله مع يمينه، سواء ادعى سبباً ظاهراً ، كالحريق والغارة على إشكال، أو خفياً، ولو ادعى الردّ ، فالقول قوله مع اليمين، إلا أن يدعى الردّ على غير من انتمنه، كدعوى الردّ على وارث المالك، أو دعوى وارث المستودع على المالك، أو دعوى من طير الريح ثوباً إلى داره، أو دعوى المستودع الرد على وكيل المالك.

٤٤٤٨ . العاشر: لو ادعى اثنان عليه وديعةً فاعترف لأحدهما مطلقاً، وقال: نسيت التعيين، فإن صدّقه خلص منهما وتنازعا، والأقرب أنّه لا يجب نقلها إلى عدل غيره ، وإن كذبه حلف على نفي العلم، ولا تكفي يمين واحدة على

إشكال ، بل لا بدّ من يمينين، فإذا حلف احتمال استعمال القرعة ، فمن خرج اسمه حلف، فإن نكل حلف صاحبه ، فإن نكلا قسم بينهما، واحتمل القسمة بينهما وحينئذ لا يضمن المستودع نصفها لتفويت ما استودع بجهله، لأنّ الجهل عذر، وإن نكل ، فحلفا على علمه، ضمن القيمة، وجعلت القيمة والعين في أيديهما، فإن سلّم العين بحجّة لأحدهما ردّ نصف القيمة إلى المودع، ولم يجب على الثاني الردّ ، لأنّه استحقّها بيمينه، ولم يعد عليه البذل .

وقال الشيخ: لو حلفا، فيه قولان: أحدهما القسمة بينهما، والثاني أنّه يوقف حتّى يصطلحا، والأوّل أقوى، ثمّ قال: ولو قلنا بالقرعة كان قويا^(١) وعندي في ذلك نظر.

ولو حلف أحدهما حكم له، ولو نكلا احتمال القسمة والقرعة، ولو كذّبهما معاً، فالقول قوله مع يمينه، ولو كذّب أحدهما وصدّق الآخر فكذلك ، ويدفعها إلى من اعترف له بها مع يمينه للمكذّب ، ولو أقرّ لهما معاً، كان إقراراً لكُل واحد منهما بالنصف ، ويكون الحكم في النصف الآخر ما تقدّم فيها إذا أقرّ بالجميع لغيره.

٤٤٤٩ . الحادي عشر: إذا أخرج الوديعة المنهيّ عن إخراجها فتلفت ، فادّعى أنّه أخرجها للخوف إمّا من حريق، أو غريق، أو نهب، أو غير ذلك ، فأنكر المالك، فعلى المدّعي البيّنة على حصول السبب ، وحينئذ يبقى القول قوله في التلف مع اليمين.

١ . المبسوط: ٤ / ١٥١ .

٤٤٥٠ . الثاني عشر: إذا أودع المودع من غير إذن ولا ضرورة ، ضمن ، وللمالك الرجوع على من شاء، فإن رجع على الأوّل برئ الثاني، وإن رجع على الثاني كان للثاني مطالبة الأوّل (مع الغرور).^(١)

٤٤٥١ . الثالث عشر: لو مات وثبت أنّ عنده وديعة لم توجد بعينها، أخذت من التركة، ولو كان عليه دين سواها، فهي والدين سواء، ولا فرق بين أن يوجد في تركته من جنس الوديعة أو لا، هذا إذا أقرّ المستودع أنّ عندي وديعة، أو عليّ وديعة لفلان ، أو ثبت بيّنة أنّه مات وعنده وديعة، ولو كانت عنده وديعة في حياته ولم يوجد بعينها ، ولم يعلم هل هي باقية عنده أو تلفت ، ففي وجوب ضمانها إشكال.

٤٤٥٢ . الرابع عشر: لو مات وعنده وديعة معلومة بعينها، فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها، ولو لم يعلم المالك بالموت، وجب على الورثة إعلامه بها، وليس لهم إمساكها ، وكذا لو أطارت الريح إلى داره ثوباً، وعلم به ، فعليه إعلام المالك.

٤٤٥٣ . الخامس عشر: المستودع أمينٌ والقول قوله فيما يدّعيه من تلف الوديعة مع يمينه، ولو ادّعى ردّها إلى صاحبها، فالقول قوله أيضاً ، سواء أودعه إيّاها بيّنة، أو بغير بيّنة.
٤٤٥٤ . السادس عشر: (٢) لو قال: دفعتها إلى فلان بأمرك، فأنكر مالکها الإذن

١ . ما بين القوسين يوجد في «أ».

٢ . جاء في حاشية المطبوع: إنّ البحث السادس عشر لا يوجد في جميع النسخ، وأنّما اثبتناه للاحتياط فلاحظ.

صفحة ٢٠٤

في دفعها، فالقول قول المالك، ولو صدّقه على الإذن ، لم يضمن بترك الإشهاد، ولو اعترف المالك بالإذن وأنكر الدفع ، فالقول قول المستودع، فإن أقرّ المدفوع إليه بالقبض ، وكان الدفع إليه في دين ، برئ الجميع ، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه، ويضمن المأمور بترك الإشهاد، وإن كان الأمر بالدفع وديعةً، فالوجه عدم الضمان، فإذا حلف برىء أيضاً وكان الهلاك من المالك.

٤٤٥٥ . السابع عشر: إذا استودع دابةً وجب عليه القيام بعلفها وسقيها ، فإن قدر على المالك، أو وكيله ، طالبه بالإفناق ، أو ردّها عليه، أو يأذن له ثم يرجع به، فإن تعذّر المالك ووكيله ، رفع أمره إلى الحاكم فينفق عليها من مال صاحبها، ولو لم يجد المال ، ورأى من الحظّ (١) بيعها، أو بيع بعضها وإنفاقه على الباقي، أو إيجارها، أو الاستدانة على صاحبها من بيت المال أو من غيره ، ويدفعه إلى المودّع، فعل ، وإن رأى دفعه إلى غيره ليتولى الإفناق عليها ، جاز.

ولو استدان من المودّع جاز، ثم يدفعه إليه إن شاء أو إلى غيره ، ويجوز أن يأذن له في الإفناق بقدر ما يراه المودّع ، ويرجع به على صاحبها ، فإن اختلفا في قدر النفقة، فالقول قول المودّع في المعروف وفي الزائد قول المالك ، وإن اختلفا في قدر المدة التي أنفق فيها، فالقول قول المالك .

ولو تعذّر الحاكم وأنفق على نيّة الرجوع وأشهد، فالأقرب الرجوع، ولو تمكّن من الحاكم فلم يستأذنه، فالأقرب عدم الرجوع وإن شهد.

ولو عجز عن الحاكم ولم يشهد، فالأقرب عدم الرجوع.

١ . والمراد أنّه: لو لم يجد الحاكم مالاً لصاحب الدابة فعل ما يرى لصاحبها الحظّ فيه من بيعها و...

صفحة ٢٠٥

٤٤٥٦ . الثامن عشر: إذا فرّط واختلفا في القيمة، فالقول قول الغارم ، وقيل (١): قول المالك ، وفيه ضعف.

٤٤٥٧ . التاسع عشر: إذا مات المودع سلّمت الوديعة إلى الوارث ، فإن كانوا جماعةً سلّمت إلى الجميع أو من يقوم مقامهم ، ولو سلّمها إلى بعضهم من غير إذن الباقيين ، ضمن حصص من لم يأذن.

١ . الفائز هو الشيخ الطوسي في النهاية: ٤٣٧ ، والشيخ المفيد في المقنعة: ٦٢٦ .

صفحة ٢٠٦

صفحة ٢٠٧

كتاب العارية

صفحة ٢٠٨

صفحة ٢٠٩

المقصد الثاني : في العارية

وفيه فصول:

الفصل الأوّل: في العقد

وفيه ثلاثة مباحث:

٤٤٥٨ . الأوّل : العارية مأخوذة من: عار الشيء يعير: إذا ذهب وجاء، وشيّد الباء لأثها منسوبةً إلى العارة وهو اسم من قولك: أَعَرْتُ المتاع إعاره وعارةً، فالعارة الاسم، والإعارة المصدر^(١) .

والعارية عقد يقتضي إباحة المنفعة خاصّةً بغير عوض، فخرج عنه إباحة الأعيان كالبيع والصدقة والإجارة.

٤٤٥٩ . الثاني : العارية عقد مشروع بالنصّ والإجماع قال الله تعالى: (وتعاونوا على البرّ والتقوى)^(٢) . وقال تعالى: (ويمنعون الماعون)^(٣) .

١ . والنووي تحقيق حول لفظة «العارية» ومعناها . لاحظ المجموع: ١٥ / ٣٨ .

٢ . المائدة: ٢ .

٣ . الماعون: ٧ .

وقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم):

«العارية موداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم»^(١).

٤٤٦٠ . الثالث : العارية عقد جائز من الطرفين ، ويفتقر إلى إيجاب وقبول، وعبارته الصريحة: أَعْرَيْتُكَ ، فيقول: قبلت ، ويقع بكلّ لفظ يشتمل على الإذن في الانتفاع، وقد يحصل القبول بالفعل.

الفصل الثاني: في أركانها

وفيه سبعة مباحث:

٤٤٦١ . الأول : أركان العارية ثلاثة: المعير، والمستعير ، والمستعار.

ويشترط في المعير التكليف وجواز التصرف ، فلو أعار الصبي ، أو المجنون ، أو المحجور عليه للسهة أو الفلس، لم يجز ، ولو كان الصبي مميّزاً، أو أذن له الولي في الإعارة جاز مع المصلحة، ولا فرق بين أن يعير ما يملكه أو يكون نائباً عن غيره.

٤٤٦٢ . الثاني: يشترط في المعير كونه مالكا للمنفعة، فلو أعار المستأجر صحّ، ولو أعار غيره ممن ليس بمالك لم يجز وإن كان مستعيراً ، نعم للمستعير أن يستوفي المنفعة لنفسه بوكيله ، وليس له أن يؤجر.

١ . سنن الترمذي: ٤ / ٤٣٣ برقم ٢٠٢١ ؛ ومسند أحمد بن حنبل: ٥ / ٢٦٧ و ٢٩٣ ؛ ورواه ابن قدامة في المغني: ٥ / ٣٥٤ ؛ والشيخ الطوسي (قدس سره) في المبسوط: ٣ / ٤٩ .

٤٤٦٣ . الثالث: يشترط في المستعير كونه أهلاً للتبرّع عليه ، فلو استعار المحرم صيداً لم يجز له إمساكه وإن كان من محلّ، ولو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط عليه الضمان، وعليه مع تلفه قيمته لصاحبه والجزاء لله تعالى، وهل يجوز للمشارك استعارة المصحف أو العبد المسلم للاستخدام؟ فيه نظر.

٤٤٦٤ . الرابع: يشترط في المستعار كونه عيناً مملوكةً يصحّ الانتفاع به مع بقاء عينه كالثوب، والدابة ، وتصحّ إعارة الأرض للزراعة، أو الغراس ، أو البناء ، وكذا تجوز إعارة الحيوان للركوب، والعبد والجارية للخدمة ، وإن كانت الجارية أجنبيةً، وتجوز أيضاً عارية الفحل للضراب وعارية الكلب للصّيد ، أو الحفظ.

٤٤٦٥ . الخامس: لا تجوز إعاره العين لنفع محرّم كإعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر .
٤٤٦٦ . السادس: يكره أن يستعيرَ أحدَ والديه لخدمته ، ويستحبّ استعارتهما للترقّهِ، ولا تجوز
إستعارة الجوّاري للاستمتاع إلاّ بلفظ التحليل أو الإباحة، فلو وطئ بلفظ العارية مع علمه، بالتحريم ،
كان زانياً ، وإلاّ فهو وطء شبهة، وتجاوز استعارة الشاة للحلب ، ويكون ذلك منحة، وتجاوز استعارة
العين للرهن.
٤٤٦٧ . السابع: تجوز إعاره كلّ عين يصحّ الانتفاع بها منفعَةً مباحةً مع بقائها، كالدّور ،
والعقار ، والثياب ، والحليّ ، وغير ذلك، ولو استعار الدراهم والدنانير لمنفعة التزيين^(١) بها جاز ،
ولا يكون قرضاً، ولو استعارها للإنفاق كان قرضاً، ولو قال: آجرتك حماري لتعيرني فرسك ،
فالأقرب الجواز، فلو قال: اغسل هذا الثوب ، فهو استعارة لبدنه، فإن كان العمل ممّا يؤخذ الأجرة
عليه ، استحقّ الأجرة وإلاّ فلا.

١ . في «أ»: التزيين.

صفحة ٢١٢

الفصل الثالث: في أحكامها

وفيه خمسة وعشرون بحثاً:
٤٤٦٨ . الأوّل : يملك المستعير من الانتفاع بالعارية ما جرت العادة به في الانتفاع بذلك
المستعار، كالدابة في الركوب، والدار في السكنى، والثوب في اللبس، ولو أذن المالك في نوع من
التصرف لم يجز التعديّ إلى ما ضرره أكثر، فإن أذن له في زرع الحنطة لم يكن له زرع ما هو
أضرّ منها، ويزرع ما ضرره مثلها أو دونها، ولو نهاه عن التجاوز لم يجز مطلقاً، ولو أذن في
الغراس فبنى ، أو في البناء فغرس ، فالوجه المنع.
٤٤٦٩ . الثاني : إذا أطلق له العارية ، فالأقرب الجواز ، وله الانتفاع بمجرى العادة، فلو استعار
أرضاً من غير قيد جاز أن يبني ويغرس ويفعل كلّما هي معدّة من الانتفاع ، ولو اذن له في الغراس ،
أو البناء جاز له الزرع دون العكس.
ولو أذن له في الزرع مرّة لم يكن له التكرار، ولو أطلق ، فالأقرب الجواز .
ولو أذن له في الغرس مطلقاً، فانقلعت الشجرة لم يكن له غرس أخرى، وكذا لو أذن له في وضع
خشبة على حائط فانكسرت لم يكن له وضع أخرى.

٤٤٧٠ . الثالث : لو استعار ثوباً ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه ، فهو ضامن، وكذا لو لم يسم من يلبسه، وكذا غير الثوب من الأعيان إذا أعاره غيره من غير إذن ضمنه وإن كان الثاني لا يعمل بها إلا ما كان المستعير يعمل بها، إذا ثبت هذا

صفحة ٢١٣

فللمالك أجرة المثل على من شاء منهما، فإن رجع على الأول رجع الأول على الثاني مع علمه، وإن رجع على الثاني لم يرجع الثاني على الأول ، ولو كان جاهلاً ففي رجوع الأول عليه وعدم رجوعه على الأول لو رجع عليه ، نظر.

ولو تلفت العين في يد الثاني ضمنها الثاني، فإن رجع على الأول كان للأول الرجوع على الثاني ، وإن رجع على الثاني لم يرجع الثاني على أحد.

٤٤٧١ . الرابع: لو أجره المستعير لم يجز، وكان للمالك الأجرة إن شاء أجرة المثل، وإن شاء المسمى ، وله الرجوع على من شاء ، والتفصيل هنا كما قلنا في العارية .
ولو أذن له المالك في الإجارة مدة معلومة أو في الإعارة مطلقاً، أو معيناً ، جاز فإذا عقد المستعير الإجارة لم يكن للمالك الرجوع حتى تنتضي المدة، ولا تكون العين مضمونة على المستعير ولا على المستأجر.

٤٤٧٢ . الخامس: تجوز العارية مطلقاً ومقيدة، وللمعير الرجوع في العارية متى شاء، سواء كانت مطلقاً أو مؤقتة ما لم يأذن في الشغل بما لا يجوز معه الرجوع، ولا يلزمه في المطلقة الصبر إلى وقت يمكن للمستعير (١) الانتفاع في مثله بالعين ، ولا في المقيدة خروج الوقت، بل يجوز قبله، وكذا يجوز للمستعير الرد متى شاء إجماعاً.

٤٤٧٣ . السادس: للمستعير الانتفاع بالعارية المطلقة مالم يرجع المالك والمقيدة مالم يرجع، أو يمضي الوقت، ولو تصرف بعد المدة كان غاصباً ،

١ . أي يتمكّن المستعير من الانتفاع بالعين .

صفحة ٢١٤

وعليه الأجرة، فإن كان قد غرس قَلْعَه وعليه تسوية الحفر ونقص الأرض.
٤٤٧٤ . السابع: إذا استعار شيئاً ليرهنه ، ففي اشتراط العلم بقدر الدين وجنسه إشكال، فإن عيّن له قدر الدين ، أو جنسه ، أو صفته من الحلول والتأجيل ، تعيّن ، ولا يجوز له المخالفة ، فإن خالف كان للمعير فسخ الرهن إلا أن يأذن له في الرهن بمقدار فيرهنه على أقل ، وللمالك المطالبة بافتكاكه إن كان الدين حالاً، أو مؤجلاً حل أجله، وإن لم يحلّ فكذلك على إشكال ، وإذا حلّ الدين ولم يفكّه

الراهن ، جاز بيعه في الدين ، فإذا بيع بالدين ، أو تلف بتفريط، كان للمالك الرجوع على الراهن بالقيمة، وله الرجوع في صورة البيع بالثمن، ولو تلف من غير تفريط، لم يكن على أحدهما^(١) ضمانه.

ولو استعار شيئاً من اثنين فرهنه على مائة صفقة عند واحد ثم قضى خمسين ليفك حصّة أحدهما لم ينفك إلا بقضاء الجميع ، ولا يضمن المعير الدين في رقبة عبده إذا رهنه المستعير.

٤٤٧٥ . الثامن: إذا استعار شيئاً لينتفع به نفعاً يلزم من الرجوع فيه الضرر، ففي جواز الرجوع إشكال، فلو استعار لوحاً فرقع به السفينة لم يكن له الرجوع بعد إصلاحه فيها إذا لجج^(٢) في البحر، ويجوز الرجوع قبل دخول البحر وبعد الخروج منه. ولو أعاره أرضاً للدفن جاز الرجوع مالم يدفن ، فيلزم حينئذ مالم يبيل الميت.

١ . في «ب»: على أحد .

٢ . الأولى: لججت .

صفحة ٢١٥

ولو أعاره حائطاً لطرح خشبة ، جاز الرجوع مالم يطرح ويبنى عليه ، ففي الرجوع حينئذ مع الأرش إشكال، ولا يجوز الرجوع مجاناً، ولو أزاله المستعير باختياره، أو سقط الحائط فيناه المالك بذلك اللبن أو غيره لم يكن للمستعير الوضع ثانياً إلا مع تجدد الإذن ، وكذا لو سقط الخشب خاصّةً.

٤٤٧٦ . التاسع: لو استعار أرضاً للزراعة ، فله الرجوع مالم يزرع ، فإن زرع بعد الرجوع ، كان للمالك قلعه بغير شيء وعلى الزارع أرش الأرض وتسوية الحفر والأجرة، وإن زرع قبله ، ففي جواز الرجوع إشكال ، فإن سوّ غناه، أو جبننا الأرش على الإذن فليس له القلع بدونه، وإن منعناه أوجبنا بقاءه في الأرض إلى وقت إدراكه بغير عوض. ولو بذل المالك قيمة الزرع لم يجب على ربّه القبول على التقديرين. ولو كان ممّا يمكن حصاده قصيلاً ، فالوجه التردد أيضاً .

٤٤٧٧ . العاشر: لو أذن له في البناء والغرس كان له أن يرجع قبل الفعل ، وحينئذ لا يجوز للمستعير البناء والغرس ، فإن فعل كان للمالك قلعه وإلزامه بالأجرة وأرش الأرض وتسوية الحفر، فإن لم يرجع حتّى غرس أو بنى ثمّ رجع في الإذن ، فإن كان قد شرط على المستعير القلع عند انقضاء مدة العارية إن كانت مقدّرة، أو شرط القلع متى طالبه به، إن كانت مطلقة، فأنّه يلزمه القلع، وليس على المالك ضمان ناقص الغرس والبناء بالقلع، ولا يجب على المستعير طمّ الحفر وتسوية الأرض ، وإن لم يشترط القلع، فإن اختار المستعير القلع ، كان له ذلك ، وإن كره المالك ، وهل تلزمه تسوية الحفر وطمّها؟ فيه احتمال.

وإن لم يختر القلع وطالبه المعير به ، لم يكن له ذلك إلا بعد ضمان

ما ينقص بالقلع، فحينئذ يجب عليه قلعها بعد غرم ما نقص، فيقوم قائمهُ ومقلوعهُ^(١) ويغرم ما بين القيمتين.

ولو قال المعير: أنا أغرم قيمة الغرس، قال الشيخ: يجبر المستعير على ذلك^(٢) وعندني فيه نظر. ولو قال المستعير: أنا أدفع قيمة الأرض، لم يلزم المالك إجابته إجماعاً، ولو طالبه المالك بالقلع من غير ضمان أرش النقص، لم يجبر صاحب الغرس عليه.

ولو أذن مقيداً، فطالب بالقلع من غير ضمان الأرش قبل المدّة، لم يكن له ذلك، وإن كان بعد المدّة، فالأقرب أنّ له ذلك.

إذا عرفت هذا فإن لم يدفع المعير قيمة الغرس ولا ضمن أرش النقص، لم يكن له القلع، فإن اتفقا على البيع جاز، ويقسم الثمن على قدر القيمتين بأن يقوم الغراس منفرداً في أرض المعير، والأرض مشغولة بزرع الغير، فيؤخذ بالنسبة، وإن امتنعا من البيع، كان للمعير الدخول إلى أرضه والاستئصال بالشجر دون الانتفاع به، من شدّ دابّته فيه وغيرها.^(٣)

وأما المستعير فليس له الدخول لغير حاجة قطعاً، وفي دخوله لحاجة^(٤) كسقي الغرس وجهان، قوى الشيخ المنع^(٥).

١ . كذا في النسختين، وفي المبسوط: ٣ / ٥٥: قائمة ومقلوعاً.

٢ . المبسوط: ٣ / ٥٥ .

٣ . هذا ما أثبتناه، ولكن في النسختين «من شدّ دابّته وغيرها».

٤ . في «ب»: بحاجة.

٥ . المبسوط: ٣ / ٥٦ .

ولو باع الغراس غرسه على المالك جاز، ولو باعه لغيره ابتني على جواز الدخول، فإن سوّغناه، جاز البيع وإلا فلا .

٤٤٧٨ . الحادي عشر: إذا حمل السيل إلى أرضه حبّ غيره فنبت زرعاً، أو شجراً، كان لصاحب الحبّ، وله نقله عن أرض غيره، وإن طالب صاحب الأرض بالنقل، كان له ذلك، ولا أرش عليه، وهل على صاحب الغرس طمّ الحفر؟ الأقرب ذلك.

٤٤٧٩ . الثاني عشر: العارية أمانة غير مضمونة إلا مع التعدي أو التقريط في الحفظ، أو اشتراط الضمان، أو تكون العارية للذهب والفضة، وإن لم يشترط الضمان، أو يكون المستعير محرماً والعارية صيداً، أو يستعير من غير المالك، ولو اشترط في ذلك سقوط الضمان، سقط إلا في الصيد وغير المملوك.

٤٤٨٠ . الثالث عشر: إذا ذهب شيء من أجزاء العين بالاستعمال من غير تفريط لم يضمن المستعير ، وكذا لو تلفت العين بجملتها بالاستعمال من غير تعدي مالم يشترط الضمان، ولو تلفت العين أو أبعاضها بغير الاستعمال ، فإن فرط ضمن ، وإلا فلا .
ولو استعملها استعمالاً مآذوناً فيه فتلف بعض أجزائها ثم أتلّفها بتفريط ، ضمنها ناقصةً ، وكذا يضمنها ناقصةً لو تلفت بغير تفريط مع شرط الضمان .
وكذا لا يضمن ولد العارية، أمّا ولد المغصوبة فإن كان مغصوباً ضمنه أيضاً ، وإلا فلا .
٤٤٨١ . الرابع عشر: إذا كانت العارية مضمونةً ، ضمنها بالمثل إذا كانت

صفحة ٢١٨

من ذوات الأمثال ، وإلا فالقيمة يوم التلف ، ولو تلف من أجزائها شيءٌ حال الضمان بالاستعمال ، ثم تلفت ضمنها كاملةً .
٤٤٨٢ . الخامس عشر: إذا كانت العين باقيةً وجب ردّها إلى مالِكها أو إلى وكيله ، وببرأ بذلك ، ولا يبرأ لو ردّها إلى ملك صاحبها أو إلى الموضع الذي أخذها منه، أو إذا أودعها مع عدم الضرورة، وكذا لو ردّها إلى من جرت العادة بحفظها كزوجة المالك وسائس الدابة .
٤٤٨٣ . السادس عشر: إذا استعار دابةً ليركبها إلى موضع فتجاوزه، لزمه الضمان، وعليه أجره الزيادة، وكذا لو حملها أثقل من المآدون ، أو سيرها أكثر من المعتاد أو أشدّ .
ولو ادّعى المستعير الإذن في السير إلى المسافة البعيدة، فالقول قول المالك لو أنكر، وإن كان (١) يشبه ما قاله المستعير .
٤٤٨٤ . السابع عشر: إذا ظهر استحقاق العين كان للمالك الرجوع على من شاء بأجرة مدّة الانتفاع ، لكن مع رجوعه على المستعير يرجع المستعير على المعير، دون العكس، هذا (٢) إذا كان المستعير جاهلاً ، ولو كان عالماً فالرجوع عليه ، ولا يرجع هو على أحد، ولو رجع على المعير كان للمعير الرجوع عليه، وكذا البحث في القيمة لو تلفت العين في يد المستعير بغير تفريط .
٤٤٨٥ . الثامن عشر: إذا ادّعى المالك الإجارة والمنتفع العارية ، فإن لم

١ . أي يشبه قول المالك لقول المستعير في اللفظ .

٢ . في «أ»: وهذا .

صفحة ٢١٩

تمض مدّة يمكن الانتفاع فيها، فالقول قول المنتفع، (١) وكذا لو قال المالك: أعرثك، وادّعى المنتفع الإجارة، فالقول قول المالك مع يمينه .

ولو مضت مدة ينتفع فيها فالأقرب (٢) أنّ القول قول المالك مع يمينه لا قول المنتفع ، خلافاً للشيخ، (٣) والوجه أنّ المالك يحلف على عدم الإعارة لا على المدعى، (٤) فحينئذ يثبت له أجره المثل، ولو نكل ففي إحلاف الآخر نظر.

ولو اختلفا في أثناء المدة، فالقول قول المالك فيما مضى، وقول المستعير فيما بقي، ولو ادعى المالك هنا العارية والمنتفع الأجرة ، فالمنتفع يدّعي استحقاق المنافع ويعترف بالأجر للمالك، والمالك ينكرها، فيحلف ويأخذ العين خاصة.

ولو اختلفا في ذلك بعد تلف العين ، فإن كان التلف عقيب القبض، فلا فائدة هنا، إلا فيما يكون مضموناً بالعارية ، كالذهب والفضة، فالأقرب فيه أنّ القول قول المالك ، سواء ادعى الأجرة أو العارية، لأنه بادعاء الإجارة يعترف ببراءة ذمة القابض، وبادعاء الإعارة يلتجئ إلى الأصل ، وهو ضمان القابض ، فيحلف المالك ويأخذ القيمة، والقول في قدرها قول القابض.

ولو اختلفا بعد مضي مدة لمثلها أجره، فإن ادعى المالك الإجارة ، فالقول قوله مع يمينه في عدم العارية ، ويثبت له أجره المثل، وإن ادعى الإعارة ، فلا

١ . لأن الأصل عدم عقد الإجارة وبراءة ذمة المنتفع عنها.

٢ . كذا في «ب» ولكن في «أ»: ينتفع فيها به فالأولى .

٣ . المبسوط: ٣ / ٥٠ .

٤ . أي الإجارة حتى يكون مدّعياً ويحتاج إلى البيّنة، بل يحلف على عدم الإعارة الموافق للأصل.

صفحة ٢٢٠

ضمان على المستعير عندنا، ولو كانت العين ممّا يضمن بالإعارة ، فالقول أيضاً قوله مع اليمين إلا أن يكون الأجر بقدر القيمة أو أكثر ، فلا يمين.

٤٤٨٦ . التاسع عشر: لو اختلفا في اشتراط التضمنين، فالقول قول المنكر، ولو اختلفا في القيمة أو القدر مع التفريط ، فالقول قول منكر الزيادة، ولو ادعى أنه استعار الصّيد حالة إحرامه ، وقال المستعير: بل بعده (حتى يغرم) (١) ففي تقديم قول المالك نظر.

٤٤٨٧ . العشرون: لو ادعى المالك الغصب والقابض العارية، فإن كانت العين قائمة، ولم تمض مدة، فلا فائدة للاختلاف ، فيأخذ المالك عينه وإن مضت مدة، لها أجره، فالقول قول المالك مع اليمين، ويثبت له أجره المثل، ولو تلفت فعلى القابض الضمان.

فلو ادعى المالك الغصب والقابض الإجارة ، فالاختلاف هنا في وجوب القيمة وقدر الأجرة ، فالقول قول المالك مع اليمين، وإن نقص المسمّى عن أجره المثل.

٤٤٨٨ . الحادي والعشرون: إذا استعار من الغاصب ، كان للمالك الرجوع على من شاء بالأجرة وبالقيمة مع التلف، فإن رجع على المستعير رجع المستعير على الغاصب، ولو رجع على

الغاصب لم يرجع الغاصب عليه، هذا إذا كان المستعير جاهلاً لم يشترط عليه الضمان، ولو كان عالماً لم يكن له الرجوع على الغاصب لو رجع عليه المالك، وللغاصب الرجوع عليه إن رجع عليه المالك.

١ . ما بين القوسين يوجد في «أ».

صفحة ٢٢١

ولو شرط الغاصب الضمان ، ففي رجوع المستعير عليه مع الجهل بما أخذه المالك من القيمة والأجرة إشكال، ويترتب عليه رجوع الغاصب عليه لو رجع المالك على الغاصب.
ولو كانت القيمة زائدة في يد الغاصب ، ثم نقصت، واستعارها بعد النقص ، ضمنها المستعير ناقصةً، وكانت الزيادة على الغاصب ، والبحث في رجوع المستعير كما قلناه.
٤٤٨٩ . الثاني والعشرون: إذا استعار شيئاً لينتفع به في شيء مخصوص ، فاستعمله في غيره ضمن ، وكذا يضمن لو جدد العارية ثم ثبتت بالبينة أو بالإقرار ، ويزول الاستئمان.
٤٤٩٠ . الثالث والعشرون: إذا ادّعى التلف، فالقول قوله مع يمينه، ولو ادّعى الردّ، فالقول قول المالك مع اليمين.

٤٤٩١ . الرابع والعشرون: لو تلف شيء من أجزاء العين بالتفريط في الاستعمال، ضمنه ، وإن كان لو استعمله مدة الإذن، لتلف به (١) من غير تفريط على إشكال.
٤٤٩٢ . الخامس والعشرون: إذا استعار الحلال صيداً من محرم، فإن كان في يد المحرم، ملكه المجلّ ولا قيمة عليه، وإن كان بعيداً عنه صحّت العارية وكان عليه ضمانه لصاحبه مع التفريط أو الشرط.

١ . أي بالاستعمال .

صفحة ٢٢٢

صفحة ٢٢٣

كتاب الشركة

صفحة ٢٢٤

المقصد الثالث : في الشركة

والنظر في أمرين

النظر الأول : في الماهية

وفيه ثمانية مباحث:

٤٤٩٣ . الأول : الشركة على أقسام ثلاثة:

شركة في الأعيان إمّا بالميراث، أو عقد البيع، أو الهبة، أو الصدقة، أو الوصية، أو الحيازة، كالاغتنام والاصطياد والاحتطاب.

وشركة في المنافع بعقد الإجارة أو الوقف.

وشركة في الحقوق كالشركة في حق القصاص ، وحدّ القذف، وخيار الشرط والعيب، والزّهن ، والشفعة، ومرافق الطرق، والبحث هنا مقصور على الأول.

٤٤٩٤ . الثاني: تنقسم الشركة باعتبار آخر إلى أربعة:

شركة العنان، وهي شركة الصّحيحة، وهي أن يخرج كلّ من المشتركين مالاً ويمزجها مزجاً يرتفع معه التميّز، سمّيت بذلك لتساويهما في التصرّف كالفارسين إذا تساويا في السير ، فإنّ عنانيهما يكونان سواء .

وقال الفراء: هي مأخوذة من «عَنَ الشيء»: إذا عرض، يقال عَنَتُ لي حاجة: إذا عَرَضت وسمّيت بذلك ، لأنّ كلّ واحد عَنَ له شركة صاحبه، وقيل: من المعاننة^(١) يقال: عاننت فلاناً: إذا عارضته بمثل ماله وفعاله، وكلُّ من الشريكين عارضَ صاحبه بمثل ماله وفعاله^(٢).

وشركة المفاوضة: وهي أن يكون مالهما من كلّ شيء يملكانه بينهما ، وهي باطلة ، سواء كانا مسلمين أو لا، وسواء كان مالهما في الشركة، أو لا، وسواء أخرجوا جميع ما يملكانه من جنس مال الشركة، وهو الدراهم والدنانير، أو لا.

وشركة الأبدان: وهي أن يشترك الصانعان فيما يحصل به من كسب عملهما، وهي باطلة عندنا، سواء كانت في الاحتطاب والاحتشاش والاعتنام، أو في غيرها وسواء اتفقت الصنعتان، أو اختلفتا، بل يأخذ كلّ من الصانعين أجره عمله بانفراده، ولو لم يتميّز العمل بأن يستاجرهما لخياطة الثوب ، فيفعل كلّ منهما فيه شيئاً غير معلوم اصطلاحاً في الأجرة.

١ . قال الشيخ في المبسوط: ٢ / ٣٤٧: وهذا أصلح ما قيل فيه.
٢ . قال في الحدائق: ٢١ / ١٦١ في بيان وجه التسمية أيضاً ما هذا نصّه :
فقيل: من عنان الدابة ، إمّا لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح على قدر رأس المال كاستواء طرفي العنان ... وإمّا لأنّ لكلّ واحد منهما أن يمنع الآخر من التصرف كما يشتهي ويريد، كما يمنع العنان الدابة ... وقيل: من «عَن» إذا ظهر ، إمّا لأنّه ظهر لكلّ واحد منهما مال صاحبه، أو لأنّها أظهر أنواع الشركة، ولهذا أجمع على صحتّها ، وقيل: من «العانة» وهي المعارضة، لأنّ كل واحد منهما عارض بما أخرجه الآخر.

صفحة ٢٢٧

وشركة الوجوه: وهي أن يتفق رجلان على أن يشتركا ولا مال لهما، على أن يتناعا بجاههما ويبيعا، ويكونان شريكين في الربح، وهي باطلة . ولو أذن أحدهما لصاحبه في الشراء عنهما فاشتري لهما، وقع الشراء لهما.

٤٤٩٥ . الثالث: الشركة عقد صحيح بالنصّ والإجماع ، وهي جائزة من الطرفين ، ويشترط فيه أهلية كلّ من المتعاقدين للتوكيل والتوكّل، فإنّ كل واحد متصرّف في مال نفسه ومال صاحبه بإذنه، ويكفي في الصّيغة ما يدلّ على الرضا بالمزج.

٤٤٩٦ . الرابع: إمّا تصحّ الشركة مع المزج الراجع^(١) للامتياز ، سواء قصد المزج أو لا ، فلو اختلط أحد المالكين بالآخر من غير قصد المالكين، تحققت الشركة، ولو مزج الصّحيح بالقرضة، أو السّمسم بالكتان ، لم يصحّ، وكذا كلّ اختلاط يمكن معه التميّز، فإنّ الشركة فيه باطلة ، ولو تقدّم الخلط على العقد أو العكس ، جاز، ولا يشترط تساوي المالكين قدرأً ولا العلم بالمقدار حالة العقد، وقد تقع الشركة في الأعيان المتميّزة بأن يبيع أحدهما نصف العين التي له ، بنصف عين صاحبه .

٤٤٩٧ . الخامس: الشركة جائزة في النّقدين إجماعاً، وكذا في العروض عندنا، سواء كانت من ذوات الأمثال أو من غيرها، على وجه لا يمكن التمييز معه، مثل أن يبيع أحدهما نصف سلعته بنصف سلعة صاحبه، أو يمزجهما مزجاً يحصل معه الاختلاط.

٤٤٩٨ . السادس: شركة التجارة بالأموال جائزة بين المسلمين ، ويكره بينهم

١ . في «أ»: «الواقع» وهو تصحيف .

صفحة ٢٢٨

وبين أهل الذمّة إجماعاً، فلو اشترى الذمّي بمال الشركة، أو باع بما يحرم على المسلم، وقع فاسداً، وعليه الضمان.

٤٤٩٩ . السابع: قد بيّنا أنّ شركة الأبدان باطلة ، وأنّ لكلّ منهما أجره عمله، ولو قال أحدهما للآخر: أنا أتقبل وأنت تعمل على الشركة في الأجره كانت أجره للعمل للمتقبل ، وعليه أجره المثل للعامل، إن كان المتقبل قد استؤجر للعمل، وإلا كانت الأجره للعامل، وعليه للمتقبل أجره السمسرة ، ولو عمل أحد الشريكين في شركة الأبدان دون صاحبه كانت الأجره للعامل خاصّة.
٤٥٠٠ . الثامن: لو اشتركا في الحيازة ، فإن اتحدّ الفعل بأن يقتلعا شجرةً، أو يغترفا ماءً دفعهً، تحققت الشركة، وإن تعدّد العمل اختص كلُّ واحد بما حازه.

النظر الثاني: في الأحكام

وفيه سبعة وعشرون بحثاً:
٤٥٠١ . الأول : إذا اشتركا شركة العنان ولم يشترطا قسمة الربح ، كان تابعاً لأصل المال إجماعاً . ولو اشترطا ذلك أيضاً ، جاز بلا خلاف.
ولو اشترطا التفاوت في الربح مع تساوي المالين، أو بالعكس، قال الشيخ: لا يصحّ وكان الربح على قدر رأس المال، ولكلّ منهما أجره مثل عمله في مال صاحبه.^(١)

١ . المبسوط: ٢ / ٣٥٧ ؛ ولاحظ الخلاف: ٣ / ٣٣٢ ، المسألة ٩ من كتاب الشركة .

صفحة ٢٢٩

وقال السيد المرتضى: يلزم الشرط^(١) وهو الأقوى عندي ، سواء شرطت الزيادة للعامل أو لغيره.
٤٥٠٢ . الثاني : قد بيّنا جواز الشركة بالعروض، والحكم في النقرة كذلك، وكذا يجوز في المغشوش من الأثمان مع العلم بالغشّ ، سواء قلّ الغشّ أو كثر بأن يزيد على النصف، وكذا تصحّ الشركة بالفلوس مع المزج الراجع للتميّز ، سواء كانت ناقصةً أو غير ناقصة.
٤٥٠٣ . الثالث : لا تجوز الشركة بالمال المجهول والجراف إذا لم يمكن العلم به بعد المزج، ولا بالمال الغائب ولا الدّين.
٤٥٠٤ . الرابع: قد بيّنا اشتراط المزج في الشركة، سواء كان المال من الأثمان، أو غيرها ، وسواء عيّنا المالين وأحضرهما، أو لا، وسواء جعلنا في بيت لهما، أو في يد وكيلهما أو لا.
٤٥٠٥ . الخامس: إذا حصل الشيعاء في المال، لم يجز لأحد الشركاء التصرف فيه بدون إذن الباقيين، ولا يجوز له التعدي عن محلّ الإذن ، سواء كان في جنس، أو نوع، أو بلد، أو طريق. ولو أطلق له الإذن تصرّف كيف شاء مع اعتبار المصلحة ، فيبيع ويشترى مراجهً ، ومساومةً، ومواضعةً، وتوليةً، ويقبض المبيع والتمن ويقبضهما، ويطالب بالدّين ويحتال ، ويردّ بالعيب.

٤٥٠٦ . السادس: يستأجر من مال الشركة ما يحتاج إليه ، ويؤجر ما يرى إجارته، وليس له أن يكتتب ويعتق على مال إلا مع المصلحة . ولا يزوج الرقيق،

١ . الانتصار: ٤٧٠، المسألة ٢٦٥ - الطبعة الحديثة - .

صفحة ٢٣٠

ولا يقرض ولا يحابي^(١) ولا يشارك بمال الشركة ، ولا يدفعه مضاربة ، ولا يمزج مال الشركة بماله أو مال غيره، ولا يستدين على مال الشركة، ولا يقَرّ على مال الشركة، فإن فعل لزمه في حصّته ، سواء كان بعين ، أو دين، ولو أقرّ بعيب في عين باعها لزم، وكذا يقبل لو أقرّ بثمن المبيع، أو بأجرة المنادي والحّمّال، وله دفع أرش المعيب فيما باعه ، والحطّ من ثمنه، والصبر به إلى مدّة لأجل العيب، ولو حطّ من الثمن ابتداءً أو أبرأ منه ، لزم في حصّته.

والأقرب جواز أن يبيع نسيئةً ويشترى كذلك ، سواء كان عنده نقد، أو من جنس الثمن، أو لا ، ويودع مع الحاجة لا بدونها، وكذا يوكل فيما لا يباشره بنفسه، ولو وكلّ أحدهما ملك الآخر عزله، والأقرب أنّ لأحدهما أن يرهن ويسترهن على مال الشركة، وفي السفر بالمال إشكال ، والأقرب أنّ له الإقالة .

ولو قال: اعمل برأيك ، اقتضى العمل برأيه في جميع أصناف التجارة ، وهل يملك تمليك شيء بغير عوض ، كالهبة والحطيطة ، والعتق ، والإبراء؟ فالأقرب المنع.

ولو أخذ أحدهما مالاً مضاربةً، كان الربح له دون شريكه، ولو أذن كلُّ من الشريكين لصاحبه في التصرف ، جاز منفرداً، ولو شرطاً الاجتماع لزم. ولو تعدّى المأذون ما عيّن، له ضمن ، وكان الربح على ما اتّفقا عليه.

وإذا حصل الإذن لأحد الشركاء في التصرف ، لم يكن لغيره ذلك، ولكلّ من الشركاء الرجوع في الإذن والمطالبة بالقسمة^(٢).

١ . قال الفيومي: حاباه محاباةً: سامحه، مأخوذ من «حبوته»: إذا أعطيته . المصباح المنير.

٢ . في المطبوع: «بالقيمة» وهو مصحّف .

صفحة ٢٣١

والشركة من العقود الجائزة ، تبطل بموت أيّهما كان وجنونه والحجر عليه لسفه أو فلس ، وبفسخ أحدهما، على معنى أنّ الباقي على جواز التصرف لا يتصرّف^(١).

ولو عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول خاصّة، فلا يتصرّف فيما زاد على نصيبه ، ويبقى المال على الشركة، وللعازل التصرّف في الجميع مالم يعزله المعزول، سواء كان المال ناضباً^(٢) أو به عروض .

ولا يجب على أحد الشريكين انضاض المال المأذون في الابتياح به ، بل يقتسمان الأقمشة إن اتفقا على القسمة ، وإن اتفقا على البيع جاز .

ولو طلب أحدهما القسمة والآخر البيع ، أُجيب طالب القسمة .

وإذا مات أحد الشريكين كان لوارثه القيام على الشركة والمطالبة بالقسمة ، ولو كان له وليّ كان له فعل المصلحة من أحد الأمرين .

ولو أوصى الميّت بمال الشركة لواحد معيّن، كان حكمه حكم الوارث، ولو أوصى لغير معيّن كالفقراء ، لم يجز للوصيّ الإذن في التصرّف ، فيعزل نصيبهم ليصرف إليهم .

١ . يشير إلى أنّ البطلان في الفسخ ، يغيّر البطلان فيما تقدّمه من الموت والجنون والحجر، ومعناه أنّ «الباقي على جواز التصرف» أي غير الفاسخ ، لا يتصرف في مال الشركة مطلقاً ، بخلاف الفاسخ فهو يتصرف في نصيبه، ونصيب شريكه ، لعدم فسخه ونهيه . لاحظ المبسوط: ٢ / ٣٤٩ .
٢ . قال الفيومي: أهل الحجاز يسمّون الدراهم والدنانير نضباً وناضباً، قال أبو عبيد: إنّما يسمّونه ناضباً إذا تحوّل عيناً بعد أن كان متاعاً، لأنّه يقال: ما نضّ بيدي منه شيء: أي ما حصل . المصباح المنير .

صفحة ٢٣٢

ولو كان على الميّت دينٌ لم يكن للوارث إمضاء الشركة إلّا بعد قضائه .

٤٥٠٧ . السابع: لا تصحّ الشركة مؤجّلةً، فلو شرطاً الأجل فيها، لم يصحّ ، ولكلّ منهما أن يرجع متى شاء، نعم لو شرطاً الأجل لم يكن للمتصرف التصرف بعده إلّا بإذن مستأنف .

٤٥٠٨ . الثامن: إذا وقعت الشركة فاسدةً، كان الربح على قدر رأس المال، ويرجع كلّ منهما على الآخر بأجرة عمله .

٤٥٠٩ . التاسع: الشريك أمين إذا قبض المال بإذن شريكه لا يضمن ما يتلف في يده إلّا مع التعديّ أو التفريط في الاحتفاظ، ويُقبّل قوله في دعوى التلف، سواء ادّعى سبباً ظاهراً كالغرق والحرق، أو خفياً كالسرقة، وكذا القول قوله مع يمينه في عدم التفريط وعدم الخيانة .

٤٥١٠ . العاشر: إذا كان لاثنتين دابّتان فاشتركا على أن يؤجراهما فما حصل لهما كان بينهما ، لم يصحّ، وكان لكلّ منهما أجرة دابّته، ولو تقبّلا حمل شيء معلوم في ذمّتهما ثمّ حملاه على البهيمنتين أو غيرهما، صحّ إن وقعت إجارةً صحيحةً .

ولو قال: بع عبدك وثمانه بيننا لم يصحّ، وكذا لو قال: أجره لتكون الأجرة بينك وبينني، ولو أعان أحدهما صاحبه بالنقل كان له أجرة مثله^(١) .

ولو كان لقصّار آلة ولاخر بيتت فاشتركا على أن يعملا بألة هذا في بيت الآخر والكسب بينهما،
لم يصحّ ، وكان الحاصل لهما على قدر أجر عملهما وأجر البيت والآلة.

١ . والمسّمى للآخر.

صفحة ٢٣٣

ولو دفع دابّته إلى آخر ليعمل عليها والحاصل بينهما لم يصحّ ، وكان الحاصل للعامل وعليه
أجرة الدابّة إن تقبل حمل شيء فحمله عليها ، وإن كان قد أجرها بعينها فالأجرة للمالك وللعامل أجرة
مثله إن رضي المالك بالأجرة ، وإلا قسّم الحاصل على قدر أجرة المثل لهما لا على ما اشترطاه .
ولو دفع إلى نسّاج غزلاً ليصنعه ثوباً بثلاث ثمنه أو ربعه، لم يجز ، وكان الثوب لصاحب الغزل،
وعليه أجرة الصانع، وكذا لو قال له: إذا نسجت فبيعهُ، ولك نصف الربح، وكذا لو دفع شبكة ليصطاد
بها على النصف ، لم يجز ، وكان السمك للصائد، وعليه أجرة المثل للشبكة .
ولو اشترك صاحب الدابّة والجوالقات في الحاصل ، لم يصحّ ، والأجرة لصاحب الدابّة ، وعليه
لصاحب الجوالقات أجرة المثل ، سواء زادت عن المأخوذ أو نقصت ، ولو أجر كلّ منهما ملكه
منفرداً، فكل منهما أجرة ملكه .

٤٥١١ . الحادي عشر: لو اشترك ثلاثة، من أحدهم دابّة ومن الآخر راوية (١) وللآخر العمل ،
لم يصحّ ، وكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ، ومن الآخر رحى ، ومن الآخر دابّة ، ومن الرابع
العمل.

والأجرة بأجمعها في الأوّل للسقاء، وعليه أجرة المثل للدابّة والراوية ، وقيل: يقسّم أثلاثاً ولكلّ
واحد منهم على صاحبه (٢) ثلث اجرة مثله (٣)

١ . الراوية: المزايدة فيها الماء . القاموس: ٤ / ٣٣٧ .

٢ . الأصحّ «على صاحبيه» .

٣ . في «ب» : ثلثا أجرة مثله .

صفحة ٢٣٤

ويسقط الثلث الباقي ، قال الشيخ: والأوّل على وجه الصلح والثاني مرّ الحكم (١) .
وأما في الثانية فإن كان قد استأجرهم أجمع للطن ، فلكلّ ربع الأجرة ، لأنّ كلّ واحد قد لزمه
طن ربعه ويرجع كلّ واحد منهم على أصحابه بربع أجرة مثله، وإن كان قد استأجر واحداً منهم ولم
يذكر أصحابه ولا نواهم ، فالأجر

١ . حاصل كلامه أنه يأخذ كل واحد منهم - بعد التقسيم أثلاثاً - عن الآخرين ثلث أجره مثله، مثلاً: لو فرضنا أنّ السقاء حصل له ١٤ درهماً، وكانت أجره مثله ١٥ درهماً، فهو يأخذ عن كل من صاحبي الدابة والسقاء ثلث أجره مثله، فيأخذ من الأول ٥ ومن الثاني أيضاً ٥ ، فيحصل له عشرة دراهم ٥ + ٥ = ١٠ =

ولو كانت أجره مثل صاحب الدابة ١٢ درهماً، يرجع هو إلى كل واحد من السقاء وصاحب الراوية بثلث أجره مثله، فيحصل له ثمانية ٤ + ٤ = ٨

ولو كانت أجره مثل الراوية درهمن، يرجع إلى كل من السقاء وصاحب الدابة بدرهم فيحصل له درهمان ١ + ١ = ٢

وبما أنّ المحصول (٢٤ درهماً) قسّم بينهم ثلاثاً، وقبض كل واحد ٨ دراهم، تكون النتيجة بعد القبض والدفع كالتالي:

كان عند السقاء ٨ ، وأخذ ١٠ ودفع ٥ يفضل له ١٣ درهماً ١٠ + ٨ = ١٨ - ٥ = ١٣
كان عند صاحب الدابة ٨ وأخذ ٨ أيضاً ودفع ٦ ، فيفضل له ١٠ دراهم

$$١٠ = ٦ - ١٦ = ٨ + ٨$$

كان عند صاحب الراوية ٨ وأخذ درهمن ودفع ٩ ، فيفضل من المجموع درهم واحد

$$١ = ٩ - ١٠ = ٨ + ٢$$

وعلى ذلك، فيعود إلى السقاء ١٣ درهماً، وإلى صاحب الدابة ١٠ دراهم، ودرهم لصاحب الراوية، والجميع مساوٍ لـ ٢٤ درهماً

$$٢٤ = ١٣ + ١٠ + ١$$

ثم إنّ الوجه الأول كان مبنياً على بطلان الشركة ، وفرض السقاء كالغاصب فيملك الماء المحوز ويضمن للآخرين الأجرة. وبما أنه افتراض غير قطعي فعليهم التصالح، بخلاف الثاني فهو مبني على صحة التوكيل فهو مَرّ الحكم ونفسه . لاحظ المبسوط: ٢ / ٣٤٦ ؛ ومسالك الافهام: ٤ / ٣٢٤ ؛ وجواهر الكلام: ٢٦ / ٣١٧ - ٣١٨ .

صفحة ٢٣٥

كله له ، وعليه لأصحابه أجره المثل، وإن نوى أصحابه أو ذكرهم، كان كما لو استأجر منهم أجمع.

ولو كان قد قال: استأجرت هذا الدكان والدابة والرحى والرجل بكذا وكذا، لطحن كذا من الطعام ، صحّ، والأجر على قدر أجر مثلهم لا بالسوية .

٤٥١٢ . الثاني عشر: إذا كان لأحد الأربعة الأرض ، ولآخر البذر، ولآخر الفدان، ولآخر العمل ، واشتركوا على التساوي في الحاصل ، لم يصحّ، وكان الزرع لصاحب البذر، ويرجع الباقيون بأجرة المثل عليه.

٤٥١٣ . الثالث عشر: لو احتطب، أو احتش، أو اصطاد أو استقى ماءً مباحاً بنية أنه له، ملكه ، وهل يفتقر في تملكه إلى نية بمعنى أنه يبقى على الإباحة لو أخذه لا بنية التملك؟ فيه نظر أقرب ذلك

على إشكال، ولو فعل أحد هذه بنيّة أنّه له ولغيره ، لم يؤثر تلك النيّة في تملّك الغير، وكذا لو أخذه بنيّة أنّه للغير.

٤٥١٤ . الرابع عشر: لو استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدّةً معيّنةً جاز، وكان الحاصل للمستأجر، ولو استأجره لصيد شيء بعينه، لم يصحّ إلّا مع القدرة على تحصيله.

٤٥١٥ . الخامس عشر: لو كان لأحدهما ضعف الآخر ، فأذن له في العمل على شرط التساوي في الربح ، قال الشيخ: إن شرط الآخر عمل صاحب الأكثر معه لم تصحّ الشركة بناءً على أصله، وإن لم يشترط صحّت، وكانت شركة قراض يستحق العامل الثلث بماله والسدس بعمله^(١) وعلى ما اخترنا لو شرط معه العمل جاز.

١ . لاحظ المبسوط: ٢ / ٣٥٨ .

صفحة ٢٣٦

٤٥١٦ . السادس عشر: لو كان لكل منهما ألف فأذن أحدهما للآخر في العمل على شرط التساوي في الربح ، لم يكن شركة، لانتهاء العمل من أحدهما وشركة العنان تقتضى الشركة في المال والعمل معاً، ولا قراضاً ، لعدم اشتراط جزء من الربح ، فتكون بضاعة^(١).

٤٥١٧ . السابع عشر: إذا اشترى متاعاً بالمشترك ووجدا به عيباً، تخيراً بين ردّه وأرشه، قال الشيخ: ولو أراد أحدهما الأرش والآخر الردّ كان له ذلك^(٢) فإن أراد مع تعدّد الصّفقة صحّ ، وإلّا منع مع قوته .

قال: ولو اشترى احدهما بالمشترك ثمّ ظهرا على العيب فإن أعلم البائع أنّه يشتريه للشركة ، كان لهما الافتراق^(٣) وإلّا فلا^(٤) وهذا التفصيل عندي جيّد.

٤٥١٨ . الثامن عشر: لو ادّعى البائع أنّ المبيع من المشترك، وأنكر المشتري مع عدم إجازة الشريك ، فالقول قول المشتري مع يمينه، ولو أقام الشريك البيّنة ، كان عليه اليمين إن ادّعى المشتري عليه الرضا، ومع اليمين يتخيّر المشتري بين الفسخ وأخذ البعض بالحصّة.

٤٥١٩ . التاسع عشر: إذا اشترى أحد الشريكين في الذمّة من غير إذن، وقع الشراء له ، ومع الإذن يقع لهما، ولو اشترى بالمال المشترك من غير إذن بطل

١ . البضاعة عقد يقتضي ان الربح كلّه لربّ المال بخلاف القراض فانه عقد يقتضي الربح بين العامل

والمالك ، وأمّا القرض فهو عقد يقتضي أنّ الربح كلّه للمدين . لاحظ المبسوط: ٣ / ١٨٤ .

٢ . المبسوط: ٢ / ٣٥١ .

٣ . والمراد من الافتراق افتراق الشريكين بأن يردّ أحدهما نصيبه ويمسك الآخر .

٤ . المبسوط: ٢ / ٣٥١ .

العقد في النصف، ولو أذن له في الشراء مطلقاً فاشترى بأكثر من ثمنه ممّا (١) لا يتغابن الناس فيه، فإن كان الشراء في الذمّة، وقع الشراء له خاصّة، وإن كان بالعين المشتركة، صحّ في نصيبه، وبطل في نصيب الشريك.
٤٥٢٠ . العشرون: إذا ادّعى المشتري أنّ الشراء له دون الشركة، أو بالعكس، فالقول قوله مع اليمين.

٤٥٢١ . الحادي والعشرون: إذا باع أحد الشريكين السلعة وقبض الثمن بالإذن، ثمّ أنكر البائع القبض، وصدّق الشريك المشتري فيه، فالقول قول البائع مع يمينه، لكنّ المشتري يبرأ من حصّة الشريك.

وتقبل شهادة الشريك في حصّة البائع إذا كان من أهلها، ويحلف معه المشتري، وإن لم يكن من أهلها حلف البائع ورجع على المشتري بنصف الثمن ولا يرجع الشريك بشيء على المشتري ثمّ إن قامت البيّنة إمّا من المشتري أو من الشريك على البائع بالقبض لزمه حصّة الشريك، وإلاّ كان القول قوله مع اليمين، ولو نكل حلف الشريك، وأخذ منه .
والبيّنة تثبت الحكم في حقّ الشريك والمشتري، أمّا اليمين مع الشاهد، أو مع نكول البائع فيثبت الحكم في حقّ الحالف دون الآخر .

ولو أقرّ البائع أنّ الشريك قبض الثمن من المشتري، وصدّقه المشتري وأنكر الشريك، لم يبرأ المشتري من حصّة البائع، لدفعها إلى غير وكيله، ولا من حصّة الشريك، لأنّ المشتري مدّع، وتصديق البائع يتضمّن زوال الضمان عنه،

١ . في «ب»: فيما .

ولأنّ الشريك منكر فللشريك مطالبته بعد اليمين بحصّته، وللبايع مطالبته بحصّة نفسه أيضاً من غير يمين، وليس له مطالبته بحصّة الآخر، هذا إذا لم يأذن الشريك للبائع في الإقباض من غير قبض الثمن، ولو أذن في ذلك فُبلّ تصديق البائع على الشريك إن كان قوله مقبولاً مع اليمين، وإلاّ فلا.

٤٥٢٢ . الثاني والعشرون: قد يتحقّق غصب المشاع كالمقسوم بأن يغصب أحد الشريكين في عبد على أخذ حصّته ويمنعه من استخدامه دون الآخر، أو يخرج أحد المالكين من الدار المشتركة ويسكن مع الآخر، ويتعلّق الضمان بالغاصب، ولو باع الغاصب والشريك العين، مضى في حقّ

الشريك ، ووقف في حق الآخر . وكذا لو باع الغاصب الجميع بوكالة الشريك ، أو غصب أحد الشريكين الآخر وباع الجميع.

٤٥٢٣ . الثالث والعشرون: لو كان لكل واحد من الرجلين عبداً بانفراده، فباعهما صفقة واحدة بثمن واحد ، فإن تساوت قيمتهما صحّ البيع وقُسط الثمن بالسوية ، وإن تفاوتت، قال الشيخ: يبطل لجهالة ثمن كلّ واحد منهما^(١) وقيل يصحّ . وهو قويّ . ولو كانا بينهما على الشياح ، صحّ البيع قطعاً وكذا لو كانا لواحد.

ولو باع واحدٌ عبيدين متفاوتي القيمة صفقةً، ثم ادّعى أنّ أحدهما لغيره، فعلى ما اخترناه لا بحث، وعلى قول الشيخ إن صدّقه المشتري بطل البيع، وإلا حلف مع عدم البيّنة على عدم العلم ، وكان له والثمن يأخذانه كما يؤخذ من الغاصب القيمة مع تعذّر المغصوب ، فإن فضل منه فضلة عن قيمتها رُدّت إلى الحاكم يحفظها لمن يدّعيها منهم .

١ . المبسوط: ٣٥٦ / ٢ .

صفحة ٢٣٩

٤٥٢٤ . الرابع والعشرون: إذا باع الشريكان سلعة بينهما صفقة بثمن ، فلكل منهما مطالبة المشتري بحصّته^(١) فإن استوفاه أحدهما شاركه صاحبه فيه ، وكان الباقي بينهما .

٤٥٢٥ . الخامس والعشرون: كلّ ما تتساوى أجزاؤه ولا ضرر في قسمته ، تجب قسمته مع طلب بعض الشركاء ، ويجبر الممتنع . وغير متساوي الأجزاء إذا لم يكن في قسمته ضرر، كانت جائزة، لكن لا يجبر الممتنع عليها، كدارين يطلب أحدهما وإحداها والآخر الأخرى، أو كدار يطلب أحدهما علوها والآخر سفلهما، أو تتضمّن القسمة ردّ مال من أحدهما ليجبر به حصّة الآخر ، وما تتضمّن قسمته الضرر كالجوهرة^(٢) والحجر الواحد، والحمامات ، لا تجوز قسمتها ، وإن رضى بها الشركة.

ولو كان بين اثنين وقف لم تجز قسمته بينهما، ولو كانت حصّة أحدهما طلقاً جاز قسمتها مع الوقف .

والقسمة تقتضي التمييز وليست ببيعاً، وإنّما تصحّ مع اتفاق الشركاء وتكون بتعديل السهام والقرعة ، ولو طلب أحد الشركاء التمييز لم يجبر الباقيون عليه ، ولو جعل لهم التمييز ففي إجبارهم نظر.

٤٥٢٦ . السادس والعشرون: إذا أخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير لم تصحّ الشركة، فإن اشترى بهما ثوباً كان لهما، فإذا أراد القسمة نظر إلى نقد البلد، وقوما الثوب به، وقوما الآخر أيضاً به، ويكون التقويم حين صرف الثمن فيه.

-
- ١ . في «أ»: بحقه .
٢ . في «أ»: كالجوهر .
-

صفحة ٢٤٠

٤٥٢٧ . السابع والعشرون: إذا كانت الشركة فاسدةً ، وكانت شركة العنان ، وباع أحدهما واشترى ، صحَّ عملاً بالإذن ، والمال في يده أمانة، والربح على قدر رأس المالين (١) ويرجع كلّ منهما بأجرة عمله في مال الآخر، وإن كانت شركة المفاوضة فحكمها كذلك وأمّا شركة الأبدان، فإنّها باطلّة، ولكل منهما أجرة عمله، ولو امتزج العمل ، كان الحكم فيه الصلح، وأمّا شركة الوجوه فإنّها باطلّة كما تقدّم ، فإن اشترى أحدهما لهما اشتراكا فيه، وإن اشتراه لنفسه كان له خاصّة .

-
- ١ . في «ب»: رأس المال .

صفحة ٢٤١

كتاب القراض

صفحة ٢٤٢

صفحة ٢٤٣

المقصد الرابع : في القراض

وفصوله ثلاثة:

الفصل الأوّل: في أركانه

وهي ستّة: الصيغّة، والمالك والساعي، ورأس المال، والعمل ، والربح . فهأنا مطالب

المطلب الأوّل : في الصيغّة

وفيه بحثان:

٤٥٢٨ . الأوّل : القراض معاملة صحيحة بالإجماع ، وهو أن يدفع شخص إلى آخر مالاً ليسعى به على الشركة في الكسب من غير أن يكون عليه شيء من الخسارة، وهذا تسمّيه أهل الحجاز

بالقراض إمّا من القرض وهو القطع ، لأنّ صاحب المال اقتطع بعض ماله ودفعه إلى العامل ، وإمّا من المساواة، كما يقال: تقارض الشاعران: إذا وازن كلّ منهما صاحبه بشعره، فكأنّ المالك بإخراج ماله

صفحة ٢٤٤

وازن العامل بعمله، وأهل العراق يسمّونه مضاربةً، مأخوذة إمّا من الضرب في الأرض، أو من ضرب كلّ واحد منهما في الربح بسهم.

والمقارضُ بكسر الراء صاحب المال وبفتحها العامل ، والمضارب بكسر الراء العامل، ولم يشتق لربّ المال من المضاربة اسماً.

٤٥٢٩ . الثاني: لا بدّ في هذا العقد من صيغة خاصّة، وهي إمّا قارضتك ، أو ضاربتك، أو ما أدّى معناهما، فيقول العامل: قبلت، وما أشبهه . ومع حصول الإيجاب والقبول يتمّ العقد، وهو جائز من الطرفين لكلّ منهما الفسخ ، سواء نضّ المال، أو كان به عروض، ولا يلزم فيه التأجيل بأن يقول: قارضتك إلى سنة فإذا مضت فلا تبع ولا تشتتر وإن شرطه، قاله الشيخ (رحمه الله) (١) ولو قيل: بالجواز كان وجهاً .

ولو قال: إن مرّت بك سنة فلا تشتتر بعدها وبع ، لزم، ولو قال: قارضتك سنة على أنّي لا أملك فيها منعك ، لم يصحّ (٢).

المطلب الثاني: في المتعاقدين

وفيه ثلاثة مباحث:

٤٥٣٠ . الأوّل : يشترط في المتعاقدين التكليف وإمكان التصرف، فلو قارض الصبيّ، أو المجنون، أو السفیه، أو المفلس، أو المملوك ، لم يصحّ . ويجوز تعدّد العامل واتحاده، وكذا المالك .

١ . المبسوط: ٣ / ١٧٠ .

٢ . علّله الشهيد (قدس سره) في المسالك: (٤ / ٣٤٥) بأنّ مقتضاه جواز الفسخ لكلّ من المتعاقدين ، كما هو شأن العقود الجائزة، فإذا شرط ما ينافيه فسد العقد لفساد الشرط .

صفحة ٢٤٥

وتنفسخ المضاربة بموت العامل أو المالك وبجنون أحدهما.

٤٥٣١ . الثاني : يصحّ قراض المريض ، ولو شرط للعامل ما يزيد على أجره المثل صحّ، ولزم من صلب المال، بخلاف ما لو حابى الأجير في الأجر، فإنّه تحتسب الزيادة من الثلث، وفي المزارعة والمساقاة لو شرط الزائد نظر في احتسابه من الأصل أو من الثلث .

فإذا مات، انفسخ القراض، فإن كان المال ناصباً ولا دين، أخذ الوارث رأس المال، واقتسما الربح على الشرط، وإن كان هناك دين انفرد العامل بنصيبه من الربح، وقضي من الباقي دين الميِّت . وإن كان به عروض جاز للوارث أخذ نصيبه بالقيمة، واقتسما الفاضل قال الشيخ: وله إلزام العامل بالبيع بجنس رأس المال، والفاضل على الشرط^(١) وإن كان دين^(٢) فعلى العامل بيع المتاع، ويصرف إلى الغرماء الدين، ويأخذ هو حصته من الربح .

٤٥٣٢ . الثالث: المملوك يصح أن يكون عاملاً بإذن المولى، وتكون حصته من الربح لمولاه، ولا يجوز أن يكون عاملاً للمولى، لأن المولى يستحق العمل بدون عقد القراض .

المطلب الثالث: في المال

يشترط في رأس المال أمور أربعة:
أن يكون نقداً، معيناً، معلوماً، مسلماً .
وأردنا بالنقد الدراهم والدنانير، فلا يجوز القراض بالعروض ولا بالنقرة

١ . المبسوط: ٣ / ١٧٩ .

٢ . في «ب»: ولو كان دين.

صفحة ٢٤٦

والسبائك والحلي، ولا بالفلوس، ولا بالدراهم المغشوشة، سواء كان الغش أكثر أو أقل أو مساوياً .
واحترزنا بالمعين عن الدين، فلا تجوز المضاربة بما في الذمة قبل قبضه، فإن قبضه جاز، ولو أذن للعامل في القبض من الغريم، لم يصح العقد ما لم يجده بعد القبض، ولو قال: أقرضتك هذه الألف شهراً، ثم هي قراض بعد ذلك، لم يصح، وكذا لو عكس إن قلنا ببطان القراض المؤجل .
ولو عين وأبهم فقال: قارضتك على أحد هذين الألفين والآخر عندك وديعة، وهما في كيسين متميزين، لم يجز، وكذا لو قال: قارضتك بأيهما شئت، أو قال: بع هذه السلعة، فإذا نضت ثمنها فهو قراض، لم يصح .

ولو مات المالك وبالمال عروض، بطلت المضاربة، فلو أقره الوارث لم يصح .
ولو كان النقد في يد العامل وديعة، أو غصباً، وقارضه عليه، صح، ولو تلفت الوديعة بالتفريط أو الغصب لم يصح بهما .

وأردنا بالمعلوم أن يكون معلوم القدر والوصف، ولا تكفي المشاهدة، وقيل: لا يشترط علم المقدار، ويكون القول قول العامل مع التنازع في قدره .

وأردنا بالمسلم أن يكون في يد (١) العامل، ولو شرط المالك أن يكون له فيه يد، ويراجع إليه في التصرف، أو يراجع مشرفه ففي الفساد نظر. ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك جاز. ويجوز القراض بالمشاع كما يجوز بالمشترك.

١. في «أ»: في يدي.

صفحة ٢٤٧

المطلب الرابع: في العمل

وفيه تسعة مباحث:

٤٥٣٣ . الأول : العمل عوض الربح ، وشرطه أن يكون تجارة، فإن عقد القراض على الحرف والصنائع كالطبخ والخبز، فالوجه البطلان. والتجارة هي الاسترباح بالبيع والشراء، ويدخل تحتها ما هو من توابعها، كالنقل، والكيل، والوزن، وليس الإذن في التجارة إذناً في الزرع. ولو شرط أن يشتري أصلاً يشتركان في نمائه، كالشجر والغنم، بطل، لأن مقتضاه التصرف في رأس المال، ثم إطلاق الإذن يوجب أن يتولى العامل ما يتولاه المالك من عرض القماش ونشره على المشتري وطيبه وإحرازه، وبيعه، وشرائه، وقبض ثمنه، وإقباضه، وإيداعه الصندوق. ولا يجب عليه فعل ما لا يليه المالك، كالنداء على المتاع في الأسواق، ونقله إلى الخانات بل يستأجر له، وكذا له استئجار ما جرت العادة بالاستيجار فيه، كالدلال، والوزان، والحمال، والمسكن. ولو تولى ذلك بنفسه لم يستحق أجره عليه، ولو استأجر لما يجب عليه مباشرة كان عليه الأجرة.

٤٥٣٤ . الثاني: إذا نص المالك على نوع من التصرف، لم يجز له المخالفة، كما لو شرط النقد فباع نسيئة، أو بالعكس، أو نقد البلد، أو غيره، فإن خالف ضمن، ووقف التصرف على الإجازة، ولو أطلق كان الإذن مصروفاً إلى البيع والشراء نقداً بثمن المثل من نقد البلد، فلو باع نسيئة لم يجز، وكذا لو باع بدون ثمن المثل، أو بغير نقد البلد، ويسترد المبيع مع وجوده ومثله، أو قيمته مع تلفه،

صفحة ٢٤٨

ويتخير المالك في إلزام من شاء، فإن رجع على المشتري بالمثل أو القيمة، لم يرجع على العامل، وإن رجع على العامل، كان له الرجوع على المشتري، وإن اشترى نسيئة، فإن لم يذكر

المالك ، وقع الشراء له، وكان الثمن في ذمته، وإن ذكره كان باطلاً ، هذا كله مع عدم الإجازة، ولو أجاز المالك في المواضع كلها لزم.

٤٥٣٥ . الثالث : لو قال له: اعمل برأيك أو اصنع ماشئت ، قال الشيخ: حكمه حكم الإطلاق ليس له أن يبيع نسيئة^(١) والأقرب عندي جواز ذلك، فحينئذ إذا فات من الثمن شيء لم يلزمه ضمانه إلا أن يفرض ببيع المعسر، أو المجهول، أو من لا يثق به ، أو يفرض في ترك الإشهاد، (أو الضمين، أو الرهن ، وليس الأخيران واجبين إلا مع ترك الإشهاد)^(٢) وعلى قول الشيخ ينبغي أن يكون موقوفاً على الإجازة لا باطلاً من أصله^(٣) نعم يكون العامل ضامناً على التقديرين عنده.

٤٥٣٦ . الرابع: إطلاق الإذن يقتضي التجارة في بلد القراض، فلا يجوز السفر بالمال إلا بإذن المالك ، فإن خالف ضمن، وكان الربح على ما شرطاه، وإن أذن المالك جاز، وكان على العامل أن يعمل بنفسه ما كان المالك يباشره عادةً كحمل المال، أو حطه وحفظه، والاحتياط في حراسته ، وليس عليه رفع الأحمال بنفسه ولا حطها ، بل له الاستيجار فيه من مال القراض .
وأما نفقة العامل من المأكل والمشروب والملبوس والمركوب في حال السفر ، فالأقرب أنها تؤخذ من أصل مال القراض لا من حصّة العامل، وقوى الشيخ أنها لا تؤخذ من مال القراض ، بل تجب على العامل^(٤).

١ . المبسوط: ٣ / ١٧٤ .

٢ . ما بين القوسين يوجد في «ب».

٣ . في «أ»: من نفسه .

٤ . المبسوط: ٣ / ١٧٢ .

صفحة ٢٤٩

وعلى ما اخترناه هل يؤخذ كمال النفقة من مال القراض ، أو الزائد عن نفقة الحضر؟ الأقرب الأول وقوى الشيخ الثاني على تقدير القول بالنفقة^(١).

أما النفقة في الحضر، فإنها على العامل في خاصته، ولو كان مع العامل مال لنفسه ليسعى فيه، أو لغيره، قسّط النفقة على المالكين، وأخذ من مال المضاربة بقسطه ومن مال نفسه بقسطه، ولو أخذ المالك ماله من العامل في السفر ، فالأقرب أنّ نفقة العامل في الرجوع على خاصته.
ولو مات العامل لم يكن على المالك كفنه، وإذا أذن له في السفر مطلقاً، لم يجز له أن يسلك طريقاً مخوفاً، ولا إلى بلد مخوف، فإن فعل ضمن.

٤٥٣٧ . الخامس: إذا أطلق له العمل جاز أن يبيع ويشترى مهما شاء ممّا يظهر فيه الفائدة ويعامل من شاء، فان شرط عليه أن لا يبيع إلا على شخص معيّن، أو لا يشتري إلا منه، أو لا يشتري إلا سلعة معينة لزم ولم يجز له التعدي، سواء كانت السلعة عامّة الوجود في أيدي الناس كافة

كالطعام، أو غير عامّة كلحم الصّيد، أو يحصل في وقت دون آخر كالرطب، فإن خالف، وقف على الإذن، وكان ضامناً، والربح على ما شرطاه، ولو لم يجز بطل البيع إن سمّاه عند العقد، وإلا وقع الشراء له .

٤٥٣٨ . السادس: إذا اشترى شيئاً فبان معيباً، كان له الردّ بالعيب والإمساك بأرش وغيره، فإن كان الحظّ في الأخذ لم يردّ، وكذا العكس، ولو حضر المالك واختلفا قدّم الحاكم قول من الحظّ معه.
٤٥٣٩ . السابع: إطلاق الإذن يبيح شراء المعيب مع الحظّ بخلاف الوكيل .

١ . المبسوط: ٣ / ١٧٢ .

صفحة ٢٥٠

٤٥٤٠ . الثامن: لا يجوز للعامل أن يشتري بأكثر من ثمن المثل، وكذا لا يبيع بدونه، فإن باع، وقف على الإجازة، فإن لم يجز المالك استردّ العين، وإن تلفت كان له الرجوع على من شاء، فإن رجع على المشتري رجع بالقيمة، ولا يرجع على العامل، وإن رجع على العامل، فالوجه رجوعه بجميع القيمة لا بالتفاوت بين ثمن المثل محذوفاً عنه ما يتغابن الناس به^(١) وبين المسمّى، وإن اشترى بأكثر من ثمن المثل، فإن كان بالعين بطل، وإن كان في الذمّة وقع الشراء له إن لم يسمّ المالك، وإلا وقف على الإجازة .

٤٥٤١ . التاسع: ليس للعامل أن يشتري ما لا يحلّ للمسلم تملكه إذا كان المالك مسلماً، كالخمر والخنزير وإن كان العامل ذميّاً، وإن كان في يده عصير فاستحال خمراً، لم يجز له بيعه، فلو اشترى العامل ذلك ودفع الثمن من مال القراض، ضمنه .
وليس له أن يمزج مال القراض بغيره، فإن فعل بدون الإذن ضمن، وكان الربح على ما شرطاه.

المطلب الخامس: في الربح

وفيه تسعة مباحث:

٤٥٤٢ . الأوّل: يشترط في الربح أمور أربعة: أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين،^(٢) مشتركاً، معلوماً بالجزئية لا بالتقدير، وعينياً بالخصوص

١ . في «ب»: عنه .

٢ . في «أ»: بالعاقدين .

صفحة ٢٥١

بالمتعاقدين صرفه إلى المالك والعامل، فلو أُضيف جزء من الربح إلى غيرهما لم يجز، وبلاشتراك عدم تخصيص كل واحد منهما به، فلو اختص به المالك، بطل قراضاً، وكان بضاعة، ولو اختصّ بالعامل كان قرضاً، وبالعلم معرفة حصّة كل واحد منهما، وبالجزئية النسبة بالجزء المشاع كالنصف والثالث. ولو قال: على أنّ لك من الربح (١) مائة ولي الباقي، أو يكون بيننا، أو بالعكس، بطل.

٤٥٤٣ . الثاني: إذا وقع القراض صحيحاً، ملك العامل الحصّة المشتركة، وللشيخ (رحمه الله) قول آخر ضعيف: إنّ له أجره المثل (٢) والأخبار الصحاح (٣) واردة بالأول .

٤٥٤٤ . الثالث: إذا شرط المالك لمملوكه قدرًا من الربح، صحّ، سواء كان المملوك عاملاً، أو لا . وكذا العامل لو شرط لمملوكه، ويكون ما شرط لكلّ من العبدین لسيديهما . وإن شرط لغلامه الحرّ (٤) أو ابنه، أو أجنبيّ، فإن شرط على أحدهم العمل مع العامل، صحّ، وكانا عاملين، وإن لم يشترط بطل، ولا يكون للمالك.

ولو قال للعامل: لك الثلثان على أن تعطي امرأتك حصّةً، ففي اللزوم نظر .
٤٥٤٥ . الرابع: لو شرط على الساعي أن يولّيه سلعةً معيّنة برأس مالها، لم يجز، لإمكان اختصاصها بالربح فينفرد المالك به، ولو شرط المالك الانتفاع

١ . كذا في «ب»: ولكن في «أ»: ولو قال: على الشريك من الربح .

٢ . ذهب إليه في النهاية: ٤٢٨ .

٣ . لاحظ التهذيب: ٧ / ١٨٧ - ١٨٩ برقم ٨٢٧ - ٨٢٩ و ٨٣٦ .

٤ . الظاهر أنّ المراد به الخادم .

صفحة ٢٥٢

بالسلعة إلى وقت البيع، كاستخدام العبد وركوب الفرس، قال الشيخ: يبطل القراض (١) .
٤٥٤٦ . الخامس: إذا دفع إليه ألفين متميزين، وقال: خذهما قراضاً على أنّ ربح هذه لي وربح هذه لك، بطل، ولو كانتا ممتزجتين وقال: لي ربح ألف ولك ربح ألف، صحّ. ولو قال: لك ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارة في شهر أو عام بعينه، لم يجز.

٤٥٤٧ . السادس: العامل يملك حصّته من الربح بظهوره، ولا يتوقف على وجوده ناضجاً على أقرب الوجهين، ملكاً غير مستقرّ بل هو وقاية لرأس المال، فإن وقع خسران انحصر في الربح وإنما يستقرّ بالقسمة، أو بإنصاف المال، والفسخ قبل القسمة على إشكال .

فإن كان ممّا يجب فيه الزكاة، كانت زكاة الأصل وحصّة المالك على المالك نفسه، وزكاة حصّة العامل على خاصّ العامل، ولا يضمّ أحدهما إلى الآخر في الحول، بل للفائدة حول بانفرادها، ولو قلنا لا يملك كان له حقّ مؤكّد يورث عنه، ولو أتلف المالك أو غيره المال غرم حصّته .

٤٥٤٨ . السابع: لو قال: خذه على النصف صحّ ، واقتضى التنصيف بينهما في الربح، وكذا لو قال: على أنّ الربح بيننا.

ولو قال: على أنّ لك النصف ، وسكت عن الآخر ، صحّ، ولو قال: على أنّ

١ . قال الشيخ في المبسوط: ٣ / ١٧٠: فإن شرط عليه أن يولّيه سلعة من السلع مثل أن يقول ربّ المال: أعطني هذا الثوب بقيمته من غير ربح، كان باطلاً، لأنّه قد لا يكون الربح إلّا في ذلك الثوب فيؤدّي إلى ما قدمناه من انفراد أحدهما بالربح ، وكذلك إن قال: على أنّ لي أن أنتفع ببعض المال مثل أن يكون عبداً يستخدمه وثوباً يلبسه.

صفحة ٢٥٣

لي النصف وسكت بطل، ويحتمل الصحّة ، ويكون الباقي للعامل، ولو قال: على أنّ لك ربح نصفه، أو نصف ربحه، صحّ .

ولو قال لاثنتين: على أنّ لكما نصف ربحه، صحّ، وتساويا في الحصّة، وإن اختلفا في العمل، ولو فضل أحدهما صحّ وإن تساويا في العمل.

ولو قال: خذه مضاربةً على ما شرط فلان لعامله، صحّ إن كانا عالمين ، وإن جهلاه أو أحدهما لم يصحّ ، ولو قال للعامل: لك ثلث ربحه وثلثا باقي الربح صحّ وكان له سبعة أتساع (١) الربح. ولو قال: لك ثلث الربح وثلث ما بقي ، كان له خمسة أتساعه.

ولو قال: ثلث الربح وربع ما بقي، فالنصف .

ولو قال: ربع الربح وربع الباقي، فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن، سواء عرف بالحساب، أو لا.

ولو قال المالك: على أنّ لك النصف ولي الثلث ، صحّ ، وكان السدس له أيضاً ، ولو قال: خذه على النصف ، ولم يتبيّن صحّ، وكان الشرط للعامل، لأنّ النماء للمالك فيصرف الشرط إلى من يفتقر إلى ذكره في حقه .

ولو اختلفا فقال العامل: شرطته لي، وقال المالك: شرطته لنفسي ، احتمل تقديم قول العامل، لأنّه يدّعي الظاهر.

٤٥٤٩ . الثامن: إذا قال: خذه قراضاً على أنّ الربح كلّه لي بطل ، وكذا يبطل لو قال: كله لك ، ولا يكون بضاعةً ولا قرضاً، ولو لم يذكر قراضاً، كان الأوّل بضاعةً والثاني قرضاً.

١ . «أتساع» جمع التّسع وهو جزء من تسعة أجزاء الشيء . مجمع البحرين .

صفحة ٢٥٤

ولو قال: خذه والربح كله لك، ولا ضمان عليك، كان قرضاً قد شرط فيه نفي الضمان، ولا ينتفي بشرطه، وكذا لو قال: خذه والربح كله لي كان بضاعة، فلو قال: وعليك الضمان، لم يلزمه .
ولو قال: خذه على أن لي نصف الربح إلا عشرة دراهم، لم يصح .
ولو قال: قارضتك على أن لك شركة في الربح، أو شركاء، لم يصح لعدم البيان، ولا يكون له مضاربة المثل.

٤٥٥٠ . التاسع: لو قارض اثنين واحداً، وشرط له قدرأ واحداً من الربح، جاز، وكذا لو اختلفا فشرط أحدهما أكثر والآخر أقل، ولو شرط أحدهما النصف والآخر الثلث على أن يكون الباقي بينهما بالسوية، احتتمل المنع والجواز، وقوى الشيخ المنع.^(١)

الفصل الثاني: في الأحكام

وفيه سبعة وثلاثون بحثاً:

٤٥٥١ . الأول: العامل أمين لا يضمن ما يتلف إلا بالتفريط أو التعدي، وقوله مقبول في التلف مع اليمين، وهل يقبل في الرد؟ قولان.
٤٥٥٢ . الثاني: إذا اشترى العامل من ينعقد على المالك، فإن كان بإذنه،

١ . المبسوط: ٣ / ١٩١ .

صفحة ٢٥٥

صحّ الشراء وانعقد، فإن لم يبق من مال القراض شيء بطل القراض، وإلا بطل في الثمن خاصة، ثم العبد على التقديرين إن كان فيه فضل، قال الشيخ: ضمن المالك حصّة العامل^(١) والأقرب الأجرة، وإن لم يكن فيه فضل لم يضمن المالك على قول الشيخ شيئاً، وعلى قولنا ففي الأجرة نظر.
وإن كان بغير إذنه فإن كان بالعين بطل الشراء، قاله الشيخ^(٢) والأقرب وقوفه على الإجازة، وإن كان في الذمة، فإن ذكر المالك، وقف على الإجازة، وإن لم يذكر، وقع له، وليس له دفع الثمن من مال القراض، فإن خالف ضمن.
والوكيل في شراء عبد مطلق لو اشترى من ينعقد على المالك، فالأقرب وقوفه على إجازة الموكّل.

٤٥٥٣ . الثالث: إذا اشترى زوجة المالك، احتتمل الصحة والبطلان، ولو أذن، صحّ وبطل النكاح، ولو قلنا بالصحة مع الإطلاق، لو كان بعد الدخول، استحق المولى المهر، وإن كان قبله فإشكال.

ولو كان المالك امرأةً، فاشتري العامل زوجها بإذنها ، صحَّ الشراء، وبطل النكاح، وكان العبد قراضاً ، وإن كان بغير إذنها ، بطل الشراء إن كان بالعين، وإن كان في الذمّة وقع له إن لم يذكرها لفظاً ، وإلا بطل مع عدم الإجازة.

٤٥٥٤ . الرابع: إذا اشترى المأذون من ينعق على سيّده بإذنه ، صحَّ والوجه أنّه يعتق على المولى ويأخذ المأذون القيمة من مولاه، ليصرفه في الثمن، وإن كان بغير إذنه ، بطل ، سواء اشتراه في الذمّة، أو بالعين ، بخلاف العامل

١ . المبسوط: ٣ / ١٧٥ .

٢ . نفس المصدر.

صفحة ٢٥٦

إذا اشترى في الذمّة ، ولا فرق بين أن يشتريه بدين على المأذون أو بغيره. ٤٥٥٥ . الخامس: إذا اشترى العامل أبا نفسه، فإن لم يكن فيه ربح، صحَّ الشراء للقراض ، وجاز بيعه ، فإن بيع قبل ظهور الربح، فلا بحث ، وإن بقي في يده حتى ظهر ربح ، وقلنا أنّه يملك الحصّة بالظهور وهو الأقوى ، عتق عليه قدر ما ملكه (١) ويستسعى العبدُ في الباقي، وهل يقوم على العامل مع يساره؟

قال الشيخ: نعم (٢) والأقرب أنّه يستسعى العبد ، وإن كان العامل موسراً، وإن اشتراه وكان فيه ربح ، فالوجه صحّة الشراء أيضاً .

وإن قلنا أنّه يملك الحصّة بالقسمة ، لم ينعق عليه نصيبه

٤٥٥٦ . السادس: إذا فسخ المالك القراض ، وكان المال ناضئاً، قبل التصرف أو بعده، ولا ربح ، أخذ المالك المال أجمع ، وهل للعامل أجره المثل إلى ذلك الوقت مع العمل؟ فيه نظر، ولو كان ربح اقتسماه على الشرط، ولو كان به عروض، قال الشيخ: للعامل بيعه ، سواء ظهر فيه ربح، أو لا، لجواز أن يرغب فيه من يشتريه بربح إلا أن يدفع المالك قيمة العروض بقول مقومين، فليس له البيع حينئذ (٣) .

والوجه أنّه ليس للعامل بيعه مع فسخ المالك بل يقتسمانه إن كان فيه ربح ، وإن لم يكن ، أخذه المالك .

ولو وجد العامل من يشتريه بربح، كان له بيعه، أو يتقبل به المالك بالربح،

١ . في «ب»: يملكه .

٢ . المبسوط: ٣ / ١٧٨ .

صفحة ٢٥٧

قاله بعض الجمهور^(١) والأقرب أنه ليس كذلك ، لأنّ حدوث الزيادة بعد فسخ العقد ، فلا يستحقها العامل، قال: فلو امتنع العامل من البيع الزمه المالك بانضاض المال^(٢) وفيه نظر. أمّا لو كان المال ديناً ، فإن باع نسيئاً ، كان على العامل تحصيله ممّن هو عليه، وللمالك إجباره عليه مع الامتناع، وإن لم يكن فيه ربح ، وفيه احتمال ضعيف، وكذا البحث لو كان الفاسخ العامل، وإذا قلنا بوجوب البيع على العامل لو باع برأس المال لم يجب بيع الباقي وانضاض ثمنه، ولو كان نسيئاً وجب.

ولو طلب أحدهما قسمة الربح مع بقاء المضاربة، لم يجبر الآخر عليها سواء كان الممتنع المالك، أو العامل، ولو اتّفقا على القسمة ، جاز ، فإن خسر ردّ العامل أقلّ الأمرين من نصف الخسارة ومن جميع ما أخذه.

٤٥٥٧ . السابع: إذا مات المالك ، فإن كان المال ناضاً قبل التصرف أو بعده، ولا ربح، أخذه الوارث، وإن كان فيه ربح ، قاسمه، وإن كان عروض، قال الشيخ كان للعامل بيعه إلا أن يمنعه الوارث^(٣) وهل للعامل إجباره على البيع؟ فيه ما تقدّم ، ولو كان ديناً كان على العامل تحصيله. ولو أراد الوارث إقرار العامل ، فإن كان المال ناضاً افتقر إلى تجديد عقد، وإن كان به عروض لم يجز.

ولو مات العامل، وكان المال ناضاً، ولا ربح ، أخذه المالك ، وإن كان به

١ . لاحظ المغني لابن قدامة: ٥ / ١٨٠ .

٢ . لاحظ المغني لابن قدامة: ٥ / ١٨٠ .

٣ . المبسوط: ٣ / ١٧٩ .

صفحة ٢٥٨

ربح ، قاسم الوارث، وإن كان به عروض ، كان للمالك منع الوارث من البيع ، وأخذه الحاكم باعه، أو قومه على المالك ، فإن كان فيه ربح قسّمه بين المالك والوارث، وإن طلب المالك إقرار الوارث ، فإن كان المال ناضاً صحّ استيناف العقد وإلا فلا.

٤٥٥٨ . الثامن: إذا قارض على النصف ، فقارض العامل غيره بإذن المالك وشرط الربح بينه وبين المالك نصفين ، صحّ ، وكان الربح بين المالك والثاني ، وإن شرط بعضه لنفسه، بطل وكان الربح للمالك ، وعليه أجره مثل الثاني^(١) ولا شيء للأول .

وإن كان بغير إذن المالك، وشرط الربح بينه وبين الثاني دون المالك، بطل، ثم إن ربح احتمل أن يكون الربح كله للمالك ونصفه، فيكون النصف الآخر للعامل الأول، وعليه للثاني الأجرة، وهو الأقرب.

ويحتمل كون النصف الثاني بين العاملين ويرجع الثاني على الأول بنصف أجرة عمله، ويحتمل عدم الرجوع.

ويحتمل أن لا يكون للمالك شيء من الربح، ويكون الربح كله بين العاملين، أو للأول، وعليه أجرة الثاني.

وللمالك تضمين من شاء منهما، فإن رجع على الأول لم يكن للأول الرجوع على الثاني وإن طالب الثاني احتمل رجوعه على الأول، لغروره، وعدمه، لحصول التلف في يده، ولو كان الثاني عالماً كان للأول الرجوع

١ . في «ب»: أجرة مثله للثاني .

صفحة ٢٥٩

عليه إن رجع المالك عليه، ولا يرجع هو على الأول لو رجع عليه المالك .
٤٥٥٩ . التاسع: إذا تصرف العامل وحصل له فضل، ثم طلب القسمة، وكان المال ناضئاً من جنس رأس المال، اقتسماه على ما شرط، وإن كان من غير جنسه، كالدرهم مع الدنانير، أخذ المالك بقيمة رأس المال، إن شاء، واقتسما الباقي، وإلا باع العامل بقدر رأس المال، وقسما الباقي، وإن كان عرضاً، تخير المالك في الأخذ بقيمة رأس المال وطلب البيع به، ولو تعذر بيع البعض بيع الجميع، وأخذ المالك رأس المال، وقسما الباقي.
وإن قال العامل: خذ أجمع، وقد تركت حقي، فإن قلنا يملك الحصّة بالظهور، لم يجب القبول، وإلا وجب.

٤٥٦٠ . العاشر: إذا دفع ألفاً للقراض، فاشتري العامل بها عبداً للقراض، إما بالعين، أو مطلقاً، ثم اشترى عبداً آخر بألف، فإن كان بالعين، بطل الثاني. وإن كان بألف مطلقاً، وقع الشراء له، وليس له أن يدفع مال القراض فيها، فإن خالف، ضمن والربح له.

٤٥٦١ . الحادي عشر: إذا دفع ألفين للقراض، فتلفت إحداهما بعد دورانها في التجارة، كانت محسوبةً من الربح، وليس للعامل في الربح شيء إلا بعد توفية الألفين.

وإن تلفت قبل العمل، قال الشيخ: يكون أيضاً من الربح.^(١) واختاره ابن إدريس^(٢) وفيه نظر ضعيف .

صفحة ٢٦٠

٤٥٦٢ . الثاني عشر: إذا كان في يده وديعة، أو غصب ، فأمره المالك بالشراء (به) (١) قراضاً صحّ وهل يبرأ الغاصب بنفس العقد أو بالدفع إلى البائع؟ قال الشيخ: بالثاني (٢)، وفيه احتمال .

٤٥٦٣ . الثالث عشر: إذا قال للمديون: اعزل الدين الذي لي عليك ، واقبضه ، فإذا فعلت فقد قارضتك عليه، قال الشيخ: لا يصح قبض المديون ، وذمته مشغولة كما كانت (٣) ولو قيل: بالصحة كان وجهاً، فإن اشترى بعين المال، قال الشيخ: كان الشراء له ، لأنه لا يملك أن يشتري بعين ماله ملكاً لغيره، وإن اشترى في الذمة قيل: فيه وجهان ، أحدهما أنه قراض فاسد، لتعليقه بالصفة ، فإذا دفع المال ثمناً برئت ذمته، لأنه قضى دين غيره بإذنه ، ولا حصّة له بل الأجرة ، والثاني أنه ليس بقراض صحيح ولا فاسد، بل الريح للعامل، وكذا الخسران (٤) ولو قيل: بالأول كان وجهاً، وعلى القول بصحة القبض ، إذا اشترى بالعين كان قراضاً فاسداً، له الأجرة وللمالك الربح، أما لو كان الدين على أجنبيّ فقال للعامل: اقبضه وقد قارضتك عليه، كان القبض صحيحاً، والقراض فاسداً، فالربح للمالك ، وللعامل الأجرة.

٤٥٦٤ . الرابع عشر: إذا تلف المال بعد الشراء قبل دفعه، فالأقوى أنّ السلعة لربّ المال، ويجب عليه ثمنها ثانياً، ويكوّنان معاً رأس المال، وليس للمالك الخيار بين دفع الثمن ثانياً، ويكون الثاني رأس المال دون الأول ، وبين عدم الدفع، فيكون المبيع للعامل والثمن عليه ، وكذا لو تلف الثمن الثاني قبل

١ . ما بين القوسين يوجد في «ب» .

٢ . المبسوط: ٣ / ١٩٢ .

٣ . المبسوط: ٣ / ١٩٢ .

٤ . المبسوط: ٣ / ١٩٢ - ١٩٣ .

صفحة ٢٦١

تسليمه، وجب على ربّ المال دفعةً ثالثاً، وهكذا ، ويكون الجميع رأس ماله، والأقرب عندي أنّه إن كان قد اشترى في الذمة ، فإن كان بإذن المالك فذلك ، وإلا كان الشراء باطلاً ، ولا يلزم الثمن أحدهما، ولو كان التلف قبل الشراء، احتتمل القول بوقوع الشراء للعامل ووجوب الثمن عليه لانفساخ القراض .

٤٥٦٥ . الخامس عشر: ليس لربّ المال أن يشتري من العامل شيئاً من مال القراض ، ولا أن يأخذ منه بالشفعة، وكذا لا يشتري من عبده المأذون وإن كان السيّد مديناً، وله أن يشتري من المكاتب ويأخذ منه بالشفعة.

ولو اشترى العامل من مال المضاربة شيئاً ولا ربح ، فالأقرب الجواز .
٤٥٦٦ . السادس عشر: إذا دفع إليه ألفاً قراضاً، وشرط أن يأخذ له بضاعة، صحّ القراض والشرط، لكنّه لا يلزمه الوفاء به.

٤٥٦٧ . السابع عشر: إذا دفع إليه ألفاً قراضاً بالنصف، ثمّ دفع إليه ألفاً أخرى وقال: ضمّها إلى الأولى كذلك، فإن كان قبل دوران الأولى في التجارة صح، وكانتنا معاً قراضاً بالنصف ، وإن كانت الثانية بعد دوران الأولى ، قال الشيخ: يبطل الثاني لاستقرار حكم الأوّل في الربح والخسران المختصين به ، فإذا شرط ضمّ الثانية إليه لزم جبر خسران أحدهما بربح الآخر.^(١)

٤٥٦٨ . الثامن عشر: إذا دفع ألفاً قراضاً ، وقال له: أضف من عندك أخرى واتّجر بهما على أن لي ثلثي الربح ، ولك الثلث بطل ، قاله الشيخ، قال: وكذا لو

١ . كانت الضمان في النسختين مشوشة فصححناها حسب ظاهر كلام المصنّف ، وتركنا كلام الشيخ على حاله . لاحظ المبسوط: ٣ / ١٩٧ - ١٩٨ .

صفحة ٢٦٢

شرط الأكثر للعامل^(١) وليس بجيد . قال: ولو دفع ألفين وقال: أضف من عندك ألفاً أخرى على أنّ الألفين شركة، والألف الأخرى قراضاً ، صحّ .^(٢)
٤٥٦٩ . التاسع عشر: لوليّ اليتيم أن يدفع ماله قراضاً إلى الثقة ، فلو دفعه إلى غير الثقة ضمن.
٤٥٧٠ . العشرون: إذا خسر مائة فاقترضها ليدفعها مع المال إلى المالك من غير أن يشعره لنأل ينتزع المال، ففسخ المالك، لم يكن للمقرض الرجوع على المالك بما أخذه.

٤٥٧١ . الحادي والعشرون: إذا اشترى بمائة جاريةً ثمّ أخذ من آخر مائةً واشترى بها جاريةً، ثمّ اشتبهتا، تشاركا في الجاريتين وبيعتا ، وقسّما الثمن بينهما، وإن ظهر ربح، كان للعامل نصيبه، وإن خسر ضمن العامل إن فرّط في المزج وإلا فلا، ولا يملكهما العامل ، ويرجعان برأس المال عليه . قال الشيخ: ولو قلنا بالقرعة كان قوياً^(٣) .

٤٥٧٢ . الثاني والعشرون: يجوز للعامل أن يعامل آخر ويسعى بالمالين ، وتكون حصّته من الربح الثاني له، ولا يقاسم المالك الأوّل فيه.

٤٥٧٣ . الثالث والعشرون: إذا أخذ ما يعجز عن السعي لضعفه ، أو كثرة المال ، ضمن لتفريطه في قبضه .

٤٥٧٤ . الرابع والعشرون: إذا قُتِلَ عبد القراض ، وكان القاتل عبد أجنبيٍّ، وجب القصاص، فإن لم يكن فضل ، لم يكن للعامل حقٌ ، فإن اقتصَّ ، أو عفا

١ . المبسوط: ٣ / ١٩٨ .

٢ . المبسوط: ٣ / ١٩٨ .

٣ . المبسوط: ٣ / ٢٠١ .

صفحة ٢٦٣

على غير مال ، زال القراض، وإن عفا على مال كان قراضاً، وإن كان فضل لم يكن للعامل الانفراد بالقصاص ولا للمالك، ويقتسمان الربح على الشرط إن عفوا على مال. ٤٥٧٥ . الخامس والعشرون: إذا اشترى جاريةً للقراض ، لم يكن للعامل وطؤها ولا للمالك، ولو أذن أحدهما لصاحبه فيه، جاز، ويعتبر في إذن المالك لفظ التحليل ، وليس لأحدهما أن يزوجهما بغيره ، ولو اتفقا عليه جاز.

ولو أذن المالك في وطئ ما يشتريه العامل له، لم يجز، ولو وطئ العامل من غير إذن كان عليه المهر، وإن كان هناك ربح، وإن علفت منه ولا ربح فالولد للمولى وعليه الحد، وإن ظهر ربح تحرّر الولد، وصارت أمّ ولد، وعليه قيمتها وقيمة الولد يوم سقوطه حياً إن قلنا أنه يملك بالظهور وإلا فكالأول.

٤٥٧٦ . السادس والعشرون: ليس للعامل أن يكاتب عبد القراض على ما تقدم، ولا للمالك ، فإن اتفقا جاز، فإن أعتق ، كان الولاء للمولى إن لم يكن ربح، وإن كان ، فهو بينهما على النسبة ، هذا إذا شرط الولاء عليه ، وإلا فلا ولاء لواحد منهما.

٤٥٧٧ . السابع والعشرون: إذا دفع مائة، فخرس العامل عشرة ، ثم أخذ المالك عشرةً أخرى، ثم ربح العامل، كان رأس المال تسعة وثمانين إلا تسعاً لعدم انتقاص القراض بالخسران، ولهذا لو ربح ردّ إليه من الربح، حتى يجبر الذاهب فبالخسران إذن كالموجود في يد العامل، فإذا أخذ المالك عشرة انتقص^(١)

١ . في «أ»: انتقص .

صفحة ٢٦٤

فيها القراض، كما لو أخذ الجميع، فحينئذ ينتقص^(١) في الخسران ما يخصّه من العشرة ، فتقسط العشرة المأخوذة على تسعين ، فلكل عشرة واحدٌ وتُسع واحد ، فيكون رأس المال ما بقي .

فقد ظهر أنه لا يجب على العامل جبر ما يخصّ المستردّ من الخسران، فلو استردّ المال وكان فيه ربح، استقرّ ملك العامل على ما يخصّه من ذلك القدر، فلا يسقط بالنقصان، فلو كان المال مائةً فربح عشرين، فأخذ منه ستّين، ثمّ خسر في الباقي فصار أربعين، ردّ الأربعين وكان له على المالك خمسة، لأنّ سدس ما أخذه ربح، ولا يجبر به الخسران، لأنّ المأخوذ انفسخت فيه المضاربة. ٤٥٧٨ . الثامن والعشرون: إذا دفع إليه بغلاً ليستعمله على الشركة في الحاصل، كان قراضاً باطلاً، والحاصل للمالك وعليه أجره المثل للعامل .

ولو دفع شبكةً للصيد على الشركة، بطل، وكان الحاصل للعامل، وعليه أجره الشبكة. ولو دفع أرضاً للغرس على الشركة منهما (٢) لم يصحّ، وللعامل غرسه، وللمالك أرضه، وللمالك على الغارس أجره الأرض، ثمّ إن لم يستزرّ الغرس بالقلع، كان للمالك إلزام الغارس به، وإلاّ تخيّر بين قلعه (٣) مع الأرش ودفع قيمة الغرس، وإبقائه بالأجرة. ولو كان زرعاً، لزمه إبقاؤه بالأجرة، فإن اختار المالك قلع الغرس بالأرش

١ . كذا في النسختين ولعلّ ظاهر السياق «ينتقص».

٢ . في «أ»: فيهما .

٣ . في «أ»: قطعه .

صفحة ٢٦٥

والغارس الإبقاء بالأجرة، فُدّم قول المالك، ولو انعكس الفرض، فُدّم قول الغارس. ولو اختار المالك أخذ الغرس بالقيمة، والعامل القلع مع أخذ الأرش، فُدّم قول العامل، ولو انعكس الفرض قدم قول المالك . ولو قال المالك: خذ القيمة، وطلب الغارس الإبقاء مع الأجرة، أو بالعكس، لم يجبر أحدهما على ما طلبه الآخر .

٤٥٧٩ . التاسع والعشرون: إذا كان القراض فاسداً، نفذ التصرف بمجرد الإذن، وخلص الربح بأجمعه للمالك، وعليه أجره المثل للساعي، ولا ضمان على الساعي إلاّ بتعدّي أو تفريط، ولو شرط المالك الربح كلّهُ، ففي استحقاق العامل الأجرة نظر، والأجرة يستحقّها الساعي، سواء كان في المال ربح أو لا، وليس للعامل قراض المثل.

٤٥٨٠ . الثلاثون: الزيادات العينية كالثمرة والنتاج محسوبة من الربح، وكذا بدل منافع الدوابّ، ومهر الجواري، ولو وطئ العامل وجب عليه العقر، وفي المالك نظر.

وأما النقصان الحاصل بالعيب الطارئ، أو انخفاض السوق خسران يجب جبره بالربح، وما يقع باحتراق، أو سرقة، وفوات عين، فالوجه أنه كذلك.

٤٥٨١ . الحادي والثلاثون: السيد إذا أذن لعبده في التجارة ، جاز على حسب الإذن ، فإن أذن في الشراء في الذمة ، جاز ، وكذا لو أذن في التجارة في صنف واحد ، لم يجز أن يتجر في غيره ، وإذا أذن له في التجارة لم يجز له أن يؤجر نفسه.

صفحة ٢٦٦

ولو لم يأذن له لكن رآه يبيع ويشترى فلم يمنعه لم يكن ذلك إذناً في التجارة، ويكون بيعه باطلاً، وكذا شراؤه إلا أن يجيز المولى ، وفي بطلان شرائه بمال في الذمة نظر.

وإذا أبق المأذون لم يبطل الإذن .

وليس للمأذون أن يتخذ دعوة بغير إذن مولاه، وكذا لا يهب بغير إذنه .

٤٥٨٢ . الثاني والثلاثون: إذا اشترى العامل مالم يؤذن فيه ، فربح ، كان الربح على ما شرطاه، ولا يكون بأجمعه للمالك، ولا يتصدقان به وجوباً.

٤٥٨٣ . الثالث والثلاثون: إذا سرق المأل أو عُصِبَ فالأقرب أن للمضارب طلبه والخصومة عليه، فإن ترك ذلك مع غيبة المالك وإمكان التخليص ، ففي الضمان نظر، ولو كان المالك حاضراً وعلم بالحال، ففي لزوم العامل به نظر.

٤٥٨٤ . الرابع والثلاثون: الربح وقاية لرأس المال يجبر به الخسران، سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة، أو الربح في صفقة والخسران في أخرى ، أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى .

وليس للعامل أن يأخذ من الربح شيئاً بغير إذن المالك .

ولو نضّ المال خاسراً فدفعه إلى المالك ، فردّه إليه وقال: اعمل به ثانياً، فهو عقد جديد ، إن ربح لم يجبر الخسران الأول ، أما لو لم يقبضه ، بل أذن له في العمل بعد انقضائه ، فالأقرب أنه ليس عقداً ثانياً، بل يجبر من الربح الثاني ما خسره أولاً .

صفحة ٢٦٧

٤٥٨٥ . الخامس والثلاثون: إذا مات وفي يده أموال مضاربة، فإن علم مال أحدهم بعينه، كان أولى به ، وإن جهل ، تساوا فيه، وإن جهل كونه مضاربة قضي به ميراثاً، ولو مات وعلم أن بيده مضاربة ولم توجد ففي أخذها من التركة إشكال.

٤٥٨٦ . السادس والثلاثون: إذا شرط على العامل ضمان المال، أو سهماً من الوضعية، بطل الشرط ، ففي صحة القراض حينئذ إشكال ، ولو شرط العامل نفقة نفسه في السفر صحّ ، وكذا في الحضر .

٤٥٨٧ . السابع والثلاثون: الشروط الفاسدة على أقسام ثلاثة:

أحدها: ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط أن لا يبيع إلا برأس المال، أو بالوضيعة ، أو لا يبيع إلا ممن اشترى منه، أو لا يشتري ، أو لا يبيع، أو يولّيه ما يختاره من السلع.
والثاني: ما يقتضي جهالة الربح، مثل أن يشترط للعامل جزءاً من الربح مجهولاً، أو ربح أحد الكسبيين (١) أو العبد، أو دراهم معلومة بجميع حقه أو بعضه.
الثالث: اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ، مثل اشتراط النفع ببعض السلع ، مثل لبس الثوب ، واستخدام العبد ، وركوب الدابة ، ووطء الجارية ، وضمان العامل المال أو بعضه ، فهذه الشروط كلها باطلة تُفسد العقد إن اقتضت جهالة الربح وإلا فلا على إشكال.

١ . هذا ما أثبتناه ولكن في النسختين «الكيسين» وهو مصحّف .

صفحة ٢٦٨

الفصل الثالث: في أحكام النزاع

وفيه أحد عشر بحثاً:
٤٥٨٨ . الأول : لو اختلفا في قدر رأس المال ، فالقول قول العامل مع اليمين ، وكذا القول قوله مع اليمين لو ادّعى الخسارة، أو التلف ، أو ادّعى عليه الخيانة ، أو التفريط، فأنكر.
٤٥٨٩ . الثاني: لو اختلفا فيما اشتراه، فقال المالك: للقراض ، وادّعه العامل لنفسه ، فالقول قول العامل، لأنه أبصر بنيته (١) وكذا لو قال: اشتريت للقراض ، وقال المالك: لنفسك.
٤٥٩٠ . الثالث: لو ادّعى المالك أنه نهاه عن شراء المعين ، فأنكر ، فالقول قوله مع اليمين ، لأن الأصل عدم النهي وعدم الخيانة.
٤٥٩١ . الرابع: لو ادّعى العامل الإذن في البيع نسيئةً، أو الشراء بعشرة ، فأنكر المالك ذلك ، فالوجه أنّ القول قول المالك ، ولو ادّعى عموم الإذن وادّعى المالك تخصيصه، أو ادّعى الإذن في شراء شيء بعينه، وأنكر المالك ، فالأقرب تقديم قول المالك.
٤٥٩٢ . الخامس: لو اختلفا في قدر ما شرط للعامل ، فالأقرب أنّ القول قول

١ . في «ب»: بنفسه .

صفحة ٢٦٩

المالك مع اليمين ، ولا يتحالفان ، ولا يصار إلى قول العامل فيما يساوي أجره المثل، ولا إلى قول المالك فيما يزيد عليها.

٤٥٩٣ . السادس: لو ادّعى العاملُ ردَّ المال، فأنكر المالك ، فالأقرب أنّ القول قول المالك مع اليمين لا قول العامل.

٤٥٩٤ . السابع: لو قال العامل: ربحت كذا ثم خسرت، أو تلف الربح، فُبل مع اليمين، أمّا لو قال: غلطت أو نسيتُ ، لم يُقبل وألزم بما أقرّ به من الربح.

٤٥٩٥ . الثامن: لو ادّعى أنّه دفع إليه قراضاً ، فأنكر، ثم اعترف ، أو قامت البيّنة، فادّعى التلف قبل الإنكار، لم يلتفت إليه ، ولو كانت صورة إنكاره بعدم الاستحقاق ، قُبل.

٤٥٩٦ . التاسع: لو دفع إلى اثنين قراضاً، ثمّ اختلفوا ، فقال المالك: رأس المال ثلثا الحاصل والثلث الآخر ربح (١) ، فصدّقه أحدهما، وقال الآخر: بل رأس المال ثلثه، والثلثان ربح، فالقول قول المكدّب مع يمينه، فيأخذ حصّته ممّا ادّعه فائدة وهو السدس ، ويأخذ المالك بتصديق الآخر ما ادّعه رأس ماله ، وهو الثلثان، ويبقى السدس ، لربّ المال ثلثاه، وللمصديق ثلثه، لأنّ المأخوذة باليمين ، وهو نصف السدس، أخذ من ربح المالك والمصدّق على نسبة استحقاقهما، وهي الثلث.

٤٥٩٧ . العاشر: لو اختلفا فقال المالك: دَفَعْتُهُ قراضاً، وقال العامل: قرضاً، فالأقرب أنّهما يتحالفان، ويثبت للعامل أكثر الأمرين من أجره المثل - إذا لم تزد على ما ادّعه - وممّا ادّعه المالك من النصيب.

١ . في «أ»: الربح .

صفحة ٢٧٠

وقال بعض الجمهور: القول قول المالك (١) وفيه نظر، ولو أقام كلّ منهما بيّنة ، قال بعض الجمهور: يتعارضان ويقسم الربح نصفين (٢).

ولو كان هناك خسران ، فادّعى المالك القرض والعامل القراض، فالقول قول المالك مع اليمين، ولو ادّعى المالك الإبضاع، وادّعى العامل القراض ، ففي تقديم قول العامل من حيث إنّ العمل له، نظر ، ويحتمل أنّهما يتحالفان، فحينئذ يأخذ العامل أقلّ الأمرين من أجره المثل وما ادّعه نصيباً. ولو ادّعى المالك الإبضاع والعامل القرض ، أمكن إحلاف كلّ منهما على ما يُنكره الآخر ، فيثبت للعامل أجره المثل مالم تزد.

٤٥٩٨ . الحادي عشر: إذا أوجبنا النفقة في السفر، لو أنفق من غير المال إمّا من ماله، أو قرضاً ليرجع به، ففي الرجوع إشكال ، ولو شرط النفقة ثمّ ادّعى الإنفاق من مال نفسه، وطلب الرجوع ، كان القول قوله مع اليمين، سواء كان المال في يده، أو ردّه إلى المالك .

١ . ذهب إليه ابن قدامة في المغني: ١٩٥ / ٥ .

٢ . ذهب إليه أحمد بن حنبل . لاحظ المغني لابن قدامة: ١٩٥ / ٥ .
صفحة ٢٧١

كتاب الهبات

وتوابعها

وفيه مقاصد

صفحة ٢٧٢

صفحة ٢٧٣

المقصد الأول : في الهبة

وفيه فصلان :

الفصل الأول: في الماهية

وفيه ثمانية عشر بحثاً :

٤٥٩٩ . الأول : الهبة عقد يقتضي تملك العين منجزاً من غير عوض، ويسمى النحلة والعطية، قال الشيخ (رحمه الله): الهدية والهبة والصدقة بمعنى واحد، ولهذا يحنث لو حلف ألا يهب فتصدق على مسكين ، غير أنه إذا قصد الثواب والتقرب إلى الله تعالى بالهبة ، سميت صدقة ، وإن قصد بها التودد والمواصلة سميت هدية^(١) .

٤٦٠٠ . الثاني : الهبة جائزة بالنص والإجماع ، وهي عقد يفتقر إلى الإيجاب والقبول والقبض ، وهل يستغنى عن الإيجاب والقبول في هدية الأطعمة؟ الأقرب عدمه، نعم يجوز التصرف عملاً بالإذن المستفاد من العادة،

١ . المبسوط: ٣ / ٣٠٣ .

صفحة ٢٧٤

وللمالك الرجوع ما لم يتلف، ولا يكفي هنا التصرف. ومع التلف ليس للمالك مطالبته^(١) بالعرض.

ولا يصح تعليقه بشرط ولا تأقيته، فالإيجاب كل لفظ قصد به التملك المذكور، مثل: وهبتك وملاكك، والقبول كل لفظ دال على الرضا بالإيجاب.

٤٦٠١ . الثالث: لا تصح الهبة إلا من بالغ، كامل العقل، جائز التصرف. فلو وهب الصبي، أو المجنون، أو السفیه، أو المحجور عليه للفلس، أو المملوك، لم تصح.

٤٦٠٢ . الرابع: أركان الهبة خمسة:

الواهب، وهو كل مالك جائز التصرف، فلو وهب غير المالك لم تصح. والموهوب له، وهو القابل، ويشترط فيه البلوغ والعقل وجواز التصرف في ذلك، فلو وهب العبد لم تصح.

والموهوب، هو كل عين مملوكة يصح نقلها، فلو وهب الدين لم يجز، وكذا لو وهب ما لا يصح تملكه من الأعيان، كالخمور والخنازير، أو لا يصح نقله كالوقف وأم الولد. والعقد، وهو الإيجاب والقبول على ما تقدم.

والقبض، فلا تصح الهبة ما لم ينضم القبض إلى العقد، فلو مات الواهب، أو الموهوب له بعد العقد قبل القبض، بطلت الهبة، سواء مات قبل الإذن في القبض أو بعده.

١ . في «ب»: المطالبة .

صفحة ٢٧٥

وقال الشيخ: لا تبطل بموت الواهب، ويقوم الوارث مقامه في الإقباض^(١) وفيه بعد. ومن شرط صحة القبض إذن الواهب فيه، فلو قبض المتهب بدون إذن الواهب لم يحصل الملك. ٤٦٠٣ . الخامس: القبض شرط في الهبة، سواء كانت الهبة بشيء معين، أو غير معين، وسواء كان مكيلاً، أو موزوناً، أو لم يكن احدهما، ويكون الواهب قبل الإقباض بالخيار إن شاء أقبضه، وإن شاء منعه، ولو أذن له في القبض فقبض، صحت الهبة. ولو رجع قبل القبض، بطلت الهبة، ولو قبض بغير إذن الواهب، لم تصح الهبة وإن كانا في المجلس.

٤٦٠٤ . السادس: الهبة قبل القبض باقية على ملك الواهب، فلو نمت كان النماء للواهب، وكذا تلحقها بقية أحكام الملك، ولو أتلّفها المتهب، كان له إزماء بالضمآن.

٤٦٠٥ . السابع: إذا وهبه ما في ذمته، كان إبراءً صحيحاً، ولا يفتقر الإبراء إلى القبول. قال الشيخ: ويقوى في نفسي افتقاره إليه، ثم قوى العدم^(٢) وهو يدل على تردده.

٤٦٠٦ . الثامن: لو وهبه ما هو في يد المتهب ، كالوديعة ، والغصب انعقدت بالإيجاب والقبول،
ويكفي حصولها في يده عن القبض المتجدد، ولا يفتقر إلى تجديد قبض ولا مضيّ زمان يمكن وقوعه
فيه، ولا تجديد إذن في القبض .

١ . المبسوط: ٣ / ٣٠٥ .

٢ . المبسوط: ٣ / ٣١٤ .

صفحة ٢٧٦

٤٦٠٧ . التاسع: القبض فيما لا ينقل ولا يحوّل التخليّة ، وفيما ينقل ويحوّل النقل والتحويل،
وتصحّ هبة المشاع كالمقسوم ، ويتحقّق فيه القبض بتسليم الجميع إليه ، فإنّ أبى الشريك ، أمر
المتهب بتوكيل الشريك في قبضه ، فإن امتنع، نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله.

٤٦٠٨ . العاشر: تجوز هبة المشاع، سواء قبل القسمة كالعقار أو لم يقبلها كالجوهرة، ولو وهب
واحد اثنين شيئاً صحّ، وإن كان ممّا لا يمكن^(١) قسمته ، وكذا يصحّ لو وهب اثنان اثنين شيئاً ممّا
يمكن قسمته أو لا يمكن ، وإذا وهب الاثنان وأذن لهما في القبض فقبضاه ، صحّت الهبة. ولو أذن
لأحدهما دون صاحبه، صحّت الهبة في نصيب المأذون خاصّة.

٤٦٠٩ . الحادي عشر: لا تصحّ هبة ما لا يصحّ إقباضه ، كالطير في الهواء ، والسّمك في
الماء، والعبد الأبق، والجمل الشارد ، والمغصوب لغير الغاصب مع عدم إمكان القبض منه، ولو
أمكن ووهبه لغير الغاصب صحّ، ولزم مع القبض وليس للمتهب القبض من الغاصب بدون إذن
الواهب، ولو وكّل الواهب الغاصب في التقبض جاز، ولو وكّل المتهب الغاصب في القبض له، جاز
أيضاً ، ويصير مقبوضاً بذلك، ولا يفتقر إلى مضيّ زمان يتحقّق فيه القبض، وملكه المتهب ، وبرئ
الغاصب من ضمانه.

٤٦١٠ . الثاني عشر: لا تصحّ هبة اللبن في الضرع، ولا الحمل في البطن . والوجه عندي
جواز هبة الصوف على ظهر الغنم^(٢) لجواز بيعه كذلك ، وإذا أذن

١ . هذا ما أثبتناه ولكن في النسختين «ممّا يمكن» .

٢ . في «ب»: على ظهور الغنم .

صفحة ٢٧٧

له في حلب الشاة ، كان إباحة لا هبة. ولو وهبه زيت زيتونه^(١) قبل استخراجها، أو دهن
سمسمة^(٢) قبل عصره، لم تصحّ .

ولا تصحّ هبة المعدوم ، كهبة ثمرة شجرته المتجدّدة، أو حمل دابته المتجدّد.

٤٦١١ . الثالث عشر: لا تصحّ (٣) هبة المجهول ، مثل شاة من غنمه، أو عبد من خدمه، والأقرب جواز هبة المعلوم عند الواهب المجهول عند المتّهب ، ويحتمل البطلان على ضعف ، أمّا لو كان مجهولاً عند الواهب معلوماً عند المتّهب، بأن يكون في يد المتّهب مالٌ للواهب ولا يعلم الواهب قدره ولا نوعه، فوهبه جميع ما في يده، فالأقرب البطلان على إشكال.

ولو وهبه صبراً مشاهدةً صحّت الهبة، وإن كانت مجهولة القدر.

٤٦١٢ . الرابع عشر: لو شرط في العقد شروطاً تنافي مقتضى الهبة ، كقوله: وهبتك بشرط ان لا تبيعه، أو لا تهبه، أو بشرط أن تبيعه، أو تهبه، بطل الشرط، والأقرب صحّة الهبة.

٤٦١٣ . الخامس عشر: إذا أبرأه عمّا في ذمّته ، صحّ بلفظ الإبراء والهبة والإسقاط والعفو والتملك والصدّقة.

ولا تصحّ هبة ما في ذمّة غيره له ، قال الشيخ: الذي يقتضيه مذهبنا جواز بيعه وهبته ورهنه(٤) ويلوح من كلامه عدم اشتراط الإقباض هنا، ويجعله كالحالة.

١ . في «ب»: زيتونة .

٢ . في «ب»: أو دهن شحمته .

٣ . في «أ»: لا يجوز .

٤ . المبسوط: ٣ / ٣١٤ .

صفحة ٢٧٨

ويجوز بيعه بعين حاضرة، أو بموصوف بشرط قبضه في المجلس ، سواء كان الدّين على مليّ باذل ، أو معسر، أو جاحد، وتصحّ البراءة من المجهول إذا لم يكن طريق إلى معرفته، ولا يشترط أن يقول: أبرأتك من درهم إلى ألف مثلاً.

ولو كان من عليه الحقّ يعلمه، ويكتمه، لئلاً يطالبه صاحبه به لكثرتة، فالأقرب المنع من جواز الإبراء .

ولو أبرأه من مائة ، وهو يعتقد أن لا شيء له ، وله عليه مائة (١) ، ففي صحّة الإبراء نظر.

٤٦١٤ . السادس عشر: لوليّ الصبي قبول الهبة وقبضها، ولا يصحّ قبض غير الوليّ ولا قبوله، وإن عدم الوليّ ، ولا فرق بين المميّز في ذلك وغيره، ويفتقر المميّز في القبول والقبض إلى إذن الوليّ .

٤٦١٥ . السابع عشر: لو وهب الأب ولده الصّغير شيئاً في يده صحّ ، ولم يحتج إلى قبول، ولا قبض مستأنف، ولا مضيّ زمان له، ولا يجب على الأب وضع الموهوب على يد غيره، وإن كان من الأثمان ، وكذا حكم الجدّ.

أما باقي الأولياء ، فقال الشيخ: ليس لهم أن يتولوا الإيجاب والقبول ، بل ينصب الحاكم من يقبلها منهم. (٢)

٤٦١٦ . الثامن عشر: إذا أقرّ بالهبة والإقباض ، حكم عليه بإقراره، سواء كان الموهوب في يده أو يد المتّهب، ولو أنكر بعد ذلك لم يقبل ، وله إحلافه لو

١ . المقصود: أبرأه هو يعتقد أنه غير مدين ولكن كان في الواقع مديناً.

٢ . المبسوط: ٣ / ٣٠٥ .

صفحة ٢٧٩

طلبه على عدم المواطاة. ولو أقرّ بالهبة مطلقاً ، فادّعى المتّهب الإقباض ، فالقول قول الواهب ، سواء كانت العين في يد الواهب، أو المتّهب ، ولو قال: نعم ، عقيب قوله: وهبتني وأقبضتني (١) كان إقراراً .

الفصل الثاني: في الأحكام

وفيه اثنان وعشرون بحثاً:

٤٦١٧ . الأول : يكره تفضيل بعض الأولاد على بعض في العطيّة، وليس بمحرّم ، ويستحبّ العطيّة لذي الرحم ويتأكد في الولد، والتسوية بينهم في العطيّة، وهل تزول الكراهية لو خصّصه لمعنى مثل زيادة حاجته، أو زمانته ، أو كثرة عائلته ، أو اشتغاله بالعلم ونحوه من الفضائل؟ أو فسق الآخر واستعانتة بالعطيّة على المعصية؟ الأقرب ذلك.

٤٦١٨ . الثاني : المراد بالتسوية ما يفهم من معناها، وهو عدم التفاضل ، سواء كانوا ذكوراً، أو إناثاً ، أو ذكوراً وإناثاً، ولا نعني بالتسوية جعل الذكر ضعف الأنثى.

٤٦١٩ . الثالث : يجوز للولد مطالبة أبيه بالدين مع تمكّنه ، ولو امتنع كان له حبسه على كراهية شديدة .

١ . في «ب»: عقيب قوله: وهبته وأقبضته .

صفحة ٢٨٠

٤٦٢٠ . الرابع: إذا تمّت الهبة بالإيجاب والقبول والقبض ، ملكها الموهوب له ، فإن كان الموهوب له أحد الأبوين، لزمّت الهبة إجماعاً، ولم يكن للواهب الرجوع فيها، سواء أتاب عليها، أو

لا، وكذا لو كان ذا رحم غيرهما، وإن كان أجنبيًّا، كان له الرجوع فيها، ما دامت العين باقيةً، ولم يعوّض عنها، فإن تلفت ، أو أتاب عنها، وإن كان العوض يسيراً ، لم يكن له الرجوع فيها. ولو كان المتّهب قد تصرف ولم يثب والعين باقيةً ، ففي جواز الرجوع قولان. أمّا الزوج والزوجة، فقد أجراهما الشيخ مجرى ذي الرحم في أنّه ليس لأحدهما أن يرجع فيما يهبه لصاحبه (١) وفيه نظر.

ولو أقبض البعض ففي اللزوم فيه إشكال ، أقربه اللزوم، والأقرب أنّ موت المتّهب كالتصرف . ٤٦٢١ . الخامس: الهبة المطلقة لا تقتضي الثواب، سواء كانت من الإنسان لمثله، أو لمن دونه، أو لمن هو أعلى ، فإن أتاب لم يكن للواهب الرجوع في هبته، فإن شرط الثواب صحّ، فإن عيّن لزمته الهبة بدفع المعيّن، ولم يكن ذلك بيعاً ، فلا يلحقه الخيار، ولا الشفعة ، فلو ظهر العوض مستحقاً ، كان للواهب الرجوع، ولو ظهر استحقاق الموهوب ، كان للمتّهب الرجوع في العوض، وليس إلزامه بالضمان، وليس لكلٍ منهما مع فساد ما أخذه أن يرجع في نماء ما دفعه إن كان منفصلاً ، وإن شرط ثواباً مجهولاً، صحّ ولزمه دفع (٢) ما يصدق عليه إطلاق

١ . لاحظ الاستبصار: ٤ / ١١٠ برقم ٤٢٣ ؛ والتهذيب: ٩ / ١٥٢ برقم ٦٢٤ .

٢ . في «أ»: ودفع .

صفحة ٢٨١

الاسم، ولو أتابه منها (١) فالأقرب الجواز، ولا يجب عليه دفع ما يرضى به الواهب ولا قيمة الموهوب ولا ما تقضي العادة أنّه هبة مثله (٢) وقوى الشيخ لزوم الأخير (٣). ٤٦٢٢ . السادس: إذا شرط الثواب المعيّن أو المطلق ، كان للواهب الرجوع في هبته ما لم يدفع المتّهب إليه ما شرطه، ومع القبض لا رجوع، ولا يجبر المتّهب على دفع العوض، بل إن دفع لزمته الهبة، وإلا كان للواهب الخيار في الرجوع، فإن تلفت العين، أو عابت، بفعله أو بغير فعله قبل الإثابة ثمّ لم يثب ، ففي رجوع الواهب بالأرش مع العيب، أو القيمة مع التلف، أو ما شرطه، نظر. ولو لم يشرط الثواب، وكان أجنبيًّا ، فرجع الواهب قبل التصرف ، كان له أخذ العين، فإن كانت بحالها فلا بحث ، وإن زادت زيادةً متّصلةً ، كانت الزيادة للواهب، وصحّ الرجوع، وإن كانت منفصلةً ، فهي للموهوب له، وإن نقصت أو عابت ، لم يكن له الرجوع على المتّهب بالأرش ، وإن نقصت بالاستعمال وقلنا التصرف لا يسقط الرجوع ، فلا أرش أيضاً لو استعاد العين. ٤٦٢٣ . السابع: إذا صبغ الثوب ، ثمّ رجع الواهب، فإن قلنا التصرف يسقط الردّ ، فلا بحث، وإن قلنا بجواز الرجوع معه، كان الموهوب له شريكاً بقيمة الصبغ .

٤٦٢٤ . الثامن: الرجوع في الهبة أن يقول الواهب: قد رجعت في الهبة أو ارتجعتها أو رددتها، وما أشبه ذلك، ولا يفتقر الرجوع إلى حكم حاكم ، بل يصحّ، وإن لم يقبض به حاكم.

١ . في «ب»: ولو أثابه فيها.

٢ . في «ب»: أنه يهبه مثله .

٣ . المبسوط: ٣ / ٣١١ .

صفحة ٢٨٢

ولو أخذ المشاع من الموهوب، لم يكن ذلك رجوعاً بمجرد ما لم ينضم إليه قرينة تدلّ عليه ، فلو مات ولم يعلم القرينة ، لم يحكم بالرجوع ، ولو حصلت القرينة كان رجوعاً ولم يفتقر إلى التصريح على الأقرب .

ولو نوى الرجوع، ولم يأت به صريحاً ولا كنايةً ، فإنه لا يقتضي الرجوع. ولو علّق الرجوع على شرط، مثل أن يقول: إذا قدم زيد فقد رجعت في الهبة، لم يصحّ الرجوع، وكذا لو علّقه على صفة.

ولو وطئ الجارية ففي كونه رجوعاً نظر.

٤٦٢٥ . التاسع: لو مات الواهب في موضع يصحّ له الرجوع ، ففي انتقال هذا الحقّ إلى الورثة إشكال، أقربه عدم ، ولم أقف فيه على نصّ لنا، فلو فضّل ولده بشيء ثمّ مات بعد لزوم العطيّة، لم يكن للورثة استعادته.

٤٦٢٦ . العاشر: لو باع الواهب ما وهبه قبل القبض ، صحّ البيع وإن كان يعتقد بطلانه، ولو كان بعد القبض ، فإن كان الموهوب له رحماً، أو من عوض ، لم يصحّ البيع وإن كان أجنبيّاً يجوز له الرجوع بما وهبه إياه، احتتمل صحّة المبيع لجواز الرجوع، وعدمها لأنّه لم يصادف ملكاً ، وحكم الشيخ بالبطلان^(١).

أمّا لو كانت الهبة فاسدةً فإنّ البيع ماض ، وكذا لو باع مال مورّثه فلم يعلم بموته، ثمّ بان أنّه ميّت قبل البيع، وكذا لو أوصى لزيد برقبة عتقها أو كاتبها، قبل الوصيّة^(٢) ثمّ ظهر فساد العتق والكتابة .

١ . المبسوط: ٣ / ٣٠٤ .

٢ . في «ب»: وكذا لو أوصى لزيد برقبة كاتبها أعتقها قبل الوصيّة .

صفحة ٢٨٣

٤٦٢٧ . الحادي عشر: إذا تأخّر القبض عن العقد ، حكم بالانتقال من حين القبض لا من حين العقد، أمّا الوصية فإنّه يحكم فيها بمجرد الموت وإن تأخّر القبول بشرط حصوله.

٤٦٢٨ . الثاني عشر: المريض إذا وهب وأقبض ، فإن برأ ، أو شرط ثواباً يوازي^(١) القيمة خرجت من صلب المال، وإن تبرّع بالهبة ومات في ذلك المرض، أخرجت من الثلث.

٤٦٢٩ . الثالث عشر: لو ادّعى عليه الهبة، كان القول قول المنكر مع يمينه، وكذا لو أقرّ بأنّه وهبه ولم يقبضه، وادّعى المثّهب الإقباض، ولو قال: وهبته وملّكته ، وأنكر الإقباض، فإن كان مالكاً، أو توهم الملك بالعقد، كان القول قوله مع اليمين، وإلاّ حكم عليه.

ولو قال: وهبته وخرجت إليه منه، لم يكن صريحاً في الإقباض ، نعم إن كان الموهوب في يد المثّهب كان ذلك كنايةً عن الإقباض ، ولو كان في يد الواهب لم يكن إقراراً بالقبض .

٤٦٣٠ . الرابع عشر: قد بيّنا أنّه لا يجوز للوالد أن يرجع فيما وهبه لولده، سواء كان ولده لصلبه، أو ولد ولده، وكذا ليس لذي الرحم الرجوع فيما يهبه لرحمه، سواء كان محرماً كالخالة أو العمّة ، أو غير محرم، كبنت العمّة وبنت الخالة .

٤٦٣١ . الخامس عشر: لو وُهب الأجنبي شيئاً، فوهبه لثالث ، فإن قلنا

١ . في «ب»: يوازن .

صفحة ٢٨٤

التصرف مانع من الرجوع فلا بحث، وإلاّ كان له الرجوع ، سواء تصرف الثالث أو لا، وإن رهنه المثّهب ، أو كاتبه ، وقلنا التصرف غير مانع من الرجوع ففي الرجوع هنا إشكال، أمّا لو انفسخت الكتابة، أو انفكّ الرهن ، فإنّه يجوز الرجوع على ذلك التقدير، ولو باعه الموهوب له ثمّ عاد إليه ، ففي جواز الرجوع إشكال أقوى من الأوّل.

٤٦٣٢ . السادس عشر: إذا حجر الحاكم على الموهوب له، وكان ممن يصحّ الرجوع عليه، فالأقوى أنّ للمالك استعادة العين، ولا يشاركه الغرماء، ولو باعها ثمّ اشتراها بثمن مؤجل وأفلس به، وسوّغنا الرجوع بعد البيع، فالأقرب أنّ البائع أحق من الواهب.

٤٦٣٣ . السابع عشر: إذا جنى الموهوب وتعلّقت الجناية برقبته ، وأراد الواهب الرجوع فيه، فالأقرب جواز الرجوع ، لكن لا يسقط حقّ المجني عليه، بل له الاقتصاص منه وتملّكه إن شاء، ولا يرجع الواهب على المثّهب بأرش وغيره. ولو أخذه^(١) المجني عليه لم يكن للواهب حينئذ الرجوع فيه، ولو بذل أرش الجناية ليرجع في العين، ففي وجوب إجابته إلى ذلك نظر.

أمّا لو رهنه المثّهب فاراد الواهب الرجوع في العين وسوّغناه مع التصرف ، لم يكن له ذلك هنا، فلو طلب فكّه ببذل الدّين ليرجع فيه، فالأقرب إجابته إلى ذلك على إشكال.

٤٦٣٤ . الثامن عشر: إذا وطئ الموهوب له الجارية الموهوبة، وسوّغنا الرجوع مع التصرف،
جاز الرجوع ، ولا يلزم الواطئ المهر، ولو حبلى ففي

١ . في «أ»: ولو أفسده .

صفحة ٢٨٥

جواز الرجوع إشكال، ومعه لا يرجع في الولد ، ويكون حرّاً ولا قيمة له عنه.
٤٦٣٥ . التاسع عشر: إذا وهبه خلياً فأتابه من جنسه أو من غير جنسه، جاز مع التفاضل
والتساوي، ولا يشترط التقابض في المجلس وإن اتحد الجنس.
٤٦٣٦ . العشرون: لو وهب العارية للمستعير صحّ، ولا يشترط الإذن في القبض ولا مضي
زمان يتحقّق فيه، ولو وهبه لغيره جاز ، فإن وكّل المعير المستعير في قبضه صحّ ، وإن لم يمض
زمانٌ يمكن فيه، وبطلت الإعارة، فلا يجوز له الانتفاع به إلا بإذن الموهوب له.
٤٦٣٧ . الحادي والعشرون: إذا وهب العين المستأجرة صحّ، وإن وهبها لغيره فكذلك مع
الإقباض ، ولو امتنع المستأجر منه كان له ذلك، ولو أذن فيه كان له الانتفاع باقي المدّة.
٤٦٣٨ . الثاني والعشرون: الأقرب اشتراط التعجيل في القبول بحيث يكون جواباً للإيجاب، فلو
أنفذ هدية مع رسوله، وكّله في إيجاب الهبة، ويقبل المهدي إليه فإن لم يفعل كان إباحة، ولو قيل بعدم
اشتراط القبول نطقاً كان وجهاً ، قضاء للعادة بقبول الهدايا من غير نطق.

صفحة ٢٨٦

صفحة ٢٨٧

كتاب الوقف

صفحة ٢٨٨

صفحة ٢٨٩

المقصد الثاني : في الوقف

وفيه فصول:

الفصل الأول : في الماهية

وفيه ثمانية مباحث:

٤٦٣٩ . الأول : الوقف عقد يقتضي تحبيس الأصل وإطلاق المنفعة ، يقال: وقفت وقفاً، ولا يقال: أوقفت إلا في شاذّ اللغة ، ويقال: حبست وأحبست.

ولابدّ فيه من الصيغة الدالة عليه إمّا صريحاً، أو كنايةً مقترنة بما يدلّ عليه، فالصريح ألفاظه ثلاثة: وقفت ، وهو صريح فيه إجماعاً، وفي «حبست» و«سبّلت» قولان أحدهما أنّه صريح، والآخر أنّه كناية يفتقر إلى النية قال الشيخ: الذي يقوى في نفسي أنّ صريح الوقف قول واحد وهو «وقفت» خاصّة وبه يحكم بالوقف، فأما غيره من الألفاظ فلا يحكم به إلاّ بدليل^(١) واختارها بن إدريس^(٢) وهو الأقوى.

١ . المبسوط: ٣ / ٢٩٢ .

٢ . السرائر: ٣ / ١٥٥ .

صفحة ٢٩٠

وأما الكناية فتلاثة «تصدّقْتُ» و «حرّمتُ» و «أبدتُ» فإن اقترن بها ما يدلّ على الوقف صرفت إليه مثل صدقة محرمة، أو محبوسة، أو مسبّلة، أو مؤبّدة ، أو لا يباع ولا يوهب، ولو أطلق الكناية ونوى بها الوقف ، حكم بما نواه باطناً دون الظاهر، إلاّ أن يعترف بما نواه، ويقبل قوله في نية الوقف وعدمها.

٤٦٤٠ . الثاني: لا يحصل الوقف بالفعل المقترن بما يدلّ عليه، مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس بالصلاة فيه، أو مقبرة ويأذن بالدفن فيها، أو سقاية ويأذن في دخولها ، وإتّما يصير وقفاً بالقول الدال عليه.

٤٦٤١ . الثالث : لو قال الموقوف عليه: رددتُ الوقف ، بطل ، ولو سكت فالأقرب اعتبار قبوله، أمّا البطن الثاني فلا يشترط قبوله ولا يرتد عنه برده.

٤٦٤٢ . الرابع: من شرط الوقف الإقباض ، فلا يصحّ بدونه.

٤٦٤٣ . الخامس: إذا تمّ الوقف صحّ ولزم ، ولم يجز فسخه ولا إبطاله بمجرد الوقف، وليس للواقف الرجوع فيه، سواء أوصى به بعد موته، أو لا، وسواء حكم به حاكم، أو لا ، وقول المفيد (رحمه الله): الوقف صدقة لا يجوز الرجوع فيها إلاّ أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع من معונتهم والقربة إلى الله تعالى بصلّتهم، أو يكون تغيير الشرط في الوقف أدراً^(١) عليهم وأنفع من تركه على حاله^(٢) ، متأول^(٣).

٤٦٤٤ . السادس: إذا صحّ الوقف زال به ملك الواقف عنه، والأقرب أنّ

١ . هذا ما أثبتناه ولكن في المصدر والنسختين: «أرد» ولعله مصحف .

٢ . المقنعة: ٦٥٢ .

٣ . قوله: «متأول» خبر لقوله «وقول المفيد...» .

صفحة ٢٩١

الموقوف عليه يملكه ملكاً غير تام فيثبت بشاهد ويمين، ومن قال: بانتقاله إلى الله تعالى لا يثبت إلا بشاهدين.

٤٦٤٥ . السابع: إذا وقف شاة دخل فيه الصوف واللبن الموجودان حالة الوقف مالم يخرج (١) عنه بالاستثناء.

٤٦٤٦ . الثامن: الوقف عقد يتوقف على واقف، وموقوف عليه، وموقوف، ولكل واحد من الأربعة شرائط نحن نذكرها في الفصول الآتية إن شاء الله تعالى.

الفصل الثاني: في شرائط الوقف

وهي أربعة: التنجز،^(٢) والدوام، والإقباض، وعدم الشركة
فها هنا سبعة مباحث:

٤٦٤٧ . الأول: إذا علق الوقف على شرط أو صفة، لم ينعقد وكان باطلاً، مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فداري وقف، أو فرسي، أو إذا ولد لي ولد، أو قدم لي غائب، ولا نعلم فيه خلافاً.

٤٦٤٨ . الثاني: إذا وقفه وعلق الوقف بما لا ينقرض غالباً، صح الوقف، مثل أن يقفه على أولاده وأولاد أولاده ما تعاقبوا، فاذا انقرضوا فعلى الفقراء

١ . في «أ»: مالم يخرج .

٢ . في «ب»: «التنجز».

صفحة ٢٩٢

والمساكين، أو المتعلمين، أو بعض المساجد والجوامع، أو المشاهد، أو يقفه ابتداءً على هذه من غير ذكر الأولاد.

ولو علقه بما ينقرض غالباً، مثل أن يقفه على أولاده وأولاد أولاده من غير بيان المصرف بعد الانقراض، ففيه قولان: أحدهما البطلان^(١) والثاني الصحة^(٢) فحينئذ يعود إلى الواقف إن كان موجوداً أو إلى ورثته إن كان معدوماً، اختاره الشيخ (رحمه الله)^(٣) وقيل: إلى ورثة الموقوف عليه، اختاره المفيد (رحمه الله)^(٤) وابن إدريس^(٥) وفيه قوة، ولا يعاد على بيت مال المسلمين، ولا إلى

الفقراء ، وإذا عاد إلى ورثة الواقف اشترك الأغنياء فيه والفقراء على ترتيب الميراث الأقرب فالأقرب للذكر مثل حظ الأنثيين.

٤٦٤٩ . الثالث: إذا علّقه بمدة كأن يقفه سنة أو أكثر^(٦) ففي البطلان نظراً، أقرببه أنه يصحّ ويكون حبساً يرجع إليه بعد المدة.

٤٦٥٠ . الرابع: لو وقف لم ينعقد بدون الإقباض ، فلومات الواقف قبل القبض بطل الوقف ، وكذا لو جُنّ ، أو أُغمي عليه، أمّا لو مات الموقوف عليه فأقبض البطن الثاني ففي صحته نظر.

١ . قال السيّد العاملي في مفتاح الكرامة: ٩ / ١٨ ما هذا لفظه: وأمّا القول بالبطلان فقد حكاه في الخلاف والمبسوط عن بعض أصحابنا ولم نجده، ويظهر من التذكرة أنه لم يظفر به أيضاً . ولاحظ المبسوط: ٣ / ٢٩٢ .

٢ . ذهب إليه المفيد في المقنعة: ٦٥٥ ؛ والشيخ في النهاية: ٥٩٩ .

٣ . المبسوط: ٣ / ٢٩٣ ؛ والنهية: ٥٩٩ .

٤ . المقنعة: ٦٥٥ .

٥ . السرائر: ٣ / ١٦٥ .

٦ . كذا في «أ»: ولكن في «ب»: كأن يقفه على شهر أو أكثر .

صفحة ٢٩٣

ولو كان الوقف على ولده الصغير ، كان قبضه قبضاً عنه، ولم يفتقر إلى نصب وكيل يقبض عنه، ولا إلى مضي زمان يمكن فيه الإقباض ، وكذا الجدّ للأب والوصيّ على إشكال. والقبض إنّما يشترط في الطبقة الأولى ، فإذا حصل تمّ الوقف ، ولا يفتقر إلى قبض بقية الطبقات.

ولو وقف على الفقراء والفقهاء افتقر إلى نصب قيم يقبض الوقف، ولو وقف على مصلحة لم يفتقر إلى القبول، وكان المتولّي للوقف هو الناظر في تلك المصلحة من قبل الشرع. ولو وقف مسجداً فكذا لا يفتقر إلى القبول ، ويلزم بصلاة واحدة فيه، وكذا يلزم وقف المقبرة بدفن واحد، ولا يلزم بدون ذلك.

٤٦٥١ . الخامس: لو وقف على نفسه لم يصحّ الوقف، ولو وقف على نفسه ثمّ على غيره ، فقولان: أحدهما البطلان^(١) والثاني الصحة في الغير^(٢)، ولو وقف على الغير وشرط قضاء ديونه، أو الاستعانة منه، أو الإنفاق ، لم يصحّ ، ولو وقفه على الغير وشرط عوده إليه مع حاجته ، كان حبساً يورث عنه إذا مات، ولو وقفه على الفقراء أو الفقهاء، ثم صار منهم، جاز أن يتناول منه، وكذا لو وقفه على المسلمين جاز أن يأخذ منه ، ومنع ابن إدريس من ذلك^(٣) .

قال الشيخ: إذا وقف مسكناً جاز أن يسكن مع من وقفه عليه، وليس له أن

-
- ١ . اختاره المصنّف في المختلف: ٦ / ٢٨٠ .
 - ٢ . ذهب إليه الشيخ في المبسوط: ٣ / ٢٩٣ ؛ والخلاف: ٣ / ٥٤٤ ، المسألة ١٠ من كتاب الوقف .
 - ٣ . السرائر: ٣ / ١٥٥ .
-

صفحة ٢٩٤

يسكن غيره معه^(١) وليس بجيّد، لأنّ الوقف إن كان عامّاً للمسلمين ، جاز أن يسكن غيره، وإن كان خاصّاً يقوم لم يجز له السكنى بنفسه.

٤٦٥٢ . السادس: لو شرط إخراج من يريد من الوقف، بطل الوقف، ولو شرط إدخال من يولد له معهم جاز، سواء كان الوقف على أولاده، أو غيرهم، ولو شرط نقله عنهم بالكلية إلى من سيوجد ، لم يجز.

قال الشيخ: لو كان الوقف على أولاده الأصغر جاز أن يدخل معهم من يريد وإن لم يشترط^(٢) وليس بجيّد.

٤٦٥٣ . السابع: وقف الجاهلية باطلٌ بنصّ القرآن قال الله تعالى: (ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام)^(٣).

فالبحيرة: هي الناقة التي تلد خمس بطون ، فإذا وجدوا ذلك منها بحروا أذنّها أي شقّوها ، والبحر الشقّ.

والسائبة: هي التي تلد عشرة بطون كلّها إناث ، فيسيبونها^(٤) إكراماً لها ، لا تُركب ، ولا يُؤخذ وبرها، ولا تحلب إلا لضعيف.

وأما الوصيلة: فهي الناقة، أو الشاة تلد عشرة بطون في كلّ بطن ذكر وأنثى ، فإذا كان منها^(٥) ذلك، قالوا: وصلت أولادها ، وقيل: هي الشاة تلد خمس

-
- ١ . النهاية: ٦٠٠ .
 - ٢ . النهاية: ٥٩٦ .
 - ٣ . المائدة: ١٠٣ .
 - ٤ . ساب الفرس ونحوه تسيّب: ذهب على وجهه، قيل: السائبة كل ناقة تسيب لنذر فترعى حيث شاءت. لاحظ المصباح المنير .
 - ٥ . في «ب»: فيها.
-

صفحة ٢٩٥

بطون في كلّ بطن عناقان، فإذا ولدت بطناً سادساً ذكراً وأنثى قالوا وصلت أخاها^(١) فما تلد بعد ذلك يكون حلالاً للذكور وحراماً على الإناث^(٢).

وأما الحام: فهو الفحل ينتج من ظهره عشر بطون فيسيب ، ويقال: حمى ظهره فلا يُركب. والفقهاء يسمّون العبد الذي يُعتق بشرط عدم الولاء سائبةً، وذلك سائغ ليس مقصوداً من الآية^(٣).

الفصل الثالث: في شرائط الواقف

ويشترط فيه أمور أربعة: كونه بالغاً، عاقلاً ، جائز التصرف ، مالكاً ، متقرباً إلى الله تعالى، فلا يصحّ وقف الصبي، ولو بلغ عشراً ففي نفوذ وقفه إشكال ينشأ من عدم البلوغ المنوط به الأحكام، ومن دلالة الرواية على الصدقة^(٤) والوقف نوع منها، والأقرب عندي المنع. ولو وقف المجنون ، أو الساهي، أو الغافل، أو السكران ، أو المحجور عليه للسفه أو الفلس ، لم يصحّ، ولو وقف المملوك بطل، وكذا الفضولي وإن أجاز

١ . كذا في «أ» ولكن في «ب»: ذكراً أو أنثى قالوا: أم وصلت أخاها.

٢ . لاحظ المبسوط: ٣ / ٢٨٧ .

٣ . في «ب»: ليس مقصوراً في الآية.

٤ . انظر الوسائل: ١٣ / ٤٢٩ ، الباب ٤٤ من كتاب الوصايا، الحديث ٤ ؛ الكافي: ٧ / ٢٨ ، باب وصية الغلام ؛ الفقيه: ٤ / ١٤٥ برقم ٥٠٢ ؛ التهذيب: ٩ / ١٨١ برقم ٧٢٩ .

صفحة ٢٩٦

المالك ، ولا يصحّ وقف المكره، وإجازته بعد زوال عذره كإجازة المالك وقف الفضولي على إشكال .

ولابدّ من قصد القرية فلو وقف غير متقرب إلى الله تعالى ، بطل الوقف .

أمّا المريض فإن برأ من مرضه صحّ وقفه ، وإن مات أخرج من ثلث المال، ولو أجاز الورثة خرج من الأصل ، ولو أجاز بعضهم نفذ من الأصل في قدر نصيب المجيز ومن الثلث في الباقي ، وقيل: يُمضى من الأصل مطلقاً^(١)، والوجه الأول .

ولو ضم الوقف إلى عطايا متبرع بها كالهبة، والعتق، والمحابة بدئ بالأول فالأول إن قصر الثلث عن الجميع، ولم يجز الورثة إلى أن يستوفى الثلث ثم يدخل النقص على الأخير، وكذا البحث في الوصايا المتعدّدة ، ولو جهل المتقدّم ، قيل: يقسّم على الجميع بالحصص، واستعمال القرعة حسنٌ.

ولو قال: وَقَفْتُ^(٢) بعد موتي كذا ، كان وصيةً بالوقف، يخرج من الثلث.

ولو قال: هو وقفٌ بعد موتي ، ففي كونه وصيةً بالوقف صحيحةً، أو وقفاً مشروطاً بالموت باطلاً نظرٌ.

ولو وقف المريض على ولده، أو بعض ورثته شيئاً ، صحّ ، ويخرج من الثلث.
ولو وقف داره، وهي تخرج من الثلث، على ابنه وبنته^(٣) بالسوية ، صحّ الوقف على ما شرط، وكذا لو وقفه على ابنه وزوجته، وإن كانت الدار جميع

١ . يظهر ذلك من كلام الحلّي في السرائر: ٣ / ١٧٦ .

٢ . في «أ»: ولو قال: قفوا.

٣ . في «ب»: وبنيه .

صفحة ٢٩٧

ملكه فإن أجاز الورثة فلا بحث، وإن منعوا، كان الثلث وقفاً ، والثلاثان طلقاً، سواء زاد الورثة عن الموقوف عليه أو لا، فإن لم يكن غير الابن والبنات، واختاروا الوقف دون التسوية، فالوجه أنّ النصف يكون وقفاً على الابن، والثلث على البنات ، ويكون السدس طلقاً للولد، ولو اختاروا التسوية دون الوقف صحّ الوقف في الثلث ، وكان الباقي ميراثاً بينهما بالسوية^(١) على سبيل الهبة ، ويعتبر فيه شرائطها.

الفصل الرابع: في شرائط الموقوف عليه

وهي أربعة: وجوده، وتعيينه، وصحة تملكه، وتسوية الوقف عليه.
فهاهنا اثنان وثلاثون بحثاً:

٤٦٥٤ . الأول : لا يصحّ الوقف على المعدوم ابتداءً ، كما لو وقف على ولده ولا ولد له، أو على من سيولد له، سواء كان ممّا يصحّ وجوده، أو يمتنع، ولا يصحّ الوقف على حمل لم ينفصل ، ولو وقف على المعدوم تبعاً للموجود، صحّ ، مثل أن يقف على عقبه وعقب عقبه ما تعاقبوا ، فإنّه يلزم وإن لم يكن باقي البطون موجودةً.

٤٦٥٥ . الثاني : لو وقف على المعدوم ثمّ بعده على الموجود ، تردّد الشيخ في الصحة والبطلان وقوى الصحة على الموجود^(٢) وكذا لو وقف على من لا يصحّ الوقف عليه أولاً ثمّ على من يصحّ عليه، كما لو وقف على المجهول ثمّ

١ . في «أ»: بالتسوية.

٢ . المبسوط: ٣ / ٢٩٣ .

المعلوم، أو على عبده ثم على أولاده ، ومع الصّحة إن كان من لا يصحّ الوقف عليه لا يمكن انقراضه كالمجهول والمعدوم، انصرفت منافع الوقف في الحال إلى من يصحّ عليه ، وإن أمكن انقراضه كالعبد والحمل، ففي توقّف الانصراف على انقراضه عملاً بالشرط ، وعدمه لانتفاء المالك غيرهم إشكال. وقوى الشيخ الثاني^(١) وعلى الأول قيل: تصرف المنافع إلى الفقراء مدّة بقاء العبد وإلى الموقوف عليهم بعد انقراضه.

٤٦٥٦ . الثالث: لو وقف على العبد لم يصحّ ، سواء كان عبد نفسه أو غيره، ولا يكون الوقف عليه وقفاً على مولاة، ولا فرق في ذلك بين القنّ، والمدبر، وأمّ الولد، والمكاتب المشروط ، والذي لم يؤدّ من مكاتبته شيئاً، أمّا المطلق إذا أدى شيئاً من كتابته صحّ بمقدار ما فيه من الحرّية، وبطل في الباقي ، ولو وقف على الدابّة بطل أيضاً .

٤٦٥٧ . الرابع: لو وقف على نفسه ثم على المساكين، لم يصحّ في حقّ نفسه، وفي صحّته في حقّ المساكين قولان تقدّما.

ولو شرط أن ينفق على نفسه منه ، بطل الوقف أمّا لو شرط أن يأكل أهله أو من يليه ، فإنّه يصحّ .

ولو شرط أن يهبه متى شاء ، أو يبيعه، أو يرتجعه لم يصحّ. وقال المرتضى: لو شرط أنّه إن احتاج إليه في حياته ، كان له بيعه والانتفاع بثمنه جاز^(٢) وليس بجيد ، وقال الشيخ: لو شرط بيعه والتصرف فيه عند الحاجة ، صحّ الشرط ، ويرجع ميراثاً عند الموت^(٣)، ولو شرط الخيار لنفسه فكذلك.

١ . المبسوط: ٣ / ٢٩٤ .

٢ . الانتصار: ٤٦٨ ، المسألة ٢٦٤ (من الطبع الحديث).

٣ . النهاية: ٥٩٥ .

٤٦٥٨ . الخامس: إذا قال: هذا وقف أو صدقة، ولم يذكر المصرف ، لم يصحّ، وكذا لو ذكر مصرفاً مجهولاً، كأن يقول: على أحد هذين ، أو على أحد المشهدين.

٤٦٥٩ . السادس: إذا وقفه على من يجوز الوقف عليه ، ثم على من لا يجوز الوقف عليه، فإن قلنا بصحة المنقطع ، صحّ هنا، وصرف بعد انقراض من يصحّ الوقف عليه إلى من يصرف إليه نفع المنقطع.

ولو كان صحيح الطرفين منقطع الوسط، كأن يقف على أولاده ثم على عبيدهم ثم على الفقراء ،
احتمل الصّحة والبطلان ، وعلى تقدير الصّحة ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه، فإن لم يمكن
انقراضه ألغيناه، وإلاّ ففي إلغائه واعتبار انقراضه وجهان تقدّمًا.

ولو كان صحيح الوسط خاصّة ، مثل أن يقف على عبده، ثم على أولاده، ثم على الكنيسة،
احتمل الوجهان، ومع الصّحة فمصرفه^(١) بعد من يجوز الوقف عليه مصرف المنقطع.
٤٦٦٠ . السابع: لو قال: هذا وقف على ولدي سنة، ثم على المساكين ، صحّ، وكذا لو قال: على
ولدي مدّة حياتي.

ولو قال: هذا وقف على المساكين ، وبعد انقراضهم على ولدي، صحّ على المساكين ولغى على
ولده^(٢) لامتناع انقراضهم.

٤٦٦١ . الثامن: لا يصحّ الوقف على من لا يملك كالعبد، وإن قلنا إنّه يملك، والميت ، والحمل،
والملك ، والجنّ ، والشياطين ، والمرتدّ عن فطرة ، والحربي، وهل يصحّ على الذميّ؟ قيل: نعم
مطلقاً، وقيل: إن كان ذا رحم،

١ . في «ب»: فصرفه.

٢ . في «أ»: ولغا ولده .

صفحة ٣٠٠

وقيل: إن كان أحد الأبوين^(١) . وهل يصحّ على المرتدّ عن غير فطرة؟ فيه نظر.
ولو وقف على بعض المساجد، أو المشاهد ، أو القناطر، أو المدارس ، أو السّقايات، أو كتب
الفقه والأحاديث والقرآن ، صحّ ، لأنّ الوقف في الحقيقة على المسلمين، خصّص صرفه في بعض
مصالحهم.

٤٦٦٢ . التاسع: لو وقف المسلم على البيع ، والكنائس ، وبيوت النيران، وكتابة التوراة،
والإنجيل وغيرهما من كتب الأنبياء السالفة التي غيرت، لم يصحّ ، ولو لم تغيّر، صحّ وإن كانت
منسوخة، ولو وقف الذميّ ذلك جاز.

وكذا لا يجوز أن يقف على معونة الزناة، وقطّاع الطريق ، وغيرهما من الفساق ، فلو وقف
على من يمرّ بالبيع والكنائس من المجتازين من أهل الذمة ، فالأقرب الجواز، ولو وقف على خادم
الكنيسة، أو على مصالحها من الحصر والأضواء لم يصحّ.

٤٦٦٣ . العاشر: يجوز الوقف على القبيلة العظيمة والمساكين إجماعاً، وكذا يجوز في غيرهم،
سواء أمكن استيعابهم وحصرهم أولاً، مثل أن يقف على قريش ، أو بني هاشم أو بني تميم، وكذا

يجوز على أهل كل إقليم، أو مدينة كالعراق وبغداد، أو على أقاربه وعشيرته، ويدخل في الوقف كل من صدق عليه الاسم .

ولو وقف المسلم على الفقراء، انصرف إلى فقراء المسلمين خاصة، عملاً بقريضة الحال، ولو وقف الكافر على الفقراء انصرف إلى فقراء نحلته.

٤٦٦٤ . الحادي عشر: إذا وقف على المسلمين، انصرف إلى كل من صلى إلى القبلة.

١ . لاحظ الأقوال حول المسألة في المختلف: ٦ / ٢٦١ .

صفحة ٣٠١

ولو وقف على المؤمنين، انصرف إلى الاثني عشرية، وهل يشترط مجانية الكبائر؟ قال الشيخ: نعم (١) ومنعه ابن إدريس (٢) وهو حسن.

ولو وقف على الشيعة، اندرج فيه كل من قدم علياً (عليه السلام) من الإمامية، والجارودية (٣) من الزيدية (٤) والواقفية (٥) وغيرهم من فرق الشيعة دون البترية (٦) من الزيدية .

١ . النهاية: ٥٩٧ - ٥٩٨ .

٢ . السرائر: ٣ / ١٦١ .

٣ . «الجارودية» هم أصحاب «أبي الجارود» وإنما سموا «جارودية» لأنهم قالوا بقول «أبي الجارود» يزعمون أنّ النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) نصّ على عليّ بن أبي طالب (عليه السلام) بالوصف لا بالتسمية فكان هو الإمام من بعده وإنّ الناس ضلّوا وكفروا بتركهم الاقتداء به بعد الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) . لاحظ الملل والنحل: ٧ / ٤٥٣ تأليف العلامة الشيخ جعفر السبحاني.

٤ . وهم أتباع زيد بن علي بن الحسين (٧٩ - ١٢١ هـ) الذي اتفق علماء الإسلام على جلالته وثاقته وعلمه وفضله .

٥ . «الواقفية» هم الذين وقفوا على الإمام الكاظم (عليه السلام) وربما يطلق عليهم «الممطورة» وإنّما وقفوا على الكاظم (عليه السلام) بزعم أنّه القائم المنتظر .

قال الكشي: وقد كان بدء الواقفة أنّه اجتمع عند بعض الشيعة ثلاثون ألف دينار، فحملوها إلى وكيلين لموسى الكاظم (عليه السلام) أحدهما: حيان السراج وآخر كان معه، وكان موسى بن جعفر (عليهما السلام) في الحبس، فلما مات موسى (عليه السلام) وانتهى الخبر إليهما أنكرا موته، وأداعا في الشيعة أنّه لا يموت لأنّه هو القائم، وانتشر قولهما في الناس، ثمّ استبان للشيعة أنّهما قالا ذلك حرصاً على المال. اختيار معرفة الرجال: ٢ / ٧٦٠ مع تلخيص وتغيير قليل .

٦ . «البترية» هم أصحاب «الحسن بن صالح بن حي» وأصحاب «كثير النواء» وإنّما سموا «بترية» لأنّ «كثيراً» كان يُلقَّب بالأبتر، يزعمون أنّ علياً (عليه السلام) أفضل الناس بعد رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) وأولاهم بالإمامة، وأنّ بيعة أبي بكر وعمر ليست بخطأ، لأنّ علياً (عليه

السلام) ترك ذلك لهما، وينكرون رجعة الأموات إلى الدنيا ، ولا يرون لعلّي (عليه السلام) إمامةً إلا حين بويج، وحكي أنّ «الحسن بن صالح بن حي» كان يتبرأ من عثمان بعد الأحداث التي وقعت عليه . لاحظ الملل والنحل: ٧ / ٤٥٤ تأليف العلامة الشيخ جعفر السبحاني. وقال الحلّي في السرائر: ٣ / ١٦٢: والبترية فرقة تنسب إلى «كثير النواء» وكان أبتز اليد.

صفحة ٣٠٢

ولو وقف على الإمامية فهو على الاثني عشرية، ولو وقفه على الزيدية فهو لكلّ من قال بإمامة زيد وكذا لو علّقهم بالنسبة إلى أب كان لكلّ من انتسب إليه بالأبوة، فالهاشميين يصرف إلى من انتسب إلى هاشم بالأبوة، وهل يدخل فيه من انتسب إليه بالأمومة؟ قيل: نعم وقيل: لا^(١) وكذا لو وقفه على العلويين كان لمن انتسب إلى علي (عليه السلام) ، ولو وقفه على الحسنيين كان لأولاد الحسن بن علي (عليهما السلام) ليس للحسينيين فيه شيء، وكذا بالعكس.

ولو وقفه على الفاطميين كان لأولاد فاطمة (عليها السلام).

٤٦٦٥ . الثاني عشر: يدخل في الوقف على القبيلة وغيرهم من المتعديين الذكور والإناث، ويكونون سواء إلا أن يشترط التفضيل، ولو قال: على كتاب الله تعالى، كان للذكر مثل حظ الانثيين، وكذا لو وقف على والديه ، تساويا ما لم يفضّل .

٤٦٦٦ . الثالث عشر: قال ابن إدريس : لو وقف الإمامي على المسلمين ، كان للإمامية خاصة ، لأنّ التقرب إلى الله تعالى إنّما يحصل به ، وهو شرط^(٢)، وقال الشيخ: يدخل فيه كلّ من صلّى إلى القبلة^(٣) وكذا لو وقف الإمامي على الزيدي لم يصحّ.

قال الشيخ: ولو وقف على الشيعة كان شاملاً لجميع فرقهم من الكيسانية^(٤)

١ . لاحظ الأقوال حول المسألة في المختلف: ٦ / ٢٩١ .

٢ . السرائر: ٣ / ١٦٠ - ١٦١ .

٣ . النهاية: ٥٩٧ .

٤ . الكيسانية هم القائلون بإمامة محمد بن الحنفية، ويزعمون أنّه اليوم حيّ، وهو المهدي الذي يظهر .

صفحة ٣٠٣

والناوسية^(١) والفتحية^(٢) والواقفية، وقال ابن إدريس: إن كان الواقف إمامياً اختصّ بالإمامية، وإن كان من أحد هؤلاء حمل كلامه على شاهد حاله في اختصاص أهل نحلته بالوقف خاصة^(٣) . ٤٦٦٧ . الرابع عشر: إذا وقف على أولاده وأولاد أولاده دخل أولاد البنين وأولاد البنات ، وكذا لو قال: على أولادي ولم يقل لصلبي ، فإنّه يدخل فيه أولاد بنيه وأولاد بناته ما تعاقبوا وتناسلوا . ولو قال: على أولادي لصلبي، كان لأولاده خاصة.

ولو قال: على من انتسب إليّ ، ففي دخول أولاد البنات نظر .
ولو قال الهاشمي: على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين، لم يدخل في الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمي ، ومن كان هاشمياً من غير أولاد بنيه، وهم من أولاد بناته دخلوا .
فلو قال: على عقبي أو نسلي، أو ذريتي، دخل أولاد البنين وأولاد البنات .
ولو قال: على عنرتي ، فهم أخصّ قومه وعشيرته، ولو وقف على قومه، قيل: يكون للذكور من أهل لغته دون الإناث^(٤) وقال ابن إدريس: يكون للرجال من قبيلته ممّن يطلق عليهم أنّهم أهله وعشيرته دون غيرهم^(٥) .
ولو وقف على عشيرته كان لأقاربه .

- ١ . وهم أتباع رجل من أهل البصرة، يعتقدون بإمامة جعفر بن محمد الصادق (عليه السلام) وزعموا أنّه لم يمّت وهو المهدي . لاحظ فرق الشيعة: ٦٧ .
- ٢ . الفطحية: هم القائلون بإمامة عبد الله بن جعفر الصادق (عليه السلام) ، قيل: إنّه كان أفتح الرّجلين .
- ٣ . السرائر: ٣ / ١٦٢ .
- ٤ . القائل الشيخ المفيد في المقنعة: ٦٥٥ .
- ٥ . السرائر: ٣ / ١٦٤ .

صفحة ٣٠٤

٤٦٦٨ . الخامس عشر: إذا وقف على قومه وأولادهم وأولاد أولادهم اقتضى ذلك ، تشريك البطون الأخيرة مع البطن الأوّل ، ولا يقَدّم بعضهم على بعض لقربه، ولو تجدد حملٌ لم يشارك حتّى ينفصل حيّاً .
ولو رتّب فقال: على أولادي ثمّ أولاد أولادي ، أو قال: الأعلى^(١) فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب ، أو الأوّل فالأوّل أو البطن الأوّل ثمّ البطن الثاني، أو قال: على أولادي ، فإذا انقرضوا فعلى أولادهم ، ترتبوا بحسب الشرط، ولا يستحقّ البطن الثاني شيئاً حتّى ينقرض البطن الأوّل كلّهُ، ولو لم يبق من البطن الأوّل إلّا واحدٌ، كان الوقف كلّهُ له ، لا يشاركه البطن الثاني .
ولو قال: على أولادي وأولاد أولادي على أنّ من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده، كان ذلك دليلاً على الترتيب وإلّا لم يحصل التسوية فحينئذ يترتّب بين كلّ والد وولده، فإذا مات عن ولد انتقل إلى ولده سهمه، سواء بقي من البطن الأوّل أحدٌ أو لم يبق .
ولو رتّب في البعض دون الباقي ، عمّل بقوله، كما لو قال: وقفت على ولدي وولد ولدي ثمّ على أولادهم، أو على أولادي ، ثمّ على أولاد أولادي وأولادهم ما تعاقبوا وعلى أولادي وأولاد أولادي ثمّ على أولادهم وأولاد أولادهم، فيشترك بين من شرّك بينهم بالواو ويترتّب بين من رتّب بحرف الترتيب .

١ . في «ب»: أو قال: على الأعلى .

صفحة ٣٠٥

أولاده ما تعاقبوا على احتمال، ولا يمنع الأقرب الأبعد، ولو صرح بما يصرفه عن الظاهر أو إليه (١) حُمِلَ على ما دلَّت القرينة عليه، فلو قال: على أولادي لصلبي، أو الذين يلونني، صرف إلى البطن الأول.

ولو قال: على أولادي ، ولا ولد له من صلبه ، انصرف إلى أولاد أولاده، وكذا لو قال: على أولادي إلا أولاد البنات ، أو على أولادي إلا بني فلان.

٤٦٧٠ . السابع عشر: لو قال: على أولادي ثم على أولاد أولادي على أنه من مات من أولادي عن ولد فنصيبه لولده، أو لإخوته، أو لأولاد إخوته ، فهو على ما شرطه، ولو قال: على أن من مات منهم فنصيبه لولده، ومن لا ولد له ، فنصيبه لأهل الوقف، ومات أحد البنين الثلاثة عن ابنين، كان نصيبه لهما، فإن مات الثاني عن غير ولد، كان نصيبه لأخيه وابني أخيه بالسوية، ولو مات أحد ابني الأخ عن غير ولد، كان نصيبه لأخيه وعمّه، ولو مات أحد الثلاثة وخلف أخويه وابني أخ له، فنصيبه لأخويه، ولا شيء لابني الأخ مادام أبوهما حياً، فإن مات أبوهما صار نصيبه لهما، وهل يأخذان من عمهما سدس الثلث؟ فيه احتمال ، فلو مات الثالث ، كان نصيبه لابني الأخ.

ولو خلف ابناً كان له نصيب أبيه وهو النصف، وكلّ واحد من ابني الأخ الربع ، وعلى الاحتمال الذي قلناه يكون لابنه الثلث وثلثا السدس ولابني الأخ الباقي.

ولو قال: على أن من مات منهم عن غير ولد كان نصيبه لمن هو في

١ . أي يصرفه إلى الظاهر تأكيداً له.

صفحة ٣٠٦

درجته ، وكان مرتباً ، كان نصيب الميت عن غير ولد لأهل البطن الذي هو منه ، وإن كان مشتركاً ، فالأقرب عود نصيبه إلى أهل البطن الذي هو منه، ويستوي في ذلك إخوته وبنو عمه وبنو بني عمّ أبيه، فإن لم يكن في درجته أحدٌ بطل الشرط.

٤٦٧١ . الثامن عشر: إذا وقف على أولاده الثلاثة على أن من مات عن ولد فلولده نصيبه، ومن لا ولد له فنصيبه إلى من هو في درجته ، فمات أحدهم عن ابن، ومات الثاني عن ابنين، ثم مات أحد الابنين وترك أخاه وابن عمّه المتوفى وعمّه وابن عمّه الحي (١) ، فالأقرب أن نصيبه بين أخيه وابن

عمّه^(٢) ولو كان في درجته في النسب من لا يصل إليه الوقف بحال ، ففي أخذه نظر ، مثل أن يكون له أربعة أولاد فيقف على ثلاثة على هذا الوجه، ثم يموت أحد الثلاثة عن غير ولد، احتتمل أن لا يأخذ الرابع شيئاً، لأنه ليس من أهل الوقف.

٤٦٧٢ . التاسع عشر: لو وقف على الذكور والإناث ، وقال: من مات من الذكور فنصيبه لأولاده، ومن البنات فلاهل الوقف ، لزم ما شرطه، ولو قال: على أولادي على أن يصرف إلى البنات ألف والباقي للبنين، لم يستحق البنون شيئاً حتى تستوفي البنات الألف.

٤٦٧٣ . العشرون: لو قال: وقفت على أولادي فلان وفلان وفلان ثم على المساكين ، لم يكن لأولاد أولاده شيء ، ولو كان له ثلاثة فقال: وقفت على ولدي

١ . الحي وصف للعمّ.

٢ . وحاصله: أن نصيبه لأخيه وابن عمّه المتوفى ولا نصيب للعمّ الحيّ وابنه، وهذا أحد الوجوه الذي استقر به المؤلّف، ويحتتمل أن يكون نصيبه لأخيه وابني عمّه، فلا نصيب للعمّ الحيّ وحده لأنه ليس من طبقة المورث في باب الوقف.

صفحة ٣٠٧

فلان وفلان وعلى ولد ولدي، لم يكن للثالث شيء، وكان للأولين وأولادهما وأولاد الثالث بالسوية.

٤٦٧٤ . الحادي والعشرون: إذا وقف على قوم بشرط اتّصافهم بصفة، استحقّوا ما داموا على تلك الصفة ، مثل أن يقول: من اشتغل بالعلم، أو حفظ القرآن فله، ومن ترك فلا شيء له، وكذا لو قال: من كان على مذهب كذا فله، ومن خرج منه فلا شيء له، وكذا لو فضّل الكبير على الصغير، أو بالعكس، والعالم على الجاهل، والفقير على الغنيّ، أو بالعكس.

والمستحبّ له التسوية بين الذكور والإناث، وأن لا يفضّل في حال وقفه قوماً على آخرين.

٤٦٧٥ . الثاني والعشرون: إذا وقف على أولاده ثمّ على المساكين انصرف إلى المساكين بعد انقراض أولاده وأولاد أولاده، وإن نزلوا ، ويشترك فيه الفقير والمسكين، لا يتميّز أحدهما عن الآخر إلا أن يجمعهما فيقفه على الفقراء والمساكين أثلاثاً ، فيجب التمييز بينهما، ولا يجب تعميمهم بالعطية ، وكذا كلّ وقف على منتشرين، وهل يجب صرفه إلى الثلاثة فما زاد؟ الأقرب ذلك ، ويصرف إلى أهل البلد، ولا يجب تتبع من غاب، وضابطه أنّ الوقف على من يمكن حصره يقتضي^(١) التشريك والتسوية، فلا يجوز التخصيص ولا التفضيل.

أمّا لو وقف على من لا ينضب، فلا يقتضي ذلك ، فيجوز صرفه إلى الواحد، والتفضيل في الجماعة.

ولو وقفه على مستحقي الزكاة ، كان للأصناف الثمانية المذكورة في القرآن ^(١) والأقرب أنه لا يجب التشريك ولا التسوية ، ويجوز أن يخصّ بعضاً من صنف ويفضّله، ولا يجب أن يعطى مثل ما يعطى في الزكاة ، فلا يعطى الغارم بشرط أن يصرفه في الغرم ، ولا المكاتب بشرط أن يصرفه في كتابته.

٤٦٧٦ . الثالث والعشرون: إذا وقف على جيرانه، رجع فيه إلى العرف ، وقيل: كان لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً من كلّ جانب^(٢) وهو جيّد، وقيل: إلى أربعين داراً^(٣) وهو بعيد ، وهل يشترط تملكّ الجار للدار حتّى لو كانت مستأجراً أو مستعيراً لم يتناوله الوقف؟ فيه إشكال ، أما الغاصب فالظاهر عدم تناول الوقف له، ولو قلنا بدخول المستأجر أو المستعير، لو خرجا عن الدار، خرجا عن الاستحقاق ، ولو عادا ففي عدم عوده إليهما إشكال.

ولو باع صاحب الدار داره التي يسكنها ، خرج عن الوقف ، ودخل المشتري عوضه، فلو استعادها عاد الوقف إليه دون المشتري، ولو لم تكن الدار مسكونةً، ففي استحقاق مالها إشكال ، أما لو كانت موطنه فاتفق السفر له بنية العود ، ثمّ

١ . التوبة: ٦٠ .

- ٢ . ذهب إليه المفيد في المقنعة: ٦٥٣ ؛ والشيخ في النهاية: ٥٩٩ وابن إدريس في السرائر: ٣ / ١٦٣ ؛ وسلّار في المراسم: ١٩٨ .
 - ٣ . كما في السرائر: ٢ / ٢١٥ ، وقال في الجواهر: ٢٨ / ٤٣ بعد نقل كلام السرائر «وقيل: إلى أربعين داراً...» ما هذا نصّه: وإن لم نعرف قائله كما اعترف به في المسالك. ولاحظ الوسائل : ٨ / ٤٩١ ، الباب ٩٠ من أبواب أحكام العشرة، أحاديث الباب .
- نعم نقله ابن قدامة في المغني: ٦ / ٥٥٦ - في كتاب الوصيّة - عن أحمد بن حنبل والشافعي حيث قال: وإن وصّى لجيرانه فهم أهل أربعين داراً من كلّ جانب ، نصّ عليه أحمد وبه قال الأوزاعي والشافعي .

وقف الواقف، فالأقرب دخوله، وهل يشارك صاحب الدار من هو ساكن معه كولده وأهله؟ فيه نظر.

ولا يخرج صاحب الدار عن الوقف بسفره المنقطع ولا بتردّده في السكنى بينها وبين غيرها، وعلى القول بحرمان المستأجر والمستعير ، ففي استحقاق المالك إشكال.

٤٦٧٧ . الرابع والعشرون: إذا وقف في سبيل الله انصرف إلى كلّ ما يتقرّب به إلى الله تعالى ، كمعونة الغزاة، والحاجّ ، وبناء القناطر، والمساجد، ولو قال: في سبيل الله ، وسبيل الثواب ،

وسبيل الخير، فكذا، ولا تجب قسمة الفائدة أثلاثاً بين الغزاة، وأقرب الناس إليه وأخذ الزكاة لحاجته وهم من عدا العاملين والغزاة والمؤلفة.

٤٦٧٨ . الخامس والعشرون: إذا وقف على مصلحة فبطل رسمها، صرف في وجوه البرّ، ولو وقف على البرّ ولم يعيّن، صرف في كلّ ما يتقرّب به إلى الله، كمعونة الفقراء وغيرها.

٤٦٧٩ . السادس والعشرون: إذا وقف على أولاده، أو إخوته، أو بني فلان، اشترك (١) الذكورة والإناث والأقرب والأبعد على التساوي، إلا أن يشترط التفضيل، أو التخصيص .

ولو وقف على أخواله وأعمامه تساوا . ولو وقف على أقرب الناس إليه، فهو للأبوين والولد وإن نزلوا، ثمّ الأجداد والإخوة ثمّ الأعمام والأخوال

١ . في «أ»: استوت .

صفحة ٣١٠

على ترتيب الميراث، وكلّ من منع في الميراث يمنع هنا، يتساوون مالم يفضل، ولو اجتمع الإخوة المتفرقون، أو الأخوال أو الأعمام كذلك، كان المتقرّب بالأبوين أولى من المتقرّب بأحدهما.

٤٦٨٠ . السابع والعشرون: إذا وقف على أولاده فإذا انقضوا وانقرض أولاد أولاده فعلى الفقراء، فالوقف لأولاده، فإذا انقضوا، قال الشيخ: يأخذ أولاد أولاده فإذا انقضوا فالفقراء، لأنّ اشتراط انقراضهم يدلّ على أنّ لهم نصيباً لكن لا يأخذون إلا بعد انقراض الأولاد (١). وقيل: إنّه لا يأخذ أولاد أولاده شيئاً، لأنّ تخصيصهم بالذكر يعطي إخراجهم من لفظة الأولاد، وحينئذ يكون انقراضهم شرطاً لصرفه إلى الفقراء . وحينئذ قيل: يرجع الوقف بعد أولاده إلى أقرب الناس إليه وإذا انقرض أولاد الأولاد، صرف إلى الفقراء .

٤٦٨١ . الثامن والعشرون: إذا وقف على عقب زيد، ثمّ من بعده على عقب عمرو، أخذه عقب زيد، فإذا انقطع بعد ذلك، أخذه عقب عمرو، فإن تجدد عقب زيد بعد ذلك، رجع الوقف إليه، والنماء وقت انقطاع عقب زيد إلى وقت عوده، لعقب عمرو.

٤٦٨٢ . التاسع والعشرون: إذا كان له موال من أعلى، فوقفه على مواله، انصرف إليهم، وكذا لو كان له موال من أسفل، فأثّه ينصرف إلى مواله من أسفل، ولو اجتمعا فإن قرن بما يصرفه إلى أحدهما، حُمِلَ عليه، وإن أطلق، قال الشيخ: يشترك بينهما (٢) ولو قيل: بالبطلان للجهالة إذ المشترك لا يراد به كلا معنييه، كان وجهاً.

١ . المبسوط: ٣ / ٢٩٨ .

٢ . المبسوط: ٣ / ٢٩٥ .

٤٦٨٣ . الثلاثون: إذا وقف على قرابته، انصرف إلى كلِّ من كان مشهوراً بقرابته من قبل الرجال والنساء، ولو تجدد له قرابة بعد الوقف، دخل فيه.
ولو قال: لأهل بيتي ، انصرف إلى أقاربه من قبل الرجال والنساء، فلو وقف على عشيرته صحَّ وإن لم ينحصر كبني تميم.^(١)
٤٦٨٤ . الحادي والثلاثون: إذا وقف على شخصين ثم على المساكين فمات أحدهما، احتل عود نصيبه إلى المساكين ، والأقرب عوده إلى الآخر.
٤٦٨٥ . الثاني والثلاثون: إذا وقف على أولاده ، دخل البنون والبنات والخنثى، ولو وقف على البنين والبنات ، أو على أحدهما، لم يدخل الخنثى ، ولا يدخل في أولاده المنفِي باللعان ، ولو اعترف بعده ، دخل .

الفصل الخامس: في شرائط الموقوف

وفيه اثنا عشر بحثاً:

٤٦٨٦ . الأول : الموقوف كلِّ عين مملوكة يمكن الانتفاع بها مع بقائها، وشروطه أربعة: أن يكون عيناً مملوكة ينتفع بها مع بقائها، وتصحَّ إقباضها ، فلا يصحَّ وقف ماليس بعين كالدين ، حالاً كان أو مؤجلاً ، على مليِّ باذل كان أو معسر جاحد، وكذا لو وقف فرساً أو داراً ولم يعيّن لم يصحَّ ، ولا

١ . في «ب»: وكبني تميم .

ينفذ وقف الخنزير والخمر، وكلِّ ما لا يصحَّ تملكه ، ولا وقف الطعام وشبهه ممّا لا نفع له - كالشراب والشمع - إلا في استهلاكه ، ولا وقف الأبق، وما لا يمكن إقباضه.
٤٦٨٧ . الثاني : الذهب والفضة إن كان حلياً صحَّ وقفه إجماعاً. وإن كان دنانير أو دراهم قيل: لا يصحَّ لأنَّ الانتفاع بها إنّما يصحَّ بإخراجها، ولو قيل بالجواز لإمكان الانتفاع بها ولو في شيء قليل ، كان وجهاً، ولو سوّغناه ففي جواز عمله حلياً للموقوف عليه ، نظر.
٤٦٨٨ . الثالث : كلِّ ما يسرع إليه الفساد ، كالمشمومات من النبات والرّياحين، لا يصحَّ وقفه .

٤٦٨٩ . الرابع: لا يصحّ وقف ما لا يصحّ بيعه، كأمّ الولد والرهن، وهل يصحّ وقف السباع من البهائم والطيور؟ الأقرب جوازها إن كانت ممّا يصاد بها ، وإلا فلا، وكذا الوقف لا يصحّ وقفه ثانياً (١).

٤٦٩٠ . الخامس: لو وقف ملك غيره بغير إذنه، احتلّ البطلان ، فلا اعتبار بإجازة المالك ، والصحة ، فإن اجاز المالك لزم، وإلا بطل ، وهو أقربهما.

٤٦٩١ . السادس: لو وقف سرجاً، أو لجاماً عليه حلية صحّ الوقف، ولا تباع الحلية ويشترى (٢) بثمنها سرجٌ ولجام.

٤٦٩٢ . السابع: كلّ ما يصحّ الانتفاع به مع بقائه صحّ وقفه ، سواء كان

١ . في «أ»: وكذا لو وقف لا يصحّ وقفه ثانياً .

٢ . عطف على المنفي أي ولا يشترى .

صفحة ٣١٣

عقاراً، أو حيواناً، أو سلاحاً، أو كراعاً، أو أثاثاً، أو عروضاً، أو رقيقاً.
٤٦٩٣ . الثامن: يصحّ وقف المشاع كالمقسوم ، وقبضه كقبضه في البيع (١) ، ولا يثبت بالوقف شفعة للشريك، ولو أراد الموقوف عليه قسمته مع الطلق جاز إلا أن يتضمّن ردّاً من الطلق ففيه نظر، لتضمّنه بيع جزء من الوقف، ولو كان الجميع وقفاً، وأراد الموقوف عليهم قسمته لم يجز، ولو بيع الطلق فالأقرب أنّ لأرباب الوقف الشفعة مع شرائطها ولا يصير وقفاً.

٤٦٩٤ . التاسع: إذا كان العبد بين اثنين فأوقف أحدهما نصيبه جاز، فإن أعتقه بعد ذلك الواقف أو الموقوف عليه ، لم يصحّ ، وإن أعتق الطلق حصّته صحّ ولا يقوّم عليه الباقي.

٤٦٩٥ . العاشر: يجوز وقف الشيء على جهتين مختلفتين ، كما لو وقف داره على ولده والمساكين، فإن عيّن نصيب كلّ واحد، عُملَ به، وإلا كان لولده النصف وللمساكين النصف . ولو قال: على زيد وعمرو والمساكين ، كانت أثلاثاً.

٤٦٩٦ . الحادي عشر: لو جعل سفلى داره مسجداً دون علوّها، أو بالعكس جاز، ولو وقف موضعاً في وسط داره، جاز ، وإن لم يذكر الاستطراق، ويكون للموقوف عليه حقّ الاستطراق ، كما لو آجر بيتاً من داره.

٤٦٩٧ . الثاني عشر: لا يجوز وقف الحرّ نفسه، ولا الدار المستأجرة ، ولا الموصى بخدمته، والأقرب جواز وقف الكلب المنتفع به والسّنور، أمّا العقور فلا، وكذا لا يصحّ وقف ما لا منفعة له محلّة كآلات اللهو وشبهها.

الفصل السادس: في الأحكام

وفيه اثنا عشر بحثاً:

٤٦٩٨ . الأول : يجب اتّباع ما شرطه الواقف في العقد، فإذا شرط النظر فيه لنفسه، صحّ، وليس لغيره معارضته فيه، وإن شرطه للموقوف عليه أو لبعضهم، أو لأجنبي جاز، وإن أطلق ولم يبيّن فإن قلنا: إنّه ملك للموقوف عليه، كان له، وإن قلنا: للواقف، كان النظر له وبعده للحاكم، وإن قلنا لله تعالى كان النظر للحاكم، وكذا البحث لو شرطه لأحد فمات.

ولو كان الوقف على المصالح، كالمساجد، أو على من لا ينحصر كالمساكين، كان النظر فيه مع الإطلاق أو مع موت المشروط^(١) إلى الحاكم، ولو جعل النظر للأرشد، عمل بذلك، ولو كان الأرشد فاسقاً، فالأقرب عدم ضمّ عدل إليه ولو أطلق، وكان الموقوف عليه واحداً رشيداً، فهو أولى بالنظر، رجلاً كان أو امرأة، ولو تعدّدوا مع الرشد، فكلّ منهم النظر في نصيبه، ولو كان الموقوف عليه غير رشيد فالنظر فيه لوليّه.

ولو جعل النظر لأجنبي عدل، ثمّ فسق، ضمّ إليه الحاكم أميناً، ويحتمل انعزاله بنفسه .

١ . أي مع موت من جعل النظر إليه، وسماه مشروطاً بالنظر إلى الإطلاق أي أطلق ولم يعيّن شخصاً.

٤٦٩٩ . الثاني : إذا وقف حيواناً وشرط نفقته من ماله أو من كسبه، صحّ الشرط، وإن أطلق، قال الشيخ: يكون نفقته في كسبه ولو عجز لكبر أو مرض، كانت نفقته على الموقوف عليهم^(١) ولو قيل بثبوتها على الموقوف عليهم على التقديرين - إن كان ملكاً لهم - كان وجهاً، وإن قلنا: إنّه ملك لله تعالى كانت نفقته في بيت المال. ولو صار مقعداً عُتِقَ، وسقطت عنه الخدمة وعن مولاه النفقة، وكذا البحث لو كان غير حيوان، واحتاج إلى الإنفاق لعمارة وشبهها، فإن شرط عمل بالشرط، وإلا أخذ من نمائه أوّلاً ما يصرف في عمارته، والفاضل للموقوف عليه .

٤٧٠٠ . الثالث : إذا كان الوقف على منحصرين، وكان شجراً فثمر، أو أرضاً فزرعت فحصل لبعضهم من الحبّ والثمرة نصابٌ، وجبت فيه الزكاة، وإن كانوا غير منحصرين كالمساكين، لم يكن عليهم زكاة ممّا حصل في أيديهم وإن حصل في يد كلّ واحد نصابٌ لأنّ الواحد لا يتعيّن لجواز حرمانه والدفع إلى غيره، وأنما يملك بالقبض .

٤٧٠١ . الرابع: إذا جنى الوقف بما يوجب القصاص اقتصر منه، فإن كانت الجناية نفساً ، بطل الوقف بقتله ، سواء كان المجني عليه الموقوف عليه أو غيره، وليس للمجني عليه استرقاقه، وإن كانت دون النفس اقتصر منه، وكان الباقي وقفاً، وإن أوجب المال^(٢) قيل: تعلقت بمال الموقوف عليه بناء على ملكه، وقيل: بالواقف لأن ملكه لم يزل وهو الموجب لمنعه عن البيع، وقيل: في بيت المال لأنه ملك لله فصار كالحزب المعسر^(٣) والأقرب تعلّقها بكسبه.

١ . المبسوط: ٣ / ٢٨٨ - ٢٨٩ .

٢ . كما في الجناية خطأً.

٣ . لاحظ الأقوال حول المسألة في المختلف: ٦ / ٢٧٨ ؛ والمبسوط: ٣ / ٢٨٩ .

صفحة ٣١٦

٤٧٠٢ . الخامس: إذا قُتِلَ الوقف ووجِبَ القصاص ، فالأقرب أنّ للموجودين من الموقوف عليهم استيفاءه، وفي العفو إشكال إن قلنا بانتقال الوقف إليهم، وإن قلنا إلى الله تعالى ، فالأمر إلى الإمام ، وكذا لو قطع يده، أو جرح عمدًا، ولو أوجب أرشاً فللموجودين من أرباب الوقف، وإن قيل وجبت القيمة^(١) فالأقرب أنه كذلك ، ويحتمل أنه يشتري بالقيمة عبدٌ يكون وقفاً، وعلى هذا فالأرش أيضاً يشتري به عبدٌ يكون وقفاً إن احتل وإلا تنقص منه.

٤٧٠٣ . السادس: لا يجوز بيع الوقف بحال، ولو انهدمت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف ، ولم يجز بيعها، ولو وقع خُلفٌ بين أرباب الوقف بحيث يخشى خرابه، جاز بيعه على ما رواه أصحابنا^(٢) وقال ابن إدريس: لا يجوز بحال^(٣) ثم فصل ما رواه أصحابنا إلى ما وقف على قوم معينين من غير تأييد، وإلى مؤبد، وقال في الأوّل بجواز بيعه للموقوف عليهم عند بعض أصحابنا، وقال في الثاني: لا يجوز بيعه إجماعاً^(٤) ولو قيل بجواز البيع إذا ذهبت منافعه بالكلية كدار انهدمت وعادت مواتاً، ولم يتمكّن من عمارتها، ويشتري بثمنه ما يكون وقفاً ، كان وجهاً.

٤٧٠٤ . السابع: إذا وقف مسجداً فخرّب ، وخربت القرية أو المحلّة، لم يعد إلى ملك الواقف ، ولم تخرج العرصة عن الوقف ، ولم يجز بيعه بحال، أمّا آله فلا بأس باستعمالها في غيره من المساجد.

١ . لاحظ المبسوط: ٣ / ٢٨٩ .

٢ . لاحظ المبسوط: ٣ / ٢٨٧ و ٣٠٠ ؛ والمهذب: ٢ / ٩٢ ؛ والمقتنة: ٦٥٢ ؛ والمراسم: ١٩٧ ؛

والكافي في الفقه: ٣٢٥ .

٣ . السرائر: ٣ / ١٥٣ .

٤ . السرائر: ٣ / ١٥٣ .

ولو أخذ السيل مَيْتاً، أو أكله السَّبُع ، عاد الكفن إلى الورثة لامتناع وصوله إليه بعد ذلك، بخلاف المسجد لإمكان عود عمارته.^(١)

٤٧٠٥ . الثامن: لو أراد الواقف للمسجد رفعه من الأرض وجَعَلَ سقاية، أو بيوت للسكنى تحته، لم يجز.

وهل يجوز غرس شجر في المسجد؟ الأقرب المنع مع الضرر ومع عدمه إشكال ، ولو قلنا بالجواز منعناه من الغرس لنفسه، ولو غرس في أرضه ثم وقفها بعد الغرس ، لم يزل حقّ الواقف من الشجرة، ولم يلزمه قطعها ، وكان نفعها له.

ولو وقف النخلة مع المسجد، فإن عيّن المصرف لها صحّ، وإلا بطل فيها دون المسجد، ولو وقفها على المسجد، صرف ثمنها إليه .

وما يفضل من حصر المسجد وفرشه، جاز أن يصرف إلى مسجد آخر ، ولا يجوز صرفه إلى المساكين.

٤٧٠٦ . التاسع: لا يجوز للموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة ، فإن أولدها كان الولد حرّاً، ولا قيمة عليه ، ولا حدّ ، قيل: وتصير أمّ ولد تُعْتَقُ بموته وتؤخذ القيمة من تركته لمن يليه من البطون^(٢) وفيه نظر.

٤٧٠٧ . العاشر: لو انقلعت نخلة الوقف أو انكسرت ، قال الشيخ: جاز بيعها لأرباب الوقف^(٣) ، والأقرب ذلك مع عدم الانتفاع بها في التسقيف وغيره، أمّا مع النفع بالأجرة للتسقيف وغيره، فالوجه المنع.

١ . وجه الشبه الخروج عن الاختصاص أو الملكية.

٢ . لاحظ المغني لابن قدامة: ٦ / ٢٣٢ - ٢٣٣ .

٣ . المبسوط: ٣ / ٣٠٠ - ٣٠١ .

٤٧٠٨ . الحادي عشر: الأقرب جواز تزويج الأمة الموقوفة ويليها الموقوف عليه إن قلنا إنّه يملك ، أو الواقف إن قلنا ببقاء ملكه، وإن قلنا بالانتقال إلى الله تعالى كان أمرها بيدها لأنّها ملكت رقيبتها^(١) فتزوّج نفسها ، والمهر للموجودين من أرباب الوقف.

وأما الولد فإن تزوّجت بحر فهو حرٌّ وإن^(٢) شرطت رقيته ، أو كان عن مملوك كذلك ، أو من زناً قيل اختصّ به البطن الذين يولد معهم، فإن قتل فلهم قيمته ، وقوى الشيخ كونه وفقاً كأمه^(٣) ولو

وطئها الحر بشبهة، كان ولده حراً وعليه قيمته للموقوف عليه، ولو كان من مملوك ولم يشترط رقيته، كان بينهما، ويكون البحث في المتعلق بنصيب الأم كما تقدّم .
ولو أكرهها أجنبي فوطئها، أو طاوعته، فعليه الحدّ مع انتفاء الشبهة وعليه المهر للموجودين من أرباب الوقف، وحكم الولد ما تقدّم ، ولو وطئها الواقف كان كالأجنبي.
٤٧٠٩ . الثاني عشر: إذا أجز البطن الأوّل الوقف ثمّ انقضوا قبل المدة، فإن قلنا: الموت يبطل الإجارة، فلا بحث ، وإن قلنا: إنّه غير مبطل ، فالأقرب أنّها تبطل هنا إلاّ أن يجيز البطن الثاني ، ولو فسخوا، رجع المستأجر على ورثة البطن الأوّل بما قابل المتخلف من المدة.

١ . في «ب»: ملكت نفسها .

٢ . إن شرطية جوابها قوله: «قيل» .

٣ . المبسوط: ٣ / ٢٩٠ .

صفحة ٣١٩

كتاب

السكنى والحبس والصدقات

صفحة ٣٢٠

صفحة ٣٢١

المقصد الثالث : في السكنى والحبس والصدقات

وفيه أربعة عشر بحثاً:

٤٧١٠ . الأوّل : السكنى عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول وقبض وكذا الحبس ، وفائدتهما التسلّط على استيفاء المنفعة مع بقاء الملك على صاحبه، فإن كانت السكنى مطلقاً، أو يقول: أسكنتك عمرك، أو عمري، أو مدّة من الزمان، قيل: سكنى. وإن قيّدت بالعمر، بأن يقول: أعمرتك مدّة عمرك، أو عمري ، قيل: عمري، وإن قرنت بالمدّة، قيل: رُقبي ، مثل أن يقول: أرقبتك هذه الدار مدّة كذا، إمّا من الارتقاب، (١) أو من رقية الملك (٢) .

١ . أي الانتظار .

٢ . قال الشيخ في المبسوط: ٣ / ٣١٦: الرقبى صورتها صورة العمرى إلا أنّ اللفظ يختلف ، فانه يقول: أعمرتك هذه الدار مدّة حياتك أو مدّة حياتي ، والرقبى يحتاج أن يقول: أرقبتك هذه الدار مدّة حياتك أو مدّة حياتي، وفي أصحابنا من قال: الرقبى أن يقول: جعلت خدمة هذا العبد لك مدّة حياتك أو مدّة حياتي، وهو مأخوذ من رقبة العبد، والأوّل مأخوذ من رقبة الملك.
قال ابن حمزة في الوسيلة ص ٣٨٠ ما هذا نصّه: العمرى: أن يجعل الإنسان منفعة دار أو ضيعة لغيره مدّة حياة أحدهما، والرقبى: أن يجعل رقبتة لغيره مدّة معلومة، والسكنى: أن يجعل مسكناً لغيره مدّة عمر أحدهما.
وقال ابن قدامة في المغني: ٦ / ٣٠٢ في وجه التسمية: سمّيت عمرى لتقيدها بالعمر، وأمّا الرقبى فكأنّه يقول: هي لأخرنا موتاً، وبذلك سمّيت رقبى، لأنّ كل واحد منهما يرقب موت صاحبه.

صفحة ٣٢٢

وصيغة الإيجاب، أسكنتك هذه الدار أو الأرض ، أو أعمرتك، أو أرقبتك عمرك أو عمري أو مدّة معلومة .

٤٧١١ . الثاني : إذا حصل العقد والقبض في الإسكان ، قيل: يلزم مطلقاً، وقيل: إن قصد القرية، وقيل: لا يلزم مطلقاً ، والأوّل أقوى.

٤٧١٢ . الثالث: إذا قال: لك عُمرى هذه الدار ، وأطلق ، لم يلزمه شيء معيّن، وكان له إخراجهُ متى شاء وإن أقبض، ولو قال: مدّة عمرك وعقبك ، لزمه ، ولم يملك المعمر بهذا القول ، وإن قال: مدّة عمرك ، أو عمري ، رجعت بعد موت من قرنت العمرى به إلى صاحبها، ولو جعلها مدّة الساكن (١) ومات المالك، لم يكن لورثته إخراج الساكن وأهله إلاّ بعد موته، ولو قرنها بموته ، فمات الساكن، لم يجز له إخراج أولاده إلى أن يموت، وكذا البحث في الرقبى في الإطلاق والاقتران بعمر أحدهما.

ولو قال: لك سكنى هذه الدار ما بقيت ، أو ما حييت ، صحّ ، ولم يجز إخراجهُ مع الإقباض ، ويرجع إلى المالك بعد موت الساكن.

٤٧١٣ . الرابع: إذا أعمره مدّة معيّنة، وأقبضه ، لزم وجاز له بيع رقبة الملك ، لكن لا يؤثّر ذلك في استحقاق السكنى للمُعمر، فإذا كان المشتري قد علم أولاً فلا خيار له، وإلاّ كان مخيراً بين الفسخ والقبول.

ولو أعمره مدّة عمر أحدهما، فالأقرب عدم جواز البيع ، لجهالة مدّة الانتفاع.

١ . في «أ»: مدة غير الساكن.

صفحة ٣٢٣

٤٧١٤ . الخامس: كل ما صحَّ وقفه صحَّ إعمارُه من عقار، وأثاث، وحيوان، وغير ذلك ممَّا يصحَّ الانتفاع به مع بقاء عينه، والرقيب أيضاً صحيحة لازمة كالعمري.

٤٧١٥ . السادس: إطلاق السكنى يقتضي أن يسكن بنفسه وأهله وأولاده، وليس له إسكان غيرهم معهم، ولا إجارة المسكن، ولو أذن المالك أو شرط في الموضعين جاز، وجوز ابن إدريس مع الإطلاق جميع ذلك^(١).

٤٧١٦ . السابع: يجوز للإنسان أن يحبس فرسه في سبيل الله، وغلّامه أو جاريته في خدمة البيت الحرام، وبعبيره في معونة الحاج والزوار، فإذا فعل ذلك متقرباً إلى الله تعالى، لزم ولم يجز له فسخه بحال، ولو عجزت الدابة، أو الجارية، أو الغلام، سقطت الخدمة، فإن عادوا إلى الصحة وجب عليهم الخدمة.

٤٧١٧ . الثامن: يجوز للإنسان حبس ملكه على من يجوز الوقف عليه مدّة من الزمان، أو مدّة عمر أحدهما، ويعود إلى المالك بعد الانقضاء، بخلاف ما تقدّم من حبس الفرس والغلام على بيت الله تعالى، ومعونة الحاج، فإنه لا يعود أصلاً.

٤٧١٨ . التاسع: يجوز أن يجعل الإنسان لغيره خدمة عبده مدّة من الزمان، ثم يصير حرّاً بعد ذلك، ويجب على العبد الخدمة تلك المدّة، فإذا انقضت المدّة صار حرّاً، وإن أبق العبد تلك المدّة، ثم ظفر به المجهول له الخدمة، لم يكن له عليه سبيل من خدمة ولا عوض، ولو كان المالك قد جعل الخدمة لنفسه مدّة

١ . السرائر: ٣ / ١٦٩ .

صفحة ٣٢٤

من الزمان، ثم هو حرٌّ بعد ذلك، فأبق العبد تلك المدّة بطل التدبير، فإذا وجده بعد المدّة، كان له ملكاً يعمل به ما شاء، ومنع ابن إدريس من صحّة التدبير فيهما وشرط تعليقه بالموت^(١).

٤٧١٩ . العاشر: الصدقة المفروضة محرّمة على رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) وعلى بني هاشم كافة، ويجوز لبني هاشم أن يأخذوا المفروضة من أمثالهم مع الضرورة وقصور الخمس من كفايتهم.

وأما المندوبة فقد كان النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) يمتنع من أخذها، قال الشيخ: الأقرب أنه على الاستحباب^(٢) ويجوز لأهله إجماعاً.

٤٧٢٠ . الحادي عشر: الصدقة عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول وإقباض، فلو قبضها بغير إذن المالك، لم ينتقل إليه ويشترط فيها نيّة التقرب، فلو خلت عنها لم تعد الملك، لكن لو أتلفها الأخذ بإقباض المالك، لم يضمنها لإباحته فيها.

٤٧٢١ . الثاني عشر: إذا حصلت الصدقة بشرائطها من العقد والقبض ونية التقرب، فإن كانت واجبة لم يجز الرجوع فيها، وإن كانت نفلاً فكذا، سواء كانت على ذي رحم أو على أجنبي. وقال الشيخ: يجوز الرجوع فيها^(٣) وليس بمعتمد لأنها كالمعوض عنها باستحقاق الثواب.

١ . السرائر: ٣ / ١٧١ .

٢ . المبسوط: ٣ / ٣٠٢ .

٣ . المبسوط: ٣ / ٣٠٨ .

صفحة ٣٢٥

٤٧٢٢ . الثالث عشر: صدقة السرّ أفضل من الجهر مالم يتّهم بمنع الحقوق وترك المواساة، فيكون إظهارها أولى وكذا لو قصد بالإظهار تأسي غيره به، كان أولى من الإسرار بها. ٤٧٢٣ . الرابع عشر: تجوز الصدقة على أهل الذمة وإن كانوا أجنبيين.

صفحة ٣٢٦

صفحة ٣٢٧

كتاب الوصايا

صفحة ٣٢٨

صفحة ٣٢٩

المقصد الرابع : في الوصايا

وفيه فصول :

الفصل الأوّل : في الماهية

وفيه اثنا عشر بحثاً:

٤٧٢٤ . الأوّل : الوصية مأخوذة من وصى يصي وهو الوصل، يقال أوصى يُوصي، ووصّى يُوصّي توصيةً، والاسم الوصية والوصاء، وهي تملك العين أو المنفعة بعد الوفاة، وأطلق على هذا التصرف الوصية، لأنّ الموصي يصل تصرفه بعد الموت بما قبله، وهي مشروعة بالنصّ

والإجماع، قال الله تعالى (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ
وَالْأَقْرَبِينَ)^(١).

وقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم):

«الوصية حق كل مسلم»^(٢).

١ . البقرة: ١٨٠ .

٢ . الوسائل: ١٣ / ٣٥٢ ، الباب ١ من كتاب الوصايا، الحديث ٦ .

صفحة ٣٣٠

وقال (عليه السلام):

«ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى به يبييت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»^(١).

وقال (عليه السلام):

«من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية»^(٢).

وقال (عليه السلام):

«من لم يُحسِّنْ وصيته عند موته كان نقصاً في مروته وعقله»^(٣).

٤٧٢٥ . الثاني : الوصية عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول، فالإيجاب كل لفظ دلّ على ذلك القصد،

كقوله: اعطوا فلاناً بعد موتي أو لفلان كذا بعد وفاتي، أو أوصيتُ له بكذا وكذا، أو جعلتُ له كذا.

ولو قال: هو له، كان إقراراً، إلا أن يقول: من مالي، فيكون وصيةً.

ولو قال: عنيتُ له كذا، فهو كناية تنصرف إلى الوصية مع النية.

وتقع بكلّ لغة يعرف منها قصد ذلك، ولو عجز عن النطق فأشار بيده إلى ما يفهم منه ذلك، أو

كتب بخطه، وقرن به ما يحكم عليه به، جاز أمّا لو وجد

١ . عوالي اللآلي: ٣ / ٢٦٨ ، عنه في مستدرک الوسائل: ١٤ / ٨٨ ، الباب ١ من كتاب الوصايا،

الحديث ٦ ؛ ولاحظ أيضاً ج ٢ / ١١٦ ، الباب ٢١ من أبواب الاحتضار، الحديث ٢ ، ورواه الشيخ في

المبسوط: ٤ / ٣ .

٢ . الوسائل: ١٣ / ٣٥٢ ، الباب ١ من كتاب الوصايا ، الحديث ٨ .

٣ . الوسائل: ١٣ / ٣٥٧ ، الباب ٦ من كتاب الوصايا ، الحديث ١ ؛ ولاحظ مستدرک الوسائل: ١٤ /

٩٢ ، الباب ٥ من كتاب الوصايا، الحديث ١ و ٢ (عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم)).

صفحة ٣٣١

مكتوباً بخطه وصية لم يشهد عليها، لم يحكم بها وجوباً، وإن علم أنّها خطّه.

ولو سلّم وصيّةً مختومةً، لم يشهد عليه بها (١) إلا أن يسمعها الشهود منه، أو يُقرأ عليه فيقرّ بما فيها، وكذا لو كتب وصيّةً وقال: اشهدوا عليّ بما في هذه الورقة ، أو قال: هذه وصيتي فاشهدوا عليّ بها، لم يجز مالم يعلم الشهود ما فيها.

أمّا لو سلّم المكتوب إلى الشاهد، وقال: اشهد عليّ بما فيه، وأنا أعلم به، وترك الشاهد في يده إلى أن مات ثم أخرجته، فالأقرب الشهادة عليه به.

٤٧٢٦ . الثالث : المكلف قسمان من عليه حقٌّ من دين أو ودیعة، أو عليه واجبٌ، فيجب عليه الوصية إجماعاً، ومن لاحقٌ عليه، فيستحبّ له أن يوصي ، ولا يجب عليه إجماعاً، وإنّما يستحبّ إذا كان المتروك يفضل عن غنى الورثة وهو مفهومٌ من قول النبي (صلى الله عليه وآله وسلم):
«والتلث كثير إنك إن تذر (٢) ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفّفون الناس» (٣).

وعن علي (عليه السلام):

«أربعمائة دينار ليس فيها فضلٌ عن الورثة» (٤).

وكلما قلّت الوصية كان أفضل.

١ . أي لا يعدّ التسليم إسهاداً من الموصى لما في الورقة.

٢ . في المصدر: إن تدع .

٣ . مستدرک الوسائل: ١٤ / ٩٥ ، الباب ٩ من كتاب الوصايا، الحديث ٢ ، ورواه الشيخ في المبسوط:

٣ / ٤ .

٤ . رواه ابن قدامة في المغني: ٦ / ٤١٦ .

صفحة ٣٣٢

٤٧٢٧ . الرابع: لا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول إن كانت لمعيّن يمكن القبول منه، وإن كانت لغير معيّن، كالفقراء وبني هاشم، أو على مصلحة كمسجد أو حجّ ، لم يفتقر إلى القبول ، ولزمت بمجرد الوفاة، وينتقل بها الملك إلى الموصى له، ولا ينتقل بالموت منفرداً عن القبول ، ولو قَبِلَ قَبْلَ الوفاة، جاز، وبعد الوفاة أكد.

وإن تأخر القبول عن الوفاة، جاز مالم يردّ ، فإن ردّ قبل موت الموصي، لم تبطل الوصية، فله القبول بعد ذلك ، وإن ردّ بعد الموت، فإن كان قبل القبول، بطلت الوصية إجماعاً، وكذا لو ردّ بعد القبض ، وإن كان بعد القبول والقبض ، فلا أثر له ، ويكون هبةً مجدّدةً يفتقر إلى شروط الهبة، وإن كان بعد الموت والقبول، فقولان: أحدهما بطلان الردّ، والثاني بطلان الوصية .

ولو ردّ البعض وقَبِلَ البعض، صحت الوصية فيما قبل خاصّةً.

٤٧٢٨ . الخامس: القبول لا يتعيّن باللفظ ، بل قد يقع بالفعل كالأخذ والوطء وفعل ما يدلّ على

الرضاء، ويجوز على الفور والتراخي.

ويحصل الردّ بقوله: رددت الوصية، وما أدى هذا المعنى، مثل لا أقبلها وشبهه.
وكلّ موضع صحّ الردّ فيه، فإنّ الوصية تبطل بالردّ، ويرجع إلى التركة، فيكون ميراثاً.
ولو عيّن بالردّ واحداً، (١) وقصد تخصيصه، بالمردود، لم يكن له ذلك، أمّا

١ . أي من الورثة.

صفحة ٣٣٣

ما يُمنع الردّ فيه لاستقرار ملكه عليه، فله أن يخص به من شاء من الوارث والأجانب.
٤٧٢٩ . السادس: إذا مات الموصى له قبل القبول والردّ، قام وارثه في ذلك مقامه، ولا تبطل
الوصية بالموت، ولا تلزم الوصية في حقّ الوارث، بل له الردّ كما كان لمورثه، فإن ردّها الوارث،
بطلت، وإن قبلها، صحّت، وثبت بها الملك من حين قبوله، ولو تعدّد الورثة، فإن قبل بعضهم وردّ
بعض، لزمّت في حقّ القابل، وبطلت في حقّ الرادّ، وإن قبلوا أجمع يثبت لهم، وكذا إن ردّوا أجمع
بطلت بالكلية.

ولو كان فيهم موصى عليه، قام وليه مقامه في القبول والردّ، وإنما يفعل ما للموصى عليه الحظّ فيه،
فلو كان الحظّ في القبول فردّ لم يصحّ، فكان له القبول بعد ذلك، ولو كان الحظّ في الردّ، فقبل، لم
يصحّ.

فلو أوصى لصبيّ بمن ينعق عليه، وعليه ضررٌ في القبول، بأن تلزمه نفقته لإعساره وإيسار
الصبيّ، لم يجز القبول، ولو كان الصبيّ فقيراً، أو كان الموصى به ذا كسب، لزمه القبول، لأنّ
الحظّ، في عتق القرابة من غير ضرر.

٤٧٣٠ . السابع: لو أوصى بجارية وحملها لزوجها، وهي حاملٌ منه، فمات قبل القبول، كان
القبول للوارث، فإذا قَبِلَ ملك الوارث الولد ولا ينعق على الموصى له، لانتفاء الملك بعد الموت،
ولا يرث أباه لأنّه رقّ إلاّ أن يكون ممّن ينعق على الوارث، ويكون الوارث جماعة فيرث بعنقه قبل
القسمة، ولو كان حاجباً أخذ الجميع.

٤٧٣١ . الثامن: قد بيّنا أنّ الملك إنّما يحصل للموصى له بعد الوفاة

صفحة ٣٣٤

والقبول، فلو حدث للموصى به نماءٌ بعد الموت وقبل القبول، فإن كان متّصلاً تبع الأصل، وإن
كان منفصلاً فهو للورثة.

ولو أوصى بأمة لزوجها فأولدها بعد موت الموصى قبل القبول، فالولد رقّ للوارث.

ولو أوصى لرجل بأبيه فمات الموصى له قبل القبول، فقبل ابنه صحّ ، وعُتِقَ عليه الجدُّ ولم يرث من ابنه شيئاً

وإذا قبل الوارث ، ثبت الملك له ابتداءً من جهة الموصي لا من جهة مورثه، ولا يثبت للموصى له شيءٌ ، فحينئذ لا تقضى ديونه، ولا تنفذ وصاياه، ولا يُعْتَقُ من يعتق عليه.

٤٧٣٢ . التاسع: إذا أوصى بجارية وحَمَلَهَا لزوجها الحرّ، فقبلها، انفسخ النكاح بالموت والقبول، ويُعْتَقُ الولد ، وإن ردّ، فالنكاح بحاله، والولد رقٌّ كما كان.

ولو أوصى بجارية خاصّة، كان الولد باقياً على الرقيّة للموصي، وينتقل إلى ورثته، إن كان موجوداً حال الوصيّة، ويعلم ذلك بوضعه لدون ستّة أشهر منذ الوصيّة ، وإن تجدد بعد الوصيّة قبل الموت ووضعته قبل موت الموصي، فهو للموصي أيضاً ، وكذا إن انفصل بعد الموت وقبل القبول أو بعده.

وإن حملته بعد موت الموصي وقبل القبول، فهو للورثة، سواء وضعته قبل القبول أو بعده ، ولا ينفذ فيه الوصيّة ، لأنّ الحمل لا حكم له بمعنى أنّ الوصيّة لا تتناولها، ولا يتقسط الثمن في البيع^(١) عليه وعلى أمّه ، بل هو جار مجرى الثمن، ومتى وضعت فكأنما حدث في تلك الحالة، هذا إذا أخرجت الجارية من الثلث، وإن لم تُخرج من الثلث، ملك بقدر الثلث وانفسخ النكاح.

١ . في «ب»: في المبيع .

صفحة ٣٣٥

٤٧٣٣ . العاشر: لا تصحّ الوصيّة في معصية ، فلو أوصى بمال للكنايس والبيع وكتب التوراة والإنجيل ومساعدة الظالم، لا تنفذ، ولا يجوز العمل بها .

٤٧٣٤ . الحادي عشر: الوصيّة عقد جائز من الطرفين فللموصي الرجوع من وصيّته ما دام حياً، سواء كانت بمال أو ولاية، ويجوز الرجوع في بعضه أيضاً وإن كان إعتاقاً .

٤٧٣٥ . الثاني عشر: يحصل الرجوع بقوله: «رجعت في وصيّتي» أو «أبطلتها» أو «غيّرتها» أو «ما أوصيتُ به لفلان فهو لفلان» أو «لورثتي» أو «في ميراثي» .

ولو قال: ما أوصيتُ به لفلان فنصفه لفلان^(١) كان رجوعاً في النصف خاصّة.

ولا ينحصر الرجوع في لفظ معيّن، بل كلّ ما أدّى معناه فهو رجوعٌ، وقد يكون بالفعل مثل أن يأكل ما أوصى به ، أو يطعمه غيرَه، أو يُتلفه، أو ينقله عن ملكه بهبة، أو ببيع، أو صدقة، أو بحبل الجارية الموصى بها، أو يفصل الثوب ويلبسه.

ولو عرضه للبيع، أو وهبه من غير إقباض، أو أوصى ببيعه، أو أوجب البيع أو الهبة، فلم يقبل الآخر، فالأقرب أنه رجوع، وكذا لو أعتق العبد، أو دبّره، أو كاتبه، أو رهنه، وكذا لو تصرف فيه فأخرجه عن مسماه كما لو أوصى بحبّ فطحنه، أو بدقيق فخبزه أو عجنه، أو مزج الطعام بغيره، بحيث لا يتميّز، أو الزيت بأجود منه، ولو تميّز الممزوج لم يكن رجوعاً. ولو أوصى بكتان، أو قطن، فغزله، كان رجوعاً، وكذا لو أوصى بغزل

١ . في «أ»: ما أوصيت به لفلان فهو فنصفه لفلان.

صفحة ٣٣٦

فنسجه، أو بشاة فذبحها، أو بنقرة فضربها أما لو دقّ الخبز فتنيتاً^(١) فليس برجوع، وكذا لو أوصى بقفيز من صبرة ثم مزجها بغيرها بحيث لا يتميّز لم يكن رجوعاً أيضاً، سواء كان المزج بالأجود أو الأردى أو المساوي، ولو زالت الصفات بغير فعل الموصي، فالوصية باقية إن بقي له اسم، كالدار إذا انهدم بعضها ولم يخرج عن الاسم، ولو صارت براحاً^(٢) فزالت عنها الاسمية. أو وقع الحبّ في الأرض فنبت زرعاً، أو صارت البيضة فرخاً، ففي بقاء الوصية نظر، والأنقاض المتجددة بالهدم مع بقاء الاسم داخلّة في الوصية. ولو جدد الوصية، فالأقرب أنه رجوع، ولو غسل الثوب، أو لبسه، أو جصّص الدار، أو سكنها، أو آجرها، أو زوج الأمة، أو وطنها، أو علمها، لم يكن رجوعاً.

الفصل الثاني: في الموصي

وفيه ثمانية مباحث

٤٧٣٦ . الأول : يشترط في الموصي البلوغ، وكمال العقل، والحريّة، فلا تصحّ وصية الصبي، وروي فيمن بلغ عشراً أنه يجوز وصيته بالمعروف،^(٣) ولا

١ . في مجمع البحرين: فَنَّت الرجل الخبز فتاً - من باب قتل - : كسره بالأصابع .
٢ . قال الفيومي: البَرّاح - مثل سلام - : المكان الذي لا سترة فيه من شجر وغيره. المصباح المنير.
٣ . الكافي: ٢٨ / ٧ ، باب وصية الغلام. الحديث ١ و ٣ و ٤ ؛ وسائل الشيعة: ١٣ / ٤٢٨ ، الباب ٤٤ من كتاب الوصايا ، أحاديث الباب.

صفحة ٣٣٧

تصحّ وصيّة المجنون ولا العبد ، سواء كان قنّاً ، أو مدبرّاً ، أو مكاتباً مشروطاً ، أو لم يؤدّ ، ولو أدى المطلق شيئاً نفذت وصيّته في قدر الحرية ، فلو أوصى العبد ثم أعتق ومَلَك ، فالوجه ، البطلان مالم تُجَدّد الوصيّة بعد الحرية .

٤٧٣٧ . الثاني : الكافر تنفذ وصيّته إلا أن يوصي بخمر أو خنزير أو بناء كنيسة ، ولو أوصى بعمارة قبور أنبيائهم جاز .

٤٧٣٨ . الثالث : الأقرب أنّ وصيّة السفیه لا تُنفذ ، وكذا المبرسم ، ومن يعتوره الجنون إن أوصى حال إفاقته ، صحّت ، وإلا فلا ، والضعيف في عقله إن منع ذلك رشده في ماله فكالسفيه ، وإلا فكالعقل ، ولا تصحّ وصيّة السكران .

٤٧٣٩ . الرابع : الأخرس تصحّ وصيّته إذا علمت إشارته ، وإلا فلا ، ومن اعتقل لسانه إذا كتب وصيّته فعرضت عليه ، فأشار بما يدلّ على قبولها ، فإنّها تقبل وصيّته .

٤٧٤٠ . الخامس : تصحّ وصيّة المسلم لمثله وللذميّ ، والذميّ لمثله للمسلم ، ولو أوصى الذميّ بأكثر من الثلث لوارثه أو لأجنبيّ وقف على الإجازة كالمسلم .

٤٧٤١ . السادس : إذا جرح الموصي نفسه بما فيه هلاكها ، ثمّ أوصى لم تقبل ، لظهور سفهه ، أمّا لو أوصى وهو عاقل ، ثمّ قتل نفسه ، فإنّها تُقبّل .

٤٧٤٢ . السابع : للأب الوصيّة بالولاية على الأطفال ، وكذا الجدّ ، وليس لغيرهما ذلك ، فلو أوصت الأمّ بالولاية على أولادها الأصغر لم تصحّ ، ولو أوصت لهم بمال ، ونصبت وصياً صحّت الوصيّة بالمال من ثلث تركتها ، وبطلت بالولاية على الأولاد .

ولو أوصت بحقّ عليها ، ونصبت وصياً في إخراجها ، صحّت الوصيّة فيهما معاً ، سواء كان من حقوق الله تعالى أو الأدميين .

صفحة ٣٣٨

الفصل الثالث: في الموصى به

وفيه سبعة وثلاثون بحثاً:

٤٧٤٣ . الأول : تصحّ الوصيّة بكل مقصود يقبل النقل ، سواء كان عيناً أو منفعةً بشرط أن لا يزيد على الثلث ، فيفتقر حينئذ إلى الإجازة ، ويشترط فيه الملك ، فلا تصحّ الوصيّة بالخمر ، ولا الخنزير ، ولا كلب الهراش^(١) ولا ما لا نفع فيه ، ولا بالجرو الصغير إن منعنا من جواز تربيته للصيد أو الماشية ، ولا بشيء من السباع إن منعنا من صحّة بيعها ، ولا بجلد الميتة ، ولا الزبل^(٢) ولا الوقف ، ولا أمّ ولد .

٤٧٤٤ . الثاني : لا يشترط في الموصى به كونه موجوداً أو عيناً ، فتصحّ الوصيّة بالحمل ، وثمره البستان ، والمنفعة ، ولا كونه معلوماً ومقدوراً عليه ، فتصحّ الوصيّة بالحمل ، والمغصوب ، والمجهول ، والعبد الأبق ، والجمل الشارد ، والطيور في الهواء ، والسّمك في الماء ، ولا كونه معيناً ،

فتصحّ الوصيّة بأحد العبدین، وتصحّ بالكلاب المملوكة، مثل كلب الصيد، والماشية، والحائط، والزرع.

٤٧٤٥ . الثالث : لا تصحّ الوصيّة بالمغصوب ولا فعل المحرّم، مسلماً كان

١ . في «أ»: «ولا كلب المواشي» والصحيح ما في المتن.

٢ . في المصباح المنير: زبل الرجل الأرض زبولاً - من باب قعد - وزبلاً أيضاً: أصلحها بالزبل ونحوه حتى تجود للزراعة، والمزبلة: موضع الزبل.

صفحة ٣٣٩

الموصي، أو ذمياً، فلو أوصى ببناء كنيسة، أو بيت نار، أو عمارتها، والإنفاق عليها، لم تصحّ، وكذا لا تصحّ أن يوصي بشراء خمر أو خنزير للصدقة بها على أهل الذمّة، ولا بكتّاب التوراة والأنجيل، ولا بالحصر والقناديل للكنائس والبيع، وإن لم يقصد إعظامها.

ولو أوصى ببناء بيت ليسكنه المجتازون من أهل الذمّة، صحّ على أحد القولين، ولو أوصى بما يقع اسمه على المحلّ والمحرّم، انصرف إلى المحلّ، كما إذا أوصى بعود من عيدانه وله عود لهو وغيره، انصرف إلى العود الذي لغير اللهو، ولو لم يكن إلا عود اللهو، قيل: تبطل الوصيّة، وقيل: تصحّ، وتزال عنه الصفة المحرّمة، ولو لم يكن فيه منفعة إلا المحرّمة، بطلت الوصيّة. ولو أوصى بطبل حرب، صحت الوصيّة، ولو كان بطبل لهو، بطلت، إلا أن يقبل الإصلاح للحرب.

ولو أوصى له بدف، صحت الوصيّة به، لجواز اتخاذه للعرس، ولو أوصى له بمزمار أو طنبور، بطلت الوصيّة، إلا أن يقبل زوال الصفة، فيجوز على خلاف تقدم، ولو كان له طبول تصحّ الوصيّة بها أجمع، فأوصى بأحدها، تخير الورثة.

٤٧٤٦ . الرابع: لو أوصى له بقوس، صحت الوصيّة، سواء كان قوس نشاب وهو الفارسي أو نبل^(١) وهو العربي، أو قوس جرّخ^(٢)، أو ندف، أو بندق، ثمّ إن عيّن أحد هذه، صرف إليه إن كان موجوداً، وإلا اشترى له ما عيّنه، وإن أطلق وكان له واحد منها، انصرف إليه، وإن كان الجميع له، ووجدت قرينة

١ . في «ب»: «أو نصل» .

٢ . كذا أيضاً في المغني لابن قدامة: ٦ / ٥٨٥ ولم نعثر على معناه.

صفحة ٣٤٠

تصرفه إلى أحدها، مثل أن يقول: اعطوه قوساً يندف به، أو يتعيّش به وشبهه، انصرف إلى قوس الندف، ولو قال: يغزو به، خرج قوس الندف والبنديق، ولو كانت عادة الموصي له استعمال قوس معيّن لا غير، ففي كون ذلك قرينةً للتخصيص به، نظرٌ.

ولو انتفتت القرائن، تخيّر الورثة في تخصيص ما شاءوا، ممّا يقع عليه عرف ذلك الموضع بالعطية، ويعطى القوس معموله، والأقرب أنّه يستحق وترها، لعدم الانتفاع بدونه.

وكلُّ لفظ يقع على أشياء وقوعاً متساوياً، فللورثة الخيار في تعيين ما شاءوا منها.

٤٧٤٧ . الخامس: لو أوصى له بجزّة فيها خمر، صحّت الوصية بالجزّة خاصّة، وبطلت في الخمر، ولو أوصى له بخمر في جزّة لم تصحّ الوصية.

٤٧٤٨ . السادس: إنّما تصحّ الوصية بالثلث فما دون، سواء كانت الوصية بعين، أو منفعة، فإن أوصى بأزيد من الثلث، وقف على إجازة الورثة، فإن أجازوا صحّت، وإلّا بطلت، ولو أجاز بعضهم نفذت الإجازة في قدر حصّته من الزيادة، وبطلت في قدر حصّة من لم يُجز.

٤٧٤٩ . السابع: الإجازة تنفيذ لفعل ما وضعه الموصي لا ابتداء عطية، فلا يشترط فيها ما يشترط في الهبة، هذا إذا وقعت ابتداءً، ولو وقعت عقيب ردّ، فهل هي كذلك أو تكون هبةً يشترط فيها شرائط الهبة؟ فيه نظر.

ولو أعتق عبداً لا مال له سواه في مرضه، أو وصّى بإعتاقه، فأعتقوه

صفحة ٣٤١

بوصيته، نفذ العتق في ثلثه، ووقف عتق باقيه على إجازة الورثة، فإن أجازوا عُتق جميعه، واختص عصابات الميّت بولائه كلّه، ولا يختص الورثة بثلثيه.

ولو وقف على ورثته في مرضه فأجازوا، صحّ الوقف.

٤٧٥٠ . الثامن: الوصية تمضي من الثلث، سواء كانت في حال المرض أو الصحة، ولا تمضي من الأصل، وإن قد أوقعا من الصحة، وسواء أوصى بالجميع قبل أن يولد له، أو بعده، فإنّها تمضي من الثلث، ولا اعتبار لإجازة الورثة فيه، بل تصحّ من الثلث، وإن لم يرضوا، وإنّما تعتبر إجازتهم في الزائد عليه، وفي اشتراط عدم سبق الردّ في صحّة الإجازة فيما زاد على الثلث نظرٌ.

ولا يشترط في الإجازة الفوريّة، فلو قبل بعد الموت، ثمّ أجاز الوارث بعد مدّة، صحّ ويملك الموصى له الثلث بالقبول بعد الموت، فالنماء له حينئذ، أمّا الزائد، فهل يملكه حين القبول بعد الموت، أو حين الإجازة؟ فيه نظر، والنماء فيه تابع، والأقرب أنّه حين الإجازة.

٤٧٥١ . التاسع: إذا أجاز الورثة بعد الموت، صحّت بلا خلاف، وإن أجازوا قبله فقولان: أحدهما الصحّة، وليس للورثة الرجوع حينئذ، وهو اختيار الشيخ (رحمه الله) ^(١) والثاني المنع، اختاره المفيد ^(٢) وابن إدريس ^(٣) ولو أجازوا في الصحّة، لم يكن لهم الرجوع كما لو أجازوا في المرض .

٤٧٥٢ . العاشر: إذا أوصى بنصف التركة، فأجاز الورثة، ثم قالوا: إنما أجزنا

١ . الخلاف: ٤ / ١٤٤ ، المسألة ١٤ من كتاب الوصايا .

٢ . المقنعة: ٦٦٩ .

٣ . السرائر: ٣ / ١٩٤ .

صفحة ٣٤٢

ظناً أنّ المال قليلاً فبان كثيراً ، فإن كان للموصى له بيّنة تشهد باعترافهم بمعرفتهم قدر المال، أو كان المال ظاهراً لا يخفى عليهم، لم يلتفت إليهم ، وإن لم يكن هناك بيّنة، وكان المال خفياً، كان القول قولهم في الجهل به مع اليمين.

ولو كانت الوصية بعين، كدار ، أو عبد، أو فرس يزيد على الثلث ، فأجازوا الوصية، ثم قالوا: ظناً المال كثيراً، تخرج الوصية من الثلث، فبان قليلاً ، أو ظهر عليه دينٌ ولم يعلمه، لم يلتفت إليهم لتضمن الإجازة شيئاً معلوماً، ولو قيل بمساواته الفرض الأول ، كان وجهاً، لأنّ الوارث قد يسمح^(١) بذلك ظناً منه أنه يبقى له من المال ما يكفي، فإذا بان خلافه، لحقه الضرر في الإجازة .

٤٧٥٣ . الحادي عشر: لا تصحّ الإجازة إلا من جاز التصرف ، ولو أجاز الصبيّ والمجنون والمحجور عليه للسفه، لم تصحّ ، وأمّا المفلس فإنّ إجازته صحيحة.

٤٧٥٤ . الثاني عشر: لا يجوز تعيّر الشيء ممّا أوصى به الميّت إذا لم يخالف المشروع، فإن خالفه لم يجز إمضاؤه.

٤٧٥٥ . الثالث عشر: لو لم يكن له وارثٌ من نسب ولا سبب، فأوصى بجميع ماله، ففي رواية تصحّ الوصية بأجمعها^(٢) ولو قيل: تصحّ في الثلث خاصّة، كان وجهاً^(٣) لأنّ له وارثاً، هو الإمام عندنا، وهو الذي يعقل عنه.

١ . سمح به سموحاً وسماحاً وسماحةً: جاد . مجمع البحرين.

٢ . لاحظ الوسائل: ١٣ / ٣٧٠ ، الباب ١٢ من كتاب الوصايا ، الحديث ١ . واختاره الصدوق في المقنع وابن الجنيد على ما نقله المصنف عنهما في المختلف: ٦ / ٣٣٧ .

٣ . ذهب إليه الشيخ الطوسي في الخلاف: ٤ / ١٦٦ ، المسألة ٥٢ من كتاب الوصايا ، وابن إدريس في السرائر: ٣ / ٢٠٤ .

صفحة ٣٤٣

ولو كان له وارث^(١) لم يكن له الوصية بأكثر من الثلث، وإن كان الوارث ذا فرض يأخذ ما يبقى بعده أكثر من الثلث ، لأنّه يأخذ الباقي بالردّ عندنا، أو كان زوجاً أو زوجة.

٤٧٥٦ . الرابع عشر: يعتبر ثلث المال حين الوفاة لا حين الوصية، فلو أوصى الغني بما يخرج من الثلث، ثم افتقر ومات، اعتبر الثلث حال الموت، فان لم يخرج الموصى به من الثلث، بطل الزائد، ولا اعتبار ببساره، ولو أوصى ، وهو فقير، ثم أيسر حتى خرج الموصى به من الثلث، صحّت وصيّته، ولا اعتبار بفقره، سواء علم الموصي ما تجدد له أو لم يعلم.
ولو أوصى ثم قُتل أو جرح ، خرجت الوصية من ثلث ماله وديته وأرش جراحه، سواء كان القتل عمداً أو خطأً.

٤٧٥٧ . الخامس عشر: لو أوصى إلى إنسان بالمضاربة بتركته ، على أن الربح بين العامل والورثة بالسوية، صحّت الوصية، وهل يشترط أن يكون من الثلث؟ فيه نظر.
٤٧٥٨ . السادس عشر: إذا أوصى بأشياء تخرج من الثلث، عمل بها، وان قصر الثلث عنها، فإن كانت بأجمعها واجبة، أخرجت من صلب المال، وإن كان بعضها واجباً بُدئ بالواجب من صلب المال، والباقي من ثلث الباقي، وبُدئ بالأول منه فالأول، ولو كان الكل غير واجب بُدئ بالأول فالأول ، حتى يستوفى الثلث، وكان النقص داخلاً على الأخير، ولو أجاز الورثة، عُمِلَ بالجميع.

١ . في «ب»: ورّاث .

صفحة ٣٤٤

٤٧٥٩ . السابع عشر: إذا قال: حجّوا عني حجّة واحدة بقدر معيّن، وكان فيه فضل عن أجره المثل، كان الزائد للنائب، فإن عيّن أحداً ، صُرف إليه وإلاّ تخيّر الوارث أو الوصي - إن كان - في الدفع إلى من شاء، ثم إن كان الحجّ الموصى به تطوعاً، أخرج من الثلث، وإن كان واجباً أخرج أجره المثل من الأصل والزائد من الثلث ، ولو لم يف المعيّن بالحجّ الواجب ، أخذ الباقي من صلب المال.

ولو عيّن فأبى المعيّن، بطل التعيين، ويستتاب بأقلّ ما يكون ثقةً يحجّ عنه، ويصرف الباقي إلى الورثة ان كان الحجّ واجباً، وإن كان تطوعاً، ففي بطلان الوصية نظراً ، أحوطه إقامة نائب غير المعيّن.

ولو قال المعيّن: ادفعوا الحجّة إلى من يحجّ، واصرفوا الباقي إليّ ، لم تجب إجابته، ولو لم يعيّن القدر، حجّ عنه نائبٌ ثقةً بأقلّ ما يكون، ولو أوصى بإقامة نائب يحجّ عنه، لم يجز للوصي أن يحجّ بنفسه.

ولو قال: حجّ عني بمهما شئت، فحجّ عنه، فالوجه أجره المثل.

ولو أوصى أن يحجّ عنه بمائة، ولزيد بتمام الثلث، ولعمرو بثلث آخر، فإن أجاز الورثة أمضى على ما قال، وإن لم يفضل عن المائة شيء، لم يكن لزيد شيء، وكان لعمرو الثلث، ولو ردّ الورثة بُدئ بالأوّل فالأوّل، كما قلنا.

ولو امتنع النائب، وكان الحجّ واجباً، أُقيم ثقة غيره بأقلّ ما يمكن، وكان تمام المائة للورثة، وباقي الثلث لزيد، وإن كان الحجّ تطوعاً، ففي بطلانه بردّ النائب نظر.

صفحة ٣٤٥

ولو عيّن قدراً من المال يحجّ به تطوعاً، ولم يعيّن المرّات، صرف جميعه إلى الحجّ إذا احتمل الثلث، وليس للوصيّ أن يصرف إلى النائب أكثر من أجره المثل، ولا أن يستأجر غير الثقة، فإن عجز عن الحجّ استؤجر به من أقرب المواضع، فإن لم يسع صُرف في وجوه البرّ، وإن فضل عن الحجّة، دفع في حجة ثانية وثالثة، وإن قصر الثلث عن المعيّن، فإن كان الحجّ واجباً أخذ أكثر الأمرين من الثلث وأجره المثل، فإن كان الثلث أكثر صُرف في الفرض قدر الكفاية وحجّ بالباقي تطوعاً، ولو كان تطوعاً أخذ الثلث خاصة.

٤٧٦٠ . الثامن عشر: إذا أوصى بثلث ماله لزيد، وبربعه لعمرو، فإن أجاز الورثة عمل بها، وإن ردّوا بطل الأخير، وكذا البحث لو زاد على ذلك، ولو أوصى بالنصف لزيد، والربع لعمرو، فإن أجازوا أخذاً ثلاثة أرباع التركة، وإن امتنعوا كان لزيد الثلث موقراً، وبطل الزائد عليه، ولا يقسم الثلث على قدر السهام بين الموصى لهم، وليس للورثة إجازة الأخيرة وإبطال الأولى.

ولو جازت الوصايا المال، فإن ردّ الورثة، بطلت في الزائد على الثلث، وأخذ الأوّل فالأوّل، وإن أجازوا فالوجه بدء الأوّل فالأوّل، ودخل النقص على الأخير، كما لو لم تتجاوز الوصية المال. ولو أوصى بثلثه لزيد وبثلثه لعمرو، كان ذلك رجوعاً عن الأوّل إلى الثاني، فلو اشتبه الأوّل، استخرج بالقرعة، هكذا قاله علماؤنا، وفيه نظر، إذ لو أجاز الورثة صحّتا معاً، ولو ردّ الثاني خرج على قول علمائنا انتقال الثلث إلى الورثة لا إلى الأوّل، ولو نصّ على عدم الرجوع، ففي كونه رجوعاً إشكال، أقربُهُ أنّه ليس رجوعاً، فيعطى الأوّل إن لم يجز الورثة، وإن أجازوا أخذاً ثلثي المال بينهما.

صفحة ٣٤٦

ولو أوصى بشيء واحد لاثنتين، فإن كان بقدر الثلث أو أقلّ، تساويا فيه، وإن زاد، وأجازت الورثة، فكذاك، وإن ردّوا كان لهما ما يحتمله الثلث، وبطل الزائد في حقهما معاً، ولو جعل لكل واحد منهما شيئاً بُدئ بعطية الأوّل، ودخل النقص على الثاني.

٤٧٦١ . التاسع عشر: لو أوصى بعق مماليكه، تناولت الوصيّة من يملكه أجمع ومن يملك بعضه، فيعق نصيبه خاصّة ، وهل يقوم عليه حصّة الشريك؟ قيل: نعم، وفيه نظر، هذا إن احتمل الثلث وإلاّ أعتق^(١) منهم من يحتمله الثلث.

ولو أوصى بثلث عبده، فخرج ثلثاه، مستحقاً، صحّت الوصيّة، وصرفت إلى الثلث الباقي له، ولو أوصى له بثلث ثلاثة أعبُد،^(٢) فهلك عبدان أو استحقا، كان له ثلث الباقي خاصّة.

ولو أوصى له بشيء معيّن، فهلك قبل موت الموصي، أو بعده، من غير تفريط ، بطلت الوصيّة، ولو تلفت التركة سواه فهو للموصى له، إن كان التلف بعد الموت والقبول، وإلاّ كان له ثلثه.

٤٧٦٢ . العشرون: إذا أوصى بثلث ماله مشاعاً، كان للموصى له من كلّ شيء ثلثه، وإن أوصى بعين ، وكان بقدر الثلث، ملكه الموصى له بالموت والقبول، وليس للورثة دفع عوضه إلاّ برضاه، ولو كان له مال غائب، فإن خرجت العين من ثلث الحاضر، أخذها الموصى له، وإلاّ أخذ منها ما يحتمله الثلث من المال الحاضر، وكلما حصل من الغائب شيء أخذ من تلك العين بقدر ثلثه.

١ . في «ب»: عتق.

٢ . قال الفيومي: استعمل للعبد جموع كثيرة والأشهر منها: أعبُد وعبُد وعباد. المصباح المنير.

صفحة ٣٤٧

٤٧٦٣ . الواحد والعشرون: إذا أوصى بالحمل صحّ إذا كان مملوكاً، بأن يكون رقيقاً ، أو حمل دابة مملوكة، فإن انفصل ميتاً، بطلت الوصيّة، وإن انفصل حيّاً، وعلمنا وجوده حال الوصيّة، أو حكمنا بوجوده، صحّت الوصيّة، وإلاّ فلا.

ولو قال: أوصيت لك بما تحمل جاريتي هذه ، أو ناقتي ، أو نخلتي، جاز، وإن لم يكن الحمل موجوداً ، ويقوم الحمل بعد انفصاله حيّاً.

ولو أوصى بالحمل الموجود، اعتبر وجوده في حمل الأمة بما يعتبر وجود الحمل في غير الوصيّة، وذلك بأن تأتي به لدون سنّة أشهر منذ الوصيّة، وإن أتت به لأكثر من سنّة أشهر إلى عشرة أشهر منذ مفارقة الزوج لها، أو غيبته عنها، صحّت الوصيّة أيضاً ، وإن كان حاضراً عندها ففي نفوذ الوصيّة به فيما بين العشرة والسنّة^(١) إشكال ، أقربه النفوذ إن علم وجوده وإلاّ فلا.

٤٧٦٤ . الثاني والعشرون: إذا أوصى بثمر شجر، أو بستان، أو أجرة دار، أو خدمة عبد، أو سكنى الدار، أو غير ذلك من المنافع مدّة معيّنّة، صحّ ، سواء كانت الثمرة والمنفعة موجودة أو لا، ويعتبر ذلك من الثلث كما قلنا في الأعيان، فإن قصر الثلث أُجيز منها بقدر الثلث خاصّة، وبطل الزائد، ولا يتخيّر الورثة بين تسليم خدمة العبد المدّة وبين تسليم ثلث المال، ولا يحكم بخدمته العبد للموصى له يوماً وللورثة يومين حتّى يستكمل المدّة.

٤٧٦٥ . الثالث والعشرون: إذا أوصى بالمنفعة مدّةً معيّنةً ، أخرجت من الثلث فيُتّوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدّة، ثمّ تقوّم المنفعة في

١ . في «أ»: والسنة.

صفحة ٣٤٨

تلك المدّة، فينظر كم قيمتها، وإن كانت مطلقةً في الزمان كلّها، بأن أوصى بالمنفعة على التأييد ، قيل: تقوّم الرقبة بمنفعتها جميعاً، ويعتبر خروجها من الثلث، لأنّ عبداً لا منفعة له وشجراً لا ثمرة لها، لا قيمة له غالباً ، وقيل: تقوّم الرقبة على الورثة، والمنفعة على الموصى له، فيقوّم العبد بمنفعته ، فإذا قيل: قيمته مائة، قيل: كم قيمته ولا منفعة فيه؟ فإذا قيل: عشرة، علّم أنّ قيمة المنفعة تسعون، وقيل: تقوّم المنفعة على الموصى له، ولا تقوّم العين على الورثة، واختاره الشيخ (رحمه الله)(١).

ولو أراد الموصى له إجارة العبد أو الدار في المدّة، فله ذلك ، ولو أراد الموصى له إخراج العبد من البلد، كان له ذلك على إشكال.

٤٧٦٦ . الرابع والعشرون: إذا أوصى له بثمر شجرة مدّةً أو دائماً، لم يملك الموصى له ولا الوراثة إجبار الآخر على السقي ، ولو أراد أحدهما السقي على وجه لا يضرّ الآخر، لا يملك الآخر منعه، ولو يبست الشجرة، كان الحطب للوراث.

ولو أوصى بحملها سنة معيّنة، فلم تحمل تلك السنة، فلا شيء للموصى له.
ولو قال: لك ثمرتها أوّل عام تثمر، صحّ، وكان له أوّل عام ثمرها. ولو أوصى لرجل بشجرة ولآخر بالحمل صحّ، وقام صاحب الأصل مقام الوارث فيما قلناه.
ولو أوصى له بلبن شاته وصوفها، صحّ كالثمرة، ولو أوصى بأحدهما فكذلك ، ويقومهما الموصى له دون العين.

١ . المبسوط: ٤ / ١٤ .

صفحة ٣٤٩

٤٧٦٧ . الخامس والعشرون: إذا أوصى بخدمة العبد أو منفعة الدابة، كانت النفقة على الورثة، سواء كانت الوصية مقيدةً بالزمان أو على التأييد.

٤٧٦٨ . السادس والعشرون: إذا أعتق الورثة العبد الموصى بمنفعته، صحّ العتق، والمنفعة باقية للموصى له بها، ولا يرجع على المعتق بشيء ، ولو أعتقه صاحب المنفعة لم تصحّ، ولو وهب

صاحب المنفعة منافع العبد له وأسقطها عنه، كان للورثة الانتفاع به، وهل تلزم هذه الهبة؟ فيه نظر، ولو أراد الوارث بيع العبد، جاز، ويباح مسلوب المنفعة.

ولو أوصى لرجل برقبة عبد، ولآخر بمنفعته جاز، وقام الموصى له مقام الوارث، ولا ينقطع تصرف الورثة في الرقبة الموصى بنفعها ببيع وهبة وعتق وغير ذلك، ولا يبطل حق الموصى له بذلك.

٤٧٦٩ . السابع والعشرون: لو أوصى لرجل بمنفعة أمته فأنت بولد مملوك، فهو لمالك الرقبة، ولو وطأ بشبهة وجب المهر، وهل يكون لمالك الرقبة أو المنفعة؟ الأقرب، الأول.

ولو أنت بولد من الشبهة، فهو حرٌ وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة، وهل للوارث وطئها؟ فيه إشكال، أمّا صاحب المنفعة، فليس له ذلك، فإن وطئها لشبهة، فلا حدّ عليه، ولا تصير أمّ ولد، وعليه قيمة ولدها يوم سقوطه حياً لمالك الرقبة، والمهر أيضاً.

ولو وطئها مالك الرقبة، فلا حدّ، ولا تصير أمّ ولد، ولا مهر عليه، وليس لمالك المنفعة تزويجها، وهل لمالك الرقبة ذلك؟ فيه نظر.

صفحة ٣٥٠

٤٧٧٠ . الثامن والعشرون: إذا قتل العبد الموصى بخدمته، وجبت قيمته، وهل يكون للمالك الرقبة خاصة، أو يشتري بها عبدٌ يقوم مقامه؟ فيه إشكال.

٤٧٧١ . التاسع والعشرون: إذا أوصى لرجل بحبّ زرع، ولآخر بتبنيه صحّ، والنفقة عليهما، ولو امتنع أحدهما منه، أُجبر عليه على إشكال.

٤٧٧٢ . الثلاثون: لو أوصى له بخاتم ولآخر بفضّه، صحّ، ولا ينتفع أحدهما إلاّ بإذن الآخر، وأيّهما طلب قلع الفصّ أُجبر الآخر الممتنع عليه.

ولو أوصى لرجل بدينار من غلّة داره، وأجرته ديناران صحّ، فإن أراد الورثة بيع النصف وإبقاء النصف الذي أجره ديناراً، كان له منعهنّ، ولو كانت الدار لا تُخرج من الثلث فلهم بيع ما زاد عليه، وعليهم ترك الثلث، فإن كانت غلّته ديناراً أو أقلّ، فهو للموصى له، وإن كانت أكثر فله ديناراً، والباقي للورثة.

٤٧٧٣ . الواحد والثلاثون: إذا أوصى بعبد من عبيده ولم يعيّن، تخيّر الورثة في التعيين، ويجوز أن يعطوا صغيراً، أو كبيراً، صحيحاً، أو معيباً، ولا يكون له جزء مشاع من العبيد بنسبة العبد، فلو كان له عبدان فأوصى بعبد، كان للورثة أن يعطوه واحداً منهما، ولا يكون الموصى له شريكاً للورثة بالنصف، ولو لم يكن له إلاّ واحدٌ تعيّن للوصية، وكذا لو ماتوا ولم يبق إلاّ واحد.

ولو مات العبيد أجمع قبل موت الموصى، بطلت الوصية، وكذا لو قُتلوا. ولو ماتوا بعد موته بتفريط من الورثة، أو قتلهم قاتلٌ، كان للورثة أن يعيّنوا له من شاءوا، ويجب عليهم أو على القاتل دفع قيمة من عيّنوه.

ولو ماتوا بعد موته بتفريط، بطلت الوصية، ولو قال: أوصيتُ لك بعبد من

صفحة ٣٥١

عبيدي ، ولا عبيد له، بطلت الوصية، ولو اشترى قبل موته عبداً احتمل البطلان لوقوعها باطله، لأنها وصية بلا شيء، والصحة ، كما لو أوصى بثلاث عبيده وله عبيد، ثم ملك آخرين، أما لو أوصى له بعبد من غير إضافة، فإنه يصح ويشترى له عبدٌ أي عبد كان. ولو أوصى له بعبد ، انطلق إلى الذكر ، أما لو أوصى له بجارية أو أمة، كان له أنثى ، لا ذكر ولا خنثى.

ولو أوصى بواحد من رقيقه أو برأس ، تخير الورثة بين إعطاء الذكر والأنثى والخنثى. ٤٧٧٤ . الثاني والثلاثون: إذا أوصى له بشاة من غنمه، فالحكم كما لو أوصى بعبد من عبيده، ويقع على الضأن، والمعز، والصغير، والكبير ، والأنثى، والذكر ، ولو أوصى بكبش، تناول الذكر الكبير من الضأن خاصة، والتميس على الذكر الكبير من المعز. وإن أوصى بعشرة من الغنم، تناول الذكور خاصة، والصغار ، والكبار، ولو أوصى بجمل اختص بذكر الإبل والناقة بالأنثى.

وإن قال: عشرة من الإبل تناول الذكور خاصة، ولو حذف الهاء^(١) تناول الإناث خاصة. ولو قال: أعطوه بغيراً، اشترك بين الذكر والأنثى، وإن وصى بثور، فهو ذكر البقر، والبقرة للأنثى.

١ . أي من لفظة «العشرة».

صفحة ٣٥٢

والدابة واحدة من الخيل والبغال والحمير الذكر والأنثى، ولو قيد بقريئة، انصرف إلى المقيد كقوله دابة يسهم لها في الجهاد انصرف إلى الخيل. ولو قال: ينتفع بظهرها ونسلها، خرجت البغال والذكور. وإن وصى بحمار فهو ذكر، والأتان للأنثى، والحصان للذكر من الخيل ، والفرس للذكر والأنثى، ويتخير الورثة في تعيين ما شاءوا مما يقع عليه اسم الوصية في ذلك كله، ولا يستحق الدابة سرجاً ولا البعير رحلاً.

٤٧٧٥ . الثالث والثلاثون: إذا أوصى بعق عبد، لزم الوارث إعتاقه، فإن امتنع أجبره الحاكم إذا خرج من الثلث وإلا فبقدره ، فإذا اعتقه الوارث أو الحاكم، فهو حرٌّ من حين الإعتاق ، وولاؤه للموصي، وكذا لو أوصى إلى غير الوارث بعقته.

٤٧٧٦ . الرابع والثلاثون: إذا أوصى بعق عبده، وليس له غيرهم، أعتق ثلثهم بالقرعة، ولو رتبهم أعتق الأوّل فالأوّل حتّى يستوفى الثلث، وتبطل الوصيّة في الزائد، ولو أوصى بعق عدد مخصوص من عبده استخرج العدد بالقرعة، وقيل يتخّير الورثة بقدر ذلك العدد، والقرعة على استحباب، وهو أجود.

٤٧٧٧ . الخامس والثلاثون: لو أوصى بعق رقبة مؤمنة، وجب، فإن لم يجد قيل، يعتق من لا يُعرف بنصب، (١) ولو أعتق من ظنّ إيمانها ثمّ بان الخلاف، أجزأت عن الموصي. (٢)

٤٧٧٨ . السادس والثلاثون: لو أوصى بعق رقبة بثمن معيّن فلم يوجد به،

١ . القائل الشيخ الطوسي (قدس سره) في النهاية: ٦١٦ .

٢ . وفي النهاية: «عن الوصي».

صفحة ٣٥٣

لم يجب الشراء، وتوقّع الوجود، ولو وجده بأقل، اشترى وأعتق، ودفع الباقي إلى الرقبة (١).

٤٧٧٩ . السابع والثلاثون: لو أوصى بعق أمته على أن لا تتزوج، ثمّ مات، فقالت: لا أتزوج، عُتقت، فإن تزوّجت بعد ذلك لم يبطل عتقها، ولو أوصى بأُمّ ولده بألف على أن لا تتزوج، أو على أن تثبت (٢) مع ولده ففعلت وأخذت الألف ثمّ تزوّجت وتركت ولده، احتمل بطلان الوصيّة وصحتها.

الفصل الرابع: في الوصايا المبهمة

وفيه ثمانية عشر بحثاً:

٤٧٨٠ . الأوّل: إذا أوصى بجزء من ماله، كان له السبع، وقيل: العشر (٣)، ولو قال: بسهم كان ثمناً، ولا يتخّير الورثة في إعطاء ما شاءوا، ولا يحكم له بأقلّ سهام الوارث، ولو أوصى له بشيء، كان له سدساً.

١ . لرواية سماعة عن الصادق (عليه السلام) قال: سألته عن رجل أوصى أن تعتق عنه نسمة من ثلثه بخمسمائة درهم، فاشترى بأقلّ من خمسمائة درهم وفضلت فضلة فماترى في الفضلة؟ فقال: تدفع الفضلة إلى النسمة من قبل أن تعتق، ثمّ تعتق عن الميت. الوسائل: ١٣ / ٤٦٥ ، الباب ٧٧ من كتاب الوصايا، الحديث ١ .

٢ . في هامش «أ»: أو على أن تبيت .

٣ . ذهب إليه الشيخ في التهذيب: ٩ / ٢١٠ في ذيل الحديث ٨٣١ ؛ والاستبصار: ٤ / ١٣٣ في ذيل الحديث ٥٠١ ، والمصنف في المختلف: ٦ / ٣١٠ .

٤٧٨١ . الثاني : لو أوصى بلفظ مجمل غير هذه، رجع في تفسيره إلى الوارث، كما لو قال: أعطوه حظاً من مالي، أو قسطاً، أو نصيباً، أو قليلاً، أو جليلاً، أو جزيلاً، أو عظيماً، أو خطيراً، بلا خلاف.

ولو قال: أعطوه كثيراً أُعطي ثمانين درهماً، ولو عيّن الموصى له شيئاً، وادّعى أنّ الموصى قصده من هذه الألفاظ وادّعى علم الوارث، كان عليه البيّنة، وعلى الوارث اليمين على نفي العلم.

٤٧٨٢ . الثالث: إذا قال: أعطوه مثل نصيب ابني، وله ابن لا غير، كان ذلك وصيةً بالنصف، وقال مالك: إنّه وصية بالجميع^(١) وليس ببعيد من الأصول، لكن الأول أقرب، فعلى ما قلناه إن أجاز الوارث اقتسما التركة بالسوية، وإن لم يجز كان للموصى له الثلث، ولو كان له ابنان فأوصى لثالث بمثل نصيب أحدهما، كان الموصى له بمنزلة ابن آخر، فيضاف إلى أولاده، فيكون له الثلث، وكذا لكل ابن، ولا يفتقر إلى الإجازة، وعند مالك^(٢) يكون له النصف مع الإجازة.

ولو كان له ذكور واناث، وأوصى بمثل نصيب أحدهم على التعيين، أُعطي مثل نصيبه، وإن كان من غير تعيين أُعطي مثل نصيب أقلهم ميراثاً، فلو كان له ابن وأربع زوجات، كان له مثل نصيب زوجته، قال الشيخ (رحمه الله): تكون الفريضة من اثنين وثلاثين، للموصى له سهمٌ، ولكل زوجة سهمٌ، وللأبن سبعة وعشرون^(٣)، والحق أنّ الفريضة من ثلاثة وثلاثين، فلأبن ثمانية وعشرون، ولو قال: مثل نصيب ابني، كانت الفريضة من ستين، يأخذ الموصى له مثل الابن ثمانية وعشرين.

ولو كان له بنت فأوصى بمثل نصيبها، كان وصيةً بالنصف، ولو كان له

١ . لاحظ المغني لابن قدامة: ٦ / ٤٤٩ .

٢ . نقله عنه ابن قدامة في المغني: ٦ / ٤٤٩ .

٣ . المبسوط: ٤ / ٦ .

ابنتان، فأوصى بمثل نصيب إحداهما، فهو بالثلث، ولو كان ثلاث أخوات من أمّ وإخوة ثلاثة من أب، فأوصى بمثل نصيب أحدهم من غير تعيين، كان له مثل أقلهم، فله سهم من عشرة، ولكل أنثى سهم، ولكل ذكر سهمان، ولو كان له زوجة وبنت، وقال: مثل نصيب بنتي، فأجاز الورثة، فالفريضة من خمسة عشر، للزوجة سهم والباقي بينه وبين البنت.

٤٧٨٣ . الرابع: إذا أوصى بنصيب وارث، احتمل البطلان والصحة، فتكون وصيته بمثل النصيب.

٤٧٨٤ . الخامس: قال أبو عبيد ابن سلام^(١): الضَّعْفُ: المثل، لقوله تعالى: (يُضَاعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ)^(٢) أي مثلين، وقوله (فَأَنْتَ أَكْلَهَا ضِعْفَيْنِ)^(٣) وإذا كان الضَّعْفَانِ مثلين ، فالواحد مثل ، فإذا أوصى بضعف نصيب ابنه، كان له مثله على ذلك ، وقيل^(٤): مثلاه، لقوله تعالى: (ضِعْفُ الْحَيَاةِ وَضِعْفُ الْمَمَاتِ)^(٥) قال أبو عبيدة بن المثنى^(٦): ضِعْفُ الشَّيْءِ هُوَ مِثْلُهُ ، وضعفاه هو مثلاه^(٧) .
٤٧٨٥ . السادس: لو قال: أوصيت لك بضعفي نصيب ابني فله مثلاً نصيبه، ولو قال: ثلاثة أضعفاه، فهو ثلاثة أمثاله على قول أبي عبيدة وعلى الآخر يكون له في

- ١ . أبو عبيد قاسم بن سلام - بتشديد اللام - الفقيه البغدادي أخذ عن الكسائي والفرّاء، ولي القضاء بطرسوس. مات سنة ٢٢٤ هـ . لاحظ طبقات الفقهاء: ١٠٢ ، وفيات الأعيان: ٤ / ٦٠ .
- ٢ . الأحزاب: ٣٠ .
- ٣ . البقرة: ٢٦٥ .
- ٤ . القائل هو الشافعي ، لاحظ المغني لابن قدامة: ٦ / ٤٥٠ .
- ٥ . الإسراء: ٧٥ .
- ٦ . أبو عبيدة معمر بن المثنى اللغوي البصري ، أخذ عنه أبو عبيد والمازني وأبو حاتم، مات سنة ٢١١ هـ . لاحظ وفيات الأعيان: ٥ / ٢٣٥ .
- ٧ . لاحظ المغني لابن قدامة: ٦ / ٤٥٠ - ٤٥١ .

صفحة ٣٥٦

الأوّل ثلاثة أمثاله، وفي الثاني أربعة أمثاله، قيل^(١) في الأوّل أربعة أمثاله وفي الثاني ستّة أمثاله، وهو قول مرزول في استعمال العرب.
٤٧٨٦ . السابع: لو أوصى بمثل نصيب من لا نصيب له ، كالفاتل ، والعبد، والكافر، والمحجوب، فلا شيء.
٤٧٨٧ . الثامن: لو أوصى لرجل بثلث، ولآخر بربع، ولآخر بخمس، ولآخر بمثل وصيّة أحدهم ، فله الخمس، ولو أوصى لواحد بعشرة، ولآخر بستة، ولآخر بأربعة، ولآخر بمثل وصيّة أحدهم، كان له أربعة، ولو قال: فلان شريكهم، فله خمس ما لكلّ واحد.
ولو أوصى لأحدهم بمائة ، ولآخر بدار، ولآخر بعبد، ثمّ قال: فلان شريكهم، قيل: كان له نصف ما لكل واحد منهم.
٤٧٨٨ . التاسع: لو أوصى بمثل نصيب وارث مقدّر، كأن يكون له ابنان، فيوصى بمثل نصيب ثالث لو كان ، فله الربع، ولو أوصى بمثل نصيب خامس لو كان، فله السدس.
٤٧٨٩ . العاشر: لو أوصى لثلاثة بمثل سهام بنيه الثلاثة، فالمال بينهم أسداساً مع الإجازة، وإن لم يجيزوا فللموصى لهم ثلاثة من تسعة، ولو أجازوا لواحد خاصّة، فللمردود عليهما التسعان، وأما

المجاز له فله السدس فيأخذ مخرج السدس والتسع وهو ثمانية عشر ثم تضرب ثلاثة في ثمانية عشر تكون أربعة وخمسين ، للمجاز له تسعة، ولكل واحد من صاحبيه ستة، ولكل ابن أحد عشر،

١ . القائل هو أبو ثور، لاحظ المغني لابن قدامة: ٦ / ٤٥١ .

صفحة ٣٥٧

وقال بعض الجمهور: يضمّ المجاز له إلى البنين، فتضرب في تسعة، تصير ستة وثلاثين ، للمجاز له سبعة، وكذا لكل ابن ، وللآخرين ثمانية بينهما، فان أجازوا بعد ذلك للآخرين تم لكل واحد منهم سدس المال، فيصير المال أسداساً على الأول، وعلى الوجه الثاني يضمّون ما حصل لهم، وهو أحد وعشرون من ستة وثلاثين إلى ما حصل لهما، وهو ثمانية، ويقسم بينهم على خمسة، فتضرب خمسة في ستة وثلاثين تكون مائة وثمانين، ولو أجاز أحد البنين لهم دون الآخرين، كان للمجيز ثلاثة من ثمانية عشر، وللآخرين ثمانية بينهما، تبقى سبعة، ينكسر بضرب ثلاثة في ثمانية عشر، ولو أجاز واحد لواحد، دفع إليه ثلث ما في يده من الفاضل، وهو ثلث سهم من ثمانية عشر.

٤٧٩٠ . الحادي عشر: لو أوصى بثلث ماله لزيد، وأوصى بمثل نصيب أحد ورثته، - وهم ثلاثة بنين - لعمره، فإن أجازوا، أخذ زيد الثلث ، وعمره السدس، وإن ردّوا بطلت وصية عمرو^(١) ، ويحتمل مع الإجازة أن يكون لعمره الربع على بُعد.

ولو أوصى لزيد بالنصف ولعمره بمثل النصيب، احتل الأمران مع الإجازة، فيكون لعمره الثمن على الأول، وهو الأقوى، والربع على الثاني، ويحتمل ثالث، وهو أن يكون له السدس، لأنّ حقّ الورثة الثلثان لا ينقصون عنه^(٢) إلا بالإجازة، وهي غير ثابتة في حقّ عمرو، فلا ينقص عن السدس إلا بإجازته، وهو حسن.

١ . أي وصيته لعمره لتقدم الأولى وتأخر الثانية .

٢ . في «ب»: لا ينتقصون عنه.

صفحة ٣٥٨

ولو أوصى بالثلثين وأجازوا، فعلى الأول لزيد الثلثان ، ولعمره ربع الثلث ، وعلى الثاني الربع لعمره، فلورثة حينئذ نصف السدس، وعلى الثالث لعمره السدس .

٤٧٩١ . الثاني عشر: لو أوصى لزيد بمثل نصيب أحد بنيه الثلاثة، ولعمره نصف الباقي وأجازوا، احتل أن يُعطى صاحبُ النصيب مثل نصيب الوارث إذا لم تكن هناك وصية أخرى ، فيكون له الربع، وللآخر نصف الباقي، فيصحّ من ثمانية، ويحتمل أن يُعطى مثل نصيبه من ثلثي

المال، فله السدس، وللآخر نصف الباقي، وتصحّ من ستّة وثلاثين ، ويحتمل أن يُعطى مثل نصيبه بعد أخذ صاحب الجزء وصيّته ، فيدخلها الدور، وطريقه: أن نأخذ مخرج النصف فنسقط منه سهماً، يبقى سهم هو النصيب، ثم نزيد على عدد البنين واحداً تصير أربعة، نضربها في المخرج تصير ثمانية، ننقصها سهماً، فيبقى سبعة، فهي المال، للموصى له بالنصيب سهم، وللآخر ثلاثة، ولكل ابن سهم، أو نأخذ سهام البنين، وهي ثلاثة، فنقول: هذه بقية مال ذهب نصفه، فإذا أردت تكميله تزيد مثلها ثم تزيد مثل سهم ابن فتصحّ من سبعة.

ولو كانت الوصية الثانية بنصف ما يبقى من الثلث، أخذت مخرج النصف والثلث، وهو ستّة ، تنتقص منه سهماً، تبقى خمسة هي النصيب، ثم تزيد واحداً على سهام البنين يصير أربعة، تضربها في ستّة تصير أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة يبقى أحدٌ وعشرون، وهو المال، لصاحب النصيب خمسة، يبقى من الثلث اثنان ، تدفع منهما سهماً، إلى الآخر، يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة، أو نأخذ سهام البنين، وهي ثلاثة وتزيد عليها مثلها وسهماً آخر وهو سهم ابن، تصير سبعة، ثم تضربها في ثلاثة.

صفحة ٣٥٩

ولو أوصى لثالث بربع المال فخذ المخرج وهي اثنان وثلاثة وأربعة، واضرب بعضها في بعض تبلغ أربعة وعشرين، وزد على عدد البنين واحداً تصير أربعة، واضربها في أربعة وعشرين، تصير ستّة وتسعين، فانقص منها ضرب نصف سهم في أربعة وعشرين، وذلك اثنا عشر ، يبقى أربعة وثمانون فهي المال ، ثم انقص من الأربعة والعشرين سدسها لأجل الوصية الثانية . وربعها لأجل الوصية الثالثة، تبقى أربعة عشر، فهي النصيب، فادفعها إلى الموصى له بالنصيب، ثم إلى الثاني نصف ما يبقى من الثلث، وهو سبعة، وإلى الثالث ربع المال إحدى وعشرين، يبقى اثنان وأربعون لكل ابن أربعة عشر، أو يأخذ سهام البنين وهي ثلاثة، وتزيد مثلها ومثل سهم ابن ، تصير سبعة تضربها في ثلاثة لأجل وصية الثلث، تبلغ إحدى وعشرين، تضربها في الأربعة لأجل وصية الربع، تبلغ أربعة وثمانين .

في الاستثناء

٤٧٩٢ . الثالث عشر: لو أوصى بمثل نصيب أحد بنيه الثلاثة لإربع المال، فخذ مخرج الكسر أربعة وزد عليها سهماً تكون خمسة، فهو النصيب وزد على عدد البنين واحداً، واضربه في مخرج الكسر تصير ستّة عشر ، تدفع إلى الموصى له خمسة وتستثني منه أربعة يبقى له سهم، ولكل ابن خمسة، أو يخصص كل ابن بربع، ويقسم الربع الباقي بينه وبينهم أرباعاً.

ولو قال: إلا ربع الباقي بعد النصيب، فزد على سهام البنين سهماً وربعاً، واضربه في أربعة تصير سبعة عشر، للموصى له سهمان، ولكل ابن خمسة.

ولو قال: إلا ربع الباقي بعد الوصية، جعلت المخرج ثلاثة، وتزيد على الثلاثة واحداً، هو النصيب، تصير أربعة، وتزيد على عدد البنين نصيباً وثلاثاً، وتضربه في ثلاثة تكون ثلاثة عشر هو المال، للموصى له سهم، أو تقول: المال كله ثلاثة أنصباء، ووصية، والوصية هي نصيب الأربعة الباقي بعدها، وذلك ثلاثة أرباع نصيب، بقي ربع نصيب، هو الوصية، فيكون المال كله ثلاثة وربعاً تبسطها إلى ثلاثة عشر.

ولو قال: إلا ثلث ما يبقى من الثلث، فخذ مخرج ثلث الثلث، وهو تسعة، و زد عليها سهماً تصير عشرة، فهي النصيب، وزد على سهام البنين سهماً وثلاثاً، واضرب ذلك في تسعة، تصير تسعة وثلاثين، للموصى له تسعة، ولكل ابن عشرة.

ولو قال: إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية، جعلت المال ستة، وزدت عليها سهماً، فهذا هو النصيب، وزدت عليها أنصباء البنين سهماً ونصفاً، وضربته في ستة، تصير سبعة وعشرين، دفعت إلى الموصى له سبعة، وأخذت منه نصف باقي الثلث، بقي معه ستة، وبقي أحد وعشرون، لكل ابن سبعة، لأن الثلث بعد الوصية، هو النصف بعد النصيب.

ولو قال: إلا خمس ما بقي من المال بعد النصيب، ولآخر بثلث ما يبقى من المال بعد وصية الأول، فخذ الجميع خمسة وزد عليها خمسها، تصير ستة، انقص منها ثلثها من أجل الوصية بالثلث، يبقى أربعة فهي النصيب، ثم خذ سهماً وزد عليه خمساً وانقص من ذلك ثلثه، تبقى أربعة أخماس، زدها أيضاً على أنصباء البنين واضربها في خمسة تصير تسعة عشر، فهي المال، ادفع إلى الأول أربعة واستثن منه خمس الباقي ثلاثة يبقى معه سهم، وادفع إلى الآخر ثلث الباقي ستة، يبقى اثنا عشر، لكل ابن أربعة.

٤٧٩٣ . الرابع عشر: لو خلف أربعة بنين، وأوصى لرجل بثلث ماله إلا نصيب أحدهم، أو أوصى له بتكملة الثلث على نصيب أحدهم، فله التسع، وطريقه أن يدفع إلى الموصى له واين ثلث المال، يبقى ثلثاه لثلاثة بنين، لكل واحد تسعان، يبقى تسع للموصى له.

٤٧٩٤ . الخامس عشر: إذا أوصى لواحد بسدس ماله، ولآخر بتمام الثلث، فهو سدس أيضاً، فإن رد الأول وصيته، فلآخر تمام الثلث لا الثلث كلاً، ولو أوصى للأول بالثلث، وللآخر بباقي الثلث، فلا شيء للآخر، سواء رضي الأول أو رد.

٤٧٩٥ . السادس عشر: إذا أوصى بوصايا متعددة، فنسي الوصي^(١) باباً منها، قال الشيخ: يصرف في وجوه البر^(٢) وقال في جواب الحائريات^(٣): إذا نسي الوصي جميع أبواب الوصية عاد ميراثاً.

٤٧٩٦ . السابع عشر: إذا أوصى له بسيف وعليه حلية، وهو في جفن ، دخل الجفن والحلية في الوصيّة، وكذا لو أوصى بسفينة فيها متاع، دخل المتاع فيها، وكذا لو أوصى بجراب، أو صندوق، أو وعاء مختوم، دخل ما في الجراب والصندوق والوعاء في الوصيّة، وذلك مأخوذاً من الرواية^(٤) وفتوى الأصحاب^(٥).

٤٧٩٧ . الثامن عشر: لو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته، لم يصحّ، واحتمل البطلان في الجميع وفي ثلثي المال.

- ١ . في «أ»: ونسي الوصيّ .
- ٢ . النهاية: ٦١٣ .
- ٣ . المسائل الحائريات في ضمن الرسائل العشر: ٢٩٧ . هذا نصّه: إذا نسي جميع أبواب الوصيّة ، ولم يكن هناك ما يرجع إليه فيتذكره، بطلت وصيّته.
- ٤ . لاحظ الوسائل: ١٣ / ٤٥١ - ٤٥٢ ، الباب ٥٧ و ٥٨ و ٥٩ من كتاب الوصايا .
- ٥ . في «أ»: وقبول الأصحاب .

صفحة ٣٦٢

الفصل الخامس: في الموصى له

وفيه ثلاث وثلاثون بحثاً:

٤٧٩٨ . الأوّل : يشترط في الموصى له كونه ممّن يتصور له الملك ، فلا تصحّ الوصيّة للمعدوم، وإن علّقها بوجوده، ولا للميت ، ولا لما تحمله المرأة، أو لمن يوجد من أولاد فلان، ولو أوصى لمن يظنّ وجوده ، فبان ميّتاً، لم تصحّ.

٤٧٩٩ . الثاني : كما تصحّ الوصيّة للأجنبيّ فكذا تصحّ للوارث عندنا إجماعاً، سواء أجاز الورثة أو لم يجيزوا ، ويخرج من الثلث كغيرها من الوصايا.

ولو أسقط عن وارثه ديناً، أو أوصى بقضاء دينه، أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها، أو عفا عن جناية يوجب المال، فهو كالوصيّة.

ولو عفا عن القصاص سقط إلى غير بدل، وكذا عن حدّ القذف .

ولو أوصى لغريم وارثه صحّت الوصيّة، وكذا إن وهب له، أو أوصى لولد وارثه، وإن قصد نفع الوارث.

ولو أوصى لكل وارث بشيء من ماله معيّن، كجارية قيمتها ضعف قيمة العبد، ولا تركة غيرهما، فأوصى لابنه بها، ولابنته بالعبد، وقف على اجازة فيما زاد على الثلث .

ولو أوصى لوارثه وأجنبيّ بثلثه ، صحّ ، سواء أجاز الورثة أو لا، وكذا لو

أوصى بشيئين لهما قيمتهما الثلث، ولو أوصى لهما بما زاد على الثلث، بطلت في الزائد، فإن رتب ، دخل النقص على الأخير، سواء كان أجنبياً أو وارثاً، وإن شرك دخل النقص عليهما بالسوية، ولا يختص به الوارث، ولو أجازوا وصية أحدهما وأبطلوا وصية الآخر، صحّ فيما زاد على الثلث ، ولو رتب الوصية بالثلثين فأجازوا الثانية بشرط إبطال الأولى لم تصحّ الإجازة، وصحّت الأولى خاصة، ولو أوصى بالثلثين على الشريك، فأجازوا وصية الوارث ونصف وصية الأجنبي، صحّ وكذا بالعكس، ولو أجازوا وصية أحدهما خاصة، ففي التشريك بينهما في الثلث نظر.

٤٨٠٠ . الثالث : إذا أوصى لوارثه بما يزيد على الثلث، وأجاز بعض الورثة دون بعض ، صحّت من الأصل بالنسبة إلى المجيز ومن الثلث بالنسبة إلى غيره، فلو خلف عبداً لا غير وثلاثة أولاد، فأوصى به لأحدهم، فأجاز واحد، فله الثلث بالوصية، ونصيب المجيز ، وهو ثلث الباقي، ونصيبه بالميراث، ويخلف اثنان من تسعة لغير المجيز، ولو أجاز له نصف العبد، فله النصف خاصة والباقي ميراث بينهم.

ولو أوصى به لاثنين ، كان للثالث أن يجيز لهما أو يردّ عليهما، أو يجيز لهما بعض وصيتهما إن شاء متساوياً ومتفاضلاً ، أو يرد على أحدهما ويجيز للآخر.

٤٨٠١ . الرابع: لو قال: أوصيت لفلان بثلثي ، فإن مات قبلي ، فهو لفلان، صحّ، وكذا لو قال : أوصيت به لفلان ، فإن قدم فلان الغائب، فهو له، صحّ ، فإن قدم الغائب قبل موت الموصي، بطلت وصية الأول، سواء عاد إلى الغيبة أو لا، وإن

مات الموصي قبل قدومه، فهو للحاضر، سواء قدم بعد ذلك أو لا، ويحتمل ثبوت الوصية لغائب مع قدومه بعد الموت أيضاً .

ولو قال: هذا ثلثي لفلان، ويُعطى زيد منه كلّ سنة مائة، صحّت الوصية، ويُعطى زيد منه كلّ سنة مائة، فإن فضل شيء أُعطي صاحب الثلث.

٤٨٠٢ . الخامس: ينبغي أن يوصي لأقاربه الذين لا يرثون مع فقرهم إجماعاً، ولو أوصى لغيرهم ، وتركهم صحّت وصيته لمن أوصى له.

٤٨٠٣ . السادس: إذا ملك المريض من يُعتق عليه بغير عوض عُتق وورث، سواء حمله الثلث أو لا، ولا يسعى في باقي الثلث، وكذا لو ملكه بعوض، فلو وهب له ابنه وقيّمته مائة، وخلف ابناً ومائتين، أخذ نصف التركة، ولو ملك من ورثته من لا يعتق عليه فأعتقه في مرضه، كان وصية إن خرج من الثلث عُتق وإلا فبقدره، والأقرب أنه يرث بقدر الحرية أما لو أوصى بالعتق، فإنّه لا يرث. ولو وهب لإنسان أبوه، أو أوصى له به، استحَبّ له قبوله ولم يجب .

٤٨٠٤ . السابع: لو أوصى لوارث ثم صار غير وارث قبل الوفاة، صحّت الوصية إجماعاً، وكذا بالعكس عندنا، كما لو أوصى لإخوته ثم صار له ولداً ، وكذا لو أوصى لأجنبية ثم تزوجها.
٤٨٠٥ . الثامن: لا تصحّ الوصية للميت سواء علم أنه ميتٌ أو لا، وليس لورثة الميت شيء منها، فلو أوصى بثلثه لحيٍّ وميت كان للحيّ السدس، سواء علم موت الميت أو جهله، وليس للحيّ كمال الوصية، وكذا لو قال: هو بينهما، وكذا غير الميت ممّن لا يصحّ تملكه^(١) كالحائض وشبهه، ولو أوصى لحيّين فرد أحدهما، كان للأخر النصف إجماعاً.

١ . في «أ»: ملكه .

صفحة ٣٦٥

٤٨٠٦ . التاسع: تصحّ الوصية للحمل إجماعاً، فإن انفصل ميتاً، بطلت الوصية ، ورجع المال ميراثاً لورثة الموصي، سواء مات لعارض من ضرب، أو شرب دواء، أو لغير عارض، وإن وضعته حياً صحّت الوصية له إذا حكم بوجوده حال الوصية، وذلك بأن يأتي لدون ستة أشهر منذ الوصية ، وإن أتت به لعشرة أشهر من حين الوصية ، لم تصحّ ، ولو جاء لما بينهما، وكانت خالية من زوج أو مولى ، صحّت الوصية، وإلا فلا، لاحتمال توهم الحمل في حال الوصية وتجذده بعدها. ولو أوصى لحمل امرأة من زوجها أو سيدها ، صحّت الوصية له ، ولو كان منفياً باللعان أو الإنكار لم تصحّ الوصية له، لعدم نسبه المشروط في الوصية ، ولو كانت فراشاً إلا أنّ الزوج لا يطأها لغيوبته في بلد لا يمكن وصوله إليها في زمان الحمل، أو كان أسيراً أو محبوساً، لم تصحّ الوصية، ولو أوصى لما تحمل هذه المرأة لم تصحّ ، بخلاف الوصية به .

٤٨٠٧ . العاشر: إذا أوصى لحمل امرأة تولدت ذكراً وأنثى، تساويا فيها، ولو فاضل بينهما جاز، ولو قال: إن كان في بطنها ذكر فله ديناران، وإن كانت فيها جاريةً فلها دينارٌ، فولدتها معاً، كان لكل منهما ما وصّى له به، ولو قصر الثلث ، فالأقرب دخول النقص على الأخير ، ولو ولدت أحدهما خاصةً فله وصيته، ولو كانا ذكرين، احتمل التوزيع وتخيّر الورثة في التعيين واتفاقه حتّى يصطلحا بعد البلوغ.

ولو قال: إن كان حملها، أو كان ما في بطنها، أو الذي في بطنها، أو جميع ما في بطنها، ذكراً فله ديناران، وإن كان أنثى فدينار، فولدت أحدهما منفرداً ، فله وصيته وإن ولدتها، فلا شيء لهما.

صفحة ٣٦٦

٤٨٠٨ . الحادي عشر: تصحّ الوصية لذمي وإن كان أجنبياً، ومنع بعض علمائنا من الأجنبي^(١) وبعضهم من القريب أيضاً^(٢) أمّا الحربي فالأقرب أنّه لا تصحّ الوصية له، وتصحّ

وصية الذمي لمثله وللمسلم، وإنما تصح وصية المسلم للذمي وبالعكس فيما تصح به وصية المسلم للمسلم.

والمرتد إن كان عن فطرة لم تصح الوصية له، لأنه ليس أهلاً للملك، وإن كان عن غير فطرة فقولان.

ولو أوصى لكافر بمصحف أو عبد مسلم، فالأقرب البطان، ولو أوصى له بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصي، بطلت الوصية، وكذا بعده قبل القبول، ولو كان بعد الوفاة والقبول، صحّت وبيع عليه من مسلم.

٤٨٠٩ . الثاني عشر: لو أوصى المسلم لأهل قريته، أو قرابته بعام يدخل فيه المسلم والكافر، تناولت الوصية المسلمين^(٢) خاصة، ولو صرح بهم دخلوا على أحد القولين، وكذا لو كان أهل القرية كلهم كفاراً، ولو كان فيهم مسلم واحد فالأقرب دخول الكفار إن سوغنا الوصية لهم، ولو كان أكثرهم كفاراً يخصّص بها المسلمون، وكذا البحث في ألفاظ العموم كإخوته وأعمامه واليتامى والفقراء. ولو أوصى الكافر تناولت الوصية أهل دينه، ويدخل في وصيته المسلمون إن وجدت القرينة، وإلا فإشكال، ولو كان في القرية كافر من غير دين أهل الموصي، لم يدخل في وصيته على إشكال.

١ . ذهب إليه الشيخ في المبسوط: ٤ / ٤ .

٢ . وهو خيرة القاضي ابن البراج في المهذب: ٢ / ١٠٦ .

٣ . في «ب»: للمسلمين.

صفحة ٣٦٧

٤٨١٠ . الثالث عشر: لا تصح الوصية لعبد غيره ولا مكاتبه المشروط أو الذي لم يؤدّ من كتابته^(١) شيئاً ولا مدبره ولا لأم ولده، سواء أجاز مولاه أو لم يجز، ولا لعبد واره وإن أجاز الورثة، وسواء كان قليلاً أو كثيراً، وتصح الوصية لعبد ومدبره ومكاتبه وأم ولده، وإن أوصى لأحد هؤلاء بجزء مشاع، كتلت تركته أو ربعها، صحّت الوصية، واعتبر القدر الموصى به بعد خروجه من التلث، فإن كان بقدر قيمته أعتق وكان الموصى به للورثة، وإن قصرت قيمته أعتق وأعطى الفاضل، وإن كانت أكثر، أعتق منه بقدر الوصية ويستسعى للورثة فيما بقي، قال الشيخ: لو بلغت قيمته ضعف الوصية بطلت.^(٢) وليس بمعتد.

ولو أوصى له بمعين من ماله، كثوب، أو دار، أو مائة درهم، صحّت الوصية أيضاً، وكان الحكم ما تقدم من اعتباره مع القيمة.

وإذا أوصى له برقبته، احتل الصحة، ويُعتق من التلث، كالتدبير، والبطان لأنه لا يملك رقبته.

٤٨١١ . الرابع عشر: إذا أوصى بعق عبده، وعليه دينٌ، قال الشيخ: إن كانت قيمة العبد ضعف الدين أعتق العبد ويستسعى في خمسة أسداس قيمته: ثلاثة للدين، وسهمان للورثة، وإن كانت قيمته أقل من الضعف بطلت الوصية^(٣) .

١ . في «أ»: من مكاتبة .

٢ . النهاية: ٦١٠ .

٣ . النهاية: ٦١٠ . قال المفيد في المقنعة: ٦٧٦: إذا كان على الإنسان دين ولم يخلف إلا عبداً أو عبيداً، فأعتقهم عند الموت، نظر في قيمة العبد أو العبيد وما عليه من الدين، فإن كان أكثر من قيمة العبيد بطل العتق وبيع العبيد وتحاص الغرماء بثمانهم ... فإن كانت قيمة العبيد ضعف الدين كان للغرماء النصف منهم، وللورثة الثلث، وعتق منهم السدس ، كَن لصاحبهم الثلث من تركته يصنع به ما يشاء، فوصيته نافذة في ثلث ما يملكه وهو السدس، بهذا جاء الأثر عن آل محمد(عليهم السلام).

صفحة ٣٦٨

والوجه تقديم الدين على الوصية، فإن فضل بعده شيء عُتق من الثلث، وكان الباقي للورثة. ولو أوصى بعق أمته على أن لا تتزوج ، فامتنعت من التزويج بعد الوفاة، عتقت، وإن تزوجت بعد العتق لم تعد في الرق.

ولو أوصى لأمّ ولده بألف على أن لا تتزوج ، ففعلت وأخذت الألف، ثم تزوجت، احتل بطلان الوصية ، لفوات الشرط، بخلاف العتق الذي لا يمكن رفعه،^(١) وعدمه ، لصحة الوصية أولاً، فلا تبطل بالمتجدد كالأولى.

٤٨١٢ . الخامس عشر: إذا أوصى لمكاتب غيره المطلق ، وقد أدى من كتابته شيئاً، كان له من الوصية بقدر ما عُتق منه، وبطلت بقدر الرقية.

ولو أوصى لأمّ ولده، صحت الوصية من الثلث، وهل تُعتق من الوصية أو من نصيب الولد؟ قيل: بالأول^(٢) لترتب الميراث على الوصية، وقيل: بالثاني فتعتق من النصيب وتأخذ ما أوصى لها به^(٣) والأقرب الأول.

٤٨١٣ . السادس عشر: تصح الوصية للقاتل، سواء كان عمداً أو خطأ، وسواء وصى له بعد جرحه أو قبله، وكذا لو دبّر عبده بعد جرحه إيّاه، فإنه يصح تدبيره، أو دبّر عبده ثم قتل سيّده.

٤٨١٤ . السابع عشر: لو أوصى للدابة لم تصح ، ولا يكون لمالكها شيء من الوصية، ولا فرق بين دابته وبين دابة غيره، ولا بين أن يطلق أو يقصد

١ . في «أ»: دفعه .

٢ . اختاره الحلّي في السرائر: ٣ / ٢٠٠ .

التمليك، ولو فسر بالتصرف في علفها، صحّ ، ويفتقر في ذلك إلى قبول المالك، ومع القبول يصرف إلى ما عيّنه الموصي، وهل للمالك التصرف فيه بغيره؟ فيه نظر، وكذا لو أوصى للعبد على هذا الوجه، وعندني في ذلك كلّه نظر.

٤٨١٥ . الثامن عشر: إذا أوصى لكل وارث بقدر حصته، فهو لغو، وإن خصص كل واحد بعين هي قدر حصته، افتقر إلى الإجازة، ولو أوصى بأن يباع عين ماله من إنسان، افتقر فيما زاد على الثلث إلى الإجازة، ولو باع في مرض الموت عين ماله بثمان المثل نفذ.

٤٨١٦ . التاسع عشر: هل يشترط في الموصى له التعيين؟ فيه نظر، ولو أوصى لأحدهما بشيء، ومات قبل التعيين، وقلنا بالاشتراط، بطل، وإلا احتمل التوزيع وتخيير الورثة في التعيين، واتفاقه حتى يصطلحا.

٤٨١٧ . العشرون: لو أوصى أن يشتري عبد زيد بخمسائة فيعتق، فتعذر شراؤه، إما لامتناع سيّده من بيعه بالمعّين، أو لموته، أو لعجز الثلث من الثمن، فالثمن للورثة، ولا يلزمهم شراء غيره، فلو اشتروه بأقل، فالوجه صرف الباقي إلى العبد لا إلى الورثة، ولا إلى السيّد، على إشكال، ولا في العتق، ولو وجد منه ما يدلّ على صرف الفاضل إلى السيّد صريحاً أو تعريضاً، صرف إلى السيّد قطعاً.

ولو أوصى أن يشتري عبد بألف فيعتق عنه، فقصر الثلث عنه، فالأقرب أنّه يشتري عبد بما يخرج من الثلث، ولا تبطل الوصيّة، ولو احتمله الثلث، فاشتري وأعتق ثمّ ظهر دينٌ مستوعبٌ، بطلت الوصيّة، وردّ العبد في الرقّ إن كان الشراء بالعين، وإن كان في الذمّة صحّ العتق عن الموصي، ويغرم المشتري الثمن، ولا يرجع به على البائع، لأنّ التغيرير من الموصي، ولا على الموصي لأنّه

لا تركة له، ولو قيل: بأنّه يشارك الغرماء في التركة، لأنّ الثمن لزمه بتغيرير الموصي احتمل. ولو أوصى بشراء عبد وأطلق، أو ببيع عبد وأطلق، بطلت الوصيّة، ولو أوصى ببيعه بشرط العتق صحّ، وبيع كذلك، فإن تعذر مشتر بالشرط، بطلت الوصيّة، ولو أوصى ببيعه لشخص معيّن بثمان معلوم، صحّت الوصيّة، ولو لم يسم ثمناً بيع بالقيمة، فإن امتنع من شرائه أو تعذر، بطلت الوصيّة.

٤٨١٨ . الواحد والعشرون: إطلاق الوصيّة يقتضي التسوية، فإذا أوصى لأولاده وهم ذكور وإناث تساوا، وكذا لإخوته وأخواته وأعمامه وعماته وغيرهم.

ولو أوصى للعمومة دخل العمّات دون العكس، وكذا الخؤولة والخالات، ولو أوصى لأخواته، فهو للإناث خاصّة.

ولو أوصى لإخوته، دخل فيه الذكر والأنثى.

ولو أوصى لبنيه، لم تدخل البنات وبالعكس، ولو أوصى لأعمامه وأخواله، تساوا أيضاً ، وقول الشيخ في النهاية يقسم أثلاثاً^(١)، مُطَرَّحٌ .

ولو أوصى لبني فلان فهو للذكور إلا في القبيلة، فتدخل الإناث والخناثى أيضاً عرفاً.

ولو قال: لأولاده، دخل فيه الذكور والإناث والخناثى على السواء إلا أن يفصل.

١ . النهاية: ٦١٤ .

صفحة ٣٧١

ولو أوصى لبنات فلان، فهو للإناث خاصّة دون الذكور والخناثى.

٤٨١٩ . الثاني والعشرون: إذا أوصى لأقاربه، أو أقارب فلان استوى الذكور والإناث، وأعطى كل من صدق عليه اسم القريب عرفاً، سواء كان وارثاً أو غير وارث، وهو أحد قولي الشيخ^(١) وفي الآخر: يعطى لكل من يتقرّب إليه إلى آخر أب وأمّ له في الإسلام^(٢) وهو اختيار المفيد^(٣) ويسوي^(٤) بين القريب والبعيد، والصغير والكبير، والذكر والأنثى ، الغني والفقير، ويدخل فيه القرابة من قبل الأمّ كالأخوال والإخوة للأمّ، سواء كان الموصي عربياً أو عجمياً، ولا يختص بالأقرب فالأقرب ، ولا بذي الرحم المحرم.

ولو أوصى لأقرب الناس إليه أو أقرب قرابته، أو أقربهم إليه رَجْماً، اختص بالأقرب، ومنع الأبعد مع وجوده، ونزّل على الميراث فيشترك الآباء والأولاد، فإن فقدوا فالأجداد والإخوة، فإن فقدوا فالأعمام والأخوال على مراتب الإرث.

ولو أوصى لجماعة من أقرب الناس إليه ، أعطى ثلاثة نفر من الأقرب فما زاد، ولو لم يوجد من الطبقة الأولى سوى واحد أو اثنين، ففي تشريك الطبقة الثانية نظراً.

٤٨٢٠ . الثالث والعشرون: إذا أوصى لأهل بيته، دخل الأولاد والآباء والأجداد ، وحكمه حكم القرابة، ولو أوصى لعترته قال الشيخ: كان ذلك في ذريته الذين هم أولاده وأولاد أولاده^(٥).

١ . اختاره في الخلاف: ٤ / ١٥٠ ، المسألة ٢٤ من كتاب الوصايا؛ والمبسوط: ٤ / ٤٠ .

٢ . ذهب إليه في النهاية: ٦١٤ .

٣ . المقنعة: ٦٧٥ .

٤ . في «أ»: ويستوي .

٥ . الخلاف: ٤ / ١٥٧ ، المسألة ٣٣ من كتاب الوصايا .

ولو أوصى لآله ، فهو لقرابته أيضاً ، وكذا العشيرة .
ولو أوصى لجيرانه كان لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً ، وقيل: (١) إلى أربعين داراً ، ولا يختص بالملاصق (٢) .

ولو أوصى لأهل دربه (٣) أو سكتته فهو لأهل محلته .
٤٨٢١ . الرابع والعشرون: إذا أوصى لمواليه وله موال من فوق ، فهو لهم ، وإن كانوا من أسفل فكذلك ، ولو اجتمعوا قيل: اشتركوا ، والأقرب البطلان ، ولا شيء لابن العم ، ولا الناصر ، ولا الحليف ، ولا الجار ، ولا يستحق موالى أبيه شيئاً ، سواء كان له مولى أو لم يكن على إشكال في العدم ، وهل يدخل في الوصية لمواليه مدبره وأُمُّ ولده؟ الأقرب دخول المدبر دون أم الولد .
٤٨٢٢ . الخامس والعشرون: إذا أوصى لمستحقّي (٤) الزكاة ، كان للأصناف الثمانية المذكورة في القرآن ، (٥) وينبغي أن يجعل لكل صنف ثمن الوصية ، والأقرب الوجوب في ذلك ، ويجوز الاقتصار من كلّ صنف على واحد ، ولا يجب إعطاء ثلاثة من كلّ صنف ولا اثنين ، والأقرب أنه لا يجب الاقتصار به على أهل بلده .

ولو أوصى للفقراء دخل المساكين وبالعكس ، ويستحبّ تعميم من أمكن

- ١ . القائل أحمد بن حنبل والشافعي والأوزاعي ، لاحظ المغني لابن قدامة: ٦ / ٥٥٦ .
- ٢ . هذا ناظر إلى ردّ ما قاله أبو حنيفة حيث خصّ الجار بالملاصق . لاحظ المغني لابن قدامة: ٦ / ٥٥٦ .
- ٣ . في مجمع البحرين: الدّرب معروف وأصله المدخل بين جبلين .
- ٤ . في «أ»: لمستحقّ .
- ٥ . التوبة: ٦٠ .

منهم ، والدفع إليهم على قدر الحاجة ، ولا يملك أحدهم شيئاً إلا بالإقباض .
ولو أوصى بعبده للفقراء وكان أب العبد فقيراً لم يعتق عليه منه شيء .
ولو أوصى في سبيل الله صرف في كلّ ما يتقرب به إلى الله تعالى ، كمعونة المجاهدين ، والحاج ، والزوّار ، وبناء المساجد والقناطر ، وتكفين الموتى وغير ذلك من القربات ، هذا أجود قولي الشيخ (١) ولا يختص بالحجّ ولا المجاهدين خلافاً للشيخ (٢) .
ولو أوصى المسلم للفقراء ، انصرف إلى فقراء المسلمين ، وكذا الكافر إذا أوصى للفقراء ، انصرف إلى فقراء ملّته .

٤٨٢٣ . السادس والعشرون: إذا أوصى بثلثه لزيد والفقراء، كان لزيد النصف ، وقيل: الربع، والأقرب، الأوّل، ولو كان زيداً فقيراً لم يدفع إليه من سهم الفقراء شيئاً ، ولو ضم إلى زيد قوماً منحصرين ، كإخوته، احتتمل أن يكون كالأوّل، وأن يكون زيداً كأحدهم.

٤٨٢٤ . السابع والعشرون: إذا أوصى بشراء رقاب وعتقهم ، لم يجز صرفه إلى المكاتبين، فإن اتسع الثلث لثلاثة، لم يجز الاقتصار على الأقلّ ، ولو أمكن أن يشتري به أزيد من ثلاثة، كان أولى من شراء ثلاثة غالية، ولو أوصى بثلث ماله في الرقاب صرف إلى المكاتبين والعبيد يُشترىون ويُعتقون، ولا يختص بالمكاتبين ولا بالعبيد.

١ . اختاره في النهاية: ٦١٣ .

٢ . قال في الخلاف: ٤ / ٤٨١ : إذا أوصى بثلث ماله في سبيل الله فسبيل الله هم الغزاة المطوعة دون المترصدين للقتال. (المسألة ٢٠ من كتاب الوصايا).

صفحة ٣٧٤

ولو أوصى أن يُشترى بثلث ماله عبيدٌ ويُعتقوا اشترى ثلاثة، فإن وُجدَ اثنان وبعض الثالث خاصة، قال الشيخ: يُشترى اثنان ويعتقان ويعطيان الفاضل^(١) ولو قيل: بشراء بعض الثالث، كان وجهاً .

٤٨٢٥ . الثامن والعشرون: إذا قال: أعطوا فلاناً كذا، ولم يبيّن ما يعمل به فلان، صرف إليه يعمل به ما شاء.

٤٨٢٦ . التاسع والعشرون : إذا أوصى بثلثه في البر ، صرف في كلّ ما يتقرب به إلى الله تعالى، كإصلاح طريق، وفك أسير، وإعتاق رقبة، ولا تجب قسمته أثلاثاً في الغزو وصدقة القرابة والحج.

ولو قال: ضع ثلثي حيث يريد الله، جاز صرفه أيضاً في كل قربة ، ولا يختص بالفقراء والمساكين.

ولو أوصى بفرس في سبيل الله وألف درهم ينفق عليه، فمات الفرس، فالأقرب عود الألف إلى الورثة، وإن أنفق البعض ثم ماتت، عاد الباقي إلى الورثة.

٤٨٢٧ . الثلاثون: إذا قال: يخدم عبدي فلاناً سنةً ثم هو حرٌّ، صحّت الوصية بالخدمة والحرية، فإن قال الموصي له بالخدمة: لا أقبل، أو قد وهبت الخدمة له، فالأقرب أنه لا يقع العتق في الحال بل بعد السنة .

٤٨٢٨ . الواحد والثلاثون: إذا مات الموصي له قبل الموصي ، فإن رجع الموصي ، بطلت الوصية إجماعاً، وإن مات ولم يرجع، قيل: بطلت أيضاً ، وقيل: يكون الموصي به لورثة الموصي له، فإن لم يخلف أحداً كان لورثة الموصي^(٢) وهو الأقوى.

١ . الخلاف: ٤ / ١٤٥ ، المسألة ١٦ ، من كتاب الوصايا.

٢ . ذهب إليه الشيخ المفيد (قدس سره) في المقنعة : ٦٧٧ ، ولاحظ الأقوال حول المسألة في المختلف: ٣٦٤ / ٦.

صفحة ٣٧٥

٤٨٢٩ . الثاني والثلاثون: إذا أوصى لواحد بنصف ماله، وللآخر بالثلث، ولآخر بالربع، ولم يجز الورثة، أُعطي الأول الثلث، وسقط الآخران، ولو نسي المبدأ به، استعمل القرعة، فإن فضل كان لمن يليه بالقرعة.

ولو أوصى لرجل بجميع ماله، ولآخر بالثلث، وأجازت الورثة، أخذ الأول الجميع، وسقط الآخر، وان بدأ بصاحب الثلث، وأجازوا، أخذ الثلث، والثلثان لصاحب الكل، ولو اشتبه أقرع، وإن لم يجز الورثة فإن بدأ بصاحب الثلث، سقط صاحب الكل، وان بدأ بصاحب الكل، أخذ الثلث، وسقط صاحب الثلث، ولو اشتبه أقرع.

٤٨٣٠ . الثالث والثلاثون: إذا أوصى للقراء، كان لمن يحفظ جميع القرآن، فإن لم يحفظ عن ظهر القلب، فالأقرب الحرمان.

ولو أوصى للعلماء أُعطي العالم بعلوم الشرع، فيدخل فيه الفقه، والتفسير، والحديث، ولا يدخل فيه سامع الحديث فقط إذا لم تكن له معرفة بالطريق.

ولو أوصى لقبيلة عظيمة، كالعلويين، والهاشميين، صحَّ وأُعطي الموجود في بلد الوصية، ولا يجب الاستيعاب، ولا التسوية، ويدخل الذكر والأنثى إن كان اللفظ يشملهما^(١) كالأولاد، والذرية، والعالمين، وإلا اختص بالذكور إن لم يتناول الإناث، كالبنين، والذكور، والرجال، والغلمان، أو بالإناث إن لم يتناول الذكور، كالنساء، والبنات، والمسلمات، وإن وضع للذكور أمكن دخول الإناث مع الاجتماع، كالمسلمين، والعلويين، فالأقرب دخول الإناث على أشكال .

والأرامل النساء اللاتي فارقت أزواجهن بموت أو غيره.

١ . في «أ»: يشتملها.

صفحة ٣٧٦

والأيامى جمع أيم، وهي المرأة الخالية من البعل، والعزاب الذين لا أزواج لهم، وهو مشترك بين الذكور والإناث، وكذا يشترك بينهما الثيب والبكر، وأقل ما يجب في كل جنس ثلاثة.

أما لو أوصى لثلاثة معينين، فإنه يجب التسوية بينهم.

ولو أوصى لزيد ولجبرئيل (عليه السلام) صحّ لزيد النصف، وبطل في حق جبرئيل (عليه السلام)، وكذا لو قال: لزيد وللريح، ولو قال: لزيد ولله تعالى، احتمال أن يكون النصف لزيد والباقي لغو، وأن يكون الباقي للفقراء.

ولو أوصى بثالث ماله لمفاداة أسارى المشركين من أيدي المسلمين، صحّ كما يصحّ العكس. ولو أوصى لأعقل الناس، قال الشافعي: يصرف إلى الأزهدي^(١).

الفصل السادس: في الأوصياء

وفيه ثلاثة وعشرون بحثاً:

٤٨٣١ . الأول : يشترط في الوصيّ العقل ، فلا تصحّ الوصيّة إلى المجنون ولا السفیه، ولو طرأ الجنون على الوصيّ بطلت وصيّته، ولو كان الجنون يعتوره أدواراً، ففي صحّة الوصيّة إليه نظر.

١ . لاحظ التهذيب في فقه الشافعي للبخاري: ٨٠ / ٥ .

صفحة ٣٧٧

٤٨٣٢ . الثاني: يشترط في الوصيّ المنفرد البلوغ ، فلا تصحّ الوصيّة إلى الطفل المنفرد، سواء كان عاقلاً أو لا، ويجوز أن يوصي إليه منضمّاً إلى البالغ العاقل.

٤٨٣٣ . الثالث : يشترط في وصيّ المسلم الإسلام ، فلا تصحّ وصيّة المسلم إلى الكافر، سواء كان حربياً أو ذمياً، وسواء كان ذا رحم، أو أجنبيّاً، ولو أوصى إليه مثله صحّ ، ولا تشترط عدالته في دينه، وتصحّ وصيّة الكافر إلى المسلم إلا أن تكون التركة خمراً أو خنزيراً .

٤٨٣٤ . الرابع: اختيار الشيخ^(١) أن العدالة شرط فلا تصحّ الوصيّة إلى الفاسق وإن كان مؤمناً، ومنعه ابن إدريس^(٢) وعندي فيه نظر.

ولو أوصى إلى عدل ففسق بعد موت الموصي، عزله الحاكم واستتاب غيره.

٤٨٣٥ . الخامس: تصحّ الوصيّة إلى المملوك إن أذن له مولاه، وإلا فلا، وكذا المدبّر، والمكاتب، والمعتق بعضه، وأمّ الولد، ولو أوصى إلى عبد نفسه، أو مدبّره أو مكاتبه، أو أمّ ولده، قال الشيخ: لا تصحّ وإن لم يكن في الورثة رشيد^(٣) وجوّز المفيد (رحمه الله) الوصيّة إلى المدبّر والمكاتب^(٤).

٤٨٣٦ . السادس: هذه الصفات المعترفة في الوصيّ ، قيل: يشترط تحقّقها حالة الوصيّة، وقيل: حين الوفاة والوصيّة، وقيل: في المدة بأجمعها، وقوى الشيخ^(٥) وابن إدريس^(٦) الأوسط ، فلو أوصى إلى صبيّ، أو عبد، أو

١ . المبسوط: ٤ / ٥١ .

٢ . السرائر: ٣ / ١٨٩ .

٣ . المبسوط: ٤ / ٥١ .

٤ . المقنعة: ٦٦٨ .

٥ . المبسوط: ٤ / ٥٢ .

٦ . السرائر: ٣ / ١٨٩ .

صفحة ٣٧٨

مجنون، ثم مات بعد زوال الأوصاف ، صحّ عند من يعتبر الشروط حال الوفاة.
ولو أوصى إلى عاقل فجئن ثم مات بعد زوال جنونه، صحّ على القولين الأولين دون الأخير، ولو جنّ أو فسق بعد الموت، بطلت وصيّته، فإن عاد عقله أو تاب لم تعد وصيّته.
٤٨٣٧ . السابع: تصحّ الوصية إلى المرأة ، والأعمى ، مع وجود الشرائط، وإلى العدل العاجز، ويضم الحاكم إليه أميناً يعينه، ويكون الأول هو الوصيّ دون المعين، وكذا لو أوصى إلى عدل فتجدد العجز، فإنّ الحاكم يضم إليه ثقةً، وليس للحاكم نزع يد العدل في الموضعين.
٤٨٣٨ . الثامن: يجوز أن يوصي إلى اثنين فما زاد، فإن شرط الاجتماع أو أطلق، لم يكن لأحدهما الانفراد عن صاحبه بشيء من التصرف، ولو تشاخاً لم ينفذ تصرف أحدهما منفرداً، إلا ما يحتاج إليه من الكسوة وشبهها، ويجبرهما الحاكم على الاجتماع، فإن تعذر استبدل بهما، وليس لهما المقاسمة للمال، ولو تغيّرت حال أحدهما بموت أو فسق، لم يتصرف الآخر بانفراده، ويضم الحاكم معه أميناً، وهل يجوز للحاكم جعل الولاية له بأجمعها؟ فيه وجهان، ولو عجز ، ضم الحاكم إليه من يعينه على التصرف ، ولو تغيّرت حالهما معاً بفسق ، أو موت، أو جنون، أقام الحاكم عوضهما اثنين، وهل له أن يقيم واحداً؟ فيه وجهان.
ولو سوّغ لهما التصرف منفردين ، جاز لكلّ منهما أن يتصرف في جميع المال، وينفذ تصرفه، وإن لم يداخله الآخر، ولو اقتسما المال، وتصرف كل منهما في بعضه جاز.

صفحة ٣٧٩

ولو تغيّرت حال أحدهما بعجز، ضم الحاكم معه أميناً، ولو كان بفسق ، أو موت ، كانت الولاية بأجمعها للثاني، ولا يضم إليه الحاكم غيره.
٤٨٣٩ . التاسع: يجوز أن يوصي إلى واحد في شيء بعينه، وإلى آخر في غيره، ولا يشارك أحدهما الآخر، وإذا أوصى إليه في شيء لم يصر وصياً في غيره.

ولو قال: قد أوصيت إلى زيد، فإن مات، فقد أوصيت إلى عمرو، صحّ، ويكون كلّ منهما وصياً، إلا أنّ وصيّة عمرو^(١) موقوفة على موت زيد، وكذا لو قال: أوصيت إلى زيد، فإن كبر ابني، أو تاب من فسقه، أو اشتغل بالعلم، فهو وصيّ، صحّ.

ولو أوصى إلى زيد، ثمّ أوصى إلى عمرو، وقبلهما معاً، كانا شريكين، ولم ينفرد أحدهما بالتصرف، ولو قبل أحدهما دون الآخر، انفرد بالتصرف، ولو أوصى إلى زيد، ثمّ قال: ضمنت عمراً إليك، فقبل عمرو دون زيد، لم يكن لعمرو الانفراد إلاّ أن يضم الحاكم إليه أميناً.

٤٨٤٠ . العاشر: إذا أوصى إلى اثنين أحدهما صغير، تصرف الكبير إلى حين بلوغه، وليس للصغير التصرف قبل البلوغ، ولا نقض شيء ممّا فعله الكبير قبل البلوغ بعده، إذا لم يخالف المشروع، ولا للكبير التصرف منفرداً بعد البلوغ، ولو مات الصبيّ أو بلغ فاسد العقل، انفرد الكبير بالوصيّة، ولم يداخله الحاكم.

٤٨٤١ . الحادي عشر: إذا أوصى إلى غيره، لم يجب على الغير القبول، وله

١ . في «أ»: وصيّته.

صفحة ٣٨٠

الردّ في حياة الموصي وبعده، وقيل^(١): لم يكن له الردّ بعد موت الموصي، ويجوز في حياته بشرط أن يعلم الردّ، فإن لم يعلم حتّى مات، لم يصحّ الردّ ووجب على الوصيّ القيام بها، فإن امتنع أجبره الحاكم على ذلك.

ولا يشترط في القبول وقوعه في حياة الموصي، فلو أوصى إلى غيره، ولم يقبل حتّى مات، صحّ القبول، ولزمته الوصية.

٤٨٤٢ . الثاني عشر: إذا أوصى إلى الثقة، فظهرت (فيه)^(٢) الخيانة بعد الموت، عزله الحاكم وأقام غيره، ولو عاد أميناً، لم تعد ولايته ولو ظهر منه عجز ضم إليه الحاكم من يساعده ولا يجوز له إخراج يده عن الوصيّة.

ولو أوصى إلى الخائن، فالأقرب، البطلان، وكان بمنزلة من لا وصي له، ولو قيل بالجواز وضمّ أمين إليه، إن أمكن الحفظ وإلاّ فلا، كان وجهاً.

٤٨٤٣ . الثالث عشر: الوصيّة إن كانت بالمال بأن جعل له التصرف بعد موته فيما كان له التصرف من قضاء ديونه واستيفائها، ورد الودائع وأخذها، وتفرقة أمواله، اشترط في الموصي أهليّة التصرف في المال، وهو العقل، والبلوغ، والحرية، وزوال المانع من الفلّس والسفه، فليس للمجنون ولا السفهية ولا الصبيّ ولا العبد ولا المحجور عليه للفلّس، الوصيّة بالمال إلاّ في رواية لنا دالة على جواز وصيّة من بلغ عشرًا في المعروف^(٣) وتصحّ وصيّة من عدا هؤلاء ذكراً أو

- ١ . في «أ»: «ولو قيل» والصحيح ما في المتن . لاحظ المبسوط: ٣٧ / ٤ ؛ والخلاف: ٤ / ١٤٨ ،
المسألة ٢١ من كتاب الوصايا (ونقل الشيخ الطوسي (قدس سره) أقوال العامة في المسألة).
٢ . ما بين القوسين يوجد في «ب».
٣ . لاحظ الوسائل: ١٣ / ٤٢٨ ، الباب ٤٤ من كتاب الوصايا، الحديث ٤ و ٦ .

صفحة ٣٨١

امراً، وإن كانت بالولاية بأن جعله قِيماً على أولاده، اشترط في الموصي الولاية عليهم، فيجوز
للأب والجد للأب الوصية على الأصاغر، ولا تصحّ ممن عداهما كالأخ والعم وغيرهما.
ولو أوصى أحد هؤلاء بالنظر في المال الذي تركه لهم لم يصحّ له التصرف، ولا في الثلث
وكانت الولاية للورثة مع بلوغهم وللحاكم مع صغرهم .
ولو أوصى في إخراج حقّ، أو تفرقة ثلثه جاز، ولو أوصى الأب على أولاده الأصاغر وله أب،
كانت الولاية بعده للجد دون الوصيّ، أمّا لو أوصى بالولاية في تفرقة ثلثه فإنه يصحّ من غير
مداخلة الجد.
٤٨٤٤ . الرابع عشر: إذا كان في الورثة صغير وكبير، فاحتاج الصغير إلى بيع شيء من
التركة، كان للوصيّ بيع نصيب الصغير دون نصيب الكبير إلاّ بإذنه، وإن كان بيع الجميع أوفق
بهما، وكذا لو أوصى إليه بتفرقة ثلثه، وكان بيع الجميع أولى، لم يكن له البيع إلاّ بإذن الوارث.
٤٨٤٥ . الخامس عشر: الوصيّ أمين لا يضمن ما يتلف في يده إلاّ بالتفريط أو التعديّ، فلو
أوصى إليه بقضاء الدين أو تفرقة المال وأخّر مع المكنة، ضمن مع التلف.
٤٨٤٦ . السادس عشر: يجوز للوصيّ أن يستوفي ممّا في يده ما يستحقّه من دين وغيره من
غير إذن الحاكم إذا لم تكن له حجّة، وهل له ذلك مع الحجّة؟ الأقرب، نعم، وفي جواز شرائه من مال
اليتيم لنفسه من نفسه إشكال، الأقرب جوازه، ولا يشترط شراؤه بأكثر من ثمن المثل.

صفحة ٣٨٢

ولو قال له الموصي: جعلت لك أن تضع مالي حيث شئت وفيمن شئت، أو حيث رأيت، كان
الخيار إليه في صرفه إلى من شاء، وهل يجوز له صرفه إلى نفسه؟ فيه إشكال.
٤٨٤٧ . السابع عشر: إذا شهد الوصيّ على الأطفال بمال أو على الميت، قبلت شهادته، وإن
شهد لهم لم تقبل إلاّ أن يكون الورثة كباراً، وتكون الوصيّة تخرج من الثلث من دون الشهادة.
٤٨٤٨ . الثامن عشر: إذا أذن الموصي للوصيّ أن يوصي، جاز إجماعاً، وإن لم يأذن أو
منعه لم يكن له ذلك قطعاً، وإن لم يمنعه فقولان، أقربهما أنه ليس له أن يوصي، وتكون الولاية بعده

إلى الحاكم، وإن أذن له في الوصية، فإن عين صحّ وكذا إن أطلق بأن يقول: أوص إلى من شئت فهو وصيي.

٤٨٤٩ . التاسع عشر: إذا مات ولا وصي له، كانت الولاية للحاكم مع فقد الجدّ، ولو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به على إشكال.

٤٨٥٠ . العشرون: يجوز أن يجعل للوصي جعلاً، ويجوز لمن يتولّى أموال اليتامى أن يأخذ أجره المثل عن نظره في ماله، وقيل: يأخذ قدر كفايته، وقيل: يأخذ بأقلّ الأمرين، ولا يكره الدخول في الوصية مع التمكن من القيام بها.

وإذا أوصى بتفريق ثلثه فامتنع الورثة من إخراج ثلث ما في أيديهم ، جاز للوصي أن يخرج ثلث ما في يده، وهل له أن يخرج ممّا في يده بإزاء ما منعه، أو يحبس عليه حتّى يدفعوا إليه؟ فيه إشكال.

٤٨٥١ . الواحد والعشرون: إذا علم الوصي أنّ على الميت ديناً، ففي جواز

صفحة ٣٨٣

قضائه من دون إذن الحاكم نظر، ولو صدق الورثة صاحب الدين جاز له الدفع مع امتناعهم منه، ويجوز للوصي أن يخرج من مال اليتيم ما يتعلّق به، كأرش ما يتلفه من المال، وكفارة قتله، دون ديته، لأنّ خطاه على العاقلة، وكذا عمدته، وينفق عليه بالمعروف ، ويضمن الوصي لو أنفق أزيد.

ولو ادّعى الصبيّ بعد بلوغه الزيادة على المعروف، فالقول قول الوصي، وكذا لو ادّعى الخيانة عليه، ولو اختلفا في المدّة بأن يدّعي الصبيّ موت أبيه منذ سنتين ، والوصي منذ ثلاث، فالقول قول الصبيّ مع يمينه، وكذا لو أنكر دفع المال إليه بعد البلوغ.

وليس للوصي أن يزوّج الصغيرة ولا الطفل ، وإن أوصى إليه في ذلك، وله أن يزوّج عبيدهم وإماءهم مع المصلحة، وأن يزوّج من بلغ غير رشيد إذا احتاج إليه ومع بلوغه يدفع الوصي ماله إليه إن كان رشيداً، وإن بلغ مجنوناً فكالصبيّ، وإن بلغ سفيهاً لم ينفك الحجر عنه، وتكون ولاية الوصي على ما كانت ويخرج الوصي عنه الزكاة مع وجوبها، وإن جنى على مال أخرجه الوصي، وإن كانت على نفس خطأ أخرج الكفارة من ماله، والدية على العاقلة، وإن كانت عمداً قيد به، ويزوّجه الوصي مع الحاجة.

٤٨٥٢ . الثاني والعشرون: الصيغة عن الوصية إليه أن يقول: أوصيت إليك لتتصرف في مال الأطفال ، وما أدّى هذا المعنى، فإن لم يذكر التصرف نزل مطلق الإيضاء على مجرد الحفظ، ولو اعتقل لسانه فقري عليه كتاب الوصية فأشار برأسه أو بغيره إلى ما يدلّ على الرضا قيل.

٤٨٥٣ . الثالث والعشرون: يجوز للموصي الرجوع في الوصية بالولاية، فلو أوصى إلى رجل جاز له أن يرجع عن ذلك ما دام حياً ويوصي إلى غيره، وأن يشترك معه غيره .

الفصل السابع: فيما تثبت به الوصية

وفيه ستة مباحث:

٤٨٥٤ . الأول: لا يشترط في الوصية الشهادة بل لو صدقوا الورثة الوصي حكيم عليهم بها، وكذا لو تمكن الوصي من فعل ما أوصى إليه وجب عليه، وإن لم يكن معه شاهد، نعم يستحب الإشهاد بها دفعا للتنازع.

٤٨٥٥ . الثاني: تثبت الوصية بالمال بشهادة عدلين، أو رجل وامرأتين، أو رجل ويمين، وتقبل شهادة المرأة الواحدة في ربع الوصية، واثنين في النصف، وثلاثة في ثلاثة أرباعها، وأربع (من النساء)^(١) في الجميع من غير يمين في ذلك كله.

أما الوصية بالولاية، فلا تثبت إلا بشهادة رجلين، ولا تقبل فيها شهادة النساء منفردات ولا منضمت إلى الرجال، ولا الشاهد واليمين على الأقوى.

٤٨٥٦ . الثالث: لا يقبل في الشهادة بالوصية إلا عدول المسلمين مع الاختيار، ويجوز مع الضرورة وعدم عدول المسلمين قبول نفسين من أهل الذمة ممن ظاهرهما الأمانة عند أهل دينهما، ولا تقبل شهادة غير أهل الذمة من الكفار.

٤٨٥٧ . الرابع: إذا أشهد الرجل عبيدين له على حمل جاريته أنه منه، وأنه

١ . ما بين القوسين يوجد في «ب» .

أعتقهما ثم مات، فردت شهادتهما، وحاز الميراث غيره، ثم أعتقا فشهدا فقبلت شهادتهما، ورجع المولود بالتركة على أخذها، ورجعا عبيدين كما كانا ويكره له استرقاقهما لأنهما أحببا حقه .

٤٨٥٨ . الخامس: لا تقبل شهادة الوصي للميت فيما يجر به نفعاً إليه، ولا تقبل شهادة الورثة بعزل الوصي، ولا بانضمام غيره إليه، ولا بتخصيص ولايته.

ولو شهد ثقتان من الورثة على الميت بعين أو دين لغيره، قبلت شهادتهما، وإن خرجت ولاية الوصي عما شهدا به.

٤٨٥٩ . السادس: لو أقر الوارث العدل بأن مورثه أوصى لزيد بالثلث، حلف زيد معه إن كان وارث غيره، فإن أقام آخر شاهدين بالوصية له بالثلث، ولم يجز الورثة، فالأقرب تشاركهما مع اتحاد المجلس أو الإطلاق، وحكم للأخير، ولو لم يكن عدلاً فالثلث لمن أقام البينة، وهل يأخذ المقر له من حصّة المقر شيئاً؟ فيه إشكال، أقربه الأخذ به.

الفصل الثامن: في تصرفات المريض

وفيه تسعة وعشرون بحثاً:

٤٨٦٠ . الأول : تصرفات المريض قسماً: مؤجلة ومنجزة.

فالمؤجلة: ما علّق بالموت، كالوصية بالمال، والتدبير ، وهي تُخرج من الثلث بالإجماع ، وكذا لو علّق الصحيح تصرفه بما بعد الوفاة.

صفحة ٣٨٦

والمنجزة: كالهبة، والوقف، والعتق، والإبراء، والمحابة في البيع^(١) وغيره من عقود المعاوضات، إن وقعت من المريض، ويبرأ من مرضه ذلك ثم مات، أو وقعت من الصحيح، مضت من الأصل بلا خلاف، وإن وقعت في مرض الموت، فقولان أقربهما خروجها من الثلث، وكذا إذا وهب في الصحة وأقبض في مرض الموت.

أما الإقرار فإن كان المريض مُتَّهماً كان من الثلث، وإن كان مأموناً أُخرج من صلب المال، سواء كان لوارث أو لغيره.

٤٨٦١ . الثاني: لو باع المريض بثمن المثل، نفذ البيع، وملك المشتري السلعة، فإن أبرأه من الثمن مضى الإبراء من الثلث، وكان على المشتري ثلثا الثمن للورثة، ولو باع بأقل من ثمن المثل مضى البيع فيما قابل ثمن المثل من الأصل والزائد من السلعة يكون محابة، إن خرجت من ثلث التركة، كانت للمشتري أيضاً، وإلا كان له ما قابل الثلث.

٤٨٦٢ . الثالث : البيع إذا اشتمل على المحابة لم يقع باطلاً في نفسه، فلو باع عبداً - هو التركة وقيمته ثلاثون - بعشرة فقد حابى بعشرين، فإن أجاز الورثة، صحّ البيع في الجميع، وإن لم يجيزوا كان للمشتري الفسخ أيضاً، فإن اختار الإمضاء، أخذ ثلثي المبيع بالثمن أجمع^(٢).

١ . قال الطريحي في مجمع البحرين: بيع المحابة هو: أن يبيع شيئاً بدون ثمن مثله، فالزائد من قيمة المبيع عن الثمن عطية (مادة حبو) وقال الفيومي: حابه محابة: سامحه مأخوذ من «حبوته»: إذا أعطيته . المصباح المنير.

٢ . لأنه يتملك أحد الثلثين بالثمن والثلث الآخر بمحابة البائع، لأنّ المفروض ان التركة منحصرة في العبد .

صفحة ٣٨٧

وقال بعض الجمهور: يأخذ نصفه بنصف الثمن، لأنّ فيه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر الجميع، كما لو اشترى سلعتين بثمن وفسخ البيع في إحداهما لعيب أو غيره^(١) وهو وجه أيضاً .

ولا يتخيّر المشتري بين الفسخ في الجميع، وأداء عشرة ليأخذ الجميع^(٢) ، وليس للمشتري أيضاً خلع الثلث، وهو أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة^(٣) .

ولو اشترى عبداً قيمته عشرة بثلاثين، فعلى ما قلناه يكون للمشتري عوض العبد عشرين إن لم يجز الورثة، وعلى الوجه الآخر يكون له نصف الثلاثين ويسلم له نصف العبد، ولو باعه وقيّمته ثلاثون بخمسة عشر، فعلى ما قلناه يصحّ البيع في خمسة أسداسه بجميع الثمن، وعلى الوجه الآخر يصحّ في ثلثيه بثلثي الثمن، وطريق ما قلناه أن ينسب الثمن وثلث المبيع إلى قيمته، فيصحّ البيع في قدر تلك النسبة، وهو خمسة أسداسه، وعلى الثاني يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث إلى الباقي فيصحّ البيع في قدر تلك النسبة، وهو ثلثاه بثلثي الثمن ، فإن خلف البائع عشرة^(٤) أخرى ، صحّ البيع في العبد إلاّ نصف تُسَعِه بجميع الثمن ، وعلى الثاني في ثمانية أسداسه بثمانية أسداس الثمن .

أما لو باع قفيز حنطة يُساوي ثلاثين بقفيز منها يساوي عشرةً، ولا تركة

١ . وهو خيرة ابن قدامة في المغني: ٦ / ٥١٥ - ٥١٦ .

٢ . وهو خيرة أهل العراق قال ابن قدامة في المغني: ٦ / ٥١٦: وقال أهل العراق: يقال له: إن شئت أدّيت عشرةً أخرى وأخذت المبيع ، وإن شئت فسخت ولا شيء لك .

٣ . وهو خيرة مالك على ما نقله عنه ابن قدامة في المغني: ٦ / ٥١٦ حيث قال: «وعند مالك، له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ، ويسمّيه أصحابه خلع الثلث» .

٤ . في «أ»: بعشرة أخرى .

سواه، فإنّه يتعيّن في الحكم الوجه الثاني، لأنّ المساواة في القدر شرط في الصّحة وإلاّ حصل الربا، فيمضى البيع في النصف بنصف الثمن، السدس في مقابلة النصف والثلث بالمحاباة .

ولو باع قفيزاً يساوي ستّةً بآخر يساوي ثلاثةً، فالمحاباة بالنصف فيردّ على الورثة ثلث قفيزهم، وعلى المشتري ثلث قفيزه، فيفضل معه درهمان هي قدر الثلث الذي صحّت المحاباة فيه .

٤٨٦٣ . الرابع: إذا وهب التركة أجمع، فإن أجاز الورثة صحّ ، وإن لم يجيزوا، فإن شرط العوض، وكان بقدر ثمن المثل، صحّت أيضاً مع دفع العوض، وإن لم يشترط العوض ، صحّت من الثلث ، سواء أقبض أو لا .

ولو وهب وحابي فإن وسعهما الثلث صحاً معاً، وإلا بدئ بالأول فالأول، وكان النقص على الأخير.

ولو وهب مريض مريضاً تركته أجمع، ثم وهب الموهوب له ما وهبه إياه، ولا شيء له سواه، دخله الدور، فإذا كانت التركة مائةً تضرب ثلاثةً في ثلاثة و تسقط منها سهماً، تبقى ثمانيةً، فاقسم المائة عليها، لكل اثنين خمسة وعشرون، ثم خذ ثلثها ثلاثة اسقط منها سهماً، يبقى سهمان، فهو (١) للموهوب الأول، وذلك هو الربع، أو تقول: صحت الهبة الثانية في ثلثه بقي للموهوب الأول ثلثاً شيئاً، وللواهب مائة إلا ثلثي شيء يعدل شيئاً أُجبر وقابل يخرج الشيء سبعة وثلثين ونصفاً، رجع إلى الواهب ثلثها اثنا عشر ونصف، و بقي للموهوب له خمسة وعشرون.

١ . هذا ما أثبتناه ولكن في النسختين «فهي».

صفحة ٣٨٩

ولو وهب جاريةً ولا مال سواها، وقيمتها ثلاثمائة، فقبضها الموهوب له ووطنها ومهر مثلها مائة، ولم يجز الورثة، فقد صحت الهبة في شيء، وسقط من مهر مثلها ثلث شيء، وبقي للواهب أربعمائة إلا شيئاً وثلثاً يقابل شيئين، وهما مثلاً ما صحت فيه الهبة، فتجبر الأربعمائة بشيء وثلث، فيكون أربعمائة تقابل ثلاثة أشياء وثلثاً، فنضربها في ثلاثة يكون عشرة، فالشيء ثلاثة أعشار أربعمائة، وذلك مائة وعشرون، فقد صحت الهبة في خمسي الجارية، وسقط خمسا العقر، وحصل للورثة ثلاثة أخماسها وثلثة أخماس العقر، وذلك مائتان وأربعون مثلاً ما صحت فيه الهبة.

ولو وطنها أجنبيً فكذلك، ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماسه للواهب وخُمسها للموهوب له إلا أن الهبة إنما تنفذ فيما زاد على الثلث بعد حصول المهر من الواطي، فإن لم يحصل منه شيء لم تزد الهبة على ثلثها، وكلما حصل للموهوب له من الجارية شيء بالهبة وثلث شيء بالعقر وللورثة شيئان مثلاً ما حصل له بالهبة، فتكون الجارية تعدل ثلاثة أشياء وثلثاً، فالشيء ثلاثة أعشارها، فالوصية من الجارية بقدر تسعين، وله من العقر ثلاثون، ويبقى للورثة مائة وثمانون، وهما مثلاً ما حصل بالوصية.

ولو وهب المريض عبداً لا يملكه سواه، فقتل العبد الواهب خطأً، فإن سلمه الموهوب له إلى الورثة، كان تسليم النصف بالجناية، والنصف لانتقاص الهبة فيه، لصيرورة العبد بأجمعه للورثة وهو مثلاً نصفه، فيتعين أن الهبة جازت في نصفه، وإن فداه وكانت قيمته ديةً، فُلّت: صحت الهبة في شيء وتدفع إليهم نصف العبد وقيمة نصفه، وذلك يعدل شيئين، فتبين أن الشيء نصف العبد، وإن كانت قيمته نصف الدية أو أقل، وقلنا: يفديه بأرش الجناية، نفذت الهبة في

صفحة ٣٩٠

جميعه، لأنَّ الأرش ضعف القيمة أو أكثر ، ولو كانت قيمته ثلاثة أخماس الدية، وفداه بالأرش ، فقد صحَّت الهبة في شيء ، ويفديه بشيء وثلثين، فصار مع الورثة عبد وثلثا شيء يعدل شيئين، فالشيء ثلاثة أرباع ، فتصحَّ الهبة في ثلاثة أرباع العبد، ويرجع إلى الواهب ربعه مائة وخمسون وثلاثة أرباع الدية سبعمائة وخمسون، صار الجميع تسعمائة وهو ضعف ما صحَّت الهبة فيه.

٤٨٦٤ . الخامس: إذا أعتق في مرض الموت نفذ العتق من الثلث على ما اخترناه، سواء كان منجزاً أو معلقاً بالموت، وإذا أوصى بالعتق، وجب على الوارث الإعتاق إذا خرج من الثلث، وإلاَّ فبإزائه، فإن امتنع أجبره الحاكم، ويحكم بحريته من حين العتق، وولاؤه للموصي ، لأنَّه السبب ، والوارث نائب عنه.

ولو أوصى إلى غير الوارث بالعتق، كان الإعتاق إليه .

ولو أوصى بوصايا من جملتها العتق، بدئ بالواجب أولاً من صلب المال، وكان الباقي من الثلث، ولو كان الكل تطوعاً كان بأجمعه من الثلث، يبدأ بالأوّل من وصيته فالأوّل ، ولا أولوية لتقديم العتق، وقد روى الشيخ أنَّه إذا كانت من جملة الوصايا الحج بدئ به^(١) ونحن نقول بذلك إن كان واجباً وإلاَّ قدّم ما ذكره الموصي أولاً.

٤٨٦٥ . السادس: إذا أجمع بين عطية منجزة ومعلّقة بالموت، بدئ بالمنجزة أولاً، كمن أعتق منجّزاً، وأوصى بشيء ، فإنَّه يبدأ بالعتق، وكذا لو وهب ثم

١ . لاحظ التهذيب: ٩ / ٢٢١ برقم ٨٦٩ .

صفحة ٣٩١

أوصى بالعتق ، فإنَّه يبدأ بالهبة، ثم إن اتسع الثلث للباقي صحَّ ، وإلاَّ صحَّ فيما يحتمله الثلث، وبطل فيما قصر عنه.

٤٨٦٦ . السابع: إذا أعتق عبيده ولا مال سواهم، عتق ثلثهم ويمضى العتق فيمن ذكره أولاً، وكذا لو أوصى بعتقهم ، ولو أعتقهم بلفظ واحد من غير ترتيب، عتق ثلثهم ويستخرج بالقرعة. ولو أعتق مملوكه ولا شيء سواه، عتق ثلثه واستسعى في باقي قيمته للورثة.

٤٨٦٧ . الثامن: إذا أوصى بعتق جميع ممتلكه، وله ممتلك مختصة، وممتلك مشتركة بينه وبين غيره، ووسع الثلث عتق الجميع عتق المختص وقدّر ما يخصه من المشترك ، قال الشيخ: ويقوم حصص الشركاء عليه من الثلث ، ويعتقون^(١) وفيه نظر.

٤٨٦٨ . التاسع: إذا أوصى بعتق نسمة مؤمنة، وجب ذلك ، فإن لم يوجد قيل:^(٢) عتق من أفناء الناس من لا يعرف بنصب وعداوة والأقرب التوقع ، وإذا اشترى نسمةً على أنها مؤمنة وأعتقها ، ثم ظهر أنَّها ليست كذلك، فقد أجزأت عن الموصي.

٤٨٦٩ . العاشر: إذا أعتق عبده بلفظ واحد، وتساوت قيمتهم، وكان لهم ثلث صحيح كسنة أعتد قيمتهم متساوية، أقرع بينهم إمّا على الحرية أو الرقية، وإن

١ . النهاية: ٦١٦ - ٦١٧ ، ولاحظ التهذيب: ٩ / ٢٢٢ برقم ٨٧٢ .

٢ . القائل هو الشيخ في النهاية: ٦١٦ .

صفحة ٣٩٢

كان فيهم كسر كعبدین قيمة أحدهما مائتان والآخر ثلاثمائة، أقرعت بينهما فأيهما وقعت عليه قرعة الحرية، ضربت قيمته في ثلاثة أسهم، فما بلغ نسبت إليه قيمة العبدین معاً ، فمهما خرج بالنسبة، فهو القدر الذي يعتق منه، فإذا وقعت على الذي قيمته مائتان ضربتها في ثلاثة صارتا ستمائة ونسبت منها قيمة العبدین معاً، وهي خمسمائة تجدها خمسة أسداسها، فيعتق منها خمسة أسداسه، وإن وقعت على الآخر عتق منه خمسة أتساعه.

ولو كان له عبدان اسمهما واحد، فقال: فلان حر بعد موتي ، وله مائتا درهم، ولم يعيئه، أقرع بينهما في العتق، وأمّا الدراهم، فيحتمل بطلان الوصيّة فيها، لوقوعها لغير معيّن، والصحة ، لأنّ مستحقها حر في حال استحقاقها.

٤٨٧٠ . الحادي عشر: إذا أعتق عبداً من عبده ولم يعيئه، استخرج بالقرعة، ولو أوصى بعتق أحد عبده، احتمل تخيير^(١) الوارث فيه.

ولو أوصى بعتق عبد من غير إضافة ولا تعيين وصفه، أعتق الوارث من يجزئ في الكفارة. ٤٨٧١ . الثاني عشر: قد بيّنا أنّ العطية تخرج من الثلث، ويعتبر حال الوفاة، فمهما خرج من الثلث علم أنّ العطية صحّت فيه حال العطية، فإن نما المعطى أو كسب شيئاً، قسم بين الورثة وبين صاحبه على قدر مالهما فيه، وربّما أفضى إلى الدور، فإذا أعتق عبداً لا يملك غيره فكسب مثل قيمته في حال حياة سيده، فللعبد من كسبه بقدر ما عتق منه، وباقية لسيده، فيزداد به مال السيّد ، فتزداد الحرية بذلك، ويزداد حقّه من كسبه ، فينقص به حق السيّد من الكسب، وينقص

١ . في «ب»: تخير.

صفحة ٣٩٣

بذلك قدر المعتق منه، فيستخرج ذلك بالجبر، فيقال: عتق من العبد شيءٌ وله من كسبه شيء، لأنّ كسبه مثله، وللورثة من العبد وكسبه، شيان ، لأنّ لهم مثلي ما عتق منه ، وقد عتق منه شيء، ولا يحسب على العبد ما حصل له من الكسب، لأنّه استحقّه^(١) بجزئه الحر لا من جهة سيده، فصار

للعبد شيئان وللورثة شيئان من العبد وكسبه، فيقسم العبد وكسبه نصفين، يُعتق منه نصفه وله نصف كسبه، وللورثة نصفهما.

ولو كسب مثلي قيمته، فله من كسبه شيئان، فيصير له ثلاثة أشياء، وللورثة شيئان، فيقسم العبد وكسبه أخماساً، يعتق منه ثلاثة أخماسه، وله ثلاثة أخماس كسبه، وللورثة خمسا وخمسا كسبه. ولو كسب ثلاثة أمثال قيمته، فله ثلاثة أشياء من كسبه مع ما عُتِقَ منه، ولهم شيئان، فيعتق منه ثلثاه، وله ثلثا كسبه، ولهم الثلث منهما.

ولو كسب نصف قيمته، عُتِقَ منه شيء، وله نصف شيء، ولهم شيئان، فالجميع ثلاثة أشياء ونصف، إذا بسَطَّتْهَا أنصافاً صارت سبعة، له ثلاثة أسباعها، فيعتق ثلاثة أسباعه، وله ثلاثة أسباع كسبه، فالباقي لهم، فإذا كانت قيمته مائةً، وكسب خمسين، فقد عتق من العبد شيء وتبعه من الكسب نصف شيء، لأنَّ الكسب مثل نصف قيمته، وللورثة شيئان، فالعبد وكسبه وهما مائة وخمسون، يعدل ثلاثة أشياء ونصف تضربها في مخرج النصف، وهو اثنان يصير سبعة، وتضرب الاثنان في مائة وخمسين، يكون ثلاثمائة فالشيء (٢) سبع ثلاثمائة، وهو ثلاثة أسباع مائة، فيعتق من العبد ثلاثة أسباعه، ويتبعه من الكسب ثلاثة أسباعه،

١ . في «ب»: يستحقه.

٢ . في «ب»: والشيء .

صفحة ٣٩٤

وقد حصل للورثة أربعة أسباع العبد وأربعة أسباع الكسب، وهما مثلاً ثلاثة أسباع العبد، فيكون للورثة ستة أسباع مائة، وللمعتق ثلاثة أسباع مائة.

ولو كان على السيّد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه، بطلت الوصيّة، وإن لم يستوعب صرف من العبد وكسبه ما يقضى به الدين، والباقي يقسّم على ما يعمل في العبد الكامل وكسبه، فلو كان على السيّد دين كقيمته، صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه، وقسّم النصف الباقي بين الورثة والمعتق نصفين.

ولو كسب العبد مثل قيمته، وللسيّد مال مثل قيمته، قسّمت العبد ومثلي القيمة، على الأشياء الأربعة، فلكل شيء ثلاثة أرباع، فيعتق من العبد ثلاثة أرباعه، وله ثلاثة أرباع كسبه.

ولو أعتق عبداً قيمته عشرون ثم أعتق آخر قيمته عشرة، ولا مال سواهما، وكسب كل واحد مثل قيمته، لم يكمل الحرية في الأول وإلا لتبعه كسبه^(١) فيحصل له ضعف ما للورثة، بل طريقه أن نقول: عُتِقَ منه شيء، وله من كسبه شيء، وللورثة شيئان، فيقسم العبدان وكسبهما على الأشياء

الأربعة، فيكون لكلّ شيء خمسة عشر، فيعتق منه بقدر ذلك، وهو ثلاثة أرباعه، وله ثلاثة أرباع كسبه، والباقي منه ومن كسبه والعبد الآخر وكسبه أجمع للورثة.
ولو بدأ بعنق الأدنى، عُتِقَ كله، وأخذ كسبه، ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي الأدنى، وهو نصفه ونصف كسبه، ويبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين، فيعتق ربعه، وله ربع كسبه، ويرق ثلاثة أرباعه، ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه، وذلك مثلاً ما انعتق منهما.

١ . في «أ»: ليتبعه كسبه.

صفحة ٣٩٥

ولو عتق العبدین دفعةً، أفرع بينهما، فمن خرجت له قرعة الحرية، فحكمه كما لو بدأ بعنقه.
ولو كان له ثلاثة أعبد قيمة كل واحد مائة، وعليه دين مائة، وكسب أحدهم مائة، وأعتقهم، ولم يجز الورثة، أفرع لإخراج الدين، فإن وقعت على غير المكتسب بيع في الدين، ثم أفرع بين المكتسب والآخر للحرية، فان خرجت على غير المكتسب، عُتِقَ كلُّه، وكان المكتسب وماله للورثة، وإن وقعت قرعة الحرية على المكتسب، دخل ذلك الدور، فنقول^(١): عُتِقَ منه شيء، وتبعه من كسبه شيء، وللورثة شيئان، فالعبدان والكسب ثلاثمائة يعدل أربعة أشياء، فالشيء خمسة وسبعون، وذلك ثلاثة أرباع العبد، فيعتق ثلاثة أرباعه، ويتبعه من الكسب خمسة وسبعون، ويبقى للورثة ربعه خمسة وعشرون، ومن كسبه مثلها، والعبد الآخر قيمته مائة، فيحصل للورثة مائة وخمسون، وذلك ضعف ما عتق من العبد.

ولو وقعت قرعة الدين على المكتسب أولاً بيع نصفه في الدين، وصرف نصف كسبه فيه، ولو بعنا الجميع أبطلنا عليه العتق، ولم يقض الدين من كسبه خاصة، لإمكان وقوع العتق عليه، فيكون الكسب له لا من مال الميت، فلا يجوز أن يقضى بماله دين الميت، وإنما قضى الدين بما يتبع ما رُق منه من الكسب، لبطلان العتق فيه، فإذا ثبت هذا أفرع بين باقيه وبين العبدین الآخرين في الحرية، فإن وقعت على غيره، عُتِقَ بأجمعه، وللورثة الباقي، وإن وقعت عليه، عُتِقَ باقيه وأخذ باقي كسبه، ثم أفرع بين العبدین لإتمام الثلث، فمن وقعت عليه القرعة،

١ . هذا ما أثبتناه ولكن في النسختين: «فيقول».

صفحة ٣٩٦

عُتِقَ ثلثه، وبقي ثلثاه والعبد الآخر للورثة، فيكون المعتق خمسة أسداس عبد، لأن مال الميت بعد قضاء الدين عبدان ونصف، ولو لم يكن هناك دين أفرع بين الثلاثة، فإن خرجت قرعة العتق على

المكتسب، عُتِقَ ، وكان كسبه له، ورقَّ العبدان الباقيان، وهما مثلاً ما عُتِقَ ، وإن خرجت على غير المكتسب، عُتِقَ وبقي من الثلث شيءٌ، لأنَّ قيمة العبيد والكسب أربعمئة، فيقرع بين الباقيين ، فإن خرجت القرعة على الذي لم يكتسب، عُتِقَ ثلثه، وقد استوفى الثلث، وإن خرجت على المكتسب، قلنا: نفذ العتقُ في شيءٍ وتبعه من الكسب شيء، وللورثة شيئان مثلاً ما عُتِقَ ، وقد نفذ العتق في عبد قيمته مائة، فيجعل للورثة مثلاً ذلك مائتان، وفي أيديهم عبدان قيمتهما مائتان ومائة الكسب، فيسقط من ذلك مائتان ويبقى معهم مائة، تعدل أربعة أشياء، فالشيء خمسة وعشرون، وتبعه من الكسب خمسة وعشرون، ويبقى للورثة عبد قيمته مائة وثلاثة أرباع المكتسب خمسة وسبعون، وكسب ذلك خمسة وسبعون، فيكون لهم مائتان وخمسون، وقد عُتِقَ عبد ورُبُعُ عبد بمائة وخمسة وعشرين.

٤٨٧٢ . الثالث عشر: إذا أعتق عبيدين بلفظ واحد، ولا مال سواهما، وهما متساويان قيمةً، فمات أحدهما، أقرع بين الحيِّ والميت، فإن وقعت على الميت ، فالحي رقيقٌ، وتبين أنَّ الميت نصفه حر، لأنَّ الواصل إلى الورثة مثلاً نصفه، وإن وقعت على الحيِّ ، عُتِقَ ثلثه، ولا يحسب الميت (١) على الورثة.

٤٨٧٣ . الرابع عشر: لو أعتق عبده وقيمته عشرة، ولا مال سواه، فمات قبل سيِّده، وترك عشرين، استحقَّها السيِّد بالولاء، وتبين أنَّه مات حراً، ولو خلف

١ . في «ب»: ولا يحسب الميت.

صفحة ٣٩٧

عشرةً دخله الدور، فنقول: تحرر منه شيءٌ ، وله من كسبه شيءٌ، وليسيِّده شيئان، وقد حصل في يد سيِّده عشرةً تعدل شيئين، فتبين أنَّ نصفه حر وبقاياه رقيقٌ، والعشرة للسيِّد، نصفها بالردِّ، ونصفها بالولاء.

ولو خلف العبد ولدًا، فله من رقبته شيء، ومن كسبه شيء ، يكون لولده بالميراث (١) وليسيِّد شيئان، فنقسم العشرة على ثلاثة، للابن ثلثها، وليسيِّد ثلثها، وتبين أنَّه عُتِقَ من العبد ثلثه.

ولو خلف العبد عشرين وابتناً، فله من كسبه شيئان يكونان لابنه، وليسيِّده شيئان، فالعشرون بين السيِّد والولد نصفين، وتبين أنَّه عُتِقَ نصفه، ولو مات الابن قبل موت السيِّد، وكان ابن معتقه، ورثه السيِّد، لأنَّا تبيَّنَّا أنَّ أباه مات حراً، إذا السيِّد قد ملك عشرين هي مثلاً قيمته، فعُتِقَ وجر ولاء ابنه إلى سيِّده، فورثه، وإن لم يكن ابن معتقه لم ينجر ولاؤه، ولم يرثه سيِّد أبيه، وكذا البحث لو خلف الولد عشرين، ولم يخلف الأب شيئاً، أو ملك السيِّد عشرين من أيِّ جهة كانت، ولو لم يملك عشرين لم ينجر ولاء الابن إليه ، لأنَّ أباه لم يعتق، ولو عتق بعضه انجر من ولاء ابنه بنسبته.

المحابة في التزويج

٤٨٧٤ . الخامس عشر: المريض إذا تزوّج ومات في مرضه، فإن لم يدخل، بطل النكاح ولا مهر للمرأة ولا ميراث، وإن دخل صحّ النكاح، وثبت لها الميراث، وكان لها المهر، فإن حابى فيه بأن كان مهر مثلها خمسة فأصدقها

١ . في المغني لابن قدامة: ٦ / ٥١٤: «يكون لابيّه بالميراث».

صفحة ٣٩٨

عشرة، لا يملك سواها، كان لها مهر المثل وثلث المحاباة، ولو أجاز الورثة، تثبت المحاباة، ولو ماتت قبله، فورثها ولم تخلف سوى الصداق، دخلها الدور، فتصحّ المحاباة في شيء، فيكون لها خمسة بالصداق، وشيء بالمحاباة، ويبقى لورثة الزوج خمسة إلا شيئاً، ثم رجع إليهم بالميراث نصف مالها، وهو اثنان ونصف ونصف شيء، صار لهم سبعة ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين أجبر وقابل، يخرج الشيء ثلاثة وكان لها ثمانية، رجع إلى ورثة الزوج نصفها أربعة، صار لهم ستة، ولورثتها أربعة.

ولو ترك الزّوج خمسة أخرى بقي مع الورثة اثنا عشر ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين، فالشيء خمسة، فجازت لها المحاباة أجمع، ورجع جميع ما حاباها به إلى ورثة الزّوج، وبقي لورثتها صداق مثلها.

ولو كان للمرأة خمسة ولا شيء للزّوج، بقي مع ورثة الزوج عشرة إلا نصف شيء يعدل شيئين، فالشيء أربعة، فيكون لها بالصداق تسعة مع خمسها أربعة عشر، رجع إلى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم، صار لهم ثمانية، ولورثتها سبعة.

٤٨٧٥ . السادس عشر: إذا أعتق أمته في صحته، ثم تزوّجها في مرضه، ودخل، صحّ، وورثته إجماعاً، وإن أعتقها في مرضه، ثم تزوّجها، ودخل، وكانت تخرج من الثلث، عتقت وورثت.

ولو أعتق أمة لا يملك غيرها، ثم تزوّجها، صحّ النكاح، فإن مات ظهر فساد النكاح، ويسقط مهرها، ويُعتق ثلثها، ويرقّ ثلثها، وإن كان قد دخل بها، ومهرها نصف قيمتها، عتق منها ثلاثة أسباعها، واسترقّ أربعة أسباعها.

صفحة ٣٩٩

وطريقه أن تقول: عتق منها شيء، ولها بصداقها نصف شيء، وللورثة شيان، فيجتمع ذلك، فيكون ثلاثة أشياء ونصف، تبسطها، فتكون سبعة، لها منها ثلاثة، ولهم أربعة، ولو أراد الورثة دفع حصتها من مهرها، وهو سبعة، ويعتق منها سبعة ويسترقوا خمسة أسباعها، فلم ذلك.

ولو قلنا: يحسب مهرها من قيمتها وتسعى فيما بقي، وهو ثلث قيمتها، كان وجهاً.
ولو أعتقها وقيمتها مائة وتزوجها ومهرها كذلك، وخلف مائة، صحّ النكاح، وبطل المسمى،
والإ جاء الدور، لتوقفه على ثبوت العقد، المتوقف على العتق، المتوقف على بطلان المهر، لقصور
الثالث (١) عن القيمة مع صحته، ويثبت مهر المثل، لأنه يجري مجرى أرش الجناية، ويبطل العتق
في بعضها، لزيادتها عن الثالث.

وطريق تحصيل مقدار العتق وحصته من مهر المثل، أن يقال: عُتِقَ منها شيءٌ، وحصل لها من
مهر المثل شيء آخر، وحصل للورثة شيان في مقابلة ما عُتِقَ منها، فيكون التركة التي من جملتها
الجارية، في تقدير أربعة أشياء، والتركة ثلاثمائة، وقيمة الجارية ثلثها (٢) فتُعْتَقُ ثلاثة أرباعها،
ويحصل لها ثلاثة أرباع مائة من مهر المثل، تؤدّي منه خمسة وعشرين تمام قيمتها، يبقى لها
خمسون، وللورثة مائة وخمسون.

٤٨٧٦ . السابع عشر: لو أعتقت المريضة عبداً قيمته عشرة، وتزوجها بعشرة

١ . في «ب»: بقصور الثالث.

٢ . في «ب»: «وقيمة الجارية ثلاثمائة» والصحيح ما في المتن.

صفحة ٤٠٠

في ذمته، ثم ماتت، وخلفت مائة ضمت العشرة إلى المائة، فتكون هي التركة، فيرث النصف،
ويبقى للورثة خمسة وخمسون، ولا يحسب عليه قيمته.

٤٨٧٧ . الثامن عشر: خلع المريضة جائز، فإذا خالعت في مرضها، فإن كان بمهر المثل، صحّ
له الفدية، وإن كان بأكثر كانت الزيادة على مهر المثل محاباةً من الثالث، فإذا خالعت ومهر مثلها اثنا
عشر بثلاثين لا مال لها سواها، فللزوجة ثمانية عشر.

ولو تزوج المريضة امرأةً على مائة، ولا يملك غيرها، ومهر أمثالها عشرة، ثم مرضت،
فاختلعت منه بالمائة، ولا مال لها سواها، فلها مهر مثلها، و لها شيء بالمحابة، والباقي له، ثم
رجع إليه صداق المثل وثلث شيء بالمحابة، فصار له مائة إلا ثلثي شيء يعدل شيئين، فالشيء ثلاثة
أثمانها، وهو سبعة وثلاثون ونصف، فصار لها ذلك ومهر المثل، يرجع إليه مهر المثل وثلث الباقي
اثنا عشر ونصف (١) فيصير بيده خمسة وسبعون، وهو مثلاً محاباتها.

٤٨٧٨ . التاسع عشر: لو وهب المريضة أخته مائة لا يملك سواها، فقبضتها، ثم ماتت وخلفتها
مع زوجها، فقد صحّت الهبة في شيء، والباقي للواهب، ورجع إليه بالميراث نصف الشيء الذي
جازت الهبة فيه، صار معه مائة إلا نصف شيء يعدل شيئين، فالشيء خمساً ذلك، أربعون، رجع
إلى الواهب نصفها عشرون، صار معه ثمانون، وبقي لورثة الموهوبة عشرون.

وطريقه أن تأخذ عدداً لثلثه نصف ، وهو ستة ، فتأخذ ثلثها اثنين، وتلقى^(٢)

١ . كذا في «أ» ولكن في «ب»: فصار لها ذلك ومهر المثل وثلث الباقي اثنا عشر ونصف.

٢ . في «ب»: وتبقى .

صفحة ٤٠١

نصفه سهماً، يبقى سهم فهو للموهوبة، ويبقى للواهب أربعة، فتقسم المائة بينهم على خمسته، والسهم الذي أسقطته لا يذكر، لأنه يرجع على جميع السهام الباقية بالسوية، فيطرح كالسهم الفاضلة عن الفروض في مسألة الردّ، مثل أن يخلف أمّاً وابنين، فلابنين أربعة، وللأمّ سهمٌ، ويسقط ذكر السهم الآخر.

٤٨٧٩ . العشرون: لو أعتق المريض عبداً لاشيء له سواه، وقيمه مائة، فقطع إصبع سيده خطأ عُتِقَ نصفه ، وعليه نصف قيمته، ويصير للسيد نصفه ونصف قيمته، وذلك مثلاً ما عُتِقَ منه، وإمّا وجب نصف القيمة عليه، لأنّ عليه من أرش الجناية بقدر ما عُتِقَ منه، وحساب ذلك أن تقول: عُتِقَ منه شيء، وعليه للسيد شيء، فصار مع السيد عبد إلا شيئاً^(١) وشيء يعدل شيئين، فأسقط شيئاً بشيء، بقى ما معه من العبد يعدل شيئاً مثل ما عُتِقَ منه، ولو كانت قيمته مائتين، عُتِقَ خُمسها، لأنه عُتِقَ منه شيء، وعليه نصف شيء للسيد ، فصار للسيد نصف شيء وبقية العبد تعدل شيئين، فتكون بقية العبد تعدل شيئاً ونصفاً، وهو ثلاثة أخماسه والشيء الذي عُتِقَ خُمسها، ولو كانت قيمته خمسين أو أقلّ عُتِقَ بأجمعه، لأنه يلزمه مائة، وهي مثلاه، ولو كانت قيمته ستين ، قلنا: عُتِقَ منه شيء، وعليه شيء وثلثا شيء للسيد مع بقية العبد تعدل شيئين، فبقية العبد إذاً ثلث شيء، فنُعْتَقُ منه ثلاثة أرباعه، وعلى هذا القياس إلا أنّ ما زاد من العتق على الثلث، يقف على أداء ما يقابله من القيمة.

٤٨٨٠ . الواحد والعشرون: لو أعتق عبدين - لا مال سواهما - دفعةً واحدةً، قيمة أحدهما مائة

والآخر مائة وخمسون، فجنى الأدنى على الأرفع جنابةً

١ . في «ب»: فصار مع السيد عبده إلا شيئاً .

صفحة ٤٠٢

نقصته ثلث قيمته، وأرشها كذلك، ثم مات السيد ، فإن وقعت قرعة الحرية على الجاني عُتِقَ منه أربعة أخماسه، وعليه أربعة أخماس أرش جنابته، وبقي لورثة سيده خُمسُهُ وأرش جنابته والعبد الآخر، وذلك مائة وستون ، هي مثلاً ما عُتِقَ منه، وطريقه أن تقول: عُتِقَ منه شيء، وعليه نصف شيء، لأنّ جنابته بقدر نصف قيمته، بقي للسيد نصف شيء وباقي العبد يعدل شيئين، فعلمنا أنّ

باقي العبدین شيء ونصف ، فإذا أضفت إلى ذلك الشيء الذي عتق صار جميعاً يعدلان شيئين ونصفاً، فالشيء الكامل خماسهما، وذلك أربعة أخماس أحدهما.

ولو وقعت قرعة الحرية على المجني عليه، عتق ثلثه، وله ثلث أرش جنائته، يتعلّق برقبة الجاني، وذلك تُسْعُ الدية، لأنّ الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر ما فيه من الحرية والرق، والواجب له من الارش يستغرق قيمة الجاني، فيستحقه بها، ولا يبقى لسيدّه مال سواه، فيعتق ثلثه ويرق ثلثاه.

٤٨٨١ . الثاني والعشرون: إذا أوصى للمريض بمن ينعق عليه قبله ، ومات في ذلك المرض، عتق من الأصل ، لأن اعتبار الثلث^(١) إنّما يكون لما يخرج من ملكه، ويرث، وقال الشافعي: يكون من الثلث^(٢) وهو قويّ.

ولو اشترى المريض أباه بألف لا يملك سواها، فعلى القول بإخراج المنجزات من الأصل، يصحّ البيع وينعتق جميعه، وعلى ما اخترناه يعتق ثلثه، ويبقى ثلثاه رقاً لورثة ابنه، فإن كان ممّن ينعق عليهم عتق وإلا فلا ، ويرث بقدر الحرية فيه.

١ . كذا في النسختين ويحتمل أن تكون العبارة «لأنّ الاعتاق من الثلث» .

٢ . لاحظ المغني لابن قدامة: ٦ / ٤٩٦ .

صفحة ٤٠٣

٤٨٨٢ . الثالث والعشرون: إذا أوصى لرجل بجارية وأنت بولد بعد موت الموصي، ولا تركة سواهما وقيمتها متساوية، كان للموصى له ثلثا الجارية، والثلث الباقي والولد للورثة. ولو أوصى له بجارية حامل منه، ومات قبل القبول، قام وارثه مقامه فيه، ويكره له الردّ، فإذا قبل الوارث ملك الجارية وحملها بالقبول من الموصي لا من المورث.

وهل تقضى ديون المورث من الجارية وحملها وينفذ منهما وصاياه؟ فيه نظر، ينشأ من كون الملك حصل من الموصي، والسبب وهو القبول لم يحصل من المورث، ومن كون الوارث إنّما ملك بما ورث عنه من القبول، فهو مملوك بسبب^(١) من جهته ، كالدّية، وعلى كل تقدير فالولد لا يرث، لتوقفه على الحرية المتوقفة على القبول من جميع الورثة، فلو كان ، أحدهم دار.

ولو أوصى بأمة لرجل، ومات الموصي والموصى له، وله ابن من الأمة ولم يجز الورثة، فقبلها الولد، عتق ثلثها وفي تقويم الباقي عليه إشكال.

٤٨٨٣ . الرابع والعشرون: إذا أعتق المريض شقّصين من عبيد على التعاقب، فإن خرج الأول بكماله من الثلث عتق ، وإن فضل من الثلث شيء عتق من الثاني بقدر الفاضل، ولو خرج

الثاني كله ، عُتِقَ ، ولو لم يفضل عن كمال الأول شيء لم يُعتَق من الثاني شيء ، ونفذ العتق في الأول بأجمعه، ولو قصر الثلث عن الأول ، عُتِق منه بقدره.

١ . في «أ»: لسبب .

صفحة ٤٠٤

ولو أعتق الشقصين منهما دفعَةً، فإن خرج العبدان من الثلث عُتِقَا، وإن خرج الشقصان خاصَّة عُتِقَ الشقصان، وإن خرج أزيد منهما، فالأقرب القرعة، ويحتمل قسمة الفاضل بينهما. ٤٨٨٤ . الخامس والعشرون: إذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض ، عُتِقَ وورث كالهبة والميراث، ولو كان بعوض صحَّ الشراء من الثلث، وعُتِق، وفي إبطال الشراء في الزائد نظر، وعلى تقدير الصحَّة لا يعتق على المريض، وأمَّا الوارث فإن كان ممن يعتق عليه، عُتِقَ وإلا فلا، ومع عتق جميعه على المريض، يرث منه، وإن عتق بعضه ورث بقدر الحرِّيَّة، وإن عتق على الوارث لم يرث بالنسبة إلى نصيبه.

ولو اشترى أباه بألف لا يملك سواها ثم مات وخلف ابناً، فعلى القول بصحَّة البيع من الأصل يُعتَق على المريض، وعلى الآخر يُعتَق ثلثه ، ويعتق باقيه على الابن. ولو اشترى ابنه بألف من تركته، وقيمته ثلاثة آلاف، وخلف ابناً آخر، عتق كله على أحد القولين، وعلى الآخر يملك أخوه تُسْعِيه، ويُعتَقُ سبعة أتساعه، لأنَّه ملك ثلثيه بالمحاباة، ولو ترك ألفين سواه، عُتِقَ كُلُّهُ وورث ألفاً، لأنَّ التركة هي الثمن لا القيمة. ولو اشترى ابني عمه بألف لا يملك سواها وقيمة كل واحد ألف، فأعتق أحدهما ثم خلف أبعد منهما في النسب، فعلى ما اخترناه يُعتَق ثلثاه إلا أن يجيز الوارث عتقه أجمع، ثم يرث بثلثيه ثلثي بقيَّة التركة، فيعتق منه ثمانية أتساعه ، ويبقى تسعة وثلث أخيه للأبعد^(١)، ويحتمل عتقه كله ويرث أخاه، لأنَّه بالإعتاق

١ . الظاهر ان المراد من «الأبعد» هو المولى .

صفحة ٤٠٥

يصير وارثاً لثلثي التركة، فتنفذ إجازته في إعتاق باقيه، فتكمل له الحرِّيَّة، ثم يكمل له الميراث. ولو تبرَّع بثلث تركته ثم اشترى أباه وله ابن، فإن قلنا بإخراج المنجزات من الأصل، صحَّ العتق للأب ، وورث ، وإن قلنا إنَّه من الثلث، قدمنا السابق من المنجزات ، فيصحَّ الشراء ولا يعتق على

المريض ، لأنه لم يبق من الثلث شيء، ويرثه الولد، فيعتق عليه ولا يرث، لأنّ العتق انما حصل له بعد الموت، وكذا البحث لو اشترى أباه ثم أعتقه.

أما لو وهب له أبوه أو ورثه، فإنّه يُعتق عليه ويرث .

ولو ملك المريض من يرثه ممّن لا يُعتق عليه، كابن عمّه، فأعتقه في مرضه، كان إعتاقه وصيّة من الثلث، على ما اخترناه، فإن خرج من الثلث عُتقَ وورث، وإن لم يخرج من الثلث، عُتقَ منه بقدر الثلث، وورث بقدر ما فيه من الحرّية.

٤٨٨٥ . السادس والعشرون: كلّ ما يلزم المريض في مرضه من الحقوق الواجبة، فهو من رأس المال، كأرش الجنائية، وجناية عبده، وما عاوض عليه^(١) بثمن المثل، وما يتعابن الناس بمثله، والنكاح بمهر المثل، وشراء جارية للتسري كثيرة الثمن بثمن المثل، وكذا شراء طعام لا يأكله مثله بثمن مثله، بلا خلاف بين العلماء في ذلك .

ولو قضى المريض بعض غرمائه ووقّت تركته بسائر الديون، صحّ

١ . في «ب»: وما عارض عليه.

صفحة ٤٠٦

قضاؤه ، ولا سبيل للغرماء عليه، وإن لم يف فكذلك، لأنه أدّى واجباً فصار كما لو اشترى بثمن المثل.

ولو اعتق المريض تبرعاً، ثمّ أقرّ بدين مستوعب، ففي صحّة العتق نظر.

٤٨٨٦ . السابع والعشرون: العطايا المنجزة تشترك مع الوصيّة في أحكام أربعة:

أحدها: أنّها تخرج من الثلث على ما اخترناه، ويقف نفوذها فيما زاد عليه على الإجازة .

الثاني: أنّ فضلها أنقص من فضل الصدقة في حال الصحّة.

الثالث: أنّ خروجها من الثلث يعتبر حال الموت لا قبله ولا بعده.

الرابع: أنّها إذا اجتمعت العطايا قدّم الأول منها فالأول، كالوصيّة.

وتفارقها في أحكام خمسة:

الأول: أنّها لازمة في حقّ المعطي، ليس له الرجوع فيها، وإن كثرت.

الثاني: أنّ قبولها على الفور في حياة المعطي، وكذا ردّها ، بخلاف الوصيّة، فإنّه لا حكم لقبولها

ولا ردّها إلاّ بعد الموت.

الثالث: أنّ العطية تفتقر إلى شروطها المعتبرة في الصحّة ، من العلم بالقدر في البيع، وعدم

التعليق على شرط في العتق، وغير ذلك من الأحكام ، بخلاف الوصيّة.

الرابع: أنّ المرض إن اتصل بالوفاة، خرجت من الثلث، وإن برأ منه، ثمّ مات خرجت من الأصل، والوصيّة تخرج من الثلث مطلقاً.

صفحة ٤٠٧

الخامس: أنّها مقدّمة على الوصيّة فيبدأ بها، ويدخل النقص على الوصايا. ولو اجتمعت العطايا، فإن ترتبت بدئاً بالأول فالأول، وكان النقص داخلاً على الأخير، وإن وقعت دفعةً بأن وكل جماعةً في إيقاعها، فأوقعوها دفعةً، قسم الثلث بينها على قدر الحقوق. ولو نذر عتق سعيد عند عتق سعد، ثمّ أعتق سعداً عتق سعيد إن خرج من الثلث، وإن لم يخرج من الثلث إلاّ أحدهما، قدم عتق سعد، وإن بقي من الثلث ما يعتق به بعض سعيد، عتق تمام الثلث منه.

ولو نذر عتق عبده إن تزوّج، فتزوّج بأكثر من مهر المثل، فالزيادة معتبرة من الثلث، فإن قصر الثلث عن المحاباة والعتق، قدمت المحاباة، لأنّ التزويج شرط في العتق، فيتقدم عليه، فوجوب المحاباة أسبق، ويحتمل التساوي، لأنّ التزويج سبب للمحاباة وشرط في العتق.

٤٨٨٧ . الثامن والعشرون: المرض قسمان: مخوف، وغير مخوف .

والثاني كوجع العين والضرس، والصداع اليسير، وحمى ساعة، وهذا حكمه حكم الصحيح في عطاياه.

والأول إمّا ممتدّ كالجدام، وحمى الرّبع،^(١) والفالج عند انتهائه، والسّل في ابتدائه، وحمى الغب،^(٢) أو غير ممتدّ ويعلم تعجيل موته كالمذبوح، ومن انتزعت

١ . قال الفيومي: حمى الرّبع - بالكسر - : هي التي تعرض يوماً وتقلع يومين ثمّ تأتي في الرابع.

المصباح المنير.

٢ . غببت عن القوم: اتيتهم يوماً بعد يوم، ومنه حمى الغب. المصباح المنير.

صفحة ٤٠٨

حشوته، أو لا يعلم لكنه يخاف منه ذلك، كالبرسام،^(١) والحمى الصالب^(٢)، والرعايف اللازم، وذات الجنب، ووجع القلب والرئة، والقولنج، فهذه كلها يتحقّق معها الحجر في الوصايا والتبرعات عمّا زاد على الثلث، سواء كان معها حمى أو لا.

والإسهال المنخرق الذي لا يمكنه منعه ولا إمساكه،^(٣) مخوف وإن لم يكن منخرقاً، بل ينقطع ويعود، فليس بمخوف إلاّ أن يكون معه زحير^(٤) أو يدوم عليه، أو يستصحب الدم.

ولو أشكل الحال في المخوف وغيره، رجع إلى الخبرة وهم الأطباء المسلمون العدول.

ولو هاج به الدم، فهو مخوف وإن لم يتغيّر عقله ، وكذا الصفراء إذا هاجت به، أو البلغم الهائج، والطاعون.

والجراح النافذ إلى الدماغ أو إلى الجوف مخوف، ولو كان في يد أو ساق وشبههما ولم يرم الموضوع، ولا يأتكل^(٥)، ولا حصل معه ضربان، فهو غير مخوف.

١ . في مجمع البحرين: البرسام : علةٌ معروفة يهذى فيها، يقال: برَسَمَ الرجل فهو مُبرَسِمٌ.

٢ . في المصباح المنير: صلبت الحمى: دامت فهي صالب.

٣ . هذا ما أثبتناه ولكن في النسختين: «ولا مسكه».

٤ . الزحير : استطلاق البطن والتنفس بشدة . مجمع البحرين. قال الشيخ في المبسوط: ٤ / ٤٤ : الزحير: ما لا يخرج إلا بعد شدة شديدة . ولاحظ تذكرة الفقهاء: ٢ / ٥٢٣ - الطبعة الحجرية .

٥ . قال الشيخ في المبسوط: ٤ / ٤٥ : وأما إذا لم يكن الجراح نافذاً إلى جوفه ويكون جراحه بالخشب والمتقل نظرت: فإن لم يأتكل ويرم فغير مخوف، وإن ورم فأنه يكون مخوفاً .

صفحة ٤٠٩

٤٨٨٨ . التاسع والعشرون: لو حصل الخوف من غير مرض ، لم يتعلّق به الحجر ، مثل حال التحام الحرب حال التحام الطائفتين ، وكالأسير إذا وقع مع من يرى قتله، ركوب البحر وقت اضطرابه، وحضور مستوفي القصاص منه، والطلق^(١) إذا ضرب الحامل، فهذه الأسباب كلها لا يتعلّق بها حكم المرض، وتمضى التبرعات المنجزة معها من الأصل، وكذا لو حصل الطاعون ببلد، هو ساكن فيه.

١ . الطلّق: وجع الولادة . مجمع البحرين.

صفحة ٤١٠

صفحة ٤١١

كتاب النكاح

وفيه مقدّمة ومقاصد

صفحة ٤١٢

صفحة ٤١٣

الفصل الأوّل: في ماهيته وفضله

وفيه خمسة مباحث:

٤٨٨٩ . الأوّل : الأقرب أنّ النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطاء ، لورودهما معاً في الكتاب العزيز، قال تعالى: (وَإِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمَنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ) (١) وقال تعالى: (حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ) (٢).

وإنّما جعل حقيقة في الأوّل، لغلبة الاستعمال فيه، وصحة نفيه عن الثاني، فيقال: هذا سفاح وليس بنكاح، وأولوية المجاز على الاشتراك، يدلان على مجازيته في الثاني، فيكون النكاح شرعاً حقيقة في عقد التزويج مجازاً في الوطاء.

٤٨٩٠ . الثاني : النكاح مشروع بالنص والإجماع ، قال الله تعالى: (فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) (٣) (وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ) (٤).
وقال النبي (صلى الله عليه وآله وسلم):

١ . الأحزاب: ٤٩ .

٢ . البقرة: ٢٣٠ .

٣ . النساء: ٣ .

٤ . النور: ٣٢ .

صفحة ٤١٤

«يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنّه أغضّ للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فليصم فإنّ الصوم له وجاء» (١).

وأجمع المسلمون كافة على مشروعيته.

٤٨٩١ . الثالث : النكاح مندوب إليه مرغّب فيه، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم):

«من تزوّج فقد أحرز نصف دينه» (٢).

وقال (صلى الله عليه وآله وسلم):

«ما بني في الإسلام بناء أحبّ إلى الله تعالى من التزويج» (٣).

وقال (صلى الله عليه وآله وسلم):

«تزوّجوا فإنّي مكاتر بكم الأمم غداً في القيامة حتّى أن السقط يجيء محببناً» (٤) على باب الجنة

فيقال له: ادخل (الجنة)، فيقول: لا أدخل حتّى يدخل أبواي (الجنة) قبلي» (٥).

١ . رواه البخاري في صحيحه: ٣ / ٣٤ ، كتاب الصوم، باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة ؛ وأخرجه مسلم في صحيحه على ما في شرح صحيح مسلم للنووي: ٩ / ١٨٢ ؛ ورواه ابن قدامة في المغني: ٧ / ٣٣٤؛ ونقله الشيخ الطوسي(قدس سره) في المبسوط: ٤ / ١٥٢ ثم قال: فجعله كالموجوء الذي رضت خصيتهاه، فمعناه: أن الصوم يقطع الشهوة. ورواه الترمذي في سننه: ٣ / ٣٩١ برقم ١٠٨١ .

- ٢ . الوسائل: ١٤ / ٥ ، الباب ١ من أبواب مقدماته ، الحديث ١١ .
- ٣ . الوسائل: ١٤ / ٣ ، الباب ١ من أبواب مقدماته، الحديث ٤ .
- ٤ . في مجمع البحرين نقلاً عن أبي عبيدة: المحبطني - بالهمزة - : العظيم البطن المنتفخ، من قولهم احبنتاً: انتفخ جوفه إذا امتلأ غيظاً .
- ٥ . الوسائل: ١٤ / ٣ ، الباب ١ من أبواب مقدماته ، الحديث ٢ . وما بين القوسين يوجد في المصدر.

صفحة ٤١٥

وعن الباقر (عليه السلام):
«ركعتان يصلِّيهما متزوِّج أفضل من سبعين ركعة يصلِّيها أعزب»^(١).
وقال رسول الله(صلى الله عليه وآله وسلم):
«ركعتان يصلِّيهما متزوِّج أفضل من رجل عزب يقوم ليله ويصوم نهاره»^(٢).
وقال (صلى الله عليه وآله وسلم):
«أراذل موتاكم العزَّاب»^(٣).
وقال (صلى الله عليه وآله وسلم) :
«أكثر أهل النار العزَّاب»^(٤).
وقال (عليه السلام):
«ما استفاد امرؤ (مسلم) فائدةً بعد الإسلام أفضل من زوجة مسلمة تسرّه إذا نظر إليها، وتطيعه إذا أمرها، وتحفظه إذا غاب عنها في نفسها وماله»^(٥).
٤٨٩٢ . الرابع: الناس على أقسام ثلاثة:

- ١ . الوسائل: ١٤ / ٦ ، الباب ٢ من أبواب مقدماته، الحديث ١ (رواه عن الصادق (صلى الله عليه وآله وسلم)).
- ٢ . الوسائل: ١٤ / ٧ ، الباب ٢ من أبواب مقدماته ، الحديث ٢ .
- ٣ . نفس المصدر ، الحديث ٣ (وفيه: ردأل موتاكم).
- ٤ . نفس المصدر: ٨ ، الحديث ٧ .
- ٥ . الوسائل: ١٤ / ٢٣ ، الباب ٩ من أبواب مقدماته، الحديث ١٠ . ما بين القوسين يوجد في المصدر.

خائف على نفسه من الوقوع في محذور إذا ترك النكاح، فهذا يجب عليه إعفاف نفسه بالنكاح. ومن له شهوة ويأمن معها الوقوع في محذور، فهذا يستحب له النكاح، وهو أفضل له من التخلي للعبادة.

ومن لا شهوة له كالعتين، والكبير، والمريض مرضاً ملازماً، فالأقرب في هذا عدم استحباب النكاح له، لانتفاء مصالحه، ولمنعه الزوجة من التحصين بغيره، ولاشتغاله عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه.

٤٨٩٣ . الخامس: النكاح مستحب للغني والفقير، ولا ينبغي أن يترك مخافة العيلة، فإن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) زوج فقيراً لم يقدر على خاتم حديد، ولا وجد له إلا إزاره، ولم يكن له رداء. (١) وقال:

«من سرّه أن يلقى الله طاهراً مطهّراً فليقله بزوجة، ومن ترك التزويج مخافة العيلة فقد أساء الظنّ بالله عز وجل» (٢).

وقال الصادق (عليه السلام):

«من ترك التزويج مخافة العيلة فقد أساء الظنّ بالله سبحانه، إن الله عزّ وجل يقول: (إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْذِرُهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ)» (٣).

١ . نقله ابن قدامة في المغني: ٧ / ٣٣٧ .

٢ . الوسائل: ١٤ / ٢٥ ، الباب ١٠ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٤ .

٣ . الوسائل: ١٤ / ٢٤ ، الباب ١٠ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٢ .

الفصل الثاني: في خصائص النبي (صلى الله عليه وآله وسلم)

وهي: واجب، ومحرم، ومباح، وكرامة .

فالواجبات: السواك، والوتر، والأضحية، وتخيير النساء، فمن اختارت نفسها منهنّ بانث، وإذا لبس لامتة - وهي الدرع والسلاح - لا ينزعها حتى يلقى العدو، وقيام الليل، ثم نسخ بقوله: (فَنَهَجْدُ بِهِ نَافِلَةً لَكَ) (١).

والمحرّمات: الكتابة، وقول الشعر وتعليمه، وأخذ الصدقة الواجبة والمندوبة، ونكاح الكتابيات، وخاننة الأعين، وهو الغمز بها، بل كان (عليه السلام) يصرّح بشيء من غير تعريض.

والمباحات: الوصال بمعنى أنّه كان يطوي الليل بلا أكل وشرب مع صيام النهار، لا أن يكون صائماً، وأن يحمي لنفسه (٢) وأبيح له الغنائم والفيء، وأن يصطفي من الغنيمة، وأن يصلي أين شاء

من الأرض ، ويتطهر بأيّ تراب منها كان ، ولم يكن لأحد قبله ذلك ، وقيل: أُبيح له أخذ الماء من العطشان^(٢) وأبيح له أن يتزوّج ما شاء بغير حصر، وأن يتزوّج بلا مهر. واختلف في خمس: أن يتزوّج بلا وليّ، ولا شهود ، وهما ثابتان عندنا

١ . الإسراء: ٧٩ .

٢ . قال المحقّق الثاني في شرح قول العلامة في القواعد «والحمى لنفسه»: وأبيح له أن يحمي لنفسه الأرض لرعي ماشيته . جامع المقاصد: ١٢ / ٦٢ .

٣ . لم نتحقّق القائل وكذا نقله الشيخ في المبسوط: ٤ / ١٥٤ .

صفحة ٤١٨

لكلّ أحد، وأن يتزوّج مُحرمًا على خلاف، قال الشيخ (رحمه الله) الظاهر أنّه محرّم عليه أيضاً^(١) ولفظ الهبة، وإذا قسّم لواحدة من نسائه وبات عندها، هل يجب عليه القسمة للباقيات، خلافًا. والكرامات: بُعث إلى الجميع ،^(٢) واختص كلّ نبيّ ببعثه^(٣) إلى قوم، وساوى الأنبياء كلّهم في معجزاتهم ، وخصّ بالقرآن وبقائه إلى البعث ، ونصر بالرعب، وجعلت زوجاته أمّهات المؤمنين، وحرمن على غيره من بعده، وكان ينام عينه ولا ينام قلبه، ويرى من خلفه كما يرى من قدامه.

الفصل الثالث: في مباحث متفرقة من هذا الباب

وهي أحد عشر بحثاً

٤٨٩٤ . الأول : كلّ امرأة مات النبيّ (صلى الله عليه وآله وسلم) عنها لم يحلّ لأحد ان يتزوّجها، سواء دخل بها أو لا، لكن زوجاته (عليه السلام) كلّهنّ دخل بهنّ، أمّا من فارقتها من حياته إمّا بفسخ كالمرأة التي وجد بكسحها بياضاً ففسخ نكاحها، أو بطلاق كآلتي قالت له: أعوذ بالله منك ، فطلّقها، فهل للغير نكاحها؟ فالأصحّ تحريمها أيضاً .

٤٨٩٥ . الثاني : التحريم في أزواجه غير معلّل بكونه (عليه السلام) أباً، ولا بكونهنّ

١ . المبسوط: ٤ / ١٥٦ .

٢ . في «ب»: إلى الجميع بها.

٣ . في «أ»: ببعثته .

صفحة ٤١٩

أمّهات، بل بوحى من الله سبحانه إكراماً له (عليه السلام) ، ولهذا لا تحرم بناتهنّ ولا أمّهاتهنّ، ولو كنّ أمّهات حقيقةً لحرمن.

٤٨٩٦ . الثالث : قال بعض الناس: القسمة لا تجب على النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) ، سواء ابتداءً بالقسمة أو لا ، والأقرب وجوبه انتهاءً كغيره من الأمة، وعدم وجوبه ابتداءً كما في حق غيره من أُمَّته.

٤٨٩٧ . الرابع: لا يجوز للأجنبيّ النظر إلى المرأة إلا لضرورة، كالطبيب للعلاج ، وإن كان إلى العورة، وكذا من يريد الشهادة على العيب الذي يدّعيه الزوج، أو لحاجة كمن يريد أن يشهد على امرأة لا يعرفها إلا بالنظر إلى وجهها، ومن يريد معاملتها، وكالحاكم المحتاج إلى رؤية وجهها ، ليحكم عليها وبحليتها.

ويجوز أن ينظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها، وإن لم يستأذنها، وكفّيها وشعرها، وأن يكرّر النظر إليها قائمةً وماشيةً، ولا يجوز النظر إلى غير الوجه والكفين من غير ساتر، وكذا يجوز أن ينظر إلى أمة يريد شراءها وإلى شعرها، وإلى الذمّية وشعرها، لأنّها بمنزلة الأمة، ولا يجوز لتلذّد أو ريبة، ويجوز أن ينظر إلى وجه الأجنبية وكفّيها مرّةً، ولا يجوز معاودة النظر.

٤٨٩٨ . الخامس: يجوز للرجل أن ينظر إلى جسد زوجته، وكلّ أجزائها باطناً وظاهراً، ويكره إلى العورة، وليس بمحرّم، وكذا المرأة في حقّ الزوج، وللزوج النظر إلى المحارم ما عدا العورة ، وكذا المرأة.

٤٨٩٩ . السادس: إنّما يجوز النظر إلى الأجنبية مع الضرورة أو الحاجة، كما قلناه أوّلاً، ويقتصر الناظر على ما يفتقر إليه في النظر.

صفحة ٤٢٠

٤٩٠٠ . السابع: يجوز للرجل أن ينظر إلى مثله عدا العورة، سواء كان شاباً أو شيخاً، وسواء كان حسن الصورة أو قبيحها (١) مالم يكن النظر لتلذّد أو ريبة، فيحرم عليه النظر إليه حينئذ، وكذا المرأة يجوز لها النظر إلى مثلها، سواء كانت حسنةً أو قبيحةً مالم يكن لريبة أو تلذّد فيحرم.

٤٩٠١ . الثامن: لا يجوز للمرأة النظر إلى الأجنبي من الرجال إلا للضرورة، ولا يجوز للخصيّ النظر إلى المرأة، سواء كانت مالكةً له أو لا على إشكال ، قال الشيخ: والذي يقوى في نفسي التحريم، وروى أصحابنا في تفسير قوله تعالى: (أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ) (٢) المراد به الإماء. (٣)

أما الخصيّ إذا كبر وهمم وذهبت شهوته، فإنّه يجوز النظر له لقوله تعالى: (أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ) (٤).

٤٩٠٢ . التاسع: لا يجوز للأعمى سماع صوت المرأة الأجنبية، ولا يجوز للمرأة النظر إليه، لأنّ ابن أمّ مكتوم دخل على النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) ، وعنده عائشة وحفصة فلم تحتجبا عنه، فلما خرج ، أنكر عليهما، فقالتا: إنّهُ أعمى، فقال: أفعمياوان أنتما (٥).

أما الصبي والمجنون فلهما النظر إلى المرأة، بمعنى أنّ المرأة لا إنّ عليها

١ . في «ب» أو قبحتها.

٢ . النور: ٣١ .

٣ . المبسوط: ٤ / ١٦١ .

٤ . النور: ٣١ .

٥ . رواه البيهقي في سننه الكبرى: ٧ / ٩١ - ٩٢ ، وابن قدامة في المغني: ٧ / ٤٦٥ باختلاف قليل.
ولاحظ الوسائل: ١٤ / ١٧١ ، الباب ١٢٩ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ١ و ٤ . ورواه الشيخ في
المبسوط: ٤ / ١٦٠ كما في المتن .

صفحة ٤٢١

في التبرج إليهما ، وكذا الصغيرة من النساء يجوز للرجل النظر إليها إذا لم يكن في محل
الشهوة.

٤٩٠٣ . العاشر: العضو المنفصل هل يجري مجرى المتصل في تحريم النظر إليه؟ فيه إشكال.

٤٩٠٤ . الحادي عشر: المسّ كالنظر في أحكامه من المنع والإذن، ويجوز لحاجة المعالجة

كالنظر، ويجوز النظر إلى الفرج لتحمل شهادة الزنا.

الفصل الرابع: في الآداب

وفيه عشرة مباحث:

٤٩٠٥ . الأول : يستحب لمن أراد العقد أن يتخير من النساء من تجمع كريم

الأصل،^(١) والبكارة، والولادة، والعفة، ولا يطلب الجمال والمال فإنه يحرمهما، بل تزوجها لدينها
ليرزقه الله تعالى الجمال والمال، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم):

«ألا أخبركم بخير نسائكم؟ قالوا: بلى يا رسول الله ، قال: إنّ من خير نسائكم الولود الودود،

الستيرة العفيفة ، العزيزة في أهلها، الذليلة مع بعلمها، المتبرجة مع زوجها، الحصان مع

غيره،^(٢) التي تسمع قوله، وتطيع أمره، وإذا خلا بها بذلت له ما أراد منها، ولم تبذل له كبذل

١ . في «أ»: كرم الأصل .

٢ . في المصدر: عن غيره.

صفحة ٤٢٢

الرجل، وقال (عليه السلام): ألا أخبركم بشرّ نسائكم؟ قالوا: بلى يا رسول الله فأخبرنا ، قال: من

شرّ نسائكم الذليلة في أهلها، العزيزة مع بعلمها، العقيم الحقود التي لا تتورّع عن قبيح المتبرجة إذا

غاب عنها زوجها، الحصان معه إذا حضر، التي لا تسمع قوله ولا تطيع أمره، فإذا خلا بها (بعلمها) (١) تمنعت تمنع الصعبة عند ركوبها، ولا تقبل له عذراً، ولا تغفر له ذنباً» (٢).

وقام (صلى الله عليه وآله وسلم) خطيباً فقال: «أيها الناس إياكم وخضراء الدّمن، قيل يا رسول الله: وما خضراء الدّمن؟ قال: المرأة الحسنة في منبت السّوء» (٣).

قال بعض الجمهور: الأولى ان لا يتزوَّج الرّجل في عشيرته . فإنّ من تزوّج فيهم كان الغالب على ولده الحمق (٤) .

قال «الشيخ (رحمه الله): وقد ورد في الأحاديث الحث على التزويج بالأقارب ، لأته من صلة الرحم (٥) وهو حسن.

٤٩٠٦ . الثاني : يستحبّ لمن أراد عقد النكاح أن يستخير الله تعالى بأن يسأله

١ . ما بين القوسين يوجد في المصدر.

٢ . التهذيب: ٧ / ٤٠٠ برقم ١٥٩٧. ولاحظ الوسائل: ١٤ / ١٤ ، الباب ٦ من أبواب مقدمات النكاح،

الحديث ٢ وفيه «كتبذل الرجل» والوسائل: ١٤ / ١٨ ، الباب ٧ من أبواب مقدمات النكاح ، الحديث ١ .

٣ . التهذيب: ٧ / ٤٠٣ برقم ١٦٠٨. ولاحظ الوسائل: ١٤ / ١٩ ، الباب ٧ من أبواب مقدمات النكاح،

الحديث ٧ .

٤ . لاحظ النهاية لابن الأثير: ٣ / ١٠٦ (مادة ضوأ) ، وإحياء العلوم للغزالي: ٢ / ٤٢ - كتاب آداب

النكاح - .

٥ . المبسوط ٤ / ٢٩٩ .

صفحة ٤٢٣

أن يخير له فيما قد عزم عليه ، ويصنع ما رواه أبو بصير عن الصادق (عليه السلام) . قال: «يصلّي ركعتين ويحمد الله عزّ وجل ، ويقول: اللهم إنّي أريد التزويج اللهم فقدر لي من النساء أعفهن فرجاً، وأحفظهنّ لي في نفسها ومالي، وأوسعهنّ رزقاً، وأعظمهنّ بركةً، وقبّض لي منها ولداً طيباً تجعله لي خلفاً صالحاً في حياتي وبعد موتي» (١).

٤٩٠٧ . الثالث : روى حمران عن الصادق (عليه السلام) قال: «من تزوّج والقمر في العقرب لم

ير الحسنى» (٢) . قال ابن بابويه: وروي أنّه يكره التزويج في محاق الشهر (٣).

٤٩٠٨ . الرابع: يستحبّ الإعلان في نكاح الدوام ، والإشهاد، وليس شرطاً وإن تأمرا

الكتمان ، (٤) والخطبة أمام العقد، وليست واجبةً، وإيقاعه ليلاً، وكذا الزفاف، أمّا الوليمة فبالنهار.

٤٩٠٩ . الخامس: يستحبّ عند الزفاف الوليمة يوماً أو يومين يُدعى فيه المؤمنون، ويكره

تخصيص الأغنياء بذلك، ولو كان الكافر لم تستحبّ إجابته إليها، ولو حضر لم يجز الأكل ممّا باشره.

- ١ . الفقيه: ٣ / ٢٤٩ برقم ١١٨٧؛ والتهذيب: ٧ / ٤٠٧ برقم ١٦٢٧ .
- ٢ . الفقيه: ٣ / ٢٥٠ برقم ١١٨٨؛ والتهذيب: ٧ / ٤٠٧ برقم ١٦٢٨ .
- ٣ . الفقيه: ٣ / ٢٥٠ برقم ١١٨٩ .
- ٤ . هذا ناظرٌ إلى ما ذهب إليه مالك من اشتراط ترك التواطؤ بالكتمان، قال المصنف في التذكرة «واعلم أنّ مالك لم يشترط الشهادة بل الإعلان وترك التواطؤ بالكتمان، حتّى لو تواصلوا بالكتمان لم يعقد النكاح وان حضره الشهود» تذكرة الفقهاء: ٢ / ٥٧١ - الطبعة الحجرية - ولاحظ المغني: ٧ / ٤٣٤ - ٤٣٥ .
والمجموع للنووي: ١٧ / ٢٩٧ .

صفحة ٤٢٤

ولا بأس بأكل ما نثر في الأعراس ، ولا يجوز أخذه إلا بإذن أربابه صريحاً أو بشاهد الحال . وهل يملك بالأخذ؟ قال الشيخ: نعم^(١) والنثر عنده ليس بمكروه . لكن يكره أخذه انتهاباً إلا أن يعلم كراهية المالك فيحرم^(٢) .

٤٩١٠ . السادس: يستحبّ له عند الزفاف أن يأمر المرأة بأن تصلّي ركعتين وتكون على طهارة إذا دخلت عليه . ويصلّي أيضاً مثل ذلك . ويكون متطهراً ، ويدعو الله تعالى عقيب الركعتين، ويسأله أن يرزقه إلفها وودّها ورضاهها، ويضع يده على ناصيتها، ويقول: اللهم على كتابك تزوّجتها ، وفي أمانتك أخذتها وبكلماتك استحللت فرجها، فإن قضيت في رحمها نسباً، فاجعله مسلماً سوياً ولا تجعله شرك شيطان^(٣) .

٤٩١١ . السابع: تستحبّ التسمية عند الجماع . فقد روى عن الصادق (عليه السلام):

«إنّ من تركها فجاءه ولد كان شرك شيطان ويعرف ذلك بحبنا وبغضنا»^(٤) .

٤٩١٢ . الثامن: يكره الجماع في المحاق خوفاً من إسقاط الولد، وكذا في أوّل الشهر ووسطه وآخره، قال الصادق (عليه السلام):

«من فعل ذلك فليسلم لسقط الولد، فإن تمّ أو شك أن يكون مجنوناً»^(٥) .

واستثني عن ذلك أوّل شهر رمضان، ويكره أيضاً في ليلة خسوف القمر، ويوم الكسوف، وفيما بين غروب الشمس إلى أن يغيب الشفق، ومن طلوع

١ . المبسوط: ٤ / ٣٢٣ .

٢ . لاحظ المبسوط: ٤ / ٣٢٣ .

٣ . الفقيه: ٣ / ٢٥٤ برقم ١٢٠٥ .

٤ . الفقيه: ٣ / ٢٥٦ برقم ١٢١٤ .

٥ . الفقيه: ٣ / ٢٥٥ برقم ١٢٠٨ .

الفجر إلى طلوع الشمس، وفي الريح السوداء والحمراء والصفراء ، والزلزلة.

قال الباقر (عليه السلام):

«وأيّم الله لا يجمع أحد في هذه الساعات التي وصفت فيرزق من جماعه ولدأ ويرى ما يحبّ»^(١).

وقال الصادق (عليه السلام):

«تكره الجنابة حين تصفّر الشمس وحين تطلع وهي صفراء»^(٢).

وكذا يكره وقت الزوال وفي السفر إذا لم يكن معه ماء يغتسل به ، والجماع وهو عريان، وعقيب الاحتلام قبل الغسل ليأمن الجنون على الولد.

ولابأس ان يجمع مرّة عقيب أخرى من غير اغتسال.

ويكره الجماع مستقبل القبلة ومستدبرها، وفي السفينة.

وقال رسول الله(صلى الله عليه وآله وسلم):

«من جامع امرأته وهي حائض فخرج الولد مجنوماً أو أبرص فلا يلومنّ إلا نفسه»^(٣).

ويكره أن يجمع وعنده من ينظر إليه ، والنظر إلى فرج المرأة، والكلام عند الجماع إلا بذكر الله تعالى ، وأن يطرق أهله ليلاً.

٤٩١٣ . التاسع: الوطئ في الدبر شديد الكراهية وليس بمحرّم ، واختلف

١ . الفقيه: ٣ / ٢٥٥ برقم ١٢٠٧ .

٢ . الفقيه: ٣ / ٢٥٥ برقم ١٢٠٩ .

٣ . الفقيه: ٣ / ٢٥٦ برقم ١٢١٣ .

في العزل عن الحرّة إذا لم يشترط في العقد ولم تأذن، فقيل: هو محرّم، ويجب معه عشرة دنانير

دية ضياع النطفة ، وقيل: مكروه وإن وجبت الدية.^(١)

٤٩١٤ . العاشر: لا يجوز للرجل أن يترك وطئ امرأته أكثر من أربعة أشهر إلا لضرورة.

١ . لاحظ الأقوال حول المسألة في المختلف: ٧ / ١١٢ .

المقصد الأول : في العقد وأوليائه

وفيه فصلان :

الفصل الأول : في العقد

وفيه تسعة عشر بحثاً:

- ٤٩١٥ . الأول : النكاح يفتقر إلى إيجاب وقبول، هما العقد ، ولا بدّ فيهما من الصيغة الدالّة عليهما مع القدرة، ولو عجزا أو أحدهما عن النطق كفت الإشارة الدالّة على الرضا في حقّ العاجز.
- ٤٩١٦ . الثاني: للإيجاب صيغتان: زوّجتك وأنكحتك، وفي متعتك إشكال ، ولا ينعقد بلفظ الهبة، ولا الصدقة، ولا البيع، ولا الإجارة ، سواء ذكر المهر في ذلك كله أو لا، والقبول أن يقول: قبلت النكاح أو التزويج، ولو اختلفا في الصيغة بأن يوجب بلفظ التزويج فيقبل بلفظ النكاح جاز، ولو اقتصر على ذكر قبلت من غير ذكر أحدهما جاز.
- ٤٩١٧ . الثالث : يشترط النطق بالصيغة إيجاباً وقبولاً بالعربية، فلو عجزا أو

صفحة ٤٢٨

عجز أحدهما كفت الصيغة بغيرها، ولو عقد بالفارسية مع القدرة على العربية لم يصحّ، ولو كان أحدهما يحسن بالعربية والآخر بغيرها أتى كلُّ بما يُحسنه بشرط فهم أنّ الوليّ أوجب.

ولا ينعقد النكاح بالكنايات، ولا بالكتابة مجردة عن الإشارة الدالّة على الرضا ولا معها مع القدرة على النطق.

٤٩١٨ . الرابع: لا بدّ في الصيغة من الإتيان بها على صيغة الماضي، فلو قصد الإنشاء بلفظ الأمر كقوله زوّجنيها، فقال: زوّجتك ، قال الشيخ: صحّ وإن لم يأت بلفظ القبول ثانياً^(١) ولو أتى بلفظ الاستفهام كقولك: أتزوّجني بنتك؟ فقال زوّجتكها، لم ينعقد حتّى يقبل ، وكذا لو قال: زوّجني^(٢) بنتك ، أو جئتك خاطباً راعباً في بنتك ، فقال: زوّجتكها.

ولو قال: أتزوّجك ، بلفظ المستقبل فيقول: زوّجتك قيل: يصحّ من غير قبول ثان، ولو قيل له: زوّجت بنتك من فلان؟

فقال: نعم ، فقال الزوج: قبلتُ قال الشيخ: يقوى في نفسي الصحة^(٣) وعندي فيه نظر.

٤٩١٩ . الخامس: لا يشترط تقديم الإيجاب على القبول، فلو قدّم القبول على الإيجاب انعقد، قال الشيخ: وكذا في البيع ينعقد لو تقدّم القبول^(٤).

٤٩٢٠ . السادس: لو كان الزوج غائباً فقالت المرأة: زوّجت نفسي من

١ . المبسوط: ٤ / ١٩٣ .

٢ . في «أ»: إن زوّجتني .

صفحة ٤٢٩

فلان، أو قال الولي: زوّجت فلانةً من فلان، فبلغ الزوج ذلك ، فقبل ، لم ينعقد.
٤٩٢١ . السابع: إذا أوجب ثمّ جنّ أو أغمي عليه ، أو مات، بطل حكم الإيجاب، فلو قبل لم ينعقد، وكذا لو تقدّم القبول ثمّ جنّ قبل الإيجاب أو أغمي عليه، وكذا البحث في البيع.
٤٩٢٢ . الثامن: لا يدخل النكاح خيارُ المجلس ولا الشرط، فإن شرط الخيار فيه بطل العقد، ولو شرط الخيار في الصداق صحّ العقد والشرط.
٤٩٢٣ . التاسع: لا اعتداد بعبارة الصبي في العقد إيجاباً ولا قبولاً لنفسه ولغيره، وكذا المجنون والسكران ، وإن التزم به بعد الإفاقة، وبالجملة لا بدّ للقصد من المكف.
٤٩٢٤ . العاشر: يشترط امتياز المعقود عليها عن غيرها بالإشارة أو الاسم أو الصفة، فلو قال: زوّجتك إحدى بناتي أو بنتي وله أكثر من واحدة ، بطل ، وكذا يبطل لو قال: زوّجتك حمل هذه الجارية.
ولو قال: زوّجتك بنتي هذه فلانةً، أو بنتي هذه، أو بنتي ، وله واحدة صحّ، وكذا يصحّ لو قال: زوّجتك هذه ، وهي حاضرة.
ولو قال: زوّجتك بنتي فاطمة، واسمها خديجة، ولا بنت له غيرها، صحّ اعتباراً بالإضافة اللازمة وإلغاء الاسم المفارق، ولو قال زوّجتك فلانةً، وأطلق ، لم يصحّ.
ولو كانت الكبرى فاطمة والصغرى خديجة ، فقال: زوّجتك الكبرى ، صحّ ، وكذا لو قال: فاطمة وكذا في الصغرى .

صفحة ٤٣٠

ولو قال: زوّجتك الكبرى خديجة، صحّ للكبرى اعتباراً باللازم ، ولو قال: زوّجتك بنتي ، ونوى الكبرى، فقال الزوج قبلت، ونواها صحّ، ولو قال: زوّجتك ابنتي فاطمة، ونوى الصغرى ، فقال: قبلت نكاح فاطمة، ونوى الكبرى ، صحّ ظاهراً للكبرى لاتفاقهما على الاسم، ويبطل باطناً، لأنّ الولي أوجب للصغرى ، والزواج قبل لغيرها، ولو صدّقه، بطل ظاهراً أيضاً .
ولو كانت له عدة بنات فزوج واحدةً، ولم يسمّها عند العقد، فإن لم ينو واحدةً معيّنةً، بطل ، على ما قلناه، وإن نوى معيّنةً، صحّ ، فإن اختلف هو والزواج في المعقود عليها، فإن كان الزوج قد رآهنّ كلّهنّ ، فالقول قول الأب، لأنّ الظاهر أنّه وكّل التعيين إليه ، وعلى الأب أن يسوق إليه المنويّة، فإن لم يكن الزوج قد رآهنّ كلّهنّ ، بطل العقد.

٤٩٢٥ . الحادي عشر: لو كتب إلى الوليِّ فقال: زوّجني مولاتك فقراه الوليُّ أو غيره بحضور شاهدين ، وقال: زوّجته ، لم ينعقد.

٤٩٢٦ . الثاني عشر: لا يشترط في نكاح الرشيدة اذن الوليِّ، ويشترط في غيرها، وأمّا الشاهدان فلا يشترطان في شيء من الأنكحة، ويجوز لو أوقعه الزوجان أو الأولياء سرّاً، سواء تأمرا الكتمان أو لا.

٤٩٢٧ . الثالث عشر: لو ادّعى زوجية امرأة ، فصدّقته ، أو ادّعت هي وصدّقها، قُضي بالزوجية بينهما ظاهراً ، وتوارثا، ولو ادّعاها أحدهما حُكم عليه به، وقُضي بمقتضى العقد في حقه خاصة دون صاحبه .

ولو ادّعى زوجية امرأة، وادّعت أختها زوجيته ، وأقام كلُّ منهما بينةً، حكم

صفحة ٤٣١

لبينته مالم يسبق تاريخ الأخرى أو يكون قد دخل بالمدعية ، فإن حصل أحد الأمرين قُضي لها. الرابع عشر: لو أذن المولى لعبده في شراء زوجته فاشتراها لمولاه، كان العقد باقياً، وكذا ان اشترها لنفسه على ما اخترناه، من أنّ العبد لا يملك شيئاً، وعلى القول الآخر يبطل، ولو تحرّر بعضه فاشتراها، بطل العقد ، سواء اشترها بمال نفسه أو بالمشترك بينه وبين المولى.

٤٩٢٩ . الخامس عشر: يشترط تجريد الصيغة عن الشرط، فلو قال: إن كان ولدي أنثى فقد زوّجتها ، لم يصحّ وإن كانت أنثى، ولو قال: زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك، فالأقرب الصحة، أما لو جعل بضع إحدهما نكاح الأخرى فإنّه يبطل قطعاً.

٤٩٣٠ . السادس عشر: الخطبة (١) مستحبة، وهي تصريح وتعريض، فالأول هو أن يخاطبها، بما لا يحتمل غير النكاح، مثل أن يقول: أريد أن أتزوّجك أو أنكحك، والثاني أن يخاطبها بما يحتمل غيره ، مثل أن يقول: رُبّ راغب فيك، أو متطلع إليك أو حريص عليك أو لا تبقين بلا زوج أو أرملة.

ثمّ المرأة إن كانت خاليةً من بعل أو عدة، جاز التعريض لها بالخطبة والتصريح، وإن كانت ذات بعل أو ذات عدة رجعية، لم يجز التصريح لها بالخطبة ولا التعريض.

١ . الخطبة - بالكسر - : استدعاء نكاح المرأة ، وبالضم تختص بالموعظة والكلام المخطوب به. لاحظ مجمع البحرين .

وإن كانت مطلقةً ثلاثاً ، جاز التعريض لها بالخطبة من الزوج وغيره، ولا يجوز التصريح
منهما لها.

وإن كان الطلاق تسعاً للعدة حرمت الخطبة تعريضاً وتصريحاً من الزوج، ويجوز من غيره
تعريضاً لا تصريحاً، ولو خرجت العدة جاز من الغير تصريحاً.

وإن كان الطلاق بائناً غير محتاج إلى المحلل كالخلع وشبهه، جاز التعريض من الزوج وغيره
في العدة والتصريح من الزوج خاصة، ويجوز بعد العدة التصريح من الزوج وغيره.

والمتوقى عنها زوجها يجوز التعريض لها لا التصريح وبعد العدة يجوز التصريح.

إذا عرفت هذا فإن جواب المرأة مثل الخطبة، فيجوز لها التعريض فيه.

ويكره أن يواعدها سرّاً، ومعناه أن يخطب بالفحش من القول والهجر من الكلام، مثل أن يقول:

عندي جماع يُرضيك، وكذا لو عرض به بأن يقول: ربّ جماع يُرضيك، ولو صرح بالخطبة فيما
منع من التصريح به، أو واعدتها سرّاً، ثم انتقضت العدة وتزوجها، صحّ النكاح.

٤٩٣١ . السابع عشر: إذا خطب امرأة فأجابته، قال الشيخ (رحمه الله): حرم على غيره الخطبة

عليها إلا أن يأذن له أو يتركها، فإن خطب وتزوج على خطبة أخيه كان النكاح صحيحاً، أمّا لو

خطب فامتنعت، أو سكتت، أو رضيت به، ولم تصرّح بالإجابة ، مثل أن تقول: ما أنت إلا رضاء أو

ما فيك عيبٌ، لم يحرم على غيره خطبتها، وإذا أذنت المرأة لوليها في تزويجها ممن يشاء، كان لكل

أحد خطبتها.

صفحة ٤٣٣

الفصل الثاني: في أولياء العقد

وفيه ثلاثون بحثاً:

٤٩٣٢ . الأوّل : المرأة إن كانت صغيرةً أو مجنونةً، كانت الولاية في نكاحها لكل واحد من

الأب والجدّ للأب، وإن علا، سواء كانت بكرةً ، أو ذهب بكارثتها بوطء أو غيره، فإن فُقد معاً ،

كانت ولاية المجنونة إلى الحاكم، يزوّجها مع اعتبار المصلحة.

قال الشيخ: المراد بالحاكم هنا الإمام أو من يأمره الإمام خاصة،^(١) ولا ولاية له على الصّغيرة ،

ولو فقد الحاكم انتفت الولاية عنها أيضاً .

وإن كانت بالغةً رشيدةً، فإن كانت ثيباً كانت الولاية لها خاصة، تولّي أمرها من شاءت ، ولو

عقدت بنفسها صحّ ، وإن كانت بكرةً فذلك على أقوى القولين ، ولا خلاف في أنّ لها أن

تزوِّج^(٢) نفسها مع عضل وليها.

٤٩٣٣ . الثاني: يجوز للمرأة البالغة الرشيدة أن تتولّى عقدَ نفسها وغيرها، ولا فرق في جواز عقدها لنفسها بين أن تكون رفيعةً أو وضيعة، بل يجوز للوضيعة ذلك، كما يجوز للرفيعة ، ولا يشترط إذن الولي في ذلك كلّيه.

٤٩٣٤ . الثالث: إذا زوّج من له الولاية ، كالأب والجدّ، لم يكن للمولى عليه

١ . المبسوط: ٤ / ١٦٤ .

٢ . في «أ»: أن تتزوج.

صفحة ٤٣٤

فسخ النكاح بعد زوال عذره، في الذكر والأنثى إلا الأمة إذا زوّجها مولاهما ثمّ أعتقت، فإنّ لها خيار الفسخ.

٤٩٣٥ . الرابع: اشترط الشيخ (رحمه الله) في ولاية الجدّ في النكاح خاصّة بقاء الأب، فلو كان ميّتاً سقطت ولايته في النكاح^(١) والأقرب عندي عدم الاشتراط.

٤٩٣٦ . الخامس: للمولى أن يزوّج مملوكته صغيرةً كانت أو كبيرةً، بكرًا أو ثيبًا، عاقلةً أو مجنونةً، وكذا العبد، وليس لأحدهما أن يزوّج نفسه من دون إذن المولى ، وله إجبارهما على النكاح لمن به عيب يوجب الفسخ وبغيره ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المولى ذكراً أو أنثى .

٤٩٣٧ . السادس: الأقوى أنّ الوصي لا ولاية له على الإنكاح، وإن كان الأب أو الجدّ قد أسند إليه ذلك، سواء كان الموصى عليه ذكراً أو أنثى ، وسواء كانت البنت صغيرةً أو كبيرةً، وسواء عيّن الأب زوج الصغيرة أو لا، نعم له أن يزوّج من بلغ فاسدَ العقل مع الحاجة إلى النكاح.

٤٩٣٨ . السابع: المحجور عليه للسّفه ، ليس له أن يتزوّج مع انتفاء الضرورة، ولو فعل حينئذ ، كان العقد باطلاً ، ولو دخل فالأقرب ثبوت مهر المثل، أمّا مع الحاجة فأنّه يجوز له أن يتزوّج بمهر المثل، وإن لم يأذن له الحاكم ، وإن زاد عليه بطل الزائد، ويجوز للحاكم أن يأذن له في النكاح بمهر المثل مع تعيين المرأة وإطلاقها.

٤٩٣٩ . الثامن: ليس للأب وللجدّ إجبار النّيب الكبيرة على النكاح إجماعاً ،

١ . النهاية: ٤٦٥ - ٤٦٦ .

صفحة ٤٣٥

وكذا لو كانت بكرًا رشيدةً، ولو كانت صغيرةً كان لهما إجبارها على النكاح، سواء كانت ثيبًا أو بكرًا، وسواء كانت صحيحةً أو معتوهةً ، وليس لغيرهما من العصبات كالأخ والعم ذلك.

٤٩٤٠ . التاسع: قد بيّنا اشتراط الإذن في البالغة مطلقاً، لكن يُكتفى في البكر بالسكوت الخالي عن قرينة الكراهية، ولا بدّ في الثيب من النطق.

وهل تزول البكارة بوطء الزنا؟ «قال أبو حنيفة: لا ، لقوله (عليه السلام):

«البكر بالبكر (١) جلد مائة وتغريب عام» .

ولا دلالة فيه لأنهما حين الزنا كانا بكرين.

٤٩٤١ . العاشر: ليس لوكيل البالغة أن يزوّجها من نفسه، ولو أذنت له في ذلك، فالأقرب الجواز، ويجوز للجدّ تولّي طرفي النكاح على حافديه(٢)، وللأب تزويج موكله، ولا يكفي الإيجاب فيهما مجرداً عن القبول، وليس للوكيل ولا للوليّ أن يزوّجها بدون مهر المثل، فان فعلا كان لها فسخ المسمّى، وهل لها فسخ النكاح؟ فيه نظر، وكذا لو زوّج الصغيرة بأكثر من مهر المثل، ولو زوّجها الوليّ بالمجنون أو الخصيّ ، صحّ لكن لها الفسخ، وكذا لو زوّج الطفل بذات عيب موجب للفسخ. ولو زوّج برتقاء لم يسقط خيارُ الفسخ مع الجبّ.

ولو زوّجها بمملوك ، فلا خيار لها بعد البلوغ، أمّا الصبيّ لو زوّج بمملوكة، ففي ثبوت الخيار له إشكال.

١ . هكذا نقله السرخسي في المبسوط عن أبي حنيفة لاحظ ٥ : ٧ - ٨ .

٢ . الحافد: ولد الولد .

صفحة ٤٣٦

ولو تصادق الزوجان على إنكاح الأب أو الجدّ فأنكر لم يعتدّ بإنكاره ، وثبت النكاح، وكذا لو اتّفقا على النكاح بحضور شاهدين ، وأنكر الشاهدان، ولو بلغت بعد تزويج الوليّ فذكرت أنّ بينها وبين الزوج رضاعاً، أو ما يوجب بطلان النكاح، ففي قبول قولها نظراً، أقربه القبول بالنسبة إليها، أمّا لو أذنت البالغة في تزويجها من شخص بعينه، أو زوّجها ومكّنت الزوج من نفسها، ثمّ ادّعت التحريم، فإنّه لا يقبل منها.

٤٩٤٢ . الحادي عشر: قال الشيخ (رحمه الله) عقد النكاح لا يقف على الإجازة فلو زوّجها الأجنبي كان العقد باطلاً في نفسه لا يصحّ بالإجازة، وكذا في طرف الزوج وقال: لكن قد روى أصحابنا في تزويج العبد خاصة أنّه موقوف على إجازة مولاه، فأما نكاح الأمة فمنصوص عليه أنّه زنا إذا كان بغير إذن سيّدها (١) ولو قبل بوقفه على الإجازة كالبيع، كان وجهاً.

٤٩٤٣ . الثاني عشر: لا يسلب الفسق ولاية النكاح، سواء كانت ولاية إيجاب كالأب والجدّ ، أو اختيار كغيرهما أو هما في حقّ البالغة، وسواء كان الفسق متجدّداً أو لا أمّا الكافر فلا ولاية له على المسلمة، سواء كان حربياً أو ذمياً، وسواء كان عدلاً في دينه أو لا، قال الشيخ (رحمه الله) : لو زوّج

الذمي ابنته الذمية من مسلم ، صحّ العقد عند من أجاز العقد عليهن من أصحابنا^(٢) فأثبت له الولاية، وهو جيّد ، وتثبت ولاية المسلم على الكافرة، والخرس لا يسلب ولاية النكاح إذا علمت إشارته ، وكذا العمى والصنائع الدنيّة ، كالحارس والكتّاس والحجّام والحائك.

١ . المبسوط: ٤ / ١٦٣ .

٢ . المبسوط: ٤ / ١٦٣ .

صفحة ٤٣٧

٤٩٤٤ . الثالث عشر: المجنون لا يزوجه وليه إلا مع الحاجة بأن يراه يتبع النساء، ولو كان له حال إفاقة انتظرها^(١) وكذا صاحب البرسام.

٤٩٤٥ . الرابع عشر: إذا كان الأب كافراً ، أو مجنوناً، أو عبداً، كانت الولاية للجدّ مع انتفاء الصفات عنه ، ولو زال المانع عن الأب، عادت ولايته، ولو اختار الأب زوجاً والجدّ آخر، فإن سبق عقد أحدهما، صحّ نكاحه، ولو اقترنا ثبت عقد الجدّ، ولو تشاحا في إيقاع العقد، فُدم اختيار الجدّ.

٤٩٤٦ . الخامس عشر: إذا زوج الصغيرين من له الولاية لزمهما العقد، فلو مات أحدهما ورثه الآخر، ولو عقد عليهما من لا ولاية له، وقف على الإجازة بعد البلوغ ، فإن مات أحدهما قبل بلوغه، بطل العقد، ولا ميراث، سواء كان الآخر قد أجاز النكاح بعد بلوغه أو لا، وإن بلغ أحدهما وأجاز، ثم مات عُزل ميراث الآخر منه، فإن أجاز بعد بلوغه، حُلف أنه لم يُجزّ للطمع في الميراث، وورث، فإن امتنع فلا ميراث له.

٤٩٤٧ . السادس: لا يجوز نكاح الأمة بدون إذن مولاه، سواء كانت لرجل أو لامرأة، وسواء كان النكاح دائماً أو منقطعاً، وللشيخ هنا تفصيل ضعيف^(٢) ولو كانت لمن عليه ولاية، فنكاحها بيد الولي، فإن زوجها لم يكن للمولى عليه الفسخ بعد زوال عُذره.

٤٩٤٨ . السابع عشر: من تحرّر بعضه لا ولاية عليه لمولاه، فلا يجوز له إجباره على النكاح، ولو أذن المولى لعبده في العقد، صحّ ، فإن عيّن المهر

١ . في «ب»: انتظر .

٢ . لاحظ النهاية: ٤٧٦ - ٤٧٨ .

صفحة ٤٣٨

فزاد، كانت الزيادة في ذمة العبد، يتبع بها بعد العتق، وإن أطلق ، انصرف إلى مهر المثل، والبحث في الزيادة كما تقدّم ، وهل يثبت مهر المثل مع الإطلاق أو المسمّى مع التعيين في ذمة المولى أو في كسب العبد؟ الأقرب الأول، وكذا البحث في نفقة الزوجة.

٤٩٤٩ . الثامن عشر: لا ولاية للأُم ولا لغيرها من القرابات سوى الأب والجدّ، ومع بلوغها ورشدها، فلا ولاية عليها مطلقاً كما تقرّر، لكن يستحبّ لها أن تستأذن أبها في العقد وأن تُوكّل أخيها مع فقده.

ولو كان لها أخوان استحبّ أن تجعل الأمر إلى الأكبر، ولو اختار كلٌّ من الإخوة رجلاً استحبّ لها اختيار خيرة الأكبر.

ولو زوّجها الأخوان بالوكالة، فالعقد للسابق ، فلو دخلت بالأخير ردّت إلى الأوّل بعد العدة ، وكان لها المهر، ولحق به الولد لو حملت، ولو اقترن العقدان، فالأقرب ، البطلان أمّا لو لم تأذن، فإنّ لها أن تخير عقد من شاءت منهما، والأولى عقد الأكبر ، ولو دخلت بأحدهما فهو إجازة له. ولو زوّجت الأم ولدها فإن رضي ، لزم، وإلا بطل قيل: ويلزمها المهر^(١) ويحمل على ادّعائها الوكالة.

ولو زوّجها أجنبيّ فادّعت الإن، وقال الزوج: زوّجك من غير إذن، فالقول قولها مع اليمين.

٤٩٥٠ . التاسع عشر: للمولى إجبار العبد على النكاح، وكذا المدبّر أمّا

١ . القائل هو الشيخ في النهاية: ٤٦٨ .

صفحة ٤٣٩

المكاتب المطلق أو المشروط ومن اعتق بعضه، فليس له إجبارهما، ولو امتنع المولى مع طلب العبد لم يجبر على إنكاحه.

ولو كان العبد بين شريكين ، كان لهما معاً إجباره على النكاح، وليس لأحدهما ذلك إلاّ بإذن الآخر، ولو طلب العبد النكاح لم يجبر الممتنع من الشريكين عليه، لكن يستحبّ له إجابته، وكذا لو كان لواحد.

ولو زوّج أمته من عبده جاز ولم يجب المهر فيه، لكن يستحبّ ذكره.

٤٩٥١ . العشرون: قد ذكرنا أنّ الأقرب أنّ مهر العبد المأذون له في التزويج^(١) ونفقة زوجته على مولاه، وقال الشيخ: يكونان في كسبه إن كان له كسب فيجب على مولاه إرساله نهاراً للكسب ، وليلاً للاستمتاع ، ولو تكفّل مولاه بالنفقة والمهر كان له استخدامه نهاراً ، والوجوب يتعلّق بما يستأنف من الكسب لا بما مضى ممّا هو في يده لمولاه ، وكذا لو تزوّج بمهر مؤجّل ثبت في كسبه

بعد الأجل، قال: ولو لم يكن ذا كسب قيل فيه قولان: أحدهما في ذمته يتبع به بعد العتق في المهر والنفقة وقيل: على المولى^(٢) ولم يرجح أحدهما.

٤٩٥٢ . الحادي والعشرون: إذا أذن في النكاح مطلقاً تناول الصحيح خاصة ، فإن نكح فاسداً فرّق بينهما، فإن دخل وجب المهر في ذمته يتبع به بعد العتق لا في رقبته، وإلا فلا، وكذا لو تزوج بغير إذن مولاه، ومع إطلاق الإذن يجوز أن ينكح حرّة أو أمةً، وفي أيّ بلد شاء، لكن لا يسافر إلى الزوجة إلا بإذن المولى.

ولو عيّن المالك فخالف، كان موقوفاً إن أجازته مولاه^(٣) وإلا بطل، فلو

١ . في «أ»: في التزوج .

٢ . المبسوط: ٤ / ١٦٧ - ١٦٨ .

٣ . في «أ»: إن كان أجازته مولاه.

صفحة ٤٤٠

تزوج أمةً بإذن مولاه، ثم أمره بشرائها لم يفسخ النكاح مطلقاً إن قلنا: إن العبد لا يملك ، وإلا كان فيه تفصيل.

ولو تزوج من اعتق بعضه بأمة مع الإذن ، صحّ ، فلو اشتراها بما ملكه^(١) بانفراده من نصيب الحرية، بطل النكاح ، وكذا لو اشتراها بكسب جميعه.

٤٩٥٣ . الثاني والعشرون: للمولى إيجاب الأمة على النكاح والمدبرة وأمّ الولد، دون المكاتبه ومن اعتق بعضها، ولو طلبت إحداها التزويج ، فالأقرب أنّ لمولاهما منعها عنه.

٤٩٥٤ . الثالث والعشرون: لو تزوج عبده فالمهر في ذمة مولاه، وقيل في كسبه ، فلو ضمنه السيد صحّ ، ولها مطالبة السيد خاصة، فإن طلقها قبل الدخول سقط عن السيد نصفه إن كان قد ضمن ، وإن لم يكن قد ضمن، عاد النصف من الكسب إلى السيد، ولو طلقها بعد العتق عاد النصف من الكسب إليه.

ولو باعه السيد عليها، بطل النكاح، فإن كان بعد الدخول تقاصاً بالمهر والتمن ، وإن كان قبله، احتتمل سقوط جميع المهر، وقوّاه الشيخ^(٢) واحتتمل سقوط نصفه ولو كان البيع بعين المهر ، فإن كان قبل الدخول بطل البيع وإلا جاء الدور ، وإن كان بعده، صحّ وانفسخ النكاح .

٤٩٥٥ . الرابع والعشرون: إذا زوّجه تعلّق المهر والنفقة بالسيد على ما قلناه ، وعلى قول الشيخ بكسبه ، فإذا ضمنه كان له أن يسافر به ويمنعه من الكسب، وإلا فلا ، ولو زوّج أمته وجب أن يرسلها ليلاً للاستمتاع، وله إمساكها

صفحة ٤٤١

نهاراً للخدمة والسفر بها، فإذا أمسكها نهاراً ، فالأقوى سقوط النفقة عن الزّوج ، وإن لم يمسكها وجبت.

٤٩٥٦ . الخامس والعشرون: يجوز للوليّ أن يوكل غيره في تزويج المولى عليه ، ولا تفنقر الوكالة إلى شهود كالنكاح ، ولا فرق في ذلك بين ولاية الإيجاب كالأب والجدّ، وبين ولاية الاختيار كالوكيل ، وكما يجوز للوليّ أن يوكل مع تعيين الزّوج فكذا يجوز مطلقاً.

٤٩٥٧ . السادس والعشرون: لو زوّجها الوليّ بغير الكفاءة كان لها الفسخ، ولو زوّجت هي نفسها كان لازماً .

والكفاءة فسرها الشيخ (رحمه الله) بالإيمان والقيام بالنفقة^(١) ولو زوّجت نفسها بدون مهر المثل ، لم يكن لأحد الاعتراض .

ولو ادّعى وكالة الغائب في التزويج ، فزوّجها له^(٢)، وضمن المهر، ثمّ حلف الموكل ، رجعت على الوكيل بنصف المهر لا بجميعة ، ولو مات الغائب لم ترثه إلاّ مع البيّنة بالوكالة أو تصديق الورثة، ولو زوّجه بأكثر من المأمور لم يصحّ المهر، وكذا لو زوّجه بغير الجنس، ولو زوّجه بأقلّ منه جاز.

ولو قال لها: إنّ زوجك الغائب طلقك ووكّلتني في استئناف العقد بألف ، فعقد وضمن ، ثمّ أنكر الغائب، فالنكاح الأول بحاله، وهل يثبت في ذمّة الضامن؟ فيه تردّد، ينشأ من براءة ذمّة الأصل ، فالفرع أولى ، ومن اعتراف الفرع بثبوت الحقّ في ذمّته .

صفحة ٤٤٢

٤٩٥٨ . السابع والعشرون: إذا أذنت الجماعة في التزويج، فزوّجها كل واحد منهم برجل، كان العقد للسابق ، وإن دخل بها الثاني وتردّد إلى الأوّل بعد العدة، ولهامهر المثل ، ولو لم يدخل ، فلا مهر ولا عدّة.

ولو اقترنا، أو لم يعلم السّبق وعدمه، أو لم يعلم عين السابق، بطل الجميع.

ولو علم سبق أحدهما ، ثمّ أشكل ، توقف أبداً حتّى يتبيّن.

ولو ادّعى كلٍّ منهما علمها بالسبق، فحلفت ، أو نكلت، فحلفا أو نكلا ، بطل النكاحان.

ولو اعترفت لهما قال الشيخ: فهو كلا اعتراف ، ويبطل العقدان^(١) ولو قيل: ببقاء الدّعى كان وجهاً، ولو نكلت فحلف أحدهما ونكل الآخر ، صحّ نكاح الحالف.

ولو اعترفت لأحدهما ، ثبت نكاحه، وقوى الشيخ (رحمه الله) إحلّافها على عدم العلم للثاني، لأنها لو اعترفت لزمها مهر المثل، فإذا حلفت بقي التداعي بينهما^(٢) وكذا لو ادّعى زوجيتها اثنان، فاعترفت لأحدهما ، فإن اعترفت للثاني ففي إلزامها بمهر المثل وجهان، وإن نكلت أحلف الثاني ، ولا يحكم بها له، وقوى الشيخ عدم لزوم مهر المثل^(٣) فلا فائدة حينئذ في إحلّافه، والأقرب عدم سماع الدعوى على الولي^(٤) .

ولو ادّعى وارث الزوج أنّ أخاها زوجها بغير إذنهما، فالقول قولها،

١ . المبسوط: ٤ / ١٨٢ . (قال الشيخ: فإن اعترفت بأنّ كلّ واحد منهما هو السابق ، فهذا كلا اعتراف ،

وقضينا ببطلان النكاحين).

٢ . المبسوط: ٤ / ١٨٢ . (قال الشيخ: فإن اعترفت بأنّ كلّ واحد منهما هو السابق ، فهذا كلا اعتراف ، وقضينا ببطلان النكاحين).

٣ . المبسوط: ٤ / ١٨٣ .

٤ . في «أ»: «على الثاني».

صفحة ٤٤٣

ولو سمع من الرّجل ادّعاء زوجية المرأة، وكذا المرأة، حكم بالتوارث بينهما، ولو سمع من أحدهما دون الآخر، ورث الساكت المقرّ، دون العكس، ولو تزوّج امرأة في عقد وامرأتين في آخر، وثلاثاً^(١) في آخر، وأشكل ، صحّ عقد الواحدة خاصة، إن قلنا ببطلان العقد فيما إذا تزوّج رابعة وخامسة في عقد ، وإلا فلا.

٤٩٥٩ . الثامن والعشرون: العبد المأذون له في التجارة إذا كانت له أمة فهي لسيّده، له أن ينكحها من شاء ، سواء كان على العبد دين مستغرق لقيمتها أو لا ، وله أن يطأها، ولا يعتبر في ذلك كله رضا العبد، ولا ظهور الحجر على العبد ، وليس للعبد ولاية النكاح على ابنته ، بل أمرها إلى مالكةا، إن كانت مملوكةً، ولو وكلّ حر عبداً في عقد النكاح، جاز، سواء كان إيجاباً أو قبولاً.

٤٩٦٠ . التاسع والعشرون: يقول الولي للوكيل في القبول: زوّجت فلانةً من فلان، ولا يقول: منك ، ويقول الوكيل: قبلت لفلان، ولو قال: قبلت، وسكت، فالأقرب، الانعقاد، ولو قبل الوكيل نكاحاً ونواه لموكله، لم يقع له بخلاف البيع.

٤٩٦١ . الثلاثون: للأب أن يزوّج ابنه الكبير المجنون، ولا يزيد على واحدة، وإن جاز أن يزوّج من الصغير أربعاً، وكذا الجدّ ، وهل يزوّج الصغير المجنون؟ فيه نظر، أمّا المجنونة فيزوجها مع المصلحة وإن كانت صغيرة، ولو بلغت عاقلةً، ثم جنّت ، عادت ولاية الأب، وهل للمعتقة في

المرض (٢) تزويج نفسها؟ فيه تردد، ينشأ من إمكان عودها إلى الرق، ومن حصول الحرية حالة العقد.

١ . في «ب»: وثلاثة.

٢ . في «ب»: وهل للمعتقة في الزمن .

صفحة ٤٤٤

صفحة ٤٤٥

المقصد الثاني : في المحرّمات

ذكر الله سبحانه وتعالى في كتابه خمس عشرة امرأة محرّمة،^(١) منها ما هو بالنّسب، ومنها ما هو بالسّبب.

فالنسب: الأمّ والبنت والأخت والعمّة والخالة وبنات الأخ وبنات الأخت. والسبب ضربان: أحدهما يقتضى التأييد ، والآخر على الجمع؛ فالأول الرضاع والمصاهرة وأسباب أخر ، ونحن نذكر أحكام ذلك كلّه في فصول.

الفصل الأول: في المحرّمات بالنسب

وفيه ثلاثة مباحث:

٤٩٦٢ . الأول : المحرّمات بالنسب سبعة:

الأمّ حقيقةً ومجازاً، فالحقيقة الوالدة، والمجاز أمّهاتها وإن علون ، وكذا أمّ الأب وأمّهاتها وأمّ الجدّ وأمّ أبي أمّ الأب.

والبنت حقيقةً ومجازاً ، فالحقيقة بنت الصلب، والمجاز بنت البنت وبنت الابن وإن نزلنا. والأخت سواء كانت لأب أو لأم أو لهما.

١ . النساء: ٢٢ - ٢٤ .

صفحة ٤٤٦

والعمة سواء كانت حقيقة أو مجازاً ، فالحقيقة أخت الأب لأبيه أو لأمه أو لهما، والمجاز أخت الجد وإن علا كذلك.

والخاله حقيقةً ومجازاً، فالحقيقة أخت الأم، والمجاز أخت أم الأم وإن علت، وأخت أبي الأم، وإن علا، سواء كانت من أب أو أم أو منهما.

وبنات الأخ حقيقةً ومجازاً، فالحقيقة بنت الأخ، والمجاز بنت ابن الأخ، أو بنت بنت الأخ، وإن سفلن.

وبنات الأخت حقيقةً ومجازاً، فالحقيقة بنت الأخت، والمجاز كبنت ابن الأخت أو بنت بنت الأخت وإن سفلن، وهؤلاء يحرم من على التأييد، والضابط فيه أنه يحرم على الرجل أصوله وفروعه وفروع أول أصوله وأول فرع من كل أصل بعد أصل وإن علا.

٤٩٦٣ . الثاني : النسب يثبت بالوطء الصحيح والشبهة، ولا يثبت بالزنا شرعاً، فلو ولد من الزنا لم يلتحق به، ولا يحل له ولا لأولاده وآبائه وأعمامه وطوؤه إن كان أنثى، وإن كان ذكراً لم يحل له بنت الزاني، ولا ينعق عليه لو ملكه، أما المنفية باللعان، فإنها لا تحرم عليه إن لم يكن قد دخل بالأم، ولا على غيره مطلقاً.

٤٩٦٤ . الثالث : لو وطئت المطلقة بالشبهة فأنت بولد لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني ولأكثر من عشرة من وطء الأول لم يلتحق بأحدهما، ولو كان بين العشرة والستة فهو له، وإن كان لستة من الثاني ولأقل من عشرة من الأول احتل القرعة ولحوقه بالثاني، وحكم اللبن تابع للنسب، ولو لاعن لنفي الولد بطل النسب عن صاحب الفراش، وكان اللبن تابعاً أيضاً، ولو اعترف به بعد ذلك، عاد نسبه، وليس له ميراث منه، بل الولد يرثه.

صفحة ٤٤٧

الفصل الثاني: في الرضاع

ومطالبه أربعة

المطلب الأول: في أركانه

وهي ثلاثة: المرضعة واللبن والمحلّ

فها هنا أربعة مباحث:

٤٩٦٥ . الأول : المرضعة كل امرأة حيّة والدة بالنكاح الصحيح، دائماً كان أو متعةً أو ملك يمين وشبهه كنكاح الشبهة، وسواء كانت الولادة عن تمام أو سقط، فلا اعتبار بلبن البهيمة، ولا لبن الرجل، ولا الميتة، ولا من درّ لبنها من غير ولادة، ولا من لبنها من زنا، ويعتد بلبن المنكوحه بالشبهة على الأقوى.

ويستحب أن تكون عاقلة مسلمة عفيفة وضيئة،^(١) ويكره استرضاع الكافرة فإن اضطرّ استرضع الذمّية ومنعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير، وكره له تسليم الولد لتحمله إلى منزلها.

ويتأكد الكراهية في استرضاع المجوسية، ويكره أيضاً استرضاع من ولدت أو وُلدت من زنا وذات البدعة في دينها والسوء في خلقها (٢) والحمق.

١ . قال الطريحي في مجمع البحرين: امرأةٌ وضيفةٌ: أي حسنةٌ جميلة.

٢ . في «أ»: والتشويه في خلقها .

صفحة ٤٤٨

٤٩٦٦ . الثاني: لا يشترط دوام النكاح وقت الرضاع، فلو طلق الحامل أو المرضع فأرضعت بعد مفارقتها بلبنه نشر الحرمة، سواء أرضعته قبل انقضاء العدة أو بعدها، انقطع لبنها ثم عاد، أو ثبت ولم ينقطع ، وسواء زاد أو نقص، وكذا لو تزوجت بأخر ودخل بها وحملت، ولو انقطع اللبن ثم عاد في وقت إمكانه للثاني ، كان له دون الأول ، ولو اتصل حتى وضعت من الثاني ، كان ما قبل الوضع للأول وما بعده للثاني.

٤٩٦٧ . الثالث: يشترط في اللبن وصول عينه صرفاً إلى المحل بامتصاص الطفل من الثدي ، فلو حصل منه جبن أو أقط^(١) أو مزج بغيره من مائع أو غيره مؤثر في التغذية أو لا ، لم ينشر الحرمة، وكذا لا اعتداد به لو وجر في حلقه ، أو سعط به، أو حقن، أو قطر في إجليله أو جراحة بحيث يصل إلى المعدة، وإنما الاعتبار بما يرتضعه من الثدي .

ولو جعل في فم الصبي مائع ورضع فامترج حتى خرج عن كونه لبناً ، لم ينشر.

٤٩٦٨ . الرابع: المحل هو معدة الصبي الحيّ، فلا اعتبار بإيصال اللبن إلى جوف من تجاوز الحولين، ولو رضع العدد إلا رضة، فتمّ الحولان ثم أكمله بعدهما، أو أكمل الحولان ولم يرو من الأخيرة، لم ينشر، بخلاف ما لو تمت الرضعة مع كمالهما، ولا اعتبار بإيصال اللبن إلى معدة الميت.

١ . قال الطريحي في مجمع البحرين: الأقط - بفتح الهمزة وكسر القاف وقد تسكن للتخفيف مع فتح

الهمزة وكسر ها - : لبن يابس مستحجر يتخذ من مخيض الغنم.

صفحة ٤٤٩

المطلب الثاني: في شرائطه

وهي أربعة :

٤٩٦٩ . الأول : أن يكون اللبن عن نكاح صحيح، وقد تقدّم.

٤٩٧٠ . الثاني : العدد وهو ما أنبت اللحم وشدّ العظم، أو يرتضع يوماً وليلاً، أو خمس عشرة

رضعة فما زاد، فلو رضع دون العشرة، لم يعتدّ به، وفي العشرة قولان.

ويشترط في الرضعات أمور ثلاثة: ان تكون الرضعة كاملةً، وتواليها ، وارتضاعها من الثدي، وتقدير الرضعة عرفي، وقيل أن يروي الصبيّ ويصدر من قبل نفسه^(١) فلو التقم الثدي وترك ثم عاود، فإن كان تركه أولاً للإعراض، فهي رضعة كاملةً ، وإن كان لا كذلك ، كالتنفس، أو الالتفات إلى ملاعب، أو الانتقال من ثدي إلى آخر، فهما رضعة واحدة، ولو منع قبل إكمال الرضعة ، سقطت من العدد، ونعني بتوالي الرضعات عدم الفصل برضاع أخرى ، فلو رضع من واحدة بعض العدد ، ثم رضع أخرى ، بطل حكم الأول .

ولو كان للرجل خمس عشرة مرضعة أو أقلّ فارتضع منهنّ العدد لم يعتد مالم يكمل من واحدة خمس عشرة رضعة متوالية، ولو فصل لا برضاع امرأة أخرى بل بوجور الصبيّ اللبن أو بحقنته أو بتسعته^(٢) لم يعد فصلاً ، ولو شككنا في العدد، فلا تحريم ، ولو شككنا في وقوعه بعد الحولين فكذلك، تغليباً لأصالة عدم التحريم على أصالة بقاء المدّة.

١ . لاحظ المبسوط: ٢٩٤ / ٥ .

٢ . في «ب»: أو بتسعيته .

صفحة ٤٥٠

٤٩٧١ . الشرط الثالث: وقوعه في الحولين بالنسبة إلى المرتضع ، وهل يشترط في ولد المرضعة ذلك؟ الأقرب عدمه، فلو كمل لولدها حولان، ثم أرضعت من اللبن من له دونهما نشر الحرمة.

٤٩٧٢ . الرابع: أن يكون اللبن لفحل واحد، فلو أرضعت اثنين بلبن فحلين ، لم يحرم أحدهما على الآخر، ولو أرضعت واحداً كمال العدد من لبن فحلين فلا حرمة ولم تصر أمّاً ، ولو أرضعت بلبن فحل واحد جماعةً حرم بعضهم على بعض، ولو أرضعت زوجاته جماعة كل واحدة واحداً حرم التناكح بينهم أيضاً .

المطلب الثالث: في أحكامه

وفيه أربعة عشر بحثاً:

٤٩٧٣ . الأول : إذا حصل الرضاع بشرائطه انتشرت الحرمة من جهة المرتضع إلى المرضعة والفحل، ومنهما إليه ، فأما من جهته إليهما، فأما يتعلّق به خاصّة وبنسله ، دون من هو في طبقته، كإخوته وأخواته ، أو أعلى منه ، كأُمَّهاته وجدّاته وأخواله وخالاته، أو أبائه وأجداده وأعمامه وعمّاته ، ويكون الحكم فيمن هو في طبقته أو أعلى حكم من لم يحصل معه رضاعٌ، فيجوز للفحل نكاح أخت المرتضع ونكاح أمّهاته وجدّاته، وإن كان للمولود أخٌ حل له نكاح المرضعة ونكاح

أمهاتها وأخواتها، كذا ذكره في المبسوط ثم قال: وروى أصحابنا أن جميع أولاد هذه المرضعة
وجميع أولاد الفحل يحرمون على هذا المرتضع

صفحة ٤٥١

وعلى أبيه وجميع إخوته وأخواته وأنهم صاروا بمنزلة الإخوة والأخوات وخالف جميع الفقهاء
في ذلك .

وأما الحرمة المنتشرة من جهتهما إليه فإنها تعلقت بكل واحد منهما، ومن كان من نسلهما
وأولادهما، ومن كان في طبقتهما من إخوتهما وأخواتهما، ومن كان أعلى منهما من آبائهما
وأمهاتهما، وجملته: أنك تقدره بولدهما^(١) من النسب، فكل ما حرم على ولدهما من النسب، حرم
عليه، فالمرضعة أم رضاعاً، وأختها خالة، وأخوها خال، وأمها جدة كلهن حرام عليه، ولو كان
لأمه من الرضاع بنت من غير أبيه من الرضاع، حرمت عليه إن كانت من النسب، وإن كانت من
الرضاع لم تحرم، وزوج المرضعة أب من الرضاع، وأخوه عم المرتضع، وأخته عمته، وأبؤه
أجداده، وإن كان لهذا الفحل ولد من غير هذه المرضعة فهو أخ لأب يحرم على المرتضع سواء كان
من الولادة أو من الرضاع، ولو أرضعت ذات الابن ذات الأخت جاز للابن نكاح الأخت، وهذه
جملة أصول الرضاع يهتدى منها إلى تفاصيل فروعها^(٢).

ونازع ابن إدريس في بعضها فقال: لا يجوز للفحل أن يتزوج بأخت المرتضع ولا بجدة، كما لا
يجوز في النسب أن يتزوج بأخت ابنه ولا بأم امرأته - قال - : وليس التحريم في النسب لأجل
المصاهرة، لأنه لا مصاهرة هناك . وهو خطأ - قال - : وكذلك أم أم ولده من الرضاع تحرم كما
حرمت من النسب^(٣) وفيه ضعف لأنها حرمت في النسب للمصاهرة أيضاً لا باعتبار النسب .

١ . كذا في المصدر وفي بعض النسخ «كولدهما» .

٢ . المبسوط: ٥ / ٢٩٢ - ٢٩٣ ، نقله المصنّف بتلخيص .

٣ . السرائر: ٢ / ٥٥٥ .

صفحة ٤٥٢

٤٩٧٤ . الثاني : كل من ينتسب إلى الفحل من الأولاد وإن نزلوا يحرمون على هذا المرتضع،
سواء كانوا أولاداً نسباً أو رضاعاً، وكل من ينتسب إلى المرضعة ولادةً وإن نزلوا يحرمون عليه،
ولا يحرم عليه من ينتسب إليها بالبنوة رضاعاً.

٤٩٧٥ . الثالث: لا يجوز لأب المرتضع أن ينكح في أولاد صاحب اللبن ولادةً ولا رضاعاً، ولا
في أولاد زوجته المرضعة ولادةً، لأنهم في حكم ولده، وقد تقدّم رواية أصحابنا في ذلك، أمّا أولاده

الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن، فهل لهم أن ينكحوا في أولاد هذه المرضعة وأولاد فحلها؟ الوجه، الجواز.

ولو أرضعت امرأة ابناً وبنثاً لاثنين، جاز لإخوة كل منهما أن ينكح في إخوة الآخر.

٤٩٧٦ . الرابع: الرضاع بشرائطه إذا سبق النكاح منع من صحته، وإذا حصل عقبيه أبطله، فلو تزوج رضيعاً فأرضعتها امرأة محرمة عليه، فإن كانت عمته أو خالته لم تحرم، وإن أرضعتها أمه أو أخته أو بنته حرمت عليه، وإن أرضعتها امرأة أبيه، فإن كان بلبن أبيه حرمت عليه، وإلا فلا، وكذا التفصيل لو أرضعتها امرأة ابنه أو أخيه .

ويثبت للمرضعة نصف المسمى إن تولت المرضعة إرضاعها، ويرجع الزوج به على المرضعة إن قصدت الفسخ، وإن لم تقصد فلا رجوع على إشكال في تضمين البضع، وإن انفردت المرتضعة بالارتضاع، مثل أن سعت إليها فامتصت ثديها من غير شعور المرضعة، سقط مهرها .

ولو زوج أمّ ولده بعبده الصغير، فأرضعته من لبن مولاه، حرمت على العبد والمولى، وكذا لو تزوجت كبيرة بصغير، ثم فسخت إما لعيب، أو لعنق متجدد، أو لغيرهما، ثم تزوجت وأرضعته بلبن الثاني، حرمت عليهما معاً.

صفحة ٤٥٣

٤٩٧٧ . الخامس: لو أرضعت إحدى زوجتيه الأخرى، فإن كان بلبنه حرمتا مؤبداً، وإن كان من غيره، فالأم كذلك والبنت أيضاً إن كان دخل بالأم، وإلا حرمت جمعاً، وللصغيرة نصف المسمى، ويرجع به الزوج على الكبيرة، وللكبيرة مهرها إن كان دخل بها، وإلا فلا شيء لها، لأنّ الفرقة جاءت منها قبل الدخول.

ولو أرضعت الكبيرة زوجتيه، حرمن إن كان دخل بالكبيرة، وإلا فالكبيرة مؤبداً والصغيرتان جمعاً.

ولو أرضعت زوجته الصغيرة إحدى الكبيرتين ثم الأخرى، حرمن كلهنّ وقيل: تحرم المرتضعة وأولى المرضعتين وقواه الشيخ^(١) وهو ضعيف، ولو أرضعت بعد طلاقه زوجته الأخرى حرمتا أيضاً .

٤٩٧٨ . السادس: لو أرضعت أمته الموطوءة زوجته حرمتا معاً، وعليه نصف مهر الصغيرة، ولا يرجع به على الأمة، ولا يزول ملكه عنها، ولو كانت أمته غير موطوءة لم تحرم الزوجة، ولم يفسخ نكاحها، ولو كانت مكاتبته رجع عليها، لأنّ السيد يثبت له حق على مكاتبته، ولو كانت موطوءة بالعقد رجع به عليها بعد العتق.

٤٩٧٩ . السابع: لو تزوج كلٌّ من الرجلين بامرأة الآخر بعد الطلاق، ثم أرضعت إحداهما الأخرى، حرمت المرضعة عليهما معاً، والمرتضعة على من دخل بالمرضعة.

ولو طلق زوجته، فتزوجها آخر وأرضعت إحداهما الأخرى ، حرمت الكبيرة عليهما معاً مؤبداً والصغيرة على من دخل بالكبيرة.

ولو زوج ابنه الصغير بابنة أخيه الصغيرة، ثم أرضعت جدتها أحدهما ، انفسخ النكاح، لأن المرتضع إن كان هو الذكر، فهو عم زوجته أو خالها، وإن كان الأنثى فهي عمته أو خالته.

٤٩٨٠ . الثامن: لو أرضعت زوجته زوجتين من ثلاث صغائر بلبين غيره دفعةً واحدةً، بأن تعطي كل واحدةً ثدياً من الرضعة الأخيرة ، حرمت الكبيرة عيناً، والصغيرتان كذلك، إن كان دخل بالكبيرة ، وإلاً جمعاً، فإن أرضعت الثالثة حرمت عيناً، إن كان دخل بالكبيرة ، وإلاً لم تحرم عيناً ولا جمعاً، ولو أرضعت إحدى الثلاثة ثم الأخيرتين دفعةً ، حرمت الكبيرة عيناً، والأولى كذلك إن كان دخل، وإلاً جمعاً، والأخيرتان عيناً إن كان دخل، وإلاً جمعاً أيضاً ، ولو أرضعتهن على التعاقب ، حرمت عيناً والأولى إن كان دخل بها، وإلاً جمعاً، وأما الثانية ، فإن كان دخل بالأُم حرمت عيناً، وإلاً لم تحرم عيناً ولا جمعاً، وأما الثالثة فيحتمل تحريمها خاصة، كمن تزوج بأخت امرأته ، فإن التحريم يختص بها، ويحتمل تحريمها مع الثانية، لأنهما بارضاع الثالثة صارتا أختين في حالة واحدة، فانفسخ نكاحهما دفعةً واحدةً، وهو قويٌّ، هذا إذا لم يدخل بالأُم ، فإن كان قد دخل حرمن كلهن مؤبداً.

٤٩٨١ . التاسع: لو أرضعت زوجته الثلاث الرابعة، حرمت المرضعات مؤبداً والصغيرة كذلك إن كان قد دخل بإحدهن ، وإلاً جمعاً، ولو أرضعت بنات زوجته الثلاث ثلاث زوجاته،^(١) كل بنت زوجةً دفعةً بأن يرضعن الرضعة الأخيرة

١ . قال المحقق الثاني: لو كان له زوجة كبيرة وثلاث صغائر، وللكبيرة ثلاث بنات مرضع، فأرضعت كل واحدةً منهن صغيرة من الثلاث المرضع المحرم . جامع المقاصد: ١٢ / ٢٥٢ .

في حالة واحدة، حرمت الكبيرة لأنها جدة زوجاته، فإن كان دخل بها حرمت الصغائر مؤبداً، وإلاً انفسخ نكاحهن ، وجاز له تجديد العقد عليهن جمعاً، لأنهن بنات خالات ، ولكل من الصغائر نصف المسمى ، يرجع به الزوج على المرضعات، وللكبيرة النصف إن لم يكن دخل، والجميع مع الدخول ، يرجع به الزوج أيضاً على البنات، ولو تعاقب الإرضاع حرمت الكبيرة بالأولى ، وحرمت

الصغيرة إن كان دخل بالكبيرة عيناً، وإلا جمعاً، وأمّا الثانية والثالثة فإن كان دخل بالكبيرة فإنهما تحرمان مؤبداً، ولهما نصف المسمى، ويرجع على مرضعة كل واحدة به، وإن لم يكن دخل كان نكاحهما بحاله.

ولو أرضعت أم زوجته الكبيرة الأخرى، انفسخ نكاحهما، لأن الصغيرة أخت، ولو أرضعتها جدتها صارت خالّة، ولو أرضعتها أخت الكبيرة، فالكبيرة خالة، فإن رضيت فلا فسح، لأنه يجوز الجمع بين المرأة وخالتها، وإن أرضعتها أم أبي الكبيرة، فالصغيرة عمّة للكبيرة، لأنها أخت أبيها، وانفسخ النكاح هنا، إذ لا يمكن اعتبار رضا العمّة لصغرها.

ولو أرضعت امرأة أخ الكبيرة الصغيرة، فالكبيرة عمّة إن رضيت لم يفسخ النكاح وينفسخ النكاح في كلّ هذه المواضع للجمع، ولا تحرم للتأبيد سواء دخل بالكبيرة أو لا.

٤٩٨٢ . العاشر: يحرم من المصاهرة في الرضاع ما يحرم منها في النسب، فمن تزوج امرأة لها أم من الرضاع أو بنت، حرمتا عليه مؤبداً، ولو كان لها أخت من الرضاع، حرمت جمعاً لا عيناً، ولو كان لها بنت أخ أو بنت أخت حرمتا جمعاً إن لم ترض العمّة والخالة، وإلا فلا تحريم .

صفحة ٤٥٦

ولو نكح الأب من الرضاع أو الابن امرأة حرم على الآخر نكاحها، ولو زنى بامرأة حرم عليه أمها من الرضاع، إن قلنا بالتحريم في النسب.

ولو لاط بغلام حرم عليه أمه وأخته وبنته من الرضاع كالنسب، وبالجمله حكم الرضاع حكم النسب في التحريم سواء، وللابن أن ينكح أم البنت التي لم ترضعه.

ولو أرضعت امرأة صبيين صارا أخوين، ولكلٍ منهما أن ينكح أم أخيه من النسب، بخلاف الأخوين من النسب، لأن أم الأخ من النسب إنما حرمت لأنها منكوحة الأب بخلاف أم الأخ من الرضاع، وكذا لو كان لأخيه من النسب أم من الرضاع، جاز له أن يتزوج بها، وكذا لو أرضعت أمه من النسب صبيّاً صار أخاه، وكان له أن يتزوج أمه.

٤٩٨٣ . الحادي عشر: لو وطأ الأب زوجة الابن للاشتباه، ففي تحريمها على الولد إشكال، منشأه الآية (١)، وأصالة التحليل، وتردد الشيخ فيه (٢)، والأقرب، التحليل، فعلى التحريم لو لم يعلم الولد فوطئها حرمت عليهما معاً، ولها على الولد، المسمى إن كان دخل قبل الفسخ، وإلا فالنصف ومهر المثل لوطنها بالشبهة، وعلى الأب مهر المثل أيضاً، ولا يرجع الابن على الأب، وإن كان قد حال بينه وبينها، بخلاف ما لو أرضعتها أمه، لأن الأب لزمه مهر المثل بالوطء، ولا يجب عليه ثانياً، أمّا الأم فلم يجب عليها للزوجة مهر بإرضاعها، ويحتمل الرجوع، لأن المهر ثبت على الأب بوطئه وإتلاف بضعها عليها، ووجب لولده

١ . (ولا تتكحوا ما نكح أبؤكم من النساء) . النساء: ٢٢ .

٢ . لاحظ المبسوط: ٣٠٥ / ٥ - ٣٠٦ .

صفحة ٤٥٧

عليه لأجل الحيلولة، فلا يسقط أحدهما بالآخر، وقواه الشيخ تفريراً على التحريم^(١) وهو قويٌّ .
٤٩٨٤ . الثاني عشر: قد بيّنا أن اللبن تابع للنسب ، فلو زنى بامرأة وأرضعت بلبنه مولوداً، لم يصير أباً، ولا المرضعة أمّاً، ولا الولد أخاً، أما لو وطأ لشبهة فأنّت بولد ورضعت من لبنه، كان المرتضع تابعاً، فإن لحق الولد بالأول ، فالمرتضع كذلك، وكذا الثاني، ولو انتفى عنهما، بأن أنتت به لأقل من ستة اشهر من وطء الثاني ولأكثر من عشرة من وطء الأول، فالمرتضع منفيّ عنهما أيضاً ، ولو أمكن إلحاقه بهما ألحق بمن تخرجه القرعة ، فمن خرج اسمه فهو له، وتبعه المرتضع ، وليس لولد الشبهة أن يتزوج ببنت أحدهما قبل القرعة، وأمّا بعدها فيجوز له نكاح بنت من انتفى عنه بها، ولو نفى الرجل الولد باللعان، فأرضعت الأمّ بلبنه كانت أمّاً للمرتضع، ولم يكن الزوج أباً ، ولو استلحقه بعد اللعان لحق به، وورثه الولد، وهو لا يرث الولد، وكان الرضيع تابعاً أيضاً .

٤٩٨٥ . الثالث عشر: لو أرضعت أمٌ ولده زوجة ولده، حرمت زوجة الولد عليه مؤبداً دون أمّ الولد على الوالد، وللصغيرة نصف المسمّى على الولد، قال الشيخ: ويرجع به على سيدها كما لو جنى عبده القنّ فاختر أن يفديه، ويضمن أقلّ الأمرين من القيمة أو نصف المسمّى .^(٢)

٤٩٨٦ . الرابع عشر: لو أرضعت امرأة صغيرةً فتزوّج بهما رجل قبل إكمالها صحّ، فإن أكملته انفسخ نكاحهما، وحرمت الكبيرة مؤبداً والصغيرة كذلك إن كان دخل بالكبيرة، وإلاّ جدّد العقد إن شاء، وللصغيرة نصف المهر، ويرجع

١ . المبسوط: ٣٠٦ / ٥ .

٢ . المبسوط: ٣١٠ / ٥ .

صفحة ٤٥٨

الزوج به على الكبيرة، إن انفردت بإرضاعها، وللكبيرة المهر إن كان دخل بها، وإلاّ فالنصف إن لم تكن سبباً في الفسخ وإلاّ فلا .

المطلب الرابع: في لواحقه

وفيه سبعة مباحث:

٤٩٨٧ . الأول: لا يثبت الرضاع إلاّ بشاهدين عدلين، وقال بعض علمائنا: يثبت بشهادة رجل وامرأتين وأربع نساء أيضاً .^(١) وهو متروك، ولو أقرّ الرجل قبل العقد أو المرأة، ثبت حكم التحريم،

ولو أقرّ أحدهما بعد العقد، لم يلتفت إليه إلا بالبيّنة أو تصديق الآخر له، لكن إن كان المقرّ الزوج قبل الدخول، انفسخ النكاح، وكان لها نصف المهر، ولو كان معه بيّنة أو صدّفته فلا شيء عليه، وله إحصافها مع ادّعاء العلم، وإن كان بعد الدخول، ثبت لها المهر المسمّى كمالاً، سواء أقام بيّنة أو لا، صدّفته أو لا، وإن كان المرأة (٢) لم يقبل قولها.

ويستحب له أن يطلقها لتحل لغيره، ولا يندفع النكاح لو لم يطلقها، لكنّها لا تقدر على طلب المهر، ولو كان مقبوضاً لم يقدر الزوج على استرداده مع الإنكار، فإن ادّعت علمه بذلك، أحلف على نفي العلم، فإن حلف فهي على النكاح، وإلا حلفت على القطع وفرّق بينهما .

٤٩٨٨ . الثاني: لو أقرّ بالرضاع مع عدم الاحتمال، لم يؤثر تحريماً، كمن أقرّ لأصغر سنّاً منه أنّها أمّه من الرضاع، فإنّها لا تحرم عليه، وكذا لو أقرّ لعبده وهو أكبر سنّاً منه، أنّه ابنه، لم يعتق عليه.

١ . ذهب إليه ابن حمزة في الوسيلة: ٢٢٢، وسلاّر في المراسم: ٢٣٣ .

٢ . عطف على قوله: «إن كان المقرّ الزوج» .

صفحة ٤٥٩

٤٩٨٩ . الثالث: إذا أقرّ أحدهما قبل العقد بالرضاع المحرم، ثم رجع، وقال: وهمت، أو كذبت، لم يقبل رجوعه في ظاهر الحكم، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، فإن كان صادقاً في الأول، حرمت ظاهراً وباطناً، وإن كان كاذباً، حرمت ظاهراً خاصةً.

٤٩٩٠ . الرابع: لا تقبل الشهادة في الرضاع إلا مفصّلةً، فلو شهد بأنّ هذا ابن هذا من الرضاع أو أخوه، لم يسمع حتّى يقول: نشهد أنّها أرضعته خمسة عشر رضعة متفرقات، خلص اللبن منهنّ إلى جوفه في الحولين بمصّ الثدي، لم يفصل بينهما برضاع أخرى .

ويبني الشاهدان في وصول اللبن إلى الجوف على الظاهر من تحريك شفثيه عند التقام الثدي المعلوم وجود اللبن فيه مصاً على العادة حتّى يصدر من قبل نفسه للشبع لا للعود، ولا يكفي أن يحكي القرائن فيقول: رأيتّه قد التقم الثدي وحلقه يتحرك، ولو أدخلته تحت ثيابها، ولم يشاهدها ملتقماً ثديها لم يجز لهما أن يشهدا.

٤٩٩١ . الخامس: قد بيّنا أنّ الرضاع إنّما يستتبع أحكامه لو حصل اللبن عن ولادة، وهو إنّما يتحقق في المرأة، فالخنثى إذا ولدت حكم بأنّها امرأة إلا على ما يروى في الشواذ: أنّ خنثى ولدت وأولدت فينشر لبنها الحرمة إن كانت امرأة، وإن كانت ذكراً لم ينشر، وإن كان مشكلاً، وقف المولود على ما ينكشف منه، فإن كان رجلاً لم ينشر وإلا نشر (١) .

٤٩٩٢ . السادس: قال الشيخ في الخلاف: إذا حصل الرضاع المحرم، لم يحل

١ . لم نعثر على الرواية لكن أفتى به الشيخ في المبسوط: ٥ / ٣١٤ - كتاب الرضاع - .

صفحة ٤٦٠

للفحل نكاح أخت المرتضع بلبنه، ولا لأحد من أولاده من غير المرضعة ومنها، لأن أخواته وإخوته صاروا بمنزلة أولاده^(١) وليس بمعتمد، والوجه جواز النكاح بين أخت المرتضع وأولاد صاحب اللبن، وقد تقدّم.

٤٩٩٣ . السابع: روي أنه إذا ربّت المرأة جدياً بلبنها، فإنّه يكره لحمه ولحم ما كان من نسله عليها، وليس ذلك بمحظور^(٢).

الفصل الثالث : في المصاهرة

وفيه تسعة مباحث:

٤٩٩٤ . الأول: من وطأ امرأةً بالعقد الصحيح أو الملك أو الإباحة، حرم عليه أمُّها وإن علّت، وبناتها وإن نزلن، سواء كنّ بنات بنت أو بنات ابن، وسواء تقدمت ولادتهنّ أو تأخرت، وسواء كنّ ربائب في حجره أو لم تكن، تحريماً مؤبداً بالعقد الدائم والمنقطع وملك اليمين، ولو عقد ولم يدخل حرمت أمّ الزوجة وإن علّت، تحريماً مؤبداً على أشهر الروايتين، وحرمت بناتها وإن نزلن تحريم جمع، بمعنى أنه لو طلق الأمّ قبل الدخول، جاز له العقد على البنات، لكن يكره له ذلك إذا نظر من الأم إلى ما يحرم على غيره النظر إليها.

وكذا تحرم على الجمع أخت الزوجة، سواء دخل بالزوجة أو لم يدخل،

١ . الخلاف: ٥ / ٩٣، المسألة ١ من كتاب الرضاع .

٢ . لاحظ الوسائل: ١٤ / ٣٠٨، الباب ١٨ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ١ - ٢ .

صفحة ٤٦١

فإن طلق الزوج طلاقاً بائناً، جاز له العقد على أختها في الحال، وإن كان رجعيّاً، لم يجز حتّى تخرج من العدة، فإن عقد على الأختين دفعةً واحدةً، كان عقدهما باطلاً على ما اختاره في المبسوط^(١) وهو مذهب ابن إدريس^(٢) وفي النهاية يختار أيهما شاء^(٣) وبه رواية صحيحة^(٤) وإن عقد مرتباً كان عقد الثانية باطلاً دون الأولى، ويحرم أيضاً على الجمع بين بنت أخت الزوجة وبنت أخيها إلا برضا العمّة والخالة، فلا يجوز له الجمع بين العمّة وبنت الأخ ولا بين الخالة وبنت الأخت إلا برضا العمّة والخالة، سواء تقدّم عقدهما أو تأخر، وسواء كانت العمّة والخالة حقيقيّة كالعمّة الدنيا

والخالدة الدنيا أو مجازاً كالعمة العليا والخالدة العليا، فإن عقد على بنت الأخ أو بنت الأخت ومعه العمة أو الخالدة كان العقد موقوفاً، إن أجازته صحّ ولم يكن لهما بعد ذلك اختيار، وإن فسخته بطل. وقال ابن إدريس: يكون العقد باطلاً ولا بد من تجديده مع الرضا^(٥) وهل للعمّة والخالدة فسخ نكاحهما واعتزال الزوج؟ قال الشيخ: نعم،^(٦) واختاره ابن إدريس وجعل ذلك فسخاً لا طلاقاً، ولا نفقة لها فيه، وله أن يتزوج بأختها في الحال.^(٧) وعندي فيه نظر، فإن طلق واحدة منهما بانئناً، جاز له العقد على بنت الأخ أو بنت الأخت في الحال، وإن كان رجعيّاً لم يجز إلا برضاها أو بعد العدة، وهكذا حكم الرضاع في جميع ما تقدم .

١ . المبسوط: ٤ / ٢٠٦ .

٢ . السرائر: ٢ / ٥٢٢ و ٥٣٦ .

٣ . النهاية: ٤٥٤ .

٤ . لاحظ التهذيب: ٧ / ٢٨٥ برقم ١٢٠٣، والوسائل: ١٤ / ٣٦٧ - ٣٦٨، الباب ٢٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١ و ٢ .

٥ . السرائر: ٢ / ٥٤٥ .

٦ . النهاية: ٤٥٩ .

٧ . السرائر: ٢ / ٥٤٥ .

صفحة ٤٦٢

وله أن يدخل العمّة والخالدة على بنت الأخ أو بنت الأخت، ولا يعتبر رضا المدخول عليها. ٤٩٩٥ . الثاني: تحرم حليلة الابن، وهي منكوحته بالعقد، أو الملك، أو الإباحة، تحريماً مؤبداً، ولو عقد الابن ولم يدخل حرمت أيضاً مؤبداً على الأب، وكذا تحرم منكوحة الأب على الولد، سواء كانت منكوحةً بالعقد، أو الملك، أو الإباحة، تحريماً مؤبداً، وسواء كانت المعقود عليها مدخولاً بها أو لا.

ولا فرق بين الأب الحقيقي والمجازي، وكذا في طرف الولد، فتحرم على الولد منكوحة الجدّ لأبيه أو لأمه وإن علا، وعلى الأب منكوحة ابن ابنه أو ابن بنته وإن نزل، وسواء كان أب النسب أو الرضاع، وكذا الولد ولا تحرم أمّ منكوحة أحدهما على الآخر، وإن علت، ولا بناتها وإن نزلن. نعم يكره للرجل أن يتزوج ابنة بنت امرأته المدخول بها إذا كان قد رزقت بعد مفارقتها له، ولو كانت ولادتها متقدمةً على نكاح الأمّ لم يكن مكروهاً.

٤٩٩٦ . الثالث: لا تحرم مملوكة الأب على الابن مؤبداً بمجرد الملك، ولا مملوكة الابن على الأب بذلك، ولو وطأ أحدهما مملوكته حرمت على الآخر تحريماً مؤبداً، ولا يجوز للولد أن ينكح مملوكة أبيه إلا بالاذن أو الملك، فإن فعل من غير شبهة كان زانياً، وعليه الحد والمهر مع الإكراه،

وفي المطاوعة إشكال، وقوى الشيخ (رحمه الله) سقوطه، لعموم النهي عن مهر البغي^(١) ولو حملت فالولد مملوك للمولى لا ينعق عليه، ولو كان بشبهة^(٢) سقط الحدّ، فإن حملت من الشبهة عتق على الأب، ولا قيمة على الابن، وأمّا المهر فكما تقدم، ولا تصير

١ . المبسوط: ٤ / ٢٠١ .

٢ . في «أ»: لشبهة.

صفحة ٤٦٣

أم ولد، لأنّها علقت بمملوك ثم عتق بالملك لأجل النسب، وكذا لا يجوز للأب أن يطأ جارية ابنه من غير إذن أو عقد، فإن فعل فلا حد سواء وطنها الابن قبل ذلك أو لا، وعليه المهر مع الشبهة، وأمّا مع العلم فإن كانت مكرهةً وجب، وإلا فالأقرب سقوطه، ولو حملت لم ينعق، وعلى الأب فكّه إلا أن يكون أنثى، والأقرب أنّها لا تصير أمّ ولد، ولو كان الولد صغيراً، جاز للأب أن يقوم مملوكته على نفسه، ثمّ يطأها بالملك.

٤٩٩٧ . الرابع: يجوز الجمع بين الأختين في الملك، ولا يجوز الجمع بينهما في الوطء، فإذا وطأ إحداها حرمت الأخرى حتّى تخرج الموطوءة من الملك ببيع، أو هبة، أو كتابة، وكذا لا يجمع بينهما وبين عمّتها ولا خالتها في الوطء إلاّ برضا العمّة أو الخالة، ويجوز الجمع بينهما في الملك. ولا يكفي في تحليل الأخرى رهن الأولى، لأنّ المنع من الوطء لحق المرتهن لا للتحريم ولا استبرائها أيضاً، فإن باع الموطوءة أو كاتبها، فوطأ الأخرى ثم ردتّ عليه الأولى بعيب أو فسخ كتابة لم تحل له المردودة حتّى يحرم التي وطئها، فإن وطأ الثانية بعد وطء الأولى قبل إخراجها عنه، وكان عالماً بتحريم ذلك عليه، قال الشيخ (رحمه الله) حرمت عليه الأولى حتّى تموت الثانية، فإن أخرج الثانية عن ملكه ليرجع إلى الأولى، لم يجز له الرجوع إليها، وإن أخرجها من ملكه لا لذلك، جاز له الرجوع إلى الأولى - قال: - وإن لم يعلم تحريم ذلك عليه، جاز له الرجوع إلى الأولى على كلّ حال، إذا أخرج الثانية من ملكه^(١).

١ . النهاية: ٤٥٥ .

صفحة ٤٦٤

والأقرب عندي أنّ الثانية محرمة دون الأولى، لكن يستحب له التربص حتّى يستبرئ الثانية، ولو أخرج الأولى من ملكه، حلت الثانية، ولا حدّ عليه على التقدير، ولو كان له أمتان أختان فوطأ

إحداهما، حرمت الأخرى، وإن كاتب الموطوءة، حلت له الأخرى، فإن فسخ الكتابة للعجز قبل وطء الأخرى، كان مخيراً بين الأمتين.

٤٩٩٨ . الخامس: إذا تزوج امرأةً جاز له شراء أختها لا وطئها بملك اليمين، سواء كان شراؤها متقدماً على النكاح، أو متأخراً، ولو كانت له أمة يطؤها بملك اليمين، جاز له أن يتزوج بأختها، فتحرم عليه الأمة ما دامت الثانية في حبالته، وتحل له المنكوحه وإن لم يحرم التي وطئها ببيع أو شبهه^(١).

ويجوز أن يتزوج بأخت أخيه إذا لم تكن أختاً له^(٢) وروي أن تركه أفضل^(٣) وكذا يجوز للسيد أن يتزوج بأختي عبده إذا كانت إحداهما أخته من أبيه والأخرى من أمه.
ويجوز أن يجمع بين المرأة وزوجة أبيها،^(٤) أو وليدته إذا لم تكن أمها، وبين امرأة الرجل وبنت امرأته إذا كانت من غيره، ويحل أن يزوج الرجل

١ . في «ب»: وشبهه .

٢ . قال الشيخ في المبسوط: ٤ / ٢٠٧، ما هذا نصّه: يجوز للرجل أن يتزوج بأخت أخيه، بيانه: رجل له ابن تزوج بامرأة لها بنت، فولد له منها ابن، فهذا الابن هو أخو الابن الكبير لأبيه وهو أخو البنت لأمها، فيجوز للكبير أن يتزوج بتلك الصبية وهي أخت أخيه.

٣ . انظر النهاية للشيخ الطوسي (قدس سره): ٤٦٠، ولاحظ الوسائل: ١٤ / ٢٧٩، الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالنسب .

٤ . في «ب»: ابنها .

صفحة ٤٦٥

ابنه بأمر امرأته أو ابنتها، وروي كراهية أن يتزوج الرجل بضرّة أمه مع غير أبيه^(١).
٤٩٩٩ . السادس: من قبل جاريتته بشهوة أو لمسها كذلك، لم يتعلّق به تحريم أختها، وكذا لو نظر إلى فرجها، ولا تحريم أمّها ولا بنتها، وقال الشيخ: تحرم^(٢) وهو ممنوع، وهل تحرم على أبيه وابنه بمجرد النظر أو التقبيل أو اللمس من غير وطء؟ قال الشيخ: نعم^(٣) ونحن نمنع ذلك، ونحمل النهي^(٤) على الكراهية عملاً بالأصل، ولو نظر إلى ما يسوغ لغير مالكة النظر إليه، أو قبل أو لمس بغير شهوة لم ينشر الحرمة إجماعاً.

٥٠٠٠ . السابع: الزنا الطارئ لا ينشر الحرمة، فلو زنا بأمر امرأته بعد العقد أو بابنتها، أو لاط بأخيها أو ابنها أو أبيها، لم تحرم امرأته عليه، وكذا لو زنى الأب بجارية الابن وبالعكس لم تحرم على مالكة، وقال الشيخ: تحرم سواء زنى بها قبل الوطء أو بعده^(٥) وقال الشيخ إذا زنى بجارية أبيه قبل أن يطأها الأب حرم على الأب المالك وطؤها، وإن كان قد وطئها بعد وطء الأب لم تحرم^(٦) وليس بمعتمد.

أما الزنا السابق على العقد، فالمشهور أنّ من زنى بعمّته أو خالته حرمت عليه ابنتاهما أبداً، ويلوح من كلام ابن إدريس المنع^(٧) وكذا لو لاط بغلام أو رجل فأوقب، فإنّه تحرم على اللائط أمّ المفعول به وأخته وبنته تحريماً مؤبداً ، سواء

- ١ . لاحظ الوسائل: ١٤ / ٣٨٩ ، الباب ٤٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، الحديث ١ .
- ٢ . الخلاف: ٤ / ٣٠٨ - ٣٠٩ ، المسألة ٨١ و ٨٢ من كتاب النكاح .
- ٣ . النهاية: ٤٥١ و ٤٩٦ .
- ٤ . لاحظ التهذيب: ٧ / ٢٨١ - ٢٨٢ برقم ١١٩٢ .
- ٥ . المبسوط: ٤ / ١٩٨ .
- ٦ . النهاية: ٤٥٢ .
- ٧ . السرائر: ٢ / ٥٢٩ - ٥٣٠ .

صفحة ٤٦٦

كان اللواط بإيقاب الحشفة بكمالها أو بجزئها بعد أن يتحقّق الإيقاب ، وسواء كانا صغيرين ، أو كبيرين ، أو بالتفريق ، ولا تحرم على المفعول به أقارب الفاعل، ولا تحريم مع عدم الإيقاب من الطرفين، وتحرم مع الإيقاب جدّة المفعول وإن علت وبناتُهُ وإن نزلن. ولو كانت له أمٌّ أو أختٌ أو بنتٌ من الرضاع، فالأقرب تحريمهنّ أيضاً ، ولا تحرم بنتٌ أخيه ولا أخت أبيه.

ولو لاط المجنون، فالأقرب ، التحريم عليه بعد زوال عذره، ولو لاط مكرهاً على إشكال أو تشبّه عليه بإمرأته فكذلك .

أما الزنا السابق بغير ذلك ففيه روايتان: إحداهما أنّه ينشر حرمة المصاهرة كالوطء الصحيح^(١) والأخرى لا ينشر^(٢) واختلف علماؤنا باعتبار الروايتين على قولين، فعند الشيخ تحرم أمّ المزنيّ بها وابنتها، ويحرم على الأب من زنى بها الابن وبالعكس^(٣) وخالف المفيد^(٤) و السيد المرتضى^(٥) في ذلك.

٥٠٠١ . الثامن: وطء الشبهة وعقدها، هل ينشر حرمة المصاهرة أم لا؟ قال الشيخ: نعم^(٦)، وفيه إشكال أقربه أنّه لا ينشر، وإن سقط الحدّ معه، ولحق به الولد، ولا فرق بين شبهة العقد، كمن تزوّج فاسداً مثل نكاح الشغار مع عدم علمه بالتحريم، وبين شبهة الوطء ، كمن وطأ امرأةً اشتبهت عليه بزوجته، وبين شبهة الملك ، كمن اشترى جاريةً شراءً فاسداً، أو تشبّهت عليه أمةً

١ . لاحظ التهذيب: ٧ / ٣٢٩ برقم ١٣٥٢ .

٢ . لاحظ التهذيب: ٧ / ٣٢٩ برقم ١٣٥٣ و ١٣٥٤ .

٣ . المبسوط: ٤ / ٢٠٢ .

٤ . المقنعة: ٥٠٤ .

٥ . الناصريات: ٣١٨ ، المسألة ١٤٩ .

٦ . المبسوط: ٤ / ٢٠٣ .

صفحة ٤٦٧

الغير بأتمته، الحكم في ذلك كله سواء، وحكم الرضاع في جميع ما تقدّم، حكم النسب.

٥٠٠٢ . التاسع: أقسام الوطء ثلاثة :

مباح طلق، فيتعلّق به تحريم المصاهرة، سواء كان بعقد أو ملك يمين، أو إباحة، فتحرّم به أمّ الموطوءة وإن علت على الواطئ وبناتها وإن نزلن، وتحرّم الموطوءة خاصّة على أب الواطئ وإن علا، وعلى ابنه وإن نزل تحريماً مؤبّداً، وتصير به هؤلاء المحرمات محرماً، فيجوز له النظر إلى أمّ الموطوءة وابنتها.

وحرام محض، كالزنا، فإنّه لا يتعلّق به تحريم المصاهرة على الأقوى، ولا يقتضي حرمة المحرم إجماعاً .

وطء شبهة، ففي اقتضائه تحريم المصاهرة خلاف، تقدم، ولا يقتضي حرمة المحرم إجماعاً، ولو أكره امرأة على الزنا، لم يثبت تحريم المصاهرة على الأقوى، لأنّ هذا الوطء زنا في حقّه .

الفصل الرابع : في باقي الأسباب الموجبة للتحريم المؤبد

وفيه ستّة مباحث :

٥٠٠٣ . الأوّل : لا يجوز للرجل أن يدخل بزوجه إذا لم يبلغ سنّها تسع سنين، فإن دخل ، فعل حراماً، ثمّ إن أفضاها فرّق بينهما ، ولم تحلّ له أبداً، وعليه ديّتها

صفحة ٤٦٨

والإنفاق عليها حتّى يموت أحدهما، وإن لم يفضها ففي التحريم الأبدي إشكال ، والشيخان رحمهما الله أطلقا القول بالتحريم على من وطأ امرأته لدون تسع سنين ، ولم يشترطا الإفشاء (١) وكذا أطلق ابن إدريس التحريم الأبدي بمجرد الوطء، قبل التسع ، لكنّه قال: إنّها لا تبين منه إلا بطلاق أو موت، ولا يلزم من التفريق بينهما والتحريم أبداً بينوتنها منه(٢) والظاهر أنّ مراد الشيخين بالتحريم ووجوب التفريق أبداً، البينونة ، وفي الحديث(٣) ما يساعد قول ابن إدريس .

٥٠٠٤ . الثاني : من تزوّج امرأة في عدّتها عالماً بالتحريم والعدّة معاً فرّق بينهما، ولم تحلّ له أبداً، سواء دخل بها أو لم يدخل، وسواء كانت عدّة الطلاق الرجعي ، أو البائن، أو عدّة الوفاة.

وإن كان عالماً بأحدهما، فإن دخل بها حرمت أبداً، وعليه المهر، وعليها عدتان: تمام العدة من الزوج الأول وعدة أخرى من الثاني، وإن لم يدخل، كان العقد فاسداً، وله استثنائه بعد الانقضاء .
والدخول يتحقق بالوطء في القبل، أما الوطء في الدبر فالأقرب أنه كذلك، ولو وطأ من غير استئناف عقد مع علمه ببطلان الأول، فالأقرب دخوله تحت الزاني بذات العدة.
وإن كانت المرأة عالمةً بذلك، لم يجز لها الرجوع إلى هذا الزوج بعقد آخر، ولا فرق بين تزويج الدوام والمتعة في ذلك.
ولو دخل مع الجهل، فحملت، لحق به الولد إن جاء لسنة أشهر فصاعداً منذ دخل بها، ولا يسقط مهرها عن الأول، ولو علمت بالتحريم فلا مهر لها على

١ . النهاية: ٤٥٣ ؛ والمقنعة: ٧٤٧ (واشترط الإفضاء فيها).

٢ . السرائر: ٢ / ٥٣٠ - ٥٣١ .

٣ . لاحظ التهذيب: ١٠ / ٢٤٩ برقم ٩٨٤ .

صفحة ٤٦٩

الثاني، هذا إذا تغاير الزوج، أما لو تزوج بها المطلِّق ثلاثاً في عدتها من غير محلِّل، ففي التحريم مؤبداً نظر.

ولو تزوج بذات بعل لشبيهة، كمن طلق رجعيّاً ثم راجع ولم يعلم المرأة فتزوجت بأخر بعد قضاء العدة ظاهراً، ودخل بها الثاني، فإنّ النكاح الثاني باطل إجماعاً، وهل تحرم مؤبداً؟ لا نعرف لعلمائنا فيه فتوى، وحمله على ذات العدة قياس، مع أنّ الأقرب ذلك، وثبوت الحكم فيه بطريق التنبيه لا القياس، وكذا لو بلغها موت زوجها أو طلاقه، فتزوجت على ظاهر الحال.

ولو تزوج بذات بعل عالماً، حرمت أبداً «وفي رواية صحيحة عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله (عليه السلام):

«إنّ من تزوج امرأةً ولها زوج وهو لا يعلم، فطلقها الأول أو مات عنها، ثم علم الأخير، أيراجعها؟ قال: لا حتى تنقضي عدتها»^(١).

وعن زرارة عن الباقر (عليه السلام) في امرأة فقد زوجها أو نعي إليها فتزوجت، ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها، قال: تعتدّ منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدّة واحدة، وليس للأخر أن يتزوجها أبداً.^(٢) وفي طريقها ابن بكير، وهي تدلّ على مساواة النكاح للعدّة؟

٥٠٠٥ . الثالث : من زنى بذات بعل سواء دخل بها البعل أولاً، أو في عدّة رجعيّة، حرمت عليه أبداً، سواء علم في حال زناه كونها ذات بعل أو عدّة

- ١ . الوسائل: ١٤ / ٣٤١ ، الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، الحديث ٣ .
٢ . الوسائل: ١٤ / ٣٤١ ، الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٢ .

صفحة ٤٧٠

رجعية، أو لم يعلم، ولو زنى بذات عدّة بائن، أو عدّة وفاة، فالوجه أنّه لا تحرم عليه ، عملاً بالأصل، وليس لأصحابنا في ذلك نص وعلى ما قلناه من التنبيه يحتمل التحريم مع العلم، لأنّنا قد بيّنا ثبوته مع العقد ، فمع التجرد عنه أولى، وهو الأقرب .
ولو زنى بمتمتّع بها في المدة، حرمت أبدأً، ولو انقضت المدة قبل انقضاء العدّة، فالإشكال كما قلناه في عدّة البائن، والتحريم يحصل مع الزنا في القبل أو الدبر، لصدق اسم الزنا عليهما.
ولو زنى بذات بعل لشبهة، فالوجه التحريم، أمّا الأمة الموطوءة ، فالوجه أنّها لا تحرم، ولو زنى بامرأة ليست ذات بعل ولا في عدّة، فإنّها لا تحرم عليه وإن لم تتب، وشرط الشيخ (قدس سره) في بعض أقواله التوبة^(١)، وكذا لو كانت مشهورة بالزنا ، ولو زنت امرأته فكذلك لا تحرم عليه وإن أصرت.

٥٠٠٦ . الرابع: المحرم إذا عقد على امرأة ، فإن كان عالماً بالتحريم، حرمت عليه أبدأً، سواء دخل بها أو لم يدخل، وإن لم يكن عالماً بالتحريم ، فسد عقده، ولا تحرم مؤبداً، بل يجوز له العقد عليها بعد الإحلال وإن كان عالماً بالإحرام، ولم يفرّق علماً بين الدخول وعدمه، بل أطلقوا القول بجواز المراجعة مع الجهالة، إلا ابن إدريس ، فإنّه قال: إنّها تحرم أبدأً مع الدخول وإن كان جاهلاً^(٢)، ولا نعرف مستنده في ذلك .

ولا فرق بين أن يكون الإحرام للحجّ أو العمرة، ولا بين الإحرام الواجب أو التطوّع، والوجه أنّ الإحرام في الحجّ الفاسد كذلك، (إذ)^(٣) يحرم عليه ما يحرم

١ . النهاية: ٤٥٨ .

٢ . السرائر: ٢ / ٥٢٥ .

٣ . ما بين القوسين يوجد في «أ» .

صفحة ٤٧١

في الصحيح. ولو زنا بها في إحرامه، فالوجه أنّها لا تحرم مؤبداً، ولا فرق بين التزويج الدائم والمنقطع في ذلك.

والظاهر أنّ مراد علمائنا بالعقد في المحرم، والعقد في ذات العدّة، إنّما هو العقد الصحيح الذي لو لا المانع ترتب عليه أثره، أمّا العقد الفاسد، فإن كان العاقد يعلم فساده، فلا اعتبار به، وإن لم يعلم فساده، كمن اعتقد تسويغ نكاح الشغار لشبهة، ففي الاعتداد به إشكال، أقرب به أنّه كالصحيح .

٥٠٠٧ . الخامس: من لآعن امرأته حرمت عليه أبدأ، وكذا لو قذف زوجته الصماء والخرساء بما يوجب اللعان لو لم تكن صماء أو خرساء، ولو قذفها بما لا يوجب اللعان لولا المانع لم تحرم عليه ، وكذا لو قذف غيرهما من النساء، سواء كانت ذات عيب أو لا، ولو كانت صماء بغير خرس، ففذفها بما يوجب اللعان ، حرمت أبدأ على إشكال.

٥٠٠٨ . السادس: من طلق امرأته تسع تطليقات للعدة، ينكحها بينها رجلان، حرمت على المطلق أبدأ، وظاهر هذه الفتوى يتناول الحرّة ، لأنّ الأمة تفتقر إلى نكاح أربعة رجال، فحينئذ يحتمل تحريمها في الست إذ الطلقتان للأمة بمنزلة الثلاث للحرّة، وفيه ضعف، وتحريمها في التاسعة إذا نكحها بينها أربعة رجال لصدق التطليقات التسع ، ونكاح رجلين عليها، وهو ضعيف أيضاً ، وعدم التحريم في طرف الأمة مطلقاً ، وهو أقواها ، وإن كان لا يخلو عن نظر.

ولا فرق في التحريم في طرف الحرّة بين الزوج الحرّ وغيره، ولو تخلّل بين الطلقات التسع للحرّة طلقات للسنة^(١) ونكحها أكثر من رجلين، فالوجه ثبوت التحريم المؤبد.

١ . في «أ»: «طلقات الستة» والصحيح ما في المتن .

صفحة ٤٧٢

الفصل الخامس : في باقي المحرّمات بقول مطلق

وفيه أربعة عشر بحثاً:

٥٠٠٩ . الأوّل : قد بيّنا أحكام المحرّمات على التأييد، وبقي حكم المحرّمات في حال دون أخرى ، وهذا الفصل مقصور على ذلك، فمن عقد على امرأة حرم على غيره نكاحها، سواء كان العقد دائماً أو منقطعاً ما دامت في حباله، فإذا فارقتها بموت أو طلاق جاز نكاحها، وكذا لا يجوز الجمع بين الأختين في النكاح الدائم، والمنقطع، وملك اليمين، وقد تقدّم ذلك، فإن عقد على إحدى الأختين حرمت الأخرى حتّى يطلق الأولى ، فإن طلقها بانئناً جاز له العقد على أختها في الحال، وكذا لو ماتت، وإن طلقها رجعيّاً، لم تحل له الثانية حتّى تخرج الأولى من عدتها، فإن عقد على الثانية، والأولى في حبالته، كان العقد باطلاً ، فإن وطأ الثانية فرق بينهما، قال الشيخ (رحمه الله): ولا يرجع إلى الأولى حتّى تخرج التي وطأها من عدتها ، فإن جاءت بولد وكان جاهلاً لحق به^(١) والأقرب عندي جواز الرجوع إلى الأولى من غير انتظار العدة، ولا فرق في ذلك كلّ بين الدائم والمنقطع، وقد روي في المتمتعة إذا انقضت أجلها: أنّه لا يجوز له العقد على أختها حتّى تنقضي عدتها ،^(٢) والوجه عندي الاستحباب في ذلك وجواز العقد على الأخت بعد انقضاء الأجل في الحال.

١ . النهاية: ٤٥٤ .

٢ . لاحظ الوسائل: ١٤ / ٣٦٩ ، الباب ٢٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، وأفتى به الشيخ في النهاية: ٤٥٥ .

صفحة ٤٧٣

٥٠١٠ . الثاني : لا يجوز العقد على الأمة وعنده حرّة إلا بإذن الحرّة، فإن عقد من غير استئذان ، قال الشيخ: تتخيّر الحرّة في الفسخ والإمضاء والاعتزال ، ^(١) وقال ابن إدريس: يقع باطلاً لا يؤثر الرضا في صحّته بل يفتقر إلى تجديده ^(٢) ولو قيل بوقوعه موقوفاً كان حسناً، أمّا القول بجواز فسخ عقد الحرّة المقدم فضعيف.

ولو عقد عليهما في حالة واحدة كان العقد على الحرّة ماضياً، وعقد الأمة باطل عند الشيخ ^(٣) وابن إدريس ^(٤) ولو قيل بوقوعه موقوفاً كان وجهاً.

ولو عقد على الحرّة وعنده زوجة أمة، كان العقد ماضياً ولا خيار للأمة هنا، ولا فيما تقدّم ، ثم إن كانت الحرّة عالمةً، فلا خيار لها أيضاً ، وإن لم تكن عالمةً بأنّ له زوجة أمة، كانت بالخيار في عقد نفسها بين الفسخ والإمضاء ، ولا خيار لها في عقد الأمة.

ومتى اختارت الحرّة العقد على الأمة المتقدّمة أو المتأخّرة، لم يكن لها بعد ذلك اختيار، ولا خيار للحرّة لو كانت له أمة ينكحها بالملك، وحكم المتمتع بها حكم الدوام، فلو تمتّع بأمة على حرّة، كان للحرّة فسخ عقدها، أو يقع باطلاً على الخلاف.

ولو جمعها في عقد ، صحّ عقد الحرّة، وبطل عقد الأمة.

ولو عقد على الحرّة، وعنده أمة متمتع بها، تخيّرت الحرّة في فسخ نكاحها.

- ١ . النهاية: ٤٥٩ ؛ ولاحظ التبيين: ٣ / ١٦٩ - ١٧٠ (ذيل الآية ٢٥ من سورة النساء) .
- ٢ . السرائر: ٢ / ٥٤٦ .
- ٣ . لاحظ النهاية: ٤٥٩ .
- ٤ . لاحظ السرائر: ٢ / ٥٤٧ .

صفحة ٤٧٤

ولو عقد على الحرّة دائماً، وعنده أمة متمتع بها، فالوجه ثبوت الخيار للحرّة أيضاً ، وكذا لو عقد على حرّة دائماً ، ثم على أمة متمتع بها، فإن الحرّة تتخيّر ^(١) وكذا لو جمعها في عقد ، وكذا البحث لو كانت الحرّة متمتعاً بها، والأمة دائماً .

٥٠١١ . الثالث: شرط بعض علمائنا ^(٢) في نكاح الأمة دائماً أمرين: عدم الطّول وهو العجز ^(٣) عن المهر والنفقة، وخوف العنت، وهو المشقّة من الترك، فمن وجد الطّول، أو أمن من

العنت، لم يجز له نكاح الأمة، ومن جمع الشرطين جاز له العقد على أمة واحدة لا غير، والأقرب أنّهما شرطان في النديبة لا الجواز، فيكره لفاقدهما العقد على الأمة وإن كان سائغاً.

٥٠١٢ . الرابع: لا يجوز للحرّ أن يعقد على أكثر من أربع حرائر بالعقد الدائم، فمن تزوّج أربعاً من الحرائر بالدوام، حرم عليه ما زاد غبطة إلاّ أن يفارق إحدى الأربع بموت، أو طلاق، أو ما أشبهه من اللعان وشبهه، فإن ماتت إحداهنّ أو طلقها بائناً جاز له العقد على أخرى في الحال وإن طلقها رجعيّاً لم يجز له العقد حتّى تخرج المطلقة عن عدتها .

ولو ادعى إقرارها بانقضاء العدة، فأنكرت، فالقول قولها، وعليه النفقة، وكان له أن يتزوّج بالرابعة أو بالأخت.

ولو كان له ثلاث، فتزوّج اثنتين في عقد واحد، قيل: يتخيّر أيّتهما شاء^(٤)

١ . في «أ»: تتخير بها.

٢ . الشيخ في المبسوط: ٤ / ٢١٤ .

٣ . كذا في «ب» ولكن في «أ»: عدم الطول وهو عدم الثروة والعجز.

٤ . اختاره الشيخ في النهاية: ٤٥٤، وابن البراج في المهذب: ٢ / ١٨٤ .

صفحة ٤٧٥

وقيل: يقع باطلاً^(١) وكذا لو تزوّج اثنتين عقيب طلاق الرابعة أو موتها، ولو رتب ثبت عقد الأولى خاصّة .

ولو تزوّج خمساً في عقد واحد، فالأقربُ البطلانُ مع احتمال التخيير، ويجوز له أن يعقد بالمتعة على من شاء من غير حصر في أربع، وإن كان الأفضل أن لا يتجاوزهنّ، وكذا يجمع بين أيّ عدد كان في الوطء بملك اليمين.

٥٠١٣ . الخامس: لا يجوز للحرّ أن يعقد من الإماء دائماً على أكثر من أمتين، ويجوز أن يعقد منقطعاً على أكثر من اثنتين.

ويجوز للحرّ أن يجمع في الدائم بين حرّتين وأمتين، وبين ثلاث حرائر وأمة، ولا يجوز له أن يجمع بين ثلاث حرائر وأمتين، ولا بين أربع حرائر وأمة، ولا بين ثلاث إماء وإن لم تكن معهنّ حرّة، ولا فرق في الإماء بين الفنّ، وأمّهات الأولاد، والمكاتبات المشروطة، والمطلقات اللواتي لم يؤدّين شيئاً.

أمّا المطلقة إذا أدّت شيئاً، ومن انعتق بعضها، ففي تحريم مازاد على اثنتين منهنّ إشكال، أقربُه التحريم، تغليباً لجانب الحرمة، ويجوز أن يعقد على الإماء أيّ عدد شاء في المتعة وكذا ينكح بملك اليمين ماشاء، وكذا الإباحة.

٥٠١٤ . السادس: لا يجوز للعبد أن يعقد على أكثر من حرّتين غبطة، ويجوز أن يعقد على أربع إماء كذلك، وعلى حرّة وأمتين، ولا يجوز له العقد على حرّة وثلاث إماء، ولا على حرّتين وأمة، ولا حصر في المنقطع والتحليل في الحرائر والإماء كالحرّ، ولو انعقد بعض الأمة فهي كالحرّة بالنسبة إليه، تغليباً للحرمة، وإن ألحقناها بالأمة في الحرّ للعلّة.

١ . وهو خيرة ابن حمزة في الوسيلة: ٣٤٤، والحلي في السرائر: ٢ / ٥٣٩ .

صفحة ٤٧٦

أما من انعقد بعضه، فالأقربُ أنّه بحكم الحرّ في العدد.
وحكم العبد بحساب ما فيه من الجهتين، ولا يباح له أكثر من حرّتين أو أمتين أو حرّة وأمتين.
٥٠١٥ . السابع: لا تحرم الحامل من الزنا على الزاني، ولا على غيره، ولا يفتقر في إباحة العقد عليها إلى الوضع.

٥٠١٦ . الثامن: من طلق الحرّة ثلاث طلاقات بينها رجعتان، حرمت عليه حتّى تنكح زوجاً غيره، سواء كانت تحت حرّ أو عبد، فإذا طلقها الثاني أو مات عنها، جاز للأول العقدُ عليها إن حصل شرائط المحلل الآتية فيما بعد، وهكذا دائماً في طلاق السنّة تحرم بعد كلّ ثلاث وتحلّ مع المحلّل، أما طلاق العدة فقد بيّنا أنّها تحرم في تسع .

أما الأمة فإذا طلقها زوجها الحرّ أو العبد طلقتين، حرمت على الزوج حتّى تنكح غيره، فإذا نكحت غيره وفارقها، جاز للأول العقدُ عليها، وهكذا تحرم بعد كلّ طلقتين، وتحلّ مع المحلّل، والإشكال في الفرق بين طلاق العدة والسنّة في الأمة تقدّم، ومن انعقد بعضها ففي عدد طلاقها إشكال.

٥٠١٧ . التاسع: من منع من نكاح الأمة مع وجود الطول وأمن العنت، سَوَّغَ نكاحها مع وجود من يُقرضه المهر، ومع رضا الحرّة بتأخير صداقها، أو تفويض بعضها، لأنّ لها أن تطالبه بعرض^(١) صداقها، فيجب في الذمّة، فيلحقه الضرر، وكذا يجوز مع وجود واهب، واقتصر في التسويغ على الواحدة، فإن تزوّج أمتين دفعةً، بطل العقد عنده، وإن رتب، ثبت عقدُ الأولى، ولو عقد دفعةً على أربع حرائر وأمة، فسد عقدُ الأمة خاصّةً.

١ . في «أ»: بفرض .

صفحة ٤٧٧

ولو تزوّج الأمة ثمّ وجد الطول لم يفسد عقده إجماعاً .

ولو قال بعد العقد: كنتُ واجداً للطول حين العقد، وصدّقه المولى، حكم بفساد العقد في حقّهما، وإن كذّبه ففي حقّه خاصة، ولو كان ذا مال فقال: استنفدته بعد العقد، فالقول، قوله .

ولو تزوّج بأمة أبيه، ثم ورثها، بطل النكاح، فإن وصّى بها أبوه لغيره، وخرجت من الثلث، فإن اختار الموصى له إمضاء العقد، صحّ، وإلا كان له فسخه، ولو كان القبول بعد الوفاة، وقلنا الملك به بطل النكاح، وإن قلنا أنّه كاشفٌ عن الملك حين الوفاة فلا بطلان، وهكذا التفصيل لو قلنا بانتقال الموصى به إلى الوارث، أمّا إذا قلنا ببقائه على حكم مال الميت، وهو الحقّ، فلا بطلان على التقديرين.

٥٠١٨ . العاشر: لا يجوز للعبد أن يتزوَّج الأمة على الحرّة كما قلنا في الحرّ الا برضا الحرّة، وكذا لا يجمع بينهما في عقد واحد من دون الرضا.

٥٠١٩ . الحادي عشر: لو كانت تحتة حرّة صغيرة لا يمكنه وطؤها، جاز له نكاح الأمة على القولين، وكذا لو كانت كبيرة غائبة لا يصل إليها على إشكال، ولو وجد ما يشترى به أمةً جاز له العقد على الأمة إذا لم ترغب إليه حرّة.

٥٠٢٠ . الثاني عشر: من تزوّج امرأةً ثمّ علم أنّها كانت قد زنت، لم يكن له فسخُ العقد، ولها الصّدق عليه، ولا يرجع به على الولي، وفي رواية له الرجوع.^(١)

١ . لاحظ التهذيب: ٧ / ٤٢٥ برقم ١٦٩٨ .

صفحة ٤٧٨

٥٠٢١ . الثالث عشر: إذا تزوّجت المطلقة ثلاثاً، وشرطت على المحلّل في العقد أنّه لا نكاح بينهما، بطل العقد، وقيل يلغو الشرط خاصّة.

ولو شرطت الطلاق، صحّ النكاح، وبطل الشرط والمهر، ولها مهرُ المثل مع الدخول، ولو لم تصرّح بالشرط وكان في نيّتهما ذلك، أو نيّة الزوجة أو الولي، لم يفسد النكاح .

وكلّ موضع حكم فيه بصّحة العقد، فإنّها تحلّ على الزوج الأوّل مع الدخول، والفرقة، وانقضاء العدة، وكلّ موضع حكم فيه بفساد العقد فإنّها لاتحلّ.

٥٠٢٢ . الرابع عشر: نكاح الشغار باطلٌ، وهو أن يزوّج بنته أو وليّته برجل على أن يزوجه الرجل بنته أو وليّته، ويجعلا بضع كلّ واحدة مهراً للأخرى، ولو عقدا كذلك فلا نكاح بينهما.

ولو قال: زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك على أن يكون نكاح بنتي مهراً لبنتك، صحّ نكاح بنته، وبطل نكاح بنت المخاطب، ولو قال: على أن يكون نكاح بنتك مهراً لبنتي، بطل نكاح بنته، وصحّ نكاح بنت المخاطب.

ولو قال: زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك على أن صدّق كلّ واحدة منهما مائة، صحّ النكاح وقال الشيخ (رحمه الله) وبطل المهر، لأنّه جعل صدّق كلّ واحدة تزويج الأخرى وشيئاً آخر، فيبطل الشرط فيبطل المهر^(١) ولا فرق بين اختلافهما في المهر واتّفاقهما، وأنّما حكم بصحة النكاح هنا لأنّه لم يشترك في البضع اثنان بخلاف الأولى التي جعل بضع كلّ واحدة منهما ملكاً للرجل بالزوجيّة وللبنّت بالمهر.

١ . المبسوط: ٤ / ٢٤٤ .

صفحة ٤٧٩

ولو قال: زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك على أن بضع كلّ واحدة منهما مع عشرة دراهم مهراً للأخرى، بطل أيضاً.
ولو قال: زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك، ولم يعيّن مهراً، صحّ النكاحان، ووجب مهر المثل.
ولو قال: زوّجتك جاريتي على أن تزوّجني بنتك وتكون رقية جاريتي صدّقاً لبنتك، صحّ النكاحان معاً.

صفحة ٤٨٠

صفحة ٤٨١

المقصد الثالث: في نكاح المشركات وأنكحة الكفار والإماء والعبيد والمتعة ومباحث أخر

وفيه فصول

الفصل الأوّل: في نكاح المشركات

وفيه ثلاثة مباحث:

٥٠٢٣ . الأوّل: لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابيّات من سائر أصناف الكفار، سواء كان بعقد دوام، أو متعة، أو ملك يمين، بلا خلاف، أمّا الكتابيّات من اليهود والنصارى والمجوس، فالمشهور تحريمهنّ بالعقد الدائم، وفي المتعة وملك اليمين روايتان^(١) أقربهما الجواز على إشكال في المجوسيّة، هذا في الابتداء، ويجوز في الكتابيّات استدامته، كأن يُسلم الذميّ وعنده كتابيّة، فإنّه يستديم نكاحها.

٥٠٢٤ . الثاني: اليهود لهم كتاب التوراة، والنصارى لهم الإنجيل، أمّا

١ . لاحظ التهذيب: ٧ / ٢٩٦ - باب من يحرم نكاحهنّ بالأسباب دون الأنساب - ؛ والوسائل: ١٤، الباب ١ و ٤ و ٦ من أبواب ما يحرم بالكفر ونحوه.

صفحة ٤٨٢

المجوس «فقيل: كان لهم كتاب، ثمّ نُسخَ ورُفِعَ من بين أظهرهم، فلم يشبهه كتاب، فلققوا بالكتابين في أحكامهم.

أمّا السامرة فهم قوم من اليهود ويخالفونهم في بعض الفروع، فحكمهم حكم أهل الذمّة وقيل: ليسوا منهم، فحكمهم حينئذ حكم الحربيين .

أمّا الصابئون، فقيل: هم نصارى، وقيل: أنّهم يخالفونهم في الأصول، ويقولون إنّ الفلك ناطق، ويعبدون الكواكب، فحكمهم حكم الحربيين أيضاً.

وأمّا من له كتاب غير التوراة والإنجيل من الكفار، فحكمهم حكمُ الحربيّ أيضاً، وذلك مثل صحف إبراهيم وزبور داود.

وأمّا من انتقل إلى دين أهل الكتاب، فإن كان بعد النسخ، كانوا بحكم الحربيين أيضاً، وإن كان قبله، فحكمهم حكم أهل الذمّة.

٥٠٢٥ . الثالث: إذا قلنا بجواز نكاح الذمّية، ثبت لها ما ثبت للزوجات المسلمات من الحقوق، كالسكنى، والنفقة، والكسوة، والقسم، وأحكام الإيلاء من مطالبته بالفئة عند انتهاء المدّة أو الطلاق، ويثبت له عليها حقوق الأزواج، كالتمكين من الاستمتاع، والسكنى حيث شاء، ويجوز له وطؤها قبل الغسل من الحيض أو النفاس عند انقطاعهما، ولو قلنا بالمنع في المسلمة فكذا هاهنا، فيلزمها الغسل، وإن لم يصحّ منها النية، تحصيلاً لحقّ الأدميّ وإن تعدّر تحصيل حقّ الله تعالى، وكذا لو كانت مسلمة مجنونة، فإنّه يجبرها على الغسل، وإن لم يصحّ منها النية، وأمّا الغسل من الجنابة، فالأقرب أنّه ليس له إجبارها عليه.

والحاصل أنّ كلّ ما يمنع من الاستمتاع، فله إجبارها على إزالته، وكلّ ما

صفحة ٤٨٣

يمنع من كمال الاستمتاع ففي إجبارها عليه نظر، وما لا يمنع منه ولا من كماله فليس له إجبارها عليه، فطول شعر البدن والأظفار، إن منع لمن الاستمتاع أُجبرت على إزالته، وإلا فلا.

وله منعها من البيعة والكنيسة، والخروج من بيتها، وشرب الكثير من الخمر، وفيما دون الإسكار احتمال.

فلو كانت مسلمةً وأرادت شربَ النبيذ على مذهب الحنفيّ، منعت.
وفي منع الكافرة من أكل لحم الخنزير احتمالاً، قوى الشيخ (رحمه الله) عدم المنع^(١) وكذا ليس له منع المسلمة عن أكل الثوم، والبصل، وأشباههما، وله منع المشتركة من لبس جلد الميتة ومن النجاسات التي تتعدى إليه.

الفصل الثاني: في إسلام أحد الزوجين

وفيه أربعة عشر بحثاً:

٥٠٢٦ . الأول : إذا أسلم زوجُ الكتابيّة دونها، فهو باق على نكاحها ، سواء أسلم قبل الدخول أو بعده، ويجوز له نكاحها بالعقد السابق مع كفرها، ويكون حكمها ما تقدّم، سواء كانا في دار الإسلام ، أو في دار الحرب، أو اختلفت الداران بهما.

١ . المبسوط: ٤ / ٢١١ .

صفحة ٤٨٤

ولو أسلمت الكتابيّة دونَ زوجها، فإن كان قبل الدخول، انفسخ العقدُ ولا مهر لها، وإن كان بعده انتظر عدّة الطلاق، فإن أسلم فيها، كان النكاح باقياً، وإن انقضت على كفره، بانته منه، ولها المهر، وقال الشيخ: إن كان الزوج بشرائط الذمة، كان النكاح باقياً غير أنه لا يمكن من الخلوة بها ولا من الدخول عليها ليلاً^(١) وليس بمُعتمد.

والعدّة للحرّة ذات الأقران ثلاثة، وللأمة فُريان، ولغيرها ثلاثة أشهر، ولو كانت أيسةً في سنّ من تحيض، انتظرت العدّة بالأشهر أيضاً مع الدخول.

٥٠٢٧ . الثاني : إذا أسلمت دونه بعد الدخول، فقد قلنا أنّها تنتظر العدّة، وعليها نفقتها ، سواء خرجت العدّة وهو باق على الشرك، أو أسلم قبل الانقضاء.

٥٠٢٨ . الثالث : غير الكتابيين من أيّ أصناف الكفار كانوا، إذا أسلم أحد الزوجين منهم، فإن كان قبل الدخول، انفسخ النكاح في الحال، سواء كان المسلمُ الرجلَ أو المرأةَ ، ولو كان بعد الدخول انتظرت العدّة، فإن أسلم الآخر فيها، كان النكاح باقياً، وإلاّ انفسخ العقد، ولا فرق بين أن يكون المسلمُ الرجلَ أو المرأةَ، ولا اعتبار بالدار في هذا الحكم، وعلى الزوج نفقةُ العدّة مع الدخول، كما قلنا هاهنا إن كانت هي المسلمة، ولو كان المسلم هو ، فإن انقضت العدّة قبل إسلامها، لم تكن لها نفقةٌ، وإن أسلمت في الأثناء كان لها النفقة عن المستقبل، وفيما مضى وجهان، أقواهما السقوطُ.

فلو قال: أسلمت بعد شهرين من إسلامي، فلا نفقة فيهما عليّ، وقالت: بل

بعد شهر، فالقولُ قوله مع اليمين، وكذا لو قالت: قبل انقضاء العدة، فالزوجة باقية، ولي النفقة، فقال: بل بعد الانقضاء، فلا نفقة، فالقولُ قوله.

ولو أسلم أحدهما وتخلّف الآخر حتى انقضت العدة، وقعت البيونة، ولو (١) اختلفا فقال الزوج: أنا أسلمت وتخلّفت أنت، فلا نفقة لك، وقالت: بل أسلمت أنا فلي النفقة، احتمال تقديم قوله، عملاً بثبوت البيونة، وأصالة براءة الذمة، وقولها، لوجوب النفقة عليه أولاً، والأصل البقاء.

٥٠٢٩ . الرابع: إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع حرائر وثنيات بالعقد الدائم، فأسلمن، أو كنّ كتابيات وإن لم يسلمن، تخير أربعاً، وفارق البواقي، سواء ترتب عقده عليهن، أو وقع دفعةً واحدةً، وسواء اختار الأوائل أو الأواخر في المرتبات إن كان حرّاً، ولو كنّ إماءً وحرائر، تخير أمّتين وحرّتين أو أربع حرائر، ولو كنّ أربعاً لا يزيد، ثبت عقده عليهن، ولا اختيار . ولو أسلمت المرأة وقد تزوّجت بائنين، فإن كان مترتباً، كان عقد الثاني باطلاً، وإن وقع دفعةً، بطلاً معاً، ولا اختيار لها فيهما.

ولو أحرّم عقيبُ إسلامه، كان له الاختيارُ حالة الإحرام، لأنّه ليس ابتداء عقد.

والعبد يستديم حرّتين، أو حرّة وأمّتين، أو أربع إماء.

٥٠٣٠ . الخامس: إذا أسلم الكافر عن أمّ وبنتها زوجتين، فإن كان قد دخل بهما، حرمتا معاً أبداً، وإن كان قد دخل بالبنت خاصّة، ثبت عقدها وحرمت الأمّ

مؤبداً، وإن كان قد دخل بالأمّ خاصّة، حرمت البنت مؤبداً، وهل تحرم الأمّ مؤبداً بمجرد العقد على البنت هنا؟ قال الشيخ: نعم (١).

وإن لم يكن دخل بهما، قال الشيخ: يتخير أيّتهما شاء (٢)، إذ عقد الشرك لا يحكم بصحّته إلاّ بانضمام الاختيار في حال الإسلام، ولهذا لو تزوّج عشراً، فاختر منهنّ أربعاً، لم يجب للبواقي مهرٌ ولا نفقةٌ ولا متعةٌ بمنزلة من لم يقع عليهنّ عقدٌ، فإذا اختار الأمّ كان بمنزلة من لم يعقد على البنت، ويحتمل لزوم نكاح البنت، إذ عقد الشرك صحيح، كما لو تزوّج أختين، فإنّه يختار أيّتهما شاء، فيكون صحيحاً فيهما، وصحّة النكاح في البنت، يقتضي التحريم المؤبّد في الأمّ، واختيار الشيخ هنا لا يجمع اختياره في الثالث.

ولو كانت الأمُّ والبنتُ أمتين له، فإن كان وطئهما حرمتا معاً أبداً ، وإن وطئ إحداهما حرمت الأخرى كذلك ، وإن لم يكن وطئ شيئاً منهما تخييراً .

٥٠٣١ . السادس: لو أسلم عن أختين ، تخييراً أيتهما شاء ، وخلى سبيل الأخرى، سواء دخل بهما أولاً، وكذا لو كان عنده امرأة وعمتها أو خالتها إذا لم تجز العمّة والخالة نكاح بنت الأخ أو بنت الأخت ، ولو أجازتا صحّ نكاح الجميع، وكذا لو أسلم عن حرّة وأمة.

٥٠٣٢ . السابع: لو أسلم الحرّ عن أكثر من أمتين زوجات، تخييراً اثنتين منهنّ، ترثب عقدهنّ أو اتفقّ ، وسواء دخل بهنّ أو لا، وسواء كان واجداً للطول أو لا، ولو أسلم عن حرّة وثلاث إماء، فإن أسلمن معه، ثبت نكاح الحرّة،

١ . المبسوط: ٤ / ٢٢١ .

٢ . المبسوط: ٤ / ٢٢١ .

صفحة ٤٨٧

وبطل نكاح الإماء إن لم ترض الحرّة ، وإن رضيت اختار اثنتين منهنّ، وانفسخ نكاح الثالثة . ولو أسلمت الحرّة خاصّة، ثبت نكاحها ووقف نكاح الإماء على رضاها، فإن أجازته اختار اثنتين، إن أسلمن في العدة، أو كنّ كتابيات .

ولو أسلمت الإماء خاصّة، فإن أسلمت الحرّة في العدة ثبت نكاحها ، وكان حكم الإماء ما تقدّم ، وإن انقضت على الشرك ، بطل نكاحها، واختار اثنتين من الإماء .

ولو طلق الحرّة قبل إسلامها بانناً، فإن انقضت العدة على الشرك تبين أنّ الفرقة وقعت حين اختلاف الدين، وإن أسلمت في العدة، ثبت الطلاق، واختار من الإماء اثنتين، ومن منع من نكاح الإماء مع الطول لا يبطل نكاح الإماء بثبوت نكاح الحرّة قبل الطلاق .

٥٠٣٣ . الثامن: لو أسلم وعنده ثماني حرائر، فأسلم معه أربع، كان له اختيارهنّ وانتظار الباقيات، فإن خرجت العدة وهنّ على الشرك ، وقع الفسخ في المشاركات، وثبت نكاح الأربع، والاعتداد من حين اختلاف الدين ، وإن أسلمن في العدة، كان له أن يختار أربعاً من شاء منهنّ، فينفسخ نكاح الآخر من حين الاختيار، ويعتدّن من ذلك الوقت أيضاً .

ولو أسلم أربع ، وكانت البواقي كتابيات ، كان له أن يختار الكتابيات، وإن بقين على الكفر، فينفسخ نكاح المسلمات من حين الاختيار .

٥٠٣٤ . التاسع: لو أسلم عن أربع إماء زوجات، فأسلمت واحدة، كان

صفحة ٤٨٨

له اختيار المسلمة وانتظار الباقيات، فإن أسلمن قبل انقضاء العدة، كان له أن يختار اثنتين ، وانفسخ نكاح الباقيتين من حين الاختيار ، وإن أقمن (١) على الكفر حتى انقضت العدة، حصلت البيونة باختلاف الدين، وكان نكاح الأولى لازماً بغير اختياره.

ولو اختار فسح نكاح المسلمة، لم يكن له لأن الباقيات قد لا يسلمن إلى انقضاء العدة، فيكون نكاحها لازماً، فلو فسح نكاحها لم يصح الفسخ في الحال، إلا أن تسلم اثنتان، ويختار نكاحهما، فينفسخ نكاح الأولى والزائد على الاثنتين، ولو اختار نكاح الأولى احتمل عدم صحة الاختيار، لأن فسحه لم يصح، والصحة لأن الفسخ إنما لا يصح إذا قامت البواقي على الكفر إلى انقضاء العدة، فأما إذا أسلمن فيها، فإن فسح نكاح من شاء صحيح.

وكذا لو كان عنده ثماني حرائر فأسلمن أربع، لم يكن له فسح نكاحهن إلا أن يسلمن الباقيات، فإن فسح قبل إسلامهن ثم أسلمن، ففي جواز اختيارهن ما تقدم من الاحتمال.

٥٠٣٥ . العاشر: قد بينا أنه يجوز أن ينكح الإماء مع وجود الطول، ومنع بعض علمائنا من ذلك (٢). فعلى المنع لو أسلم فأسلم بعضهن وهو مُعسِرٌ ، ثم أسلم بعضهن وهو موسر، اختار نكاح من أسلم وهو معسر، لانفساخ نكاح من أسلم وهو موسر، إذ الاعتبار بحال اجتماع إسلامه وإسلامها ، وهو حالة الاختيار ، واليسار لا يمنع من الاختيار للأولى لتجدده.

١ . في «ب»: فإن أقمن .

٢ . الشيخ في المبسوط: ٤ / ٢١٤ .

٥٠٣٦ . الحادي عشر: لو أسلم عن حرّة وأربع زوجات إماء، فأسلم الإماء معه ثم أعتقن وتأخرت الحرّة قال الشيخ: لم يكن له اختيار الإماء قبل العتق، لتمسكه بالحرّة، ولا بعده، لأن وقت الاختيار وقت اجتماع إسلامه وإسلامهنّ وهنّ حينئذ إماء (١) فإن لم يختار وأسلمت الحرّة في العدة ، ثبت نكاحها، وانفسخ نكاحهنّ، إلا أن تخير فله أن يختار اثنتين، وإن لم تسلم اختار اثنتين من الإماء لا أزيد، لأن المراعى وقت ملك الاختيار - وهنّ حينئذ إماء - لا وقت وجوده. ولو خالف واختار، فإن أسلمت الحرّة في العدة، انفسخ نكاح البواقي والتي اختارها، إلا أن تخير الحرّة، وإن لم تسلم ففي صحة نكاح الاثنتين اللتين اختارهما احتمال.

أما لو أعتقن قبل إسلام الزوج وإسلامهنّ، ثم أسلم وأسلمن، أو بعد إسلامه قبل إسلامهنّ، ثم أسلمن ، كان له أن يختار أربعاً ، لأن حالة الاختيار حالة اجتماع إسلامه وإسلامهنّ، فإن اختارهنّ، انفسخ نكاح الحرّة باختياره إن أسلمت في العدة، وباختلاف الدين إن لم تسلم ، وإن أحرّ الاختيار حتى تسلم الخامسة قال الشيخ: كان له ذلك (٢) ويحتمل إلزامه باختيار ثلاث منهنّ وتأخير اختيار

الرابعة، لينظر حال الخامسة، إذ يلزمه نكاح ثلاث منهنّ، فلا معنى لتأخير الثلاث الأخر، فإن أسلمت في العدة، تخير بينها وبين الرابعة، وإن انقضت عن الشرك، ثبت عقد الأربع.
٥٠٣٧ . الثاني عشر: لو أسلم العبد عن أمتين وأربع حرائر، فأسلمن، كان له أن يختار أمتين وحرّة، أو حرّتين، وليس للأمتين أن تختارا فراقه،

١ . المبسوط: ٤ / ٢٢٥ .

٢ . المبسوط: ٤ / ٢٢٦ .

صفحة ٤٩٠

وهل للحرائر ذلك؟ قال الشيخ: نعم^(١) فيبقى عنده أمتان يثبت عقده عليهما.
٥٠٣٨ . الثالث عشر: لو كان تحت العبد أربع إماء فأسلمن، ثم أعتقن، وتأخر إسلامه، كان لهنّ اختيار الفسخ، فيكمن عدّة الحرائر إن أسلم في العدة، وإن بقي على الشرك حتى انقضت العدة، بئنّ بالاختلاف وظهر بطلان الفسخ، لمصادفته^(٢) البينونة وهل يكمن عدّة الحرائر؟ فيه وجهان، والمقام،^(٣) فإن أسلم في العدة، اختار اثنتين، وإن انقضت على الشرك انفسخ النكاح من حين الاختلاف، وتثبت العدة منه، وهل يكمن عدّة الحرائر؟ قوى الشيخ عدم ذلك للبراءة^(٤). ولو اخترن المقام قبل إسلامه، لم يعتد به، ولا يسقط حقهنّ من الفسخ عند إسلامه، وإن سكتن عن اختيار الفسخ والمقام، لم يبطل، لأنه على التراخي، فإن أقام الزوج على الشرك حتى انقضت العدة، وقع الفسخ باختلاف الدين، وكان ابتداء العدة من حين الفسخ، وقوى الشيخ (رحمه الله) أنّهنّ لا يكمن عدّة الحرّة^(٥). وإن أسلم فيها، فإن اخترن فراقه، انفسخ النكاح واعتدتن حينئذ عدّة الحرائر، وإن اخترن المقام تخير اثنتين .

ولو أسلم العبد قبلهنّ، ثم أعتقن، كان لهنّ اختيار الفسخ، فإن كنّ شركات، فلا حكم لاختيارهنّ المقام معه، فإن انقضت العدة على الشرك، انفسخ نكاحهنّ، وإن أسلمن، تخير اثنتين.
وخيار المعتقة على الفور، ولو ادّعت عدم علمها بالعتق، وكان ممّا

١ . المبسوط: ٤ / ٢٢٦ .

٢ . في «أ»: لمصادقة .

٣ . عطف على قوله «اختيار الفسخ» أي كان لهنّ اختيار المقام .

٤ . المبسوط: ٤ / ٢٢٧ .

٥ . المبسوط: ٤ / ٢٢٧ .

يخفى عليها، كان القول قولها مع اليمين، وإلا فلا، ولو ادّعت جهالة الحكم، قوى الشيخ القبول منها^(١) والقول قولها مع اليمين.

ولو أعتق العبد والأمة معاً، قال الشيخ لا خيار لها^(٢) ولو اعتقت دونه ولم يعلم حتى أعتق، ففي ثبوت الخيار وجهان، وقال بعض علمائنا بثبوت الخيار للمعتقة وإن كانت تحت حرّ فلا يسقط خيارها بعته هنا.

٥٠٣٩ . الرابع عشر: لو أسلم العبد عن أربع حرائر، وأسلمت معه اثنتان ثم أعتق ثم أسلمت الباقيتان، كان له أن يختار اثنتين، لأنه حين ثبوت الاختيار كان عبداً، فإذا اختار اثنتين، وفارق اثنتين، كان له أن يتزوجهما، لأنه حرّ، ولو أسلم، ثم أعتق، وأسلمن، لزمه نكاح الأربع، لأنه يجوز له نكاح الأربع وقت اجتماع الإسلام.

الفصل الثالث: في الاختيار وكيفيته

وفيه ثلاثة عشر بحثاً:

٥٠٤٠ . الأول: إذا أسلم الحرّ وتحتة أربع كتابيات، ثبت عقده عليهنّ، ولو كنّ وثنيات أو مجوسيات، انتظرت العدة، فإن أسلمن ثبت عقده عليهنّ ولا خيار له، وإن انقضت العدة على الشرك، انفسخ النكاح من حين الاختلاف، ولا خيار، أمّا

١ . المبسوط: ٤ / ٢٢٨ .

٢ . المبسوط: ٤ / ٢٢٨ .

صفحة ٤٩٢

لو كنّ أكثر من أربع حرائر وثنيات، فأسلمن في العدة مع الدخول، وجب عليه أن يختار أربعاً، ويفارق البواقي من حين الاختيار، ويعتدّن من تلك الحال، فإن امتنع من الاختيار سجنه الحاكم، فإن اختار، وإلا أخرجته وعزّره، فإن امتنع أعاده إلى السّجن، فإن اختار، وإلا أخرجته ثانياً وعزّره، فإن اختار، وإلا أعاده إلى السّجن، وهكذا إلى أن يختار، وليس للحاكم أن يختار عنه، ولو جنّ بعد إسلامه اختار الولي عنه.

٥٠٤١ . الثاني: يجب على الزوج الإنفاق على الجميع إلى أن يختار، فتسقط النفقة على من اختار فراقها، فإن مات قبل الاختيار وتحتة ثماني نساء، وجبت عدة الوفاة على الجميع، فإن كنّ حوامل اعتدّن بأبعد الأجلين، وإن كنّ آيسات أو صغائر اعتدّن بأربعة أشهر وعشرة أيام، وإن كنّ من ذوات الأقراء اعتدّن بأبعد الأجلين أيضاً، وهو أربعة أشهر وعشرة أيام وثلاثة أقراء، ويوقف سهم الزوجة لهنّ، فإن اصطلحن إمّا بالتخصيص لبعضهنّ، أو بالتفضيل له، أو بالمساواة، دفع الثمن

إليه، وان لم يصطلحن، بقى موقوفاً ، فإن طلبت الأربع فما دون منه شيئاً ، لم يعطين، وإن طلبت خمس منهنّ أعطين ربع الثمن مع الولد، وربع الربع مع عدمه، تضعن به ما اصطلحن عليه، وإن طلبت ستّ أعطين نصفه، وهكذا ، ويوقف الباقي، ولا يسقط حقّ من أخذ ممّا تخلف ، ولو كان فيهنّ مولياً عليها لم يكن للوليّ أن يأخذ أقلّ من ثمن الموقوف ، لأنّه أقلّ نصيبها مع القسمة .
ولو كنّ أربع وثنيتّ وأربع كتابيّات، فأسلمت الوثنيّات مع إسلامه ثمّ مات قبل الاختيار، احتمل أن لا يوقف شيء، لأنّ الإيقاف (١) إنّما يكون مع تيقّن

١ . في «ب»: الإنفاق .

صفحة ٤٩٣

الوارثات، ويحتمل هنا أن يختار الكتابيّات، فلا يرثن وقواه الشيخ، (١) فيكون ميراثاً لباقي الورثة، ويحتمل الإيقاف حتّى يصطلحن، كما يوقف الميراث مع الحمل، وإن شككنا في إرثه إلاّ أنّ نصيبهنّ لا يدفع إليهنّ مع اصطلاحهنّ حتّى يصطلحن مع بقية الورثة الذين يكون لهم نصيبُ الزوجات إن لم تكن وارثات، لتردّه بينهم، (٢) بخلاف الأولى لتيقّن إرث الزوجات هناك.

٥٠٤٢ . الثالث: اختلاف الدين فسحّ لاطلاق، وكذا الاختيار فلا يعد في الثلث ، فإن أسلم وعنده وثنية أو مجوسية قبل الدخول، انفسخ النكاح، وكان لها نصف المسمّى إن كان مباحاً، وإلاّ فنصف مهر المثل، وإن لم يسم شيئاً فهي مفوضة لها المتعة، وإن كان بعد الدخول ، وجب المسمّى المباح كمالاً ، ومهر المثل إن لم يسم أو سمى حراماً.

ولو أسلمت هي أولاً ، فإن كان قبل الدخول، سقط المهرُ بأجمعه ، وإن كان بعده ، ثبت الجميع.
ولو أسلما دفعةً أو كانت كتابية، فالنكاح بحاله، وكذا الصّداق المباح، ولو قالوا: سبق إسلام أحدنا قطعاً، ولا نعلم التعيين، فإن لم تكن المرأة قبضت شيئاً من المهر، فليس لها المطالبة، لإمكان سبقها، وإن كانت قبضتّه ، رجع الزوّجُ بنصفه خاصّة، وليس له المطالبة بالباقي ، لإمكان سبقه، فيوقف حتّى يتبين.

ولو اختلفا في السابق، فالقول قولها استصحاباً للمهر، ولو ادّعى الاستصحاب في الإسلام، وادّعت سبق أحدهما فالأقوى تقديم قول الزوّج عملاً باستصحاب النكاح.

١ . المبسوط: ٤ / ٢٣٣ .

٢ . أي بين الزوجات والوارثات والورثة.

صفحة ٤٩٤

٥٠٤٣ . الرابع: الاختيار قد يكون قولاً، مثل «اخترتك» أو «اخترت نكاحك» أو اخترت «حبسك» أو «أمسكتك» أو «امسكت نكاحك» أو «ثبتك» أو «ثبت نكاحك» وما أشبه ذلك. وقد يكون فعلاً بأن يطأ، أو يُقيل، أو يلمس بشهوة على إشكال فيهما، ولو رتب في الاختيار ثبت عقد الأربع الأولى واندفع البواقي ولو قال لما زاد على الأربع: اخترت فراقك، اندفع وثبت نكاح البواقي.

ولو قال للأربع: اخترتك أو أمسكتك صح نكاحهن، واندفع البواقي . ولو قال للأربع: طلقتهن، ثبت نكاحهن وطلقن، وانفسخ نكاح البواقي، وكذا لو طلق واحدة، ثبت نكاحها، وطلقت، وكان له اختيار ثلاث.

وإن قال للأربع: فارتكن، لم يكن اختياراً واندفع نكاحهن، وثبت عقد البواقي. والظهار والإيلاء ليسا اختياراً على إشكال، إذ لو حلف على الأجنبية ألا يطأها، ثم تزوجها ووطئها وجبت الكفارة، والظهار يواجهه به غير الزوجة، فإن اختار غير من ظاهر، أو آلى منها، سقط حكمهما، وإن اختار إحداها تعلق بها حكمها وكان العود من حين الاختيار إن لم يفارقها، ومدة الإيلاء من حين الاختيار.

وقال الشيخ (رحمه الله): الذي يقتضيه مذهبنا أن الظهار والإيلاء اختيار، إذ لا يقعان بغير الزوجة^(١) وفيه قوة.

١ . المبسوط: ٤ / ٢٣٧ .

صفحة ٤٩٥

ولو قذف إحداهن، فإن اختارها، سقط الحد بالبينة أو باللعان، وإن اختار غيرها، ثبت الحد إلا مع البينة، هذا إذا طلق، أو ظاهر، أو آلى، أو قذف بعد إسلامهن، ولو كان قبله، فإن انقضت العدة، عزر عن القذف، وله دفعه بالبينة خاصة، وسقط حكم البواقي، فإن أسلمن فيها، فإن اختار غيرها، فلا حكم، وإن اختارها ثبت حكم الجميع، وفي القذف التعزيز أيضاً، وله دفعه بالبينة واللعان.

٥٠٤٤ . الخامس: لو أسلم وأسلم مازاد على الأربع معه، وجب أن يختار أربعاً، وليس له اختيار ما دونهن، كما أنه ليس له اختيار الزائد، ولا يجب اختيارهن دفعة بل يجوز متعاقباً.

٥٠٤٥ . السادس: لو قال لأربع: فسخت نكاحهن، وقصد حل النكاح فسحاً، انفسخ عقدهن إن كان الباقي أربعاً فمأزاد، ولو كان الباقي أقل من أربع لم يجز، وهل يكون لاغياً حتى يثبت الاختيار للأربع من الجميع أو يثبت نكاح البواقي ويتخير إتمام الأربع من اللواتي فسح نكاحهن؟ الأقرب الثاني.

ولو قصد بالفسخ الطلاق، لم يقع الطلاق إلا أن يكون ممن يعتقد ذلك، فيقع وأما في غيره فلا، وهل يكون اختياراً لمن قصدهنّ بالطلاق بلفظ الفسخ؟ فيه إشكال، أقربه ذلك .
ولو كنّ أربعاً لا غير، فأسلمن معه، ثبت نكاحهنّ، ولا خيار له، فإن قال: فسخت نكاحهنّ، لم يصحّ، سواء قصد حلّ النكاح أو الطلاق، لأنّ الفسخ إنّما يكون بالعيب.
٥٠٤٦ . السابع: الاختيار ليس ابتداء عقد، وإنّما هو تبيين لمن كان صحيح

صفحة ٤٩٦

النكاح منهنّ (١) وتصحيح العقد الأوّل فيهنّ، فلو أسلم عن ثمان وأسلم معه أربع، فإن اختارهنّ انفسخ نكاح البواقي، وان تریص إسلام البواقي، فماتت المسلمات قبل إسلامهنّ، ثم أسلمن، لم يبطل الاختيار، فإن اختار الأحياء لم يرث الموتى، وان اختار الموتى ورثهنّ.
٥٠٤٧ . الثامن: ليس الاختيار كالفسخ، بل بينهما مخالفة في الحكم، فلو أسلم وتحتة خمس فأسلمت واحدة فاختارها صحّ ولو أسلمت ثانیة فاختارها أيضاً صحّ، وهكذا إلى الأربع فتقطع (٢) عصمة الخامسة، ولو اختار فسّخ نكاح المسلمة أوّلاً، لم يكن له ذلك، لأنّه لا يملك فسّخ النكاح في واحدة حتّى يزيد عدد المسلمات على الأربع، فلو أسلمت البواقي، فالأقرب جواز اختيار نكاح من فسّخ نكاحها أوّلاً، لوقوع الفسخ لاغياً.
ولو قال حين أسلم: كلّما أسلمت واحدة فقد اخترت فسّخ نكاحها لم يصحّ، سواء قصد الفسخ، أو الطلاق، ولا يثبت اختيارها لو قصد الطلاق، لأنّه تعليق للفسخ بالشرط، ومن شرطه التنجيز وعلق الطلاق به، فكان باطلاً أيضاً، ولا اعتداد به في الاختيار، لأنّه تعليق للنكاح على شرط، إذ تعليق الطلاق عليه يستلزمه.
٥٠٤٨ . التاسع: لو أسلم وتحتة وثنیة مدخولٌ بها باقیة على الشرك، فتزوّج بأختها، أو أربع سواها في عقد واحد قبل انقضاء عدّتها، كان العقد فاسداً، لا موقوفاً، وكذا لو كان تحتة أربع وثنیات، فتزوّج بالخامسة قبل انقضاء العدّة،

١ . هكذا في «أ» ولكن في «ب»: تبيين لمن كان صحيح النكاح منهنّ وتصحيح النكاح منهنّ .
٢ . في «أ»: فسقط .

صفحة ٤٩٧

ولو أسلمت الوثنیة دونه، فتزوّج بأختها، فإن انقضت العدّة وهو على الشرك، انفسخ نكاح الأولى حين اختلاف الدین، وصحّ نكاح الثانیة، ولو أسلم هو والأخرى في العدّة، تخیر من شاء من الأختين.

٥٠٤٩ . العاشر: لو تزوّج المشرك متعّة ثمّ أسلما بعد انقضاء المدّة، فلا نكاح بينهما، وإن أسلما قبلها، كان النكاح باقياً إلى حين الانقضاء ، ولو أسلم الزوج أولاً بعد الدخول، انتظرت العدة، فإن أسلمت وقد بقي من الأجل شيء، كان أملك بها تلك المدّة، وإلا فلا نكاح، وهل يرجع من المهر بنسبة المدّة الفائتة بعد إسلامه؟ الأقرب ذلك.

ولو أسلم قبل الدخول، فانقضت المدّة والعدّة وهي مشرّكة، فالأقرب، ثبوت نصف المهر لها. ولو أسلمت دونه قبل الدخول، فالأقرب عدم المهر، وينفسخ النكاح في الحال، فلو أسلم في المدّة لم يملك نكاحها، وإن كان بعد الدخول ثبت لها من المهر بقدر ما استوفاه من الأيام ، والأقرب ثبوت الباقي ، لأنّ الامتناع منه.

٥٠٥٠ . الحادي عشر: لو تزوّج المشرك بشرط الخيار أبداً، انعقد فاسداً، فإن أسلما لم يقرّا على النكاح إلاّ بعقد مستأنف، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما، ولو كان الخيار إلى مدّة، فإن أسلما قبل انقضائها أقرّا عليه.

٥٠٥١ . الثاني عشر: لو تزوّج بها وهي مُعتدّة ، فإن أسلما وهي في العدة، لم يقرّا عليه، لأنّه لا يجوز ابتدأؤه في حال الإسلام ، وإن أسلما بعد انقضائها أقرّا عليه.

صفحة ٤٩٨

ولو تزوّج بحليلة أبيه أو ابنه أو امرأة طلقها ثلاثاً، أو لاعتها، ثمّ أسلما، لم يقرّا عليه، ولو غصبها حال الشرك ثمّ أسلما، لم يقرّا عليه، ولو غصبها حال الشرك ، ثمّ أسلما لم يقرّا عليه، وكذا لو طاعته على الوطاء من غير عقد.

٥٠٥٢ . الثالث عشر: إذا أسلم بعد أن طلق كلّ واحدة من الأختين ثلاثاً ، ثمّ أسلما وأراد التزويج بإحدهما قبل أن ينكح غيره، لم يكن له ذلك اعتباراً لصحة طلاق المشرك، كما يصحّ نكاحه. ولو أسلم وأسلمتا، ثم طلقهما ثلاثاً، يقال له: تطلق من كنت تختار منهما، فإذا عيّن ، جاز له العقد على الأخرى .

ولو أسلم عن ثماني نسوة، وأسلمن معه، فطلقهنّ ثلاثاً، كُلف اختيار أربع ، فإذا عيّنهنّ وقع بهنّ الطلاق ، وحلّ له نكاح الباقيات.

الفصل الرابع: في الارتداد

وفيه ستّة مباحث:

٥٠٥٣ . الأول : إذا ارتدّ أحدُ الزّوجين عن الإسلام قبل الدخول، انفسخ النكاح في الحال، فإن كان المرتدّ الرجل ، ثبت لها نصفُ المسمّى الصحيح، ونصفُ مهر المثل إن كان سمّى فاسداً ، والمتعّة إن لم يسمّ ، وإن كان المرأة ، سقط المهر، وإن كان بعد الدخول ثبت المهر.

ثم إن كان المرتد الرجل عن فطرة، انفسخ النكاح في الحال، ووجب قتله، وتعدت المرأة عدة الوفاة، ولا تُعاد عليه لو تاب، وإن كان عن غير فطرة، وقف الفسخ على انقضاء عدة الطلاق، فإن انقضت ولم يرجع، فلا نكاح بينهما، وإن رجع في أثنائها، كان أملك بها. ولو كان المرتد المرأة، انتظرت عدة الطلاق، فإن رجعت، كان أملك بها، وإلا فلا نكاح بينهما، ويتبين انفساخ النكاح من حين الارتداد لا من حين انقضاء العدة. ولو ارتدًا معاً فالتفصيل كما قلناه.

٥٠٥٤ . الثاني: المرتد يُمنع من وطء الزوجة المسلمة المدخول بها، لأن النكاح موقوف على انقضاء العدة، فإن وطئها ولم يرجع في العدة، كان عليه مهر المثل، وكذا لو كانت هي المرتدة فوطئها، أو ارتدًا معاً، وإن رجعا أو رجع المرتد منهما في العدة، فلا مهر لذلك الوطء عليه. ٥٠٥٥ . الثالث: المرتدة لا يصح نكاحها للمسلم لشركها، ولا للكافر لتحريمها بالإسلام السابق . ٥٠٥٦ . الرابع: إذا أسلم زوج المشركة دونها ثم ارتدت، فإن أقامت الزوجة على الشرك حتى انقضت العدة من حين أسلم، فقد باننت منه من حين الإسلام باختلاف الدين، وإن أسلمت في الأثناء تبين عدم البيونة باختلاف الدين، ويضرب لها عدة من حين ارتدت، فإن عاد إلى الإسلام قبل انقضائها، فهما على الزوجية، وإن لم يعد حتى انقضت، فقد باننت من حين الارتداد.

٥٠٥٧ . الخامس: إذا كان تحت المشرك ثماني مشركات، فأسلم وأسلمن معه، فارتد قبل أن يختار، وقف النكاح على انقضاء العدة، فإن أراد أن يختار أربعاً حال ارتداده، لم يكن له ذلك، فإن عاد قبل الانقضاء، كان له الاختيار، وإن انقضت قبل رجوعه، حصلت البيونة منه حين الارتداد.

٥٠٥٨ . السادس: إذا كان تحت المسلم كتابيةً فانتقلت عن دينها إلى مالا يقرّ أهله عليه، كعبادة الأصنام، لم تقرّ عليه إجماعاً، فيحتمل عدم قبول غير الإسلام منها وقبول الرجوع وقبول أي دين يقرّ أهله عليه، فإن كان الانتقال قبل الدخول، انفسخ النكاح، وإن كان بعده، فإن رجعت إلى دين الإسلام، أو دينها، أو دين يقرّ عليه على الخلاف في العدة، فهما على النكاح، وإلا باننت بانقضاء العدة.

وإن انتقلت إلى دين يقرّ عليه، فإن كان إلى اليهودية أو النصرانية، فإن قلنا بقبوله، كان النكاح بحاله، وإلا انفسخ العقد إن كان قبل الدخول، ووقف على انقضاء العدة إن كان بعده. وإن انتقلت إلى المجوسية، انفسخ العقد قبل الدخول، ووقف على الانقضاء بعده، فإن رجعت في العدة أو أسلمت، فهما على النكاح إن قلنا بقبول الرجوع، وإن خرجت العدة، انفسخ النكاح.

ولو انتقلت زوجة الذمي إلى غير دينها من ملل الكفر، وقع الفسخ في الحال، ولو عادت إلى دينها فكذا، بناء على أنه لا يقبل منها إلا الإسلام.

صفحة ٥٠١

الفصل الخامس: في باقي مباحث تتعلق بأنكحة الكفار

وفيه ستة مباحث:

٥٠٥٩ . الأول : أنكحة المشركين صحيحة ، وطلاقهم واقع ، فلو طلق المشرك زوجته ثلاثاً، ثم أسلما ، لم يحلّ له مراجعتها إلا بالمحلل، ولو كان للمسلم زوجة ذمّية فطلقها ثلاثاً، فتزوجت بذيّمي ، وطلقها ، حلت للأول.

٥٠٦٠ . الثاني: إذا أسلم الذمي وتحتته أكثر من أربع حرائر ذمّيات ، اختار أربعاً منهنّ، كالحربي لا فرق بينهما إلا في شيء واحد، وهو أنّ الحربيّ إذا قهر امرأة منهم ، وكان يعتقد ذلك نكاحاً، وأسلموا، أقرّ على ذلك، بخلاف الذميّ ، فإنّه لا يقرّ على مثل ذلك، لأنّ أهل الذمّة لا يجوز لهم ذلك، وعلى الإمام الذبّ عنهم ودفع من قهرهم.

والمستأمن إذا قهر امرأة على نفسها، وكان يعتقد ذلك نكاحاً، أقرّ عليه إذا أسلما، لأنّ المستأمنين لا يلزم الإمام^(١) نصرتهم ، وإنّما هم آمنون من المسلمين وأهل الذمّة ، ولهذا لو قصدهم أهل الحرب لم يلزم الإمام دفعهم بخلاف أهل الذمّة.

٥٠٦١ . الثالث: إذا تزوّج مجوسيّ أو وثنيّ بزمّية أقرّهما الحاكم إذا ترافعا إليه ، وكذا لو تزوّج ذميّ بمجوسية أو وثنية، ولو تزوّج مرتدّ بمرتدة لم يقرّ عليه وإن تابا.

١ . في «أ»: لا يلزمهم الإمام .

صفحة ٥٠٢

ويجوز للذميّ أن يتزوّج بحريّة من أهل الكتاب وغيرهم، أمّا المسلم فلا يحلّ له ذلك ولا بالذمّيات من أهل الكتاب.

٥٠٦٢ . الرابع: لا يجوز للمسلم أكل ذبيحة الكفار ، وإن كانوا أهل كتاب، ولا نكاح نسائهم، وكذا المتولّد من الحربي وأهل الذمّة^(١) قال الشيخ: وفي أصحابنا من أجاز نكاح أهل الذمّة وأكل ذبائحهم^(٢).

والولد يتبع المسلم من أبويه في الإسلام ، وفي الإقرار بالحريّة يتبع الأب إذا كان بين مشركين مختلفين، قال بعض الجمهور: ويتبع الأمّ في الحريّة والرقّ.

٥٠٦٣ . الخامس: إذا ترفع الكفار إلى الحاكم ، تخير بين الحكم بينهم ، وبين دفعهم إلى أهل نحلتهم ، سواء كانوا حربيين ، أو مستأمنين ، أو أهل ذمة ، أو كان أحد الخصمين من جنس من هذه ، والآخر من الآخر ، ولا يجب على الحاكم الحكم بينهم ، وإن كانوا أهل ذمة ، ولا يجب على الحاكم إعداء الخصم إن استدعاه على خصمه .

ولا يجب على الخصم إذا استدعاه الحاكم الترفع إليه ، لأنه إذا لم يجب على الحاكم الحكم ، لا يلزم الخصم أن يرتفع إليه .

٥٠٦٤ . السادس: إذا حكم الحاكم بين الكفار ، وجب أن يحكم بما يقتضيه شرعنا ، فإذا أراد المشترك ابتداء نكاح مشرقة عنده ، عقده لهما كما يعقده للمسلمين ، وإجبار المنكوحه وعدمه كما في المسلمين ، وإن أراد استدامته ، حكم بصحته إن كان يسوغ له ابتدأه عليها بعد أن يكون الواقع في الشرك يعتقدونه صحيحاً لازماً .

١ . في «أ»: بين الحربي وأهل الذمة .

٢ . المبسوط: ٤ / ٢٣٩ .

صفحة ٥٠٣

والحاصل أن كل نكاح لو أسلما عليه أقرًا عليه ، فإنه يحكم بينهما بصحته إذا ترفعا إلينا مشتركين ، والمهر الصحيح يحكم بصحته ، سواء كان مقبوضاً أو لا ، وإن كان فاسداً فإن كان مقبوضاً لزم واستقر ، وإلا سقط وقضى بمهر المثل ، وإن قبض بعضه سقط من مهر المثل بإزائه ، فإن كان خمراً عشرة أزقاق وقبضت منه خمسة ، فإن كانت متساوية ، وجب نصف مهر المثل ، وإن كانت مختلفة ، فالأقربُ اعتبارُهُ بالقيمة عند مستحليهِ ، ولو كان كلاباً أو خنازير ، فبالقيمة^(١) من غير التفات إلى العدد ، ولو كان للكافر ابنٌ صغيرٌ كان له تزويجه كالمسلم .

الفصل السادس: في مباحث تتعلق بأنكحة المماليك

وفيه ستة وعشرون بحثاً:

٥٠٦٥ . الأول: قد بينا أنه لا يجوز للعبد ولا للأمة أن يزوجا أنفسهما إلا بإذن المولى ، فإن بادر أحدهما من غير إذن ، قيل: يبطل^(٢) والأقرب أنه موقوف على إذن المولى ، فإن أجازته صح ، وإلا بطل ، وعلى المولى مهر عبده ونفقة زوجته ، وله مهر أمته ، وكذا لو كان كل واحد منهما لملك أو أكثر ، وأذن البعض لم يعض إلا بإذن الباقي ، وكذا لا يحل وطء المكاتب ، مطلقاً كانت أو مشروطة ، ولا العقد عليها إلا بإذن المولى ، وكذا المكاتب .

١ . في «أ»: فالقيمة.

٢ . ذهب إليه الشيخ في المبسوط: ٤ / ١٦٣ ؛ والنهية: ٤٧٦ .

صفحة ٥٠٤

٥٠٦٦ . الثاني: إن كان الأبوان رقاً فالولد للمولى، فإن كان مولاها واحداً فالولد له، وإلا كان لهما بالسوية، سواء شرط الملك^(١) أو أطلقا، ولو اشترطه أحدهما أو شرط زيادة فيه لزم. ولو كان أحدهما حرّاً، تبعه الولد، سواء الحرُّ الأب أو الأمُّ إلا أن يشترط المولى رقَّ الولد، فيلزم.

٥٠٦٧ . الثالث: لو تزوّج الحرُّ أمةً من غير إذن المالك، ووطئها قبل الإجازة مع العلم بالتحريم، كان عليه الحدّ، فإن كانت عالمةً، فلا مهر لها، وإلا ثبت المهر للمولى، والولد رقٌّ له، ولو كان الزوّج جاهلاً، أو حصلت له شبهةٌ، سقط الحدّ دون المهر، وانعقد الولد حرّاً، وعلى الأب قيمته يوم سقوطه حياً لمولاه، وكذا لو عقد عليها بمجرّد دعواها الحرّية، فيلزمه المهر وقيل: عُشر قيمتها مع البكارة ونصفه مع الثيوبية^(٢) ولو كان دفع إليها مهراً، استعاد ما وجد منه، وكان الولد رقاً، وعلى الزوّج فكّم^(٣) بالقيمة، ويجب على المولى دفعهم إليه، ولو لم يكن له مال سعى في قيمتهم، وإن امتنع قيل: وجب على الإمام أن يفديهم من سهم الرقاب^(٤).

٥٠٦٨ . الرابع: إذا تزوّج العبدُ حرّةً على أنّه حرٌّ، ثمّ بان أنّه عبدٌ، وكان مأدوناً له في التزويج، تخيّرت المرأة بين الفسخ والإمضاء، فإن فسخته قبل الدخول،

١ . في «ب»: شرطاً ذلك.

٢ . اختاره الشيخ في النهاية: ٤٧٧ .

٣ . يرجع الضمير إلى «الولد» باعتبار إرادة الجنس الشامل للجمع. وفي النهاية: ٤٧٧ : كان أولاده رقاً لمولاهما ويجب عليه أن يعطيهم إياه بالقيمة، وعلى الأب أن يعطيه قيمتهم.

٤ . ذهب إليه الشيخ في النهاية: ٤٧٧ .

صفحة ٥٠٥

فلا مهر، وإن كان بعده، فلها المسمّى، وعليها العدة، ولا نفقة لها، ولا سكنى، وإن كانت حاملاً وقلنا النفقة للحمل، ثبت لها، وإلا فلا.

وإن كان غير مأدون، فالنكاح موقوفٌ على الإذن، ولو شرطت نسباً فبان بخلافه أعلى أو أدون، أو صفةً كالبياض، أو السواد، أو الطول، أو القصر، أو الحسن، أو القبح، فبان الخلاف، صحَّ العقد، وثبت لها الخيار في طرف العبودية، إذا شرطت حرّيته، وفي طرف النسب إذا شرطت رفيعاً فبان

دونه، سواء كان مساوياً لها، أو أدون، أو أرفع منها. وقوى الشيخ (رحمه الله) سقوط خيارها، إذا بان دون الشرط أو كان مساوياً لها أو أعلى (١).

ولو كان الغرور من جهتها، فإن كان في الحرّية، بأن تزوج بها على أنها حرّة، فبانّت أمةً، قال الشيخ: الأظهر في الروايات البطلان (٢)، فإن لم يدخل فُرّق بينهما، ولا مهر، وإن دخل فلها المهر، ويكون للسيد، لأنّه من كسبها، ويرجع الزوج به على المدّيس، فإن كان المدّيس الوكيل، استعاده منه مع يساره، وينتظر اليسار مع عسره، وإن كان المدّيس الزوجة، تبعها به بعد العتق، وإن أحبلها فالولد حرٌّ، وعلى الأب قيمته يوم سقط حياً، ويرجع به على الغارّ أيضاً، قال: وقيل النكاح صحيح، وحينئذ هل يثبت الخيار للزوج؟ المذهب نعم.

وإن كان الغرور بغير الحرّية من النسب، أو الصفات، كالحسن وغيره، ثمّ ظهر الخلاف، فالنكاح صحيح، وهل يثبت الخيار فيه؟ احتمال.

ولو تزوّجها على أنّها مسلمة، فبانّت كتابيّة، بطل العقد، ومن قال هنا بصحة العقد عليهنّ أوجب الخيار.

١ . المبسوط: ٤ / ١٨٩ .

٢ . المبسوط: ٤ / ١٨٩ .

صفحة ٥٠٦

٥٠٦٩ . الخامس: لو تزوّج عبده بأتمته، كان عقداً صحيحاً لا إباحة مجردة، قيل: ويجب أن يعطيها المولى شيئاً من ماله (١) والأولى الاستحباب، وكان الفراق هنا بيد المولى، فيأمره باعتزالها ويأمرها باعتزاله، وإن لم يوقع طلاقاً، ويكون ذلك فسحاً بينهما.

ولو مات المولى، تخير الوارث في فسخ العقد وإبقائه.

٥٠٧٠ . السادس: إذا تزوّج العبد بحرّة مع علمها بعدم الإذن والتحريم، لم يكن لها مهرٌ ولا نفقة، وكان أولادها رقاً لمولاه، ولو كانت جاهلةً، فالأولاد أحرارٌ ولا قيمة عليها، ولها المهرُ يتبع به العبد بعد عتقه.

ولو تزوّج العبد بأمة غير مولاه، كان الولد لمولاه ومولى الجارية معاً، سواء أذنا في النكاح أو لم يأذنا، ولو أذن أحدهما دون الآخر، كان الولد لمن لم يأذن، أمّا لو زنى العبد بأمة غير مولاه، فإنّ الولد هنا لمولى الأمة خاصّة.

٥٠٧١ . السابع: لو تزوّج حرٌّ بأمة اثنين، ثم اشترى حصّة أحدهما، بطل العقد، وحرّم وطؤها، سواء أجاز الشريك العقد بعد الابتياح على خلاف أو لا، ولو حلّها له الشريك، ففي إباحة الوطء قولان.

وكذا لو ملك نصفها وكان الباقي حرّاً لم يجز له وطؤها بالملك ولا بالعقد الدائم، ولوهاياها قيل:
جاز له عقد المتعة عليها في زمانها المختصّ بها.
٥٠٧٢ . الثامن: يجوز للمولى ان يتزوج بأمتة ويجعل صداقها عتقها، فيقول: تزوجتك وأعتقتك
وجعلت مهرِك عتقك، فيلزمها عقد النكاح، قال

١ . القائل الشيخ في النهاية: ٤٧٨ .

صفحة ٥٠٧

الشيخ (رضي الله عنه): ولو قدّم العتق على التزويج عتقت وكانت بالخيار في النكاح، ومنهم من
منع ذلك وجعل المعتمد تقديم العتق، لأن العقد لا يتناول الأمة^(١) فعلى قول الشيخ، لو قدّم العتق
عتقت، فإن اختارت النكاح فلا بحث، وإن امتنعت منه، فعليها قيمتها يوم العتق، فإن رضيت بأن
يتزوجها بالقيمة، وكانت معلومة، صحح وإلا فلا، ولو تزوجها بغير القيمة صحح، ولها عليه المسمى،
وله عليها قيمتها.

ولو طلق التي جعل عتقها صداقها قبل الدخول، قال الشيخ: رجّع نصفها رقاً، واستسعت فيه،
فإن امتنعت، كان له من خدمتها يوم ولها يوم، ويجوز أن تشتري من الرقاب الزكاة^(٢). وقال ابن
البراج: يرجع بنصف القيمة وهي حرّة^(٣) واختاره ابن إدريس^(٤) وهو عندي قوي.
ولو قال لها: أعتقتك على أن أتزوج بك، ولم يقل: وعتقتك صداقك، نفذ العتق على تردّد،
والأقرب عدم وجوب قبول النكاح، فإن امتنعت فالوجه ثبوت القيمة.

ولو كان للحرّة مملوك فقالت له: أعتقتك على أن تتزوج بي، وقع العتق، ولم يجب التزويج، قال
الشيخ: ولا شيء لها، لأن النكاح حق له والحظ له فيه^(٥).
ولو قال لغيره: أعتق عبدك على أن أزوجك بنتي، فأعتقه، نفذ العتق، ولم يجب على البادل
التزويج، وهل عليه للسيد قيمة العبد؟ قال الشيخ:

فيه قولان^(٦) والظاهر أن مراده للجمهور بناءً على قول الرجل لسيد العبد:

١ . النهاية: ٤٩٧ .

٢ . النهاية: ٤٩٧ - ٤٩٨ .

٣ . المهذب: ٢ / ٢٤٨ .

٤ . السرائر: ٢ / ٦٣٩ .

٥ . المبسوط: ٤ / ١٧٥ - ١٧٦ .

٦ . المبسوط: ٤ / ١٧٦ .

أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنْ نَفْسِكَ عَلَى أَنَّ عَلِيَّ مِائَةٌ دَرَاهِمَ، فَفِي وَجوبِ الْبِذْلِ قَوْلَانِ ، وَقَوَى الشَّيْخُ الْعَدَمَ ،
لَأَصَالَةِ بَرَاءَةِ الذِّمَّةِ .^(١)

٥٠٧٣ . التاسع: إِذَا قَتَلْتَ الْأُمَّةَ نَفْسَهَا بَعْدَ الدَّخُولِ ، لَمْ يَسْقُطْ مَهْرُهَا ، وَكَذَا لَوْ قَتَلَهَا السَّيِّدُ ، وَلَوْ
قَتَلْتَ نَفْسَهَا قَبْلَ الدَّخُولِ ، أَوْ قَتَلَهَا سَيِّدُهَا ، لَمْ يَسْقُطْ الْمَهْرُ أَيْضاً ، وَقَوَى الشَّيْخُ سَقُوطَهُ.^(٢) وَكَذَا الْبَحْثُ
فِي الْحَرَّةِ .

٥٠٧٤ . العاشر: يَجُوزُ بَيْعُ الْأُمَّةِ الْمَرْجُوعَةِ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ كَالطَّلَاقِ عِنْدَنَا ، فَإِنْ أَجَازَ الْمُشْتَرِي
النِّكَاحَ صَحِّحاً ، فَإِنْ فَسَخَهُ كَانَ مَفْسُوحاً ، وَخِيَارُهُ عَلَى الْفُورِ ، فَإِنْ عَلِمَ وَلَمْ يَفْسُخْ لَزِمَ الْعَقْدَ ، وَكَذَا الْعَبْدَ إِذَا
بِيعَ وَكَانَتْ تَحْتَهُ أُمَّةٌ .

ولو كانت تحته حرّة فبيعه، قال: الشيخ يثبت للمشتري الخيار أيضاً^(٣) على رواية^(٤)، ومنع ابن
إدريس ذلك وحكم بلزوم النكاح^(٥)، ولو كانا لمالك فباعهما لاثنتين، كان لكل واحد من المشتريين
الخيار، وكذا لو باعهما على واحد.

ولو باع أحدهما دون الآخر، كان للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء، وكذا للبايع على من
عنده .

ولو كان كلُّ منهما لمالك فباع أحدهما أحدَ الزوجين ، تَخَيَّرَ الْمُشْتَرِي أَيْضاً وَالْمَالِكُ الْآخَرَ بَيْنَ
الْفَسْخِ وَالْإِمْضَاءِ ، وَلَوْ حَصَلَ بَيْنَهُمَا أَوْ لَادًّا كَانُوا الْمَوَالِي الْأَبْوِينَ .

١ . المبسوط: ٤ / ١٧٦ .

٢ . المبسوط: ٤ / ١٩٧ .

٣ . النهاية: ٤٧٧ .

٤ . لاحظ الوسائل: ١٤ / ٥٥٥ - ٥٥٦ ، الباب ٤٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ، الحديث ١ .

٥ . السرائر: ٢ / ٥٩٨ .

٥٠٧٥ . الحادي عشر: إِذَا بَاعَ الْجَارِيَةَ فَاخْتَارَ الْمُشْتَرِي الْإِمْضَاءَ ، ثُمَّ سَافَرَ بِهَا ، لَمْ تَكُنْ لَهَا
نَفَقَةٌ ، وَكَذَا لَوْ لَمْ يُرْسَلْهَا إِلَى الزَّوْجِ لَيْلاً وَنَهَاراً ، أَمَّا لَوْ مَكَّنَهُ مِنْهَا دَائِماً ، فَإِنَّهُ تَجِبُ لَهَا النِّفَقَةُ عَلَى
الزَّوْجِ ، وَعَلَى الْمَوْلَى إِرسَالُهَا لَيْلاً لِلإِسْتِمْتَاعِ ، وَلَا يَجِبُ إِرسَالُهَا نَهَاراً ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا حِينَئِذٍ .

٥٠٧٦ . الثاني عشر: إِذَا زَوَّجَ أُمَّتَهُ فَإِنْ كَانَ سَمَى مَهْرًا صَحِيحاً ، فَهُوَ لَهُ ، فَإِنْ بَاعَهَا قَبْلَ
الدَّخُولِ ، سَقَطَ الْمَهْرُ ، وَلَوْ أَجَازَ الْمُشْتَرِي كَانَ الْمَهْرُ لَهُ ، لِأَنَّ الْإِجَازَةَ كَالْعَقْدِ الْمُسْتَأْنَفِ ، وَلَوْ بَاعَهَا
بَعْدَ الدَّخُولِ ، فَالْمَهْرُ لِلأَوَّلِ ، سِوَاءِ أَجَازَ الثَّانِي أَوْ فَسَخَ وَقَالَ الشَّيْخُ: إِنْ كَانَ الأَوَّلُ قَبْضَ الْمَهْرِ فَهُوَ
لَهُ ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدَّخُولِ ، فَقَدْ اسْتَقَرَّ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ ، رَدَّ نِصْفَهُ ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَقْبِضْهُ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا

لا للأول ولا للثاني ، فإن اختار المشتري الإمضاء ، ولم يكن قد قبض الأول المهر ، كان للثاني ، لأنه يحدث في ملكه ، فإن دخل بها بعد الشراء ، استقرّ له الكلّ ، وإن طلقها قبل الدخول ، كان عليه نصف المهر للثاني ، فإن كان الأول قد قبض المهر ، ورضي الثاني بالعقد ، لم يكن له شيء .

وإن باعها قبل الدخول ، فرضي المشتري بالعقد ، ودخل بها الزوج بعد البيع ، كان نصف المهر للسيد الأول ، ونصفه للثاني ، وإن كان قد قبض الأول بعض المهر ، ثمّ باعها ، لم يكن له المطالبة بباقي المهر ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، لأنه حال بينه وبين الاستمتاع بها ، وإن كان الثاني رضي بالعقد ، كان له المطالبة بباقي المهر ، وإن لم يرض لم يكن له ذلك .^(١)

٥٠٧٧ . الثالث عشر: للسيد الاستخدام بالجارية المزوجة - وإن كرهه الزوج -

١ . المبسوط: ٤ / ١٩٨ . نقله المصنّف بتلخيص .

صفحة ٥١٠

نهاراً ، وله المسافرة بها ، وليس للزوج ذلك ، وللمولى أيضاً إجازتها مدةً من الزمان من غير رضا الزوج .

٥٠٧٨ . الرابع عشر: لو زوج عبده ثمّ باعه ، قال الشيخ: للمشتري الفسخ ، وعلى المولى نصف المهر ،^(١) ومنع بعض علمائنا من الأمرين .^(٢)

٥٠٧٩ . الخامس عشر: لو باع أمةً وادّعى أنّ حملها منه ، وأنكر المشتري ، لم يقبل قوله في إفساد البيع ، وهل يقبل في التحاق النسب؟ قيل: نعم ، لأنه إقرار لا يتضرر به الغير ، وفيه نظر ، ينشأ من حصول التضرر به ، كما لو مات المقرّ ولا وارث له سواه .

٥٠٨٠ . السادس عشر: يجوز للمولى عتق جاريته المزوجة ، سواء كان الزوج قد دخل بها أو لا ، وسواء كان الزوج عبداً للمولى أو لغيره ، أو حرّاً ، وعلى كلّ تقدير يثبت للجارية خيارُ فسخ النكاح ، وقيل: إنّما يثبت لو كانت تحت عبد ، ولو كانت تحت حرّ فلا ، اختاره الشيخ^(٣) وهو قويّ . والخيار على الفور ، ولو عتق العبد ، لم يكن له خيار ولا لمولاه ولا لزوجته حرّةً كانت أو أمةً ولا لمولى الجارية .

ولو زوج عبده أمةً ، ثمّ أعتق الأمة أو أعتقها معاً ، كان لها الخيار ، وكذا لو كانا لمالكين ، ثمّ أعتقت الجارية أو أعتقا^(٤) معاً فإنّ الخيار لها خاصّة ، ولو عتقت ولم يعلم كان لها الخيار مع العلم ، وإنّ وطنها قبله ، ولو جهلت الحكم فالأقرب

١ . لاحظ النهاية: ٤٧٧ و ٤٩٩ .

٢ . وهو الحلّي في السرائر: ٢ / ٥٩٨ .

٣ . لاحظ المبسوط: ٤ / ٢٥٨ ؛ والخلاف: ٤ / ٣٥٤ ، المسألة ١٣٤ من كتاب النكاح.
٤ . في «أ»: أو أعتقتا .

صفحة ٥١١

ثبوت خيارها على إشكال، ولو طَلَّقها الزوج رجعيًا ثم أعتقت، كان لها الفسخ أيضاً ، والصبر حتى تنقضي العدة، ولا يدل ذلك على الرضا بالنكاح، لجواز استناد الصبر إلى رجاء الفرقة، فلو صبرت، فراجعها في العدة ، ففسخت النكاح، انفسخ ، وعندي في ذلك إشكال.

٥٠٨١ . السابع عشر: أم الولد لا تنعتق بالولادة، بل هي باقية على الرقية، لكن لا يجوز بيعها مادام ولدها حياً، إلا في ثمن رقبتها إذا كان ديناً على مولاها ولا مال له سواها، قيل: ويجوز بيعها بعد وفاة المولى في الدين

المحيط بالتركة وإن لم يكن ثمناً^(١) وليس بجيد.

ولو مات الولد وأبوه حي يبيعت مطلقاً ، وعادت إلى محض الرق.

ولو مات المولى والولد حي ، عتقت من نصيب الولد، ولو عجز النصيب قيل: يلزم الولد السعي في المتخلف من قيمتها^(٢) وقيل: تستسعي هي فيه،^(٣) وهو أقرب.

ولو كان ثمنها ديناً، فأعتقها مولاها وتزوجها، وجعل عتقها صداقها، ثم أولدها وأفلس بثنمها، ومات، نفذ العتق والنكاح، وكان الولد حرّاً وقال الشيخ: تُباع في الدين ويعود الولد رقاً،^(٤) وليس بمعتد.

٥٠٨٢ . الثامن عشر: إذا تزوج العبد بإذن مولاه بحرّة أو أمة لغيره، كان الطلاق بيد العبد، ولو طلق مولاها لم يقع، وليس للمولى إجباره على الطلاق، ولا منعه عنه، ولو زوج به بأمته، صحّ العقد، وكان الطلاق بيد المولى، وله أن يفرق

١ . ذهب إليه ابن حمزة في الوسيلة: ٤٠٨ .

٢ . وهو خيرة الشيخ في المبسوط: ٦ / ١٨٥ ، وابن حمزة في الوسيلة: ٤٠٨ .

٣ . ذهب إليه الحلبي في السرائر: ٣ / ١٤ .

٤ . النهاية: ٤٩٨ و ٥٤٤ - ٥٤٥ .

صفحة ٥١٢

بينهما بغير لفظ الطلاق، فيأمرها باعتزاله ، أو يأمره باعتزالها^(١) أو يقول: فسخت عقدكما، سواء دخل العبد أو لا، وهل يكون ذلك طلاقاً؟ قيل: نعم، حتى لو كرّره مرّتين، وبينهما رجعة، حرمت إلا بالمحلل ، وقيل: يكون فسحاً مجرداً، وهو أقرب.

أما لو أتى بلفظ الطلاق ، فإنه يكون طلاقاً حقيقياً ، ولو طَافَها الزَّوجُ ثمَّ باع مالك الجارية جاريته ، أتمَّت العدة وهل يجب على المشتري استبرائها زيادةً على العدة؟ قيل: نعم ، وليس بجيد .

٥٠٨٣ . التاسع عشر: قد بيَّنا أنه إذا عُتقت الأمة تحت عبد ، كان لها الخيار إلا في صورة واحدة ، وهي أنه إذا زَوَّج أمته - وقيمتها مائة - بمائة ، ويملك مائة فأعتقها في مرضه ثمَّ مات ، أو أوصى بعقها ، فإنه لا خيار لها قبل الدخول ، لأنه يسقط مهرها فيزيد قيمتها على الثلث ، فيسترقَّ بعضها فيبطل خيارها ، فيدور ، ولو دخل بها قبل العتق ثبت الخيار ، لاستقرار المهر بالدخول .

ولو كانت تحت حرٍّ فأعتقت ، ففي ثبوت الخيار خلاف ، فإن قلنا بسقوطه لو كانت تحت عبد فأعتق ثمَّ أعتقت ، لم يكن لها خيار ، لأنه يعتبر حين حرَّيتها ، وفي تلك الحال هي تحت حرٍّ ، ولو أعتقت أولاً ولم تعلم حتى أعتق ، ففي سقوط خيارها نظر .

٥٠٨٤ . العشرون: لو ادَّعت بعد عتقها جهالة العتق ، فإن كانت نائية^(٢) في بلد آخر أو محلَّة ، قُبِلَ قولها مع اليمين ، وإن كانت في موضع لا يخفى عنها ، لم يُقبل منها ، ولو ادَّعت جهالة الحكم ، فالأقرب تصديقها مع اليمين .

٥٠٨٥ . الحادي والعشرون: كلَّ موضع يثبت لها الخيار بعد العتق ، إن اختارت

١ . في «ب»: ويأمره باعتزالها .

٢ . في «ب»: ثابتة .

صفحة ٥١٣

فراقه قبل الدخول ، سقط المهر ، وإن كان بعده ، فإن كان الدخول قبل العتق ، ثبت المسمى ، لاستناد الفسخ إلى حالة العتق الحاصل بعد الدخول ، وإن كان بعده ، وجب مهر المثل ، لاستناد الفسخ إلى حالة العتق ، فصار الوطء كأنه في نكاح فاسد ، وإن اختارت المقام قال الشيخ: إن كان المهر مسمى فهو للسيد ، وإن كانت مفوضةً ، فالمهر لها ، لأنَّ المهر في المفوضة يجب بالفرض حين الفرض ، وهي حينئذ حرَّة^(١) .

٥٠٨٦ . الثاني والعشرون: إذا طَلَّق العبدُ الأمة رجعيًّا ، ثمَّ أعتقت ، كان لها الفسخ ، وسقطت الرجعة ، ولاتستأنف عدَّةً أخرى ، بل تتمَّ عدَّة حرَّة ، ولو سكتت ، لم يسقط خيارها ، فإن راجعها في العدة ، كان لها خيار الفسخ ، وتبتدئ بعدة الحرَّة من حين اختيار الفسخ هنا ، ولو خرجت العدة ولم يراجعها ، انقطعت العصمة بينهما ، والعدة هنا عدَّة حرَّة ، وإن اختارت المقام معه قبل مراجعتها ، لم يعتدَّ به ، فإن لم يراجعها حتى انقضت العدة ، فقد بانَّت ، فإن راجعها كان لها اختيارُ الفسخ ، فإن فسخت انقطع النكاح وعليها عدَّة الحرَّة من حين الفسخ ، ولا يُبطل اختيار المقام المتقدم خيار الفسخ .

٥٠٨٧ . الثالث والعشرون: لو أُعتقت الصبيّة تحت عبد، لم يسقط خيارها، وانتظر بلوغها، فتختار على الفور، وللزوج الاستمتاع بها قبل البلوغ، وليس لوليّها أن يختار عنها، وكذا المجنونة، وكذا لو زوّج الكافر ابنه الصغير بعشر ثم أسلم وأسلمن ، تبعه ابنه ، وكان النكاح موقوفاً حتّى يبلغ ويختار، ويمنع الولد هنا من الاستمتاع بهنّ، بخلاف العبد.

١ . المبسوط: ٤ / ٢٥٩ .

صفحة ٥١٤

٥٠٨٨ . الرابع والعشرون: لو انعقت بعضها، لم يثبت لها الخيار، وإنما يثبت لها مع كمال الحرّيّة، وكذا لا خيار للعبد إذا أُعتق وتحتّه أمة.

٥٠٨٩ . الخامس والعشرون: خيار الأمة لا يفترق إلى حاكم ولا الإشهاد عليه، وتعدّد عدّة الحرّة للطلاق من حين اختيار الفسخ، ويكون بانناً ، ليس للزوج الرجعة فيها إلاّ بعقد مستأنف.

٥٠٩٠ . السادس والعشرون: إذا أُعتقت تحت عبد، فطلقها قبل أن تختار، قال الشيخ: الذي يليق بمذهبنا عدم وقوعه أصلاً، (١) لاستلزامه إبطال الاختيار، ويحتمل وقوعه ، إذ العتق لا يُزيل النكاح، فقد صادف ملكه، فيقع ، ويحتمل وقوعه مراعى ، فإن اختارت الفسخ لم يقع، لاستناد الفسخ بعد العتق إلى حالة العتق، فصار كأنّ النكاح انفسخ في تلك الحال، فيكون الطلاق واقعاً في نكاح مفسوخ ، وإن اختارت النكاح وقع.

الفصل السابع: في النكاح بملك اليمين

وفيه تسعة عشر بحثاً:

٥٠٩١ . الأوّل : وطء الإماء يستباح بأمر ثلاثة:

العقدُ عليهنّ بإذن أهلهنّ ، وقد سلف.

وملكهنّ.

وإباحة المولى لهنّ.

١ . المبسوط: ٤ / ٢٦١ .

صفحة ٥١٥

وهذا الثالث في الحقيقة داخل في الأولين ، لأنّ الإجماع منعقد عليه فعند المرتضى (قدس سره) أنّه من الأوّل (١) وعند الشيخ (رحمه الله) أنّه من الثاني (٢) إذ الإباحة نوع تمليك للمنافع.

والأول من الأقسام ينحصر في عدد، فالحرُّ لا يستبيح أكثر من أمتين ، والعبد لا يستبيح أكثر من أربع، وأمَّا القسمان الباقيان فلا ينحصران في عدد ، بل يجوز للحرِّ والعبد معاً أن يستبيحا بهما مهما شاء من غير حصر .

٥٠٩٢ . الثاني: يحرم على المالك مملوكته إذا زوجها حتّى تحصل الفرقة وتقضي عدتها إن كانت ذات عدّة ، ولا يجوز له النظر منها إلى ما لا يجوز لغير المالك، وليس للمولى فسخ العقد إلاّ أن يكون الزوج مملوكه، ولو باعها ، تخير المشتري في الفسخ والإمضاء.

٥٠٩٣ . الثالث: إذا اشترى أمة لم يجز له وطؤها حتّى يستبرئها بحيضة إن كانت ممن تحيض، أو بخمسة وأربعين يوماً ، ولو كان لها زوج فأجاز نكاحها لم يكن له بعد ذلك فسخ النكاح ، وكذا لو علم ولم يفسخ، ولو فارق الزوج حلت عليه بعد العدة ، ولو لم يُجز نكاحه كفاه الاستبراء عن العدة.

٥٠٩٤ . الرابع: يجوز شراء ذوات الأزواج من أهل الحرب وبناتهم وما يسيبه الكفار منهم.

٥٠٩٥ . الخامس: كلّ من ملك أمةً بأيّ وجه كان ، لا يجوز له وطؤها قبلاً حتّى يستبرئها بحيضة أو بخمسة وأربعين يوماً ، ولو ملكها حائضاً ، أو

١ . الانتصار: ٢٨٢ ، المسألة ١٥٧ .

٢ . المبسوط: ٤ / ٢٤٦ .

صفحة ٥١٦

كانت لعدل وأخبر باستبرائها ، أو كانت لامرأة، خلافاً لابن إدريس في الثلاثة^(١) أو آيسة ، أو حاملاً ، سقط استبرائها، ولو ملك أمةً فأعتقها ، كان له العقدُ عليها والوطء في الحال من غير استبراء، والأفضلُ استبرائها، ولو كان قد وطأها وأعتقها ، لم يكن لغيره العقدُ عليها إلاّ بعد العدة ثلاثة أشهر أو ثلاثة أقرء.

٥٠٩٦ . السادس: يجوز للرجل تحليلُ جاريتهِ لغيره ، والصيغةُ فيه: أحللتُ لك وطأها، أو جعلتك في حلّ من وطئها ، ولا تحلّ بلفظ العارية ، وهل يحلّ بلفظ الإباحة؟ قولان.

ولو قال: وهبتك وطأها ، أو سوّغتُك أو ملكتك ، ففي تسويغها بذلك إشكالٌ.

ولو قال أجزتُك وطأها، لم يجز.

ولو حلّ أمتُهُ لمملوكه، ففي تسويغها له روايتان، إحداهما الجواز مع التعيين للموطوءة، لأنّه

نوع إباحة ، والمملوك أهلٌ لها،^(٢) والثاني المنع ، لأنّه تملك، والعبد ليس بصالح له.^(٣)

٥٠٩٧ . السابع: يجوز تحليل المدبرة وأمّ الولد ، ولو انعقت بعضها فأحلّته

١ . السرائر: ٢ / ٦٣٤ .

- ٢ . لاحظ الاستبصار: ٣ / ١٣٨ برقم ٤٩٦؛ والوسائل: ١٤ / ٥٣٦، الباب ٣٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ .
- ٣ . لاحظ التهذيب: ٧ / ٢٤٣ - ٢٤٤ برقم ١٠٦٢؛ والاستبصار: ٣ / ١٣٧ برقم ٤٩٥؛ والوسائل: ١٤ / ٥٣٦، الباب ٣٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٢ .

صفحة ٥١٧

- لم تحلّ، ولو هايهاها^(١) فعقد عليها متعةً في يومها فالمرويّ الجواز^(٢) ولو كانت مشتركة فأحلّ أحد الشريكين لصاحبه حلّت.
- ٥٠٩٨ . الثامن: يجب أن يقتصر المستبج على ما حلّه المالك وما يقتضي العادة تناوله، فلو أحلّ له التقبيل واللمس لم يحلّ له الوطء ولا الاستخدام، ولو أباحه الاستخدام لم يجز له سواه، ولو أباحه الوطأ جاز له التقبيل واللمس، وحرّم عليه الاستخدام، ولو وطأ في موضع المنع كان عاصياً، وعليه عوض البضع، وكان الولد رقاً للمولى.
- ٥٠٩٩ . التاسع: يجوز أن يحلّ الرجلّ جاريته لمملوك غيره بإذن مولاه، ولا يجوز للمملوك الوطء بدون الإذن.
- ٥١٠٠ . العاشر: إذا أحلّ جاريته للحرّ، فإن شرط رقية الولد لزم الشرط، وإن شرط الحرية كان حرّاً، وإن أطلق فروايتان إحداهما: أنّ الولد رقٌّ لمولى الجارية^(٣) وهي خيرة الشيخ،^(٤) والثانية: أنّه حرٌّ،^(٥) وهو المعتمد .
- وعلى قول الشيخ يجب على الأب فكّ الولد بالقيمة يوم سقوطه حياً، وعندنا لاشيء عليه.
- ٥١٠١ . الحادي عشر: اشترط الشيخ في بعض أقواله في التحليل ضبط المدّة^(٦) وفيه نظر.

-
- ١ . يقال: هايأ مهابة في الأمر: وافقه، والمهابة اصطلاح عند الفقهاء يطلق على شريكين في شيء يريد كلّ منهما أن يستفيد من ذلك الشيء بقدر سهمه في الشركة، يقال: هاياه في دار كذا، أي سكنها هذا مدّة وذلك مدّة. لاحظ المنجد مادة (هيئ).
- ٢ . لاحظ الوسائل: ١٤ / ٥٤٥، الباب ٤١ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ .
- ٣ . لاحظ التهذيب: ٧ / ٢٤٦ برقم ١٠٦٨ .
- ٤ . النهاية: ٤٩٤؛ والمبسوط: ٤ / ٢٤٦ .
- ٥ . لاحظ التهذيب: ٧ / ٢٤٧ برقم ١٠٧٣ .
- ٦ . المبسوط: ٤ / ٢٤٦ .

صفحة ٥١٨

٥١٠٢ . الثاني عشر: إذا اشترى أمةً حاملاً قال الشيخ في النهاية : لم يجز له وطؤها حتى تضع أو تمضي عليه أربعة أشهر وعشرة أيام، فإن أراد وطأها قبل ذلك وطئها فيما دون الفرج^(١) وفي الخلاف: أنه مكروه^(٢) وهو الأجود عندي.

٥١٠٣ . الثالث عشر: إذا طَلقت الأمة بعد الدخول بها ، ثم باعها مولاه في العدة ، أتمت العدة ، قال في المبسوط: ويجب عليها الاستبراء بعدها ، لأنهما حكمان لا يتداخلان^(٣) والأقرب جواز وطئها للمشتري بعد العدة.

٥١٠٤ . الرابع عشر: الحرّة إذا اشترت زوجها المملوك أو ورثته أو انتقل إليها بأحد وجوه التمليكات ، بطل النكاح ، وليس لها أن تبيحه أو تعقد عليه، فإن أرادت ذلك لم يكن إلا بأن تُعتقه وتزوّج به.

٥١٠٥ . الخامس عشر: إذا تزوّج العبد بإذن مولاه ، فالنفقة على المولى ، فإن أَبَق المملوك قال الشيخ: سقطت النفقة ، وبانت من الزوج، وعليها العدة منه ، فإن عاد قبل خروج العدة، فهو أملك بها ، وإن خرجت العدة قبل عوده انقطعت العصمة^(٤) وليس بجيد ، بل النفقة ثابتة ، وكذا الزّوجية.

٥١٠٦ . السادس عشر: يجوز أن يطأ الجارية وفي البيت غيره ، وأن ينام بين الأمتين، ويكره ذلك في الحرائر ، وكذا يكره وطء الفاجرة ، ومن ولدت من الرّنا.

٥١٠٧ . السابع عشر: إذا زوّج مملوكه بحرّة ، فإنّ المهر في ذمّة المولى ، فإن

١ . النهاية: ٤٩٦ .

٢ . الخلاف: ٥ / ٨٥ ، المسألة ٤٦ من كتاب العدة .

٣ . المبسوط: ٥ / ٢٦٩ - ٢٧٠ .

٤ . النهاية: ٤٩٨ .

صفحة ٥١٩

باعه قبل الدخول ، قال الشيخ: وجب نصف المهر على المولى^(١) وقال ابن إدريس: يجب الجميع^(٢).

وفيه نظر.

٥١٠٨ . الثامن عشر: إذا أعتق أمتة المزوجة ثم مات الزوج ورثته، فلو علّق عتقها بموت الزوج، قال الشيخ: لم يكن لها ميراث ، وكان عليها عدة الحرّة^(٣) ومنع ابن إدريس من هذا العتق^(٤) لأنّ العتق بالشرط باطلٌ والتدبير إنّما يصحّ إذا علّق بموت المولى.

٥١٠٩ . التاسع عشر: إذا أعتق أمّ ولده ، فارتدت بعد ذلك، وتزوّجت ذميّاً ، وأنت منه بولد ، قال الشيخ: كان أولادها من الذمي رقاً للذي أعتقها ، فإن لم يكن حيّاً، كانوا رقاً لأولاده ، ويُعرض

عليها الإسلام ، فإن رجعت، وإلا وجب عليها ما يجب على المرتدة عن الإسلام (٩) ومنع ابن إدريس رقية الأولاد (٦).

الفصل الثامن: في نكاح المتعة

وفيه عشرون بحثاً:

٥١١٠ . الأول : نكاح المتعة هو النكاح المنقطع ، وهو أن يتزوجها مدّة معيّنة كالיום والشهر والسنة وغير ذلك من الأزمنة المحصورة ، وقد اتفقت الإمامية

١ . النهاية: ٤٩٩ .

٢ . السرائر: ٢ / ٦٤٣ .

٣ . النهاية: ٤٩٩ .

٤ . السرائر: ٢ / ٦٤٤ .

٥ . النهاية: ٤٩٩ - ٥٠٠ .

٦ . السرائر: ٢ / ٦٤٤ .

صفحة ٥٢٠

على تسويغه عملاً بنص القرآن (١) وبالمتواتر من النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه أباحها (٢) وأجمع المسلمون على ذلك، وادّعاء النسخ لم يثبت، لاستناده إلى عمر (٣) وقوله ليس بحجة. ٥١١١ . الثاني : لا بدّ في هذا العقد من الإيجاب ، وهو زوجتك أو أنكحتك أو متعتك مدّة كذا بمهر كذا، والقبول، وهو ما يدلّ على الرضا ، مثل قبلت النكاح أو المتعة، ولو قال: قبلت أو رضيت ، واقتصر جاز ، ولو بدأ بالقبول فقال: تزوّجت ، فقالت: زوجتك ، صحّ . ولا ينعقد بلفظ الهبة والتمليك والإجارة والعارية.

ويشترط في الإيجاب والقبول الإتيان بصيغة الماضي ، فلو قال: أقبّل أو أرضى، وقصد الإنشاء لم يقع ، وقيل: لو قال: أتزوّجك مدّة كذا بمهر كذا ، وقصد الإنشاء، فقالت: نعم ، أو تزوّجتك صحّ. (٤) ٥١١٢ . الثالث: لا بدّ في هذا العقد من ذكر الأجل المعلوم والمهر المعين ، فلو أخلّ بهما بطل إجماعاً ، وكذا لو أخلّ بالمهر ، ولو ذكر المهر وأخلّ بالأجل، قال الشيخ: ينعقد دائماً (٥) وقيل: يبطل العقد (٦) وهو الأقوى.

١ . النساء: ٢٤ .

٢ . صحيح البخاري: ٧ / ١٦ ، كتاب النكاح ؛ صحيح مسلم: ٤ / ١٣٠ باب نكاح المتعة ؛ ولاحظ

التفاسير ، سورة النساء الآية ٢٤ .

٣ . وظاهر كلام عمر أنه هو المحرّم دون النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: أيها الناس ثلاث كنّ على عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)، وأنا أنهى عنهنّ ، وأحرمهنّ ، وأعاقب عليهنّ: متعة النساء، ومتعة الحجّ ، وحيّ على خير العمل. مفاتيح الغيب: ١٠ / ٥٣ ؛ شرح التجريد للقوشجي: ٤٨٤ طبع ايران .

٤ . ذهب إليه المحقق في الشرائع: ٢ / ٢٧٣ .

٥ . النهاية: ٤٨٩ ؛ والخلاف: ٤ / ٣٤٠ ، المسألة ١١٩ من كتاب النكاح .

٦ . وهو خيرة الحلّي في السرائر: ٢ / ٥٥٠ و ٦٢٠ .

صفحة ٥٢١

٥١١٣ . الرابع: ليس للأجل تقديرٌ شرعيٌّ بل تقديره منوط برضاها ، سواء طال أو قصر ، لكن يجب أن يكون معيّناً لا يتطرّق إليه الزيادة والنقصان .

ولو عقد عليها بعضّ يوم صحّ إذا قدره بالغاية المعيّنة ، كالزوال والغروب .

ولو ذكر أجلاً مجهولاً ، بطل العقد على أصحّ القولين .

ولو قدر المدّة بالفعل، كالمرّة والمرّتين ، فإن قيّده بزمان معلوم ، صحّ، ولم يجز له الزيادة على المشترط في تلك المدّة ، وإن أطلق بطل ، وقيل: ينعقد دائماً^(١) وفي رواية يصحّ ، ولا ينظر إليها بعد إيقاع ما شرطه^(٢) وهي ضعيفة^(٣) .

ولا يشترط في الأجل اتّصاله بالعقد ، بل يجوز أن يعقد عليها شهراً متّصلاً بالعقد أو متأخراً عنه على إشكال، فلا يجوز لها نكاح غيره فيما بين العقد والمدّة ، ولا نكاحه فيها إلاّ بعقد آخر، ولا له أن يتزوّج بأختها قبل حضور الشهر وانقضائه .

ولو ذكر شهراً وأطلق ، اقتضى الاتّصال بالعقد ، فلو تركها حتّى انقضى قدرُ الأجل المسمّى، خرجت من عقده ، واستقرّ لها الأجرُ ، وقال ابن إدريس: يبطل للجهاالة^(٤) .

٥١١٤ . الخامس: المهر ليس له قدر في نظر الشرع، بل يصحّ على ما يتّفقان عليه من كثير وقليل بشرط أن يكون معلوماً بالكيل ، أو الوزن أو المشاهدة أو

١ . ذهب إليه الشيخ في النهاية: ٤٩١ ، وقطب الدين الكيدري في إصباح الشيعة: ٤١٩ .

٢ . الوسائل: ١٤ / ٤٧٩ ، الباب ٢٥ من أبواب المتعة، الحديث ٤ .

٣ . وضعفها لأجل «سهل بن زياد» في السند .

٤ . السرائر: ٢ / ٦٢٣ .

صفحة ٥٢٢

الوصف ، مملوكاً ، فلو عقد على المجهول غير المشاهد ، أو على ما لا يصحّ تملكه، بطل العقد ، ويجوز أن يعقد على صبرة من طعام أو كفتّ منه .

٥١١٥ . السادس: يشترط في الزوجة أن تكون مسلمةً ، أو كتابيةً ، وفي المجوسية إشكال، ويمنعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، واستعمال المحرمات ، ولا يجوز التمتع بالوثنية ولا الناصبة المعلنة بالعداوة ، كالخوارج، ولا يجوز للمسلمة أن تتمتع إلا بالمسلم، ولا للمؤمنة أن تتمتع بالمخالف.

٥١١٦ . السابع: المتعة كالدوام في تحريم المصاهرة ، فلو تمتع بامرأة حرم عليه أمها مطلقاً وبناتها مع الدخول ، وإن علت الأولى وسفلت الثانية ، وقد تقدم.

وكذا لا يجوز أن يتمتع بأمة وعنده حرّة على الدوام إلا بإذنها ، فإن بادر من دون إذنها ، وقف على رضاها ، فإن أجازته صحّ ، وإلا بطل ، وقيل: يبطل إلا مع الإذن^(١) والأقرب أن الحرّة لو كانت متعةً كانت كالدائم.

ولو تمتع بهما في عقد واحد صحّ على الحرّة ووقف على الأمة على الرضا ، أو كان باطلاً على الخلاف.

ولو أدخل الحرّة على الأمة كان للحرّة الخيار في فسخ عقدها والرضا به. وكذا لا يجوز أن يُدخَلَ عليها بنت أخيها ولا بنت أختها إلا مع رضا العمّة والخالة ، فإن فعل كان باطلاً.

٥١١٧ . الثامن: يستحب أن تكون المرأة مؤمنةً عفيفةً ، ويكره التمتع بالزانية ، فإن فعل منعها من الفجور ، وليس شرطاً.

١ . لاحظ النهاية: ٤٥٩ ولاحظ الأقوال حول المسألة في المختلف: ٧ / ٨٢ .

صفحة ٥٢٣

ويستحب له أن يسألها عن حالها مع التهمة، فإن كان لها زوج تركها ، ولا يجب عليها السؤال ، ويكره التمتع بالبكر من دون إذن أبيها ، فإن لم يكن لها أبٌ كره ذلك ، فإن فعل كره له افتضاؤها ، وليس بمحرّم ، ولو شرطت عدمه حرم عليه.

٥١١٨ . التاسع: لو أسلم المشرك وعنده كتابية بالعقد المنقطع ، ثبت عقده ما دام الأجل ، وكذا لو كنّ أكثر ، ولو أسلمت دونه مع الدخول ، فإذا انقضت العدة أو خرج الأجل ولم يسلم ، انفسخ العقد ، وإن لحق بها في العدة مع بقاء الأجل فهو أحقّ بها ، ولو لم يدخل بها انفسخ العقد من حين أسلمت .

ولو كانت غير كتابية فأسلم أحدهما بعد الدخول ، وقِفَ الفسخ على انقضاء العدة أو خروج الأجل ، أيهما حصل قبل إسلام الآخر انفسخ النكاح ، وإن أسلم الآخر مع بقاء العدة والأجل، كان العقد باقياً ، ولو كان قبل الدخول ، انفسخ النكاح في الحال.

ولو أسلم وعنده حرّة وأمةً ثبت عقدُ الحرّة ، وكان عقد الأمة موقوفاً على رضا الحرّة .
٥١١٩ . العاشر: يجب دفع المهر بالعقد ، ولو وهبها أيّامها قبل الدخول ، سقط نصفه ، فإن كان قد وهبته المهر ثمّ وهبها ، رجع عليها بالنصف ، ولو دخل استقرّ المهرُ بأجمعه إن وفّت له بالمدة ، ولو أخذت ببعضها ، كان له أن يضع من المهر بنسبتها ، وينسب جميع المهر إلى المدّة لا نصفه ، ولو منعه عن نفسها جميع المدّة ، فلا مهر لها ، بخلاف ما لو وهبها .
ولو بانّ فساد العقد بأن ظهر لها زوجٌ ، أو كانت أخت زوجها ، وما أشبه

صفحة ٥٢٤

ذلك ، فإن لم يكن دخل بها ، فلا مهر ، ولو قبضته كان له استعادته ، وإن كان قد دخل ، كان لها ما أخذت ، وليس عليه تسليم ما بقي ، والوجه ثبوت المهر مع الجهالة منها واستعادة ما أخذت مع علمها .

ولو حصل لها عذرٌ يمنع الوطء مدّة الأجل ، كالحيض والمرض ، ففي سقوط المهر إشكالٌ .
٥١٢٠ . الحادي عشر: لا يجب في العقد من الشرائط سوى ذكر المهر والأجل ، وما عداهما فمستحبّ ذكره ، مثل أن يذكر ألا نفقة لها ولا ميراث ، وأنّ عليها العدة بعد الأجل ، ولو أخلّ بشيء من ذلك ، انعقد مع ذكر الشرطين .

وكلّ شرط يشترطه في العقد إنّما يلزم لو قارن العقد لا ما يتقدّمه أو يتأخّر عنه ، ولا يشترط مع ذكره في العقد إعادته بعده ، ويجوز أن يشترط^(١) عليها الإتيان ليلاً أو نهاراً أو في وقت معيّن ، وإن يشترط^(٢) المرّة أو المرّات في الزمان المعيّن ، فلا يجوز التعديّة ، ولو شرطت ألاّ يقربها في الفرج ، لم يجز له وطؤها فيه ، ولو أذنت له بعد ذلك جاز ، على رواية^(٣) .

٥١٢١ . الثاني عشر: ولد المتعة لاحقاً بأبويه ، لا يجوز لأحدهما نفية عنه .
ويجوز العزل عنها ، ولا يقف على إزنها ، ولو عزل فأنّت بولد لاحق به ، ولم يجز له نفية لمكان العزل ، ولو نفاه عن نفسه انتفى ظاهراً ، ولم يفتقر إلى لعان .

١ . في «أ»: يشترط .

٢ . في «أ»: يشترط .

٣ . لاحظ الوسائل: ١٤ / ٤٩١ ، الباب ٣٦ من أبواب المتعة ، الحديث ١ .

صفحة ٥٢٥

٥١٢٢ . الثالث عشر: المتمتعة لا يقع بها طلاقٌ بل تبينُ إمّا بهبة الزّوج أيّامها ، أو بخروج الأجل ، ولا يقع بها إيلاءٌ ولا لعانٌ على الأقوى ، وفي الظهار إشكالٌ أقربُهُ الوقوع .

٥١٢٣ . الرابع عشر: يجوز للبالغة الرشيدة أن تعقد على نفسها عقد المتعة ، ولا يشترط إذن الولي وإن كانت بكرًا.

٥١٢٤ . الخامس عشر: لا يقع بهذا العقد توارثٌ بين الزوجين ، سواء شرطًا سقوطه أو أطلقًا ، ولو شرطًا أو أحدهما التوراث ، قال الشيخ: توارثا عملاً بالشرط^(١) والأقرب عندي المنع ، ولا نفقة لهذه الزوجة ، ولا سكنى، ولا يجب لها القسمة . ويجوز له أن يتمتع بأكثر من أربع من غير حصر ، سواء كنّ حرائر أو إماء، والأفضل أن لا يتجاوز الأربع.

٥١٢٥ . السادس عشر: إذا دخل بها وانقضى أجلها أو وهبها أيامها ، فإن كانت من ذوات الحيض ، وجب عليها الاعتداد بحيضتين ، وإن لم تكن من ذوات الأقراء ، وهي في سنهنّ اعتدت بخمسة وأربعين يوماً ، وإن لم يكن دخل بها ، فلا عدّة عليها. ولو مات عنها في الأجل اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام، سواء دخل بها أو لا إن كانت حائلاً وقيل: شهران وخمسة أيام^(٢) والمعتمدُ الأوّل ، وإن كانت

١ . النهاية: ٤٩٢ .

٢ . ذهب إليه الشيخ المفيد (قدس سره) في المقنعة: ٥٣٦ .

صفحة ٥٢٦

حاملًا اعتدت بأبعد الأجلين، ولو كانت أمةً اعتدت حائلاً بشهرين وخمسة أيام. ٥١٢٦ . السابع عشر: إذا انقضى أجل المتمتعة ولم يدخل بها ، لم يجز له وطؤها إلا بعقد جديد ، سواء كان المنع منه أو منها ، ولو منعت أياها لم يكن له المطالبة بأيام عوضها ، بل يرجع عليها بالمهر إن كان سلّمه إليها.

٥١٢٧ . الثامن عشر: الإشهاد والإعلان ليسا واجبين هنا ولا مستحبين، وإن كانا مستحبين في نكاح الغبطة ، إلا أن يخاف التهمة بالزنا ، فيستحب حينئذ الإشهاد. ٥١٢٨ . التاسع عشر: المرأة إن كانت صغيرة لم يجز العقد عليها إلا بإذن وليها إمّا الأب أو الجدّ له كالدوام.

وإن كانت أمةً لم يجز إلا بإذن مالكها ، ولو كان المالك امرأةً افتقر إلى إذنها ، وفي رواية يجوز من غير إذنها^(١) وأنكر المفيد (رحمه الله) ذلك، وتأولها بالوطء من غير إذنها مع العقد عليها بالاذن^(٢) وهو حسن.

وإن كانت حرّةً بالغةً رشيدةً ، كان لها العقد من غير وليّ.

٥١٢٩ . العشرون: يجوز أن يعقد على امرأة عقد المتعة مرّات كثيرة مرّة بعد أخرى إذا خرجت مدّة العقد الأوّل ، وإن لم يخرج بعد من العدة ، وكذا يجوز أن يعقد على أختها بعد الأجل قبل خروج العدة ، ولا يجوز لغيره العقد عليها إلا بد خروج عدتها ، وإذا عقد عليها مدّة وأراد الزيادة فيها قبل الانقضاء ، وهبها إيّاها ثم استأنف عليها مهما (٣) أراد من الزمان.

- ١ . لاحظ التهذيب: ٢٥٧ / ٧ برقم ١١١٣؛ والاستبصار: ٢١٩ / ٣ برقم ٧٩٥ .
- ٢ . نقله عنه المصنف في المختلف: ٢٣٢ / ٧؛ والحلي في السرائر: ٢ / ٦٢٢ .
- ٣ . في «ب»: بما .

صفحة ٥٢٧

الفصل التاسع: في مباحث متفرقة

وهي ستّة مباحث:

٥١٣٠ . الأوّل : المحلّل نكاحه صحيح إذا عقد عقداً صحيحاً شرعياً ، فان قال: تزوّجتك إلى أن أطاك أو حتى أطاك ، كان باطلاً ، ولو قال: تزوّجتك ، فإذا وطأتك طلقك ، صحّ النكاح ، وبطل الشرط ، ولها مهر المثل .
ولو نكحها معتقداً أنّه يطلّقها إذا أباحها ، أو تعتقد الزوجة أو هما ذلك ، أو شرطاً ذلك قبل العقد ، ثمّ تعاقدا ، صحّ العقد ، ووجب المسمّى .

وكلّ موضع حكمنا فيه بصحة العقد ، تعلّق به أحكام النكاح الصحيح ، وكلّ موضع حكمنا فيه بالإفساد ، فإنّ الإحصان لا يثبت بالوطء فيه ، وهل يبيحها للزوج الأوّل؟ يحتمل ذلك ، لأنّه نكاح يثبت به الإحصان ويدراً به الحدّ ، ويجب به المهر ، ويحتمل عدمه، لأنّه وطء لا يثبت به اللعان ، فجرى مجرى ملك اليمين ، وقوى الشيخ الأخير. (١)

٥١٣١ . الثاني: الكفاءة شرط في النكاح ، وهي التساوي في الإيمان من طرف الزوج خاصّة ، فلا يجوز للمؤمنة أن تتزوّج بغير المؤمن وإن كان مسلماً ، ويجوز للمؤمن أن يتزوّج بمن شاء من المسلمات، لكن يستحبّ له أن يتزوّج بالمؤمنة أيضاً، وهل يشترط تمكّن الرّوج من النفقة؟ قيل: نعم ، والأقرب أنّه ليس شرطاً،

- ١ . المبسوط: ٢٤٨ / ٤ .

صفحة ٥٢٨

ولو تجدد عجز الزَّوج عن النفقة ، ففي ثبوت خيار الفسخ للمرأة روايتان (١) أقواهما سقوطُهُ .
والعجم أكفاء العرب ، والعرب أكفاء فُرَيْش ، ويجوز للهاشمية التزوُّج بغيره وبالعكس ، ولا
اعتبار بالصنائع عندنا ، فيجوز لصاحب الصنعة الدنية كالحائك والحجام والحارس والقيِّم والحمامي
أن يتزوَّج بالمترفة ، وصاحبة النسب الشريف ، والصنعة الجليلة ، كالتجارة والنقابة (٢).
ولو رضيت المرأة بدون مهر المثل ، لم يكن للأولياء الاعتراضُ عليها ، ويجوز إنكاح الحرَّة
بالعبد وبالعكس.

ولو خطب المؤمنُ القادرُ على النفقة وجب إجابته ، وإن كان أدون في النسب، ولو انتسب الرَّجل
إلى قبيلة فبان من غيرها ، كان للزوجة الفسخُ قاله الشيخ (٣) والأقربُ عندي أنه ليس لها ذلك.
ويكره ان يزوَّج الفاسق ، خصوصاً إذا كان شارب خمر ، ولو تزوَّج امرأة ، ثمَّ علم أنَّها كانت
زنت ، لم يكن له فسخُ العقد ولا الرجوع على الوليِّ بالمهر على الأقوى.
٥١٣٢ . الثالث: وطء الحائض محرَّم في الفرج ، فإذا انقطع الدَّم حلَّ نكاحها ،

- ١ . لاحظ التهذيب: ٧ / ٤٥٤ برقم ١٨١٧ ، وص ٤٦٢ برقم ١٨٥٣ ، وقال المصنف في المختلف: ٧ / ٣٢٧ بعد نقل الأقوال في المسألة: «ونحن في ذلك من المتوقِّفين».
- ٢ . النقابة: منصب موضوع على صيانة ذوي الأنساب الشريفة عن ولاية من لا يكافئهم في النسب ولا يساويهم في الشرف ، لاحظ تفسيرها في الأحكام السلطانية للموردي ، الباب ٨ ص ١٢١ .
- ٣ . لاحظ النهاية: ٤٨٩ ؛ والمبسوط: ٤ / ١٨٩ .

صفحة ٥٢٩

وهل يشترط الغسلُ؟ الأقربُ عدمُهُ، نعم يستحبُّ متأكِّداً ، ولو وطأها حائضاً استغفر الله تعالى ،
وعزَّر ، وفي وجوب الكفارة قولان تقدِّما.

٥١٣٣ . الرابع: يكره للمحتلم أن يجامع قبل الغسل ، ولو وطأ امرأة لم يكن له وطؤها ثانياً ، ولا
وطء غيرها من غير غسل.

٥١٣٤ . الخامس: الوطء في الدبر مكروه وليس بحرام ، يتعلَّق به ما يتعلَّق بالوطء في القبل من
إفساد الصوم ، ووجوب الكفارة والغسل والمهر والعدَّة إلا في شيئين: الإحصان ، فإنَّه لا يثبت به ،
وعدم التحليل للمطِّق ثلاثاً.

٥١٣٥ . السادس: الاستمناء باليد حرامٌ يجب به التعزيرُ.

صفحة ٥٣٠

صفحة ٥٣١

المقصد الرابع : في العيوب والتدليس

وفيه فصول:

الفصل الأول : في العيوب

وفيه ثلاثة عشر بحثاً:

٥١٣٦ . الأول : العيوبُ أربعةٌ في الرَّجُل ، وسبعةٌ في المرأة ، فعيوب الرَّجُل: الجنون ، والخصاء ، والعنن ، والجَبّ ، وفي المرأة: الجنونُ ، والجذامُ ، والبرصُ ، والقرنُ ، والإفشاءُ ، والعمى ، والعرجُ.

٥١٣٧ . الثاني : الجنونُ هو فساد العقل ، ويثبت لكلِّ من الزَّوجين خيارُ الفسخ لو وجد الآخرُ مجنوناً ، سواء كان مطبقاً أو لا ، إلا أنَّ المرأة إذا تزوّجت فوجدته مجنوناً ، فإن كان الجنونُ قبل العقد ، كان لها الفسخ ، وإن كان يعقل أوقات الصلاة ، وإن حدث بعده كان لها الفسخ إلا أن يعقل أوقات الصلاة ، فلا خيار لها ، قاله بعض أصحابنا ^(١) والأقرب عندي ثبوتُ الخيار، ^(٢) سواء كان دائماً أو

١ . ذهب إليه الشيخ في النهاية: ٤٨٦ ؛ والخلاف: ٤ / ٣٤٩ ، المسألة ١٢٧ من كتاب النكاح.

٢ . في «أ»: ثبوت الاختيار .

صفحة ٥٣٢

أدواراً ، عقل معها أوقات الصلاة أو لا ، وسواء حدث قبل الدخول أو بعده . ولا يثبت الخيار لأحدهما مع السهو السريع زواله ، ولا مع الإغماء العارض لمرض كالمرّة ، فإن زال المرض وبقي الإغماء كان للآخر الفسخ.

٥١٣٨ . الثالث: الخضاء: هو سلّ الأنثيين، وتتسلّط المرأة به على الفسخ إن سبق العقد ، وإن حدث بعده فلا خيار لها ، وقيل: لها الخيار ^(١) . والوجاء: هو رضّ الخصيتين ، وهو في معنى الخضاء ، فحكمه حكمه.

ولو تزوّجت فوجدتُه خصياً أو موجوءاً ، واختارت الصبر معه ، لم يكن لها بعد ذلك خيارٌ ، وإن أبت فرّق بينهما ، قال الشيخ: إن كان قد خلا بها ، كان لها الصداق وعلى الإمام أن يعزّره لئلا يعود إلى مثل ذلك ^(٢) وليس بمعتمد.

٥١٣٩ . الرابع: الجَبّ إن استوعب العضو أو أكثر بحيث لا يقدر معه على الجماع ، ثبت لها الخيارُ ، وإن قدر معه على الجماع بأن يبقى منه ما يولج بمثله بقدر ما يغيب منه في الفرج قدر حشفة الذكر، فلا خيار لها.

٥١٤٠ . الخامس: العنن مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو بحيث يعجز معه عن الإيلاج، وهو من عن أي أعرض والعنن الإعراض، لأن الذكر يعرض إذا أراد الإيلاج. ويثبت به خيارُ الفسخ للمرأة إن كان قبل العقد ، وكذا إن تجدد بعده قبل الدخول، ولو تجدد بعده ، فلا خيار لها ، وكذا لا خيار لها لو عجز عن وطنها وأمكنه وطء غيرها ، وكذا لو وطأها دُبْرًا وَعَن قُبْلًا فلا خيار.

١ . لاحظ الأقوال حول المسألة في المختلف: ٧ / ٢٠٩ ، المسألة ١٣٧ .

٢ . النهاية: ٤٨٧ - ٤٨٨ .

صفحة ٥٣٣

٥١٤١ . السادس: لو تجدد الجبّ فلا خيار لها ، وفيه قول آخر^(١) ولو بانّ خنثى وهو الذي له الفرجان ، وحكم له بالرجولية ، لم يكن لها خيار ، وكذا المرأة الخنثى إذا حكم لها بالأنوثة ، فلا خيار للزوج.

٥١٤٢ . السابع: لو كان الرجل عقيماً لا يولد ، أو كانت المرأة كذلك ، فلا خيار للآخر.

٥١٤٣ . الثامن: الجذام مرضٌ يظهر معه بيبس الأعضاء وتناثر اللحم ، ولا يكفي قوّة الاحتراق ولا تعجزُ الوجه ولا استدارة العين ، فإن كان في المرأة كان للرجل خيارُ الفسخ ، فإن كان في الرجل لم يكن للمرأة الخيار ، ولو كان بها علامات الجذام ، لم يثبت بها الخيارُ ما لم يشهد عدلان عارفاً بأنّه جذامٌ ، فإن لم يكن ، فعلى المنكر اليمينُ.

٥١٤٤ . التاسع: البرص هو البياض الظاهر على صفحة البدن لغلبة البلغم ، فإن كان في المرأة ، كان للرجل خيارُ الفسخ به ، وإن كان في الرجل ، لم يكن لها خيارٌ ، ولا يحكم بالفسخ مع الاشتباه، فلو ادّعت أنّه بهق ،^(٢) فإن كان لمُدّعي

١ . نسبه الشيخ في المبسوط إلى أهل السنّة حيث قال: وعندنا لا يردّ الرجل من عيب يحدث به إلاّ الجنون الذي لا يعقل معه أوقات الصلوات ، وقال المخالف: إذا حدث واحد من الأربعة: الجنون والجذام والبرص والجبّ فلها الخيار ، وعندنا أنّه لا خيار في ذلك. المبسوط: ٤ / ٢٥٢ هذا كلّهُ إذا كان بعد العقد وأما قبله ففيه الخيار لاحظ المبسوط: ٤ / ٢٥٠ . ولاحظ المغني لابن قدامة: ٧ / ٥٨٣ - ٥٨٤ .

٢ . قال الطريحي في مجمع البحرين: البهق: بياض يعتري الجسم يخالف لونه ليس ببرص.

قال المحقق الثاني في جامع المقاصد: ١٣ / ٢٣٦: البرص علّة معروفة نعوذ بالله منها ، وهي بياض يظهر في البدن منشؤه غلبة البلغم ، وهو غير البهق ، وقد فرّق الأطباء بينهما بأنّ البرص يكون براقاً أملس غائضاً في الجلد واللحم ، ويكون الشعر النابت فيه أبيض وجلده انزل من جلد سائر البدن ، وإن غرزت فيه الابرة لم يخرج منه دمٌ بل رطوبة بيضاء ، والبهق بخلافه ، وفي الأكثر يكون مستدير الشكل.

البرص بيئته، وإلا كان القول قولها مع اليمين ، وقليل البرص والجذام مثل كثيرهما .
 ٥١٤٥ . العاشر: القرنُ - بفتح القاف وسكون الراء - قيل: عظم في الفرج يمنع الوطء، وقيل:
 العظم لا يكون في الفرج لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم في فرجها ، وهو الذي يسمّى
 العفل^(١).

والرتق لحمٌ ينبت في الفرج يمنع دخول الذكر ، فالألفاظ الثلاثة مترادفة حينئذ ، فإن كان هذا
 العيب لا يمنع من دخول الذكر ، لم يكن له خيارٌ ، سواء كان لصغر آتته ، أو لخلو المدخل عن
 المانع ، وإن حصل في بعضه .

وإن منع من دخول الذكر ثبت له الخيارُ .

وإن أراد الزوج فتق الموضع ، لم يكن له ذلك، ولو أرادته هي لم تمنع، فإن زال سقط خياره .
 ولو حيط الشفران^(٢) كان الحكم فيه كالرتق أيضاً، يثبت به الخيار مع المنع من دخول الذكر
 وامتناعها من المعالجة ، ولو بانث عاقراً، فلا خيار له أيضاً .

٥١٤٦ . الحادي عشر: الإفضاء قال ابن إدريس : هو تصيير مخرج البول ومدخل الذكر
 واحداً^(٣) وقال غيره: هو صيرورة مدخل الذكر ومخرج

١ . قال الشيخ في المبسوط: القرن عظم في الفرج يمنع الجماع ، وقال أهل الخبرة: العظم لا يكون في
 الفرج لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم في فرجها . وهو الذي يسمّى العفل يكون كالرتق سواء .
 المبسوط: ٤ / ٢٥٠ .

٢ . في «أ»: «خيطة». قال الطريحي في مجمع البحرين: الشفران - بالضم فالسكون - : اللحم المحيط
 بالفرج .

٣ . السرائر: ٢ / ٦١٢ .

الغائط واحداً ، وعلى كلا التقديرين ، يثبت به الخيار ، للزوج لعدم الانتفاع بها .
 ٥١٤٧ . الثاني عشر: العمى هو ذهاب البصر من العينين معاً ، ويثبت به الخيار للزوج
 خاصةً ، نصّ الشيخ عليه في النهاية^(١) وهي رواية داود بن سرحان الصحيحة عن الصادق (عليه
 السلام)^(٢).

وقال في الخلاف والمبسوط بعد عدّ عيوب المرأة ستّة: وفي أصحابنا من ألحق به
 العمى ،^(٣) ولم يجعله معدوداً في الستّة، وهو يشعر بأنه ليس عيباً .

ولا خيار له لو كانت عوراء ، أو على أحد عينيها بياض ، أو كان ضوءهما قاصراً إجماعاً .

٥١٤٨ . الثالث عشر: العرج إن كان بيناً في المرأة، ثبت للرجل به الخيار وإلا فلا ، وبه روايتان صحيحتان (٤) وهو الذي اختاره في النهاية^(٥) والتهذيب^(٦) ولم يجعله في الخلاف والمبسوط معدوداً في العيوب.

الفصل الثاني: في أحكام العيوب

وفيه أربعة عشر بحثاً:

٥١٤٩ . الأول : لا يردّ الرّجل بعيب سوى الأربعة المتقدّمة، وقد روي أنّ من

١ . النهاية: ٤٨٥ .

٢ . لاحظ الوسائل: ١٤ / ٥٩٤ ، الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس ، الحديث ٩ .

٣ . الخلاف: ٤ / ٣٤٦ ، المسألة ١٢٤ من كتاب النكاح ؛ والمبسوط: ٤ / ٢٤٩ .

٤ . لاحظ التهذيب: ٧ / ٤٢٤ - باب التدليس في النكاح - برقم ١٦٩٤ و ١٦٩٦ .

٥ . النهاية: ٤٨٥ .

٦ . التهذيب: ٧ / ٤٢٤ .

صفحة ٥٣٦

انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها يفسخ نكاحه^(١) ولا تردّ المرأة من عيب سوى السبعة المتقدّمة، وقيل: المحدودة في الزنا^(٢) إذا لم يعلم الزوج بذلك يثبت له خيار فسخ نكاحها. ٥١٥٠ . الثاني: إذا كان بكلّ واحد منهما عيب، ثبت لكلّ واحد منهما الخيار ، سواء اتفق العيب أو اختلف.

٥١٥١ . الثالث: إن كان العيبُ بالمرأة ففسخ الرّوَج قبل الدخول ، فلا مهر ، وإن كان بعد الدخول ، ثبت لها المسمّى كماً، ويرجع به الرّوَج على المدّيس ، ولو كان العيب بالرّجل ففسخت المرأة قبل الدخول ، فلا مهر إلا في العتّة ، فيثبت لها نصف المهر ، وإن فسخت بعد الدخول، فلها المسمّى ، وكذا لو كان بالخصاء بعد الدخول ، فلها المهر كماً إن حصل الوطء.

ولو كان العيب بالمرأة ولم يعلم ، فطلّقها قبل الدخول ، وجب لها نصف المهر ، ولا يسقط عنه لو ظهر بعد الطلاق ، وإذا فسخ الرّوَج أو الرّوَج بعد الدخول ، وجبت العتّة، ولا نفقة لها فيها ولا سكنى إن كانت حائلاً، وإن كانت حاملاً فكذلك إن قلنا أنّ النفقة للمرأة ، وإن قلنا للحمل وجبت.

٥١٥٢ . الرابع: إذا رجع الرّوَج على الغارّ ، فإن كان ممّن يجوز له النظر إلى وليّته ، كالأب والجدّ والعمّ، كان له الرجوع مع علم الوليّ ، لتغريبه ، ومع عدمه ، لتفريطه بترك الاستعلام.

وإن كان ممّن لا ينظر إليها كابن العمّ والأجنبيّ ، فإن علم بالعيب ، رجع

- ١ . لاحظ الوسائل: ١٤ / ٦١٥ ، الباب ١٦ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ٣ .
٢ . الفائل الشيخ المفيد (قدس سره) في المقتعة: ٥١٩ - باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد - .

صفحة ٥٣٧

عليه ، وإن لم يعلم، كان الرجوع على المرأة ، فإن ادّعى الزوجُ علمه، فالقولُ قولُه مع اليمين ، لإنكاره ، وكذا القولُ قولُه مع اليمين لو ادّعت المرأة علمه وأنكر .
وكلّ موضع يرجع فيه على غير المرأة ، فإنّ الزوج يرجع بجميع المهر الذي أدّاه، وإن كان الرجوع على المرأة ، فالأقرب أنّه يرجع به إلا ما يجوز (١) أن يكون مهراً .
٥١٥٣ . الخامس: عيوب الرّجل أربعة فالمتجدّد منها بعد الدخول إن كان خصاءً أو جباً أو عتّة ، لم تتسلط المرأة به على الفسخ ، وكذا إن تجدد بعد العقد قبل الدخول إلا العتّة ، وإن كان جنوناً ثبت لها الخيار وإن تجدد بعد الوطء، والأقرب في الجبّ المتجدّد بعد الوطء، ثبوتُ الخيار لها .
وأما عيوب المرأة، فإن تجددت بعد العقد والوطء لا يسفخ بها (٢)، وإن تجددت بعد العقد وقبل الوطء، فالأقرب أنّه كذلك ، وإنما يثبت لها الفسخ لو حصلت قبل العقد . قال الشيخ (رحمه الله): والأظهر في الأخبار ثبوت الخيار في المتجدّد (٣) وأطلق ما يحتمل التجدد قبل الوطء وبعده ، قال: فإن فسخ أحدهما قبل الدخول ، فلا مهر، وإن كان بعده ، فإن كان العيبُ حدّثَ بعد العقد و قبل الدخول ، سقط المسمّى ووجب مهرُ المثل ، لأنّ الفسخ استند إلى حال حدوث العيب ، فصار كأنّه كان مفسوخاً ، وإن كان بعده، ثبت المسمّى (٤) .
٥١٥٤ . السادس: لو علم بالعيب قبل العقد فلا خيار له ، وكذا المرأة، ولو

- ١ . أي يليق جعله مهراً لمثل هذه المرأة فلا يرجع من هذا المقدار إليها .
٢ . في النسختين: «به» .
٣ . المبسوط: ٤ / ٢٥٢ .
٤ . المبسوط: ٤ / ٢٥٢ - ٢٥٣ .

صفحة ٥٣٨

حدث بها عيبٌ آخر قبل العقد ، ولم يعلم به، فإن كان مخالفاً للأول ، لم يسقط خياره ، وإن كان من جنسه في موضع آخر ، بأن يكون بها برص في موضع ، وحدث بها في آخر ، فكذلك ، فإن كان في ذلك الموضع بأن اتسع، فالأقربُ سقوطُ خياره ، لأنّ الرضا به رضاء بما يتولّد منه .
٥١٥٥ . السابع: خيار الفسخ في العيب والتدليس معاً على الفور ، فلو علم أحدُ الزوجين بعيب صاحبه ، وأخّر الفسخ بمقدار إيقاعه ، لزم العقد ، ولا يفتقر الفاسخ إلى الحاكم ، وإنما يحتاج إليه مع

ثبوت العنة لضرب الأجل ، ولها التفرد بعد انقضائه وتعدّر الوطء بالفسخ، خلافاً للشيخ ، فإنه أوجب الحكم (١).

ولو لم يعلم أحدهما بسقوط خياره مع العلم ، لم يكن عذراً ، أما لو لم يعلم ثبوت الخيار له ، فالأقرب عدم السقوط .

ولا يريد بالفور هنا أنّ له الفسخ بنفسه ، وإنما يريد به أنّ المطالبة بالفسخ على الفور ، يأتي إلى الحاكم ويطالب بالفسخ ، فإن اتفقا على العيب فسخ الحاكم وإلا كان على المدعي البيّنة وعلى المنكر اليمين. (٢)

٥١٥٦ . الثامن: الفسخ بالعيب ليس بطلاق ، فلا يطرد معه تنصيف المهر ، ولا يعدّ في الثلث ، ولا يفتقر إلى ما يفتقر إليه الطلاق من الشرائط، كالشهود والطهارة من الحيض.

٥١٥٧ . التاسع: إذا اختلفا في العيب ، فالقول قول المنكر مع يمينه وعدم البيّنة ، ولا يثبت العنن إلا بإقرار الزوج ، أو قيام البيّنة على إقراره (٣) أو نكوله مع

١ . أي حكم الحاكم بالفسخ .

٢ . المبسوط: ٤ / ٢٥٣ .

٣ . في النسختين: بإقراره .

صفحة ٥٣٩

يمينها ، ولو ادّعت العنن ، فأنكر ، فالقول قوله مع يمينه ، وقيل: يقام في الماء البارد ، فإن تقلص حكم بقوله ، وإن بقي مسترخياً ، حكم لها (١) وليس بمعتمد .

ولو ثبت العنن ثم ادّعى الوطء، فالقول قوله مع اليمين ، وكذا القول قوله لو ادّعى وطأها دبراً ، أو وطأ غيرها.

ولو ادّعى الإصابة قبلاً وكانت بكراً ، فإن شهد أربع نسوة بالبكاة ، فقال الزوج: كاذب ، لم يسمع، وإن قال: وطننتها وعادت عذرتها ، فالأقرب أنّ القول قول المرأة مع اليمين إمّا بعدم وطئه ، أو بأنّ هذه بكاة الأصل.

ولو نكلت، حلف ، وسقط خيارها ، فلو نكل، فالوجه تقديم قولها ، لأنّ الظاهر أنّ هذه بكاة الأصل.

٥١٥٨ . العاشر: إذا ثبت العنة فإن رضيت، فلا خيار لها بعد ذلك ، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة من حين الترافع ، لتمرّ به الفصول الأربعة ، فإن كان ذلك من رطوبة ، زال في فصل اليبس، وإن كان من حرارة، زال في البرودة ، فإن واقعها فيها أو بعدها أو واقع غيرها ، فلا خيار لها ، فإن لم يتمكّن، كان لها الفسخ ونصف المهر.

٥١٥٩ . الحادي عشر: إذا بقي من المجهوب بقيةً يمكنه الوطء بها ، سقط خيارها ، فإن ادّعت عدم إمكانه وأنكر ، احتمل تقديم قوله ، عملاً بأصالة سلامة العقد ، وتقديم قولها ، عملاً بالظاهر ، إذ الظاهر عجز المقطوع ذكره ، فإن ثبت عجزه باعترافه أو نكوله مع يمينها ، ثبت لها الخيار في الحال ، ولا يفنقر إلى مدة .

١ . ذهب إليه الصدوق (قدس سره) في الفقيه: ٣ / ٣٥٧ برقم ١٧٠٥ - باب حكم العنين - وابن حمزة في الوسيلة: ٣٦٦ .

صفحة ٥٤٠

ولو اختلفا هل الباقي ممّا يمكن الوطء به؟ احتمل تقديم قولها ، لأن أصل السلامة زال ، والرجوع إلى اعتباره بالصغر والكبر لا إليهما .

٥١٦٠ . الثاني عشر: إذا كان له أربع ، فعنّ عن جميعهنّ ، ضربت المدة لهنّ ، وإن عنّ عن بعضهنّ ، لم يكن لها خيارٌ ، ولا حكم بانفرادها .

٥١٦١ . الثالث عشر: صحيح الذكر يخرج من العنة بغيبوبة الحشفة في الفرج حتّى يلتقي الختانان ، وأمّا مقطوعها فهل يخرج منها بغيبوبة الجميع أو بقدر الحشفة؟ فيه تردّد ولو وطأها في الدبر ، خرج من العنة ، وكذا لو وطأها وهي حائض أو نفساء .

٥١٦٢ . الرابع عشر: لو علمت بالعنة فصبرت ، فطلّقها رجعيّاً ، ثمّ راجعها ، لم يكن لها خيارٌ الفسخ ، ولو كان الطلاق بانئناً ، فتزوّجها بعقد جديد ، فالأقرب سقوط خيارها ، ولو تزوّجها فادّعت عننه ، فوطأ وسقطت دعواها ، ثمّ طلقها بانئناً وتزوّجها بعقد جديد ، فادّعت عننه ، سمعت دعواها .

الفصل الثالث: في التديس

وفيه تسعة مباحث:

٥١٦٣ . الأوّل : لو تزوّج امرأةً على أنّها حرّة فبانّت أمّةً ، كان له الفسخ ، فإن كان قبل الدخول ، فلا مهر ، وإن كان بعده ، فلمولاها المهرُ ، وقيل: العشر مع البكارة

صفحة ٥٤١

ونصفه مع الثيبوبة، ويبطل المسمّى (١) والأوّل أقرب، ويرجع بما غرمه على المدّيس، فإن كان هو المولى، لم يكن لها المهر ، وإن كان قد تلقّف بما يقتضي الحرّية ، كانت حرّةً .

ولو كانت هي المدّيسة ، كان المهر للمولى ويرجع به الزوج عليها بعد العتق بأجمعه ، لأنّ السيّد قبض المهر ، ولو كان دفع المهر إليها استعاده، وإن تلف بعضه ، رجع عليها بالتألف بعد العتق .

ولو كان الزوج عبداً مأذوناً له في النكاح ، فالأقربُ ثبوتُ الخيار له ، فإن اختار الإمساك ثبتت لسيدّها المهرُ ، وإن اختار الفسخَ قبل الدخول ، فلا مهر ، وإن كان بعده ، فلها المسمّى على السيد .
وإن كان غير مأذون له ، فإن قلنا ببطلان العقد ، وكان قد دخل ، تبعته بالمهر بعد عتقه ، وإن لم يكن دخل فلا مهر ، وإن قلنا بصحّته ، وقف على إجازة المولى ، فإن أجاز صحّ العقد ، وكان للعبد الخيارُ في الفسخ ، ويجب المهر على المولى بعد الدخول على إشكال ، فإن فسخه كان باطلاً ، فإن أوجبنا المهرَ على العبد أو المولى ، كان له الرجوعُ على الغارّ منهما أو من الوكيل ، فإن غرّته هي والوكيلُ ، رجع بالنصف على الوكيل معجلاً وبالنصف عليها بعد العتق ، قال الشيخ : ولو أنتت بولد كان حرّاً ، لأنه دخل في العقد على ذلك ، وعليه القيمة يوم سقوطه حيّاً لسيد الأمة ، وفي محلّها أقوال ثلاثة : أحدها في كسبه ، والثاني في رقبته ، والثالث في ذمّته ، ويرجع بها على الغارّ وهذه الأقوال للجمهور .^(١)

والحكمُ في المدبّرة وأمّ الولد حكمُ الأمة القنّ .

١ . النهاية : ٤٧٧ .

٢ . نقلها الشيخ في المبسوط : ٤ / ٢٥٦ .

صفحة ٥٤٢

٥١٦٤ . الثاني : لو تزوّج امرأة على أنّها حرّة فبانّت مكاتبة قوى الشيخُ البطلان^(١) ويحتمل الصحّة وثبوتُ الخيار ، فإن اختار الإمساك ثبت لها المسمّى لا للسيد ، وإن اختار الفسخ ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر ، وإن كان بعده ، ثبت لها المسمّى ، وقال الشيخ : مهر المثل^(٢) ، وكذا لو قلنا ببطلان العقد ، وإذا رجعت بالمهر ، رجع هو على المدّيس ، فإن كان الوكيلَ رجع بالجميع ، وإن كانت هي ، رجع بالزائد عن أقلّ ما يكون مهراً ولو أنتت بولد كان حرّاً ، وعليه قيمته ، فإن قلنا قيمة ولد المكاتبة المقتول للسيد ، فالقيمة هنا له ، فإن كان الغارُّ الوكيلَ رجع عليه بكمالها ، وإن كانت هي رجع عليها بما في يدها ، لأنّه كالدين ، وإن قلنا للأُمّ فكذاك هنا ، فإن كان الغارُّ هو الوكيل رجع عليه بالقيمة ، وإن كانت هي تقاصاً .

ولو ضربها جان فألقته ميتاً وجب عليه الكفارةُ وعليه ديةُ الجنين للأب إن لم يكن الجاني ، ولمن يليه إن كان هو الجاني لا للسيد ، لأنّه إنّما يأخذ مع خروجه حيّاً ، ولا للأُمّ ، لأنّها مكاتبة لا ترثه .

٥١٦٥ . الثالث : لو تزوّجت الحرّة برجل على أنّه حرٌّ فخرج عبداً ، كان لها خيار الفسخ ، فإن فسخت قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان بعده ، فلها المسمّى .

ثمّ إن كان مأذوناً له ، كان لازماً للسيد ، أو في كسبه ، على الخلاف ، وإن لم يكن مأذوناً ، كان ثابتاً في ذمّته يتبع به بعد العتق .

٥١٦٦ . الرابع: لو تزوّج بامرأة على أنّها بنت مَهيرة،^(٢) فكانت بنت أمة ، فإن

١ . المبسوط: ٤ / ٢٥٦ .

٢ . المبسوط: ٤ / ٢٥٦ .

٣ . في القاموس: المَهيرة: الحرّة الغالية المهر . (مادة مهر). وفي الصحاح: المَهيرة: الحرّة وقال المحقّق الثاني: وكانّ أهل اللغة لحظوا في الاشتقاق أنّها لا توطأ إلاّ بمهر بخلاف الأمة فإنّها لا توطأ إلاّ بالملك . جامع المقاصد: ١٣ / ٢٩٧ .

صفحة ٥٤٣

شرط كان له الخيار ، فإن فسخ قبل الدخول ، فلا مهر لها ، وإن كان بعده ، كان لها المهر ، ويرجع به على المدّيس ، أباً كان أو غيره ، لكن إن كانت هي المدّيسة لم يرجع بأقلّ ما يصلح مهرأ .
٥١٦٧ . الخامس: لو تزوّج بنته من المَهيرة وأدخل عليه بنته من الأمة ، ردّها مع المهر إن كان دخل بها ، ويرجع به على السائق^(١) ويردّ عليه امرأته ، ولا يسقط عنه مهرها ، وكذا كلّ من أدخل عليه غير زوجته فظنّها زوجته، سواء كانت أرفع أو أخفض، ويثبت مهر المثل للمطوءة بالشبهة .
٥١٦٨ . السادس: لو تزوّج رجلان بامرأتين، فأدخل كلّ منهما على غير زوجها ، ثبت لكلّ منهما على واطنّها مهر المثل ، وعلى زوجها المسمّى ، وتردّ كلّ واحدة على زوجها ، وليس له وطؤها حتّى تنقضي عدّتها من الوطء ، ويرجع كلّ غارم عن الوطء على السابق ، ولو ماتت المرأتان في العدة ورث كلّ واحد زوجته ، وكذا لو مات الرجلان ، ورثت كلّ زوجة زوجها ، وتعدّ بعد الفراغ من العدة الأولى عدّة الوفاة ، ولو حملتا من الوطء اعتدّتا بوضعه للواطئ ثمّ عدّة الوفاة بعدها للزّوج .

٥١٦٩ . السابع: لو تزوّج وشرط البكارة ، فخرجت تيّباً لم يكن له الفسخ ، وكان له أن ينقص من مهرها شيئاً ، وهو ما بين مهر البكر والتيّب ، ويرجع فيه إلى العادة .

٥١٧٠ . الثامن: قد بيّنا أنّ الأقوى المنع من نكاح الكتابية دائماً ، وجوازُه متعةً ، فلو استمتع امرأةً فخرجت كتابيّةً ، لم يكن له الفسخ إلاّ بهيته المدّة ولا إسقاط

١ . في الشرائع: ويرجع به على من ساقها إليه . شرائع الإسلام: ٢ / ٣٢٢ .

صفحة ٥٤٤

شيء من مهرها ، وكذا لو تزوّجها دائماً على القول الآخر، ولو اشترط إسلامها ، فخرجت كتابيّةً ، كان له الفسخ في الموضعين، ويثبت لها المهر مع الدخول ، ويسقط مع عدمه ، ولو تزوّجها على أنّها كتابيّةً متعةً أو دواماً ، وقلنا بجوازها ، فخرجت مسلمةً ، فالأقرب سقوط الخيار ، ولو قلنا

بتحريم الدوام في الكتابية لو تزوجها دائماً على أنها كتابية فبانة مسلمة ، قوى الشيخ البطلان لإنشائه عقداً يعتد بطلانه.^(١)

٥١٧١ . التاسع: كل موضع حكم فيه ببطلان العقد ، فإنه يثبت للمرأة مع الدخول مهر المثل ، وكل موضع حكم فيه بصحته فلها المسمى مع الوطاء ، وإن لحقه الفسخ ، سواء كان الفسخ بعيب سابق على الوطاء أو متجدد ، ولو لم يكن دخول لم يكن لها مهر في البطلان والفسخ ولا نصفه إلا في الطلاق والفسخ بالعنة على ما سلف.

١ . المبسوط: ٤ / ٢٥٤ .

صفحة ٥٤٥

المقصد الخامس : في الصداق

وفيه فصول:

الفصل الأول : في المسمى

وفيه أربعة عشر بحثاً:

٥١٧٢ . الأول : الأصل في الصداق الكتاب والسنة والإجماع ، قال الله تعالى:
(وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً)^(١) إما تديناً مأخوذ من الانتحال ، وهو التدين^(٢) أو أنه من النحلة وهي الهبة ، لأن الاستمتاع مشترك بينهما ، فنثبت

١ . النساء: ٤ .

٢ . قال النووي في المجموع: فإن قيل: لم سمّاه نحلةً ، والنحلة العطية بغير عوض ، والمهر ليس بعطية وإنما هو عوض عن الاستمتاع. ففيه ثلاثة تأويلات :
أحدها: أنه لم يرد بالنحلة العطية ، وإنما أراد بالنحلة الانتحال وهو التدين ، لأنه يقال: انتحل فلان مذهب كذا أي دان به ، فكأنه تعالى قال: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً) أي تديناً .
والثاني: أن المهر يشبه العطية ، لأنه يحصل للمرأة من اللذة في الاستمتاع ما يحصل للزوج وأكثر ، لأنها أجلب شهوةً ، والزوج ينفرد ببذل المهر ، فكأنه تأخذه بغير عوض .
والثالث: أنه عطية من الله تعالى في شرعنا للنساء ، لأن في شرع من قبلنا كان المهر للأولياء ، ولهذا قال تعالى في قصة شعيب (إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) .
القصص: ٢٧ ولم يقل «تأجر بنتي» المجموع: ١٨ / ٥ - ٦ . ولاحظ المبسوط للشيخ الطوسي (قدس سره): ٤ / ٢٧١ - ٢٧٢ .

المهر لها نحلة ، أو لأنّ الصداق في الشرائع القديمة للأولياء ، فهو لهنّ نحلة .
 ٥١٧٣ . الثاني : ذكر المهر في العقد ليس بواجب ، لكنّه مستحبٌ ، وكلّ ما يُملك يصحّ أن يكون مهراً ، سواء كان عيناً أو منفعة ، فلو عقد على منفعة الحرّ ، كتعليم الصنعة ، أو شيء من القرآن ، أو غير ذلك من الأعمال المحلّلة، صحّ، وكذا على إجارة الزوج نفسه مدّةً معيّنةً خلافاً للشيخ في بعض أقواله.^(١)

٥١٧٤ . الثالث: إذا عقد المسلم على خمر أو خنزير، لم يصحّ المسمّى ، سواء كانت الزوجة مسلمةً أو كتابيّةً ، وهل يبطل النكاح؟ قيل: نعم^(٢) وقيل: لا،^(٣) وهو الأقرب.
 وعلى تقدير الصحّة قيل: ثبت قيمة المسمّى عند مستحليّه،^(٤) وقيل: مهر المثل^(٥) وهو أقرب ولو سمّاه الذمّي صحّ، فلو أسلما أو أسلم أحدهما بعد القبض ، برئت ذمّة الزّوج، وإن كان قبله، دفع القيمة ، سواء كان عيناً أو مضموناً.

- ١ . قال الشيخ في النهاية: ولا يجوز العقد على إجارة ، وهو أن يعقد الرجل على امرأة على أن يعمل لها أو لوليّها أياماً معلومةً أو سنين معيّنة. النهاية: ٤٦٩ .
- ٢ . ذهب إليه الشيخ في النهاية: ٤٦٩ ؛ وأبو الصلاح في الكافي في الفقه: ٢٩٣ .
- ٣ . وهو خيرة ابن زهرة في الغنية قسم الفروع: ٣٤٨ والحلي في السرائر: ٢ / ٥٧٧ ؛ وابن حمزة في الوسيلة: ٢٩٦ ؛ وذهب إليه الشيخ في المبسوط: ٤ / ٢٧٢ ؛ والخلاف: ٤ / ٣٦٣ ، المسألة ١ من كتاب الصداق.
- ٤ . ذهب إليه الشيخ في المبسوط: ٤ / ٢٩٠ .
- ٥ . وهو خيرة الشيخ في الخلاف: ٤ / ٣٦٣ ، المسألة ١ من كتاب الصداق ؛ والمبسوط: ٤ / ٢٧٢ .

٥١٧٥ . الرابع: لا تقدير في المهر في القلّة والكثرة ، بل ما تراضيا عليه الزوجان ، من القليل والكثير ، صحّ أن يكون مهراً ، فلو سمّى أقلّ من نصاب القطع في السرقة ، لزم، بل جاز أن يكون كفاً من بُرٍّ أو مثقالاً من سكرٍ مالم يقصر عن التقويم ، كحبة من حنطة ، وكذا في طرف الكثرة ولو سمّى أزيد من خمسين ديناراً ، مهما كانت الزيادة لزمت ولو بلغ مائة قنطار^(١) وقول السيد المرتضى (قدس سره): لو زاد على الخمسين رُدَّ إليها^(٢) غير معتمد ، نعم الأفضل أن لا يتجاوز السنّة المحمّدية ، وهي خمسمائة درهم، وتخفيف الصداق أفضل من زيادته.
 ٥١٧٦ . الخامس: تعلّم القرآن يجوز أن يكون صداقاً ، وليس بمكروه ، فلا بدّ من تعيين المهر من السورة أو الآيات المشترطة ، ويجوز أن يقتره بالمدّة كالיום والشهر ، وتتعلّم هي ما شاءت ،

ولو أبهم فسد المهر ، ووجب مهرُ المثل مع الدخول ، والأقربُ أنه لا يشترط تعيينُ الحرف،^(٣) كقراءة حمزة أو غيره ، بل يكفيها الجائز في السبعة دون الشاذة. ولو أصدقها تعليمُ سُورة معيّنة ، وهو لا يُحسنها ، فإن قال: عليّ أن أُحصَلَ لكِ تعليمُ ذلك جاز ، لأنها منفعة في الذمة ، وإن قال: عليّ أن أُعلِّمكِ أنا ، احتمل الصحّة ، كما لو أصدقها مالا ، ولا شيء له ، والبطلانُ لتعيينه بفعله، وهو غير قادر ، والأوّل أقرب.

- ١ . قال في القاموس المحيط: ٢ / ١١٢ : القنطار - بالكسر - : وزن أربعين أوقية من ذهب ، أو ألف ومائتا دينار ، أو ألف ومائتا أوقية ، أو سبعون ألف دينار وثمانون ألف درهم ، أو مائة رطل من ذهب أو فضة ، أو ألف دينار ، أو ملء مسكٍ ثور ذهباً أو فضةً.
- ٢ . قال في الانتصار: ومما انفردت به الإمامية: أنه لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم جيداً قيمتها خمسون ديناراً ، فما زاد على ذلك ردّ إلى هذه السنة. الانتصار: ٢٩٢ ، المسألة ١٦٤ .
- ٣ . المراد من الحرف: القراءة.

صفحة ٥٤٨

ولو طلبت منه تعليمُ غير السّورة المشترطة ، لم يجب عليه ، سواء كانت أسهل أو أصعب . ولو طلبت منه أن يعلمَ المشترطة غيرَها من الأشخاص ، لم يجب عليه ، لاختلاف الناس بالذكاء والبلادة.

ولو تعلّمت المشترطة من غيره ، أو تعذّر تعلّمها^(١) شيئاً منها ، فالأقربُ ثبوتُ أجره تعليم السّورة.

ولو اختلفا فقالت: تعلّمها من غيره ، فقال: بل منّي ، فالقولُ قولها مع اليمين ، وكذا لو قالت: علّمني غير السورة ، لأنّ الأصلَ عدمُ الإقباض ، وإن لقّنها السورة فنسيئتها ، برئت ذمّته ، لحصول القبض ، والتفريط بسببها، وإن لقّنها البعض فنسيئته ، فإن كان بعض آية ، لم يكن إقباضاً ، لأنّه مذاكرة ، وإن كان آية فما زاد ، كان إقباضاً ، ولا يجب عليه إعادة التعليم لما نسيئته .

٥١٧٧ . السادس: لو تزوّج المسلمُ كتابيةً على أن يُصدّقها تعليمَ شيء من القرآن ، فإن قصدت به التفكّر ، وطمع الزّوج في الاستبصار ، صحّ ، وإن قصدت المباهاة بحفظ كتاب المسلمين ، لم يصحّ ، قاله الشيخ ووجب مهرُ المثل مع الدخول.^(٢)

ولو أصدق الذمّي تعليمَ التّوراة والإنجيل ، فترافعوا إلينا ، أبطلنا المهرَ إن لم يكن علّمها ، وأوجبنا مهرَ المثل ، لأنّه مُبدّلٌ مُعَيَّرٌ لا يجوز جعله مهراً ، وإن كان قد علّمها فقد استوفت ، لأنّها لا تنقض ما تقابضوه.

١ . في «ب»: تعليمها.

ولو تزوّج المسلم بدمية ، وأصدقها تعلّم التوراة أو الإنجيل،^(١) لم يصحّ، ووجب لها مهرُ المثل ، سواء علّمها أو لا .

ولو أصدقها تعلّم شعر يجوز تعلّمه كالحكم والمواظ والآداب ، جاز ، وإن لم يجز تعلّمه كهجاء المؤمنين والسخف ، بطل المسمّى، ووجب مهرُ المثل وقيمةُ التعليم على إشكال.

٥١٧٨ . السابع: إذا طلقها قبل تعليم السورة المشترطة بعد الدخول ، استقرّ الصداق ، وهل يُعلّمها من وراء الحجاب؟ قال الشيخ: الأقوى ذلك^(٢) كما يجوز سماع المرأة في المعاملات ، ويحتمل المنع خوف الافتتان ، فيثبت لها الأجرة ، وإن كان قبل الدخول ، فإن قلنا بالأجرة ، استحقت أجرة النصف ، وإن قلنا بالتعليم ، احتل هنا الأجرة ، لاختلاف الآيات في السهولة وضدها وقسمة الآيات بالحروف.

وإن طلق بعد التعليم ، فإن كان بعد الدخول ، فلا بحث وإن كان قبله رجع عليها بنصف الأجرة .
٥١٧٩ . الثامن: إذا تزوّجها على أن يعلم غلامها صنعةً ، أو قرآناً ، وجعله صداقاً ، جاز ، ولو أصدقها ردّ عبدها الأبق وجملها الشارد ، فإن كان الموضع معلوماً صحّ ، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف أجرة الردّ إن فعله ، وإلا رجعت هي بنصف الأجرة ، وهل لها إلزامه برده نصف المسافة؟ الأقرب ، عدمه .

١ . في «أ»: والإنجيل .

٢ . المبسوط: ٤ / ٢٧٥ ؛ والخلاف: ٤ / ٣٦٨ ، المسألة ٥ من كتاب الصداق.

أما لو طلقها بعد الدخول قبل الردّ ، فإنه يلزمه الردّ قطعاً ، ولو لم يجده في ذلك الموضع ، وجب عليه أجرة الردّ بعد إسقاط ما قابل فعله ، وإن كان مجهولاً بطل المسمّى، ووجب لها مهرُ المثل مع الدخول ، لا الأجرة، لعدم العلم بمقدارها قبل العقد وبعده.

٥١٨٠ . التاسع: منافع الحرّ يجوز أن تكون مهراً بشرط التعيين ، فإذا أصدقها خياطة ثوب بعينه^(١) فتلف قبل الخياطة ، كان لها أجر^(٢) مثل الخياطة ، وكذا كلّ مهر تلفت قيمته ، وإن كان فاسداً فمهرُ المثل مع الدخول .

وإن تعطلّ الخياط ، وكان المهر خياطته بنفسه ، وجب عليه الأجرة، وبطل المسمّى، وإن كان خياطةً مطلقاً لزمه عمله بغيره .

وإن كانا سليمين فطلّقاها^(٣) بعد الدخول ، وجب عليه الخياطة إن لم يكن فعلها ، وإن كان قبله ، فالأقرب وجوبُ نصف الأجرة مع احتمال خياطة نفسه إن انضبطت ، ولو اختار خياطة الجميع لم يكن لها المطالبة بغير ذلك على إشكال.^(٤)

وإن طلق بعد الخياطة قبل الدخول ، رجع عليها بنصف الأجرة.

٥١٨١ . العاشر: قد ذكرنا أنّ من شرط المهر التعيينُ، فإن أبهمه ثبت مهرُ المثل مع الدخول، والمتعة مع الطلاق قبله ، ويكفي في المهر مشاهدته إن كان حاضراً ولو جهل وزنه أو كيله ، كقطعة من ذهب ، وقبضة من فضة ، وقبة من طعام.

١ . في «أ»: معيّنة.

٢ . في «ب»: أجرة .

٣ . في «أ»: «فإن كانا سليمين فطلّقا» والصحيح ما في المتن .

٤ . لاحظ المبسوط: ٤ / ٢٧٦ .

صفحة ٥٥١

ولو تزوّجها على خادم وأطلق ، أودار كذلك ، قيل: كان لها خادمٌ وسطٌ ودارٌ كذلك^(١) وعندي فيه نظر.

ولو تزوّج امرأتين فما زاد بمهر واحد ، صحّ العقدُ والمهرُ ، وقسط على مهور الأمثال.

ولو تزوّج امرأتين لإحدهما زوج ، بألف لم يكن الألف للأخرى خاصّة ، بخلاف ما لو تزوّجها والحائط،^(٢) ويقسم الألف على مهر مثلهما ، فما يخصّها فهو مهرها لا مهر المثل.

٥١٨٢ . الحادي عشر: لو تزوّجها على كتاب الله وسنة نبيّه ، ولم يسمّ مهرأ ، كان مهرها خمسمائة درهم ، ولو سمّى لها مهرأ ولأبيها شيئاً ، لم يلزم ما سمّاه للأب ، وثبت لها المسمّى .

ولو تزوّجها بمهر معيّن ، وشرط عليها أن تُعطيَ أباهَا منه شيئاً ، قيل: صحّ المهرُ والشرط ، وفيه نظر ، قال الشيخ: إن كان على سبيل الهبة ، لم يلزمها الوفاء به ، وكان بأجمعه لها ، وإن كان على سبيل التوكيل في القبض ، فكذاك .^(٣)

٥١٨٣ . الثاني عشر: إذا أصدقها عبداً فبان مستحقاً ، كان لها قيمته ، ولو بان حرّاً ، قال الشيخ (رحمه الله): الأقوى قيمته لو كان عبداً ،^(٤) ولو قيل بمهر المثل كان وجهاً.

ولو أصدقها عبداً مجهولاً ، فإنّه يجب مهرُ المثل قطعاً ، لعدم إمكان الرجوع إلى قيمته ، ولو تزوّجها بخلّ فبان خمرأ ، قال الشيخ (رضي الله عنه): كان لها مهر المثل أيضاً^(٥) وقيل: لها قيمته عند مستحليّه ، ويحتمل قيمة الخلّ، أمّا لو تزوّجها

- ١ . القائل الشيخ في الخلاف: ٤ / ٣٧١ ، المسألة ٩ من كتاب الصداق ؛ والنهاية: ٤٧٣ .
- ٢ . في «ب»: أو الحائط .
- ٣ . المبسوط: ٤ / ٣٠٣ .
- ٤ . المبسوط: ٤ / ٢٩٠ .
- ٥ . المبسوط: ٤ / ٢٩٠ .

صفحة ٥٥٢

بهذا الحرّ ، أو بهذا الخمر ، فالوجه هنا بطلان المهر والرجوع إلى مهر المثل .
ولو تزوّجها على عبيدين ، فبان أحدهما حرّاً ، فسد فيه ووجب قيمته لو كان عبداً ، وصحّ في الآخر ، وهل لها المطالبة بقيمتها ودفع الآخر؟ إشكالٌ .
ولو قال: بهذا الحرّ وهذا العبد ، بطل في الحرّ ، وكان لها قدرُ حصّته من مهر المثل والآخر ، ولا يكون العبد خاصّةً هو كمال المهر في الموضعين .
٥١٨٤ . الثالث عشر: لو تزوّجها بمهر سرّاً وبأزيد منه علانيةً ، أو بالعكس ، كان الحكم للأول ولا اعتبار بالآخر .
٥١٨٥ . الرابع عشر: لو زوّجها الوليّ بدون مهر المثل ، قيل: يبطل المهرُ ، ولها مهرُ المثل وقيل: يصحّ المسمّى، ^(١) وهو الأقرب مع المصلحة ، ولو زوّجها الوليّ بأكثر من مهر المثل ، فالأقرب لزوم المسمّى مع المصلحة .

الفصل الثاني: في تسمية ما يزيد وينقص من الأعيان

وفيه ستّة مباحث:

٥١٨٦ . الأول : المهر تملكه المرأة بالعقد ، ولا يتوقف في تملك جميعه إلى الدخول، ثم إن طلقها الزوج قبل الدخول ، رجع بنصفه ، وقبل الطلاق فالجميع ثابتٌ ، ويكون من ضمان الزوج حتّى تقبضه ، وزيادته لها ، سواء كان

١ . ذهب إليه الشيخ في الخلاف، ونقل عن الشافعي أنّه قال: يبطل المسمّى ويجب مهر المثل. الخلاف: ٤ / ٣٩٢ ، المسألة ٣٧ من كتاب الصداق .

صفحة ٥٥٣

في يده أو يدها ، ولها أن تتصرّف فيه قبل قبضه بالبيع والهبة وما شاءت من أنواع التصرفات .
٥١٨٧ . الثاني : إذا أصدقها عيناً ، فتلفت قبل القبض ، وجب لها مثل تلك العين إن كانت من ذوات الأمثال ، وإلا قيمة يوم التلف إن تلفت في يده من غير مطالبة ، وإن طالبتّه ثم تلفت وجب أكثر

القيمة من وقت المطالبة إلى وقت التلف ، هذا إذا تلف بسببه أو بأمر سماوي ، ولو أتلّفه أجنبيّ تخيّرت في إلزام الزّوج بما ذكرنا إمّا بالقيمة يوم الإلتلاف أو بأكثر القيمة مع المطالبة ، على ما قلنا من التفصيل ، فيرجع الزوج على المُتلف بقيمته يوم الإلتلاف خاصّة وإلزام المتلف بقيمته يوم إتلّافه ، وحينئذ هل لها أن ترجع على الزّوج بتفاوت القيمة من يوم المطالبة إلى وقت الإلتلاف لو رجعت على الأجنبيّ بالقيمة؟ الأقربُ ذلك.

ولو أتلّفته هي، كان ذلك قبضاً منها ، وليس لها الرجوع مع تلف المهر قبل القبض بمهر المثل بل بالقيمة.

٥١٨٨ . الثالث: قد بيّنا أنّ المهر مضمون في يد الزوج ، لو تلف رجعت عليه بقيمته ، وهل يضمنه بقيمته يوم التلف أو بأعلى القيم من حين العقد وان لم يطالب به إلى حين التلف؟ الأقربُ الأوّل.

٥١٨٩ . الرابع: إذا وجدت بالمهر عيباً ، كان لها ردّه ، ولو حدث به العيبُ بعد العقد قبل القبض ، كان لها الأرش، وهل لها الردّ والمطالبة بالقيمة؟ قيل: نعم. ولو أصدقها نخلاً حائلاً فأثمر في يدها أو يده بعد العقد ، فالثمرة لها ، ولو كانت في يده حتّى انتهت فجذها ووضعها في أواني وجعل عليها سيلان

صفحة ٥٥٤

الرطب ليحفظ رطوبتها كما يصنعه أهل الحجاز، فإن لم ينقص قيمتها بذلك ولا بإخراجها ، دفعها إليها ولا شيء عليه ، وإن نقصت القيمة نقصاناً متناهياً ردّها مع الأرش ، وإن كان غير متناه بل حكم أهل الخبرة بنقصها كلّ وقت ، فالوجه ردّها مع أرش النقصان الموجود ، وكلّ ما نقصت رجعت عليه، ولو لم ينقص بوضعها في الأواني لكتّنها ينقص بإخراجها، فللزوج إخراجها ودفع الأرش ، ولو دفع الزوج الأواني مع الثمرة ، ففي وجوب القبول على المرأة إشكالٌ هذا إذا كان السيلان من ثمرتها ، وإن كان من ثمرته ، دفع الثمرة دونه ، وعليه أرش النقصان، كما تقدّم، وكلّ موضع حكم فيه بإخراج الثمرة من الأنية ، فالأجرة فيه على الزوج.

٥١٩٠ . الخامس: لو كان المهر أمّة حرم عليه وطؤها، فإن فعل عالماً بالتحريم حُدّ، والولدُ مملوكٌ ، ولا تصير أمّ ولد ، فإن طاعته فلا مهر، وإلّا كان المهر للسيدة، وإن كان جاهلاً بأن يكون قريب العهد بالإسلام أو نائياً عن بلاده ، كجفاة العرب ، أو يكون مالكيّاً يعتقد انتقال النصف خاصّة بالعقد ، فلا حدّ ، والولد حرّ لاحق به ، وعليه قيمته للسيدة بيوم سقوطه حيّاً والمهر ، ولا تصير أمّ ولد في الحال ، فإذا ملكها بعد ذلك ففي صيرورتها أمّ ولد إشكال ، والضابط أنّه إذا أحبل الأمة بحرّ في ملكه، فهي أمّ ولد ، وفي غير ملكه إشكال ، وبمملوك في غير ملكه لا تصير أمّ ولد ، وإن ملكها بعد ، فإذا أحبلها الزّوج نقصت، فعليه الأرش ، ولها الردّ والمطالبة بالقيمة لا بمهر المثل.

٥١٩١ . السادس: يجوز جمع العقود المختلفة في عقد واحد .

كبيع وصرف ، مثل أن يبيع دراهم وثوباً بذهب ، وكذا إن اتحد الجنس مثل

صفحة ٥٥٥

أن باع دراهم وثوباً بدراهم ، لكن يجب نقصان ما انضم إليه المتاع عن الآخر .
وكبيع وإجارة، مثل أن يقول: بعتك عبدي وأجرتك داري بكذا ، أمّا لو قال: أجرتك داري
وبعتكها بكذا ، قال الشيخ: بطلا، لأنّ مالك الرقبة يملك المنافع (١) وعندي فيه نظر.
وكبيع وكتابة مثل أن يقول: بعتك عبدي هذا وكاتبتك بألف إلى نجمين، قال الشيخ: يبطل البيع ،
لأنّ بيع عبده من عبده باطل، (٢) وفيه نظر ، أمّا الكتابة فصحيحة ، ويقسّط العوض .
وكبيع ونكاح مثل أن يقول: زوّجتك بنتي وبعتك عبداً بكذا ، فأنهما يصحّان ويقسّط الثمن
على مهر المثل وقيمة العبد .

ولو قال: زوّجتك بنتي وهذه الألف لك بعبدك هذا صحّا ، وكان بعض العبد مهراً وبعضه مبيعاً
فيقسّط قيمته عليهما .

ولو قال: زوّجتك بنتي وبعتك هذا الألف بألف ، بطل البيع والمهر ، دون النكاح ، وثبت مهر
المثل .

ولو قال: زوّجتك هذه الجارية وبعتكها بألف ، صحّ البيع ، وبطل النكاح والمهر ، وكان عليه من
الثلث بنسبة القيمة ومهر المثل ، وهل يتخيّر البائع؟ الوجه ذلك ولو اشترت المرأة زوجها، صحّ البيع
وبطل النكاح ، وسقط المهر ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، وليس لها معاودته إلاّ بإعتاقه والعقد
عليه ثانياً ، أو ببيعها إياه ثمّ تجديد العقد .

١ . المبسوط: ٤ / ٢٨٩ .

٢ . المبسوط: ٤ / ٢٨٩ .

صفحة ٥٥٦

الفصل الثالث: في الشرط في المهر والعقد

وفيه أحد عشر بحثاً:

٥١٩٢ . الأول : إطلاق العقد يقتضي تعجيل المهر ، فإن شرط الحول أو أطلقا ، وجب دفعه
إليها بالعقد مع المطالبة ، وإن شرط التأجيل ، وجب أن يكون الأجل محروساً من الزيادة والنقصان ،
فإن شرطاً أجلاً مجهولاً ، فالوجه بطلان المسمى وثبوت مهر المثل ، ويجب دفع مهر المثل مع
الدخول من غير تأجيل .

وإذا سمّيا أجلاً معيّناً ، لم يجب دفعه قبل الأجل ، سواء دخل بها أو لا ، وليس لها الامتناع من تسليم نفسها قبل حلوله.

ولو شرطاً تأجيلاً بعضه وحلول الباقي صحّ.

٥١٩٣ . الثاني : إذا كان الصداق حالاً كان لها أن تمنع نفسها حتى تقبضه ، وإن كانت قد سلمت نفسها ، فإن لم يدخل بها كان لها الامتناع بعد ذلك ، لأنّ التسليم هو القبض ، والقبض في النكاح هو الوطء ، وإن كان قد دخل بها ، قال في الخلاف: ليس لها الامتناع ولها إجباره على الصداق^(١) وقوى في المبسوط جواز امتناعها حتى تستوفيه^(٢).

٥١٩٤ . الثالث: إذا كان الزوج معسراً، لم يكن لها الامتناع بعد الدخول ، وهل

١ . الخلاف: ٤ / ٣٩٣ ، المسألة ٣٩ من كتاب الصداق.

٢ . المبسوط: ٤ / ٣١٣ .

صفحة ٥٥٧

لها ذلك قبل الدخول؟ قيل: نعم ، وهو قويّ ، ويلوح من كلام ابن إدريس عدمه^(١) وإذا سلّم الزوج المهر لم يجز لها بعد ذلك الامتناع ، فإن امتنعت كانت ناشزاً ، إن كانت كبيرةً ، ولو طلبت إمهالاً يومين أو ثلاثة، قوى الشيخ ثبوت ذلك لها لإصلاح أمرها ، والاستعداد لزوجها^(٢) والأقرب عندي عدم وجوبه.

وإن كانت صغيرةً دون البلوغ، لم يجب تسليمها إليه، وإن التزم بحضانتها وتربيتها، ولو امتنع من نقل^(٣) هذه الصغيرة ، لم يجب عليه لو طلب أهلها نقلها إليه .

٥١٩٥ . الرابع: لو كان المهر مؤجلاً فلم يحصل الدخول حتى حلّ ، لم يكن لها الامتناع من تسليم نفسها حتى يقبض ، ولو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً ، وجب تعيين الأجل وتعيين قدر المؤجل، ولها الامتناع حتى تقبض الحال ، فإذا قبضته لم يجز لها أن تمنع قبل حلول الباقي ولا بعده على ما تقدّم.

٥١٩٦ . الخامس: إذا كان الزوج كبيراً والمرأة كذلك ، وامتنع كلُّ منهما من تسليم ما عليه، قال الشيخ: الأقوى نصبُ عدل يأمر الزوج بتسليم الصداق إليه، فإذا فعل أمرها بتسليم نفسها إليه، فإذا فعلت أعطاه العادل الصداق^(٤) فإذا امتنعت من تسليم نفسها قبل دفع الزوج الصداق ، كان لها ذلك على ما قلنا ، ولا تسقط نفقتها في مدة امتناعها ، لأنّها بذلت نفسها إن دفع الواجب لها ، فإذا امتنع لم يسقط نفقتها.

١ . السرائر: ٢ / ٥٩١ .

٢ . المبسوط: ٤ / ٣١٤ .

٣ . كما في المبسوط: ٤ / ٣١٥ ، وفي النسختين «بعض» وهو مصحّف .

٤ . المبسوط: ٤ / ٣١٦ .

صفحة ٥٥٨

ولو كانت نضواً خلقةً ، فسلم مهرها ، لم يكن لها الامتناع ، ولا يستمتع لها في الفرج مع تضررها ، بل في غيره ، وخير بين إمساكها كذلك وتطبيقها مع استرجاع نصف المهر منها ، وليس له الفسخ ، كالرتقاء ، وان لم تتضرر كان له الاستمتاع في الفرج ، فإن كان نضوها لعارض كان لها منع نفسها حتى تبرأ ، ولا نفقة لها حتى تبرأ وتسلم نفسها ، ولو سلمت نفسها لزمته النفقة ، وكذا لو سلمت نفسها وهي صحيحة فمرضت ونحلت ، فعليه النفقة ، ولا يمكن من جماعها مع الضرر .
وان كانا صغيرين ، لم يكن لها نفقة ، وقوى الشيخ عدم وجوب تسليم الصداق^(١) وكذا لو كان كبيراً وهي صغيرة .

وان كان صغيراً ، وهي كبيرة ، فبذلت نفسها ، فالذي قواه الشيخ عدم النفقة وعدم وجوب تسليم المهر^(٢) ، وفيه نظر .

٥١٩٧ . السادس: الشروط المذكورة في العقد إن نافت مقتضاه ، كانت باطلة ، مثل أن يشترط عليها في العقد أنه لا يتزوج عليها ولا يتسرى ، وأنه لا نفقة لها ، ولا ميراث ، والعقد صحيح وكذا المسمى ، ولو شرط عليها أن يتزوج عليها ، أو يتسرى ، أو يسافر بها ، أو ينفق عليها ، فالشرط صحيح ، لأنه من مقتضيات العقد إجماعاً .

ولو شرطت عليه أن لا يطأها في الفرج ، قال الشيخ (رحمه الله): بطل النكاح ، لأنه إخلال بالمقصود ، قال: وروى أصحابنا: أنّ الشرط صحيح ، والعقد صحيح ، ولا

١ . المبسوط: ٤ / ٣١٦ .

٢ . المبسوط: ٤ / ٣١٦ .

صفحة ٥٥٩

يكون له وطؤها ، فإن أذنت له بعد ذلك كان له وطؤها ، قال: وعندي أنّ هذا يختص عقد المتعة دون الدوام^(١) وفي طريق الرواية^(٢) ضعف .

ولو شرطت أن يطأها ليلاً خاصةً ، أو شرط هو ذلك ، قال: لا يفسد وله وطؤها متى شاء ، وكذا لو شرط عليها أن لا يدخل عليها سنةً أو شرطت هي ذلك ، فإنه يبطل الشرط ويصح العقد^(٣) .

ولو شرطت عليه أن لا يخرجها من بلدها ، قال في الخلاف^(٤) والمبسوط^(٥): لا يلزم الشرط ويصحّ العقد والمهر ، وهو اختيار ابن إدريس^(٦) وقال في النهاية: يلزم الشرط أيضاً،^(٧) وبه رواية صحيحة عن أبي العباس عن أبي عبد الله^(٨) .

وفي رواية حسنة عن ابن رئاب عن الكاظم^(عليه السلام) في رجل تزوّج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده ، فقال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك، ولها مائة دينار التي أصدقها إياها، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودار الإسلام فله ما اشترط عليها ، والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي إليها صداقها أو ترضى

١ . المبسوط: ٤ / ٣٠٣ - ٣٠٤ .

٢ . رواها الشيخ في التهذيب بسند فيه محمد بن سنان وهو ضعيف وأما ما رواه الكليني فالسند صحيح، لاحظ الوسائل: ١٥ / ٤٥ ، الباب ٣٦ من أبواب المهور، الحديث ١ ، وج ١٤ / ٤٩١ ، الباب ٣٦ من أبواب المتعة، الحديث ١ .

٣ . المبسوط: ٤ / ٣٠٤ .

٤ . الخلاف: ٤ / ٣٨٨ ، المسألة ٣٢ من كتاب الصداق .

٥ . المبسوط: ٤ / ٣٠٣ .

٦ . السرائر: ٢ / ٥٩٠ .

٧ . النهاية: ٤٧٤ .

٨ . لاحظ الوسائل: ١٥ / ٤٩ ، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ١ .

صفحة ٥٦٠

منه من ذلك بما رضيت وهو جائز له^(١) وابن إدريس منع هذه الرواية ، وصحّ العقد وأوجب عليها الخروج معه أين شاء ولم يتعرّض بما يجب عليه من المهر^(٢) والأقوى عندي ما تضمنته الرواية لجودة سندها ، واختلاف الأغراض بذلك ، فوجب أن يكون مشروعاً .

ولو شرطت أن يبدها الجماع والطلاق ، صحّ العقد والمهر ، وبطل الشرط .

ولو شرطت تأجيل المهر صحّ ، فإن شرطت فيه أنه متى لم يأت بالمهر قبل الأجل ، فلا نكاح

بينهما ، بطل الشرط وصحّ العقد ، وهي رواية حسنة عن ابن قيس عن الباقر^(عليه السلام)^(٣) .

ولو أعتق عبده على أن يزوجه ابنته^(٤) ، فإن تزوّج عليها أو تسرى فعليه مائة دينار ، فتزوّج أو

تسرى عليها ، ففي رواية محمد بن مسلم عن أحدهما^(عليهما السلام) عليه ما شرطه^(٥) ولو شرط

الرجل لامرأته إن تزوّج عليها ، أو هجرها ، أو اتخذ عليها سريةً فهي طالق ففي رواية محمد بن

قيس عن الباقر^(عليه السلام) يبطل الشرط ويصحّ العقد^(٦) . وفي رواية حسنة عن ابن أبي عمير عن

بعض أصحابنا عن الصادق^(عليه السلام) فيمن تزوّج امرأةً وشرط عليها أن يأتيها إن شاء أو ينفق

عليها شيئاً مسمّى، قال: لا بأس^(٧). وعن زرارة قال: سئل أبو جعفر (عليه السلام) عن الجارية يشترط

- ١ . الوسائل: ١٥ : ٤٩ ، الباب ٤٠ من أبواب المهور ، الحديث ٢ .
- ٢ . السرائر: ٢ / ٥٩٠ .
- ٣ . الوسائل: ١٥ / ٢٠ - ٢١ ، الباب ١٠ من أبواب المهور ، الحديث ٢ .
- ٤ . كما في الرواية ولكن في النسختين «أمته» وهو مصحّف .
- ٥ . الوسائل: ١٥ / ٤٦ ، الباب ٣٧ من أبواب المهور ، الحديث ١ .
- ٦ . الوسائل: ١٥ / ٤٦ ، الباب ٣٨ من أبواب المهور ، الحديث ١ .
- ٧ . الوسائل: ١٥ / ٤٧ ، الباب ٣٩ من أبواب المهور ، الحديث ١ .

صفحة ٥٦١

عليها عند عقد النكاح أن يأتيها متى شاء كلّ شهر أو جمعة يوماً، ومن النفقة كذا وكذا ، قال: فليس ذلك الشرط بشيء^(١) وعن ابن سنان عن الصادق (عليه السلام) في رجل قال لامرأته: إن نكحت عليك أو تسرّيت فهي طالق ، قال: ليس ذلك بشيء، إنّ رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: من اشترط شرطاً سوى كتاب الله تعالى فلا يجوز ذلك له ولا عليه^(٢)

٥١٩٨ . السابع: إذا تزوّجها على عين ، وشرط لها^(٣) الخيار مدّة من الزمان ، فإن كان في أصل العقد ، بطل النكاح ، فإن لم يدخل فلا شيء لها ، وإن دخل ، كان لها مهر المثل ، وإن كان الخيار في المهر ، صحّ العقد والمهر والشرط .

٥١٩٩ . الثامن: إذا تزوّجها على عين موصوفة، صحّ الصداق ، ولزمه تسليمه، ولا يتخيّر الزوج بين دفع العين ودفع القيمة.

٥٢٠٠ . التاسع: لو سمّى لها تسميةً فاسدةً ، وجب لها مهر المثل مع الدخول بالغاً ما بلغ ما لم يتجاوز السنّة المحمديّة، وهي خمسمائة درهم ، فإن تجاوز ردّها إليها ، ولا اعتبار بالأقلّ من المسمّى ومهر المثل.

٥٢٠١ . العاشر: يردّ المهر بالعيب وإن كان يسيراً ، ولا يشترط العيب الفاحش.

٥٢٠٢ . الحادي عشر: لو تزوّج ذمّي بدمية على أن لا مهر لها ، أو سكت عن ذكره ، وجب لها بالدخول مهر المثل ، وكان لها بالعقد المطالبة بالفرض ، ولو سمّى لها خمراً أو خنزيراً ، ثمّ أسلما قبل التقابض، لزمه قيمة المسمّى عند مستحليّيه لا العين ولا مهر المثل.

- ١ . الوسائل: ١٥ / ٤٨ ، الباب ٣٩ من أبواب المهور ، الحديث ٣ .
- ٢ . الوسائل: ١٥ / ٤٧ ، الباب ٣٨ من أبواب المهور ، الحديث ٢ .

الفصل الرابع: في التفويض^(١)

وفيه ثلاثة عشر بحثاً:

- ٥٢٠٣ . الأول : التفويض تفعيل من فَوْض أمره إليه أي أسنده ، والمرأة إذا فوّضت نفسها ، فقد أسندته^(٢) إلى الزوج ، ولم يُقدّر^(٣) معه مهراً .
وقيل: التفويضُ الإهمالُ ، كأنّها أهملت أمر المهر فلم تسمّه^(٤) .
وهو قسمان: تفويض بضع ، وهو الذي ينصرف إليه إطلاق التفويض ، بأن يقول: تزوّجتك ، ولا يذكر المهر ، أو تقول هي: زوّجتك على أن لا مهر عليك .
وتفويض مهر ، وهو أن يقول: تزوّجتك على أن تفرضين ما شئت أو ما شئنا أو ما شاء زيد ، أو تقول هي: زوّجتك على أن تفرض ما شئت أو ما شئنا أو ماشاء زيد .
٥٢٠٤ . الثاني: ليس ذكر المهر شرطاً في العقد ، فلو تزوّجها ولم يذكر مهراً ، أو شرط أن لا مهر ، صحّ العقد ، ولو قالت: زوّجتك على أن لا مهر عليك في الحال ولا في ثانيه ، قال الشيخ: صحّ العقد ، وكانت مفوّضة

١ . قال المحقق الثاني: التفويض أن يجعل الأمر إلى غيره ويكله إليه ، وتسمى المرأة مفوّضةً ، لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر ، ومفوّضةً ، لأن الولي فوّض أمرها إلى الزوج . أو لأنّ الأمر في المهر مفوّض إليها بالنسبة إلى نفيه وعدمه . جامع المقاصد: ١٣ / ٤١٤ .

٢ . أي الأمر .

٣ . أي الزوج .

٤ . لاحظ المغني لابن قدامة: ٨ / ٤٦ .

- ويلغو الشرط^(١) وعندي فيه نظر ، وكذا الإشكال عندي في كلّ شرط فاسد مقرون بالعقد .
٥٢٠٥ . الثالث: إنّما يصحّ التفويض للبضع ، في حقّ البالغة الرشيدة إذا أذنت فيه ، أمّا الصغيرة والسفينة فلا يتحقّق فيهما التفويض ، فلو زوّجهما الولي مفوّضتين ، كان لهما مهرُ المثل مع الدخول على إشكال ينشأ من استناد أمرهما إلى الولي مع المصلحة ، وكذا لو زوّجهما الولي بدون مهر المثل ، هل يثبت المسمّى مع المصلحة أو مهر المثل؟ إشكال .
٥٢٠٦ . الرابع: يجوز للسيد أن يزوّج جاريته مفوّضةً ، لأن المهر له ، سواء كانت صغيرة أو كبيرةً ، وكذا المدبّرة وأمّ الولد ، أمّا المكاتبه فلا إلا بإذنها .

وإذا زوّج الجارية مفوّضةً ، ثمّ باعها ، كان فرض المهر^(٢) بين الزوج والمولى الثاني إن أجاز النكاح ، ويكون المهر له دون الأوّل ، ولو أعتقها الأوّل قبل الدخول ، فرضيت بالعقد ، كان لها المهر خاصّة.

٥٢٠٧ . الخامس: كل موضع حكمنا بأنّها مفوّضة لم يجب لها بالعقد مهرٌ ولا المطالبة بالمهر ، وإنّما لها المطالبة بفرض المهر ، ويجب المهر لها بالفرض منهما إن اتّفقا ، أو فرض الحاكم إن اختلفا فترافعا إليه .

٥٢٠٨ . السادس: مفوّضة البضع إذا طلقها قبل الدخول وقبل الفرض ، كان لها عليه المتعة واجباً ، حرّة كانت أو مملوكّة ، ولا مهر ، وإن طلقها بعد الفرض قبل الدخول وجب لها نصف المفروض ، لا المتعة، وإن دخل بها قبل الفرض ،

١ . المبسوط: ٤ / ٢٩٤ .

٢ . في «ب»: قبض المهر.

صفحة ٥٦٤

وجب لها مهر المثل ، ولا متعة ، سواء طلقها أو لا ، وإن مات أحدهما ، فإن كان بعد الفرض ، ثبت ما فرضناه أجمع ، وإن كان قبله توارثا ولا مهر لها ، ولا متعة، سواء كان الميّت الرجل أو المرأة ، لأنّ مهر المثل عندنا لا يجب بنفس العقد ، وإنّما يجب بالدخول مع التفويض ، أو فساد المسمّى ، أو إكراه المرأة على الزنا، أو وطأها بشبهة ، أو فوّضها^(١) بغير إذنها مع الدخول ، أو فوّضها^(٢) الوليّ لصغرها أو سفهها مع الدخول أيضاً على إشكال.

٥٢٠٩ . السابع: المعتبر في مهر المثل ، حال المرأة في الشرف ، والجمال ، وعادة أقاربها من الأمّ والأخت والعمّة والخالة وبناتهنّ ونظائرهنّ مالم يتجاوز خمسمائة درهم ، فإن تجاوز ذلك، ردّ إليها.

ويعتبر أيضاً النساء اللواتي في بلدها ، لاختلاف عادات البلاد في المهر ، ويعتبر بمن هو في سنّها وعقلها ويسارها وضدّه وبكارتها وثيوبتها وصراحة نسبها في الطرفين ، وبالجملة كلّ صفة يختلف المهر بها معتبرة ، ولو لم يكن لها أقارب ، ففي اعتبار أهل بلدها إشكال ، وعلى تقديره لو فقدت ، ففي اعتبار أقرب البلد إلى بلدها إشكال أيضاً.

ولو كان الزوج من عشيرتها ، وعادة نسائها تخفيف المهر إذا تزوّجن بالعشائر ، خفف ، وكذا لو كانت العادة تخفيفه عن الأشراف ، وكان الزوج منهم.

٥٢١٠ . الثامن: إذا وجب مهر المثل كان حالاً ولم يلزمها التأخير ، وإذا

٢ . في «ب»: فرضها.

١ . في «ب»: فرضها.

صفحة ٥٦٥

اعتبرنا بنسائها من الطرفين ، اعتبر الأقرب فالأقرب ، ولو وطأ المفوضة بعد سنين كثيرة وقد تغيرت صفتها ، اعتبر مهر المثل بحال العقد ، لأنه سبب وجوبه.

٥٢١١ . التاسع: إذا لم يسمّ مهراً ، وهي مفوضة البضع ، إذا طلقها قبل الدخول ، فقد بينا أنّ لها المتعة ، قال الشيخ: المعتبر في حال المتعة إنما هو بالزّوج^(١). فالموسر يتمتع بجارية أو ثوب مرتفع أو عشرة دنانير ، والمتوسّط بخمسة دنانير ونحوها ، والفقير بدينار ونحوه .

وقال في المبسوط: الاعتبار بهما جميعاً عندنا ، وقال قوم: الاعتبار بالرجل خاصّة ، وهو الأقوى. ^(٢) وهو يدلّ على تردده في ذلك ، والاعتبار في اليسار والإعسار بالعادة ، ولا تستحق المتعة إلا المطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها ، فلو حصلت البيونة بفسخ ، أو موت ، أو لعان ، أو غير ذلك ، سواء كان من قبله أو قبلها أو منهما ، فلا مهر ولا متعة. ولو اشترى المملوكة المفوضة زوجها ، بطل العقد، ولا مهر ولا متعة ، ولو دخل ثبت مهر المثل لا المتعة.

وتثبت المتعة سواء كان الزّوج حرّاً أو عبداً ، وسواء كانت الزّوجة حرّة أو أمة.

٥٢١٢ . العاشر: المفوضة إذا طلبت مهراً لم تجب إليه ، وإن طلبت فرضه كان لها ذلك قبل الدخول أو بعده ، فإن ترفعاً إلى الحاكم ، فرض لها مهر المثل من غير زيادة ولا نقصان بما لم يتجاوز السنّة، فيرد^(٣) إليها ، ولا يجوز له فرضه حتّى

١ . الخلاف: ٤ / ٣٧٥ ، المسألة ١٦ من كتاب الصداق .

٢ . المبسوط: ٤ / ٢٩٥ .

٣ . في «ب»: فردّ.

صفحة ٥٦٦

يعلم قدر مهر مثلها وإن تراضيا بفرضه، فإن فرضاً مهر المثل جاز وإن زاد على مهر السنّة ، وإن فرضاً أقلّ أو أكثر مع علمهما بمهر المثل لزم ، وإن جهلاه صحّ الفرض أيضاً .

ولو فرض لها أجنبيّ ودفعه إليها ، ثم طلقها الزّوج قبل الدخول ، احتتمل ردّ الجميع إلى الأجنبيّ وإلزام الزّوج بالمتعة ، لعدم ثبوت الولاية والوكالة ، وكان فرضه كالعدم ، وصحّ الفرض ، إمّا مع ردّ النصف إلى الزّوج ، لأنه حقّ واجبّ على الزّوج ، فصحّ أداء غيره له ، وبالأداء ملكه الزّوج ، وإمّا مع ردّ النصف إلى الأجنبيّ ، لأنه قضى ما وجب عليه ، وبالطلاق سقط النصف ، فلم يسقط به

حَقُّ عَمَّنْ قَضَاهُ عَنْهُ فَعَادَ إِلَيْهِ، وَكَذَا الْإِشْكَالُ لَوْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِأَدَاءِ الْمَسْمِيِّ قَبْلَ الطَّلَاقِ، ثُمَّ طَلَّقَ الزَّوْجَ، هَلْ يَرْجَعُ النِّصْفُ إِلَى الْمَتَبَرِّعِ أَوْ الزَّوْجِ؟

ولو فرض الزوج شيئاً لم ترضه لم يصحَّ الفرض إذا كان دون مهر المثل، ولم يلزمه، فإذا طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، كَانَ لَهَا الْمَتْعَةُ، وَلَا اعْتِبَارَ بِمَا فَرَضَهُ.

٥٢١٣ . الحادي عشر: يستحبُّ أن لا يدخل بالمفوضة حتى يفرض لها المهر، وكذا يستحبُّ لمن سمى مهرها أن لا يدخل بها حتى يوقَّيها، أو شيئاً منه أو غيره ولو هديّة، ولو لم يسمَّ مهرًا وقدم لها شيئاً ودخل بها، قال الشيخ: كان ذلك مهرها^(١) وليس بمعتمد، بل يثبت لها مهر المثل، ويحتسب ما دفعه منه إن لم يهبها إياه.

٥٢١٤ . الثاني عشر: مفوضة المهر: أن يتزوَّجها^(٢) على حكمها أو حكمه

١ . النهاية: ٤٧٠ .

٢ . في «ب»: إن يزوّجها .

صفحة ٥٦٧

فيصحّ، فإن كان الحاكم الزوج، لزم ما يحكم به قلّ أو كثر، وجاز أن يحكم بهما شاء ممّا يصحّ أن يكون مهرًا، وإن كان الزوجة، لزم ما تحكم به، قليلاً كان أو كثيراً، ما لم يتجاوز مهر السنّة، وهو خمسمائة درهم، فيردّ إليها.

ولو جعل الحكم إليهما، لزم ما يتفقان عليه، قلّ أو كثر.

وإن اختلفا، وقف حتى يصطلحا، وعلى التقادير الثلاثة لا يجب مهر المثل ولا المتعة، بل ما يحكم به الحاكم منهما.

ولو طلق مفوضة المهر قبل الدخول بعد الحكم، لزم نصف ما حكم به، وإن كان قبل الحكم أيضاً ألزم من إليه الحكم أن يحكم، وكان لها النصف، فإن كانت هي الحاكمة لزمه نصف ما تحكم به ما لم تزدد في الحكم عن مهر السنّة.

ولو مات الحاكم قبل الحكم وقبل الدخول، فالمرويّ ثبوت المتعة لها^(١) وابن إدريس قال: لا مهر لها ولا متعة^(٢).

٥٢١٥ . الثالث عشر: المدخول بها لا متعة لها، بل إن كان لها مسمّى ثبت خاصّة دون المتعة، وإن لم يكن لها مسمّى ثبت مهر المثل خاصّة دون المتعة، لكن يستحبُّ لها المتعة في الموضعين، وعليه حملنا الرواية^(٣) الدّالة عليه وقوله تعالى: (وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ)^(٤) لقريظة الإحسان^(٥).

١ . لاحظ الوسائل: ١٥ / ٣٢، الباب ٢١ من أبواب المهور، الحديث ٣ .

٢ . السرائر: ٥٨٧ / ٢ .

٣ . الوسائل: ١٥ / ٥٥ ، الباب ٤٨ من أبواب المهور ، الحديث ٥ .

٤ . البقرة: ٢٤١ .

٥ . لكن الإحسان ورد في آية أخرى أعني قوله: (لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ... متاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ)البقرة: ٢٣٦ .

صفحة ٥٦٨

الفصل الخامس: في الثابت للمطلقات

وفيه عشرون بحثاً:

٥٢١٦ . الأول : إذا تزوّج وطلّق قبل الدخول ، فإن لم يكن سمى شيئاً ، ثبت لها المتعة كما تقدّم ، وإن كان قد سمى المهرَ ثبت لها نصفه وسقط عن الزوج نصفه .
وإن كان الطلاق بعد الدخول ، فإن كان قد سمى ، ثبت ما سمّاه إن كان صحيحاً ، وإلاّ القيمة ، وإن لم يكن سمى ، ثبت لها مهرُ المثل. إذا عرفت هذا فنقول:
إذا أصدقها عيناً وطلّقها قبل الدخول بعد تسليم الصداق إليها ، فإن كان بحاله ، رجع في نصفه ، وإن كان ناقصاً نقصان عين ، تخيّر بين الرجوع بنصف العين أو بالأقلّ من قيمة العين ما بين يوم العقد والإقباض ، وإن كان نقصان قيمة ، لم يكن له الرجوع بالتفاوت ، بل حقّه في العين خاصّة ، وإن كان زائداً زيادةً منفصلةً ، كالولد والثمره ، كانت الزيادةُ بأجمعها لها ، ورجع بنصف العين خاصّة .
وإن كانت متصلةً ، كالسمن وتعلّم الصنعة ، تخيّر بين إعطائه نصف العين مع الزيادة ، وبين إعطائه القيمة ، فإن أعطته نصف العين ، وجب عليه أخذها ، لأنّه حقّه وزيادة ، وإن امتنعت ، تردّد الشيخ في إجبارها وعدمه ، والأقربُ عندي عدمُ إجبارها وأخذ القيمة منها ، وليس ها هنا نماء لا يتبع الأصل ويمنع من الرجوع إلاّ في هذه المسألة.

صفحة ٥٦٩

وإن زاد من وجه ونقص من آخر ، مثل أن سمت ونسيت صنعة ، تخيّر كلّ منهما ، فإن اتّفقا على نصف العين جاز ، وإن امتنعت من تسليم نصفها أو امتنع هو من الرجوع في النصف ، كان لهما ذلك ، وعلى تقدير الامتناع من أحدهما يرجع الزّوج بنصف القيمة خاليةً عن النقص والزيادة .
وإن طلّقها بعد تلف العين في يدها ، فإن كانت مثليّةً ، رجع بنصف المثل ، وإن لم تكن مثليّةً ، رجع بأقلّ الأمرين من قيمتها حين العقد إلى حين التسليم .

وإن طلّقها والعينُ في يده بحالها ، كان لها نصفها ، وإن زادت زيادةً منفصلةً ، فالزيادةُ بأجمعها لها ، ولها نصف العين ، وإن كانت متصلةً ، تخيّر بين أخذ النصف ودفع الآخر ، وبين أخذ الكلّ

وإعطائه قيمة النصف غير زائد ، وإن نقصت ، تخيّر بين أخذ نصف العين ناقصةً - والأقوى أنّ لها الأرش - وبين أخذ نصف القيمة غير ناقص .

وإن زادت من وجه ونقصت من آخر ، تخيّر بين أخذ نصفه وإعطائه الآخر - فيجبر عليه (١) حينئذ ، لأنّ النقص مضمون عليه - وبين فسخه ومطالبته بنصف القيمة ، والأقوى أنّ لها أيضاً الرجوع في نصف العين مع أرش النقصان ، ولا تُجبر بالزيادة .

وكلّ موضع حكمنا فيه للزوج بالقيمة ، فإنّما ثبت له أقلّ القيمتين من يوم العقد ويوم الإقباض.

٥٢١٧ . الثاني: إذا طلقها قبل الدخول ، قال الشيخ (رحمه الله): الأقوى أنّه يملك

١ . في «أ»: فتخيّر عليه .

صفحة ٥٧٠

النصف بغير اختياره، (١) فنماء النصف من حين الطلاق له ، ويحتمل أنّه يملك أن يملك (٢) فالنماء المتجدد بعد الطلاق بأجمعه لها إلى حين الاختيار ، ولا يفتقر في تمكّن الزوج للنصف إلى حكم الحاكم ، ولا في تضمينها (٣) إيّاه .

ولو تجدد العيب في يدها بعد الطلاق ، فإن فرطت بإهمالها بعد مطالبته ، ضمنّت النقصان قطعاً ، وكذا لو لم يطالب على إشكال ضعيف .

٥٢١٨ . الثالث: لو أصدقها نخلًا حائلاً فأثمر في يدها ، ثمّ طلقها قبل الدخول ، فإن طالباها بنصف النخل ونصف الثمرة ، لم يكن له ذلك ، ويكون حقّه في نصف قيمة النخل خاصةً .

وإن بذلت نصف العين ونصف الثمرة ، لزمه القبول ، سواء كان النخل مؤبّراً أو غير مؤبّر .

وإن طلب قطع الثمرة ليرجع في نصف العين فارغةً ، لم يلزمها ذلك .

١ . المبسوط: ٤ / ٢٧٩ .

٢ . وفي المبسوط: أنّه بالطلاق قبل الدخول كالشفيع ، فإنّه بالبيع ملك أن يملك ، كذلك الزوج ملك أن يملك إلا الميراث . المبسوط: ٤ / ٢٧٩ .

٣ . في «ب»: ولا في تضمّنها .

صفحة ٥٧١

ولو قالت: أنا أقطع الثمرة الآن ليرجع في النصف ، أُجبر على ذلك ، وكذا لو كانت جاريةً فسمنت ثمّ هزلت ، فعليه قبض النصف .

ولو طلبت الصبر منه لتدرك الثمرة ، ثمّ يرجع في العين ، لم يلزمه .

ولو بذل تأخير الرجوع إلى وقت الجذاذ ليرجع في نصف العين ، لم يلزمها ذلك.
ولو قال: أنا أرجع في النصف وأقبضه ليزول عنك الضمان ، ثم أدفعه إليك ، ويكون حقّي أمانةً
في يدك ، والثمرة بأجمعها لك ، فالأقوى إجبارها عليه.
ولو طلب الرجوع في نصف النخل دون الثمرة ، ويكون النصف في يده ، وتبقى الثمرة إلى
الجذاذ، كان له ذلك، وكذا البحث في الشجرة المثمرة .
ولو أصدقها نخلاً حاملاً إمّا مؤبّراً أو غير مؤبّر ، ثم طلقها بعد الزيادة، كان حكمها حكم النماء
المتّصل، وقد سلف.

٥٢١٩ . الرابع: لو أصدقها أرضاً فحرثتها ، ثم طلقها قبل الدخول ، لم يجب عليها دفع العين
للزيادة بالحرث المتّصل، ولو اختارت تسليمها بالزيادة ، لزمه القبول بخلاف النخل المثمر.
ولو زرعت الأرض أو غرستها ، كان حكمها حكم النخلة إذا أثمرت عندها وقد تقدّم إلا في
شيء واحد ، وهو أنّه إذا دفعت نصف الأرض المزروعة، لم يجب عليه القبول، لاشتغاله بما
أودعته.

ولو طلقها بعد الحصاد ، لم يجبر على قبول العين إن كان قد أضرّ الزرع بها ، وإلا أجبر ، وكذا
لو طلقها أو ان الحصاد.

٥٢٢٠ . الخامس: إذا كان الصداق جاريةً حائلاً أو بهيمةً فحملت في يده وولدت ، ثم طلقها قبل
الدخول ، كان الولد بأجمعه لها ونصف عين الأم ، ولو زادت الأم ، كان لها دفع نصف القيمة ، وإن
نقصت رجعت بأرش النقصان .

وإن تلف الولد في يده ، رجعت بقيمته عليه ، سواء منعها أو لم تطالبه.
ولو تلفت الأم خاصةً أخذت الولد ، ورجعت بنصف قيمة الأم.

صفحة ٥٧٢

ولو كانت حاملاً بمملوك ثم طلقها قبل الدخول ، تخيّرت المرأة بين ردّ نصف الأمّ ونصف
الولد ، وبين ردّ قيمة نصفهما^(١) ويقوم الولد حين الوضع ، والزيادة في الرّحم غير معتبرة.
ولو كانت الأمة حاملاً ثم طلقها بعد الحمل قبل الوضع ، كان لها إلزامه بنصف القيمة ،
لحدوث^(٢) النقص بالحبل ، وأخذ الجميع ودفع نصف القيمة للزيادة أيضاً به ، وإذا رجعت بالقيمة ،
احتمل رجوعها بأكثر القيمة من حين العقد إلى حين الطلاق وبنصف المهر خاصةً.

٥٢٢١ . السادس: إذا قبضت الصّداق ، ثم ارتدّت قبل الدخول ، رجع بالمهر أجمع ، فإن زاد
زيادةً منفصلةً، كانت الزيادة لها ، وإن كانت متّصلةً ، تخيّرت بين ردّ العين مع الزيادة ، وبين ردّ
القيمة من دون الزيادة.

٥٢٢٢ . السابع: يجوز للمرأة أن تتصرّف في الصداق قبل القبض ، فلو باعته أو وهبته ثم رجع
إليها فطلقها قبل الدخول ، رجع في نصف العين.

٥٢٢٣ . الثامن: إذا كان المهرُ جارياً فولدت في يده ، ثم طَلَّقها قبل الدخول ، رجع في نصف الجارية دون الولد ، سواء كان للولد سبع سنين أو أقلّ، لكن يكره التفرقة ، ويستحبّ له أخذ قيمة النصف ، وليس واجباً، خلافاً للشيخ في بعض أقواله.(٣)

٥٢٢٤ . التاسع: إذا تزوّج الذمّي على خمر وقبضتها ، فصارت خلاً ثم طَلَّقها قبل الدخول ، رجع الزوج بنصف العين ، ويحتمل عدم الرجوع بشيء،

١ . في «ب»: نصفها.

٢ . في «ب»: بحدوث .

٣ . لاحظ المبسوط: ٤ / ٢٨٣ - ٢٨٤ .

صفحة ٥٧٣

لأنّه زاد فسقط حقُّه من العين ، ولا قيمة للمسمّى، ولو استهلكت الخلّ، ثم طَلَّقها ، لم يرجع بشيء قطعاً ، لأنّ حقّه مع استهلاك العين في القيمة حين العقد.

٥٢٢٥ . العاشر: لو أصدقها خشباً فشقته أبواباً، فزادت، فطَلَّقها قبل الدخول ، سقط حقّه من العين، فإن بذلت نصفها، لم يلزمه القبول.

أمّا لو أصدقها سبيكة فصاغتها ، فبذلت له النصف من العين، لزمه القبول.

ولو أصدقها حليّاً ، فكسرتة وصاغته على ما كان عليه، لم يكن له الرجوع في العين، لأنّ صياغتها زيادةً ، ويحتمل رجوعه في نصف العين ، لأنّه لم تحصل زيادة على ما ملكته منه ، وكذا لو كانت الجارية سميئةً فهزلت ، ثمّ سمتت.

أمّا لو صاغتها على غير تلك الصفة الأولى، فللزواج المطالبة بنصف القيمة ، ولها المنع من الرجوع في نصف العين .

ولو أصدقها صيداً بريّاً - وهما حلالان - فأحرم، ثم طَلَّقها، عاد الصيد إلى ملكه ، ولزمه إرساله.

٥٢٢٦ . الحادي عشر: لو رهنت الصداق فطَلَّقها، لم يكن له فسخُ الرهن ، وكذا لو وهبته وأقبضت ، وإن لم تقبض ففي إجبارها على الفسخ نظرٌ ، وكذا لو باعته بخيار لها ، فطَلَّق في مدّة الخيار.

ولو أجرته، لم يكن له فسخُ الإجارة ، ورجع في نصف القيمة ، ولو أمهلها حتّى تخرج المدّة ، لم يلزمها ذلك، لأنّه يكون مضموناً عليها، ولها الامتناع منه على إشكال ، إلاّ أن يقول: أنا أقبضه وأردّه إلى المستأجر أمانةً ، فله ذلك.

صفحة ٥٧٤

٥٢٢٧ . الثاني عشر: لو طَلَّقها بعد تدبير المهر ، لم يرجع في النصف على إشكال، أما لو أوصت به، فإن له الرجوع في العين قطعاً، ولو طَلَّقها بعد رجوعها في التدبير، فإنه يرجع في العين قطعاً، ولو طَلَّقها قبل الرجوع، ثم رجعت بعد أن أخذ الزوج القيمة، سقط حَقُّه من العين، وإن كان قبله، احتمل أن يأخذ حَقُّه من العين، وعدمه، لثبوت حَقِّه في القيمة، وقوى الشيخ الأوَّل (١) ولو طَلَّقها بعد عتقه، رجع بنصف القيمة خاصّة.

٥٢٢٨ . الثالث عشر: إذا زَوَّج الرجل ابنه الصغير على مهر معلوم، وكان الولد موسراً، تعلّق المهر بدمّة الولد، ولزمه في ماله، وإن كان معسراً تعلّق بدمّته، ويكون الأب ضامناً، فإن مات الأب خرج المهر من أصل تركته، سواء بلغ الولد وأيسر، أو مات قبل ذلك، فلو دفع الأب المهر عن الصبي للضمان أو تطوّعاً، وبلغ الصبي فطلق قبل الدخول، أو ارتدت المرأة، رجع المهر كلّهُ أو نصفه إلى الابن، لأنّ دفع الأب يتضمّن هبته للابن، وهذا كما لو قال: أعتق عبدك عني، ففعل، فإنه يُعتق عن الأمر، وولاؤه له دون المأمور، ولا يحتاج الأب إلى استدعاء الابن، لولايته عليه بالصغر، فإن عاد إلى الابن لم يكن للأب الرجوع فيه، سواء عادت العين أو القيمة. ولو قال الأب: إنّما دفعته لأرجع به، قيل قوله، لأنّه أمين عليه. ولو أصدق الأب عيناً من ماله عن ابنه الصغير، جاز، وملكها الابن، فلو رجعت إليه كان الحكم ما تقدّم .

١ . المبسوط: ٤ / ٢٩٠ .

صفحة ٥٧٥

ولو طَلَّق الولد قبل دفع الصداق، فإن كان موسراً، لزمه نصف المسمّى، وإن كان معسراً، أو ضمن الأب عنه، وجب على الأب دفع النصف.

ولو أدّى الأب عن ولده الكبير المهر تبرّعاً، أو أجنبيّ كذلك، برئ الولد، فإن طَلَّق، رجع إليه النصف، ولم يكن للأب انتزاعه ولا للأجنبيّ، مع احتمال ثبوته لهما، لأنّ الكبير لا يملك إلا باختياره، وإنّما أسقط عنه الحقّ، فإذا سقط نصفه رجع النصف إلى الدافع، وفيه قوّة.

٥٢٢٩ . الرابع عشر: لو تزوّج السّفية أو المحجور عليه بغير إذن الولي، لم يصحّ النكاح، ولو أجازَه الولي فعلى بعض أقوال الشيخ لا تصحّ الإجازة، لوقوعه فاسداً، وكذا المجنون، ولا مهر هنا (١) فإن دخل أحدهم، قال الشيخ: عليه مهر المثل، لأنّه يجري مجرى الإتلاف، ثم قوى عدّمه أيضاً، لأنّها رضيت ببذله فلا عوض لها. (٢)

٥٢٣٠ . الخامس عشر: إذا دخل الرّوَج دخولاً يوجب الغسل قبلاً أو دُبُرًا، وجب المهر كمالاً، وإن طَلَّق قبل الدخول، وجب نصف المهر، ولا خلاف في التقديرين، أمّا لو لم يدخل بها ولكنّه خلا

وأرعى الستر ثم طلقها، فيه قولان: أحدهما يجب عليه نصف المهر، والثاني يجب كلاً، وبهما روايات (٣) والأقرب الأول.

ولو خلا بها وادعت الدخول، فالأقرب أن القول قول الزوج مع اليمين.

١ . المبسوط: ٤ / ٢٩٣ ؛ والخلاف: ٤ / ٣٧٣، المسألة ١٤ من كتاب الصداق .

٢ . المبسوط: ٤ / ٢٩٣ ؛ والخلاف: ٤ / ٣٧٣، المسألة ١٤ من كتاب الصداق .

٣ . لاحظ الوسائل: ١٥ / ٦٧، الباب ٥٥ من أبواب المهور، أحاديث الباب .

صفحة ٥٧٦

ولو جامعها بين الفخذين ولم يُولج، فالأقرب نصف المهر أيضاً، فإن سبق الماء إلى فرجها أو استدخلته، فحملت منه، فإن العدة تجب قطعاً، وهل يجب كمال الصداق؟ فيه إشكال.
وعلى هذا لو أتت بولد يمكن أن يكون منه، ولم ينفه، ولكنه أنكر الوطء في الفرج، كان في المهر الإشكال.

٥٢٣١ . السادس عشر: لو دبر عبده ثم جعله صداقاً، انفسخ تدبيره على ما اخترناه نحن، وعند الشيخ التدبير باق، فإذا طلقها قبل الدخول، صار بينهما نصفين، (١) فإذا مات المولى تحرر، والمعتمد ما قلناه.

٥٢٣٢ . السابع عشر: لو طلقها بائناً، أو خالعهما بعد الدخول ثم تزوجها في عدته بمهر جديد، صح، فإن طلقها قبل الدخول بها، كان لها نصف المهر.

٥٢٣٣ . الثامن عشر: لو تزوجها بعبدتين، فمات أحدهما في يدها، وطلقها قبل الدخول، رجع عليها بنصف الموجود ونصف قيمة الميت، ولو أعطاهما عوضاً عن المهر عبداً أبقاً وشيئاً آخر، ثم طلقها قبل الدخول، رجع بنصف المسمى دون العوض، وكذا لو أعطاهما متاعاً أو عقاراً، فليس له إلا نصف ما سمّاه.

٥٢٣٤ . التاسع عشر: إذا مات الزوج قبل الدخول، استحقت المرأة المهر كلاً، ويستحب لها ترك نصفه .

ولو ماتت هي قبل الدخول، قال الشيخ: كان لأوليائها نصف المهر. (٢) وقال

١ . لاحظ المبسوط: ٤ / ٢٩٠ .

٢ . النهاية: ٤٧١ .

صفحة ٥٧٧

المفيد في أحكام النساء^(١): يكون لورثتها المهر كماً،^(٢) وهو اختيار ابن إدريس،^(٣) وهو قويٌّ. ولو ماتت المرأة بعد الدخول، ولم تكن قبضت المهر، ولا طالبت به، كره لورثتها المطالبة به، وليس بمحذور.

٥٢٣٥ . العشرون: المريض يصح نكاحه، فإن تزوج في مرضه ودخل، لزمه المهر كماً، وورثته المرأة، وإن لم يدخل ومات في مرض العقد، بطل، ولا ميراث لها ولا مهر.

الفصل السادس: في عفو المرأة

وفيه ستّة مباحث:

٥٢٣٦ . الأول: يجوز للمرأة البالغة الرشيدة أن تعفو عن جميع حقّها وعن بعضه، وكذا الذي بيده عُقْدَةُ النكاح، وهو الأب أو الجدُّ للأب، أو وكيل المرأة على قول، إلا أن الذي بيده عُقْدَةُ النكاح ليس له أن يعفو عن جميع المهر ولا عن جميع النصف مع الطلاق قبل الدخول، بل له أن يعفو عن البعض من النصف قبل الدخول.

١ . قال في الذريعة إلى تصانيف الشيعة: ١ / ٣٠٢: استظهر شيخنا العلامة النوري من كلامه في

ديباجة الكتاب أنه كتبه للسيدة الجليلة أم الشريفة الرضي والمرتضى فاطمة بنت الحسين.

٢ . نقله عنه الحلّي في السرائر: ٢ / ٥٨٥ .

٣ . السرائر: ٢ / ٥٨٥ - ٥٨٦ .

صفحة ٥٧٨

وانما يصحّ عفوّه بشرائط.

أن تكون المرأة صغيرة، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا.

وكان الولي أباً أو جدًّا.

ولا يكون الزوج قد وطأها، لأنّه بالوطء تلف بدل المهر.

ويكون بعد الطلاق، لأنّه قبله معرضٌ لإتلافه.

أمّا المرأة الرشيدة فإنّها مالكة للعفو مطلقاً، وكذا الزوج له أن يعفو عن النصف الذي يستحقّه

بالطلاق، وليس لوليّه ذلك إن حصل الطلاق.

٥٢٣٧ . الثاني: إذا عفا الزوج عن نصيبه، أو الزوجة عن نصيبها، فإن كان المهر موجوداً، لم

يخرج عن ملك أحدهما بمجرد العفو، لأنّه هبة، ففتقر إلى القبض، أمّا لو كان ديناً على الزوج، أو

تلف في يد الزوجة، فإنّ العفو كاف، لأنّه إبراء، ولا يفتقر إلى القبول، ولو عفا الذي عليه المال لم

ينتقل عنه نصيبه إلا بالتسليم.

٥٢٣٨ . الثالث: إذا كان الصداق عيناً في يده، وكان العافي المرأة، صحّ بلفظ العفو والهبة والتملك، دون الإبراء والإسقاط،^(١) ويفتقر إلى القبول لا إلى مضيّ زمان يمكن فيه القبض . وإن كان العافي الزوج، وقلنا يملك بالطلاق، صحّ بلفظ العفو والهبة والتملك دون الإبراء والإسقاط، وافتقر إلى القبول والإقباض، وإن قلنا يملك أن يملك صحّ أيضاً بلفظ الإسقاط والإبراء.

١ . في «أ»: لا بلفظ الإبراء أو الإسقاط .

صفحة ٥٧٩

وإن كان في يدها وعفت، افتقر إلى لفظ التملك والقبول والإقباض، وإن كان هو العافي، افتقر أيضاً إلى ذلك عند الإقباض إن قلنا يملك بالطلاق، وإن قلنا يملك أن يملك، كفاه إسقاط حقّه قبل الاختيار.

وإن كان ديناً في ذمّة الزوج، وعفت المرأة عن حقّها ونصفه، صحّ بلفظ العفو والإسقاط والإبراء والتملك وأشبه ذلك، ولا يفتقر إلى القبول.

وإن عفا الزوج لم يصحّ إن قلنا إنّه يملك بالطلاق، وإن قلنا إنّه يملك بالاختيار، وعفا قبل الاختيار، سقط حقّه، وثبت المهر بأجمعه، وإن كان في ذمّتها، فإن عفا الزوج صحّ، وإن عفت هي لم يصحّ .

٥٢٣٩ . الرابع: إذا عفا الزوج عن المهر قبل الطلاق أو عن بعضه لم يصحّ، سواء كان ديناً أو عيناً، فإن طلق بعد ذلك قبل الدخول، كان له المطالبة بحقّه، ولو عفت المرأة عنه أو عن بعضه صحّ عفوها ديناً أو عيناً، فإذا طلقها قبل الدخول، فإن كانت قد عفت قبل الطلاق عن جميع المهر، رجع الزوج عليها بنصفه، سواء كان ديناً أو عيناً، وإن كانت قد عفت عن النصف لم يردع عليها بشيء، ولا ترجع هي أيضاً عليه بشيء، إن كان ديناً غير مقبوض، وإن كان عيناً كانت بينهما.

ولو وهبته صداقها قبل الدخول ثم ارتدّت، فالأقرب رجوعه عليها بجميع الصداق.

ولو خالعتها قبل الدخول بجميع مهرها، رجع عليها بالنصف، سواء كان الصداق عيناً أو ديناً مقبوضاً أو غير مقبوض، وإن خالعتها على نصفه، فإن كان^(١)

١ . في «ب»: وكان .

صفحة ٥٨٠

دينياً برئت ذمّته منه أجمع، ولا يرجع عليها بشيء، وإن كان عيناً كانت بينهما.

٥٢٤٠ . الخامس: مفوضة البضع إذا أبرأت الزوج من مهر المثل، فإن كان بعد الدخول صحّ الإبراء، وإن لم يعلم كميته، وإن كان قبله لم يصحّ، لعدم ثبوته، وكذا لو أبرأته من حقّها من المطالبة بمهر المثل، ولو أبرأته عن المتعة قبل الطلاق، لم يصحّ، ولو أبرأته منها بعده صحّ .
ولو تزوّجها وذكر مهرأ صحيحاً ثمّ أبرأته منه، صحّ الإبراء، ولو أبرأته من غير جنسه، مثل أن كان دنائير فأبرأته من الدراهم لم يصحّ، وإن كان مهرأ فاسداً، وثبت مهر المثل، فأبرأته منه صحّ، وكذا لو أبرأته من بعضه إذا كان البعض معلوماً، كالنصف وشبهه، وإن لم يعلم كميّة المهر .
ولو تزوّجها على مشاهدة غير معلوم المقدار، صحّ، فلو تلف في يده فأبرأته منه، صحّ قبل الطلاق وبعده، لأنّ الإبراء لا يستدعي العلم بالمقدار، وكذا لو أبرأه^(١) من مائة وهو لا يعلم بها، كأنه أتلف عليه شيئاً لا يعلم به، ففي صحّة الإبراء إشكالٌ ينشأ من مصادقة الإبراء الثبوت في الذمّة فيصحّ، ومن أنّه أبرأ ممّا يعتقد أنّه ليس له عليه فلم يصحّ، وكذا البحث لو باع مال مورثه وقد انتقل إليه بموته ولم يعلم.

٥٢٤١ . السادس: يستحبّ تقديم المهر قبل الدخول، فإن دخل قبله كان دئيّاً عليه، ولم يسقط بالدخول، سواء طالّت المدّة أو لا، وسواء طالبت به أو لا .

١ . في «أ»: وكذا لو أبرأته .

صفحة ٥٨١

الفصل السابع: في اختلاف الزوجين

وفيه عشرة مباحث :

٥٢٤٢ . الأول : إذا اختلفا في أصل المهر، بأن ادّعت استحقاق مهر في ذمّته، وأنكر هو، فإن كان قبل الدخول، فالقول قولُه مع يمينه إذا لم تكن هناك بيّنة، عملاً بالبراءة الأصليّة مع إمكان تجرّد العقد عن المهر.

ولو كان بعد الدخول فالمشهور أنّ القول قولُه أيضاً، عملاً بالبراءة، وعندني فيه إشكالٌ، والأقربُ فيه أن يُستفسر هل سمّى أم لا؟ فإن ذكر تسميته، كان القول قولُه مع اليمين، وإن ذكر عدمها ألزم مهر المثل، وإن لم يجب بشيء حُيسَ حتّى يبيّن .

ولا إشكال لو قدره بأقلّ ما يصلح أن يكون مهرأ.

ولو قال: هذا ابني منها، ففي وجوب مهر المثل نظر.

٥٢٤٣ . الثاني: لو اختلفا في قدره أو وصفه أو جنسه ولا بيّنة، فالقول قولُه مع اليمين، سواء كان قبل الدخول أو بعده، وافق أحدهما مهر المثل أو لا .

ولو أقام كلُّ منهما بيّنة على ما يدّعيه، فالأقربُ تقديم بيّنتها مع اليمين.

٥٢٤٤ . الثالث: لو ادّعى إقباض المهر وأنكرته، فالقول قولها مع اليمين، سواء كان قبل الدخول، أو بعده. وفي رواية عندنا أنّ القول قوله بعد الدخول،^(١)

١ . الوسائل: ١٥ / ١٥، الباب ٨ من أبواب المهور، الحديث ٧ .

صفحة ٥٨٢

ولو دفع قدر المهر فقالت: دَفَعْتُه هَبَةً وقال: بل صداقاً، فالقول قولها مع اليمين.
٥٢٤٥ . الرابع: إذا مات الزوجان، واختلف ورثتهما، كان الحكم حكمهما لو اختلفا، وكذا لو مات أحدهما واختلف الآخر وورثة الميت.

٥٢٤٦ . الخامس: إذا خلا بها فادّعت المواقعة، فإن أمكن للزوج إقامة البيّنة على الإنكار^(١) بأن تدّعي المواقعة فُبُلّاً، وهي بكر، فيقيم بيّنة على بقاء البكارة، فالحكم للبيّنة، وإلا كان القول قولها مع اليمين، عملاً بالأصل، وهو عدم المواقعة، وقيل: القول قولها، عملاً بشاهد الحال في خلو الصحيح بحليلته.^(٢)

٥٢٤٧ . السادس: لو تزوّجها على تعليم سورة أو صنعة، فقالت: علّمني غير الصداق، فالقول قولها مع اليمين، ولا أجر له على تعليمها ما ادّعته.

٥٢٤٨ . السابع: لو أقامت بيّنة على أنه تزوّجها في وقتين بمهرين، فادّعى تكرار العقد الواحد، وادّعت المغايرة، فالقول قولها مع اليمين، سواء اتفق المهران جنساً ووصفاً وقدرًا، أو اختلفا، وهل يجب المهران كماً أو مهر ونصف؟ فيه نظر، وكذا لو أقام بيّنة أنه باعه الثوب بعشرين يوم الخميس، وبثلاثين يوم الجمعة، لزم المشتري الثمنان لإمكان رجوعه إلى البائع.

٥٢٤٩ . الثامن: يجوز لوليّ الصغيرة والمجنونة قبض مهرهما، وتبرأ ذمّة الزوج بذلك، أمّا الكبيرة الرشيدة، فليس للأب ولا لغيره قبض مهرها، سواء كانت بكراً أو ثيباً إلا بإذنها.

١ . في «أ»: على الإبكار .

٢ . لاحظ النهاية: ٤٧١ ؛ وإصباح الشريعة: ٤٢٤ - ٤٢٥، ولاحظ الأقوال حول المسألة في المختلف: ٧ / ١٥٥ - ١٥٩، وللمصنف تحقيق حول المسألة فراجع ؛ وجواهر الكلام: ٣١ / ١٤١ .

صفحة ٥٨٣

٥٢٥٠ . التاسع: إذا وطأها فأفضاها، فإن كان قبل بلوغها، حرمت عليه أبداً، ولو لم يُفضها لم تحرم، ويجب عليه المهر فيهما والدية في الأوّل والإنفاق حتّى يموت أحدهما.

ولو كان بعد بلوغها، لم تحرم، ووجب عليه المهر، ولها منعه حتى يبرأ بزراً تأمن معه النكاحية (١) فإذا اندمل محكماً لزمها تمكينه، فإن اختلفا فقال الزوج: اندمل اندملاً محكماً، وأنكرت، فالقول قولها مع اليمين، قال الشيخ: ولادية، وعندني فيه نظر، ثم قال: هذا إذا كان في عقد صحيح أو عقد شبهة، فإن كان مكرهاً لها، فعليه الدية على كل حال ولا مهر، (٢) والأقرب وجوبه عليه.

٥٢٥١ . العاشر: لو كان في ملكه أبوها وأُمها، فقال: أصدقك أباك، فقالت: بل أُمي، حلف وعُتق الأب .

الفصل الثامن: في الوليمة

وهي مشتقة من الولم وهو القيد، سمي بذلك، لأنه يجمع ويضم، وهي هاهنا كذلك، لأن فيها اجتماع الزوجين .

وهي تقع على كل طعام يتخذ لحادث سرور، واشتهر استعمالها في طعام

١ . في الحديث: المؤمن لا ينكي الطمع قلبه؛ أي لا يجرحه فيؤثر فيه كتأثير الجرح بالجروح. مجمع البحرين .

٢ . الخلاف: ٤ / ٣٩٥، المسألة ٤١ من كتاب الصداق.

صفحة ٥٨٤

العرس؛ وسمي الطعام عند الولادة، الخرس؛ وعند الختان، العذيرة؛ وعند القدوم، النقيعة؛ وعند البناء، الوكيرة؛ وعند حلق رأس المولود يوم السابع، العقيقة؛ وعند حذاق الصبي، الحذاق. (١)

وليس شيء من هذه الأطعمة واجباً بالإجماع إلا عند السيد المرتضى قدس الله روحه في العقيقة، فإنه أوجبها. (٢) وليس بمعتمد، بل هذه الأطعمة كلها مستحبة .

وإجابة الداعي إلى الوليمة وغيرها مستحبة ليست واجبة على الأعيان ولا على الكفاية، سواء كان الداعي مسلماً أو ذمياً، ولو دعاه اثنان استحب إجابة السابق، فإن اتفقا أجب الأقرب إلى داره .

ولو كان المدعو صائماً، فإن كان واجباً، استحب الحضور لا للأكل، وإن كان تطوعاً، كان إفطاره عنده أفضل .

ولا يجب على الحاضر الأكل، سواء كان صائماً تطوعاً أو مفطراً بل يستحب .

ولو علم اشتغال الوليمة على المنكر كشرب الخمر وضرب العود والمزامير، حرم عليه الحضور إلا أن يعلم أنه يزول بإنكاره، فيحضر ويُنكر، ولو لم يعلم فحضر وشاهد المنكر، فإن أمكنه إزالته وجب، وإن لم يمكنه، وجب عليه الخروج، وإن لم يتمكّن جلس ولا إثم عليه بالسماع وغيره ما لم يستمع.

- ١ . يقال لليوم الذي يختم فيه الصبيّ القرآن: هذا يوم حذاقه . لسان العرب: ٣ / ٩٤ .
٢ . الانتصار: ٤٠٦ ، المسألة ٢٣٣ - كتاب الصيد والذباح - .

صفحة ٥٨٥

ولو كان في الدار صورٌ منقوشةٌ غير ذات أرواح، كالشجر وغيره، جاز له الحضور، ولو كان فيها صور الحيوان، فإن كان مما يُوطأ جاز الحضور أيضاً، وإن كان على الستور أو على غير موطوء أو ما يتكأ عليه، قال الشيخ (رحمه الله) لم يجز الحضور^(١).
ولا يكره الدخول إلى دار مسترة الجدران بالستور لغير حاجة^(٢).

- ١ . المبسوط: ٤ / ٣٢٣ .

٢ . في «أ»: بغير حاجة .

صفحة ٥٨٦

صفحة ٥٨٧

المقصد السادس : في القسم والنشوز والشقاق

وفيه فصول :

الفصل الأول: في القسم

وفيه واحد وعشرون بحثاً:

٥٢٥٢ . الأول : لكل من أحد الزوجين حقٌّ على الآخر يجب عليه القيامُ به لصاحبه، فحقُّ الرَّجُل على المرأة التمكينُ من الاستمتاع، وأن لا تخرج من بيته إلا بإذنه .
وحقُّ المرأة المهرُ والنفقةُ والكسوةُ والسكنى والإخداًمُ والقسمَةُ، فيجب على كل واحد منهما أن يكفَّ عمَّا يكرهه صاحبه من قول أو فعل، وأن يُؤقِّي الحقوقَ من غير استعانةٍ بغيره ومرافعةٍ إلى الحاكم، وأن لا يظهر الكراهية في تأدية الحقِّ، بل يؤدِّيهِ باستبشار وانطلاق وجهه، وأن لا يمتل صاحبه من حقوقه مع قدرته عليها، فإن مطل حينئذٍ أثم .

٥٢٥٣ . الثاني: قال الشيخ: القسم لا يجب ابتداءً، بل له أن يبيت عند

صفحة ٥٨٨

أصدقائه أو في المساجد إلا أن يريد أن يبتدئ بواحدة منهن في المبيت، فيجب عليه القسمة حينئذ (١) وهو حسن. وقيل: القسمة تجب ابتداءً (٢) إذا عرفت هذا فالقسمة حقّ على الزوج، سواء كان حرّاً أو عبداً، وسواء كان خصياً، أو عتيماً، أو سليماً، وسواء كان عاقلاً، أو مجنوناً، لكن المجنون يقسم عنه الولي، فمن كانت له زوجة واحدة كان لها ليلة من أربع ليال، وله ثلاث، يبيت فيها أين شاء.

ولو كانت له زوجتان، كان لهما ليلتان، وله ليلتان، إن شاء يبيتها عند إحداهما، أو يقسمهما عليهما، أو عند غيرهما.

ولو كان له ثلاث، كانت الرابعة له يضعها أين شاء .

ولو كان له أربع، كان لكل واحدة ليلة، لا يجوز له الإخلال بها، إلا مع العذر، أو السفر، أو الإذن منهنّ، أو من صاحبة الليلة.

٥٢٥٤ . الثالث: إذا وهبت إحدى الأربع ليلتها له، جاز، ويضعها أين شاء، وله الامتناع من قبول ذلك، لأنّ القسمة حقّ مشترك بين الزوجين.

ولو وهبت لإحدى الأربع غير معيّنة، أو للباقيات، أو أسقطت حقّها من القسم، صارت الليلة منصرفاً إليهنّ إلا في الأخيرة يبيت عند كلّ واحدة ليلةً، ثمّ يرجع إلى الأولى بعد يومين، وقد كان يرجع إليها بعد ثلاثة أيّام .

وإن وهبت لواحدة معيّنة صحّ، ولا يعتبر رضا الموهوبة لها ولا غيرها، فإن

١ . المبسوط: ٤ / ٣٢٥ - ٣٢٦ .

٢ . قال المصنف في المختلف: ٧ / ٣١٧: المشهور وجوب القسمة بين الأزواج، لأنّ كلام الأصحاب يعطي ذلك. وقال الشهيد في المسالك: المشهور بين الأصحاب وجوب القسمة ابتداءً للنّاسي بالنبي (صلى الله عليه وآله وسلم). المسالك: ٨ / ٣١١ - الطبع الحديث - .

كانت ليلة الموهوبة تلي ليلة الواهبة والى لها ليلتين، وإن لم تليها لم يكن له أن يُوالي لها ليلتين، ولو وهبت ثلاثاً منهنّ لياليهنّ للرابعة، كان عليه أن يتوقّر عليها، وليس له أن يبيت عند غيرها.

٥٢٥٥ . الرابع: لو رجعت الواهبة فيما مضى لم يصحّ، ولا يقضى لها، ولو رجعت في المستقبل جاز، حتّى لو رجعت في بعض الليل، كان عليه أن ينتقل إليها.

ولو رجعت ولم يعلم الزوج حتّى بات عند نساءه ليالي، لم يقض لها ما مضى قبل علمه.

٥٢٥٦ . الخامس: لو دفع إليها عوضاً عن ليلتها فقبلت، قال الشيخ: لم يصحّ وكان عليه أن يعدل

لها فيوقّيها ما ترك من القسم، لأنّها معاوضة على ما ليس بعين ولا منفعة، وإنّما هو مأوى (١).

٥٢٥٧ . السادس: إذا قسم بين نسائه، فالأقرب جواز أن يبتدىء بمن شاء منهنّ، حتّى يأتي عليهنّ، ثمّ تجب التسوية على الترتيب، وقيل: يبدأ بالقرعة،^(٢) والوجه حملُهُ على الاستحباب، فيقرع صاحب الزوجتين واحدةً، وصاحب الثلاث اثنتين وصاحب الأربع ثلاثاً.

٥٢٥٨ . السابع: الواجب في القسمة الكونُ عندهنّ والمضاجعةُ لهنّ، ويجب عليه التسوية في ذلك، أمّا الجماع فليس بواجب، لكنّ الأولى التسويةُ بينهما فيه، وكذا الأولى التسويةُ في فاضل النفقة عن الواجب.

١ . المبسوط: ٤ / ٣٢٥ .

٢ . ذهب إليه الشيخ في المبسوط: ٤ / ٣٢٦ .

صفحة ٥٩٠

٥٢٥٩ . الثامن: القسم إنّما يجب بالليل دون النهار، فليس له أن يدخل في ليلة إحداهما إلى الأخرى، وله أن يدخل بالنهار إلى من شاء منهنّ.

ولو كان معاشئهُ بالليل، كالحارس، والبزار^(١) ومن أشبههما قسم نهاراً وكان الليل في حقّه كالنهار في حقّ غيره.

٥٢٦٠ . التاسع: لو كان له زوجات حرائر وإماء، قسم للحرّة ليلتين وللأمة ليلةً، ولا يسوي بينهما في القسمة، ولو كانت الإماء ملك يمين لم تكن لهنّ قسمةً، وكذا لو كانت الزوجات متعة، لم تكن لهنّ قسمةً أيضاً، فلو بات عند أمته أو متعته ليلةً لم يقضها للزوجات، والذمّية كالأمة.

فلو كانت له زوجاتٌ مسلماتٌ وكتاباتٌ، قسم للمسلمة ليلتين وللكتابتية ليلةً، ولا يساوي بينهما. ولو كانت له زوجتان ذمّية حرّة وأمة مسلمة، كانتا سواء في القسمة، ولو بات عند الحرّة ليلتين، فأعتقت الأمة، ورضيت بالعقد، كان لها ليلتان، سواء عُتقت في أول الليل أو في أثنائه، ولو عتقت في آخر ليلتها، لم يبت عندها أخرى، لأنّها استوفت حقّها، واستأنف القسمة بينهما بالسوية.

ولو بات عند الأمة ليلةً، ثمّ أعتقت قبل استيفاء الحرّة، قيل: يقضي للأمة ليلةً، لأنّها ساوت الحرّة.

ولو وهبت الأمة ليلتها للزوج أو لبعض الضرائر، جاز، وليس للمولى فيه مدخل، كما لو وجدت الزوج عتيقاً، أو خصياً، أو مجبوباً فرضيت به، لم يكن للمولى الاعتراض.

١ . بائع التوابل، وكان التجوال بين الأزقة سائداً في تلك الأزمنة .

صفحة ٥٩١

٥٢٦١ . العاشر: النهار تابع لليلة الماضية، فلصاحبته نهاراً تلك الليلة، لكن له أن يدخل فيه إلى غيرها لحاجة، كعبادة أو دفع نفقة، أو زيارتها، أو استعلام حالها، أو لغير حاجة، وليس له الإطالة، والأقرب جواز الجماع، ولو استوعب النهار، قضاه لصاحبة الليلة، وكذا لو جار في القسمة، فإنه يقضي .

ولو جامع في الليل غير صاحبة الليلة، لم يقض الجماع، وكذا في النهار، وليس له الدخول ليلاً إلى غير صاحبة الليلة إلا لضرورة، فان استوعب الليلة قضى، ولو دخل لغير حاجة لم يُطل، فإن جامع في الزمان اليسير، لم يقض الجماع ولا الليلة.

٥٢٦٢ . الحادي عشر: الأولى أن يقسم ليلةً ليلةً، لأنَّ النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) كذا فعله، ولأنَّه أقربُّ لعهدنَّ به، فإذا أراد أن يقسم ليلتين أو ثلاثاً أو أزيد، فالوجهُ اعتبار رضاهنَّ، لما فيه من الإضرار والتعزير، إذ قد يحصل لبعضهنَّ القسم ويلحقه ما يقطع عن القسم للباقيات.

٥٢٦٣ . الثاني عشر: يقسم للرتقاء، والمريضة، والحائض، والنفساء، والمُحرمة، والمولى منها، والمظاهرة، لا الصغيرة، والناشزة، والمجنونة المطبقة، بمعنى أنه لا يقضي لهنَّ ما سلف، وكذا يجب على العتّين والمحبوب القسمة، فلو بات أحدهما عند إحداهنَّ قضى للباقيات.

٥٢٦٤ . الثالث عشر: يجب على الزوج أن ينزل كلَّ واحدة منزلاً بانفرادها، غير مشارك من زوجاته أو أقاربه، وليس له أن يُجبرَ إحدى زوجاته على السكنى مع الأخرى، ولو أسكنهما في خان أو دار كبيرة، وكان سكنى مثلهما جاز، وإلا فلا.

صفحة ٥٩٢

فإن نزل هو منفرداً عنهنَّ، جاز، ويتخيَّر بين المضيَّ إليهنَّ، وهو الأولى، والاستدعاء لهنَّ، وله أن يمضي إلى البعض، ويستدعي البعض .

فإن استدعى واحدةً منهنَّ فامتنعت، سقط حقُّها من القسم والنفقة، حتَّى تعود إلى طاعته، وكذا المجنونة يسقط حقُّها من القسم إن خاف على نفسه منها، وإلا فلا، وعلى وليها أن يسلمها للقسمة مع الأمن .

ولو سافرت بغير إذن، فهي ناشز، لا نفقة لها ولا قسم .

ولو سافرت معه بإذنه، أو لحاجة لها، أو في حاجته بإذنه، وإن كانت منفردة، كان لها النفقة والقسم .

ولو سافرت بإذنه لحاجة لها، فالأقرب أنَّ لها النفقة والقسم.

٥٢٦٥ . الرابع عشر: إذا كان للمجنون أربع زوجات، وابتدأ حال عقله، كان على الولي أن يطوف به على الباقيات ليوقيهنَّ حقوقهنَّ، وإن كان جنونه قبل القسمة، ورأى الولي ميلاً إليهنَّ، طاف به عليهنَّ، أو استدعاهنَّ إليه، أو حمله إلى بعضهنَّ، واستدعى البعض، وإن لم ير ميلاً إليهنَّ، لم

يطف به عليهنّ، فإن حملة إلى بعضهنّ، فقد جار، وعليه القضاء للآخر، فإن أفاق المجنون، قضى ما جار فيه الولي.

٥٢٦٦ . الخامس عشر: إذا خرج من عند صاحبة الليلة في أثناء الليل لضرورة، أو أكره على ذلك، قضى لها من الآتية مثل ذلك الزمان قدرأ، ويتخيّر بين أن يقضي في النصف الأوّل أو الأخير، لكن المستحبّ قضاء مثل ما فات زماناً، فإذا قضى من أوّل اللّيل، لم يبت باقي الليل عندها ولا عند غيرها، بل ينفرد عنهنّ،

صفحة ٥٩٣

وكذا، إن قضاه من آخره، لم يبت أوّله عند إجدهنّ إلاّ مع الضرورة، فيستمرّ عندها. ٥٢٦٧ . السادس عشر: إذا ظهر إضراره بالمرأة، أسكنها الحاكم إلى جنب ثقة ليطلّع على أحوالها، فيمنعه الحاكم من ظلمها، وكذا الزوج.

٥٢٦٨ . السابع عشر: للزوج منع زوجته من الخروج عن منزله إلاّ بإذنه، وعن عيادة أهلها وأقاربها في مرض وغيره، وعن حضور تجهيزهم وإخراجهم وتعزيتهم، لكن يكره له منعها عن مثل هذه الحقوق.

٥٢٦٩ . الثامن عشر: لو قسم للأربع ليلة (ليلة^(١)) فنشزت الرابعة بعد استيفاء الثلاث، سقط حقّها، فإذا عادت لم يقض بها، ولو طلقها بعد حضور ليلتها من غير نشوز، أتم، لأنّه أسقط حقّها بعد وجوبه، فإذا راجعها، أو تزوّجها بعقد مستأنف، قضى لها تلك اللّيلة؛ قاله الشيخ، (٢) وفيه نظر.

ولو قسم (٣) لكلّ واحد من الأربع عشراً، فوقّي ثلاثاً، ثمّ بات منفرداً في العشر الأخرى، قضى للرابعة عشراً، ولو بات العشر عند الثلاث، قضى لها ثلاثة عشر ليلة وتُلتّ ليلة. ولو قسم لكلّ واحدة منهنّ خمسة عشر، فنشزت واحدة، وظلم أخرى، وأقام عند الآخرين ثلاثين يوماً، فقدمت الناشزة، قسم للمظلومة ثلاثاً، وللقادمة يوماً، خمسة أدوار، فيحصل للمظلومة خمسة عشر يوماً وخمسة للقادمة، ثم يقسم بعد ذلك بين الأربعه قسماً مبتدأ.

١ . ما بين القوسين يوجد في «ب» .

٢ . المبسوط: ٤ / ٣٣٢ .

٣ . في «أ»: «أسقط» وهو مصحّف .

صفحة ٥٩٤

٥٢٧٠ . التاسع عشر: لو كانت له زوجتان في بلدين، قسم بينهما، وليس له إسقاط حقّ إحداها بعدها، فإنّما أن يحضرها أو يمضي إليها فيوقّيهما قسمتها، ولا يحتسب غيبته في الطريق من حقّ إحداها.

ولو قسم لثلاث زوجات من أربع، فحبس ليلة الرابعة، فإن أمكنه إيفاء حقها في الحبس، بأن كان مسكن مثلها أو دونه ورضيت، استدعاها ووقاها قسمتها، وإن لم يمكنه، قضاها بعد خروجه.
ولو حبس قبل القسمة، فاستدعى إحداهنّ، لزمه استدعاء الباقيات، فإن امتنعت واحدة سقط حقها

٥٢٧١ . العشرون: لو تزوّج بكرًا خصّها بسبع ليال ويخصّ الثيب بثلاث، ولا يقضي ذلك، ويقدمهما على غيرهما، فيحصل لهما التخصيص والتقديم، فلو قسم لثلاث كلّ واحدة خمسة عشر، فوقى اثنتين، وظلم الثالثة، وتزوّج بكرًا، خصّها بسبع، ثمّ قسم ثلاثاً للمظلومة، وواحدة للجديدة خمسة أدوار.

ولو تزوّج امرأتين كره أن تزفًا إليه في ليلة واحدة، فإن فعل قدّم السابقة في الدخول، وإن تساويا أقرع بينهما.

ولو كانت له امرأتان، قسم لهما ليلةً فبات عند إحدهما، ثمّ زفّت الثالثة، بدأ بها، ثمّ قضى للعتيقة يومًا، ونصفًا للجديدة، ثمّ ابتدأ بالقسمة.

والتخصيص للبكر بالسبع، والثيب بالثلاث، إنّما هو بالليل، وأمّا النهار، فتابع يأوي إليهما فيه عند قضاء حوائجه الواجبة، والمندوبية، والمباحة، وله صرف النهار أجمع في مهامه، أمّا الليل فلا يخرج فيه إلا لضرورة.

صفحة ٥٩٥

ولو زفّت إليه زوجةً أمّةً، فالأقربُ تخصيصها^(١) بنصف ما تخصّص به الحرّة، مع احتمال المساواة.

٥٢٧٢ . الحادي والعشرون: لو أراد السفر دون زوجاته، جاز، وليس لهنّ منعه، لأنّ الحاضر يجوز له التفرّد عن الجميع، وإنّما عليه التسوية إذا قسم .

ولو أراد إخراجهنّ معه، لزمهنّ إجابته، وكنّ معه كما في الحضر.
ولو أراد السفر ببعضهنّ، جاز، وله الخيار في التخصيص، لكن الأولى القرعة، ولا يلزمه المسافرة بمن يخرجها القرعة، لكن لو أراد استصحاب غيرها قال الشيخ: ليس له ذلك^(٢) وإذا سافر بها لم يقض للباقيات .

ولو زفّت إليه امرأتان في ليلة، وأراد أن يسافر بإحدهما، قال الشيخ: لا بدّ من القرعة^(٣) فمن خرج اسمها سافر بها ويدخل حقّ العقد، وهو التخصيص بسبع للبكر، وبثلاث للثيب، لكونها معه، فإذا رجع احتمل عدم قضاء حقّ العقد للأخرى، وثبوته، وقوّاه الشيخ^(٤) لوجوب حقّها قبل السفر، فصار كما لو قسم لبعض نسائه وسافر، فإنّه يقضي للباقيات .

ولو استصحب إحدى زوجاته بغير قرعة، قال الشيخ: يقضي لمن بقي بقدر غيبته مع التي خرج بها، ولو كان بقرعة لم يقض، طالبت المدّة أو قصرت^(٥).

ولو أراد النقلة من بلد إلى آخر، فحمل بعض نساءه، لم يقض للباقيات مدة سفره إلى بلد النقلة، ولو أقام فيه مع الخارجة معه مدة، قضاها لهنّ.

١ . في «أ»: تخصّصها.

٢ . المبسوط: ٤ / ٣٣٤ .

٣ . المبسوط: ٤ / ٣٣٤ .

٤ . المبسوط: ٤ / ٣٣٥ .

٥ . المبسوط: ٤ / ٣٣٥ - ٣٣٦ .

صفحة ٥٩٦

ولو أراد سفر غيبية ورجوع لا سفر نقلة، فسافر بإحداهن بقرعة، لم يقض مدة قطع المسافة، وأي بلد أقام فيه إقامة مسافر لم يقض عنه.

وإن أقام أكثر من عشرة أيام قضى للباقيات، ولو سافر بإحداهن بقرعة إلى بلد، ثم عزم على السفر بعد وصوله إلى آخر، سافر بها، ولم يقض للباقيات .

ولو تزوّج في طريقه، وأراد حملها، خصّصها بحقّ العقد إمّا بسبع أو بثلاث، ثمّ قسم بينها وبين القديمة معه.

ولو أراد حمل إحداها أقرع، فإن خرجت الجديدة، سافر بها، وسقط حقّ العقد باستصحابها، قاله الشيخ،^(١) وفيه إشكال من حيث إنّ السفر لا يدخل في القسم، وإن خرجت على القديمة، سافر بها وقضى للجديدة حقّ العقد.

الفصل الثاني: في النشوز

وهو الخروج عن الطاعة، وهو مأخوذ من الارتفاع، وقد يحصل من الزّوج ومن الزوجة، فإن ظهرت أمارته منها، كأن تقطب في وجهه، وتتناقل، وتدافع إذا دعاها، وعظها، وخوّفها، ولا يهجرها، ولا يضربها، فإن عادت، وإلا هجرها في المضجع، بأن يحول ظهره إليها في الفراش، أو يعزل فراشه عنها، ولا يضربها.

١ . المبسوط: ٤ / ٣٣٦ .

صفحة ٥٩٧

فإن صرّحت^(١) بالنشوز والامتناع عن طاعته فيما يجب له، بأن يدعوها إلى الفراش فتمتنع، وأصرّت عليه، جاز له ضربها إجماعاً.

ولو صرّحت بالامتناع، ولم يحصل بعدُ إضرارٌ، كان له هجرها، ويحتمل جوازَ ضربِها، لعموم الآية^(٢) وعدمُها، لجواز الرجوع بالهجر، ويصير تقدير الآية: (فِعْظُوهُنَّ) إن وجدتم أمارات النشوز، «وَأَهْجُزُوهُنَّ» إن امتنعن «واضْرِبُوهُنَّ» إن أصررن.

والوعظ مثل أن يقول: اتقي الله فإنّ حَقِّي عليك واجبٌ، وما أشبه ذلك، والهجر أن يهجرها في المضاجع، لا عن الكلام، فإن فعل فلا يزيد على ثلاثة أيّام، والضرب ما يرجى به عودُها إلى طاعته، ولا يكون مُبرحاً^(٣) ولا مدمياً، ويتّقي الوجه والمواضع المخوفة، ولا يوالي الضرب على موضع واحد، ولو حصل بالضرب تلفٌ ضمن .

ولو حصل النشوز من الرّجل بمنع حقوقها، طالبه الحاكم وألزمه بها . ويجوز للمرأة تركُ بعض حقوقها من قسمة ونفقة استمالاً له، ويحلّ للزوج قبولُها . ولو منَعها بعضَ حقوقها^(٤) أو أغارها^(٥) فبذلت له مالاً ليخلعها به صحّ، وليس إكراهاً، قاله الشيخ .^(٦)

١ . إشارة إلى النشوز بالقول، مكان النشوز بالفعل.

٢ . وهي قوله تعالى: (واللاتي تخافون نشوزهنّ فعظوهنّ واهجروهنّ في المضاجع واضربوهنّ). النساء: ٣٤ .

٣ . البرّح: الشدّة، وضربٌ مُبرحٌ - بكسر الراء - : أي شاقّ. مجمع البحرين .

٤ . كالقسمة والنفقة ونحوهما .

٥ . أي تزوّج عليها .

٦ . المبسوط: ٤ / ٣٤١ .

صفحة ٥٩٨

الفصل الثالث: في الشقاق^(١)

وهو فِعال من الشقّ، كأنّ كلّ واحد منهما في شقّ أي جانب وناحية من الآخر.

فإن بان أنّه من المرأة فهو النشوز، وقد سبق.

وإن بان أنّه من الرجل، فهو نشوز أيضاً، فيسكنها الحاكم إلى جنب ثقة يمنعه من الإضرار بها.

وإن بان أنّه منهما، سلّمهما إلى أمين ليمنع كلّ واحد منهما من التعدي .

وإن اشتبه وادّعى كلّ منهما ظلّم صاحبه له، ولم يقع بينهما صلحٌ على مقام، ولا على تفرقة

وطلاق، بعث الحاكم حكّمين من أهلها لينظرا في أمرهما، ويفعلا المصلحة .

ويجوز أن يكون الحكمان من غير أهلها، أو أحدهما من أهل أحدهما ، والآخر أجنبيّ، لكن الأولى أن يكونا من أهلها، وليس واجباً، خلافاً لابن إدريس (٧).

١ . قال الشهيد في المسالك: لما كان ارتفاع أحدهما على الآخر دون صاحبه مختصاً باسم النشوز ناسب أن يخصّ التعدي من كلّ منهما باسم الشقاق، لأنهما تشاركا في التعدي والتباعد ، فكانت كلاً منهما صار في شقّ أي جانب غير جانب الآخر ، وحاصله الاختلاف وعدم الاجتماع على رأي واحد. المسالك: ٨ / ٣٦٤ - الطبع الحديث - .
٢ . السرائر: ٢ / ٧٣٠ .

صفحة ٥٩٩

وبعثهما على سبيل التحكيم لا التوكيل ، فإن اتفقا على الإصلاح فعلا، وإن لم يستأذنا، وإن اتفقا على التفريق لم يصحّ إلا برضا الزوج في الطلاق ، ورضا المرأة في البذل إن كان خلعاً.
ولابدّ في الحكمين من أن يكونا حرّين ذكّرين عدلين، ويمضي حكمهما في الصلح مع حضور الزوجين وغيبتهما وغيبة أحدهما .
وإذا شرطاً أمراً ، وجب أن يكون سائغاً ، فلو شرطاً تركّ بعض النفقة أو القسمة، أو أن لا يسافر بها، لم يلزم الوفاء به .

قال المحقّق: تمّ الجزء الثالث من الكتاب - حسب تجزئتنا - ويتلوه الجزء الرابع أوله المقصد السابع في الولادة والعقيقة.
والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً وصلى الله على سيّدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين.