

المهذب البارع

الجزء: ٣

ابن فهد الحلبي

الكتاب: المهذب البارِع

المؤلف: ابن فهد الحلبي

الجزء: ٣

الوفاء: ٨٤١

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق: الشيخ مجتبي العراقي

الطبعة:

سنة الطبع: ذي الحجة الحرام ١٤١١

المطبعة:

الناشر:

ردمك:

المصدر:

ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
(٥٧٥)ش	خاتمة
(٥)ش	كتاب الوديعة والعارية اشتقاق الوديعة
(٧)ش	الوديعة والعارية من الأمانات الخاصة
٨	اختلاف المتقاضي في المال
(١٢)ش	لو اختلف المستعير في القيمة
١٥	كتاب الإجارة
١٧	تعريف الإجارة
١٩	حكم الإجارة بعد الموت
٢١	شروط الإجارة
٢٢	استئجار الأجير في حمل المتاع
٢٤	استيفاء المنفعة والعين في يد المستأجر
٢٦	الاختلاف في قيمة الدابة المستأجرة
٢٧	كتاب الوكالة
٢٩	الفصل الأول: تعريف الوكالة
٣١	لا حكم لو كالة المتبرع
٣٥	الفصل الثاني: ما تصح فيه الوكالة
٣٥	الفصل الثالث: في الموكل
٣٦	الفصل الرابع: في الوكيل
٣٧	الفصل الخامس: أحكام الوكالة
٣٨	لو اختلف الوكيلان في الرد
٤٠	حكم الوكالة في التزويج
٤٥	كتاب الوقوف والصدقات والهبات
٤٧	تعريف الوقف
٥٠	لو جعل الوقف لمن ينقرض
٥٣	لو شرط عود الوقف
٥٦	حكم وقف من بلغ عشرة
٥٧	وقف الكافر على البيع والكنائس
٥٨	صفة الموقوف عليهم
٥٩	الوقف على الشيعة الإمامية
(٦٠)ش	نسبة الذرية للأب
٦١	حدود الحيران الموقوف عليهم
٦٢	لو بطلت المصلحة الموقوف عليها
٦٣	اطلاق الوقف على الأبناء

٦٤	في اخراج الوقف عن شرطه
٦٨	السكنى والعمرى: تعريف السكنى والعمرى
٧١	الصدقة والهبة:
٧١	الهبة للوالدين
٧٣	تردد الرجوع بالهبة لاحد الزوجين
٧٤	هل التصرف بالهبة يمنع الرجوع؟
٧٧	كتاب السبق والرماية
(٧٩)ش	تعريف السبق
٨٤	هل السبق من العقود اللازمة؟
٨٥	تردد اشتراط المبادرة والمحاطة
٩١	كتاب الوصايا
٩٣	الفصل الأول في الوصية:
٩٣	تعريف الوصية
٩٥	وجوب العمل بما يوجد بخط الميت
٩٦	الفصل الثاني في الموصى: حكم وصية البالغ عشرا
٩٧	عدم قبول وصية الجارح لنفسه
٩٩	الفصل الثالث في الموصى له:
٩٩	في صحة الوصية للذمي وعدمها
١٠١	الوصية للمكاتب
١٠٢	الوصية للمملوك وأحكامها
١٠٧	هل يصح عتق المملوك عند موت المالك؟
١٠٩	الوصية لام الولد
١١٠	الوصية للأعمام والأخوال
١١٢	حكم من أوصى لقربائه
١١٣	لو مات الموصى له قبل الوصي
١١٤	الفصل الرابع في الأوصياء:
(١١٤)ش	ما يعتبر في الأوصياء
١١٦	في اطلاق الوصية لاثنين
١١٩	حكم اجرة الوصي
١٢١	لو أوصى شيئا للوصي
١٢٢	حكم الوصية الزائدة عن الثلث
١٢٤	صحة الوصية بالمضاربة
١٢٧	حكم ما لو أوصى بأشياء تطوعا
١٢٨	الطرف الثاني: في المبهمه من أوصى بجزء ماله
١٣٠	فيمن أوصى بسهم من ماله
١٣١	نسيان الوصي أحد وجوه الوصية
١٣٢	دخول اجزاء الشئ المتعلقة به في الوصية

١٣٦	إخراج الولد من الإرث
١٣٨	الطرف الثالث: في احكام الوصية
١٣٨	ثبوت الوصية بالشهادة
(١٤١)ش	منجزات المريض
١٤٢	الاقرار للأجنبي في الوصية
١٤٥	كتاب النكاح
١٤٧	القسم الأول: في الدائم الفصل الأول: في صيغة العقد وأحكامه وآدابه
(١٤٧)ش	تعريف النكاح
١٩٤	وقوع الألفاظ بصيغة الماضي
١٩٨	أحكام العقد: حكم من زوجت نفسها وهي سكرى
٢٠٠	لا يشترط في النكاح الشهود ولا الولي
٢٠٢	الآداب: القسم الأول: آداب العقد:
٢٠٣	القسم الثاني في آداب الخلوّة:
٢٠٣	جواز النظر إلى وجه المرأة المراد نكاحها
٢٠٧	حكم الوطاء في الدبر
٢٠٨	حكم العزل عن الحرة بغير اذنها
٢١٠	الدخول بالمرأة بعد مضي تسع سنين
٢١٣	الفصل الثاني: في أولياء العقد
٢١٤	لا يشترط في ولاية الجد بقاء الأب
٢١٧	حكم خيار الصبي والصبية بعد البلوغ
٢١٩	امر البكر البالغة الرشيدة في الزواج
٢٢٢	الوكيل في النكاح
٢٢٣	سكوت البكر إجازة الرضا
٢٢٥	نكاح أمة المرأة من غير اذنها متعة
٢٢٧	حكم زواج الأخوين لأختهما
٢٢٩	في ولاية الام وعدمها
٢٣١	الفصل الثالث: في أسباب التحريم انحصار أسباب التحريم في ستة
٢٣٩	عدد الرضعات الموجبة للتحريم
٢٤٢	حكم الرضاع في الحولين
٢٤٤	كراهة استرضاع المحوسي
(٢٤٥)ش	حكم بقية الأولاد الذين لم يرتضعوا
٢٤٦	حكم الزوجة الصغيرة المرتضعة من الأخرى
٢٤٨	حكم أم المعقود عليها
٢٥٠	الخيار للعممة والخالة إذا تزوج بنت الأخ أو الأخت
٢٥٥	حكم المصاهرة بوطء الشبهة
٢٥٦	حكم نكاح الزانية
٢٥٩	الزنا بالمرأة هل ينشر الحرمة؟

٢٦٣	اللمس والنظر لا يجوز لغير المالك
٢٧٠	حكم من ملك أختين فوطاً واحدة
٢٧٥	كراهة عقد الحر على الأمة
٢٧٩	نكاح الأمة على الحرة
٢٨٣	حكم التزويج في العدة جهلاً
٢٨٨	حكم من تزوج محرماً
٢٩٠	حكم زواج الأختين بعقد
٢٩٤	نكاح الكتائية
٢٩٨	حكم اسلام زوجة الذمي
٣٠٠	إباق العبد ارتداد
٣٠١	تساوي الاسلام في صحة العقد
٣٠٣	اشتراط تمكن الزوجة من النفقة وعدمه
٣٠٦	وجوب إجابة المؤمن الخاطب
٣٠٨	هل يفسخ النكاح بالانتساب إلى غير القبيلة
٣١٣	القسم الثاني: في النكاح المنقطع: صورة العقد المنقطع
(٣١٥)ش	لو بان فساد العقد بعد الدخول
٣١٦	ذكر الصيغة مع الاجل في المنقطع
٣١٨	أحكام المنقطع:
٣١٩	ثبوت الميراث بالمتعة وعدمه
٣٢١	عدة العقد المنقطع
٣٢٥	القسم الثالث: في نكاح الإمام: النظر الأول في العقد: في صحة عقد النكاح وعدمها لو
(٣٢٦)ش	بادر العبد
٣٢٨	لحوق الابن بأشرف الأبوين
٣٣٤	حكم ما لو ادعت الأمة انها حرة
٣٣٧	حكم الأمة بين شريكين
٣٣٨	مهैयाة الأمة على الزمان
٣٤١	حكم الأمة المنكوحة إذا أعتقت
٣٤٦	جعل العتق صداقاً
٣٤٩	انعتاق أم الولد من نصيب ولدها
٣٥١	يثبت الخيار لو بيع العبد وتحتة أمة
٣٥١	النظر الثاني في الملك:
٣٥٤	حلية الوطاء في ملك المنفعة
٣٥٦	ملك المنفعة هل هو إباحة أو عقد متعة
٣٥٧	في تحليل الأمة للمملوك
٣٥٩	في أن ولد المحللة حر
٣٥٩	ما يلحق بالنكاح: النظر الأول: في العيوب:
٣٥٩	هل ان الرتق عيب أم لا

٣٦٠	لا يعد العرج من العيوب
٣٦٤	حكم العيب المتجدد بعد العقد
٣٧٦	حكم من تزوج حرة فبانت انها أمة
٣٧٩	حكم البكر إذا وجدها ثيب
٣٨١	النظر الثاني: في المهر تعريف المهر
٣٨٢	لو جعلت استئجار الزوج مهرا
٣٨٥	التقدير في المهر
٣٨٨	في صحة عقد المسلم على الخمر
٣٩١	حق المرأة من المهر قبل الدخول
٣٩٤	تملك المرأة المهر بالعقد
٤٠٢	حكم المهر الغير مسمى
٤٠٤	حكم التدبير إذا جعل مهرا
٤٠٦	جواز الشرط بعدم الافتضاض
٤٠٩	لزوم الشرط بعدم الخروج من البلد
٤١٣	موارد حق المرأة في المنع
٤١٨	النظر الثالث: في القسم والنشور والشقاق اختصاص حق المرأة من الأوقات
٤١٩	صلاحية الحكمين في التحكيم
٤٢٢	النظر الرابع: في أحكام الأولاد: أحكام لحوق الولد بالأب
٤٢٦	حكم لحوق الأولاد بعد الانفصال
٤٣٠	النظر الخامس: في النفقات: أحكام النفقة
٤٣٥	أحكام النفقة على الأقرباء
٤٣٨	كتاب الطلاق
٤٤٢	الركن الأول: في المطلق: حكم طلاق الصبي
٤٤٤	الركن الثاني: في المطلقة: شروط الطلاق
٤٥٠	الركن الثالث: في الصيغة: صيغة الطلاق
٤٦٠	في تفسير الطلقة اثنين أو ثلاث
٤٦٢	النظر الثاني: في أقسام الطلاق:
(٤٦٣) ش	حكم الطلاق البدعي
٤٦٥	في حكم التطليقة الثالثة
(٤٦٦) ش	طلاق الحامل وأحكامه
٤٧٤	النظر الثالث: في اللواحق:
(٤٧٥) ش	حكم الرجوع بالمطلقة
(٤٧٧) ش	قبول دعوى المطلقة ثلاثا
٤٧٨	رجوع الأخرس بزوجته
٤٨١	زمان عدة المطلقة
٤٨٤	عدة المسترابة
٤٨٨	في عدة الصغيرة واليائسة

٤٩٠	في حد اليأس
٤٩٢	في عدة الحامل
٤٩٤	حكم زوجة المفقود
٤٩٧	في عدة الأمة والذمية
٤٩٩	عدة الوفاة لام الولد
٤٩٩	حكم المطلقة رجيعا
٥٠٤	كتاب الخلع والمباراة
٥٠٨	في وقوع الخلع بالصيغة وعدمه
٥١١)ش	وقوع الفرقة بالخلع
٥١٤	في اشتراط اتباع المباراة بالطلاق
٥١٨	كتاب الظهر
٥٢٣	الألفاظ الدالة على الظهر
٥٢٥	صحة الظهر مع الشرط
٥٢٨	يشترط في الظهر الدخول
٥٢٩	هل يقع الظهر بالتمتع بها؟
٥٣٢	كفارة الظهر
٥٣٣	لا تسقط الكفارة بمراجعتها في العدة
٥٣٧	ظهر الأربعة بلفظ واحد
٥٤١	حكم الظهر المعلق بشرط
٥٤٦	كتاب الايلاء
٥٤٩	حكم الايلاء بالتمتع بها
٥٥٠	المرافعة للحاكم وضرب المدة
٥٥٣	الكفارات: المقصد الأول: في حصرها
٥٥٣	كفارة العهد
٥٥٤	كفارة النذر
٥٥٧	كفارة الحلف بالبراءة
٥٧١	المقصد الثاني: في خصال الكفارة عتق المدبر في الكفارة
٥٧٣	في مقدار الاطعام والكسوة

المهذب البارع

في

شرح المختصر النافع

تأليف

العلامة جمال الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن فهد الحلبي

٧٥٧ - ٨٤١ هـ

تحقيق: الحجة الشيخ مجتبي العراقي

الجزء الثالث

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

(١)

المهذب البارع

(٣)

المؤلف: العلامة جمال الدين أحمد بن محمد بن فهد الحلبي.

المحقق: الحاج أقا مجتبي العراقي

الموضوع: فقه. طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي.

المطبوع: ١٠٠٠ نسخة.

التاريخ: ذي الحجة الحرام ١٤١١ هـ. ق.

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم
كتاب الوديعة والعارية

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

(٥)

إلى المالك أو من يقوم مقامه، ولا يضمنها لو قهره عليها ظالم، لكن إن أمكنه الدفع وجب، ولو أحلفه أنها ليست عنده حلف مورياً. وتجب إعادتها إلى المالك مع المطالبة.

ولو كانت غصبا منعه وتوصل في وصولها إلى المستحق. ولو جهله عرفها كاللقطة حولاً، فإن وجدته، وإلا تصدق بها عن المالك إن شاء، ويضمن إن لم يرض. ولو كانت مختلطة بمال المودع ردها عليه إن لم يتميز. وإذا ادعى المالك التفريط، فالقول قول المستودع مع يمينه.

إحفاظها، وقرار من تحشم مراعاتها.

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) (١)

وقوله تعالى (فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي ائتمن أمانته) (٢).

وأما السنة: فروى أنس بن مالك وأبي بن كعب وأبو هريرة كل واحد على

الانفراد عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من

خانك (٣) وكان عنده صلى الله عليه وآله ودائع بمكة فلما أراد أن يهاجر أودعها أم

أيمن، وأمر علياً عليه السلام بردها على أصحابها (٤) وروى سمرة (٥) عنه

(١) النساء: ٥٨.

(٢) البقرة: ٢٨٣.

(٣) عوالي اللئالي: ج ٣ باب الودعة ص ٢٥٠ الحديث ١ ولاحظ ما علق عليه.

(٤) عوالي اللئالي: ج ٣، باب الودعة ص ٢٥٠ الحديث ٢ ورواه في المستدرک: ج ٢ كتاب الودعة،

الباب ١ الحديث ١٢. نقلاً عن عوالي اللئالي، ونقله في التذكرة: ج ٢ كتاب الأمانات، ص ١٩٦.

(٥) بفتح السين المهملة وضم الميم وفتح الراء المهملة والهاء في الأصل سمي به جماعة من الصحابة

(تنقيح المقال: ج ٢ ص ٦٨ باب سمرة).

عليه السلام أنه قال: على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١).
ومن طريق الخاصة عن زين العابدين عليه السلام: لو أن قاتل الحسين
عليه السلام أتمني على السيف الذي قتل به الحسين عليه السلام لرددته إليه (٢).
وأما الإجماع: فمن الأمة لا يختلفون فيه.
تنبيه

الوديعة والعارية من الأمانات الخاصة.

والأمانة مطلقا ينقسم إلى قسمين:

أمانة خاصة كالوديعة، والعارية، والشركة، والمضاربة، والعين المرهونة،
والمستأجرة، وما في يد الوكيل، والوصي. وضابطها كل عين حصلت في يد غير
مالكها بغير إذنه أو بإذنه، ثم أعلم ولم يطالبها، أو أقره الشارع على إمساكها ليدخل
فيه الوديعة بعد موت المودع المشغول بحجة الإسلام، مع علم المستودع عدم تقييد
الوارث، فإن الشارع جعل له ولاية الاستيجار للحج فهي في يده إلى وقت
الاستيجار غير مضمونة. ويدخل فيه أيضا اللقطة، فإنها لا بإذن المالك، بل الشارع
أقر يده عليه للاحتفاظ.

وأمانة عامة: وهي كل عين حصلت في يد غير المالك مع عدم علمه بذلك على
غير المتعدي كالثوب تطيره الريح إلى دار إنسان، وكالوديعة إذا مات مالكها ولم
يعلم الوارث، وكالمأمور بدفع عين إلى غيره، والمال الموصى بتفريقه أو بدفعه إلى من
يعلم به. ولو كان الموصى له معينا وعلم به كان أمانة خاصة، وحكم أمانة الخاصة

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

ولو اختلفا في مال هل هو وديعة أو دين، فالقول قول المالك مع يمينه أنه لم يودع، إذا تعذر الرد، أو تلفت العين، ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه، وقيل: القول قول المستودع، وهو أشبه، ولو اختلفا في الرد فالقول قول المستودع. ولو مات المودع وكان الوارث جماعة دفعها إليهم، أو إلى من يرتضونه، ولو دفعها إلى البعض ضمن حصص الباقيين. وأما العارية: فهي الإذن في الانتفاع بالعين تبرعا وليست لازمة لأحد المتعاقدين. ويشترط في المعير كمال العقل وجواز التصرف. وللمستعير الانتفاع بما جرت به العادة. ولا يضمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالانتفاع، بل لا يضمن إلا مع تفريط أو عدوان أو اشتراط، إلا أن تكون العين ذهبا أو فضة فالضمان يلزم وإن لم يشترط. ولو استعار من الغاصب مع العلم ضمن، وكذا لو كان جاهلا لكن يرجع على المعير بما يغترم. وكل ما يصح الانتفاع به مع بقائه تصح إعارته، ويقتصر المستعير على ما يؤذن له. ولو اختلفا في التفريط فالقول قول المستعير مع يمينه

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

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

(آ) إذا اختلفا في مال، فقال القابض: هو وديعة عندي، وقال مالكة: بل هو

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

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

(١) تقدم آنفاً.

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

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

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

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

إدريس (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣)
ذكر العارية

قال في الصحاح: العارية بالتشديد، كأنها منسوب إلى العار، لأن طلبها عار (٤). وقيل: منسوب إلى العارة، وهو اسم، من قولك: أعرت المتاع إعاره وعارة، والإعارة المصدر. وقيل: اشتقاقها من عار يعير إذا ذهب وجاء، فسميت عارة لتحويلها من يد إلى يد. وذكر الخطائي أن اللغة الغالبة التشديد، وقد يخفف. وفي الشرع: هي عبارة عن إباحة الانتفاع بالعين، ثم استردادها، ويسمى مالك المنفعة المعير والمستببح والمستعير، والعين المنتفع بها المستعار. والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب: فقوله تعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى) (٥) والعارية إباحة الانتفاع لمن هو محتاج، فكان إعانة. وقوله تعالى (الذين هم يراؤون ويمنعون الماعون) (٦) قال ابن عباس: الماعون العواري (٧) وعن ابن مسعود: الماعون العواري من الدلو والقدر والميزان (٨).

- (١) السرائر: باب الودعة ص ٢٦٣ س ٢٩ قال: وإذا ثبت التفريط واختلفا في قيمة الودعة ولا بينة فالقول قول المودع الخ.
(٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.
(٣) المختلف: في الودعة ص ١٦٦ س ٢١ قال: مسألة لو اختلفا في القيمة بعد ثبوت التفريط فالقول قول الودعي الخ.
(٤) الصحاح: مادة عور.
(٥) المائدة: ٢.
(٦) الماعون: ٧.
(٧) الدر المنثور: ج ٨ في تفسير سورة الماعون ص ٦٤٤ عن ابن عباس قال: عارية متاع البيت، وفيه أيضا قال: ومنهم من قال: يمنعون العارية.
(٨) الدر المنثور: ج ٨ ص ٦٤٣ وفيه روايات آخر عنه، ورواه في مجمع البيان في تفسيره لسورة الماعون

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

وأما الإجماع: فمن سائر الأمة.

تنبيه

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

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

(ب) التعدي، وهو فعل ما لا يجوز شرعا.

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

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

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

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

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

(و) أن يستعير للرهن، فيكون مضمونة على المستعير دون المرتهن. وذهب بعض
العامّة إلى كونها مضمونة في الأصل، لقوله عليه السلام (بل عارية مضمونة)
والجواب أن ضمانها باشرطه عليه السلام على نفسه الضمان، لا أنه من لوازمها.
قال طاب ثراه: ولو اختلفا في القيمة فقولان: أشبههما قول الغارم.

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

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

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

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

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

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

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

(١٣)

كتاب الإجارة
وهي تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم. ويلزم من الطرفين

كتاب الإجارة

مقدمة

الإجارة في اللغة كد الأجير، واشتقاقه من الأجر وهو الثواب، يقال: آجر داره يوجرها إيجارا فهو مؤجر. والأجير فعيل بمعنى الفاعل كالعليم بمعنى العالم. وفي الشريعة تمليك المنفعة مدة معينة بعوض مالي. فالتمليك جنس، والمنفعة فصل يخرج به تمليك الأعيان كالبيع والهبة. ويخرج باشتراط العوض العارية، وباقي القيود شروطه. والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب: فقوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) (١) وقال (لو شئت لاتخذت عليه أجرا) (٢) وقال (إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج) (٣) فأخبر بوقوع الإجارة. وأما السنة: فروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: أعط الأجير أجرته

(١) الطلاق: ٦.

(٢) الكهف: ٧٧.

(٣) القصص: ٢٧.

قبل أن يجف عرقه (١) وروى أبو سعيد الخدري وأبو هريرة عنه عليه السلام: من استأجر أجيراً فليعلمه أجره (٢) وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره، ورجل أعطاني صفتته ثم غدر (٣).
 وفعله الصحابة، فعلي عليه السلام آجر نفسه من يهودي ليستقي الماء كل دلو بتمرة وجمع التمرات وحمله إلى النبي صلى الله عليه وآله (٤).
 وروى محمد بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الإجارة؟ قال: صالح لا بأس بها إذا نصح قدر طاقته، وقدر آجر نفسه موسى بن عمران واشترط فقال: إن شئت ثمانيا وإن عشرا، فأنزل الله الآية (٥).
 والتعرض للتكسب بالتجارة أفضل منها، روى محمد بن عمرو بن أبي المقدم عن عمار الساباطي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يتجر وإن هو آجر نفسه أعطى أكثر مما يصيب في تجارته، قال: لا يؤاجر نفسه ولكن يسترزق الله عز وجل ويتجر، فإن من آجر نفسه فقد حذر على نفسه الرزق (٦).

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

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

وأما الإجماع: فمن عامة المسلمين.
قال طاب ثراه: وهل تبطل بالموت؟ قال الشيخان: نعم، وقال المرتضى:
لا يبطل، وهو أشبه.
أقول: للأصحاب هنا ثلاثة أقوال:
(أ) البطلان بالموت من أيهما اتفق قاله الشيخان (١) وسالار (٢) والقاضي (٣)
وابن حمزة (٤).
(ب) عدم البطلان من أيهما كان قاله السيد (٥) وابن إدريس (٦) والتقي (٧)
وهو ظاهر أبي علي (٨) واختاره المصنف (٩) والعلامة (١٠).

(١) المقنعة، باب الإجازات، ص ٩٨ س ٢٠ قال: والموت يبطل الإجارة. وفي النهاية، باب المزارعة
والمساقاة ص ٤٤١ س ١٩ قال: ومتى مات المستأجر أو المؤجر بطلت الإجارة وفي باب الإجارة ص ٤٤٤
س ٤ قال: والموت يبطل الإجارة على ما بيناه.
(٢) المراسم، ذكر أحكام الإجازات ص ١٩٦ س ٦ قال: ولا يبطل الإجارة إلا الموت.
(٣) المهذب: ج ١ كتاب الإجارة، ص ٥٠١ س ١٩ قال: والموت يفسخ الإجارة.
(٤) الوسيلة، باب في بيان الإجارة ص ٢٦٧ س ١٠ قال: وتبطل الإجارة بموت كليهما وبموت
أحدهما.
(٥) المختلف: كتاب الإجارة ص ٢ س ٣٠ قال: وقال أبو الصلاح لا يبطل الإجارة بالموت إلى أن
قال: وبه قال ابن إدريس ونقله عن السيد المرتضى إلى أن قال: والوجه ما قال أبو الصلاح.
(٦) السرائر: باب المزارعة، ص ٢٦٧ س ١١ قال: وقال الأكثرون المحصلون: لا يبطل الإجارة بموت
المؤجر ولا بموت المستأجر وهو الذي يقوى في نفسي وأفتي به.
(٧) الكافي: الإجارة، ص ٣٤٨ س ١٨ قال: ولا تبطل الإجارة بالموت الخ.
(٨) المختلف: كتاب الإجارة ص ٢ س ٣٠ قال: وقال ابن الجنيد: ولو مات المستأجر قام ورثته الخ.
(٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.
(١٠) تقدم نقله آنفا.

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

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

وأجيب بأن المستأجر قد ملك المنافع بالعقد، وملكت عليه الأجرة كاملة، فالمنتقل إلى ورثة المؤجر بالموت ليس إلا العين مسلوبة المنافع مدة الإجارة، وإلى ورثة المستأجر ما عدا مال الإجارة، لوجوبه في حياته للغير بعقد شرعي. احتج العلامة ومن تابعه بوجوه:

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

-
- (١) الخلاف: كتاب الإجارة مسألة ٧ قال: وفي أصحابنا من قال: موت المستأجر يبطلها الخ.
(٢) المبسوط: ج ٣ كتاب الإجازات، ص ٢٢٤ س ١٨ قال: والأظهر عندهم أن موت المستأجر يبطلها الخ.
(٣) المهذب: ج ١ كتاب الإجارة ص ٥٠١ س ٢٠ قال: وعمل الأكثر من أصحابنا على أن موت المستأجر هو الذي يفسخها.
(٤) المختلف: كتاب الإجارة ص ٣ س ١ قال: لنا أنه حق مالي ومنفعة مقصودة يصح المعاوضة عليها الخ

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

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

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

(ب) أنها عقد صحيح فيستصحب حكمه.

- (ج) إنه عقد ناقل بالإجماع، وإذا اقتضى نقل المنفعة إلى المكتري والأجرة إلى المؤجر كان الأصل بقاءها على ملكه لا يزول عنه ويعود إلى من صارت عنه إلا بالدليل، وليس في الشرع ما يدل على ذلك.
- احتج الآخرون بما احتج به الأولون في الشق الثاني.
- قال طاب ثراه: وأن تكون الأجرة معلومة كيلا أو وزنا. وقيل: تكفي المشاهدة.
- أقول: قال الشيخ في المبسوط: مال الإجارة يصح أن يكون معلوما بالمشاهدة، وإن لم يعلم قدره (١) وهو مذهب السيد (٢) وظاهر النهاية المنع (٣) وبه قال ابن

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

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

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

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

إدريس (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣) لتحقق الجهالة، إذ قد عهد في عرف الشرع أن المكيل والموزون إنما يصح المعاوضة عليهما بعد اعتبارهما بالكيل أو الوزن، ولم يكتف في البيع لهما بالمشاهدة، ولا علة لذلك سوى الجهالة، فيمنع من الإجارة، لأنها الغرر المفضي إلى التنازع المنهي عنه. احتج الشيخ بأصالة الصحة، وبانتفاء الغرر بحصول العلم بالمشاهدة. والأصل مدفوع بالبطلان الناشي من الجهالة المتحققة هنا. قال طاب ثراه: ولو استأجر من يحمل له متاعاً إلى موضع في وقت معين، فإن لم يفعل نقص من أجرته شيئاً معيناً، صح ما لم يحط بالأجرة. أقول: هذا هو المشهور في كتب أصحابنا، وتوضيحه ما رواه محمد الحلبي في الموثق قال: كنت قاعداً عند قاضٍ وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس، فأتاه رجلان، فقال أحدهما: إني تكاريت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن واشترطت أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا، لأنها سوق أتخوف أن يفوتني، فإن احتبست عن ذلك حططت من الكر، لكل يوم احتبسه كذا وكذا، وأنه قد

(١) السرائر: باب الإجازات ص ٢٧٠ س ١ قال: فأما مال الإجارة التي هي الأجرة فالأظهر من المذهب أنه لا يجوز إلا أن يكون معلوماً ولا تصح ولا تنعقد الإجارة إذا كان مجهولاً جزافاً الخ. (٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوما، فقال القاضي: هذا شرط فاسد وفه كراه، فلما قام الرجل أقبل إلي أبو جعفر عليه السلام فقال: شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه (١) وفي صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، قال: سمعته يقول: كنت جالسا عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما: إني تكاريت هذا يوافي بي السوق يوم كذا وكذا، وأنه لم يفعل، قال: ليس له كراه، قال: فدعوته فقلت له: يا عبد الله ليس لك أن تذهب بحقه وقلت للأجير: ليس لك أن تأخذ كل الذي عليه اصطلاحا، فترادا بينكما (٢) وقال ابن إدريس: الأولى عندي أن العقد صحيح والشرط فاسد، لأن الله تعالى قال (أوفوا بالعقود) (٣) وهذا عقد فيحتاج في فسخه إلى دليل، وإلا فالشرط إذا انضم إلى عقد شرعي صح العقد وبطل الشرط إذا كان غير شرعي (٤) وقال أبو علي: إذا استأجره علي أن يبلغ به خمسة أيام

بخمسين درهما، فإن لم يبلغها كان موضوعا من الأجرة لكل يوم خمسة عشر درهما، فبلغه إلى المكان في مدة لا يستغرق الحطيطة الأجرة، جاز، وإن استغرقت، أو كان الشرط عليه إن تأخر عن شرطه لم يكن له أجرة، كان الحكم في ذلك الصلح، لا يسقط الأجرة كلها ولا يأخذها جميعا (٥) وظاهر العلامة بطلان العقد ببطلان الشرط ووجوب أجرة المثل (٦).

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

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

(٣) المائدة: ١.

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

(٥) المختلف: في الإجارة، ص ٥ س ١٠ قال: وقال ابن الجنيد: ولو استأجر علي أن يبلغ به الخ ثم قال بعد تزييف قول ابن إدريس: وحيثئذ يجب أجرة المثل.

(٦) المختلف: في الإجارة، ص ٥ س ١٠ قال: وقال ابن الجنيد: ولو استأجر علي أن يبلغ به الخ ثم قال بعد تزييف قول ابن إدريس: وحيثئذ يجب أجرة المثل.

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

فالحاصل: أن هنا أربعة أقوال:

(أ) صحة هذا الشرط والعمل بموجبه ما لم يحط بالأجرة، فيجب أجرة المثل، قاله الشيخ في النهاية واختاره (١) وأفتى به العلامة في المعتمد (٢).
(ب) صحة هذا الشرط والعمل بموجبه ما لم يحط بالأجرة، فيجب القضاء بالصلح، قاله أبو علي (٣).
(ج) بطلان هذا الشرط وصحة العقد، فيجب الأجرة بكما لها، قاله ابن إدريس (٤).

(د) بطلانها معاً، فيجب أجرة المثل سواء أو صله في المعين أو غيره، وسواء أحاطت بالأجرة أو لا اختاره العلامة (٥) وفخر المحققين (٦) لعدم اليقين والحزم في العقد. وهو مشكل لأنه اجتهاد في مقابلة النص. قال طاب ثراه: وإذا مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة والعين في يد المستأجر استقرت الأجرة وإن لم ينتفع.

(١) النهاية: باب الإجازات، ص ٤٤٨ س ١٥ قال: ومن اكرى من غيره دابة على أن تحمل له متاعاً إلى أن قال: ولزمه أجرة المثل.

(٢)

(٣) تقدم أنفاً.

(٤) تقدم أنفاً.

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

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

تلفت العين قبل القبض أو امتنع المؤجر من التسليم مدة الإجارة بطلت الإجارة. ولو منعه الظالم بعد القبض لم تبطل وكان الدرك على الظالم. ولو انهدم المسكن تخير المستأجر في الفسخ وله إلزام المالك بإصلاحه. ولا يسقط مال الإجارة لو كان الهدم بفعل المستأجر. (٥) وأن تكون المنفعة مباحة، فلو آجره ليحمل الخمر، وليعلمه الغناء لم تنعقد. ولا تصح إجارة الأبق. ولا يضمن صاحب الحمام الثياب إلا أن يودع فيفرط. ولو تنازعا في الاستئجار فالقول قول المنكر مع يمينه. ولو اختلفا في رد العين فالقول قول المالك مع يمينه، وكذا لو كان في قدر الشيء المستأجر، ولو اختلفا في قدر الأجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه، وكذا لو ادعى عليه التفريط. وتثبت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه الإجارة. ولو تعدى بالدابة المسافة المشترطة ضمن،

أقول: هذا الكلام مجمل ويفتقر إلى تفصيل وأشار إليه المصنف في الشرائع ولم يبينه (١) وقد سمعنا فيه مذاكرة أقوالا غير محصلة لا نطول بإيرادها الكتاب، لخلوها عن الفائدة، وأجود ما قيل فيه ما حكاه شيخنا قدس الله روحه ورضي عنه.

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

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

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

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

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

-
- (١) السرائر: في الإجازات، ص ٢٧١ س ٢٣ قال: ومتى هلكت الدابة إلى أن قال: فإن لم يكن له
بينة كان القول قول الغارم.
(٢) المختلف: كتاب الإجارة ص ٤ س ١٩ قال بعد نقل قول ابن إدريس: وهو جيد.
(٣) النهاية: باب الإجازات ص ٤٤٦ س ٤ قال: ومتى هلكت الدابة إلى أن قال فإن اختلفا في
الثلث كان على صاحبها البينة فإن لم تكن له بينة كان القول قوله مع يمينه إلى أن قال: والحكم فيما سوى
الدابة فيما يقع الحلف فيه الخ.
(٤) الفروع: ج ٥ كتاب المعيشة، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحد ص ٢٩٠ الحديث ٦.
قد فرغت من كتابته وتصحيحه وتحشيثه صبيحة يوم السبت في الخامس من شهر صفر المظفر من
شهور سنة ١٤٠٩ هـ. ق والحمد لله كلما حمده حامد والصلاة والسلام على نبيه المصطفى وآله أولي الدراية
والنهي بعدد أنفاس الخلائق.

كتاب الوكالة
وهي تستدعي فصولاً:
(الأول) الوكالة، عبارة عن الإيجاب والقبول الدالين على الاستنابة

كتاب الوكالة
مقدمة

الوكالة بكسر الواو وفتحها، وهي استنابة في التصرف.
والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع.
أما الكتاب: فعموم قوله تعالى (أوفوا بالعقود) (١) وقوله تعالى (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه) (٢) أي أعطوه دراهمكم وأقيموه في الشراء مقامكم، وقوله تعالى (فلما جاوزا قال لفتاه آتنا غداءنا) (٣) والعرب تسمي الوكيل والخادم فتى، والمخاطب في الآية هو يوشع عليه السلام، وليس خادماً، فيكون وكيلاً. فدلّت الآيتان ونظائرهما على مشروعية الاستنابة في التصرف وهو معنى الوكالة.

-
- (١) المائدة: ١.
(٢) الكهف: ١٩.
(٣) الكهف: ٦٢.

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

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

في التصرف،
ولا حكم لو وكالة المتبرع.
ومن شرطها أن تقع منجزة، فلا يصح معلقة على شرط ولا صفة. ويجوز
تجزئتها وتأخير التصرف إلى مدة وليست لازمة لأحدهما. ولا ينزل ما لم
يعلم العزل وإن أشهد بالعزل على الأصح، وتصرفه قبل العلم ماض

قال طاب ثراه: ولا حكم لو وكالة المتبرع.
أقول: هذه المسألة من خواص هذا الكتاب، واختلف في تفسيرها على قولين:
(أ) إن تبرع إنسان فيوكل آخر عن زيد مثلا، وتقبل الوكيل هذه الوكالة،
فيكون الوكالة هنا بمعنى التوكيل، أي لا حكم لتوكيل المتبرع، بل يقع باطلا. أو
يكون معناه: أن الوكيل تبرع بقبولها فضوليا، لعلمه بصدورها عن غير مالك، فهو
متبرع.

(ب) وبيانه موقوف على مقدمة.
وتقريرها أن الوكالة الصحيحة لها حكمان:
(أ) إمضاء التصرفات الصادرة من الوكيل على الموكل.
(ب) استحقاق الوكيل عند فعل ما وكل فيه أحد الأمرين، إما الإجارة أو
الجعل، فالمتبرع بقبول الوكالة من غير اشتراط أحد الأمرين لا يستحق أحدهما،
فقوله: لا حكم لو وكالة المتبرع، يريد به الحكم الثاني الذي هو الاستحقاق، لا الأول.
ولا نعني بقولنا: من غير اشتراط أحد الأمرين، أن لا يشترط العوض لفظا، بل أعم
من اللفظ والنية إذا كان العمل مما له أجره بالعادة، فإنه مع وقوعه بأمر المالك
يستحق عليه أجره المثل وإن لم يشارطه، بل التقدير أنه فعله بنية التبرع، أو كان
الفعل مما لا يستأجر له بمجرى العادة كبرية القلم، فإذا لم يذكر العوض لفظا لم
يمكن له أجر وإن نواه لتبرعه بقبولها، والتعبير الأول أوجه.
قال طاب ثراه: ولا ينزل ما لم يعلم العزل وإن أشهد على الأصح.

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

أقول: للأصحاب هنا ثلاثة أقوال:

- (أ) عدم انعزاله إلا مع العلم، وفعله ماض على الموكل قبل العلم وإن تأخر عن العزل والإشهاد وهو قول أبي علي (١) وقواه في الخلاف (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة في الإرشاد (٤) وفخر المحققين (٥).
- (ب) انعزاله بالعزل وإن لم تشهد وهو مذهب العلامة (٦) قال الشيخ في الخلاف: إذا عزل الموكل وكيهه عن الوكالة في غيبة الوكيل، لأصحابنا فيه روايتان: إحداهما أنه ينعزل في الحال وإن لم يعلم الوكيل، وكل تصرف تتصرف فيه الوكيل يكون باطلا (٧) قال العلامة: ولم نظفر بهذه الرواية (٨).

- (١) المختلف: في الوكالة، ص ١٥٨ س ٣٦ قال: فقال ابن الجنيد: لا يصح عزل الموكل لو كييه إلا أن يعلمه بالعزل الخ.
- (٢) الخلاف: كتاب الوكالة، مسألة ٣ قال: والثانية أنه لا ينعزل حتى يعلم الوكيل ذلك الخ.
- (٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.
- (٤) الإرشاد: المقصد السابع في الوكالة، المطلب الثاني في الأحكام قال: فلو عزله انعزل إن علم بالعزل، وإلا فلا (مخطوط).
- (٥) الإيضاح: ج ٢، في الفسخ ص ٣٥٣ س ٢٤ قال: والوجه عندي الأول، أي قول ابن الجنيد.
- (٦) المختلف: في الوكالة، ص ١٥٩ س ٢٢ قال: وقول الشيخ في النهاية لا بأس به لأنه توسط بين الأقوال.
- (٧) الخلاف: كتاب الوكالة، مسألة ٣ قال: إذا عزل الموكل وكيهه عن الوكالة في غيبة من الوكيل فلأصحابنا فيه روايتان، إحداهما أنه ينعزل في الحال الخ.
- (٨) المختلف: في الوكالة، ص ١٥٩ س ١٧ قال: ولم نظفر بالرواية الأخرى التي نقلها الشيخ في الخلاف

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

- (أ) النهي لا يتعلق به حكم في حق المنهي عنه إلا بعد علمه، وكذا نواهي الشرع كلها، ولهذا لما بلغ أهل قبا أن القبلة حولت إلى الكعبة، داروا وبنوا على صلاتهم ولم يؤمروا بالإعادة، وكذلك نهى الموكل وكيهه عن التصرف ينبغي أن لا يتعلق به حكم في حق الوكيل إلا بعد العلم، وهذا الدليل ذكره في الخلاف (٦).
- (ب) رواية هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام (٧) وفي معناها رواية معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام: أن من وكل رجلا على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبدا حتى يعلم بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها (٨) ومثلها

- (١) النهاية: باب الوكالات، ص ٣١٨ س ١٢ قال: وإن عزله ولم يشهد على عزله إلى أن قال: كان ماضيا على موكله إلى أن يعلم بعزله.
- (٢) الكافي: فصل في الوكالة ص ٣٣٨ س ٩ قال: وكان ما يفعله الوكيل ماضيا حتى يعلم العزل.
- (٣) المختلف: في الوكالة، ص ١٥٩، س ٢ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وبهذا القول قال أبو الصلاح وابن البراج.
- (٤) الوسيلة: فصل في بيان الوكالة ص ٢٨٣ س ٥ قال: وإذا عزله لم ينزل إلا بالإعلام الخ.
- (٥) السرائر: باب الوكالة، ص ١٧٦ س ١٩ قال: وإن عزله ولم يشهد إلى أن قال: وكل أمر ينفذه بعد ذلك كان ماضيا الخ.
- (٦) الخلاف: كتاب الوكالة، مسألة ٣ قال: إن النهي لا يتعلق به حكم في حق المنهي الأبعد حصول العلم به الخ.
- (٧) الفقيه: ج ٣ (٣٧) باب الوكالة، ص ٤٩ الحديث ٥.
- (٨) الفقيه: ج ٣ (٣٧) باب الوكالة، ص ٤٧ الحديث ١.

رواية العلاء بن سيابة عنه عليه السلام أن عليا عليه السلام قضى بذلك (١) قال العلامة في المختلف: فأذن الظاهر عدم عزل الوكيل إلا أن يعلم لهذه الروايات (٢) (ج) لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر، لأنه قد يتصرف بتصرفات يتطرق الضرر ببطانها كما لو باع الجارية فيطأها المشتري، والطعام فيأكله أو غير ذلك، فيتصرف فيه المشتري فيجب ضمانه، فيتضرر المشتري والوكيل، وهذا الوجه الثالث ذكره العلامة في المختلف (٣) ثم قال بعد هذا الكلام بلا فصل: والقول الآخر ليس بردي، لأن الوكالة من العقود الجائزة فللموكل الفسخ وإن لم يعلم الوكيل، وإلا كانت لازمة حينئذ، هذا خلف، لأن العزل رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه، فلا يفتقر إلى علمه، كالطلاق والعتق (٤).

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

-
- (١) الفقيه: ج ٣ (٣٧) باب الوكالة، ص ٤٨ الحديث ٣ والحديث طويل.
(٢) المختلف: في الوكالة ص ١٥٩ س ١٨ قال فأذن الظاهر عدم عزل الوكيل لهذه الروايات ثم قال: ولأنه لو انعزل قبل علمه الخ.
(٣) المختلف: في الوكالة ص ١٥٩ س ١٨ قال فأذن الظاهر عدم عزل الوكيل لهذه الروايات ثم قال: ولأنه لو انعزل قبل علمه الخ.
(٤) المختلف: في الوكالة ص ١٥٩ س ٢٠ قال: والقول الآخر ليس بردي الخ.

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

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

توسط بين الأقوال (١) وهذا يدل على تردده. ورجح في القواعد العزل (٢) وجزم به في كتاب فتواه (٣).

قال طاب ثراه: ويصح الوكالة في الطلاق للغائب والحاضر على الأصح: أقول: منع الشيخ في النهاية من توكيل الحاضر في الطلاق (٤) وبه قال التقي (٥) والقاضي (٦) واختاره ابن إدريس (٧) والمصنف (٨) والعلامة (٩) لوجوه:

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

(٣)
(٤) النهاية: باب الوكالات ص ٣١٩ س ٩ قال: وإن كان شاهدا لم يحز طلاق الوكيل.
(٥) الكافي: في الوكالة ص ٣٣٧ س ٧ قال: والوكالة في الطلاق جائزة كالنكاح بشرط غيبة أحد الزوجين الخ.

(٦) المختلف: في الوكالة، ص ١٥٧ س ٣١ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وتبعه ابن البراج.
(٧) السرائر: باب الوكالة ص ١٧٤ س ٢٥ قال: والطلاق يصح التوكيل فيه سواء كان الموكل حاضرا أو غائبا بغير خلاف الخ. ونقله أيضا في ص ١٧٧ س ١٠ فلاحظ.
(٨) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٩) المختلف: في الوكالة ص ١٥٧ س ٣٢ قال بعد نقل قول ابن إدريس: وهو الأقوى.

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

(أ) الأصل الصحة.

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

(ج) قال ابن إدريس: لا خلاف أن حال الشقاق وبعث الحكيمين: أن الرجل إذا وكل الحكم الذي هو من أهله في الطلاق، فطلق مضي طلاقه وجاز وإن كان الموكل حاضرا في البلد (١).

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

والجواب أن الرواية ضعيفة السند (٣) مع قصورها عن إفادة المطلوب، لأنها تدل على المنع مطلقا، فما دل عليه لا يقول به، وما ذهب إليه لا تدل الرواية عليه. قال طاب ثراه: والمسلم يتوكل للمسلم على المسلم، والذمي، وللذمي على الذمي، وفي وكالته له على المسلم تردد.

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

(٢) الإستبصار: ج ٣ (١٦٦) باب الوكالة في الطلاق ص ٢٧٩ الحديث ٦ ثم قال بعد نقل الخبر: هذا الخبر محمول على أنه إذا كان الرجل حاضرا الخ.

(٣) سند الحديث كما في الإستبصار (محمد بن يعقوب عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الحسن بن علي، وحميد بن زياد عن ابن سماعة عن جعفر بن سماعة جميعا عن حماد بن عثمان عن زرارة)

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

(الخامس) في الأحكام، وهي مسائل:

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

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

(أ) أن يتوكل لمسلم على مسلم.

(ب) أن يتوكل لمسلم على ذمي.

(ج) أن يتوكل لذمي على ذمي.

وهذه الثلاثة إجماعي لا نزاع فيها.

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

(١) النهاية: باب الوكالات ص ٣١٧ س ١٧ قال: ولا يتوكل للذمي على المسلم الخ.
(٢) الخلاف: كتاب الوكالة، مسألة ١٥ قال: يكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم إلى أن قال: لأنه لا دليل على جوازه.

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

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

وتلميذه سلار (١) والتقي (٢) وذهب في المبسوط إلى الكراهة (٣) وبه قال ابن إدريس (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦) للأصل الدال على الجواز السالم عن معارضة إثبات السبيل للكافر على المسلم، فيثبت الجواز. ولأن للذمي أهلية المطالبة بالحقوق واستيفائها من المسلمين فلئن يتولى ذلك المسلم من المسلم أولى. وإن كان ذمياً فمسائله أربع:

(أ) أن يتوكل لمسلم على ذمي.

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

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

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

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

أقول: في المسألة قولان:

- (١) المراسم: ذكر أحكام الضمانات والكفالات والحوالات والوكالات ص ٢٠١ س ١١ قال: فأما الذمي فلا يتوكل لأهل الذمة على أهل الإسلام.
- (٢) الكافي: فصل في الوكالة وأحكامها ص ٣٣٨ س ٢ قال: ولا يتوكل لكافر على مسلم.
- (٣) المبسوط: ج ٢، كتاب الوكالة ص ٣٩٢ س ١٧ قال: يكره أن يتوكل المسلم الكافر على مسلم الخ
- (٤) السرائر: باب الوكالة ص ١٧٦ س ٧ قال: ويكره أن يتوكل للذمي على المسلم.
- (٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.
- (٦) المختلف: في الوكالة، ص ١٥٨ س ٢٧ قال: والأقرب الجواز على كراهية.

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

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

تنبيه

الأمناء على ثلاثة أقسام:

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

-
- (١) عوالي اللئالي: ج ١ ص ٢٢٤ الحديث ١٠٦ و ص ٣٨٩ الحديث ٢٢ و ج ٢ ص ٣٤٥ الحديث ١٠ و ج ٣ ص ٢٤٦ الحديث ٢ و ص ٢٥١ الحديث ٣ ولاحظ ما علق عليه.
- (٢) السرائر: باب الوكالة ص ١٧٥ س ١ قال: فالذين لا ضمان عليهم فهم الوكيل إلى أن قال: والذي يقتضيه أصولنا أن المستام لا ضمان عليه الخ.
- (٣) الشرائع: في التنازع، الثانية: إذا اختلفا في دفع المال إلى الموكل إلى أن قال: وقيل: القول قول المالك وهو أشبه.
- (٤) المبسوط: ج ٢ كتاب الوكالة ص ٣٧٢ س ١٢ قال: فإن اختلفا في الرد إلى أن قال: فإن كان وكيلاً بغير جعل قبل قوله الخ.
- (٥) المختلف: في الوكالة ص ١٦٠ س ٢٦ قال بعد نقل قول المبسوط: وكذا قال ابن البراج.
- (٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.
- (٧) المختلف: في الوكالة ص ١٦٠ س ٢٨ قال: وفي الودعي إشكال.

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

بموافقة الأصحاب (١).

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

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

قال طاب ثراه: إذا زوجه مدعيا وكالته، فأنكر الموكل، فالقول قول المنكر مع يمينه، وعلى الوكيل مهرها، وروي نصف مهرها، لأنه ضيع حقها، وعلى الزوج أن يطلقها إن كان وكل.

أقول: في المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: وجوب المهر كملا على الوكيل، بوجوه ثلاثة:

(أ) إنه ضيع حقها بترك الإشهاد على الوكالة، فعليه ضمانها.

(ب) إن المهر يجب كله بالعقد، وإنما ينتصف بالطلاق، ولم يحصل.

(ج) إنه العار لها بالعقد عليها ومنع الأزواج منها، وهو مذهب الشيخ في

النهاية (٢) وتبعه القاضي (٣) واختاره العلامة في كتاب فتواه (٤).

(١)

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

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

(٤)

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

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

فرع

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

-
- (١) المبسوط: ج ٢، كتاب الوكالة ص ٣٨٦ س ١٥ قال: إذا وكله في تزويج امرأة بعينها إلى أن قال: يلزم الوكيل نصف مهرها.
- (٢) السرائر: باب الوكالة ص ١٧٧ س ٣ قال: فإن عقد له على التي أمره بالعقد عليها إلى أن قال: لزم الوكيل نصف المهر، ثم نقل قول الشيخ في النهاية وقال: وبهذا أفتي وعليه أعتد.
- (٣) الفقيه: ج ٣، باب الوكالة، الحديث ٤ والحديث طويل.
- (٤) المختلف: في الوكالة ص ١٥٩ س ٣٠ قال: وقال بعض علمائنا: إذا أنكر الموكل الوكالة الخ.

تذنيبات

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

احتج الأولون: بالأصل، وبأنه عمل مباح فتدخله النيابة، أما أبحاثه فظاهرة، وأما قبوله النيابة فيدل عليه وضع الشارع نصيباً للعامل. ويجب دفع الزكاة إلى الإمام والساعي، وتبرأ ذمة الدافع، وإن تلفت بعد ذلك منهما، فكانا كالموكلين لأهل السهمان، لأنهما لو كانا وكيلا المالك يغرم ثانياً كما يغرم لو تلفت من يده أو يد وكيله. فبراءة ذمته بتلفها منهما، دل على أنهما وكيلا أهل السهمان. احتج ابن إدريس: بأن التوكيل حكم شرعي فيحتاج في إثباته إلى دليل شرعي، ولا دلالة، وأيضاً فإن الذمة مرتبهة بالزكاة، فلا تبرأ إلا بفعلها، ولا خلاف في البراءة بتسليمها إلى مستحقها دون وكيله، لأن الوكيل ليس هو من الثمانية الأصناف، ولأن الزكاة والخمس لا يستحقهما واحد يعينه، ولا يملكهما أحد إلا بعد قبضهما، فالوكيل لا يستحق المطالبة، وكل واحد من أهل الزكاة والخمس لا يستحق المطالبة بالمال، لأن الإنسان مخير في وضعه فيه أو في غيره، فلا يجبر على تسليمه إليه (٦) قال العلامة في المختلف: لا استبعاد في أن يقول الفقير: وكتك في قبض

-
- (١) المبسوط: ج ٢ كتاب الوكالة، ص ٣٦١ س ٢ قال: ويصح من أهل السهمان التوكيل في قبضها.
(٢) المختلف: في الوكالة، ص ١٥٧ س ١٧ قال: مسألة تصح الوكالة من أهل السهمان في قبض الزكاة إلى أن قال: وقال ابن البراج: لا تصح الوكالة في الزكاة إلا في إخراجها، إلى أن قال: لنا أنه عمل مباح يقبل النيابة الخ.
(٣) المختلف: في الوكالة، ص ١٥٧ س ١٧ قال: مسألة تصح الوكالة من أهل السهمان في قبض الزكاة إلى أن قال: وقال ابن البراج: لا تصح الوكالة في الزكاة إلا في إخراجها، إلى أن قال: لنا أنه عمل مباح يقبل النيابة الخ.
(٤) لم أعثر عليه صريحاً.
(٥) السرائر: باب الوكالة ص ١٧٤ س ١٠ قال بعد نقل قول ابن البراج على المنع: وهو الذي يقوي في نفسي، لأنه لا دلالة عليه إلى قوله: فلا يجيز على تسليمه إليه.
(٦) السرائر: باب الوكالة ص ١٧٤ س ١٠ قال بعد نقل قول ابن البراج على المنع: وهو الذي يقوي في نفسي، لأنه لا دلالة عليه إلى قوله: فلا يجيز على تسليمه إليه.

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

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

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

(١) المختلف: في الوكالة، ص ١٥٧ س ٢٦ قال: وأي استبعاد في أن يقول الفقير الخ.
(٢) المبسوط: ج ٢ كتاب الوكالة، ص ٢٦٠ س ١٥ قال: أما الطهارة فلا يصح التوكيل فيهما وإنما يستعين بغيره الخ.

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

(٤) المبسوط: كتاب الوكالة ص ٣٦٣ س ٥ قال: وأما الجزية إلى أن قال: وكذلك الاحتطاب والاحتشاش، والأقوى أن لا يدخلها التوكيل. وقال في ص ٣٦٢ س ٢١ وكذلك يصح في إحياء الموات.
(٥) السرائر: باب الوكالة ص ١٧٤ س ٣٤ قال: وأما الجزية والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فلا يدخل في ذلك النيابة والتوكيل.

إلى النية، ولعل استناده إلى قوله عليه السلام من أحيا أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله (١) فحكم بالملك ولم يشترط النية. ولعل الأول أقوى. فمن اعتبر النية. أجاز التوكيل وحكم بالملك للموكل، ومن لم يعتبر النية حكم بالملك للتوكيل بإثبات يده إليه وألغى الوكالة.

(د) هل يصح التوكيل في الإقرار؟ الأظهر، لا، وهو مذهب العلامة (٢) وفخر المحققين (٣) لأنه إخبار عن حق يلزم المقر، ولقوله عليه السلام: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز (٤) واتفق العلماء على أنه يدل بمفهومه على عدم قبوله على الغير، واتفق الكل على أن دلالة المفهوم راجحة. وجوزه الشيخ في المبسوط (٥) والخلاف (٦) وقال في المبسوط: ومن الناس من قال: لا يصح ثم اختلف القائلون بعدم الصحة فمنهم من قال: يكون توكيله وإذنه في الإقرار عنه، إقراراً منه، لأنه أخبر عن حق عليه لخصمه، وقال غيره: لا يكون إقراراً، لأن التوكيل في الشيء لا يكون إثباتاً لنفس ذلك الشيء، كالتوكيل في البيع لا يكون بيعاً، وكذلك الأمر بالأمر لا يكون أمراً. والحق أنه لا يكون إقراراً، لأنه إخبار وفي التوكيل يكون إنشاء، واللفظ الواحد لا يستعمل فيهما في حالة واحدة، لاحتمال الأخبار الصدق والكذب، وليس كذلك الإنشاء.

-
- (١) الفقيه: ج ٣ باب إحياء الموات والأرضين، الحديث ٢ وسنن أبي داود ج ٣ كتاب الخراج والإمارة والفقه، الحديث ٣٠٧٣ و ٣٠٧٤ بدون الجملة الأخيرة.
- (٢) القواعد: الرابع متعلق الوكالة ص ٢٥٤ س ١٨ قال: وفي التوكيل على الإقرار إشكال الخ.
- (٣) الإيضاح: ج ٢، ص ٣٤٠ س ٧ قال بعد نقل عبارة القواعد: أقول: منشأ الإشكال الخ
- (٤) عوالي اللثالي: ج ١ ص ٢٢٣ الحديث ١٠٤ و ج ٢ ص ٢٥٧ الحديث ٥ و ج ٣ ص ٤٤٢ الحديث ٥ ولاحظ ما علق عليه.
- (٥) المبسوط: كتاب الوكالة ج ٢ ص ٣٦٨ س ٢٤ قال: فأما إذا أذن له في الإقرار عليه ووكله فيه فإنه يصح ذلك الخ.
- (٦) الخلاف: كتاب الوكالة، مسألة ٥ قال: إذا أذن له في الإقرار عنه صح إقراره الخ.

كتاب الوقوف
والصدقات والهبات

(٤٥)

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

كتاب الوقوف والصدقات والهبات
مقدمة

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

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

والأصل فيه: الكتاب والسنة والإجماع.

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

وأما السنة: فكثير، مثل قوله عليه السلام: إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاثة، ولد صالح يدعو له وعلم ينتفع به بعد موته، وصدقة جارية (٣) قال العلماء: المراد بالصدقة الجارية، الوقف: وقال الصادق عليه السلام: ليس يتبع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال، صدقة أجراها في حياته، فهي تجري بعد موته إلى يوم القيامة، وصدقة موقوفة لا يورث، أو سنة هدى سنّها فكان يعمل بها، وعمل بها من بعده غيره، أو ولد صالح يستغفر له (٤) وعنه عليه السلام: ستة تلحق المؤمن بعد وفاته. ولد يستغفر له، ومصحف يخلفه، وغرس يغرسه، وبئر تحفره وصدقة تجريها، وسنة يؤخذ بها من بعده (٥).
ووقفت فاطمة عليها السلام حوائطها بالمدينة (٦).

(١) الحج: ٧٧.

(٢) البقرة: ٢٧٢.

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

ج ٣ ص ٢٦٠ الحديث ١.

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

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

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

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

تذنيب

أوقاف الجاهلية باطلة، وهي أربعة:

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

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

(ج) الوصيلة، وهي الشاة التي تلد خمس بطون، في كل بطن عناقان، فإذا
ولدت بطناً سادساً ذكراً أو أنثى، قيل وصلت أخاه، فما تلد بعد ذلك يكون حلالاً
للذكور وحراماً على الإناث.

(د) الحام، وهو الفحل ينتج من صلبه عشر بطون، فيسيب، ويقال: حمى
ظهره، فلا يركب.

فهذه وقوف الجاهلية، وجاء في الشرع بإبطالها، قال تعالى (ما جعل الله من
بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولن الذين كفروا يفترون على الله

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

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

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

الأول، في الوقف: ويشترط فيه التنجيز والدوام، والإقباض وإخراجه عن نفسه. فلو كان إلى أمد كان حيسا.

ولو جعله لمن ينقرض

غالبًا صح، ويرجع بعد موت الموقوف عليه إلى ورثة الواقف طلقًا، وقيل: ينتقل إلى ورثة الموقوف عليه، والأول مروى

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

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

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

الأولى: هل يصح هذا الوقف أم لا؟

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

(١) المائدة: ١٠٣.

(٢) النجم: ٢٣.

(٣) المقنعة: باب الوقوف والصدقات، ص ١٠٠ س ١٩ قال: فإن وقف إنسان شيئًا على ولده إلى أن قال: كان متى انقرضوا ولم يبق منهم أحد راجعًا ميراثًا الخ. والنهاية: باب الوقوف وأحكامها ص ٥٩٩ س ١٧ قال: ومتى وقف الإنسان شيئًا إلى أن قال: فمتى انقرض أرباب الوقف رجع الوقف إلى ورثة الواقف الخ.

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

احتج الأولون بوجوه:

(أ) الأصل الصحة.

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

(ج) إن تمليك الأخير ليس شرطاً في تمليك الأول، وإلا لزم محالان، تقديم المعلول على العلة، والدور، لأن الوقف شرطه التنجيز، ولا بد أن يكون له مقر في

-
- (١) المهذب: ج ٢، كتاب الوقف ص ٩١ س ١٦ قال: فإن وقفه على وجه من الوجوه في البر إلى إن قال: ثم انقرض الموقوف عليهم راجعاً إلى ذرية الواقف.
- (٢) المختلف: في الوقف ص ٣٤ س ٢٢ قال: فلو وقف على من ينقرض إلى أن قال: قال الشيخان وابن الجنيد يصح ثم قال: والوجه عندي الصحة.
- (٣) المختلف: في الوقف ص ٣٤ س ٢٢ قال: فلو وقف على من ينقرض إلى أن قال: قال الشيخان وابن الجنيد يصح ثم قال: والوجه عندي الصحة.
- (٤) المراسم: ذكر أحكام الوقوف والصدقات، ص ١٩٨ س ١٧ قال: وإن أطلقه إلى أن قال: كان إذا انقرضوا ميراثاً.
- (٥) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات، ص ٣٧٩ س ١٩ قال: ومتى وقف الإنسان شيئاً إلى أن قال: كان متى انقرضوا ولم يبق منهم أحد، راجعاً ميراثاً.
- (٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.
- (٧) الوسيلة: كتاب الوقوف والصدقات، ص ٣٧٠ س ٣ قال: وأن لا يعلق الوقف بوجه منقرض، فإن علق على وجه يصح كان عمري الخ.
- (٨) بين الهالين ليس في نسختي (ألف) و (ب) ولكنه موجود في نسخة (ج).
- (٩) الخلاف: كتاب الوقوف: مسألة ٩ وفيها نقل الخلاف في صحة هذا الوقف وعدم صحته.

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

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

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

وبالثالث قال ابن زهرة (١).

احتج الأولون: بأنه في الحقيقة حبس، لانقراض أربابه، فلا يكون مؤبدا، فيرجع إلى ورثة الواقف لعدم خروجه عنه بالكلية. ولأنه إنما وقف على قوم بأعيانهم، ولا يتخطى إلى غيرهم، لقول العسكري عليه السلام: الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله (٢).

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

قال طاب ثراه: ولو شرط عوده عند الحاجة، فقولان: أشبههما البطلان.
أقول: في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

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

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

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

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

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

وجاز له بيعه والتصرف فيه، وإن لم يرجع ومات كان وقفاً، وهو ظاهر المفيد (١) والسيد (٢) وسالار (٣) واختاره العلامة ثانياً (٤).
(ب) صحة الشرط والعقد، ويكون في الحقيقة حسبا، فإن رجع فيه مع الحاجة صار تلقا وورث عنه، وكذا لو مات ولم يرجع، قاله الشيخ في النهاية (٥) وتبعه القاضي (٦) وهو الذي رجحه العلامة في المختلف أولاً (٧).
(ج) بطلان العقد، لأنه خلاف مقتضاه، لأن الوقف لا تباع، قاله الشيخ في المبسوط (٨)، وبه قال: أبو علي (٩) وابن حمزة (١٠) وابن

- (١) المقنعة: باب الوقوف والصدقات، ص ٩٩ س ٣٢ قال: ومتى شرط الواقف في الوقف أنه إن احتاج إليه في حياته كان له بيعه الخ.
(٢) الانتصار: مسائل شتى في الهبات والإجازات والوقف ص ٢٢٦ س ١٣ قال: ومما انفردت به الإمامية القول: بأن من وقف وقفاً، جاز له أن يشرط الخ.
(٣) المراسم: ذكر أحكام الوقوف والصدقات ص ١٩٧ س ٨ قال: وإن شرط رجوعه فيه عند فقره كان له ذلك.
(٤) المختلف: في الوقف، ص ٣٢ س ٣٦ قال: وإن لم يرجع ومات كان على حاله وهو الوجه عندي.
(٥) النهاية: باب الوقوف وأحكامها، ص ٥٩٥ س ١٥ قال: ومتى شرط الواقف أنه متى احتاج إلى شيء منه كان له بيعه كان الشرط صحيحاً الخ.
(٦) المهذب: ج ٢، كتاب الوقف، ص ٩٣ س ١١ قال: ومن وقف شيئاً وشرط أنه متى احتاج إليه كان له بيعه الخ.
(٧) المختلف: في الوقف، ص ٣٢ س ١٨ قال: والوجه عندي ما قاله الشيخ في النهاية.
(٨) المبسوط: ج ٢، كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٠٠ س ١ قال: وإذا وقف وقفاً وشرط أن يبيعه أي وقت شاء كان الوقف باطلاً الخ.
(٩) المختلف: في الوقف، ص ٣٢ س ١٨ قال: وقال ابن الجنيد: إذا شرط الموقوف أن له الرجوع فيما وقف وبيعه لم يصح الخ.
(١٠) الوسيلة: أحكام الوقف، ص ٣٧٠ س ٩ قال: ولا يجوز الوقف على أربعة عشر إلى أن قال: ولا المشروط بأن يبيعه الخ.

إدريس (١).

احتج الأولون بأصالة صحة العقد والشرط معا، لقوله تعالى (أوفوا بالعقود) (٢) وقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم (٣) وما رواه محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى أبي محمد العسكري عليه السلام في الوقف، فوقع عليه السلام: الوقف على حسب ما وقفها أهلها إن شاء الله (٤). ولأن الوقف المشروط سائغ إجماعا، فإذا زال الشرط الذي علق عليه الوقف لم يكن ماضيا، وإذا كان الوقف قابلا للشرط، والموقوف عليه قابلا للنقل عنه إلى غيره، فأى مانع من خصوصية هذا الشرط. احتج الشيخ على دعوى النهاية بما رواه: أن إسماعيل بن الفضيل سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه البر، وقال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له؟ وقد جعله الله، أن يكون له في حياته، فإذا هلك يرجع ميراثا، أو يمضي صدقة؟ قال: يرجع ميراثا إلى أهله (٥).

واحتج على قوله في المبسوط: بأنه شرط ينافي عقد الوقف، فيبطل، لتضمنه شرطا فاسدا.

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

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

(٢) المائدة: ١.

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

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

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

الثالث، في الواقف: ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف،

وفي وقف من بلغ عشرا تردد، المروي جواز صدقته، والأولى المنع، ويجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه على الأشبه، وإن أطلق فالنظر لأرباب الوقف.

يمكن الوقف قابلا للمثل هذا الشرط، وهو المتنازع.

قال طاب ثراه: وفي وقف من بلغ عشرا تردد، والمروي جواز صدقته، والأولى المنع.

أقول: سوغ الشيخ وقفه في المعروف (١) وهو مذهب التقي (٢) وأبي علي (٣) ومنع سلار (٤) وابن إدريس (٥) وعليه المصنف (٦) والعلامة (٧). قال طاب ثراه: ويجوز للواقف أن يجعل النظر لنفسه على الأشبه.

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

(١) النهاية: كتاب الوصايا، باب الشرائط الوصية ص ٦١١ س ١٥ قال: وكذلك يجوز صدقة الغلام إذا بلغ عشر سنين وهبته وعتقه إذا كان بالمعروف في وجه البر الخ أقول: الظاهر أن تعبير المصنف قدس سره بقوله (سوغ الشيخ وقفه بالمعروف) لأن الشيخ يرى أن الوقف صدقة، لاحظ باب الوقوف وأحكامها ص ٥٩٦ س ٦ حيث قال: والوقف والصدقة شيء واحد، ولم نجد في كتب الشيخ التصريح بصحة وقف من بلغ عشرا، ولعل الله يحدث بعد ذلك أمرا.

(٢) لم أعثر على هذا المذهب في الوقف إلا في أبواب الوصايا في صحة وصية من بلغ عشرا أو عدم صحته.

(٣) لم أعثر على هذا المذهب في الوقف إلا في أبواب الوصايا في صحة وصية من بلغ عشرا أو عدم صحته.

(٤) لم أعثر على هذا المذهب في الوقف إلا في أبواب الوصايا في صحة وصية من بلغ عشرا أو عدم صحته.

(٥) لم أعثر على هذا المذهب في الوقف إلا في أبواب الوصايا في صحة وصية من بلغ عشرا أو عدم صحته.

(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٧) لم أعثر على هذه المذاهب في الوقف إلا في أبواب الوصايا في صحة وصية من بلغ عشرا أو عدم صحته.

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

(٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

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

الإجماع، حيث قال: لا خلاف أن الواقف يجوز له أن يشترط في وقفه النظر لنفسه في الوقف، وأن يتولاه بنفسه من الاستنماء وخراج النماء إلى أربابه على حسب ما شرط في الوقف، عملاً بالأصل، وبقوله: المؤمنون عند شروطهم (١) وقول العسكري عليه السلام: الوقف على حسب ما يوقفها أهلها (٢).
قال طاب ثراه: ولو وقف على ذلك الكافر صح، وفيه وجه آخر.
أقول: قال المفيد: إن وقف مسلم شيئاً على عمارة بيعة، أو كنيسة، أو بيت نار كان الوقف باطلاً، وإذا وقف الذمي ذلك جاز (٣) وهو ظاهر القاضي (٤) والمصنف (٥) وقال ابن الجنيد: فأما ما وقفه أهل الشرك على الأماكن التي يشركون

(١) تقدم آنفاً.

(٢) تقدم آنفاً.

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

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

(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.

والمسلمون من صلى إلى القبلة، والمؤمنون الاثني عشرية، وهم الإمامية، وقيل: مجتنبوا الكبائر خاصة.

فيها بالعبادة بغير الله تعالى كبيوت النيران والأصنام، والقرايين للشمس والكواكب ونحوها في أي أرض كانت تملك المسلمون الحكم فيها، فإن ذلك غير ممضى، ولأئمة الدين أن يصرفوا ثمرها وغلاتها إلى ما يصرفون إليه سهم الله في الغنائم (١) وفصل العلامة فقال: إن كانت بيوت عبادة الله كالبيع والكنائس صح الوقف، وإن كانت بيوت عبادة لغير الله تعالى كبيوت الأصنام والنيران فإن الوقف باطل، وحكمه حكم الأرض المفتوحة إذا فتحها المسلمون، لأننا أمرنا لإقرار أهل الذمة على عباداتهم ومواضع معتقداتهم، فصح وقفهم عليها كما جاز لهم عمارتها، بخلاف بيوت النيران، فإنها ليست مواضع عبادة الله تعالى (٢):
قال طاب ثراه: والمؤمنون الاثني عشرية، وهم الإمامية، وقيل: مجتنبوا الكبائر.
أقول: القول الأول مذهب الشيخ في التبيان (٣) وبه قال سلار (٤) وابن إدريس (٥) واختاره المصنف (٦) والعلامة (٧).

- (١) المختلف: في الوقف، ص ٣٧ س ٧ قال: وقال ابن الجنيد: وأما ما وقفه أهل الشرك على الأماكن الخ. ثم قال بعد نقل قول ابن الجنيد: والمعتمد أن نقول: إن كانت بيوت عبادة لله صح الوقف كالبيع والكنائس الخ.
- (٢) المختلف: في الوقف، ص ٣٧ س ٧ قال: وقال ابن الجنيد: وأما ما وقفه أهل الشرك على الأماكن الخ. ثم قال بعد نقل قول ابن الجنيد: والمعتمد أن نقول: إن كانت بيوت عبادة لله صح الوقف كالبيع والكنائس الخ.
- (٣) قال في تفسيره الآية ١٧٢ من سورة البقرة (يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات الخ): هذا الخطاب يتوجه إلى جميع المؤمنين، وقد بينا أن المؤمنين هو المصدق بما وجب عليه. ويدخل فيه الفساق الخ
- (٤) المراسم: ذكر أحكام الوقوف والصدقات، ص ١٩٨ س ١٥ قال: وإن قال للإمامية فهو لمن قال بإمامة الاثني عشر عليهم السلام.
- (٥) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٧٨ س ٣٧ قال: وإن وقفه على الإمامية خاصة كان فيمن قال بإمامة الاثني عشر منهم.
- (٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.
- (٧) تحرير الأحكام: الفصل الرابع في شرائط الموقوف عليه، ص ٢٨٦ (با) قال: إذا وقف على المؤمنين انصرف إلى الاثني عشرية.

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

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

-
- (١) النهاية: باب الوقوف وأحكامها، ص ٥٩٧ س ٢٠ قال: فإن وقف على المؤمنين كان ذلك خاصاً
لمجتبى الكبائر.
(٢) المقنعة: باب الوقوف، ص ١٠٠ س ١٢ قال: فإن وقفه على المؤمنين كان على مجتبى الكبائر من الشيعة
الإمامية خاصة.
(٣) المهذب: ج ٢، باب الوقوف، ص ٨٩ س ١٤ قال: فإن وقفه على المؤمنين كان ذلك لمجتبى
الكبائر من أهل الحق والمعرفة.
(٤) الوسيلة: فصل في بيان الوقف وأحكامه ص ٢٧١ س ٢ قال: وإن عينهم بالإيمان كان الظاهر
العدالة من الإمامية.
(٥) اختلفت النسخ من الأصل والشرح في ضبط هذه الجملة، ففي بعضها (الجارودية والزيدية)
وفي البعض الآخر كما أثبتناه والظاهر أنه الصحيح، وإن كانت العبارة غير سلسلة.
(٦) لاحظ عبارة المختصر النافع.
(٧) المختلف: في الوقف، ص ٣٥ قال بعد نقل قول الشيخ وابن إدريس: والوجه الأول عملاً
بعموم اللفظ.
(٨) تقدم.
(٩) تقدم.

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

إدريس: إن كان الواقف من إحدى فرق الزيدية حمل كلام العام على شاهد حاله، وفحوى قوله، وخصص به، وصرف في أهل نحلته دون من عداهم من سائر المنطوق به عملاً بشاهد الحال (١) وما أحسن هذا القيد، ألا ترى أنه من المستبعد أن يتوقف المؤمن على إحدى فرق الزيدية الذين هم أشد عداوة لأهل البيت وللشيعة من النواصب.

توضيح

الزيدية ثلاث فرق:

- (أ) الجارودية، أصحاب أبي الجارود ابن زياد بن منقذ العبدي. قال: إن النبي صلى الله عليه وآله نص على علي عليه السلام بالوصف دون التسمية.
- (ب) أصحاب سليمان بن جرير. قالوا: إن البيعة طريق الإمامية، واعترفوا بإمامة أبي بكر وعمر اجتهاداً، ثم إنهم تارة يصبون ذلك الاجتهاد، وتارة يخطئونه، وقالوا: بكفر عثمان وعائشة وطلحة وزبير ومعاوية لقتالهم علياً.
- (ج) الصالحية: أصحاب الحسن بن صالح ابن حي، وكان فقيهاً، وكان يثبت إمامة أبي بكر وعمر، ويفضل علياً عليه السلام على سائر الصحابة، وتوقف في عثمان لما سمع عنه من الفضائل تارة ومن الرذائل أخرى.
- قال طاب ثراه: ولو نسبهم إلى أب كان لمن انتسب إليه بالأبناء دون البنات على الخلاف كالعلوية والهاشمية.

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

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

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

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

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

والقطب الكيدري (١) (٢) واختاره ابن إدريس (٣).
وهل يدخل من هو على رأس الأربعين؟ يظهر من العلامة المنع (٤) وقال
القاضي بدخوله (٥).

والثالث لبعض الأصحاب، وهو متروك.

قال طاب ثراه: ولو وقف على مصلحة فبطلت، قيل: تصرف إلى البر.
أقول: هذا هو القول المشهور بين الأصحاب، لأن الوقف في الحقيقة على
المسلمين، فمع تعذر خصوص المصرف المعين، لا يبطل عمومته، لوجوب العمل
بقصد الواقف، وهو إجراء وقفه على ما يحصل به الثواب. وتردد المصنف طلباً للدليل،
وأصالة بقاء الملك، خرج عنه ما نص الواقف عليه، فمع تعذره يرجع إليه مع وجوده،
ومع فقده إلى ورثته، وهو نادر.

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

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

(٣) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٧٩ س ٧ قال: وإذا وقف الإنسان شيئاً على جيرانه
إلى أن قال: من يلي داره الخ.

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

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

ولو شرط إدخال من يوجد مع الموجود صح.

ولو أطلق الوقف

وأقبض لم يصح إدخال غيرهم معهم، أولادا كانوا أو أجانبا، وهل له ذلك مع أصغر ولده؟ فيه خلاف، والجواز مروى أما النقل عنهم فغير جائز وأما اللواحق فمسائل:

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

الثانية: إذا وقف على مواليه دخل الأعلون والأذنون.

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

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

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

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

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

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

(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

الخامسة: لا يجوز إخراج الوقف عن شرطه، ولا بيعه إلا أن يقع خلف يؤدي إلى فساده على تردد.
السادسة: إطلاق الوقف يقتضي التسوية، فإن فضل لزم.
السابعة: إذا وقف على الفقراء وكان منهم، جاز أن يشركهم.

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

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

قال طاب ثراه: ولا يجوز إخراج الوقف عن شرطه، ولا بيعه إلا أن يقع خلف يؤدي إلى فساده على تردد.

أقول: البحث هنا يقع في مقامات:

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

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

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

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

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

(ب) المنع من بيعه مطلقا، قاله ابن إدريس: سواء وقع فيه خلف أو لا، وسواء حرب أو لا، وعلى كل وجه وسبب (٥).

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

(١) الانتصار: مسائل شتى من الهبات والوقف، ص ٢٢٧ س ١٩ قال: فأما إذا صار الوقف بحيث لا يجدي نفعا إلى أن قال: فالأحوط ما ذكرناه من جواز بيعه الخ.
(٢) تقدم آنفا.

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

(٤) الوسيلة: في بيان الوقف وأحكامه، ص ٣٧٠ س ٧ قال: ولا يجوز بيعه إلا بأحد شرطين الخ.
(٥) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات، ص ٣٧٦ س ١٩ قال فإذا أقبض الوقف فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك ولا التصرف فيه بيع إلى أن قال: فأما إذا كان الوقف إلى أن قال: لم يجز بيعه على وجه من الوجوه الخ.

(٦) المهذب: ج ٢ كتاب الوقف ص ٩٢ س ٨ قال: وإذا كان الشيء وقفا إلى قوله: إلى أن يرث الله لم يجز بيعه، وإن كان وقفا على قوم الخ.

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

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

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

(د) جواز بيعه إذا خيف خرابه ولم تتمكن من عمارته، أو مع خلف فيه بين
أربابه يحصل باعتباره فساد لا يمكن استدراكه مع بقاءه، وهو قول المصنف (١)
والعلامة (٢) لأن الغرض من الوقف استيفاء منافعه وقد تعذرت فيجوز إخراجه عن
حده تحصيلًا للغرض منه. والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض، كما لو
عطل الهدي ذبح في الحال. وإن اختص بموضع فلما تعذر المحل ترك مراعاة الخاص،
لتعذره. ولما رواة علي بن مهزيار في الصحيح، إلى أن قال: وكتبت إليه (يعني إلى
أبي جعفر عليه السلام إن الرجل كتب (٣) إن بين من وقف عليهم هذه الضيعة
اختلافًا شديدًا، وأنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع
هذا الوقف ويدفع إلى كل إنسان منهم ما كان وقف له من ذلك أمرته، فكتب
بخطه إلي، واعلمه أن رأيي له: إن كان قد علم الاختلاف بين أصحاب الوقف
أن يبيع الوقف أمثل، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس (٤).
احتج المانعون برواية علي بن راشد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام قلت:
جعلت فداك، اشتريت أرضًا إلى جنب ضيعتي بألفي درهم، فلما وفرت المال خبرت

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

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

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

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

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

وأما التقي فلعله عول على ما رواه جعفر بن حيان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف عليه ثم على قرابته من أبيه وقرابته من أمه، فللورثة أن تبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما خرج من الغلة؟ قال: نعم، إذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم باعوا (٢) فإن مفهوم هذه الرواية عدم التأيد. فالحاصل أن الأقوال خمسة:

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

(١) الفروع: ج ٧ باب ما يجوز من الوقف والصدقة، ص ٣٧ الحديث ٣٥.
(٢) الفروع: ج ٧ باب ما يجوز من الوقف والصدقة ص ٣٥ قطعة من حديث ٢٩.

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

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

- (١) المختلف: في الوقف، ص ٣٢ س ٥ قال: والأقوى عندي أنه إن أمكن الخ.
(٢) الإنتصار: مسائل شتى، ص ٢٢٧ س ١٩ قال: فأما إذا صار الوقف بحيث لا يجدي نفعا إلى قوله من جواز بيعه.
(٣) المقنعة: باب الوقوف والصدقات ص ٩٩ س ٣٤ قال: إلا أن يخرب الوقف إلى أن قال: فلهم حينئذ بيعه والانتفاع بثمنه.

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

العين عن المالك أو لا، والأول الوقف، والثاني إما بعوض أو لا والأول الإجارة، والثاني العمري.

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

وهل يلزم بالقبض؟ قيل فيه: ثلاثة أقوال:

(أ) نعم مطلقا ز وعليه الأكثر.

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

(ج) يلزم إن قرنت بالقربة، وإلا فلا.

بقي هنا شيء

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

فرع

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

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

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

(٤) المهذب: ج ٢، باب السكنى والعمري والرقبى، ص ١٠٠ س ١٥ قال: فإذا قال لغيره: الخ والاستظهار بمثل ما في المبسوط.

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

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

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

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

قال طاب ثراه: ولا يرجع في الهبة لأحد الوالدين (٢) من بعد القبض، وفي غيرهما من ذوي الرحم على الخلاف. أقول: أما هبة الأبوين والولد فلا يجوز له الرجوع فيها إجماعا، وأما باقي ذوي الأرحام فللشيخ قولان: الجواز ذكره في الكتابين (٣) والتهذيب (٤) وبه قال

-
- (١) المختلف: في السكنى ص ٥٠ س ١٤ قال: وقال ابن الحنيد: إذا أراد ورثة المالك إخراج الساكن الخ (٢) في النسخ المخطوطة من المتن والشرح (الأبوين) بدل (الوالدين). (٣) المبسوط: ج ٣ كتاب الهبات ص ٣٩ س ٢٢ قال: وعندنا أن الرجوع في هبة الزوج أو الزوجة مكروه. ولم أعثر فيه غير هذا ولعله من أن حكمهما حكم ذوي الأرحام كما سيأتي عن التذكرة. وفي الخلاف، كتاب الهبة مسألة ١٢ قال: ويكره الرجوع في الهبة لذي رحم. (٤) التهذيب: ج ٩ في الوقوف والصدقات، الحديث ١٦ وباب النحل والعطية الحديث ٢٠ وفيه إلا لذي رحم فإنه لا يرجع فيها

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

- (١) الإنتصار: مسائل شتى، ص ٢٢٣ ص ٧ قال: وذهبت الإمامية إلى أنه يجوز (أي الرجوع) في المواضع كلها الخ.
- (٢) السرائر: باب الهبات والنحل، ص ٣٨١ س ١٤ قال: فأما ذوا الرحم غير الولد إلى أن قال: وبعض يذهب إلى أن له الرجوع بعد القبض ثم قال: وهو الذي يقوى في نفسي الخ.
- (٣) المختلف: كتاب الهبات وتوابعها، ص ٢٧ س ٥ قال: والأول مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد وابن إدريس الخ.
- (٤) النهاية: باب النحل والهبة ص ٦٠٢ س ٩ قال: فأما الذي ليس له فيه رجوع، فهو كل هبة وهبتها الإنسان لذي رحمه.
- (٥) المقنعة: باب النحل والهبة، ص ١٠٠ س ٢٤ قال: أحدهما ماض لا رجوع فيه، وهو الهبة لذي الرحم الخ.
- (٦) المراسم: ذكر أحكام الهبة، ص ١٩٩ س ٨ قال: وهبة ذوي الأرحام على ضربين إلى قوله: فالمقبوضة لا يجوز الرجوع فيها.
- (٧) المهذب: ج ٢ ص ٩٨ أقسام الهدية س ١٥ قال: وثانيها: أن يكون السبب الداعي إليها المودة إلى قوله: والأفضل ترك الرجوع فيها.
- (٨) المختلف: في الهبة، ص ٢٧ س ٧ قال: والوجه عندي حيرة المفيد رحمه الله.
- (٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.
- (١٠) الفروع: ج ٧ باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة، ص ٣١ ذيل حديث ٧.

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

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

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

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

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

(٢) السرائر: باب الهبات والنحل، ص ٣٨١ س ١٩ قال: ويكره أن يرجع الإنسان فيما يهبه لزوجته، وكذلك يكره للمرأة الخ.

(٣) الخلاف: كتاب الهبة، مسألة ١٢ قال: وقال: إذا وهب أحد الزوجين للآخر لم يكن للواهب الرجوع فيها، وقد روى ذلك قوم من أصحابنا في الزوجين.

(٤) التذكرة: ج ٢ كتاب الهبة ص ٤١٨ س ٣٩ قال: وقال جماعة من علمائنا أن حكم الزوجين حكم ذوي الأرحام إلى قوله: وهو المعتمد.

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

(٦) تقدم آنفاً.

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

ومع التصرف قولان: أشبههما الجواز.

قال: ولا يرجع الرجل فيما يهبه لزوجته، ولا المرأة فيما تهبه لزوجها حيزت أو لم تحز، أليس الله يقول (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً) (١). وقال: (فإن طبن لكم عن شيء فكلوه هنئنا مريئاً) (٢) (٣)، وهذا يشمل الصداق والهبة. قال طاب ثراه: ومع التصرف قولان: أشبههما الجواز. أقول: منع في النهاية من الرجوع (٤) وتبعه القاضي (٥) وابن إدريس (٦) واختاره العلامة (٧) وقال سلار: للواهب الرجوع فيما لم يعوض عنه ما دامت العين باقية (٨) وكذا التقي (٩) واختاره المصنف (١٠) إلا أن أبا الصلاح منع في الرجوع في الهدية مع التصرف (١١).

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) النساء: ٤.

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

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

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

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

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

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

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

(١٠) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

فروع

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

- (١) الوسيلة: في بيان الهبات ص ٢٧٩ س ١٣ قال: أو تصرف المهب فيها بأن تكون شجراً فاتخذ منها باباً أو سريراً، أو يكون ثوباً الخ.
- (٢) وذلك لأن الشيخ أطلق التصرف، فقال: أو تصرف فيها الموهوب له النهاية ص ٦٠٣ س ٤ فعلى هذا ركوب الدابة وحلب البعير تصرف يمنع الرد.
- (٣) السرائر: باب الهبات والنحل، ص ٣٨١ س ١٦ قال: أو يتصرف فيها، بإطلاق التصرف يشمل ركوب الدابة وحلب البعير فيمنع الرد.
- (٤) الوسيلة: في بيان الهبات، ص ٢٧٩ س ٩ قال: فإن خرجت عن ملكه سقط رجوعه فيها وإن عادت إليه.

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

كتاب السبق والرماية
ومستندهما قوله عليه السلام: لأسبق إلا في نصل أو خف أو حافر.
ويدخل تحت النصل السهام والحرايب والسيوف. وتحت الخف الإبل.
وتحت الحافر الخيل والبغال والحمير. ولا يصح في غيرها. ويفتقر

كتاب السبق والرماية

مقدمة

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

-
- (١) حلاب من أسماء خيل العرب السابقة لسان العرب ج ١، لغة حلب.
(٢) الخطر بالتحريك، السبق الذي يتراهن عليه، مجمع البحرين لغة خطر.
(٣) النصل حديدة السهم والرمح والسكين والسيوف ما لم يكن له مقبض والمجمع نصول ونصال
مجمع البحرين لغة نصل.

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

والأصل فيه: الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب، فقولته تعالى (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله) (٢) وفي المسابقة (قالوا يا أبانا إنا ذهبنا نستبق وتركنا يوسف عند متاعنا) (٣) فأخبر بالمسابقة. ووجه الدلالة أنه تعالى أمر بإعداد الرمي ورباط الخيل، والإعداد إنما يكون بالتعليم، وأتم ذلك بالمسابقة، ليكد كل واحد نفسه في بلوغ الغاية والحدق فيه.

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

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

(٢) الأنفال: ٦٠.

(٣) يوسف: ١٧.

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

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

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

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

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

المسلمون، فقيل يا رسول الله سبقت العضباء؟! فقال: حقا على الله أن لا يرفع شيئا في الأرض إلا وضعه (١) وفي طريق آخر لا يرفع شيئا في الناس إلا وضعه (٢).
وأما الإجماع: فعامة المسلمين على جواز المسابقة، وإن اختلفوا في بعض مسائلها.
وأما في المراماة: فقولته تعالى (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل) (٣) روى عقبه بن عامر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: ألا أن القوة، الرمي، ثلاثا (٤).
وأما السنة: فروي أنه صلى الله عليه وآله مر بقوم من الأنصار يترامون، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: أنا في الحزب الذي فيه ابن الأدرع، فأمسك الحزب الآخر، وقالوا: لمن يغلب حزب فيه رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: ارموا فإني أرمي معكم، فرمى مع كل واحد رشقا، فلم يسبق بعضهم بعضا، فلم يزالوا يترامون وأولادهم وأولاد أولادهم ولا يسبق بعضهم بعضا (٥).
وأما الإجماع: فلا يختلف أحد من الأمة في جواز المراماة.
إذا عرفت هذا فيقتصر في الجواز على الثلاثة المذكورة، لقولهم عليهم السلام: إن الملائكة لتنفّر عند الرهان وتلعن صاحبه ما عدى الحافر والخف والريش (٦) فيدخل تحت الحافر الخيل والبغال والحمير، وتحت الخف الإبل والفيل، وتحت النصل النشاب، وهي للعجم، والسهام، وهي للعرب، والمزاريق، وهي الرديينات (٧)

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

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

(٣) الأنفال: ٦٠.

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

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

(٦) الوسائل: كتاب السبق والرماية، باب استحباب إجراء الخيل وتأديتها والاستباق الحديث ٦.

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

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

وأجازه العامة في مسائل:

الأولى: المسابقة بالأقدام، وهو أن يتعاديا فأيهما تقدم صاحبه فهو السابق، أو يكون المدى قدرا معلوما منتها إلى غاية معينة، فأيهما وصل إليها قبل صاحبه كان هو السابق، وأجازها بعضهم مطلقا والآخرون إذا خلت عن العوض. واحتجوا على جوازها بما رووه عن عائشة قالت: كنت مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في غزاة فقال للقوم: تقدموا، فتقدموا فقال لي: تعالي أسابقك فسابقته برجلي فسابقته، فلما كان في غزاة أخرى، فقال للقوم تقدموا، فتقدموا وقال: تعالي أسابقك، فسابقته فسبقني، فقال: يا عائشة هذه بتلك، وكنت قد نسيت، فندمت (١).

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

واحتجوا بأن النبي صلى الله عليه وآله خرج إلى الأبطح فرأى يزيد بن ركابة يرعى أعززا له، فقال للنبي صلى الله عليه وآله: هل لك أن تصارعني؟ فقال له النبي صلى الله عليه وآله ما تسبق لي؟ قال: شاة فصارعه فصرعه النبي صلى الله عليه وآله فقال له يزيد: هل لك في العود؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله ما تسبق لي؟ قال: شاة، فصارعه فصرعه النبي، فقال للنبي صلى الله عليه وآله: هل لك في

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

العود؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله ما تسبق لي؟ قال: شاة، فصارعه فصرعه، فقال للنبي صلى الله عليه وآله أعرض علي الإسلام فما أحد وضع جنبي على الأرض، فعرض عليه الإسلام فأسلم، ورد عليه غنمه (١).
والجواب. منع السند في الأولى، ولأن ذلك لا يليق بمنصب النبوة. والرواية الثانية لا تدل على الجواز في حق غير النبي صلى الله عليه وآله، لوجوه:
(أ) أجاز أن يكون من خصائصه، فلا يلزم مشاركة غيره فيه.
(ب) أنها قضية في واقعة، أوجب مقتضى الحال التسوية في تلك الصورة، فلا يتعدى إلى غيرها، وذلك لأن طلب المشرك للمصارعة للنبي صلى الله عليه وآله يجري مجرى طلب المبارزة، فلو لم يجبه إلى ذلك لاجترء عليه واستشعر منه الوهن والضعف عن مقاومته، فأجابه إلى ذلك دفعا لهذه المفسدة العظيمة، فلا يلزم منه جواز التعدي.
(ج) علم عليه السلام كون المصارعة في هذه سببا لإسلامه، فأجاب إليها تحصيلا لهذه الفائدة.
الثالثة: المسابقة بالطيور، فإن كانت بغير عوض جاز عندهم، وبعوض على قولين.
الرابعة: المسابقة بالسفن والزيارق (٢)، وفيه عندهم قولان.
الخامسة: المسابقة بالأحجار، بأن يدرجها ويدفعها من مكان إلى مكان، ليعرف الأشد منهم والكل عندنا حرام، لأنه لا يعامل بهذه الأشياء، فيدخل تحت

(١) سنن أبي داود: ج ٤ كتاب اللباس، باب في العمائم، الحديث ٤٠٧٨ وفيه أن ركابة صارع النبي صلى الله عليه وآله، فصرعه النبي صلى الله عليه وآله وليس فيه سبق ولا الإسلام ورواه في المبسوط: ج ٦ ص ٢٩١ كتاب السبق والرماية، كما في المتن.
(٢) الزورق من السفن دون الخليج، وقيل: هو القارب الصغير لسان العرب: ج ١ لغة زرق.

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

القمار، ولعموم الخبر.

قال طاب ثراه: وفي لزومها تردد، أشبهه اللزوم.
أقول: ما ذهب إليه المصنف، هو مذهب ابن إدريس (١) وذهب الشيخ في
الكتابين إلى أنها عقد جائز (٢) واختاره العلامة (٣). احتج ابن إدريس بقوله
تعالى (أوفوا بالعقود) (٤) والجواب: القول بالموجب فإن الوفاء بالعقد هو العمل
بمقتضاه، فإن كان لازما كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم، وإن كان
جائزا كان العمل بمقتضاه على سبيل الجواز، وليس المراد به مطلق العقود، وإلا
وجب الوفاء بالوديعة والعارية وغيرهما من العقود. احتج العلامة: بأصالة عدم
اللزوم، ولأنه نوع جهالة، فإن قوله (من سبق فله كذا) هو عين الجعالة (٥).
قال طاب ثراه: ولا يشترط المحلل عندنا.

-
- (١) السرائر: باب السبق والرماية، ص ٣٧٦ س ١٢ قال: وقال آخرون: هو من العقود اللازمة،
وهو الذي يقوى في نفسي الخ.
(٢) المبسوط: ج ٦ كتاب السبق والرماية ص ١٠٠ س ١٧ قال: فهل ذلك من العقود الجائزة أو
اللازمة؟ إلى أن قال. والأقوى الأول. والخلاف: كتاب السبق، مسألة ٩ قال: عقد المسابقة من العقود
الجائزة الخ.
(٣) المختلف: في السبق والرماية، ص ٢٦ س ٣ قال: والوجه الأول، أي أنه من العقود
الجائزة إلى أن قال: لنا الأصل عدم اللزوم.
(٤) المختلف: في السبق والرماية، ص ٢٦ س ٣ قال: والوجه الأول، أي أنه من العقود
الجائزة إلى أن قال: لنا الأصل عدم اللزوم.
(٥) المائة: ١

عليه، وتساوى ما به السباق في احتمال السبق، وفي اشتراط التساوي في الموقف تردد. ويتحقق السبق بتقدم الهادي، وتفتقر المراماة إلى شروط تقدير الرشق، وعدد الإصابة وصفتها، وقدر المسافة، والغرض، والسبق

وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد. ولا يشترط تعيين السهم، ولا القوس. ويجوز المناضلة على الإصابة وعلى التباعد، ولو فضل أحدهما الآخر، فقال: إطرح الفضل بكذا، لم تصح، لأنه مناف للغرض من النضال.

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

قال طاب ثراه: وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد.

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

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

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

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

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

في هذا الباب ألفاظ يحتاج إلى تفسيرها:
فالرشق بفتح الراء، الرمي، يقال: رشقت رشقا، أي رميت رميا، ويقال: قوس رشيقة، أي خفيفة، وبالكسر عدده الذي يتفقان عليه. ويسمى أيضا الوجه واليد، فيقال: رشق ووجه ويد، وبالفارسية (دست) ومعناه أن يقول عند أحد الغرضين: يرمون رشقهم إلى الأخير، فقالوا: وجه، ويقال: رشق وجه، ويراد به الرمي على ولاء حتى يفرغ الرشق.
والهدف بحركة الدال المهملة تراب يجمع، أو حائط بينى، لينصب فيه الغرض. والغرض رق أو رشق، وهو الجلد البالي، أو قرطاس يدور عليه شعر، وقيل: ما ينصب في الهدف يقال له القرطاس سواء كان من كاغذ أو غيره، وما تعلق في الهواء فهو الغرض. وقد يجعل في الشق نقش كالهلال يقال له الدائرة، وفي وسطها نقش يقال له الخاتم، وهذه الدائرة هي الغاية في المقصود من حذق الرماة. والرقعة عظم ونحوه يجعل في الغرض.
إذا عرفت هذا فينبغي أن يعيننا موضع الإصابة، أهو الهدف، أو الغرض، أو

(١) لا خط عبارة المختصر النافع.
(٢) التحرير: كتاب السبق والرماية، ص ٢٦٢ س ٣٥ قال: أما المبادرة أو المحاطة ففي اشتراط ذكر أحدهما نظر، أقربه عدم الاشتراط.

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

ويوصف السهم بألقاب:

(أ) الحابي، وهو الواقع دون الهدف ثم يحبو إليه، مأخوذ من حبو الصبي، وهو نوع من المزدلف يفترقان في الاسم ويستويان في الحكم، لأن المزدلف هو الذي يضرب الأرض ثم يثب إلى الغرض فهو أحد، والحابي أضعف.

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

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

(د) الخارق، وهو ما أخذشه ولم يثقبه.

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

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

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

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

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

مصيبا كان مخطئا. وقيل: لا يحسب عليه ولا له، لأنه ما أخطأ واستوى حاله إن لم يكن مصيبا لا يكون مخطئا، والثلاثة للشافعي، وقال العلامة: إن نزل السهم بعد ارتفاعه فأثر الحدة لا يقطع مسافة احتسب عليه خاطئا، وإن نزل في بقية حدته حاييا في قطع مسافته، احتسب له صاييا، لأن الرمي بالفتور منقطع وبالحدة مندفع (١).

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

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

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

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

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

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

الواقع بين يدي الرامي، وهو خلاف الدابر.
(يد) الراهق، وهو الذي يتجاوز الهدف من غير إصابة.
(يه) المرتدع، وهو الذي ينشدخ وينكسر إذا أصاب الغرض.
(يو) المعظع (١)، وهو الذي يميل يمينا وشمالا.
إذا تقرر هذا فنقول: هل يجب ذكر صفة الإصابة من خواسق، أو موارد؟
قيل: لا، للأصل ويحمل على الحاصل واختاره العلامة (٢) وقيل: نعم، واختاره
المصنف (٣).

وهل يشترط تعيين المبتدي من الرماة؟ قيل: نعم لاختلاف الأغراض في ذلك، فإن أهمل بطل، وقيل: لا للأصل، ويبدأ بمن يخرج القرعة. وينبغي تعيين النوبة، هل هي خمسة خمسة، أو سهم سهم.

-
- (١) المعظع من السهام الذي يضطرب ويلتوي إذا رمي به، وعظع السهم عظعة وعظعا التوى وارتعش لسان العرب: ج ٧ ص ٤٤٧ لغة عظظ
(٢) التذكرة: ج ٢ كتح أب السبق والرماية ص ٣٦٢ س ١١ قال: مسألة، ولا يشترط الإعلام بصفات الإصابة الخ.
(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

كتاب الوصايا مقدمة

الوصايا جمع وصية، واشتقاقها من وصى يصي، إذا وصل.
قال الشاعر:

نصي الليل بالأيام حتى صلاتنا * * مقاسمة يشتق أنصافها السفر (١)
معناه أنه يصل تصرف الوصي بعد الموت بتصرفه، ويقال: منه أوصى يوصي
إيضاء، ووصى يوصي توصية والاسم الوصية والوصائة.
والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع.
أما الكتاب: فقولته تعالى (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً
الوصية) (٢) وقال تعالى (يوصيكم الله في أولادكم) (٣).

(١) القائل ذو الرمة، يقول: رجع صلاتنا من أربعة إلى اثنين في أسفارنا، لحال السفر لسان
العرب: ج ١٥ ص ٣٩٥ لغة وصى.
(٢) البقرة / ١٨٠.
(٣) النساء / ١١.

فذكر الوصية فيها في أربعة مواضع:

(أ) فلأمة السدس من بعد وصية (١).

(ب) فلکم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين (٢).

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

(د) فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين (٤).

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

وأما السنة: فكثير: منه ما روي عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال:

ما حق امرء مسلم له شيء يوصي به، يبيت ليلتين إلا ووصيته تكون عنده (٥)

وروى أبو هريرة عن عامر بن سعد عن أبيه أنه مرض بمكة مرضة أشفي منها، فعاده

رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله ليس يرثني إلا البنت أفأوصي بثلاثي

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

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

إنك إن تدع أولادك أغنياء خيرا من أن تدعهم عالة يتبلبون الناس (٦) وروى

أبو قتادة أن النبي صلى الله عليه وآله لما قدم المدينة سأل عن البراء بن معرور فقيل

يا رسول الله: إنه هلك وقد أوصى لك بثلث ماله، فقبل رسول الله صلى الله عليه

(١) النساء / ١١.

(٢) النساء / ١٢.

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

النساء / ١٢.

(٤) النساء / ١٢.

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

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

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

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

الحديث ٢٧٠٨.

ولا تكفي الكتابة ما لم تنضم القرينة الدالة على الإرادة.
ولا يجب العمل

بما يوجد بخط الميت، وقيل: إن عمل الورثة ببعضها لزمهم العمل
بجميعها، وهو ضعيف، ولا تصح الوصية بمعصيته كمساعدة الظالم.
وكذا وصية المسلم للبيعة والكنيسة.

وآله ثم رده على ورثته (١).

أما الإجماع: فمن عامة المسلمين لا يختلفون فيه.

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

أقول: القائل الشيخ في النهاية (٢) ومنع ابن إدريس (٣) وقال: الذي يقتضي
أصول مذهبنا: أنهم إذا أقرروا بشئ منها وقالوا: إن هذا حسب صحيح أوصى به
لزمهم، دون ما عداه، وعليه الأكثر، قال العلامة: ولا منافاة بين الأمرين، فإن قول
الشيخ يحتمل العمل بما وجدوه بخطه، لأنه أوصى بذلك، مستنديين إلى هذا الخط،
عارفين بصحته، وحينئذ يجب العمل بالجميع، ولعل الشيخ عول على ما رواه
الصدوق عن إبراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام:
رجل كتب كتابا بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي، ولم يقل إنني قد أوصيت، إلا
أنه كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب
بخطه، ولم يأمرهم بذلك، فكتب عليه السلام: إن كان ولده ينفذون شيئا منه،

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

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

(٣) السرائر: كتاب الوصايا باب الإقرار في المرض، ص ٣٩٢ س ٢٦ قال: والذي يقتضيه أصول
مذهبنا إلى أن قال: دون ما عداه مما في هذا المكتوب، فإنه لا يلزمهم العمل بجميع ما في المكتوب إلا بما
أقرروا به دون ما عداه الخ

الثاني: في الموصي: ويعتبر فيه كمال العقل والحرية. وفي وصية من بلغ عشرا في البر تردد. والمروي: الجواز.

وجب عليهم أن ينفذوا كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره (١). قال طاب ثراه: وفي وصية من بلغ عشرا في البر تردد. أقول: إذا أوصى الصبي الذي لم يبلغ، وكانت وصيته في المعروف، فيه أقوال أربعة:

(أ) قال الشيخ في النهاية: إذا جمع ثلاث شرائط، بلوغ العشر، ووضعها في الأشياء مواضعها، وكونها في المعروف، وسوغ مع ذلك هبته (٢) ووافق المفيد في الشرائط ومنع في الهبة (٣) وكذا سلار وافقهما في الشرائط ومنع في الهبة والوقف (٤). (ب) ظاهر التقي جواز وصيته مع بلوغ العشر مطلقا، ومع نقصه منها في المعروف، حيث قال: لا يمضي وصية من لم يبلغ عشر سنين، والمحجوز عليه إلا ما تعلق بأبواب البر (٥).

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

-
- (١) الفقيه: ج ٤، باب الوصية بالكتب والإيماء، ص ١٩٨ الحديث ٣.
(٢) النهاية: باب شرائط الوصية، ص ٦١١ س ٩ قال: فإن بلغ عشر سنين إلى أن قال: كانت وصيته ماضية، ثم قال بعد أسطر وكذلك يجوز صدقة الغلام إذا بلغ عشر سنين وهبته.
(٣) المقنعة: باب وصية الصبي والمحجوز عليه، ص ١٠١ س ١٢ قال: وإذا بلغ الصبي عشر سنين جازت وصيته إلى أن قال: وهبتهما باطلة.
(٤) المراسم: ذكر أحكام الوصية، ص ٢٠٣ س ٧ قال: فمن بلغها (أي عشر سنين) جازت وصيته من البر والمعروف ولا تمضي هبته.
(٥) الكافي: فصل في الوصية، ص ٣٦٤ س ١٤ قال: ولا يمضي من وصيته من لم يبلغ عشر سنين إلا ما تعلق بأبواب البر.
(٦) المختلف: في الوصايا، ص ٦٢ س ٤ قال: وقال ابن الجنيد: إذا أوصى الصبي وله ثمان سنين والجارية ولها سبع سنين الخ.

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

والسبع للأنتى من غير تقييد بالبر وغيره.

احتج الشيخ بروايات متظافرة صحاح.

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

ومما يصح أن يتمسك به التقي عموم صحيحة عبد الرحمان المتقدمة. ولعل تمسك أبي علي برواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: إذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته، وإذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله بشئ في حق جازت وصيته (٣).

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

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

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

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

(٤) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

(٦) السرائر: باب شرايط الوصية، ص ٣٨٨ س ٢٣ قال: الذي يقتضيه أصول مذهبنا أن وصية غير المكلف البالغ غير صحيحة ولا ممضاة.

أقول: هذا هو المشهور بين الأصحاب: ذكره الشيخان (١) والقاضي (٢) والتقي (٣) وهو في رواية أبي ولاد عن الصادق عليه السلام: وإن كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو فعل لعله يموت لم تجز وصيته (٤) وفي الدعائم: وعنه (يعني الصادق عليه السلام) أنه سئل عن وصية قاتل نفسه؟ قال: إذا أوصى بعد أن أحدث الحدث في نفسه ومات منه لم تجز وصيته (٥). وقال ابن إدريس: يصح وصيته إذا كان عقله ثابتاً، واحتج بأنه عاقل رشيد فننفذ وصيته كغيره، ولعموم النهي عن تبديل الوصية (٦) قال العلامة: وقول ابن إدريس لا بأس به (٧) وهو نادر فإذن العمل على الأول أرجح، لوجوه: (أ) أنه صار بهذا الحديث سفيهاً، فلا ينفذ تصرفه. (ب) أنه أشهر بين الأصحاب، فيكون أرجح.

- (١) المقنعة: ص ١٠٢ س ٦ باب وصية القاتل لنفسه قال: ومن أحدث في نفس القاتل إلى أن قال: كانت وصيته مردودة، وفي النهاية، باب الوصية وما يصح منها وما لا يصح ص ٦١٠ س ٣ قال: فإن جرح نفسه بما فيه هلاكها ثم وصى كانت وصيته مردودة.
- (٢) المهذب: ج ٢، كتاب الوصايا، ص ١٠٧ س ٦ قال: وإذا جرح إنسان نفسه بما يكون منه هلاكه إلى أن قال: كانت وصيته باطلة.
- (٣) الكافي: فصل في الوصية، ص ٣٦٤ س ١٩: ولا تمضي وصية من جرح نفسه أو فعل بها ما تلف الخ.
- (٤) الفروع: ج ٧ باب من لا تجوز وصيته من البالغين، ص ٤٥ الحديث ١.
- (٥) دعائم الإسلام: ج ٢ ذكر ما يجوز من الوصايا وما لا يجوز منها، ص ٣٦٣ الحديث ١٣٢٣.
- (٦) السرائر: باب الوصية ص ٣٨٦ س ١٢ قال: وإذا أوصى بوصية ثم قتل نفسه كانت وصيته ماضية إلى أن قال: والذي يقتضيه أصولنا وتشهد بصحته أدلتنا أن وصيته ماضية صحيحة إذا كان عقله باقياً الخ.
- (٧) المختلف: في الوصايا، ص ٥٧ س ٢٥ قال: وقول ابن إدريس لا بأس به.

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

(ج) إن قول ابن إدريس اجتهاد في مقابلة النص فيكون مردودا.
(د) أنه قاتل نفسه، فلا يتصرف في ماله، كالوارث لو قتله منع منه.
قال العلامة في القواعد: لأنه في حكم الميت، فلا يتصرف في مال غيره (١) وفيه نظر، لأن علاقة الإنسان لا ينقطع عن ماله بعد الموت، فكيف إذا كان حيا، وإن كان في حكم الميت، وذلك في وجوه:
(أ) وجوب قضاء ديونه منه.
(ب) وجوب مؤنته مقدما على الديون كما تقدم نفقة يومه في الحجر عند القسمة.

(ج) عدم انتقالها إلى الوارث وبقاؤها على حكم ماله إذا كانت الديون محيطة بها، فلو نمت كان النماء للميت يقضي منه الديون على مذهب المصنف.
(د) لو حفر بئرا عدوانا حال حياته، فوقع فيها إنسان بعد موته تعلق الضمان بالمال.
(هـ) لو نصب شبكة قبل موته فوقع فيها صيد بعد موته دخل في ملكه ابتداء، ثم منه إلى الورثة، فإن كان عليه ديون قضيت منه ويتسع التركة للوصايا.
قال طاب ثراه: وللذمي ولو كان أجنبيا، وفيه أقوال، ولا تصح للحربي.

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

أقول: الكافر إما حربي، أو ذمي، فالحربي لا يصح الوصية له على المشهور بين الأصحاب، لأنها مودة وصله، ولا يحل للحربي لقوله تعالى (إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم) الآية (١) وظاهر المبسوط يقتضي الجواز إذا كان رحما (٢) وكذا إطلاق المفيد (٣) وتلميذه (٤) وكذا التقي (٥) فإنهم لم يفصلوا، بل أجازوا الوصية للكافر إذا كان رحما وأطلقوا، وهو يتناول الحربي والذمي. وصرح في الخلاف بالمنع (٦).

وأما الذمي فهل تصح الوصية له؟ فيه ثلاثة أقوال:

- (أ) لا تصح الوصية له مطلقا، لتحريم مودة الكافر، وهو قول القاضي (٧).
(ب) يصح مطلقا رحما كان أو غيره، وهو قول ابن إدريس (٨).
(ج) تصح الوصية إذا كان رحما، ولا يصح لو كان أجنبيا، حكاه في الخلاف

(١) الممتحنة: ٨.

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

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

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

(٥) الكافي: في الوصية ص ٣٦٤ س ١٥ قال: وإذا أوصى لكافر إلى أن قال: وإن كان ذا رحم مضت إذا كان تبرعا الخ.

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

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

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

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

عن بعض أصحابنا (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة صحة الوصية للذمي مطلقاً، لأصالة الصحة، والجواز، ولأنها نوع عطية ولا فرق بين وقوعها حال الحياة أو بعد الوفاة (٣)، ولما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في رجل أوصى بماله في سبيل الله، قال: اعط لمن أوصى له وإن كان يهودياً أو نصرانياً، إن الله تعالى يقول (فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه والله سميع عليم) (٤) (٥).

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

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

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

(٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

(٤) البقرة: ١٨١.

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

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

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

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

أقول: إذا أوصى الإنسان للعبد، لا يخلو إما أن يكون العبد للموصى، أو لورثته،
أو لأجنبي، والثالث لا يصح الوصية له إجماعاً، والثاني أجازته في المبسوط (١) وتبعه
القاضي (٢) ومنعه الباقر والأول جائز بالإجماع، وهو موضع البحث هنا.
إذا عرفت هذا فنقول: إذا أوصى لعبده بشئ قيس ذلك الشئ إلى قيمته
تقويماً عادلاً، فإن كان بقدر القيمة عتق ولا شئ له ولا عليه، وإن كان أكثر من
قيمه عتق وأعطى الفضل، وإن كانت قيمته أكثر مما أوصى له قال المصنف:
عتق منه مساوي الوصية وسعى في الباقي بالغاً ما بلغ (٣) وعليه دل إطلاق

-
- (١) المبسوط: ج ٤ كتاب الوصايا ص ٦١ س ١٩ قال: إذا أوصى لعبد نفسه أو لعبد ورثته صحت
الوصية عندنا الخ.
(٢) المهذب: ج ٢ كتاب الوصايا ص ١٠٨ س ٢٣ قال: وإذا أوصى لعبد نفسه أو لعبد ورثته كان
ذلك صحيحاً الخ.
(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

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

- (١) المختلف: في الوصايا، ص ٥٧ س ٣١ قال: وقال علي بن بابويه: إذا أوصى لعبده بثلاث ماله قوم المملوك قيمة عادلة الخ.
- (٢) الكافي: فصل في الوصية ص ٣٦٥ س ٧ قال: وإذا أوصى بعقد عبده بعد موته، أو أوصى له بثلاث ماله وكانت قيمة العبد الخ.
- (٣) الخلاف: كتاب الوصايا مسألة ٤٨ قال: إذا أوصى لعبد نفسه صحت الوصية وقوم العبد وأعتق الخ.
- (٤) السرائر: في الوصايا ص ٣٨٦ س ١٧ قال: وإذا أوصى الإنسان لعبده بثلاث ماله الخ.
- (٥) المختلف: في الوصايا ص ٥٧ س ٣٥ قال: والمعتمد أن نقول: إن كانت الوصية بجزء مشاع كثلث أو نصف أو ربع الخ.
- (٦) النهاية: باب الوصية وما يصح منها وما لا يصح ص ٦١٠ س ٩ قال: وإذا أوصى الإنسان لعبده إلى أن قال: وإن كانت القيمة أكثر من الثلث بمقدار السدس أو الربع أو الثلث الخ وفي المقنعة، باب وصية الإنسان لعبده ص ١٠٢ س ٣١ قال: وإن كانت قيمته أكثر من الثلث بمقدار الخ.
- (٧) الإستبصار: ج ٤ (٨١) باب من أوصى لمملوكه بشيء، ص ١٣٤، الحديث ١.

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

تنبيه

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

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

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

قوله (لأنه قصد إعطاء المعين ويلزم منه إما التبديل إن قاصصناه برقبة، أو تملك من لا يملك إن دفعنا إليه العين).
قلنا: نختار القسم الأول، ونتخلص بأمرين.
أحدهما يلزمك مثله في باب المشاع، لأنه قال: أعطوه ثلث مالي، ومقتضى ذلك أن يعطى من كل شيء ثلثه، فالصرف إلى الرقبة تبديل.

-
- (١) الوسائل: ج ١٣ كتاب الوصايا ص ٤٦٦ الحديث ٢ من باب ٧٨.
(٢) المختلف: في الوصايا، ص ٥٧ س ٣٢ قال: وقال ابن الجنيد: لو أوصى للمملوك بثلث ماله إلى أن قال: ولو كانت الوصية للمملوك بمال مسمى لم يكن عتاق، ثم قال العلامة: والمعتمد أن تقول: إن كانت الوصية بجزء مشاع إلى قوله (ولا يعتق منه شيء فبعد إقامة الدليل على الأول، قال: وعلى الثاني، أنه لو قصد إعطاء عين فلا يجوز التخطي إلى غيرها الخ).
(٣) القواعد: المطلب الثالث الموصى له، ص ٢٩٣ س ٤ قال: ويصح بالجزء الشائع لعبد الموصى إلى أن قال: وفي المعين إشكال.
(٤) إيضاح الفوائد: ج ٢ ص ٤٨٤ قال بعد نقل قول القواعد: أقول: هذا اختيار الشيخ في الخلاف إلى أن قال: وهو الأقوى.
(٥) الإرشاد: الركن الثالث في الموصى له، قال: ولو أوصى لعبده إلى أن قال صح ثم يقوم له بعد إخراج الوصية الخ.
(٦) الدروس: كتاب الوصية، ص ٢٣٤ س ١٩ قال: ولو أوصى لعبده صح وعتق من الوصية وفاضلها له الخ.

ولو أعتقه عند موته وليس غيره وعليه دين، فإن كانت قيمته بقدر الدين مرتين، صح العتق وإلا بطل، وفيه وجه آخر ضعيف.

قلنا: هذا لا يصلح للمنع في هذه الصورة، لجوازه في المشاع. قوله (وعليه يحمل، لا وصية لمملوك وهو عام). قلنا: العام يختص للدليل، وقد بيناه من النص وعمل الأصحاب. قال طاب ثراه: ولو أعتقه عند موته وليس غيره وعليه دين، فإن كانت قيمته بقدر الدين مرتين صح العتق، وإلا بطل، وفيه وجه آخر ضعيف. أقول إذا أعتق عبده المستوعب عند موته وعليه دين، أو أوصى بعتقه، فهنا قسمان:

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

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

(٢) المقنعة: باب وصية الإنسان لعبده ص ١٠٢ س ٣٤ قال: وإذا كان على الإنسان دين ولم يخلف إلا عبدا أو عبيدا فأعتقهم الخ.

للورثة، ويكون له السدس (١).
(ب) تنفيذ العتق من الأصل وسقوط الدين، وهو قول ابن إدريس (٢) وهو بناء على أن منجزات المريض ماضية من الأصل.
(ج) تقديم حق الديان وعتقه من ثلث الباقي وإن قل، ويستسعى فيما يخص الديان والوارث على النسبة، مثلاً، كانت قيمته ثلاثمائة وعليه من الدين مائتان، عتق تسعه ويسعى في ثمانية اتساعه ستة أتساع للديان وتسعان للورثة، وهو قول العلامة قدس الله روحه (٣) احتج بحسنة الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل قال: إذا مت فعبدني حر وعلى الرجل دين، قال: إن توفي وعليه دين قد أحاط بثمن الغلام بيع العبد، وإن لم يكن أحاط بثمن العبد يستسعي العبد في قضاء دين مولاه، وهو حر إذا أوفى (٤).
الثاني: أن يوصي بعتق المستوعب ولم يذكره المصنف في هذا الكتاب، بل في الشرائع، وفيه قولان:
(أ) عتق ثلث ما فضل من الدين بالغا ما بلغ وهو مذهب العلامة (٥) واختاره

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

ولو أوصى لأم ولده صح، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب
الولد؟ قولاً فإن أعتقت من نصيب الولد كان لها الوصية. وفي رواية
أخرى: تعتق من الثلث ولها الوصية.

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

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

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

أقول: هنا ثلاثة مذاهب:

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

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

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

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

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

(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

القواعد (١) وجزم به في كتاب فتواه (٢).
ووجهه: أن حق الورثة متأخر عن الوصايا، لقوله تعالى (من بعد وصية يوصي
بها أو دين) (٣) ولو فرض تساويهما كان تخصيصها بالغرامة أولى من ولدها، لأن
ذلك لمصلحتها.

(ب) إنها تعتق من النصيب ولها الوصية بكمالها، وهو مذهب الشيخ في
النهاية (٤) واختاره العلامة في المختلف (٥) لأن التركة تنتقل إلى الورثة من حين
الموت، فثبت ملك الولد على جزء من أمه، فتعتق عليه وتستحق الوصية.
(ج) أنها تعتق من الثلث ولها الوصية لصحيحة أبي عبيدة قال: سألت
أبا عبد الله عليه السلام رجل كانت له أم ولد له منها غلام، فلما حضرته الوفاة أوصى
لها بألفي درهم أو بأكثر، للورثة أن يسترقوها؟ قال: فقال: لا، بل يعتق من ثلث
الميت ويعطى ما أوصى لها به (٦)
قال طاب ثراه: وفي الوصية لأعمامه وأخواله رواية بالتفضيل كالميراث،
والأشبه التسوية.

- (١) القواعد: المطلب الثالث، الموصى له، ص ٢٩٣ س ١١ قال: ولو أوصى لأم ولده فالأقرب أنها
تعتق من الوصية الخ.
(٢) الإرشاد: الركن الثالث في الموصى له، قال: وينعتق أم ولده من الوصية، لا من نصيب الولد
على رأي (مخطوط).
(٣) النساء: ١١
(٤) النهاية: باب الوصية وما يصح منها وما لا يصح ص ٦١١ س ٢ قال: وإذا أوصى لأم ولده أعتقت
من نصيب ولدها الخ.
(٥) المختلف: في الوصايا، ص ٥٨ س ٣٠ قال: والمعتمد الأول، أي قول الشيخ في النهاية.
(٦) الفروع: ج ٧ كتاب الوصايا، باب الوصية لأمهات الأولاد، الحديث ٤.

أقول: تفضيل الأعمام على الأخوال كالميراث في الوصية مذهب الشيخ في النهاية (١) والقاضي (٢) وأبي علي (٣) والتسوية مذهب ابن إدريس (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦).

احتج الشيخ بما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام في رجل أوصى بثلاث ماله في أعمامه وأخواله، فقال: لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث (٧) ووردت هذه بطرق، فالشيخ رواها بطريق وقع فيه سهل بن زياد (٨) والصدوق رواها في الصحيح (٩) ومحمد بن يعقوب رواها في الحسن (١٠) احتج العلامة بأصالة التسوية، وبأنها ثابتة في الأولاد الذكور والإناث، وحمل

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

وإذا أوصى لقرابته، فهم المعروفون بنسبه، وقيل: لمن يتقرب إليه
بآخر أب في الإسلام. ولو أوصى لأهل بيته دخل الأولاد والآباء،
والقول في العشيرة والجيران، والسبيل، والبر والفقراء كما مر في الوقف.

الرواية على كون المراد أنه جعله بينهم على كتاب الله (١).
قال طاب ثراه: وإذا أوصى لقرابته، فهم المعروفون بنسبه. وقيل: لمن يتقرب
إليه بآخر أب وأم في الإسلام.
أقول: في تفسير القرابة ثلاثة أقوال:
(أ) أنهم المعروفون بنسبه، سواء كانوا وراثا، أو لا وهو مذهب الشيخ في
الكتابين (٢). وبه قال ابن إدريس (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥) حملا
للفظ على المعنى العرفي عند تجرده عن الوضع الشرعي، كما هو عادة الشرع فيما لم
يضع له حقيقة، كالقبض والإحياء.
(ب) إنهم جميع ذوي نسبه الراجعين إلى آخر أب وأم في الإسلام بالسوية،
قاله المفيد (٦) وقال في الخلاف: ولم أجد به نصا، ولا عليه دليلا مستخرجا، ولا له

-
- (١) تقدم أنفا.
(٢) المبسوط: ج ٤ كتاب الوصايا ص ٤٠ س ٦ قال: إن هذه الوصية للمعروفين من أقاربه في
العرف إلى أن قال: سواء كان وارثا أو غير وارث، وفي الخلاف، كتاب الوصايا، في الوصية لأقربائه،
مسألة ٢٤.
(٣) السرائر: باب الوصية المبهمة والوصية بالعتق، ص ٣٨٩ س ٢٧ قال: وإذا أوصى فقال: أعطوا
ثلثي لقرابتي إلى أن قال: فهذه الوصية للمعروفين من أقاربه في العرف الخ.
(٤) لاحظ عبارة المختصر النافع.
(٥) المختلف: في الوصايا ص ٥٥ س ٣٠ قال: والمعتمد قول الشيخ في الخلاف والمبسوط حملا للفظ
على المعنى العرفي الخ.
(٦) المقنعة: باب الوصية المبهمة ص ١٠٢ س ٢٣ قال: وإذا وصى الإنسان بثلث ماله لقرابته إلى أن
قال: إلى آخر أب له وأم في الإسلام.

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

شاهدا (٥).

(ج) إنهم من تقرب إليه من جهة والده أو والدته، قاله أبو علي، قال: ولا اختار أن يتجاوز بالتعرفه الأب الرابع، لأن النبي صلى الله عليه وآله لم يتجاوز ذلك في تعرفه سهم ذوي القربى من الخمس (٢).
قال طاب ثراه: وإذا مات الموصى له قبل الموصي، انتقل ما كان للموصى له إلى ورثته ما لم يرجع الموصي على الأشهر.
أقول: مختار المصنف هو المشهور، وهو خيرة المفيد (٣) ورواه الصدوق (٤) وقال أبو علي: يبطل الوصية (٥) واختاره العلامة في المختلف (٦) وعلى الأول أكثر الأصحاب وجزم به العلامة في المعتمد (٧).
احتج المفيد برواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر، والموصى له غائب، فتوفي الذي

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

الرابع: في الأوصياء ويعتبر التكليف والإسلام، وفي اعتبار العدالة تردد، أشبهه أنها لا تعتبر، أما لو أوصى إلى عدل ففسق بطلت وصيته.

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

احتج العلامة بأن الوصية عقد تفتقر إلى إيجاب وقبول، وقد بينا أن القبول المنعقد به هو الذي يقع بعد الوفاة، فصار الموت حينئذ العبرة به (٢) ويؤيده ما رواه أبو بصير ومحمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي، قال: ليس بشيء (٣) ومثلها رواية منصور بن حازم في الموثق عنه عليه السلام (٤) وأجاب عما تمسك به المفيد: بأن محمد بن قيس مجهول، وما تمسك هو به أصح طريقاً، وخيار العيب حق استقر للمورث فانتقل إلى وارثه بخلاف القبول الذي هو جزء السبب، فهو كقبول البيع، والأول هو المشهور بين الأصحاب وعليه فخر المحققين (٥). قال طاب ثراه: ويعتبر التكليف والإسلام، وفي اعتبار العدالة تردد، أشبهه أنها لا تعتبر، أما لو أوصى إلى عدل ففسق بطلت وصيته.

- (١) الفروع: ج ٧ كتاب الوصايا، باب من أوصى بوصية فمات الموصى له قبل الموصي، ص ١٣ الحديث ١.
- (٢) هكذا في النسخ المخطوطة الموجودة عندي، وفي المختلف هكذا: (فصار الموت حينئذ لا عبرة به) لاحظ ص ٦٥. في الوصايا ص ٢٤.
- (٣) الإستبصار: ج ٤ كتاب الوصايا، باب الموصى له يموت قبل الموصي، ص ١٣٨ الحديث ٤.
- (٤) الإستبصار: ج ٤ كتاب الوصايا، باب الموصى له يموت قبل الموصي، ص ١٣٨ الحديث ٥.
- (٥) الإيضاح: ج ٢، في الوصايا ص ٤٧١ س ٧ قال: ولو مات قبل القبول قام وارثه مقامه في قبول الوصية هذه عبارة القواعد، ولم يعلق عليه شيئاً في الإيضاح.

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

أقول: هنا مسألتان:

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

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

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

(٣) الوسيلة: في بيان أحكام الوصية، ص ٣٧٣ س ٣ قال: وأما من يصح أن يوصى إليه إلى أن قال: والعدالة.

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

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

(٦) لم نظفر على كتابه.

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

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

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

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

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

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

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

(٢) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

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

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

جبرهما على الاجتماع، فإن تعذر جاز الاستبدال، ولو التمس القسمة لم يجز، ولو عجز أحدهما ضم إليه. أما لو شرط لهم الانفراد، تصرف كل واحد منهما، وإن انفرد، ويجوز أن يقتسما. وللموصي تغيير الأوصياء وللموصى إليه رد الوصية، ويصح إن بلغ الرد، ولو مات الموصي قبل بلوغه لزم الوصية. وإذا ظهر من الوصي خيانة استبدل به، والوصي أمين لا يضمن إلا مع تعد أو تفریط، ويجوز أن يستوفي دينه مما في يده، وأن يقوم مال اليتيم على نفسه، وأن يقترضه إذا كان مليئاً، وتختص ولاية الوصي بما عين له الموصي عموماً كان أو خصوصاً.

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

وإن أطلق فالمشهور وجوب الاجتماع في كل تصرف، وعليه الشيخ في المبسوط (١) وبه قال ابن حمزة (٢) وابن إدريس (٣) والفقهاء (٤) والتقي (٥) واختاره

-
- (١) المبسوط: ج ٤ ص ٥٤ س ٩ قال: الثالث إذا أطلق فقال: أوصيت إليكما فإن الحكم في هذا الفصل كالحكم في الفصل الثاني، إذا أوصى إليهما ونهى كل واحد منهما أن يتصرف وينفرد بتصرفه الخ.
(٢) الوسيلة: في بيان أحكام الوصية ص ٣٧٣ س ١٧ قال: أو أطلق القول إلى أن قال: لا يكون لأحدهما الاستبداد بالأمر الخ.
(٣) السرائر: باب الأوصياء، ص ٣٨٤ س ١٩ قال: أما أن يطلق الوصية إليهما أو يقيدها إلى أن قال: لم يكن لكل منهما الاستبداد الخ.
(٤) المختلف: في الوصايا، ص ٦٤ س ١٧ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط: وقال الشيخ علي بن بابويه: ما يقارب هذا فقال: إذا أوصى رجل إلى رجلين إلى أن قال: والمعتمد الأول، لنا أنه شرك بينهما فلم يكن لأحدهما الانفراد الخ.
(٥) الكافي: فصل في الوصية ص ٣٦٦ س ٥ قال: فإن كانا اثنين فما زاد لم يجز لأحدهما التفرد بشئ من النظر الخ.

المصنف (١) والعلامة (٢) وأجاز في النهاية الانفراد إلا مع شرط الاجتماع (٣) وتبعه القاضي (٤).
فالحاصل أن الإطلاق كنص الاجتماع في المشهور، وكنص الانفراد عند القاضي والنهاية.

فروغ

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

-
- (١) لاحظ عبارة المختصر النافع.
(٢) المختلف: في الوصايا، ص ٦٤ س ١٧ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط: وقال الشيخ علي بن بابويه: ما يقارب هذا فقال: إذا أوصى رجل إلى رجلين إلى أن قال: والمعتمد الأول، لنا أنه شرك بينهما فلم يكن لأحدهما الانفراد الخ.
(٣) النهاية: باب الأوصياء ص ٦٠٦ س ١٣ قال: وإن لم يكن الموصي قد اشترط عليهما ذلك جاز لكل واحد منهما أن يستبد بما يصيبه الخ.
(٤) المهذب: ج ٢ باب الأوصياء، ص ١١٦ س ١١ قال: وإن وصى إلى اثنين بالغين ولم يجعل عليهما تنفيذ الوصية على الاجتماع إلى قوله: لكان لكل واحد منهما الاستبداد بما يصيبه الخ.
(٥) الكافي: فصل في الوصية، ص ٣٦٦ س ٦ قال: فإن تشاحوا رد الناظر في المصالح، الأمر في التنفيذ إلى أعلمهم به وأقواهم فيه.
(٦) المختلف: في الوصايا، ص ٦٤ س ٣٤ قال: وفيه إشكال، من حيث أنه تخصيص أحدهم بالنظر فيه وقد منعه الموصي من ذلك.

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

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

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

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

(هـ) يجوز التعدد في الإيضاء، ترتيبا، كأوصيت إلى زيد، فإن مات أورد فإلى عمرو، أو إن بلغ الطفل رشيدا فإليه.

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

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

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

أقول: الأول اختيار المصنف (١) والعلامة (٢) وجزم به الشهيد (٣). والثاني اختيار الشيخ في النهاية (وبه قال ابن إدريس (٥)، وقال في المبسوط والتبيان له أقل الأمرين (٦) (٧). هذا مع الحاجة، وأما مع الغنى فليستعفف. وهل هذا الاستعفاف على سبيل

- (١) لاحظ عبارة المختصر النافع.
(٢) التحرير: في الأوصياء، ص ٣٠٤ (ك) قال: يجوز أن يجعل للوصي جعلاً، ويجوز لمن يتولى أموال اليتامى أن يأخذ أجره المثل.
(٣) الدروس: كتاب الوصايا ص ٢٤٩ س ١٧ قال: ويجوز أن يوصي إليه يجعل إلى أن قال: ولو لم يجعل فله أجره المثل عن عمله.
(٤) النهاية: باب التصرف في أموال اليتامى ص ٣٦١ س ٩ قال: فمن كان ولياً إلى أن قال: جاز له حينئذ أن يأخذ من أموالهم قدر كفايته.
(٥) السرائر: باب التصرف في أموال اليتامى ص ٢٠٥ س ٣١ قال: فمن كان ولياً أو وصياً إلى أن قال: جاز أن يأخذ من أموالهم قدر كفايته.
(٦) المبسوط: ج ٢، كتاب البيوع، فصل في تصرف الولي في مال اليتيم، ص ١٦٣ س ١٢ قال: الولي إذا كان فقيراً إلى قوله: أقل الأمرين الخ.
(٧) مع أن ما قال ابن إدريس في السرائر: ص ٢٠٥ باب التصرف في أموال اليتامى، س ٣٣ ما لفظه: (وقال شيخنا أبو جعفر في التبيان ومسائل الخلاف له أقل الأمرين إلى آخره) وقال العلامة في المختلف: في كتاب التجارة ص ١٦٧ س ١١ ما لفظه (وقال في الخلاف والتبيان: له أقل الأمرين، إن كانت كفايته أقل من أجره المثل فله قدر الكفاية دون الأجرة، وإن كانت أجره المثل أقل من كفايته فله الأجرة دون الكفاية) ولكن ما عثرت عليه في التبيان على خلاف ذلك، وهو الحكم بأن له أجره المثل، لاحظ ج ٣ ص ١١٩ س ١٤ عند تفسيره الآية ٦ من سورة النساء قال: والظاهر في أخبارنا أن له أجره المثل سواء كان قدر كفايته أو لم يكن، وفي ص ١٢٥ عند تفسيره الآية ١٠ من تلك السورة س ٢٠ قال: وإنما علق الله تعالى الوعيد في الآية لمن يأكل أموال اليتامى ظلماً، لأنه قد يأكله على وجه الاستحقاق، بأن يأخذ منه أجره المثل على ما قلناه، أو يأكل منه بالمعروف على ما فسرناه الخ فتأمل ولعل الله يحدث بعد ذلك أمراً.

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

الوجوب أو الندب؟ ابن إدريس على الأول (١) والشيخ، وابن الجنيد، والعلامة على الثاني (٢) (٣) (٤) لأن لفظ الاستعفاف تؤذن بالندبية.
قال طاب ثراه: وإن أجاز له في الوصية جاز، ولو لم يأذن فقولان: أشبههما أنه لا يصح.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

وأبو علي (١). والمفيد على الثاني (٢) وبه قال ابن إدريس (٣) والتقي (٤) وعليه
المصنف (٥) والعلامة (٦) لأن ولايته تتبع اختيار الموصي، وهو مقصور عليه،
فالتخطي مناف لمقتضى الوصية، فيكون تبديلاً.
قال طاب ثراه: وإن أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان، المروي: اللزوم.
أقول: اللزوم مذهب الشيخ (٧) وابن حمزة (٨) وأبي علي (٩) واختاره

-
- (١) المختلف: في الوصايا، ص ٦٣ س ١٠ قال: ويجوز الإيضاء قال ابن الجنيد.
(٢) المقنعة: باب الوصي يوصي إلى غيره، ص ١٠٢ س ٢٦ قال: وليس للوصي أن يوصي إلى غيره
إلا أن يشترط ذلك الوصي الخ.
(٣) السرائر: باب الأوصياء ص ٣٨٤ س ٢٩ قال بعد نقل قول المفيد في المقنعة: وهذا الذي اختاره
وأعمل عليه وأفتي به.
(٤) الكافي: فصل في الوصية ص ٣٦٦ س ٨ قال: ولا يجوز للوصي أن يوصي إلى غيره إلا أن يجعل
له الموصي.
(٧) لاحظ عبارة المختصر النافع.
(٥) المختلف: في الوصايا، ص ٦٣ س ١٦ قال بعد نقل قول المفيد وأبي الصلاح وابن إدريس: وهو المعتمد.
(٦) النهاية: باب الوصية وما يصح منها وما لا يصح، ص ٦٠٨ س ١٨ قال: فإن وصى بأكثر من
الثلث ورضي به الورثة إلى أن قال: لا في حال حياته ولا بعد وفاته.
(٨) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الوصية ص ٣٧٥ س ١٠ قال: فإن أوصى بأكثر من الثلث إلى
أن قال: وإن رضوا به في حال حياته كان لهم الرجوع بعد وفاته! وقيل: لم يكن لهم ذلك.
(٩) المختلف: في الوصايا، ص ٥٢ س ١٧ قال بعد نقل قول الشيخ: وأفتى به أبو علي بن
الجنيد، ثم قال: والمعتمد قول الشيخ الخ.

المصنف (١) والعلامة (٢).
وعدمه مذهب المفيد (٣) وتلميذه (٤) وابن إدريس (٥) وأطلق الحسن لزومها الإجازة،
ولم يعين قبل الموت أو بعده (٦).
احتج الأولون بوجوه:
(أ) عموم قوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) (٧).
(ب) إن الرد حق للورثة، فإذا رضوا بالوصية سقط حقهم، كما لو رضي
المشتري بالعيب.
(ج) إن الأصل عدم اعتبار إجازة الوارث، لكون الوصي متصرفاً في ملكه،
غايته أنه منع من الزيادة على الثلث إرفاقاً بالوارث، فإذا رضي زال المانع.
(د) أن المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصي والورثة، فهو له مع البرء،
ولهم مع الموت، فإن كان للموصي، فقد أوصى به، وإن كان لهم فقد أجازوه.

- (١) لاحظ عبارة المختصر النافع.
(٢) المختلف: في الوصايا، ص ٥٢ س ١٧ قال بعد نقل قول الشيخ: وأفتى به أبو علي بن الحنيد، ثم
قال: والمعتمد قول الشيخ الخ.
(٣) المقنعة: باب الوصية بالثلث أو أقل أو أكثر ص ١٠١ س ٢٦ قال: فإن وصى موص بالنصف
إلى أن قال: فإن أمضوه في الحياة كان لهم الرجوع فيه بعد الموت.
(٤) المراسم: ذكر أحكام الوصية ص ٢٠٣ س ١٠ قال: فإن أمضى الورثة في حياة الموصي ما زاد
على الثلث جاز لهم الرجوع فيه بعد الوفاة.
(٥) السرائر: باب الوصية، ص ٣٨٥ س ١٤ قال: فإذا أجازت ما فوق الثلث قبل الموت كان لها
ردها بعد الموت.
(٦) المختلف: في الوصايا ص ٥٢ س ١٧ قال: وابن أبي عقيل أطلق الخ.
(٧) النساء: ١١.

وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الأصغر.

(٥) صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (١) وحسنة محمد بن مسلم عنه عليه السلام في رجل أوصى بوصية وورثته شهود، فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم أن يردوا ما أقرؤا به؟ قال: ليس لهم ذلك، الوصية جائزة عليهم إذا أقرؤا بها في حياته (٢) وفي معناها روايات أخر. وادعى الشيخ الإجماع. احتج الآخرون بأنها إجازة فيما لا يستحقونه، فلا يلزمهم، وهو مردود. قال طاب ثراه: وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الأصغر. أقول: هذه المسألة يوردها المصنفون في المضاربة وفي كتاب الوصية، وتحقيق البحث فيها أن نقول: موضوع المسألة في كتب الفقه، وما ورد به النص: هو أن ينصب الإنسان على أطفاله وصيا ويأذن له في الاتجار بمالهم، ويجعل له نصيبا من الربح معلوما كالنصف مثلا، فهل يمضي ذلك؟ أم لا؟ قال الشيخ في النهاية: نعم (٣) وتبعه القاضي (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦). واحتجوا بما رواه خالد بن بكر الطويل قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة، فقال: يا بني اقبض مال إخوتك الصغار، واعمل به، وخذ نصف الربح، وأعطهم النصف، وليس عليك ضمان، إلى أن قال: فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام

- (١) الفروع: ج ٧، كتاب الوصايا، ص ١٢ باب.. الحديث ١ وذيله.
(٢) الفروع: ج ٧، كتاب الوصايا، ص ١٢ باب.. الحديث ١ وذيله.
(٣) النهاية: باب الأوصياء، ص ٦٠٨ س ١ قال: وإذا أمر الموصي الوصي أن يتصرف في تركته لورثته ويتجر بها ويأخذ نصف الربح، كان جائزا.
(٤) المهذب: ج ٢ (الإيضاء للحاضر والغائب) ص ١١٨ س ٨ قال: وإذا أمر الإنسان وصيه إلى قوله ويتجر لهم بها وله على ذلك نصف الربح.
(٥) لاحظ عبارة المختصر النافع.
(٦) المختلف: في الوصايا، ص ٦٣ س ٢٤ قال بعد نقل قول الشيخ: والوجه ما قاله الشيخ عملا بالرواية المناسبة للأصول الخ.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

فليتصور ذلك في فروع:

- (أ) لو كان الورثة كبارا لا تولي عليهم وأوصى بالمضاربة بمالهم، لم ينفذ الوصية، سواء كان الموصى له معينا أو مجهولا كما لو أوصى بالولاية عليهم، وفرق بينه وبين الوصية بالثلث، لأنه قصد في الثاني تمليك الموصى له، فيحتمل من متن المال، وقد أجاز الشارع له ذلك، وهنا لم يقصد تمليكه من متن المال شيئا، بل الوصية في الحقيقة بالولاية على مال الغير، وهو غير جائز.
- (ب) لو كان الورثة صغارا وأوصى إلى الوصي بأن يخرج مضاربة إلى الغير، والموصى له غير معين، فيحتمل البطلان هنا، لأنها وصية لمجهول، ويحتمل الصحة، فإن كان القدر معينا وهو بقدر الثلث فما دون، أخرج إلى ثقة، ويكفي فيه المعاملة الواحدة، بأن يشتري العامل ويبيع، لحصول الامتثال بذلك، وإن كان أكثر من الثلث رد إليه، لأنه في مظنة التغيرير بالمال والمخاطرة به، فاعتبر الثلث.
- (ج) كان الورثة صغارا، والموصى له معين، فيجب دفع المقدار إليه، ولا يعتبر خروجه من الثلث، ويجب تركه عند الموصى له حتى يبلغ الطفل، وكان الموصى له في الحقيقة وصيا خاصا في هذا المبلغ المعين، ويتصرف بهذا النوع المعين من التصرف، قال المصنف في الشرائع، ولو أوصى إلى إنسان بالمضاربة بتركته أو ببعضها على أن الربح بينه وبين الورثة نصفان، صح، وربما اشترط كونه قدر الثلث فأقل (١).
- (د) لو دفع المريض قراضا معجلا، كان ماضيا من الأصل، ولا يعتبر خروجه من الثلث، ولا خروج ربحه.

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

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

أما الأول: فلأن المريض لا يمنع من التصرف في عين ماله بغير الإتلاف والمحاباة، فلو عارض بمجموع تركته بثمان المثل نفذ، وها هنا لم يتصرف بإتلاف المال، بل تصرف بأمر ربما كان سببا في زيادة المال. وأما الثاني: فلأن على المريض والميت من الثلث إنما هو ما يصادف المال الموجود، وهذا ليس بوجود، ولهذا لا يمنع المريض من قبول هبة أبيه وينعتق عليه حين ملكه، وإن لم يملك غيره، لعدم التفويت على الورثة. وإنما طولنا الكلام في هذه المسألة، لأنها موضوع اشتباه. قال طاب ثراه: ولو أوصى بأشياء تطوعا، فإن رتبته بدأ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث وبطل ما زاد، وإن جمع أخرجت من الثلث ووزع النقص. أقول: معنى الترتيب هنا أن يذكروا وحدا بعد واحد بحرف العطف، وإن لم يكن الحرف مقتضيا للترتيب كالفاء وثم، بل الواو أيضا مرتب وإن لم يقتضي الترتيب، عند محققي الأصوليين. ومعنى الجمع أن يقول: رقابا، أو أعتقوا عبيدي، أو أعطوا كل واحد من فلان وفلان كذا، أو أعطوا الجماعة الفلانية كذا وكذا ديناراً يقسمونها بينهم.

لأن حمرا ن سأل الباقر عليه السلام عن رجل أوصى عند موته: أعتقوا فلانا وفلانا وفلانا حتى ذكر خمسة، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة المماليك الذين أمر بعقهم؟ قال ينظر إلى الذين سماهم وبدأ بعقهم فيقومون وينظر إلى ثلثه،

(الثاني) في المبهمه: من أوصى بجزء من ماله، كان العشر، وفي رواية السبع، وفي أخرى سبع الثلث.

فيعتق منه أول من سماه ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان ذلك في الذين سماهم آخرا، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك ولا يجوز له ذلك (١)، وقال ابن حمزة: إن أوصى لواحد بعد واحد، لم تخل من وجهين، إما عطف الثاني بحرف العطف، أو أوصى بكرة لواحد، وضحوه لآخر، أو غدا فالأول إن خرج الجميع من الثلث استحقوه، وإن لم يخرج قدم الأول فالأول حتى يستوفي الثلث، وإن اشتبه أخرج بالقرعة، والثاني إن أخرج من الثلث استحق الجميع، وإن لم يخرج قدم الأخير، والأول هو المشهور. قال طاب ثراه: من أوصى بجزء من ماله كان العشر، وفي رواية السبع، وفي أخرى سبع الثلث. أقول: هنا ثلاث روايات:

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

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

(٢) البقرة: ٢٦٠.

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

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

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

-
- (١) الفروع: ج ٧، باب من أوصى بجزء من ماله، ص ٤٠ الحديث ٣.
(٢) المقنع: باب الوصايا ص ١٦٣ س ٥ قال: وإن أوصى بجزء من ماله فهو واحد من عشرة. وفي المختلف: في الوصايا ص ٥٣ س ٢٤ قال: قال في كتابي الأخبار: أنه العشر وبه قال علي بن بابويه وابنه.
(٣) التهذيب: ج ٩، ص ٢٠٨ (١٦) باب الوصية المبهمة، الحديث ١ - ٢ - ٣ - ٤ وفي الاستبصار: ج ٤ ص ١٣١ (٧٩) باب من أوصى بجزء من ماله، الحديث ١ - ٢ - ٣ - ٤.
(٤) لاحظ عبارة المختصر النافع.
(٥) المختلف: في الوصايا، ص ٥٣ س ٢٥ قال بعد نقل قول الشيخ في كتابي الأخبار: وهو المعتمد.
(٦) الحجر: ١٥.
(٧) التهذيب: ج ٩، (١٦) باب الوصية المبهمة ص ٢٠٩ الحديث ٥.
(٨) النهاية: باب الوصية المبهمة ص ٦١٣ س ٥ قال: كان ذلك سبعة من ماله، ثم قال: فإن أوصى بسهم من ماله كان ذلك الثمن الخ.
(٩) الخلاف: كتاب الوصايا، مسألة ٧ قال: إذا قال لفلان جزء من مالي كان له واحد من سبعة، وقال في مسألة ٩ إذا قال: لفلان سهم من مالي كان له سدس ماله الخ.
(١٠) المقنعة: باب الوصية المبهمة، ص ١٠٢ س ١٣ قال: كان السبع من ماله إلى أن قال: وإن وصى بسهم من ماله كان الثمن من ماله.
(١١) المراسم: ذكر أحكام الوصية، ص ٢٠٤ س ١٧ قال: فإن كان بجزء ماله كان بالسبع أو إن كان بسهم كان بالثمن.
(١٢) لم نظفر عليه.

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

وأبو علي (١) وابن حمزة (٢) والقاضي (٣) وابن إدريس (٤).
(ج) سبع الثلث، وهو في رواية الحسين بن خالد عن أبي الحسن عليه السلام
قال: سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله؟ قال: سبع ثلثه (٥) ذكرها الصدوق في
كتابه.

قال طاب ثراه: ولو أوصى بسهم كان ثمنا.
أقول: لا خلاف في تفسير الشئ أنه الدس. وفي السهم ثلاثة أقوال:
(أ) الثمن، قاله المفيد (٦) وأبو علي (٧) والصدوق (٨) والقاضي (٩)
وسلار (١٠) وابن إدريس (١١) واختاره الشيخ في النهاية (١٢) وهو اختيار المصنف
(١٣)
والعلامة (١٤) لموثقة السكوني عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل يوصي

-
- (١) المختلف: في الوصايا، ص ٥٣ س ٢٤ قال بعد نقل قول المفيد: وكذا قال ابن الجنيد، وقال في
س ٣٦ في الوصية بالسهم وقال المفيد: أنه الثمن، وهو قول ابن الجنيد.
 - (٢) الوسيلة: في بيان أحكام الوصية ص ٣٧٨ س ٣ قال: وإن أوصى بجزء من ماله أو بسهم، كان
الأول وصية بالسبع والثاني بالثمن.
 - (٣) الجوامع الفقهية: جواهر الفقه، ص ٥٠٣ س ١٥ قال: وإذا أوصى بجزء من ماله كان ذلك
السبع، وإذا أوصى بسهم كان الثمن.
 - (٤) السرائر، باب الوصية المبهمة ص ٣٨٨ س ٣٥ قال: إذا أوصى بجزء من ماله كان ذلك السبع
إلى قوله: وإن أوصى بسهم كان ذلك الثمن.
 - (٥) الإستبصار: ج ٤ (٧٩) باب من أوصى بجزء من ماله، ص ١٣٣ الحديث ٨ وفي الفقيه: ج ٤
(١٠٠) باب الوصية بالشئ من المال والسهم والجزء ص ١٥٢ الحديث ٥.
 - (٦) قد علم آرائهم مما أثبتناه أنفا.
 - (٧) قد علم آرائهم مما أثبتناه أنفا.
 - (٨) قد علم آرائهم مما أثبتناه أنفا.
 - (٩) قد علم آرائهم مما أثبتناه أنفا.
 - (١٠) قد علم آرائهم مما أثبتناه أنفا.
 - (١١) المقنع: باب الوصايا ص ١٦٣ س ٥ قال: وإن أوصى بجزء من ماله فهو واحد من عشرة، وإن
أوصى بسهم من ماله فهو واحد من ستة.
 - (١٢) تقدم نقله أنفا. (١٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.
 - (١٤) المختلف: في الوصايا، ص ٥٣ س ٣٧ قال بعد نقل قول المفيد والصدوق: وهو المعتمد.

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

بسهم من ماله؟ فقال: السهم واحد من ثمانية (١).
(ب) أنه السدس، قاله الشيخ في الكتابين (٣) وبه قال الفقيه (٣).
(ج) أنه العشرة، وهو في رواية طلحة بن زيد عن الباقر عليه السلام قال: من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشرة (٤)، وهو بتري.
قال طاب ثراه: ولو أوصى بوجوه، فنسي الوصي وجهها، صرف في البر، وقيل: يرجع ميراثا.

أقول: بالأول قال الشيخان (٥) والصدوق (٦) والقاضي (٧) واختاره المصنف (٨) والعلامة (٩) وبالثاني قال ابن إدريس وحكاه عن الشيخ في المسائل الحائريات (١٠).

- (١) الفروع: ج ٧، باب من أوصى بسهم من ماله، ص ٤١ الحديث ١.
- (٢) المبسوط: ج ٤ كتاب الوصايا ص ٨ س ٣ قال: وإذا أوصى له بسهم من ماله كان له السدس، وفي الخلاف، كتاب الوصايا، مسألة ٩.
- (٣) المختلف: في الوصايا، ص ٥٣ س ٣٦ قال: وفي المبسوط أنه السدس، وبه قال: علي بن بابويه.
- (٤) الإستبصار: ج ٤ (٨٠) باب من أوصى بسهم من ماله، ص ١٣٤ الحديث ٣.
- (٥) المقنعة: باب الوصية المبهمة، ص ١٠٢ س ٢٠ قال: فإن أوصى رجل إلى رجل وجعلها أبوابا فنسي الوصي بابا إلى أن قال: في وجوه البر وفي النهاية: باب الوصية المبهمة، ص ٦١٣ س ١٦ قال: فإن أوصى بوصية وجعلها أبوابا إلى أن قال: فليجعل ذلك السهم في وجوه البر.
- (٦) المقنعة: باب الوصايا ص ١٦٧ س ١٠ قال: فإن أوصى بوصية ولم يحفظ الوصي إلى أن قال: فإن الأبواب الباقية تجعل في البر.
- (٧) لم أعثر عليه في المهذب والجواهر، ولكن في المختلف: ص ٥٩ س ٣٧ قال بعد نقل قول الشيخ: وكذا قال ابن البراج إلى أن قال بعد نقل قول ابن إدريس: والمعتمد الأول.
- (٨) لم أعثر عليه في المهذب والجواهر، ولكن في المختلف: ص ٥٩ س ٣٧ قال بعد نقل قول الشيخ: وكذا قال ابن البراج إلى أن قال بعد نقل قول ابن إدريس: والمعتمد الأول.
- (٩) لاحظ عبارة المختصر النافع.
- (١٠) السرائر: باب شرائط الوصية، ص ٣٨٩ س ٦ قال: فإن أوصى الإنسان بوصية وجعلها أبوابا مسماة، فنسي الوصي بابا منها إلى أن قال: وقال شيخنا في جواب الحائريات إذا نسي الوصي جميع أبواب الوصية فإنها تعود ميراثا للورثة، فنعم ما قال الخ. أقول: الظاهر هو الفرق بين نسيان جميع أبواب الوصية ونسيان باب من أبوابها ولا يقاس أحدهما بالآخر كما هو المستفاد من الفتاوى.

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

احتج الأولون بقوله تعالى (فمن بدله بعد ما سمعه) (١) ودفعه إلى الورثة وجعله ميراثا تبديل للوصية، وبما رواه محمد بن ريان، قال: كتبت إليه (يعني علي بن محمد عليهما السلام) أسأله عن إنسان يوصي بوصية فلم يحفظ الوصي إلا بابا واحدا منها، كيف يصنع في الباقي؟ فوقع عليه السلام: الأبواب الباقية اجعلها في البر (٢) ولأنه بالوصية خرج عن ملك الورثة، وقد خفي مالكة ومستحقه، فوجب صرفه في البر كغيره.

احتج الآخرون: بأنها وصية بطلت، لامتناع القيام بها، فيرجع إلى الميراث، وأجيب بمنع الملازمة، فإن المعين وإن بطل، لكن مطلق الإخراج عن ملك الوارث ثابت.

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

(١) سورة البقرة / ١٨١.

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

أقول: هنا مسائل:

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

قال العلامة: ولا دلالة فيه على أن الموصي إذا كان عدلا يخرج من الأصل، وإن كان متهما يخرج من الثلث (٤).

قلت: اعتبار التهمة وعدمها يكفي عن ذكر العدالة، لأن صيغة الوصية صيغة الإقرار، والعدل لا يقول غير الواقع ولا يجوز أن يظلم الورثة بتصرفه في أكثر من الثلث، فلما ذكر التهمة في الخبر عبر الشيخ عن ضدها بالعدالة، فيكون شرطا في تنفيذ مجموع لما أقر به، ماضيا من الأصل، ولهذا قال عقيبه: (وإن كان متهما لم تنفذ الوصية في أكثر من ثلثه).

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

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

(٢) لم أعثر عليه في المهذب.

(٣) التهذيب: ج ٩ (١٦) باب الوصية المبهمة، ص ٢١٢ الحديث ١٥.

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

أحدهما: لا، لأن الوصية تعلقت بالسيف وليس الجفن من مسماه، ولا لازما لمعناه، وكذا الكلام في السفينة والصدوق، فإن المظروف ليس جزء من الظرف ولا لازما له، وهو نادر.

والآخر: نعم، قاله الشيخان (١) وأبو علي (٢) والصدوق (٣) والقاضي (٤) والتقي (٥) وابن إدريس (٦).

واستدلوا عليه برواية أبي جميله عن الرضا عليه السلام قال: سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف في جفن وعليه حلية، فقال له الورثة: إنما لك النصل وليس لك المال، فقال: لا، بل السيف بما فيه له. قال: وقلت له: رجل أوصى لرجل بصدوق وكان فيه مال، فقال الورثة: إنما لك الصدوق وليس لك المال، قال: فقال أبو الحسن عليه السلام: الصدوق بما فيه له (٧).

وأبو جميلة هذا كذا ملعون، لكن أكثر الأصحاب مطبقون على العمل بها،

-
- (١) المقنعة: باب الوصية المبهمة، ص ١٠٢ س ٢١ قال: إذا وصى الإنسان لإنسان بصدوق مقفل وكان في الصدوق متاع، فالصدوق بما فيه للموصى له الخ وفي النهاية، باب الوصية المبهمة ص ٦١٣ س ١٨ قال: وإذا أوصى الإنسان لغيره بسيف وكان في جفن وعليه حلية الخ.
- (٢) المختلف: في الوصايا، ص ٦٠ س ١٤ قال: لكن الشيخان وابن الجنيد وابن البراج ذكروا ذلك واستدلوا بما رواه الخ.
- (٣) المختلف: في الوصايا، ص ٦٠ س ١٤ قال: لكن الشيخان وابن الجنيد وابن البراج ذكروا ذلك واستدلوا بما رواه الخ.
- (٤) المقنعة: باب الوصايا، ص ١٦٦، س ٧ قال: وإن أوصى لرجل بصدوق أو سفينة إلى أن قال: فهو مع ما فيه لمن أوصى له الخ.
- (٥) الكافي: فصل في الوصية ص ٣٦٥ س ٢ قال: وإذا أوصى لغيره بصدوق مقفل إلى أن قال: فالوعاء وما فيه للموصى له الخ.
- (٦) السرائر: باب الوصية المبهمة ص ٣٨٩ س ٩ قال: وإذا أوصى الإنسان لغيره بسيف إلى أن قال: كان السيف له بما فيه الخ.
- (٧) التهذيب: ج ٩ (١٦) باب الوصية المبهمة، ص ٢١١ الحديث ١٤.

فلهذا قال: (يجبر ضعفها الشهرة) وهذه الرواية هي مستند الحكم في السيف والصندوق.

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

ولما كان قوله عليه السلام (هي للذي أوصى له بها) غير صريح إلا في دخول السفينة خاصة، ويفهم من فحوى باقي الكلام دخول ما فيها بقوله (إلا أن يكون صاحبها استثنى ما فيها) قال المصنف: إلى فحوى رواية. وفحوى الكلام ما فهم معناه من قصد المتكلم لقرينة من غير دلالة اللفظ عليه. واختار المصنف في الشرائع الدخول جزماً ونسب القول الآخر إلى البعد (٢) والعلامة رحمه الله فصل في المختلف فقال: بدخول ما في هذه الأشياء، وعليها مع القرينة، وعدمه مع عدمها (٣) وقال في المعتمد: ويدخل حلية السيف المعين فيه، دون جفنه، ولا يدخل المظروف في السفينة والصندوق والجراب (٤).

(ج) أطلق الشيخ الصندوق والجراب (٥) وقيد المفيد الصندوق بالمقفل

(١) الفقيه: ج ٤ (١٠٨) باب الرجل يوصي لرجل بسيف أو صندوق أو سفينة، ص ١٦١ الحديث ٢.

(٢) الشرائع: الطرف الثاني في الوصية المبهمة، قال: ولو أوصى بسيف معين، دخل الجفن والحلبة في الوصية الخ.

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

(٤) لم نظفر على هذا الكتاب.

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

ولا يجوز إخراج الولد من الإرث ولو أوصى الأب، وفيه رواية مطروحة.

والجواب بالمشدود والوعاء بالمختوم (١) وكذا التقي (٢).
(د) هل يسري الحكم إلى غير هذه المذكورات إلى ما يشابههما؟ احتمالان:
أحدهما، لا، لعدم النص في غيرها، فيقتصر على مورده، ومن تعميم العلة،
وصرح أبو علي فقال: إذا أوصى رجل بشئ يشمل اسمه على أعيان متصلة به،
كان جميعها له، كالرجل يوصي لرجل بسيفه فهو له وجفنه وما عليه من الحلية،
وكذا القول في الروشن إن كان للدار. ولو كانت الوصية بوصف كقوله: جراب
هروى، أو سلة زعفران كانا جميعا له، فإن قال: ما في الجوالق، لم تكن الجوالق
له (٣) وقال القاضي: إن أوصى له بسلة زعفران كانت السلة بما فيها له، قال: وإن
أوصى له بضیعة لها شرب، كانت الضیعة وشربهما له، وكذلك ما جرى هذا
المجرى (٤).

واعلم أن ألفاظ الروايات خالية من ذكر الجراب.
قال طاب ثراه: ولا يجوز إخراج الولد من الإرث ولو أوصى الأب، وفيه رواية
مطروحة.
أقول: لا يجوز إخراج الولد من الإرث، لأنه ثبت شرعا، فلا يملك الإنسان إزالته

-
- (١) المقنعة: باب الوصية المبهمة، ص ١٠٢ س ٢١ قال: إذا وصى الإنسان لإنسان بصندوق مقفل
إلى قوله: وكذلك إن وصى له بجراب مشدود، ووعاء مختوم.
(٢) الكافي: فصل في الوصية ص ٣٦٥ س ٢ قال: إذا وصى لغيره بصندوق مقفل أو جراب
مشدود، أو كيس مختوم الخ.
(٣) المختلف: في الوصايا، ص ٦٠ س ٢٥ قال: وقال ابن الجنيد: وإذا أوصى رجل بشئ
يشمل اسمه على أعيان الخ، وقال في س ٢٨ وقال ابن البراج: إلى أن قال: فإن أوصى له بسلة زعفران
كانت السلة بما فيها له الخ.
(٤) المختلف: في الوصايا، ص ٦٠ س ٢٥ قال: وقال ابن الجنيد: وإذا أوصى رجل بشئ
يشمل اسمه على أعيان الخ، وقال في س ٢٨ وقال ابن البراج: إلى أن قال: فإن أوصى له بسلة زعفران
كانت السلة بما فيها له الخ.

وتغيره، وبه قال الشيخ في النهاية (١) وهو المشهور بين علمائنا، والرواية المشار إليها هي ما رواه الصدوق في كتابه عن وصي علي بن السري، قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن علي بن السري توفي وأوصى إلي، فقال: رحمه الله، قلت: وإن ابنه جعفرًا وقع على أم ولد له، فأمرني أن أخرجته من الميراث، فقال لي: أخرجته، فإن كان صادقًا فيصيبه خبل (٢) قال: فرجعت فقدمني إلى أبي يوسف القاضي فقال له: أصلحك الله أنا جعفر بن علي السري وهذا وصي أبي فمره فليدفع إلي ميراثي من أبي فقال لي ما تقول؟ فقلت: نعم، هذا جعفر بن علي السري وأنا وصي علي بن السري، قال: فادفع إليه ماله، فقلت له: أريد أن أكلمك، قال: فأذن، فدنوت حيث لا يسمع

أحد كلامي، فقلت له، هذا وقع على أم ولد لأبيه، فأمرني أبوه وأوصى إلي أن أخرجته من الميراث، ولا أورثه شيئًا، فأتيت موسى بن جعفر عليهما السلام بالمدينة فأخبرته، وسألته، فأمرني أن أخرجته من الميراث ولا أورثه شيئًا، وقال: الله قسما، إن أبا الحسن أمرك، فقلت: نعم، فاستحلفني ثلاثًا، ثم قال: أنفذ ما أمرك، فالقول قوله، قال الوصي: فأصابه الخبل بعد ذلك، قال أبو محمد الحسن بن علي الوشا رأيت بعد ذلك (٣) قال الصدوق عقيب إيراد هذه الرواية: من أوصى بإخراج ابنه من الميراث ولم يكن أحدث هذا الحدث لم يجز للوصي إنفاذ الوصية في ذلك (٤) وهذا يدل على أنه لو فعل ذلك أنفذت وصيته لأنه ذكر في كتابه: أن ما يذكره فيه

(١) النهاية: باب الوصية وما يصح منها وما لا يصح، ص ٦١١ س ٤ قال: وإذا أوصى الموصي بإخراج بعض الورثة من الميراث لم يلتفت إلى وصيته الخ.
(٢) الخبال الفساد، ويكون في الأفعال والأبدان والعقول، وخبله واختبله إذا فسد عقله أو عضوه (مجمع البحرين لغة خبل).

(٣) الفقيه: ج ٤، (١١٢) باب إخراج الرجل ابنه من الميراث لإتيانه أم ولد لأبيه، ص ١٦٢ الحديث ١ ولاحظ ذيله وما قاله الصدوق رحمه الله.

(٤) الفقيه: ج ٤، (١١٢) باب إخراج الرجل ابنه من الميراث لإتيانه أم ولد لأبيه، ص ١٦٢ الحديث ١ ولاحظ ذيله وما قاله الصدوق رحمه الله.

(الطرف الثالث) في أحكام الوصية، وفيه مسائل:
الأولى: إذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة لها، عمل بالأخيرة، ولو لم يضادها عمل بالجميع، فإن قصر الثلث بدأ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث.

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

يفتي به (١) فيكون الحكم عنده ساريا في هذه الصورة، مقيدا بهذا الحديث. وأما الشيخ في الإستبصار فقال: هذا الحكم مقصور على هذه الوصية، لا يتعدى إلى غيرها (٢).

تذنيب

وهل يلغو هذا اللفظ، ويكون وجوده كعدمه، أو يجري مجرى من أوصى بمجموع تركته للوارث الآخر فيكون له الثلث ويحاصص المخرج من الباقي؟ اختار المصنف الأول (٣) لأنه لفظ لم يعتبره الشارع، فلا يكون له أثر. واختار العلامة في المختلف الثاني (٤) لأن إخراجها من تركته يستلزم تخصيص باقي الورثة بها فيمضي من الثلث قال طاب ثراه: تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين، وشهادة أربع نساء، وبشهادة الواحدة في الربع، وفي ثبوتها بشاهد ويمين تردد، أما الولاية فلا يثبت إلا بشهادة رجلين.

-
- (١) الفقيه: ج ١ ص ٣ س ١١ قال: ولم أقصد فيه قصد المصنفين في إيراد جميع ما رووه، بل قصدت إلى إيراد ما أفتي به وأحكم بصحته.
(٢) الإستبصار: ج ٤ ص ١٤٠ قال بعد نقل الخبر: إن هذا الحكم مقصور على هذه القضية لا يتعدى بها إلى غيرها الخ.
(٣) لاحظ عبارة المختصر النافع.
(٤) المختلف: في الوصايا ص ٥٩ س ١٤ قال: والمعتمد ما ذهب إليه المشهور من علمائنا في ثلثي التركة، ويكون الثلث لغيره من الورثة الخ.

الثالثة: لو أشهد عبدين له على أن حمل المملوكة منه، ثم ورثهما غير الحمل، فأعتقا، فشهد الحمل بالبنوة صح، وحكم له، ويكره له تملكهما الرابعة: لا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه، وتقبل للموصى في غير ذلك.

الخامسة: إذا أوصى بعق عبده، أو أعتقه عند الوفاة وليس له سواه، انعتق ثلثه، ولو أعتق ثلثه عند الوفاة وله مال، أعتق الباقي من ثلثه، ولو أعتق مماليكه عند الوفاة، أو أوصى بعقهم ولا مال سواهم أعتق ثلثهم بالقرعة، ولو رتبهم أعتق الأول فالأول حتى يستوفى الثلث وبطل ما زاد السادسة: إذا أوصى بعق رقبة أجزأ الذكر والأنثى، الصغير والكبير، ولو قال: مؤمنة لزم فإن لم يجد: أعتق من لا يعرف بنصب. ولو ظنها مؤمنة فأعتقها، ثم بانت بخلافه أجزأت. السابعة: إذا أوصى بعق رقبة بثمن معين فإن لم يجد توقع، وإن وجد بأقل أعتقها ودفع إليها الفاضل.

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

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

الثامنة: تصرفات المريض إن كانت مشروطة بالوفاة فهي من

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

وأما الوصية بالولاية فقوى الشيخ في المبسوط قبول المرأتين مع الشاهد (١) وهو مذهب أبي علي (٢) ويلزمه قبول الشاهد واليمين، لأن كل ما يثبت بشاهد وامرأتين يثبت بشاهد ويمين، لكن هل يقبل اليمين مع المرأتين، كما يقبل مع الرجل في كل موضع قبلنا فيه الشاهد واليمين، أم لا؟ ابن إدريس على الثاني (٣) والعلامة على الأول (٤).

وما ذكره المصنف من التردد في ثبوت الوصية له بشاهد ويمين، تردد غريب لم أظفر له بموافق من الأصحاب، بل الأصحاب مطبقون على قبول الشاهد واليمين في المال، وما كان المقصود منه المال، ولعل التردد منه رحمه الله وجهه: أن قبول الشاهد واليمين حكم شرعي، فيقف على النص الشرعي، وليس على صورة النزاع نص بعينه، وثبوت ذلك بالنساء حتى بالواحدة لورود النص بذلك، والتعدي قياس، وهو مردود عندنا.

(١) المبسوط: ج ٨ كتاب الشهادات، ص ١٧٢ س ٥ قال ما ملخصه: إن حق الأدمي ثلاثة أقسام، أحدها لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين كالنكاح والوصية إليه إلى أن قال: وقال بعضهم: يثبت جميع ذلك بشاهد وامرأتين وهو الأقوى.

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

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

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

الثالث، وإن كانت منجزة وكان فيها محاباة أو عطية محضه فقولان:
أشبههما أنها من الثالث.

قال طاب ثراه: وإن كانت منجزة وكان فيها محاباة أو عطية محضه، فقولان:
أشبههما أنها من الثالث.

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

(١) النهاية باب الإقرار في المرض والهبة فيه ص ٦١٧ س ٢٠ قال: إقرار المريض جائز على نفسه للأجنبي
إلى أن قال: ويكون ما أقر به من أصل المال، وقال في ص ٦٢٠ والهبة في حال المرض صحيحة، والبيع في
حال المرض صحيح كصحته في حال الصحة.

(٢) المقنعة: باب الوصية والهبة ص ١٠١ س ٣٣ قال: وإذا وهب في مرضه أو تصدق جاز له ذلك في
جميع ماله ولم يكن لأحد معارضته في ذلك، والبيع في المرض صحيح كالهبة والصدقة.

(٣) المختلف: في الوصايا، ص ٦٦ س ٢٠ قال: أحدهما أنه يصح من الأصل، اختاره الشيخ في النهاية
والمفيد في المقنعة وابن البراج.

(٤) السرائر: باب الوصية، ص ٣٨٦ س ٣١ قال: وعطايا المنجزة صحيحة على الصحيح من المذهب
لا تحسب من الثالث بل من أصل المال.

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

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

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

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

(٩) الخلاف: كتاب الوصايا، مسألة ١٢ قال: وإن كان منجزا مثل العتاق والهبة والمحاباة
فلأصحابنا فيه روايتان الخ.

(١٠) لاحظ عبارة المختصر النافع.

أما الإقرار للأجنبي، فإن كان متهما على الورثة فهو من الثلث، وإلا فهو من الأصل. وللوارث من الثلث على التقديرين ومنهم من سوى بين القسمين.

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

أقول: إقرار المريض هل يمضي من الأصل أو ينفذ من الثلث كالوصية؟ ابن إدريس على الأول (١)، وهو لازم لكل من جعل المنجزات من الأصل، ومن قال: أنها من الثلث، منهم من قال: إن الإقرار من الأصل لعموم قول: إقرار العاقل (٢) كإطلاق المقنع (٣) وسلا (٤)، ومنهم من فصل.

والتفصيل في موضعين:

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

-
- (١) السرائر: باب الإقرار في المرض، ص ٣٩١ س ٨ قال: إقرار المريض على نفسه جائز وللأجنبي وللوارث إلى أن قال: ويكون ما أقر به من أصل المال.
- (٢) إشارة إلى قوله صلى الله عليه وآله إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، لاحظ عوالي اللغالي: ج ١ ص ٢٢٣ الحديث ١٠٤ و ج ٢ ص ٢٥٧ الحديث ٥ و ج ٣ ص ٤٤٢ حديث ٥.
- (٣) المقنع: باب الوصايا ص ١٦٧ س ٧ قال: فإن قال رجل عند موته لفلان أو لفلان لأحدهما عندي ألف درهم الخ.
- (٤) المراسم: ذكر الإقرار ص ٢٠١ س ١٦ قال: في إقراره في مرضه كإقراره في صحته.
- (٥) المقنعة: باب الإقرار في المرض، ص ١٠٠ س ٣٣ قال: وإذا كان على الرجل دين معروف بشهادة قائمة إلى أن قال: كان إقراره ماضيا الخ.
- (٦) النهاية: باب الإقرار في المرض ص ٦١٧ س ٢٠ قال: إقرار المريض جائز على نفسه للأجنبي وللوارث الخ.
- (٧) تقدم أنفا نقل عبارتيهما.
- (٨) تقدم أنفا نقل عبارتيهما.

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

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

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

(١) لاحظ عبارة المختصر النافع.

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

(٣) الوسيلة: فصل في بيان الإقرار ص ٢٨٤ س ١ قال: وإقرار المريض إذا كان صحيح العقل مثل
إقرار الصحيح، إلا في حل بعض الورثة لشيء إذا كان متهما الخ.

(٤) النهاية: باب الإقرار في المرض ص ٦١٨ س ٢ قال: فإن كان غير موثوق به وكان متهما، طولب
المقر له بالبينة الخ.

كتاب النكاح
وأقسامه ثلاثة:
الأول: في الدائم
وهو يستدعي فصولاً:
الأول: في صيغة العقد وأحكامه وآدابه:
أما الصيغة: فالإيجاب والقبول.
ويشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة: زوجتك، وأنكحتك،
ومتعتك، والقبول هو الرضا بالإيجاب.

كتاب النكاح
مقدمات

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

(١) قال الأزهرى: أصل النكاح في كلام العرب الوطئ، وقيل للتزوج نكاح، لأنه سبب للوطئ
المباح، الجوهرى: النكاح الوطئ، وقد يكون العقد (لسان العرب: ج ٢ ص ٦٢٦).

وفي الشريعة: عقد لفظي مملك للوطء ابتداء، فخرج عقد المعاوضات وشراء الإماء، فإنه يملك الوطاء تبعا لمملك الرقبة، لا ابتداء ولهذا جاز للمحرم، وهو حقيقة شرعية في العقد قال تعالى: (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) الآية (١) ومجاز شرعي في الوطاء. قيل: لم يرد في الكتاب العزيز لفظ النكاح بمعنى الوطاء إلا في قوله (حتى تنكح زوجا غيره) (٢) (٣) لكن بشرط العقد الشرعي أيضا ولا يكفي مطلق الوطاء إجماعا.

وبعض الناس قال: إنه حقيقة في الوطاء، قال صاحب الصحاح: النكاح الوطاء وقد يقال: العقد (٤)، وإذا كان حقيقة لغة كان حقيقة شرعا، لأصالة عدم النقل، وقيل: بالاشتراك لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آبائكم) (٥) وهو شامل لكل من العقد والوطء على أظهر القولين. المقدمة الثانية، في بدء النكاح وأصله: روى الصدوق، بإسناده إلى زرارة بن أعين أنه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن خلق حواء - إلى أن قال: إن الله تبارك وتعالى لما خلق آدم عليه السلام من طين وأمر الملائكة فسجدوا له، ألقى عليه السبات (٦) ثم ابتدع له حواء فجعلها في موضع

(١) الأحزاب: ٤٩.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

(٣) وقيل: بل كلاهما (أي العقد والوطء) علم بالكتاب، لأن لفظ النكاح يطلق عليها فكأنه قيل: حتى يتزوج ويجامعها الزوج، ولأن العقد مستفاد بقوله: (زوجا غيره) (مجمع البيان سورة البقرة ص ٣٣٠).

(٤) النكاح: الوطاء، وقد يكون العقد (الصحاح: ج ١ ص ٤١٣).

(٥) النساء: ٢٢.

(٦) السبات كغراب النوم (مجمع البحرين لغة سبت).

النقرة التي بين وركيه (١)، وذلك لكي تكون المرأة تبعا للرجل، فأقبلت تتحرك فانتبه لمتحركها، فلما انتبه نوديت أن تنحي عنه، فلما نظر إليها، نظر إلى خلق حسن شبه صورته غير أنها أنثى، فكلمها فكلمته بلغته، فقال لها: من أنت؟ قالت: خلق خلقتني الله كما ترى، فقال آدم عليه السلام عند ذلك: يا رب ما هذا الخلق الحسن الذي قد آسنني قربه والنظر إليه؟ فقال الله تبارك وتعالى: يا آدم هذه أمتي حواء، أفتحب أن تكون معك تؤنسك وتحدثك وتكون تبعا لأمرك؟ فقال: نعم يا رب ولك علي بذلك الحمد والشكر ما بقيت، فقال له عز وجل: فأخطبها إلى فإنها أمتي، وقد تصلح لك أيضا زوجة، وألقى الله عز وجل عليه الشهوة، وقد علمه قبل ذلك المعرفة بكل شيء، فقال: يا رب فإني أخطبها إليك فما رضاك لذلك؟ فقال عز وجل: رضاي أن تعلمها معالم ديني، فقال: ذلك لك علي يا رب إن شئت ذلك لي، فقال عز وجل، وقد شئت ذلك، وقد زوجتكها فضمها إليك، فقال لها آدم عليه السلام: إلي فأقبلي، فقالت له: بل أنت فأقبل إلي، فأمر الله عز وجل آدم أن يقوم إليها، ولولا ذلك لكان النساء هن يذهبن إلى الرجال حتى يخطبن على أنفسهن، فهذه قصة حواء صلوات الله عليها (٢) (٣).

المقدمة الثالثة، في الترغيب في النكاح والحث عليه:

قال الله تعالى: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) (٤) وقال تعالى: (وأنكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من

(١) النقرة بالضم حفرة صغيرة في الأرض، والورك بالفتح والكسر، وككتف فوق الفخذ (مجمع البحرين لغة (نقرة) و (ورك)).

(٢) لما كان بين النسخة المعتمدة وبين من لا يحضره الفقيه اختلاف في بعض الكلمات، جعلت الأصل هو الفقيه.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (٩٩) باب بدء النكاح وأصله ص ٢٣٩ الحديث ١.

(٤) النساء: ٣.

فضله والله واسع عليهم) (١) وعدهم سبحانه وتعالى مع أمره بما هو محبوب عندهم من الغناء والسعة، ترغيباً في الإقدام على النكاح، ودفعاً لعذر من تعلل بالفقر وخوف الضيق، قال الصادق: عن أبيه عن آبائه عليهم السلام يرفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: من ترك التزويج مخافة العيلة فقد أساء الظن بالله، إن الله تعالى قال: (إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله) (٢).

وعن هشام بن سالم عن أبي عبد الله قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله، فشكا إليه الحاجة، فقال له: تزوج، فتزوج فوسع عليه (٣).

وعن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الحديث الذي يرويه الناس حق إن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وآله فشكا إليه الحاجة، فأمره بالتزويج، ففعل، ثم أتاه فشكى إليه الحاجة، فأمره بالتزويج، حتى أمره ثلاث مرات؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: نعم هو حق، ثم قال: الرزق مع النساء والعيال (٤).

وعن معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنهم الله من فضله) (٥) قال: يتزوجون حتى يغنيهم الله من فضله (٦) (٧).

- (١) النور: ٣٢.
- (٢) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب أن التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣٠ الحديث ٥.
- (٣) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب أن التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣٠ الحديث ٢.
- (٤) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب أن التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣٠ الحديث ٤.
- (٥) النور: ٣٣.
- (٦) بيان: هذا التفسير لا يلائم عدم الوجدان إلا بتكلف، ويحتمل سقوط لفظة (لا) من أول الحديث، أو نقول: المراد بالتزويج التمتع كما يأتي في باب كراهية المتعة مع الاستغناء (الوافي: ج ٣، أبواب النكاح والحث عليه، ص ١٢).
- (٧) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب في أن التزويج يزيد في الرزق ص ٣٣١ الحديث ٧.

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

تنبيه

وإذ قد عرفت فضله في الجملة، فاعلم أن الناس فيه على ثلاثة أقسام: (أ) فمنهم من يتق نفسه إليه ويخاف إن تركه الوقوع في الزنا، فهذا يجب عليه التزويج بلا خلاف بين الأمة، وإذا فعله كان مؤدبا فرضا، وإذا تركه كان عاصيا في كل آن من آتات الترك.

(ب) من يتق نفسه إليه ولا يخاف الوقوع في الزنا، فهذا يستحب له بإجماع الأمة.

(ج) من لا تتق نفسه إليه، وهو قسمان.

من لا يمكن حصوله منه كالحصى والعين الذي لا يرجو زواله، فالأفضل لهذا تركه، لعدم حصول الفائدة منه، وتعطيل المرأة عن الإحصان. ومن يمكن وقوعه منه، وهذا أيضا يستحب له على الجملة. لكن حصل الخلاف بين الأمة في مقام، وهو أن التخلي للعبادة لهذا أفضل، أم التزويج؟

(١) الكافي: ج ٥ كتاب النكاح، باب كراهة العزبة ص ٣٢٩ الحديث ٦.

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

وقد ورد في شرعنا استحبابه، فيحمل على ما إذا لم تتق النفس. وأجاب المصنف عنه: بأن مدح يحيى بذلك في شرعه لا يلزمه منه وجوده في شرعنا لاختلاف الشرعين في الأحكام (٣).
والأكثر من أصحابنا على أنه أفضل من التخلي للعبادة، وهو اختيار المصنف (٤) والعلامة في كتبه (٥).

وهو الحق لوجوه:

(أ) دعاء النبي صلى الله عليه وآله فعلا وقولا.
أما الأولى فظاهر من حاله عليه السلام، ولقد مات عليه السلام عن تسع نسوة (٦).

-
- (١) إشارة إلى قوله تعالى (وسيدا وحصورا) سورة آل عمران / ٣٩.
(٢) المبسوط: ج ٤، كتاب النكاح. ص ١٦٠ س ١٠ قال: والذي لا يشتهي المستحب أن لا يتزوج الخ.
(٣) شرائع الإسلام: كتاب النكاح، في آداب العقد، قال: ويمكن الجواب بأن المدح بذلك في شرع غيرنا الخ.
(٤) شرائع الإسلام: كتاب النكاح، في آداب العقد، قال: ومن لم تتق فيه خلاف، المشهور استحبابه الخ.
(٥) القواعد: كتاب النكاح ص ٢ س ٢ قال: والأقرب أنه أفضل من التخلي للعبادة لمن لم تتق نفسه إليه
(٦) عوالي اللئالي: ج ١ ص ١٧٥ الحديث ٢١٢ وقد تعرض له الفقهاء في كتبهم الاستدلالية عند عددهم خصائص النبي صلى الله عليه وآله في كتاب النكاح، وفي التذكرة: (ج ٢ كتاب النكاح ص ٥٦٧ س ٣٢) قال: فإنه عليه السلام مات عن تسع الخ.

ولما بشر الله تعالى به عيسى عليه السلام قال له في وصفه: واستوص بصاحب
الجمال الأحمر والوجه الأقرم، نكاح النساء (١).
ولا تذكر من الأوصاف في معرض التكرمة والتفضيل إلا أوصاف الكمال.
وكذا كان شأن الأنبياء عليهم السلام، حتى أن سليمان عليه السلام كان له
ثلاثمائة زوجة وسبعمائة سرية (٢).
وقال الصادق عليه السلام: من أخلاق الأنبياء حب النساء (٣).
وعن معمر بن خلاد قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ثلاث من
سنن المرسلين، العطر، وإحفاء الشعر، وكثرة الطروقة (٤) (٥).
وأما الثاني فكقوله عليه السلام: من أحب سنتي فإن من سنتي التزويج (٦)
وكقوله عليه السلام: من رغب عن سنتي فليس مني وإن من سنتي النكاح (٧).
(ب) اشترك كل من التزويج والتخلي للعبادة، في كون كل منهما طاعة لله

-
- (١) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٢٨٢ الحديث ٧.
(٢) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ١٩٢ الحديث ٦٩٥.
(٣) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب حب النساء، ص ٣٢٠ الحديث ١.
(٤) بيان: إحفاء الشعر بالمهمل، المبالغة في قصها وإزالتها، والطروقة، الزوجة وكل امرأة طروقة
زوجها، وكل ناقة طروقة فحلها، كذا في النهاية قال: هي فعوله بمعنى مفعوله (الوافي: كتاب النكاح
ص ١٠).
(٥) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب حب النساء، ص ٣٢٠ الحديث ٣ وفيه (وأخذ الشعر) بدل
(إحفاء الشعر).
(٦) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب كراهة العربة ص ٣٢٩ الحديث ٥ وفيه (من أحب أن يتبع
سنتي).
(٧) المستدرک: أبواب مقدمات النكاح ص ٥٣١ الحديث ١٥ ولفظ الحديث (من سنتي التزويج فمن
رغب عن سنتي فليس مني) ورواه في عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٢٨٣ الحديث ١٢ كما في المتن.

- سبحانه، وخلاص المزوج من خطر قوله عليه السلام: أرادل موتاكم العزاب (١).
وقوله عليه السلام: شرار موتاكم العزاب (٢).
وفي حديث آخر عنه عليه السلام: لو رجع العزاب من أمواتكم إلى الدنيا
لتزوجوا (٣) ووقوع المتعبد في هذا الخطر.
(ج) فوز المتزوج بمضاعفة الركعة بسبعين من صلاة الأعزب (٤).
(د) فوز المتزوج بفضيلة القيام على العيال، فعنه عليه السلام: من عال بيتا من
المسلمين فله الجنة (٥).
(هـ) فوزه بالذرية التي يبقى ذكره ويحيى أمره، قال النبي صلى الله عليه وآله:
(إذا مات المسلم انقطع عمله إلا من ثلاث، علم ينتفع به بعده، أو صدقة جارية
أو ولد صالح يدعو له (٦)).

- (١) الكافي ج ٥ كتاب النكاح: باب كراهة العربة ص ٣٢٩ الحديث ٣ وفيه (ردال موتاكم) وفي
المستدرک: أبواب مقدمات النكاح ص ٥٣١ نقلا عن أبي الفتوح الرازي في تفسيره (أرادل موتاكم
عزابكم) وفيه عن درر اللثالي (أرادل موتاكم العزاب) وفي عوالي اللثالي كما في المتن.
(٢) المستدرک: أبواب مقدمات النكاح ص ٥٣١ الحديث ١ وفيه نقلا عن البحار (شرار أمتي
عزابها). وفي عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٢٨٣ الحديث ١٤ كما في المتن.
(٣) المستدرک: أبواب مقدمات النكاح، ص ٥٣١ الحديث ١٠ نقلا عن عوالي اللثالي، وفيه (لو خرج
العزاب من موتاكم إلى الدنيا).
(٤) إشارة إلى الحديث (ركعتان يصليهما المتزوج أفضل من سبعين ركعة يصلها أعزب) الكافي: ج ٥
ص ٣٢٨ باب كراهة العربة الحديث ١.
(٥) الجامع الصغير للسيوطي: ج ٢ حرف العين المهملة، ولفظ الحديث (من عال أهل بيت من
المسلمين يومهم وليلتهم غفر الله له ذنوبه) وفي عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٢٨٣ الحديث ١٦ كما في المتن.
(٦) سند أحمد بن حنبل: ج ٢ ص ٣٧٢ وفيه (إذا مات الإنسان) وفي عوالي اللثالي ج ٣
ص ٢٨٣ (إذا مات ابن آدم).

(و) فوزه بذخيرة الولد الصغير إذا مات، فيكون شفيعا له يوم القيامة (١).
 (ز) فوزه بثواب تفريح الأطفال وسرور العيال، قال النبي صلى الله عليه وآله:
 من قبل ولده كتب الله له حسنة، ومن فرحه فرحه الله يوم القيامة (٢).
 وقال عليه السلام: من عال ثلاث بنات، أو ثلاث أخوات كنت أنا وهو في
 الجنة كهاتين، وشبك بين أصابعه السبابة والوسطى، فقيل: يا رسول الله وابنتين؟
 قال: وابنتين، قيل: وواحدة؟ قال: وواحدة (٣) والأعزب على الخيبة من ذلك.
 (ح) كونه يسعى في وصل سبب اتصل إليه ممن قبله، والأعزب يسعى في
 قطع ذلك السبب، وكيف يحسن بالعاقل. أو تسمح نفسه بقطع سلسلة اتصلت إليه
 من آدم عليه السلام، ألا ترى: أن المرابط يحرض على بلوغ ولد يقوم مقامه بعده في
 الرباط، وكذلك المرء المؤمن ينبغي أن يشتد حرصه وتأسفه على ولده يكون بعده
 يقوم بأوامر الله سبحانه، قال الصادق عليه السلام: ميراث الله من عبده المؤمن إذا
 مات، ولد يعبد، ثم تلا آية زكريا (فهب لي من لدنك وليا يرثني) (٤) (٥).
 (ط) فوزه بالولد، فهو إن مات قبله كان ذخيرة في الآخرة.
 قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ثواب المؤمن من ولده إذا مات الجنة، صبر

- (١) إشارة إلى ما في موت الولد، لاحظ الوسائل: ج ١٥ ص ٩٦ الحديث ١٣ و ١٤).
 (٢) الكافي: ج ٦ باب ير الأولاد، ص ٤٩ الحديث ١ وتمام الحديث (ومن علمه القرآن دعى بالأبوين
 فيكسيان حلتين يضيء من نورهما وجوه أهل الجنة).
 (٣) مسند أحمد بن حنبل: ج ٣ ص ١٤٨ بتفاوت يسير في بعض الكلمات، وفي الفقيه: ج ٣ (١٤٨)
 باب فضل الأولاد ص ٣١١ الحديث ١٢ مثله.
 (٤) مريم: ٥ و ٦.
 (٥) الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣٠٩ الحديث ٢ ولفظه (ميراث الله من عبده المؤمن
 الولد الصالح يستغفر له) وفي الكافي: ج ٦ باب فضل الولد ص ٤ قطعة من حديث ١٢ كما في المتن.

أو لم يصبر (١) (٢).

وإن عاش كان سببا في وصول الرحمة إليه، والتخفيف عنه.
روي أن عيسى عليه السلام مر بقبر وهو يعذب، ثم مر به في عام فوجده
لا يعذب، فقال الحواريون: يا روح الله مررنا بهذا القبر عام أول وهو يعذب، ومررنا
به الآن وهو لا يعذب؟! فقال عليه السلام: إنه كان له ولد صغير فبلغ العام فأصلح
طريقا، وآوى يتيما فغفر الله لأبيه بما كان منه (٣).

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

روى ابن أبي عمير، عن محمد بن مسلم قال: كنت جالسا عند أبي عبد الله
عليه السلام إذ دخل يونس بن يعقوب فرأيته يان، فقال له أبو عبد الله عليه السلام:
ما لي أراك تيان؟! فقال: طفل لي تأذيت به الليل أجمع، فقال أبو عبد الله
عليه السلام: حدثني أبي محمد بن علي، عن آبائه عن جدي رسول الله صلى الله عليه
 وآله، إن جبرئيل نزل عليه ورسول الله وعلي عليهما السلام يانان، فقال جبرئيل:

-
- (١) يدل على أن الجزع لا يحبط أجر المصيبة، ويمكن حمله على ما إذا لم يقل ولم يفعل ما يسخط الرب،
أو على عدم الاختيار (مرآة العقول: ج ١٤ ص ١٧٣).
- (٢) الكافي: ج ٣، كتاب الجنائز، باب المصيبة بالولد، ص ٢١٩ الحديث ٨ والحديث مروى عن أبي
عبد الله عليه السلام.
- (٣) الكافي: ج ٦، باب فضل الولد ص ٣ الحديث ١٢، وفيه (إن عيسى عليه السلام قال: يا رب
مررت الخ).

يا حبيب الله ما لي أراك تان؟! فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: طفلان لنا تأذينا ببكائهما، فقال جبرئيل: مه يا محمد، فإنه سيبعث لهؤلاء القوم شيعة إذا بكى أحدهم، فبكاؤه لا إله إلا الله إلى أن يأتي عليه سبع سنين، فإذا جاز السبع فبكاؤه استغفار لوالديه، إلى أن يأتي على الحد، فإذا جاز الحد فما أتى من حسنة فلوالديه، وما أتى من سيئة فلا عليهما (١) (٢).

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

(يب) كون مباشرة أهله عبادة وصدقة.

روى عبد الله بن القдах عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى

-
- (١) قوله (فبكاؤه) أي يعطى والده ثواب من قال: لا إله إلا الله (مرآة العقول: ج ٢١ ص ٩١). وقوله: (على الحد) أي حد البلوغ والتكليف (فلوالديه) أي من غير أن ينقص من أجره من تلك الحسنه شيء (الوافي باب ٢٠٦ فضل الولد ص ١٩٦).
 - (٢) الكافي: ج ٦، كتاب العقيقة، باب النوادر، ص ٥٢ الحديث ٥.
 - (٣) قال الفيروزآبادي: الحصاة: اشتداد البول في المثانة حتى يصير كالحصاة، وقال الجزري: البط شق الدم والجراح ونحوهما (مرآة العقول ج ٢١ ص ٩١).
 - (٤) الكافي: ج ٦ كتاب العقيقة، باب النوادر ص ٥٣ الحديث ٦.
 - (٥) قوله عليه السلام (كفارة لوالديه) أقول: هذا لا ينافي العوض الذي قال به المتكلمون للطفل، فإن المقصود الأصلي كونه كفارة لهما، والعوض تابع لذلك (مرآة العقول: ج ٢١ ص ٩٠).
 - (٦) الكافي: ج ٦ كتاب العقيقة، باب النوادر: ص ٥٢ الحديث ١.

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

المقدمة الرابعة، في فوائد النكاح:

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

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

يدلك على ذلك، مباحاته تعالى بهم الملائكة لما قالوا: (ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال إني أعلم ما لا تعلمون) (٢) ثم أسجد الملائكة لآدم عليه السلام إعظاما له، وإظهارا لكرامته، ثم قال: (أنبئوني بأسماء هؤلاء قالوا لا علم لنا) (٣). فنطق عليه السلام بما علمه ربه مفصلا لتلك الأشياء، ومبينا لما خلقت له،

وشارحا لأحوالها، ثم جعل من الملائكة حفظة لهم من الشياطين، وخدمة ينزل بأرزاقهم، وتصلح أقواتهم، وكل ذلك يدل على فضل هذا المخلوق الشريف، وعناية خالقه به، قال تعالى (ولقد كرمتنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا) (٤) وقال تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيفا) (٥).

ولما اقتضت حكمة البارئ جل جلاله ترتيب المسببات على الأسباب، مع الاستغناء عنها، إذ القدرة الأزلية غير قاصرة عن اختراع الأشياء ابتداء من غير توسط حراثة وازدواج كما خلق عيسى من غير أب، واخترع آدم من تراب،

(١) الكافي: ج ٥ كتاب النكاح، باب كراهية الرهبانية وترك الباه ص ٤٩٥ الحديث ٢.

(٢) سورة البقرة / ٣٠.

(٣) سورة البقرة / ٣٢ ٣١.

(٤) سورة الإسراء / ٧٠.

(٥) سورة النساء / ٢٩.

والتراب من لا شيء، فقال: (كن) فكان، كما شاء، وأراد بشرا سويا. ولكن من بديع قدرته وعجائب صنعته، وسعة إحاطته، ولطيف خبره، رتب المسببات على الأسباب، تنبيها للألباب، وكشفا للحجاب عن طريق الرشد والصواب، ودليلا على تفرد بالاستغناء الحقيقي والوجود الأزلي قال الصادق عليه السلام: (إلى الله أن يجري الأشياء إلا على الأسباب) (١) (٢). قال بعض العلماء: هذا واجب في الحكمة الإلهية، ليعرف بذلك أنه لا سبب له، فيكون ذلك لطفا في معرفته تعالى.

ألا ترى إلى قول أمير المؤمنين عليه السلام: (وبمضاداته بين الأشياء عرف أن لا ضد له) (٣) ومثله ما روي عن الصادق عليه السلام: (لو لم يكن الشاهد دليلا على الغائب لما كان للخلق طريق إلى إثباته تعالى) (٤).

وكان في مشاهدة ذلك وما اشتملت عليه من التدبير، حيث خلق الشهوة باعثة، كالموكل بالفحل في إخراج البذر، وبالأنثى بالتمكن من الحرث، تلتظفا بهما في السياقة إلى اقتناص الولد بسبب الوقاع، كالمتلطف بالطير في بث الحب الذي يشتهي، ليساق إلى الشبكة، ثم ألقى في قلوبهما من الحنة عليه والرأفة به ما ير بيانه بها، إظهارا للقدررة وإتماما لعجائب الصنعة، وتنبيها على لطيف الحكمة، وتوقيفا على

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

(٢) الكافي: ج ١ باب معرفة الإمام والرد إليه، ص ١٨٣ قطعة من حديث ٧.

(٣) نهج البلاغة: (صبحي الصالح) الخطبة ١٨٦ ص ٢٧٣ س ٢.

(٤) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٢٨٦ الحديث ٢٨.

دقائق المعرفة، وإيضاحا لسوابغ النعمة ما توصل إلى التوحيد والمعرفة، ويزرع في القلوب من غزائر الإيمان، ويؤنس الصدور من وحشة نزغات الشيطان، بحيث يصير معرفته لخلقه كالعيان، ويدعن لربوبيته الإنس والجان، قال عز من قائل: (ولئن سألتهم من خلق السماوات والأرض ليقولن الله قل الحمد لله) (١).

وفي الوصلة إلى الولد قرابة من خمسة أوجه:

(أ) موافقة محبة الله لبقاء نوع الإنسان.

(ب) تحصيل محبة رسول الله صلى الله عليه وآله في تكثير من به المباهات، حيث قال: تناكحوا تكثروا فإنني أباهي بكم الأمم يوم القيامة حتى بالسقط (٢).

وقال عليه السلام: والمولود في أمتي أحب إلي مما طلعت عليه الشمس (٣).

(ج) طلب التبرك بدعاء الولد، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إذا

مات المؤمن انقطع عمله إلا من ثلاث: ولد صالح يدعو له (٤) الحديث.

وبالجملة دعاء الولد لأبويه مفيد برا كان الولد أو فاجرا، فهو مثاب على دعواته

وحسناته، لأنه من كسبه، وغير مؤاخذ بسيئاته، فإنه لا تزر وازرة وزر أخرى.

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

روى سليم بن جعفر الجعفري عن أبي الحسن عليه السلام قال: قال رسول الله

صلى الله عليه وآله لرجل: تزوجها سوداء ولودا، ولا تزوجها حسناء جميلة عاقرا،

فإنني مباه بكم الأمم يوم القيامة، أو ما علمت أن الولدان تحت العرش يستغفرون

لآبائهم، يحضنهم إبراهيم عليه السلام وتربيتهم سارة في جبل فيه مسك وعنبر

(١) لقمان: ٢٥.

(٢) الجامع الصغير للسيوطي: ج ١ حرف التاء، الحديث ٣٣٦٦.

(٣) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٢٨٦ الحديث ٣.

(٤) تقدم أنفا نقلا عن مسند أحمد بن حنبل.

وزعفران (١).

وعنه في حديث: أما علمتم أني أباهي بكم الأمم يوم القيامة حتى بالسقط،
بظل محبنتنا (٢)، (أي ممتلي غيضا وغضبا) على باب الجنة فيقول الله عز وجل:
أدخل الجنة، فيقول: لا أدخل حتى يدخل أبواي قبلي، فيقول الله تبارك وتعالى
لملك من الملائكة إيتني بأبويه، فيأمر بهما إلى الجنة، فيقول: هذا بفضل رحمتي
لك (٣).

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

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

-
- (١) الكافي: ج ٥، باب كراهية تزويج العاقر ص ٣٣٤ الحديث ٤ وفيه (سليمان بن جعفر).
(٢) المحبنتي بالحاء والطاء المهملتين وتقديم الباء الموحدة على النون، يهمز ولا يهمز، هو المتغضب
الممتلي غيظا المستبطن للشيء، وقيل: هو الممتنع امتناع طلبه لا امتناع إباء (الوافي: باب ٣ كراهة
العروبة والحض على النكاح) ص ١١.
(٣) الكافي: ج ٥ باب فضل الأبيكار، ص ٣٣٤ قطعة من حديث ١.
(٤) سورة الطور / ٢١.
(٥) أي والحال أنهم في دار الدنيا تابعون لآبائهم في الإيمان، وعلى النسخة الأخرى والقراءة
الأخرى، أي والحال أنا أتبعنا الأولاد بالآباء تفضلا مني عليهم، كذلك تفضلنا عليهم في الآخرة
و (ألحقنا بهم ذريتهم) لتكون معهم وتقر أعينهم بهم وإن لم يكن للأولاد عمل يستحقون به اللحوق، ولكن
كان بالتفضل، أو بسبب إيمان الآباء (روضة المتقين ج ٨ ص ٦٣٢).
(٦) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٥٠) باب حال من يموت من أطفال المؤمنين، ص ٣١٦ الحديث ٢.

للحساب، فيقال للملائكة: اذهبوا بهؤلاء إلى الجنة، فيقفون على باب الجنة، فيقال بهم: مرحبا بذراري المسلمين، ادخلوا لا حساب عليكم، فيقولون: أين آباؤنا وأمهاتنا؟ فتقول الخزنة: إن آباءكم وأمهاتكم ليسوا مثلكم، إنهم كانت لهم ذنوب وسيئات، فهم يجلسون ويطالبون بها، قال: فتصايحون ويضجون على باب الجنة صيحة واحدة، فيقول الله سبحانه وتعالى: وهو أعلم، ما هذه الضجة؟ فيقولون أطفال المسلمين قالوا: لا ندخل الجنة إلا مع الآباء، فيقول الله تعالى: تخللوا الجمع فخذوا بأيدي آباءهم فأدخلوهم الجنة (١).

ومن جملة المعاني التي فسر بها قوله تعالى (فأتوا حرثكم أنى شئتم وقدموا لأنفسكم) (٢) تقديم الأطفال (٥) كونه سببا لذكر الله. قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ما يمنع المؤمن أن يتخذ أهلا، لعل الله يرزقه نسمة يثقل الأرض ب (لا إله إلا الله) (٣).

وقال يوسف لأخيه: كيف استطعت أن تتزوج النساء بعدي؟! فقال: إن أبي أمرني وقال: إن استطعت أن يكون لك ذرية تثقل الأرض بالتسييح، فافعل (٤). أما الأول من الوجوه، وهو (موافقة محبة الله بالسعي في تحصيل الولد لبقاء نوع الإنسان) فهو أدق الوجوه، وأبعدها عن أفهام العوام، وأقواها عند ذوي البصائر والأفهام، وأرباب الفكر في عجائب صنعة العلام، لأن الله سبحانه خلق الزوجين الذكر والأنثى، وخلق النطفة، وهياً لها في الأنثيين عروقا ومجاري، وخلق الرحم

(١) المستدرک: (الطبعة الحديثة) ج ٢ باب استحباب احتساب موت الأولاد، ص ٣٨٩ الحديث ٩ نقلا عن البحار.

(٢) سورة البقرة / ٢٢٣.

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

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

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

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

وقال عليه السلام: تناكحوا تناسلوا (٢).

ولهذا قال صلى الله عليه وآله: تزوجوا سوداء ولودا، ولا تزوجها حسناء
عاقرا (٣).

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

-
- (١) الكافي: ج ٥، باب في الحض على النكاح، ص ٣٢٨ قطعة من حديث ١ .
(٢) المستدرک: ج ٢ كتاب النكاح ص ٣٥١ الحديث ١٧ نقلا عن عوالي اللئالي، وتمامه (أباهي
بكم الأمم يوم القيامة).
(٣) الكافي: ج ٥، باب كراهية تزويج العاقر، ص ٣٣٤ قطعة من حديث ٤ .
(٤) التذكرة: ج ٢ ص ٥٦٩ رواه في المقدمة السادسة من مقدمات النكاح نقلا عن رسول الله صلى
الله عليه وآله ورواه في كنز العمال: ج ١٦ حرف النون، الحديث ٤٥٥٨٩ ولفظه (عن ابن عمر، أن عمر
تزوج امرأة فأصابها شمطاء وقال: حصير في بيت خير من امرأة لا تلد) وفي الفقيه: ج ٣ (١٧٨) باب
النوادير ص ٣٥٨ س ١٨ ولفظه (ولحصير في ناحية البيت الخ).

وكل ذلك يدل على أن المقصود من النكاح إنما هو الولد وبقاء النسل، فالناكح ساع في إتمام ما أحب الله إتمامه، والمعرض معطل ومضيع لما كرهه الله ضياعه، وقاطع نسلا أدام الله وجوده من آدم عليه السلام إليه عقباً بعد عقب حتى انتهى إليه، وختم الوجود المستدام على نفسه، فمات أبتراً لا عقب له ولا ذكر. أما الوجه الثاني والثالث: أعني تكثير الأمة وطلب التبرك بدعاء الولد، فمعلوم مما قدمناه من الأحاديث، وفي معناها كثيرة لا حاجة بنا إلى إيراده كيلا يطول الكتاب.

وأما الرابع: وهو أن يموت الولد الصغير فيكون شفيعاً له، فظاهر من نصوصه عليه السلام وهي كثيرة قدمنا منها ما يكفي الاستشهاد. ومثله قوله عليه السلام: اعلّموا أن أحدكم يلقي سقطه محببئناً على باب الجنة، حتى إذا رآه أخذ بيده حتى يدخله الجنة، وإن ولد أحدكم إذا مات أوجر فيه، وإن بقي له، استغفر له بعد موته (١).

وعنه عليه السلام: من مات له ثلاثة لم يبلغوا الحنث أدخله الله الجنة بفضل رحمته وآبائهم، قيل: يا رسول الله صلى الله عليه وآله واثنان؟ قال: واثنان (٢). (الفائدة الثانية) التحصين عن الشيطان، وكسر الشوقان، ودفع غوائل الشهوة، وغض البصر، وحفظ الفرج، وإليه الإشارة بقوله: (من تزوج فقد أحرز نصف

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١١ الحديث ١٥.
(٢) ثواب الأعمال: ثواب من قدم أولاداً يحتسبهم عند الله ص ٢٣٣، الحديث ٣ إلى قوله (بفضل رحمته) وفي المستدرک کتاب الطهارة باب ٦٠ من أبواب الدفن، حديث ٦ وفيه (فقيل: يا رسول الله واثنان؟ قال: واثنان).

دينه فليترك الله في النصف الباقي (١).

وقال عليه السلام: معاشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإن الصوم له وجاء (٢).

والوجاء رض الخصيتين.

وكسر الشهوة أمر مهم في نظر الشرع، فإن الشهوة إن لم يغلبها قاهر الدين والحياء، أوقعت في المحرم، وإن قهرها فغايتها قهر الظاهر، أما القلب فلا سبيل عليه، فربما يشوش عليه عبادته، حتى ربما توسوس في الصلاة، فيخطر في خاطره ما لو أظهره بين يدي مخلوق مثله، لا استحيا منه، وقلبه بالنسبة إلى الباري تعالى كظاهرة بالنسبة إلى المخلوق، فلا يكاد يسلم قلبه من وجود الشهوة.

ولهذا روي أن بعض الصحابة كان يفطر عليه قبل الأكل.

وقال ابن عباس: لا يتم نسك الناسك حتى يتزوج (٣).

فقال بعضهم: لا يفرق قلبه عن شهوة النكاح إلا بالتزويج، ولا يتم النسك إلا بفراغ القلب. والظاهر أن مراده: لا يكمل نسك الناسك حتى يتزوج، لأن التزوج أفضل السنن، ولا يكون نسك الناسك كاملاً مع إهماله أعظم السنن.

وعن علي صلوات الله وسلامه عليه، لم يكن أحد من أصحاب الرسول صلى

الله عليه وآله تزوج إلا قال رسول الله صلى الله عليه وآله: كمل دينه (٤).

فالزوجة على التحقيق، قوة وسبب لطهارة النفس، ولذلك أمر رسول الله صلى

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

(٢) صحيح مسلم: كتاب النكاح (١) باب استحباب النكاح لمن تآقت نفسه إليه، الحديث ٣.

(٣) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٢٩٠ الحديث ٤٥.

(٤) دعائم الإسلام: ج ٢ فصل ١ ذكر الرغائب في النكاح، ص ١٩٠ الحديث ٦٨٧.

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

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

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

وقال الصادق عليه السلام: من نظر إلى امرأة فرفع بصره إلى السماء، وغمض
بصره، لم يرتد إليه بصره حتى يزوجه الله من الحور العين (٥).

وفي خبر آخر: لم يرتد إليه بصره حتى يعقبه الله إيماناً يجد طعمه (٦).

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

(١) سيأتي عن قريب.

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

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

(٤) الكافي: ج ٥، باب أن النساء أشباه ص ٤٩٤ الحديث ٢.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣، باب النوادر في النكاح، ص ٣٠٤ الحديث ٤٢ ٤١.

(٦) من لا يحضره الفقيه: ج ٣، باب النوادر في النكاح، ص ٣٠٤ الحديث ٤٢ ٤١.

والعمل.

فالمرأة الصالحة للمنزل عون على الدين، واحتيال هذه الأسباب شواغل ومشوشات للقلب، ومنغصات للعيش.
وجاء عن النبي صلى الله عليه وآله: خمسة من السعادة، وعد منها الزوجة الصالحة (١).

وجاء إليه رجل وقال: يا رسول الله، إن لي زوجة إذا دخلت تلقتني، وإذا خرجت شيعتني، وإذا رأيتني مهموما، قالت: ما يهملك؟ إن كنت تهتم لرزقك، فقد تكفل به غيرك، وإن كنت تهتم بأمر آخرتك، فزادك الله هما، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: إن لله عمالا، وهذه من عماله، لها نصف أجر الشهيد (٢). وهي مع هذه الفائدة العاجلة، من الفوائد الآجلة المؤذنة بتضاعف الحسنات ما لا يوجد في غيره من أصناف الطاعات والعبادات.

وكان عثمان بن مظعون رضي الله عنه من زهاد الصحابة وأعيانها، حتى أن رسول الله صلى الله عليه وآله أمر بوضع جنازته عن أكتاف المشيعين وقبله مرارا، ونزل إلى قبره وألحده بيده، ثم سوى قبره بيده، فجاء يوما إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله قد غلبني حديث النفس، ولم أحدث شيئا حتى أستأمرك؟ قال: بم حدثتك نفسك يا عثمان؟ قال: هممت أن أسيح في الأرض، قال: فلا تسح فيها، فإن سياحة أمتي في المساجد، قال: وهممت أن أحرم اللحم على نفسي فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا تفعل فإنني أشتهي وأكله، ولو

(١) دعائم الإسلام: ج ٢ فصل ١٢ ذكر من يستحب أن ينكح.. ص ١٩٥ الحديث ٧٠٦ وتمام الحديث (والبنون الأبرار، والخلطاء الصالحون، ورزق المرء في بلده، والحب لآل محمد صلى الله عليه وآله).
(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١١٠) باب ما يستحب ويحرم من أخلاق النساء وصفاتهن ص ٢٤٦ الحديث ٨.

سألت الله أن يطعمنيه كل يوم، لفعل، فقال: وهممت أن أحب (١) نفسي؟ قال: يا عثمان من فعل ذلك فليس منا، أعني بنفسه أحد (٢) لا تفعل إن وجاء أمتي الصيام، قال: وهممت أن أحرم خولة على نفسي؟ (يعني امرأته) قال: لا تفعل، فإن العبد المؤمن إذا أخذ بيد زوجته كتب الله له عشر حسنات ومحا عنه عشر سيئات، فإن قبلها كتب الله له مائة حسنة ومحا عنه مائة سيئة، فإن ألم بها كتب الله له ألف حسنة ومحا عنه ألف سيئة وحضرتها الملائكة، فإن اغتسلا لم يمر الماء على شعرة من كل واحد منهما إلا كتب الله لهما حسنة ومحا عنهما سيئة، فإن كان ذلك في ليلة باردة قال الله عز وجل لملائكته: انظروا إلى عبدي هذين اغتسلا في هذه الليلة الباردة علما منهما إني ربهما، أشهدكم أنني قد غفرت لهما، فإن كان لهما في موافقتهما تلك ولد، كان لهما وصيفا في الجنة، ثم ضرب رسول الله صلى الله عليه وآله بيده على صدر عثمان، وقال: يا عثمان، لا ترغب عن سنتي فإن من رغب عن سنتي عرضت له الملائكة يوم القيامة فصرفت وجهه عن حوضي (٣). وعنه صلى الله عليه وآله: إذا أقبل الرجل المؤمن على امرأته المؤمنة، اكتنفه ملكان، وكان كالشاهر سيفه في سبيل الله، فإذا فرغ منها تحاتت عنه الذنوب كما يتحات ورق الشجر (٤)، فإذا هو اغتسل انسلخ من الذنوب، فقالت امرأة: بأبي أنت وأمي يا رسول الله، هذا للرجال فما للنساء؟ قال: هي إذا حملت كتب الله لها أجر الصائم القائم، فإذا أخذها الطلق لم يدر ما لها من الأجر إلا الله تعالى، فإذا

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

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

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

(٤) وزاد في المصدر (أوان سقوطه).

وضعت كتب الله لها بكل مصة (يعني من الرضاع) حسنة، ومحا عنها سيئة.
وقال: النفساء إذا ماتت من نفاسها، فجاءت (١) يوم القيامة بغير حساب،
لأنها تموت بغمها (٢).

(الفائدة الرابعة) كثرة العشيرة: وهو أمر مطلوب في نظر العقلاء، ألا تنظر إلى
قوله تعالى حاكيا عن إبراهيم عليه السلام (رب هب لي حكما والحقني بالصالحين
واجعل لي لسان صدق في الآخرين (٣) (٤) وقال تعالى (وجعلها كلمة باقية في
عقبه) (٥) وقال موسى: (واجعل لي وزيرا من أهلي) (٦) وقال زكريا: (رب هب
لي من لدنك وليا يرثني) (٧) وقال: (هب لي من لدنك ذرية طيبة إنك سميع
الدعاء) (٨).

وعن النبي صلى الله عليه وآله: خمسة من السعادة، الزوجة الصالحة، والبنون
الأبرار، والخلطاء الصالحون، ورزق المرء في بلده، والحب لآل محمد (٩).
وعنه صلى الله عليه وآله: (تزوجوا فإنني مكاتر بكم الأمم غدا في القيامة (١٠)
وخير النساء الولود الودود (١١) ولا تنكحوا الحمقاء فإن في صحبتها بلاء، وولدها

(١) في المصدر (قامت يوم القيامة).

(٢) دعائم الإسلام: ج ٢، فصل ١ ذكر الرغائب في النكاح ص ١٩١ الحديث ٦٩٠.

(٣) سورة الشعراء / ٨٤ ٨٣.

(٤) قيل: إن معناه: واجعل لي ولد صدق في آخر الأمم يدعو إلى الله ويقوم بالحق، وهو محمد صلى
الله عليه وآله (مجمع البيان): ج ٧ ص ١٩٤.

(٥) الزخرف: ٢٨.

(٦) طه: ٢٩.

(٧) مريم: ٥.

(٨) آل عمران: ٣٨.

(٩) تقدم أنفا.

(١٠) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٠١) باب فضل التزويج، ص ٢٤٢ قطعة من حديث ٦.

(١١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٠١) باب ما يستحب ويحمد من أخلاق النساء وصفاتهن ص ٢٤٦
قطعة من حديث ٦ وفيه (إن من خير نساءكم الخ).

ضيا ع (١).

وروى محمد بن سنان عن بعض رجاله قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: خير نساءكم الطيبة الريح، الطيبة الطبخ، التي إن أنفقت، أنفقت بمعروف، وإن أمسكت أمسكت بمعروف، فتلك عامل من عمال الله، وعامل الله لا يخيب ولا يندم (٢).

(الفائدة الخامسة) مجاهدة النفس ورياضتها في القيام بحق العيال، والصبر على أخلاق النساء، واحتمال الأذى منهن، والسعي في إصلاحهن، والاجتهاد في كسب الحلال، والقيام بتربية الأولاد. كل هذه الأعمال عظيمة الفضل. وإذا كانت الراحة من الدنيا مستحيلة، وكانت هي دار الفناء على ما ورد به الأثر عن الصادقين عليهم السلام، وكذا ما روي أن المعونة تنزل على قدر المؤنة (٣). فأحق ما صرف العنان إليه (ظ)، الاهتمام في إقامة سنن الرسول صلى الله عليه وآله، مع ما فيه من طيبته العيش العاجل، والتكثير بالعشيرة والأولاد والفضل العظيم.

قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من غال بيتا من المسلمين فله الجنة (٤). وقال صلى الله عليه وآله: من بات كالا في طلب الحلال غفر له (٥).

(١) الكافي: ج ٥ باب كراهية تزويج الحمقاء والمجنونة ص ٣٥٤ الحديث ١ والحديث عن أمير المؤمنين عليه السلام.

(٢) الكافي: ج ٥، باب خير النساء، ص ٣٢٥ الحديث ٦.

(٣) نهج البلاغة: (شرح محمد عبده) ج ٢ ص ١١٨ تحت الرقم ١٣٩.

(٤) الجامع الصغير للسيوطي: حرف العين المهملة، ولفظ الحديث (من عال أهل بيت من المسلمين يومهم وليلتهم غفر الله له ذنوبه).

(٥) الوسائل: ج ١٢، كتاب التجارة، باب ٤ من أبواب مقدماتها، حديث ١٦ نقلا عن الأمالي، ولفظ الحديث (من بات كالا في طلب الحلال بات مغفورا له).

وقال عليه السلام: من عال ثلاث بنات أو ثلاث أخوات وجبت له الجنة، فقيل: يا رسول الله واثنين؟ فقال واثنين، فقيل يا رسول الله فواحدة؟ قال: وواحدة (١) (٢).

وروى حمزة بن حمران بإسناده قال: أتى رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله، وعنده رجل، فأخبره بمولود له، فتغير لون الرجل، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: مالك؟ قال: خير، قال: قل: قال: خرجت والمرأة تمخض، فأخبرت أنها ولدت جارية، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: الأرض تقلها، والسماء تظلمها، والله يرزقها، وهي ريحانة تشمها، ثم أقبل على أصحابه، فقال: من كانت له ابنة واحدة، فهو مقروح، ومن كانت له ابنتان، فيا غوثاه بالله، ومن كانت له ثلاثة، وضع عنه الجهاد وكل مكروه، ومن كانت له أربع، فيا عباد الله أعينوه، يا عباد الله أقرضوه، يا عباد الله ارحموه (٣) (٤).

وقال الصادق عليه السلام: من عال ابنتين، أو أختين، أو عمتين، أو خاليتين، حجبتاه من النار (٥).

وقال عليه السلام: إذا صار للرجل ابنة بعث الله عز وجل إليها ملكا، فأمر

(١) يحتمل أن يكون ذكر الثلاث أولا للفرد الكامل من وجوب الجنة، ويحتمل بتجدد الوحي، فيكون كالنسخ (مرآة العقول: ج ٢١ ص ١٤).

(٢) الكافي: ج ٦، باب فضل البنات، ص ٦ الحديث ١٠.

(٣) (تقلها) أي تحملها، (تظلمها) أي ألفت ظلها عليها، أي ليس مؤنتها عليك، بل الله تعالى جعل الأرض والسماء كافلتين لرزقها. (مقروح) أي مجروح، (أو مقروح) أي حملة ثقيل (روضة المتقين: ج ٨ ص ٥٩٤).

(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد، ص ٣١٠ الحديث ١١.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد، ص ٣١١ الحديث ١٣.

جناحه على رأسها وصدرها، وقال: ضعيفة خلقت من ضعيف، المنفق عليها معان (١).

(الفائدة السادسة) تروية النفس وإيناسها بالمجالسة والنظر والملاعبة، وفي ذلك راحة للقلب، وتقوية له على العبادة، فإن النفس ملول، وهي عن الحق نفور، لأنه على خلاف طبيعتها، فإذا كلفت المداومة بالإكراه على ما يخالفها حجت وماتت. قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن للقلوب إقبالا وإدبارا، فإذا أقبلت فاحملوها، على النوافل وإذا أدبرت فاقتصروا بها على الفرائض (٢) (٣) فإن القلب إذا أكره عمى (٤).

وإذا روحت باللذات في بعض الأوقات قويت ونشطت، وفي الاستئناس بالنساء من الاستراحة ما يزيل الكرب ويروح القلب، قال تعالى (وجعل منها زوجها ليسكن إليها) (٥).

وقال صلى الله عليه وآله: ما تلذذ الناس في الدنيا ولا في الجنة بشئ أشهى عندهم من النساء، لا طعام ولا شراب (٦).

وعنه عليه السلام: ثلاثة للمؤمن فيها راحة، دار واسعة تواري عورته وسوء حاله من الناس، وامرأة صالحه تعينه على أمر الدنيا، وابنة تخرجها إما بموت أو تزوج (٧).

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد، ص ٣١١ الحديث ١٤.

(٢) نهج البلاغة: باب المختار من حكم أمير المؤمنين عليه السلام ج ٢ ص ١٦٦ (عبده)، تحت الرقم ٣١٢.

(٣) إقبال القلوب رغبتها في العمل، وإدبارها مللها عنه (من شرح محمد عبده).

(٤) تلك الجملة ليست في هذه الحكمة، بل من حكمة أخرى، لاحظ الرقم ١٩٣.

(٥) الأعراف: ١٨٩.

(٦) الكافي: ج ٥، باب حب النساء ص ٣٢١ قطعة من حديث ١٠ وفيه (وإن أهل الجنة ما يتلذذون آه).

(٧) الكافي: ج ٥، باب من وفق له الزوجة الصالحة، ص ٣٢٧ الحديث ٦.

وعن علي عليه السلام روحوا القلوب فإنها إذا أكرهت عميت (١).
وعن النبي صلى الله عليه وآله: وعلى العاقل أن لا يكون ظاعنا إلا في ثلاث،
تزود لمعاد، أو مرمة لمعاش، أو لذة في غير محرم (٢).
وعنه عليه السلام: وعلى العاقل أن يكون له ثلاث ساعات، ساعة يناجي ربه
فيها، وساعة يحاسب فيها نفسه، وساعة يخلو فيها لمطعمه ومشربه، وهذه عون على
تلك الساعتين (٣).
وقال عليه السلام: لكل عامل شرة ولكل شرة فترة، فمن كانت فترته إلى سنتي
فقد اهتدى (٤).
والشرة بالشين المعجمة والراء المهملة المشددة، الجد والمكايذة بجدة وقوة، وذلك
في ابتداء الإرادة، والفترة الوقوف للاستراحة.
وقال عليه السلام: حب إلي من دنياكم هذه، الثلاث، الطيب والنساء وقرة
عيني في الصلاة (٥).
وقال بعض العلماء: وذلك لترويح القلب، ويعرف ذلك من جرب إتعاب
نفسه في الأفكار والأذكار، وصنوف الأعمال.
ولعمري في الشهوة حكمة سوى ما يبعث عليه من الفوائد التي عددناها، وهو
ما في قضائها من اللذة التي لا يوازها لذة لو دامت، فهي مشبهة على اللذات الموعودة في

-
- (١) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٢٩٦ الحديث ٧٠.
(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٢ (٦٧) باب ما جاء في السفر إلى الحج وغيره من الطاعات ص ١٧٣
الحديث ١.
(٣) الوسائل: ج ١١ كتاب الجهاد، الباب ٩٦ من أبواب جهاد النفس، قطعة من حديث ٤.
(٤) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٢٩٦ الحديث ٧٣.
(٥) كتاب الخصال: باب الثلاثة، ص ١٦٥ الحديث ٢١٧ ولاحظ ما علق عليه في المصدر.

الجنان، إذا الترغيب في لذة لم يحركها ذواق، لا ينتفع، فلو رغب العنين في لذة الجماع والصبي في لذة الملك والسلطنة لم ينفع الترغيب، لعدم شعورهما باللذتين، فأحد فوائد لذات الدنيا، الرغبة في دوامها في الجنة، ليكون باعنا على عبادة الله، فانظر إلى الحكمة، ثم إلى الرحمة، ثم إلى التعبية الإلهية، كيف عينت تحت شهوة واحدة، حياتان، حياة ظاهرة وحياة باطنة، فالظاهرة حياة المرء بقاء نسله، فإنه نوع من دوام الوجود، والحياة الباطنة هي حياة الآخرة، فإن هذه اللذة الناقصة بسبب الانصرام والتفصي، تحرك رغبة في الكاملة ذات الدوام، فيستحث على العبادة الموصلة إليها، فيستفيد العبد بشدة الرغبة فيها بعد المواظبة على ما توصله إلى نعيم الجنان، وما من ذرة من ذرات بدن الإنسان ظاهرا وباطنا، بل من ذرات ملكوت السماوات والأرضين، إلا وتحتها من لطائف الحكمة وعجائبها ما تحار فيه العقول. المقدمة الخامسة في خطب النكاح:

روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: النكاح بغير خطبة كاليد الجذماء (١).

وعن علي بن الحسين عليهما السلام: إذا حمد الله فقد خطب (٢).
 وروى معاوية بن حكيم قال: خطب الرضا عليه السلام بهذه الخطبة:
 (الحمد لله الذي حمد في الكتاب نفسه، وافتتح بالحمد كتابه، وجعل الحمد أول جزاء محل نعمته (٣) وآخر دعوى أهل جنته، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده

(١) دعائم الإسلام: ج ٢ فصل ٣ ذكر اختطاب النساء، ص ٢٠٣ ذيل حديث ٧٤٣
 (٢) الكافي: ج ٥ باب التزويج بغير خطبة ص ٣٦٨ ذيل حديث ٢.
 (٣) قوله (محل نعمته) الظاهران يكون مصدرا ميميا بمعنى النزول، أي جعله أول جزاء من العباد لنعمه، ثم بعد ذلك ما أمرهم به من الطاعات، ويحتمل أن يكون المراد به أن ما حمد به تعالى نفسه جعله جزاء لنعم العباد، لعلمه بعجزهم عما يستحقه تعالى من ذلك، كما ورد في بعض الأخبار، وقال الطبرسي رحمه الله في مجمع البيان. (ودعواهم فيها) أي دعاء المؤمنين وذكرهم في الجنة أن يقولوا (سبحانك اللهم) يقولون ذلك لا على وجه العبادة، بل يتلذذون بالتسبيح، وقيل: إنهم إذا مر بهم الطير في الهواء يشتهونه (قالوا سبحانك اللهم) فيأتيهم الطير ويقع مشويا بين أيديهم، وإذا قضا منه الشهوة، قالوا: (الحمد لله رب العالمين) فيطير الطير حيا كما كان، (وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين) ليس المراد أن ذلك يكون آخر كلامهم حتى لا يتكلمون بعده بشيء، بل المراد أنهم يجعلون هذا آخر كلامهم في كل ما ذكروه.

لا شريك له، شهادة أخلصها له وأدخرها عنده، وصلى الله على محمد خاتم النبوة وخير البرية وعلى آل الرحمة (١) وشجرة النعمة، ومعدن الرسالة، ومختلف الملائكة والحمد لله. الذي كان في علمه السابق، وكتابه الناطق، وبيانه الصادق، أن أحق الأسباب بالصلة والأثرة وأولى الأمور بالرغبة فيه، سبب أوجب سببا (٢) وأمر أعقب غنى، فقال عز وجل: (وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا) (٣) وقال: (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم أن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم) (٤) ولو لم يكن في المناكحة والمصاهرة آية محكمة، ولا سنة متبعة، ولا أثر مستفيض، لكان فيما جعل الله من بر القريب (٥) وتقريب البعيد، وتأليف القلوب، وتشبيك الحقوق (٦)

- (١) (آل الرحمة) أي أهل رحمة الله الكاملة الجامعة ومستحقها، أوهم رحمة الله والشفقة عليهم. وقال الفيروزآبادي: رجل يستأثر على أصحابه، أي يختار لنفسه أشياء حسنة، والاسم: الأثرة محرقة، والأثرة بالضم والكسر (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٩٦).
- (٢) قوله: (أوجب سببا) أي من الألفة والأنساب والمعونات، وفي بعض النسخ (نسبا) وهو الأظهر، فيكون إشارة إلى الآية الأولى، كما أن ما بعدها إشارة إلى الآية الثانية.
- (٣) الفرقان: ٥٦.
- (٤) النور: ٣٢.
- (٥) قوله (من بر القريب) أي إذا كانت المواصلة مع الأقرباء.
- (٦) قوله (وتشبيك الحقوق) أي تحصل به أنواع الحقوق من الطرفين، من حق الزوجية، والوالدية، والمولودية وغير ذلك، ورعاية كل واحد منهما موجبة لتحصيل المثوبات، وفي كل منها منافع دنيوية وأخروية

وتكثير العدد، وتوفير الولد، لنوائب الدهر، وحوادث الأمور ما يرغب في دونه (١) العاقل اللبيب، ويسارع إليه الموفق المصيب، ويحرص عليه الأديب الأريب، فأولى الناس بالله (٢) من اتبع أمره، وأنفذ حكمه، وأمضى قضاءه، ورجى جزاءه. وفلان بن فلان من قد عرفتم حاله وجلاله، دعاه رضا نفسه، وأتاكم إيثارا لكم واختيارا لخطبة (٣) فلانة بنت فلان كريمتكم (٤) وبذل لها من الصداق كذا وكذا، فتلقوه بالإجابة، وأجيبوه بالرغبة، واستخيروا الله في أموركم، يعزم لكم (٥) على رشدكم إن شاء الله، نسأل الله أن يلحم (٦) ما بينكم بالبر والتقوى، ويؤلفه بالمحبة والهوى، ويختمه بالموافقة والرضا، إنه سميع الدعاء لطيف لما يشاء (٧). محمد بن يعقوب: يرفعه إلى عبد الرحمان بن كثير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لما أراد رسول الله صلى الله عليه وآله أن يتزوج خديجة بنت خويلد، أقبل أبو طالب في أهل بيته ومعه نفر من قريش حتى دخل على ورقة بن نوفل عم خديجة (٨)، فابتدأ أبو طالب بالكلام فقال: الحمد لرب هذا البيت الذي جعلنا

-
- (١) قوله (في دونه) أي الأقل منه، والأريب: العاقل، ذكره الجوهري.
(٢) قوله (فأولى الناس بالله) أي بفضله ورحمته.
(٣) قوله (واختيارا لخطبة) قال في القاموس: خطب المرأة خطبا وخطبة وخطيبي بكسرهما، واختطبها وهي خطبة وخطبته وخطيباه وخطيبة، وهو خطبها بكسرها ويضم الثاني.
(٤) قوله (كريمتكم) أي من يكرم عليكم.
(٥) قوله (يعزم لكم) أي يقدر لكم ما هو خيره لكم.
(٦) قوله (أن يلحم) قال الفيروزآبادي: لحم الصائغ الفضة، كنصر، لامسها، والتحم الجرح للبرء: التأم، ويقال: وألحم ما أسديت أي تمم ما بديت (مقتبسات من مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٩٨ ٩٦).
(٧) الكافي: باب خطب النكاح ص ٣٧٣ الحديث ٧.
(٨) قوله (عم خديجة) المشهور أنه ابن عمها، قال الفيروزآبادي: ورقة بن نوفل أسد بن عبد العزى، وهو ابن عم خديجة، اختلف في إسلامها، وقال: الزرع: الولد.

من زرع إبراهيم وذرية إسماعيل وأنزلنا حرما آمنا، وجعلنا الحكام على الناس،
وبارك لنا في بلدنا الذي نحن فيه، ثم إن ابن أخي هذا يعني رسول الله صلى الله
عليه وآله ممن لا يوزن برجل من قريش إلا رجح به، ولا يقاس به رجل إلا عظم
عنه، ولا عدل له في الخلق، وإن كان مقلا في المال، فإن المال رقد جار (١) وظل
زائل، وله في خديجة رغبة، ولها فيه رغبة، وقد جئناك لنخطبها إليك برضاها
وأمرها، والمهر على في مالي الذي سألتموه عاجله وآجله وله، ورب هذا البيت حظ
عظيم (٢) ودين شائع ورأي كامل، ثم سكت أبو طالب وتكلم عمها، وتدلجج وقصر
عن جواب أبي طالب وأدركه القطع والبهر وكان رجلا من القسيسين، فقالت خديجة
مبتدئة: يا عماء إنك وإن كنت أولى بنفسي مني في الشهود، فلست أولى بي من
نفسي (٣) قد زوجتك يا محمد نفسي والمهر علي في مالي، فأمر عمك فلينحر ناقة
فليؤلم بها وادخل على أهلك، قال أبو طالب: اشهدوا عليها بقبولها محمدا وضماتها
المهر في مالها، فقال بعض قريش: يا عجبا المهر على النساء للرجال، فغضب
أبو طالب غضبا شديدا، وقام على قدميه، وكان ممن يهابه الرجال ويكره غضبه،
فقال: إذا كانوا مثل ابن أخي هذا طلبت الرجال بأغلا الأثمان وأعظم المهر،

(١) قوله (رقد جار) أي يجريه الله تعالى على عباده بقدر الضرورة والمصلحة، وفي الفقيه وغيره (رزق
حائل) أي متغير، وهو أظهر.

(٢) قوله (حظ) أي من الخير والكمال، وفي الفقيه (خطر) وفي القاموس البهر بالضم انقطاع النفس
من الإعياء، وقال: القس بالفتح رئيس النصارى في العلم كالقسيس.

(٣) قولها رضي الله عنها (وإن كنت أولى) أي إن كنت أولى بنفسي مني في الشهود، أي محضر
الناس عرفا، فلست أولى بي واقعا، أو إن كنت أولى في الحضور والتظلم بمحضر الناس، فلست أولى في
أصل الرضا والاختيار، أو إن كنت قادرا على إهلاكي لكنني أولى بما اختار لنفسني، والحاصل: أنني
أمكنك في إهلاكي ولا أمكنك في ترك هذا الأمر، والأوسط أظهر. (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٩٨ و ٩٩).

وإذا كانوا أمثالكم لم يزوجوا إلا بالمهر الغالي، ونحر أبو طالب ناقه، ودخل رسول الله صلى الله عليه وآله بأهله (١).

المقدمة السادسة، في النساء: ومنهن من رغب في نكاحه، ومنهن من رغب عنه فهنا قسمان:

(الأول) المرغب فيه:

روى يحيى بن عمران عن الصادق عليه السلام قال: الشجاعة لأهل خراسان، والباه في أهل بربر، والسخاء والحسد في العرب، فتخيروا لنطفكم (٢). وينقسم إلى ضرب:

(أ) المقصود للأولاد والذرية.

روى إسماعيل بن عبد الخالق، عن حمدويه قال: شكوت إلى أبي عبد الله عليه السلام قلة ولدي، وأنه لا ولدي؟ فقال لي: إذا أتيت العراق، فتزوج امرأة، ولا عليك أن تكون سواء قلت: جعلت فداك ما السواء؟ قال: المرأة فيها قبح، فإنهن أكثر أولادا (٣).

وعن النبي صلى الله عليه وآله قال: إن المرأة إذا كانت سوداء ولودا، أحب إلي من الحسناء العاقر (٤).

(ب) المقصود للشهوة، فمنهن البربريات، ومنها البيض.

روى بكر بن صالح عن بعض أصحابه عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: من

(١) الكافي: ج ٥ باب خطب النكاح ص ٣٧٤ الحديث ٩.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠٣ الحديث ٣٣.

(٣) الكافي: ج ٥، باب كراهية تزويج العاقر، ص ٣٣٣ الحديث ٣.

(٤) الفقيه: ج ٣ (١١١) باب المذموم من أخلاق النساء وصفاتهن ص ٢٤٨ الحديث ٩.

سعادة الرجل أن يكشف الثوب عن امرأة بيضاء (١).
وفهن السمراء، إذا كانت عيناء عجزاء.

روى مالك بن أشيم عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: تزوجها عيناء سمراء مربوعة عجزاء، فإن كرهتها فعلي الصداق (٢).

وكان النبي صلى الله عليه وآله إذا أراد نكاح امرأة، بعث إليها من ينظرها، وقال لها: شمي ليتها (٣) فإن طاب ليتها طاب عرفها، وانظري إلى كعبها، فإن درم كعبها عظم كعبها (٤) (٥).

(ج) المقصودة لليمن والرزق، وهن الزرق.

عن النبي صلى الله عليه وآله: تزوجوا الزرق، فإن فيهن اليمن (٦).

(د) المقصودة لإزالة البلغم.

قال الصادق عليه السلام: المرأة الجميلة تقطع البلغم (٧).

(هـ) المقصودة للنجاسة.

قال النبي صلى الله عليه وآله: لا خيل أنقى من الدهم، ولا امرأة كابنة

(١) الكافي: ج ٥ باب ما يستدل به من المرأة على المحمودة ص ٣٣٥ الحديث ٧.

(٢) الكافي: ج ٥ باب ما يستدل به من المرأة على المحمودة ص ٣٣٥ الحديث ٨.

(٣) قال في الفقيه: (الليت) صفحة العنق، و (العرف) الريح الطيبة، وقوله عليه السلام (درم كعبها) أي كثر لحم. كعبها، ويقال: (امرأة درماء) إذا كانت كثيرة لحم القدم والكعب، و (الكعبث) الفرج (الوافي كتاب النكاح ص ١٤).

(٤) قال في الفقيه: (الليت) صفحة العنق، و (العرف) الريح الطيبة، وقوله عليه السلام (درم كعبها) أي كثر لحم. كعبها، ويقال: (امرأة درماء) إذا كانت كثيرة لحم القدم والكعب، و (الكعبث) الفرج (الوافي كتاب النكاح ص ١٤).

(٥) الفقيه: ج ٣ (١١٠) باب ما يستحب ويحمد من أخلاق النساء وصفاتهن ص ٢٤٥ الحديث ٢.

(٦) الكافي: ج ٥ باب ما يستدل به من المرأة على المحمودة ص ٣٣٥ الحديث ٦.

(٧) الكافي: ج ٥ باب نادر ص ٣٣٦ الحديث ١.

العم (١).

وروى عبد الله بن المغيرة عن أبي الحسن عليه السلام قال: سمعته يقول:
عليكم بذوات الأوراك فإنهن أنجب (٢).

(القسم الثاني) المرغب عنه:

ونهى النبي صلى الله عليه وآله في الجملة عن نكاح يريد به غير وجه الله
والعفة، ونهى عن النكاح للرياء والسمعة، وعن التزويج للمال والجمال.
وروى هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا تزوج الرجل
المرأة لجمالها أو لمالها، وكل إلى ذلك، وإن تزوجها لدينها رزقه الله المال
والجمال (٣).

وروى إسحاق بن عمار عنه عليه السلام: من تزوج امرأة يريد مالها ألجأه الله
إلى ذلك المال (٤).

وقال سيد العابدين: من تزوج لله عز وجل ولصلة الرحم توجه الله بتاج
الملك (٥).

وينقسم إلى ضرب:

(أ) العقيم

عن النبي صلى الله عليه وآله: حصير ملفوف في زاوية البيت خير من امرأة

(١) دعائم الإسلام: ج ٢، فصل ١٢ ذكر من يستحب أن ينكح ومن يرغب عن نكاحه ص ١٩٥
الحديث ٧١١.

(٢) الكافي: ج ٥ باب ما يستدل به من المرأة على المحمودة ص ٣٣٤ الحديث ١.

(٣) الكافي: ج ٥ باب فضل من تزوج ذات دين وكراهة من تزوج للمال ص ٣٣٣ الحديث ٣.

(٤) الكافي: ج ٥ باب فضل من تزوج ذات دين وكراهة من تزوج للمال ص ٣٣٣ الحديث ٢.

(٥) الفقيه: ج ٣ (١٠٦) باب من تزوج لله عز وجل ولصلة الرحم ص ٢٤٣ الحديث ١.

لا تلد (١).

وقال عليه السلام: تزوجها سوداء ولودا، ولا تزوجها حسناء جميلة إذا كانت عاقرا (٢).
(ب) خسيس الأصل.

قال النبي صلى الله عليه وآله: إياكم وخضراء الدمن، قالوا: وما خضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسناء في منبت السوء (٣).

قال الصادق عليه السلام: ليس للمرأة خطر، لا لصالحتهن ولا لطالحتهن، أما صالحتهن فليس خطرهما الذهب والفضة، بل هي من الذهب والفضة، وأما لطالحتهن فليس التراب خطرهما، بل التراب خير منها (٤).

وقال عليه السلام: تخيروا لنطفكم فإن الخال أحد الضجيعين (٥) (٦).
(ج) الحمقاء.

عن النبي صلى الله عليه وآله: إياكم وتزويج الحمقاء، فإن صحبتها بلاء

(١) تقدم نقلا عن التذكرة، وفي الفقيه: ج ٣ (١٧٨) باب النوادر ص ٣٥٨ فيما أوصى رسول الله صلى الله عليه وآله علي بن أبي طالب ولفظه (ولحصير في ناحية البيت، خير من امرأة لا تلد).
(٢) تقدم.

(٣) الكافي: ج ٥، باب اختيار الزوجة، ص ٣٣٢ الحديث ٤.

(٤) الكافي: ج ٥، باب اختيار الزوجة، ص ٣٣٢ الحديث ١.

(٥) قوله عليه السلام (أحد الضجيعين) لعل المراد بيان مدخلية الخال في مشابهة الولد في أخلاقه، فكأن الخال ضجيع الرجل لمدخليته فما تولد منه عند المضاجعة من الولد، أو المراد قرب أقارب المرأة من الزوج وشدة ارتباطهم به، فكأن الخال ضجيع الإنسان، لشدة قربه واطلاعه على سرائره، والأول أظهر، والضجيعان إما الزوجان، أو المرأة والخال، وقيل: أي كما أن الأب ضجيع ابنه ومربيه، وكما أنه يكسب من أخلاق الأب، كذلك يكسب من أخلاق الخال (مرآة العقول ج ٢٠ ص ٢٢).

(٦) الكافي: ج ٥ باب اختيار الزوجة ص ٣٣٢ الحديث ٢.

وولدها ضياع (١).

(د) السوداء والأكراد.

وعن أمير المؤمنين عليه السلام: إياكم ونكاح الزنج فإنه خلق مشوه (٢) (٣).
وعن أبي الربيع الشامي قال: قال لي أبو عبد الله عليه السلام: لا تشتتر من
السودان أحدا، فإن كان لا بد فمن النوبة، فإنهم من الذين قال الله تعالى (ومن
الذين قالوا أنا نصارى أخذنا ميثاقهم فنسوا حظا مما ذكروا به) (٤) إنهم
يتذكرون ذلك الحظ، وسيخرج مع القائم منا عصابة منهم، ولا تنكحوا من الأكراد
أحدا فإنهن جيش من الجن كشف عنهم الغطاء (٥) (٦).
وعن علي بن داود الحداد عن أبي عبد الله عليه السلام: لا تنكح الزنج والخوز،
فإن لهم أرحاما تدل على غير الوفاء، قال: والسند والهند والقند ليس فيهم نجيب،
يعني القندهار (٧) (٨).

- (١) الكافي ج ٥ باب كراهية تزويج الحمقاء والمجنونة ص ٣٥٣ الحديث ١ وقد تقدم أيضا.
(٢) في مصباح اللغة: الشوه: قبح الخلقة، وهو مصدر من باب تعب، ورجل أشوه قبيح المنظر وامرأة
شوهاء (مرات العقول: ج ٢٠ ص ٥٥ الزنج بالفتح والكسر صنف من السودان وأحدهم زنجي (الوافي:
كتاب النكاح ص ١٤).
(٣) الكافي: ج ٥، باب من كره مناكحته من الأكراد والسودان وغيرهم ص ٣٥٢ الحديث ١.
(٤) المائدة / ١٤.
(٥) النوبة بالضم: بلاد واسعة للسودان بجنوب الصعيد، منها بلال الحبشي (الوافي: كتاب النكاح
ص ١٤).
(٦) الكافي: ج ٥، باب من كره مناكحته من الأكراد والسودان وغيرهم ص ٣٥٢ الحديث ٢.
(٧) الخوز بالضم صنف من الناس، وفي بعض النسخ الخزر بالمعجمتين ثم المهملة، وهو محرقة ضيق
العين وصغرها، سمي به صنف من الناس هذه صفتهم (الوافي: كتاب النكاح، ص ١٤).
(٨) الكافي: ج ٥، باب من كره مناكحته من الأكراد والسودان وغيرهم ص ٣٥٢ الحديث ٣.

(ه) الشهيرة، وهي الزرقاء البذيئة، بالياء المنقطة بواحدة، والذال المعجمة، والياء المهموزة المثناة من تحت، والبذئ: المتكلم بالفحش، يقال: رجل بذئ وامرأة بذئية، والبذاء بالمد، الفحش.
(و) اللهيرة، وهي الطويلة المهزولة.
(ز) النهيرة، وهي القصيرة الذميمة.
(ح) الهيدرة، وهي العجوز المدبرة.
(ط) اللفوت، وهي ذات الولد من غيرك.

روى الصدوق بإسناده إلى النبي صلى الله عليه وآله أنه قال لزيد بن ثابت: يا زيد تزوجت؟ قال: لا، قال: تزوج تستعفف مع عفتك، ولا تزوجن خمسا، قال زيد: من هن يا رسول الله؟ فقال صلى الله عليه وآله: لا تزوجن شهيرة، ولا لهيرة، ولا نهيرة، ولا هيدرة، ولا لفوتا، قال زيد: يا رسول الله ما عرفت مما قلت شيئا، وإني بأمرهن لجاهل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: أستم عربا؟ أما الشهيرة فالزرقاء البذيئة، وأما اللهيرة فالطويلة المهزولة، وأما النهيرة فالقصيرة الذميمة، وأما الهيدرة فالعجوز المدبرة، وأما اللفوت فذات الولد من غيرك (١).

المقدمة السابعة، في آداب وفوائد متفرقة:

(أ) يستحب السعي والوساطة في التزويج، فإنه بر وإعانة على معروف وتقوى.
روى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: أفضل الشفاعات أن تشفع بين اثنين في نكاح حتى يجمع الله بينهما (٢).
وعن سماعة بن مهران عن الصادق عليه السلام قال: من زوج أعزبا كان

(١) معاني الأخبار: باب معنى الشهيرة واللهيرة والنهيرة والهيدرة واللفوت ص ٣١٨ الحديث ١.
(٢) الكافي: ج ٥، باب من سعى في التزويج ص ٣٣١ الحديث ١.

ممن ينظر الله إليه يوم القيامة (١).

وعن زين العابدين عليه السلام: من زوج عذبا توجه الله بتاج الملك (٢).

(ب) يستحب إيقاع العقد بالليل، وكذا الدخول.

روى الحسن بن علي الوشاء عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته

يقول: من السنة التزويج بالليل، لأن الله جعل الليل سكنا، والنساء إنما هن

سكن (٣).

وعن الصادق عليه السلام: زفوا عرائسكم ليلا، وأطعموا ضحى (٤).

وقال الباقر عليه السلام لميسر بن عبد العزيز: يا ميسر تزوج بالليل، فإن الله

جعله سكنا ولا تطلب حاجة بالليل، فإن الليل مظلم، قال: ثم قال: إن للطارق

لحقا عظيما وإن للصاحب لحقا عظيما (٥) (٦).

(ج) يكره إيقاع نصف النهار، وفي الساعة الحارة.

روى ضريس بن عبد الملك قال: بلغ أبا جعفر عليه السلام أن رجلا تزوج في

ساعة حارة عند نصف النهار، أو نصف النهار، فقال أبو جعفر عليه السلام: ما أراهما

(١) الكافي: ج ٥، باب من سعى في التزويج ص ٣٣١ الحديث ٢.

(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٣٠٣ الحديث ١٠٢ وقريب منه ما عن الفقيه: ج ٣ (١٠٦) باب من تزوج

لله عز وجل ولصلة الرحم ص ٢٤٣ الحديث ١.

(٣) الكافي: ج ٥ باب ما يستحب من التزويج بالليل ص ٣٦٦ الحديث ١.

(٤) الكافي: ج ٥ باب ما يستحب من التزويج بالليل ص ٣٦٦ الحديث ٢.

(٥) الطرق والطروق الإتيان بالليل، لما كان منعه عليه السلام عن طلب الحاجة بالليل مظنة لجواز

عدم التعرض لحاجة الطارق، استدرك ذلك بقوله عليه السلام (إن للطارق لحقا عظيما) وإنما عظم

حقه؟ لأنه لما لم يضطر لم يطرق، والاضطرار يعظم الحق، والصاحب من لك معه رابطة صحبة، وربما

يكون هو الطارق فيجتمع الحقان العظيمان (الوافي كتاب النكاح، ص ٦٠).

(٦) الكافي: ج ٥، باب ما يستحب من التزويج بالليل ص ٣٦٦ الحديث ٣.

يتفقان، فافترقا (١).

وروى عبيد بن زرارة وأبو العباس قالاً: قال أبو عبد الله عليه السلام: ليس للرجل أن يدخل بامرأته ليلة الأربعاء (٢).

وروى مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: وسئل عن التزويج في شوال؟ فقال: إن النبي صلى الله عليه وآله تزوج عائشة في شوال، وقال: إنما كره ذلك في شوال أهل الزمن الأول، وذلك أن الطاعون كان يقع فيهم في الأبكار والمملكات فيه فكرهوه لذلك لا لغيره (٣) (٤) (٥).

وروى علي بن أسباط، عن إبراهيم بن محمد بن حمران، عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من سافر أو تزوج والقمر في العقرب لم ير الحسنى (٦). (د) يستحب المبالغة في التستر بالسفاد، حتى البهائم.

(١) الكافي: ج ٥، باب الوقت الذي يكره فيه التزويج ص ٣٦٦ الحديث ١.

(٢) الكافي: ج ٥، باب الوقت الذي يكره فيه التزويج ص ٢٦٦ الحديث ٣.

(٣) قال عياض من علماء العامة: كانت العرب تكره أن يتزوج في شوال وتطير به، لقولهم: شالت نعماتهم، وشالت النوق بأذناها، وقال القرطبي: تطيروا بذلك، لأن شوال من الشول وهو الرفع والإزالة، ومنه شالت الناقة بأذناها، أي رفعت، وقد جعلوه كتابة عن الهلاك، فإذا قالوا: شالت نعماتهم فمعناه هلكوا عن آخرهم، فكانوا يتوهمون أن المتزوجين فيه يقع بينهم البغضاء وترتفع خطوبها من عين الزوج، وقد جاء الشرع بنفي هذا التطير (مرآة العقول، ج ٢٠ ص ٤١٧).

(٤) بيان في التهذيب: (ففي الأبكار والمملكات من الأملاك)، بمعنى التزويج، أي قريبات العهد بالتزويج، يعني أن الطاعون كان يقع فيهم في شوال (الوافي كتاب النكاح، ص ٦٠).

(٥) الكافي: ج ٥ باب نواذر ص ٥٦٣ الحديث ٢٩.

(٦) الفقيه: ج ٢ (٦٨) باب الأيام والأوقات التي يستحب فيها السفر، والأيام والأوقات التي يكره فيها السفر ص ١٧٤ الحديث ١٣ وأورده أيضا في ج ٣ (١١٦) باب الوقت الذي يكره فيها التزويج، ص ٢٥٠ الحديث ١ بحذف كلمة (سافر).

قال الصادق عليه السلام: لا يجامع الرجل امرأته ولا جارية وفي البيت صبي، فإن ذلك مما يورث الزنا (١).

وعن النبي صلى الله عليه وآله: والذي نفسي بيده لو أن رجلا غشى امرأته وفي البيت صبي مستيقظ يراها ويسمع كلامهما ونفسهما ما أفلح أبدا، إذا كان غلاما كان زانيا أو جارية كانت زانية وكان علي بن الحسين عليه السلام إذا أراد أن يغشى أهله أغلق الباب وأرخص الستور وأخرج الخدم (٢).
وروى السكوني أن عليا عليه السلام مر على بهيمة وفحل يسفدها على ظهر الطريق، فأعرض عنه بوجهه، فقيل له: لم فعلت ذلك يا أمير المؤمنين؟ فقال: لأنه لا ينبغي أن تصنعوا مثل ما يصنعون، وهو من المنكر إلا أن تواريه حيث لا يراه رجل ولا امرأة (٣) (٤).

(٥) يستحب التسمية عند الجماع كيلا يشاركه الشيطان.
قال عبد الرحمان بن كثير، كنت عند أبي عبد الله عليه السلام، فذكر شرك الشيطان فعظمه حتى أفزعني، قلت: جعلت فداك فما المخرج من ذلك؟ فقال: إذا أردت الجماع فقل: (بسم الله الرحمن الرحيم الذي لا إله إلا هو بديع السماوات والأرض اللهم إن قضيت مني في هذه الليلة خليفة، فلا تجعل للشيطان فيه شريكا ولا نصيبا ولا حطا، واجعله مؤمنا مخلصا مصفى من الشيطان ورجزه، جل ثناؤك) (٥).

-
- (١) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن يواقع الرجل أهله وفي البيت صبي ص ٤٩٩ الحديث ١.
(٢) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن يواقع الرجل أهله وفي البيت صبي ص ٥٠٠ الحديث ٢.
(٣) يدل على كراهية مخل الضراب في المكان الذي يجتمع إليه الناس لقبحه، وربما أدى إلى الحرام. (روضة المتقين: ج ٨ ص ٥٣٧).
(٤) الفقيه: ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠٤ الحديث ٤٠.
(٥) الكافي: ج ٥ باب القول عند الباه وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٣ الحديث ٤.

وعن الصادق عليه السلام: إن الشيطان ليحجى حتى يقعد من المرأة كما يقعد الرجل منها ويحدث كما يحدث، وينكح كما ينكح، قلت: بأي شيء يعرف ذلك؟ (١) قال: بحبنا وبغضنا فمن أحبنا كان نطفة العبد، ومن أبغضنا كان نطفة الشيطان (٢).

وقال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا جامع أحدكم فليقل (بسم الله وبالله، اللهم جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتني، قال: فإن قضى الله بينهما ولدا لا يضره الشيطان بشيء أبدا) (٣).

روى هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في النطفتين اللتين للآدمي والشيطان إذا اشتركا، فقال أبو عبد الله عليه السلام: ربما خلق من أحدهما وربما خلق منهما جميعا (٤).

(و) يستحب الجماع ليلة الاثنين، ليكون الولد حافظا للقرآن، راضيا بالمقسوم.

وليلة الثلاثاء، ليكون سهلا، رحيم القلب، سخي اليد، طيب النكهة، طاهر اللسان من الغيبة والكذب والبهتان.

وليلة الخميس، ليكون حاكما أو عالما، ويومه عند الزوال فإن الشيطان لا يقربه حتى يشيب، ويكن فهما سالما.

(١) لعله سأل عن الدليل على أنه يكون الولد شرك الشيطان، ثم سأل عن العلامة التي بها يعرف ذلك، والأظهر أن فيه تصحيحا لما سيأتي من خبر أبي بصير بسند آخر، وفيه مكانه (ويكون فيه شرك الشيطان مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٣١٣).

(٢) الكافي: ج ٥ باب القول عند الباه وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٢ قطعة من حديث ٢.

(٣) الكافي: ج ٥ باب القول عند الباه وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٣ الحديث ٣.

(٤) الكافي: ج ٥، باب القول عند الباه وما يعصم من مشاركة الشيطان ص ٥٠٣ الحديث ٦.

وليلة الجمعة، ليكون خطيباً قوالاً مفوهاً، وبعد عصرها، ليكون مشهوراً عالماً، وليلتها بعد العشاء يرجى كونه بدلاً من الأبدال (١).
 (ز) وطء الحائض حرام، مع ما فيه من سوء العاقبة.
 فقد روي أنه يورث الحول، والحول من الشيطان (٢).
 وروى الصدوق عن النبي صلى الله عليه وآله: من جامع امرأته وهي حائض فخرج الولد مجذوماً، أو به برص فلا يلومن إلا نفسه (٣).
 وعنهم عليهم السلام: أكثر هؤلاء المشوهين من الذين يأتون نساءهم في الطمث (٤).
 ويكره أن يجامع امرأته بشهوة غيرها، خوفاً من تخنيث الولد.
 وأن يجامع من قيام، خوفاً من مجيئه بوالا في الفراش.
 وليلة الفطر، خوفاً من أن لا تلد الولد إلا كبير السن.
 وليلة الأضحى، خوفاً من زيادة الأصبح أو نقصانها.
 وتحت شجرة مثمرة، خوفاً من مجيئه جالداً قتالا عريفاً.
 وبين الأذان والإقامة، خوفاً من مجيئه حريصاً على إهراق الدماء.
 ومستقبل الشمس إلا بستر، خوفاً من فقر الولد وبؤسه حتى يموت.
 وعلى غير وضوء، خوفاً من بخله وعمى قلبه.
 وليلة نصف شعبان، خوفاً من شامة في وجهه وشعره.

- (١) الفقيه: ج ٣ (١٧٨) باب النوادر ص ٣٥٨ مقتبساً من حديث ١ وهو ما أوصى به رسول الله صلى الله عليه وآله علي بن أبي طالب عليه السلام.
 (٢) الفقيه: ج ٣ (١٧٨) باب النوادر ص ٣٥٨ مقتبساً من حديث ١ وهو ما أوصى به رسول الله صلى الله عليه وآله علي بن أبي طالب عليه السلام.
 (٣) الفقيه: ج ١ (٢٠) باب غسل الحيض والنفاس ص ٥٣ الحديث ١٠.
 (٤) الفقيه: ج ١ (٢٠) باب غسل الحيض والنفاس ص ٥٣ الحديث ١١ ولفظ الحديث (فقال: هم الذين يأتي أبائهم نساءهم في الطمث).

وفي الليلة التي يسافر فيها، كيلا ينفق الولد ماله في غير حق.
وعلى سقوف البنيان، خوفا من مجيئه منافقا مراثيا مبتدعا.
وأول ساعة من الليل، خوفا من مجيئه ساحرا مؤثرا للدنيا على الآخرة.
وفي آخر درجة من شعبان، بحيث يبقى منه يومان، خوفا من مجيئه
كذابا.

وأن يجمع بشهوة أختها خوفا من كونه عشارا، عونا لكل ظالم، ويهلك قبيلة من
الناس على يديه.

وأن يمسحاً بنخرقة واحدة، فإنه يوقع العداوة بينهما.
(ح) يستحب منعها في أسبوعها من اللبن والخل والكزبرة والتفاح الحامض،
فإن يعقم الرحم ويبرده، وإذا حاضت على الخل لم يطهر بتمام، والكزبرة تكثر
الحيص في بطنها ويشدد عليها الولادة، والتفاح الحامض يقطع حيضها،
فيصرداء.

(ط) يستحب خلع خف العروس حين يدخل عليه عند جلوسها، وغسل
رجليها، وصب الماء من باب الدار إلى أقصاها، ليخرج بذلك سبعون لونا من
الفقر، ويدخل عليه سبعين لونا من البركة، وينزل عليه سبعين رحمة ترفرف على
رأس العروس حتى ينال بركتها من كل زاوية من بيتك، ويأمن العروس من
الجنون والجذام والبرص ما دامت في تلك الدار (١).

(١) الفقيه: ج ٣ (١٧٨) باب النوادر، ص ٣٥٨ الحديث ١ كل ذلك مقتبس من أوصى به رسول
الله صلى الله عليه وآله علي بن أبي طالب عليه السلام، وقال المحقق المحدث الكاشاني في الوافي: كتاب
النكاح ص ١٠٩ بعد نقل الحديث: ولا يخفى ما في هذه الوصايا وبعد مناسبتها لجلالة قدر المخاطب بها، ولذا
قال بعض فقهاءنا: أنها مما يشم منها رائحة الوضع.

(ى) ما يقال لطالب الولد.

قال سيد العابدين عليه الصلاة والسلام لبعض أصحابه: قل في طلب الولد: (رب لا تذرني فردا وأنت خير الوارثين، واجعل لي من لدنك وليا يرثني في حياتي ويستغفر لي بعد وفاتي، واجعله خلقا سويا، ولا تجعل للشيطان فيه نصيبا، اللهم إني أستغفرك وأتوب إليك إنك أنت الغفور الرحيم) سبعين مرة، فإنه من أكثر هذا القول رزقه الله ما تمنى من مال وولد، ومن خير الدنيا والآخرة، فإنه يقول: (واستغفروا ربكم إنه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا ويمددكم بأموال وبنين ويجعل لكم جنات ويجعل لكم أنهارا) (١) (٢).
(يا) من لم يستطع التزويج فعليه بالصوم وتوفير الشعر.
قال أمير المؤمنين عليه السلام: ما كثر شعر رجل قط إلا قلت شهوته (٣).
وجاء شاب إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله إني تائق إلى النكاح ولا أجد الطول؟ فقال عليه السلام: وفر شعر جسدك، وأد من الصوم، فإنه له وجاء (٤).

(يب) قال الصدوق رحمه الله: إنما جعل مهر السنة خمسمائة درهم؟ لأن الله تبارك وتعالى أوجب على نفسه أن لا يكبره مؤمن مائة تكبيرة، ولا يسبحه مائة تسبيحة، ولا يهلله مائة تهليلة، ولا يحمده مائة تحميدة، ولا يصلي على النبي وآله مائة مرة، ثم يقول: اللهم زوجني من الحور العين، إلا زوجه حوراء من الجنة وجعل

(١) نوح: ١٠ - ١٢.

(٢) الفقيه: ج ٣ (١٤٥) باب الدعاء في طلب الولد، ص ٣٠٤ الحديث ١.

(٣) الفقيه: ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠٣ الحديث ٣٤.

(٤) الكافي: ج ٥، باب نوادر، ص ٥٦٤ الحديث ٣٦ يتفاوت يسير في بعض الكلمات.

ذلك مهرها (١).

(يج) شبه الولد إلى أبيه.

قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من نعم الله على العبد أن يشبهه ولده (٢) وقال الصادق عليه السلام: إن الله تبارك وتعالى إذا أراد أن يخلق خلقا، جمع كل صورة بينه وبين آدم عليه السلام ثم خلقه على صورة إحداهن، فلا يقولن أحد لولده: هذا لا يشبهني ولا يشبه شيئا من آبائي (٣).

(يد) مواظبة النساء على التستر.

روى الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ليس للنساء من سروات الطريق شيء، ولكنها تمشي في جانب الحائط والطريق (٤) (٥).

وعنه عليه السلام: أيما امرأة تطيبت ثم خرجت فهي تلعن حتى ترجع إلى بيتها متى ما رجعت (٦) (٧).

وقال عليه السلام: لا ينبغي للمرأة المؤمنة أن تنكشف بين يدي اليهودية

(١) علل الشرايع: ج ٢ باب ٢٥٨ العلة التي من أجلها صار مهر السنة خمسمائة درهم ص ١٨٥ الحديث ١.

(٢) الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١٢ الحديث ٢٢.

(٣) الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١٢ الحديث ٢٣.

(٤) قال الجوهري: السراة: واحد السروات، وسراة كل شيء ظهره ووسطه (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٣٣٦).

(٥) الكافي: ج ٥ باب التستر ص ٥١٨ الحديث ١.

(٦) قوله (فهي تلعن) على بناء المجهول، أي تلعن الملائكة، وظاهره الحرمة، ويمكن حمله على ما إذا كان بقصد الأجانب (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٣٣٦).

(٧) الكافي: ج ٥ باب التستر، ص ٥١٨ الحديث ٢.

والنصرانية، فإنهن يصفن ذلك لأزواجهن (١) (٢).
(يه) حق الرجل على المرأة.

روى محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله ما حق الزوج على المرأة؟ فقال لها: أن تطيعه ولا تعصيه، ولا تتصدق من بيته إلا بإذنه، ولا تصوم تطوعاً إلا بإذنه، ولا تمنعه نفسها وإن كانت على ظهر قتب (٣)، ولا تخرج من بيتها إلا بإذنه، وإن خرجت بغير إذنه لعنتها ملائكة السماء والأرض، وملائكة الغضب، وملائكة الرحمة حتى ترجع إلى بيتها، فقالت: يا رسول الله من أعظم الناس حقاً على الرجل؟ قال:

(١) ويدل على كراهة كشف المرأة يديها عند اليهودية والنصرانية، وربما قيل بالتحريم، لقوله تعالى: (ونسائهن) إذ الظاهر اختصاصها بالمؤمنات، قال في مجمع البيان، يعني النساء المؤمنات، ولا يحل لها أن يتجرذن لليهودية أو نصرانية أو مجوسية إلا إذا كانت أمة، وهو معنى قوله (أو ما ملكت أيمانهن) أي من الإماء، وقد يقال: الإضافة في النساء لأنهن من جنسهن، لا من جهة الإيمان، فيشمل جميع النساء والأحوط ترك تجردهن عند الكافرات مطلقاً، وقال الشيخ: الذميمة لا تنظر إلى المسلمة حتى الوجه والكفين لهذا الخبر وللآية، وقال بعض العامة: المسلمة كلها عورة بالنسبة إلى نساء أهل الذمة، كما أن كلها عورة بالنسبة إلى الأجنبي، أقول: يمكن حمل الخبر على الكراهة كما هو الظاهر، ويؤيده أن التعليل المذكور مشتركة بين الذميات والمسلمات، ولم يقل بالتعميم أحد من علمائنا (تلخيص عن مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٣٣٦ و ٣٣٧).

(٢) الكافي: ج ٥، باب التستر ص ٥١٩ الحديث ٥.

(٣) قوله (وإن كان على ظهر قتب) وفي النهاية: القتب للحمل كالأكاف لغيره، ومعناه الحث لهن على مطاوعة أزواجهن، وأنه لا يسعن الامتناع في هذه الحال فكيف في غيرها، وقيل: إن نساء العرب كن إذا أردن الولادة جلسن على قتب ويقلن أنه أسلس للخروج، فأراد تلك الحالة، قال أبو عبيد: كنا نرى أن المعنى: وهي تسير على ظهر البعير، فجاء التفسير بغير ذلك (روضة المتقين: ج ٨ ص ٣٦٠).

والده، فمن أعظم الناس حقاً على المرأة؟ قال: زوجها، قالت: فما لي من الحق عليه مثل ماله علي؟ قال: لا ولا من كل مائة واحدة، فقالت: والذي بعثك بالحق نبياً لا ملكت رقبتي رجلاً أبداً (١).

وعنه صلى الله عليه وآله: إنما النكاح رق، فإذا نكح أحدكم ابنته فقد أرقها، فلينظر أحدكم أين يرق كريمته (٢).

وعن الصادق عليه السلام قال: إن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وآله لبعض الحاجة، فقال لها: لعلك من المسوفات؟ قالت: وما المسوفات يا رسول الله؟ قال: المرأة التي يدعوها زوجها لبعض الحاجة، فلا تزال تسوفه حتى ينعس زوجها فينام، وتلك لا تزال الملائكة تلعنها حتى يستيقظ زوجها (٣).

وعنه عليه السلام: إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال للنساء: لا تطولن صلاتكن لتمنعن أزواجكن (٤).

(يو) الوصية بالمرأة.

قال أمير المؤمنين عليه السلام: في وصية لولده الحسن عليه السلام، لا تملك المرأة من الأمر ما يجاوز نفسها، فإن ذلك أنعم لحالها، وأرخص لبالها، وأدوم لجمالها، فإن المرأة ريحانة وليست بقهرمان، ولا تعد بكراتها نفسها، واغضض بصرها بستر، واكفها بحجابك، ولا تطمعها أن تشفع لغيرها فيميل عليك بمن شفعت له معها، واستبق من نفسك بقية فإن إمساكك عنهن وهن يرين أنك ذو اقتدار خير

-
- (١) الفقيه: ج ٣ (١٣٠) باب حق الزوج على المرأة ص ٢٧٦ الحديث ١.
(٢) الوسائل: ج ١٤ كتاب النكاح، باب ٢٨ من أبواب مقدماته وآدابه، الحديث ٨ نقلاً عن الأمالي.
(٣) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن تمنع النساء أزواجهن ص ٥٠٨ الحديث ٢.
(٤) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن تمنع النساء أزواجهن ص ٥٠٨ الحديث ١.

وهل يشترط وقوع تلك الألفاظ بلفظ الماضي؟ الأحوط نعم، لأنه صريح في الإنشاء ولو أتى بلفظ الأمر كقوله للولي: زوجنيها، فقال: زوجتك قيل: يصح كما في قصة سهل الساعدي ولو أتى بلفظ

من أن يرين فيك حالا على انكسار (١) (٢).
(يز) يكره التبتل للنساء، وهو ترك التزويج كما تكره العروبة للرجل.
روى عبد الصمد بن بشير قال: دخلت امرأة على أبي عبد الله عليه السلام فقالت: أصلحك الله إني امرأة متبتلة، فقال: وما التبتل عندك؟ قالت: لا أتزوج، قال: ولم؟ قالت: ألتمس بذلك الفضل فقال: انصرفي، فلو كان ذلك فضلا لكانت فاطمة عليها السلام أحق به منك، إنه ليس أحد يسبقها إلى الفضل (٣).
(يح) عن النبي صلى الله عليه وآله من كان له صبي فليتصاب به (٤).
وروي أن أفضل ما يطبخ به العقيقة ماء وملح (٥).
وروي أن الصبيان إذا زوجوا صغارا لم يكادوا يتألفون (٦).
قال طاب ثراه: وهل يشترط وقوع تلك الألفاظ بلفظ الماضي؟ الأحوط نعم، لأنه صريح في الإنشاء إلى آخر الفصل.

- (١) قوله (ما يجاوز نفسها) أي لا تكل إليها ولا تكلفها سوى ما يتعلق بتدبير نفسها، وقال في النهاية: القهرمان، هو كالحازن والوكيل والحافظ لما في تحت يده، والقائم بأمر الرجل بلغة الفرس قوله (ولا تعد بكرامتها) أي لا تتجاوز بسبب كرامتها أن تفعل بها ما يتعلق بنفسها لئلا تمنعها عن الإحسان إلى أقاربه وغير ذلك من الخيرات لحسدها وضعف عقلها (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٣٢٣).
- (٢) الكافي: ج ٥ باب إكرام الزوجة ص ٥١٠ الحديث ٣.
- (٣) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن تتبتل النساء ويعطلن أنفسهن ص ٥٠٩ الحديث ٣.
- (٤) الفقيه: ج ٣ (١٤٨) باب فضل الأولاد ص ٣١٢ الحديث ٢١.
- (٥) الفقيه: ج ٣ (١٤٩) باب العقيقة والتحنيك والتسمية والكنى وحلق الرأس ص ٣١٣ الحديث ١١.
- (٦) الكافي: ج ٥ باب أن الصغار إذا زوجوا لم يأتلفوا ص ٣٩٨ الحديث ١.

المستقبل، كقوله: أتزوجك، قيل: يجوز كما في خبر أبان عن الصادق عليه السلام في المتعة: أتزوجك، فإذا قالت: نعم، فهي امرأتك. ولو قال: زوجت بنتك من فلان، فقال: نعم، فقال الزوج: قبلت، صح، لأنه يتضمن السؤال. ولا يشترط تقديم الإيجاب. ولا تجزي الترجمة مع القدرة على النطق، وتجزي مع العذر كالأعجم، وكذا الإشارة للأخرس.

أقول: الإنشاء لغة الابتداء، واصطلاحاً إيجاد عقد بلفظ يقارنه في الوجود، إذا عرفت هذا: فاللفظ الدال على الحدث، لا يخلو إما أن يدل على الماضي أو الحال أو الاستقبال:

والمستقبل لا وثوق بحصوله لاحتماله الوعد، والاستفهام والحال يشاركه في الصيغة، فالتبس به، فلم يبق ما يدل على وقوع الفعل قطعاً إلا الماضي، فكان الماضي هو الصريح في الإنشاءات كلها، والأمر بعيد عن شبه الإنشاء فلا يصلح له وما عدا النكاح من البيع والصلح والوقف لا شك في عدم وقوعه بغير الماضي. وإنما وقع الخلاف في النكاح، هل يقع بغير الماضي، كأتزوجك؟ قيل: نعم، وقيل: لا، والخلاف في أربع صيغ:

(الأولى) صيغة الأمر، كقوله للولي (زوجنيها) ويكون قبولاً مقدماً، فيقول الولي: زوجتك، هل يصح ذلك من غير أن يقبل الزوج بعد ذلك؟ فيه مذهبان: الصحة، وهو مذهب الشيخ في المبسوط (١) وظاهر المصنف في النافع (٢)

(١) المبسوط: ج ٤، فصل فيما ينقصد به النكاح، ص ١٩٤ س ٤ قال: وأما إن تأخر الإيجاب وسبق القبول: إلى أن قال: صح وإن لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر سعد الساعدي الخ.
(٢) لاحظ عبارة النافع.

واستحسنه في الشرائع (١).

والمنع، وهو مذهب ابن إدريس (٢) واختاره العلامة في كتبه (٣).
احتج الأولون برواية سهل بن سعد الساعدي، إن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله فقالت: إني قد وهبت نفسي لك يا رسول الله إن يكن لك رغبة، فقال عليه السلام: لا رغبة لي في النساء فقامت طويلاً، فقام رجل فقال يا رسول الله: زوجنيها إن لم يكن لك فيها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: هل لك شيء تصدقها إياه؟ فقال ما عندي إلا إزارى هذا، فقال النبي: إن أعطيتها جلست ولا إزار لك، فالتمس شيئاً، فقال: ما أجد شيئاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: هل معك شيء من القرآن؟ قال: نعم سورة كذا وسورة كذا، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله زوجتكها على ما معك من القرآن (٤).

- (١) الشرائع: الفصل الثاني في العقد، قال: ولو أتى بلفظ الأمر إلى أن قال: وهو حسن.
(٢) السرائر: في الكفاءة في النكاح ص ٢٩٩ س ٢٣ قال: ولا يجوز أن يأتي بلفظ الأمر أو الاستفهام الخ
(٣) التذكرة: ج ٢، الركن الأول في الصيغة ص ٥٨٣ س ٦ قال: وقال أحمد: لا يصح العقد إذا قدم القبول، إلى أن قال: ولا بأس بهذا القول. وفي القواعد، الباب الثاني في العقد ص ٤ س ٨ قال: ولو قصد بلفظ الأمر الإنشاء قيل: يصح كما في خبر سهل الساعدي، ولو قال: أتزوجك بلفظ المستقبل جاز على رأي الخ، وفي المختلف: كتاب النكاح الفصل الثاني في العقد ص ٨٥ س ٢٦ قال بعد نقل الشيخ في المبسوط: والوجه المنع.
(٤) رواه أكثر أئمة الحديث من الخاصة والعامة باختلاف يسير في بعض ألفاظه، لاحظ الكافي: ج ٥ باب نواذر في المهر ص ٣٨٠ الحديث ٥ والتهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ص ٣٥٤ الحديث ٧ وصحيح البخاري كتاب النكاح، باب تزويج المعسر، وصحيح مسلم: ج ٢ كتاب النكاح (١٣) باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير، الحديث ٧٦ وسنن أبي داود: ج ٢ كتاب النكاح باب التزويج على العمل يعمل، الحديث ٢١١١، ٢١١٢، ٢١١٣ وسنن ابن ماجه، كتاب النكاح (١٧) باب صداق النساء الحديث ١٨٨٩ والترمذي (٣) كتاب النكاح (٢٣) باب منه، والنسائي كتاب النكاح باب التزويج على سورة القرآن.

واعلم أن هذا الحديث قد دل على أمور سبعة غير ما ذكره الشيخ من جواز وقوعه بلفظ الأمر.

(أ) كون النبي صلى الله عليه وآله أولى بالمؤمنين من أنفسهم، لأنه عليه السلام زوجها ولم يأخذ إذنها، وهو موافق لمنطوق الآية.

(ب) جواز جعل تعليم القرآن صداقا.

(ج) جواز تقديم القبول على الإيجاب.

(د) عدم اشتراط تقديم الخطبة.

(هـ) جواز خروج المرأة إلى مجمع الرجال لحاجة تعرض لها.

(و) جواز خطبة النساء للرجال.

(ز) اشتراط تمكن الزوج من المهر حالة العقد.

(الثانية) لفظ المستقبل.

وفي وقوع النكاح به مذهبان:

الصحة: وهو مذهب المصنف في الشرائع (١) لرواية أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام في المتعة: أتزوجك مدة كذا بكذا، فإذا قالت: نعم فهي امرأتك (٢). وقال ابن حمزة لا يقع (٣) واختاره العلامة في كتبه (٤) اقتصارا على المتيقن، ومنع صحة سند الرواية.

(١) الشرائع: كتاب النكاح، في العقد، قال: ولو أتى بلفظ المستقبل إلى قوله: جاز.

(٢) الكافي: ج ٥ باب شروط المتعة ص ٤٥٥ قطعة من حديث ٣.

(٣) الوسيلة: كتاب النكاح، فصل في بيان مقدمة الكتاب وكيفية العقد ص ٢٩١ س ١٩ قال:

ولا يجوز بلفظة الاستفهام، ولا الاستقبال.

(٤) المختلف: كتاب النكاح، الفصل الثاني في العقد ص ٨٥ س ٢٧ قال: مسألة الأقوى أنه لا ينعقد بلفظ الاستقبال الخ وفي التذكرة، الركن الأول الصيغة ص ٥٨٣ س ٢٠ قال: ولو أتى بلفظ المستقبل الخ.

وأما الحكم فمسائل:
الأولى: لا حكم لعبارة الصبي، ولا المجنون، ولا السكران. وفي رواية
إذا زوجت السكري نفسها ثم أفاقت، فرضيت به، أو دخل بها وأقرته
كان ماضيا.

(الثالثة) الكناية، كنعم في جواب من قال له: هل تزوجت بنتك من فلان؟
فيقول: نعم، فيقول الزوج: قبلت، في الحال مع قصدهما الإنشاء، هل تصح أم لا؟
مذهبان:

الصحة مذهب الشيخ (١) وجزم به المصنف في النافع (٢) لأن (نعم) يتضمن
إعادة السؤال فيكون تقدير الكلام، نعم زوجت، فقد حصل القبول ومعنى
الإيجاب، فصح العقد لأصالة الصحة.
والمنع قاله العلامة (٣) وتردد المصنف في الشرائع (٤).
(الرابعة) الترجمة، ومنع الجمهور من الأصحاب من وقوعه بغير العربية، وأجازه
ابن حمزة (٥) والأقرب المنع في الأربع.
قال طاب ثراه: وفي رواية: إذا زوجت السكري نفسها ثم أفاقت، فرضيت به،
أو دخل بها فأقرته كان ماضيا.

- (١) المبسوط: فيما ينعقد به النكاح، ص ١٩٣ س ٢٢ قال: وكذلك (أي ينعقد العقد) لو قال:
زوجت بنتك من فلان، فقال: نعم الخ.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) التحرير: في العقد، ص ٤ س ٣٤ قال: ولو قيل: زوجت بنتك من فلان فقال: نعم ثم قال:
وعندي فيه نظر.
(٤) الشرائع: في العقد، قال: ولو قال: زوجت بنتك من فلان فقال: نعم إلى أن قال: وفيه تردد.
(٥) الوسيلة: في بيان مقدمة الكتاب وكيفية العقد ص ٢٩١ س ٢١ قال: وإن قدر المتعاقدان إلى أن
قال: وإن عجز أجاز بما يفيد مفادها من اللغات

أقول: الرواية إشارة إلى ما رواه محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ، فسكرت، فزوجت نفسها رجلا في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هو لها؟ أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال: إذا قامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها، قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: نعم (١) (٢).

وبمضمونها قال الشيخ في النهاية (٣) والصدوق في المقنع (٤) والشيخ سلم بطلان العقد وحكم بإمضائه بعد إجازتها، وهو مشكل، لأن مقتضى البطلان الإلغاء، وقال ابن إدريس: بالبطلان وإلغاء الإجازة (٥) وهو مذهب المصنف (٦) والعلامة (٧) وحمل الرواية على تقدير عدم بلوغ الإسكار إلى مزيل التحصيل.

- (١) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح... ص ٣٩٢ الحديث ٤٧.
- (٢) واعلم أنه لو أفاق السكران فأجاز العقد الواقع في السكر، فالمشهور أنه لا يصح وإن كان بعد الدخول، وقال الشيخ في النهاية: وإذا عقدت على نفسها وهي سكرى كان العقد باطلا، فإن أفاقت ورضيت كان العقد ماضيا، وحمل في المختلف الرواية على ما إذا لم يبلغ السكر إلى حد عدم التحصيل، وفيه ما فيه (ملاذ الأختيار: ج ١٢ ص ٣٠٥).
- (٣) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء، ص ٤٦٨ س ٥ قال: وإذا عقدت المرأة على نفسها وهي سكرى كان العقد باطلا، فإن أفاقت ورضت بفعالها كان العقد ماضيا.
- (٤) المقنع: باب بدء النكاح ص ١٠٣ قال بعد نقل الحديث: فإن التزويج واقع إذا أقامت معه بعد ما أفاقت، وهو رضاها، والتزويج جائز عليها.
- (٥) السرائر: باب من يتولى العقد، ص ٢٩٨ س ١٣ قال بعد نقل الحديث: والذي يقوى عندي أن هذا العقد باطل، فإذا كان باطلا فلا يقف على الرضا والإجازة الخ.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) المختلف: كتاب النكاح، ص ٩٠ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ وابن إدريس: وقول ابن إدريس لا بأس به، إلى أن قال: والتحقيق أن يقول: ما بلغ السكر بها إلى عدم التحصيل كان العقد باطلا وإن لم يبلغ إلى ذلك الحد صح العقد ويحمل عليه الرواية.

الثانية: لا يشترط حضور شاهدين، ولا ولي إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة على الأصح.

الثالثة: لو ادعى زوجية امرأة، وادعت أختها زوجيته، فالحكم لبينة الرجل، إلا أن يكون مع المرأة ترجيح من دخول، أو تقدم تاريخ. ولو عقد على امرأة وادعى آخر زوجيتها لم يلتفت إلى دعواه إلا مع البينة. الرابعة: لو كان لرجل عدة بنات، فزوج واحدة ولم يسمها، ثم اختلفا في المعقود عليها، فالقول قول الأب، وعليه أن يسلم إليه التي قصدتها في العقد، إن كان الزوج رآهن، وإن لم يكن رآهن فالعقد باطل.

قال طاب ثراه: لا يشترط حضور شاهدين ولا ولي إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة على الأصح.

أقول: البحث هنا يقع في فصلين:

(أ) حضور الولي.

(ب) اشتراط الإشهاد.

وكلاهما غير شرط عندنا إلا من شذ كابن عقيل (١) وهو مذهب العامة (٢). لنا عموم قوله تعالى (فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم

(١) المختلف: في الأولياء ص ٨٧ قال: مسألة المشهور عند علمائنا أنه لا يشترط في العقد الولي ولا الشهود وقال ابن عقيل: ولا يجوز إلا بولي مرشد وشاهدي عدل الخ.

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة: ج ٤ ص ٢٥ الشهود والزوجان قال: (٧) اتفق الثلاثة على ضرورة وجود الشهود عند العقد، فإذا لم يشهد شاهدان عند الإيجاب والقبول بطل، وقال في ص ٢٦: الولي في النكاح هو الذي يتوقف عليه صحة العقد، فلا يصح بدونه.

بالمعروف) (١).

وقوله (فانكحوا ما طاب لكم) (٢) (وأنكحوا الأيامى منكم) (٣). ومن الروايات كثير.
كرواية حنان بن سدير، عن مسلم بن بشير عن أبي جعفر
عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة ولم يشهد، قال: أما فيما بينه وبين الله
فليس عليه شيء، ولكن إن أخذه السلطان الجائر أعقبه (٤).
وادعى المرتضى عليه الإجماع (٥) ولأصالة الجواز.
احتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي
عدل (٦).

والجواب: منع السند، وقد أنكره الزهري منهم (٧).
ومعارضة بما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله: ليس للولي مع

(١) البقرة: ٢٣٢.

(٢) النساء: ٣.

(٣) النور: ٣٢.

(٤) الفقيه: ج ٣ (١١٧) باب الولي والشهود والخطبة والصدوق ص ٢٥١ الحديث ٥.

(٥) الإنتصار: مسائل النكاح ص ١١٨ قال: مسألة ومما ظن انفراد الإمامية به القول بأن الشهادة
ليس بشرط في النكاح إلى أن قال: والحجة لقولنا إجماع الطائفة. وقال في ص ١١٩ مسألة ومما يقدر من
الاختيار له انفراد الإمامية به وما انفردوا جواز عقد المرأة التي تملك أمرها على نفسها بغير ولي إلى أن
قال بعد أسطر: دليلنا على ما ذهبنا إليه بعد إجماع الطائفة الخ.

(٦) سنن الترمذي: ج ٣ كتاب النكاح (١٤) باب ما جاء لا نكاح إلا بولي الحديث ١١٠١ و ١١٠٢

و (١٥) باب ما جاء لا نكاح إلا بنية، الحديث ١١٠٣ و سنن الدارقطني: ج ٣ كتاب النكاح الحديث ١١
و ٢١ و ٢٢ و لفظ الحديث لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل.

(٧) سنن الترمذي: ج ٣ كتاب النكاح (١٤) باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، قال: وحديث عائشة
في هذا الباب رواه ابن جريح عن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، إلى أن قال:
قال ابن جريح: ثم لقيت الزهري فسألته، فأنكره، فضعفوا هذا الحديث من أجل هذا.

وأما الآداب فقسمان:

(الأول) آداب العقد:

ويستحب له أن يتخير النساء البكر العفيفة الكريمة الأصل، وأن يقصد السنة، لا الجمال والمال، فربما حرهما، ويصلي ركعتين، ويسأل الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهن وأحفظهن، وأوسعهن رزقا، وأعظمهن بركة، ويستحب الإشهاد والإعلان، والخطبة إمام العقد، وإيقاعه ليلا. ويكره والقمر في العقرب، وأن يتزوج العقيم.

الثيب أمر (١).

وليس لهم أن يخصوه بالثيب، لأن الأمة لم يفرق بينها وبين البكر في اشتراط الإشهاد وحضور الولي، فاعتبار في إحداها دون الأخرى إحداث قول ثالث وهو غير جائز، لما تقرر في الأصول.

هذا مع قبوله التأويل، إذا المنفي في الخبر، نفي الفضيلة، كقوله عليه السلام: لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد (٢).

فإن قالوا: يلزم الإضمار والأصل عدمه.

قلنا: الإضمار لازم، لاستحالة نفي الحقيقة، وليس نفي الصحة أولى منه، بل ما ذهبنا إليه أرجح، لاعتضاده بعموم الآيات، وصريح الروايات.

(١) سنن النسائي، كتاب النكاح (استثمار الأب البكر في نفسها)، ولفظ الحديث: (عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: الثيب أحق بنفسها والبكر يستأمرها أبوها وإذنها صماتها).

(٢)

(القسم الثاني) في آداب الخلوة:
يستحب صلاة ركعتين إذا أراد الدخول، والدعاء، وأن يأمرها بمثل ذلك عند الانتقال، وأن يجعل يده على ناصيتها، ويكونا على طهر، ويقول: اللهم على كتابك تزوجتها، إلى آخر الدعاء، وأن يكون الدخول ليلاً، ويسمي عند الجماع، وأن يسأل الله تعالى أن يرزقه ولداً ذكراً ويكره الجماع ليلة الخسوف، ويوم الكسوف، وعند الزوال، وعند الغروب حتى يذهب الشفق، وفي المحاق، وبعد الفجر حتى تطلع الشمس، وفي أول ليلة من كل شهر إلا شهر رمضان، وفي ليلة النصف، وفي السفر إذا لم يكن معه ماء للغسل، وعند الزلزلة، والريح الصفراء والسوداء، ومستقبل القبلة، ومستدبرها، وفي السفينة، وعارياً، وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء، والجماع وعنده من ينظر إليه، والنظر إلى فرج المرأة، والكلام عند الجماع بغير ذكر الله تعالى.
مسائل

الأولى: يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها وكفيها وفي رواية إلى شعرها ومحاسنها وكذا إلى أمة يريد شراءها، وإلى أهل الذمة لأنهن بمنزلة الإماء، ما لم يكن لتلذذ وينظر إلى جسد زوجته باطناً وظاهراً، وإلى محارمه ما خلا العورة.

قال طاب ثراه: يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها، وكفيها، وفي رواية إلى شعرها ومحاسنها، إلى آخر البحث.

أقول: هنا مسائل:

(الأولى) يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها إجماعاً، بشروط:
(أ) أن يكون مريدا لنكاحها.

(ب) إمكانه عادة بالنظر إلى حالها وحاله.

(ج) خلوها من موانع النكاح كالعدة، وإن جازت خطبتها في بعض المواقع.
(د) أن لا يتلذذ به.

فوقت جواز النظر عند اجتماع هذه الشرائط، وقيل: قبل إجابتها خطبة غيره، وهو مبني على تحريم الخطبة على الخطبة، ولا يشترط إذنها في ذلك. والمستند قوله عليه السلام: من تاقت نفسه إلى نكاح امرأة فلينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها (١).

فأجمل عليه السلام هنا ثم بينه لصحابي خطب امرأة نظر إلى وجهها وكفيها (٢). وفي رواية ابن مسكان عن الحسن بن السري، عن أبي عبد الله عليه السلام، لا بأس بأن ينظر الرجل إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، ينظر إلى خلفها وإلى وجهها (٣).

وهذا معنى قول علمائنا: يجوز أن ينظر إليها قائمة وماشية، وهو إجماع من علماء الإسلام.

(١) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٣١٤ الحديث ١٥٠ وفي سنن أبي داود، ج ٢، كتاب النكاح باب الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، الحديث ٢٠٨٢ وألفظه: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها، فليفعل).

(٢) سنن النسائي: كتاب النكاح (إباحة النظر قبل التزويج) وفيه: هل نظرت إليها؟ قال: لا، فأمره أن ينظر إليها.

(٣) الكافي: ج ٥، باب النظر لمن أراد التزويج ص ٣٦٥ الحديث ٣.

بقي البحث في الشعر والمحاسن، هل يجوز النظر إلى ذلك أم لا؟
الذي عليه الأكثر المنع، لعموم قوله تعالى: (قل للمؤمنين يغضوا من
أبصارهم) (١) وهو عام خرج عنه ما وقع عليه الإجماع وتظافت به الأخبار، فبقي
الباقى على المنع، ولأنه أحوط.

ورواية الشعر هي رواية عبد الله بن سنان قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:
الرجل يريد أن يتزوج المرأة فيجوز أن ينظر إلى شعرها؟ قال: نعم إنما يريد أن
يشترىها بأغلا الثمن (٢).

وأما رواية المحاسن، فرواية غياث بن إبراهيم عن جعفر، عن أبيه، عن علي
عليهم السلام في رجل نظر إلى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها؟ قال: لا بأس إنما هو
مستام (٣).

ولعل ما ذكره المصنف من الرواية الجامعة لهما إشارة إلى ما رواه محمد بن
يعقوب مرفوعا إلى عبد الله بن الفضل، عن أبيه، عن رجل، عن أبي عبد الله
عليه السلام قال: قلت له: أينظر الرجل إلى امرأة يريد تزويجها، فينظر إلى شعرها
ومحاسنها؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذذا (٤).

وهذه الرواية مرسله، وغياث بن إبراهيم بتري.
الثانية: يجوز النظر إلى أهل الذمة وشعورهن، لأنهن بمنزلة الأمة المزوجة فإنه يجوز
النظر إليها وإن حرم نكاحها لمكان تزويجها.
والمستند ما رواه محمد بن يعقوب، يرفعه إلى السكوني عن أبي عبد الله

(١) النور: ٣٠.

(٢) الفقيه: ج ٣، (١٢٤) باب ما أحل الله عز وجل من النكاح وما حرم منه ص ٢٦٠ الحديث ٢٤.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٩) باب نظر الرجل إلى المرأة قبل أن يتزوجها ص ٤٣٥ الحديث ٢.

(٤) الكافي: ج ٥ باب النظر لمن أراد التزويج ص ٣٦٥ الحديث ٥.

عليه السلام: قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا حرمة لנסاء أهل الذمة أن ينظر إلى شعورهن وأيديهن (١) لكن بشروط ثلاثة:

(أ) أمن الفتنة، ولو خافها حرم.

(ب) عدم التلذذ، لأنه استمتاع.

(ج) أن لا يكون لريبة.

وعليه الأصحاب، ومنع ابن إدريس (٢) والعلامة في المختلف (٣) وهما نادران. الثالثة: يجوز النظر إلى جسد زوجته باطنا وظاهرا.

روى إسماعيل بن همام عن علي بن جعفر، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يقبل قبل المرأة، قال: لا بأس (٤).

وعن أبي حمزة قال: سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر إلى فرج امرأته وهو يجامعها، قال: لا بأس (٥).

وحرمه ابن حمزة (٦) وهو نادر.

وعن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل ينظر إلى فرج

- (١) الكافي: ج ٥، باب النظر إلى نساء أهل الذمة ص ٥٢٤ الحديث ١.
- (٢) السرائر: باب ما يستحب فعله لمن أراد العقد، ص ٣٠٨ س ٢٨ قال: وقد روي جواز النظر إلى نساء أهل الكتاب إلى أن قال: والذي يقوى في نفسي ترك هذه الرواية والعدول عنها الخ.
- (٣) المختلف: كتاب النكاح، ص ٨٦ س ١٨ قال: بعد نقل قول الشيخ وابن إدريس: والأقرب المنع كقول ابن إدريس.
- (٤) الكافي: ج ٥ باب نوادر، ص ٤٩٧ الحديث ٤.
- (٥) الكافي: ج ٥ باب نوادر، ص ٤٩٧ الحديث ٥.
- (٦) الوسيلة: في بيان أحكام الزفاف ص ٣١٤ س ١٠ قال: فالمحرم ثلاثة أشياء. قراءة العزائم والنظر إلى فرج المرأة قال الجماع الخ.

الثانية: الوطاء في الدبر فيه روايتان، أشهرهما الجواز على الكراهية.

امراته وهي عريانة، قال: لا بأس، وهل اللذة إلا ذلك؟ (١).
وفي المشهور بين علمائنا كراهية النظر إلى الفرج حالة الجماع وغيره، وهذه الأحاديث قد تضمنت الإباحة، فحمل النهي عن النظر إلى باطن الفرج، والإباحة على النظر إلى الظاهر، لما فيه من الجمع، ولما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام، يكره النظر إلى باطن الفرج (٢).

الرابعة: يجوز النظر إلى المحارم ما عدا العورة، والمراد بالمحرم كل امرأة حرم نكاحها مؤبدا بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة بعقد أو ملك، فتدخل فيه أم الزوجة، وبنت المدخول بها، ومنكوحة الأب والابن، دون الملائنة، والمطلقة تسعا، والزوجة المزني بها، وبنت العمّة والخالة المفجور بأمهما، لأن التحريم هنا وإن تأيد فليس بسبب مصاهرة أو عقد، بل بسبب إيقاع، وهو استيفاء عدد الطلاق، أو عقوبة، فلا يكون سببا للترخص، ويجوز النظر إلى ما عدا العورة منهن.

روى السكوني عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليهما السلام قال: لا بأس أن ينظر الرجل إلى شعر أمه أو أخته أو بنته (٣).

قال طاب ثراه: الوطاء في الدبر فيه روايتان، أشهرهما الجواز على الكراهية.
أقول: الكراهية مذهب الشيخ (٤) والمرتضى (٥) والمصنف (٦) والعلامة (٧)

(١) الكافي: ج ٥ باب نوادر ص ٤٩٧ الحديث ٦.

(٢) لم أظفر عليه.

(٣) الفقيه: ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠٤ الحديث ٤٤.

(٤) النهاية: باب ما يستحب فعله لمن أراد العقد أو الزفاف وآداب الخلوة ص ٤٨٢ س ١٦ قال: ويكره للرجل أن يأتي النساء في أحشاشهن.

(٥) الإنتصار: كتاب النكاح ص ١٢٥ قال: مسألة ومما يشنع به على الإمامية، القول بإباحة وطاء النساء في غير فروجهن المعتادة للوطء إلى أن قال: والحجة في إباحة ذلك إجماع الطائفة الخ.

(٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٦ قال: مسألة المشهور كراهة الوطاء في الدبر من غير تحريم لنا قوله تعالى الخ.

الثالثة: العزل عن الحرة بغير إذنها، قيل: يحرم، وتجب به دية النطفة عشرة دنانير، وقيل: مكروه وهو أشبه، ورخص في الإمام.

ومذهب أكثر علمائنا، وقال ابن حمزة: بالتحريم (١).
احتج الأولون بقوله تعالى (فأتوا حرثكم أنى شئتم) (٢).
فإن قلت: هذا مختص بموضع الحرث، وهو القبل.
قلنا: مدفوع بجواز الإتيان بين الفخذين والركبة إجماعاً.
ولصحيحة عبد الله بن أبي يعفور قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل أتى المرأة في دبرها، قال: لا بأس (٣).
وبالأصل

احتج الآخرون بما رواه سدير قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: محاش النساء على أمتي حرام (٤).
أجاب الأولون بحمله على شدة الكراهة، أو على التقية، لكونه مذهب العامة.
قال طاب ثراه: العزل عن الحرة بغير إذنها، قيل: يحرم (محرم خ ل) ويجب به دية النطفة عشرة دنانير، وقيل مكروه، وهو أشبه، ورخص في الإمام.
أقول: هنا مسألتان:
(أ) في تحريم العزل وكراهته، وفيه قولان:

-
- (١) الوسيلة: فصل في بيان أحكام الزفاف ص ٣١٣ س ١٥ قال: وحرم عليه وطؤها في المحاش.
 - (٢) البقرة. ٢٢٣.
 - (٣) التهذيب: ج ٧ (٣٦) باب عقود النكاح وزفاف النساء وآداب الخلوة والجماع، ص ٤١٥ الحديث ٣٤ وقطعة من حديث ٢٩.
 - (٤) التهذيب: ج ٧ (٣٦) باب عقود النكاح وزفاف النساء وآداب الخلوة والجماع ص ٤١٦ الحديث ٣٦.

والأول مختار ابن حمزة (١) ومذهب المفيد (٢).
والثاني مذهب الشيخ في النهاية (٣) والقاضي (٤) وابن إدريس (٥)، واختاره
المصنف (٦) والعلامة (٧)، لأصالة الإباحة.
ولرواية محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل؟ فقال:
ذلك إلى الرجل يصرفه حيث شاء (٨).
واحتج المانع: بأن حكمة النكاح الاستيلاد، ولا يحصل مع العزل غالبا،
فيكون منافيا لغرض الشرع، وكلية الصغرى ممنوعة.
(ب) هل يجب دية النطفة أم لا؟ قال الشيخ بالأول (٩) وابن إدريس
والعلامة بالثاني (١٠) (١١) وللمصنف قولان: فبالأول قال في باب النكاح من

- (١) الوسيلة: في بيان أحكام الزفاف ص ٣١٤ س ١٠ قال: والمحرم ثلاثة أشياء، والعزل إلا بإذن المرأة
(٢) المقنعة: باب السنة في عقود النكاح، ص ٧٩ س ١٦ قال: وليس لأحد أن يعزل الماء عن زوجة
له حرة الخ.
(٣) النهاية: باب ما يستحب فعله لمن أراد العقد وآداب الخلوة... ص ٤٨٢ س ١٩ قال: ويكره
للرجل أن يعزل عن امرأته الحرة الخ.
(٤) المهذب: ج ٢ (في آداب الغشيان) ص ٢٢٣ س ١ قال: ويكره له العزل عن زوجته الحرة الخ.
(٥) السرائر: باب ما يستحب فعله لمن أراد العقد والزفاف... ص ٣٠٨ س ٢ قال: ويكره للرجل أن
يعزل الخ.
(٦) لاحظ عبارة النافع.
(٧) المختلف: كتاب النكاح، ص ٨٦ قال: مسألة المشهور كراهة العزل عن الحرة وليس محرما.
(٨) التهذيب: ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح... ص ٤١٧ الحديث ٤١.
(٩) النهاية: باب دية الجنين والميت ص ٧٧٩ س ١٥ قال: وكذلك إذا عزل الرجل عن زوجته الحرة
بغير اختيارها كان عليه عشر دية الجنين الخ.
(١٠) السرائر: باب ما يستحب فعله... ص ٣٠٨ س ٣ قال بعد نقل موجب الدية: الأصل براءة الذمة الخ.
(١١) المختلف: الفصل السادس في الجراحات، ص ٢٦٣ س ١٠ قال بعد نقل الأقوال: والوجه الحمل
على الاستحباب.

الرابعة: لا يدخل بالمرأة حتى يمضي لها تسع سنين، ولو دخل قبل ذلك لم تحرم على الأصح.
الخامسة: لا يجوز للرجل ترك وطء المرأة أكثر من أربعة أشهر.
السادسة: يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً.
السابعة: إذا دخل بالصبيبة لم تبلغ تسعاً فأفضاها حرم عليه وطؤها مؤبداً، ولم تخرج عن حبالته، و (لو - ظ) لم يفضها لم يحرم على الأصح.

الشرائع (١) وبالثاني قال في باب الديات من كتابيه (٢) (٣) وفي الإمام جائر بالإجماع، وهو صريح في صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (٤). قال طاب ثراه: لا يدخل بالمرأة حتى يمضي لها تسع سنين، ولو دخل قبل ذلك لم تحرم على الأصح.

أقول: البحث هنا يقع في مقامات:

(الأولى) إذا دخل بمن لها دون التسع، هل يحرم بمجرد الدخول، أو لا يحرم إلا مع الإفضاء؟ الشيخ في النهاية على الأول (٥) والباقون على الثاني، وهو قوله في

(١) الشرائع: في آداب الخلوة، الثانية: العزل عن الحرة إلى أن قال: وقيل: هو مكروه وإن وجبت الدية وهو أشبه.

(٢) الشرائع: كتاب الديات، في اللواحق، قال: ولو عزل إلى أن قال: قيل: يلزمه عشرة دنانير وفيه تردد أشبهه أنه لا يجب.

(٣) المختصر النافع: كتاب الديات، في اللواحق ص ٣١٣ قال: ولو عزل عن زوجته إلى أن قال: والأشبه الاستحباب.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء... ص ٤١٧ الحديث ٤٣.

(٥) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح، ص ٤٥٣ س ١٠ قال: وإذا تزوج الرجل بصبيبة لم تبلغ تسع سنين فوطئها فوق بينهما ولم تحل له أبداً.

الإستبصار (١).

(الثانية) هل تبين منه في موضع التحريم المؤبد بمجرد الفعل؟ أو تبقى حباله ولا تبين منه إلا بالطلاق؟ نص ابن حمزة على الأول (٢) وهو ظاهر الشيخ (٣) ونص ابن الجنيد على الثاني (٤) وبه قال ابن إدريس (٥) وهو ظاهر المفيد (٦). ومما يؤيد الثاني رواية البريد العجلي عن الباقر عليه السلام في رجل افتض جاريتيه، يعني امرأته فأفضاها، قال: عليه الدية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فإن أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه، وإن دخل بها ولها تسع سنين، فلا شيء عليه إن شاء أمسك وإن شاء طلق (٧).

وروى ابن بابويه في كتابه يرفعه إلى حمزة بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل تزوج جارية لم تدرك فأفضاها؟ قال: إن دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه، وإن كانت لم تبلغ تسع سنين وكان لها أقل من

- (١) الإستبصار: ج ٤ (١٧٧) باب من وطأ جارية فأفضاها، ص ٢٩٤ الحديث ١.
- (٢) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه، ص ٢٩٢ س ٢٠ قال: والتي أفضاها بالوطء إلى قوله: وتبين منه بغير طلاق.
- (٣) وذلك لقوله (فرق بينهما) بدون قيد آخر.
- (٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ قال: وقال ابن الجنيد: فإن أولج عليها فأفضاها قبل تسع سنين فعليه أن لا يطلقها الخ.
- (٥) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٨ س ١٣ قال: وإذا تزوج الرجل بصبية إلى أن قال: وهو بالخيار بين أن يطلقها أو يمسكها ولا يحل له وطئها أبدا وليس بمجرد الوطء تبين منه وينفسخ عقدها الخ وله قدس سره تحقيق دقيق في هذا المطلب فراجع.
- (٦) المقنعة: باب ضمان النفوس ص ١١٧ س ١١ قال: والرجل إذا جامع الصبية ولها دون تسع سنين فأفضاها كان عليه دية نفسها والقيام بها حتى يفرق الموت بينهما.
- (٧) الكافي: ج ٧ باب ما يجب فيه الدية كاملة من الجراحات التي دون النفس ص ٣١٤ الحديث ١٨.

ذلك فافتضها، فإنه قد أفسدها وعطلها عن الأزواج، فعلى الإمام أن يغرمه ديبتها، وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه (١).

فروع

- (أ) لو مات أحدهما قبل الطلاق، توارثا على الثاني دون الأول.
(ب) لا يجوز له التزويج بأختها على الثاني ويجوز على الأول.
(ج) يحرم عليه الخامسة لو كانت رابعة على الثاني دون الأول.
وكذا البحث في إدخال بنت الأخ أو الأخت عليها، فلا يفتقر إلى إذنها على الأول دون الثاني.

أما تزويجه بالأمة، فإن كان تحته غيرها من الحرائر افتقر إلى إذنها مع الباقيات على الثاني، ولو لم يكن غيرها وعدم الطول، فالأقرب عدم التوقف على إذنها، لجواز أن يعانده بعدم الإذن، فيستضر، وقال عليه السلام: لا ضرر ولا ضرار (٢).
وأما وقوع الظهار منها، فإن حرمتها به غير الوطاء، وقع على الثاني، وإلا فلا.
(د) لو زنا وليس له زوجة غيرها، لم يرحم على القولين.

ويتفرع على وجوب الإنفاق فروع:

- (أ) يجب الإنفاق مطلقا، أي سواء قلنا بالبينونة بمجرد الفعل أو لا
(ب) لو تزوجت بغيره فالأقرب سقوط الإنفاق.
(ج) لو طلقت بائنا عاد الاستحقاق، وكذا لو غاب عنها الثاني غيبة منقطعة ولم يكن له ولي ينفق عليها، لظهور العذر، ولو أمرها الحاكم بالاعتداد، كانت نفقتها

(١) الفقيه: ج ٣ (١٢٤) باب ما أحل الله عز وجل من النكاح وما حرم منه ص ٢٧٢ الحديث ٧٩.
(٢) لاحظ عوالي اللئالي: ج ١ ص ٢٢٠ الحديث ٩٣ وما علق عليه.

الفصل الثاني في أولياء العقد
لا ولاية في النكاح لغير الأب، والجد للأب وإن علا، والوصي،
والمولى، والحاكم، وولاية الأب والجد ثابتة على الصغيرة ولو ذهبت

في العدة على الأول إذ لم يقل برجوعها عليه، أما لو نشرت على الثاني، وسقطت نفقتها عنه لذلك، فإنها لا يستحق على الأول نفقة، لاستناد التفريط في ضياع النفقة إليها. ولو أعسر احتمل أن يرجع إلى الأول، لعدم حصول النفقة لها، وعدمه لاستقرار نفقتها في ذمة الثاني ورجوعها عليه بعد يساره.
(المقام الثالث) الحكم يتعلق بالمطووعة بالعقد دائماً ومنقطعاً، ولو كان لشبهة قال في الخلاف: الحكم كذلك (١) وقال ابن إدريس: لا يلزمه النفقة لأصالة البراءة (٢)، وفي المكروهة يجب الدية دون المهر قاله في الخلاف (٣) وأوجه ابن إدريس (٤) وأما النفقة فيسقط عند ابن إدريس، ويلزم الشيخ وجوب الإنفاق لأنه أبلغ من الشبهة لتغليظ العقوبة في الإكراه، وأما الدية فيجب في الجميع، أعني الزوجة والأجنبية بشبهة، ومكرهة ومطووعة، لأنه إتلاف منفعة، وليس لازماً للوطء حتى يسقط بالإذن فيه، فيجب ديته لأنه جنائية، وسيجئ باقي أحكام المسألة في باب الديات.

- (١) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ٤١ قال: فإن كان قبل تسع سنين لزمه نفقتها ما دامت حية وعليه مهرها وديتها كاملة إلى أن قال: هذا إذا كان في عقد صحيح أو شبهة، فأما إذا كان مكرهاً لها فإنه يلزمه ديتها على كل حال ولا مهر لها الخ.
(٢) لم أظفر عليه في السرائر: وفي المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ س ٢٥ ما لفظه (وقال ابن إدريس: عقد الشبهة لا يلزمه النفقة لأصالة البراءة، وقوله: لا مهر لها مع الإكراه غير واضح، لأننا نجمع عليه الأمرين الدية والمهر، لأنها ليست بغيا، والنهي إنما هو عن مهر البغي).
(٣) تقدم عند نقل عبارة الخلاف آنفاً.
(٤) لم أظفر عليه في السرائر: وفي المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ س ٢٥ ما لفظه (وقال ابن إدريس: عقد الشبهة لا يلزمه النفقة لأصالة البراءة، وقوله: لا مهر لها مع الإكراه غير واضح، لأننا نجمع عليه الأمرين الدية والمهر، لأنها ليست بغيا، والنهي إنما هو عن مهر البغي).

بكارتها بزنا أو غيره،
ولا يشترط في ولاية الجد بقاء الأب، وقيل:
يشترط، وفي المستند ضعف.

قال طاب ثراه: ولا يشترط في ولاية الجد بقاء الأب. وقيل: يشترط وفي المستند ضعف.

أقول: المشهور أن الولاية للأب والجد ثابتة على الصغيرين والمجنونين سواء كان جنونهما مستمرا قبل البلوغ، أو عرض بعد زوال الولاية عنهما لرشدتهما بعد البلوغ، وليست ولاية الجد مشروطة ببقاء الأب، بل هي ولاية برأسها وهو اختيار المفيد (١) وتلميذه (٢) والسيد (٣) وابن إدريس (٤) والمصنف (٥) والعلامة (٦).
وهنا مذهب آخران:
(أ) ثبوت الولاية للأب خاصة قاله الحسن (٧).

- (١) المقنعة: باب عقد المرأة على نفسها النكاح... ص ٧٨ س ٢٢ قال: وذوات الآباء من الأبكار ينبغي لهن أن لا يعقدن على أنفسهن إلا بإذن آبائهن إلى أن قال: وإن عقد عليها وهي صغيرة لم يكن لها عند البلوغ خيار وأن عقدت على نفسها بعد البلوغ بغير إذن أبيها خالفت السنة وبطل العقد إلى أن قال: وليس لأحد أن يعقد على صغيرة سوى أبيها أو جدها لأبيها.
- (٢) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٨ س ٧ قال: فأما الصغار فيعقد لهن آباؤهن ولا خيار لهن بعد البلوغ، وكذلك إن عقد لهن أجدادهن إلى أن قال: إلا أن اختيار الجد مقدم على اختيار الأب وعقده أمضى
- (٣) الإنتصار: مسائل النكاح ص ١٢١ قال: ومما انفردت به الإمامية أن لولاية الجد من قبل الأب رجحانا الخ.
- (٤) السرائر: باب من يتولى العقد على النساء ص ٢٩٥ س ٣٢ قال: إلا أن لولاية الجد رجحانا وأولوية هنا الخ.
- (٥) لاحظ عبارة النافع.
- (٦) المختلف: كتاب النكح ص ٨٧ قال: مسألة الجد للأب كالأب في ولاية النكاح سواء كان الأب حيا أو ميتا الخ.
- (٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٧ س ٢١ قال: وأما ابن أبي عقيل قال: الولي الذي هو أولى بإنكاحهن هو الأب دون غيره.

(ب) اشتراط بقاء الأب في ثبوت ولاية الجد قاله الشيخ في النهاية (١) وأبو علي (٢) والصدوق (٣) والقاضي (٤) والتقي (٥).
احتج الأولون بما رواه عبيد بن زرارة (في الموثق) قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل، ويريد جدها أن يزوجه من رجل آخر، فقال: الجد أولى بذلك ما لم يكن مضارا إن لم يكن الأب زوجها قبله، ويجوز عليها تزويج الأب والجد (٦).
وإذا كانت ولاية الجد أقوى لم يؤثر فيها موت الأضعف.
احتج الحسن برواية ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تزوج ذات الآباء من الأبكار إلا بإذن أبيها (٧).

- (١) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٦ قال بعد نقل ولاية الجد ما لفظه (هذا إذا كانت البكر أبوها الأدنى حيا، فإن لم يكن أبوها حيا لم يحز للجد أن يعقد عليها إلا برضاها وجرى مجرى غيره).
- (٢) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٧ س ٢١ قال بعد نقل قول الشيخ: وبه قال ابن الحنيد.
- (٣) الهداية: (١١٨) باب النكاح ص ٦٨ س ١٠ قال: وإذا كانت بكر أو كان لها أب وجد، فالجد ألحق بتزويجها من الأب ما دام الأب حيا، فإذا مات الأب فلا ولاية للجد عليها، لأن الجد إنما يملك أمرها في حياة ابنه.
- (٤) المهذب: ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٥ س ٩ قال: وإذا كان الجد الذي هو أبو أبيها حيا، وكان أبوها ميتا، لم يحز له العقد عليها إلا بإذنها لأنه مع فقد أبيه يجري مجرى غيره.
- (٥) الكافي: الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٢ س ٤ قال: والولاية مختصة بأب المعقود عليها وجدها له في حياته.
- (٦) الكافي: ج ٥، باب الرجل يريد أن يزوج ابنته ويريد أبوه أن يزوجه رجلا آخر ٣٩٥ الحديث ١.
- (٧) الكافي: ج ٥، باب استيمار البكر ومن يجب عليه استيمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٣ الحديث ١.

وفي رواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام يستأمرها كل أحد ما عدا الأب (١). احتج الشيخ بما رواه الفضل بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال: إن الجد إذا زوج ابنة ابنه وكان أبوها حيا، وكان الجد مرضيا جاز، قلنا: فإن هوى أبو الجارية هوى، وهوى الجد هوى، وهما سواء في العدل والرضا؟ قال: أحب إلي أن ترضى بقول الجد (٢) (٣) (٤).

(١) الكافي: ج ٥، باب استيمار البكر ومن يجب عليه استيمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٣ قطعة من حديث ٢.

(٢) الكافي: ج ٥ باب الرجل يريد أن يزوج ابنته ويريد أبوه أن يزوجه رجلا آخر ص ٣٩٦ الحديث ٥.

(٣) قوله (وكان أبوها حيا) استدل به على اشتراط وجود الأب في ولاية الجد، وقال بعض أفضل المتأخرين، يمكن أن يقال: إن حجية المفهوم إنما يثبت إذا لم يظهر للتقييد وجه سوى نفي الحكم عن المسكوت عنه، وربما كان الوجه في هذا التقييد على الفرد الأخفى، وهو جواز عقد الجد مع وجود الأب، مع أن الرواية ضعيفة، لاشتمالها على جماعة من الواقفية انتهى.

قوله عليه السلام (وكان الجد مرضيا) قال الوالد العلامة رحمه الله: المراد يكون الجد مرضيا، إما كونه مرضيا من حيث المذهب، إذ (لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) أو لا يكون فاسقا، سيما شارب الخمر، ولا يكون سفيها، ولا يكون مخبطا كما هو الشائع في المشايخ، وكان بحيث يعرف الكفؤ (مرآة العقول: ج ٢٠ ص ١٣٣).

(٤) هذه الرواية دلت على أمور ثلاثة

١ إن ولاية الجد مشروط ببقاء الأب.

٢ اشتراط العدالة في ولاية الأب والجد.

٣ عدم انفردهما بالولاية من دون إذن من عليها الولاية.

وإلى الشرط الأول ذهب الشيخ، وأما الشرط الثاني فالظاهر أن اشتراط العدالة هنا ليس في محل الضرورة حتى يكون من الشرائط اللازمة، كالعدالة في ولاية اليتيم، بل هي في محل الكمال، فتحمل على الاستحباب والفضيلة، وأما الشرط الثالث فهو موافق للأصل مع بلوغ المرأة، إذ مع عدم بلوغها لا اعتبار برضاها وعدمه، لكن سند الرواية أصله ضعيف (نقلا عن هامش عوالي اللئالي، ج ٣ ص ٣١٧).

ولا خيار للصبيبة مع البلوغ، وفي الصبي قولان: أظهرهما أنه كذلك ولو زوجها فالعقد للسابق، فإن اقترنا ثبت عقد الجد، ويثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله ذكرًا كان أو أنثى، ولا خيار له لو أفاق والثيب تزوج نفسها ولا ولاية عليها لأب ولا لغيره، ولو زوجها من غير إذنها وقف على إجازتها.

وأجيب بالمنع من سلامة السند، ثم من دلالة على المطلوب، لضعف دلالة المفهوم.

قال طاب ثراه: ولا خيار للصبيبة بعد البلوغ، وفي الصبي قولان: أظهرهما أنه كذلك.

أقول: المشهور أن العقد الصادر من الولي الاختياري (الإجباري خ ل) يستمر حكمه على المولى عليه بعد زوال الولاية عنه، لأنه صدر بولاية شرعية، ووقع صحيحًا، فيكون الأصل فيه الاستمرار، لقوله تعالى (أوفوا بالعقود) (١) وقول النبي صلى الله عليه وآله: المؤمنون عند شروطهم (٢) إلا ما أخرج النص وهو عتق الجارية. والحق ابن حمزة ثبوت الخيار للصبي دون الصبيبة (٣) والشيخ في النهاية أثبت الخيار للصبي بعد بلوغه ولم يذكر الصبيبة (٤) ولعل وجهه تطرق الضرر إليه

(١) المائدة: ١.

(٢) عوالي اللثالي: ج ١ ص ٢٣٥ الحديث ٨٤ و ص ٢٩٣ الحديث ١٧٣ و ج ٢ ص ٢٧٥ الحديث ٧ و ج ٣ ص ٢١٧ الحديث ٧٧ ولاحظ ما علق عليه.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان من إليه العقد من النساء ص ٣٠٠ س ١٦ قال: كان عقد الصبي موقوفًا على إجازته.

(٤) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٧ س ١٣ قال: ومتى عقد الرجل لابنه على جارية وهو غير بالغ كان له الخيار إذا بلغ.

دونها، فإنه أثبت في ذمته مهرا ونفقة ولا ضرورة له إلى ذلك حالة الصبي، بخلاف الصبية فلا يثبت لها ذلك، وتبعه القاضي (١) وابن حمزة (٢) وابن إدريس (٣)، فالمصنف هنا أورد المسألة على هذا التقدير، وجزم بلزوم النكاح في الصبية (٤)، وقال في الشرائع: ولا خيار لها بعد بلوغها على أشهر الروايتين وكذا لو زوج الأب أو الجد للولد الصغير لزمه العقد، ولا خيار له مع بلوغه ورشده على الأشهر (٥).
أما فتوى النهاية فالتعويل فيها على رواية الكناسي عن الباقر عليه السلام: إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان له الخيار إذا أدرك أو بلغ خمسة عشر سنة (٦).
وأما ما أشار إليه في الشرائع فصحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألت عن الضبي يتزوج الصبية قال: إن كان أبواهما اللذان زواجهما، فنعم جائز، لكن لهما الخيار إذا أدركا، فإن رضيا بعد ذلك فإن المهر على الأب (٧) (٨).

(١) المهذب: ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح، ص ١٩٧ س ١٧ قال: كان الخيار للابن إذا بلغ.

(٢) تقدم آنفا.

(٣) السرائر: باب من يتولى العقد على النساء ص ٢٩٧ س ٢٨ ومتى عقد الرجل لابنه على جارية وهو غير بالغ كان له الخيار إذا بلغ.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) الشرائع: ج ٢ الفصل الثالث في أولياء العقد قال: ولا خيار لها بعد بلوغها الخ.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح... ص ٣٨٣ س ٨ قطعة من حديث ٢٠.

(٧) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح.. ص ٣٨٢ قطعة من حديث ١٩.

(٨) أما رواية الكناسي فغير معلومة السند، وأما رواية محمد بن مسلم فهي وإن كانت صحيحة الطريق، لكن ظاهرها مخالف للأصل، من حيث أن العقد الصادر عن الولي الإجباري مقتضاه استقرار حكمه، فلا يكون متزلزلا قابلا للفسخ، لأنه صدر بولاية شرعية، فيقع صحيح (صححاظ) في أصله، فلا يقبل الزوال، فيحمل الرواية على حمل الخيار في المهر، فإنه إذا زوج الصبية بدون مهر المثل، أو زوج الصبي بأزيد من مهر المثل كان الاعتراض في المهر دون أصل العقد، لأن ذلك من الحقوق المالية يجب أن تصادف المصلحة، فمع فقدها لا ينعقد فكان لهما الخيار فيه (من هامش عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٣١٨).

أما البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها ولو كان أبوها حيا قيل: لها الانفراد بالعقد دائما كان أو منقطعاً، وقيل: العقد مشترك بينها وبين الأب فلا ينفرد أحدهما به، وقيل: أمرها إلى الأب وليس لها معه أمر، ومن الأصحاب من أذن لها في المتعة دون الدائم، ومنهم من عكس، والأول أولى، ولو عضلها الولي سقط اعتبار رضاه إجماعاً، ولو زوج الصغيرة غير الأب والجد، وقف على رضاها عند البلوغ، وكذا الصغير، وللمولى أن يزوج المملوكة صغيرة وكبيرة، بكراً وثيباً، عاقلة ومجنونة، ولا خيرة لها وكذا العبد، ولا يزوج الوصي إلا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة، وكذا الحاكم.

قال طاب ثراه: أما البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها.
أقول: للأصحاب هنا خمسة أقوال:

(أ) لا ولاية على البكر البالغ الرشيدة في الدائم ولا المنقطع، بل أمرها بيدها وهو مذهب المفيد في أحكام النساء (١) وتلميذه (٢) والسيد (٣) وأبو علي (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦).

-
- (١) المقنعة: باب عقد المرأة على نفسها النكاح ص ٧٨ س ٢١ قال: والمرأة البالغة تعقد على نفسها النكاح الخ.
(٢) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة، ص ١٤٨ س ٦ قال: فمن ذلك أن تعقد المرأة على نفسها إذا كانت بالغة ثيباً.
(٣) الإنتصار: كتاب النكاح ص ١٢٢ قال: ومما ظن قبل الاختبار أن الإمامية تنفرد به القول: بأنه ليس للأب أن يزوج بنته البكرة البالغة إلا بإذنها الخ.
(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٦ في الأولياء س ٣٣ قال بعد نقل قول المفيد: وبه قال ابن الجنيد، ثم بعد نقل آراء المخالفين قال: والمعتمد الأول.
(٥) لاحظ عبارة النافع.
(٦) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٦ في الأولياء س ٣٣ قال بعد نقل قول المفيد: وبه قال ابن الجنيد، ثم بعد نقل آراء المخالفين قال: والمعتمد الأول.

- (ب) ثبوت الولاية عليها للأب، اختاره الشيخ في كتابه (وبه قال الصدوق (٢) والحسن (٣) والقاضي (٤)).
- (ج) الولاية مشتركة بينها وبين الأب والجد، فليس لأحدهم الانفراد به، وهو قول التقي (٥).
- (د) الولاية مشتركة بينها وبين الأب والجد، ولأحدهما الانفراد، وهو أحد قولي المفيد.
- (هـ) أن لها أن ينكح متعة بدون إذن الأب، لكن لا يطأها في الفرج اختاره ابن حمزة (٦) وذكره الشيخ في النهاية رواية (٧) وأشار المصنف في كتابه إلى قول آخر، وهو الإذن في الدائم دون المنقطع (٨) ولم نظفر به، ولم يذكره العلامة في مسائل

- (١) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٥ س ٣ قال: ولا يجوز للبكر أن تعقد على نفسها الدوام إلا بإذن أبيها، الخ.
- (٢) الهداية: ١١٨ باب النكاح ص ٦٨ س ٩ قال: ولا ولاية لأحد على البنت إلا لأبيها ما دامت بكرا الخ.
- (٣) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٦ س ٣٩ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وبه قال ابن عقيل.
- (٤) المهذب: ج ٢ (في نكاح الباكرة) ص ١٩٦ س ١ قال: فإن كان أبوها حيا، كان الأفضل لها أن لا تعدل عن رأيه ولا تعقد على نفسها إلا بإذنه.
- (٥) الكافي: النكاح، المضرب الأول ممن الأحكام ص ٢٩٢ س ٩ قال: وإن كانت بالغا. لم يجز لهما العقد عليها إلا بإذنها الخ.
- (٦) الوسيلة: فصل في بيان من إليه العقد ص ٣٠٠ س ٧ قال: ويجوز للبكر عقد نكاح المتعة بغير إذن الولي الخ.
- (٧) النهاية: باب من يتولى العقد ص ٤٦٥ س ٨ قال: وقد روي أنه يجوز للبكر أن تعقد على نفسها نكاح المتعة من غير إذن أبيها غير أن الذي يعقد عليها لا يطأها في الفرج.
- (٨) الشرائع: (في أولياء العقد) قال: ومن الأصحاب من أذن لها في الدائم دون المنقطع ومنهم من عكس الخ.

الخلاف، قال صاحب كشف الرموز: واستعلمنا المصنف فيه فما كان
ذاكرا (١) (٢).

احتج الأولون بعموم قوله تعالى (فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا) (٣)
وبقوله تعالى (فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا) (٤) نسب الرجوع إلى
رضاهما، ومن الجائز طلاق البكر المرة والمرتين قبل الدخول بها، وقوله تعالى (حتى
تنكح زوجا غيره) (٥) وهو عام في المدخول بها وغيرها.
وصحيحة منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال: تستأمر البكر وغيرها،
ولا تنكح إلا بأمرها (٦).

ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام: إن المرأة إذا كانت مالكة أمرها، تبيع
وتشتري، وتعتق، وتشهد، وتعطي من مالها ما شاءت، فإن أمرها بيدها جائز،
تتزوج إن شاءت بغير إذن وليها، فإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر
وليها (٧).

جعل ولاية المال مدار الولاية النكاح وجودا وعدما.
احتج المانعون بصحيحة ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام قال: لا تزوج
ذوات الآباء من الأبكار إلا بإذن أبيها (٨).

(١) لم أظفر على كتابه.

(٢) قال المتتبع الخبير صاحب الجواهر: ج ٢٩ ص ١٨٠: لم نعرف قائله ولا وجهه الخ.

(٣) البقرة: ٢٣٢.

(٤) البقرة: ٢٣٠.

(٥) البقرة: ٢٣٠.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح وأولياء الصبية ص ٣٨٠ الحديث ١١.

(٧) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح وأولياء الصبية ص ٣٧٨ الحديث ٦.

(٨) الكافي: ج ٥ باب استيمار البكر ومن يجب عليه استيمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٣

الحديث ١.

ويلحق بهذه الباب مسائل:
الأولى: الوكيل في النكاح لا يزوجه من نفسه، ولو أذنت في ذلك
فالأشبه الجواز، وقيل: لا، وهي رواية عمار.

واحتج الباقر بالجمع.
وبما رواه سعيد القمط قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام جارية بكر بين أبويها
تدعوني إلى نفسها سرا من أبويها، أفأفعل ذلك؟ قال: نعم واتق موضع الفرج،
قال: قلت: فإن رضيت بذلك؟ قال: وإن رضيت بذلك، فإنه عار على
الأبكار (١).

واحتج التقي بموثقة صفوان قال: استشار عبد الرحمان موسى بن جعفر
عليهما السلام في تزويج ابنته لابن أخيه؟ فقال: إفعل، ويكون ذلك برضاها، فإن
لها في نفسها نصيبا.

قال: فاستشار خالد بن داود موسى بن جعفر في تزويج ابنته علي بن جعفر؟
قال: إفعل ويكون ذلك برضاها، فإن لها في نفسها حظا (٢).
وليس صريحة في مطلوبه.

قال طاب ثراه: الوكيل في النكاح لا يزوجه من نفسه، ولو أذنت في ذلك
فالأشبه الجواز، وقيل: لا، وهي رواية عمار.

أقول: روى مصدق بن صدقة عن عمار الساباطي قال: سألت أبا الحسن
عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت، فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، يحل لها أن
توكل رجلا يريد أن يتزوجها، تقول له: قد وكتك فأشهد شهودا على تزويجي؟

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٤) باب تفصيل أحكام النكاح ص ٢٥٤ الحديث ٢١.
(٢) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح وأولياء الصبية... ص ٣٧٩
الحديث ١٠.

الثانية: النكاح يقف على الإجازة في الحر والعبد.
ويكفي في الإجازة
سكوت البكر ويعتبر في الثيب النطق.

قال: لا، قلت له: جعلت فداك وإن كانت أيما؟ قال: وإن كانت أيما، قلت: فإن
وكلت غيره بتزويجها أيزوجها منه؟ قال: نعم (١).
ويؤيدها كون الواحد موجبا قابلا، وقد تقدم منعه، وبمضمونها أفتى بعض
الأصحاب، وقال ابن الجنيد: بالجواز، للأصل (٢) وهو اختيار الأكثر، وبه قال
المصنف (٣) والعلامة (٤) والرواية ضعيفة السند.
قال طاب ثراه: ويكفي في الإجازة سكوت البكر.
أقول: الأصل في هذا قول النبي صلى الله عليه وآله: البكر تستأذن وإذنها
صماتها، والثيب يعرب عنها لسانها (٥).
فإذا سكت عند عرضه عليها كان ذلك إذنا، إن كان العرض سابقا على
العقد، وإجازة إن كان متأخرا عنه.
ويقرب أن يكون إجماعا إلا ما ندر كعبارة الشيخ في المبسوط: وأما البكر فإن
كان لها ولي الإجماع مثل الأب والجد، فلا يفتقر نكاحها إلى إذنها، ولا إلى
نطفها، وإن لم يكن لها ولي الإجماع كالأخ وابن الأخ والعم فلا بد من إذنها،
والأحوط أن يراعى نطقها، وهو الأقوى عند الجميع، وقال قوم: يكفي سكوتها،

- (١) الإستبصار: ج ٣ (١٤٣) باب أن الثيب ولي نفسها ص ٢٣٣ الحديث ٥.
(٢) المختلف: كتاب النكاح ص ٩٣ قال: مسألة لو وكلت المرأة رجلا في تزويجها من نفسه، فالوجه
الجواز، وبه قال ابن الجنيد الخ.
(٣) لاحظ عبارة النافع.
(٤) تقدم عن المختلف آفا من قوله: (فالوجه الجواز)
(٥) سنن ابن ماجه: ج ١ كتاب النكاح (١١) باب استئثار البكر والثيب، حديث ١٨٧٢ ولفظه
(الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صمتها).

لعموم الخبر، وهو قوي (١) هذا آخر كلامه.
وقول ابن إدريس: لا بد من النطق، ولا يكفي السكوت، لكونه أعم من الرضا،
وحمل ما ورد من الروايات وأقوال الأصحاب باستئذانها والاكتفاء بسكوتها على
تقدير تقديم توكيلها، فلا يوقع العقد عليها إلا عند استئذانها ثانياً، قال: فإن قيل:
إذا وكلته في العقد فلا حاجة إلى استئذانها؟
قلنا: بل يستحب أن يستأمرها عند العقد بعد ذلك (٢).
وليس بشيء، أما أولاً فلأنه عدول عن الظاهر، وخلاف لما اشتهر بين
الأصحاب، واجتهاد في مقابلة النص
روى داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام في رجل يريد أن يزوج أخته
قال: يؤامرها، فإن سكتت فهو إقرارها (٣).
وأما ثانياً: فلأن الاستحباب بعد تقديم التوكيل، حكم شرعي يفتقر في إثباته
إلى دلالة شرعية.
قال ابن عقيل قدس الله روحه: ولو أن رجلاً أمر أخته بكذا في تزويجها برجل
سماه لها، فسكتت كان ذلك إذناً له في التزويج وإقراراً منها، فإن زوجها الأخ ثم
أنكرت لم يكن لها ذلك ولزمها النكاح بالسكوت (٤).
وبمثلها قال ابن حمزة: (٥).

-
- (١) المبسوط: ج ٤، كتاب النكاح، ص ١٨٣ س ٢١ قال: وأما البكر فإن كان الخ.
(٢) السرائر: باب من يتولى العقد على النساء ص ٢٩ قال: وإذا أراد الأخ إلى أن قال: فإن
قيل الخ.
(٣) الكافي: ج ٥ باب استئذان البكر ومن يجب عليه استئذانها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٣ الحديث ٣
(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٩ س ٣٦ قال: وقال ابن عقيل: ولو أن رجلاً الخ.
(٥) الوسيلة: فصل في بيان من إليه العقد على النساء، ص ٣٠٠ س ١٤ قال: وإذا استأمر الأخ أخته
البكر الرشيدة الخ.

الثالثة: لا ينكح الأمة إلا بإذن المولى، رجلا كان المولى أو امرأة
وفي

رواية سيف: يجوز نكاح أمة المرأة من غير إذنها متعة، وهي منافية
للأصل.

الرابعة: إذا زوج الأبوان الصغيرين صبح، وتوارثا، ولا خيار لأحدهما
عند البلوغ، ولو زوجهما غير الأبوين وقف على إجازتهما، فلو ماتا، أو
مات أحدهما بطل العقد. ولو بلغ أحدهما فأجاز، ثم مات عزل من تركته
نصيب الباقي، فإذا بلغ وأجاز، أحلف أنه لم يجز للرجبة، وأعطى نصيبه.

وقال ابن الجنيد: روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال:
لا ينكح الأيم حتى يستأمر، ولا ينكح البكر حتى يستأذن، فإن سكوتها إذنها، قال:
ويجعل أيضا لكرهتها علامة من قيام ونحوه ينبئ عن مرادها بالفعل منها (١).
وقال القاضي في كتابيه: إذا أراد أبوها العقد عليها، يستحب له أن لا يعقد
عليها حتى يستأذنها، فإن سكتت أو ضحكت أو بكت كان ذلك رضى منها
بالتزويج (٢).

واستشكل العلامة البكاء (٣).

قال طاب ثراه: وفي رواية سيف: يجوز نكاح أمة المرأة من غير إذنها متعة، وهي
منافية للأصل.

(١) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٩ س ٣٣ قال: قال ابن الجنيد روى أبو هريرة إلى قوله: ليتبين
مرادها بالفعل منها.

(٢) المهذب: ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٤ س ١٩ قال: وإن كان لها ذلك
يستحب له إلى قوله (أو بكت كان ذلك رضى منها بالتزويج).

(٣) المختلف: كتاب النكاح ص ٩٠ س ٦ قال: وكلام ابن البراج: من أن البكاء دالة عليه،
مشكل.

أقول: روى بهذه سيف بن عميرة، عن علي بن المغيرة في الصحيح، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع بأمة المرأة من غير إذنها، فقال: لا بأس (١) (٢) (٣).

و (سيف) مضطرب في الواسطة وعدمها، وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية (٤) ومنع في المسائل الحائرية (٥) وبه قال المفيد (٦) وابن إدريس (٧) والمصنف (٨) والعلامة (٩) لقوله تعالى (فانكحوهن بإذن أهلهن) (١٠) ولأنه تصرف في مال الغير

(١) يدل على جواز التمتع بأمة المرأة من غير إذنها، والمشهور عدم الجواز، لمخالفته لظاهر الآية حيث قال تعالى (فانكحوهن بإذن أهلهن) والأخبار الكثيرة، مع أن الأصل في الأخبار الواردة بذلك واحد، وهو سيف بن عميرة، ويمكن حمله على التمتع اللغوي، ويكون المراد عدم الاستبراء (مرأة العقول ج ٢٠ ص ٢٥٢).

(٢) قال في الوافي: (كتاب النكاح ص ٥٨) بعد نقل الأخبار الواردة في ذلك ما لفظه (هذه الأخبار الثلاثة مخالفة للقرآن فيشكل العمل بها).

(٣) الكافي: ج ٥، باب تزويج الإمام ص ٤٦٤ الحديث ٤.

(٤) النهاية: باب المتعة وأحكامها ص ٤٩٠ س ١٧ قال: فإن كانت الأمة لامرأة جاز له التمتع بها من غير إذنها.

(٥) السرائر: باب النكاح المؤجل ص ٣١١ س ٢٣ قال: ولا يجوز نكاحها ولا العقد عليها إلا بإذن مولاتها بغير خلاف إلا رواية شاذة رواها سيف بن عميرة أوردها شيخنا في نهايته ورجع عنها في جواب المسائل الحائريات على ما قدمناه (أي في باب العقد على الإمام والعبيد ص ٣٠٤ س ٣٥ وقد سئل الشيخ المفيد محمد بن النعمان رحمه الله في جملة المسائل التي سأله عنها محمد بن محمد الرملي الحائري، وهي معروفة مشهورة عند الأصحاب، سؤال: وعن الرجل يتمتع بجارية غيره بغير علم منه، هل يجوز له ذلك أم لا؟ فأجاب: لا يجوز له ذلك، وإن فعله كان آثما عاصيا ووجب عليه بذلك الحد، إلى أن قال: قال محمد بن إدريس: فانظر أرشدك الله إلى فتوى هذا الشيخ المجمع على فضله ورياسته ومعرفته الخ.

(٦) السرائر: باب النكاح المؤجل ص ٣١١ س ٢٣ قال: ولا يجوز نكاحها ولا العقد عليها إلا بإذن مولاتها بغير خلاف إلا رواية شاذة رواها سيف بن عميرة أوردها شيخنا في نهايته ورجع عنها في جواب المسائل الحائريات على ما قدمناه (أي في باب العقد على الإمام والعبيد ص ٣٠٤ س ٣٥ وقد سئل الشيخ المفيد محمد بن النعمان رحمه الله في جملة المسائل التي سأله عنها محمد بن محمد الرملي الحائري، وهي معروفة مشهورة عند الأصحاب، سؤال: وعن الرجل يتمتع بجارية غيره بغير علم منه، هل يجوز له ذلك أم لا؟ فأجاب: لا يجوز له ذلك، وإن فعله كان آثما عاصيا ووجب عليه بذلك الحد، إلى أن قال: قال محمد بن إدريس: فانظر أرشدك الله إلى فتوى هذا الشيخ المجمع على فضله ورياسته ومعرفته الخ.

(٧) السرائر: باب النكاح المؤجل ص ٣١١ س ٢٣ قال: ولا يجوز نكاحها ولا العقد عليها إلا بإذن مولاتها بغير خلاف إلا رواية شاذة رواها سيف بن عميرة أوردها شيخنا في نهايته ورجع عنها في جواب المسائل الحائريات على ما قدمناه (أي في باب العقد على الإمام والعبيد ص ٣٠٤ س ٣٥ وقد سئل الشيخ المفيد محمد بن النعمان رحمه الله في جملة المسائل التي سأله عنها محمد بن محمد الرملي الحائري، وهي معروفة مشهورة عند الأصحاب، سؤال: وعن الرجل يتمتع بجارية غيره بغير علم منه، هل يجوز له ذلك أم لا؟ فأجاب: لا يجوز له ذلك، وإن فعله كان آثما عاصيا ووجب عليه بذلك الحد، إلى أن قال: قال محمد بن إدريس: فانظر أرشدك الله إلى فتوى هذا الشيخ المجمع على فضله ورياسته ومعرفته الخ.

(٨) لاحظ ما أورده في النافع.

(٩) المختلف: في نكاح المتعة ص ٩ س ٣٧ قال: والوجه ما قاله المفيد رحمه الله.

(١٠) النساء: ٢٥.

الخامسة: إذا زوجها الأخوان برجلين، فإن تبرعا اختارت أيهما شاءت، وإن كان وكيلين وسبق أحدهما فالعقد له، ولو دخلت بالآخر لحق به الولد وأعيدت إلى الأول بعد قضاء العدة. ولها المهر للشبهة، وإن اتفقا بطلا، وقيل: يصح عقد الأكبر.

بغير إذنه.

قال طاب ثراه: وإن اتفقا بطلا، وقيل: يصح (العقد خ ل) عقد الأكبر. أقول: إذا زوجها الأخوان، فلا يخلو إما أن يكونا فضولين أو وكيلين، فإن كانا فضولين أجازت عقد أيهما شاءت، تقدم أو تأخر، وإن كانا وكيلين فإن تقدم عقد أحدهما كان العقد له وبطل المتأخر، لمصادقته محلا مشغولا، وتعاد إلى الأول لو دخلت بالأخير، وإن اتفقا في حالة واحدة، بطلا، لتدافعهما، لأنه لا يجوز أن يكون زوجة لهما، وتقديم أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح، وهو اختيار الشيخ في الكتابين (١) (٢) وبه قال ابن إدريس (٣) والمصنف (٤) والعلامة (٥). وقال في النهاية: تقدم عقد الأكبر، ولو دخل بها الأصغر كان العقد له (٦) وتبعه

(١) التهذيب: (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها وأولياء الصبية ص ٣٨٧ قال: بعد نقل الحديث: فالوجه في هذا الخبر أنه إذا جعلت الجارية أمرها إلى أخويها معا، فيكون الأكبر حينئذ أولى الخ وفي الإستبصار: ج ٣ (١٤٦) باب من يعقد على المرأة سوى أبيها ص ٢٤٠ قال بعد نقل الحديث: فالوجه في هذا الخبر الخ.

(٢) التهذيب: (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها وأولياء الصبية ص ٣٨٧ قال: بعد نقل الحديث: فالوجه في هذا الخبر أنه إذا جعلت الجارية أمرها إلى أخويها معا، فيكون الأكبر حينئذ أولى الخ وفي الإستبصار: ج ٣ (١٤٦) باب من يعقد على المرأة سوى أبيها ص ٢٤٠ قال بعد نقل الحديث: فالوجه في هذا الخبر الخ.

(٣) السرائر: باب من يتولى العقد على النساء ص ٢١ قال: فالعقدان باطلان.

(٤) لاحظ ما أورده في النافع.

(٥) المختلف: في العقد وأولياءه ص ٨٩ س ١٣ قال: والتحقيق أن يقول: إن علم وقوع النكاحين دفعة واحدة بطلا معا الخ.

(٦) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٦ س ٦ قال: وإن كان لها أخوان إلى قوله: كان الذي عقد عليها أخوها الأكبر أولى بها من الآخر، فإن دخل بها الذي عقد عليها أخوها الصغير الخ.

القاضي (١) وابن حمزة (٢).

وهو تعويل على رواية وليد ببيع الإسقاط (٣) قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا عنده عن جارية كان لها أخوان زوجها الأكبر بالكوفة وزوجها الأصغر بأرض أخرى، قال: الأول أحق بها إلا أن يكون الأخير قد دخل بها، فإن دخل بها فهي امرأته، ونكاحه جائز (٤).

فيتأولها في كتابي الأخبار بأن الجارية إذا جعلت أمرها إلى أخويها معا كان الأكبر أولى بالعقد فإن اتفق العقدان في حالة واحدة كان العقد الذي عقد عليه الأخ الأكبر ما لم يدخل الذي عقد عليه الآخر الأصغر، فإن دخل بها مضى العقد ولم يكن للأخ الأكبر فسخه (٥) (٦).

قال العلامة في المختلف: وهذا الوجه من التأويل حسن، ولا استبعاد في أولوية الأكبر، لاختصاصه بمزيد الفضيلة وقوة النظر والاجتهاد في الأصلح، قال: وليس ببعيد عندي من الصواب أن يجعل لها الخيار في إمضاء عقد أيهما كان، إذ عقد كل واحد منهما قد قارن زوال ولايته، لأنها حالة عقد الآخر، فيبطل هيئة عقد كل منهما، وهي اللزوم، ويبقى كل منهما كان فضولي في العقد (٧). ونسب المصنف هذا القول، أي القول بتقديم عقد الأكبر، إلى التحكم، أي

(١) المهذب: ج ٢ باب في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٥ س ١٥ قال: وإذا كان لها أخوان الخ.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان من إليه العقد على النساء ص ٣٠٠ س ١٣ قال: وإن وكلت أخوين لها الخ.

(٣) (الإسقاط) الردى من المتاع (تنقيح المقال: ج ٣ ص ٢٨٠ تحت رقم ١٢٦٧٠).

(٤) الكافي: ج ٥ باب المرأة يزوجه وليان غير الأب والجد ص ٣٩٦ الحديث ٢.

(٥) تقدم نقلها.

(٦) تقدم نقلها.

(٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٩ س ٢٧ وقوله: (ليس ببعيد عندي) س ١٦ من الصفحة المذكورة.

السادسة: لا ولاية للأُم، فلو زوجت الولد فأجاز صح، ولو أنكّر بطل،
وقيل: يلزمها المهر، ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه ويستحب للمرأة
أن تستأذن أبها بكرة أو ثيبا، وأن توكل أخاها إذا لم يكن لها أب
ولا جد، وأن تعول على الأكبر، وأن تختار خيرته من الأزواج.

التشهي، وهو الحكم بغير دليل (١)
واعلم أن الاستدلال بهذه الرواية ضعيف، لقصورها عن إفادة المطلوب، لأن
قوله (الأول أحق بها) جاز أن يريد به صاحب العقد الأول أحق بها، لا الأول في
الذكر والسؤال، وجاز أن يكون عليه السلام علم الأول بالعقد، وحمل قوله (أحق
بها) على سبيل النذب، وحملها على كونهما فضولين أوضح في الحكم، لأنه لم يتقدم
في الخبر ذكر الولاية، ولا لهما ولاية بالأصل، ولهذا قال: (إلا أن يكون قد دخل
بها فهي امرأته) لأن الدخول حينئذ إجازة، وأيضا فإنه يبقى هذا الحكم ثابتا على
عمومه، أي سواء حصل تعاقب أو اقتران، والخبر قابل لهما، لأن قوله (زوجها
الأكبر بالكوفة وزوجها الأصغر بأرض أخرى) (الواو) قد تدل على الترتيب عند
بعض، وعلى الجمع المطلوب عند الآخرين، فإذا حملت على كونهما فضولين عمل
بمقتضاها على كل من القولين، وقوله على تقدير عدم الدخول (الأول أحق بها) أي
أولى، وهو على سبيل الأولوية يدل على الندبية والأفضلية، أي يستحب لها إجازة
عقده، وأيضا قوله (إلا أن يكون الأخير قد دخل بها فيكون امرأته) لا يستقيم ذلك
على تقدير الوكالة، لأنها زوجة لغيره، فكيف يكون امرأته مع دخوله بها بشبهة.
قال طاب ثراه: لا ولاية للأُم، فلو زوجت الولد فأجاز صح، ولو أنكّر بطل،
وقيل: يلزمه المهر، ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه.

(١) الشرائع: في أولياء العقد، مسائل ثلاث الأولى، إذا زوجها الأخوان إلى قوله: قيل يقدم الأكبر
وهو تحكم.

أقول: البحث هنا يقع في مقامين:

(الأول) لا ولاية للأم على الطفل في التصرفات المالية إجماعاً كالبيع، ولا السلطانية كالإيصاء بالنظر في ماله، والحجر على حقوقه، والمطالبة بها إجماعاً. وما عدا ذلك قسماً:

(أ) ولاية الإحرام بالطفل، هل لها ذلك؟ قال المصنف: لا، لعموم رفع ولاية الأم (١) وقال الشيخ: نعم لأن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وآله ومعها طفل، فقالت: أيجب بهذا يا رسول الله؟ صلى الله عليه وآله، قال: نعم، ولمن يجح به أجره (٢) (٣) وهو حسن.

(ب) ولاية النكاح، ولا شك في عدمها مع وجود الأب والجد له، وأما مع عدمها فأثبتها أبو علي للأم وأبيها (٤) ونفاها الباقر. (الثاني) لو زوجت الأم الولد فهو كعقد الفضولي على المشهور، فإن أجاز في الحال إن كان بالغاً، أو بعد بلوغه إن كان طفلاً، صح العقد، وإن رد بطل ولا شيء وهو مذهب ابن إدريس (٥) واختاره المصنف (٦) والعلامة (٧)، ولأصالة براءة

-
- (١) لاحظ عبارة النافع، وفي الشرائع في شرائط وجوب الحج قال: وقيل للأم ولاية الإحرام بالطفل
(٢) المبسوط: ج ١ كتاب الحج، في ذكر حكم الصبيان، في الحج ص ٣٢٩ س ٢ قال: والأم لها ولاية عليه بغير تولية ويصح إحرامها عنه لحديث المرأة التي سألت النبي صلى الله عليه وآله عن ذلك.
(٣) التهذيب: ج ٥ (١) باب وجوب الحج ص ٦ الحديث ١٦ وفيه (قال: نعم ولك أجره).
(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٨ س ٣٦ قال: وقال ابن الجنيد: إلى أن قال: والأم وأبوها يقومون مقام الأب وآبائه الخ.
(٥) السرائر: باب من يتولى العقد على النساء ص ٢٩٨ س ٦ قال ومتى عقدت الأم لابن لها إلى قوله هذا النكاح موقوف على الإجازة والفسخ الخ.
(٦) لاحظ عبارة النافع.
(٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٩٠ قال: مسألة قال الشيخ إذا عقدت الأم لابن ثم نقل ما ذكره ابن إدريس وارتضاه.

الفصل الثالث في أسباب التحريم، وهي ستة
الأول، النسب: ويحرم به سبع، الأم وإن علت، والبنت وإن
سفلت، والأخت وبناتها وإن سفلن، والعمة وإن ارتفعت، وكذا
الخالة، وبنات الأخ وإن هبطن.
الثاني، الرضاع: ويحرم منه من النسب، وشروطه أربعة:

الذمة، وقال الشيخ: يلزم الأم المهر (١) وتبعه القاضي (٢).
احتج الشيخ برواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: أنه سأله رجل
زوجته أمه وهو غائب، قال: النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل، وإن شاء ترك،
فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه (٣).
مقدمة

انحصرت أسباب التحريم في ستة بالاستقراء من الكتاب والسنة.
وهي: النسب، والرضاع، والمصاهرة، واستيفاء العدد وهو نوعان:
أحدها بالنسبة إلى عدد الزوجات، فكمال الأربع مثلا سبب لتحريم الزائد.
والآخر بالنسبة إلى عدد الطلقات، فاستكمال الثلاث سبب لتحريم الزوجة
حتى المحلل، والتسع للعدة سبب لتحريمها أبدا.

-
- (١) النهاية: باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٨ س ٣ قال: ومتى عقدت الأم لابن لها على
امرأة إلى قوله: وإن أبي لزمها هي المهر.
(٢) المهذب: ج ٢، في ذكر من يجوز له العقد في النكاح ص ١٩٦ س ١٦ قال: وإذا عقدت الأم لابنها
على امرأة كان مخيرا الخ.
(٣) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ص ٣٧٦ الحديث ٨٦.

واللعان والكفر.

ووجه الحصر أن نقول: السبب إما أن يكون ثابتا بأصل الشرع من غير تسبب للمكلف فيه، أو لا، والأول النسب، والثاني لا يخلو إما أن يكون له رشحة النسب ومثابته في كثير من أحكامه سوى التحريم، أو لا، والأول الرضاع، والثاني لا يخلو إما أن يكون مستندا إلى عقد أو لا، والمستند إلى العقد لا يخلو إما أن لا يعتبر فيه التعدد أو لا، والأول المصاهرة، والثاني استيفاء العدد، والثاني أعني ما لا يكون مستندا إلى عقد، لا يخلو إما أن يكون متوقفا على حكم الحاكم أو لا، والأول اللعان والثاني الكفر وإن شئت قلت: إما أن لا يمكن زواله أو لا، والأول اللعان، والثاني الكفر لزوال التحريم بالإسلام، وإنما قلنا: يمكن؟ لأنه قد لا يمكن تصور الحل معه البتة، كالارتداد الفطري.

أما النسب: فهو اتصال شخص بغيره لانتهاء أحدهما في الولادة إلى الآخر، أو لانتهاء إلى ثالث، ولم (يحتج هنا إلى ضم قيد الوجه الشرعي، ويحتاج إليه في الميراث، لأن التحريم هنا يتبع اللغة، وهو ثابت في الانتساب مطلقا، فالبنت المخلوقة من ماء الزنا تحرم على الزاني عندنا، وكذا الأخت والأم. والأصل في التحريم قوله تعالى: (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) (١). فقد دلت هذه الآية والتي قبلها على ثلاث عشرة محرمة، سبع من النسب،

(١) النساء: ٢٣.

بالحجور من كانت في حجره، أي ولدتها بعد تزويج الأب بها، ولا يشترط كون الربيبة في الحجر في نشر الحرمة إليها، وخرج التقييد بها منخرج الأغلبية، كتقييد التيمم، والرهن، وشهادة الذمي، في الوصية، بالسفر، لأغلبية الضرورة فيه.

(ج) حلائل الأبناء، فتحرم زوجة الابن دخل بها أو لم يدخل، على الأب وإن علا، ولا تحرم أمهاتها وإن علون ولا بناتها وإن نزلن، لأنهن ليسوا من حلائل الابن.

(د) زوجة الأب وإن ارتفع دون أمهاتها وبناتها، فله أن ينكح حماة أبيه وربيبته، لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) (١) ولسن من منكوحاته وقوله تعالى (حلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) (٢) ليخرج زوجة الابن الربيب فإنها لا تحرم، لأن النبي صلى الله عليه وآله تزوج امرأة قال تعالى في حقه (لكيلا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم) (٣).

يفتقر التحريم بالرضاع إلى شروط، ومن جملته أنه عبارة عن اغتذاء من له دون الحولين بلبن آدمية حية در لبنها عن نكاح صحيح، أو شبهة، حاملا أو مرضعا، المقدر الشرعي، بإصابة من ثديها، باقيا على خلوصه.

فها هنا قيود:

- (أ) من له دون الحولين، فمن كملها وارتضع بعدها لم تنشر الحرمة، وينشر لو تم النصاب مع تمام الحولين.
- (ب) يخرج بلبن الأدمية البن البهيمية، فلو تربى طفلان على لبن شاة لم يحرم أحدهما على الآخر.
- (ج) أن تكون حية، فتخرج الأدمية بالموت عن التحاق الأحكام، فيكون في معنى البهيمية.

(١) النساء: ٢٢.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) الأحزاب: ٣٧.

(د) درور اللبن عن نكاح، فلو كانت خالية عن بعل ودر لبنها حتى نشأ عليه، له العقد عليها.

(ه) أن يكون النكاح صحيحا، فلو كان عن زنا لم ينشر.

(و) أن يكون ذات البعل حاملا، أو مرضعا، فلو خلت عنهما لم ينشر على ما قاله العلامة في القواعد (١).

(ز) ارتضاع المقدر الشرعي، وهو ثلاثة:

إماما أنبت اللحم وشد العظم، أو إرضاع يوم وليلة، أو خمس عشرة رضعة. أما الأول فالمرجع فيه إلى أهل الخبرة.

وأما الثاني فيشترط فيه شرطان:

(أ) حصول مسمى الارتضاع، فلو حضنته اليوم أو الليلة من غير رضاع لم يتعلق به حكمه.

(ب) أن لا يمنعه عن الرضاع مانع، كما لو حيل بينه وبين الثدي في أوقات إرادته، أو كان المانع له مرضا يمنعه عن الاغتذاء.

ومع حصول الشرطين لا يعتبر العدد، ولا اشتداد اللحم، لأنه مقدر برأسه، أما لو اختل أحد الشرطين، فإن حصل منه أحد المقدرين أعني الاشتداد، أو العدد المعتبر نشر، وإلا فلا.

وأما الثالث فيذكر شرائطه في المتن.

(ج) الامتصاص من الثدي، فلو حلب من الثدي ووجر في حلقه، أو سعط به لم ينشر.

(١) القواعد: كتاب النكاح الأول من أركان الرضاع، المرضعة، ص ٩ س ٢٤ قال: ولو در لبن امرأة عن غير نكاح لم ينشر حرمة، سواء كانت بكرا أو ذات بعل صغيرة كانت أو كبيرة الخ.

(د) كون اللبن باقيا على صرافته، فلو طرح في فم الصبي مانع يمتزج باللبن حال ارتضاعه حتى يخرج عن مسمى اللبن، لم ينشر الحرمة. إذا تقرر هذا فاعلم أن نشر الحرمة بالرضاع مستفاد من الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقد مر.

وأما السنة فمتواتر. روى سعد بن المسيب عن علي بن أبي طالب عليه السلام قال: قلت: يا رسول الله صلى الله عليه وآله هل لك في بنت عمك، بنت حمزة، فإنها أجمل فتاة في قريش؟ فقال: أما علمت أن حمزة أخي من الرضاعة، وأن الله تعالى حرم من الرضاعة ما حرم من النسب (١). وفي صحيحة أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام قال: لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على أختها من الرضاعة (٢). وأما الإجماع فمن سائر المسلمين، وإن اختلفوا في شرائطه. تذييب

حرم صلى الله عليه وآله من الرضاع ما حرم من النسب، وشابه بينهما فقال: الرضاع لحمة كلحمه النسب (٣) ولا يجب أن يكون المشابهة من كل وجه ثابتة في كل حكم حكم، لصدقها على البعض، فإن المشابهة تصدق بأدنى ملابسة، ويعرف

-
- (١) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٣٢٣ الحديث ١٨٥ وفي المستدرک باب ١ من أبواب ما يحرم من الرضاع، الحديث ٤ نقلا عن عوالي اللئالي، وفي الكافي: ج ٥ باب نواذر في الرضاع ص ٤٤٥ ما يقرب منه، وفي باب الرضاع منه ص ٤٣٧ الحديث ٤ و ٥ مثله.
- (٢) الكافي: ج ٥ باب نواذر في الرضاع ص ٤٤٥ قطعة من حديث ١١.
- (٣) استدلال بهذه الرواية في الجواهر (ج: ٢٩ ص ٣١٠) من كتاب النكاح ولم أعثر عليه في كتب الحديث والاستدلال من العامة والخاصة.

(أ) العتق بالملك.

(ب) وقوع الظهار، لو شبه زوجته بمن يقع الظهار به من النسب، هل يقع من الرضاع، خلاف.

(ج) قال في القواعد: ويحتمل قويا عدم التحريم بالمصاهرة، فيجوز أن يتزوج بأخت زوجته (١) والمشهور خلافه.

والتحقيق: أن الذي يدور عليه عقد النكاح أن امرأة الرجل إذا كان لها منه لبن وأرضعت مولودا القدر المحرم، يصير هذا المولود كابنها من النسب، فكلما يحرم من النسب على ابنها، حرم على هذا، لأن الحرمة انتشرت منه إليهما ومنهما إليه، فالتى انتشرت منه إليهما أنه صار كابنهما من النسب، والحرمة التي انتشرت منهما إليه وقفت عليه وعلى نسله دون من هو في طبقتهم كأخوته وأخواته، أو أعلى منه كأبائه وأمهاته، فللفحل أن يتزوج بأم هذا المرتضع وبأخته وجدته، ويجوز لوالد هذا المرتضع أن يتزوج المرضعة، لأنه لا نسب بينهما ولا رضاع ولأنه لما جاز له أن يتزوج بأم ولده من النسب، فبأن يتزوج بأم ولده من الرضاع، أولى.

فإن قلت: في النسب لا يجوز لوالد هذا المرتضع أن يتزوج بأم أم ولده، ويجوز أن يتزوج بأم أم ولده من الرضاع، وقد قلت: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟ قلنا: إنما حرمت أم أم الولد من النسب بسبب المصاهرة قبل وجود النسب، والرسول صلى الله عليه وآله إنما قال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، ولم يقل يحرم من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة.

(١) القواعد: كتاب النكاح، المطلب الثالث في الأحكام ص ١٢ س ٢ قال: ويحتمل قويا عدم التحريم بالمصاهرة، فلأب المرتضع النكاح في أولاد صاحب اللبن، وأن يتزوج بأم المرضعة وبأخت زوجته من الرضاع الخ.

(الأول) أن يكون اللبن عن نكاح، فلو در، أو كان عن زنى لم ينشر.
(الثاني) الكمية، وهي ما أنبت اللحم وشد العظم، أو رضاع يوم
وليلة،
ولا حكم لما دون العشر، وفي العشر روايتان، أشهرهما أنها لا ينشر

إعلم: أنه يحرم من النسب أربع نسوة، وقد يحرم في الرضاع وقد لا يحرم من:
(أ) أم الأخ والأخت في النسب حرام، لأنها إما أم أو زوجة أب، وأما في
الرضاع فلا يحرم إن لم يكن كذلك، كما لو أرضعت أجنبية أخاك أو أختك،
فإنها لا يحرم عليك.

(ب) أم ولد الولد في النسب حرام، لأنها إما بنتك، أو زوجة ابنك، وفي
الرضاع لا تحرم إذا لم يكن أحدهما، كما لو أرضعت أجنبية ابن ابنك، فإنها أم ولد
ولذلك، وليست حراما عليك.

(ج) جدة الولد في النسب حرام، لأنها إما أمك، أو أم زوجتك، وفي الرضاع
إذا أرضعت أجنبية ولدك فإن أمها جدته وليست حراما عليك.

(د) أخت الولد في النسب حرام، لأنها إما بنتك أو ربيبتك، وفي الرضاع قد
لا يكون كذلك كما لو أرضعت أجنبية ولدك، فبنتها أخته، وليست بنت ولا ربيبة
فلا يكون حراما عليك.

ولا يحرم أخت الأخ في النسب ولا في الرضاع، إذا لم يكن أختا، بأن يكون له
أخ من الأب، وأخت من الأم، وأنه يجوز للأخ من الأب نكاح الأخت من الأم،
وفي الرضاع لو أرضعتك امرأة وأرضعت صغيرة أجنبية منك، يجوز لأخيك
نكاحها، وهي أختك من الرضاع.

وهذه الصور الأربعة مستثناة من قولنا: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.
قال طاب ثراه: ولا حكم لما دون العشرة، وفي العشر روايتان أشهرهما أنها
لا ينشر.

ولو رضع خمس عشرة رضعة تنشر، ويعتبر في الرضعات قيود ثلاثة،
كمال الرضعة، وامتصاصها من الثدي، وأن لا يفصل بين الرضعات
برضاع غير المرضعة.

أقول: اختلف الأصحاب في العدد الذي ينشر حرمة الرضاع على أقوال
أربعة:

(أ) أنه خمسة عشر رضعة، وهو اختيار الشيخ في النهاية (١) والمبسوط (٢) وكتابي
الأخبار (٣) (٤) واختاره ابن إدريس في أحد قولييه (٥) وبه قال المصنف (٦) والعلامة
في أكثر كتبه (٧).

- (١) النهاية: باب مقدار ما يحرم من الرضاع ص ٤٦١ س ٤ قال: وإلا كان الاعتبار بخمس عشرة
رضعة متواليات إلى أن قال: أو كان أقل من خمس عشرة رضعة.. فإن ذلك لا يحرم
ولا تأثير له.
- (٢) المبسوط: ج ٥ كتاب الرضاع ص ٢٩٢ س ٤ قال: فإذا أرضعت بهذا اللبن خمس عشرة رضعة
متوالية، إلى قوله: انتشرت الحرمة الخ.
- (٣) التهذيب: ج ٧ (٢٧) باب ما يحرم من النكاح من الرضاع ص ٣١٤ قال بعد نقل حديث ١١
والذي أعتمده الخ.
- (٤) الإستبصار: ج ٣ (١٢٥) باب مقدار ما يحرم من الرضاع ص ١٩٢ الحديث ١.
- (٥) فإنه قدس سره بعد ما أفتى في أول كتاب النكاح ص ٢٨٥ س ٣٦ وقال: أو عشر رضعات
متواليات على الصحيح من المذهب: قال في باب الرضاع ص ٢٩٣ س ٢١ ما لفظه: والذي أفتى به
وأعمل عليه الخمس عشر رضعة الخ.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) القواعد: كتاب النكاح ص ١٠ قال: الأول الكمية إلى أن قال: أو خمس عشرة رضعة، وفي
التحرير: كتاب النكاح ص ٥ قال: الثاني العدد إلى أن قال: أو خمس عشرة رضعة، وفي التذكرة: كتاب
النكاح ص ٦٢٠ قال: مسألة اختلف علماؤنا في العدد المقتضي للتحريم، فالمشهور أن المقتضي للتحريم
خمس عشرة رضعة تامة الخ.

(ب) أنه عشر رضعات ذهب إليه المفيد (١) وتلميذه (٢) والتقي (٣) والقاضي (٤) والحسن (٥) وابن إدريس في القول الآخر (٦) ونقله عن السيد (٧) وهو مذهب ابن حمزة (٨) والعلامة في المختلف (٩) وهو المعتمد.
 (ج) أنه ما وقع عليه اسم رضعة واحدة، وهو ما ملأ بطن الصبي، أو بالوجور وهو قول أبي علي (١٠).
 (د) قال الصدوق في المقنع: أنه لا يحرم من الرضاع إلا خمسة عشر يوماً ولياليهن، قال: وبه كان يفتي شيخنا محمد بن الحسن رضي الله عنه، قال: روي

- (١) المقنعة: باب ما يحرم النكاح من الرضاع ص ٧٧ قال: والذي يحرم النكاح من الرضاع عشر رضعات متواليات آه.
 (٢) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٩ س ١٥ قال: والمحرم من الرضاع عشر رضعات متواليات الخ.
 (٣) الكافي: فصل فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٥ س ١٦ قال: ومنها إلى أن قال: أو عشر رضعات متواليات الخ.
 (٤) المهذب: ج ٢ باب ما يحرم من النكاح بالرضاع ص ١٩٠ س ٤ قال: فإن لم يعلم ذلك أعتبر بعشر رضعات متواليات آه.
 (٥) المختلف: في الرضاع ص ٧٠ س ٢ قال بعد نقل قول المفيد: وهو قول ابن أبي عقيل من قدمائنا.
 (٦) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٥ س ٣٦ قال: أو عشر رضعات متواليات على الصحيح من المذهب، إلى أن قال بعد نقل قول من قال بخمس عشرة رضعات: فالأول مذهب السيد المرتضى وخيرته الخ.
 (٧) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٥ س ٣٦ قال: أو عشر رضعات متواليات على الصحيح من المذهب، إلى أن قال بعد نقل قول من قال بخمس عشرة رضعات: فالأول مذهب السيد المرتضى وخيرته الخ.
 (٨) الوسيلة: في بيان أحكام الرضاع ص ٣٠١ س ١٢ قال: أو بارتضاع عشرة رضعات متواليات ربا.
 (٩) المختلف: في الرضاع ص ٧٠ س ١٥ قال: والوجه التحريم بالعشر لوجوه الخ.
 (١٠) المختلف: في الرضاع ص ٧٠ س ١١ قال: وقال ابن الجنيد إلى أن قال: إلا أن الذي أوجبه الفقه عندي واحتياط الأمر لنفسه أن كل ما وقع عليه اسم رضعة وهو ما ملأ بطن الصبي إما بالمص أو بالوجور يحرم النكاح الخ.

(الثالث) أن يكون في الحولين، وهو يراعى في المرتضع دون ولد المرضعة على الأصح.
(الرابع) أن يكون اللبن لفحل واحد، فيحرم الصبيان يرتضعان

أنه لا يحرم من الرضاع إلا ما كان حولين، وروي أنه لا يحرم من الرضاع إلا من ارتضع من ثدي واحد سنة (١)، وبالكل روايات، وأكثرها عددا وأصحها طرقا روايات الوجهين الأولين.
واحتج ابن الجنيد بصحيفة علي بن مهزيار (٢) وهي قابلة للتأويل، مع احتمال خروجها مخرج التقية.
وبالوجه الرابع رواية عن الصادق عليه السلام قال: لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع حولين كاملين (٣).
قال الشيخ في حولين كاملين (٤).
وفي رواية العلاء بن رزين: لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدي واحد سنة (٥).
قال طاب ثراه: أن يكون في الحولين، وهو يراعى في المرتضع دون ولد المرضعة على الأصح.

- (١) ليس في المقنع ما زاده بقوله (وبه كان يفتي شيخنا) لاحظ المقنع: باب بدء النكاح، ص ١١١ ص ١ ولكنه موجود في المختلف: في الرضاع ص ٧٠ س ١٣ إلى قوله (من ثدي واحد سنة).
(٢) المختلف: في الرضاع ص ٧١ س ٧ قال: احتج ابن الجنيد: ما رواه علي بن مهزيار في الصحيح، ولفظ الحديث (عن علي بن مهزيار عن أبي الحسن عليه السلام أنه كتب إليه يسأله عن الذي يحرم من الرضاع، فكتب عليه السلام قليله وكثيره حرام).
(٣) الفقيه: ج ٣ (١٤٦) باب الرضاع ص ٣٠٧ الحديث ١٥ وفيه (إلا ما كان حولين كاملين) كما نقله عن الشيخ أيضا.
(٤) الفقيه: ج ٣ (١٤٦) باب الرضاع ص ٣٠٧ الحديث ١٥ وفيه (إلا ما كان حولين كاملين) كما نقله عن الشيخ أيضا.
(٥) الإستبصار: ج ٣ (١٢٥) باب مقدار ما يحرم من الرضاع ص ١٩٨ الحديث ٢٣.

بلبن واحد، ولو اختلفت المرضعتان، ولا يحرم لو رضع كل واحد من لبن
فحل آخر وإن اتحدت المرضعة.

ويستحب أن يتخير للرضاع المسلمة الوضيئة العفيفة العاقلة، ولو
اضطر إلى الكافرة استرضع الذمية ويمنعها من شرب الخمر ولحم
الخنزير، ويكره تمكينها من حمل الولد إلى منزلها.

أقول: أما المرتضع فاعتبار الحولين فيه إجماعي إلا من أبي علي فإنه نشر الحرمة
بالرضاع المتصل بعد الحولين بما قبلها إذا لم يتخللها فطام (١) والمشهور أنه لو تم
الحولين

ولم يرو من الأخيرة لم ينشر الحرمة، لما رواه حماد بن عثمان في الموثق قال: سمعت
أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا رضاع بعد فطام، قلت: جعلت فداك وما الفطام؟
قال: الحولان اللذان قال الله عز وجل (٢).

وعلى هذا: لو فطم قبل الحولين نشر الحرمة ما وقع الرضاع فيهما، لتحديده
عليه السلام الفطام بالحولين.

وقال الحسن: لا يحرم بعد الفطام.

لما رواه الفضل بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال: الرضاع قبل
الحولين قبل أن يفطم (٣).

احتج ابن الجنيد بما رواه داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام قال:

(١) المختلف: في الرضاع ص ٧١ س ١٤ قال: وقال ابن الجنيد: إذا كان بعد الحولين ولم يتوسط بين
الرضاعين فطام بعد الحولين، حرم.

(٢) الكافي: ج ٥ باب أنه لا رضاع بعد فطام ص ٤٤٣ الحديث ٣ والمراد قوله تعالى (والوالدات
يرضعن أولادهن حولين كاملين) البقرة ٢٣٣.

(٣) المختلف: في الرضاع ص ٧١ س ١٩ قال: وقال ابن أبي عقيل: الرضاع الذي يحرم عشر رضعات
قبل الفطام فمن شرب بعد الطعام (الفطام) لم يحرم ذلك الشرب، احتج بما رواه الفضل بن عبد الملك الخ
الكافي: ج ٥ ص ٤٤٣ باب أنه لا رضاع بعد فطام الحديث ٢.

ويكره استرضاع المجوسية، ومن لبنها عن زنا، وفي رواية: إذا أحلها مولاها طاب لبنها.

الرضاع بعد الحولين قبل أن يفطم يحرم (١).
وأجيب بشذوذه، فلا يصلح معارضا للمشهور، ولجواز حمله على التقية.
وأما ولد المرضعة، فالمشهور قطع النظر عنه وعدم التعريض لذكره، وقال التقي:
من شرائط الرضاع أن يكون المرتضع، والمرتضع من لبنه ينقص سهما عن الحولين (٢)
وبه قال ابن زهرة (٣) وابن حمزة (٤) واختار المصنف الأول (٥) وكذا العلامة في أكثر
كتبه (٦) وتوقف في المختلف (٧).
قال طاب ثراه: ويكره استرضاع المجوسي، ومن لبنها عن زنا، وفي رواية إذا
أحلها مولاها طاب لبنها.
أقول: يكره استرضاع الكافرة اختيارا، ويتأكد الكراهة في المجوس، وكذا
يكره استرضاع من ولادته عن زنا، أي لبن ولادتها، أو كونها حاملا من زنا، لخبثه،

- (١) الفقيه: ج ٣ (١٤٦) باب الرضاع ص ٣٠٦ الحديث ٧.
(٢) الكافي: فصل فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٥ س ١٤ قال: ومنها أن الراضع والمرتضع من لبنه ينقص سهما الخ.
(٣) المختلف: في الرضاع ص ٧١ س ٢٥ قال بعد نقل قول أبي الصلاح: وكذا قال السيد ابن زهرة.
(٤) الوسيلة: في بيان أحكام الرضاع ص ٨ قال: والثاني أن يكون للصبوي المرتضع دون سنتين، وأن تكون المرضعة الخ.
(٥) لاحظ عبارة النافع.
(٦) التذكرة: في الرضاع ص ٦١٩ قال: مسألة لا شك أن الحولين شرط في المرتضع، وهل هما شرط في ولد المرضعة؟ إلى أن قال: ومنع بعض علمائنا اشتراط ذلك الخ وفي التحرير: في الرضاع ص ٩ س ٢٢ قال: وهل يشترط في ولد المرضعة ذلك؟ الأقرب عدمه الخ. وفي القواعد، في الرضاع ص ١١ قال: الثاني أن يكون في الحولين إلى أن قال: ويعتبر في المرتضع إجماعا دون ولد المرضعة على الأقوى.
(٧) المختلف: في الرضاع ص ٧١ س ٣٨ قال: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.

وهنا مسائل
الأولى: إذا أكملت الشرائط صارت المرضعة أما وصاحب اللبن أبا،
وأختها خالة وبناتها أختا ويحرم أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا على
المرتضع، وأولاد المرضعة ولادة، لا رضاعا.
الثانية: لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا،
لأنهم في حكم ولده وهل ينكح أولاده الذين لم يرتضعوا في أولاد هذه
المرضعة وأولاد فحلها؟ قال في الخلاف: لا، والوجه الجواز.

ولو كانت مملوكة وأحلها سيدها بعد ما فعلت ذلك طاب لبنها وجاز ارتضاعه من غير
كراهية.

ذهب إليه الشيخ في النهاية (١) واعتمد فيه على رواية إسحاق بن عمار عن أبي
عبد الله عليه السلام قال: سألته عن غلام لي وثب على جارية فأحبها فولدت
فاحتجنا إلى لبنها، فإني أحللت لهما ما صنعوا أيطيب لبنها؟ قال: نعم (٢) وأطرحها
الباقون.

قال طاب ثراه: وهل ينكح أولاده الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن في أولاد هذا
الفحل؟ قال في الخلاف: لا، والوجه الجواز.
أقول: وجه الجواز أصالة الإباحة، وعموم قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من
النساء) (٣) ولأن أخ الأخ إذا لم يكن أخا يحل من النسب فأولى من الرضاع، وهو

(١) النهاية: باب الولادة والعقيقة وحكم الرضاع ص ٥٠٤ س ١٣ قال: وإن كانت له أمة إلى أن
قال: فليجعلها في حل من فعلها ليطيب بذلك لبنها.
(٢) التهذيب: ج ٨ (٥) باب الحكم في أولاد المطلقات من الرضاع ص ١٠٨ الحديث ١٨.
(٣) النساء: ٣

الثالثة: لو تزوج رضیعة فأرضعتها امرأته، حرمتا إن كان دخل بالمرضعة، وإلا حرمت المرضعة حسب ولو كان له زوجتان فأرضعتها واحدة حرمتا مع الدخول، ولو أرضعتها الأخرى فقولان: أشبههما أنها تحرم أيضا ولو تزوج رضیعتين فأرضعتهما امرأته حرمن كلهن إن كان دخل بالمرضعة، وإلا حرمت المرضعة.

مذهب ابن إدريس (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة في أكثر كتبه (٣) وتوقف في المختلف (٤) وقال الشيخ في الخلاف: بالتحريم (٥)، معولا على صحیحة أيوب بن نوح قال: كتب علي بن شعيب إلى أبي الحسن عليه السلام، امرأة أرضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن أتزوج بعض ولدها؟ فكتب: لا يجوز ذلك لأن ولدها صارت بمنزلة ولدك (٦).

وهذا التعليل يعطي صيرورة ولدها إخوة أولاده، فينشر الحرمة. قال طاب ثراه: ولو كان له زوجتان فأرضعتها واحدة، حرمتا مع الدخول، ولو أرضعتها الأخرى، فقولان: أشبههما أنها تحريم أيضا.

- (١) السرائر: باب الرضاع ومقدار ما يحرم من ذلك ص ٢٩٥ س ١ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف: قول شيخنا في ذلك غير واضح، وأي تحريم حصل من أخت هذا المولود المرتضع بين أولاد الفحل وليس هي أختهم الخ.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) القواعد: المطلب الثالث في الأحكام ص ١١ س ١٤ قال: ولأولاد هذا الأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح في أولاد المرضعة وأولاد فحلها ولادة ورضاعا على رأي، وفي التحرير: في أحكامه، ص ١٠ (ج) قال: أما أولاده الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن إلى قوله: الوجه الجواز.
(٤) المختلف: الرضاع ص ٧٣ س ٢ قال بعد نقل الأقوال والأدلة: ونحن في ذلك من المتوقفين.
(٥) الخلاف: كتاب الرضاع مسألة ١ قال: إذا حصل الرضاع المحرم لم يحل للفحل نكاح أخت هذا المولود المرتضع بلبنه الخ وقال في النهاية، باب مقدار ما يحرم من الرضاع ص ٤٦٢ س ٧ وكذلك يحرم جميع إخوة المرتضع الخ.
(٦) الإستبصار: ج ٣ (١٢٦) باب أن اللبن للفحل ص ٢٠١ الحديث ٩.

أقول: تصوير المسألة: أن رجلا له زوجة صغيرة، وزوجتان كبيرتان، فارتضعت الصغيرة من إحدى الكبيرتين رضاعا محرما، فإن لم يكن دخل بالكبيرة حرمت الكبيرة خاصة، لعدم اشتراط الدخول بالبت في تحريم الأم، وأما الصغيرة فلا يحرم مؤبدا، لأن جرد العقد على الأم لا تحرم البنت، لكن انفسخ عقدهما للجمع بينها وبين أمها في نكاح واحد، وإن أرادها حل له تجديد العقد عليها، وإن كان قد دخل بها حرمتا مؤبدا.

فإن أرضعتها الزوجة الكبيرة الأخرى، فهل تحرم هذه المرضعة الثانية، أم لا تحرم؟ قيل: بالثاني، لأنها أرضعتها بعد أن حكم بانفساخ عقدها وصارت بنتا له وأم بنت الرجل ليست محرمة عليه، وهو اختيار الشيخ (١) وأبي علي (٢) وقيل: بل يحرم لأن الصغيرة وإن كانت الآن بنتا، تصدق عليها أنها كانت حليمة، ولا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه، فصدق على الكبيرة أنها أم امرأته، وقال تعالى (وأمهات نسائكم) (٣) ولمساواة الرضاع النسب، وهو يحرم سابقا ولاحقا وهو اختيار ابن إدريس (٤) والمصنف (٥) والعلامة (٦).
احتج الشيخ برواية علي بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام قال: قيل: إن

-
- (١) المبسوط: ج ٥ كتاب الرضاع ص ٣٠٠ س ٢١ قال: إذا كان له أربع زوجات إحداها صغيرة إلى أن قال: وروى أصحابنا في هذه أنها لا تحرم، والذي قالوه قوي.
(٢) المختلف: في الرضاع ص ٧٣ قال: مسألة قال ابن الجنيد: إذا كان له زوجات فأرضعت إحداها زوجته الصبية الخ.
(٣) النساء: ٢٣.
(٤) السرائر: باب الرضاع ص ٢٩٤ س ٢٦ قال: إذا كان له أربع زوجات إلى أن قال: وهذه كانت زوجته.
(٥) لاحظ عبارة النافع.
(٦) المختلف: في الرضاع ص ٧٣ س ١٣ قال: وقد بينا فيما تقدم تحريم الجميع الخ.

السبب الثالث، في المصاهرة: والنظر في الوطاء والنظر واللمس.
(أما الأول) فمن وطأ امرأة بالعقد أو الملك حرمت عليه أم الموطوءة
وإن علت، وبناتها وإن سفن، سواء كن قبل الوطاء أو بعده، وحرمت
الموطوءة على أبي الوطاء وإن علا وأولاده وإن نزلوا ولو تجرد العقد عن
الوطء حرمت أمها عليه عينا على الأصح وبناتها جمعا لا عينا، فلو فارق
الأم حلت البنت، ولا تحرم مملوكة الابن على الأب بالملك، وتحرم
بالوطء، وكذا مملوكة الأب، ولا يجوز لأحدهما أن يطأ مملوكة الآخر ما لم
يكن عقد أو تحليل، نعم يجوز أن يقوم الأب مملوكة ابنه الصغير على نفسه
ثم يطأها.

رجلا تزوج بجارية صغيرة، فأرضعتها امرأته، ثم أرضعتها امرأته الأخرى، إلى قوله
فقال: حرمت عليه الجارية، وامرأته التي أرضعتها أولا، أما الأخيرة فلم تحرم
عليه (١).

ويمنع صحة السند.

السبب الثالث: المصاهرة

قال طاب ثراه: ولو تجرد العقد عن الوطاء حرمت أمها عليه عينا على الأصح.
أقول: مجرد العقد على الأم تحرم البنت إجماعا، وأما العكس أعني مجرد العقد
على البنت هل تحرم الأم؟ المشهور نعم لقوله تعالى (وأمهات نسائكم) (٢) وهو عام
(وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) (٣) والربيبة بنت

(١) الكافي: ج ٥، باب نوادر في الرضاع ص ٤٤٦ قطعة من حديث ١٣.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) النساء: ٢٣.

الزوجة، فأجرى الأولى على عمومها، وقيد الثاني بالدخول، لأن الوصف، أو الشرط، أو الاستثناء إذا تعقب الجمل ترجع إلى الأخيرة على ما تقرر في موضعه. ولما رواه إسحاق بن عمار عن الباقر عليه السلام: إن عليا عليه السلام كان يقول: الربائب عليكم حرام مع الأمهات اللاتي قد دخلتم بهن، هن في حجور وغير الحجور سواء والأمهات مبهمات، دخل بالبنات أو لم يدخل بهن، فحرموا وأبهموا ما أبهم الله (١).

وهو اختيار الأكثر، وذهب إليه الشيخان (٢) (٣) وسالار (٤) والتقي (٥) وقال الحسن والصدوق في كتابه: لا يحرم بل له العقد عليها أيضا إذا فارق بنتها كالعكس (٦) (٧) لأصالة الحل، ولقوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم من

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء ص ٢٧٣ الحديث ١.
(٢) المقنعة: باب من يحرم نكاحهن، ص ٧٧ س ٦ قال: ومن عقد على امرأة لها بنت فدخل بالمرأة لم تحل له بنتها، ومن عقد على امرأة لها أم حرم عليه العقد على أمها أبدا سواء دخل بالبنت أو طلقها قبل الدخول.

(٣) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥١ س ١٦ قال: ويحرم العقد على أم الزوجة سواء دخل بالبنت أو لم يدخل بها، وإذا عقد على الأم ودخل بها حرم عليه العقد على جميع بناتها الخ.
(٤) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٧ س ١١ قال: والربيبة في المرأة المدخول بها الخ.
(٥) الكافي: فصل فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٦ س ٢ قال: أما المحرمات بالأسباب أم المرأة المعقود عليها وابنة المدخول بها.

(٦) المختلف: في تحريم المصاهرة ص ٧٤ س ٦ قال: وقال ابن أبي عقيل: إلى قوله: فالشرط عند آل الرسول في الأمهات والربائب جميعا الدخول الخ.

(٧) المقنع: باب بد والنكاح ص ١٠٤ س ١ قال: وقد روي: أن الأم والبنت في هذا سواء إذا لم يدخل بإحدهما حلت له الأخرى الخ والرواية التي أشار إليها ما رواه في الفقيه ج ٣ (١٢٤) باب ما أحل الله عز وجل من النكاح، من ٢٦٢ الحديث ٣٢ ولفظ الحديث (عن جميل بن دراج أنه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها، هل تحل له ابنتها؟ قال: الأم والابنة في هذا سواء إذا لم يدخل بإحدهما حلت له الأخرى).
ولا يخفى أن الصدوق بعد ما قال كما قال المشهور نقل بعنوان (روي) ولا يعلم من ذلك أن هذا فتواه.

ومن توابع هذا الفصل تحريم أخت الزوجة جمعا، لا عينا، وكذا بنت أخت الزوجة وبنت أخيها، فإن أذنت إحداهما صح، ولا كذا لو أدخلت العممة أو الخالة على بنت الأخ والأخت، ولو كان عنده العممة أو الخالة، فبادر بالعقد على بنت الأخ أو الأخت كان العقد باطلا، وقيل تنخير العممة أو الخالة بين الفسخ والإمضاء، أو فسخ عقدها.

نسائكم اللاتي دخلتم بهن) (١) فشرط الدخول في تحريمها، قضية للعطف. ولرواية جميل بن دراج وحماد بن عثمان في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: الأم والبنت سواء إذا لم يدخل بها، يعني: إذا تزوج المرأة، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فإنه إن شاء تزوج أمها، وإن شاء ابنتها (٢). ومثلها صحيحة منصور بن حازم (٣).

قال طاب ثراه: وقيل: تنخير العممة والخالة بين الفسخ والإمضاء، أو فسخ عقدها. أقول: النظر هنا يقع في مباحث:

(الأول) هل يحرم إدخال بنت الأخ والأخت على العممة والخالة، أم لا؟ قال القديمان: لا يحرم (٤) (٥) لقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (٦)، ولما رواه علي

(١) النساء: ٢٣.

(٢) نقلناها آنفا عن الفقيه وفي التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب ما أحل الله نكاحه من النساء ص ٢٧٣ الحديث ٤.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن في شرع الإسلام: ص ٢٧٤ قطعة من حديث ٥.

(٤) المختلف: النكاح ص ٧٩ س ٣٤ قال: وقال ابن أبي عقيل: لما عدى المحرمات في الآية قال: فهذه جملة النساء اللاتي حرم الله عز وجل نكاحهن وأحل نكاح ما سواهن، إلى أن قال وقال ابن الجنيد إلى قوله: والحديث الذي روي فإنما هو نهي احتياط لا تحريم الخ.

(٥) المختلف: النكاح ص ٧٩ س ٣٤ قال: وقال ابن أبي عقيل: لما عدى المحرمات في الآية قال: فهذه جملة النساء اللاتي حرم الله عز وجل نكاحهن وأحل نكاح ما سواهن، إلى أن قال وقال ابن الجنيد إلى قوله: والحديث الذي روي فإنما هو نهي احتياط لا تحريم الخ.

(٦) النساء: ٢٤.

بن جعفر قال: سألت أخي موسى عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة على عمتها أو خالتها، قال: لا بأس، لأن الله عز وجل قال: (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (١) وللأصل الدال على الجواز.

وقال الثلاثة (٢) (٣) (٤) والتقي (٥) وسلار (٦) وابن حمزة (٧) وابن إدريس (٨) بالتحريم، بل هو إجماعي إلا من الحسن وأبي علي (٩) وقد انقرضا، وسبقهما الإجماع وتعقبهما، وهو مذهب المصنف (١٠) والعلامة (١١).
ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: لا تزوج ابنة الأخت على

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، الحديث ١١ نقلا عن المختلف.
 - (٢) المقنعة: باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها ص ٧٧ س ٢٤ قال: لا يجوز له أن ينكح بنت الأخ على عمتها الخ.
 - (٣) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح وما حرم منه، ص ٤٥٩ س ٢ قال: ولا يجوز العقد على امرأة وعند الرجل عمتها أو خالتها الخ.
 - (٤) الإنتصار: مسائل النكاح قال: مسألة ومما انفردت به الإمامية بإباحتهم أن يتزوج الرجل المرأة على عمتها وخالتها بعد أن يستأذنها وترضيا به الخ.
 - (٥) الكافي: الضرب الخامس المحرمات في حال دون حال ص ٢٨٦ س ١٨ قال: وبنت الأخ على عمتها وبنت الأخت على خالتها حتى تأذنا.
 - (٦) المراسم: شرائط الأنكحة ص ١٥٠ س ٣ قال: وأن لا تكون المنكوحة بنت أخت امرأة الخ.
 - (٧) الوسيلة: في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٣ س ١٥ قال: وبنت أخ الزوجة أو أختها الخ.
 - (٨) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٦ س ١١ قال: ويحرم تحريم جمع أربع، والمرأة وعمتها إلى أن قال: ومن تحريم الجمع بين المرأة وخالتها.
 - (٩) تقدم آنفا.
 - (١٠) لاحظ عبارة النافع.
 - (١١) المختلف: النكاح ص ٨٠ س ٣ قال بعد نقل قول المشهور أولا وقول من خالف المشهور ثانيا: والمعتمد الأول.

خالتها إلا بإذنها وتزوج الخالة على ابنة الأخت بغير إذنها (١).
وصحيحنا أبي الصباح الكناني وأبي عبيدة الحذاء عن الصادق عليه السلام
لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها (٢) (٣) محمولتان على المقيدة بعدم الرضا،
جمعا بين الأدلة.

وكذا يحمل رواية علي بن جعفر عن الرضا (٤).

وظاهر الصدوق في المقنع تحريم الجمع مطلقا (٥).
فالحاصل أن هنا ثلاثة مذاهب:

(أ) جواز الجمع مطلقا، وهو مذهب القديمين.

(ب) تحريمه مطلقا، وهو مذهب الصدوق.

(ج) جوازه مع الرضا وعدمه مع عدمه، وهو مذهب جمهور الأصحاب.

(الثاني) لو أدخل بنت الأخ أو الأخت من غير إذن العمة أو الخالة، ما الحكم
فيه؟

قيل فيه قولان:

(أ) بطلان عقد الداخلة من رأس، ولا يؤثر في صحة رضا المدخول عليها، بل

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٩) باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها وما يحرم من ذلك وما لا يحرم ص ٣٣٢
الحديث ٢.

(٢) الإستبصار: ج ٣ (١١٦) باب نكاح المرأة على عمتها وخالتها ص ١٧٧ الحديث ٣.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١١٦) باب نكاح المرأة على عمتها وخالتها ص ١٧٨ الحديث ٦ وتاممه
(ولا على أختها من الرضاة).

(٤) تقدم نقلا عن الوسائل.

(٥) المقنع: باب بدو النكاح ص ١١٠ س ٦ قال: ولا تنكح امرأة على عمتها ولا على خالتها، ولا على
ابنة أخيها الخ.

يحتاج إلى استئنافه، للنهي عنه، فيقع فاسداً، ولها الخيار في فسخ عقد نفسها واعتزاله من غير طلاق وهو مذهب ابن إدريس (١) وفيه نظر، لأن الموجب لتسلطها على الفسخ إنما هو الجمع، وعلى القول بالبطلان، لا جمع فلا يكون لها الاعتزال، وقال المصنف: تقع باطلاً، وليس لهما الاعتزال (٢).

(ب) لا يقع باطلاً في أصله، بل يكون متزلزلاً، وللمدخول عليها فسخه، وهو قول الباقيين.

(الثالث) هل للعممة والخالة فسخ نكاح أنفسهما أم لا؟ قال الشيخان (٣) (٤) وسالار (٥) وأكثر الأصحاب بالأول، وبالثاني قال العلامة (٦) وحكاه عن المصنف (٧) لأن المنهي عنه إنما هو العقد الثاني، فيختص الحكم به، ولأن التحريم بسبب حصل بعد الحكم بلزوم عقدهما فيكون الأصل فيه البقاء، ولأنهما زوجتان قبل تجدد الداخلة فكذا بعده عملاً بالاستصحاب.

-
- (١) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ١ قال: كانت العممة والخالة محيرة ثم قال: والذي يقتضيه أصول مذهبنا أنه يحتاج إلى عقد ثان إذا عقد بغير إذنها الخ.
- (٢) لاحظ عبارة النافع.
- (٣) المقنعة: باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها ص ٧٧ س ٢٧ قال: وإن شاءتا فارقتا الرجل واعتزلتا واعتدتا منه وتزوجتا بعد العدة بغيره ولم يحتاجا في ذلك إلى طلاق أكثر من اعتزالهما إياه.
- (٤) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ٥ قال: فإن اعتزلت واعتدت ثلاثة أقرء كان ذلك فراقاً الخ.
- (٥) المراسم: شرائط الأنكحة ص ١٥٠ س ٥ قال: وإن شاءت فارقت الزوج بغير طلاق واعتدت منه.
- (٦) المختلف: النكاح ص ٨٠ قال: المقام الأول ثم قال: ويحتمل أن يقال: أنه ليس لهما فسخ نكاحهما، بل فسخ نكاح الداخلة وهو اختيار شيخنا أبي جعفر، القاسم بن سعيد، إلى قوله: لكن كلام الأصحاب ليس فيه استبعاد الخ.
- (٧) المختلف: النكاح ص ٨٠ قال: المقام الأول ثم قال: ويحتمل أن يقال: أنه ليس لهما فسخ نكاحهما، بل فسخ نكاح الداخلة وهو اختيار شيخنا أبي جعفر، القاسم بن سعيد، إلى قوله: لكن كلام الأصحاب ليس فيه استبعاد الخ.

قال العلامة في المختلف: وكلام الأصحاب ليس فيه استبعاد، لأن عقد الداخلة صحيح في نفسه، لصدوره من أهله في محله، جامعا لشرائطه، ولا يؤثر تجدد البطلان بفسخ العمّة أو الخالة في صحته الأصلية كغيره من العقود الموقوفة على رضا الغير، وإذا وقع صحيحا تساوت نسبته ونسبة عقد المدخول عليها، فلما كان لها فسخ عقد الداخلة. كان لها فسخ عقدها (١).

(الرابع) هل للعمّة والخالة فسخ نكاح الداخلة؟ نص عليه الشيخان (٢) (٣) وسالر (٤) وهو مذهب العلامة (٥) وقال القاضي: وإن لم ترض العمّة أو الخالة بذلك ولم يفسخ الزوج العقد، كان لهما اعتزاليه (٦) وهذا يعطي أن العمّة أو الخالة ليس لهما فسخ عقد الداخلة، حيث علق الفسخ على فعل الزوج. (الخامس) قول القاضي يعطي جواز الفسخ للزوج من غير طلاق (٧) وهو مع

(١) المختلف: النكاح ص ٨٠ قال: المقام الأول ثم قال: ويحتمل أن يقال: أنه ليس لهما فسخ نكاحهما، بل فسخ نكاح الداخلة وهو اختيار شيخنا أبي جعفر، القاسم بن سعيد، إلى قوله: لكن كلام الأصحاب ليس فيه استبعاد الخ.

(٢) المقنعة: باب نكاح المرأة وعمتها وخالتها ص ٧٧ س ٢٦ قال: كانتا بالخيار إن شاءتا أمضتا النكاح وإن شاءتا فسختاه..

(٣) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ٣ قال: كانت العمّة والخالة مخيرة بين إمضاء العقد وبين الاعتزال فإن أمضت كان ماضيا ولم يكن لها بعد ذلك فسخ.

(٤) المراسم: شرائط الأنكحة، ص ١٥٠ س ٤ قال: فنكاح المرأة على عمتها أو خالتها مراعى، فإن فسخته بطل الخ.

(٥) المختلف: النكاح ص ٨٠ قال: المقام الثاني، هل للعمّة والخالة فسخ نكاح الداخلة نص الشيخان، وهو المعتمد.

(٦) المهذب: ج ٢، باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٨ س ١٥ قال: وإن لم ترضيا ولم يفسخ الزوج العقد الخ.

(٧) تقدم أنفا تصريحه بذلك.

وفي تحريم المصاهرة بوطء الشبهة تردد، أشبهه أنه لا يحرم.

ندوره، ضعيف، لأنه بالنسبة إلى الزوج لازم، فلا يكون له فسخه.
(السادس) لو قلنا لهما فسخ نكاحهما لم يجب الارتقاب حتى يخرج عدة
الفاسخة، لكونها بئنة كغيره من الفسوخ، ونص عليه ابن إدريس (١) فيحل له
العقد على أختها، وخامسة، ولا نفقه لها، وقال ابن حمزة: يجب الارتقاب إلى خروج
العدة، فتحرم وطء بنت الأخ والأخت، والعقد على الخامسة، والأخت، ويلزمه
وجوب الإنفاق (٢).

(السابع) المشهور جواز العكس، أي إدخال العمّة والخالة على بنتا أخيها
وأختها، وسوى الصدوق في المقنع بينهما في التحريم (٣).
ومستنده رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: لا تتزوج العمّة والخالة
على ابنة الأخ وابنة الأخت بغير إذنهما (٤).
واحتج الباقر بالأصل، وبرواية محمد بن مسلم المتقدمة (٥).
قال طاب ثراه: وفي تحريم المصاهرة بوطء الشبهة، تردد، أشبهه أنه لا يحرم.
أقول: ألحق الشيخ في النهاية الشبهة بالصحيح في المصاهرة، لتبعيته له في لحوق
النسب، ووجوب المهر، فتحصل التحريم لوجود أحكام الصحيح فيه، ولأنه

(١) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ٤ قال: ولا يستحق في هذه العدة عليه نفقة، وله أن يتزوج
بأختها في الحال.

(٢) الوسيلة: في بيان من يجوز العقد عليه، ص ٢٩٣ س ١٨ قال: ويفرق بينهما حتى تخرج العمّة أو
الخالة من العدة.

(٣) المقنع: باب بد والنكاح، ص ١١٠ س ٦ قال: ولا تنكح امرأة على عمّتها ولا على خالتها، ولا على
ابنة أخيها ولا على ابنة أختها.

(٤) لاحظ عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٣٢٨ الحديث ٢٠٤ وما علق عليه.

(٥) تقدمت نقلا عن التهذيب: ج ٧ ص ٣٣٢ الحديث ٢.

وأما الزنا فلا تحرم الزانية، ولا الزوجة وإن أصرت على الأشهر.

أحوط (١). واختاره العلامة في أكثر كتبه (٢) ومنع ابن إدريس لأصالة الإباحة (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة في التحرير (٥).

فرع

يشترط في نشر الحرمة بالشبهة، سبق، فلو وطئ الأب زوجة الابن لشبهة لم يحرم على الابن زوجته، لسبق الحل، وقال في المبسوط: بالتحريم لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) (٦) وأجيب: بأن دلالة الآية في هذا الباب ظنية، فلا ترفع الحل المتيقن.

قال طاب ثراه: وأما الزنا فلا تحرم الزانية، ولا الزوجة وإن أصرت على الأشبه (الأشهر خ ل).

أقول: هنا مسألتان:

- (١) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٢ س ١١ قال: وإذا زنى الرجل بامرأة حرم على أبيه وابنه العقد عليها الخ. وقال في المختلف فيما يحرم بالمصاهرة ص ٧٧: مسألة قد بينا فيما سلف إن الزنا ينشر حرمة المصاهرة إلى قوله: ويلزم القائل بذلك في الزنا القول به في عقد الشبهة ووطء الشبهة الخ فعلى هذا إذا كان الشيخ قائلًا بحرمة المصاهرة في الزنا فلا بد عليه من القول في عقد الشبهة كما لا يخفى.
- (٢) التذكرة: ج ٢ كتاب النكاح، في المحرمات بالمصاهرة، ص ٦٣١ س ٣٧ قال: الثاني الوطء بشبهة إلى أن قال: وهذا يتعلق به التحريم إجماعًا، وفي القواعد الفصل الثاني المصاهرة ص ١٤ س ١٨ قال: وهل يلحق الوطء بالشبهة والزنا بالصحيح خلاف.
- (٣) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٦ س ٢٥ قال: وأما المرأة التي وطأها إلى أن قال: والذي يدل على صحة ما اخترناه أن الأصل الإباحة والحذر يحتاج إلى دليل الخ.
- (٤) لاحظ عبارة النافع.
- (٥) التحرير: كتاب النكاح ص ١٣ قال: (ح) وطء الشبهة وعقدها هل ينشر حرمة المصاهرة أم لا؟ قال الشيخ: نعم وفيه إشكال.
- (٦) النساء: ٢٢.

الأولى: هل يحل نكاح الزانية أم لا؟ للشيخ قولان: التحريم قال في النهاية (١) وبه قال المفيد (٢) والقاضي (٣) والتقي (٤) لوجوه:
(أ) قوله تعالى (والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) (٥) فالضمير إن عاد إلى الزنا كان تأكيدا، وإن عاد إلى نكاح الزانية كان تأسيسا وهو أرجح.
(ب) إن أعظم حكمة الحد والزجر عن الزنا إنما هو لمكان اختلاف الأنساب، فلو أبيض نكاح الزانية لزم الاختلاط المحذور.
(ج) رواية أبي بصير قال: سألته عن رجل فجر بامرأة ثم أراد بعد أن يتزوجها، فقال: إذا تاب حل له نكاحها، قلت: كيف تعرف توبتها؟ قال: يدعوها إلى ما كان عليه من الحرام، فإن امتنعت واستغفرت ربها عرفت توبتها (٦).
وفي معناها رواية عمار (٧).

- (١) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٨ س ١٠ قال: وإذا فجر بامرأة غير ذات بعل فلا يجوز له العقد عليها الخ.
(٢) المقنعة: باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ص ٧٧ س ١٧ قال: فإن فجر بها وهي غير ذات بعل إلى أن قال: وإلا فلا.
(٣) المهذب: ج ٢ باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٨ س ٨ قال: وإن لم يكن للمرأة زوج وفجر بها رجل حرم العقد عليها الخ.
(٤) الكافي: فصل فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٤ قال: الضرب الثاني الزنا ومقدماته من رؤية وضم وتقبييل ومحادثة إلى أن قال: والضرب الثالث، والمعقود عليها بعد الزنا حتى تستبرئ.
(٥) النور: ٣.
(٦) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٧ الحديث ٦.
(٧) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٨ الحديث ٧.

والأولى مقطوعة، والثانية ضعيفة.

والجواز قاله في الخلاف (١) والاستبصار (٢) وبه قال ابن إدريس (٣) والمصنف (٤) والعلامة (٥) لأصالة الإباحة، ولعموم (فانكحوا)، ولصحيحة الحلبي قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: أيما رجل فجر بامرأة حراما ثم بدا له أن يتزوجها حلالا، فإن أوله سفاح وآخره نكاح، ومثله مثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها حراما ثم اشتراها بعد فكانت له حلالا (٦).
ومثلها رواية أبي بصير عنه عليه السلام (٧).
الثانية: لو أصرت امرأته على الزنا قيل فيه ثلاثة أقوال:
(أ) التحريم قال المفيد (٨) وتلميذه (٩).
(ب) عدمه وهو اختيار الأكثر.

-
- (١) كتاب الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ٦٧١ قال: إذا زنى بامرأة جاز له نكاحها فيما بعد الخ.
(٢) الإستبصار: ج ٣ (١٠٩) باب كراهية العقد على الفاجرة، ص ١٦٨ أحاديث ١ ٢ ٣.
(٣) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٧ س ٢٣ قال: والزانية حتى تتوب على الزاني بها إلى أن قال: ذلك على الاستحباب دون الوجوب: وهو الذي يقوى في نفسي وأفتي به لأن الأصل الإباحة الخ.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) المختلف: في النكاح ص ٧٩ قال: مسألة يكره العقد على الفاجرة وإن كان الزاني هو العاقد إلى قوله: لنا أصالة الإباحة.
(٦) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٧ الحديث ٣.
(٧) الكافي ج ٥ باب الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها ص ٣٥٦ الحديث ٣.
(٨) المقنعة: باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها، ص ٧٧ س ٢٢ قال: ولا يجوز له إمساكها وهي مصرة على الفجور الخ.
(٩) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٩ س ١٢ قال: وإن زنت امرأته لم تحرم عليه إلا أن تصر.

وهل تنشر حرمة المصاهرة؟ قيل: نعم إن كان سابقا، ولا تنشر إن كان لاحقا، والوجه: أنه لا تنشر

-
- (ج) انفساخ النكاح، حكاه ابن حمزة عن بعض الأصحاب (١).
احتج سلار بأن أعظم فوائد النكاح التناسل، ولا يؤمن امتزاج الأنساب مع الزنا، وهو محذور (٢).
احتج المسوغون بقوله عليه السلام: لا يحرم الحرام الحلال (٣).
وبرواية عباد بن صهيب عن الصادق عليه السلام قال: لا بأس بأن يمسك الرجل امرأته إذا رآها تزني ولم يقم عليها الحد فليس عليه من إثمها شيء (٤).
وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه سأل رجل فقال: يا رسول الله صلى الله عليه وآله ما ترى في امرأة عندي ما ترد يد لامس؟ قال: طلقها، قال: إني أحبها، قال: فامسكها إن شئت (٥).
قال طاب ثراه: وهل تنشر حرمة المصاهرة؟ قيل: نعم إن كان سابقا، ولا تنشر إن كان لاحقا، والوجه أنه لا تنشر.
أقول: الزنا بالمرأة هل تنشر حرمة التزويج بأمرها، أو بنتها، وتنشر حرمة التزويج

-
- (١) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ١٢ قال: وإذا أصرت المرأة عند زوجها على الزنا انفسخ نكاحها على قول بعض الأصحاب.
(٢) لم أعثر على هذا الاحتجاج في المراسم ولكن نقله في المختلف: كتاب النكاح ص ٧٩ س ٢٠ قال: احتج سلار الخ.
(٣) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة يبدو له في نكاحها ص ٣٢٨ الحديث ٩ ولفظه (إن الحرام لا يحرم الحلال، وفي سنن ابن ماجه ج ١ كتاب النكاح (٦٣) باب لا يحرم الحرام الحلال، الحديث ٢٠١٥.
(٤) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٣١ الحديث ٢٠.
(٥) سنن النسائي: ج ٦ كتاب النكاح (تزويج الزانية).

بها على أب الزاني وابنه كالنكاح الصحيح؟ اختلف فيه الأصحاب، فأثبتته
الشيخ (١) والتقي (٢) والقاضي (٣) وابن حمزة (٤) وابن زهرة (٥) واختار العلامة في
المختلف (٦) ومنعه المفيد (٧) وتلميذه (٨) والسيد (٩) وابن إدريس (١٠) والصدوق
في
المقنع (١١) واختاره المصنف (١٢).

- (١) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح، ص ٤٥٢ س ١١ قال: وإذا زنى الرجل بامرأة حرم
على أبيه وابنه العقد عليها الخ.
(٢) الكافي: النكاح ص ٢٨٦ س ٢ قال: وأما المحرمات بالأسباب إلى أن قال: وأم المزني بها قبل
العقد.
(٣) المهذب: ج ٢ باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٨ س ١١ قال: وإذا فجر رجل
بامرأة حرم عليه العقد على أمها.
(٤) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ٩ قال: وكل وطء لشبهة أو حرام ينشر
تحريم المصاهرة.
(٥) لم أظهر عليه في الغنية، وفي المختلف: فيما يحرم بالمصاهرة ص ٥٧ س ١٧ قال في عداد من قال
بالحرمة: وابن زهرة.
(٦) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٥ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ أولا ومنع المفيد ثانيا: والمعتمد
الأول.
(٧) المقنعة: باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ص ٧٧ س ٢٠ قال: ولا بأس للرجل أن يتزوج بامرأة
قد سافح أمها أو ابنتها ولا يحرم ذلك عليه نكاح الأم والبنت سواء كانت المسافحة قبل العقد أو بعده.
(٨) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٩ س ١١ قال: فإن زنى بأجنبية لم تحرم عليه أمها ولا بنتها.
(٩) الناصريات، المسألة التاسعة والأربعون والمائة، قال: الزنا لا يوجب تحريم المصاهرة، الذي
يذهب إليه أصحابنا أنه من زنى بامرأة جاز له أن يتزوج بأمها وابتنتها سواء كان الزنا قبل العقد أو بعده.
(١٠) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٩ س قال: وأما الوطء الحرام فعلى الصحيح من المذهب
لا ينشر تحريم المصاهرة الخ.
(١١) المقنع: باب بدء النكاح ص ١٠٨ س ١٥ قال: فإن زنى بأمها فلا بأس أن يتزوجها بعد أمها
وابنتها وأختها الخ.
(١٢) لاحظ عبارة النافع.

احتج الأولون بوجوه:

(أ) عموم قوله تعالى (وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم دخلتم بهن) (١) والإضافة تصدق بأدنى ملابس، كما تقول لأحد حاملي الخشبة: خذ طرفك، وكقول الشاعر:

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة * * سهيل، أذاعت غزلها في القرائب (٢)
فنسب الكوكب إليها لشدة اهتمامها عند ظهوره.

(ب) صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن رجل يفجر بالمرأة أيتزوج ابنتها؟ قال: لا، ولكن إن كانت عنده امرأة ثم فجر بأمرها أو أختها لم يحرم عليه الذي عنده (٣).

ومثلها صحيحة عيص بن القاسم (٤) ومنصور بن حازم (٥) وفي معنى ذلك من الصحاح روايات أخر.

(١) النساء ٢٣.

(٢) لم يسم قائله، كلمة إذا للشرط، والخرقاء بالخاء المعجمة والراء المهملة والقاف كحمراء، اسم امرأة في عقلها نقصان، وهي مؤنث أخرج بمعنى الأحمق، وإنما سميت بها؟ لأنها كانت لا تنهياً أسباب الشتاء في الصيف، فلما طلع سهيل وأصاب البرد فرقت قطنها بين نساء أقاربها وجاراتها ليساعدها في الغزل، لتنهياً لباس شتائها، قوله: (لاح) بالخاء المهملة بمعنى طلع، و (سحرة) كغرفة وقت السحر، و (سهيل) كزبير كوكب معروف، وهو عطف بيان أو بدل من كوكب الخرقاء، و (أذاعت) بالذال المعجمة والعين المهملة ماض من الإذاعة بمعنى الانتشار، و (الغزل) بالعين والزاء المعجمتين كفلس، القطن والصوف، و (الأقارب) جمع أقرب وهو أفعل من القرب ضد البعد، وروي مكانه (القرائب) وهو جمع قريته، وهي التي بينك وبينها قرابة أي رحم (جامع الشواهد باب الألف بعده الذال).

(٣) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٩ الحديث ١٠.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٣٠ الحديث ١٥ ١٤.

(٥) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٣٠ الحديث ١٥ ١٤.

(ج) أنه أحوط، وقال عليه السلام: دع ما يريبك إلى ما لا يريبك (١) ويجب الاحتراز عن الضرر المظنون.

(د) أن ما تعلق بالتحريم بالوطئ المباح تعلق بالمحظور، كما في وطء المحرم والحائض ومن لم تبلغ احتج الآخرون بوجوه:

(أ) قوله تعالى: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) (٢) (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (٣).

(ب) رواية هشام بن المشنى قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل عليه رجل، فسأله عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوجها؟ قال: نعم وأمها وابنتها (٤).

وفي معناها وفي معناها رواية حنان بن سدير (٥). (ج) الأصل الإباحة. ولا يوجب تحريماً، لإلغائه وأجيب عن الآية الأولى بتأويلها (ما طاب لكم) أي ما حل وأبيح، وليست هذه مباحة لأنه عين المتنازع. وعن الثانية: بأن المتنازع دخل فيما نص على تحريمه في السابقة عليها، لما بينا من

(١) الوسائل: ج ١٨ كتاب القضاء، باب ١٢ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣٨ نقلاً عن الفضل بن الحسن الطبرسي في تفسيره الصغير، وحديث ٥٦ نقلاً عن الشهيد في الذكرى، وفي مسند أحمد بن حنبل: ج ٣ ص ١٥٣.

(٢) النساء: ٣.

(٣) النساء: ٢٤.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٦ الحديث ١.

(٥) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٨ الحديث ٩.

ولو زنى بالعمة أو الخالة حرمت عليه بناتهما.
وأما اللمس والنظر بما لا يجوز لغير المالك فمنهم من نشر به الحرمة على
أب اللامس والناظر وولده ومنهم من خص التحريم بمنظورة الأب،
والوجه الكراهية في ذلك كله، ولا يتعدى التحريم إلى أم الملموسة
والمنظورة ولا بنتيهما.

دخولها في قوله (وأمهات نسائكم).

وعن الأحاديث بحملها عن ما يكون دون الوطاء والإفشاء، أما معه فلا،
لتفصيل رواية منصور بن حازم (الصحيحة)، عن الصادق عليه السلام في رجل
كان بينه وبين امرأة فجورا، هل يتزوج ابنتها؟ قال: إن كان قبلة أو شبهها فليتزوج
ابنتها، وإن كان جماعا فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها هي (١).
وعن الأصل بوجوب مخالفته للدليل وقد بيناه.

تنبيه

المراد بالزنا الناشر للحرمة عند القائل به السابق على الحل، ولو سبق عقد
الأب أو الابن على امرأة ثم زنى بها الآخر لم تحرم على العاقد، سواء دخل العاقد أو لم
يدخل، خلافا لأبي علي حيث شرط الوطاء (٢) فلو عقد ولم يدخل ثم زنى بها الآخر
حرمت على العاقد عنده، وكذا لو عقد على امرأة ثم زنى بأمها لم تحرم الأولى عندنا،
لسبق الحل، ولصحيحة محمد بن مسلم السابقة عليه.
قال طاب ثراه: وأما اللمس والنظر بما لا يجوز لغير المالك فمنهم من نشر به الحرمة

(١) الإستبصار: ج ٣ (١٠٧) باب الرجل يزني بالمرأة لأبيه أو لابنه أن يتزوجها ص ١٦٧ الحديث ٩.
(٢) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٦ س ٨ قال: وشرط ابن الجنيد في الإباحة الوطاء، ولو عقد ولم
يدخل وزنى الآخر حرمت على العاقد أبدا، ولو دخل لم يحرم.

الأولى: نظر الإنسان إلى المرأة أو لمسها إن كان لما يجوز لغير المالك كنظر الوجه ولمس الكف من غير شهوة لم يتعلق به حكم بالإجماع.
الثانية: لو كان النظر أو القبلة بشهوة هل تحرم على أب الناظر وابنه؟ قال الشيخ: نعم (١) وبه قال القاضي (٢) وابن حمزة (٣) واختاره العلامة في المختلف (٤) والتذكرة (٥) وقال ابن إدريس: لا تحرم (٦) واختاره المصنف (٧) والعلامة في القواعد (٨) والإرشاد (٩) احتج الأولون بوجوده:

- (١) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥١ س ١٤ قال: ويحرم وطء جارية إلى أن قال: أو نظرا منها إلى ما يحرم على غير مالكتها النظر إليها، أو قبلاها بشهوة الخ وقال في باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٦ س ١٤: ولا يجوز للرجل أن يطأ جارية قد وطأها أبوه أو قبلها بشهوة الخ.
(٢) المهذب: ج ٢ باب السراري وملك الأيمان ص ٢٤٦ س ١٢ قال: وإذا كان لرجل جارية فوطأها أو قبلها بشهوة الخ.
(٣) الوسيلة: فصل في بيان أحكام السراري وملك الأيمان ص ٣٠٧ س ١٠ قال: فالمانع من الوطء إلى أن قال: ونظره منها إلى ما لا يحل لغير المالك النظر إليه وتقبيله إياها بشهوة الخ.
(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٦ قال: مسألة قال الشيخ في النهاية: لو نظر الأب أو الابن إلى أن قال: والأقرب قول الشيخ.
(٥) التذكرة: كتاب النكاح ص ٦٣٣ قال: مسألة، قال الشيخ يحرم، وبعد نقل قول الشيخ نقل قول ابن إدريس ثم رده.
(٦) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٧ س ٣٤ قال: فأما إذا قبلاها أو نظر إليها فلا إجماع لي حظر ذلك، بل الأصل الإباحة إلى أن قال: وبه أفتي.
(٧) لاحظ عبارة النافع.
(٨) القواعد: الفصل الثاني المصاهرة ص ١٤ س ١٩ قال: أما النظر واللمس بما يحرم على غير المالك والقبلة فلا.
(٩) الإرشاد: المطلب الثاني في أسباب التحريم الأول المصاهرة، قال: والنظر إلى ما يحرم على غير المالك النظر إليه لا ينشر الحرمة وإن كان الناظر أبا أو ابنا على رأي (مخطوط).

- (أ) عموم قوله تعالى (وحلائل أبنائكم) (١) ومقتضاه التحريم بمجرد حل خرج منه ما إذا تجرد عن أحد الأربعة أعني الجماع والقبلة والنظر واللمس بالإجماع، فبقي الباقي على عمومته.
- (ب) قوله تعالى: (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم) (٢) وشراء الأمة مع النظر واللمس بشهوة أدخل في الاستمتاع وأقوى في نشر الحرمة من العقد المجرد عن الوطء.
- (ج) صحيحة محمد بن إسماعيل عن أبي الحسن عليه السلام وقد سأله عن الرجل يكون له الجارية يقبلها هل تحل لولده؟ قال: بشهوة؟ قلت: نعم، قال: فما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة، ثم قال ابتداءً منه إن جردها فنظر إليها بشهوة حرمت على ابنه وأبيه، قلت: إذا نظر إلى جسدها، فقال: إذا نظر إلى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه (٣).
- وفي معناها صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام (٤).
احتج الآخرون بوجوه:
- (أ) عموم قوله تعالى: أو ما ملكت أيما نكحكم (٥).
(ب) أصالة الإباحة.
(ج) قوله تعالى: فانكحوا ما طاب لكم (٦).
(د) قوله تعالى: وأحل لكم ما ورآه ذلكم (٧).
(هـ) موثقة علي بن يقطين عن العبد الصالح في الرجل يقبل الجارية ويباشرها

(١) النساء: ٢٣ ٢٢.

(٢) النساء: ٢٣ ٢٢.

(٣) الكافي: ج ٥، باب ما يحرم على الرجل مما نكح ابنه وأبوه وما يحل له، ص ٤١٨ الحديث ٢.

(٤) الكافي: ج ٥، باب ما يحرم على الرجل مما نكح ابنه وأبوه وما يحل له ص ٤١٩ الحديث ٥.

(٥) النساء: ٣.

(٦) النساء: ٣.

(٧) النساء: ٢٤.

عن غير جماع داخل أو خارج، أيحل لأبيه وابنه؟ قال: لا بأس (١).
وأجاب المانعون عن الأصل بأنه مخالف للدليل، وعن الآية الأولى بأنها
مخصوصة، وعن الثانية، المراد بها ما حل، فالاستدلال بها مصادرة، وعن الثالثة بأنها
داخلة فيما تقدم تحريمه، وعن الحديث بحمله على عدم الشهوة، لعدم منافاة المطلق إذا
حمل على المقيد، وبأن الصحيح مقدم على الموثق مع التعارض.
الثالثة: على القول بنشر الحرمة بالنظر وأخويه، هل التحريم مقصور على الابن،
أو يتعدى إلى الأب؟ الشيخ ومتابعوه على الثاني (٢) والمفيد على الأول (٣) وهو ظاهر
التقي (٤).

الرابعة: على القول يتعدى نشر الحرمة في جانب الناظر، هل هو كذلك في
جانب المنظورة؟ بمعنى أنه يحرم أم المنظورة وبنيتها على الناظر كما تحرم على الواطئ
والعاقد، قال ابن الجنيد: نعم (٥) وبه قال الشيخ في الخلاف (٦) فجزم بتحريم أم

(١) الإستبصار: ج ٣ (١٣٢) باب ما يحرم جارية الأب على الابن أو جارية الابن على الأب
ص ٢١٢ الحديث ٤.

(٢) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح وما حرم منه ص ٤٥١ س ١٤ قال: ويحرم وطء جارية
قد ملكها الأب أو الابن إذا جامعها، أو نظرا منها إلى ما يحرم على غير مالكتها الخ وقال في باب السراري
وملك الأيمان ص ٤٩٦ س ١٦ قال: وحكم الابن حكم الأب سواء إلى أن قال: حرمت على الأب.
(٣) المقنعة: باب السراري وملك الأيمان ص ٨٤ س ٣٢ قال: وإذا نظر الأب إلى جارية قد ملكها
نظرا بشهوة حرمت على ابنه، ولا تحرم على الأب بنظر الابن.

(٤) الكافي: النكاح ص ٢٨٦ س ٢ قال: وأما المحرمات، بالأسباب إلى أن قال: وزوجة الأب وأمه
المنظور إليها بشهوة الخ فجعل التحريم مقصورا على الابن فقط دون العكس.

(٥) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ س ٢٩ قال: بقي هنا بحث آخر، وهو أن النظر والتقبييل
واللمس بشهوة هل لا ينشر الحرمة في غير الأب والابن أم لا؟ قال ابن الجنيد: وإذا أتى الرجل من زوجته
أو أمته محرما على غيره الخ.

(٦) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨١ قال: اللمس بشهوة لا ينشر التحريم وتحرم الأم وإن علت والبنات وإن
علت.

المنظورة وإن علت وبنتها وإن نزلت، وذهب ابن إدريس إلى عدم التحريم (١) وكذا المصنف (٢) والعلامة (٣).

لوجوه:

(أ) أصالة الإباحة.

(ب) قوله تعالى: (فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) والنظر وأخواه لا يسمى واحدا منهما دخولا.

(ج) إن أحدا لم يفرق بين البنت وأم الأمة، والبنت من النسب مباحة فكذا من الملك، روى عيص بن القاسم في الصحيح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باشر امرأة وقبل غير أنه لم يفض إليها، ثم تزوج ابنتها؟ قال: إن لم يكن أفضى إليها فلا بأس، وإن كان أفضى إليها فلا يتزوج (٤) وإذا ثبت إباحة البنت حلت الأم لعدم الفارق.

الخامسة: على القول بالتعدي إلى الأم والبنت في الأمة، هل تتعدى في المعقود عليها؟ قال ابن الجنيد: نعم (٥) وتبعه الشيخ في الخلاف (٦) قال أبو علي: إذا أتى الرجل من زوجته أو أمته محرما على غيره كالقبلة والملامسة أو النظر إلى عورة فقد

(١) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٧ س ٣٤ قال: فأما إذا قبلها أو نظرا إليها فلا إجماع على خطر ذلك، بل الأصل الإباحة إلى أن قال: وهذا مذهب شيخنا المفيد وبه أفتي.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ س ٣٥ قال بعد نقل قول الشيخ وابن الجنيد: والوجه الإباحة.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل لله نكاحه النساء ص ٢٨٠ الحديث ٢٢ وفي ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٣٠ الحديث ١٤.

(٥) تقدم نقله عن المختلف.

(٦) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ٨٢ قال: إذا نظر إلى فرجها تعلق به تحريم المصاهرة الخ.

حرمت عليه ابنتها بنسب كانت أم رضاع (١) وقال الشيخ في الخلاف: إذا نظر إلى فرجها تعلق عليه تحريم المصاهرة (٢).
والأقرب عدم التحريم، لأصالة الحل، وهو مذهب ابن إدريس (٣)
والمصنف (٤) والعلامة (٥) لقوله تعالى: (فإن لم تكونوا دخلتم بها) (٦) علق التحريم بالدخول، ولا يسمى النظر وأخواه دخولا.
احتج المانعون بالاحتياط، وبما روي عن النبي صلى الله عليه وآله لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها (٧).
وقال عليه السلام: من كشف قناع امرأة حرم عليه أمها وبنتها (٨) هذا استدلال الشيخ في الخلاف (٩).
ويؤيده صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فنظر إلى شعر رأسها وإلى بعض جسدها أيتزوج ابنتها؟ قال: لا، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها (١٠) وحملها الشيخ في الاستبصار على الكراهية دون التحريم لأنه تعالى علق التحريم على الدخول كما

(١) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ س ٣٠ قال: قال ابن الجنيد: وإذا أتى الرجل الخ.

(٢) تقدم آنفا.

(٣) تقدم آنفا ما عن ابن إدريس.

(٤) تقدم أيضا.

(٥) تقدم أيضا.

(٦) النساء: ٢٣.

(٧) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨٢ قال: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم، وطريقة الاحتياط، وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: لا ينظر الله الخ ثم قال: وقال عليه السلام: من كشف قناع امرأة الخ.

(٨) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨٢ قال: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم، وطريقة الاحتياط، وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: لا ينظر الله الخ ثم قال: وقال عليه السلام: من كشف قناع امرأة الخ.

(٩) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨٢ قال: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم، وطريقة الاحتياط، وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: لا ينظر الله الخ ثم قال: وقال عليه السلام: من كشف قناع امرأة الخ.

(١٠) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء ص ٢٨٠ الحديث ٢٣.

تضمنه خبر عيص (١).

تذنيب

قد ظهر فيما قلنا فيما سلف أن الزنا ينشر حرمة المصاهرة، ويلزم القائل بذلك القول به في عقد الشبهة ووطء الشبهة، وقال ابن إدريس: لا يثبت بعقد الشبهة ووطئها تحريم المصاهرة (٢) وقال المصنف في الشرائع: وفي وطء الشبهة تردد أظهره أنه لا ينشر (٣) وقال العلامة في المختلف: والوجه الأول (٤)، وقد بينا حكم النظر وأخويه إذا كان مباحا لكونه في ملك أو عقد.

ولو كان في شبهة، قال في الخلاف: ينشر الحرمة إلى الأم وإن علت والبنت وإن نزلت ولو كان ذلك إلى الأجنبية (٥) قال فخر المحققين: كل من قال لا يحرم الوطء، بالزنا، قال: لا يحرم هنا، واختلف القائلون بالتحريم بالوطء بالزنا في تحريمه هنا على قولين: (٦).

(١) الإستبصار: ج ٣ (١٠٦) باب حد الدخول الذي يحرم معه نكاح الربيبة ص ١٦٣ قال بعد نقل حديث محمد بن مسلم: فالوجه في هذه الروايات ضرب من الكراهية إلى أن قال: فعلق التحريم بالدخول حسب ما تضمنه الخبر الأول، أي خبر عيص.

(٢) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٣٠ قال: فأما عقد الشبهة ووطؤ الشبهة فعندنا لا ينشر الحرمة (٣) الشرائع: السبب الثالث المصاهرة، قال: وأما الوطء بالشبهة إلى أن قال: وفيه تردد والأظهر أنه لا ينشر.

(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٧ س ٢٨ قال: والوجه الأول وقد تقدم.

(٥) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨١ وفيه (إذا كان مباحا أو بشبهة) وليس فيه جملة (ولو كان الخ) ولعل الطاهر أن نقله بالمعنى.

(٦) الإيضاح: في أحكام المصاهرة ج ٣ ص ٦٦ قال: المسألة الرابعة، النظر المحرم إلى الأجنبية هل يحرم الأم والبنت؟ كل من قال الخ ثم قال: والأقوى عندي عدم التحريم).

ويلحق بهذا الباب مسائل:
الأولى: لو ملك أختين فوطاً واحدة حرمت الأخرى، ولو وطأ الثانية
أثم ولم تحرم الأولى، واضطربت الرواية، ففي بعضها تحرم الأولى حتى
تخرج الثانية عن الملك، لا للعود، وفي أخرى: إن كان جاهلاً لم تحرم،
وإن كان عالماً حرمتا عليه.

قال طاب ثراه: لو ملك أختين فوطاً واحدة حرمت الأخرى، ولو وطأ الثانية أثم
ولم تحرم الأولى واضطربت الرواية ففي بعضها تحرم الأولى حتى تخرج الثانية عن
الملك لا للعود، وفي أخرى: إن كان جاهلاً لم تحرم وإن كان عالماً حرمتا عليه.
أقول: إذا ملك أختين جاز له نكاح أيهما شاء، فإذا وطأ أحدهما حرم عليه
وطء الأخرى حتى يخرج الموطوءة عن ملكه بأي نوع كان من أنواع الملك، ولا يكفي
الإجارة، ولا الرهن لبقاء الملك، وكذا لا يكفي الهبة من دون قبض ويكفي معه وإن
جاز الرجوع، فإن وطء الثانية قبل الإخراج لم تحرم الأولى، لسبق الحل إليها، كما
لو أدخل أخت الزوجة عليها، فإن التحريم تتعلق بالثانية، ويؤيده قوله عليه السلام:
لا يحرم الحرام الحلال (١) هذا اختيار ابن إدريس (٢) وبه قال المصنف (٣) والعلامة
في القواعد (٤) ولو أخرج الأولى حلت الثانية.

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٨) باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في نكاحها ص ٣٢٨ قطعة من
حديث ٩ وسنن ابن ماجه: ج ١ كتاب النكاح (٦٣) باب لا يحرم الحرام الحلال، الحديث ٢٠١٥.
(٢) السرائر: باب السراري وملك الأيمان، ص ٣١٥ س ٢٠ قال: فأما الأختان فمتى وطئ أحدهما
الخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) القواعد: كتاب النكاح، المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد، السادسة ص ١٧ س ٩ قال: ولو
وطء أمة بالملك حرمت عليه أختها به حتى تخرج الأولى عن ملكه ببيع أو هبة أو غيرهما إلى أن قال:
والأقرب أنه متى أخرج أدهما الخ.

وقال الشيخ في النهاية: إذا وطأ الثانية وكان عالماً بتحريمها حرمت عليه الأولى حتى تخرج أو تموت الثانية، فإن أخرج الثانية عن ملكه ليرجع إلى الأولى لم يجز له الرجوع إليها، ولو لم يعلم تحريم ذلك عليه جاز له الرجوع إلى الأولى على كل حال إذا أخرج الثانية عن ملكه ببيع أو هبة (١) وتبعه القاضي (٢) وابن حمزة (٣) واختاره العلامة في المختلف (٤).

قوله: واضطربت الرواية ففي بعضها تحرم الأولى حتى تخرج الثانية، وفي بعضها إن كان جاهلاً باللام في الرواية للجنس، لا للعهد، فليس هناك رواية واحدة فيها اضطراب، لكونها بطريقتين مثلاً، بل النص الوارد بالتحريم مضطرب، فبعض النصوص ورد مطلقاً، وهو روايات:

منها: موثقة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سئل عن رجل عنده أختان مملوكتان، فوطأ إحداهما، ثم وطأ الأخرى؟ قال: إذ وطأ الأخرى فقد حرمت الأولى حتى تموت الأخرى، قلت: أرايت إن باعها أتحل له الأولى؟ قال: إن كان يبيعها لحاجته ولا يخطر على قلبه من الأخرى شيء، فلا أرى بذلك بأساً، وإن كان يبيعها ليرجع إلى الأولى، فلا ولا كرامة (٥).

-
- (١) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح وما حرم منه، ص ٤٥٥ س ٨ قال: فمتى ملك الأختين الخ.
- (٢) المهذب: ج ٢، باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ومن يحل منهن، ص ١٨٥ س ٦ قال: ويحرم عليه الجمع بين الأختين المملوكتين في الوطئ الخ.
- (٣) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ١٩ قال: فإن ملك أختين ووطأ إحداهما الخ.
- (٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٨ قال: مسألة لو ملك الأختين إلى أن قال بعد نقل قول الشيخ أولاً وما قاله ابن إدريس ثانياً: والمعتمد الأول.
- (٥) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرّم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٣.

ونحوه روى أبو الصباح الكناني (١).

ومثلها رواية علي بن حمزة (٢).

وبعض النصوص ورد بالتحريم مقيدا بالعلم، وهو روايات:

فمنها: ما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: الرجل يشتري

الأختين، فيطأ إحداهما ثم يطأ الأخرى بجهالة؟ قال: إذا وطأ الأخيرة بجهالة لم

يحرم عليه الأولى، وإن وطأ الأخيرة وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا جميعا (٣).

قال الشيخ: معنى (حرمتا جميعا) أي ما دامت في ملكه، فإذا زال ملك إحداهما

فقد حلت له الأخرى (٤).

فالحاصل أن الواطئ إما أن يكون عالما، أو جاهلا، فإن كان عالما حرمت

الأولى ولا يحل حتى تخرج الثانية على الشرط المذكور، والثانية أيضا محرمة لسبق

التحريم إليها، فإن أبقاهما على ملكه كانتا معا محرمتين، فإن أخرج الأولى حلت

الثانية، وإن كان جاهلا حلت الأولى بإخراج الثانية كيف كان.

هذا فرق بين العالم والجاهل عند الشيخ ومن تابعه، وقد ذكرناه.

وقال ابن إدريس: أيهما أخرج حلت له الأخرى مع نية العود وعدمها، ومع

العلم والجهل، ومع بقائها يحرم الثانية دون الأولى، لسبق الحل إليها (٥) وفي المبسوط

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٢.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٤.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩٠ الحديث ٥٥.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٢٥) باب من أحل الله نكاحه من النساء وحرم منهن ص ٢٩١ قال بعد نقل

حديث ٥٦: قوله عليه السلام آه.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٠ س ١٦ قال: والذي يقتضيه أصول المذهب ويقوى في نفسي

أنه إذا أخرج إحداهما عن ملكه حلت الأخرى سواء أخرجها ليعود إلى من هي باقية في ملكه أو لا يعود

عالمًا كان بالتحريم أو غير عالم الخ.

أضرب عن التفصيل وقال: ولا تحرم الأولى بوطء الثانية، بل هي على ما كانت عليه، لكن يستحب له التوقف حتى يستبرئ الأخرى لئلا يجمع ماءه في رحم أختين (١) ومال العلامة في المختلف إلى العمل بالرواية المشتملة على التفصيل، قال: أما حل الأولى فلأصل، ولأن الجهل عذر بخلاف العلم، فجاز أن يقابل بنقيض مقصوده، كما قويل القاتل بمنع الإرث، ولرواية الحلبي المتقدمة (٢).

تفريع

قد بينا أنه إذا ملك أختين ووطأ واحدة حرمت الأخرى، فمع إبقائها في ملكه، المحرم، الثانية خاصة دون الأولى، لسبق الحل إليها، ولو أخرج الأولى حلت الأخرى، ويشترط في الإخراج أن يكون محرماً للوطئ تحريماً لا يقدر على رفعه، فلا تكفي الإجارة، ولا الرهن، لعدم زوال الملك، وتمكنه من الوطء بالفك، أو الإذن المرتهن لا عروض التحريم بالصوم، والإحرام، والحيض، وتحريمها باليمين، والردة، والعدة من وطء الغير بشبهة، ويكفي بيع بعضها، لحصول التحريم به.

وهنا مسائل

(أ) هل يكفي التحريم بالتزويج والكتابة؟ قال في التذكرة: نعم، لأنه تحريم

(١) المبسوط: ج ٤، فصل فيمن يجوز العقد عليهن من النساء ص ٢٠٧ س ٣ قال: ولا تحرم الأولى بوطء الثانية، بل هي على ما كانت عليه الخ.
(٢) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٩ س ٢ قال: أما مع الجهل فلا يحرم عليه الأولى للأصل ولأن الجهل عذر الخ.

لا يمكنه رفعه (١) واستشكله في القواعد (٢) وقال فخر المحققين: لا بد من خروج الرقبة عن ملكه (٣) وهو المعتمد، ويكفي الكتابة وإن كانت مشروطة. (ب) لا يكفي الهبة من دون القبض، ويكفي معه، وكذا لو جعلها عوضاً في إجازة أو هبة.

(ج) لا يجزي بيعها بخيار للبايع وإن قلنا بنقل الملك بالعقد، لتمكنه من وطئها، نعم يجوز الإقالة وبيعها بخيار المشتري، فلو ردها به، أو بعيب، أو إقالة وجب استبرؤها لحدوث الملك، ثم إن كان قد وطأ الأخرى لم يحل المردودة حتى يخرج الموطوءة.

(د) لو كاتب الموطوءة أو باعها ثم عادت بعيب، أو فسخت كتابتها بالعجز، فإن لم يكن وطء الأخرى تخيير لحل الأخرى بتحريم الأولى، وحل الأولى بالاستبراء، وإن كان قد وطأها لم تحل المكاتبه إلا مع تحريم الأخرى كالمردودة.

(هـ) لو كانت إحدى الأختين مجوسية، أو أخته من الرضاعة، فوطأ المحرمة بشبهة، جاز له وطء الأخرى، لحصول التحريم في الأولى.

(و) لو ملك أمة وبنيتها ووطأ إحداها حرمت الأخرى مؤبداً، فإن وطأها بجهالة حرمت الأولى أيضاً مؤبداً، وإن كان مع العلم حد ولم تحرم الأولى. (ز) إذا أخرج الأولى حلت الثانية في الحال، وقال بعض العامة: لا تحل أختها

-
- (١) التذكرة: ج ٢، كتاب النكاح ص ٦٣٧ س ٢٠ قال: مسألة إذا وطء إحدى الأختين المملوكتين إلى أن قال: ولو كاتب إحداها حلت له الأخرى، لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه الخ.
- (٢) القواعد: المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد ص ١٧ س ٩ قال: وفي اشتراط اللزوم أو الاكتفاء بالتزويج أو الرهن أو الكتابة إشكال.
- (٣) الإيضاح: ج ٣ ص ٨٧ س ٧ قال: والأقوى عندي أنه لا بد من خروج الرقبة عن ملكه خروجا لازماً، للنص.

الثانية: يكره أن يعقد الحر على الأمة، وقيل: يحرم إلا أن يعدم الطول ويخشى العنت.
الثالثة: لا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من حرتين، أو حرة وأمتين، أو أربع إماء.

حتى يستبرئ المخرجة ويعلم ببراءتها من الحمل، ولو ظهرت حاملا لم يحل له الأخت حتى تضع، لئلا يجتمع ماءه في رحم أختين، وهو بمنزلة نكاح الأخت في عدة أختها، والحق الجواز، لأنه لو طلق الأخت بئنا حل له نكاح أختها في الحال على كراهية، وإن كانت المطلقة حاملا، والاستبراء بمنزلة العدة البائنة، لأنه لا يمكن ردها إلى النكاح.

قال طاب ثراه: يكره أن يعقد الحر على الأمة، وقيل: يحرم إلا أن يعدم الطول ويخشى العنت.

أقول: الطول لغة السعة، وشرعا مهر المرأة الحرة ونفقتها، ووجودها، وإمكان وطئها قبلا شرطان:

والعنت لغة المشقة الشديدة، وشرعا الزنا، لأنه سبب لمشقة الحد في الدنيا والعقوبة في الآخرة بالنار، وخوف العنت يتحقق بقوة الشهوة وضعف التقوى. فهنا قيود ستة:

- (أ) وجود الحرة، فلو لم يوجد، فلا طول.
- (ب) وجود مهرها، فلو عدمه فلا طول.
- (ج) يساره بنفقتها، فمع إعساره عنها لا طول.
- (د) إمكان وطئها قبلا، فلو لم يجد إلا الارتفاع، أو ضعيفة لا يحتمله، فلا طول.
- (هـ) غلبة الشهوة، فمع قدرته عليها لا عنت.
- (و) ضعف التقوى، فلو تمكن من حبس نفسه عن الزنا ووثق بها في ذلك

لا عنت، اللهم إلا أن تخاف ضررا في مزاجه، أو تشويشا في عقله.
فعند تحقق هذه الشرائط يجوز نكاح الأمة بالإجماع، وإن صبر مع ذلك كان
أفضل لقوله تعالى: (وأن تصبروا خير لكم) (١).
وهل تحل نكاح الأمة من دون هذه الشروط أم لا؟ قيل فيه ثلاثة أقوال:
(أ) الحل قاله الشيخ في النهاية (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤).
(ب) التحريم: قاله في الخلاف (٥) وهو مذهب القديمين (٦) والمفيد (٧)
والقاضي (٨).
(ج) الشرط أن لا يكون تحته حرة، نقله الشيخ في الخلاف عن بعض

-
- (١) النساء: ٢٥.
(٢) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح وما حرم منه ص ٤٦٠ س ٢ قال: ومتى عقد على الأمة
إلى قوله كان العقد ماضيا.
(٣) لاحظ عبارة النافع.
(٤) المختلف: في نكاح الإماء والمماليك ص ١٤ س ٢٠ قال بعد نقل الأقوال: والمعتمد اختيار
الشيخ في النهاية.
(٥) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨٦ قال: لا يجوز للحر المسلم تزويج الأمة إلا بثلاث شروط الخ.
(٦) المختلف: في نكاح الإماء والمماليك ص ١٤ س ٨ قال: وقال ابن أبي عقيل: لا يحل للحر المسلم
عند آل الرسول عليهم السلام أن يتزوج الأمة الخ. وقال بعد أسطر: وقال ابن الجنيد: لا يحل عقد المسلم
التزويج على إماء أهل الكتاب ولا تزويج الحر بالأمة آه.
(٧) المقنعة: باب العقود على الإماء ص ٧٧ س ٣٠ قال: ولا يجوز لمن وجد طولاً لنكاح الحرائر أن
ينكح الإماء الخ.
(٨) لا يخفى أن فتوى القاضي في المسألة مختلف، ففي باب نكاح الإماء والعبيد من المهذب: ص ٢١٥
س ١٠ قال: فإن تزوج بأمة إلى أن قال: فقد خالف أمر الله وما شرط عليه، وفي ص ١٨٩ س ٣ قال: وإذا
وجد الرجل الطول إلى العقد على الحرة كره له العقد على الأمة الخ اللهم أن يراد من لفظة (الكراهة)
التحريم كما هو المتداول عند البعض.

الأصحاب (١) لأن المانع من نكاح الأمة وجود نكاح بالفعل، لا القدرة عليه،
كنكاح الأخت والخامسة.

لحسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: يتزوج الحرة على الأمة، ولا يتزوج
الأمة على الحرة، ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل (٢) و (من) فيها معنى
الشرط.

احتج المانعون بقوله تعالى: (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات
المؤمنات إلى قوله ذلك لمن خشي العنت منكم) الآية (٣) فشرط أولا في نكاح
الإماء بالعقد أحد الشرطين المذكورين، إذ (من) فيها معنى الشرط، وثانيا قوله
ذلك لمن اشترط آخر.

ولما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج
المملوكة؟ قال: إذا اضطر إليها فلا بأس (٤) و (إذا) للشرط والاضطرار فسر في الآية.
احتج المسوغون بوجوه:

(أ) قوله تعالى (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم
وإمائكم) (٥).

(ب) قوله تعالى (ولأمة مؤمنة خير من مشركة) (٦).

(ج) أصالة الإباحة.

(١) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٨٦ قال: وقال أبو حنيفة: لا يحل له إلا بشرط واحد، وهو أن
لا يكون عند حرة، ثم قال: وبه قال قوم من أصحابنا الخ.

(٢) الكافي: ج ٥ باب الحر يتزوج الأمة ص ٣٥٩ الحديث ٢.

(٣) النساء: ٢٥.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٠) العقود على الإمام وما يخل من النكاح بملك اليمين ص ٣٣٤ الحديث ٢.

(٥) النور: ٣٢.

(٦) البقرة: ٢٢١.

ويظهر فائدة الخلاف: أنه لا يحل نكاحها إن عدم حصول الشرطين، ومعها يحل الواحدة ويحرم الثانية على الأولى، لزوال العنت لها، ويجوز على الثاني من دون الشرطين الواحدة والاثنان، وعلى الثالث إذا انتفى الشرطان وليس له زوجة حرة جازت له الأمة لكون الشرط هو فقدان عقد الحرة فقط.

فروع

- (أ) يرجع إلى قوله: في خوف العنت، وفي عدم الطول وإن كان بيده مال وادعى أنه لغيره، أو أن عليه ديناً بقدره ولا يملك غيره من غير يمين.
- (ب) حدوث الشرطين بعد العقد لا يبطله، وإن كان قبل الدخول، وكذا لو حدثا بعد الإطلاق الرجعي لا يمنعان الرجعة، لأنها ليست بابتداء عقد.
- (ج) التحريم راجع إلى الوطي والعقد بتبعيته، فيكون منهيًا فتقع باطلاً، وهو قول الشيخ في المبسوط (١) وهو مذهب الحسن (٢) وقال القاضي: التحريم راجع إلى العقد ولا يبطل (٣) وهو قول المفيد (٤).
- (د) لا فرق في العقد بن الدائم والمنقطع، أما التحليل فإن جعلناه عقد متعة كالسيد (٥) حرم من دون الشرطين، وإلا فلا.

(١) لم أجد في المبسوط تصريحاً بما ادعاه.

- (٢) المختلف: كتاب النكاح، الفصل السادس في نكاح الإمام والمماليك ص ١٤ س ٨ قال: وقال ابن أبي عقيل إلى أن قال: فإن تزوجها على هذه الحالة فالنكاح باطل الخ.
- (٣) المهذب: ج ٢ باب نكاح الإمام والعبيد ص ٢١٥ س ١٠ قال: فإن تزوج بأمة إلى أن قال: ولا يبطل عقده على الأمة، بل يكون عقده ماضياً.
- (٤) المقنعة: باب العقود على الإمام ص ٧٧ س ٣٦ قال: ومن تزوج أمة وهو يجد طولاً لنكاح الحرائر خالف أمر الله تعالى وشرطه عليه إلا أنه لا يفسح بذلك نكاحه.
- (٥) الإنتصار: مسائل النكاح ص ١١٨ س ١٣ قال: يجوز للرجل أن يبيع مملوكته لغيره على معنى أنه يعقد عليها عقد النكاح الذي فيه معنى الإباحة الخ.

الرابعة: لا يجوز نكاح الأمة على الحرة إلا بإذنها، ولو بادر كان العقد باطلا وقيل: كان للحرة الخيرة بين إجازته وفسخه، وفي رواية: لها أن تفسخ عقد نفسها، وفي الرواية ضعف، ولو أدخل الحرة على الأمة

قال طاب ثراه: لا يجوز نكاح الأمة على الحرة إلا بإذنها، ولو بادر كان العقد باطلا الخ.

أقول: هنا مسائل:

الأولى: إذا تزوج أمة على حرة ولم تأذن الحرة، فهل يقع نكاح الأمة باطلا في أصله، أو يكون موقوفا؟ القديمان على الأول (١) واختاره ابن إدريس (٢) وحكاه عن الشيخ في التبيان (٣) وهو مذهب المصنف (٤).
والشيخان (٥) والقاضي (٦) وسالار (٧) وابن حمزة (٨) على الثاني، واختاره

(١) المختلف: كتاب النكاح فيما يحرم اجتماعا لا عينا ص ٨١ س ٥ قال: وقال ابن أبي عقيل وابن الحنيد: أنه يقع باطلا.

(٢) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ٩ قال: وقال شيخنا أبو جعفر في التبيان: من شرط صحة العقد على الأمة ألا يكون عنده حرة إلى أن قال: ومتى عقد عليها بغير إذن الحرة كان العقد على الأمة باطلا ثم قال: قال محمد بن إدريس: نعم ما قال وحقق هنا رحمة الله.

(٣) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ٩ قال: وقال شيخنا أبو جعفر في التبيان: من شرط صحة العقد على الأمة ألا يكون عنده حرة إلى أن قال: ومتى عقد عليها بغير إذن الحرة كان العقد على الأمة باطلا ثم قال: قال محمد بن إدريس: نعم ما قال وحقق هنا رحمة الله.
(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المقنعة: باب العقود على الإمام ص ٧٧ س ٣٧ قال: ومن تزوج بأمة وعنده حرة ولم تعلم بذلك فهي بالخيار إذا علمت، وفي النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٥ قال: فإن عقد على حرة وعنده أمة إلى قوله: كانت مخيرة الخ.

(٦) المهذب: ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٨ س ٢٣ قال: وإن عقد على حرة وعنده أمة هي زوجة ولم تعلم الحرة الخ.

(٧) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة ص ١٥٠ س ٧ قال: ومنها أن لا يتزوج أمة وعنده حرة الخ.

(٨) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ٤ قال: وإن تزوج بحرة وعنده أمة الخ.

جاز، وللحرة الخيار إن لم تعلم، إن كانت الأمة زوجة، ولو جمع بينهما في عقد صح عقد الحرة دون الأمة.

العلامة (١).

وما وجد في عبارات الأكثر من أصحابنا، بالبطلان، مرادهم أنه لا يقع منجزا لازما، بل يجوز قابلا للفسخ، وكذا ما يوجد في الروايات، وليس ذلك صريحا بما قاله ابن إدريس لأنهم يردفون أول المسألة بصحة العقد مع الإجازة.

احتج الأولون: بما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: تزوج الحرة على الأمة، ولا تزوج الأمة على الحرة، ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل (٢). وعن حذيفة بن منصور قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج أمة على حرة لم يستأذنها؟ قال: يفرق بينهما، قلت: عليه أدب؟ قال: نعم، اثنا عشر سوطا ونصف، ثمن حد الزاني، وهو صاغر (٣).

احتج الآخرون: بما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام عن رجل تزوج أمة على حرة؟ فقال: إن شاءت الحرة أن تقيم مع الأمة أقامت، وإن شاءت ذهبت إلى أهلها الحديث (٤) ولو وقع باطلا لما صح بالمتجدد من الرضا، فإن الفاسد من العقد لا يتجدد له الصحة

الثانية: إذا أمضت الحرة العقد مضي، ولم يكن لها بعد ذلك فسخه، ولا يحتاج إلى تجديد عقد الأمة، وقال ابن إدريس: يفتقر إلى تجديده، لوقوعه باطلا (٥).

(١) المختلف: كتاب النكاح ص ٨١ فيما يحرم اجتماعا لا عينا ص ٤ قال: فالأقرب أن نكاح الأمة لا يقيم باطلا في أصله الخ.

(٢) الكافي: ج ٥ باب الحر يتزوج الأمة ص ٣٥٩ الحديث ٢.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإمام وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤٤ الحديث ٤٢.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإمام وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤٥ قطعة من حديث ٤٣.

(٥) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ٨ قال: ولا تحل له الأمة بالعقد الأول بل لا بد من عقد ثان الخ.

الثالثة: هل للحرّة أن تفسخ عقد نفسها إذا دخلت الأمة عليها؟ قال الشيخان: نعم (١)، وهو اختيار القاضي (٢) وسالار (٣) وابن حمزة (٤) ومنعه المصنف (٥) والعلامة (٦) لوقوعه صحيحاً واختصاص الثاني بالنهي، فتختص بالحكم، والاستدلال هنا كما في العمّة وبنت الأخ، ولابن إدريس مثل القولين. الرابعة: لو اقترن العقد عليهما ولم يعلم الحرّة ولم يأذن، تخيرت في فسخ عقد الأمة، وإمضاءه، ولها فسخ عقد نفسها هنا، لكون العقد واحداً، وقد وقع متزلزلاً، ولا أولوية، وقال الشيخ: يمضي عقد الحرّة، ويبطل عقد الأمة (٧) وكذا قال ابن إدريس (٨) وهو مذهب المصنف (٩) ولعل مرادهم ما ذكرناه أي وقوعه متزلزلاً قابلاً للفسخ، لأن عقد الحرّة لما كان مبدأ للإمضاء والفسخ، حكم بمضي عقدها وفساد

- (١) المقنعة: باب العقود على الإمام ص ٧٨ س ١ قال: وإن شاءت أن تفارقه اعتزلته ففارقت بذلك الخ وفي النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٢ قال: وإن أبت واعتزلت كان ذلك فراقاً الخ.
- (٢) المهذب: ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٨ س ٢٠ قال: وإن لم ترض بذلك كان لها اعتزال الزوج.
- (٣) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة ص ١٥٠ س ٧ قال: فإن فعل، فالحرّة مخيرة إلى قوله: وبين أن تعتزله.
- (٤) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤ س ٤ قال: وإن لم تعلم إلى قوله: وفسخ عقد نفسها.
- (٥) لاحظ عبارة النافع.
- (٦) المختلف: كتاب النكاح ص ٨١ قال: المسألة الثالثة هل للحرّة أن تفسخ عقد نفسها الخ.
- (٧) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٤ قال: فإن عقد في حالة واحدة كان العقد على الحرّة ماضياً.
- (٨) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ١٨ قال: فإن عقد في حالة واحدة كان العقد على الحرّة ماضياً.
- (٩) لاحظ عبارة النافع.

عقد الأمة على التفسير المذكور.

وفي صحيحة أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج حرة وأمتين مملوكتين في عقد واحد، قال: أما الحرة فنكاحها جائز، وإن كان سمي لها مهرا فهو لها، وأما المملوكتان فإن نكاحهما في عقد مع الحرة باطل يفرق بينه وبينهما (١) ويحمل على الفسخ من الحرة لعقدتهما.

الخامسة: لو كان عنده أمة بالعقد وعقد على الحرة، قال الشيخ: يتخير الحرة بين الصبر والاعتزال (٢) وبه قال القاضي (٣) وابن زهرة (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦) وأجاز لها في التبيان فسخ عقد الأمة (٧) ومنعه ابن إدريس (٨) للحكم بصحة عقد الأمة، بل لها الخيار في نفسها.

- (١) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإمام ص ٣٤٥ الحديث ٤٥.
- (٢) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٩ س ١٥ قال: فإن عقد على حرة وعنده أمة إلى قوله: كانت مخيرة.
- (٣) المهذب: ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٨ س ٢٣ قال: وإن عقد على حرة وعنده أمة إلى قوله: كانت مخيرة الخ.
- (٤)
- (٥) لاحظ عبارة النافع.
- (٦) القواعد: المقصد الثاني في التحريم غير المؤيد ص ١٧ قال: الثامنة لو عقد على الأمة إلى أن قال: ولو تزوج الحرة على الأمة الخ.
- (٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٨١ قال: المسألة لو عقد على الحرة وعنده زوجة هي أمة إلى أن قال: عدا التبيان، فإنه جعل للحرة الخيار أيضا في فسخ عقد الأمة.
- (٨) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩٢ س ١٤ قال: ليس لها أن تفسخ نكاح الأمة إذا كان عقد الأمة متقدما على عقدها الخ.

الخامسة: لا يحل العقد على ذات البعل ولا تحرم به، نعم لو زنى بها حرمت، وكذا في الرجعية خاصة.
السادسة: من تزوج امرأة في عدتها جاهلا، فالعقد فاسد، ولو دخل حرمت أبدا ولحق به الولد، ولها المهر بوطء الشبهة، وتتم للأول وتستأنف أخرى للثاني، وقيل: تجزي عدة واحدة ولو كان عالما حرمت بالعقد.

توضيح

يتصور اقتران العقدان والجمع بينهما في عقد، في صور:
(أ) أن يزوجه وكيلاه في وقت واحد ولم يعلم الحرة بالعقد الآخر، لكونهما في مكانين.
(ب) أن يجمعهما مكان وتكون جاهلة بكون المسمى لتزويج الأمة زوجها، أو بكون الزوجة أمة.
(ج) أن يجمعهما مجلس واحد، ويقول الزوج، زوجت سعدي على ألف ورشيدة على مائة، فلسعدى الحرة أن تقول: زوجتك وفسخت نكاح رشيدة.
(د) أن يقول: تزوجتكما على ألف، فتقول الحرة: زوجتك نفسي وأبطلت نكاح الأمة أما لو قال: تزوجت رشيدة وسعدى بألف، فقالتا: زوجناك، ثم قال سعدي، يعني الحرة: فسخت، لم يصح، ولزمها العقد، وكذا لو قال: تزوجت رشيدة وسعدى، لم يكن لسعدى أن تقول: زوجتك وفسخت نكاح الأمة إلا على مذهب التبيان.

قال طاب ثراه: من تزوج امرأة في عدتها جاهلا، فالعقد فاسد، ولو دخل حرمت أبدا ولحق به الولد، ولها المهر بوطء الشبهة، وتتم العدة للأول وتستأنف أخرى للثاني، وقيل: تجزي عدة واحدة، ولو كان عالما حرمت بالعقد.
أقول: إذا تزوج الإنسان معتدة لا يخلو إما أن يكون عالما بالعدة والتحريم، أو

فرع

لو عقد جاهلا في العدة، ووطئ بعد خروجها لم يحرم، لأن الحكم في الجاهل متعلق بالوطء لا العقد، وقد حصل بعد العدة، وحينئذ لا فرق بين أن يتجدد له العلم بعد العدة أو قبلها إذا كان الوطء بعد العدة.

القسم الثاني: أن يكون جاهلا، وفيه مسائل:

(أ) لا تحرم عليه بمجرد العقد.

(ب) تحرم مع الدخول مؤبدا.

(ج) تنقطع عدة الأول بوطنه، فإن حملت اعتدت له بوضعه وأكملت بعده عدة الأول بما بقي منها، وإن لم تحمل أتمت عدة الأول بعد مفارقة الثاني ثم استأنفت للثاني عدة أخرى، ولا تتداخل العدتان، لأنهما حكمان واجبان وتداخلهما على خلاف الأصل، وهو مذهب الشيخ في النهاية (١) وابن إدريس (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤).

وقال الصدوق وأبو علي: تجزي واحدة عنهما (٥) (٦).

(١) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح وما حرم منه ص ٤٥٤ س ٢ قال: وكان عليها عدتان الخ.

(٢) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٢١ قال: وكان عليها عدتان، تمام العدة الأولى من الزوج الأول الخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) القواعد: كتاب النكاح ص ١٥ قال: الثانية لو تزوج امرأة في عدتها إلى أن قال: وتعتد منه بعد إكمال الأولى الخ.

(٥) المقنع: باب الطلاق ص ١٢٠ س ١ قال: فإن نعى إلى امرأة زوجها إلى أن قال: فإنها تعتد عدة واحدة ثلاثة قروء.

(٦) المختلف: كتاب الطلاق ص ٦٨ س ٣٠ قال: وقال ابن الجنيدي: إذا نعى إلى المرأة زوجها، أو أخبرت بطلاقه فاعتدت ثم تزوجت الخ.

لرواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة فقدت زوجها، أو نعى إليها، فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها، قال: تعدد منهما جميعا ثلاثة أشهر عدة واحدة، وليس للآخر أن يتزوجها أبدا (١) وفي طريقها ابن بكير، لكن أجمعوا على تصحيح ما صح عنه.

فقد استفيد من هذه الرواية ثلاثة أحكام:

(أ) الاكتفاء بالعدة الواحدة.

(ب) إلحاق ذات البعل بالمعتدة.

(ج) حكم وطء الشبهة بالنسبة إلى ذات البعل كالزنا بها في اقتضاء التحريم المؤبد وحملها الشيخ على عدم الدخول (٢).

(د) لو أراد الزوج مراجعتها بعد وضع الحمل جاز، لا قبله، لكونها في عدة غيره، ويحتمل الجواز، ويمنع من وطئها، ولا منافاة كما لو وطئت الزوجة لشبهة.

وهل يجب لها الإنفاق عليه من حين الرجوع؟ يحتمل عدمه قويا، لأن شرطها التمكين وهو مفقود هنا، ويحتمل وجوبه لأن المنع شرعي فأشبهه الحيض والمرض.

(هـ) هل يباح له منها الاستمتاع بما عدا الجماع؟ يحتمله لكونها زوجة، ويحتمل عدمه لقوله تعالى: (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) (٣).

أما تحريم الجماع فلا فرق فيه بين القبل والدبر.

(و) لا قسمة لهذه على الزوج مع رجوعه في زمان الحمل على القول به إن حرمتها ما عدا الجماع.

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب دون الأنساب ص ٣٠٨ الحديث ٣٧.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب دون الأنساب ص ٣٠٨ قال بعد نقل حديث ٣٧ و ٣٨ ما لفظه (ليس في هذه الأخبار أنه كان قد دخل بها إلى أن قال: فأما إذا لم يدخل بها فيجزئها عدة واحدة).

(٣) الطلاق: ٤.

ولو تزوج محرماً عالماً حرمت وإن لم يدخل، ولو كان جاهلاً فسد ولم
تحرم ولو دخل.
السابعة: من لاط بغلام فأوقبه حرمت عليه أم الغلام وبنته وأخته.

الذي لولا هذا المانع لترتب عليه أثره، أما الفاسد فلا يتعلق به حكماً إذا كان العاقد
عالماً بفساده، ولو لم يعلم فساده كمن اعتقد نكاح الشغار فكالصحيح في التحريم.
قال طاب ثراه: ولو تزوج محرماً عالماً حرمت وإن لم يدخل، ولو كان جاهلاً
فسد ولم تحرم ولو دخل.

أقول: حاصل الشيخ في النهاية، وهو المشهور، أن المحرم إذا عقد، فإن كان عالماً
حرم بمجرد العقد وإن لم يدخل، وإن كان جاهلاً لم يحرم ولو دخل، بل يفسد ذلك
العقد وله تجديده (١) وبه قال ابن حمزة (٢) وهو ظاهر المفيد (٣).
وقال في الخلاف: يحرم مع الجهل بالدخول، كالمعتدة (٤) والأول أكثر.
واعلم أن المؤبدات في التحريم بالعارض، عقوبة للمكلف، عشرة:
(أ) من دخل بمعتدة رجعية مطلقاً، أو عقد عليها عالماً.
(ب) من تزوج محرماً عالماً.

(ج) من زنى بذات بعل ويريد به الزنا في نفس الأمر وإن لم يكن في ظن
الواطي زناً، فلو وطئها لشبهة أو جاهلاً بالتحريم، ثبت الحكم، فالمناطق الوطاء،

(١) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح وما حرم منه ص ٤٥٣ س ١ قال: وإذا عقد المحرم على
امرأة الخ.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٢ س ١١ قال: أو في حال الإحرام من الرجل
وهو عالم بتحريمه دخل بها أو لم يدخل إلى أن قال: المعقود عليها في حال الإحرام جاهلاً بالتحريم الخ.
(٣) المقنعة: باب من يحرم نكاحهن ص ٧٧ س ٢ قال: ومن عقد على امرأة وهو محرم مع العلم بالنهي
الخ ولم يتعرض لصورة الجهل ولا للدخول وعدمه فلا حظ.

(٤) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ٩٩ قال: إذا تزوجها في حال إحرامها جاهلاً فدخل بها لم تحل له أبداً.

السبب الرابع، في استبقاء العدد:
وإذا استكمل الحر أربعاً بالغبطة، حرم عليه ما زاد، ويحرم عليه من
الإماء ما زاد على اثنين، وإذا استكمل العبد حرتين، أو أربعاً من الإماء
غبطة حرم عليه ما زاد، ولكل منهما أن يضيف إلى ذلك بالعقد المنقطع
وبملك اليمين ما شاء. وإذا طلق واحدة من الأربع حرم عليه ما زاد غبطة
حتى يخرج من العدة، أو تكون المطلقة بائنة، وكذا لو طلق امرأة وأراد

-
- وتردد في التحرير في وفي وطء ذات البعل بالشبهة (١) ويعضد ما اخترناه رواية زرارة
وقد تقدمت ونبها عليه فيما سلف (٢).
(د) من فجر بعتمته أو حالته حرمت عليه بنتاهما أبدا.
(هـ) الملاعنة لقوله عليه السلام: المتلاعنان؟؟ ليجتمعان أبدا (٣).
(و) المطلقة تسعا للعدة ينكحها رجلا.
(ز) المفوضة قبل بلوغها تسعا تحرم مؤبدا على المفضي إذا كان زوجا، وقيل:
مطلقا.
(ح) من أوقب غلاما ذكرا حرمت عليه أمه وإن علت.
(ط) وكذلك بنته وإن نزلت.
(ي) أخته خاصة دون بناتها، وتتعلق الحكم بإدخال بعض الحشفة وإن لم

-
- (١) التحرير: كتاب النكاح، الفصل الثالث في باقي الأسباب ص ١٤ (ج) قال: ولو زنى بذات بعل
لشبهة فالوجه التحريم.
(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب دون الأنساب ص ٣٠٨ الحديث ٣٧.
(٣) كنز العمال للمتقي: ج ١٥، الحديث ٤٠٦٠٥ ولفظه (عن ابن مسعود قال: لا يجتمع المتلاعنان
أبدا) وحديث ٤٠٦١٠ عن علي عليه السلام قال: (مضت السنة في المتلاعنين أن لا يجتمعا أبدا) وفي كنوز
الحقائق للمناوي في هامش جامع الصغير: ج ٢ ص ١٢٥ حرف الميم نقلا عن الديلمي، كما في المتن.

نكاح أختها

ولو تزوجهما في عقد بطل، وقيل: يتخير، والرواية مقطوعة
كان معه ثلاث فتزوج اثنتين في عقد، فإن سبق بإحدهما صح دون
اللاحقة، وإن قرن بينهما بطل فيهما، وقيل: يتخير أيتهما شاء، وفي رواية
جميل: لو تزوج خمسا في عقد واحد يتخير أربعا ويخلي باقيهن، وإذا
استكملت الحرة طلاقات ثلاثا حرمت حتى تنكح زوجا غيره ولو كانت
تحت عبد، وإذا استكملت الأمة طلقتين حرمت حتى تنكح زوجا غيره،
ولو كانت تحت حر، والمطلقة تسعا للعدة تحرم على المطلق أبدا.

يجب الغسل، ولا تحرم هذه الثلاثة من الواطئ على الموطوء.
قال طاب ثراه: ولو تزوجهما (يعني الأختين) في عقد بطل، وقيل: يتخير،
والرواية مقطوعة.

أقول: البحث هنا في مواضع:

(الأول) يحرم الجمع بين الأختين، وبين الخمس، وبين الاثنين لصاحب
الثلاث وبالعكس بالإجماع، فإن فعل قال الشيخ في النهاية: يتخير أي الأختين
شاء وكذا في الزائد على الأربع (١) وبه قال القاضي (٢) وابن الجنيدي (٣) واختاره
العلامة في المختلف (٤).

(١) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح وما حرم منه ص ٤٥٤ س ١١ قال: ولا يجوز له أن يجمع
بين الأختين إلى أن قال: فإن عقد عليهما في حاله واحدة كان مخيرا بين أن يمسه أيتهما شاء
الخ.

(٢) المهذب: باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٤ س ١٢ قال: فإن تزوج بهما بلفظ
واحد كان مخيرا الخ.

(٣) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٨ س ٤ قال: فإن فعل دفعة قال الشيخ في النهاية إلى أن
قال: وهو قول ابن الجنيدي ثم قال بعد نقل قول ابن إدريس بالبطلان: والمعتمد الأول

(٤) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٨ س ٤ قال: فإن فعل دفعة قال الشيخ في النهاية إلى أن
قال: وهو قول ابن الجنيدي ثم قال بعد نقل قول ابن إدريس بالبطلان: والمعتمد الأول

وقال ابن إدريس: يبطل العقد (١) وبه قال ابن حمزة (٢) والمصنف (٣) والعلماء في الإرشاد (٤).

احتج الأولون بوجهين:

(أ) حسنة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج خمسا في عقدة؟ قال: يخلى سبيل أيتها شاء ويمسك الأربعة (٥).

وروى جميل أيضا عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في رجل تزوج أختين في عقدة واحدة قال: هو بالخيار أن يمسك أيتها شاء ويخلي سبيل الأخرى (٦).

(ب) أن المقتضي للإباحة ثابت، والمانع لا يصلح للمعارضة، فيجب ثبوت الحكم، أما المقتضي فهو العقد، إذا العقد عليهما عقد على كل واحدة منهما، وأما المانع فليس إلا لانضمام عقد الأخرى إليه، وهو لا يقتضي تحريم المباح كما لو جمع بين محرمة ومحللة عينا في عقد واحد كذات البعل والخالية منه، وكما لو جمع بين المحرم والمحلل في البيع، ولا فرق إلا الإطلاق والتعيين، إذ في التعيين تحريم واحدة معينة فتبطل العقد عليهما، وفي الإطلاق تحل واحدة مطلقة وتحرم أخرى مطلقة وقد

(١) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٣٣ قال: والذي يقتضيه أصول المذهب أن العقد باطل يحتاج أن يستأنف.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٣ س ٤ قال: والثاني (أي من يحرم نكاحه) عشر نسوة إلى أن قال: وإن عقد عليهما عقد مقارنة لم يصح الخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) الإرشاد: المطلب الثاني في أسباب التحريم قال: فإن تزوج الأختين صح السابق فإن اقتربنا بطل (مخطوط).

(٥) الكافي: ج ٥ باب الذي عنده أربع نسوة ص ٤٣٠ الحديث ٥.

(٦) الكافي: ج ٥ باب الجمع بين الأختين من الحرائر والإماء ص ٤٣١ الحديث ٣.

عقد عليهما معا، فيدخلان في العقد، إذ لا وجود له إلا في جريانه.
احتج الآخرون: بأنه عقد منهي عنه، ولأن اختصاص إحدى الأختين بصحة
عقدها دون الأخرى ترجيح من غير مرجح.

والجواب: الفرق بين المحللة والمحرمة، وبين صورة النزاع، فإن في المحللة عينا
والمحرمة عينا ضم المحرمة في العقد لاغ لا عبرة به، وفي صورة النزاع له صلاحية الوقوع
على كل واحدة، فإن لم يؤثر حالة وقوعه بواحدة كان باطلا، وإن أثر في كل واحدة
لزم وقوعه بهما، وهو باطل بالإجماع، وصرفه إلى أحدهما دون الأخرى ترجيح بلا
مرجح.

(الثاني) المناط في التقارن والترتب بالعقد، لا بالخطبة في المشهور، وقال أبو علي:
فإن فعل ذلك في العقد على خمس صح العقد على أربع وبطل عن واحدة، وكذلك
في الأختين فيبطل العقد على المذكورة آخرهن إما في الخطبة أو إجابة الولي (١) وهو
نادر.

(الثالث) لو ترتب العقد صح عقد الأولى وبطل الثانية، فلو وطء الثانية فرق
بينهما، قال في النهاية: ولا يرجع إلى الأولى حتى يخرج عدة الثانية (٢) وبه قال
القاضي (٣) وابن حمزة (٤) وقال ابن إدريس: لا يمنع من وطأ امرأته الأولى (٥) وهو

-
- (١) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٨ س ١٤ قال: وقال ابن الجنيد: إلى أن قال: ويبطل العقد على
المذكورة آخرهن إما في الخطبة أو في إجابة الولي الخ.
(٢) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح، ص ٤٥٤، س ١٥ قال: فإن وطأ الثانية فرق بينهما ولم
يرجع إلى الأولى الخ.
(٣) المذهب: ج ٢ باب في ذكر من يحرم نكاحه من النساء ص ١٨٤ س ١٤ قال: فإن وطأ الثانية
فرق بينهما وحرم عليه الرجوع إلى الأولى حتى تخرج التي وطئها من عدتها منه.
(٤) الوسيلة: فصل في بيان من يجوز العقد عليه ص ٢٩٣ س ٩ قال: فإن دخل بالثانية فرق بينهما
الخ.
(٥) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٨٩ س ٣٦ قال: والذي يقتضيه أصول المذهب أنه لا يمتنع من
وطئ امرأته الأولى الخ.

السبب الخامس، اللعان: ويثبت به التحريم المؤبد، وكذا قذف الزوج امرأته الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان.

المشهور، وقال أبو علي: لو تزوج الثانية ولم يعلم فرق بينهما إن لم يكن دخل بالأخيرة، ولو دخل بها تخير أيتها شاء، ولا يقرب من يختارها حتى يقضي عدة من خلا بها (١) وهو متروك.

والمعتمد قول ابن إدريس، وعليه المصنف (٢) والعلامة (٣).
فالحاصل أن هنا ثلاثة أقوال:

- (أ) التخيير مع الدخول، مختار أبي علي.
(ب) بطلان الثانية، ولا حكم لوطئها لو حصل، ويعود إلى الأولى من غير ارتقاب خروج عدة الثانية مختار ابن إدريس.
(ج) بطلان الثانية ولا يعود إلى الأولى حتى يخرج عدة الثانية، مختار النهاية.

احتج أبو علي بصحيفة أبي بكر الحضرمي قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام رجل نكح امرأة ثم أتى أرضاً فنكح أختها وهو لا يعلم؟ قال: يمسك أيتها شاء ويخلي سبيل الأخرى (٤).

وأجيب: المراد بامسك الأولى بالعقد الثابت عليها، والثانية باستجداد العقد عليها بعد مفارقة الأولى:

- (١) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٨ س ١٩ قال: وقال ابن الجنيد: قال دخل بالأخيرة تخير أيتها شاء الخ ثم قال بعد نقل قول الشيخ أولاً وابن إدريس وابن الجنيد ثانياً: والمعتمد الأول.
(٢) المختلف: كتاب النكاح ص ٧٨ س ١٩ قال: وقال ابن الجنيد: قال دخل بالأخيرة تخير أيتها شاء الخ ثم قال بعد نقل قول الشيخ أولاً وابن إدريس وابن الجنيد ثانياً: والمعتمد الأول.
(٣) لاحظ عبارة النافع.
(٤) الكافي: ج ٥ باب الجمع بين الأختين من الحرائر والإماء ص ٤٣١ الحديث ٢.

السبب السادس، الكفر ولا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتابية إجماعاً وفي الكتابية قولان: أظهرهما: أنه لا يجوز غبطة ويجوز متعة، وبالمملك في اليهودية والنصرانية، وفي المجوسية قولان: أشبههما الجواز. ولو ارتد أحد الزوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال، ولو كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدة إلا أن يكون الزوج مولوداً على الفطرة، فإنه لا يقبل عوده وتعتد زوجته عدة الوفاة.

السبب السادس: الكفر

قال طاب ثراه: وفي الكتابية قولان: أظهرهما أنه لا يجوز غبطة ويجوز متعة، إلى قوله: أشبههما الجواز. أقول: تحريم ما عدا الكتابيات من الكفار ثابت بالإجماع. والكتابيات قسمان:

(الأول) من له كتاب وهم اليهود والنصارى، ولأصحاب هنا ستة أقوال: (أ) تحريم النكاح بكل أنواعه، اختاره السيد (١) والشيخ في كتابي الأخبار (٢) وأحد قولي المفيد (٣) وقواه ابن إدريس (٤) واختاره فخر المحققين، قال: وهو الذي

(١) الإنتصار: مسائل النكاح ص ١١٧ قال: مسألة ومما انفردت به الإمامية خطر نكاح الكتابيات الخ.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب، ص ٢٩٦ الحديث ١ ٢ ٣ وفي الإستبصار: ج ٣ (١١٧) باب تحريم نكاح الكوافر من سائر أصناف الكفار.

(٣) المقنعة: باب من يحرم نكاحهن من النساء ص ٧٦ س ٣٣ قال: ونكاح الكافرة محرم بسبب كفرها سواء كانت عابدة وثن أو مجوسية أو يهودية نصرانية الخ.

(٤) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩١ س ٧ قال: وقال بعض أصحابنا: إنه لا يجوز العقد على هذين الجنسين عقد متعه ولا عقد دوام وهو قوي عندي يمكن الاعتماد عليه والركون إليه.

- استقر عليه رأي والذي يعني العلامة في البحث (١)، والذي رجحه في المختلف (٢).
(ب) جواز النكاح بكل أنواعه، اختاره الحسن (٣) والصدوقان (٤).
(ج) إباحة المتعة اختياراً، والدوام اضطراراً، اختاره الشيخ في النهاية (٥) وابن حمزة (٦) وابن إدريس في القول الآخر (٧).
(د) جواز النكاح بملك اليمين، لا بالعقد، وهو أحد قولي المفيد في باب عقد الإماء (٨).

- (١) الإيضاح: ج ٣ كتاب النكاح، في الكفائة، ص ٢٢ س ١٣ قال: والأول وهو التحريم مطلقاً هو الصحيح عندي والذي استقر عليه رأي والذي المصنف في البحث.
(٢) المختلف: فيما يحرم بسبب الكفر ص ٨٣ س ١٢ قال: والمعتمد تحريم أصناف الكفار في الدوام وكرهية أهل الكتاب في المتعة الخ.
(٣) المختلف: فيما يحرم بسبب الكفر ص ٨٢ س ٢٥، قال: وقال ابن أبي عقيل: إلى قوله: وأما أهل الكتاب وهم اليهود والنصارى فلا بأس الخ.
(٤) المقنع: باب بد والنكاح ص ١٠٢ س ٣ قال: ولا بأس بتزويج النصرانية فإن تزوجت يهودية فامنعها من شرب الخمر الخ. وفي المختلف: (في التحريم بسبب الكفر ص ٨٢ س ٢٣) قال: قال علي بن بابويه: وإن تزوجت يهودية أو نصرانية فامنعها من شرب الخمر الخ.
(٥) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٧ س ٣ قال: فإن اضطر إلى العقد عليهن عقد على اليهودية والنصرانية وذلك جائز عند الضرورة، ولا بأس أن يعقد على هذين الجنسين عقد المتعة مع الاختيار الخ.
(٦) الوسيلة: فصل في بيان مقدمة الكتاب وكيفية العقد ص ٢٩٠ س ٢ قال: ويجوز لمؤمن أن يتمتع باليهودية والنصرانية الخ.
(٧) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩١ س ٥ قال: فإن اضطر إلى العقد عليهن عقد على اليهودية والنصرانية وذلك جائز عند الضرورة الخ.
(٨) المقنعة: باب العقود على الإماء ص ٧٨ س ٩ قال: وينكح بملك اليمين النصرانية واليهودية ولا يجوز له ذلك بعقد نكاح الخ.

(٥) إباحته بملك اليمين والمتعة وتحريمه دائما اختاره التقى (١) وسلار (٢) والمصنف (٣).

(و) تحريمه اختيارا مطلقا وجوازه اضطرارا مطلقا وهو قول أبي علي (٤).
احتج الأولون بأنهن مشركات، ونكاح المشركة حرام.
أما الأولى: فلقوله تعالى (وقالت اليهود عزيز بن الله وقالت النصارى المسيح بن الله، ثم قال في آخر الآيتين (سبحانه عما يشركون) (٥) فسماهن مشركات. وأما الثانية: فلقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) (٦) وقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن) (٧).

ولأن النكاح يستلزم المودة، لقوله تعالى (وجعل بينكم مودة ورحمة) (٨) ومودة الكافر حرام، لقوله تعالى: (لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله) (٩).

واحتج المسوغون: بقوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) (١٠).

- (١) الكافي: النكاح، وأما نكاح المتعة ص ٢٩٩ س ٨ قال: ويجوز التمتع باليهودية والنصرانية دون من عداهما وفي ص ٣٠٠ س ١٠ قال: ويجوز وطئ اليهودية والنصرانية بملك اليمين الخ.
- (٢) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة ص ١٤٨ س ١٦ قال: أما في عقود المتعة والأمة فجائز في الذميات خاصة الخ.
- (٣) لاحظ عبارة النافع.
- (٤) المختلف: كتاب النكاح، ص ٨٢ س ٣٢ قال: وقال ابن الجنيد إلى أن قال: وإن دعت إلى ذلك ضرورة في دار الإسلام الخ أن يكون بالأبكار منهن الخ.
- (٥) التوبة: ٣١ ٣٠.
- (٦) البقرة: ٢٢١.
- (٧) الممتحنة: ١٠ وفي نقل الآية الشريفة تقديم وتأخير.
- (٨) الروم: ٢١.
- (٩) المجادلة: ٢٢.
- (١٠) المائدة: ٥.

وبما رواه أبو مريم الأنصاري عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن طعام أهل الكتاب ونكاحهم؟ حلال؟ فقال: نعم قد كانت تحت طلحة يهودية (١).
والجواب عن الآية: أنها منسوخة بقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر).
وعن الرواية: بضعف طريقها.

واحتج المفصلون بالنسبة إلى الاختيار والاضطرار بحسنة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: لا ينبغي للمسلم أن يتزوج يهودية ولا نصرانية وهو يجد حرة مسلمة أو أمة (٢).

وبالنسبة إلى العقد: ما رواه أبان بن عثمان عن زرارة قال: سمعته يقول: لا بأس أن يتزوج اليهودية والنصرانية متعة وعنده امرأة (٣).
والمعتمد الأول.

(الثاني) من له شبهة كتاب وهم المجوس، فإنه كان لهم كتاب اسمه (جامست) ونبي اسمه (زرادشت) فحرقوا الكتاب، وقتلوا النبي، وبقي في أيديهم صحف يشبهوا بها، وهم يعبدون النار، ويسمون الثنوية، لأنهم يقولون بالهين اثنين، النور والظلمة، فالنور إله الخير، فكل ما في العالم من خير فهو منه، والظلمة إله الشر، فكل ما في العالم من شر فهو منه، ولهذا يدعون وقود النار، ولهم في أصول الاعتقادات أقوال سخيفة كفرية بعيدة عن أقوال أهل الملل.
والمشهور عند الفقهاء: أن حكمهم حكم اليهود والنصارى في التقرير بالجزية وعصمة الدم والمال، لقوله عليه السلام: سنوا بهم سنة أهل الكتاب (٤) ومنع ابن

(١) الإستبصار: ج ٣ (١١٧) باب تحريم نكاح الكوافر ص ١٧٩ الحديث ٤.

(٢) الإستبصار: ج ٣ (١١٧) باب تحريم نكاح الكوافر ١٨٠ الحديث ٨.

(٣) الإستبصار: ج ٣ (١١٧) باب تحريم نكاح الكوافر ص ١٨١ الحديث ١٠.

(٤) الموطأ: ج ١ كتاب الزكاة ٢٤ باب جزية أهل الكتاب والمجوس الحديث ٤٢ ولفظه (عن جعفر بن محمد بن علي عن أبيه: أن عمر بن الخطاب ذكر المجوس، فقال: ما أدري كيف أصنع في أمرهم فقال: عبد الرحمان بن عوف: أشهد لقد سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: سنوا بهم سنة أهل الكتاب) ونقله العلامة في التذكرة.

وإذا أسلم زوج الكتابية فهو على نكاحه، سواء كان قبل الدخول أو بعده.

ولو أسلمت زوجته دونه، انفسخ في الحال، إن كان قبل الدخول، ووقوف على انقضاء العدة إن كان بعده، وقيل: إن كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقيا، ولا يمكن من الدخول عليها ليلا، ولا من الخلوة بها نهارا وغير الكتابيين يقف على انقضاء العدة بإسلام أيهما اتفق، ولو أسلم الذمي وعنده أربع فما دون لم يتخير، ولو كان عنده أكثر من أربع يتخير أربعاً.

إدريس عن مناكحتهم (١) وهو حسن، والروايات خالية عن ذكر المجوسيات. قال طاب ثراه: ولو أسلمت زوجته (أي زوجة الذمي) دونه انفسخ في الحال إن كان قبل الدخول ووقف على انقضاء العدة أن كان بعده، وقيل: إن كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقيا، ولا يمكن من الدخول عليها ليلا، ولا من الخلوة بها نهارا.

أقول: القول المحكي للشيخ في النهاية وكتابي الأخبار (٢) (٣).

معولا على رواية جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام

-
- (١) السرائر: كتاب النكاح ص ٢٩١ س ١٢ فبعد نقل قول الشيخ في التبيان وقول المفيد في المقنعة بالمنع، قال: وهو الصحيح الذي لا خلاف فيه ويقتضيه أصول المذهب، وقوله تعالى الخ.
- (٢) النهاية: باب ما أحل الله تعالى من النكاح ص ٤٥٧ س ١٣ قال: فإن أسلمت المرأة ولم يسلم الرجل الخ.
- (٣) سيأتي.

أنه قال: في اليهودي والنصراني والمجوسي إذا أسلمت امرأته قبله، ولم يسلم؟ قال: هما على نكاحهما، ولا يفرق بينهما، ولا يترك يخرج بها من دار الإسلام إلى دار الكفر (١) وهي مرسله، ومعارضة بصحيحة البزنطي قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون له الزوجة النصرانية، فتسلم، هل يحل لها أن تقيم معه؟ قال: إذا أسلمت لم تحل له، قلت: جعلت فداك فإن أسلم الزوج بعد ذلك أيكونان على النكاح؟ قال: لا، إلا بتزويج جديد (٢) وبالأول قال في الخلاف (٣) وهو مختار القاضي (٤) وابن إدريس (٥) واختاره المصنف (٦) والعلامة (٧). لأن التزويج نوع سلطنة على الزوجة لقوله تعالى: (الرجال قوامون على النساء) (٨) والكافر منفي السلطنة على المسلم، لقوله تعالى (لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) (٩) وللرواية المتقدمة.

- (١) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب ص ٣٠٠ الحديث ١٢.
- (٢) التهذيب: ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالأسباب ص ٣٠٠ الحديث ١٣.
- (٣) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ١٠٥ قال: وهكذا إذا كانا كتابيين فأسلمت الزوجة الخ.
- (٤) المهذب: ج ٢ كتاب النكاح ص ١٨٧ س ١٣ قال: فإن أسلمت الزوجة ولم يسلم الرجل لم يكن له عليها سبيل الخ.
- (٥) السرائر: كتاب النكاح ص ٢١١ س ١٤ قال: فإن أسلمت المرأة ولم يسلم الرجل فإنه ينتظر به عدتها الخ.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) المختلف: كتاب النكاح ص ٨٤ س ٥ قال بعد نقل قول ابن البراج وابن إدريس: وهو المعتمد.
- (٨) النساء: ٣٤.
- (٩) النساء: ١٤١.

وروى عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: أن إباق العبد بمنزلة الارتداد، فإن رجع والزوجة في العدة فهو أحق بها، وإن خرجت من العدة فلا سبيل له عليها، وفي الرواية ضعف.

قال طاب ثراه: وروى عمار عن أبي عبد الله عليه السلام إن إباق العبد بمنزلة الارتداد، فإن رجع والزوجة في العدة فهو أحق بها، وإن خرجت من العدة فلا سبيل له عليها، وفي الرواية ضعف.

أقول: هذه رواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل أذن لعبد في تزويج امرأة حرة، فتزوجها، ثم إن العبد أبق من مواليه، فقال: ليس لها على مولاه نفقة، وقد بانت عصمتها منه، فإن إباق العبد طلاق امرأته، وهو بمنزلة المرتد عن الإسلام، قلت: فإن رجع إلى مواليه يرجع إليه امرأته؟ قال: إن كانت قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره فلا سبيل له عليها، فإن لم تتزوج ولم تنقض العدة فهي امرأته على النكاح الأول (١) وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية (٢) وخص ابن حمزة الحكم المذكور بكون العبد زوجاً لأمة تزوجها بإذن السيدين (٣) ومنع ابن إدريس وقال: النفقة لازمة للسيد ولا تبين منه إلا بالطلاق (٤) واختاره

-
- (١) الفقيه: ج ٣ (١٤١) باب أحكام المماليك والإماء، ص ٢٨٨ الحديث ١٦ وفيه (فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد).
- (٢) النهاية: باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٨ س ١٥ قال: وإذا أذن الرجل لعبد في التزويج الخ.
- (٣) الوسيلة: فصل في بيان العقد على العبيد والإماء ص ٣٠٧ س ١ قال: وإذا تزوج عبد بأمة غير سيده ورضي سيدهما.
- (٤) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٦ س ٢٥ قال: والذي يقتضيه الأدلة أن النفقة ثابتة على السيد الخ.

مسائل سبع
الأولى: التساوي في الإسلام شرط في صحة العقد وهل يشترط
التساوي في الأيمان؟ الأظهر: لا، لكنه يستحب ويتأكد في المؤمنة نعم
لا يصح نكاح الناصب ولا الناصبة بالعداوة لأهل البيت
عليهم السلام.

المصنف (١) والعلامة (٢) وفخر المحققين (٣) لضعف سند الرواية، فإن عمار
فطحي.

قال طاب ثراه: وهل يشترط التساوي في الأيمان؟ الأظهر: لا، لكنه يستحب
ويتأكد في المؤمنة.

أقول: مذهب المصنف الاكتفاء بالإسلام، فيجوز تزويج المؤمنة بالمخالف عنده
على كراهية، وهو مذهب ابن حمزة (٤) وظاهر المفيد (٥) وأبي علي (٦) ونقل عن عماد

-
- (١) لاحظ عبارة النافع.
(٢) المختلف: في نكاح الإماء والمماليك ص ٢٣ س ٢٥ قال بعد الطعن في الرواية: نمنع المساواة في
الحكم بين الارتداد والإباق.
(٣) الإيضاح: ج ٣، المطلب الخامس في النفقة ص ١٢٤ س ٢ قال: فالأولى الاعتماد على الأصل
وهو البقاء.
(٤) الوسيلة: كتاب النكاح ص ٢٩١ س ٣ قال: ويكره أن يزوج كريمته من خمسة: من المستضعف
المخالف إلا مضطرا الخ.
(٥) المقنعة: ص ٧٨ باب الكفائة في النكاح قال: والمسلمون الأحرار يتكافئون بالإسلام والحرية في
النكاح إلى أن قال: فالمسلم إذا كان واجدا طولاً إلى قوله: فهو كفو في النكاح الخ.
(٦) المختلف: الفصل السابع في لواحق النكاح ص ٢٥ س ٦ قال: وقال ابن الجنيد: والإسلام
جامع وأهلوه إخوة الخ.

الدين الطبرسي (١) وقال الشيخ في المبسوط: يعتبر الإيمان (٢) وبه قال الراوندي (٣) وابن إدريس (٤) وهو مذهب العلامة (٥) وفخر المحققين (٦).
احتج الأولون بعموم الآية وبما رواه محمد بن الفضيل الهاشمي قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: الكفو أن يكون عفيفا وعنده يسار (٧).
ومثلها رواية محمد بن الفضيل عمن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام: الكفو أن يكون عفيفا وعنده يسار (٨).
احتج الآخرون بما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: ولا يتزوج المستضعف مؤمنة (٩).
وفي رواية زرارة عنه عليه السلام قال: إن العارفة لا توضع إلا عند عارف (١٠)

- (١) مجمع البيان: قال في تفسيره الآية ٣٢ من سورة النور ص ١٤٠ ما لفظه: وقيل: إن معنى الصلاح هاهنا الإيمان.
- (٢) المبسوط: ج ٤ كتاب النكاح ص ١٧٨ س ١٥ قال: الكفاءة معتبرة بلا خلاف في النكاح، وعندنا هي الإيمان الخ.
- (٣) فقه القرآن: ج ٢ باب ضروب النكاح ص ٩٤ س ١٨ قال: وأما شرائط الأنكحة إلى قوله: وكون المتعاقدين متكافئين في الدين الخ.
- (٤) السرائر: باب الكفاءة في النكاح ص ٢٩٥ س ٤ قال: فعندنا أن الكفاءة المعتبرة في النكاح أمران الإيمان واليسار بقدر ما يقوم بأمرها الخ.
- (٥) القواعد: المطلب الرابع: الكفاءة معتبرة في النكاح، والمراد بها التساوي في الإسلام والإيمان الخ وأورده في الإيضاح: ج ٣ ص ٢١ وارتضاه ولم يعلق عليه.
- (٦) القواعد: المطلب الرابع: الكفاءة معتبرة في النكاح، والمراد بها التساوي في الإسلام والإيمان الخ وأورده في الإيضاح: ج ٣ ص ٢١ وارتضاه ولم يعلق عليه.
- (٧) التهذيب: ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤ الحديث ٣.
- (٨) التهذيب: ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤ الحديث ١.
- (٩) الكافي: ج ٥ باب مناقحة النصاب والشكاك ص ٣٤٩ قطعة من حديث ٨.
- (١٠) الكافي: ج ٥ باب مناقحة النصاب والشكاك ص ٣٥٠ قطعة من حديث ١١ والراوي الفضيل بن يسار.

ولا يشترط تمكن الزوج من النفقة، ولا يتخير الزوجة لو تجدد العجز عن الإنفاق ويجوز نكاح الحرة العبد، والهاشمية غير الهاشمية، والعربية العجمي، وبالعكس.

وسئل الصادق عليه السلام عن امرأة مؤمنة عارفة، وليس بالموضع أحد علي دينها، هل تتزوج منهم؟ قال: لا تتزوج إلا من كان على دينها، وأنتم فلا بأس أن تتزوج الرجل منكم المستضعفة البلهاء، وأما الناصبة بنت الناصبة فلا ولا كرامة لأن المرأة البلهاء المستضعفة تأخذ من أدب زوجها، ويردها إلى ما هو عليه (١).

قال طاب ثراه: ولا يشترط تمكن الزوجة من النفقة (الإنفاق خ ل) ولا يتخير المرأة لو تجدد العجز عن الإنفاق.

أقول: هنا مسألتان:

الأولى: هل يشترط تمكن الزوج من النفقة ابتداء أم لا؟

قيل فيه ثلاثة أقوال:

(أ) نعم، وهو اختيار الشيخ في المبسوط (٢) ولعله نظر إلى مشابهة العقد للمعاوضة ولهذا تسقط نفقتها لو أخلت بالتمكين، ولو أرادت منعه بالكلية كرها له، شرع لها الخلع بعوض يرضى ببذله بالغا ما بلغ، وسمي فدية، ولا تملك الرجوع إلا مع رجوعها، فكان معاوضة من هذه الوجوه، ومع عجز المتعاضين يفسد المعاوضة،

(١) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ١٩٩ الحديث ٧٣٢ والحديث عن أبي جعفر عليه السلام، وتام الحديث (فتزوجوا إن شئتم في الشكاك، ولا تزوجوهم، فأما أهل النصب لأهل بيت محمد والعداوة لهم المبائنين بذلك المعروفين به الذين ينتحلونه دنيا فلا تخالطوهم ولا توادوهم ولا تناكحوهم) مع اختلاف.
(٢) المبسوط: ج ٤ كتاب النكاح ص ١٧٩ س ٨ قال: واليسار عندنا شرط، وحده ما أمكنه معه القيام بنفقتها الخ.

كبيع الآبق وما لا ينتفع به.

(ب) لا يشترط، لكن للمرأة خيار الفلوس مع عدم يساره بنفقتها إذا لم يعلم حالة العقد، وهو اختيار ابن إدريس (١)، لقوله تعالى: (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) (٢) والإمساك مع تعذر الإنفاق، ليس بإمساك بمعروف، فتعين التسريح. (ج) لا يشترط، وليس للمرأة الخيار، لقوله تعالى: (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله) (٣) ومع تسلط المرأة على الفسخ ينتفي فائدة الأمر هنا.

ولقوله عليه السلام: إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه (٤). وسأله رجل فقال: لمن زوج؟ قال: الأكفاء، قال: يا رسول الله صلى الله عليه وآله من الأكفاء؟ قال: المؤمنون بعضهم أكفاء بعض (٥) فلو اشترط مع الإيمان في الكفاءة شرط آخر، لكان الإيمان أعم، ولا يجوز التعريف بالأعم، بل بالمساوي في العموم والخصوص، واختاره المصنف (٦) والعلامة (٧) وفخر المحققين (٨).

(١) السرائر: باب الكفاءة في النكاح ص ٢٩٥ س ٥ قال: والأولى أن يقال: إن اليسار ليس بشرط في صحة العقد، وإنما للمرأة الخيار إذا لم يكن موسرا بنفقتها الخ.

(٢) البقرة: ٢٢٩.

(٣) النور: ٣٢.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤ قطعة من حديث ٢ و ص ٣٩٥ الحديث ٤ و ص ٣٩٦ الحديث ٨ و ١٠.

(٥) التهذيب: ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٨ قطعة من حديث ١٢. (٦) لاحظ عبارة النافع.

(٧) القواعد: المطلب الرابع الكفاءة ص ٦ س ٢٣ قال: وهل التمكن من النفقة شرط؟ قيل: نعم، والأقرب العدم.

(٨) الإيضاح: ج ٣ في الكفاءة ص ٢٣ س ١٦ قال: والأصح عندي اختيار والدي.

الثانية: لو تجدد العجز عن الإنفاق، هل لها الفسخ؟
فنقول: على القول بالاشتراط ابتداءً، أو ثبوت الخيار، يتسلط على الفسخ مع تجدد العجز، لفقدان الشرط، وحصول الضرر بالصبر، وقال تعالى: (ولا تضاروهن) (١) وعلى القول بعدمه، هل يفسخ مع تجدده؟ قال ابن الجنيدي: نعم (٢)، لأنه ضرر عظيم على المرأة، وهو منفي بالآية (٣)، واختاره العلامة في المختلف (٤) دفعا للضرر الحاصل بها، لاحتياجها إلى المؤنة، وتحريم تزويجها بغيره، ونقل ابن إدريس عن بعض أصحابنا، ونقل المصنف عن بعض علمائنا: أن للحاكم أن يبينها (٥) (٦).
ولعل مستنده رواية ربي والفضيل بن يسار جميعا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن أنفق عليها ما تقيم حياتها مع كسوة، وإلا فرق بينهما (٧).
والمشهور عدم الفسخ، لأصالة البقاء، ولعموم قوله تعالى: (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) (٨).

- (١) الطلاق: ٦.
(٢) المختلف: الفصل الثامن في النفقات، ص ٣١ قال: مسألة المشهور أنه لا خيار للزوجة في الفسخ بالإعسار من النفقة إلى أن قال: وقال ابن الجنيدي: بالخيار.
(٣) أي قوله تعالى (ولا تضاروهن).
(٤) المختلف: الفصل الثامن في النفقات، ص ٣١ س ١٤ قال بعد الجواب عن المعارض: بل نقول بالخيار في الفسخ، ونحن في ذلك من المتوقفين.
(٥) لم أعثر عليه في كلام ابن إدريس.
(٦) الشرائع: في نفقة الأقارب، الرابعة قال: إذا دفع بالنفقة الواجبة أجبره الحاكم، فإن امتنع حبسه الخ. وليس فيه كلمة البيونة فلا حظ وتأمل.
(٧) الفقيه: ج ٣ (١٣١) باب حق المرأة على الزوج ص ٢٧٩ الحديث ٦ وفيه (ما يقيم ظهرها) بدل (ما يقيم حياتها).
(٨) البقرة: ٢٨٠.

وإذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب إجابته، وإن كان أخفض نسبا، وإن منعه الولي كان عاصيا. ويكره أن يزوج الفاسق، ويتأكد في شارب الخمر، وأن تزوج المؤمن المخالف ولا بأس بالمستضعف والمستضعفة ومن لا يعرف بعناد.

قال طاب ثراه: ولو خطب المؤمن القادر على النفقة وجب إجابته وإن كان أخفض نسبا وإن منعه الولي كان عاصيا. أقول: ذكر محمد بن يعقوب في كتابه مرفوعا إلى علي بن مهزيار قال: كتب علي بن أسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته، فإنه لا يجد أحدا مثله، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام: فهمت ما ذكرت من أمر بناتك وإنك لا تجد أحدا مثلك، فلا تنظر في ذلك يرحمك الله، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه، فزوجوه، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير (١).

وعن علي بن الحكم عن أبان عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الكفو أن يكون عفيفا وعنده يسار (٢). قال العلامة: إلا للعدول إلى الأعلى (٣) (٤). والأولى يفسد ذلك بكونه منتفيا، أو مع رضاها، وإلا فالأولى تزويجه إذا جمع

(١) الكافي: ج ٥ باب آخر منه ص ٣٤٧ الحديث ٢.

(٢) الكافي: ج ٥ باب الكفو ص ٣٤٧ الحديث ١.

(٣) القواعد: المطلب الرابع الكفاءة ص ٦ س ٢٥ قال: ولو امتنع الولي كان عاصيا إلا للعدول إلى الأعلى.

(٤) قال في جامع المقاصد: ج ٢ في الكفاءة ص ٣١٠ بعد نقل ما عن العلامة: بناء على القول بأن للأب أو الجد ولاية على البكر البالغ الرشيدة. ثم قال: ولو أراد الولي العدول إلى الأعلى من المخاطب لم يكن عاصيا بالتأخير.

الوصفين، ولا يضره خفاضة نسبه وفقره مع صلاحه.
قال الصادق عليه السلام: إن رسول الله صلى الله عليه وآله زوج مقداد بن
الأسود ضباعة (١) بنت الزبير بن عبد المطلب، ثم قال: إنما زوجتها بالمقداد لتتضع
المناكح، وليتأسوا برسول الله صلى الله عليه وآله، ولتعلموا إن أكرمكم عند الله
أتقاكم، وكان الزبير أبا عبد الله وأبي طالب لأبيهما وأمهما (٢) (٣).
ويكره تزويج الفاسق، ويتأكد شارب الخمر.
لقوله عليه السلام: الكفو أن يكون عفيفا (٤).
ولقوله عليه السلام: من زوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها (٥).
وقال رسول الله صلى الله عليه وآله: شارب الخمر لا يزوج إذا خطب (٦).
وروى زرارة بن أعين عن الصادق عليه السلام قال: تزوجوا في الشكاك
ولا تزوجوهم فإن المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه (٧).
وروى محمد بن يعقوب مرفوعا إلى الفضيل بن يسار قال: قلت لأبي عبد الله
عليه السلام: إن لامرأتي أختا عارفة على رأينا، وليس على رأينا بالبصرة إلا قليل،

-
- (١) وفي رواية أخرى (ضبيعة) مصغرا.
(٢) بيان ضباعة بالضاد المعجمة وبالباء الموحدة والعين المهملة، و (يتضع) من الاتضاع ضد
الارتفاع (وفي كتاب النكاح باب الكفاءة ص ١٨).
(٣) الكافي: ج ٥، باب آخر منه (من أبواب أن المؤمن كفؤ المؤمن) ص ٣٤٤ الحديث ٢.
(٤) تقدم في حديث علي بن الحكم، وأيضا التهذيب: ج ٧ (٣٣) باب الكفاءة في النكاح ص ٣٩٤
الحديث ١ و ٣.
(٥) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن ينكح شارب الخمر، ص ٣٤٧ الحديث ١.
(٦) الكافي: ج ٥ باب كراهية أن ينكح شارب الخمر، ص ٣٤٨ الحديث ٢.
(٧) الكافي: ج ٥ باب مناكحة النصاب والشكاك ص ٣٤٩ الحديث ٥ ومثله الحديث ١ من تلك
الباب عن أبي بصير.

الثانية: إذا انتسب إلى قبيلة وبان من غيرها، ففي رواية الحلبي تفسخ النكاح.

فأزوجه ممن لا يرى رأيها؟ قال: لا، ولا نعمة ولا كرامة، إن الله عز وجل يقول: (فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن) (١) (٢). وفي هذه الرواية نصرة لمذهب العلامة (٣) وإيماء إلى مذهب علم الهدى رحمه الله (٤).

وروى جميل بن دراج عن زرارة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: إني لأخشى أن لا يحل لي، من أن أتزوج على من لم يكن من أمري؟ فقال: ما يمنعك من البله من النساء؟ قلت: وما البله؟ قال: هن المستضعفات اللاتي لا ينصبن ولا يعرفن ما أنتم عليه (٥).

قال طاب ثراه: إذا انتسب إلى قبيلة وبان من غيرها، ففي رواية الحلبي تفسخ النكاح.

أقول: قال الشيخ في النهاية: إذا انتمى الرجل إلى قبيلة وتزوج، فوجد على خلاف ذلك، بطل التزويج (٦) وبه قال ابن حمزة (٧) وأبو علي (٨) وجعله القاضي رواية (٩)

(١) الممتحنة: ١٠.

(٢) الكافي: ج ٥ باب مناقحة النصاب والشكك ص ٣٤٩ الحديث ٦.

(٣) في هامش بعض النسخ ما لفظه (في أنه يشترط التساوي في الإيمان).

(٤) في هامش بعض النسخ ما لفظه (لأنه يقول بكفرهم وتنجيسهم وهذه الرواية دالة على ذلك).

(٥) الكافي: ج ٥ باب مناقحة النصاب والشكك ص ٣٤٩ الحديث ٧.

(٦) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٣٨٩ س ١ قال: وإذا انتمى رجل إلى قبيلة بعينها الخ.

(٧) الوسيلة: فصل في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١ س ١٩ قال: وانتساب إلى قبيلة معينة وقد بان خلافه.

(٨) المختلف: الفصل الرابع في العيوب ص ٤ س ٢٥ قال بعد نقل قول الشيخ: واختاره ابن الجنيد.

(٩) المهذب: ج ٢، باب التدليس في النكاح ص ٢٣٩ س ٢ قال: وقد روي أن الرجل إذا ادعى الخ.

وقال في المبسوط: الأقوى أنه لا خيار لها، ومن الناس من قال: الخيار لها، وقد روي ذلك في أخبارنا (١)، وقال ابن إدريس: ليس لها الفسخ، لأصالة بقاء العقد ولزومه، ولقوله تعالى: (أوفوا بالعقود) (٢) ثم قال: ويرد من حيث التدليس بالشرط، وفرق بين التدليس والعيب، فإن العيب يرد به وإن لم يشترط السلامة منه في حالة العقد، بل بمجرد العقد يرد النكاح بعيب الخلقة، وأما التدليس فإذا شرط في نفس العقد وخرج بخلافه فإنه يرد به النكاح (٣) وقال المصنف في الشرائع: لا يفسخ به (٤) واختاره العلامة في القواعد (٥) وقال في المختلف: إذا انتسب إلى قبيلة فبان أدى منها بحيث لا يلائم شرف المرأة كان لها الخيار في الفسخ، محتجا بصحيفة الحلبي في رجل يتزوج المرأة فيقول: أنا من بني فلان، فلا يكون كذلك؟ قال: يفسخ النكاح، أو قال: ترد النكاح (٦) (٧) وقال فخر المحققين: لها الفسخ إن شرط في نفس عقد النكاح وإلا فلا (٨).

(١) المبسوط: ج ٤ ص ١٨٩ س ١ قال: وإن كان الغرور بالنسب إلى أن قال: فالأقوى أنه لا خيار لها، وفي الناس من قال لها الخيار وقد روي ذلك في أخبارنا.
(٢) المائدة: ١.

(٣) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٨ س ٣٧ قال: والأظهر أنه لا يفسخ بذلك النكاح إلى أن قال: إلا أن هذا وإن لم يكن عيبا فإنه يرد به لأنه تدليس الخ.
(٤) الشرائع: (الأولى الكفاءة) قال: ولو انتسب الزوج إلى قبيلة إلى قوله: وليس لها وهو أشبهه.
(٥) القواعد: المطلب الرابع الكفاءة ص ٧ س ١ قال: ولو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها، فالأقرب انتفاء الفسخ.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح، ص ٤٣٢ قطعة من حديث ٣٥.
(٧) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٤ س ٣٣ قال: والأقرب أنه إذا انتسب إلى قبيلة فبان أدنى منها الخ.
(٨) الإيضاح: ج ٣ المطلب الرابع في الكفاءة ص ٢٥ س ١٦ قال: والأقوى عندي أنه لا فسخ إن لم يشترط في نفس العقد.

الثالثة: إذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت قد زنت، فليس له الفسخ، ولا الرجوع على الولي بالمهر، وفي رواية لها الصداق بما استحل من فرجها ويرجع به على الولي، وإن شاء تركها

فقد انشعبت المسألة أربعة مذاهب:

- (أ) الفسخ مطلقاً، قاله في النهاية.
- (ب) عدمه مطلقاً، قاله في المبسوط.
- (ج) الفسخ إن كان شرفها لا يلائم نسبه، قاله العلامة في المختلف.
- (د) الفسخ إن شرط في متن العقد وإلا فلا، قاله فخر المحققين. ووجه قول العلامة وولده الجمع بين القولين المتقدمين.

فرعان

(أ) لو انتسب إلى صناعة، هل يكون الحكم فيه كالقبيلة؟ قال ابن الجنيد: نعم (١).

(ب) هل هذا الحكم مشترك بين الرجل والمرأة؟ نص عليه أبو علي (٢) وتبعه ابن حمزة (٣) ولم يتعرض لها الباقر.

قال طاب ثراه: إذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت زنت، فليس له الفسخ، ولا الرجوع على الولي بالمهر، وفي رواية لها الصداق بما استحل من فرجها، ويرجع به على الولي، وإن شاء تركها.

-
- (١) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٤ قال: مسألة، قال ابن الجنيد: ولو نسب أحد الزوجين إلى نسب أو صناعة ولم يكن كذلك كان النكاح منفسخاً إن لم يرضه الآخر الخ.
 - (٢) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٤ قال: مسألة، قال ابن الجنيد: ولو نسب أحد الزوجين إلى نسب أو صناعة ولم يكن كذلك كان النكاح منفسخاً إن لم يرضه الآخر الخ.
 - (٣) الوسيلة: فصل في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد، ص ٣١١ س ١٨ قال: وما يعمهما (أي الرجل والمرأة) إلى قوله: وانتساب إلى قبيلة معينة، أو أب بعينه وقد بان بخلاف ذلك.

الرابعة: لا يجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية، ويجوز في غيرها، ويحرم التصريح في الحالين.

الخامسة: إذا خطب فأجابت كره لغيره خطبتها، ولا تحرم.

السادسة: نكاح الشغار باطل، وهو أن تتزوج امرأتان برجلين، على أن مهر كل واحدة نكاح الأخرى.

السابعة: يكره العقد على القابلة المربية وبناتها، وإن يزوج ابنه بنت زوجته إذا ولدتها بعد مفارقتها لها، ولا بأس بمن ولدتها قبل ذلك، وأن يتزوج بمن كانت ضرة لأمه مع غير أبيه، ويكره الزانية قبل أن تتوب.

أقول: العلم الحاصل للزوج قد يكون سببه التواتر، أو المشاهدة، أو قول المعصوم، ويقوم مقامه الظن الشرعي كقيام البينة، أو إخبار حاكم، وهل يفسخ به النكاح؟ فيه أقوال:

(أ) ثبوت الخيار للزوج سواء أحدث فيه أو لا قاله الصدوق (١) وأبو علي (٢) وزاد ثبوته للمرأة بزنا الرجل وأثبت به الخيار، وإن حدث بعد العقد، لاشتماله على العار.

ولرواية عبد الرحمان بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن امرأة تزوج، فعلم بعد ما تزوجها أنها قد زنت قال: إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها، ولها الصداق بما استحل من فرجها، وإن شاء تركها (٣).

(١) المقنع: باب بدء النكاح ص ١٠٩ س ٥ قال: وإذا زنت المرأة قبل دخول الرجل بها فرق بينهما الخ.

(٢) المختلف: في العيوب ص ٦ قال: مسألة، قال ابن الجنيد: الزنا قبل العقد وبعده يرد به النكاح الخ.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ص ٤٢٥ قطعة من حديث ٩.

- (ب) ثبوت الخيار في المحدودة قاله المفيد (١) وتلميذه (٢) والتقي (٣) والقاضي (٤).
(ج) لا خيار في فسخ النكاح، بل للزوج الرجوع على الولي بالمهر، لتدليسه،
قاله في النهاية (٥) واختاره ابن إدريس (٦).
(د) لا خيار ولا رجوع، وهو اختيار المصنف (٧) والعلامة (٨)، أما نفي الخيار
فلأصالة صحة العقد، وعموم قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) (٩) ولصحيحة الحلبي عن
الصادق عليه السلام قال: إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل (١٠)
وإنما للحصر.

- (١) المقنعة: باب القول في الرجل يفجر بالمرأة ص ٧٧ س ٢١ قال: وإذا كان للرجل امرأة ففجرت
إلى قوله: كان بالخيار الخ وقال في باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ٥: وترد البرصاء إلى قوله:
والمحدودة في الفجور.
(٢) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة ص ١٥٠ س ١٨ قال: ويرد العميا إلى قوله: والمحدودة في الفجور.
(٣) الكافي: النكاح، الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٥ س ١٤ قال: وإذا تزوج إلى قوله: أو
محدودة، كان له ردها الخ.
(٤) المهذب: ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٤ قال: وأما ما يختص المرأة إلى قوله:
وكونها محدودة في الزنا.
(٥) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ٧ قال: والمحدودة في الزنا لا ترد إلى أن قال: إلا
أن له أن يرجع على وليها الخ.
(٦) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٢٠٩ س ١٢ قال: والذي يقوى في نفسي أن
المحدودة لا ترد بل يرجع الخ.
(٧) لاحظ عبارة النافع.
(٨) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٢ س ١٠ قال: والأقرب عندي عدم الرد به الخ.
(٩) المائة: ١.
(١٠) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح، ص ٤٢٤ حديث ٤.

القسم الثاني: في النكاح المنقطع
والنظر في أركانه وأحكامه:
وأركانه أربعة:

الأول: الصيغة وهو ينعقد بأحد الألفاظ الثلاثة خاصة، وقال علم الهدى: ينعقد في الإماء بلفظ الإباحة والتحليل.

وصريح رواية رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن المحدودة، هل ترد من النكاح؟ قال: لا (١).

وأما عدم الرجوع بالمهر، فلأن التضمين وعدم الفسخ مما لا يجتمعان، لأن الرجوع على الولي بالمهر لمكان تدليسه إياها، إن كان ذلك نقصا ثبت معه الرجوع وخيار الفسخ، وإن لم يكن نقصا لم توجب الرجوع.

القسم الثاني في النكاح المنقطع
قال طاب ثراه: وهو ينعقد بأحد الألفاظ الثلاثة خاصة، وقال علم الهدى:
ينعقد في الإماء بلفظ الإباحة والتحليل.

أقول: قول السيد هنا مبني على مسألتين:

(أ) انعقاد التحليل بلفظ الإباحة.

(ب) إن التحليل عقد متعة.

وحينئذ لا يكون عقد المتعة في الإماء منحصرًا في الصيغ الثلاث، بل هناك

(١) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ص ٤٢٤ قطعة من حديث ٨.

الثاني: الزوجة، ويشترط كونها مسلمة أو كتابية، ولا يصح بالمشاركة والناصفة.

ويستحب اختيار المؤمنة العفيفة، وأن يسألها عن حالها مع التهمة، وليس شرطا ويكره بالزانية وليس شرطا، وأن يستمتع بيكر ليس لها أب، فإن فعل فلا يفتضها، وليس محرما ولا حصر في عددن. ويحرم أن يستمتع أمة على حرة إلا بإذنها، وأن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت أختها ما لم تأذن.

الثالث: المهر وذكره شرط، ويكفي فيه المشاهدة، ويتقدر بالتراضي ولو بكف من بر ولو لم يدخل ووهبها المدة فلها النصف، ويرجع بالنصف عليها لو كان دفع المهر، وإذا دخل استقر المهر تماما، ولو أخلت بشيء من المدة قاصها، ولو بان فساد العقد فلا مهر إن لم يدخل

لفظان آخران ينعقد بهما المتعة، هما الإباحة والتحليل (١).
وأما على القول بأن التحليل ليس عقد متعة، بل هو تمليك منفعة، فإن عقد المتعة يكون منحصرًا في الصيغ الثلاث، وإن قلنا: أنه عقد متعة، وقلنا بعدم وقوعه بلفظ الإباحة كمذهب الشيخ (٢) كان عقد المتعة في الإماء منحصرًا في أربع صيغ، في الثلاث مع التحليل وعلى قول السيد في خمس.

(١) المختلف: في نكاح الإماء ص ١٩ قال: مسألة، نقل ابن إدريس عن السيد المرتضى في الانتصار أن تحليل المالك جاريته لغيره عقد، والتحليل والإباحة عبارة عنه الخ.
(٢) المبسوط: ج ٤ فصل في نكاح المتعة وتحليل الجارية ص ٢٤٦ س ٨ قال: وأما تحليل الإنسان جاريته لغيره من غير عقد، مدة فهو جائز عند أكثر أصحابنا الخ.

ولو دخل فلها ما أخذت وتمنع ما بقي، والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها، ويستعاد منها مع علمها، ولو قيل بمهر المثل مع الدخول وجعلها كان حسنا.

قال طاب ثراه: ولو دخل فلها ما أخذت وتمنع ما بقي، والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها ويستعاد منها مع علمها، ولو قيل بمهر المثل مع الدخول وجعلها كان حسنا. أقول: إذا بان فساد العقد، إما بأن ظهر لها زوج، أو ظهرت أم زوجها، أو بنتها، أو أختها، فإن كان قبل الدخول بها فلا شيء، وإن كان بعده. قال الشيخ في النهاية كان لها ما أخذت ولا يلزمه أن يعطيها ما بقي عليه (١) وقال ابن إدريس: كان ما أخذت حراما عليها (٢) قال المصنف: والوجه أنها إن كانت عالمة لم يكن عليها شيء، لكونها بغيا ولا مهر للبغي، ويستعاد منها ما أخذت، وإن كانت جاهلة كان لها المهر أجمع بما استحل من فرجها (٣) وبه قال العلامة (٤) والمصنف في الشرايع (٥) واستحسن في النافع بوجود مهر المثل (٦) وهو المعتمد لبطلان العقد، فلا يتعين ما ذكر فيه.

- (١) النهاية: باب المتعة وأحكامها ص ٤٩١ س ٩ قال: فإن تبين بعد الدخول بها أن لها زوجا كان لها ما أخذت منه الخ.
- (٢) السرائر: باب النكاح المؤجل ص ٣١١ س ٣٧ قال: فإن تبين له بعد الدخول بها أن لها زوجا، أو هي في عدة لا يلزمه أن يعطها شيئا وكان ما أخذت منه حراما عليها.
- (٣) لاحظ عبارة النافع.
- (٤) المختلف: في نكاح المتعة ص ١٣ س ١٢ قال: والتحقيق أن نقول: إن كانت عالمة بأن لها زوجا الخ.
- (٥) الشرائع: في النكاح المنقطع، وأما المهر، قال: ولو تبين فساد العقد إما بأن ظهر لها زوج إلى قوله: ولو قيل لها المهر إن كانت جاهلة ويستعاد ما أخذت إن كانت عالمة كان حسنا.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.

الرابع: الأجل، وهو شرط في العقد، ويتقدر بتراضيهما، كاليوم، والسنة، والشهر، ولا بد من تعيينه ولا يصح ذكر المرة والمرات مجردة عن زمان مقدر، وفيه رواية بالجواز فيها ضعف.

احتج الشيخ بما رواه حفص البخري في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: إذا بقي عليه شيء وعلم أن لها زوجا، فما أخذته فلها بما استحل من فرجها، ويحبس عنها ما بقي عنده (١) وأجاب العلامة بحمله على الجهل، وقوله عليه السلام: (ويحبس عنها ما بقي عنده) على ما إذا بقي عليها من الأيام بقدره (٢). وأورد عليه فخر المحققين نظرا من وجهين:

(أ) بطلان المسمى ببطلان العقد.
(ب) مهر المثل يجب بالدخول وجوبا مستقرا، ولا تقسط على مدة، ولا يسقط منه شيء، قال: ويمكن حمله على أن المقبوض هو مهر المثل (٣) وهو حسن. قال طاب ثراه: ولا يصح ذكر المرة والمرات مجردة عن زمان مقدر، وفيه رواية بالجواز، فيها ضعف.

أقول: البحث هنا يقع في مقامين:
(الأول) عدم ذكر الأجل، فنقول: ذكر الأجل شرط في عقد المتعة، فلو أدخل به بطل العقد، لأن المشروط عدم عند عدم شروطه، ولأن الدائم غير مقصود لها، والعقود تابعة للدواعي والقصود.
ولصحيحة زرارة عن الصادق عليه السلام قال: لا يكون متعة إلا بأمرين،

-
- (١) الكافي: ج ٥ باب حبس المهر إذا أخلفت ص ٤٦١ الحديث ٢.
(٢) المختلف: في نكاح المتعة، ص ١٣ س ١٥ قال بعد نقل احتجاج الشيخ بما رواه حفص البخري: والجواب أنه محمول على الجهل الخ.
(٣) الإيضاح: ج ٣، في المنقطع ص ١٢٨ س ١٤ قال بعد نقل قول العلامة: وفيه نظر لبطلان المسمى ببطلان سببه الخ.

بأجل مسمى ومهر مسمى (١).

وهو اختيار العلامة ونقله عن والده (٢) وقال ابن إدريس: يبطل العقد إن كان بلفظ المتعة، وينقلب دائما إن كان بلفظ النكاح أو التزويج (٣) وأطلق الشيخ القول بصحته دائما (٤) وتبعه القاضي (٥) وابن زهرة (٦) والتقي (٧) واختاره المصنف (٨).

احتجوا: بأصالة صحة العقد، وبأن لفظ المتعة من صيغ إيجاب الدائم والتميز بينهما بذكر الأجل، ولم يحصل، فينصرف إلى الدوام، لأصالة صحة العقد. وبما رواه ابن بكير في الموثق عن الصادق عليه السلام قال: إن سمي الأجل فهو متعة، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات (٩) ويمكن حمله على من أراد الدائم وعقد بلفظ

(١) الكافي: ج ٥ باب شروط المتعة ص ٤٥٥ الحديث ١.

(٢) المختلف: في نكاح المتعة ص ٨ ص ٣٢ بعد نقل قول ابن إدريس: وهو الذي كان يفتي به والذي وهو المعتمد.

(٣) السرائر: باب النكاح، المؤجل، ص ٣١١ س ٧ قال: ولا بد من هذين الشرطين، فإن لم يذكر المدة الخ.

(٤) النهاية، باب المتعة وأحكامها ص ٤٨٩ س ٧ قال: فإن عقد عليها متعة ولم يذكر الأجل كان التزويج دائما.

(٥) المهذب: ج ٢ ص ٢٤١ س ٤ قال: فإن ذكر الأجر ولم يذكر الأجل كان النكاح دائما الخ.

(٦) (جوامع الفقهية) الغنية: ص ٦١١ قال: فصل في نكاح المتعة إلى أن قال: فإن ذكر المهر دون الأجل كان دواما.

(٧) الكافي: ص ٢٩٨ س ١ قال: وأما نكاح المتعة إلى أن قال: فإن ذكر الأجر ولم يذكر الأجل كان دواما.

(٨) لاحظ عبارة النافع.

(٩) الكافي: ج ٥ باب في أنه يحتاج أن يعيد عليها الشرط بعد عقدة النكاح ص ٤٩٥ قطعة من حديث ١.

وأما الأحكام فمسائل:
الأولى: الإخلال بذكر المهر مع ذكر الأجل يبطل العقد وذكر المهر
من دون الأجل يقلبه دائما.
الثانية: لا حكم للشروط قبل العقد ويلزم لو ذكرت فيه.
الثالثة: يجوز اشتراط إتيانها ليلا أو نهارا، وأن لا يطأها في الفرج، ولو
رضيت به بعد العقد جاز، والعزل من دون إذنها، ويلحق الولد وإن
عزل، لكن لو نفاه لم يحتج إلى اللعان.

التمتع، جمعا بين الأدلة.
(الثاني) لو ذكر أجلا مجهولا كما لو عين المرة والمرتين ولم يقرن بزمان محروس
من احتمال الزيادة والنقصان، فالأقرب البطلان، وهو اختيار المصنف (١)
والعلامة (٢).
وقال الشيخ في النهاية: ينعقد دائما (٣) ووجهه أن الأجل لما كان مجهولا ساوى
غير المذكور، وذلك يوجب انعقاده دائما، وهما ممنوعان.
وما رواه ابن فضال عن القاسم بن محمد، عن رجل سماه قال: سألت
أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة عن فرد واحد؟ قال: لا بأس، ولكن
إذا فرغ فليحول وجهه ولا ينظر (٤) وهي مرسله مع ضعف الطريق، وهي غير دالة
على مطلوب الشيخ، لقوله: (فليحول وجهه ولا ينظر) دل على تحريمها بعد إيقاع

(١) لاحظ عبارة النافع.
(٢) المختلف: في نكاح المتعة ص ٩ س ٢ قال: مسألة يشترط في الأجل التعيين فلو ذكر مدة مجهولة
بطل العقد.
(٣) تقدم آنفا.
(٤) الكافي: ج ٥ باب ما يجوز من الأجل ص ٤٦٠ الحديث ٥ وفيه (على عرد واحد).

الرابعة: لا يقع بالمتعة طلاق إجماعاً، ولا لعان على الأظهر، ويقع الظهار على تردد.
الخامسة: لا يثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين، وقال المرتضى: يثبت ما لم يشترط السقوط نعم لو شرط الميراث لزم.

ما شرط، وذلك ينافي انعقاده دائماً.
قال طاب ثراه: ولا تقع بالمتعة طلاق إجماعاً، ولا لعان على الأظهر، ويقع الظهار على تردد.
أقول: قال السيد: يقع اللعان والظهار (١) وقال التقي: بوقوع الظهار دون اللعان (٢) وسيأتي تحقيقه في موضعه أن شاء الله.
قال طاب ثراه: لا يثبت بالمتعة ميراث، وقال المرتضى يثبت ما لم يشترط السقوط نعم لو شرط التوارث لزم.
أقول: للأصحاب هنا ثلاثة أقوال:
(أ) ثبوت الميراث في الأصل، وتسقط باشتراط سقوطه حكاة المصنف عن السيد (٣) وهو مذهب الحسن (٤).
(ب) سقوطه في الأصل وتثبت بالشرط، وهو مذهب الشيخ في النهاية (٥) وبه

-
- (١) الإنتصار: في نكاح المتعة ص ١١٥ س ١٣ قال في جواب اعتراضهم ما لفظه (والذي ذكره رابعاً) إلى قوله: والظهار أيضاً يقع على المتمتع بها وكذلك اللعان الخ.
(٢) الكافي: وأما نكاح المتعة ص ٢٩٨ س ١٤ قال: ولا يصح بينهما لعان، ويصح الظهار.
(٣) الإنتصار: المتعة ص ١١٤ س ١٦ قال في جواب إشكالهم، على أن مذهبنا إن الميراث قد يثبت في المتعة الخ.
(٤) المختلف: في نكاح المتعة ص ١٠ س ٢٠ قال: فقال ابن أبي عقيل: إلى أن قال: فإن لم يشترط أن لا ميراث بينهما فمات أحدهما قبل صاحبه ورثه الآخر.
(٥) النهاية: باب المتعة وأحكامها ص ٤٩٢ س ٣ قال: وليس في نكاح المتعة توارث، إلى أن قال: اللهم إلا أن يشترط الخ.

قال ابن حمزة (١) والقطب الكيدري (٢) وهو ظاهر القاضي (٣) واختاره المصنف (٤).

(ج) عدم ثبوته مطلقا لأنه ليس ثابتا في الأصل، فاشتراطه يجري مجرى اشتراط توريث الأجنبي، وهو مخالف للكتاب والسنة، فيكون باطلا، وهو مذهب التقي (٥) وابن إدريس (٦) واختاره العلامة (٧) وأطلق الصدوق والمفيد نفي التوارث (٨) (٩) ولم يتعرضا لذكر الشرط بنفي أو إثبات. احتج الأولون: بأن الزوجية تصدق عليها، فيدخل تحت عموم الآية. وبموثقة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سمعته يقول: الرجل يتزوج

(١) الوسيلة: فصل في بيان نكاح المتعة ص ٣٠٩ س ١٣ قال: ولا تثبت بهذا العقد النفقة والتوارث إلا بشرط.

(٢) المختلف: في نكاح المتعة ص ١٠ س ٣٢ قال بعد نقل قول ابن حمزة: وكذا قال الكيدري. (٣) المهذب: ج ٢ باب نكاح المتعة ص ٢٤٠ س ٤ قال: وأما نفي التوارث فلا يثبت بينهما ولو اشترط، وقال أيضا في ص ٢٤٣ س ٢ قال: فأما إن شرط التوارث ثبت ذلك الخ ومراده ظاهر كما لا يخفى.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) الكافي: وأما نكاح المتعة ص ٢٩٨ س ١٤ قال: ولا توارث بينهما وإن شرط ذلك.

(٦) السرائر: باب النكاح المؤجل ص ٣١٢ س ٨ قال: وقال الباقر لا توارث إلى قوله: فهذا الذي أفتي به الخ.

(٧) المختلف: في نكاح المتعة ص ١٠ س ٣٧ قال: والوجه ما قاله أبو الصلاح وهو اختيار ابن إدريس.

(٨) المقنع: باب المتعة ص ١١٤ س ١٢ قال: ولا ميراث بينهما إذا مات واحد منهما في ذلك الأجل.

(٩) المقنعة: باب تفصيل أحكام، ص ٧٦ س ٢٢ قال: ولا يجب به ميراث ولا نفقات.

السادسة: إذا انقضى أجلها، فالعدة حيضتان على الأشهر وإن كانت ممن تحيض ولم تحض فخمسة وأربعون يوماً، ولو مات عنها ففي العدة روايتان أشبههما: أربعة أشهر وعشرة أيام.
السابعة: لا يصح تجديد العقد قبل انقضاء الأجل، ولو أراده وهبها ما بقي من المدة، واستأنف.

المرأة متعة إنهما يتوارثان، إذا لم يشترطاً، وإنما الشرط بعد النكاح (١).
وأجاب الشيخ: بأن المراد إذا لم يشترط الأجل، فإنهما يتوارثان، لأنه يصير دائماً، دون أن يكون المراد به شرط الميراث (٢).
احتج الشيخ بحسنة أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: تزويج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث، إن اشترط الميراث كان، وإن لم يشترط لم يكن (٣).
احتج النفاة: بأصالة عدم الميراث.
وبما رواه سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث؟ قال: ليس بينهما ميراث اشترط أو لم يشترط (٤).
قال طاب ثراه: إذا انقضى أجلها فالعدة حيضتان على الأشهر.
أقول: هنا مسألتان:
الأولى: في عدة الفرقة بعد الدخول، إما بعد انقضاء الأجل، أو قبله مع هبة

-
- (١) الكافي: ج ٥ باب الميراث ص ٤٦٥ الحديث ١.
(٢) الإستبصار: ج ٣ (٩٨) باب أنه إذا شرط ثبوت الميراث في المتعة ص ١٥٠ قال بعد نقل حديث محمد بن مسلم: فالوجه في هذا الخبر أن نحمله على أنه إذا لم يشترط الأجل فإنهما يتوارثان الخ.
(٣) الكافي: ج ٥ باب الميراث ص ٤٦٥ الحديث ٢.
(٤) الإستبصار: ج ٣ (٩٨) باب أنه إذا شرط ثبوت الميراث في المتعة ص ١٤٩ الحديث ٣.

الباقى، والظاهر، عدم اشتراط قبولها ولا علمها، فتحل له أختها.
وفي قدرها للأصحاب أقوال:

(أ) حيضتان للمستقيمة الحيض، وللمستراية شهر ونصف قاله الشيخ في
النهاية (١) وهو ظاهر المصنف (٢) وبه قال سلار (٣) والقاضي في كتابيه (٤).
(ب) طهران للمستقيمة، وهو اختيار العلامة (٥) وبه قال المفيد (٦) وابن
إدريس (٧).

(ج) حيضة ونصف قاله الصدوق في المقنع (٨).

(د) حيضة مستقيمة، قال الحسن (٩).

وأطبقوا الجميع على خمسة وأربعين يوماً للمستراية، واستند الكل إلى الروايات،

(١) النهاية: باب المتعة وأحكامها ص ٤٩٢ س ١٥ قال: وعدة المتعة إذا انقضى أجلها الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المراسم: ذكر ما يلزم المرأة ص ١٦٦ س ٥ قال: فمن تعدد بالأقراء ثم قال: وعدة الأمة والمتمتع بها
حيضتان.

(٤) المهذب: ج ٢، باب نكاح المتعة ص ٢٤٣ س ١٢ قال: والمتمتع بها إلى قوله: كان عليها العدة
وهي حيضتان أو خمسة وأربعون يوماً، وفي المختلف، في نكاح المتعة ص ١١ س ٢١ قال بعد نقل قول
الشيخ: وتبعه ابن البراج في كتابيه معاً.

(٥) المختلف: في نكاح المتعة ص ١١ س ٢٤ قال بعد نقل قول المفيد: والمعتمد قول المفيد.

(٦) المقنعة: باب عدد النساء ص ٨٣ س ١٢ قال: وعدة المتمتع بها من الفراق قرءان وهما طهران
الخ.

(٧) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ١٥ قال: وعدتها، قرءان إن كانت ممن تحيض الخ.

(٨) المقنع: باب المتعة ص ١١٤ س ١٣ قال: فإذا انقضت أيامها وهو حي فحيضة ونصف الخ.

(٩) المختلف: في المتعة ص ١١ س ٢٣ قال: وقال ابن أبي عقيل: إن كانت ممن تحيض فحيضة
مستقيمة الخ.

فإنها واردة بالمذاهب الأربعة.

الثانية: عدة المتوفى عنها، ويجب هنا وإن لم يدخل، واختلفوا في كميتها، فالشيخ في النهاية: أربعة أشهر وعشرة أيام كالدائم (١) وتبعه القاضي (٢) والتقي (٣) وابن إدريس (٤) والصدوق في المقنع (٥) وهو اختيار المصنف (٦) والعلامة (٧). وقال المفيد وتلميذه: شهرين وخمسة أيام كعدة الأمة (٨) (٩) وهو مذهب الحسن (١٠) والسيد (١١).

- (١) النهاية: باب المتعة وأحكامها ص ٤٩٢ س ١٧ قال: وإذا مات عنها زوجها إلى قوله: أربعة أشهر وعشرة أيام.
- (٢) المهذب: باب نكاح المتعة ص ٢٤٤ س ١ قال: وإن كان ذلك بموت الرجل كان عليها العدة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام.
- (٣) الكافي: فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٣ س ١٠ قال: وكذلك حكم المتمتع بها إلى قوله: تعتد أربعة أشهر وعشرا.
- (٤) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ١٩، قال: وهذه (أي أربعة أشهر وعشرا) عدة المتمتع بها إذا توفي عنها زوجها الخ.
- (٥) المقنع: باب المتعة ص ١١٤ س ١٢ قال: وإذا تزوج الرجل امرأة متعة ثم مات عنها فعليها أن تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام.
- (٦) لاحظ مختار النافع.
- (٧) المختلف: في المتعة ص ١١ س ٣٧ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: والمعتمد ما قاله الشيخ.
- (٨) المقنعة: باب عدد النساء ص ٨٣ س ١٣ قال: وعدتها من وفاة الزوج شهران وخمسة أيام.
- (٩) المراسم: ذكر ما يلزم المرأة ص ١٦٥ س ١١ قال: أو شهرين وخمسة أيام إن كانت أمة أو متمتعا بها.
- (١٠) المختلف: في المتعة ص ١١ س ٣٤ قال بعد نقل قول المفيد وسالار: وهو أيضا قول ابن أبي عقيل.
- (١١) الانتصار: في التمتع ص ١١٤ س ١٩ قال في جواب حجة الجمهور: وأما ما ذكره ثانيا (أي الاعتداد) فهم يخصون الآية التي تلوها في عدة المتوفى عنها زوجها، لأن الأمة عندهم زوجة وعدتها شهران وخمسة أيام، فإذا جاز تخصيص ذلك بالدليل خصصنا المستمتع بها بمثله.

احتج الأولون: بعموم الآية، وبصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: سألته ما عدة المتمتعة إذا مات عنها الذي تمتع بها؟ قال: أربعة أشهر وعشرا، ثم قال: يا زرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى الزوج حرة كانت أو أمة وعلى أي وجه كان النكاح من متعة أو تزويج أو ملك يمين، فالعدة أربعة أشهر وعشرا، وعدة المطلقة ثلاثة أشهر، والأمة المطلقة عليها نصف ما على الحرة، وكذلك المتعة عليها ما على الأمة (١) ولأنه أحوط فقد دلت هذه الرواية على أحكام:

(أ) الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام.

(ب) تعميم هذا الحكم لأقسام النكاح الثلاثة، الدائم، والمنقطع (المؤجل خ ل) وملك اليمين.

(ج) تعميم هذا الحكم للمنكوحات بالعقد حرائر كن أو إماء.

(د) عدة المطلقة ثلاثة أشهر، وهو محمول على المسترابة.

(هـ) تنصيف الأمة عن الحرة في الطلاق.

احتج المفيد برواية علي بن أبي عبد الله بن علي بن أبي شعبة الحلبي عن أبيه عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن امرأة تزوج امرأة متعة، ثم مات عنها، ما عدتها؟ قال: خمسة وستون يوما (٢) ولأنها كالأمة في الحياة، فكذا في الموت.

والرواية مرسلة، وحملها الشيخ على كون المراد: إذا كانت الزوجة أمة قوم يتمتع بها الرجل بإذنه، فعدتها عدة الأمة شهران وخمسة أيام إذا لم تكن أمهات أولاد (٣)

(١) الفقيه: ج ٣ (١٤٣) باب المتعة ص ٢٩٦ الحديث ٢٥.

(٢) الإستبصار: ج ٣ (٢٠٣) باب عدة المتمتع بها إذا مات عنها زوجها ص ٣٥١ الحديث ٤.

(٣) الإستبصار: ج ٣ (٢٠٣) باب عدة المتمتع بها إذا مات عنها زوجها ص ٣٥١ قال بعد نقل حديث ٤ فيحتمل أن يكون المراد به إذا كانت الزوجة أمة قوم الخ.

القسم الثالث: في نكاح الإماء
والنظر إما في العقد، وإما في الملك.
أما العقد فليس للعبد ولا للأمة أن يعقدا لأنفسهما نكاحا ما لم بأذن
المولى، ولو بادر أحدهما ففي وقوفه على الإجازة قولان، ووقوفه على
الإجازة أشبه
وإن أذن المولى، ثبت في ذمة مولى العبد المهر والنفقة، ويثبت لمولى
الأمة المهر، ولو لم يأذن فالولد لهما، ولو أذن أحدهما كان للآخر، وولد

تنبيه

لا فرق في عدة المتمتعة بين الحرة والأمة، فتعد الأمة في غير الموت بقرئين مع
الاستقامة، ومع الريبة بشهر ونصف، وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام، عملا
بالعموم، وبصريح رواية زرارة المتقدمة (١)، وهو مذهب ابن إدريس (٢) وقواه
العلامة في المختلف (٣).

القسم الثالث في نكاح الإماء
قال طاب ثراه: ولو بادر أحدهما ففي وقوفه على الإجازة قولان، ووقوفه على
الإجازة أشبه.

- (١) الفقيه: ج ٣ (١٤٣) باب المتعة ص ٢٩٦ الحديث ٢٥.
(٢) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ٢٥ قال: فأما عدة الأمة المتوفى عنها زوجها فأربعة أشهر وعشرا.
(٣) المختلف: في نكاح المتعة ص ١٢ س ٧ قال: وابن إدريس قال: عدتها (يعني الأمة المستمتع بها)
أربعة أشهر وعشرة أيام إلى قوله: ولا يخلو عن قوة.

المملوكين رق لمولاهما، ولو كان لاثنين فالولد بينهما بالسوية ما لم يشترطه أحدهما وإذا كان أحد الأبوين حرا فالولد حر، إلا أن يشترط المولى رقيته على تردد ولو تزوج الحر أمة من غير إذن مالكتها، فإن وطأها قبل الإجازة عالما فهو زان، والولد رق للمولى وعليه الحد والمهر، ويسقط الحد لو كان جاهلا دون المهر، ويلحقه الولد، وعليه قيمته يوم سقط حيا

أقول: مختار المصنف هو قول الشيخ في النهاية (١) وهو اختيار العلامة (٢) وقال ابن إدريس: يبطل من الرأس للنهي عنه (٣).
قال طاب ثراه: وإذا كان أحد الأبوين حرا فالولد حر، إلا أن يشترط المولى رقيته على تردد.

أقول: إذا زوج المولى رقيته بحر، فإما أن يكون الرقيق عبدا أو أمة، فإن كان عبدا كان الأصل في الولد الحرية إجماعا منا، فإن شرط المولى الرقية كان الولد رقيقا أيضا، لم نقف فيه على مخالف، والتردد من المصنف قدس الله روحه، ووجهه: أن الولد إذا كان في الأصل حرا، كان الشرط مشتملا على استرقاق الحر، وهو مخالف للكتاب والسنة، فيكون باطلا.
وإن كان أمة فالمشهور أنه كذلك من غير فرق، وقال ابن الجنيد: الأصل في

-
- (١) النهاية: باب العقد على الإمام والعبيد ص ٤٧٦ س ١٦ قال: ومتى عقد على أمة غيره بغير إذن مولاهما إلى قوله: فإن رضي المولى الخ.
(٢) المختلف: في نكاح الإمام ص ١٨ قال: مسألة، قد بينا فيما تقدم أن العبد والأمة ممنوعان من عقد النكاح إلا بإذن المولى، فإن بادر أحدهما من غير إذنه وقف على إجازته، وهو أحد قولي الشيخ إلى قوله: لنا إنه عقد صدر من أهله الخ.
(٣) السرائر: باب العقد على الإمام والعبيد ص ٣٠٥ س ٩ قال: والذي ينبغي تحصيله في ذلك أن يكون العقد باطلا الخ.

ولد المملوكة أنه رق إلا أن يشترط الزوج العتق (١).

احتج الأولون بوجوه:

(أ) أن الأصل عدم التسلط على الغير خرج عنه المعلوم رقه بالإجماع، فبقي الباقي على الأصل.

(ب) أن العتق مبني على التغليب والسراية، فجانب الحرية أقوى، فيكون أرجح.

(ج) الروايات.

فمنها رواية جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال: إذا تزوج العبد الحرة، فولده أحرار وإذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار (٢).

ورواية إسحاق بن عمار عنه عليه السلام: في مملوك يتزوج بحرة قال: الولد للحرة، وفي حر تزوج مملوكة قال: الولد للأب (٣).

احتج أبو علي: بتغليب حق الآدمي على حقه تعالى.

وبرواية أبي بصير قال: لو أن رجلا دبر جاريتته ثم زوجها من رجل، كانت جاريتته وولدها منه مدبرين، كما لو أن رجلا أتى قوما فتزوج إليهم مملوكتهم، كان ما ولد لهم مماليك (٤).

أجابوا: بأنها مقطوعة ومحمولة على اشتراط الرقية

(١) المختلف: في نكاح الإماء ص ١٧ س ٢٧ قال: وقال ابن الحنيد: إذا تزوج الأمة سيدها ومولاتها فهو بمنزلتها رق الخ.

(٢) الإستبصار: ج ٣ (١٢٧) باب أن الولد لاحق بالحر من الأبوين ص ٢٠٣ الحديث ٢.

(٣) الاستبصار: ج ٣ (١٢٧) باب أن الولد لاحق بالحر من الأبوين ص ٢٠٣ الحديث ٤.

(٤) الإستبصار: ج ٣ (١٢٧) باب أن الولد لاحق بالحر من الأبوين ص ٢٠٣ الحديث ٥.

وكذا لو ادعت الحرية فتزوجها على ذلك، وفي رواية: يلزمه بالوطء عشر القيمة إن كانت بكرا، ونصف العشر لو كانت ثيبا، ولو أولدها فكهم بالقيمة، ولو عجز سعى في قيمتهم، ولو أبى عن السعي قيل: يفديهم الإمام، وفي المستند ضعف، ولو لم يدخل بها فلا مهر.

قال طاب ثراه: وكذا لو ادعت الحرية فتزوجها على ذلك، وفي رواية يلزمه بالوطء عشر القيمة إلى آخره.

أقول: البحث هنا يقع في مقامات:

(الأول) يجب عوض البضع هنا إجماعا، لأنه وطء ليس بزنا، ولا عن ملك يمين، فكان عليه عوضه. وفي قدره أقوال:

(أ) أنه المسمى، وهو مذهب القاضي (١) واختاره العلامة (٢) لأنه عقد صحيح قبض فيه فيجب العوض الآخر، وعروض الفسخ لا يوجب فساد من أصله، وبه قال المفيد إن قبضته وكانت هي المدلسة (٣).

(ب) مهر المثل وهو قول الشيخ في المبسوط (٤) لأنها ملك الغير، والعقد موقوف على رضاه، فإذا لم يرض ارتفع من أصله، فكان كالفاسد من رأس.

(ج) العشر مع البكارة ونصفه مع الثيبوبة، وهو مختار ابن حمزة (٥) وأبي

-
- (١) المهذب: ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣٦ س ١٦ قال: ولها المهر بما استحل من فرجها.
(٢) المختلف: في نكاح المتعة ص ٧ س ٣٩ قال: والتحقيق أن نقول: إذا تزوجها على أنها حرة فخرجت أمة إلى قوله: كان عليه المهر لأنه عوض البضع الخ.
(٣) المقنعة: باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ٣ قال: ولا يأخذ منها شيئا منه بعد الدخول الخ.
(٤) المبسوط: ج ٤، في العيوب التي توجب الرد في النكاح ص ٢٥٥ س ١٤ قال: وإن كان بعد الدخول وجب لها مهر المثل الخ.
(٥) الوسيلة: في بيان عقد العبيد والإماء ص ٣٠٣ س ١٨ قال: وعليه للسيد ما ذكرناه من عشر القيمة أو نصفه الخ.

على (١).

ومستنده رواية الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث إلى أن قال: ولمواليها عشر قيمتها إن كانت بكرا، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها (٢).

(الثاني) في توضيح طريق الغرور، وفيه مسائل:

(أ) دلسها أجنبي بالحرية، فالولد حر وعليه قيمته لمولاها يوم سقوطه حيا، لأنه وقت الحيلولة، وعليه العقر والأرش، وإن نقصت بالولادة، ويرجع بذلك على المدلس.

(ب) كان المدلس سيدها، فيصح النكاح، ويحكم عليه بالحرية إن تلفظ بما يقتضي العتق، عملا بظاهر إقراره، وإن لم يكن تلفظ بما يوجب الحرية، لم يعتق، وسقط عنه الجميع، قال في المبسوط: إلا أقل ما يكون مهرا (٣) واختاره العلامة (٤). (ج) شهد لها بالحرية شاهدان ثم بين الخلاف، فإما برجوعهما، أو ثبوت تزويرهما، فإن كان الأول لم ينقض الحكم بقولهما، وضمنا للمولى قيمة الجارية والولد والمهر، واستمر النكاح وإن كان بالتزوير نقض الحكم، وكان الولد حرا، وعلى الأب قيمته يوم سقوطه حيا، والمهر، ويرجع بذلك على الشاهدين، وليس

(١) المختلف: في نكاح المتعة ص ٧ س ٢١ قال: وقال ابن الجنيدي: إلى قوله: وعلى الزوج إن كانت بكرا فافتضها عشر قيمتها أو نصف عشرها.

(٢) الإستبصار: ج ٣ (١٣٥) باب الأمة تزوج بغير إذن مولاها ص ٢١٦ قطعة من حديث ٢.

(٣) المبسوط: ج ٤ ص ٢٥٦ س ٢١ قال: وهل يرجع بالكل أم لا؟ إلى قوله: يبقى قليلا بقدر ما يكون مهرا الخ.

(٤) المختلف: في نكاح المتعة ص ٨ س ٣ قال: ثم إن كان المدلس هو السيد رجع عليه بما دفعه إليها الخ.

عليهما قيمة الجارية.

(د) أن ينكح بسماع الشاهدين، لامع حكم الحاكم، فالحكم فيه كتعويله على ظاهر الحرية.

(هـ) تزوجها بظاهر الحال على الحرية، فيلحق به الولد وعليه قيمته، و عوض البضع والأرش إن حصل النقص بالولادة.

(و) تزوجها لجهله التحريم مع علم الرقية، فيلحق به النسب، وعليه قيمته، وأرش نقص الجارية وعقرها.

(ز) تزوجها مع علم التحريم والرق، فيكون زانيا، وعليه الحد إن لم يجز السيد العقد، والولد رق، وعليه أرش النقص بالولادة والعقر مع جهل الجارية، لامع علمها، وأطلق أبو حمزة سقوط المهر (١) وإن أجاز السيد العقد استقر النكاح والمسمى والولد حر، ولا قيمة ولا أرش.

فرع

لو دفع إليها المهر في موضع يجب للسيد، استعاد ما وجد منه، ويتبعها بما تلف، وكذا يرجع عليها بما يغرمه من القيمة لو كانت هي الغارة، وقال التقي: الولد حر وعليه قيمته ويرجع بها على من تولى أمرها، فإن كانت هي التي عقدت على نفسها، لم يرجع عليها بشئ (٢).

(الثالث) في الرجوع بقيمة الأولاد: ولا إشكال في الرجوع على الأب مع

(١) الوسيلة: في بيان عقد العبيد والإماء ص ٣٠٤ س ٣ قال: والمهر غير لازم.

(٢) الكافي: الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٥ س ١٨ قال: فإن كانت هي التي دلست نفسها الخ.

يساره، وإن أعسر بها قال الشيخ: استسعى فيها ومع التعذر يفكهم الإمام من سهم الرقاب (١) وتبعه ابن حمزة (٢) وقال ابن إدريس: الذي يقتضيه أصول المذهب أن الإمام لا يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب، ولا يجوز أن يشتروا من سهم الرقاب من الزكاة لأن ذلك السهم مخصوص بالعبيد والمكاتبين، وهؤلاء غير عبيد ولا مكاتبين، بل هم أحرار في الأصل، وإنما أثمانهم في ذمة أبيهم، لأن من حقهم أن يكونوا رقاً لمولى الأم، فلما حال الأب بينه وبينهم بالحرية وجب عليه قيمتهم يوم وضعهم أحياء، وهو وقت الحيلولة (٣) وقال العلامة: وعلى الأب قيمته يوم سقط حيا، فإن عجز فالوجه الانتظار به اليسار، ولا يجب الاستسعاء، ولا الأخذ من بيت المال وإن كان جائزاً، لكنه غير واجب، لأنه من المصالح، وكذلك الحال لو تزوجها على ظاهر الحال بالحرية من غير أن يشهد لها أحد، لأنه مال ثبت في ذمته، وهو عاجز عنه، فليُنظر، للآية (٤).

احتج الشيخ بما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن مملوكة أتت قوماً وهي تزعم أنها حرة، فتزوجها رجل منهم وأولدها ولداً، ثم إن مولاهما أتاهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكة وأقرت الجارية بذلك؟ قال: تدفع هي إلى مولاهما وولدها، وعلى مولاهما أن تدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه، قلت:

-
- (١) النهاية: باب العقد على الإمام والعبيد ص ٤٧٧ س ٦ قال: استسعى في قيمتهم فإن أبي ذلك كان على الإمام الخ.
(٢) الوسيلة: في بيان عقد العبيد والإماء ص ٣٠٣ س ١٩ قال: فإن عجز استسعى فيها، فإن لم يسع دفع الإمام الخ.
(٣) السرائر: باب العقد على الإمام والعبيد ص ٣٠٥ س ١٩ قال: والذي يقتضيه أصول المذهب أن الإمام لا يعطي الخ.
(٤) المختلف: في نكاح الإمام ص ١٥ س ٣٦ قال: وعلى الأب دفع قيمته يوم سقط حيا إلى قوله: فليُنظر للآية.

فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به؟ قال: يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده، قلت: فإن أبى الأب أن يسعى في ثمن ابنه؟ قال: فعلى الإمام أن يفديه، ولا يملك ولد حر (١).

وأجيب بالطعن في السند، وحمل الأمر بالسعي على الاستحباب، وليس في الرواية تقييد للافتداء بسهم الرقاب، مع احتمالها، فإن المدفوع إلى المولى إنما هو عوض عن رقبة من شأنها أن يقوم ويزال يد المولى عنها، فدخلت تحت الآية. واعلم أن هذه الرواية قد دلت على أمور:

- (أ) إن ولد الجارية ملك للسيد، بقوله: (تدفع هي وولدها).
- (ب) لحوق النسب بالأب، بقوله: (ويسعى في ثمن ابنه).
- (ج) وجوب دفعه على السيد، بقوله: (ويدفع الولد إلى أبيه).
- (د) وجوب القيمة على الأب.
- (هـ) إن اعتبار القيمة يوم يصير إلى الأب.
- (و) وجوب السعي على الأب مع فقره.
- (ز) جواز حجر السيد على الولد حتى يأخذ الثمن بقوله: (حتى يؤديه ويأخذ ولده).

- (ح) إن الأب إذا أبى السعي فكهم الإمام.
 - (ط) إن الولد حر في الأصل، بقوله: (ولا يملك ولد حر).
- وفي بعض هذه الأحكام منع.

فروع
(أ) إنما يجب على الأب الفلك يوم الولادة وسقوطه حيا، فلو سقط ميتا، أو

(١) الإستبصار: ج ٣ (١٣٥) باب الأمة تزوج بغير إذن مولاها ص ٢١٧.

ولو تزوجت الحرة عبدا مع العلم فلا مهر، وولدها رق، ومع الجهل يكون الولد حرا، ولا يلزمها قيمته، ويلزم العبد مهرها إن لم يكن مأذونا، ويتبع به إذا تحرر. ولو تسافح المملوك كان فلا مهر والولد رق لمولى الأمة، وكذا لو زنى بها الحر.

ولو اشترى الحر نصيب أحد الشريكين من زوجته بطل عقده ولو أمضى الشريك العقد لم يحل وطؤها، وبالتحليل رواية فيها ضعف.

يبقى في يد السيد، قال ابن حمزة: ولو تعذر الأداء بقي الولد رقا حتى يبلغ ويسعى في فكك رقبته (١).

وهل يكون حكمه حكم المكاتب في منعه من التصرفات المشتملة على التعزير بالمال؟ احتمالان، الأقوى ذلك، لثلا يستضر السيد بطول مدة السعي، ويحتمل قويا عتقه، ولا يجب عليه السعي، لأن الأب متلف والقيمة عليه ولا يجب على الإنسان قضاء ما على أبيه من الدين.

قال طاب ثراه: ولو أمضى الشريك العقد لم يحل، وبالتحليل رواية فيها ضعف.

أقول: يريد لو كان الحر متزوجا بأمة بين شريكين، ثم اشترى نصيب أحدهما، فقد ملك جزءا من زوجته، فيبطل نكاحه، لأنه لا يستقر عقد الإنسان على ملكه، ويحرم عليه وطؤها، لعدم اختصاصه بملكها، وهل هناك طريق إلى إباحتها سوى شراء النصف الباقي؟ قيل فيه قولان:

أحدهما: لا، لأن الفرج لا يتبعض، فيباح بعضه بالملك وبعضه بالعقد، وهو

(١) الوسيلة: فصل في بيان عقد العبيد والإماء ص ٣٠٣ س ٢٠ قال: فإن فقد هذه بقي الولد رقا الخ.

- قول أبي علي (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣).
والثاني: نعم، فماذا قيل فيه ثلاثة أقوال:
(أ) أن يرضى مالك نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقدا مستأنفا قاله الشيخ (٤)
وتبعه القاضي (٥) قال في النهاية: وإذا تزوج الرجل جارية بين شريكين، ثم اشترى
نصيب أحدهما حرمت عليه، إلا أن يشتري النصف الآخر، أو يرضى مالك
نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقدا مستأنفا.
(ب) أن يرضى مالك نصفها بأن يبيحه وطء ما يملكه فيها، فيطأها بالملكية
وبالإباحة دون العقد قاله ابن إدريس (٦) لأن الفرج لا يتبعض، فيكون بعضه
بالعقد وبعضه بالملك، بل لا يجتمع الملك والعقد معافي نكاح واحد، ويرد عليه
ما منع منه.
(ج) يحل بعقد المتعة إن وقع بينهما مهياة، وعقد عليها في نوبة سيدها بإذنه قاله
ابن حمزة (٧).

- (١) المختلف: في نكاح الإماء ص ١٧ س ٢٤ قال: وقال ابن الحنيد: ولو ملك الزوج بعض
السهم بطل النكاح الخ. وقال قبيل ذلك بعد نقل قول الشيخ: وبالجملة هذه المسألة لا يخلو عن تعسف ما
(٢) لاحظ ما اختاره في النافع.
(٣) المختلف: في نكاح الإماء ص ١٧ س ٢٤ قال: وقال ابن الحنيد: ولو ملك الزوج بعض
السهم بطل النكاح الخ. وقال قبيل ذلك بعد نقل قول الشيخ: وبالجملة هذه المسألة لا يخلو عن تعسف ما
(٤) النهاية: باب العقد على الإماء والعبيد، ص ٤٨٠ س ٧ قال: وإذا تزوج الرجل جارية بين
شريكين الخ.
(٥) المهذب: ج ٢، باب نكاح الإماء والعبيد ص ٢١٩ س ١٣ قال: وإذا تزوج رجل أمة بين
شريكين الخ.
(٦) السرائر: باب العقد على الإماء والعبيد، ص ٣٠٦ س ٣٤ قال: والأولى أن يقال: أو يرضى
مالك نصفها الخ.
(٧) الوسيلة، في بيان عقد العبيد والإماء، ص ٣٠٤ س ١٧ قال: وإن ابتاع بعضها انفسخ النكاح إلى
قوله: إلا أن تكون خدمتها مهياة بينهما فيجوز له العقد متعة عليها الخ.

وأما كلام الشيخ: فتنزيهه على أن العقد الأول ما بطل بمجرد الشراء كما لو زوج عبده من أمته ثم باع أحدهما، فإنه يكون الخيار ثابتا لكل من المتابعين، ولا يبطل العقد في الحال، بل يبقى موقوفا، والإجازة كالعقد المبتدأ، وهي محرمة عليه لولا هذا الرضا، فيكون هو الموجب للحل، فلم يلزم تبعض السبب. والرواية التي أشار إليها، هي ما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن جارية بين رجلين دبراها جميعا، ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه؟ فقال: هي حلال له (١) وفي طريقها ضعف (٢). وأورد المصنف قدس الله روحه على عبارة الشيخ. قوله: (أو يرضى بالعقد فيكون ذلك عقدا مستأنفا) لا يجوز أن يكون المراد بالعقد عقد النكاح الذي كان قبل الابتياح، لأنه بطل بالشراء، فلا يصير صحيحا بالإجازة، ولا يجوز أن يكون المراد به عقد البيع، لأنه غير متوقف على رضاه. قال في النكت: بل ينبغي أن تحمل كلامه على إيقاع البيع على النصف الباقي، فكأنه يقول: إلا أن يشتري النصف الآخر من البائع ويرضى مالك ذلك النصف بالعقد، فيكون الإجازة له كالعقد المستأنف، ويكون الألف سهوا من بالناسخ، أو يكون (أو) بمعنى الواو (٣). وقال فخر المحققين (وتنزيل كلام الشيخ على إرادة عقد النكاح أو جهه وقد

-
- (١) الكافي: ج ٥ باب نكاح المرأة التي بعضها حر وبعضها رق ص ٤٨٢ قطعة من حديث ٣ وفيه: هو له حلال.
- (٢) مرآة العقول: ج ٢٠ ص ٢٨٢ قال: الحديث الثالث صحيح على الظاهر انتهى ولعل الضعف من جهة أن الراوي هل هو محمد بن مسلم أو محمد بن قيس كما في التهذيب.
- (٣) جوامع الفقهية: نكت النهاية ص ٤١٢ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: الجواب: لا يصح أن يريد الرضا بعقد النكاح الخ.

وكذا لو كان بعضها حراً، ولو هاياها مولاها على الزمان، ففي جواز العقد عليها متعة في زمانها تردد، أشبه المنع.
ويستحب لمن زوج عبده أمتة أن يعطيها شيئاً، ولو مات المولى كان للورثة الخيار في الإجازة والفسخ، ولا خيار للأمة.

صرح به العلامة في القواعد قال: وإن أجاز الشريك النكاح بعد البيع، ففي الجواز خلاف (١) وفيه تعسف (٢).

قال طاب ثراه: ولو هاياها مولاها على الزمان، ففي جواز العقد عليها متعة في زمانها تردد أشبه المنع.

أقول: الجواز قول الشيخ في النهاية (٣) لأنها في أيامها كالحررة تملك فيها كسبها ومنافعها، ومنعه المصنف (٤) والعلامة (٥) لأن المهابة يتناول الخدمة، لا منفعة البضع، وكذا لا يجوز أن يتمتع بها الأجنبي، وإن جاز له استخدامها، لأن في هذا التصرف تطرق ضرر إلى المالك، لجواز الحمل، فيعجز بسببه في نوبة السيد عما كانت تقدر عليه، ولجواز موتها في الطلق، نعم لو أذن السيد جاز متعة ودواماً.

(١) ليس ما بين القوسين في النسخ المصححة المعتمدة، وهما نسختا (ألف و ب) بل في نسخة (ج) فقط، وهي نسخة مغلوطة جداً، مضافاً إلى عدم وجود هذه العبارة بهذه الألفاظ في الإيضاح.

(٢) الإيضاح: ج ٣ في نكاح الإمام ص ١٤٩ س ٨ قال بعد نقل قول المحقق: وفيه تعسف وبعد الخ.

(٣) النهاية: باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٤ س ٢٠ قال: فإن أراد العقد عليها في يومها عقد عليها عقد المتعة.

(٤) لاحظ ما اختاره في النافع.

(٥) لم أعر عليه إلا ما في المختلف في نكاح الإمام ص ١٧ قال: مسألة قال الشيخ في النهاية: إذا تزوج الرجل جارية بين شريكين إلى أن قال: وبالجملة هذه المسألة لا يخلو من تعسف ثم نقل قول ابن حمزة في أن يكون خدمتها مهابة الخ ولم يأت فيه بنقض ولا إبرام، وفي التحرير: في أنكحة المماليك ص ٢٣ س ٨ قال: ولو هاياها قيل: جاز له عقد المتعة عليها في زمانها المختص بها.

ثم الطوارئ ثلاثة: العتق، والبيع، والطلاق.
أما العتق فإذا أعتقت الأمة تخيرت في فسخ نكاحها، وإن كان
الزوج حرا على الأظهر ولا خيرة للعبد لو أعتق، ولا لزوجه ولو كانت
حرة، وكذا تتخير الأمة لو كانا لمالك فأعتقا أو أعتقت.

قال طاب ثراه: فإذا أعتقت الأمة تخيرت في فسخ نكاحها، وإن كان الزوج
حرا على الأظهر.

أقول: إذا أعتقت الأمة تخيرت في نكاحها، لأنه عقد اختياري وقع عليها من
غير اختيارها، وليس لها وسيلة إلى رفعه، لاختصاص الطلاق بالزوج، فشرع لها
الشارع الخيار دفعا للفضاضة والخرج، ولا فرق بين أن يكون زوجها عبدا أو حرا،
وهو مذهب الشيخ في النهاية (١) وبه قال المفيد (٢) والقاضي (٣) وابن إدريس (٤)
وأبو علي (٥) والمصنف في النافع (٦) وهو مذهب العلامة (٧) وقال في كتابي الفروع:
إذا أعتقت الأمة وكانت تحت حر، فالظاهر من روايات أصحابنا أن لها الخيار،

-
- (١) النهاية: باب العقد على الإمام والعبيد ص ٤٧٦ س ١٢ قال: فإن أعتقها مولاها كانت خيرة بين
الرضا والفسخ الخ.
(٢) المقنعة: باب العقود على الإمام ص ٧٧ س ٣٥ قال: وإن أعتقها السيد كانت هي بالخيار الخ.
(٣) المهذب: باب نكاح الإمام والعبيد ص ٢١٨ س ١٣ قال: وإن اعتقهما جميعا كانت الزوجة مخيرة
بين الرضا الخ.
(٤) السرائر: باب العقد على الإمام والعبيد ص ٣٠٥ س ٥ قال: وكذلك إن أعتقها مولاها كانت
مخيرة الخ.
(٥) المختلف: في نكاح المماليك ص ١٤ قال: مسألة، قال الشيخ في النهاية فإن أعتقها مولاها إلى
قوله: وقول ابن الجنيد أيضا.
(٦) لاحظ ما اختاره في النافع.
(٧) المختلف: في نكاح المماليك ص ١٤ س ٣٧ قال بعد نقل قول الشيخ: والمعتمد ما قاله في النهاية.

وروي في بعض أخبارنا أن ليس لها الخيار، واستدل على كل من الوجهين بواقعة بريرة من طريق العامة، ففي رواية إبراهيم عن الأسود عن عائشة قالت: خير رسول الله صلى الله عليه وآله بريرة وكان زوجها حرا (١) وهذا نص، وقد روى مثل ذلك أصحابنا (٢).

والرواية الأخرى رواها أصحابنا أن زوج بريرة كان عبدا (٣). قال: والذي يقوى في نفسي: أنه لا خيار لها، لأن العقد قد ثبت، ووجوب الخيار يحتاج إلى دليل.

روى ابن عباس أن زوج بريرة كان عبدا أسود يقال له مغيث، كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه يجري على لحيته، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله للعباس: يا عباس ألا تعجب من حب مغيث بريرة، ومن بغض بريرة مغيثا؟ فقال لها النبي صلى الله عليه وآله: لو راجعته فإنه أبو ولدك، فقالت: يا رسول الله أتأمرني؟ فقال: لا، إنما أشفع، فقالت: لا حاجة لي فيه (٤) (٥) (٦).

-
- (١) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٧ كتاب الطلاق: باب خيار الأمة إذا أعتقت، الحديث ٢٠٧٤.
(٢) الكافي: ج ٥، باب الأمة تكون تحت المملوك فتعتق أو يعتقان جميعا ص ٤٨٥ الحديث ١٢٤٥٦.
(٣) الكافي: ج ٥ باب الأمة تكون تحت المملوك فتعتق أو يعتقان جميعا ص ٤٨٧ الحديث ٥٦٥ وفي التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإمام ص ٣٤١ الحديث ٢٦ و ٢٨.
(٤) سنن ابن ماجه: ج ١ (٢٩) باب خيار الأمة إذا أعتقت ص ٦٧١ الحديث ٢٠٧٥.
(٥) المبسوط: ج ٤ كتاب النكاح ص ٢٥٧ س ١٩ قال: فإن أعتقها المشتري إلى قوله: فلها الخيار بلا خلاف الخ.
(٦) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ١٣٤ قال: إذا أعتقت الأمة تحت حر الخ. وفيه: ووجوب الخيار بدل ووجوب الخيار كما في النسخ الخطية الثلاثة.

واختار المصنف في الشرائع خيرة الكتابين (١).

احتج الأولون بوجوه:

(أ) أن المقتضي لثبوت الخيار مع العبد موجود في الحر، وهو ملك نفسها، فخرجت بذلك عن قهرها في النكاح، فلو لم يشرع لها الفسخ لزم الإضرار بها.

(ب) أن الحرية في الابتداء المقضى تخير المرأة في الازدواج، فكذا في الأثناء.

(ج) أن يثبت الخيار للمشتري، يثبت للمعتقة، والمقدم ثابت بالإجماع

والروايات، وتحقيقا للملك المقتضي للتصرف بسائر وجوهه.

(د) الروايات عامة وخاصة.

فمن الخاصة رواية محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام أنه قال: إذا أعتقت

الأمّة ولها زوج خيرت إن كانت تحت حر أو عبد (٢).

وعن زيد الشحام عن الصادق عليه السلام: إذا أعتقت الأمّة ولها زوج خيرت

إن كانت تحت حر أو عبد (٣).

احتج الشيخ على مقالة المبسوط، بأصالة صحة النكاح، وبصحيحة ابن سنان

عن الصادق عليه السلام أنه كان لبريرة زوج عبد، فلما أعتقت قال لها النبي صلى

الله عليه وآله: اختاري (٤).

(١) الشرائع: في نكاح الإمام، في الطواري قال: أما العتق فإن أعتقت المملوكة كان لها فسخ نكاحها، سواء كانت تحت حر أو عبد.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإمام وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤٢ الحديث ٣١.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإمام وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤٢ الحديث ٣٢.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٠) باب العقود على الإمام وما يحل من النكاح بملك اليمين ص ٣٤١ الحديث ٢٦.

ويجوز أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها، ويشترط تقديم لفظ التزويج في العقد، وقيل: يشترط تقديم العتق.

وأجيب عن الأول: بأن ثبوت الخيار لا تنافي صحة النكاح. وعن الثاني: بضعف دلالة المفهوم، وكيف إذا عورض بالمنطوق. قال طاب ثراه: ويجوز أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها، ويشترط تقديم لفظ التزويج في العقد، وقيل: يشترط تقديم العتق. أقول: الأصل في هذه المسألة أنه لما أسرت صفية بنت حبي بن أخطب من ولد هارون بن عمران عليه السلام اصطفاها النبي صلى الله عليه وآله لنفسه في الغنيمة في فتح خيبر، ثم أعتقها وتزوجها (١) وجعل عتقها صداقها بعد أن حاضت حيضة، فأجمع أصحابنا على أنه من السنن المشروعة العامة، وقال كثير من العامة: أنه من خصائصه عليه السلام. وهل يشترط تقديم لفظ التزويج على العتق، أو الأمر بالعكس، أو لا مشاحة في تقديم أحدهما على الآخر، لأن الكلام المتصل كالجمل الواحد لا تتم أوله إلا بآخره؟ قيل فيه: ثلاثة أقوال: (أ) اشتراط تقديم التزويج قاله الشيخ في النهاية (٢) وتبعه القاضي (٣) وابن

- (١) البحار: ج ٢١ باب غزوة خيبر وفدك ص ٢٢ س ١٦ قال: ثم اصطفاها لنفسه ثم أعتقها وتزوجها، وفي كتاب الأمالي للطوسي: ج ٢، الجزء الرابع عشر ولفظ (عن صفية قالت: اعتقني رسول الله صلى الله عليه وآله وجعل عتقي صداقي).
- (٢) النهاية: باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٧ س ١٥ قال: إلا أنه متى أرادته ينبغي أن يقدم لفظ العقد الخ.
- (٣) المهذب: ج ٢ باب السراري وملك الأيمان ص ٢٤٧ س ١١ قال: وينبغي إذا أراد فعل ذلك أن يقدم لفظ التزويج الخ.

إدريس (١) والمصنف (٢) ولو قدم العتق كان لها الخيار في الرضا بالعقد والامتناع من قبوله.

والحجة رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن رجل قال لأمته: أعتقتك وجعلت مهرك عتقك؟ فقال: عتقت، وهي بالخيار إن شاءت تزوجته، وإن شاءت فلا، وإن تزوجته فليعطها شيئاً، وإن قال: قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك، فإن النكاح واقع، ولا يعطها شيئاً (٣). وليست ناهضة بالدلالة على المطلوب، لأنه لم يذكر في العقد التزويج، ولا يكفي ذكر المهر بدون لفظ النكاح، ولأنه بدل على إعطائها شيئاً آخر على تقدير الرضا، ولم يقولوا به.

(ب) اشتراط تقديم العتق قاله المفيد (٤) والتقي (٥) والشيخ في الخلاف (٦) لأن بضع الأمة مباح لمالكها، فلا يصح العقد عليه، قال العلامة: والوجه عندي تقديم العتق ولا يجعل لها الخيار هنا لأن الكلام إنما يتم بآخره، فهو كما لو قال: أعتقتك وعليك خدمة سنة لزمها الخدمة، فكذا هنا يلزمها التزويج، ويكون عقد النكاح قد

(١) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٥ س ٣٧ قال: إلا أنه متى أراده ينبغي أن يقدم لفظ العقد الخ.

(٢) لاحظ اختياره في النافع.

(٣) الإستبصار: ج ٣ (١٣١) باب الرجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ص ٢١٠ الحديث ٥.

(٤) المقنعة: باب العتق والتدبير والمكاتبة ص ٨٥ س ٢١ قال: ومن أعتق أمته وجعل عتقها مهرها وتزوجها على ذلك جاز عتقه وثبت نكاحه الخ.

(٥) الكافي: العتق، فصل فيما يقتضي فسخ الرق ص ٣١٧ س ١٢ قال: ويجوز عتق الأمة مطلقاً، ويصح أن يجعل عتقها صداقها.

(٦) الخلاف: كتاب النكاح مسألة ٢٢ قال: إذا قال لأمته: أعتقتك على أن أتزوج بك وعتقتك صداقك الخ.

صاڑ امرأة وؑء فيها سبب التحرير؁ فكأنه صاڑ حرة قابلة له؁ ولا يعتبر قبولها العءء هنا؁ لأنها إنما تحرر بتمام العءء (١).

(ج) ءءم اشتراط ءءءم أحءهما عينا؁ ولا نسلم ثبوت الخيار لها مع ءءءم العءق؁ لأن الكلام المتصل كالجملء الواءءة؁ فلم تملك عءقها إلا بجعلها مهرا لنكاحها؁ ولا نسلم لزوم العءء على المملوكة على ءءءم التزويء لأنها حرة قوة؁ لءءم استقرار الرق فيها؁ ووجود سبب التحرير؁ حكاه المصنف ولم يذكر قائله (٢). واعلم أن هذه المسألة ءء خالف الأصل من وءوه:

(أ) ءواز عءء الإنسان على أمءه.

(ب) أن المهر ءءب ءحققه قبل العءء؁ ومع ءءءم العءق لا يكون متحققا قبله؁ مع أنه مذهب الأكثر.

(ج) لزوم الدور؁ لتوقف العءء على المهر الءى هو العءق المتوقف حصوله على العءء.

والءواب: أن ءحقق المشروعية هنا بالنقل المستفيض؁ ووءوب اتباع إءماع الفرقة الءى هو حءة قاطعة؁ لءءول قول المعصوم فيه؁ ولا استبعاد في صيرورتها أصلا مستقلا؁ كما صار ضرب الءية على العاقلة كذلك؁ مع أن لقائل أن يمنع حصول العءء هنا على المملوكة؁ لأن العءء والعءق متقارنان؁ وكما ءاز أن يعءء لغيره عليها لءءم ملكه لها؁ فكذا لنفسه؁ لءءم استقرار ملكه بتمام العءء؁ وأول العءء مرتبط بآخره؁ فءء وءء فيها سبب التحرير؁ ويمنع وءوب ءحقق المهر في كل عءء؁ فإن مفوضة البضع ليس لها مهر محقق قبل العءء.

(١) المءءلف: في نكاح الإمام؁ ص ٢٢ س ٢١ قال: والوءه عنءى ءءءم العءق الخ.

(٢) الشرائع: في نكاح الإمام؁ في الطواري قال: وقيل: لا يشءرط لأن الكلام المتصل كالجملء الواءءة؁ وهو حسن.

فإن قلت: إن مفوضة البضع يجب لها المهر بالعقد في الجملة، لأنه إن حصل دخول وجب لها مهر المثل، وإلا كان لها المتعة، فوجود شيء ما له صلاحية إلا صداق حاصل في المفوضة عند العقد.

قلنا: وفي صورة النزاع وجود شيء ما له صلاحية إلا صداق، حاصل، وهو العتق المذكور فتمام العقد الذي ترتبط ما وجد من ألفاظه بما بقي منها، بل هما متقارنان في الوجود.

والدور غير لازم، لأننا نمنع توقف العقد على المهر، وإن استلزمه، فإن العقد في نفسه جائز، وكما يجوز جعلها مهرا لغيرها، جاز لنفسها، لعدم المانع، ولم لا يجوز جعل عتقها، أو فك ملكها مهرا لها.

فرع

لو طلق هذه قبل الدخول بها؟ قال في النهاية: رجع نصفها رقا واستسعت فيه، فإن أبت كان لها يوم وله يوم (١) والأقرب رجوعه عليها بنصف القيمة وهي حرة، لأن ذلك يجري مجرى التالف عن المهر المعين واختاره القاضي (٢) وابن إدريس (٣) وقواه العلامة في التحرير (٤).

-
- (١) النهاية: باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٧ س ٢٠ قال: رجع نصفها رقا واستسعت الخ.
(٢) المهذب: ج ٢ باب السراري وملك الأيمان ص ٢٤٨ س ١ قال: فإن طلقها قبل الدخول بها كان له عليها مثل نصف قيمتها.
(٣) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٦ س ٣ قال: فإن طلق التي جعل عتقها مهرا قبل الدخول بها الخ.
(٤) التحرير: في أنكحة المماليك ص ٢٣ س ١٤ قال بعد نقل قول القاضي وابن إدريس: وهو عندي قوي.

ولرواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قلت له: رجل أعتق مملوكته وجعل عتقها صداقها ثم طلقها، قال: مضى عتقها وترد على السيد نصف قيمتها يسعى فيه، ولا عدة عليها (١).

فعلى قول الشيخ يجوز أن يشتري من سهم الرقاب مع العجز، وعلى قولنا يستقر ثمن النصف في ذمتها كالدين.

احتج برواية أبي بصير (٢) وهي مرسلة.

وبرواية يونس بن يعقوب (٣) وكان فطحيا، وقيل: رجع، قال المصنف: ولم يثبت (٤).

وبرواية عباد بن كثير البصري قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل أعتق أم ولده وجعل عتقها صداقها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها؟ قال: يعرض عليها أن تسعى في نصف قيمتها، فإن أبت هي فنصفها رق ونصفها حر (٥) وهو عامي وإلى ما اخترناه ذهب الصدوق في المقنع (٦) وأبو علي (٧) وابن إدريس (٨) وما اختاره في

(١) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٨٢ الحديث ١٤٦.

(٢) الإستبصار: ج ٣ (١٣١) باب الرجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ص ٢١٠ الحديث ٧.

(٣) الإستبصار: ج ٣ (١٣١) باب الرجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ص ٢١٠ الحديث ٦.

(٤) من أراد أن يطلع على مذهبه ورجوعه واختلاف أرباب الرجال فيه فليرجع إلى تنقيح المقال للعلامة المامقاني ج ٣ ص ٣٤٤ تحت رقم ١٣٣٦٥.

(٥) الإستبصار: ج ٣ (١٣١) باب الرجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ص ٢١١ الحديث ٨.

(٦) المقنع: باب بدء النكاح ص ١٠٣ س ٥ قال: وإذا أعتقها وجعل عتقها صداقها ثم طلقها قبل أن يدخل بها الخ.

(٧) المختلف: في نكاح الإماء ص ٢٢ س ٣١ قال بعد نقل قول الصدوق في المقنع: وبه قال ابن الجنيد وهو المعتمد.

(٨) السرائر: في السراري وملك الأيمان ص ٣١٦ س ٥ قال: والذي يقتضيه أصول المذهب إلى قوله: فقد ملكت نفسها وصارت حرة الخ.

وأُم الولد رق وإن كان ولدها باقيا، ولو مات جاز بيعها، وتنعتق بموت المولى من نصيب ولدها ولو عجز النصيب سعت في المتخلف، ولا يلزم الولد السعي على الأشبه، وتباع مع وجود الولد في ثمن رقبتها إن لم يكن غيرها.

ولو اشترى الأمة نسية فأعتقها، وتزوجها، وجعل عتقها مهرها، فحملت ثم مات ولم يترك ما يقوم بثمنها فالأشبه أن العتق لا يبطل، ولا يرق الولد، وقيل: تبع في ثمنها، ويكون حملها كهيتها، لرواية هشام بن سالم.

النهاية يتمش على القول بأن المرأة لا يملك بالعقد سوى النصف من الصداق. قال طاب ثراه: ولو عجز النصيب سعت في المتخلف، ولا يلزم الولد السعي على الأشبه. أقول: مختار المصنف هون مختار المفيد (١) وابن إدريس (٢) والعلامة (٣) ولزوم السعي للولد هو مختار الشيخ في المبسوط (٤) وابن حمزة (٥) وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قال طاب ثراه: فالأشبه أن العتق لا يبطل، ولا يرق الولد، وقيل: تبع في ثمن رقبتها ويكون ولدها كهيتها لرواية هشام بن سالم.

(١) لم نعثر عليه.

(٢) السرائر: في السراري وملك الأيمان ص ٣١٦ س ٧ قال: وقد روي أنه إن كان لها ولد له مال إلى أن قال: والأصل براءة الذمة الخ.

(٣) المختلف: في نكاح الإماء ص ٢٣ س ١ قال: الخامس إلزام الولد بأداء ثمنها ليس بجيد، لأصالة البراءة.

(٤)

(٥)

أقول: إذا اشترى الإنسان أمة نسيئة فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها، ثم استولدها ومات مفلسا، فهنا أصلان قطعان لا شك فيهما:
الأول: أن العتق صحيح، لوقوعه من أهله في محله.
أما الأول، فلصدوره من مالك جائز التصرف.
وأما الثاني، فلمصادفته رقبة قابلة للعتق.
الأصل الثاني: أن هذا الولد حر، لتولده بين حرين.
فإذا تحقق هذان الأصلان فما نافهما وجب حمله على ضرب من التأويل، إن أمكن، وإلا أطرح، لكونه غير قطعي عارض قطعيا.
إذا عرفت هذا: فاعلم أن المعارض لهذين الأصلين صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل جارية بكرا إلى سنة، فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وجعل عتقها مهرها، ثم مات بعد ذلك بشهر، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن كان للذي اشتراها إلى سنة مال، أو عقدة يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته كان عتقه ونكاحه جائزا، وإن لم يملك ما يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته كان عتقه ونكاحه باطلا، لأنه أعتق ما لا يملك، وأرى أنها رق لمولاها الأول، قيل له: فإن كانت قد علق من الذي أعتقها وتزوجها ما حال ما في بطنها؟ فقال: الذي في بطنها مع أمه كهيئنا. وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية (٢) وأبو علي (٣).

-
- (١) الكافي: ج ٦، كتاب العتق والتدبير والكتابة، باب نوادر، ص ١٩٣ الحديث ١ وفي التهذيب:
ج ٨ باب العتق وأحكامه ص ٢٣١ الحديث ٧١ وفي ألفاظ الحديث مع ما نقله المصنف اختلاف يسير فلاحظ.
(٢) النهاية: باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٨ س ٣ قال: فإن جعل عتقها صداقها إلى قوله: في كونه رقا.
(٣) المختلف: في نكاح الإماء ص ٢٣ س ٦ قال: وقال ابن الجنيد: وإن مات وثمان الأمة التي تزوجها دين عليه الخ.

قال المصنف قدس الله روحه: إن سلم هذا النقل جاز استثناء هذا الحكم من جميع الأصول المنافية، لعدة غير معقولة، لكن عندي أن هذا خبر واحد لم يعضده دليل فالرجوع إلى الأصل أولى (١).

وتأولها العلامة: بالحمل على وقوع ذلك في مرض الموت، فإن ذلك يقتضي بطلان العتق المستغرق مع وجود الدين (٢).

قيل عليه: إنما يتم هذا التأويل في عودها إلى الرق، أما رق الولد فلا، لأن غايته بطلان العتق، فيكون مملوكته، وولده منها حر لا ينقلب رقا.

وبعض حملها على فساد البيع مع علم المشتري، فيكون زانيا، فيرق ولده. ولا يتم أيضا، لتضمن الرواية صحة النكاح والعتق لو ترك ما يقوم بثمنها، ولا يمكن ذلك مع فساد البيع.

قال فخر المحققين: ليس في الرواية ما يدل على رقية الولد، إذ ليس فيها إلا قوله (كهيتها) وهو أعم من أن يكون كهيتها في حال الحكم بحريتها في الظاهر قبل ظهور عجزه عن الثمن، فيكون حرا، أو بعده فيكون رقا، ولا دلالة للعام على الخاص بإحدى الدلالات (٣).

قال الشهيد: هذا كلام على النص، فإن المفهوم من قوله (كهيتها) ليس إلا أن حكمه حكمها في حال السؤال، وقد حكم قبل ذلك أنها رق، فيكون دالا على رقية

(١) المسالك: ج ١ في نكاح الإمام ص ٥١٦ س ٥ قال: قال المصنف في النكت: إن سلم هذا النقل الخ.

(٢) المختلف: في نكاح الإمام ص ٢٣ س ١٣ قال بعد نقل استناد الشيخ برواية هشام: والجواب إن هذه الرواية لما نافيت الأصول وجب تأويلها بالمحتمل، وهو أن يكون المشتري مريضا الخ.

(٣) الإيضاح: ج ٣ في نكاح الإمام ص ١٦٠ س ١٠ قال: والرواية لا تدل على رقه الخ.

وأما البيع: فإذا بيعت ذات البعل تخير المشتري في الإجازة والفسخ،
تخييراً على الفور،
وكذا لو بيع العبد وتحتة أمة، وكذا قيل لو كان تحتة
حرة، لرواية فيها ضعف ولو كانا لمالك فباعهما لاثنين فلكل منهما
الخيار، وكذا لو باع أحدهما لم يثبت العقد ما لم يرض كل واحد منهما،
ويملك المولى المهر بالعقد، فإن دخل الزوج استقر، ولا يسقط لو باع، أما
لو باع قبل الدخول سقط، فإن أجاز المشتري كان المهر له، لأن الإجازة
كالعقد.

وأما الطلاق: فإذا كانت زوجة العبد حرة، أو أمة لغير مولاه،
فالطلاق بيده، وليس لمولاه إجباره، ولو كانت أمة لمولاه كان التفريق
إلى المولى، ولا يشترط لفظ الطلاق.

الولد بالمطابقة، إذا اللفظ موضوع لهذا المعنى، ولو صح هذا التأويل أمكن الكلام
على نصوص الشارع، وفي التزام هذا ما لا يخفى (١).
والأولى إن عملنا بهذه الرواية قيدنا بصورة النص، نعم لا يشترط كون الأجل
سنة على الظاهر، لبعده، إذ المناط حصول الأجل، والتقييد بخصوصية الزمان
لا يفيد تعلق الحكم به، بل بمطلق التأجيل مع احتمال، قلت: ويكون المشتري
ليس له حالة الشراء مال، أو عقدة يحيط بقضاء ما عليه من الدين.
قال طاب ثراه: وكذا (أي وكذا يثبت الخيار) لو بيع العبد وتحتة أمة، وكذا لو
كان تحتة حرة لرواية فيها ضعف.
أقول: المشهور أن مشتري العبد بالخيار في إجازة عقده وفسخه، حرة كانت

(١) قال الشهيد في المسالك: ج ١ في نكاح الإماء ص ٥١٦ س ١٣ بعد نقل قول فخر المحققين
ما لفظه: ورده الشهيد في شرح الإرشاد، بأن هذا كلام على النص الخ.

زوجته أو أمة، والثاني إجماعي، والأول مذهب الشيخ في النهاية (١)، وتبعه القاضي في كتابيه (٢) وابن حمزة (٣) والعلامة (٤) وقال ابن إدريس: ليس له الخيار (٥) واختاره المصنف (٦) احتج الأولون بوجوه:

(أ) أن تجدد ملك المشتري إما أن يكون مقتضيا لثبوت الخيار أو لا، فإن كان الأول ثبت لمشتري العبد مطلقا عملا بالمقتضى، وإن كان الثاني لم يثبت في زوج الأمة عملا بالأصل السالم عن معارضة الاقتضاء، لكنه ثابت بالإجماع.
(ب) أن الملك يقتضي ولاية التسلط على المملوك بسائر أنواع التصرفات، وبقاء النكاح يرفع هذه الولاية الثابتة شرعا، فيفتقر إلى دلالة شرعية، وليس.
(ج) رواية محمد بن علي عن أبي الحسن عليه السلام قال: إذا تزوج المملوك فللمولى أن يفرق بينهما (٧).

وليس بغير البيع إجماعا، لكون الطلاق بيد العبد، والتفريق هنا معناه زوال

(١) النهاية: باب العقد على الإماء والعبيد ص ٤٧٧ س ١٨ قال: إلا أن يبيعه مولاه فإن باعه كان الذي يشتريه بالخيار.

(٢) المهذب: ج ٢، باب نكاح الإماء والعبيد ص ٢١٩ س ١ قال: فإن باعه كان ذلك فراغا بينهما إلا أن يختار المشتري الخ. ولا يحضرني كتاب الكامل للقاضي ولكن في المختلف: في نكاح الإماء ص ١٦ س ٧ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وتبعه ابن البراج في كتابيه معا.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان عقد العبيد والإماء، ص ٣٠٦ س ١٣ قال: فإن باع العبد من غيرها كان المبتاع بالخيار بين فسخ العقد والإمضاء.

(٤) المختلف: في نكاح الإماء ص ١٦ س ٩ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

(٥) السرائر: باب العقد على الإماء والعبيد، ص ٣٠٥ س ٢٩ قال بعد نقل قول الشيخ وتزييفه: والذي يقتضيه الأدلة أن العقد ثابت الخ.

(٦) لاحظ ما اختاره في النافع.

(٧) الإستبصار: ج ٣ (١٢٨) باب أن المملوك إذا كان متزوجا بحرة كان الطلاق بيده ص ٢٠٦ الحديث ٥.

النظر الثاني في الملك: وهو نوعان:
النوع الأول ملك الرقبة، ولا حصر في النكاح به. وإذا زوج أمته
حرمت عليه وطئا ولمسا ونظرا بشهوة ما دامت في العقد، وليس للمولى
انتزاعها، ولو باعها تخير المشتري دونه. ولا يحل لأحد الشريكين وطء
المشتركة، ويجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب وأبنائهم
وبنائهم. ولو ملك الأمة فأعتقها حل له وطؤها بالعقد وإن لم يستبرئها،
ولا تحل لغيره حتى تعتد كالحرّة. ويملك الأب موطوءة ابنه، وإن حرم
عليه وطؤها، وكذا الابن.
النوع الثاني، ملك المنفعة: وصيغته أن يقول: أحللت لك وطأها، أو
جعلتك في حل من وطئها، ولم يتعدهما الشيخ، واتسع آخرون بلفظ
الإباحة، ومنع الجميع لفظ العارية.

اللزوم، وتعريض العقد لقبول الفسخ المقتضي للتفريق تسمية للشئ بما يصير إليه.
احتج ابن إدريس بأنه عقد لازم، والأصل بقاؤه، فلا يتسلط على فسخه إلا
بدليل، ولتعلق حق الحرّة به تعلقا شرعيا، ولا دليل على زواله، ونسب الرواية
الواردة بثبوته إلى الشذوذ والضعف، ووجهه من موسى بن بكير، فإنه في طريقها،
وهو واقفي (١).
قال طاب ثراه: النوع الثاني ملك المنفعة: وصيغته أن يقول: أحللت لك وطأها،
أو جعلتك في حل من وطئها، ولم يتعدهما الشيخ، واتسع آخرون بلفظ الإباحة،
ومنع الجميع لفظ العارية.

(١) سند الحديث كما في الإستبصار هكذا (الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد عن موسى بن بكر
عن محمد بن علي عن أبي الحسن عليه السلام).

أقول: هنا مسائل:

الأولى: يباح وطء الإماء عندنا بالتحليل، لأنه نوع ملك، وقال تعالى (أو ما ملكت أيما نكم) (١).

وللنقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام.

روى محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل يحل لأخيه فرج جاريته؟ قال: هي له حلال ما أحل منها، قلت: أفيحل له ثمنها؟ قال: لا، إنما يحل لها منها ما أحلت له (٢).

وفي معناها صحيح إسماعيل بن بزيع عن أبي الحسن عليه السلام (٣).

وللإجماع من الفرقة المحقة إلا من منقرض لا نعرف عينه.

قال ابن إدريس: إنه جائز عند أكثر أصحابنا المحصلين، وبه تواترت الأخبار،

وهو الأظهر بين الطائفة، وعليه العمل والفتوى، ومنهم من منع (٤).

ولأنها منفعة خالية من إمارات المفسدة، فيكون مشروعاً.

احتج المانع برواية الحسين بن علي بن يقطين في الصحيح قال: سألته عن

الرجل يحل فرج جاريته؟ قال: لا أحب ذلك (٥).

(١) النساء / ٣.

(٢) الإستبصار: ج ٣ (٨٩) باب أنه يجوز أن يحل للرجل جاريته لأخيه المؤمن ص ١٣٥ الحديث ١ والجزء الأخير من قوله: (قلت إلى آخره) ليس في رواية محمد بن مسلم، بل هو في رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام، لاحظ الحديث ٥ من ذلك الباب.

(٣) الإستبصار: ج ٣ (٨٩) باب أنه يجوز أن يحل الرجل جاريته لأخيه المؤمن ص ١٣٦ الحديث ٧.

(٤) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٦ قال: فهو جائز عند أكثر أصحابنا المحصلين الخ.

(٥) الإستبصار: ج ٣ (٨٩) باب أنه يجوز أن يحل الرجل جاريته لأخيه المؤمن ص ١٣٧ الحديث ٨

وفي معناها رواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام في المرأة تقول لزوجها: جاريتي لك حلال؟ قال: لا يحل (١).
والجواب عن الأولى: بحملها عن الاستحباب، إذ ليست صريحة في التحريم. وعن الثانية: بضعف السند، وبعدم اشتمالها على صيغة التحليل.
الثانية: في الصيغة التي يباح بها الفرج في هذا الباب.
قال الشيخ في التهذيب: ينبغي أن يراعى لفظ التحليل، وهو أن يقول المالك للأمة لمن يحللها له: قد جعلتك في حل من وطئها، أو أحللت لك وطئها (٢) وبه قال: ابن زهرة (٣) وأجاز ابن إدريس لفظ الإباحة (٤) وهو ظاهر السيد (٥) واختاره العلامة (٦) لمشاركته التحليل في المعنى فسببية أحدهما يقتضي سببية الآخر.
الثالثة: هل يشترط في هذا العقد ذكر المدة؟ قال ابن إدريس: لا يشترط (٧)

- (١) الإستبصار: ج ٣ (٨٩) باب أنه يجوز أن يحل الرجل جاريتيه لأخيه المؤمن ص ١٣٧ الحديث ١٠ وتمام الحديث (إلا أن تبعه أو تهب له).
(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٣) باب ضروب النكاح ص ٢٤٤ قال بعد نقل حديث ١٤ ما لفظه (وينبغي أن يراعى في هذا الضرب من النكاح لفظة التحليل، ولا يسوغ فيه لفظة العارية).
(٣) جوامع الفقهية الغنية: ص ٦١٢ س ٢٢ قال: ولا بد من اعتبار لفظ التحليل، بأن يقول: حللتك من وطئها الخ.
(٤) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٤ قال: والثاني بتحليل مالكهن أو إباحة الرجل من وطئهن الخ.
(٥) الإنتصار: في استباحة الفروج ص ١١٨ س ١ قال: مسألة ومما شنع به على الإمامية تجويز إعارة الفروج الخ.
(٦) المختلف: في نكاح الإماء ص ١٩ س ٢ قال بعد نقل قول المشهور: والحق الأول.
(٧) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٨ قال: ويجري ذلك مجرى إسكان الدار وإباحة منافع الحيوان الخ ومعلوم أن المدة فيهما ليست بشرط، ثم قال: إلا أن شيخنا أبا جعفر في مبسوطه جعل من شروطه أن تكون المدة معلومة الخ.

وهل هو إباحة، أو عقد؟ قال علم الهدى: هو عقد متعة.

واختاره العلامة (١) لأنه نوع تملك وتحليل فأشبهه العارية، مع أن الأصل الإباحة، وقال في المبسوط: وأما تحليل الإنسان جاريته لغيره في غير عقد فهو جائز عند أكثر أصحابنا، ومنهم من منع وهو الأظهر في الروايات، ومن أجازته اختلفوا: فمنهم من قال: هو عقد والتحليل عبارة عنه، ومنهم من قال: تملك منفعة مع بقاء الأصل، وهو الذي يقوى في نفسي ويجري ذلك مجرى إسكان الدار وإعمارها، ولأجل هذا يحتاج أن يكون المدة معلومة (٢) وهو ظاهر النهاية حيث قال: يحل له منها مقدار ما يملكه يحلله له مالها (يحله خ ل) إن يوما فيوما وإن شهرا فشهرًا على حسب ما يريد (٣) ولم يذكر حكم الإطلاق، ولا نص على الاشتراط.

قال طاب ثراه: وهل هو إباحة أو عقد متعة؟ قال علم الهدى: هو عقد متعة. أقول: لا شك أن الفرج معصوم عن الاستمتاع بغير العقد والملك، لقوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين. فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) (٤) واللوم هنا منتف بالاجتماع والنصوص.

فهل يكون من قبيل الملك أو العقد؟ فيه لأصحابنا قولان:
(أحدهما) أنه عقد وليس دائما، لعدم لحوق أحكام الدائم له، فيكون متعة،

-
- (١) المختلف: في نكاح الإماء ص ١٩ س ١٦ قال: والذي قواه الشيخ في المبسوط هو المعتمد إلا في شيء واحد وهو الافتقار إلى تعيين المدة.
- (٢) المبسوط: ج ٤، فصل في نكاح المتعة وتحليل الجارية ص ٢٤٦ س ٨ قال: وأما تحليل الإنسان إلى قوله: أن يكون المدة معلومة.
- (٣) النهاية: باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٤ س ٩ قال: ويحل له منها إلى قوله: إن يوما فيوما وإن شهرا فشهرًا الخ.
- (٤) المؤمنون: ٥ - ٧.

وهو قول السيد (١) نقله عن ابن إدريس (٢) والمصنف (٣) وقال ابن إدريس: أنه تملك منفعة (٤) ونقله عن الشيخين وغيرهما من المشيخة (٥) واختاره العلامة (٦). واعلم أنه على القول بأنه عقد متعة، يشترط فيه الأجل قطعاً، وأما على القول بأنه تملك منفعة هل يعتبر فيه الأجل أو لا؟ المبسوط وظاهر النهاية على الأول وابن إدريس والعلامة على الثاني (٧).

فروع

(أ) يشترط في صحته إذن الحرية لمن هي عنده إن جعلناه عقداً، ولا يعتبر ذلك إن جعلناه إباحة.

(ب) يشترط في إباحته فقدان الطول وخوف العنت إن اعتبرناهما، على الأول دون الثاني.

(ج) يعتبر تعيين المدة على الأول قطعاً، وعلى الثاني خلاف.

(١) الإنتصار: في استباحة الفرج ص ١١٨ س ٥ قال: وقد يجوز إلى قوله: أن يكون عبر بلفظ العارية عن النكاح.

(٢) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٧ قال: فمنهم من قال هو عقد والإباحة والتحليل عبارة عنه، وهو مذهب السيد المرتضى في انتصاره.

(٣) أي نقل المصنف عن السيد، لاحظ نقله في النافع.

(٤) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٧ قال: قالوا هو تملك منفعة إلى قوله: وهو الذي يقوى في نفسي الخ.

(٥) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ٨ قال: وهو مذهب شيخنا أبي جعفر الطوسي وشيخنا المفيد وغيرهما من المشيخة.

(٦) تقدم نقله في قوله في المختلف: والذي قواه الشيخ في المبسوط هو المعتمد الخ.

(٧) والكل تقدم فلاحظ.

وفي تحليل أمته لمملوكه تردد، ومساواته بالأجنبي أشبه ولو ملك

(د) ينتفي الولد عنه مع نفيه له بغير لعان على الثاني قطعاً، وعلى الأولين على قولين.

(ه) يعتبر إذن العمة والخالة على الأول دون الثاني.

(و) يحرم إيقاعه لمن عنده أختها على الأول ويقع باطلاً، وعلى الثاني لا يحرم، بل يحرم الوطء، فلو أبان الأولى حل وطئ الثانية من غير احتياج إلى استيناف عقد.

(ز) لو كان متسرياً بأختها، حرمت الأولى ما دام عقد الثانية مستمراً على الأول، وعلى الثانية يختص التحريم بالثانية.

أما اعتبار الإيجاب والقبول فلا بد منه على كل من القولين. تنبيه

إذا عينت المدة، ساغ الاستمتاع فيها وحرمت بعدها، ومع عدم التعيين، وعدم اشتراطه تستبيح مستمراً حتى ينهائ المالک، كالعارية.

قال طاب ثراه: وفي تحليل أمته لمملوكه تردد، ومساواته بالأجنبي أشبه.

أقول: المنع مذهب الشيخ في النهاية (١) ومختار العلامة في المختلف (٢) لأنه نوع تمليك، فيستدعي محلاً قابلاً، وكما يعتبر في تحقق الأثر حصول الفاعل، كذا يعتبر حصول القابل، فالعبد ليس محلاً قابلاً للملك، لما تقدم في البيع، ولصحيحة علي بن يقطين عن أبي الحسن الماضي أنه سئل عن المملوك أيحل له أن يطاء الأمة من

(١) النهاية: باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٤ س ١٠ قال: ولا يجوز للرجل أن يجعل عبده في حل من وطئ جاريته.

(٢) المختلف: في نكاح الإماء ص ٢٠ س ٣ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: والوجه ما قاله الشيخ.

بعض الأمة فأحلتها نفسها لم يصح، وفي تحليل الشريك تردد، والوجه: المنع.
ويستبيح ما يتناوله اللفظ، فلو أحل التقبيل اقتصر عليه، وكذا
اللمس، لكن لو أحل الوطء، حل له ما دونه، ولو أحل الخدمة لم
يتعرض للوطء وكذا لا تستبيح بتحليل الوطء
وولد المحللة حر فإن شرط
الحرية في العقد فلا سبيل على الأب، وإن لم يشترط ففي إزمه قيمة
الولد روايتان، أشبههما: أنها لا تلزم ولا بأس أن بطل الأمة وفي البيت

غير تزويج إذا أحل له مولاها؟ قال: لا يحل له (١) واختاره فخر المحققين (٢) والجواز
مذهب ابن إدريس (٣) ومختار المصنف (٤) لأنه نوع إباحة والعبد محل لها.

فرع
لو أحل أمته بمملوك غيره، فإن قلنا: أنه تمليك لم يجز، وإن قلنا: أنه عقد اعتبر
إذن السيد أو إجازته بعده، وإن علمنا أنه إباحة توقف على إذن السيد أيضا، وحرم
على العبد الوطء إلا مع الإذن، لاستلزامه التصرف في ملك سيده، وهو حرام بدون إذنه
قال طاب ثراه: وفي تحليل الشريك تردد، والوجه المنع.
أقول: قد تقدم البحث في هذه المسألة.

قال طاب ثراه: وولد المحللة حر، فإن شرط الحرية في العقد فلا سبيل على
الأب، وإن لم يشترط ففي إزمه قيمة الولد روايتان، أشبههما أنه لا تلزم.

(١) الإستبصار: ج ٣ (٨٩) باب أنه يجوز أن يحل الرجل جاريته لأخيه المؤمن ص ١٣٧ الحديث ١١.
(٢) الإيضاح: ج ٣ في نكاح الإماء ص ١٦٧ س ٨ قال بعد نقل قول العلامة في المختلف: وهو المختار
عندي وبه أفتي.

(٣) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٤ س ٢٥ قال: قال محمد بن إدريس رحمه الله:
لا مانع من تحليل عبده وطى جاريته من كتاب ولا سنة ولا إجماع، والأصل الإباحة الخ.
(٤) لاحظ ما اختاره في النافع.

غيره، وأن ينام بين أمتين، ويكره في الحرائر. وكذا يكره وطء الفاجرة
ومن ولدت من الزنا.

أقول: قال الشيخ في النهاية: إذا أتت بولد كان لمولاها، وعليه أن يشتريه بماله
إن كان له مال، وإلا استسعى في ثمنه، وإن شرط أن يكون الولد حرا كان على
ما شرط (١) وقال ابن إدريس: لا قيمة عليه لانعقاده حرا في الأصل (٢) واختاره
المصنف (٣) والعلامة (٤).

احتج الشيخ برواية ضريس بن عبد الملك قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:
الرجل يحل لأخيه فرج جاريتيه قال: هو له حلال، فإن جاءت لولد منه فهو لمولى
الجارية، إلا أن يكون اشترط على مولى الجارية حين أحلها إن جاءت بولد فهو
حر (٥).

ومثلها رواية الحسن العطار عنه عليه السلام (٦).

احتج العلامة بحسنة زرارة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يحل
جاريتيه لأخيه؟ قال: لا بأس، قال: قلت: فإن جاءت بولد؟ قال: يضم إليه ولده
ويرد الجارية على صاحبها، قلت له: إنه لم يأذن له في ذلك؟ قال: قد أذن له، وهو

(١) النهاية: باب السراري وملك الأيمان ص ٤٩٤ س ٢ قال: ومتى جعله في حل من وطئها وأتت
بولد الخ.

(٢) السرائر: باب السراري وملك الأيمان ص ٣١٣ س ١٠ قال: والذي يقتضيه الأدلة أن الولد
بمجرد الإباحة والتحليل يكون الولد حرا الخ.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المختلف: في نكاح الإماء ص ١٩ س ٢٦ قال بعد نقل قول السيد والذي اختاره ابن إدريس:
وهو المعتمد.

(٥) الإستبصار: ج ٣ (٩٠) باب حكم ولد الجارية المحللة ص ١٣٨ الحديث ١.

(٦) الإستبصار: ج ٣ (٩٠) باب حكم ولد الجارية المحللة ص ١٣٨ الحديث ٢.

ويلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة:
الأول: في العيوب، والبحث في أقسامها وأحكامها.
عيوب الرجل أربعة: الجنون، والخصاء، والعنن، والجب.
وعيوب المرأة سبعة: الجنون والجذام والبرص والقرن والإفضاء
والعمى والإقعاد
وفي الرتق تردد، أشبهه: ثبوته عيباً لأنه يمنع الوطء.

لا يأمن أن يكون ذلك (١).

وفي معناها رواية إسحاق بن عمار (٢).

ولأن مبني الحرية على التغليب والسراية، ولهذا سرى العتق بجزء من مائة ألف
جزء من الرقبة، ولا ريب في أن تكون الولد من نطفة الرجل والمرأة على ما نطق به
القرآن الكريم (٣)، فيغلب جانب الحرية (٤).

ويلحق بالنكاح أمور خمسة

(الأول) العيوب

قال طاب ثراه: وفي الرتق تردد، أشبهه ثبوته عيباً لأنه يمنع الوطء.

(١) الكافي: ج ٥ باب الرجل يحل جاريتيه لأخيه والمرأة تحل جاريتها لزوجها ص ٤٦٩ الحديث ٦.

(٢) الإستبصار: ج ٣ (٩٠) باب حكم ولد الجارية المحللة ص ١٣٩ الحديث ٤.

(٣) التبيان: ج ١ ص ٢٠٦ س ٨ قال: وقوله: (إنا خلقنا الإنسان من نطفة) إخبار من الله تعالى أنه

خلق الإنسان، سوى آدم وحواء من نطفة، وهو ماء الرجل والمرأة يخلق منهما الولد، إلى أن قال: وقوله:

(أمشاج) قال ابن عباس: أخلاط من ماء الرجل وماء المرأة. وقال القرطبي: ج ١٩ ص ١٢١ وعن ابن

عباس قال: يختلط ماء الرجل وهو أبيض غليظ بماء المرأة وهو أصفر رقيق فيخلق منهما الولد، فما كان من

عصب وعظم وقوة فهو من ماء الرجل، وما كان من لحم ودم وشعر فهو من ماء المرأة. وفي الصافي في قوله

تعالى

(من نطفة أمشاج) أخلاط، القمي عن الباقر عليه السلام ماء الرجل والمرأة اختلطا جميعاً.

(٤) من قوله: (ولأن مبني الحرية) إلى هنا مقتبس من المختلف، لاحظ ص ١٩ من نكاح الإمام س ٣٥.

ولا ترد بالعور، ولا بالزنا ولو حدث فيه،
ولا بالعرج على الأشبه.

أقول: ظاهر الصدوق عدم الرد بالرتق، حيث قال: واعلم أن النكاح يرد من أربعة أشياء من البرص والجذام والجنون والعفل، إلا أنه روي في الحديث، أن العمياء والعرجاء ترد (١).

وقال قبل ذلك: فإن تزوج امرأة فوجدها قرناء أو عفلاء أو برصاء أو محدودة أو كان بها زمانة ظاهرة كان له أن يردها إلى أهلها بغير طلاق (٢) وقال الشيخ في المبسوط: يرد به (٣) وقال المصنف في الشرائع: وربما كان صوابا إن لم يكن إزالته، أو أمكن وامتنعت على علاجه، ثبت الخيار وإلا فلا (٤) وهو مذهب العلامة في القواعد (٥) وهو حسن لوجوب التمسك بمقتضى العقد الصحيح، ومع قبول العلاج لا موجب لفسخ النكاح، ومع عدمه يتفق الموجب، وهو تعذر الوطاء، فيكون كالخصاء في الرجل وكالعفل فيها.
قال طاب ثراه: ولا بالعرج على الأشبه.
أقول: قال في النهاية ترد العرجاء (٦) وبه قال ابن حمزة (٧)

-
- (١) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٤ س ١٦ قال: واعلم أن النكاح لا يرد إلا من أربعة أشياء الخ.
(٢) المقنع: باب بدو النكاح ص ٣: ١ س ٩ قال: وإن تزوج الرجل امرأة فوجدها قرناء الخ.
(٣) المبسوط: ج ٤ ص ٢٤٩ فصل في العيوب التي توجب الرد، س ٣ قال: وفي المرأة الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن والإفضاء وفي أصحابنا الخ.
(٤) الشرائع: ما يرد به النكاح، الأول العيوب، قال: وقيل: الرتق أحد العيوب، وربما كان صوابا إن منع من الوطاء الخ.
(٥) القواعد: كتاب النكاح، الباب الخامس (الأول) في أصناف العيوب ص ٣٣ س ٩ قال: وأما الرتق فهو أن يكون الفرج ملحما ليس فيه مدخل للذكر، ويوجب الخيار مع منع الوطاء ولم يمكن إزالته الخ.
(٦) النهاية: باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٨٥ س ١٩ قال: أو عرجاء كان له ردها من غير طلاق.
(٧) الوسيلة: فصل في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١ س ١٤ قال: وما يختص بالنساء إلى أن قال: والعرج.

والتقي (١) وسلار (٢) وأبو علي (٣) والقاضي في الكامل (٤) ورواه الصدوق في كتابه (٥)

واختاره العلامة مع الإقعاد (٦) ولم يذكره الشيخ الخلاف، وكذا القاضي في المهذب، وعد في المبسوط العيوب ستة: الجنون، والجذام، والبرص، والرتق، والقرن، والإفشاء قال: وفي أصحابنا من ألحق به العمى وكونها محدودة في الزنا (٧) وقال ابن إدريس: عيوب المرأة سبعة، ثم قال: وألحق أصحابنا ثامنا وهو العرج البين، ذهب إليه شيخنا في نهايته، ولم يذهب إليه في مسائل خلافه (٨) وللصدوق في المقنع القولان (٩) واختار المصنف الثاني (١٠) لأصالة صحة العقد ولزومه إلا مع الإقعاء.

احتج الأولون بأنه من الشين فنقص حظ الاستمتاع (١١) وبصحيحة داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة

(١) الكافي: الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٥ س ١٥ قال: أو عرجاء إلى أن قال: كان له ردها.

(٢) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة ص ١٥٠ س ١٨ قال: ويرد إلى أن قال: والعرجاء.

(٣) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٢ قال: مسألة قال المفيد والشيخ في النهاية ترد العرجاء، وبه قال ابن الجنيد وابن البراج في الكامل.

(٤) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٢ قال: مسألة قال المفيد والشيخ في النهاية ترد العرجاء، وبه قال ابن الجنيد وابن البراج في الكامل.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٢٥) باب ما يرد منه النكاح ص ٢٧٣ الحديث ٣.

(٦) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٢ س ٢٧ قال: والأقوى الرد بالعرج البين لما فيه من الشين. (٧) تقدم آنفا.

(٨) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٩ س ١٠ قال: وأما العيوب الراجعة إلى النساء فسبعة الخ.

(٩) تقدم نقل القولين عن المقنع.

(١٠) لاحظ ما اختاره في النافع.

(١١) تقدم نقله عن العلامة في المختلف.

فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: ترد على وليها، ويكون لها المهر ويرجع به على وليها، وإن كان بها زمانة لا يراها إلا النساء أجز شهادة النساء عليها (١). وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: ترد البرصاء والعمياء والعرجاء (٢).

احتج المانعون بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل (٣). وأجاب الأولون بالعدول عن الأصل للدليل، ودلالة الحديث الأول أخص، ودلالته في المطلوب منطوق، والحديث الثاني عام ودلالته مفهوم. وكذا الخلاف في العمى هل يرد به المرأة؟ قال في النهاية: نعم (٤)، وبه قال المفيد (٥) وتلميذه (٦) والسيد (٧) والتقي (٨) والقاضي (٩) وأبو علي (١٠) وابن

-
- (١) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد، ص ٤٢٤ الحديث ٥ وفيه (لا يراها الرجال).
 - (٢) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد، ص ٤٢٤ الحديث ٧.
 - (٣) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد، ص ٤٢٤ الحديث ٤.
 - (٤) النهاية: باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد، ص ٤٨٥ س ١٩ قال: أو عمياء كان له ردها.
 - (٥) المقنعة: باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد، ص ٨٠ س ٥ قال: وترد البرصاء والعمياء.
 - (٦) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة، ص ١٥٠ س ١٨ قال: ويرد العمياء.
 - (٧) الناصريات: من جوامع الفقهية، ص ٢١٢ المسألة الثامنة والخمسون والمائة قال: وعندنا أن البرص مما ترد به النكاح وكذلك العمى والجذام والرتق.
 - (٨) الكافي: النكاح، الضرب الأول من الأحكام، ص ٢٩٥ س ١٥ قال: أو سليمة فخرجت برصاء أو عمياء إلى أن قال: كان له ردها.
 - (٩) المهذب: باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٦ قال: وأما ما يصح اشتراك الرجل والمرأة فيه إلى أن قال: والعمى.
 - (١٠) المختلف: في العيوب والتدليس ص ١٠٤ س ٢ قال: وقد عد في النهاية العمى من عيوب المرأة إلى قوله: وكذا ابن الجنيد.

حمزة (١)، وابن إدريس (٢) ولم يذكره الصدوق لما عد عيوب النساء وجعله رواية، وقد حكينا عبارته في أول الباب (٣).
والأقرب الرد به، وهو اختيار المصنف (٤) والعلامة (٥) لصحيحة داود بن سرحان المتقدمة (٦).
والمشهور اختصاصه بالمرأة ولا يرد به الرجل، وقال القاضي في المهذب: إنه مشترك (٧) وهو ظاهر أبي علي (٨).
وكذا المشهور في الجذام اختصاصه بها، وقال القاضي في المهذب باشتراكه (٩) ورجحه العلامة في القواعد (١٠) لوجوب التحرز عن الضرر، وقال عليه السلام: فر

-
- (١) الوسيلة: في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد، ص ٣١١ س ١٤ قال: وما يختص بالنساء إلى قوله: والعمى الخ.
(٢) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٩ س ١٠ قال: وأما العيوب الراجعة إلى النساء إلى قوله: والعمى على الأظهر.
(٣) المقنع: باب بد والنكاح ص ١٠٤ س ١٦.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) المختلف: في العيوب والتدليس ص ١٠٤ س ٧ قال: والوجه أن العمى ترد به المرأة.
(٦) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٢٤ الحديث ٧.
(٧) المهذب: باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٦ قال: وأما ما يصح اشتراك الرجل والمرأة فيه إلى قوله: والعمى.
(٨) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ١٠٤ س ٢ قال: وقد عد في النهاية العمى من عيوب المرأة، وكذا ابن الجنيد.
(٩) المهذب: باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٦ قال: وأما ما يصح اشتراك الرجل والمرأة فيه فهو الجنون والجذام والبرص الخ.
(١٠) القواعد: في أصناف العيوب، ص ٣٣ س ١ قال: وأما المرأة فالمختص بها سبعة الجذام والبرص الخ.

وأما الأحكام فمسائل:
الأولى: لا يفسخ النكاح بالغيب المتجدد بعد الدخول وفي المتجدد بعد العقد تردد عدا العنن، وقيل: تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لأوقات الصلاة وإن تجدد.
الثانية: الخيار فيه على الفور، وكذا في التدليس.
الثالثة: الفسخ فيه ليس طلاقاً، فلا يطرد معه تنصيف المهر.
الرابعة: لا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم، ويفتقر في العنن لضرب الأجل.

من الأجزم كفرارك من الأسد (١) وقال القاضي في المهذب: البرص أيضاً مشترك (٢) والأقرب اختصاصه بالمرأة.
قال طاب ثراه: وفي المتجدد بعد العقد تردد عدا العنن، وقيل: تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لأوقات الصلاة وإن تجدد.
أقول: العيب إما في الرجل أو المرأة، فهنا قسمان:
(الأول) عيب الرجل، وهو في المشهور: الجنون، والجب، والخصاء، والعنة، والجدام على قول القاضي (٣) ومرجح العلامة (٤) والبرص على ما انفرد به القاضي (٥).
وشرط الفسخ بالأخيرين سبقهما على العقد عند القائل به.

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ (١٧٦) باب النوادر وهو آخر أبواب الكتاب ص ٢٥٨ الحديث ٤ ولفظ الحديث (فر من المجذوم فرارك من الأسد).
(٢) نقلناه عنه أنفاً.
(٣) تقدم نقله أنفاً.
(٤) تقدم نقله أنفاً.
(٥) تقدم نقله أنفاً.

الخامسة: إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر، ولو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع به الزوج على المدلس، وإذا فسخت الزوجة قبل الدخول فلا مهر إلا في العنن، ولو كان بعده فلها المسمى، ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعذر.

السادسة: لو ادعت عننه فأنكر فالقول قوله مع يمينه، ومع ثبوته يثبت لها الخيار ولو كان متجددا إذا عجز عن وطئها قبلا ودبرا، وعن وطء غيرها. ولو ادعى الوطاء فأنكرت فالقول قوله مع يمينه.

السابعة: إن صبرت مع العنن فلا بحث، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة من حين الترافع فإن عجز عنها وعن غيرها فلها الفسخ وصنف المهر.

وأما البحث في الأربعة الأولى فمدارها على أربعة أقطاب:
الأول: الجنون، وتفسخ به المرأة إن كان سابقا على العقد إجماعا، واشترط ابن البراج: أن لا يعقل أوقات الصلاة (١) وهو ظاهر كلام ابن حمزة (٢) ولم يشترط الباقون، بل جعلوا التفصيل في المتجدد، وقالوا: إن كان سابقا على العقد كان لها الخيار، وإن تجدد ثبت الخيار إن لم تعقل أوقات الصلوات، وأما الحادث بعد العقد والوطء، فهل يشترط في جواز الفسخ به أن لا يعرف معه أوقات الصلوات؟

(١) المهذب: ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣٣ س ١ قال: وعندنا أن الجنون بالرجل إذا كان يعقل معه أوقات الصلوات فليس يتعلق به خيار.

(٢) الوسيلة: في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١ س ١٨ قال: وما يعمهما حلقة شيء واحد وهو الجنون على وجه لا يعرف معه وقت الصلاة.

الأكثر على ذلك، وهو مذهب الشيخين (١) (٢) والقاضي (٣) وابن حمزة (٤) وابن إدريس (٥) ولم يشترطه العلامة وأثبت به الرد لعموم النص (٦).
روى علي بن أبي حمزة قال: سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن امرأة يكون لها زوج قد أصيب في عقله بعد ما تزوجها، أو عرض له جنون، قال: لها أن تنزع نفسها عنه إذا شاءت (٧).
ولما فيه من الضر المنفي بالآية والرواية.

تذنيبان

(أ) لا فرق في المتجدد بين الطارئ على العقد، أو الوطاء صرح به

-
- (١) المقنعة: باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ١١ قال: وإن حدث بالرجل جنة وكان يعقل معها أوقات الصلاة لم يكن للمرأة خيار الخ.
(٢) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ١٥ قال: وإن لم يعقل أوقات الصلوات كان لها الخيار.
(٣) المهذب: ج ٢ فيما لو حدث العيب بعد العقد ص ٢٣٥ س ١ قال: لم يجب الرد إلا ما ذكره أصحابنا من الجنون الذي لا يعقل معه صاحبه أوقات الصلوات إلى أن قال بعد أسطر: فإن كان لا يعقل ذلك، كانت مخيرة بين المقام معه وبين فراقه الخ.
(٤) الوسيلة: في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد ص ٣١١ س ١٨ قال: وهو الجنون على وجه لا يعرف معه وقت الصلاة.
(٥) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٨ س ٣٣ قال: وأما الجنون الحادث بعد العقد إلى قوله: وإن كان لا يعقل الخ.
(٦) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٣ س ٢ قال: والوجه التسلط على الفسخ سواء عقل أوقات الصلاة أو لا الخ.
(٧) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ص ٤٢٨ الحديث ١٩.

العلامة (١) والقاضي (٢) وهو اختيار أبي علي (٣) وابن زهرة (٤) وظاهر الفقيه (٥) وكلام الشيخ في النهاية عام (٦).
(ب) هل يفتقر فسخ المرأة في المتجدد إلى طلاق؟ قال في النهاية: نعم (٧)
وتبعه القاضي (٨) وابن زهرة (٩) ومنعه ابن إدريس (١٠) واختاره العلامة (١١) وهو المعتمد كغيره من العيوب.
الثاني: الجب، وشرط الرد به أن لا يبقى منه ما يمكن به الوطاء ولو قدر الحشفة،

- (١) المختلف: في العيوب والتدليس في النكاح ص ٣ س ٨ قال: الرابع لو تجدد بعد الدخول فالأقرب أن لها التسلط أيضا إلى أن قال: وبه قال ابن الجنيد.
(٢) المختلف: في العيوب والتدليس في النكاح ص ٣ س ٨ قال: الرابع لو تجدد بعد الدخول فالأقرب أن لها التسلط أيضا إلى أن قال: وبه قال ابن الجنيد.
(٣) تقدم مختاره آنفا.
(٤) الغنية من جوامع الفقهية: كتاب النكاح، ص ٦١١ س ٢٣ قال: وإن كان لا يعقل ذلك كان لها الخيار، ولزم وليه أن يطلقها عنه إن طلبت الفراق الخ ولا يخفى أن كلامه عام بين الطارئ على العقد أو الوطاء.
(٥) لم أعثر عليه في المقنع والهداية، وفي المختلف: في العيوب والتدليس ص ٣ س ١٠ قال: وظاهر كلام علي بن بابويه فإنه قال: وإذا تزوج رجل وأصابه بعد ذلك جنون فبلغ به مبلغا لا يعرف أوقات الصلاة فرق بينهما الخ.
(٦) تقدم نقل كلام الشيخ في النهاية آنفا.
(٧) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ١٧ قال: فإن اختارت فراقه كان على وليه أن يطلقها.
(٨) المهذب: ج ٢، فيما لو حدث العيب بعد العقد، ص ٢٣٥ س ١١ قال اختارت فراقه كان على وليه أن يطلقها عنه.
(٩) تقدم آنفا.
(١٠) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح، ص ٣٠٨ س ٣٥ قال: فالمرأة بالخيار، ولها فسخ النكاح بذلك.
(١١) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٣ س ١٣ قال: والوجه أنه لا يفتقر إلى طلاق.

ويفسخ به مع السابق على الأصح (قطعا خ ل) وهل يفسخ به مع تجددده بعد الوطاء والعقد أم لا؟، أثبتته القاضي (١) والعلامة (٢) وفخر المحققين (٣) والشيخ في موضع من المبسوط (٤) ونفاه ابن إدريس (٥) وإن كان قبل الوطاء إذا كان بعد العقد، وهو قول الشيخ في الخلاف (٦) وموضع آخر من المبسوط (٧) والحق الفسخ لأن الضرر به أعظم من العنة، ويثبت بها الرد مع تجدددها.

الثالث: الخصاء، وهو سل الأنثيين ويثبت به الرد مع سبقه على العقد إجماعا، وهل يفسخ به مع تجددده؟ قال القاضي: نعم (٨) وتبعه العلامة في المختلف (٩) لفوات ثمرة العقد من حصول النسل والتعفف وهو ضرر منفي بالآية والرواية،

-
- (١) المهذب: ج ٢، فيما لو حدث العيب بعد العقد ص ٢٣٥ س ١ قال: لم يجب الرد إلا ما ذكره أصحابنا إلى قوله: والجب والخصي والعنت.
- (٢) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٣ س ٣٥ قال: والمعتمد قول ابن البراج، فإن الجب والخصي مساويان للعنة، بل هما أبلغ الخ.
- (٣) الإيضاح: ج ٣، في العيب والتدليس ص ١٧٥ س ٢٠ قال: والأرجح عندي ثبوت الخيار لها للباس من الوطاء معه.
- (٤) المبسوط: ج ٤ في العيوب التي يرد بها النكاح، ص ٢٥٠ س ٥ قال: وأما الجب إلى قوله: فلها الخيار.
- (٥) السرائر: باب العيوب والتدليس في النكاح، ص ٣٠٩ س ٧ قال: وإذا حصل بالرجل جب أو خصاء بعد العقد فلا خيار للمرأة.
- (٦) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ١٢٧ قال: إذا حدث بالرجل جب إلى قوله: لم يكن في حال العقد، فإنه لا يرد الخ.
- (٧) المبسوط: ج ٤، في العيوب التي يرد بها النكاح ص ٢٥٢ س ١٦ قال: وقال المخالف: إذا حدث واحد من الأربعة إلى قوله: والجب فلها الخيار، وعندنا أنه لا خيار في ذلك.
- (٨) تقدم نقل قوله في الخصي آنفا.
- (٩) تقدم مختاره في الخصي آنفا.

ومنعهُ الشيخ (١) وابن إدريس (٢) والمصنف (٣) وعليه الأكثر.
الرابع: العنة، ويثبت بها الرد وإن تجددت بعد العقد إجماعاً، وهل يفسخ مع تجددتها بعد الوطء؟ قال المفيد: نعم (٤) وبه قال الصدوق (٥) وابن حمزة (٦) ومنع الباقر، وتوقف العلامة في المختلف (٧).
احتج المفيد بعموم رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: العين يتربص به سنة، ثم إن شاءت امرأته تزوجت وإن شاءت أقامت (٨).
ورواية أبي الصباح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلي زوجها، فلا يقدر على الجماع أبداً، تفارقه؟ قال: نعم إن شاءت (٩) وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال في حكاية الحال تدل على العموم في المقال.
احتج الباقر برواية إسحاق بن عمار عن جعفر، عن أبيه عليهم السلام: إن

-
- (١) المبسوط: ج ٤، في العيوب التي يرد بها النكاح ص ٢٥٠ س ١١ قال: والثاني لا خيار لها لأن الخصي يولج ويبلغ أكثر من الفحل وإنما لا ينزل.
(٢) تقدم مختاره أنفاً.
(٣) لاحظ عبارة النافع.
(٤) المقنعة: باب التدليس في النكاح، ص ٨٠ س ١٠ قال: فإن حدث بالرجل عنة بعد صحته إلى قوله: كانت المرأة بالخيار.
(٥) المقنع: باب بدو النكاح، ص ١٠٥ س ٤ قال: والعين يتربص به سنة، ثم إن شاءت امرأته تزوجت.
(٦) الوسيلة: في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد، ص ٣١١ س ١٢ قال: فإن واقعها قبل مضي السنة إلى قوله: زال خيارها.
(٧) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٤ س ١٣ قال: فنحن في ذلك من المتوقفين.
(٨) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٣١ الحديث ٢٧.
(٩) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد وما لا يرد ص ٤٣١ الحديث ٢٨.

عليها عليه السلام كان يقول: إذا تزوج الرجل امرأة فوق عليها مرة، ثم أعرض عنها، فليس لها الخيار، لتصبر فقد ابتليت، وليس لأمهات الأولاد، ولا الإماماء ما لم يمسهن من الدهر إلا مرة واحدة خيار (١).

وهذا الحديث أرجح من الأول، لكون التفصيل قاطعا للشركة، وبأصالة لزوم العقد وعدم الخيار، وتوقف العلامة نشأ من قوة دليل اللزوم، وكونه قول الأكثر من اشتماله على التضمر بفوات فائدة النكاح وثمرته.

تذنيبات

(أ) المشهور توقف الفسخ بالعنة على الأجل، وهو مذهب الأربعة (٢) (٣) (٤) (٥) واختاره المصنف (٦) والعلامة (٧) وقال أبو علي: يثبت لها الخيار مع سبقه على العقد، وإن ادعى حدوثه بعد العقد، وقف على الأجل المذكور (٨).

-
- (١) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٣٠ الحديث ٢٦.
 - (٢) المقنعة: باب التدليس في النكاح، ص ٨٠ س ٩ قال: انتظرت به سنة.
 - (٣) النهاية: باب التدليس في النكاح، ص ٤٨٦ س ١٩ قال انتظر به سنة.
 - (٤) المقنعة: باب بدو النكاح ص ١٠٥ س ٤ قال: والعين يتربص به سنة.
 - (٥) الناصريات من الجوامع الفقهية: المسألة التاسعة والخمسون والمائة، قال: فظهر أنه عين انتظرت به سنة.
 - (٦) الشرائع: في أحكام العيوب، الثامنة: قال: أجلها سنة من حين الترافع.
 - (٧) التحرير، في أحكام العيوب التدليس: ص ٢٩ قال (٥) إذا ثبت العنه إلى قوله: أجلها سنة من حين الترافع الخ.
 - (٨) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٤ س ١٤ قال: قال ابن الجنيد: العن بالرجل قبل الدخول يوجب الفسخ الخ.

احتج الأصحاب بصحيفة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال:
العنين يتربص به سنة، ثم إن شاءت امرأته تزوجت، وإن شاءت أقامت (١).
احتج أبو علي بما رواه غياث الضبي عن الصادق عليه السلام في العنين إذا علم
أنه عنين لا يأتي النساء فرق بينهما، وإذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما،
والرجل لا يرد بعيب (٢).

(ب) المشهور وجوب نصف المهر مع الفسخ، نص عليه الصدوق (٣) والشيخ
في النهاية (٤) وليس هنا فسخ من قبل الزوجة قبل الدخول يوجب شيئاً إلا هنا،
ولعل الأصل فيه إشرافه على الزوجة وإطلاعه على محارمها، وخلوته بها سنة، وقال
ابن الجنيد: يجب الهه كاملاً (٥).

وهو بناء على أصله، من وجوب المهر بالخلوة التامة، وسيجيئ البحث فيه إن
شاء الله تعالى فالحاصل: أن العنه تخالف غيرها من العيوب في أمور:

(أ) الافتقار إلى الحاكم.

(ب) ضرب الأجل.

(ج) تنصيف المهر.

(د) جواز الفسخ مع تجدها على العقد إجماعاً، ويشاركها في هذا الجنون،

(١) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح، ص ٤٣١ الحديث ٢٧.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح ص ٤٣٠ الحديث ٢٥.

(٣) المقنع: باب بدو النكاح، ص ١٠٥ س ٢ قال: وأعطيت نصف الصداق.

(٤) النهاية: باب التدليس في النكاح، ص ٤٨٧ س ٢ قال: وإن اختارت فراقه كان لها نصف
الصداق.

(٥) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٤ س ٢٣ قال: وقال ابن الجنيد: إذا اختارت الفرقة
وجب لها المهر.

إجماعاً.

(القسم الثاني) عيب المرأة، وفيه بحثان:

الأول: في حصر أصناف العيب، وفيه أقوال:

(أ) أنه أربعة: الجنون والجذام والبرص والعفل، قاله الصدوق في المقنع (١).

(ب) أنه ستة بإضافة الرتق والإفشاء، قاله الشيخ في المبسوط (٢).

(ج) أنه سبعة بإضافة العمى والعرج، وإهمال العفل قاله في النهاية (٣).

(د) أنه ثمانية بإضافة كونها محدودة في الزنا، قاله القاضي في المهذب (٤).

والمعتمد عند المحققين ثمانية: الجنون، والجذام، والبرص، والإفشاء، والرتق،

والقرن، والعمى، والعرج البالغ حد الإقعاد.

والقرن بسكون الراء، قيل: هو عظم ينبت في الفرج يمنع الوطاء (٥) وهو بعيد،

لأن العظم لا يكون في الفرج، وقيل: هو العفل، بحركة الفاء والعين المهملة، وهو

لحم ينبت في فرج المرأة لعارض يعتريها عند الولادة، وحكمه حكم الرتق في

(١) المقنع: باب بدو النكاح، ص ١٠٤ س ١٦ قال: واعلم أن النكاح لا يرد إلا من أربعة أشياء.

(٢) المبسوط: ج ٤، في العيوب التي توجب الرد في النكاح ص ٢٤٩ س ٣ قال: وفي المرأة إلى قوله: والرتق والإفشاء.

(٣) النهاية: باب التدليس في النكاح، ص ٤٨٥ س ١٨ قال: إذا تزوج الرجل بامرأة فوجدتها إلى قوله: أو عمياء أو عرجاء.

(٤) المهذب: ج ٢، باب التدليس في النكاح، ص ٢٣١ س ١٤ قال: وأما يختص المرأة إلى قوله: وكونها محدودة في الزنا.

(٥) وفي حديث علي عليه السلام إذا تزوج المرأة وبها قرن، القرن بسكون الراء شيء يكون في فرج المرأة كالسن، يمنع من الوطاء، ويقال له العفلة (النهاية ج ٤ لغة قرن). القرناء من النساء التي في فرجها مانع يمنع من سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة، أو لحمة مرتتقة، أو عظم، يقال لذلك كله القرن (لسان العرب ج ١٣ ص ٣٣٥ لغة قرن).

اشتراط بلوغه حدا يمنع الوطء.

وقال الصدوق في المقنع: إذا زنت بعد العقد قبل الدخول كان له الفسخ (١) رواية فيها ضعف (٢) وذهب كثير إلى الرد بظهورها محدودة كالقاضي في المهذب (٣) والمفيد (٤) وتلميذه (٥) وابن الجنيد (٦) والتقي (٧) والقطب الكيدري (٨) (٩).

احتجوا برواية عبد الرحمان بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فعلم أنها كانت زنت، قال: إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها، ولها الصداق بما استحل من فرجها (١٠) ومنع الشيخ في النهاية من الرد بذلك (١١).

(١) المقنع: باب بدو النكاح ص ١٠٩ س ٣ قال: وإذا تزوج الرجل المرأة فرنى قبل أن يدخل بها لم تحل له الخ.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح، ص ٤٩٠ الحديث ١٧٦ ومتن الحديث (إسماعيل بن أبي زياد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال: قال علي عليه السلام: في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها، قال: يفرق بينهما. الحديث).

(٣) المهذب: ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣١ س ١٥ قال: وكونها محدودة في الزنا.

(٤) المقنعة: باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ٦ قال: والمحدودة في الفجور.

(٥) المراسم: ذكر شرائط الأنكحة، ص ١٥٠ س ١٨ قال: والمحدودة في الفجور.

(٦) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٢ س ٧ قال بعد نقل قول المفيد: واختاره ابن الجنيد وقطب الدين الكيدري.

(٧) الكافي: الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٥ س ١٦ قال: أو مفضاة أو محدودة الخ.

(٨) أبو الحسن محمد بن الحسين البيهقي النيسابوري الإمامي، كان معاصرا للقطب الراوندي وتلميذا لابن حمزة، وله شرع نهج البلاغة فرغ منه سنة (٥٧٦) والكيدر قرية من قرى بيهق (الكنى والألقاب: ج ٣ ص ٧٤).

(٩) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٢ س ٧ قال بعد نقل قول المفيد: واختاره ابن الجنيد وقطب الدين الكيدري.

(١٠) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٢٥ الحديث ٩.

(١١) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ٧ قال: والمحدودة في الزنا لا ترد.

وهي في رواية رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المحدود والمحدودة، هل يرد به النكاح؟ قال: لا (١) وذهب أبو علي إلى أن الزنا قبل العقد وبعده من العيوب المسوغة للرد في الرجل والمرأة (٢) وهو منقوض. الثاني: في حكم العيب، وحكمه تسلط الرجل على الفسخ على سبقه على العقد إجماعاً، ولا يفسخ لو تجدد بعد الدخول قطعاً، وهل يفسخ بالمتجدد بينهما؟ فيه مذهبان:

أحدهما: نعم، وهو اختيار الشيخ في الكتابين (٣) (٤) والآخر: لا تفسخ وهو اختيار ابن حمزة (٥) وابن إدريس (٦) وظاهر القاضي (٧) واختاره المصنف (٨)

-
- (١) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٢٤ قطعة من حديث ٨.
- (٢) المختلف: في العيوب والتدليس ٦ قال: مسألة، قال ابن الجنيد: الزنا قبل العقد وبعده يرد به النكاح الخ.
- (٣) المبسوط: ج ٤، العيوب التي يرد بها النكاح، ص ٢٥٢ س ١٩ قال: والثاني له الخيار وهو الأظهر لعموم الأخيار
- (٤) الخلاف: كتاب النكاح، مسألة ١٢٨ قال: إذا حدث بالمرأة أحد العيوب التي ترد به ولم يكن في حال العقد الخ.
- (٥) الوسيلة: في بيان العيب المؤثر في فسخ العقد، ص ٣١٢ س ١ قال: وإنما يكون لكل واحد منهما خيار الفسخ إلى قوله: والامتناع من الدخول إذا علم بعد العقد.
- (٦) السرائر: في العيوب والتدليس في النكاح ص ٣٠٩ س ١٥ قال: الصحيح أن كل عيب حادث بعد العقد لا يرد به النكاح.
- (٧) المهذب: ج ٢، فيما لو حدث العيب بعد العقد، ص ٢٣٥ س ١ قال: لم يكن حاصلًا قبل العبد لم يجب الرد الخ.
- (٨) لاحظ عبارة النافع.

والعلامة (١).

احتج الأولون بعموم صحيحة داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء قال: ترد على وليها الحديث (٢) وهو شامل لصورة النزاع.

احتج العلامة بأن العقد وقع صحيحا خاليا عن التدليس، فيكون لازما، كما لو تجدد العيب بعد الدخول، ولأنه لم يوجد منها تدليس، ويمكنه التخلص منها بالطلاق، فلا يثبت له الخيار (٣).

وفيه نظر: لأن التخلص بالطلاق لا ينفك عن إضرار بالزوج، للزوم نصف المهر، وليس كذلك الفسخ، فإنه لا يجب به شيء.

تذنيب

لا يتوقف الفسخ في غير العنه على حكم الحاكم، صرح به القاضي (٤) والشيخ في غير المبسوط (٥) وتردد فيه (٦) لأن الحق لها فلا يتوقف استيفاءه على

(١) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٣ س ٢٠ قال بعد نقل قول الوسيلة والسرائر: وهو الأقرب، لنا أنه عقد وقع صحيحا خاليا عن التدليس الخ.

(٢) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٣ س ٢٠ قال بعد نقل قول الوسيلة والسرائر: وهو الأقرب، لنا أنه عقد وقع صحيحا خاليا عن التدليس الخ.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد، ص ٤٢٤ الحديث ٥.

(٤) المهذب: ج ٢ باب التدليس في النكاح ص ٢٣٢ س ٩ قال: ويجوز أيضا أن يفسخ الرجل ذلك نفسه الخ.

(٥) فإن الشيخ عنون في تمام موارد التدليس بقوله: فإن له ردها، ولم يزد عليه شيء آخر، لاحظ النهاية ص ٤٨٤ باب التدليس في النكاح.

(٦) المبسوط: ج ٤، العيوب التي يرد بها النكاح ويفسخ ص ٢٥٣ س ١٤ قال: كل موضع يثبت فيه الخيار بالعيب إلى قوله: يأتي إلى الحاكم ويطلب بالفسخ إلى أن قال: ولو قلنا على مذهبنا أن له الفسخ بنفسه كان قويا، والأول أحوط.

تتمة

لو تزوج على أنها حرة فبانت أمة فله الفسخ، فلا مهر لو لم يدخل، ولو دخل فلها المهر على الأشبه ويرجع به على المدلس. وقيل: لمولاها العشر أو نصف العشر إن لم يكن مدلسا، وكذلك تفسخ هي لو بان زوجها مملوكا، ولا مهر قبل الدخول، ولها المهر بعده، ولو اشترط كونها بنت مهيرة فبانت بنت أمة فله الفسخ ولا مهر، ويثبت لو دخل. ولو تزوج بنت مهيرة فأدخلت عليه بنت الأمة، ردها ولها المهر مع الوطاء للشبهة، ويرجع به على من ساقها، وله زوجته. ولو تزوج اثنان فأدخلت امرأة كل منهما على الآخر، كان لكل موطوءة مهر المثل على الواطئ، للشبهة، وعليها العدة، وتعاد إلى زوجها، وعليه مهرها الأصلي.

حكم الحاكم، وقال ابن الجنيد: إذا أريدت الفرقة لم يكن إلا عند من يجوز حكمه من والي المسلمين، أو خليفته، أو بمحضر من المسلمين إن كانا في بلد هدنة، أو سلطان منقلب، لأنها مسألة خلافية (١).

قال طاب ثراه: ولو تزوج على أنها حرة فبانت أمة فله الفسخ ولا مهر لو لم يدخل، ولو دخل فلها المهر على الأشبه.

أقول: إذا تزوج الرجل امرأة على أنها حرة، فخرجت أمة، فلا شك في كون ذلك تدليسا يوجب خيار الزوج، لأن الحرية وصف كمال، وفقدان وصف كمال المشروط يزلزل العقد، ويعرضه للزوال بالفسخ. وأيضا في نكاح الأمة غضا على

(١) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٦ س ٢٧ وجملة (لأنها مسألة خلافية) ليست في كلام ابن الجنيد، والظاهر أنها من الماتن.

الحر، خصوصا على القول بتحريمها.

إذا عرفت هذا، فنقول: إن فسخ قبل الدخول فلا شيء، وإن حصل الفسخ بعده، فماذا يجب على الزوج؟ قيل فيه ثلاثة أقوال:

- (أ) وجوب المهر المسمى، وهو ظاهر الشيخ في النهاية، وعبارته: إذا عقد الرجل على امرأة على أنها حرة فوجدها أمة كان له ردها، فإن كان قد دخل بها كان لها المهر بما استحل من فرجها، وللزوج أن يرجع إلى وليها الذي دلسها بالمهر (١). وفي قوله: (كان لها المهر) تساهل، لأن المهر للسيد، لا لها، لكن لما كانت سببا للاستحقاق أضافه إليها مجازا، وتابعه القاضي في العبارة (٢) ومثله عبارة المفيد حيث أطلق لزوم المهر مع الدخول (٣) وهو اختيار المصنف (٤) والعلامة قال: لأنه عوض بضع وقع صحيحا، وتطرق الفسخ لا يقتضي فساد من أصله، وإلا لما صح بعد الرضا، فيجاب مهر المثل وإبطال المسمى على ما ذهب إليه الشيخ وابن حمزة ليس بجيد (٥).
- (ب) بطلان المسمى ووجوب مهر المثل، حكاه العلامة عن الشيخ (٦) وهو

(١) النهاية: باب التدليس في النكاح، ص ٤٨٤ س ١٢ قال: إذا عقد الرجل على امرأة إلى قوله: دلسها بالمهر.

(٢) المهذب: ج ٢، ص ٢٣٦ س ١٥ قال: وإذا تزوج الرجل بامرأة على أنها حرة فبان أنها أمة الخ.

(٣) المقنعة: باب التدليس في النكاح ص ٨٠ س ١ قال: إذا تزوج الرجل بالمرأة على أنها حرة إلى قوله: إلا أن يكون قد دخل بها.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف: في العيوب والتدليس ص ٧ س ٣٩ قال: والتحقيق أن نقول: إلى قوله فيجاب مهر المثل وإبطال المسمى على ما ذهب إليه الشيخ وابن حمزة ليس بجيد.

(٦) تقدم آنفا.

اختيار ابن حمزة (١) إن كان المدلس سيدها، ويرجع به على السيد.
(ج) وجوب العشر مع البكارة ونصفه مع الثيبوبة، قاله أبو علي (٢) وهو اختيار ابن حمزة (٣) إن كانت هي المدلسة.

ولو كان الزوج عبدا، وقف على إجازة مولاه، فإن أجاز لزم العقد وما سمي فيه، وإن فسخ بطل، فإن لم يكن دخل فلا شيء، وإن كان قد دخل وجب عليه ما وجب على الحر، ثم إن كان مأذونا له في النكاح لزم ذلك السيد، وإلا ففي ذمته يتبع به تذييب

المهر للسيد هنا لكون البضع مملوكا له، فعوضه لمالكه، فإن لم يكن دفع إليها شيئا فلا كلام، وإن دفع إليها استعاده، وإن تلف أو بعضه رجع إليها بعد العتق واليسار، وهو المشهور، والذي يقتضيه أصول المذهب، وقال المفيد: لا يرجع عليها بشئ بعد الدخول (٤).

وإن كان المدلس أجنبيا رجع عليه بالمدفوع إليها مع تلفه، وبما يدفع إلى السيد. وشرط الشيخ في النهاية كونه عالما بدخله لأمرها (٥) وتبعه القاضي (٦)، وإن كان

(١) الوسيلة: في عقد العبيد والإماء ص ٣٠٣ س ٨ قال: أما لو دلستها أحد بالحرية، إلى قوله: ولسيدها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا ونصف العشر إن كان ثيبا، إلى قوله: وإن دلستها مولاه لزم مهر المثل.

(٢) الوسيلة: في عقد العبيد والإماء ص ٣٠٣ س ٨ قال: أما لو دلستها أحد بالحرية، إلى قوله: ولسيدها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا ونصف العشر إن كان ثيبا، إلى قوله: وإن دلستها مولاه لزم مهر المثل.

(٣) المختلف: في العيوب والتدليس، ص ٧ س ٢١ قال: وقال ابن الحنيد: إلى قوله: وعلى الزوج إن كانت بكرا فافتضاها عشر قيمتها أو نصف عشرها إن كانت ثيبا:

(٤) المقنعة: باب التدليس في النكاح، ص ٨٠ س ٣ قال: ولا يأخذ منها شيئا منه بعد الدخول.
(٥) النهاية: باب التدليس في النكاح، ص ٤٨٤ س ١٤ قال: فإن كان الولي لم يعلم دخيلة أمرها، لم يكن عليه شئ الخ.

(٦) المهذب: ج ٢ باب التدليس في النكاح، ص ٢٣٦ س ١٧ قال: وإن كان غيرها هو الذي تولى العقد عليها وكان عالما بذلك الخ.

ولو تزوجها بكرة فوجدها ثيبا، فلا رد، وفي رواية ينقص مهرها.

المدلس السيد لم يكن له مهر، لأنه أباحه الوطاء بعوض يعود ضمانه عليه، فلا يرجع بشيء.

قال طاب ثراه: ولو تزوجها بكرة فوجدها ثيبا فلا رد، وفي رواية ينقص مهرها. أقول: البحث هنا يقع في مقامين:

الأول: هل يثبت الرد بفوات البكارة مع شرطها؟ أم لا؟ بالثاني قال التقي (١) وهو المشهور بين الأصحاب، وقال العلامة: يثبت الخيار إن ثبت سبق الثيبوبة (٢)، لأنه شرط وصف كمال، ولا يوجد، فيثبت له خيار الشرط، كالتدليس، فكان له الفسخ، لأنه معنى صحة الشرط.

الثاني: هل ينقص من مهرها شيء أم لا؟ فيه مذهبان:

(أ) لا ينقص شيء، وهو مذهب التقي (٣) لثبوته بالعقد، والأصل بقاؤه.

(ب) النقص، وفي قدره أقوال:

(أ) ينقص شيء مطلقا، ولم يعين قدره، قاله الشيخ في النهاية (٤)

والقاضي (٥)، اعتمادا على رواية محمد بن جزك قال: كتبت إلى أبي عبد الله

(١) الكافي: النكاح ص ٢٩٦ س ٣ قال: وإن تزوج بكرة فوجدها ثيبا إلى قوله: فليس بعيب يوجب الرد ولا نقصانا في المهر.

(٢) القواعد: في التدليس ص ٣٥ س ٥ قال: ولو شرط البكارة فإن ثبت سبق الثيبوبة، فالأقرب أن له الفسخ الخ.

(٣) تقدم في قوله آنفا (ولا نقصانا في المهر).

(٤) النهاية: باب التدليس في النكاح ص ٤٨٦ س ١٠ قال: وإذا عقد على امرأة على أنها بكر إلى قوله: ينقص من مهرها شيئا.

(٥) المهذب: ج ٢، فيما إذا بانت الزوجة ثيبا ص ٢١٣ س ١١ قال: وإذا تزوج امرأة على أنها بكر إلى قوله: جاز أن ينقص من مهرها شيئا.

عليه السلام أسأله عن رجل تزوج جارية بكرا فوجدها ثيبا هل يجب لها الصداق وافيا أم ينقص؟ قال: ينقص (١) ولا بد من إضمار شيء ممكن.
(ب) أنه السدس قاله الراوندي في شرح مشكل النهاية (٢) لأن الشيء في عرف الشرع السدس.

وفيه نظر: لأن اللازم من الرواية إضمار (شيء) وهو يصدق على القليل، فيكون أعم من المدعي ولا دلالة للعام على الخاص. والعرف في الوصية إلى السدس، لا يطرد، لعدم لزومه في الإقرار، وفي قوله تعالى: (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا) (٣).

(ج) أنه ينقص من المسمى ما بين مهرها بكرا وثيبا، وذلك يختلف باختلاف الجمال والسن والشرف وغير ذلك قاله ابن إدريس (٤) وأورد عليه السيد عميد الدين بأنه ربما يستغرق بالثيب مجموع مهرها المسمى في هذا العقد، فخلا النكاح من مهر (٥).

(د) الرجوع فيه إلى تقدير الحاكم والإحالة فيه على نظره، لعدم التقدير الشرعي واللغوي فيه، أي في تفسير (الشيء) في هذا الموضع، وهو اختيار المصنف في النكت (٦) ونقل فخر الدين عن والده طاب ثراهما أنه أجاب في درسه عن الوارد

(١) التهذيب: ج ٧، باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد ص ٤٢٨ الحديث ١٧.
(٢) نقله في نكت النهاية في الجوامع الفقهية عن الراوندي ص ٤١٣ س ٢٣ بقوله: قال الراوندي في تفسير مشكل النهاية: ينتقص السدس الخ.

(٣) البقرة: ٢٢٩.

(٤) السرائر: باب المهور ص ٣٠٣ س ٣٤ قال: والصحيح أنه ينقص من المسمى الخ.

(٥) نقله في إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ١٨٦ س ١٥ بقوله: وأورد ربما استغرق فخلا النكاح من مهر.

(٦) نكت النهاية: من الجوامع الفقهية: ص ٤١٣ س ٣٠ قال: والوجه عندي إحالة ذلك على نظر الحاكم الخ.

(النظر الثاني) في المهر، وفيه أطراف.
الطرف الأول: كل ما يملكه المسلم يكون مهرا، عينا كان أو دينا،

على ابن إدريس: بأن المراد أن هذا هو مهر البكر، فما ينقص منه بسبب عدمها في نظر العقلاء وبسببه نقص مهر مثلها الثيب عن مهر مثلها البكر (١).
فحاصل الإيراد: أن ما ذكره قد يستغرق المهر، فيعروا البضع عن عوض، وهو غير سائغ، مثلا كان مثلها بكرا مائة وثييا ستون، فالتفاوت أربعون، فلو كان مهرا في الصورة المفروضة أربعون، وكان المنقص من المهر هو التفاوت، لوجب ردها فلا مهر حينئذ.

وحاصل الجواب: أن هذا الحكم المذكور على تقديم أن يكون قد وقع العقد في الصورة المفروضة على مهر مثلها البكر لا أنقص ولا أزيد حتى يلزم المحذور المذكور، وإن فرض التفاوت بين مهر المثل وما وقع عليه العقد، كان المراد أن يرجع بنسبة نقص مهر مثلها الثيب عن مهر مثلها البكر، فيرجع في الصورة المفروضة بخمس ما وقع عليه العقد، وهو ثمانية من أربعين.
وطعن فيه فخر المحققين: بأن قيمة المثل في المعاوضات المحضنة، والنكاح ليس منها (٢).

(النظر الثاني) في المهر

مقدمة: المهر مال يجب بعقد النكاح، أو بوطء غير زنا منها، ولا ملك يمين، ويترادف عليها تسعة ألفاظ، الصداق، والصدقة، والمهر، والنحلة، والأجر، والفريضة، والعلائق، والعقر، والحباب.

(١) الإيضاح: ج ٣ في العيب والتدليس ص ١٨٦ س ١٦ قال: وأجاب عنه والدي في درسه الخ.
(٢) الإيضاح: ج ٤ في العيب والتدليس، ص ١٨٦ س ١٨ قال: والأول (أي قول النهاية) أرجح، لأن قيمة المثل يعتبر الخ.

أو منفعة كتعليم الصنعة والسورة، ويستوي فيه الزوج والأجنبي.
أما لو جعلت المهر استتجاره مدة، فقولان: أشبههما الجواز.

قال طاب ثراه: أما لو جعلت المهر استتجاره مدة، فقولان: أشبههما الجواز.
أقول: يشترط في المهر المالية، فكلمًا يملكه المسلم وتصح المعاوضة عليه جاز أن يكون مهرا، ولا فرق بين الدين والعين والمنفعة، لكن اختلفوا في جواز جعل إجارة الزوج نفسه مدة معينة بحيث أن يكون متعلقة بعينة غير قابلة للنيابة، مهرا، فمنع الشيخ في النهاية (١) وتبعه القاضي في الكامل (٢).
وجوزه المفيد (٣) وتلميذه (٤) وابن إدريس (٥) وأبي علي (٦) وابن حمزة (٧) والكيدري (٨) واختاره المصنف (٩) والعلامة (١٠) والقاضي في المهذب مثل

- (١) النهاية: باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد ص ٤٦٩ س ٦ قال: ولا يجوز العقد على إجارة، وهو أن ينعقد الرجل على أن يعمل لها أو لوليها أياما معلومة الخ.
- (٢) المختلف: في الصداق، ص ٩٤ س ٧ قال: وقال ابن البراج في الكامل كقول الشيخ في النهاية.
- (٣) المقنعة: باب المهور والأجور، ص ٧٨ س ١٠ قال: والمهور كلما كانت له قيمة إلى قوله: ما تستحق عليه الأجور الخ.
- (٤) المراسم: ذكر المهر ص ١٥٢ س ١٧ قال: وما له عوض غير مرسوم في الشريعة إلى قوله: وكل هذا ينعقد به النكاح.
- (٥) السرائر: باب المهور وما ينعقد به ص ٣٠٠ س ٢٢ قال: والذي أعتدته وأعمل عليه وأفتي به أن منافع الحر ينعقد به النكاح الخ.
- (٦) المختلف: في الصداق ٩٤ س ١٠ قال بعد نقل قول الكامل: وبه قال قطب الدين الكيدري وقال ابن الحنيد: كلما يصح الملك له والتمول إلى قوله: من أجرة دار أو عمل إذا وقع التراضي بين الزوجين فالفرج به يحل وطؤه الخ.
- (٧) الوسيلة: فصل في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٥ س ١٢ قال: فالأول كل ما يصح تملكه في الإسلام مما له قيمة الخ.
- (٨) المختلف: في الصداق ٩٤ س ١٠ قال بعد نقل قول الكامل: وبه قال قطب الدين الكيدري وقال ابن الحنيد: كلما يصح الملك له والتمول إلى قوله: من أجرة دار أو عمل إذا وقع التراضي بين الزوجين فالفرج به يحل وطؤه الخ.
- (٩) لاحظ عبارة النافع.
- (١٠) المختلف: في الصداق، ص ٩٤ س ٣١ قال: والمعتمد عندنا الجواز في الجمع الخ.

القولين (١).

احتج الأولون: بأنه يستلزم خلو البضع عن العوض، واللازم باطل، وما استلزم البطلان كان باطلا، أما الأولى فلجواز موته، وأما الثانية فبيينة. وبما رواه أحمد بن محمد (في القوي) عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة ويشترط لأبيها إجارة شهرين، فقال: إن موسى عليه السلام قد علم أنه سيتم له شرطه، فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفي، وقد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يتزوج المرأة على السورة من القرآن، وعلى الدرهم، وعلى القبض من الحنطة (٢).

وما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام قال: لا يحل النكاح اليوم في الإسلام بإجارة، بأن يقول: أعمل عندك كذا وكذا سنة على أن تزوجني أختك أو بنتك، قال: حرام، لأنه ثمن رقبتها وهي أحق بمهرها (٣).
احتج الآخرون: بأصالة الجواز، وبقوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به) (٤) وقد وقع التراضي على الإجارة.

وبما رواه محمد بن مسلم (في الصحيح) عن الباقر عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله إلى قوله: زوجتكها على ما تحسن من القرآن،

(١) المذهب: ج ٢ باب الصداق ص ١٩٨ س ٩ قال: ويجوز أن يكون منافع الحر مهرا مثل أن يخدمها شهرا الخ وقال في ص ٢٠١ س ٤: ولا يجوز أيضا على إجارة مثل أن يعقد الرجل على المرأة أن يعمل لها ولوليها أياما معينة أو سنين معلومة.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما يعقد من النكاح من ذلك ولا يعقد ص ٣٦٦ الحديث ٤٦.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ما يعقد من النكاح من ذلك وما لا يعقد ص ٣٦٧ الحديث ٥١.

(٤) النساء: ٢٤.

فعلّمها إياه (١).

وأجابوا عن حجة الأولين: بأن الاحتمال يستلزم خلو البضع عن عوض معين، لا عن مطلق العوض، والمحال إنما هو الثاني، لا الأول، كما لو تزوجها على عبد معين ومات قبل التسليم، فإنه يضمن بها قيمته، وكذا هنا يوجب بموته قبل المدة أجره المثل بما بقي منها في أصل التركة، وكذا لو كان المهر تعليم سورة حتى طلقها قبل الدخول أو بعده قبل التعليم، فإنه يجب عليه نصف أجره المثل، أو كلها قولاً واحداً، وكذا لو تعلمت من غيره، فعلم أن المحال هو خلو البضع في الجملة، لا تطرق خلوه عن العوض المعين.

وعن الثاني: بأنه لا يدل على المنع والتحریم، بل على الكراهة.

وعن الثالث: بأن المنع إنما كان لأن الإجارة وقعت للولي، لا للزوجة، والمهر مملوك لها، لا لأبيها وأخيها، فلا يجوز شرطه لهما، لأن ذلك منسوخ في شرعنا، وقد كان سابقاً في شرع شعيب عليه السلام، ويلحظ ذلك من الحديث في موضعين: (أ) قوله عليه السلام: (لا يحل النكاح اليوم في الإسلام) إشارة إلى أن هذا الحكم منسوخ إنما هو في صورة ما فعله موسى عليه السلام لشعيب (ع) لجواز استيجاره لتعلم الصنعة والسورة من غير خلاف فيه. (ب) قوله عليه السلام: (هي أحق بمهرها). هذا مع ضعف السند.

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٥٤ الحديث ٧ ورواه العامة بأسانيد مختلفة وألفاظ متقاربة في أبواب متفرقة، منها صحيح البخاري كتاب النكاح باب ٤ تزويج المعسر وباب ٣٠ عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح إلى غير ذلك من الأبواب الأخر، ورواه أحمد في مسنده ج ٥ ص ٣٣٠ حديث أبي مالك سهل الساعدي، ورواه الدارمي والترمذي والموطأ فلاحظ.

ولا تقدير للمهر في القلة ولا في الكثرة على الأشبه، بل يتقدر بالتراضي. ولا بد من تعيينه بالوصف أو الإشارة، ويكفي المشاهدة عن كيله ووزنه. ولو تزوجها على خادم فلم يتعين فلها وسطه، وكذا لو قال: دار أو بيت، ولو قال على السنة كان خمسمائة درهم. ولو سمى لها مهرا ولأبيها شيئا سقط ما سمى له. ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح، ولو أسلما أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة عينا أو مضمونا.

قال طاب ثراه: ولا تقدير للمهر في القلة ولا في الكثرة على الأشبه. أقول: لا يتقدر المهر قلة، فيجوز على أقل ما يتمول ويثبت في الذمة، لأصالة الجواز ولقوله تعالى: (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به) (١). ولقول الرضا عليه السلام: وقد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يتزوج على السورة من القرآن، وعلى الدرهم، وعلى القبضة من الحنطة (٢).

وأما في الكثرة: فالمشهور عند علمائنا أنه لا يتقدر أيضا، فيجوز ما تراضى عليه الزوجان ويلزم وإن بلغ أضعاف مهر السنة، ذهب إليه الشيخان (٣) (٤) والتقي (٥)

(١) النساء: ٢٤.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ص ٣٦٦ قطعة من حديث ٤٦.

(٣) المقنعة: باب المهور والأجور، ص ٧٨ س ١٠ قال: والمهور كلما كانت له قيمة من ذهب وفضة إلى أن قال: ويستحب للإنسان أن لا يتجاوز في المهر سنة، وهو خمسمائة درهم جيادا قيمتها خمسون دينار مثاقيل عينا.

(٤) النهاية: باب المهور وما ينعقد به النكاح ص ٤٦٨ س ١٩ قال: المهر ما تراضيا عليه إلى قوله: قليلا كان أو كثيرا الخ.

(٥) الكافي: النكاح، الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٣ س ١٧ قال: أو زاد عليه أضعافا كثيرة.

والحسن (١) والقاضي (٢) وابن حمزة (٣) وابن إدريس (٤) وهو ظاهر الصدوق في المقنع (٥) وأبي علي (٦) ونص عليه أبو يعلى سلار (٧).
للأصل، ولقوله تعالى: (إن آتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا) (٨)
وعموم قوله تعالى: ((فنصف ما فرضتم) (٩) و (آتوا النساء صدقاتهن نحلة) (١٠)
ولصحيحة الوشاء عن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: لو أن رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفا وجعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزا، والذي جعله لأبيها فاسدا (١١) ولأنه نوع معاوضة، فكانت تابعة لاختيار المتعاضين.
وقال المرتضى: لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم جيادا، قيمتها خمسون دينارا،

- (١) المختلف: في الصداق ص ٩٣ س ١٥ قال: وقال ابن الجنيدي: وكل ما صح التملك له من قليل أو كثير الخ.
(٢) المهذب: ج ٢، باب الصداق وأحكامه، ص ١٩٨ س ٧ قال: يصح أن يكون صداقا قليلا كان أو كثيرا الخ.
(٣) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٥ س ١٥ قال: فما تراضيا عليه يكون صحيحا قل ذلك أم كثر.
(٤) السرائر: باب المهور وما ينعقد به ص ٣٠١ س ١٣ قال: ومتى عقد الرجل على أكثر من ذلك بأضعاف كثيرة لزمه الوفاء به.
(٥) المقنع: باب بدو النكاح ص ٩٩ س ٦ قال: وإذا تزوجت فانظر أن لا يتجاوز مهرها مهر السنة الخ.
(٦) المختلف: في الصداق، ص ٨٢ س ١٥ قال: وقال ابن الجنيدي: وكل ما صح التملك له والتمول من قليل أو كثير الخ.
(٧) المراسم: ذكر المهر ص ١٥٢ س ١٣ قال: والمهور على ضربين، ذهب وفضة، وما له قيمة الخ.
(٨) النساء: ٢٠.
(٩) البقرة: ٢٣٧.
(١٠) النساء: ٤.
(١١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٦١ الحديث ٢٨.

فما زاد على ذلك رد إلى هذه السنة (١).

وروى الصدوق في من لا يحضره الفقيه واستدل بعد الإجماع على نفي الزائد بما رواه المفضل بن عمر قال: دخلت على أبي عبد الله فقلت له: أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمن أن يجوزه؟ قال: فقال: السنة المحمدية خمسمائة درهم، فما زاد على ذلك رد إلى السنة ولا شيء عليه أكثر من خمسمائة درهم (٢) (٣). وأجيب بضعف الرواية، لوقوع محمد بن سنان في طريقها (٤)، وقد ضعفه الشيخ جدا (٥) وما يختص بروايته لا يعمل عليه، مع احتمال حملها على الاستحباب، ومع الزيادة يستحب الرد إلى السنة بالإبراء، ومع حصوله لا يلزمه أكثر من السنة.

وروي أن عمر قام خطيباً فقال: أيها الناس بلغني إنكم تغالون في مهور بناتكم، فلا أوتين برجل منكم زاد في مهر ابنته عن السنة إلا رددته إليها وجعلت

-
- (١) الإنتصار: مسائل النكاح، في بيان مقدار الصداق، ص ١٢٤ قال: مسألة، ومما انفردت به الإمامية أنه لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم، إلى قوله: فما زاد على ذلك رد إلى هذه السنة.
 - (٢) استناد الحديث إلى الصدوق كما هو ظاهر العبارة لعله سهو من قلم النساخ، لعدم وجوده في من لا يحضره الفقيه ويؤيد عدم وجوده فيه عدم الإشارة إليه في معجم رجال الحديث أيضاً، ولعل المراد بقوله: روي عن الصدوق في من لا يحضره الفقيه: ما في ص ٢٥٣ من ج ٣ س ١ من قوله: (والسنة المحمدية في الصداق خمسمائة درهم، فمن زاد على السنة رد إلى السنة) والله يعلم.
 - (٣) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٦١ قطعة من حديث ٢٧.
 - (٤) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن أحمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن محمد بن سنان، عن مفضل بن عمر).
 - (٥) قال في التهذيب: (ج ٧ ص ٣٦١ س ١٠) بعد نقل الحديث (فأول ما في هذا الحديث: أن محمد بن سنان مطعون عليه ضعيف جدا، وما سبب بروايته ولا يشركه غيره، لا يعمل عليه).

ولا يجوز عقد المسلم على الخمر، ولو عقد صح، ولها مع الدخول مهر المثل، وقيل: يبطل العقد.

الزائد في بيت المال، فقامت إليه امرأة من أخريات الناس، فقالت: وما أنت يا بن الخطاب تمنعنا ما أباحه الله لنا؟! فقال: وأين ذلك من كتاب الله؟ فقالت قوله تعالى: (وإن آتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً تأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً) (١) فقال أيهما الناس على رسلكم، رجل أخطأ وامرأة أصابت (٢). قال طاب ثراه: ولا يجوز عقد المسلم على الخمر، ولو عقد صح، ولها مع الدخول مهر المثل، وقيل: يبطل العقد أقول: هنا مسألتان. الأولى: إذا عقد المسلم على خمر أو خنزير هل يصح العقد أو يبطل؟ فيه مذهبان:

(أ) الصحة، وهو مذهب الشيخ في الخلاف (٣) والمبسوط (٤)، وبه قال: ابن حمزة (٥)

(١) النساء: ٢٠.

(٢) رواه أكثر أصحاب الحديث في مسانيدهم وتفسيرهم بألفاظ متفاوتة ومعاني متقاربة لاحظ سنن البيهقي: ج ٧ كتاب النكاح ص ٢٣٣ وتفسير الدر المنثور للسيوطي: ج ٢ ص ٤٦٦ في تفسيره لآية ٢١ من

سورة النساء، وتفسير الكشاف للزمخشري: ج ١ ص ٤٩١ في تفسيره لآية من سورة النساء ولاحظ ذيله حيث قال: أخرجه أصحاب السنن وابن حبان والحاكم وأحمد والدارمي وابن أبي شيبة والطبراني الخ.

(٣) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ١ قال: إذا عقد على مهر فاسد مثل الخمر والخنزير إلى قوله: فسد المهر ولم يفسد النكاح.

(٤) المبسوط: ج ٤، كتاب الصداق، ص ٢٧٢ س ١١ قال: إذا عقد النكاح بمهر فاسد إلى قوله: كان العقد صحيحاً الخ.

(٥) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٦ س ١٣ قال: فإن كان مسلماً سقط المسمى ولزم مهر المثل: مثل من عقد على خمر أو خنزير الخ.

وأبو علي (١) وابن زهرة (٢) وابن إدريس (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة
في أكثر كتبه (٥) وتوقف في المختلف (٦).
(ب) البطلان: وهو مذهب النهاية (٧) وبه قال القاضي (٨) والتقي (٩) والمفيد
في المقنعة (١٠)
احتج الأولون: بأن ذكر المهر ليس شرطاً في صحة العقد، فإذا ذكر ما هو فاسد
لم يكن أكثر مما لم يذكر أصلاً، فيكون وجوده كعدمه. ولأنهما عقدان يصح أن

- (١) المختلف: في الصداق ص ٩٣ س ٣١ قال: وقال ابن الجنيدي: لا يفسد العقد بفساد المهر
إلى قوله: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.
(٢) المختلف: في الصداق ص ٩٣ س ٣١ قال: وقال ابن الجنيدي: لا يفسد العقد بفساد المهر
إلى قوله: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.
(٣) الغنية من الجوامع الفقهية في أحكام النكاح ص ٦١٠ س ٢٣ قال: وإذا وقع العقد على عين
محرمة، صح العقد وبطل المسمى.
(٤) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٠ س ١١ قال: ولا يجوز في المهر ما لا يحل تملكه للمسلم إلى أن قال:
والذي يقوى في نفسي ما اختاره في مسائل خلافه.
(٥) لاحظ ما اختاره في النافع.
(٦) التحرير: ج ٢ في الصداق، ص ٣١ (ج) إذا عقد المسلم على خمر أو خنزير إلى قوله: وهل يبطل
النكاح؟ قيل: نعم وقيل: لا وهو الأقرب.
(٧) النهاية: باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد ص ٤٩٦ س ٢ قال: ولا يجوز في المهر ما لا يحل
تملكه إلى قوله: فإن عقد على شيء من ذلك كان العقد باطلاً.
(٨) المهذب: ج ٢ باب الصداق وأحكامه، ص ٢٠٠ س ١٠ قال: وأما ما لا يصح تملكه، إلى قوله:
فإن عقروا على شيء منه كان باطلاً.
(٩) الكافي: الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٣، س ١٧ قال: ولا يصح العقد على عين محرمة الخ.
(١٠) نسب العلامة في المختلف: ص ٩٣ س ٢٩ إلى المفيد القول ببطلان العقد، حيث قال: وهل
يبطل العقد؟ للشيخ قولان: ففي النهاية يبطل وبه قال المفيد في المقنعة، ولكن عبارة المقنعة يوهم خلاف
ذلك، حيث قال: ولا يجوز النكاح على ما لا قيمة له من كلب أو خنزير أو خمر، ومن عقد على شيء منه
ثبت النكاح بالعقد، ووجب في ذمة المعقود له المهر بقدر مهر مثل المعقود عليها الخ لاحظ باب المهور
ص ٧٨ س ١٣.

ينفرد أحدهما عن صاحبه، ألا ترى أنه لو عقد بغير مهر صح العقد: وأيضا فقد افترقا في الأحكام، فإن المهر يدخله الخيار ولا يدخل العقد، وإذا كانا عقدين ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر إلا بدليل.

احتج الآخرون بأن العقد مترتب على الرضا بالمهر، وهو باطل، والمترتب على الباطل باطل، ولأنه عقد معاوضة فيفسد بفساد العوض.

الثانية: على القول بصحة العقد ماذا يجب؟ قيل فيه قولان:

(أ) مهر المثل، قاله في الخلاف (١) وهو اختيار ابن حمزة (٢) وظاهر ابن إدريس (٣) لأن بطلان المسمى يوجب بطلان التسمية، فيجب بالوطاء مهر المثل، لأنه إذا بطل أحد العوضين وجب رد الآخر فإذا تعذر وجب قيمته، وقد انتفى الصداق، فيجب قيمة البضع، وهو مهر المثل.

(ب) قيمته عند مستحليه، قاله الشيخ في موضع من المبسوط (٤) ووجهه أنهما لما ذكرا عوضا فقد أضربا عن قيمة البضع وقصدا ذلك، وله عموم وهو المالية، وخصوص وهو عينه، وإذا تعذر اعتبار العين بقي اعتبار المالية، فلا يلغى التقدير بالكلية.

وفيه دخل ينشأ من امتناع تقدير المالية هنا، إذ هو تقدير للمحال، فيلغى كما الغي العين، نعم يفيد ذكره قصد العوض فلا يكون تعويضا، ويتفرع على ذلك ما لو

-
- (١) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ١ قال: إذا عقد على مهر فاسد إلى قوله: وجب لها مهر المثل.
(٢) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٦ س ١٣ قال: فإن كان مسلما سقط المسمى ولزم مهر المثل مثل من عقد على خمر الخ.
(٣) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٠ س ١٦ قال: والذي يقوى في نفسي ما ذكره في مسائل خلافه.
(٤) المبسوط: ج ٤، كتاب الصداق ص ٢٩٠ س ٢٠ قال: وأما إن أصدقها حمرا معينا، فالذي يقتضيه مذهبنا أن لها قيمته عند مستحليه.

الطرف الثاني، التفويض: لا يشترط في الصحة ذكر المهر، فلو أغفله، شرط أن لا مهر لها، فالعقد صحيح.

ولو طلق فلها المتعة قبل

الدخول، وبعده لها مهر المثل، ويعتبر في مهر المثل حالها في الشرف والجمال، وفي المتعة حاله، فالغني يتمتع بالثوب المرتفع، أو عشرة دنانير فأزيد. والفقير بالخاتم أو الدرهم والمتوسط بينهما. ولو جعل الحكم لأحدهما في تقدير المهر صح، ويحكم الزوج بما شاء وإن قل، وإن حكمت المرأة، لم تتجاوز مهر السنة. ولو مات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم فالمروي لها المتعة.

طلق قبل الدخول، فيجب نصف مهر المثل على القول الأول، وعلى القول الآخر يجب نصف قيمته عند مستحليه.

فرع

فرق الشيخ بين الخمر والخنزير، فأوجب في الأول مهر المثل لتعذر المالية واستحالتها فيه وأوجب في الخمر قيمته عند المستحل لثبوت المالية للذمي على مثله وعلى المسلم (١)، ففرضها فيه ممكن بخلاف الخنزير. قال طاب ثراه: ولو مات الحاكم فالمروي لها المتعة.

أقول: التفويض قسمان:

تفويض المهر: وهو أن يذكر على الجملة، وتفويض تقديره إلى أحدهما، كان يقول: زوجتك نفسي بما تحكم، أو أحكم، والحكم في هذا القسم أن يلزم من إليه الحكم بالفرض، ويثبت ما يحكم به، ويستقر بالدخول، أو الموت، وينتصف

(١) المبسوط: ج ٤ كتاب الصداق ص ٢٩٠ س ٢٠ قال: وأما إن أصدقها خمرا إلى أن قال: إن لها قيمته عند مستحليه

بالطلاق، وكذا لو حصل الطلاق قبل الفرض طولب الحاكم به. ولو مات الحاكم قبل الفرض، فإن كان بعد الدخول وجب مهر المثل، وإن كان قبله ماذا يجب؟ قيل فيه ثلاثة أقوال:

(أ) مهر المثل حكاه في المبسوط (١) وهو مذهب العلامة في القواعد (٢). ووجهه: أنهما لم يرضيا بإخلاء العقد عن المهر، بل ذكراه، غايته أنه مجهول، وقد تعذر الرجوع إلى عينه يموت من إليه تعيينه، فيرجع إلى قيمة البضع، وهو مهر المثل، ولو جوبه بالوطء في مثل هذه الصورة، والموت تقرر من المهر ما تقرر الدخول.

(ب) المتعة مذهب الشيخ في النهاية (٣) وهو اختيار القاضي (٤) وابن حمزة (٥) والصدوق في المقنع (٦) وظاهر الخلاف (٧) (٨).

- (١) لم أعثر في المبسوط على التصريح بما في الفرض إلا ما في فص التفويض ص ٢٩٦ س ١ من قوله: (فأما إذا وقعت الفرقة بالوفاة إلى قوله: وأما المهر فمتى مات أحدهما فعلى قولين: أحدهما لها مهر المثل، والثاني لا مهر لها وهو الصحيح عندنا وفيه خلاف) وهذا كما ترى يوهم خلاف المقصود.
- (٢) القواعد: الثاني تفويض المهر ص ٤١ س ٣ قال: ولو مات الحاكم قبله وقيل الدخول فلها مهر المثل الخ.
- (٣) باب المهور وما ينعقد به النكاح ص ٤٧٢ س ١٣ قال: فإن مات الرجل أو ماتت المرأة قبل أن يحكما إلى قوله: كان لها المتعة.
- (٤) المذهب: ج ٢ باب الصداق وأحكامه ص ٢٠٦ س ٢ قال: فإن مات الزوج أو الزوجة قبل أن يحكما إلى قوله: كان للزوجة المتعة.
- (٥) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه ص ٢٩٦ س ٥ قال: فإن مات أحدهما قبل الفرض في لمسألتين سقط المهر الخ.
- (٦) المقنع: باب بد والنكاح ص ١٠٨ س ٩ قال: وإذا تزوج الرجل امرأة إلى قوله: فلها المتعة والميراث الخ.
- (٧) ليس في النسخة المعتمدة جملة: (وظاهر الخلاف).
- (٨) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ١٥ قال: المفوضة إذا طلقها زوجها إلى قوله: لكن يجب لها المتعة الخ وهذا أيضا بناء على أن الموت كالطلاق.

ووجهه: أن العقد لا يجوز خلوه عن عوض، لوقوع التراضي عليه، وليس معينا حتى يرجع إليه، ومهر المثل يتبع الدخول ولم يحصل، فيتعين المتعة. ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل يزوج امرأة على حكمها، أو على حكمه، فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها، فقال: لها المتعة والميراث، ولا مهر لها (١).

(ج) لا شيء لها قاله ابن إدريس (٢) لأن مهر المثل يتبع الدخول، والمتعة يجب بالطلاق، وليس أحدهما حاصلًا، وهو مذهب الشيخ في المبسوط (٣) وظاهر الخلاف (٤) وصرح به ابن إدريس إذا كان الحاكم المرأة وماتت (٥)، ولم يذكر حكم موته إذا كان هو الحاكم، والظاهر المساواة. والمعتمد قول النهاية، وهو اختيار المصنف (٦) والعلامة في المختلف (٧). (القسم الثاني) وهو تفويض البضع: وهو تراضي الزوجين بإيقاع العقد من غير مهر، إما بإغفاله، أو بإشراط سقوطه، كقولها: زوجتك نفسي، فيقول قبلت،

-
- (١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور، ص ٣٦٥ قطعة من حديث ٤٤.
(٢) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٢ س ٣٤ قال: وقد روي أنه إذا مات الرجل أو ماتت المرأة قبل أن يحكما إلى قوله بعد أسطر: والأصل براءة الذمة.
(٣) المبسوط: ج ٤ كتاب الصداق ص ٢٩٦ س ١ قال: إذا وقعت الفرقة بالوفاة إلى قوله: والثاني لا مهر لها.
(٤) الخلاف: كتاب الصداق مسألة ١٨ قال: إذا مات أحدهما قبل الفرض وقبل الدخول فلا مهر لها.
(٥) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٣ س ١ قال: والأولى القول بأنه لا يلزم الزوج شيء بعد موت المرأة إذا كان قد تزوجها على حكمها.
(٦) لاحظ اختياره في النافع.
(٧) المختلف: في الصداق، ص ٩٧ س ٤ قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

الطرف الثالث، في الأحكام: وهي عشرة:
(الأول) تملك المرأة المهر بالعقد، وينتصف بالطلاق، ويستقر بالدخول وهو الوطاء قبلا أو دبرا، ولا يسقط معه لو لم يقبض، ولا يستقر بمجرد الخلوة على الأشهر.

ويقتصران، أو تقول: زوجتك نفسي بلا مهر، أو على أن لا مهر لي.
فتقول: هذا العقد لا يقتضي لزوم شيء في ابتدائه، لرضاهما بوقوع العقد مجانا.
ولرواية منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم تفرض لها صداقا، قال: لا شيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها (١) فعلى هذا لو مات أحدهما قبل الدخول لم يجب شيء إجماعا.
ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول: إن كان فرض لها مهرا، فلها، وإن لم يكن فرض مهرا، فلا مهر لها (٢).
وإن حصل طلاق قبل الدخول وجبت المتعة إجماعا، لقوله تعالى (ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) (٣).
ولو تراضيا بفرضه صح، ووجب كله بالدخول، أو الموت، ونصفه بالطلاق قبله، ولا فرق في وقوع الفرض قبل الدخول وبعده، وسواء كان المفروض بقدر مهر المثل، أو أقل أو أكثر، عالمة بذلك، أو جاهلين، أو بالتفريق.
قال طاب ثراه: تملك المرأة المهر بالعقد، وينتصف بالطلاق، ويستقر بالدخول، وهو الوطاء قبلا أو دبرا، ولا يسقط معه لو لم يقبض، ولا يستقر بمجرد الخلوة على الأشهر.

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ص ٣٦٢ الحديث ٣٠.
(٢) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء ص ١٤٦ قطعة من حديث ١٠٤.
(٣) البقرة: ٢٣٦.

أقول: هنا مسائل:

الأولى: يملك المرأة بالعقد جميع المهر ملكا متزلزلا كملك البائع للثمن في مدة خيار المشتري، والمشتري المبيع في مدة خيار البائع، وينتصف بالطلاق، أي ويتجدد ملك النصف للزوج بالطلاق، هذا اختيار الأكثر من الأصحاب، وذهب ابن الجنيدي إلى أن الذي يوجب العقد من المسمى نصفه، والنصف الباقي يوجبه الدخول (١).

احتج الأولون: بأن الصداق عوض البضع والزوج يملكه بنفس العقد، فيجب أن تملك الزوجة عوضه كالمبتاعين.

وبرواية عبيد بن زرارة (في الموثق) عن الصادق عليه السلام قال: قلت: رجل تزوج امرأة وأمهرها مهرا، فساق إليها غنما ورقيقا، فولدت عندها، وطلقها قبل أن يدخل بها، قال: إن كان قد ساق إليها ما ساق وقد حملن عنده، فله نصفها ونصف ولدها، وإن كن حملن عندها فلا شيء له من الأولاد (٢).

واحتج ابن الجنيدي: بأنها لو ملكته لاستقر، عملا بالأصل، ولم يزل ملكها إلا بسبب ناقل كالبيع وشبهه، ولم يوجد، فلا يكون الملك متحققا (٣).

وبرواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: سمعته يقول: لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج (٤).

وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته متى تجب المهر؟ قال:

(١) المختلف: في الصداق، ص ٩٩ قال: مسألة، المشهور عند علمائنا أن المرأة تملك الصداق بالعقد إلى أن قال: وقال ابن الجنيدي: الذي يوجب العقد من المهر المسمى النصف الخ.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ص ٣٦٨ الحديث ٥٤.

(٣) المختلف: في الصداق، ص ٩٩ س ٢٤ قال: قال ابن الجنيدي: بأنه لو ملكته بالعقد الخ.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٧.

إذا دخل بها (١).
وأجيب: بأن الوجوب أعم من الاستقرار، فلا يستلزمه، والسقوط لا يمنع
الوجوب كما في الارتداد، والسبب الناقل هنا الطلاق بنص القرآن في قوله تعالى:
(وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف
ما فرضتم) (٢) والروايات محمولة على الاستقرار جمعا بين الأدلة، ولأنه المفهوم من
الوجوب في الأغلب.
وتظهر الفائدة في مسائل:
(أ) في نماء المتجدد فيما بين العقد والطلاق، فعلى المشهور يكون للمرأة، وعنده
لهما.
(ب) لو خلعها على مهرها، أو طلقها عليه، أو وهبته إياه، أو أبرأته منه، رجع
عليها بالنصف على المشهور، ولا يرجع عليها بشئ عنده.
(ج) لو كان المهر نصابا وأقبضها إياه، ثم طلقها بعد مضي الحول، وجب
الزكاة عليها عندنا، ولا يجب عنده، لأنها لم تملك نصابا تاما.
(د) لو كان المهر معينا لم يجز لها التصرف فيه إلا بإذنه عنده، لتحقق الشركة،
ويجوز على المشهور.
(هـ) لو كان معينا وباعته من غير إذنه، صح على المشهور، ووقف على إجازته
في النصف الآخر عنده.
(و) لو كان معينا وحجر عليه لفلس، لم يتعلق به الحجر على المشهور، وتتعلق
بنصفه عنده.

(١) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح، ص ٤٦٤ الحديث ٦٨.
(٢) البقرة: ٢٣٧.

(ز) لو مات أحد الزوجين استقر الجميع على المشهور، لوجوبه بالعقد، وحصول التنصيف بالطلاق ولم يحصل، ويجب النصف عنده.
(ح) يحسب النصف من أموالها ويخرج عن ماله عنده، وعلى المشهور جميع المهر، فيفيد وجوب الخمس والحج ومنع الأخذ من الزكاة.
الثانية: فيما يوجب تقرير المسمى، وانحصر فيه خمسة أقوال، ووقع الإجماع على نفي السادس.

(أ) غيبوبة الحشفة قبلا أو دبرا، وإن كان الوطاء حراما كما في الحيض والإحرام، لأنه يوجب في الشبهة ابتداء، ففي الصحيح تقريرا أولى.
(ب) ارتداد الزوج في القول الأظهر، وقد صرح به ابن حمزة، فقال: تستقر المهر المعين بثلاثة أشياء: بالدخول والموت وارتداد الزوج (١).
(ج) موت الزوج على قول الأكثر، خلافها للصدوق في المقنع، حيث أوجب النصف (٢) معولا على صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يموت وتحتة امرأة لم يدخل بها، قال: لها نصف المهر، ولها الميراث كاملا، وعليها العدة (٣).

وعورضت بصحيحة منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن الرجل يتزوج المرأة، فيموت عنها قبل أن يدخل بها، قال: لها صداقها كاملا، وترثه، وتعتد بأربعة أشهر وعشرا (٤).

(١) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٧ س ٥ قال: ويستقر بأحد ثلاثة أشياء الخ.
(٢) المقنع: باب الطلاق، ص ١٢٠ س ٢١ قال: والمتوفى عنها زوجها إلى قوله: إن لم يكن دخل بها وقد فرض لها مهرا فلها نصفه، وهو الذي أعتده وأفتى به.
(٣) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء، ص ١٤٤ الحديث ٩٨.
(٤) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء، ص ١٤٦ الحديث ١٠٧ وتماه (كعدة المتوفى عنها زوجها).

واختصت بزيادة الترجيح بعمل الأصحاب، وتأييدت أيضا بالنظر، إذ العقد يوجب المهر وينتصف بالطلاق، ولم يحصل.

(د) موت الزوجة في المشهور، وهو المفيد (١) وبه قال ابن حمزة (٢) وابن إدريس (٣) والقاضي في المهذب (٤) وخالف الشيخ (٥) والقاضي في الكامل (٦) وقطب الدين الكيدري (٥) وأوجبوا النصف خاصة، وربما حمل على غير ذات الولد، فيكون له الصنف بالميراث.

(هـ) الخلوة التامة: وهي المعركة العظيمة بين الفقهاء: ونعني بالتامة إرخاء الستر، أو إغلاق الباب وعدم حصول مانع في الزوج كالعنن، أو في المرأة كالرتق، واختلفت فيه عبارات الأصحاب، وتعددت آراؤهم، والمرجع فيها عند التحقيق إلى أربعة مذاهب:

(أ) أنها قائمة مقام الدخول في تقرير المهر، حكاها الشيخ في الكتابين عن قوم

-
- (١) المختلف: في الصداق، ص ٩٦ س ٧ قال: بعد نقل قول ابن إدريس: وهو اختيار شيخنا المفيد أحكام النساء وهو الصحيح الخ.
- (٢) تقدم آنفا حيث قال: بالدخول والموت وارتداد الزوج.
- (٣) السرائر: باب المهور ص ٣٠٢ س ٢٣ قال: ومتى مات أحد الزوجين قبل الدخول استقر المهر جميعه الخ.
- (٤) المهذب: ج ٢ باب الصداق ص ٢٠٥ س ١ قال: وإن ماتت المرأة إلى قوله: جاز لورثتها المطالبة به.
- (٥) النهاية: باب المهور ص ٤٧١ س ١٥ قال: وإن ماتت المرأة قبل الدخول بها كان لأولياها نصف المهر.
- (٦) المختلف: في الصداق، ص ٩٦ س ٢٤ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وتبعه ابن البراج في الكامل إلى قوله: وقطب الدين الكيدري تابع الشيخ أيضا.
- (٧) المختلف: في الصداق، ص ٩٦ س ٢٤ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وتبعه ابن البراج في الكامل إلى قوله: وقطب الدين الكيدري تابع الشيخ أيضا.

من أصحابنا (١) (٢).
ويؤيده رواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال: إذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها، فأعلق عليها بابا، أو أرخى عليها سترا، ثم طلقها، فقد وجب الصداق، وخلاؤه بها دخول (٣).
وقال الصدوق في المقنع: إذا تزوج الرجل المرأة، فأرخى الستر، أو أعلق الباب، ثم أنكرا جميعا المجامعة، فلا تصدقان، لأنها تدفع عن نفسه العدة، ويدفع عن نفسه المهر (٤).
ومستنده رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: الرجل يتزوج المرأة فيرخي عليه وعليها الستر، أو يغلق الباب، ثم يطلقها، فقبل للمرأة، هل أتاك؟ فتقول: لا، ما أتاني، ويسأل هو هل أتيتها؟ فيقول: لم آتها، قال: فقال: لا يصدقان، وذلك أنها تريد أن تدفع العدة عن نفسها، ويريد هو أن يدفع المهر (٥) وحملها الشيخ على تهمة الزوجين (٦).
(ب) اشتراط قيد آخر مع الخلوة، وهو أحد أمور أربعة:

- (١) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٧١ - ٧٢١ وفي الإستبصار ج ٣ (١٤٠) باب ما يوجب المهر كاملا ص ٢٢٧ الحديث ٥ - ٦.
(٢) النهاية: باب المهور ص ٤٧١ س ٧ قال: ومتى خلا الرجل بامرأته إلى قوله: وجب عليه المهر الخ. وفي الخلاف: كتاب الصداق مسألة ٤٢ قال: وذهبت طائفة إلى أن الخلوة كالدخول يستقر بها المهر إلى قوله: وبه قال قوم من أصحابنا الخ.
(٣) تقدم نقله عن التهذيب آنفا في حديث ٧١.
(٤) المقنع: باب بد والنكاح ص ١٠٩ س ٩ قال: وإذا تزوج الرجل فأرخى الستر الخ.
(٥) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٥ الحديث ٧٣
(٦) التهذيب: ج ٧، ص ٤٦٥ س ١ قال بعد نقل الحديث ما لفظه (لأن هذين الخبرين محمولان على أنه إذا كان الرجل والمرأة متهمين الخ).

(أ) الوقاع.

(ب) الإنزال بالنظر.

(ج) القبلة.

(د) اللمس.

إيما حصل التلذذ به وجب على الزوج كمال المهر، ومع عدمها يجب النصف في نفس الأمر، ولا يحل لها المطالبة بالأكثر منه، وإن وجب قبول قولها في الظاهر قاله أبو علي (١) ويطلقه إجماع الأصحاب على وجوب النصف في العنة مع الخلوة بها والإمهال معها حولا كاملا.

(ج) وجود الخلوة مع عدم الدخول، كعدمها، والقول قول الزوج مع يمينه في عدم الوطاء، حكاه الشيخ في الكتابين قال: وهو ظاهر في روايات أصحابنا (٢) (٣) وهو اختيار المصنف (٤) والعلامة في أكثر كتبه (٥).
احتجوا برواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: سمعته يقول:
لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج (٦).

(١) المختلف: في الصداق ص ٩٥ س ٢٩ قال: وقال ابن الحنيد إلى قوله: هو الوقاع أو ما قام مقامه من تسليم المرأة نفسها الخ.

(٢) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ٤٢ قال: فذهبت طائفة إلى أن وجود هذه الخلوة وعدمها سواء الخ.

(٣) النهاية: باب المهور، ص ٤٧١ س ١٠ قال: فإن أمكن الزوج إقامة البينة إلى قوله: لم يلزمه أكثر من نصف المهر.

(٤) لاحظ مختاره في النافع.

(٥) المختلف: في الصداق ص ٩٦ س ٣ قال: والمعتمد أن الخلوة بمجرد ما لا يوجب المهر. وفي القواعد: في المهر ص ٣٧ س ١٦ قال: وإنما يتقرر كمال المهر بالوطء أو موت أحد الزوجين، لا بالخلوة على الأقوى.

(٦) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٧.

وسأل محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام متى يجب المهر؟ قال: إذا دخل بها (١).

وفي معناها رواية حفص بن البختري (٢).

فإذا كان الشرط في وجوب المهر هو الوقاع، وهو غير معلوم، لا يجوز الحكم بالمهر مع الجهل بموجبه، لأصالة براءة الذمة، ولأنه فعله، فيكون القول قوله فيه، ولأنه الأصل فيكون القول قول مدعيه مع يمينه، ترجيحاً للأصل على الظاهر عند التعارض.

(د) وجود الخلوّة كعدمها في نفس الأمر، لكنها أمانة قاضية برجحان قول المرأة مع يمينها لو ادعت الدخول وأنكره الزوج، ولا يحل لها في نفس الأمر أكثر من النصف، ويجب على الحاكم القضاء لها بالجميع مع يمينها على وقوع الدخول بها. فهنا حكمان:

(أ) عدم وجوب الزائد على النصف في نفس الأمر، ويدل عليه عموم ما حكيناه من الروايات.

وخصوص رواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه، وأغلق الباب، وأرخى الستر، وقبل ولمس من غير أن يكون وصل إليها بعد، ثم طلقها على تلك الحال، قال: ليس عليه إلا نصف المهر (٣).

(ب) تقديم قولها مع يمينها، لأنها يمكنها إقامة البينة على ذلك، لأنها تدعي الظاهر إذا شاهد حال الصحيح مع خلوته بالحليلة وعدم المانع من موائعها، والظاهر

(١) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٨.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٤ الحديث ٦٩.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٦٧ الحديث ٧٨.

(الثاني) قيل: إذا لم يسم لها مهرا، وقدم لها شيئا قبل الدخول كان ذلك مهرا ما لم يشترط غيره.

عند التعارض مقدم على الأصل، وهذا هو فتوى الشيخ الجليل العابد محمد بن أبي عسير من القدماء قدس الله روحه (١) فاستحسنه الشيخ وأفتى به (٢) وبه قال ابن حمزة (٣) وابن الجنيد (٤) وعليه أكثر المتقدمين.
الثالثة: لا يسقط المهر بعدم القبض ترك المطالبة بعد الدخول، ونقل الشيخ في التهذيب عن بعض أصحابنا: أنه إذا دخل بها هدم الصداق (٥).
قال طاب ثراه: قيل: إذا لم يسم لها مهرا وقدم لها شيئا قبل الدخول كان ذلك مهرا ما لم يشترط غيره.
أقول: القول المحكي هو المشهور بين الأصحاب، وبه أفتى الشيخان (٦) (٧)

- (١) التهذيب: ج ٧ ص ٤٦٧ س ٤ قال: وكان ابن عمير رحمه الله يقول: إلى قوله: ويلزم الرجل المهر كله إلى قوله: وهذا وجه حسن.
(٢) التهذيب: ج ٧ ص ٤٦٧ س ٤ قال: وكان ابن عمير رحمه الله يقول: إلى قوله: ويلزم الرجل المهر كله إلى قوله: وهذا وجه حسن.
(٣) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٨ س ١٨ قال: وإذا دخل بها وأرخي الستر عليهما إلى قوله: قبلت منه.
(٤) المختلف: في الصداق، ص ٩٥ س ٢٩ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: فإن وقعت الخلوة بحيث لا مانع فالحكم بالأغلب الخ.
(٥) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور، ص ٣٥٩ الحديث ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ ثم قال بعد نقل الأحاديث: ولو كان الأمر على ما ذهب إليه بعض أصحابنا: من أنه إذا دخل بها هدم الصداق الخ.
(٦) المقنعة: باب المهور والأجور ص ٧٨ س ١٧ قال: وإن دخل بها وأعطها قبل الدخول شيئا، فذلك مهرها الخ.
(٧) النهاية: باب المهور، ص ٤٧٠ س ٥ قال: وإن لم يكن قد سمي لها مهرا وأعطها شيئا إلى قوله: لم يكن لها شيء.

والقاضي (١) وسالار (٢) وادعى ابن إدريس عليه الإجماع (٣) وتوقف المصنف (٤) وفصل العلامة، فقال: إن رضيت بالمدفوع إليها لم يكن لها المطالبة بشيء وإن لم يرض به مهرا كان لها ذلك (٥).

بقي هنا شيء

وهو أن نقول: قد كان في الزمن الأول لا يدخل الرجل حتى يقدم المهر، والعادة الآن بخلاف ذلك، فلعل منشأ الحكم العادة.

فتقول: إن كانت العادة في بعض الأزمان، أو الأصقاع كالعادة في القديم، كان الحكم ما تقدم، وإن كانت العادة كالعادة الآن كان القول قولها، هذا آخر كلامه رحمه الله (٦) وقال ابن حمزة: إن دخل بها قبل الفرض وبعث إليها قبل الدخول بشيء، فإن ردت عليه، أو أبت قبوله من جهة المهر، لزمه مهر المثل، وإن لم ترد وقالت المرأة بعد ذلك أنها هدية، والرجل يقول أنها مهر، كان القول قول الرجل مع اليمين، فإن حلفت سقطت دعواها، وإن نكل لزم لها مهر المثل، وإن رد اليمين كان له ذلك (٧).

(١) المهذب: ج ٢ باب الصداق وأحكامه، ص ٢٠٢ س ١٥ قال: وإن أعطها شيئاً إلى قوله: لم يكن لها سوى ما قبضته منه قبل دخوله بها.

(٢) المراسم: ذكر المهر ص ١٥٢ س ٧ قال: وإن دخل بها وقد أعطها قبل الدخول شيئاً ما كان ذلك مهراً.

(٣) السرائر: باب المهور ص ٣٠١ س ١٧ قال: وإن لم يكن سمي لها مهراً وأعطها شيئاً قبل دخوله بها إلى قوله: فإن دليل هذه المسألة هو الإجماع.

(٤) لاحظ مختاره في النافع.

(٥) المختلف: في الصداق ص ٩٥ س ١٩ قال: والوجه عندي التفصيل الخ.

(٦) المختلف: في الصداق، ص ٩٥ س ٢٠ قال: بقي هنا شيء الخ.

(٧) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر ص ٢٩٦ س ٨ قال: وإن دخل بها قبل الفرض الخ وفيه (قبل القبض) وهو غلط مطبعي ظاهراً.

(الثالث) إذا طلق قبل الدخول رجع بالنصف إن كان أقبضها، أو طالبت بالنصف إذا لم يكن أقبضها ولا تستعيد الزوج ما تجدد من النماء بين العقد والطلاق، متصلا كان كاللبن، أو منفصلا كالولد. ولو كان النماء موجودا وقت العقد رجع بنصفه كالحمل. ولو كان تعليم صنعة أو علم فعلمها رجع بنصف أجرته ولو أبرأته من الصداق رجع بنصفه.

(الرابع) لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين، وقيل: يبطل التدبير بجعلها مهرا وهو أشبه.

قال طاب ثراه: لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين، وقيل: يبطل التدبير بجعلها مهرا وهو أشبه.

أقول: يريد لو أمهرها مدبرة، هل يبطل تدبيرها بجعلها مهرا؟ لأنه بمنزلة الوصية، والوصية تبطل بمثل ذلك، فلو طلقها قبل الدخول رجع إليه نصفها وكان طلقا لا تدبير فيه، أو يكون التدبير باقيا، ولا يبطل بمجرد الإمهار، بل لا يبطل إلا بصريح الرجوع، ويكون الإمهار في الحقيقة منصرفا إلى المنافع، فلو مات انعتقت، ولا سبيل للمرأة على كلها لو كان بعد الدخول، ولا نصفها لو كان قبله: ابن إدريس (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣) على الأول.

-
- (١) السرائر: في باب المهور، ص ٣٠٣ س ٨ قال: والذي يقتضيه أصول مذهبنا أن قال: إلى قوله: وتخرج عن كونها مدبرة الخ.
(٢) لاحظ مختاره في النافع.
(٣) المختلف: في الصداق ص ٩٧ س ٢٢ قال: والمعتمد بطلان التدبير بالإصداق الخ.

والشيخ (١) والقاضي (٢) على الثاني.

احتج الشيخ بما رواه معلى بن خنيس قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على جارية له مدبرة، قد عرفتها المرأة وتقدمت على ذلك، وطلقها قبل أن يدخل بها، قال: فقال: أرى للمرأة نصف خدمة المدبرة، فيكون للمرأة يوم في الخدمة، ويكون لسيدها الذي كان دبرها يوم في الخدمة، قيل له: وإن ماتت المدبرة قبل المرأة والسيد لمن يكون الميراث؟ قال: يكون نصف ما تركت للمرأة، ونصفها الآخر لسيدها الذي دبرها (٣). وفي الطريق قول ينشأ من معلى، فإن فيه خلافاً (٤).

فرع

على قول الشيخ رحمه الله يقيد ذلك بكونها عالمة بالتدبير، كما تضمنته الرواية، ولو لم تكن عالمة كان لها إلزام الزوج بالرجوع، وإن لم يرجع كان لها فسخ المهر

(١) النهاية: باب المهور، ص ٤٧٣ س ٤ قال: وإذا عقد لها على جارية مدبرة إلى قوله فإذا مات المدبر صارت حرة الخ.

(٢) المذهب: ج ٢ باب الصداق، ص ٢٠٦ س ٩ قال: وإذا تزوج امرأة وجعل مهرها جارية مدبرة إلى قوله: انعتقت المدبرة الخ.

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور، وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٦٧ الحديث ٤٩.

(٤) قال النجاشي: ضعيف جدا لا يعول عليه، وقال ابن الغضائري: لا أرى الاعتماد في حديثه، وقال الشيخ أبو جعفر الطوسي: أنه كان من قوام أبي عبد الله عليه السلام وكان محموداً عنده ومضى على منهجه، وقال المحقق الوحيد في جملة من كلامه: ويظهر من مهج الدعوات لابن طاوس وغيره كونه من أشهر وكلاء الصادق عليه السلام وأجلهم، وأنه قتل بسبب ذلك، وأنه كان يحجى الأموال إليه (تلخيص من تنقيح المقال ج ٣ ص ٢٣٠).

(الخامس) لو أعطاهما عوض المهر متاعا، أو عبدا أبقا وشيئا، ثم طلق رجع بنصف المسمى دون العوض.
(السادس) إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع، فسد الشرط دون العقد والمهر، كما لو شرطت ألا يتزوج أو لا يتسرى، وكذا لو شرطت تسليم المهر في أجل، فإن تأخر عنه فلا عقد، أما لو شرطت أن لا يفتضاها صح، ولو أذنت بعده جاز، ومنهم من خص جواز الشرط بالمتعة.

والرجوع بالأرش، أو مهر المثل على إشكال.
قال طاب ثراه: أما لو شرطت أن لا يفتضاها صح، ولو أذنت بعده جاز، ومنهم من خص جواز الشرط بالمتعة.
أقول: للأصحاب هنا خمسة أقوال:
(أ) صحة العقد والشرط مطلقا، أي سواء كان العقد دائما أو منقطعاً، ولو أذنت بعد ذلك جاز فهذا حكمان.
تحريم الافتضاض (١) مع عدم الإذن، وموجبه لزوم الوفاء بالشرط. وتسويغه بعد الإذن، لأن بالعقد ملك الاستمتاع، وإنما كان الامتناع لمكان الشرط، ولا مانع من هذا الشرط، فيكون لازما.
لقوله صلى الله عليه وآله: المؤمنون عند شروطهم (٢) وقد زال برضاها.
ولرواية سماعة بن مهران عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل جاء إلى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها؟ فقالت: أزوجك نفسي على أن تلتمس مني ما شئت، من نظر أو التماس، وتنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل

(١) افتض الجارية أزال بكارتها، والافتضاض بالفاء بمعناه (مجمع البحرين فضض).
(٢) عوالي اللثالي: ج ١ ص ٢١٨ الحديث ٨٤ و ص ٢٩٣ الحديث ١٧٣ و ج ٢ ص ٢٥٧ الحديث ٧ و ج ٣ ص ٢١٧ الحديث ٧٧ ولاحظ ما علق عليه

فرجك في فرجي، وتتلذذ بما شئت، فإنني أخاف الفضيحة، قال: ليس له إلا ما اشترط (١).

وعن إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل تزوج بجارية عاتق (٢) على أن لا يفتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، فقال: إذا أذنت له فلا بأس (٣) وهو مذهب الشيخ في النهاية (٤).

(ب) بطلان الشرط خاصة وصحة العقد فيهما، فله الوطي وإن لم ترض قاله القاضي (٥) وابن إدريس (٦) وفخر المحققين (٧) ولعل وجهه ما ثبت من كون الشرط الفاسد لا يوجب فسادا في العقد، كما لو شرط أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى. ولما رواه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: قضى علي عليه السلام في رجل تزوج امرأة وأصدقها، واشترط أن يبدها الجماع والطلاق قال: خالف السنة

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٦٩ الحديث ٥٨.

(٢) العاتق: الشابة أول ما تدرك، وقيل: هي التي لم بتن من والديها ولم تزوج وقد أدركت وشبت (النهاية لغة عتق).

(٣) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٦٩ الحديث ٥٩.

(٤) النهاية: باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد ص ٤٧٤ س ٥ قال: فإن شرطت عليه في حال العقد إلى قوله: فإن أذنت جاز.

(٥) المهذب: ج ٢ باب الصداق وأحكامه ص ٢٠٧ س ٤ قال بعد نقل قول الشيخ: (والأولى ما ذكرناه) أي كون الشرط باطلا.

(٦) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٣ س ١٨ قال بعد نقل قول الشيخ: والذي يقتضيه أصول المذهب أن الشرط باطل الخ.

(٧) الإيضاح: ج ٣، في المهر، ص ٢٠٧ س ١٩ قال بعد نقل مختار ابن إدريس: وهو الأقوى عندي.

وولي الحق من ليس بأهله، قال: فقضى أن على الرجل النفقة، وييده الجماع والطلاق، وذلك السنة (١).

(ج) صحة هذا الشرط إذا وقع في العقد المنقطع، وبطلان العقد والشرط في الدائم، قاله الشيخ في المبسوط (٢) وبه قال قطب الدين الكيدري (٣).

(د) بطلان الشرط دون العقد في الدائم، وصحتها في المؤجل قاله ابن حمزة (٤).

(هـ) ظاهر العلامة في المختلف بطلان العقد والشرط في النكاحين، لأنه بعد أن حكى قول الشيخ في المبسوط: من أن الشرط إذا عاد بفساد العقد، مثل أن يشترط الزوجة أن لا يطأها فالنكاح باطل، لأنه شرط يمنع المقصود بالعقد.

وقد روى أصحابنا أن العقد صحيح والشرط صحيح، ولا يكون له وطئها، فإن أذنت له فيما بعد كان له ذلك، قال: وعندي أن هذا يختص بعقد المتعة دون عقد الدائم، ثم حكى قول ابن إدريس، ثم قال بعده: والوجه عندي ما قاله الشيخ في المبسوط، من بطلان العقد والشرط معاً، أما الشرط فلأنه مناف لمقتضى العقد، وأما العقد فلعدم الرضا به بدون الشرط، ثم أجاب في آخر المسألة عن حجة المجوزين بالظن في سند الأحاديث، وعن قوله عليه السلام: (المؤمنون عند شروطهم) بأنه يختص بالشروط السائغة، فهذا الشرط إن كان سائغاً لم يحل له الافتراض بعد

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور ما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٦٩ الحديث ٦٠.

(٢) المبسوط: ج ٤، كتاب الصداق، ص ٣٠٤ س ٢ قال: وعندي أن هذا يختص بعقد المتعة دون عقد الدوام.

(٣) المختلف: في الصداق، ص ٩٧ س ٢٩ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط: ومثله قال قطب الدين الكيدري.

(٤) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٧ س ١٣ قال في الشروط الباطلة: ولا يجامعها، إلا في نكاح المتعة.

(السابع) لو شرط أن لا يخرجها من بلدها لزم. ولو شرط لها مائة إن خرجت معه، وخمسين إن لم تخرج، فإن أخرجها إلى بلد الشرك، فلا شرط له ولزمته المائة، وإن أرادها إلى بلد الإسلام فله الشرط

العقد بإذنها، لعدم تناول العقد له (١) فاستدلالة في أول المسألة وجوابه في آخرها يتناول الدائم والمنقطع. وأجيب عن قوله: فهذا الشرط إن كان سائغا لم يحل له الوطاء بإذنها لعدم تناول العقد له.

قلنا: بل تناوله العقد، لأننا نبحت عن صحة العقد، والعقد الصحيح يقتضي إباحة البضع للزوج، فإن قال: يقتضي ذلك إباحته له من غير توقف على إذنها، قلنا: وجوب الوفاء بالشرط وقفه على إذنها.

قال طاب ثراه: لو شرط أن لا يخرجها من بلدها لزم، ولو شرط لها مائة إن خرجت معه وخمسين إن لم تخرج، فإن أرادها إلى بلد الشرك، فلا شرط له ولزمته المائة، وإن أخرجها إلى بلد الإسلام فله الشرط (٢). أقول: هنا بحثان:

(الأول) وهذا الشرط أعني أن لا يخرجها من بلدها، هل هو من الشروط السائغة التي يلزم إذا ذكرت في العقد، أولا؟ قال الشيخ في النهاية بالأول (٣) وبه

-
- (١) المختلف: في الصداق، ص ٩٧ س ٢٧ قال: وقال الشيخ في المبسوط الخ.
(٢) عبارة المختصر النافع المطبوع كما أثبتناه في صدر الصفحة، وفي النسخ المخطوطة من المذهب بدل (فإن أخرجها إلى بلد الشرك) (فإن أرادها إلى بلد الشرك) وفي الجملة الأخيرة أيضا بدل (وإن أرادها إلى بلد الإسلام) (وإن أخرجها إلى بلد الإسلام).
(٣) النهاية: باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد، ص ٤٧٤ س ٥ قال: ومتى شرط الرجل إلى قوله: كان له ما اشترط عليها.

قال القاضي (١) وابن حمزة (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤) لأن الأغراض تتعلق باللبث في المنازل، والاستيطان في البلدان التي حصل النشوء فيها والأنس بها، وهو أمر مطلوب للعقلاء، سائغ في نظر الشرع، فجاز جعله شرطاً في عقد النكاح توصلًا إلى تحصيل الأغراض المباحة، والمطالب السائغة الظاهرة حكمها. ولصحيحة أبي العباس عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها أن لا يخرجها من بلدها، قال: تفي لها بذلك، أو قال: يلزمه ذلك (٥). وقال في الكتابين يبطل الشرط ويصح النكاح (٦) (٧) وبه قال ابن إدريس (٨) لأنه يجب عليها مطاوعة زوجها في الخروج معه إلى حيث يشاء، واختاره فخر المحققين (٩) لأن مقتضى عقد النكاح تسلط الزوج على المرأة بالإسكان

- (١) المهذب: باب الصداق وأحكامه ص ٢١٢ س ١٦ قال: وإذا عقد على امرأة وشرط لها إلى قوله: كان الشرط صحيحاً.
- (٢) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٧ س ١٩ قال: والثالث يصح ذلك إلى قوله: أو يشترط المهر مائة إن أخرجها الخ.
- (٣) لاحظ مختاره في النافع.
- (٤) المختلف: في الصداق، ص ٩٨ س ١٢ قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.
- (٥) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما ينعقد، ص ٣٧٢ الحديث ٦٩.
- (٦) المبسوط: ج ٤، حكم الشروط في العقد، ص ٣٠٣ س ١٨ قال: مثل أن لا يسافر بها إلى قوله: فهذا شرط باطل ولا يفسد المهر عندنا.
- (٧) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ٣٢ قال: إذا أصدقها ألفاً وشرط أن يسافر بها إلى قوله: والشرط باطلاً.
- (٨) السرائر: باب المهور ص ٣٠٣ س ٢٨ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف: وهو الصحيح: وإنما أورد ما أورده في نهايته إيراداً لا اعتقاداً.
- (٩) الإيضاح: ج ٣، في المهر، ص ٢١٠ س ٩ قال: والأصح عندي قول ابن إدريس، وهو أنه لا يصح هذا الشرط.

والاستمتاع وغير ذلك.

(الثاني) إذا شرط لها مائة إن خرجت وخمسين إن لم تخرج، فإن أرا إخراجها إلى بلد الشرك فلا شرط له ولزمه المائة، وإن أراد إخراجها إلى بلد الإسلام لزمها الإجابة، ومع عدمها يكون لها الخمسون، وهنا سؤالان:
(أ) إذا شرط لها خمسين مع المقام ومع السفر مائة، يكون المهر مجهولا، وذلك يقتضي فساده، ويرجع فيه إلى مهر المثل، فالقول بتصحيحه وتعيينه يحتاج إلى دليل.

(ب) كيف يقول العلامة في القواعد: ولو شرط لها مهرا إن لم يخرجها من بلدها، وأريد إخراجها إلى بلد الشرك، لم يلزمه إجابته، ولها الزائد، وإن أخرجها إلى بلد الإسلام كان الشرط لازما (١).

وفيه نظر، وظاهر هذه العبارة أنه لم يخرج بها إلى بلد الشرك، لأن الإجابة وعدمها أمر متقدم على الخروج، وإنما شرطت لها المائة على تقدير الإخراج، فكيف يلزمه مع عدمه.

والجواب عن الأول: أن تطرق الجهالة إلى المهر غير قادح في صحته وتعيينه، ولهذا جاز أن يتزوجها على القبض من الفضة، والقبضة من الحنطة من غير كيل ولا وزن، ويتعين ذلك ولا يجب غيره، وعلى الدار والخادم والبيت مع عدم الوصف والتعيين، ويجب وسط ذلك، وأيضا الأصل الصحة.
ويؤيده حسنة علي بن رئاب عن الكاظم عليه السلام قال: سئل وأنا حاضر عنده عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده، فإن لم تخرج

(١) القواعد: ج ٢، الثالث الشرط، ص ٣٨ س ١٧ قال: ولو شرط لها مهرا إن لم يخرجها من بلدها الخ.

معها فمهرها خمسون ديناراً، أرأيت إن لم تخرج معه إلى بلاده؟ قال: فقال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك ولها مائة دينار التي أصدقها إياها، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودار السلام، فله ما شرط عليها والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي لها صداقها، أو يرضى من ذلك بما رضيت، وهو جائز له (١).

وعن الثاني: أن المراد أنه تزوجها وعقد عليها بالمائة، وشرط الخمسين على تقدير الامتناع، وحينئذ يقول بالعقد على مائة، فإن أراد إخراجها إلى بلده وكانت بلاده في دار الإسلام وجب عليها إجابته ولها مهرها الذي وقع عليها العقد، وإن لم يجبه كان له أن ينقصها خمسين عملاً بالشرط، وإن لم يكن بلاده في دار الإسلام لم يجب عليها إجابته، لوجوب الهجرة عن دار الشرك، فلا يعقل وجوبها إليها، ولها مهرها الذي وقع عليه العقد، لأن امتناعها شرعي، والمائة واجبة لها بالعقد الصحيح، ولم يحصل ما يوجب نقصها، وهو الامتناع عن الخروج إلى بلاد لا يسوغ السفر إليها والإقامة بها.

والواو عند العلامة وأكثر المحققين للجمع المطلق، لا للترتيب، فمراده في القواعد: ما قلناه في الجواب الثاني، فيكون تقدير كلامه: ولو شرط لها مهر إن أخرجها، وأنقص إن لم يخرج، إذ الواو لا تدل على الترتيب، ولهذا يصح أن يقال: جاء زيد وعمرو قبله، من غير تناقض، فلا تنافي عبارته ما صورناه في الجواب، ولو أردت المسألة بلفظ الرواية لم يرد السؤال الثاني، ولم يحتج إلى هذا التعسف، أما عبارة النافع، فلا يرد عليها ذلك.

(١) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والأجور، وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ص ٣٧٣ الحديث ٧٠.

(الثامن) لو اختلفا في أصل المهر، فالقول قول الزوج مع يمينه، ولو كان بعد الدخول، وكذا لو خلا فادعت المواقعة.
(التاسع) يضمن الأب مهر ولده الصغير، إن لم يكن له مال وقت العقد، ولو كان له مال كان على الولد.
(العاشر) للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها، وهل لها ذلك بعد الدخول؟ فيه قولان: أشبههما أنه ليس لها ذلك.

والشيخ في كتابي الفروع عد من الشروط الفاسدة أن لا يسافر بها، أو لا يتسرى عليها (١) (٢)، وليس صريحا في مساواة صورة النزاع، لأن السفر ربما يراد به المستمر أو الغالب، أو البعيد، والإخراج عن البلد يصدق بدون ذلك.
وذهب بعض الأصحاب إلى فساد المهر، لعدم تعيينه، ووجوب مهر المثل (٣).
والأقرب العمل على الرواية كمذهب العلامة في المختلف.
قال طاب ثراه: للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها، وهل لها ذلك بعد الدخول؟ فيه قولان: أشبههما أنه ليس لها ذلك.
أقول: أعلم أن الغرض الأقصى في النكاح في نظر الشارع، وللمكلف إنما هو حصول النسل وغيض البصر وعتة الفرج، وقضاء الوطر من الشهوة، وحصول التلذذ والاستمتاع، ويتبعه التوارث، ووجوب الإنفاق والمهر.
ولما كان الإنفاق متكررا، وبه قوام بدن الإنسان، رتب الشارع في مقابله وجوب التمكين على المرأة في كل وقت، فلو منعت يوما واحدا سقطت نفقة ذلك

- (١) تقدم نقله عن المبسوط: ج ٤، حكم الشروط في العقد، ص ٣٠٣ س ١٨ في قوله: فإذا ثبت أنه باطل إلى قوله: مثل أن شرط أن لا يسافر بها الخ.
(٢) تقدم أيضا في الخلاف، كتاب الصداق مسألة ٣٢.
(٣) المسالك: ج ١ ص ٥٥١ س ٢ قال: والذي يوافق الأصل بطلان الشرط المذكور، وبطلان المهر، وصحة العقد إلى قوله: وعلى هذا فيثبت لها مهر المثل الخ.

(أ) لا امتناع بعد تحقق القبض بإذن صاحبه، لأن حق الإمساك زال بالدفع، واستقر الملك للقباض فلا يستعاد منه، ولا يمنع من التصرف فيه.
(ب) إن القبض في النكاح هو الوطاء، إذ البضع لا يدخل تحت اليد ولو كانت أمة، ولهذا لا يجب عوض بضعها لو غصبت ما لم توطأ بشروطه.
(ج) هل القبض كرها كهو طوعاً؟ يحتمل ذلك، لانتقال الضمان إليه، ويحتمل عدمه، إذ للمقبوض منه السلطنة عليه والمنع منه، فلا يترتب عليه أثر الصحيح، والضمان عقوبة كالغصب، وصرح به ابن حمزة (١) لأنها لم تسقط حقها من الإمساك، وهو حسن كما في المبيع.
إذا تمهد هذا فنقول: للمرأة المنع من التسليم قبل الدخول إجماعاً مع حلول المهر قطعاً. والخلاف في مقامين:

(أ) هل لها ذلك بعد الدخول؟ قال في الخلاف: ليس لها الامتناع، بل لها المطالبة بالمهر (٢) وبه قال السيد (٣) والتقي (٤) وابن حمزة (٥) وابن إدريس (٦) واختاره

-
- (١) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٩ س ٣ قال: وللرأة الامتناع من الدخول عليها وإن أفضى إليها كرها.
(٢) الخلاف: كتاب الصداق، مسألة ٣٩ قال: إذا سمى الصداق ودخل بها قبل أن يعطي شيئاً لم يكن لها بعد ذلك الامتناع الخ.
(٣) الإنتصار: في بيان مقدار الصداق، ص ١٢٢ س ٦ قال: مسألة إلى قوله: إلا أنه ليس لها أن تمنع نفسها وإن كان قبل الدخول.
(٤) الكافي: الضرب الأول من الأحكام ص ٢٩٤ س ٨ قال: وليس لها منع نفسها منه وإنما لها ذلك قبل الدخول.
(٥) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٩ س ٤ قال: وإن أمكنت من الدخول لم يكن لها بعد ذلك الامتناع.
(٦) السرائر: باب المهور، ص ٣٠٤ س ٢ قال: فأما إذا دخل بها فلها المطالبة بالمهر وليس لها الامتناع حتى تقضيه.

المصنف (١) والعلامة (٢) لأن التسليم الأول، تسليم استقر به العوض برضا المسلم، فلم يكن لها الامتناع بعد ذلك، كما لو سلم المبيع قبل قبض الثمن ثم أراد منعه، ولأن البضع حقه والمهر حق عليه، وليس إذا كان عليه حق جاز أن يمنع حقه. وقال في المبسوط: لها الامتناع (٣) لأن التسليم واجب عليها بعقد النكاح، فكان لها الامتناع في أول الحال، وكذا في ثاني الحال، توصلا إلى استيفاء الحق، وللاستصحاب. وأطلق المفيد (٤) والقاضي (٥) والشيخ في النهاية (٦) جواز الامتناع من غير تفصيل إلى الدخول وعدمه.

(ب) لو كان المهر مؤجلا، لم يكن لها الامتناع قبل الحلول إجماعا، ولو حل بعد امتناعها قبله، هل لها الامتناع؟ فيه احتمالان:

(أحدهما) لا، وهو الذي يرجحه المصنف، لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول، وللاستصحاب.

(والثاني) لها الامتناع، لأنه مهر حال على زوج لم يدخل، فللزوجة الامتناع حتى يقبضه.

-
- (١) لاحظ مختاره في النافع.
- (٢) المختلف: في الصداق: ص ٩٨ س ٣٩ قال: والأقرب ما قاله في الخلاف.
- (٣) المبسوط: ج كتاب الصداق ص ٣١٣ س ٢٠ قال: وأما إن كان دخل بها إلى قوله: وقال قوم: لها أن تمتنع حتى تقبض المهر، وهو الذي يقوى في نفسي.
- (٤) المقنعة: باب المهور، ص ٧٨ س ١٩ قال: وللمرأة أن تمنع الزوج نفسها منه حتى تقبض المهر.
- (٥) المهذب: ج ٢ (في عدم جواز تمكينها) ص ٢١٤ س ٦ قال: فإن كانت لم تقبضه كان بها الامتناع منه.
- (٦) النهاية: باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد ص ٤٧٥ س ١١ قال: وللمرأة أن تمتنع من زوجها حتى تقبض منه المهر، فإذا قبضته لم يكن لها الامتناع.

واعلم: أن محل الخلاف إنما هو على تقدير وقوع الدخول باختيار المرأة، فلو سلمت قهراً كان لها المهر بعد ذلك، وقد صرح به ابن حمزة (١) لأنه لم يسقط حقها من الإمساك، وهو حسن، كما في البيع.

فرع

لم يفرق المصنف (٢) والعلامة (٣) بين الموسر والمعسر، ويظهر من ابن إدريس منع الامتناع في حق المعسر (٤) لتحريم المطالبة، والأول أقوى كما في غيره من المعاوضات.

ويظهر الفائدة في أمور:

- (أ) لو بذلت التمكين بشرط، المهيرة، ومنعت التسليم، للقبض، لم يأنم على الأول، ولا يفسق، ولا ترد شهادتها بذلك، وتأنم على الثاني.
- (ب) لا يسقط نفقتها على الأول، لتحقق التمكين من طرفها، والمنع لعذر في الزوج فهو كالعنن والمرض، دون الثاني.
- (ج) يجب فطرتها على الأول على الزوج، ويسقط بفقره، وعلى الثاني يجب عليها.

- (١) الوسيلة: في بيان ما يجوز عقد النكاح عليه من المهر، ص ٢٩٩ س ٣ قال: وإن أفضى إليها كرها.
- (٢) لاحظ إطلاق كلامه في عبارة النافع، ولاحظ تصريحه في الشرائع (في المهور) حيث قال: ولها أن تمتنع من تسليم نفسها إلى قوله: سواء كان الزوج موسراً أو معسراً.
- (٣) القواعد: المقصد الثاني في المهر، ص ٣٧ س ٧ قال: ولها أن تمتنع إلى قوله: سواء كان الزوج موسراً أو معسراً.
- (٤) السرائر: في باب المهور، ص ٣٠٣ س ٣٧ قال: وللمرأة أن تمتنع من زوجها إلى قوله: والزوج موسراً به قادراً على أدائه.

(النظر الثالث) في القسم والنشوز والشقاق:
أما القسم: فللزوجة الواحدة ليلة، وللاثنتين ليلتان، وللثلاث ثلاث،
والفاضل من الأربع، له أن يضعه حيث شاء، ولو كن أربعاً فلكل
واحدة ليلة، ولا يجوز الإخلال إلا مع العذر أو الإذن، والواجب
المضاجعة، لا المواقعة. ويختص الوجوب بالليل دون النهار، وفي رواية
الكرخي إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها.
ولو اجتمعت مع الحرة أمة بالعقد فللحرة ليلتان، وللأمة ليلة، والكتانية
كالأمة، ولا قسمة للموطوءة بالملك. ويختص البكر عند الدخول بثلاث
إلى سبع، والثيب بثلاث.
ويستحب التسوية بين الزوجات في الإنفاق، وإطلاق
الوجه، والجماع، وأن يكون في صبيحة كل ليلة عند
صاحبته.

(د) لا تعد ناشزا على الأول دون الثاني.
وفائده في أمور: كاستحقاق النذر، والوقف، والوصية، وعدم حنثها لو حلفت:
لا تنشز على زوج.
(القسم الثالث) في القسم والنشوز والشقاق
قال طاب ثراه: وفي رواية الكرخي إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظل
عندها في صبيحتها.
أقول: المشهور بين الأصحاب اختصاص القسم بالليل، وقال ابن الجنيدي:

وأما النشوز: فهو ارتفاع أحد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له، فمتى ظهر من المرأة أمارة العصيان، وعظها، فإن لم ينجع هجرها في المضجع، وصورته أن يوليها ظهره في الفراش، فإن لم تنجع ضربها، مقتصرًا على ما يؤمل معه طاعتها ما لم يكن مبرحًا، ولو كان النشوز منه فلها المطالبة بحقوقها، ولو ترك بعض ما يجب، أو كله استمالة جاز له القبول. وأما الشقاق: فهو أن يكره كل منهما صاحبه، فإذا خشى الاستمرار بعث كل منهما حكما من أهله، ولو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم، ويجوز

أن يكونا أجنبيين، وبعثهما تحكيم توكيل، فيصلحان إن اتفقا، ولا يفرقان إلا مع إذن الزوج في الطلاق، والمرأة في البذل، ولو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم.

الواجب لهن مبيت الليل، وقيلولة صبيحة تلك الليلة (١)، ومستنده رواية إبراهيم الكرخي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربعة نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن ويمسهن، فإذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسهن، فهل عليه في هذا إثم؟ قال: إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها، ويظل عندها في صبيحتها، وليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك (٢). قال طاب ثراه: وبعثهما تحكيم لا توكيل. أقول: هنا مسائل:

الأول: هل بعث الحكيمين واجب أو مندوب؟ قيل: بالأول لصيغة الأمر في

(١) المختلف: في لواحق النكاح، ص ٢٩ س ٥ قال: وقال ابن الجنيدي: العدل بين النساء إلى قوله: مبيت بالليل وقيلولة صبيحة تلك الليلة.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣٧) باب القسمة بين الأزواج، ص ٤٢٢ الحديث ١١.

قوله: (فابعثوا) (١) وقيل: بالثاني الأمر للندب والإرشاد.
 الثانية: هل الحكمان وكيلان للزوجين، أو حكمان متوليان من جهة الحاكم؟
 قيل بالأول، فيوكل الزوج حكمه بالطلاق، أو في الخلع، والمرأة حكمها ببذل
 العوض وقبول الطلاق ولا يجوز بعثهما إلا برضاهما، وإن لم يرضيا أدب الحاكم
 الظالم، واستوفى حق المظلوم، وقال أبو علي: يأمر الحاكم الزوج أن يختار رجلا من
 أهله، والمرأة رجلا من أهلها (٢) وقيل: بالثاني ويستقل الحاكم بالبعث من غير
 استئذان، لعموم الآية، ولأنهما نائبا الحاكم في التقرير والتحديد، ويستقلان بفعل
 ما يريانه صلاحا من غير إذن سابق، أو توقف على إجازة لاحقة إلا في الفرقة، فلا
 يطلق حكم الزوج إلا بإذنه، ولا يبذل حكم المرأة المخلع إلا بإذنها، وقال ابن حمزة:
 ينفذ الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها ليدبر الأمر، فإن جعل بينهما الإصلاح
 والطلاق، أنفذا ما رآه صلاحا من غير مراجعة (٣) وهو ظاهر أبي علي (٤) والأول هو
 المذهب المشهور، قال الشيخ في المبسوط: الذي يقتضيه مذهبا أن ذلك حكم،
 لأنهم رووا أن لهما الإصلاح من غير استئذان، وليس لهما الفرقة بالطلاق وغيره إلا
 بعد أن يستأذناهما، ولو كان ذلك توكيلا لكان ذلك تابعا للوكالة وبحسب
 شرطها (٥) وبه قال ابن إدريس (٦) وقال القاضي في المهذب: وقد كنا ذكرنا في

(١) النساء: ٣٥.

(٢) المختلف: في الخلع ص ٤٦ قال: مسألة قال ابن الجنيد: إلى قوله: أمر الرجل بأن يختار من أهله
 من لا يتهم على المرأة ولا عليه وكذلك تؤخذ المرأة الخ.

(٣) الوسيلة: فصل في بيان الشقاق ص ٣٣٣ س ١٥ قال: فإن ترا في بعث الحاكم الخ.

(٤) المختلف: في الخلع، ص ٤٦ قال: مسألة، قال ابن الجنيد: وإن كان النشوز منهما الخ.

(٥) المبسوط: ج ٤، فصل في الحكمين في الشقاق بين الزوجين ص ٣٤٠ س ١٧ قال: والذي يقتضيه
 مذهبا الخ.

(٦) السرائر: باب الخلع والمباراة، ص ٣٣٨ س ١٣ قال: وأما الشقاق إلى قوله: فالواجب على الحاكم
 أن يبعث الخ.

كتابنا الكامل في الفقه في هذا الموضوع: أنه على طريق التوكيل، والصحيح أنه على طريق الحكم، لأنه لو كان توكيلاً لكان ذلك تابعا للوكالة، وبحسب شرطها (١) وقال العلامة: الظاهر أنه تحكيم (٢).

الثالثة: قال تعالى: (فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما) (٣) اختلف فيما يرجع إليه الضميران من قوله (يريدا) وقوله (بينهما) على ثلاثة أقوال:

أن يكونا للحكمين، أو الزوجين، أو الأول للحكمين والثاني للزوجين، وهذا الأخير هو الذي فهمه عمر من الآية، فروي أنه بعث حكمين، فرجعا، وقالوا: لم يلتئم الأمر، فعلاهما بالدرة وقال: الله أصدق منكما: لو أردتما إصلاحاً يوفق الله بينهما (٤).

الرابعة: لا يشترط كونهما من أهل الزوجين، إذ القرابة غير معتبرة في الحكم ولا في الوكالة، إلا أن الأهل أولى، لأنه أشفق وأقرب إلى رعاية الصلاح، وأعرف ببواطن الأحوال، ولأن القريب يفشي سره إلى قريبه من غير احتشام، بخلاف الأجنبي، وذهب ابن إدريس إلى اشتراطه (٥) عملاً بظاهر الآية، وجوابه:

-
- (١) المهذب: ج ٢، باب الشقاق والحكمين، ص ٢٦٦ س ٧ قال: وقد ذكرنا في كتابنا الكامل في الفقه الخ.
(٢) المختلف: في الخلع ص ٤٥ س ٣٥ قال: والظاهر أنه تحكيم كما قاله الشيخ وابن البراج.
(٣) النساء: ٣٥.
(٤) أعثر عليه مع الفحص الشديد.
(٥) السرائر: باب الخلع والمباراة والنشوز ص ٣٣٨ س ١٩ قال بعد نقل قول الشيخ بالاستحباب: ذلك على طريق الإيجاب دون الاستحباب لظاهر القرآن.

(النظر الرابع) في أحكام الأولاد:

ولد الزوجة الدائمة يلحق به مع الدخول ومضي ستة أشهر من حين الوطاء، ووضعه لمدة الحمل، أو أقل، وهي تسعة أشهر، وقيل: عشرة أشهر، وهو حسن، وقيل: سنة، وهو متروك. فلو اعتزلها أو غاب عنها عشرة أشهر فولدت بعدها لم يلحق به. ولو أنكر الدخول فالقول قوله مع يمينه. ولو اعترف به ثم أنكر الولد لم ينتف عنه إلا باللعان. ولو اتهمها بالفجور، أو شاهد زناها، لم يجز له نفيه. ويلحق به الولد، ولو نفاه لم ينتف إلا باللعان. وكذا لو اختلفا في مدة الولادة.

ولو زنى بامرأة فأحبلها لم يجز إلحاقه به، وإن تزوج بها. وكذا لو أحبل أمة غيره بزنى ثم ملكها.

ولو طلق زوجته فاعتدت وتزوجت غيره وأنت لولد لدون ستة أشهر، فهو للأول، ولو أن لستة فصاعدا فهو للأخير، ولو لم تتزوج فهو

التخصيص في الآية خرج مخرج الأغلب، إذا لأغلب شدة حرص الأهل على الشفقة، ورعاية مصلحة قريبة، خصوصا في القيام حال الزوجة، ولو لم يكن لهما أهل جاز الأجنبي إجماعا.

الخامسة ينبغي للحكمين قبل اجتماعهما للحكم، أن يجتمع كل منهما بمن يرسل عنه، فيخلو حكم الرجل به، وحكم المرأة بها، فيعرفان ما عندهما وما فيه رغبتهما، وإذا اجتمعا لم يخف أحدهما ما علم من الآخر وأنفدا ما رأياه صوابا. قال طاب ثراه: ووضعه لمدة الحمل أو أقل، وهي تسعة أشهر، وقيل: عشرة أشهر، وهو حسن، وقيل: سنة، وهو متروك.

للأول ما لم يتجاوز أقصى الحمل. وكذا الحكم في الأمة لو باعها بعد الوطاء.

وولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى ويلزمه الإقرار به، لكن لو نفاه انتفى ظاهراً ولا يثبت بينهما لعان، ولو اعترف به بعد النفي ألحق به، وفي كفه ولد المتعة.

وكل من أقر بولد ثم نفاه لم يقبل نفيه ولو وطأها المولى وأجنبي حكم به للمولى، فإن حصل فيه أمانة يغلب معها الظن أنه ليس منه لم يجز له إلحاقه ولا نفيه، بل يستحب أن يوصي له بشيء ولا يورثه ميراث الأولاد.

ولو وطأها البائع والمشتري فالولد للمشتري إلا أن يقصر الزمان عن ستة أشهر. ولو وطأها المشتركون، فولدت وتداعوه أقرع بينهم والحق بمن يخرج اسمه، ويغرم حصص الباقيين من قيمته وقيمة أمه. ولا يجوز نفي الولد لمكان العزل، ولا مع التهمة بالزنى. والموطوءة بالشبهة يلحق ولدها بالواطئ.

ولو تزوج امرأة لظنه خلوها من بعل فبانت محصنة ردت على الأول بعد الاعتداد من الثاني، وكانت الأولاد للواطئ مع الشرائط. ويلحق بذلك أحكام الولادة:

وسننها استبداد النساء، بالمرأة وجوباً إلا مع عدمهن، ولا بأس بالزوج وإن وجدن.

ويستحب غسل المولود، والأذان في أذنه اليمنى، والإقامة في اليسرى، وتحنيكه بتربة الحسين عليه السلام، وبماء الفرات، ومع عدمه

بماء فرات، ولو لم يجد إلا ماء ملح خلط بالعسل أو التمر ويستحب تسميته الأسماء المستحسنة، وأن يكنيه. ويكره أن يكنى محمداً بأبي القاسم، وأن يسمى حكماً، أو حكيماً، أو خالداً، أو حارثاً، أو مالكا، أو ضراراً.

ويستحب حلق رأسه يوم السابع مقدماً على العقيقة، والتصدق بوزن شعره ذهباً أو فضة، ويكره القنازع. ويستحب ثقب أذنه وختانه فيه، ولو أخرج جاز. ولو بلغ وجب عليه الاختتان. وخفض الجارية مستحب.

وإن يعق عنه فيه أيضاً ولا تجزي الصدقة بثمنها ولو عجز توقع الممكنة ويستحب فيها شروط الأضحية.

وأن تخصص القابلة بالرجل والورك، ولو كانت ذميمة أعطيت ثمن الربع، ولو لم تكن قابلة تصدقت به الأم، ولو لم يعق الوالد استحب للولد إذا بلغ. ولو مات الصبي في السابع قبل الزوال سقطت، ولو مات بعد الزوال لم يسقط الاستحباب. ويكره أن يأكل منها الوالدان، وأن يكسر شيئاً من عظامها، بل يفصل مفاصل الأعضاء.

ومن التوابع: الرضاع والحضانة.

وأفضل ما رضع لبن أمه، ولا تجبر الحرة على إرضاع ولدها، ويجبر الأمة مولاهما. وللحرة الأجرة على الأب إن اختارت إرضاعه. وكذا لو أرضعته خادمتها. ولو كان الأب ميتاً، فمن مال الرضيع. ومدة الرضاع حولان. ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً لا أقل، والزيادة بشهر أو شهرين لا أكثر. ولا يلزم الوالد أجرة ما زاد عن حولين، والأم أحق

أقول: الأول الشيخين (١) (٢) وبه قال القاضي (٣) وأبو علي (٤) وسلار (٥) والمرضى في المسائل الموصليات (٦) وهو اختيار المصنف في النافع (٧). والثاني: حكاة ابن حمزة (٨) واختاره العلامة في أكثر كتبه (٩) واستحسنه المصنف في كتابيه (١٠).

- (١) المقنعة: باب لحوق الأولاد بالآباء، ص ٨٣ س ٣٥ قال: وأكثر الحمل تسعة أشهر إلى قوله: ولا يكون زمان الحمل أكثر من تسعة أشهر.
- (٢) النهاية: باب إلحاق الأولاد بالآباء وأحكامهم، ص ٥٠٥ س ٦ قال: وكذلك (أي يجوز نفي الولد) إن جاءت بالولد لأكثر من تسعة أشهر الخ. وفي المبسوط: ج ٥، كتاب العدد ص ٢٩٠ س ٦ قال: وأكثر الحمل عندنا تسعة أشهر، وقال بعض أصحابنا سنة الخ.
- (٣) المهذب: ج ٢، باب إلحاق الأولاد بالآباء وأحكام ذلك ص ٣٤١ س ٦ قال: ولا يكون مدة الحمل على ما ذكرنا أكثر من تسعة أشهر.
- (٤) المختلف: في لواحق النكاح ص ٢٨ س ٣٠ قال: وقال بن الحنيد: أقل الحمل عندنا ستة أشهر وأكثره تسعة إلى أن قال: وقال السيد في جواب المسائل الموصليات: الأولى أنه لا يجوز أن يتجاوز الحمل أكثر من تسعة أشهر.
- (٥) المراسم: ذكر النفقات، ص ١٥٥ س ٣ قال: والأكثر تسعة أشهر.
- (٦) المختلف: في لواحق النكاح ص ٢٨ س ٣٠ قال: وقال بن الحنيد: أقل الحمل عندنا ستة أشهر وأكثره تسعة إلى أن قال: وقال السيد في جواب المسائل الموصليات: الأولى أنه لا يجوز أن يتجاوز الحمل أكثر من تسعة أشهر.
- (٧) لاحظ مختارة في النافع.
- (٨) الوسيلة: في بيان حكم الولادة وإلحاق الولد، ص ٣١٨ س ٧ قال: وأكثر مدة الحمل فيه ثلاث روايات، تسعة أشهر، وعشرة، وسنة.
- (٩) القواعد: الفصل الثاني في إلحاق الأولاد بالآباء، ص ٤٩ س ٢٤ قال: وهو عشرة أشهر، وقيل: تسعة، وقيل: سنة، وفي التحرير: في أحكام الأولاد، ص ٤٤ س ٢٣ قال: وهو تسعة أشهر، أو عشرة، وقيل: سنة وليس بمعتمد.
- (١٠) قال في النافع: وقيل: عشرة أشهر وهو حسن، وقال في الشرائع: في أحكام الأولاد، وهو تسعة أشهر على الأشهر، وقيل: عشرة أشهر وهو حسن.

بإرضاعه إذا تطوعت، أو قنعت بما تطلب غيرها، ولو طلبت زيادة عن ما قنع غيرها، فللأب نزعها واسترضاع غيرها.
وأما الحضانة: فالأم أحق بالولد بمدة الرضاع إذا كانت حرة مسلمة. وإذا فصل فالحرة أحق بالبت إلى سبع سنين، وقيل: إلى تسع سنين، والأب أحق بالابن. ولو تزوجت الأم سقطت حضانتها. ولو مات الأب فالأم أحق به من الوصي. وكذا لو كان الأب مملوكا أو كافرا، كانت الأم الحرة أحق به ولو تزوجت، فإن أعتق الأب فالحضانة له.

والثالث: قول المرتضى في الإنتصار (١) وحكاها الشيخ (٢) وابن حمزة عن الأصحاب (٣) وهو نادر.

قال طاب ثراه: وإذا فصل فالحرة أحق بالبيت إلى سبع سنين، وقيل: إلى تسع، والأب أحق بالابن.

أقول: وقع الإجماع على اشتراك الحضانة بين الأبوين مدة الحولين، وعلى سقوطها بعد البلوغ وله الخيار في الانضمام إلى من شاء منهما، والخلاف فيما بينهما. وفيه أقوال:

(أ) الأم أحق بالولد ما لم تتزوج، قاله الصدوق في المقنع (٤).

(١) الإنتصار: في مدة أكثر الحمل، ص ١٥٤ س ١٣ قال: مسألة، ومما انفردت به الإمامية القول: بأن أكثر مدة الحمل سنة واحدة.

(٢) المبسوط: ج ٥، كتاب العدد ص ٢٩٠ س ٩ قال: وقال بعض أصحابنا: إلى سنة.

(٣) الوسيلة: في بيان حكم الولادة، ص ٣١٨ س ٧ قال: وأكثر مدة الحمل إلى قوله: وسنة.

(٤) لم أعر على هذه العبارة في المقنع، وفي المختلف: (في لواحق النكاح) ص ٢٦ س ٢٨ قال: وقال الصدوق في المقنع: إذا طلق الرجل الخ.

- (ب) الأم أحق بالصبي إلى سبع سنين، ولو بلغها وهو معتوه كان حكمه حكم الطفل في استحقاق الأم إياه. وأما البنت فالأم أحق بها ما لم تتزوج الأم قاله أبو علي (١) وبمثله قال في الخلاف (٢) وقال القاضي في المهذب: إذا بانت المرأة ولها منه طفل لا يعقل ولا يميز، كانت هي أولى بحضانتها من أبيه، وإن كان صغيرا وقد ميز، وكان ذكرا، كان أمه أولى به إلى سبع سنين، وإن كانت أنثى كانت الأم أحق بها إلى تسع سنين، وقيل: إلى بلوغها ما لم تتزوج (٣). وفيه دلالة على أنها لا تبلغ بالتسع عنده.
- (ج) الأم أحق بالذكر مدة الحولين، وبالأثني إلى تسع، قاله المفيد (٤) وتلميذه (٥).
- (د) الأم أحق بالذكر مدة الحولين، وبالأثني سبع سنين، قاله الشيخ في النهاية (٦) والقاضي في الكامل (٧) وابن حمزة (٨) وابن

- (١) المختلف: في لواحق النكاح، ص ٢٦ س ٢٨ قال: وقال ابن الجنيدي: الأم أحق بالصبي إلى سبع سنين الخ.
- (٢) الخلاف: كتاب النفقات، مسألة ٣٦ قال: إذا بانت المرأة من الرجل ولها ولد منه الخ.
- (٣) المهذب: ج ٢، باب النفقات، ص ٣٥٢ س ٨ قال: وإذا بانت المرأة من زوجها إلى آخره.
- (٤) المقنعة: باب الحكم في أولاد المطلقات، ص ٨٢ س ١٦ قال: وإذا فصل الصبي من الرضاع كان الأب أحق بكفالته والأم أحق بكفالة البنات حتى تبلغ تسع سنين الخ.
- (٥) المراسم: اللعان، ذكر ما يلزم به، ص ١٦٤ س ١٢ قال: فإذا فصل فلا يخلو أن يكون ذكرا أو أنثى الخ.
- (٦) النهاية: باب الولادة والعقيقة، ص ٥٠٣ س ١٩ قال: والأم أولى بالولد من الأب مدة الرضاع إلى قوله: فإن كانت أنثى فهي أحق بها إلى سبع سنين الخ.
- (٧) المختلف: في لواحق النكاح ص ٢٦ س ٢٩ قال: وابن البراج في الكامل إلى قوله: تبعوا شيخنا في النهاية، ثم بعد نقل قول المهذب قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.
- (٨) الوسيلة: في بيان حكم الولادة وإلحاق الولد ص ٣١٦ س ٢ قال: والثاني: هي أولى برضاعه، رضي الأب أو لم يرض.

إدريس (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣).
احتج الصدوق بما رواه في كتابه عن حفص بن غياث وغيره قال: سألت
أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته وبينهما ولد، أيهما أحق به؟ قال: المرأة
ما لم تتزوج (٤).

ورواه الشيخ عن المنقري عن ذكره (٥) وتأوله بكون الأب عبدا (٦).
احتج الشيخ على قول النهاية: برواية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام
قال: (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) (٧) قال: ما دام الولد في
الرضاع هو بين الأبوين بالسوية، فإذا فطم فالأب أحق به من العصبة، وإن وجد
الأب من يرضعه بأربعة دراهم، فقالت الأم: لا أرضعه إلا بخمسة دراهم فإن له
أن ينتزعه منها إلا أن يعلم أن ذلك خير له وأوفق به، تركه مع أمه (٨).

-
- (١) السرائر: باب أحكام الولادة، ص ٣١٩ س ٢٦ قال: لا خلاف أن الأب أحق بالولد في جميع
الأحوال، فأخرجنا بالإجماع حولين كاملين في الذكر وفي الأنثى السبع الخ.
(٢) لاحظ مختاره في النافع.
(٣) المختلف: في لواحق النكاح ص ٢٦ س ٢٩، قال: وابن البراج في الكامل إلى قوله: تبعوا شيخنا
في النهاية، ثم بعد نقل قول المهذب قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.
(٤) الفقيه: ج ٣ (١٢٧) باب الولد يكون بين والديه أيهما أحق به ص ٢٧٥ الحديث ٢.
(٥) التهذيب: ج ٨ (٥) باب الحكم في أولاد المطلقات، ص ١٠٥ الحديث ٣.
(٦) النهاية: باب الولادة والعقيقة ص ٥٠٤ س ٤ قال: فإن كان الأب مملوكا والأم حرة، كانت
هي أحق بولدها وإن تزوجت الخ هذا ولكن ما حملة في التهذيب بعد نقل الحديث غير هذا فراجع.
(٧) البقرة: ٢٣٣.
(٨) التهذيب: ج ٨ (٥) باب الحكم في أولاد المطلقات، ص ١٠٤ الحديث ١.

المراد بقول الأصحاب: الأم أحق بالسب ما لم يتزوج الأم، لا البنت، وقد صرح به ابن الجنيد فيما حكيناه عنه (١) وكذا ابن إدريس نص عليه في كتابه (٢). فلو طلقت الأم بائناً، قال الشيخ في كتابي الفروع عادت حضانتها (٣) (٤) ومنعه ابن إدريس (٥).

واحتج الشيخ بما رواه أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: الأم أحق بحضانة ابنتها ما لم يتزوج (٦).

علق حقها بالتزويج، فإذا زال التزويج فالحق باق كما كان. وعن عبد الله بن عمر: أن امرأة قالت يا رسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني؟! فقال لها النبي صلى الله عليه وآله: أنت أحق به ما لم تنكحي (٧). احتج ابن إدريس: بأن الحق خرج عنها بالنكاح، وعوده يحتاج إلى دليل، والرسول صلى الله عليه وآله جعل غاية الاستحقاق للحضانة تزويج الأم، وقد

- (١) المختلف: في لواحق النكاح، ص ٢٦ س ٢٨ قال: وقال ابن الجنيد: إلى قوله: وأما البنت فالأم أولى بها ما لم تتزوج الأم.
- (٢) السرائر: باب أحكام الولادة، ص ٣١٩ س ٣ قال: فإن كان الولد أنثى إلى قوله: ما لم تتزوج الأم، ثم قال بعد أسطر: وإن كان بائناً فالأولى أنه لا يعود، لأن عودته يحتاج إلى دليل ثم قال بعد نقل قول بعض الأصحاب: هذه قد تزوجت فخرج الحق منها الخ.
- (٣) الخلاف: كتاب النفقات، مسألة ٣٩ قال: إذا طلقها زوجها عاد حقها من الحضانة.
- (٤) المبسوط: ج ٦ كتاب النفقات، ص ٤١ س ١٤ قال: ومتى طلقها زوجها عاد حقها إلى قوله: وقال بعضهم: إن كان بائناً عاد وهو الصحيح عندي.
- (٥) السرائر: باب أحكام الولادة، ص ٣١٩ س ٣ قال: فإن كان الولد أنثى إلى قوله: ما لم تتزوج الأم، ثم قال بعد أسطر: وإن كان بائناً فالأولى أنه لا يعود، لأن عودته يحتاج إلى دليل ثم قال بعد نقل قول بعض الأصحاب: هذه قد تزوجت فخرج الحق منها الخ.
- (٦) رواها في الخلاف: كتاب النفقات، في نقل دليل مسألة ٣٨.
- (٧) رواها في الخلاف: كتاب النفقات، في نقل دليل مسألة ٣٨.

(النظر الخامس) في النفقات:
وأسبابها ثلاثة: الزوجية، والقراية، والملك.
وأما الزوجية: فيشترط في وجوب نفقتها شرطان: العقد الدائم، فلا نفقة لمستمتع بها، والتمكين الكامل، فلا نفقة لناشزة. ولو امتنعت لعذر شرعي لم تسقط، كالمرض، والحيض، وفعل الواجب.
أما المندوب: فإن منعها منه فاستمرت، سقطت نفقتها. وتستحق الزوجة النفقة ولو كانت ذمية أو أمة. وكذا تستحقها المطلقة الرجعية دون البائن، والمتوفى عنها زوجها إلا أن تكون حاملا، فتثبت نفقتها في الطلاق على الزوج حتى تضع، وفي الوفاة من نصيب الحمل على إحدى الروايتين. ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الأقارب، وتقضى لو فاتت.

تزوجت (١) واختار العلامة مختار الشيخ (٢)، لأن الحضانة إرفاق بالصبي، فإذا تزوجت الأم خرجت باشتغالها بزوجها، وحقوقها عن الحضانة للطفل ربما منعت من الزوج بعض حقوقه لو حضنته، فسقطت، وإذا طلقت زال المانع فبقي المقتضي سليما عن المعارض، فيثبت حكمه.
قال طاب ثراه: وفي الوفاة من نصيب الحمل على إحدى الروايتين.
أقول: المتوفى عنها من جملة البائنان، فلا نفقة لها مع الحيلولة إجماعا. وهل لها النفقة لو كانت حاملا كالمطلقة، أم لا؟ مذهبان.

(١) تقدم نقل احتجاجه.
(٢) المختلف: في لواحق النكاح، ص ٢٦ س ٣٢ قال: والوجه ما قاله الشيخ في النهاية.

فبالأول قال في النهاية (١) وأوجبها في نصيب الولد، وبه قال القاضي (٢) والتقي (٣) وابن حمزة (٤) وأبو علي (٥) والصدوق في المقنع (٦). والمستند رواية أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها (٧). وحملها بعض المتأخرين على إعراس الأم، فيجب نفقتها من حيث يساره وعسرها. وهو مدخول.

أما أولا: فلأن الحمل لا يملك مستقرا، بل ملكه مشروط بانفصاله حيا، فنسبة الملك إليه قبل ذلك مجاز وإنما يجب الإنفاق فيما يملكه المنفق حقيقة. وأما ثانيا: فلأن الحمل لا يجري عليه من أحكام الآدميين المنفصلين إلا صحة

-
- (١) النهاية: باب العدد وأحكامها، ص ٥٣٧ س ٨ قال: فإن كانت حاملا أنفق عليها من نصيب ولدها الذي في بطنها.
- (٢) المهذب: ج ٢، باب العدد والاستبراء ص ٣١٩ س ٢ قال: فإن كانت حاملا أنفق عليها من نصيب ولدها التي هي حامل به.
- (٣) الكافي: فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٣ س ١٨ قال: وإذا كانت المتوفى عنها زوجها حاملا أنفق عليها من مال ولدها حتى تضع.
- (٤) الوسيلة: فصل في بيان العدة وأحكامها، ص ٣٢٩ س ١٠ قال: ولا يلزم لها النفقة إلا إذا كانت حاملا فينفق عليها من نصيب ولدها.
- (٥) المختلف: في العدد، ص ٦٢ س ٦ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وبه قال ابن الجنيد.
- (٦) المقنع: باب الطلاق، ص ١٢١ س ٨ قال: والحبلى المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها. أقول: لم نثر في المقنع على غير هذه العبارة التي قدمناها، والبحث في الوفاة لا في الطلاق، ولكن العلامة في المختلف: ص ٦٢ س ٦ بعد نقل قول الشيخ في النهاية قال: وبه قال: ابن الجنيد والصدوق في المقنع فلاحظ.
- (٧) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء، ص ١٥٢ قطعة من حديث ١٢٥.

الإقرار له، والوصية به وله، وعزل الميراث، وصحة ذلك كله موقوف على انفصاله حيا، فلا يجري عليه غيرها من الأحكام المنفصلين، لعدم الدليل. وأما ثالثا: فلاشتمال هذا الإنفاق على التغرير بمال الغير، والتصرف فيه بغير إذنه، وهو قبيح، لجواز سقوطه، فيرجع به إلى باقي الورثة ومع إنفاق الزوجة منه يكون قد تصرفنا فيما هو مملوك للوارث بغير إذنه، وربما تعذر استرجاعه من الزوجة بإعسارها.

وبالثاني قال المفيد (١) والحسن (٢).

والمستند حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المرأة الحبلية المتوفى عنها زوجها لا نفقة لها (٣).

ولأن الأصل عدم وجوب النفقة في مال الغير إلا مع دليل شرعي، وليس، ولأنها ليست مطلقة وهو مذهب ابن إدريس قال: وما اخترناه مذهب شيخنا المفيد في كتاب التمهيد، فإنه قال: إنما يكون له مال عند خروجه إلى الأرض حيا، فأما وهو جنين لا يعرف موته من حياته، فلا ميراث له ولا مال فكيف ينفق على الحبلية من مال من لا مال له (٤) وقال العلامة في المختلف: التحقيق أن نقول: إن جعلنا النفقة للحمل، فالحق ما قاله الشيخ، وإن جعلناه للحامل فالحق ما قاله المفيد (٥).

(١) سيحى نقله عن التمهيد.

(٢) المختلف: في العدد، ص ٦٢ س ١٢ قال: وقال ابن أبي عقيل: لا نفقة للمتوفى عنها زوجها سواء كانت حبلية أو غير حبلية.

(٣) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء الحديث ١٢١.

(٤) السرائر: باب العدد، ص ٣٤٠ س ١٨ قال: والذي يقوى في نفسي إلا ينفق عليها من المال المعزول إلى قوله: وما اخترناه وحررناه مذهب شيخنا محمد بن محمد بن العمان في كتابه التمهيد فإنه قال: الخ.

(٥) المختلف: في العدد، ص ٦٢ س ١٢ قال: والتحقيق أن نقول: إن جعلنا النفقة للحمل إلى قوله: والوجه ما فصلناه أولا.

وفيه نظر لما بينا من كونه لا يملك وهو جنين، فكيف تنفق عليه من مال لم يحكم له بملكه، وتجويز كونه مملوكا لباقي الورثة على تقدير الإسقاط.
تنمة

الأصل أن النفقة واجبة للزوجة مع بقاء زوجيتها، ومع زوالها إذا كانت المطلقة رجعية، وتسقط في البائن مع خلوها من الحمل قطعا، ويجب معه إجماعا، فهل النفقة للحامل بشرط الحمل، أي الحمل شرط في استحقاقها، أو النفقة للحمل؟ ذهب قوم إلى الأول: وبه قال ابن زهرة (١).

وذهب قوم إلى الثاني: وبه قال الشيخ في المبسوط (٢) وتبعه القاضي (٣) والعلامة في المختلف (٤) وهو ظاهر ابن حمزة (٥).
احتج الأولون بوجوه:

- (١) الغنية: من الجوامع الفقهية، في الطلاق والعدة ص ٦١٦ س ٢٢ قال: إلا أن تكون حاملا، فإن النفقة يجب لها بلا خلاف.
- (٢) المبسوط: ج ٥، كتاب العدد، ص ٢٥١ س ١٩ قال: وروى أصحابنا: أن لها النفقة إذا كانت حاملا من نصيب ولدها الخ.
- (٣) المهذب: ج ٢، باب النفقات، ص ٣٤٨ س ٨ قال: فإن أبانها وكانت حاملا وجبت النفقة للحمل.
- (٤) المختلف: كتاب الطلاق، باب العدد، ص ٦٢ س ٢١ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط: والوجه ما قاله الشيخ عملا بالدوران.
- (٥) الوسيلة: فصل في بيان العدة وأحكامها، ص ٣٢٨ س ٢ قال: فالحامل يلزم لها النفقة والسكنى، لمكان الحامل، هذا، والعلامة في المختلف قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط كما أشرنا إليه آنفا، قال: وهو ظاهر كلام ابن حمزة، فلاحظ.

(أ) عدم وجوبها على الجد بالإجماع، ولو كان للولد لوجبت عليه.
(ب) عدم سقوطها بيسار الولد، ولو كانت له لسقطت بيساره، عن الأب.
(أنها مقدره، ونفقة القريب غير مقدره).
احتج الآخرون بوجوه:
(أ) بالدوران وجودا وعدما، فيكون له، كما دارت مع الزوجية.
(ب) وجوب نفقته منفصلا فكذا متصلا.
(ج) إن أصحابنا رووا: أنه ينفق عليها من مال الحمل (١) فدل ذلك على أن النفقة له.

وهذه الوجوه الستة ذكرها الشيخ (٢).

ولا يخلو بعضها من دخل.

ويظهر الفائدة في مسائل:

(أ) إذا تزوج حر بأمة ثم أبانها وهو معسر، فمن أوجبها للحمل أوجبها على الزوج، ولا قضاء ومن أوجبها للحامل أوجب على الزوج، وقضاه مع يساره.
(ب) إذا تزوج عبد بأمة، فعلى الأول يجب على سيد العبد دونه، إن شرط مولاه الانفراد برق الولد، وإلا كانت من السيدين نصفين، لأن العبد لا يجب عليه نفقة قريبه، وعلى الثاني يجب على العبد، ومحلها كسبه، أو رقبة، أو ذمة سيده على اختلاف الأقوال في ذلك.
(ج) إذا تزوج عبد بحرة، فعلى الأول يجب على أمه، لكونها حرة يجب عليها نفقة

(١) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء، ص ١٥٢ الحديث ١٢٥.

(٢) المبسوط: ج ٦، كتاب النفقات، ص ٢٨ س ١٥ قال: والثاني النفقة للحمل، وهو أقواهما عندي، بدليل الخ.

وأما القرابة: فالنفقة على الأبوين والأولاد لازمة. وفيمن علا من الآباء والأمهات تردد، أشبهه اللزوم، ولا تجب على غيرهم من الأقارب، بل تستحب، وتتأكد في الوارث. ويشترط في الوجوب الفقر والعجز عن الاكتساب. ولا تقدير في النفقة، بل يجب بذل الكفاية من الطعام والكسوة والمسكن. ونفقة الولد على الأب، ومع عدمه أو فقره فعلى أب الأب وإن علا مرتبا، ومع عدمهم تجب على الأم وآبائها الأقرب فالأقرب. ولا تقضى نفقة الأقارب لو فاتت.

ولدها، وسقوطها عن الأب برقه، وعلى الثاني يجب على الأب (العبد خ ل) ومحلها ما تقدم.

(د) المعتدة عن وطء الشبهة مع الحمل يجب لها الإنفاق على الأول، للحقوق الولد به، دون الثاني لأن المستحق لها المطلقة البائنة، لا مطلق البائنت.

(هـ) لولا عن الحامل ثم اعترف بالحمل، وجب الإنفاق على الأول دون الثاني، لما قلناه

(و) لو تزوج حر بأمة وشرط مولاه رق الولد، فعلى الأول النفقة على سيدها، وعلى الثاني على الزوج.

(ز) لو تزوج عبده بحرة وشرط مولاه رق الولد، فعلى الأول النفقة على سيد العبد وعلى الثاني في كسبه.

(ح) لو طلق الناشز رجعا، أو نشزت في العدة، كما لو سافرت بغير إذنه، سقطت نفقتها، ولو كانت حاملا وقلنا النفقة للحمل لم يسقط.

(ط) لا يجب فطرتها على الأول، لعدم وجوبها على الجنين، وتجب على الثاني، لوجوبها عن زوجة يجب لها الإنفاق.

قال طاب ثراه: وفي من علا من الآباء والأمهات تردد، أشبهه اللزوم.

وأما المملوك فنفقته واجبة على مولاه، وكذا الأمة، ويرجع في قدر النفقة إلى عادة ممالك أمثال المولى. ويجوز مخارجة المملوك على شيء، فما فضل يكون له، فإن كفاه، وإلا أتمه المولى. وتجب النفقة على البهائم المملوكة، فإن امتنع مالکها أجبر على بيعها، أو ذبحها إن كانت مقصودة بالذبح.

أقول: التردد من المصنف رحمه الله، ومنشأ ترده أن أب الأب هل يطلق عليه اسم الأب حقيقة أم لا؟ والثاني هو الوضع اللغوي، والأصل عدم النقل وبراءة الذمة من وجوب الإنفاق إلا في موضع اليقين، والأول مذهب السيد (١) والمشهور بين الأصحاب وجوب الإنفاق، ولا أعرف فيه مخالفاً.

(١) الناصريات من الجوامع الفقهية: كتاب الفرائض، المسألة الحادية والتسعون والمائة، ص ٢٢٢
س ١ في مسألة عدم إرث الجد مع الولد ولا ولد الولد وهم أولاد على الحقيقة، قال: فإن قيل: إذا كان أولاد ولد الميت وإن سفلوا أولادا على الحقيقة، فيجب أن يكون الجد أبا على الحقيقة إلى قوله: قلنا: لو تركنا والظاهر لحكمنا بأن قوله (ولا بويه) يقع على الآباء والأجداد لكن اجتمعت الأمة إلى آخره.
كتب في آخر النسخة المعتمدة ما لفظه:
ثم الجزء الأول من المهذب، ويتلوه في الثاني كتاب الطلاق على يد مصنفه أحمد بن فهد أدام الله ظلاله، والحمد لله رب العالمين وصلى الله عليه سيد المرسلين محمد وآله أجمعين، آمين يا رب العالمين:
وقع الفراغ في رابع والعشرين من صفر ختم الله بالخير والظفر على يد العبد الفقير المذنب الراجي إلى رحمة ربه علي بن رستم الهمداني، عفى الله عنه.
وكتب في هامش الصفحة ما لفظه: أنها أيدته الله في مجالس متعددة، آخرها سلخ شوال ختم بالإقبال من سنة خمس وثلاثين وثمانمائة قراءة، وبحثا، وشرحا، وفهما، وكتب أضعف العباد أحمد بن محمد بن فهد مؤلف اللباب، والحمد لله وحده، وصلى الله عليه سيدنا محمد وآله.

بسم الله الرحمن الرحيم
كتاب الطلاق

مقدمة: الطلاق إزالة قيد النكاح بقوله: (أنت) أو ما شاكله (طالق).
وجوازه ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.
روى عروة عن قتادة قال: كان الطلاق في صدر الإسلام بغير عدد، وكان
الرجل يطلق امرأته ما شاء من واحد إلى عشرة، ويراجعها في العدة، فنزل قول تعالى
(الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) (١)
فبين أن الطلاق ثلاث، فقوله (مرتان) إخبار عن طلقتين، واختلفوا في الثالثة،
فقال ابن عباس: (أو تسريح بإحسان) وقال بعض التابعين: (فإن طلقها فلا تحل
له حتى تنكح زوجا غيره) (٢).
وهو الذي قواه الشيخ (٣).
وقال تعالى: (إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) (٤) أي تصل عدتهن في طهر
لم يجامعها فيه إذا كانت مدخولا بها.
وأما السنة: فروى أنه صلى الله عليه وآله طلق زوجته حفصة ثم راجعها.

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٢ س ٩ قال بعد نقل قول بعض التابعين: وهو الأقوى.

(٤) الطلاق: ١.

وقال ابن عمر: كان لي زوجة فأمرني النبي صلى الله عليه وآله أن أطلقها فطلقتها (١).

وأما الإجماع فمن سائر المسلمين لا يختلف فيه أحد. وينقسم أربعة أقسام:

فمنه واجب كطلاق المولى والمظاهر.

ونذب كما لو كانت الحال بينهما فاسدة بالشقاق، وتعذر الاتفاق، أو كان كل واحد منهما يعجز عن القيام بما يجب عليه لصاحبه، فالمستحب الفرقة، كما لو قالت: لأدخلن عليك من تكرهه، أو كانت فاجرة، فإن طلاقها أفضل من إمساكها. وحرام كطلاق الحائض والنفساء مع الدخول، وحضور الزوج أو حكمه، وفي طهر قربها فيه، والثلاث المرسلة.

ومكروه، كطلاق المريض والصحيح مع التمام الأخلاق، وقال رسول الله صلى الله عليه وآله: ما أحب الله مباحا كالنكاح وما أبغض الله مباحا كالطلاق (٢). وعن علي عليه السلام: أيما امرأة سألت زوجه الطلاق من غير بأس لم ترح رائحة الجنة (٣).

وروى سعد بن طريف عن أبي جعفر عليه السلام قال: مر رسول الله صلى الله عليه وآله برجل فقال: ما فعلت امرأتك؟ قال: طلقته يا رسول الله، قال: من غير سوء؟ قال: من غير سوء، ثم إن الرجل تزوج فمر به النبي صلى الله عليه وآله وقال:

-
- (١) من قوله: (روى عروة عن قتادة) إلى هنا من المبسوط ج ٥ ص ٢.
(٢) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٣٧٢ الحديث ٤ ورواه في المستدرک ج ٣ ص ٢ باب كراهة طلاق الزوجة الموافقة وعدم تحريمه الحديث ٤ نقلا عن عوالي اللثالي.
(٣) رواه في المستدرک: ج ٣ ص ٢ باب كراهة طلاق الزوجة الموافقة وعدم تحريمه، الحديث ٧ وفيه (فحرام عليها رائحة الجنة، والحديث عن النبي صلى الله عليه وآله).

والنظر في أركانه وأقسامه ولواحقه.
(الركن الأول) في المطلق: ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار
والقصد.
فلا اعتبار بطلاق الصبي، وفي من بلغ عشرا رواية بالجواز فيها
ضعف.
ولو طلق عنه الولي لم يقع إلا أن يبلغ فاسد العقل.
ولا يصح طلاق المجنون، ولا السكران، ولا المكره، ولا المغضب مع
ارتفاع القصد.

تزوجت؟ فقال: نعم، ثم مر به فقال: ما فعلت امرأتك؟ قال: طلقته قال: من غير
سوء؟ قال: من غير سوء فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: إن الله عز وجل يبغض
كل ذواق من الرجال وكل ذواق من النساء (١).
وعن ابن أبي عمير عن غير واحد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ما من شيء
مما أحله الله عز وجل أبغض إليه من الطلاق، وإن الله عز وجل يبغض المطلاق
الذواق (٢) (٣).
قال طاب ثراه: وفيمن بلغ عشرا رواية بالجواز فيها ضعف.
أقول: هذه رواية ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: يجوز طلاق الصبي

-
- (١) الكافي: ج ٦ باب كراهية، طلاق الزوجة الموافقة، ص ٥٤ الحديث ١.
(٢) الكافي: ج ٦ باب كراهية طلاق الزوجة الموافقة، ص ٥٤ الحديث ٢.
(٣) في الحديث: إن الله لا يحب الذواقين والذواقات، يعني السريعي النكاح، السريعي الطلاق،
قال: وتفسيره أن لا يطمئن ولا تطمئن كلما تزوج أو تزوجت كرها ومدا أعينهما إلى غيرهما (لسان العرب:
ج ١٠ ص ١١١ كلمة (ذوق)).

إذا بلغ عشر سنين (١) وبمضمونها أفتى الشيخان في المقنعة (٢) والنهية (٣) والفقيه في الرسالة (٤) والقاضي (٥) وابن حمزة (٦).
ومنع ابن إدريس وأبطل طلاقه (٧) وبه قال التقي (٨) واختاره المصنف (٩)
والعلامة (١٠) لتوقف رفع الحجر على البلوغ، ولرواية أبي الصباح الكناني عن
الصادق عليه السلام قال: ليس طلاق الصبي بشيء (١١).

- (١) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٧٥ الحديث ١٧٣.
(٢) لم أعتز عليه في المقنعة ولم يتعرض له العلامة، نعم ذكر في المقنعة في باب وصية الصبي ص ١٠١
س ١٢ وصية الصبي إذا بلغ عشر سنين، وقلنا إن من قال بصحة وصيته قال: بصحة طلاقه.
(٣) النهاية: باب كيفية أقسام الطلاق ص ٥١٨ س ١٥ قال: والغلام إذا طلق وقد أتى عليه عشر
سنين جاز طلاقه.
(٤) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٨ س ١٣ قال: وقال الشيخ علي بن بابويه في رسالته: والغلام
إذا طلق للسنة فطلاقه جائز.
(٥) المهذب: ج ٢، كتاب الطلاق، باب طلاق الغلام ص ٢٨٨ س ٢ قال: الغلام إذا كان يحسن
الطلاق وكان سنة عشر سنين، وأراد ذلك كان ذلك جائزا.
(٦) الوسيلة كتاب الطلاق، فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٣ س ٩ قال: أو بلغ وكان مميزا
ويصح طلاقه وعتقه وصدقته الخ.
(٧) السرائر، كتاب الطلاق ص ٣٢٢ س ١١ قال: لأن طلاق المجنون والصبي ما لم يبلغ
غير صحيح.
(٨) الكافي: فصل في الطلاق وأحكامه، ص ٣٠٥ س ٨ قال: واشترطنا صحة التصرف احترازا من
الصبي الخ.
(٩) لاحظ عبارة النافع.
(١٠) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٨ س ١٨ قال: والمعتمد أنه لا يصح طلاق الغلام حتى تبلغ،
لأنه محجور عليه في تصرفاته.
(١١) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق، ص ٧٦ الحديث ١٧٥.

(الركن الثاني) في المطلقة: ويشترط فيها الزوجية والدوام والطهارة من الحيض والنفاس إذا كانت مدخولا بها، وزوجها حاضرا معها، ولو كان غائبا صح، وفي قدر الغيبة اضطراب، محصله انتقالها من طهر إلى آخر.

ولو خرج في طهر لم يقربها فيه صح طلاقها من غير تربص ولو اتفق في الحيض، والمحبوس عن زوجته كالغائب ويشترط رابع وهو أن يطلق في طهر لم يجامعها فيه، ويسقط اعتباره في الصغيرة واليائسة والحامل، أما المسترابة فإن تأخرت الحيضة صبرت ثلاثة أشهر، ولا يقع طلاقها قبله.

قال طاب ثراه: وفي قدر الغيبة اضطراب.
أقول: أجمع علماءنا: أنه لا يصح طلاق الحائض، ولا الضاهر في شهر قربها فيه، إذا كان حاضرا.
وإذا كان غائبا هل يجب استبرائها بقدر معين، أو لا يجب؟ وإذا وجب استبرائها كم القدر الذي يجب؟
قال المصنف: فيه اضطراب (١).
وقد انقسم مع التحقيق إلى خمسة مذاهب.
(أ) عدم الانتظار وجواز الطلاق في أي وقت شاء قاله الفقيه (٢) والتقوي (٣)

(١) لاحظ عبارة النافع.
(٢) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٦ س ٢٥ قال: وقال علي بن بابويه: واعلم يا بني أن خمسا يطلقن على كل حال ولا يحتاج الرجل أن ينتظر طهرهن الخ.
(٣) الكافي: فصل في الطلاق وأحكامه ص ٣٠٥ س ٦ قال: ومنها إيقاعه في شهر لامساس فيه بحيث يمكن اعتباره إلى قوله: (وقلنا بحيث يمكن)، لصحته ممن لا يمكن ذلك فيها، إلى قوله: (والغائبة).

والحسن (١) والمفيد (٢) وتلميذه (٣).
والمستند صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن
الرجل يطلق امرأته وهو غائب؟ قال: يجوز طلاقه على كل حال، وتعتد امرأته من
يوم طلقها (٤).
والجواب: أنها مطلقة يمكن حملها على غيرها من الروايات المفصلة.
(ب) اعتبار مدة يعلم انتقالها من طهر الواقعة إلى الآخر بحسب عاداتها.
والمراد بالعلم هنا: الظن الغالب المستند إلى العادة التي تعلمها من شأنها.
وهو مذهب ابن إدريس (٥) والمصنف (٦) والعلامة في القواعد (٧)
والإرشاد (٨).

- (١) المختلف كتاب الطلاق ص ٣٦ س ٢٣ قال: وقال ابن أبي عقيل: وقد توالى الأخيار عن
الصادقين عليهم السلام: أن خمسا يطلقن على كل حال الخ.
(٢) المقنعة: باب أحكام الطلاق ص ٨١ س ٢١ قال: ومن كان غائبا عن زوجته فليس يحتاج في
طلاقها إلى ما يحتاج إليه للحاضر من الاستبراء.
(٣) المراسم، طلاق السنة ص ١٦١ س ١٧ قال: فأما الغائب عنها زوجها إلى قوله: طلقها على كل
حال.
(٤) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق، ص ٦٠ الحديث ١١٤.
(٥) السرائر: كتاب الطلاق، ص ٣٢٨ س ٢٢ قال: وإذا أراد الرجل طلاق زوجته وهو غائب عنها
إلى قوله: حتى يمضي زمان يعرف من حالها أنها حاضرت وطهرت فيه.
(٦) لاحظ عبارة النافع.
(٧) القواعد: ح ٢ كتاب الفراق (القسم الثاني الشروط الخاصة) ص ٦٢ س ١٩ قال: أو مع الغيبة
مدة يعلم انتقالها من القرء الذي وطئها فيه إلى آخر، صح.
(٨) الإرشاد: (ط قم) ج ٢، في شرائطه، ص ٤٢ س ١٤ قال: ولو طلق الغائب صح وإن كان في
الحيض، إن غاب مدة يعلم انتقالها من قرء الوطء إلى آخر.

ووجهه: كونه جمعا بين الأخبار والأقوال، فيصح طلاقها حينئذ، سواء استمر طهرها في نفس الأمر إلى أن يطلقها، أو رأت حيضا آخر بعد طهر الواقعة فطلقها حالة الحيض، أو في طهر ثالث، ويصح طلاق هذه وإن علم بحيضها حالة الطلاق.

(ج) اعتبار مضي شهر فصاعدا، وهو مذهب الشيخ في موضع من النهاية (١) وبه قال: ابن حمزة (٢).

والمستند رواية إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الغائب إذا أراد أن يطلق امرأته تركها شهرا (٣).

(د) اعتبار مضي ثلاثة أشهر وهو مذهب أبي علي (٤) واختاره العلامة في المختلف (٥).

والمستند صحيحة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال: الرجل إذا خرج إلى السفر فليس له أن يطلق حتى يمضي لها ثلاثة أشهر (٦). ولأن هذا قد اعتبره الشارع في عدة غير الحائض إذا كان مثلها تحيض، ليعلم بذلك فراغ رحمها فكذا هنا.

(١) النهاية: باب أقسام الطلاق وشرائطه ص ٥١٢ س ١٥ قال: وكذلك إن كان عنها غائبا شهرا، إي يقع الطلاق.

(٢) الوسيلة، في بيان أقسام الطلاق، ص ٣٢٠ س ١٢ قال: أو لا يكون لطلاقها سنة وبدعة إلى قوله: والغائب عنها زوجها شهرا الخ.

(٣) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق، ص ٦٢ الحديث ١٢١ وفيه (إذا أراد أن يطلقها).

(٤) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٦ س ٢٩ قال: وقال ابن الجنيد ونعم ما قال إلى قوله: وينتظر الغائب بزوجه من آخر جماع أوقعه ثلاثة أشهر.

(٥) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٦ س ٢٩ قال: وقال ابن الجنيد ونعم ما قال إلى قوله: وينتظر الغائب بزوجه من آخر جماع أوقعه ثلاثة أشهر.

(٦) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق، ص ٦٢ الحديث ١٢٢.

وفي اشتراط تعيين المطلقة تردد.

(هـ) حد غيبة التي إذا غاب، له أن يطلقها متى شاء، أقصاه خمسة أشهر، أو ستة أشهر، وأوسطه ثلاثة أشهر، وأدناه شهر، وهو مذهب الصدوق في كتابه (١). والمستند رواية إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الغائب الذي يطلق كم غيبة؟ قال: خمسة أشهر، أو ستة أشهر، قلت: حده دون ذا؟ قال: ثلاثة أشهر (٢).

وروى محمد بن أبي حمزة عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الغائب إذا أراد أن يطلق امرأته تركها شهرا (٣).

(فروع) في الاستبراء

(أ) لا يصح طلاق الحائض، ولا من طلقت في شهر وطئت فيه، ويسقط في اليائسة والصغيرة وغير المدخول بها والحامل.

(ب) المسترابة، وهي التي لا تحيض وفي سنها من تحيض، استبرائها باعترالها ثلاثة أشهر، وكذا عدتها بعد طلاقها، ويفرق بينهما فيما لو رأت حيضة في الأثناء، ففي الاستبراء يكفي طهرها منها، فيصح طلاقها في الطهر الذي يليها، وفي العدة يفتقر بعدها إلى قرئين آخرين، أو تكميل تسعة أشهر، ثم تعتد بعدها بثلاثة شهور.

(ج) المرضع لا يرى الدم غالبا، فيعتزل ثلاثة أشهر إذا أريد طلاقها، نعم لو لم يطأها بعد وضعها، صح طلاقها بعده من غير تربص، لكن لا يصح أيام نفاسها. قال طاب ثراه: وفي اشتراط تعيين المطلقة تردد.

أقول: اختلف الأصحاب في اشتراط تعيين المطلقة في صحة الطلاق، كقوله:

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٥٦) باب طلاق الغائب ص ٣٢٥ س ٧ قال: وإذا أراد الغائب الخ.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٥٦) باب طلاق الغائب ص ٣٢٥ الحديث ٢.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٥٦) باب طلاق الغائب ص ٣٢٥ الحديث ٣.

فلانة، أو هذه، ولو لم يكن له إلا زوجة واحدة كفى قوله: زوجتي طالق. فبعض ذهب إلى اشتراطه كالسيد (١) والمفيد (٢) واختاره العلامة في المختلف (٣) وفخر المحققين (٤) والشيخ في أحد قوليهِ (٥). وذهب بعض إلى عدم اشتراطه، بل يكفي قوله: زوجتي طالق، أو إحدى نسائي، أو إحداكن، أو واحدة منكن، أو من نسائي طالق، من أن يعين في نية واحدة بعينها، ثم يعين بعد ذلك للطلاق من شاء، كالشيخ في المبسوط (٦) واختاره القاضي (٧) والمصنف (٨) والعلامة في القواعد (٩). احتج الأولون: بأن الطلاق أمر معين، فيستدعى محلاً معيناً، لاستحالة حلول

-
- (١) الانتصار (مسائل الطلاق) ص ١٣٩ قال: مسألة. ومما تفردت به الإمامية قولهم: إن الطلاق لا يقع إلا بالتعيين والتميز الخ.
(٢) المقنعة: باب أحكام الطلاق، ص ٨١ س ٩ قال: وأومى إليها بعينها، أو فلانة بنت فلان طالق.
(٣) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤٢ قال: مسألة، المشهور أن تعيين المطلقة شرط في صحة الطلاق إلى قوله: لنا أصالة بقاء عصمة النكاح الخ.
(٤) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٢٩٤ الفصل الثاني المحل وهي الزوجة، قال بعد نقل أقوال القائلين بالاشتراط: وهو الأقوى عندي.
(٥) النهاية: كتاب الطلاق، باب أقسام الطلاق، ص ٥١٠ س ١٤ قال: وإذا أراد الطلاق ينبغي أن يقول: فلانة طالق، أو يشير إلى المرأة الخ.
(٦) المبسوط: ج ٥ في فروع الطلاق ص ٧٦ س ٢٢ قال: إذا كان له زوجتان إلى قوله في ص ٧٨ س ٤ فأما إذا أطلق الطلاق فقال: إحداكما طالق الخ.
(٧) لم نعثر عليه صريحاً في المذهب، ولكن في المختلف (كتاب الطلاق ص ٤٣ س ١) قال: وللشيخ قول آخر في المبسوط: أنه يصح واختاره ابن البراج أيضاً.
(٨) لاحظ عبارة النافع.
(٩) القواعد: كتاب الفراق (الفصل الثاني المحل) ص ٦١ س ٤ قال: ولو طلق واحدة غير معينة إلى قوله: وقيل: يصح ويعين للطلاق من شاء وهو أقوى.

المعين في المبهم، ولأن توابع الطلاق كالعدة لا بد له من محل معين. احتج الآخرون: بعموم النص (١) ولأن إحداهما زوجة، وكل زوجة يصح طلاقها.

والكبرى ممنوعة.

(تنبيهان)

(أ) على القول بالصحة، يجب التعيين، وهل هو بالقرعة، أو باختيار المطلق واقتراحه؟

بالأول قال المنصف في الشرائع (٢) وبالثاني قال العلامة في القواعد (٣):

(ب) هل يقع الطلاق بالمعينة من حين الطلاق، أو من حين التعيين؟

ينى على مسألة أصولية: هي أن الواقع هل هو سبب مؤثر في البيئوية في الحال؟ أو إثر له صلاحية التأثير عند التعيين؟

فعل الأول: يحرم الكل حتى يعين.

وعلى الثاني: الكل زوجات يباح نكاحهن إلى التعيين.

ويتفرع على ذلك فروع.

(أ) يجب عليه التعيين ويطلب به، ويحبس عليه على الأول، دون الثاني.

ويجب الإنفاق على الاحتمالين معاً، ولا فرق بين البائن والرجعي.

(ب) يجب العدة من حين التلفظ بالطلاق على الأول، وهو الذي قواه الشيخ

(١) قال تعالى: (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء) الآية سورة الطلاق.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٣ كتاب الطلاق الخامس تعيين المطلقة، قال: فلو كان له زوجات، فقال: زوجتي طالق إلى قوله: وقيل يصح ويستخرج بالقرعة وهو أشبه.

(٣) القواعد، كتاب الفرق (الفصل الثاني المحل) ص ٦١ س ٤ قال: ويقبل تفسيره.

(الركن الثالث) في الصيغة: ويقتصر على (طالق) تحصيلا لموضع الاتفاق. ولا يقع ب (خلية) ولا (برية) وكذا لو قال: اعتدي. ويقع لو قال: هل طلقت فلانة، فقال: نعم ويجب تحريده عن الشرط والصفة.

في المبسوط (١) ومن حين التعيين على الثاني.
(ج) لو وطئ إحداهما وقتلنا بالأول، تعينت الأخرى للطلاق، وعلى الثاني يجوز له تعيين الموطوءة.

(د) يجب القرعة على الأول قطعا، وعلى الثاني يتخير بين القرعة وبين الاقتراح.

قال طاب ثراه: ويقع لو قال: هل طلقت فلانة، فقال: نعم.
أقول: الطلاق لفظ إنشائي وضعه الشارع سببا لإزالة قيد النكاح ابتداء، أي من غير اعتبار أمر آخر غير اللفظ، فخرج الفسخ بخيار العيب، أو عتق، فإن الموجب لإزالة قيد النكاح هنا مع لفظ، الفسخ حصول ما يبيح الفسخ. والصريح لفظ منفرد غير مشترك، ويقابله الكناية، فإذا عين الزوجة بما يدل على تشخيصها وعقبه ب (طالق) كان صريحا إجماعا، وليس كلما اشتق من الطلاق بصريح، كقوله: أنت طلاق، أو الطلاق، لأنه مصدر، ولا يوصف الذوات بالمصادر، فهو مجاز لا يقع به الطلاق وإن قصده لأنه يكون كناية، ولا يقع الطلاق بالكنايات. واختلف في صور. وهي على قسمين، عامة وخاصة.
(القسم الأول) العامة، وفيه مسائل.
الأولى: لو قيل: هل طلقت فلانة؟ فقال: نعم، قصدا للإنشاء، هل يقع به

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٧٨ س ٤ قال: فأما إذا أطلق الطلاق إلى قوله في س ٢٠ ومن أي وقت تعتد؟ قال قوم: من حين البيان عنه لا من حين اللفظ، وقال آخرون: من حين تلفظ بالطلاق لأن الإيقاع وقع حينئذ، وإنما بقي البيان الخ.

الطلاق؟ قال في النهاية: نعم (١) وبه قال القاضي (٢) وابن حمزة (٣) واختاره المصنف (٤).
وظاهر ابن إدريس المنع (٥) وهو قول الشيخ في المبسوط (٦) وهو مذهب العلامة (٧) وفخر المحققين (٨).
احتج الشيخ بما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام، في الرجل يقال له: أطلقت امرأتك؟ فيقول: نعم، قد طلقتها حينئذ (٩).
وهو صريح في كونه إنشأ، لأن قوله: نعم يتضمن إعادة السؤال، وهو صريح في الإنشاء عنده.
والجواب: يضعف السند.

- (١) النهاية، باب أقسام الطلاق وشرايطه ص ٥١١ س ١ قال: فإن قيل للرجل هل طلقت فلانة؟ فقال: نعم كان الطلاق واقعا.
(٢) المهذب: ج ٢ باب بيان ما يقع به الطلاق ص ٢٧٨ س ١١ قال: وإذا قال له إنسان: فارقت زوجتك؟ فقال: نعم لزمه طلقة واحدة بإقراره لإيقاعها الخ.
(٣) الوسيلة، فصل في بيان أقسام الطلاق، ص ٣٢٣ س ٢٠ قال: وما يكون بحكم الطلاق أربعة أشياء، إلى أن قال: والثالث قوله: نعم إذا قيل له: طلقت فلانة؟
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) السرائر، كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ١٢ قال: فإن قيل للرجل هل طلقت فلانة؟ فقال: نعم كان ذلك إقرارا منه بطلاق شرعي الخ.
(٦) المبسوط: ج ٥، ص ٥٢ س ١٩ قال: إذا قال له رجل: فارقت امرأتك؟ فقال: نعم، قال قوم يلزمه في الحكم طلقة بإقراره لا بإيقاعه الخ.
(٧) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٤ س ٢٠ قال: والتحقيق أن نقول: إلى قوله: وإن قصد بذلك الإنشاء، فهل يصح الخ.
(٨) الإيضاح: ج ٣ ص ٣٠٧ س ١٧ قال: والأصح عندي أنه لا يقع بذلك.
(٩) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق، ص ٣٨ الحديث ٣٠.

احتج الآخرون برواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل قال لامرأته: أنت حرام، أو بائنة، أو بتة، أو خلية، أو برية، فقال: هذا ليس بشيء، إنما الطلاق أن يقول لها في قبل عدتها قبل أن يجامعها: أنت طالق، ويشهد على ذلك رجلين عدلين (١).
وإنما للحصر.

ورواه محمد بن أبي نصر في الجامع عن سماعة عن محمد بن مسلم (٢).
ورواه الشيخ أيضا وزاد (واعتدي) (٣).

(الثانية) لو قال: اعتدي: الأكثر على عدم وقوع الطلاق به، خلافا لأبي علي (٤) لأنه ليس بصريح ولرواية محمد بن مسلم المتقدمة (٥).
احتج: بحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام، الطلاق أن يقول لها: اعتدي، أو يقول لها: أنت طالق (٦).
(الثالثة) أنت مطلقة، أو من المطلقات، قال في المبسوط: الأقوى أنه يقع (٧)

-
- (١) الوسائل: ج ١٥، الباب ١٦ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٢٩٥ الحديث ٣.
(٢) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٤ س ٢٥ قال: وقد روى محمد بن أبي نصر في كتاب الجامع الخ.
(٣) الإستبصار: ج ٣ (١٦٥) باب ما تقع به الفرقة من كنايات الطلاق، ص ٢٧٧ الحديث ١
(٤) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٤ س ٦ قال: ابن الجنيد: إلى قوله: أو قوله: اعتدي.
(٥) تقدم آنفا.
(٦) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٣٧ الحديث ٢٨.
(٧) المبسوط: ج ٥ فيما يقع به الطلاق وما لا يقع ص ٢٥ س ٨ قال: وعندنا أن قوله: أنت مطلقة، إلى قوله: فالأقوى أنه يقع به.

وقال في الخلاف: لا يقع (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣) لأنه إخبار لغة، والأصل عدم نقله إلى الإنشاء.

(الرابعة) قوله: طلقت فلانة، منشاء، قال المصنف: يقع (٤) لوقوعه بما يتضمنه في قوله: هل طلقت؟ فيقول: نعم، فمع صريحه أولى، ونقل منعه عن الشيخ (٥) وهو اختيار العلامة (٦).

(الخامسة) قوله: يا طالق، حكم في موضع من المبسوط بوقوعه (٧) والأكثر على المنع.

وجه الأول: بإتيانه بصيغة طالق مع القصد بها إلى الطلاق.

وجه الثاني: أن صحة النداء بوصف متأخر عن ثبوت ذلك الوصف الموصوف، فلا يكون سببا في ثبوته، وإلا دار.

(السادسة) التلطف بغير العربية مع القدرة عليها، أطلق وقوع الفرقة به في النهاية (٨)، وهو صريح ابن حمزة (٩) ومنعه ابن إدريس (١٠) إلا مع العجز

- (١) الخلاف كتاب الطلاق، مسألة ١٨ قال: إذا قال لها: أنت مطلقة، لم يكن ذلك صريحا في الطلاق.
- (٢) الشرائع: في الصيغة قال: ولو قال: أنت الطلاق لم يكن شيئا، وكذا لو قال: أنت مطلقة الخ.
- (٣) القواعد، كتاب الفراق، الصيغة، قال: ولو قال: أنت طلاق، أو مطلقة إلى قوله: لم يقع.
- (٤) الشرائع، في الصيغة، قال: ولو قال: طلقت فلانة، قال (أي الشيخ) لا يقع، وفيه إشكال ينشأ من وقوعه عند سؤاله هل طلقت امرأتك الخ.
- (٥) الشرائع، في الصيغة، قال: ولو قال: طلقت فلانة، قال (أي الشيخ) لا يقع، وفيه إشكال ينشأ من وقوعه عند سؤاله هل طلقت امرأتك الخ.
- (٦) القواعد: كتاب الفراق، الصيغة قال: ولو قال: أنت طلاق إلى قوله: أن طلقت فلانة لم يقع.
- (٧) المبسوط: ج ٥، كتاب الطلاق ص ٨٩ س ٢٠ قال: فرع، لو قال يا طالق إلى قوله: طلقت طلبة بقوله يا طالق.
- (٨) النهاية: باب أقسام الطلاق ص ٥١١ س ٢ قال: وما ينوب مناب قوله أنت طالق بغير العربية بأي لسان كان، فإنه تحصل به الفرقة.
- (٩) الوسيلة: في بيان أقسام الطلاق: ص ٣٢٤ س ٤ قال: والرابع تطليقها بما يفيد مفاد العربية من اللغات.
- (١٠) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ١٣ قال: فأما إذا كان قادرا على التلطف بالطلاق بالعربية وطلق بلسان غيرها، فلا تقع الفرقة بذلك.

عن النطق بالعربية، واختاره المصنف (١) والعلامة في المختلف توقف فيه (٢).
(السابعة) لو قال لأربع: أوقعت منكن أربع طلقات، قال في المبسوط:
طلقتن (٣) ومنعه المصنف (٤) والعلامة (٥) لبعده عن سنة الإنشاء.
(الثامنة) التخيير للمرأة كقوله: اختاري نفسك، أو اخترتك، أو جعلت لك
الخيار، أو جعلت أمرك إليك، قال القديمان: بوقوعه بشروط ثلاثة:
أن يكون في طهر لم يقربها فيه بجماع.
وحضور شهود (شاهدين خ ل).
وجوابها على الفور (٦) (٧).
فإن اختارت زوجها، أو تفرقا ثم اختارت، أو تحولت من مجلسها لم يقع به
فرقة.

- (١) الشرائع: في الصيغة قال: ولا يقع الطلاق بالكناية ولا بغير العربية.
(٢) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٤ قال: مسألة قال الشيخ في النهاية: وما ينوب مناب قوله أنت
طالق بغير العربية إلى قوله: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين.
(٣) المبسوط: ج ٥ كتاب الطلاق ص ٥٨ س ٢٣ قال: فإن قال: أوقعت بينكن أربع تطليقات ونوى
طلقت كل واحدة طلقة عندنا.
(٤) الشرائع: في الصيغة، شرع، قال بعد نقل قول الشيخ: وفيه إشكال، لأنه اطراح للصيغة
المشترطة.
(٥) القواعد: كتاب الفراغ، في الصيغة، الثالث، قال: وكذا لو قال لأربع: أوقعت بينكن أربع
طلقات.
(٦) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٣ س ٦ قال: وقال ابن الجنيد: إذا أراد الرجل إن يخير
امراته الخ و س ١١ قال ابن أبي عقيل: والخيار عند آل الرسول عليهم السلام أن يخير الرجل امرأته ويجعل
أمرها إليها الخ.
(٧) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٣ س ٦ قال: وقال ابن الجنيد: إذا أراد الرجل إن يخير
امراته الخ و س ١١ قال ابن أبي عقيل: والخيار عند آل الرسول عليهم السلام أن يخير الرجل امرأته ويجعل
أمرها إليها الخ.

وإن جعل الاختيار إلى وقت معين جاز له الرجوع قبل انقضائه، ولها الاختيار قبل انتهائه، وإن اختارت بعده لم يحجز. وتقع الطلقة رجعية وله الرجوع ما دامت في العدة. وحكى الشيخ في الخلاف عن بعض القائلين به من شواذ الأصحاب وقوعها بائنة (١).

وقال الشيخ في كتابي الخلاف: لا يقع به طلاق (٢) (٣) وبه قال ابن إدريس (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦). احتج الأولون بما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال: قلت: رجل خير امرأته؟ قال: الخيار لهما ما داما في مجلسهما، فإذا تفرقا فلا خيار لهما (٧). وفي الموثق: عن جميل بن دراج، عن زرارة ومحمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: لا خيار إلا على طهر من غير جماع، بشهور (٨). وصحيحة حمران قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: المخيرة تبين من

-
- (١) كتاب الخلاف: كتاب الطلاق، مسألة ٣١ قال: إذا خيرها فاختارت نفسها لم يقع الطلاق إلى قوله: ومنهم من قال: بائنة.
- (٢) كتاب الخلاف: كتاب الطلاق، مسألة ٣١ قال: إذا خيرها فاختارت نفسها لم يقع الطلاق إلى قوله: ومنهم من قال: بائنة.
- (٣) المبسوط: ج ٥، فصل فيما يصح به الطلاق وما لا يقع ص ٣٠ س ١ قال: وإن اختارت نفسها فلا يقع عندنا به طلاق الخ.
- (٤) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ٨ قال: ومتى جعل إليها الخيار فاختارت نفسها إلى قوله: وبعض لا يوقعها، وهذا هو الأظهر.
- (٥) الشرائع: في الصيغة قال: ولو خيرها وقصد الطلاق إلى قوله: وقيل: لا حكم له وعليه الأكثر.
- (٦) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٣ س ٢٦ قال بعد نقل الأقوال في المسألة: والمعتمد ما قاله الشيخ.
- (٧) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٨٩ الحديث ٢٢٢.
- (٨) الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٧ الحديث ٨.

ساعتها، من غير طلاق ولا ميراث بينهما، لأن العصمة قد زالت بساعة كان ذلك منها ومن الزوج (١).

وحملها الشيخ على التقية بموافقتها مذهب بعض العامة (٢).
احتج الآخرون: بأصالة بقاء النكاح، ومعارضة الروايات بمثلها.
روى عيص بن القاسم عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل خير امرأته، فاختارت نفسها، بانت منه؟ فقال: لا، إنما هذا شيء كان لرسول الله صلى الله عليه وآله خاصة، أمر بذلك ففعل، ولو اخترن أنفسهن طلقن، وهو قول الله تعالى (قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها) الآية (٣) (٤).
قال الحسن بن سماعة: وبهذا الخبر نأخذ في الخيار.
ومثله رواية محمد بن مسلم (٥).

تنبيه

على القول بوقوعه يقع الطلقة رجعية، قاله القديمان (٦) (٧).
والمعتمد رواية زرارة (الموثقة) عن الباقر عليه السلام قال: قلت له: رجل خير

-
- (١) الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٨ الحديث ١١.
 - (٢) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق، ص ٨٨ س ١٨ قال: فأما ما روي من جواز الخيار إلى النساء إلى قوله: فالوجه فيها كلها أن نحملها على ضرب من التقية، لأن الخيار موافق لمذهب العامة. (٣) الأحزاب: ٢٨.
 - (٤) الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٦ الحديث ٤.
 - (٥) الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٦ الحديث ٣.
 - (٦) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٣ س ٦ قال: وقال ابن الجنيد إذا أراد الرجل أن يخير امرأته الخ و س ١١ قال: وقال ابن عقيل: والخيار الخ.
 - (٧) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٣ س ٦ قال: وقال ابن الجنيد إذا أراد الرجل أن يخير امرأته الخ و س ١١ قال: وقال ابن عقيل: والخيار الخ.

امراته إلى أن قال: وهو أحق بها برجعته قبل أن تنقضي عدتها (١).
وقيل: بائة.

والمعتمد رواية زرارة عن أحدهما عليهما السلام قال: إذا اختارت نفسها فهي
طلقة بائة، وهو خاطب من الخطاب، وإن اختارت زوجها، فلا شيء (٢).
(القسم الثاني) الخاصة.
وفيه مسألان.

(الأولى) الكتابة للغائب: قال في النهاية: يقع إذا كتب بخطه: فلانة طالق (٣)
وبه قال ابن حمزة بشروط أربعة.
أن يكتب بخطه.
ويشهد عليه.

ويسلم من الشاهدين.
ولا يفارقهما حتى يقيما الشهادة، ويعلما المطلقة (٤).
وقال الشيخ في الكتابين: لا يقع (٥) (٦) وبه قال ابن الجنيد (٧) وابن

(١) الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه، ص ٣٣٨ قطعة من حديث ١٢.

(٢) الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٣٣٧ الحديث ٩.

(٣) النهاية: باب أقسام الطلاق وشرائطه ص ٥١١ س ٥ قال: وإن كان غائبا وكتب بخطه: أن
فلانة طالق، وقع الطلاق.

(٤) الوسيلة: فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٣ س ٢١ قال: ومن الغائب بأربعة شروط.

(٥) المبسوط: ج ٥، كتاب الطلاق، فصل فيما يقع به الطلاق وما لا يقع ص ٢٨ س ٩ قال: إذا كتب
بطلاقها، إلى قوله: فلا يقع به شيء بلا خلاف.

(٦) كتاب الخلاف: كتاب الطلاق، مسألة ٢٩ قال: إذا كتب بطلاق زوجته ولم يقصد بذلك
الطلاق لا يقع بلا خلاف الخ.

(٧) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٥ س ٢ قال: وقال ابن الجنيد: وإن قال لغيره بحضرة الشهود
اكتب إلى قوله: لم يلفظ بالطلاق لم يكن طلاقا.

إدريس (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣) والقاضي في الكامل تابع النهاية (٤) وفي المهذب تابع الخلاف (٥).

احتج الشيخ بصحيحة أبي حمزة الثمالي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إلى امرأتي بطلاقها، واكتب إلى عبيد بعثته، يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً؟ قال: لا يكون طلاقاً أو عتقاً حتى ينطق بلسانه، أو غائباً عن أهله (٦).

وحملها العلامة على حالة الاضطرار، وجعل قوله (أو) للتفصيل لا للتخيير (٧). احتج المانعون: بأن النكاح عصمة مستفادة من الشرع، فيقف زوالها على دلالتها، والأصل بقاء ما كان على ما كان. ولأن الكنايات اللفظية لا يحصل بها الفرقة مع القصد، فالكتابة أولى بعدم الحصول.

ولأن النسبة بين اللفظين أقوى مشابهة من النسبة بين اللفظ والفعل.

(١) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ١٧ قال: قال محمد بن إدريس: لا يقع الطلاق إذا كتب بخطه أن فلانة طالق الخ.

(٢) الشرائع، في الصيغة قال: ولا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر الخ.

(٣) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٥ س ٩ قال: بعد نقل الأقوال: والمعتمد ما قاله الشيخ في الخلاف.

(٤) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٥ س ٣ قال: وقال ابن البراج في الكامل بمثل قول الشيخ في النهاية.

(٥) المهذب: ج ٢ باب بيان ما يقع به الطلاق ص ٢٧٧ س ١ قال: وإذا كتب بطلاقها إلى قوله: لم يقع طلاق.

(٦) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٣٨ الحديث ٣٣ وفي التهذيب والكافي والفقهاء عن

أبي جعفر عليه السلام وفي المختلف ص ٣٥ س ١٥ نقله عن أبي عبد الله عليه السلام.

(٧) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٥ س ١٨ قال: والجواب أنه محمول على حالة الاضطرار الخ.

وبحسنة زرارة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته، أو بعث غلامه، ثم بدا له فمحاها؟ قال: ليس ذلك بطلاق ولا عتاق حتى يتكلم به (١). فإن قيل: هذه الرواية مطلقة، وتلك مقيدة، والمطلق يحمل على المقيد. أجيب: بأن الغيبة والحضور لا تأثير لهما في السببية، لأن اللفظ لما كان سببا للبينونة، استوى إيقاعه من الغائب والحاضر، ولو كانت الكتابة سببا، لتساوي الحالين فيهما، مع اختصاص هذه الرواية لموافقة اعتضادها بالنظر والشهرة بين الأصحاب.

(الثانية) إلقاء القناع على المرأة للأخرس.

قاله الصدوقان (٢) (٣) وبه قال ابن حمزة (٤) وجعل الشيخ رواية، وقال: طلاقه بالإشارة والكتابة إن عرفها (٥) وبه قال القاضي (٦) وابن إدريس (٧) وأبو علي (٨)

-
- (١) الوسائل: ج ١٥، الباب ١٤ من أبواب مقدماته وشرائطه، ص ٢٩١ الحديث ٢.
(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٦٢) باب طلاق الأخرس ص ٣٣٣ الحديث ١ وفي ذيله (وقال أبي رضي الله عنه في رسالته إلى: الأخرس إذا أراد أن يطلق امرأته ألقى على رأسها قناعا الخ.
(٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٦٢) باب طلاق الأخرس ص ٣٣٣ الحديث ١ وفي ذيله (وقال أبي رضي الله عنه في رسالته إلى: الأخرس إذا أراد أن يطلق امرأته ألقى على رأسها قناعا الخ.
(٤) الوسيلة: فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٤ س ١ قال: أو إلقاء مقنعة على رأسها الخ.
(٥) النهاية: باب أقسام الطلاق وشرائطه ص ٥١١ س ١٩ قال: فليؤم إلى الطلاق إلى قوله: وقد روي أنه ينبغي أن يأخذ المقنعة الخ.
(٦) لم نظفر عليه في المهذب ولكن نقله في المختلف (كتاب الطلاق ص ٤٠ س ٣) قال: وجعله الشيخ وابن البراج رواية، ولعله منقول من كتابه الكامل.
(٧) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ٢٥ قال: ومن لم يتمكن من الكلام إلى قوله: وقد روي أنه ينبغي أن يأخذ المقنعة فيضعها على رأسه.
(٨) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٤٠ س ١ قال: المشهور أن طلاق الأخرس إلى قوله: ذهب إليه الشيخ وابن الجنيد.

ولو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث، صحت واحدة وبطل التفسير.
وقيل: يبطل الطلاق.
ولو كان المطلق يعتقد الثلاثة لزم.
(الركن الرابع) في الإشهاد، ولا بد من شاهدين يسمعانه، ولا

واختاره المصنف (١) والعلامة (٢).
احتج الأولون: بما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام قال: طلاق الأخرس
أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها، ثم يعتزلها (٣).
ومثلها رواية أبي بصير عنه عليه السلام (٤).
وأجيب: بضعف السند، وبالحمل على ما إذا علم بذلك إشارته.
احتج الآخرون برواية أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: سألت الرضا
عليه السلام عن الرجل يكون عنده المرأة، فيصمت فلا يتكلم، قال: أخرجس؟
قلت: نعم، قال: فيعلم منه بغض لامرأته وكرهته لها؟ قلت: نعم، أيجوز أن يطلق
عنه وليه؟ قال: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك، قلت: أصلحك الله: لا يكتب
ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذي يعرف من فعله مثل ما ذكرت من كراهته
لها، أو بغضه لها (٥).
قال طاب ثراه: ولو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث، صحت واحدة وبطل التفسير،

-
- (١) الشرائع: كتاب الطلاق في الصيغة، قال: ويقع طلاق الأخرس بالإشارة الدالة، وفي رواية
يلقي عليها القناع.
(٢) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤٠ س ١ قال: المشهور أن طلاق الأخرس بالإشارة المفيدة إلى
قوله: لنا ما رواه أحمد بن محمد آه.
(٣) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٧٤ الحديث ١٦٨.
(٤) الإستبصار: ج ٣ (١٧٥) باب طلاق الأخرس ص ٣٠١ الحديث ٣.
(٥) الوسائل: ج ١٥، الباب ١٩ من أبواب مقدماته وشرائطه ص ٢٩٩ الحديث ١٩.

يشترط استدعاؤهما إلى السماع، ويعتبر فيهما العدالة، وبعض الأصحاب يكتفي بالإسلام. ولو طلق ولم يشهد ثم أشهد كان الأول لغوا، ولا تقبل فيه شهادة النساء.

وقيل: يبطل الطلاق.

أقول: الأول اختيار الشيخ في النهاية (١) والقاضي (٢) وابن زهرة (٣) وابن إدريس (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦).
والثاني اختيار المرتضى (٧) وابن حمزة (٨) والحسن (٩) وظاهر سلار (١٠).

- (١) النهاية: باب أقسام الطلاق وشرائطه، ص ٥١٢ س ٥ قال: فإن طلقها أكثر من ذلك ثنتين أو ثلاثا، لم يقع أكثر من واحدة.
- (٢) المهذب: ج ٢، باب بيان ما يقع به الطلاق، ص ٢٧٩ س ٥ قال: وإذا قال لها: أنت طالق اثنين، وقعت طلقة في الحال، وما عدا ذلك لغو.
- (٣) الغنية من جوامع الفقهية: في الطلاق واللعان ص ٦١٥ س ١ قال: ومن طلق ثلاثا بلفظ واحد كان مبتدعا في قوله ثلاثا ووقعت واحدة.
- (٤) السرائر: كتاب الطلاق، ص ٣٢٥ س ٢٩ قال: فإن طلقها ثنتين أو ثلاثا إلى قوله: لم يقع على الصحيح من المذهب إلا واحدة الخ.
- (٥) الشرائع: كتاب الطلاق، في الصيغة قال: ولو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث إلى قوله: وقيل: يقع واحدة ويلقى التفسير وهو أشهر الروايتين.
- (٦) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٦ س ١ قال: وابن زهرة وابن إدريس وافقا الشيخ في النهاية وهو المعتمد
- (٧) الإنتصار في الطلاق ص ١٣٦ قال: مسألة، ومما انفردت به الإمامية القول: بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع الخ.
- (٨) الوسيلة: أحكام الطلاق: ص ٣٢٢ س ٤ قال: وبدعة في القول إلى قوله: وإيقاع الطلاق ثلاثا بلفظ واحد ولا يقع كلاهما.
- (٩) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٥ س ٣٧ قال: وقال ابن عقيل: لو طلقها ثلاثا بلفظ واحد وهي ظاهر لم يقع عليها شيء.
- (١٠) المراسم كتاب الفراق، ص ١٦١ طلاق السنة س ٧ قال: فما يرجع إلى الزوج إلى قوله: وأن يتلفظ بالطلاق موحدا.

(النظر الثاني) في أقسامه، وينقسم إلى بدعه وسنة.
فالبدعة طلاق الحائض مع الدخول وحضور الزوج، أو غيبته دون
المدة المشتركة، وفي طهر قد قربها فيه، وطلاق الثلاث المرسلة، وكله
لا يقع.

احتج الأولون: بوجود المقتضي، وهو (أنت طالق) وانتفاء المانع، إذا ليس إلا
الضميمة، وهي هنا مؤكدة لا منافية.
ولصحيحة جميل بن دراج عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الذي يطلق
في حال طهر في مجلس ثلاثاً؟ قال: هي واحدة (١).
وصحيحة بكير بن أعين عن الباقر عليه السلام قال: إن طلقها للعدة أكثر من
واحدة، فليس الفضل على الواحدة بطلاق (٢).
احتج الآخرون بصحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام: من طلق ثلاثاً في
مجلس فليس بشيء، من خالف كتاب الله رد إلى كتاب الله (٣).
ولأن واحدة المفردة المقيدة بقيد الوحدة غير مرادة، فلا يقع، لاشتراط القصد في
الطلاق والثلاث غير واقعة إجماعاً.
أجاب العلامة بالقول بالموجب، فإن الثلاث لا يقع، فكأنه ليس بشيء يوجب
ما قصده، والفعل الاختيار الصادر عن الحيوان إذا لم يحصل غايته يسمى باطلاً، فلا
يكون شيئاً (٤).
قال طاب ثراه: وطلاق الثلاث المرسلة، وكله لا يقع.

- (١) الإستبصار: ج ٣ (١٦٩) ص ٢٨٥ الحديث ١.
- (٢) الإستبصار: ج ٣ (١٦٩) ص ٢٨٦ الحديث ٥.
- (٣) الإستبصار: ج ٣ (١٦٩) ص ٢٨٧ الحديث ١٠.
- (٤) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٦ س ٨ قال: والجواب: إنا نقول بموجب الخبر الخ.

وطلاق السنة ثلاث: بائن، ورجعي، وللعدة.
فالبائن ما لا يصح معه الرجعة، وهو طلاق اليائسة على الأظهر،
ومن لم يدخل بها، والصغيرة، والمختلعة والمباراة ما لم ترجعا في البذل،
والمطلقة ثلاثا بينها رجعتان.
والرجعي ما يصح معه الرجعة ولو لم يرجع.
وطلاق العدة ما يرجع فيه ويواقع، ثم يطلق.
فهذه تحرم في التاسعة تحريما مؤبدا.
وما عداها تحرم في كل ثلاثة حتى تنكح غيره.

أقول: مراده تعداد الطلاق البدعي، وعد منه أصنافا، كطلاق الحائض،
والثلاث المرسلة، قال: (وكله لا يقع) لأنه غير مراد للشارع، والأصل بقاء عصمة
النكاح، فيقف رفعها على موضع الإذن، خلافا للعامة: فإن عندهم أن طلاق
الحائض بدعة، لكنه يقع (١).
ويحتمل أن يعود الضمير في قوله: (وكله) إلى الثلاث المرسلة، وقد تقدم أن
الواقع منها واحدة على أحد القولين، ولا يقع شيء على القول الآخر، ومختار المصنف
الوقوف، فقوله هنا (وكله) يحتمل أن يكون المراد الكل المجموعي، أي الثلاث
بتمامها لا يقع، بل واحدة منها، ويحتمل أن يكون رجوعا عن الأول، وقد صرح به
المصنف في الشرائع، حيث قال: والكل باطل لا يقع معه طلاق (٢) فأتى الطلاق
منكرا في سياق النفي وهو يفيد العموم على ما تقرر في موضعه.
قال طاب ثراه: فالبائن لا يصح معه الرجعة، وهو طلاق اليائسة على الأظهر.

(١) فصل: فإن طلق للبدعة وهو أن يطلقها حائضا، أو في طهر أصابها فيه، أثم ووقع طلاقه في قول
عامة أهل العلم (المعني لابن قدامة) ج ٨ ص ٢٣٨ مسألة ٥٨١٦.
(٢) تقدم آنفا.

أقول: اختلف في اليائسة والصغيرة هل عليهما عدة أم لا؟
الأول مذهب المرتضى (١) وابن زهرة (٢).
والثاني مذهب الشيخين (٣) (٤) والصدوقين (٥) (٦) والتقي (٧) والقاضي (٨)
وابن حمزة (٩) وابن إدريس (١٠) واختاره المصنف (١١) والعلامة (١٢).

- (١) الإنتصار، في مسائل العدة، ص ١٤٦ س ٤ قال: والذي أذهب أنا إليه: أن على الآيسة من المحيض والتي لم تبلغه، العدة الخ.
(٢) الغنية في الجوامع الفقهية، ص ٥٥٤.
(٣) المقنعة: باب عدد النساء، ص ٨٢ س ٢٢ قال: وإن كانت قد استوفت خمسين سنة وارتفعت عنها الحيض وأيست منه لم يكن عليها عدة إلى أن قال: وإن صغرت عن ذلك لم يكن عليها عدة الخ.
(٤) المبسوط: ج ٥، كتاب العدد، ص ٢٣٩ س ٦ قال: الآيسة من المحيض ومثلها لا تحيض لا عدة عليها مثل الصغيرة الخ.
(٥) المختلف: الفصل السادس في العدد ص ٥٩ س ١٧ قال: لا عدة عليها (أي الصبية والآيسة) وهو اختيار الشيخ علي بن بابويه.
(٦) المقنع باب الطلاق ص ١١٦ س ١ قال: واعلم إلى أن قال: إن كان مثلها لا تحيض فلا عدة عليها.
(٧) الكافي: فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٢ س ٣ قال: وقبل أن تبلغ تسع سنين إلى قوله: فلا عدة عليهما.
(٨) المهذب: ج ٢ باب طلاق المدخول بها ولم تبلغ المحيض ص ٢٨٤ س ١٥ قال: فإذا طلقها بانت منه الخ.
(٩) الوسيلة: فصل في بيان العدة ص ٣٢٥ س ١٨ قال: والتي لم تبلغ المحيض، والآيسة لا عدة عليهما.
(١٠) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ١ قال: فقد اختلف أصحابنا في وجوب العدة عليهما إلى قوله: والقول الآخر (أي عدم الوجوب) أكثر وأظهر.
(١١) لاحظ عبارة النافع.
(١٢) المختلف: ص ٥٩ الفصل السادس في العدد س ١٩ قال: والمعتمد الأول، أي قول الشيخان

وهنا مسائل خمسة.
(الأولى) لا يهدم استيفاء العدة تحريم الثلاثة.

احتج السيد بقوله تعالى: (واللائي يئسن من المحيض من نساءكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) (١) وهذا صريح في الآيات من المحيض، واللائي لم يبلغن عدتهن الأشهر على كل حال (٢).
احتج الآخرون بوجوه.

(أ) إن المقتضي للاعتداد، وهو استعمال فراغ الرحم من الحمل غالبا منتف هنا قطعاً، فلا وجه لوجوب العدة روى محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: التي لا تحبل مثلها، لا عدة عليها (٣) وهو إيماء إلى ما ذكرناه من العلة.
(ب) إن غير المدخول بها لا عدة عليها إجماعاً، فكذا اليائسة والصغيرة، إذا الدخول هنا لا اعتداد به.

(ج) موثقة عبد الرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: ثلاث يتزوجن على كل حال: التي لم تحض ومثلها لا تحيض، قال: قلت: وما حدها؟ قال: إذا أتى عليها أقل من تسع سنين، والتي لم يدخل بها، والتي يئسن من المحيض ومثلها لا تحيض، قال: قلت: وما حدها؟ قال: إذا كان لها خمسون سنة (٤).
قال طاب ثراه: لا يهدم استيفاء العدة تحريم الثالثة.
أقول: لم يختلف أحد من أصحابنا في افتقارها بعد الثلاثة إلى المحلل، سواء كانت الثلاث للعدة أو للسنة.
ولأنه منصوص القرآن (٥) وفي الثالثة لا بد من استيفاء العدة بالنسبة إلى المحلل،

(١) الطلاق: ٤.

(٢) تقدم آنفاً.

(٣) الإستبصار: ج ٣ (١٩٦) ص ٣٣٨ الحديث ٣.

(٤) الإستبصار: ج ٣ (١٩٦) ص ٣٣٧ الحديث ١.

(٥) قال تعالى: (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) سورة البقرة / ٢٣٠.

ولو كان استيفائها كافيا في الحل في الأول وهادما للتحريم لجاز العقد للزوج مكان المحلل، فيلزم عدم الافتقار إلى المحلل أبداً، وهو مخالف للكتاب العزيز، وعليه طابقت الروايات (١).

نعم ورد في شواذها: عن الحسن بن محبوب، عن عبد الله بن بكير، عن زرارة بن أعين قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: الطلاق الذي يحبه الله هو الطلاق الذي يطلق الفقيه، وهو العدل بين المرأة والرجل أن يطلقها في استقبال الطهر بشهادة الشاهدين، وإرادة من القلب، ثم يتركها حتى يمضي ثلاثة قروء، فإذا رأت الدم في أول قطرة من الثالثة، وهو آخر القروء، لأن الأقراء هي الأطهار، فقد بانت منه، وهي أملك بنفسها، فإن شاءت تزوجه وحلت له بلا زوج، فإن فعل هذا بها مائة مرة هدم ما قبله، وحلت بلا زوج، وإن راجعها قبل أن تملك نفسها ثم طلقها ثلاثة مرات، يراجعها ويطلقها لم تحل له إلا بزواج (٢).

وعبد الله بن بكير فطحي كذاب.

وقال الشيخ وسئل عن هذا؟ فقال: هذا مما رزقه الله من الرأي، ولما رأى أصحابه لا يقولون به أسنده إلى زرارة نصرته لمذهبه الذي أفتى به، وإنما هو عليه من الغلط في انحرافه عن اعتقاد الحق، في اعتقاد مذهب الفطحية أعظم من الغلط في استناده فتياً يعتقد صحته لشبهة دخلت عليه إلى بعض أصحاب الأئمة عليهم السلام ولم يعلم بها أحد من الأصحاب (٣).

قال طاب ثراه: يصح طلاق الحامل للسنة كما تصح للعدة.

(١) لاحظ الوسائل: ج ١٥، الباب ٤ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ص ٣٥٧.
(٢) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق، ص ٣٥ الحديث ٢٦.
(٣) قطعة من كلام الشيخ بعد نقل الرواية، لاحظ ص ٣٥ و ٣٦ من ج ٨ من التهذيب.

فهذا تقرير الإشكال، وتقرير حله يتوقف على إيراد أقوال الفقهاء في هذه المسألة وهي أربعة.

(أ) قال الصدوق في الرسالة والمقنع (١) (٢) إذا راجع الحبل قبل وضعها، ثم أراد طلاقها ثانيا لم يكن له ذلك إلا بعد الوضع، أو مضي ثلاثة أشهر، ولم يفصلا العدي والسني.

(ب) قال أبو علي: إذا أراد طلاقها بعد الرجعة وكان قد واقع، اشترط مضي شهر بعد الواقع وكذا في الثالث، ويحرم حتى المحلل (٣).

(ج) قال الشيخ في النهاية: إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته وهي حبل مستبين حملها، فليطلقها أي وقت شاء، فإذا طلقها واحدة كان أملك برجعته ما لم تضع ما في بطنها، فإذا راجعها وأراد طلاقها للسنة، لم يجز له ذلك حتى تضع ما في بطنها، وإذا أراد طلاقها للعدة، واقعها ثم طلقها بعد المواقعة (٤).

وتبعه القاضي (٥) وابن حمزة (٦) فقد منع من طلاقها للسنة بالمعنى الأعم،

(١) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٧ س ٢١ قال: وقال الشيخ علي بن بابويه في رسالته: فإن راجعها يعني الحبل الخ.

(٢) المقنع، باب الطلاق ص ١١٦ س ٨ قال: فإن راجعها من قبل أن تضع ما في بطنها، أو يمضي بها ثلاثة أشهر، ثم أراد طلاقها الخ.

(٣) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٧ قال: وقال ابن الجنيد: والحبل إذا طلقها زوجها وقع الطلاق وله أن يرتجعها آه.

(٤) النهاية: باب كيفية أقسام الطلاق ص ٥١٦ س ٢٠ قال: وإذا أراد أن يطلق امرأته وهي حبل مستبين حملها فيطلقها أي وقت شاء الخ.

(٥) المهذب: ج ٢ باب طلاق الحامل المستبين حملها ص ٢٨٥ س ١٢ قال: طلاق هذه المرأة إذا أراد زوجها الخ.

(٦) الوسيلة، فصل في بيان أقسام الطلاق ٣٢٢ س ١٢ قال: والحامل إذا استبان حملها طلقها متى شاء الخ.

وأجازه للعدة فكأنه يقول: لا يجوز طلاقها إلا نوعا واحدا من أنواع الطلاق، وهو العدى فقط.

(د) قال ابن إدريس: يجوز طلاقها للسنة (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣) وفخر المحققين (٤) رضي الله عنهم.

احتج الصدوقان بصحيفة محمد بن إسماعيل الجعفي عن الباقر عليه السلام قال: طلاق الحامل واحدة، فإذا وضعت ما في بطنها فقد بانت عنه (٥).

وبصحيفة أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: الحبلى تطلق تطليقة واحدة (٦).

ورواية منصور الصيقل عنه عليه السلام في الرجل يطلق امرأته وهي حبلى؟ قال: يطلقها، قلت: فيراجعها؟ قال: نعم يراجعها، قلت: فإنه بدا له بعد ما راجعها أن يطلقها؟ قال: لا حتى تضع (٧).

وأجاب الشيخ عن الأولين: بأن المراد بالوحدة، الوحدة الصنفية، أي لا يقع بها إلا صنف واحد من الطلاق، وهو العدى، لا صنفان أحدهما عدى والآخر

(١) السرائر، كتاب الطلاق، ص ٣٢٨ س ٥ قال: وإذا أراد أن يطلق امرأته وهي حبلى مستبين حملها فليطلقها أي وقت شاء الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٧ س ٣٨ قال: والتحقيق في هذا الباب أن نقول الخ.

(٤) الإيضاح: ج ٣ ص ٣١٧ س ٧ قال: (د) قول والدي المصنف قدس الله سره: أنه يجوز طلاقها للسنة كما يجوز للعدة إلى قوله: وهو الأقوى.

(٥) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٧٠ الحديث ١٥٣ وفيه (عن إسماعيل الجعفي) بحذف كلمة (محمد).

(٦) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٧٠ الحديث ١٥٢.

(٧) التهذيب: ج ٨ (٣) باب أحكام الطلاق ص ٧١ الحديث ١٥٧.

سني (١) ولهذا منع من طلاقها إلا بعد المواقعة، ليكون للعدة. واحتج الشيخ على هذا التأويل برواية إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الحامل يطلقها زوجها ثم يراجعها، ثم يطلقها، ثم يراجعها، ثم يطلقها الثالثة؟ فقال: تبين منه ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره (٢). فقد تضمنت هذه الرواية تعداد الطلاق صريحا، فيكون معارضة للثالثة والأولتين أيضا.

وعن إسحاق بن عمار أيضا عنه عليه السلام قال: سألته عن الحبل، يطلق طلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره؟ قال: نعم، قلت: أأست قلت: إذا جامع لم يكن له أن يطلق؟ قال: الطلاق لا يكون إلا على طهر، قد بان وحمل قد بان وهذه قد بان حملها (٣).

احتج أبو علي برواية يزيد الكناسي قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن طلاق الحبل؟ فقال: يطلقها واحدة للعدة بالشهود، قلت: فله أن يراجعها؟ قال: نعم وهي امرأته قلت: فإن راجعها ومسها وأراد أن يطلقها تطليقة أخرى؟ قال: لا يطلقها حتى يمضي لها بعد ما مسها شهرا، قلت: فإن طلقها ثانية وأشهد ثم راجعها وأشهد على رجعتها ومسها ثم طلقها التطليقة الثالثة وأشهد على طلاقها لكل عدة شهر، فهل تبين كما تبين المطلقة على العدة التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره؟ قال: نعم، قلت: فما عدتها؟ قال: عدتها إن تضع ما في بطنها، ثم قد حلت

-
- (١) قال في الإستبصار، ج ٣ باب طلاق الحامل المستبين حملها ص ٢٩٩ ذيل حديث ٧ ما لفظه: قيل له: الوجه في هذا الخبر أنه ليس له أن يطلقها أي طلاق، وإذا لم يكن ذلك فيه، حملناه على أنه ليس له أن يطلقها إذا راجعها حتى تضع طلاق السنة، فأما طلاق العدة فيجوز إذا وطئها.
- (٢) الإستبصار: ج ٣ (١٧٤) باب طلاق الحامل المستبين حملها، ص ٢٩٩ الحديث ٨.
- (٣) الإستبصار: ج ٣ (١٧٤) باب طلاق الحامل المستبين حملها ص ٢٩٩ الحديث ٨.

للأزواج (١).

احتج ابن إدريس بعدم المانع، وعموم الآيات كقوله تعالى: (فإن طلقها) (٢)
(الطلاق مرتان) (٣) (٤).

قال المصنف: الوجه الإعراض عن أخبار الآحاد، والالتفات إلى ما دل القرآن
عليه من جواز طلاقها مطلقا (٥).

وقول المصنف في الشرائع: إذا طلق الحامل وراجعها جاز أن يطأها ويطلقها
ثانية للعدة إجماعا (٦).

يريد بالإجماع هنا الحاصل بعد عصري الفقيهين وأبي علي، لانقراض المخالف
فيه (٧).

قال العلامة في المختلف: والتحقيق في هذا الباب أن طلاق العدة والسنة
واحدة، وإنما يصير للسنة بترك الرجعة وترك المواقعة، وللعدة بالرجعة في العدة
والمواقعة، فإذا طلقها لم يظهر أنه للسنة أو للعدة إلا بعد وضع الحمل، لأنه إن راجع

(١) الإستبصار: ج ٣ (١٧٤) باب طلاق الحامل المستبين حملها ص ٣٠٠ الحديث ٩.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

(٣) البقرة: ٢٢٩.

(٤) السرائر: كتاب الطلاق، ص ٢٢٨ س ٩ قال: والأصل الصحة والمنع يحتاج إلى دليل مع قوله
تعالى: الخ.

(٥) الظاهر أن المراد بقوله (قال المصنف) هو نجم الدين بن سعيد، لأن هذا القول منه، لاحظ
الإيضاح، ج ٣ س ٥.

(٦) الشرائع: كتاب الطلاق، وأما طلاق العدة، قال: (الثانية) إذا طلق الحامل وراجعها جاز له
أن يطأها ويطلقها إلى قوله: إجماعا.

(٧) الإيضاح: ج ٣، كتاب الفراق، ص ٣١٨ س ١٢ قوله (إجماعا) المراد به إجماعا أهل العصر
الثالث، أي بعد عصري ابن بابويه وابن الجنيد، لانقراض المخالف فيه الخ.

قبله كان طلاق العدة، وإن تركها حتى تضع كان طلاق السنة، فإن قصد الشيخ ذلك فهو حق وتحمل الأخبار عليه (١).
وعجز هذا التحقيق يعطي كون النزاع لفظيا، لأن حاصله، أن طلاق السنة لا يتصور، لأن حقيقته تركها بعد الطلاق حتى تنقضي العدة، وهي بوضع الحمل، يخرج عن كونها حاملا، ولم يقل أحد ببطان الطلاق الذي لا يتعقبه رجعة إذ شرائط الطلاق تكون مقدمة عليه بوجوب تقدم الشرط على مشروطه.
وأورد عليه السيد عميد الدين عبد المطلب قدست نفسه (٢) أن قوله: (لا يعلم كونه للسنة أو للعدة إلا بعد الوضع) مستدرک، لأنه يعلم كونه للعدة قبل الوضع، بأن يراجعها قبله، ثم يواقعها، ثم يطلقها، ثم يجوز له أن يراجعها أيضا ويواقعها ثم فيطلقها الثالثة، فيحرم عليه حتى تنكح زوجا غيره، ولا يتوقف العلم بذلك على الوضع، ولو قال: (لا يعلم كونه للسنة حتى تضع)، كان حقا، وذلك ليس مخصوصا بالحامل، بل كل مطلقة رجعيًا لا يعلم كون طلاقها للسنة حتى تنقضي عدتها، سواء كان بالوضع، أو بالأقراء، أو بالأشهر، فإنه متى انقضت عدتها ولم يراجع، علم أنه للسنة، وقبل ذلك لا يعلم، هذا آخر كلامه في شرحه (٣).
وأجاب عنه ولده فخر المحققين بأن قوله: (إذا طلقها لم يظهر) أي بالطلاق لأيهما

(١) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٣٧ س ٣٨ قال: والتحقيق في هذا الباب أن نقول: الخ.
(٢) قال في الذريعة: ج ١٤ ص ١٢ تحت رقم ١٥٦٧ في عنوان شرح القواعد ما لفظه: السيد عميد الدين عبد المطلب مجد الدين، أبي الفوارس محمد بن علي الأعرجي ابن أخت العلامة الحلبي، ولد سنة ٦٨١ وتوفي سنة ٧٥٤ ذكره سيدنا الصدر في التكملة، وحكي في رياض العلماء عن نظام الأقوال بعنوان الحاشية أيضا، وعند عده لشروح القواعد ذكر أولا شرح العميدي مصرحا بأنه ألفه بعد وفاة خاله العلامة.
(٣) مخطوط ولم نظفر عليه.

هو، وإنما يظهر بأحد الأمرين إما بالرجوع قبله والمواقعة، وهو علامة العدي، أو بالوضع قبل الرجوع، وهو علامة السني، هذا مراده ولم يرد أنه لا يظهر واحد منهما إلا بعد الوضع (١).

ثم قال فخر المحققين: وأقول على قول الشيخ: يلزم أحد أمور ثلاثة. إما أن يجعل حصول وصف السني والعدي بالنية، أو الرجعة سببا للصحة أو كاشفة، لأن الطلاق حال وقوعه قدر مشترك بين صنفيه، أعني العدي والسني بالمعنى الأخص، فالمميز له بحصول أحد الوصفين، إما النية، أو الرجعة والمواقعة في العدة، أو هي كاشفة، ودليل الحصر الإجماع على انتفاء غيرها. أما النية فلم يقل به أحد، وأما كون الرجعة سببا للصحة، فلاستلزامه الدور، لأن صحة الرجعة مشروطة بصحة الطلاق، فلو كان الرجعة سببا في صحة الطلاق لزم الدور، فبقي أن يكون الرجعة والمواقعة في العدة كاشفة، فإن حصلنا أنه للعدة، وإن لم يحصلنا حتى خرجت العدة بوضع الحمل علمنا أنه للسنة (٢).

وأقول: إن الذي ينبغي تحصيله في هذا المقام أن نقول: موضوع المسألة: أن الحامل يجوز أن تطلق واحدة إجماعا. وهل الواحدة نوعية، أو شخصية؟ الصدوقان على الثاني (٣)، والشيخ على الأول (٤)، فيجوز عنده تعددها إذا كانت من صنف واحد من أصناف الطلاق، وهو العدي، فيمنع من طلاقها ثانيا حتى يواقعها، ولو لم يواقعها منع من طلاقها، فالوقاع شرط في الطلاق الثاني للحامل، فيزيد على شروطها ذلك، ويكون معنى

-
- (١) الإيضاح: كتاب الفراق، ج ٣ ص ٣١٨ س ٧ قال: (فإذا طلقها لم يظهر، أي بالطلاق أنه لأيهما هو، إلى قوله: هذا مراده، ولم يرد أنه لا يظهر واحد منهما إلا بعد الوضع كما قد يقع في أوهام بعض العوام.
- (٢) الإيضاح: ج ٣، كتاب الفراق، ص ٣١٨ س ١٤ قال: وأقول على قول الشيخ الخ.
- (٣) تقدم نقل قولهما.
- (٤) تقدم نقل قولهما.

(الثانية) يصح طلاق الحامل للسنة كما تصح للعدة.
(الثانية) يصح طلاق الحامل للسنة كما تصح للعدة على الأشبه.
(الثالثة) يصح أن يطلق ثانية في الطهر الذي طلق فيه وراجع فيه،
ولم يظأ، لكن لا يقع للعدة.
(الرابعة) لو طلق غائباً ثم حضر ودخل بها، ثم ادعى الطلاق لم
تقبل دعواه، ولا بينته، ولو أولدها لحق به.
(الخامسة) إذا طلق الغائب وأراد العقد على أختها، أو على خامسة،
تربص تسعة أشهر احتياطاً.
(النظر الثالث) في اللواحق وفيه مقاصد.

قول الشيخ: (فإذا راجعها وأراد طلاقها للسنة لم يجز له ذلك) السنة بالمعنى الأعم،
وقوله (حتى تضع) أي لا يجوز إيقاع طلاق آخر عليها على غير الوجه المذكور، وهو
الذي يتقدمه الوقاع، بل يستمر معها حتى تضع.
وابن إدريس ومن تبعه على جواز طلاقها مطلقاً (١)، أي وإن لم يتقدمه وطى،
فيكون للسنة بالمعنى الأعم.
ويجاب عن الإشكال (٢) قوله: (طلاق العدة سني بالمعنى الأعم لأنه أحد
أقسامه).

قلنا: مسلم، لكن لما اختص الجواز بقسم واحد من أقسامه، صار كالقسيم
لباقى الأقسام، فقولهم: (يجوز طلاق الحامل للعدة) وهو داخل في السني العام لكن
بقيد الرجوع والوطي في العدة، ومع عدم الوطي يكون سنيا عاما شاملاً لذلك
وللسني الخاص، فاعلم ذلك.

(١) تقدم نقل قوله ودليله.
(٢) أي الإشكال الذي طرحه في صدر المبحث.

(الأول) يكره طلاق المريض، ويقع لو طلق، ويرث زوجته في العدة الرجعية، وترثه هي، ولو كان الطلاق بائنا، إلى سنة، ما لم تتزوج، أو يبرء من مرضه ذلك.
(الثاني) في المحلل.

ويعتبر فيه البلوغ والوطئ في القبل بالعقد الصحيح الدائم. وهل يهدم ما دون الثلاث؟ فيه روايتان، أشهرهما: أنه يهدم.

قال طاب ثراه: وهل يهدم ما دون الثلاث؟ فيه روايتان، أشهرهما: أنه يهدم. أقول: إذا رجع المطلق عاد إليه النكاح بما بقي من الطلقات. وكذا إن بانث منه بطلقة أو طلقتين وارتجعا بعقد مستأنف قبل تزويجها بغيره، أو بعده قبل إصابة الثاني.

أما لو كان بعد إصابته على الشرائط المحللة لو وقعت بعد ثلاث، فهل يهدم هذا المحلل الطلاق السابق، وتبقى مع زوجها على ثلاث مستأنفات؟ أو لا يهدم بعد الطلقة السابقة على النكاح الثاني مع الثلاث وتبقى معه بعد تزويجها على طلقتين، ولو كان السابق على نكاح الثاني طلقتين بقيت معه على طلقة؟ فيه روايتان.

أحدهما الهدم، وهي رواية رفاعة بن موسى النحاس، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رج طلق امرأة تطليقة واحدة، فتبين منه، ثم يتزوجها آخر، فيطلقها على السنة، فتبين منه، ثم يتزوجها الأول، على كم هي عنده قال: على غير شيء، ثم قال: يا رفاعة كيف إذا طلقها ثلاثا ثم تزوجها ثانيا استقبل الطلاق، فإذا طلقها واحدة كانت على الثنتين (١).

(١) الإستبصار: ج ٣ (١٦٤) باب إن من طلق امرأة ثلاث تطليقات للسنة، لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ص ٢٧٢ الحديث ٩.

ويؤيدها رواية عبد الله بن عقيل بن أبي طالب: إن عمر قضى على أنها تبقى على ما بقي من الطلاق، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: سبحان الله أيهدم ثلاثاً، ولا يهدم واحدة (١).

ويعضدها الشهرة بين الأصحاب، فأفتى بمضمونها الشيخ في كتبه الثلاثة في النهاية (٢) والمبسوط (٣) والخلاف (٤) والقاضي (٥) وابن حمزة (٦) وابن إدريس (٧) واختاره المصنف (٨) والعلامة (٩) والآخرين عدم الهدم. وهي صحيحة الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقة واحدة، ثم تركها حتى قضت عدتها، فتزوجت زوجها غيره، ثم مات الرجل،

(١) الإستبصار: ج ٣ (١٦٤) باب من طلق امرأته ثلاث تطليقات للسنة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ص ٢٧٥ الحديث ٢٣.

(٢) النهاية: باب كيفية أقسام الطلاق ص ٥١٣ س ١٦ قال: فإن تزوجت فيما بين التطليقة الأولى إلى قوله: هدم ما تقدم من الطلاق.

(٣) المبسوط: ج ٥ فصل فيما يهدم الزوج من الطلاق، ص ٨١ س ١٩ قال: وإن وطئها الثاني ثم طلقها إلى قوله: فإنها تعود عندنا كما كانت أولاً.

(٤) كتاب الخلاف، كتاب الطلاق، مسألة ٥٩ قال: الظاهر من روايات أصحابنا والأكثرين: إن الزوج الثاني إذا دخل بها يهدم ما دون الثلاث الخ.

(٥) المهذب: ج ٢ باب صفة طلاق السنة، ص ٢٨٢ س ٣ قال: فإن تزوجت بين الطلقة الأولى والثانية إلى قوله: هدم هذا التزويج ما تقدم من الطلاق.

(٦) الوسيلة: فصل في بيان أقسام الطلاق، ص ٣٢١ س ١٥ قال: فإن تزوجها بعد الواحدة أو الاثنين رجل بالغ إلى قوله: هدم ما تقدم من الطلاق.

(٧) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٣ س ٩ قال: وكذا إن تزوجت فيما بين الأولى والثانية إلى قوله: هدم ذلك ما تقدم من الطلاق.

(٨) لاحظ عبارة النافع.

(٩) المختلف: كتاب الطلاق ص ٣٩ س ٣٩ قال بعد نقل الأقوال: فالأقوى ما اختاره الشيخ.

ولو ادعت أنها تزوجت ودخل، وطلقها، فالمروي القبول إذا كانت ثقة.

(المقصد الثالث) في الرجعة.

تصح نطقاً، كقوله: راجعت، وفعلاً، كالوطء والقبلة واللمس بالشهوة، ولو أنكر الطلاق كان رجعة ولا يجب في الرجعة الإشهاد، بل يستحب.

أو طلقها فراجعها زوجها الأول، فقال: هي عنده على تطليقتين باقيتين (١). ونقل ابن إدريس عن بعض أصحابنا: العمل بها (٢). وحمل الشيخ هذه الرواية وما في معناها على أحد أمور ثلاثة. إما أن يكون الزوج الثاني صغيراً. أو لم يدخل بها. أو يكون متعة (٣).

قال طاب ثراه: ولو ادعت أنها تزوجت ودخل وطلق، فالمروي القبول إذا كانت ثقة.

أقول: الرواية إشارة إلى ما رواه الحسين بن سعيد عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل طلق امرأته ثلاثاً فبانت منه، وأراد مراجعتها، قال: إني أريد أراجعك

(١) الإستبصار ج ٣ (١٦٤) باب من طلق امرأة ثلاث تطليقات للسنة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ص ٢٧٣ الحديث ١٠.

(٢) السرائر: كتاب الطلاق، ص ٣٢٣ س ١٠ قال: في بعضها لا يهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث الخ.

(٣) الإستبصار: ج ٣ (١٦٤) باب من طلق امرأة ثلاث تطليقات للسنة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ص ٢٧٣ قال بعد نقل حديث ١٤: فالوجه في هذه الروايات أحد شيئين الخ.

ورجعة الأخرس بالإشارة، وفي رواية بأخذ القناع.
ولو ادعت انقضاء العدة في الزمان الممكن، قبل.

فتزوجي زوجا غيري، قالت: قد تزوجت وحللت لك نفسي، فيصدقها ويراجعها،
كيف يصنع؟ قال: إذا كانت المرأة ثقة صدقت في قولها (١).
قال طاب ثراه: ورجعة الأخرس بالإشارة، وفي رواية بأخذ القناع.
أقول: الأول هو المشهور، وهو مختار الشيخ (٢) والقاضي (٣) وأبي علي (٤) وابن
إدريس (٥) والمصنف (٦) والعلامة (٧).
وأخذ القناع مذهب الصدوقين (٨) (٩) وابن حمزة (١٠).

- (١) الإستبصار: ج ٣ (١٦٤) باب أن من طلق امرأة ثلاث تطليقات لا تحل له حتى تنكح زوجا
غيره، ص ٢٧٥ الحديث ٢٢.
- (٢) الإستبصار: ج ٣ (١٧٥) باب طلاق الأخرس الحديث ١ ثم قال بعد نقل الحديثين الذين فيهما
أخذ المقنعة ووضعها على رأسها ما لفظه: فلا ينافي هذين الخبرين الخبر الأول الخ.
- (٣) المختلف كتاب الطلاق ص ٤٠ س ١ قال: مسألة المشهور أن طلاق الأخرس بالإشارة إلى
أن قال: ذهب إليه الشيخ وابن الجنيد وتبعهما ابن البراج.
- (٤) المختلف كتاب الطلاق ص ٤٠ س ١ قال: مسألة المشهور أن طلاق الأخرس بالإشارة إلى
أن قال: ذهب إليه الشيخ وابن الجنيد وتبعهما ابن البراج.
- (٥) السرائر: كتاب الطلاق ص ٣٢٥ س ٢٥ قال: ومن لم يتمكن من الكلام مثل أن يكون أخرس
إلى قوله: فإذا أراد منه مراجعتها أخذ القناع من رأسها وهذه الرواية يمكن حملها على من لم يكن له كتابة
مفهومة الخ.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) القواعد: كتاب الفراق، ص ٦٦ الفصل الثاني في الرجعة، س ٤ قال: والأخرس بالإشارة
الدالة عليها، وقيل: بأخذ القناع الخ.
- (٨) المقنع، باب الطلاق ص ١١٩ س ١٥ قال: والأخرس إلى قوله: فإذا أراد أن يراجعها رفع القناع
عنها الخ.
- (٩) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤٠ س ٢ قال: وقال الصدوق في المقنع وأبوه في رسالته إلى قوله:
فإذا أراد مراجعتها رفع القناع عنها.
- (١٠) الوسيلة: في بيان أحكام الرجعة ص ٣٣٠ س ١٣ قال: ويزداد للأخرس واحد وهو كشف المقنعة عن
رأسها.

(المقصد الرابع) في العدد، والنظر في فصول.

وأما الرواية بأخذ القناع تنصيا في الرجعة، فلم نقف عليها، بل في الطلاق. وهي رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها (١).

مقدمة

العدة مدة مقررة بأصل الشرع بالأشهر أو الأقراء، أو بهما، أو الحمل. يوجبها رفع النكاح الثابت بالعقد بالموت مطلقا، وبعد الدخول بغيره، أو وطئ غير محرم لأجنبية.

وهي على ثلاثة أضرب.

تعبد محض، كعدة الوفاة مع عدم الدخول.

واستبراء محض كعدة الحامل.

وبعدة واستبراء بالشهور والأقراء.

وأياها: العدة قد يكون بالأقراء كمستقيمة الحيض، وقد يكون بالشهور

كالمستربة، وقد يتركب منهما كما لو بانت بعد حيضة فإنها يكملها بشهرين، ولو كان بعد حيضين أكملت بشهر.

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فلذوات الأقراء، قوله تعالى: (والمطلقات يتربص بأنفسهن ثلاثة

قروء) (٢) ولذوات الشهور (واللائئ يئسن من المحيض من نساءكم إن ارتبتم

فعدتهن ثلاثة أشهر واللائئ لم يحضن) (٣) وللحوامل (وأولات الأحمال أجلهن أن

(١) الكافي: ج ٦ باب طلاق الأخرس ص ١٢٨ الحديث ٣.

(٢) البقرة: ٢٢٨.

(٣) الطلاق: ٤.

يضعن حملهن) (١) وللأرامل. (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) (٢).
وأما السنة فكثيرة متواترة (٣).
وأما الإجماع: فمن سائر المسلمين لا يختلفون في وجوب الاعتداد على الزوجات بعد مفارقة الأزواج ومن طريق النظر: إنما حرم السفاح حذراً من اختلاط الأنساب، ومع مفارقة الأول بعد وطئه لو جاز الوطي لامتزج الماءان، وقال عليه السلام: ماءان في رحم واحد (٤).
ويلزم اختلاط النسب المحذور في كل شريعة، فلا بد من ضبط قدر يعلم به فراغ الرحم من الأول ليأمن الثاني على نسبه من التدنيس بالغير.
وقد كان يكفي الحيضة الواحدة كما جعله الشرع دلالة على فراغ رحم الجارية في الاستبراء، فجعله ثلاثة قروء إعظاماً للعقد وتفخيماً لأمر الحرائر، واحتياطاً في المبالغة على حفظ الأنساب، وإمهالاً في التروي لاختيار الزوجين الرجوع إلى التثام الحال، وحفظاً للعيال، وصوناً لعصمة الفرج وستر الحال والفراش أن يكسر التطلع عليه قال الله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً) (٥). ومع عدم الوطي لا عدة، لا من الاختلاط المذكور، ولا عيال يخشى ضيعتهم، ولا فراش انكشف عليه يحافظ على ستره. وأوجبها في الوفاة تفجعاً على الميت، لتعظيم أمره، ولئلا ينسى ذكره، ويبعث الفكر على النظر في أمر الآخرة والتزهيد في الدنيا، ولهذا

(١) الطلاق: ٤.

(٢) البقرة: ٢٣٤.

(٣) لاحظ الوسائل ج ١٥، الباب ٢ و ٤ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه.

(٤) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٣٨٤ الحديث ٤٩.

(٥) البقرة: ٢٢٨.

(الأول) لا عدة على من لم يدخل بها عدا المتوفى عنها زوجها. ونعني بالدخول: الوطء قبلاً أو دبراً ولا تحب بالخلوة.
(الثاني) في المستقيمة الحيض، وهي تعد بثلاثة أطهار على الأشهر، إذا كانت حرة، وإن كانت تحت عبد وتحسب بالطهر الذي طلقها فيه ولو حاضت بعد الطلاق بلحظة، وتبين برؤية الدم الثالث. وأقل ما تقضي به عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان، وليست الأخيرة من العدة، بل دلالة الخروج.

وجب الحداد المشتمل على ترك الزينة ولبس شعار الحزن ليعظم أمر الموت ولا يستهان به، واستحباب إقامة المأتم وإظهار الحزن والتعزية ثلاثة أيام، من هذا القبيل. وأما عدة الحامل: فإن الوجه فيه، وإن أمن الاختلاط في حقيقة النسب، لا يؤمن فيه الاختلاط بالبعضية، لما روي في الأخبار أنه يتغذى بنطفته (١) وقد تقدم من ذلك جملة مقنعة في باب بيع الحيوان، مع ما فيه من التروي لالتئام الحال وعود الزوجين إلى النكاح في زمان العدة.
قال طاب ثراه: وهي تعد بثلاثة أطهار على الأشهر.
أقول: اختلف أهل اللغة في لفظ (القرء) هل هو موضوع للطهر حقيقة، ويستعمل في الحيض، أو بالعكس؟ أو هو مشترك بينهما بالاشتراك اللفظي كلفظ العين، أو إنه اسم للانتقال من معتاد إلى معتاد، فيتناول الانتقال من الحيض على الطهر وبالعكس، وقد ذهب إلى هذه التفاسير الأربعة قوم منهم (٢).
وأما الفقهاء فعلى قولين بعد اتفاقهم على انقضاء العدة بالأقراء لقوله تعالى (و

(١) لاحظ الوسائل: ج ١٤، الباب ٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ص ٥٠٧ الحديث ١ وفيه (فإنه غذاه بنطفته) وفي حديث ٣ (لأن نطفتك غدت سمعه وبصره ولحمه ودمه) إلى غير ذلك في الروايات.
(٢) لاحظ مجمع البحرين، والنهاية لابن الأثير ولسان العرب لغة (قرأ)

المطلقات يتربصن بأنفسهن قروء).
فبعضهم ذهب إلى أنه الحيض دون الطهر (١)، وهو اختيار جماعة من الصحابة والتابعين، والفقهاء المتأخرين.
وبعضهم ذهب إلى أنه الطهر واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣).
واحتج الأولون بوجوه.
(أ) قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) (٤) وهو عام، ولو جعلناه الطهر، لكان إذا طلقت بعد ساعة أقيمت مقام قروء كاملاً، فلا يكون عدتها ثلاثة أقراء، ويلزم التخصيص أو النسخ، لأن الآية يقتضي ثلاثة قروء، وهنا لم يتم.
(ب) قوله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نساءكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) (٥) فنقلها مما يئست منه إلى بدله، والبدل غير المبدل، فلما كان هو اليأس من المحيض والخلو منه دل على أنه هو القراء، لأن الانتقال هو الحيض.
(ج) ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال لفاطمة بنت أبي حبيش: اقعدِي عن الصلاة أيام أقراءك (٦) والمراد الحيض.

-
- (١) المغني لابن قدامة: ج ٩ ص ٨٣ س ٨ قال: واختلف أهل العلم، إلى قوله: فروي أنها الحيض. روي ذلك عن عمرو علي وابن عباس وسعيد بن المسيب والثوري والأوزاعي إلى قوله: والرواية الثانية عن أحمد أن القراء الأطهار، وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار الخ.
(٢) الشرائع كتاب الطلاق، الفصل الثاني في ذات الأقراء قال: وهذه تعتد بثلاثة أقراء، وهي الأطهار.
(٣) القواعد: كتاب الفراق، ص ٦٨ قال: الأول في ذات الأقراء إلى قوله: وهي الأطهار في الطلاق.
(٤) البقرة ٢٢٨.
(٥) الطلاق: ٤.
(٦) سنن البيهقي: ج ٧ ص ٤١٦ باب من قال: الأقراء الحيض.

(د) رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عدة التي تحيض وتستقيم
حيضها ثلاثة أقراء، وهي ثلاث حيض (١).

احتج الآخرون بوجوه.

(أ) قوله تعالى: (ثلاثة قروء) فأثبت التاء في العدد، وهو دلالة التذكير،
والحيض مؤنث، فيكون المراد الطهر.

(ب) قوله تعالى: (إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) (٢) أي في وقت
عدتهن، كقوله تعالى: (ونضع الموازين القسط ليوم القيامة) (٣) أي في يوم القيامة،
والطلاق في الحيض ليس بمأمور به لتحريمه إجماعاً.

(ج) قوله تعالى: (لعدتهن) يقتضي اتصال العدة بالطلاق، لأن دخول اللام
على الشرط يقتضي اتصاله بالمشروط كقول القائل: أطمع زيدا ليشبع.

(د) رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: الأقراء هي الأطهار (٤).
وأجابوا عن حجة الأولين.

باب القرء طهر ينتهي بالحيض، فما ذكره قرء تام لا بعضه.

وعن الثاني: أن القرء بمعنى الطهر مقدر بالحيض أيضاً، لأنه ليس عبارة عن
النقاء مطلقاً، بل هو نقاء ينتهي إلى الحيض، فنقلها من طهر مقدر بالحيض إلى طهر
مقدر بالشهور.

(١) الإستبصار: ج ٣ (١٨٩) باب أن المرأة تبين إذا رأت الدم من الحيضة الثالثة ص ٣٣٠
الحديث ٩.

(٢) سورة الطلاق / ١.

(٣) سورة الأنبياء / ٤٧.

(٤) الإستبصار: ج ٣ (١٨٩) باب أن المرأة تبين إذا رأت الدم من الحيضة الثالثة، ص ٣٣٠
الحديث ١٣.

(الثالث) المسترابة، وهي التي لا تحيض وفي سنها من تحيض، وعدتها ثلاثة أشهر. وهذه تراعي الشهور والحيض وتعد بأسبقهما. أما لو رأت في الثالث حيضة وتأخرت الثانية أو الثالثة، صبرت تسعة أشهر، لاحتمال الحمل ثم اعتدت بثلاثة أشهر. وفي رواية عمار: تصبر سنة ثم تعد بثلاثة أشهر.

وعن الثالث في قوله: دعي الصلاة في أيام أقرائك، قال بعض الرواة: أنه زيادة في الخبر (١).

وأيضاً: لا يمنع كون القرء مقولاً على الحيض بالاشتراك، ويصرف إليه مع القرينة، وهي ثابتة، ونحن نبحت عن القرء في العدة، وما ذكرناه من الأدلة كالقرائن الصارفة له عن إرادة الحيض.

إذا عرفت هذا: فأقل زمان تنقضي به عدتها على المختار ستة وعشرون يوماً ولحظتان، والأخيرة ليست من العدة، بل هي دلالة على الخروج عند المصنف (٢) وعند الشيخ أنها من العدة، لأن الحكم بانقضاء العدة موقوف على تحققها (٣)، وعلى المذهب الأول: تسعة وعشرون يوماً ولحظتان. والكلام في اللحظة الأخيرة من الطهر الرابع هنا كالكلام في اللحظة الأخيرة من الحيضة الثالثة ثمة. قال طاب ثراه: وفي رواية عمار: تصبر سنة ثم تعد بثلاثة أشهر. أقول: البحث هنا يتوقف على تمهيد مقدمتين.

(١) سنن البيهقي: ج ٧ من قال: الأقرء الحيض ص ٤١٦ س ٦ من الهامش، قال قال البيهقي: إلى قوله: والأحاديث الصحيحة متفقة على العبارة بأيام الحيض دون الأقرء.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) كتاب الخلاف، كتاب العدة، مسألة ٤ قال: دليلنا، إلى قوله: ثم رأت الدم لحظة فقد مضى لها ثلاثة أقرء.

(أ) المرأة التي لا تحيض ومثلها تحيض تعدد بثلاثة أشهر إجماعاً، لقوله تعالى: (واللائي يئسن من المحيض من نساءكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) (١) قوله (واللائي لم يحضن) عطف على قوله (واللائي يئسن)، فيكون المراد: فعدتهن ثلاثة أشهر، وهو حجة المرتضى فوجوب عدة اليأس (٢).
(ب) الأصل في عدة الحامل الأقراء، أخذاً من قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وعلى الأشهر عند فقدها قال: (واللائي يئسن).
إذا تقرر هذا، فاعلم: أن هذه تراعي الشهور والحيض، لأن الآية يثبت حالها في الحالتين وجعلت لها في كل حالة واحداً من الحكيمين، فأيهما سبقت خرجت به. وقد نص على هذا التقرير رواية زرارة (الحسنة) عن الباقر عليه السلام قال: أمران أيهما سبق بانت المطلقة المسترابة تستريب الحيض، إن مرت بها ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بانت به، وإن مرت بها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة أشهر بانت بالحيض (٣).
بقي هنا شيء: وهو أنها إذا ابتدأت العدة بالأشهر فرأت الدم في آخر الثالث بطلت العدة بالأشهر، لفقد شرطها، وتعد بالماضي قرء واحد، لأن القرء طهر، نهايته الحيض، ولا تتركب العدة هنا من الأشهر والأقراء، لأن التركيب إنما يكون إذا طرأت الأشهر على الأقراء وكانت الأقراء هي السابقة، لتحقق البأس منها، والحال هنا على العكس.

(١) سورة الطلاق / ٤.

(٢) الإنتصار: مسائل العدة ص ١٤٦ س ٤ قال: والذي أذهب أنا إليه: إن على الآية من المحيض والتي لم تبلغه، العدة، إلى قوله: والذي يدل على صحة هذا المذهب قوله تعالى: (واللائي يئسن الآية) وهذا نص صريح الخ.

(٣) الكافي: ج ٦ باب عدة المسترابة ص ٩٨ الحديث ١.

والأصل أن الواجب الواحد لا يؤدي ببعض الأصل وبعض البدل الاضطراري المشروط بتعذر الأصل، إلا بنص شرعي، وهو موجود في حالة سبق الأقرء والانتقال إلى البأس، وليس موجودا في صورة العكس. ويتضرع على هذا لو تأخرت الحيضة الثانية، أو الثالثة، وهو موضوع البحث في هذه المسألة، وحل الإشكال، وفيه ثلاثة أقوال:

(أ) إنها تصبر مدة يعلم براءة رحمها من الحمل، وهو تسعة أشهر من حين الطلاق، لأنه أقصى مدة الحمل، فإن ظهر منها حمل اعتدت بوضعه، وإن لم يظهر علم براءة الرحم واعتدت بعدها بثلاثة أشهر، وكانت بمنزلة الثلاثة الأقرء في المستقيمة، ولم يحسب ما مضى من العدة، لأن التربص السابق لم يكن عدة، وإنما اعتبر ليعلم أنها ليست من ذوات الأقرء، فإذا علمت اعتدت بعدة المسترابة. ونبه عليه قوله: (إن ارتبتم) وهو قول ابن إدريس (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣) وبه قال الشيخ إن كان المحتبس الدم الثاني (٤).

(ب) قال بعض الأصحاب: أنها تصير سنة بناء على أن أقصى مدة الحمل سنة، فإن ظهر في أثنائها حمل اعتدت بوضعه، وإلا اعتدت بعدها بثلاثة أشهر. وهو مضمون رواية عمار الساباطي قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل

(١) السرائر: كتاب الطلاق، باب العدد ص ٣٤٠ س ٣٤ قال: والذي يقوى في نفسي أنها إذا احتبس الدم الثالث الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) القواعد: كتاب الفراق، الفصل الثاني، ص ٦٩ س ٨ قال: أما لو رأت الدم في الثالث وتأخرت الحيضة الثانية أو الثالثة صبرت الخ.

(٤) النهاية: باب العدد وأحكامها ص ٥٣٣ س ١ قال: فإن تأخرت عنها الحيضة الثانية فلتصبر من يوم طلقها إلى تمام التسعة أشهر الخ.

عنده امرأة شابة، وهي تحيض في كل شهرين أو ثلاثة أشهر حيضة واحدة، كيف يطلقها زوجها؟ فقال: أمرها شديد: تطلق طلاق السنة تطليقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض، متى حاضت فإذا حاضت ثلاثاً فقد انقضت عدتها، قيل له: فإن مضت سنة ولم تحيض فيها ثلاث حيض؟ قال: إذا مضت سنة ولم تحض ثلاث حيض يتربص بها بعد السنة ثلاثة أشهر، ثم انقضت عدتها، قيل: فإن ماتت أو مات زوجها؟ قال: فأيهما مات ورثه صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهراً (١).

وهو قول الشيخ في النهاية إن كان المحتبس هو الدم الثالث (٢) وتبعه القاضي (٣) وابن حمزة (٤).

(ج) إن كان انقطاع الدم لعارض كالمرض والرضاع، اعتدت بالأقراء وإن طالت مدتها، وإن لم يكن لعارض، فإن مرت بها ثلاثة أشهر بيض، فقد قضت عدتها، فإن رأت فيها قبل ذلك دماً، فإن ارتفع حيضها بالكلية كان بلغت اليأس وكان ذلك بعد حيضة أضافت إليها شهرين، وإن لم يرتفع بل كان لعذر صبرت تمام تسعة أشهر ثم اعتدت بثلاثة أشهر إن كان المحتبس الدم الثاني، وإن كان

(١) الكافي: ج ٦، باب في التي تحيض في كل شهرين وثلاثة، ص ٩٨ الحديث ١.

(٢) النهاية: باب العدد وأحكامها، ص ٥٣٣ س ٣ قال: وإن رأت الدم إلى قوله: واحتبس عليها الدم الثالث الخ.

(٣) المهذب: ج ٢، باب العدد والاستبراء، ص ٣٢٠ س ١٠ قال وإذا كانت المرأة ممن تحيض وتطهر وتعتد بالأقراء وانقطع عنها الدم إلى قوله: فإن ارتفع الدم الثالث لعذر صبرت تمام السنة، ثم اعتدت ثلاثة أشهر بعد ذلك.

(٤) الوسيلة، فصل في بيان العدة وأحكامها ص ٣٢٦ س ٤ قال: والمسترابة عدتها أربعة أنواع إلى قوله: ورابعها سنة الخ.

ولا عدة على الصغيرة ولا اليائسة على الأشهر.

الثالث صبرت تمام السنة ثم اعتدت بعدها بثلاثة أشهر، وهو قول القاضي (١).
قال طاب ثراه: ولا عدة على الصغيرة ولا اليائسة على الأشهر.
أقول: هذا هو مذهب الشيخين (٢) (٣) وتلميذه (٤) وابن حمزة (٥) والتقي (٦) وابن
إدريس (٧) وذهب السيد إلى وجوب العدة عليها بثلاثة أشهر (٨) واختاره ابن زهرة (٩).
احتج الأولون بأن المقتضي للاعتداد زال، فيزول العدة، لأن العدة إنما شرعت
لاستعلام فراغ الرحم من الحمل غالباً، وهذه الحكمة منتفية هنا قطعاً، فلا وجه
لوجوب العدة.

- (١) تقدم آنفاً.
- (٢) المقنعة: ص ٨٢ باب عدد النساء س ٢٢ قال: وإن كانت قد استوت خمسين سنة إلى قوله: لم يكن عليها عدة، ثم قال بعد أسطر: ومن طلق صبية إلى قوله: لم يكن عليها عدة.
- (٣) الخلاف: كتاب العدة، مسألة ١ قال: الأظهر من روايات أصحابنا أن التي لم تحض ومثلها لا تحيض والأيسة، لا عدة عليهما.
- (٤) المراسم، ذكر ما يلزم المرأة ص ١٦٦ س ١ قال: فمن لا تجب عليها عدة: ممن لم تبلغ المحيض إلى قوله واليائسة من الحيض.
- (٥) الوسيلة: فصل في بيان العدة وأحكامها، ص ٣٢٥ س ١٨ قال: والتي لم تبلغ المحيض ولا مثلها والأيسة من المحيض لا عدة عليهما.
- (٦) الكافي: فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٢ س ٣ قال: فأما الطلاق إلى قوله: وقبل أن تبلغ تسع سنين، أو بعد ما يئست فلا عدة عليهما.
- (٧) السرائر: باب العدة ص ٣٣٨ من آخر قال: وإن كانت لا تحيض لصغر، أو لكبر بلغ خمسين سنة، إلى أن قال بعد نقل قول السيد: والقول الآخر (أي عدم العدة) أكثر وأظهر بين أصحابنا وعليه يعمل العامل منهم وبه يفتي المفتي الخ.
- (٨) تقدم نقل قول السيد واحتججه بالآية عن الإنتصار عن مسائل العدة.
- (٩) الغبة: فصل في العدة، ص ٦١٦ في الهامش قال: وإن كانت لا يحض لصغر أو كبر وليس في سننها من تحيض، فقد اختلف أصحابنا الخ.

ولأن غير المدخول بها لا عدة عليها إجماعاً، فكذا الآيسة والصغيرة، إذ الدخول هنا لا اعتبار به.

وبموثقة عبد الرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: ثلاث يتزوجن على كل حال التي لم تحض ومثلها لا تحيض، قال: قلت: وما حدها؟ قال: إذا لها أقل من تسع سنين، والتي لم يدخل بها، والتي قد يئست من المحيض ومثلها لا تحيض، قلت: وما حدها؟ قال: إذا كان لها خمسون سنة (١).
وبحسنة زرارة عنه عليه السلام في الصبية التي لا تحيض مثلها، والتي قد يئست من المحيض قال: ليس عليهما عدة وإن دخل بهما (٢).
وفي معناه رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: التي لا تحبل مثل ما لا عدة عليها (٣).

احتج السيد بقوله تعالى: (واللأئي يئسن من المحيض من نساءكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحصن) وهذا صريح في وجوب العدة بالأشهر على الآيسات ومن لم يبلغن المحيض (٤).

وبما رواه محمد بن يعقوب عن حميد بن زياد، عن ابن سماعة، عن عبد الله بن جبلة، عن علي بن أبي حمزة عن أبي بصير قال: عدة التي لم تبلغ الحيض ثلاثة أشهر، والتي قد قعدت عن الحيض ثلاثة أشهر (٥).

-
- (١) الكافي: ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يئست من المحيض ص ٨٥ الحديث ٤.
 - (٢) الإستبصار: ج ٣ (١٩٦) باب إن التي لم تبلغ المحيض والآيسة منه إذا كانتا في سن ممن لا تحيض لم يكن عليهما عدة ص ٣٣٧ الحديث ٢.
 - (٣) الكافي: ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يئست من المحيض، ص ٨٥ الحديث ٣.
 - (٤) تقدم فراجع.
 - (٥) الكافي: ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يئست من المحيض، ص ٨٥ ذيل حديث ٥.

وفي حد اليأس روايتان، أشهرهما خمسون سنة.
ولو رأت المطلقة الحيض مرة، ثم بلغت اليأس، أكملت العدة
بشهرين.
ولو كانت لا تحيض إلا في خمسة أشهر، أو ستة اعتدت بالأشهر.

والجواب عن الآية: بمنع دلالتها على ما ذكر، لاشتراطها بالريية، وهي عائدة
إلى اليأس منه، فيكون التقدير: واللائي يئسن من المحيض أي لم يرين الحيض، إن
ارتبتم، أي شككتن في كونهن ذوات أقراء وآيسات، فعدتهن ثلاثة أشهر، واللائي لم
يحضن، أي لم يسبق لهن حيض وحصلت الريية في أمرهن أيضا فعدتهن ثلاثة
أشهر.

وعن الرواية: بالظن في سندها، فإن ابن سماعة وابن جبلة وابن أبي حمزة
منحرفون عن الحق، والروايات الأول أوضح طريقا.
قال طاب ثراه: وفي حد اليأس روايتان، أشهرهما خمسون سنة.
أقول: هذه رواية عبد الرحمان بن الحجاج (في الموثق) عن الصادق عليه السلام
قال: ثلاث يتزوجن على كل حال: التي لم تحض ومثلها لا تحيض، قلت:
وما حدها؟ قال: إذا أتى لها أقل من تسع سنين، والتي لم يدخل بها، والتي قد يئست
من المحيض ومثلها لا تحيض، قلت: وما حدها؟ قال: إذا كان لها خمسون سنة (١).
وروى الشيخ عن محمد بن أحمد بن أبي نصر، عن بعض أصحابنا قال: قال
أبو عبد الله عليه السلام: المرأة التي يئست من المحيض حدها خمسون سنة (٢).
وفي طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف، مع إرسالها (٣).

-
- (١) الكافي: ج ٦ باب طلاق التي لم تبلغ والتي قد يئست من المحيض، ص ٨٥ الحديث ٤.
(٢) التهذيب: ج ١ (١٩) باب الحيض والاستحاضة والنفاس، ص ٣٩٧ الحديث ٥٨.
(٣) سند الحديث كما في التهذيب (سهل بن زياد عن أحمد بن محمد عن ابن أبي نصر عن بعض أصحابنا عن
أبي عبد الله عليه السلام).

ورواها محمد بن يعقوب في كتابه بالسند المذكور، قال: وروي ستون سنة (١).
وروى الشيخ في الصحيح: عن ابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا عن أبي
عبد الله عليه السلام قال: إذا بلغت المرأة خمسين سنة لم تر حمرة إلا أن تكون امرأة
من قريش (٢).
وقال في المبسوط: وعد اليأس خمسون سنة، وفي القرشية روي أنها ترى الدم
إلى ستين (٣).
والحق في غيره النبطية بالقرشية في البلوغ إلى ستين (٤)، وذكره المفيد
رواية (٥)، وهذا قول أهل المدينة واحتج العلامة في المختلف إلى تحديده بالستين
مطلقا مع وجوده (٦) وذكره في المنتهى مطلقا (٧).
فالحاصل: أن في اليأس ثلاثة أقوال.

- (١) الكافي: ج ٣ باب المرأة يرتفع طمثها ثم يعود وحد اليأس من الحيض، ص ١٠٧ الحديث ٢ وفيه
علي بن محمد عن سهل بن زياد.
(٢) التهذيب: ج ١ (١٩) باب الحيض والاستحاضة والنفاس، ص ٣٩٧ الحديث ٥٩.
(٣) المبسوط: ج ١، فصل في ذكر الحيض والاستحاضة، ص ٤٢ س ٥ قال وتتم المرأة من الحيض
إذا بلغت خمسين سنة إلى قوله: إلى ستين سنة.
(٤) لم أعثر عليه.
(٥) المقنعة: باب عدد النساء ص ٨٢ س ٢٣ قال: وقد روي أن القرشية من النساء والنبطية تريان
الدم إلى ستين سنة آه.
(٦) المختلف: الفصل السادس في العدد ص ٥٩ س ١٦ قال: وفي القرشية والنبطية ستين إلى أن
قال: لنا أن المقتضي للاعتداد زائل الخ. فأورد الاحتجاج للتحديد بالستين مطلقا.
(٧) المنتهى: ج ١ ص ٩٦ س ١٣ قال: ولو قيل: اليأس يحصل ببلوغ ستين أمكن بناء على الموجود
الخ.

(الرابع) في الحامل: وعدتها في الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة، ولو لم يكن تاماً مع تحققه حملاً ولو طلقها فادعت الحمل تربص بها أقصى الحمل.

ولو وضعت توأماً، بانت على تردد، ولا تنكح حتى تضع الآخر. ولو طلقها رجعيًا ثم مات استأنفت عدة الوفاة. ولو كان بئناً اقتصرت على إتمام عدة الطلاق.

-
- (أ) خمسين مطلقاً قاله الشيخ في النهاية (١) والاستبصار (٢).
(ب) ستين مطلقاً، قاله العلامة في المنتهى (٣).
(ج) التفصيل: رواه الصدوق في كتابه (٤) واختاره العلامة في أكثر كتبه (٥).

قال طاب ثراه: ولو وضعت توأماً بانت على تردد.
أقول: إذا كانت المرأة حاملاً بأكثر من واحد، ووضعت واحداً، هل تبين به؟
لصدق الوضع في الجملة، لكن لا تنكح إلا بوضع الأخير لاشتغال رحمها بحمل له حرمة، أو لا تبين إلا بوضع الجميع؟

-
- (١) النهاية: باب كيفية أقسام الطلاق، ص ٥١٦ س ١٦ قال: وحد ذلك خمسون سنة فصاعداً.
(٢) الإستبصار: ج ٣ (١٩٦) باب أن التي لم تبلغ المحيض والآيسة منه إذا كانتا في سن ممن لا تحيض لم يكن عليها عدة ص ٣٣٧ الحديث ١.
(٣) تقدم.
(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٦١) باب طلاق التي لم تبلغ المحيض والتي قد بيئت من المحيض ص ٣٣٣ الحديث ١٠ قال: وروي أن المرأة إذا بلغت خمسين سنة لم تر حرمة إلا أن تكون امرأة من قريش.
(٥) تقدم نقل مختاره عن المختلف، وفي القواعد، كتاب الفراق، المقصد الرابع في العدة ص ٦٨ س ١٣ قال: اليائسة وهي من بلغت خمسين أو ستين إن كانت قرشية أو نبطية.

بالأول قال الشيخ في النهاية (١) وتبعه القاضي في كتابيه (٢) (٣) وابن حمزة (٤) وأبو علي (٥).
وبالثاني قال في الخلاف (٦) والمبسوط (٧) لقوله تعالى (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وهذه ما وضعت، وبه قال ابن إدريس (٨) واختاره المصنف (٩) والعلامة (١٠).
وتظهر الفائدة في مسائل.
(أ) عدم جواز الرجعة فيما بين التوأمين على الأول، وجوازها على الثاني.

- (١) النهاية: باب كيفية أقسام الطلاق ص ٥١٧ س ٨ قال: فإن كانت حاملا باثنين، فإنها تبين من الرجل عند وضعها الأول الخ.
(٢) المهذب: ج ٢، باب العدد والاستبراء ص ٣١٦ س ٦ قال: فإن كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما فقد ملكت نفسها الخ.
(٣) المهذب: ج ٢، باب العدد والاستبراء ص ٣١٦ س ٦ قال: فإن كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما فقد ملكت نفسها الخ.
(٤) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٦٧ س ١٩ قال: وابن البراج في كتابيه معا وافق ما اختاره الشيخ في النهاية، وقال ابن الجنيد: إلى قوله: وإن كان ولدان كان انقضاء العدة بوضع أحدهما الخ.
(٥) الوسيلة: فصل في بيان العدة وأحكامها ص ٣٢٥ س ٥ قال: الرجل إذا طلق امرأته حاملا إلى قوله: بانت منه بوضع الأول الخ.
(٦) كتاب الخلاف، كتاب العدة، مسألة ٨ قال: إذا طلقها وهي حامل إلى قوله: فإن عدتها لا تنقضي حتى تضع الثاني منهما الخ.
(٧) المختلف: كتاب الطلاق، ص ٦٧ س ١٨ قال: وفي المبسوط: لا تنقضي عدتها حتى تضع الثاني منهما إجماعا إلا عكرمة فإنه قال تنقضي بوضع الأول، ولم أظفر في المبسوط على هذه العبارة.
(٨) السرائر: كتاب الطلاق، ص ٣٢٨ س ١٣ قال: فإن كانت حاملا باثنين فإنها لا تبين من الرجل إلا بعد وضع الأخير منهما الخ.
(٩) الشرائع، في الحامل قال: والأشبه أنها لا تبين إلا بوضع الجميع.
(١٠) القواعد: الفصل الثالث في عدة الحامل ص ٦٩ س ٢٣ قال والأقرب تعلق البيئونة بوضع الجميع.

(الخامس) في عدة الوفاة: تعدد الحرة بأربعة أشهر وعشرة أيام إذا كانت حائلا، صغيرة كانت أو كبيرة، دخل بها أو لم يدخل، وبأبعد الأجلين إن كانت حاملا. ويلزمها الحداد وهو ترك الزينة دون المطلقة، ولا حداد على أمة.

(السادس) في المفقود: لا خيار لزوجته إن عرف خبره، أو كان له ولي ينفق عليها، ثم إن فقد الأمران، ورفعت أمرها إلى الحاكم أجلها أربع سنين، فإن وجده وإلا أمرها بعدة الوفاة ثم أباحها النكاح. فإن جاء في العدة فهو أملك بها، وإن خرجت وتزوجت فلا سبيل له. وإن خرجت ولم تتزوج فقولان: أظهرهما أنه لا سبيل له عليها.

(ب) عدم وجوب الإنفاق على الأول دون الثاني.

(ج) خروجها عن كونها زوجة على الأول دون الثاني.

وتظهر فائدته في تسعة أمور.

صحة وقوع الظهار والايلاء، وإسقاط حد القذف باللعان، وجواز (و حل خ ل) النذر واليمين، ووجوب استئذانه في الحج والصوم المندوبين، وتحريم الخامسة وأختها، وثبوت التوارث والإحصان من الطرفين.

قال طاب ثراه: وإن خرجت ولم تتزوج فقولان:

أقول: مذهب الشيخ في النهاية والخلاف أنه أولى ما لم تتزوج (١) (٢) واختاره

(١) النهاية: باب العدد وأحكامها ص ٥٣٨ س ١٥ قال: فإن جاء زوجها كان أملك بها، إلى قوله: أو تكون قد خرجت غير أنها لم تكن قد تزوجت.

(٢) كتاب الخلاف، كتاب العدة، مسألة ٣٤ قال: وإن لم تكن تزوجت بعد أن خرجت من العدة، فهو أولى بها وهي زوجته.

فخر المحققين (١) وذهب المفيد (٢) وتلميذه (٣) وابن إدريس (٤) أنها بنفسه، وقواه في المبسوط (٥) واختاره المصنف (٦) والعلامة (٧) لأن حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق، وحكمه عدم الرجوع بعد العدة.

تنبيه

هل يفتقر هذه بعد البحث، إلى الطلاق أم لا؟ قيل فيه: ثلاثة أقوال:
(أ) أطلق الشيخان (٨) (٩) والقاضي (١٠) وابن إدريس (١١) القول

- (١) الإيضاح: ج ٣ ص ٣٥٤ س ١٦ قال: والأقوى عندي الأول، أي قول الشيخ في النهاية.
- (٢) المقنعة باب عدد النساء ص ٨٣ س ٢٢ قال: وإن جاء زوجها وهي في العدة، أو قد قضتها ولم تتزوج كان أملك بها من غير نكاح إلى آخره.
فعلى هذا الظاهر عدم الفرق بين مختاره ومختار النهاية.
- (٣) المراسم ذكر ما يلزم المرأة ص ١٦٥ س ١٥ قال: وإن جاء وقد خرجت العدة فلا سبيل له عليها.
- (٤) السرائر: باب العدد ص ٣٤٠ س ٥ قال: وقال آخرون: هي أملك بنفسها، إلى قوله: وهذا الذي يقوى في نفسي الخ.
- (٥) المبسوط: ج ٥، فصل في امرأة المفقود وعدتها ص ٢٧٨ س ١٤ قال: وإن خرجت من العدة، فقد ملكت نفسها الخ.
- (٦) لاحظ عبارة النافع.
- (٧) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤١ س ٢٢ قال: وإن رجع بعد انقضائها لم يكن له عليها سبيل، وهو المعتمد.
- (٨) المقنعة: باب عدد النساء ص ٨٣ س ٢١ قال: وإن لم تعلم له خبر اعتدت عدة المتوفى عنها زوجها، وتزوجت إن شاءت.
- (٩) النهاية: باب العدد وأحكامها ص ٥٣٨ س ١٤ قال: اعتدت من الزوج عدة المتوفى عنها زوجها ثم لتتزوج آه.
- (١٠) المهذب: ج ٢ باب المفقود وعدة زوجته ص ٣٣٨ س ٥ قال: فرق الحاكم بينهما فاعتدت عدة الوفاة
- (١١) السرائر: باب العدد ص ٣٤٠ س ٣ قال: أمرها الإمام بالاعتداد عنه أربعة أشهر وعشرة أيام عدة المتوفى عنها زوجها.

بالاعتداد بعد مدة البحث، بعدة الوفاة، ثم يحل للأزواج، ولم يذكر والطلاق، وكذا المصنف (١)
(ب) قال أبو علي: يأمر السلطان الولي بالطلاق، فإن لم يطلق أمرها الحاكم بالعدة (٢).
(ج) قال ابن بابويه: يأمر السلطان الولي بالطلاق، فإن لم يطلق طلقها الحاكم (٣) وبه قال ابن حمزة (٤) واختاره العلامة في المختلف (٥) وفخر المحققين (٦).

احتجوا بصحيفة بريد بن معاوية العجلي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المفقود، كيف يصنع بامرأته؟ قال: ما سكنت عنه وصبرت يخلى عنها، فإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجلها أربع سنين ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه، فليسأل عنه، فإن خبر عنه بحياة صبرت، وإن لم يخبر عنه بشيء حتى تمضي الأربع سنين، دعي ولي الزوج المفقود فقيل له: هل للمفقود مال؟ فإن كان له مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته، وإن لم يكن له مال، قيل للولي: أنفق عليها، فإن

-
- (١) لاحظ عبارة النافع.
(٢) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤١ س ١٥ قال: وقال ابن الجنيد إلى قوله: وإلا (أي وإن لم ينفق) أمره السلطان بأن يطلق فإن طلق وقع طلاقه موقع طلاق زوجها، وإن لم يطلق أمرها ولي المسلمين أن تعتد الخ.
(٣) المقنع: باب الطلاق ص ١١٩ س ١٠ قال: أجبره الوالي على أن يطلقها. إلى قوله: فإن لم يكن لها ولي طلقها السلطان. والظاهر (إن لم يكن له ولي) ولعله الصحيح.
(٤) الوسيلة: فصل في بيان أقسام الطلاق ص ٣٢٤ س ١١ قال: أمر الحاكم ولي الغائب بتطليقها، فإن لم يكن له ولي طلقها الحاكم.
(٥) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤١ س ٢٢ قال بعد نقل قول ابن حمزة: وهو المعتمد.
(٦) الإيضاح: ج ٣ كتاب الفراق ص ٣٥٤ س ١٤ قال: لأن حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق الخ.

(السابع) في عدد الإماء والاستبراء.
عدة الأمة في الطلاق مع الدخول قرءان، وهما طهران على الأشهر.
ولو كانت مسترابة فخمسة وأربعون يوما، تحت عبد كانت أو تحت حر.
ولو أعتقت ثم طلقت لزمها عدة الحرة، وكذا لو طلقها رجعيًا ثم أعتقت
في العدة، أكملت عدة الحرة، ولو طلقها بائنا أتمت عدة الأمة. وعدة
الذمية كالحررة في الطلاق والوفاة على الأشبه، وتعد الأمة من الوفاة

فعل فلا سبيل لها إلى أن تتزوج، وإن لم ينفق عليها أجبره الوالي على أن يطلق
تطليقة في استقبال العدة، وهي طاهر، فيصير طلاق الولي طلاق الزوج، فإن جاء
زوجها من قبل أن تنقضي عدتها من يوم طلقها الولي، فبدا له أن يراجعها، فهي
امراته، وهي عنده على تطليقتين، فإن انقضت العدة قبل أن يجيء أو يراجع فقد
حلت للأزواج، ولا سبيل للأول عليها (١) وهو المعتمد.

فرع
لو أنفق الولي من ماله ثم تبين الموت سابقا على ذلك بأوقات متطاولة، لم يكن
للوارث الرجوع بما أنفقت بعد الوفاة، لأنها محبوسة لأجله، ولوجوب ذلك شرعا.
قال طاب ثراه: عدة الأمة في الطلاق مع الدخول قرآن، وهما طهران على
الأشهر.

أقول: قد تقدم البحث في تفسير القرء.
قال طاب ثراه: وعدة الذمية كالحررة في الطلاق والوفاة على الأشبه.
أقول: المشهور أن عدة الأمة في الوفاة شهران وخمسة أيام.

(١) الكافي: ج ٦ باب المفقود ص ١٤٧ الحديث ٢.

لصحيحتي الحلبي ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: الأمة إذا توفي عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام (١) وهو مذهب المفيد (٢) واختاره المصنف (٣)

والعلامة (٤).

وقال الصدوق (٥) وابن إدريس (٦) عدتها كالحرّة، وبه قال الشيخ في التبيان (٧).

لرواية سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام قال: عدة المملوكة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا (٨).

والمعتمد الأول: ويحمل الرواية على أم الولد.

إذا عرفت هذا: فهل الذميمة كالأمة في هذه العدة كالقسمة، أو كالحرّة المسلمة؟

المشهور أنها كذلك، عملا بعموم الآية، والأحاديث، خرجت الأمة بصريح الروايات الصريحة فيبقى الباقي على عمومها.

(١) الإستبصار: ج ٣ (٢٠١) باب عدة الأمة المتوفى عنها زوجها ص ٣٤٧ الحديث ٣ و ٤.
(٢) المقنعة: باب عدد النساء ص ٨٣ س ٢ قال: وإن كانت الزوجة أمة اعتدت من زوجها إذا مات عنها بشهرين وخمسة أيام.

(٣) لاحظ النافع.

(٤) القواعد: الفصل السادس في عدة الأمة ص ٧٣ س ٤ قال: وفي الوفاة شهران وخمسة أيام.

(٥) المنقح باب الطلاق ص ١٢١ س ٤ قال: وعدة الأمة إذا توفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا.

(٦) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ٢٥ قال: فأما عدة الأمة المتوفى عنها زوجها إلى قوله: فأربعة أشهر وعشرة أيام على الصحيح من المذهب.

(٧) التبيان: ج ٢ ص ٢٦٢ س ٢ في تفسيره لآية ٢٣٤ من سورة البقرة قال: وعدة كل متوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا حرة كانت أو أمة.

(٨) الإستبصار: ج ٣ (٢٠١) باب عدة الأمة المتوفى عنها زوجها ص ٣٤٧ الحديث ٧.

بشهرين وخمسة أيام، ولو كانت حاملا اعتدت مع ذلك بالوضع.
وأم الولد تعتد من وفاة الزوج كالحرّة. ولو طلقها الزوج رجعية ثم مات وهي
في العدة استأنفت عدة الحرّة، ولو لم تكن أم ولد استأنفت عدة الأمة
للوفاة. ولو مات زوج الأمة ثم أعتقت أتمت عدة الحرّة، تغليبا لجانب
الحرية. ولو وطئ المولى أمته ثم أعتقها، اعتدت بثلاثة أقرء. ولو كانت
زوجة الحرّ أمة فابتاعها، بطل نكاحه وله وطؤها من غير استبراء.
(تتمّة)

لا يجوز لمن طلق رجعيًا أن يخرج الزوجة من بيته إلا أن تأتي

ونقل المصنف (١) والعلامة (٢) عن بعض الأصحاب أنها كالأمة.
وهو في رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن نصرانية كانت
تحت نصراني فطلقها، فهل عليها عدة مثل عدة المسلمة؟ فقال: لا، إلى قوله: قلت:
فما عدتها إن أراد المسلم أن يتزوجها؟ قال: عدتها عدة الأمة، حيضتان، أو خمسة
وأربعون يوما (٣).
وكذا في الحداد: المشهور أنها كالحرّة.
قال طاب ثراه: وأم الولد تعتد من وفاة الزوج كالحرّة.
أقول: يريد أن السيد إذا زوج أمته ولها منه ولد، فعدتها في الطلاق والوفاة عدة

(١) الشرائع: في عدة الإماء والاستبراء، قال: وعدة الذمية إلى قوله: وفي رواية تعتد عدة الأمة،
وهي شاذة.

(٢) القواعد: الفصل السادس في عدة الأمة والاستبراء ص ٧٣ س ٥ قال: والذمية كالحرّة في
الطلاق والوفاة، وقيل: كالأمة.

(٣) الكافي: ج ٦ باب طلاق أهل الذمة وعدتهم في الطلاق والموت إذا أسلمت المرأة، ص ١٧٤ قطعة
من حديث ١.

بفاحشة، وهو ما يوجب به الحد. وقيل: أدناه أن تؤذي أهله. ولا تخرج هي، فإن اضطرت خرجت بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر، ولا يلزم ذلك في البائن، ولا المتوفى عنها زوجها، بل تبيت كل واحد

الحرّة، لأن لها تشبها بالحرية كالمكاتبة وإن كانت مشروطة، تغلبا لجانب الحرية، وأخذًا بالأحوط.

وكذا لو مات السيد عن أم الولد الموطوءة، فإنها تعتد كالحرّة، قاله التقي (١) وهو ظاهر ابن حمزة (٢) وقال ابن إدريس: لا عدة عليها من مولاها، لأنها ليست زوجة، والأصل براءة الذمة من وجوب العدة، بل يكون عليها الاستبراء، لأنها ليست زوجة، بل باقية على الملك والعبودية إلى حين وفاته (٣)، وجنح إليه العلامة في المختلف (٤) والمعتمد الأول.

لموثقة إسحاق بن عمار قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الأمة يموت سيدها؟ قال: تعتد عدة المتوفى عنها زوجها (٥) وحملها العلامة في المختلف على ما إذا أعتقها (٦).
قال طاب ثراه: وقيل: إن أدناه أن يؤذي أهله.

(١) الكافي: فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٣ س ١٠ قال: وعدة أم الولد لوفاة سيد أربعة أشهر وعشرا.

(٢) الوسيلة: فصل في بيان العدة وأحكامها ص ٣٢٨ س ٢٢ قال: وكذلك حكم الأمة إذا كانت عند سيدها ومات عنها إلى قوله: كانت عدتها عدة الحرائر.

(٣) السرائر: باب العدد ص ٣٣٩ س ٢٤ قال: والأولى في أم الولد أن لا عدة عليها في موت مولاها الخ.

(٤) المختلف: الفصل السادس في العدد، ص ٦٠ س ١٥ قال: ولا بأس ابن إدريس، إلى أن قال بعد نقل الحديث: والجواب الحمل على ما إذا أعتقها.

(٥) المختلف: الفصل السادس في العدد، ص ٦٠ س ١٥ قال: ولا بأس ابن إدريس، إلى أن قال بعد نقل الحديث: والجواب الحمل على ما إذا أعتقها.

(٦) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء ص ١٥٥ قطعة من حديث ١٣٨.

منهما حيث شاءت وتعتد المطلقة من حين الطلاق حاضرا كان المطلق أو غائبا إذا عرفت الوقت. وفي الوفاة من حين يبلغها الخبر.

أقول: المطلقة رجعية بمنزلة الزوجة لها النفقة بالإجماع، والسكنى لقوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) (١) وقال تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) (٢). والمراد بيوت الأزواج، فنسبها إليهن لاستحقاقهن سكنها. دون البائن، للأصل، ولأن الله سبحانه عقب الإسكان حيث أوجبه بقوله (لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) (٣) يعني الرجعة، ولا رجعة في البائن. ولأنه صلى الله عليه وآله لم يجعل لفاطمة بنت قيس لما تبها زوجها نفقة ولا سكنى، وقال: إن النفقة والسكنى لمن يملك زوجها رجعتها (٤). واختلف في الفاحشة المسوغة لإخراجها من المنزل الذي طلقت فيه، فالمروى عن ابن عباس: أن تؤذي أهل الرجل (٥) وهو اختيار الشيخ في الكتابين (٦) (٧).

(١) الطلاق: ٦.

(٢) الطلاق: ١.

(٣) الطلاق: ١.

(٤) مسند أحمد بن حنبل، ج ٦ ص ٤١٥ ولفظ الحديث كما وجدناه (عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة فخاصمته في السكنى والنفقة إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قالت: فلم يجعل سكنى ولا نفقة، وقالت: يا بنت آل قيس إنما السكنى والنفقة على من كانت له رجعة).
(٥) الدر المنثور: ج ٨ ص ١٩٣ عن ابن عباس قال: الفاحشة المبينة أن تبدو المرأة على أهل الرجل، ذا بذت عليهم بلسانها الخ.
(٦) كتاب الخلاف: كتاب العدة، مسألة ٢٣ قال: الفاحشة التي تحل إخراج المطلقة من بيت زوجها إلى تشتم أهل الرجل وتؤذيهم الخ.
(٧) المبسوط: ج ٥ كتاب العدد ص ٢٥٣ س ١٥ قال: وكذلك إن أتت بفاحشة، وهي أن تبدو على بيت أحمائها وتشتمهم الخ.

ورواه محمد بن علي بن جعفر قال: سأل المأمون الرضا عليه السلام عن قول الله عز وجل (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) قال يعني أن تؤذي أهل زوجها (١).

وعن ابن مسعود أن تزني، فيخرج وتحد ثم ترد إلى موضعها (٢). وهو اختيار المفيد (٣) والشيخ في النهاية (٤) وابن إدريس (٥). وقيل: يجوز إخراجها بأي الأمرين المذكورين حصل، نقل عن التقي (٦) وهو اختيار المصنف في الشرائع (٧) والعلامة في القواعد (٨) وزاد فيها: أو تستطيل على أهل الزوج بلسانها.

-
- (١) التهذيب: ج ٨ (٦) باب عدد النساء ص ١٣٢ الحديث ٥٥.
(٢) كتاب الخلاف: كتاب العدة مسألة ٢٣ قال: وقال ابن مسعود: الفاحشة أن تزني فتخرج وتحد ثم ترد إلى موضعها.
(٣) المقنعة: باب عدد النساء، ص ٨٢ س ٢٦ قال: فإن أتت في منزله بفاحشة يستحق عليها الحد، أخرجها منه ليقام عليها حد الله تعالى.
(٤) النهاية: باب العدد وأحكامها ص ٥٣٤ س ١٦ قال: والفاحشة أن تفعل ما يجب عليها الحد، فإذا فعلت ذلك أخرجت وأقيم عليها الحد الخ.
(٥) السرائر: باب العدد، ص ٣٤٠ س ١٣ قال: ولا يجوز له إخراجها منه إلا أن تؤذي أهله، أو تأتي فيه بما يوجب الحد فيخرجها لإقامته الخ.
(٦) الكافي: فصل في العدة وأحكامها ص ٣١٢ س ١٣ قال: ولا يخرجها إلا أن تؤذيه، أو تأتي في منزله ما يوجب الحد فيخرجها لإقامته ويردها إليه.
(٧) الشرائع: كتاب الطلاق، الفصل السابع في اللواحق، الأولى قال: لا يجوز لمن طلق رجعا أن يخرج الزوجة من بيته إلا أن تأتي بفاحشة إلى قوله: وأدنى ما تخرج له أن تؤذي أهله.
(٨) القواعد، كتاب الفراق، المطلب الثاني في صفة السكنى ص ٧٥ قال: لا يجوز للزوج إخراجها إلا أن يأتي بفاحشة إلى قوله: وتستطيل عليهم بلسانها.

(كتاب الخلع والمباراة)

(مقدمة):

الخلع بفتح الخاء نزع الثوب، وبضمها إزالة قيد النكاح بفدية لازمة لماهيته، مع كراهتها الزوج دونه، بلفظ خلعت.

فالإزالة كالجنس، ويشمل الإزالة بالفسخ والطلاق، والبواقي كالفصول. وهي أربعة

الفدية، ويخرج بها الطلاق، وبقولنا (لازمة لماهيته) يخرج الطلاق بعوض، لأنه ليس من لوازمه العوض بخلاف الخلع، و ب (كراهتها دونه) يخرج المبارات فإنها تترتب على كراهتهما معا، لأنها مفاعلة من التباري، وهو من الطرفين، فتبريه وتبعده بما تبذل له، وتبريها وتبعدها بإبانتها، وبقولنا (بلفظ خلعت) يخرج عنه ما لو وقع الطلاق بعوض مع كراهتها، فإنه لا يسمى خلعا.

وإنما سمي خلعا؟ استعارة من نزع الثوب. وإنما استعمل هذا في الزوجين؟ لأن كل واحد منهما لباس لصاحبه قال تعالى: (هن لباس لكم وأنتم لباس لهن) (١) فكأن كل واحد منهما لمفارقة الآخر ينزع لباسه. وسمي الخلع افتداء؟ لأن المرأة تفتدي نفسها من زوجها بما تبذله.

ويدل على مشروعية الكتاب والسنة والإجماع.

(١) البقرة: ١٨٧.

أما الكتاب فقوله تعالى: (فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) (١) فرفع الجناح في أخذ الفدية خوف التقصير في إقامة الوظائف المحدودة في حقوق الزوجية، يدل على جواز الفدية

وأما السنة: فروي عن يحيى بن سعيد، عن عمرة بنت عبد الرحمان أن حبيبة بنت سهل الأنصارية أخبرتها أنها كانت تحت ثابت بن قيس الشماس، وإن رسول الله صلى الله عليه (وآله) وسلم خرج إلى الصبح، فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس (٢) فقال رسول الله صلى الله عليه (وآله) وسلم: من هذه؟ فقالت: أنا حبيبة بنت سهل، قال: ما شأنك؟ قالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها، فلما جاء ثابت بن قيس قال رسول الله صلى الله عليه (وآله) وسلم: هذه حبيبة بنت سهل، وذكرت ما شاء الله إن تذكر وقالت حبيبة: يا رسول الله كل ما أعطاني عندي، فقال رسول الله صلى الله عليه (وآله) وسلم لثابت بن قيس: خذ منها، فأخذ منها، وجلست هي في أهلها (٣).

وبطريق آخر: أن حبيبة بنت سهل كانت تحت قيس بن ثابت، وكان يحبها وتكرهه وكان أصدقها حديقة بين يدي النبي صلى الله عليه وآله فقال لها النبي صلى الله عليه (وآله) وسلم: تعطيه حديقته التي أصدقك إياها؟ فقالت: وأزيدة، فخلعها قيس على الحديقة، فلما تم الخلع قال لها النبي صلى الله عليه وآله: اعتدي، ثم التفت إلى أصحابه وقال: هي واحدة (٤).

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) في الحديث: كان النبي صلى الله عليه وآله يغلس بالفجر إذا اختلط بضوء الصباح، والغلس بالتحريك الظلمة آخر الليل (مجمع البحرين لغة غلس).

(٣) سنن أبي داود، الجزء الثاني، باب في الخلع، ص ٢٦٨ الحديث ٢٢٢٧.

(٤) المستدرک: ج ٣ كتاب الخلع والمباراة، ص ٢٦ الحديث ٢.

والكلام في العقد والشرائط واللواحق.
وصيغة الخلع أن يقول: خلعتك أو فلانة مختلعة على كذا.
وهل يقع بمجردة؟ قال علم الهدى: نعم، وقال الشيخ: لا حتى تتبع بالطلاق

فاستفيد من هذا الحديث فوائد.

(أ) مشروعية الخلع.

(ب) لزوم الفدية فيه بقوله (تعطيه حديقته).

(ج) وقوعه بمجردة، لأنه لم يأمره بالطلاق.

(د) وجوب الاعتداد عنه.

(هـ) كونه طلاقاً بقوله (هي واحدة).

وأما الإجماع: فأطبق المسلمون على جوازه، وإن اختلفوا في مسأله.

قال طاب ثراه: وهل تقع بمجردة؟ قال علم الهدى: نعم، وقال الشيخ: لا حتى تتبع بالطلاق.

أقول: قال المرتضى: تقع بمجردة من غير احتياج إلى أن يتبع بالطلاق (١) وهو مذهب أبي علي (٢) وظاهر الحسن (٣) والصدوق (٤) والمفيد (٥) وتلميذه (٦) وابن

(١) الناصريات: في الجوامع الفقهية: ص ٢١٤ المسألة ١٦٥ قال: الخلع فرقة بائنة، وليست كل فرقة طلاقاً كفرقة الردة واللعان: عندنا أن الخلع إذا تجرد عن لفظ الطلاق بانت به المرأة وجرى مجرى الطلاق.

(٢) المختلف: القول في أحكام الخلع ص ٤٣ س ١٢ قال: مسألة إلى قوله: قال ابن الجنيد

بالأول، (أي يقع بمجردة) وليس عليه أن يقوله لها: قد طلقتك، وهو الظاهر من كلام ابن عقيل الخ.

(٣) المختلف: القول في أحكام الخلع ص ٤٣ س ١٢ قال: مسألة إلى قوله: قال ابن الجنيد

بالأول، (أي يقع بمجردة) وليس عليه أن يقوله لها: قد طلقتك، وهو الظاهر من كلام ابن عقيل الخ.

(٤) المقنع: باب الطلاق ص ١١٧ س ٣ قال: وأما الخلع إلى قوله: وقد بانت منه، وقوله: وكان الخلع له تطليقة واحدة.

(٥) المقنعة: ص ٨١ باب الخلع والمبارات ص ٣٤ قال: قال لها: قد خلعتك على كذا وكذا إلى قوله: فإذا قال لها ذلك فقد بانت منه.

(٦) المراسم: ص ١٦٢ س ٩ قال: فإذا إجابته إلى ذلك قال لها: قد خلعتك على كذا وكذا الخ.

حمزة (١) والعلامة في المختلف (٢) وفخر المحققين (٣) وهو ظاهر المصنف (٤).
وقال الشيخ: لا حتى تتبع بالطلاق (٥) وهو مذهب القاضي في المذهب (٦)
وابن إدريس (٧) وظاهر التقي (٨).
قال الشيخ: وهو مذهب جماعة من المتقدمين كجعفر بن سماعة والحسن بن
سماعة وعلي بن رئاب (٩).
احتج الأولون بروايات.

- (١) الوسيلة: فصل في بيان الخلع ص ٣٣١ س ١٦ قال: بأن يقول الرجل: خالعتك، أو تقول المرأة
اختلعت نفسي منك الخ.
(٢) المختلف: الفصل الثاني في الخلع، ص ٤٣ س ١٩ قال: والمعتمد الأول، أي وقوع الخلع بمجرد.
(٣) الإيضاح: ج ٣، الباب الثاني في الخلع، ص ٣٧٥ س ١٥ قال: واختار شيخنا في المختلف وقوعه
بمجرده، وهو الأقوى عندي.
(٤) لاحظ عبارة النافع. وفي الشرائع، كتاب الخلع، أما الصيغة قال: وهل يقع بمجرد؟ المروي:
نعم.
(٥) مع الفحص الشديد لم أظفر عليه في المبسوط، وفي المختلف ص ٤٣ س ١٤ قال: وقال الشيخ في
المبسوط: والخلع بمجرد لا يقع ولا بد من التلفظ بالطلاق على الصحيح من المذهب.
(٦) المذهب: ج ٢، باب الخلع ص ٢٦٧ س ١٨ قال: ولا يقع أيضا بمجرد فلا بد فيه من التلفظ
بالطلاق.
(٧) السرائر: باب الخلع والمبارات والنشوز ص ٣٣٧ س ١٦ قال: فإن قدم لفظ الخلع وعقب بلفظ
الطلاق كان جائزا الخ.
(٨) الكافي: الطلاق، وأما الخلع ص ٣٠٧ س ١١ قال: فإذا أراد خلعتها فليقل: قد خلعتك على
كذا فأنت طالق.
(٩) الإستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٧ قال بعد نقل حديث ٨ ما لفظه: قال محمد بن
الحسن الذي اعتمده في هذا الباب أن المختلة لا بد فيها من أن تتبع بالطلاق وهو مذهب جعفر بن سماعة
وعلي بن رباط وابن حذيفة من المتقدمين الخ.

ولو تجرد كان طلاقا عند المرتضى وفسخا عند الشيخ لو قال بوقوعه مجردا.

ما صح أن يكون مهرا صح فدية في الخلع، ولا تقدير فيه، بل يجوز أن يأخذها زائدا عما وصل إليها منه ولا بد من تعيين الفدية وصفا أو إشارة.

أما الشرائط: فيعتبر في الخالع البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد.

منها صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تباري زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك؟ أو هي امرأته ما لم يتبعها الطلاق؟ فقال تبين منه، فإن شاء أن يرد إليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعل، قلت: إنه قد روي أنها لا تبين حتى يتبعها بالطلاق، قال: ليس ذلك إذا خلع، فقلت: تبين منه؟ قال: نعم (١) وهو نص بالباب.

وبأن النبي صلى الله عليه وآله لم يأمر ثابت بن قيس بالتلفظ بالطلاق. احتج الآخرون بما رواه موسى بن بكر عن أبي الحسن الأول عليه السلام قال: المختلعة تتبعها الطلاق ما دامت في عدتها (٢) وبأن الأصل بقاء الزوجية فلا تزول إلا بالسبب المتيقن، وليس حاصلًا مع التجرد. قال طاب ثراه: ولو تجرد كان طلاقا عند المرتضى، وفسخا عند الشيخ لو قال بوقوعه مجردا.

(١) الإستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع، ص ٣١٨ الحديث ١٢.
(٢) الإستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع، ص ٣١٧ الحديث ٩.

وفي المختلعة مع الدخول، الطهر الذي لم يجامعها فيه إذا كان زوجها حاضرا، وكان مثلها تحيض، وأن يكون الكراهية منها خاصة صريحا. ولا يجب لو قالت: لأدخلن عليك من تكره، بل يستحب. ويصح خلع الحامل مع الدم لو قيل إنها تحيض. ويعتبر في العقد حضور الشاهدين عدلين وتجريده عن الشرط، ولا بأس بشرط يقتضيه العقد، كما لو شرط الرجوع إن رجعت. وأما اللواحق فمسائل.

(الأولى) لو خالعتها والأخلاق ملتزمة لم يصح ولم يملك الفدية. (الثانية) لا رجعة للخالع، نعم لو رجعت في البذل رجع إن شاء. ويشترط رجوعها في العدة ثم لا رجوع بعدها. (الثالثة) لو أراد مراجعتها ولم ترجع في البذل افتقر إلى عقد جديد في العدة أو بعدها. (الرابعة) لا توارث بين المختلعين ولو مات أحدهما في العدة، لانقطاع العصمة بينهما.

أقول: على القول بوقوع الفرقة بمجرد لفظ الخلع، هل يكون طلاقا أو فسخا؟ المرتضى (١)

وابن الجنيدي (٢) على الأول، واختاره العلامة (٣) وفخر المحققين (٤) بوجوه.

- (١) الناصريات: (في الجوامع الفقهية ص ٢١٤، المسألة ١٦٥ قال: الخلع إذا تجرد عن لفظ الطلاق بانت به المرأة وجرى مجرى الطلاق في أنه ينقص من عدد الطلاق، وهذه فائدة اختلاف الفقهاء في أنه طلاق أو فسخ الخ.
- (٢) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤٤ س ٥ قال بعد نقل قول السيد: وهو قول ابن الجنيدي أيضا، إلى قوله: والمعتمد ما ذهب إليه السيد.
- (٣) المختلف: كتاب الطلاق ص ٤٤ س ٥ قال بعد نقل قول السيد: وهو قول ابن الجنيدي أيضا، إلى قوله: والمعتمد ما ذهب إليه السيد.
- (٤) الإيضاح: ج ٣، الباب الثاني في الخلع ص ٣٧٦ س ١٤ قال: والأقرب عندي اختيار المرتضى.

(أ) أن النبي صلى الله عليه وآله لم يأمر ثابتاً بلفظ الطلاق حين خالع زوجته حبيبة بين يديه، وقال لها: اعتدي، ثم التفت إلى أصحابه وقال: هي واحدة (١).
(ب) قول الصادق عليه السلام: وكانت معه على تطليقتين باقيتين (٢).
(ج) قوله عليه السلام: وكانت تطليقة بغير طلاق تتبعها (٣).
(د) قوله عليه السلام: وخلعها طلاقها (٤).
(هـ) رواية زرارة ومحمد بن مسلم عنه عليه السلام: الخلع تطليقة بائنة (٥).
(و) أن الزوجين لا يملكان فسخ النكاح بتراضيهما، لأنه لا يقبل التقايل.
روى محمد بن مسلم في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: المختلعة تقول لزوجها اخلعني وأنا أعطيك ما أخذت منك، فقال: لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً حتى يقول: والله لا أبر لك قسماً، ولا أطيع لك أمراً، ولأوذنن في بيتك بغير إذنك، ولا وطن فراشك غيرك، فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حل له ما أخذ منها، وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها، وكانت بائناً بغير طلاق، وكان خاطباً من الخطاب (٦).

وفي حسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها: والله لا أبر لك قسماً، ولا أطيع لك أمراً، ولا أغتسل لك من جنابة، ولأوطنن فراشك، ولأوذنن عليك بغير إذنك، وقد كان الناس يرخصون فيما دون

(١) تقدم نقله من سنن أبي داود.

(٢) الإستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٥ الحديث ١.

(٣) الإستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٥ الحديث ٣.

(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٦٩) باب الخلع ص ٣٣٨ قطعة من حديث ٢.

(٥) الإستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٧ الحديث ٨.

(٦) الإستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٥ الحديث ٣.

هذا، فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حل له ما أخذ منها وكانت عنده على تطليقتين باقيتين وكان الخلع تطليقة (١).
والشيخ على الثاني، قال: ولو قلنا بوقوعه مجردا كان الأولى، لأنه فسخ (٢). واحتج بوجوه:
(أ) أنه لو كان طلاقا، لكان كناية في الطلاق، لا صريحا، والطلاق لا يقع بالكناية، وقد قلنا بوقوعه، وهذا خلف.
(ب) قوله تعالى: (الطلاق مرتان) (٣) ثم قال: (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) (٤) ثم قال: (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) (٥) فذكر تطليقتين، والخلع وتطليقة بعده، فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا هذا محال.
(ج) أنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته، فكان فسخا كسائر الفسوخ.
(د) اشتماله على مشابهة المعاوضة في استرداد كل من الزوجين عوضه، فإن الزوجة أرادت نفسها واستردت بضعها، واسترد الزوج مهره، فأشبهه فسخ المعاوضة. وتظهر فائدة الخلاف في مسائل:
(أ) انتقاض عدد الطلاق به وافتقاره إلى المحلل على الأول دون الثاني.
(ب) صحته من ولي الطفل على الثاني دون الأول.
(ج) عدم الحنث به لو نذر أو حلف أن لا يطلق على الثاني خاصة.
(د) استحقاق اسم المطلقة للزوجة على الأول دون الثاني، فتدخل في الوقف والنذر والصدقة على المطلقات.

- (١) الإستبصار: ج ٣ (١٨٣) باب الخلع ص ٣١٥ الحديث ١.
(٢) كتاب الخلاف: كتاب الخلع، مسألة ٣ قال: ومن لم يعتبر من أصحابنا التلفظ بالطلاق، الأولى أن يقول: أنه فسخ وليس بطلاق، لأنه ليس على كونه طلاقا دليل.
(٣) البقرة: ٢٢٩.
(٤) البقرة: ٢٢٩.
(٥) البقرة: ٢٣٠.

والمباراة: هو أن يقول: بأرتك على كذا. وهي تترتب على كراهية الزوجين كل منهما صاحبه.

ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الأكثر.

والشرائط المعتمدة في الخلع والمختلعة مشترطة هنا. ولا رجوع للزوج إلا أن ترجع هي في البذل. وإذا خرجت من العدة فلا رجوع لها. ويجوز أن تفاديهما بقدر ما وصل إليها منه فما دون، ولا يحل له ما زاد عنه.

قال طاب ثراه: ويشترط إتباعها (أي المباراة) بالطلاق على قول الأكثر. أقول: ادعى الشيخ الإجماع على افتقار المباراة إلى التلفظ بالطلاق (١) وكذا المصنف في الشرائع (٢) وقوله هنا في الواقع يشعر بوجود مخالف، وهو منقرض أو متروك.

نعم روى الشيخ في الإستبصار مرفوعاً إلى حمران قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: أن المباراة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهما، لأن العصمة قد بانت ساعة كان ذلك منها ومن الزوج (٣). وعن جميل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المباراة تبين من غير أن تتبعها بالطلاق (٤).

قال الشيخ: أوردنا هذه الأخبار على ما رويت وليس العلم على ظاهرها، لأن المبارات ليس يقع بها فرقة من غير طلاق، وإنما تؤثر في ضرب من الطلاق في أن يقع

(١) المبسوط: ج ٤ كتاب الخلع ص ٣٧٣ س ٣ قال: فرق أصحابنا بين الخلع والمبارات فلم يختلفوا في أن المبارات لا يقع إلا بلفظ الطلاق.

(٢) الشرائع: كتاب المباراة س ٥ قال: ويشترط اتباعه بلفظ الطلاق، فلو اقتصر المباري على لفظ المباراة لم يقع به فرقة.

(٣) الإستبصار: ج ٣ (١٨٤) باب حكم المباراة ص ٣١٩ الحديث ٣.

(٤) الإستبصار: ج ٣ (١٨٤) باب حكم المباراة ص ٣١٩ الحديث ٤.

بأننا لا يملك معه الرجعة، وهو مذهب جميع فقهاء أصحابنا المتقدمين منهم والمتأخرين لا نعلم خلافا بينهم في ذلك. والوجه في هذه الأخبار أن نحملها على التقية، لأنها موافقة لمذهب العامة ولسنا نعمل به (١) هذا آخر كلامه رحمه الله. والحاصل: أن الخلع والمباراة يجتمعان في أمور ويفترقان في أمور، فلهذا شملهما كتاب واحد، لأن منشأهما المنافاة بين الزوجين وعدم التمام الأحوال، فالموافقة في أمور:

(أ) حصول البينونة في عدة كل منهما.

(ب) حصول العوض فيهما.

(ج) حصول المنافاة في الجملة.

والمفارقة في أمور:

(أ) ترتب الخلع على كراهتها خاصة، وفي المباراة على كراهتهما.

(ب) تحريم أخذ الزيادة في المباراة عما وصل إليها منه وجوازه في الخلع.

(ج) افتقار البينونة في المباراة إلى التلفظ بالطلاق وعدمه في الخلع على

الأصح.

فرع

المشهور جواز مساواة البذل في المباراة لما وصل إليها منه، وهو اختيار المفيد (٢).

(١) الإستبصار: ج ٣ ص ٣١٩ س ١٦ قال بعد نقل حديث ٤: قال محمد بن الحسن: هذه الأخبار الخ.

(٢) المقنعة: باب الخلع والمباراة ص ٨٢ س ٨ قال: ولا يجوز له إذا كان كارها لها أن يأخذ منها على الطلاق لها أكثر مما أعطاه.

وابن إدريس (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣) لقوله تعالى (فلا جناح عليهما في ما افتدت به) (٤).

ولصحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: المرأة تقول لزوجها: لك ما عليك واتركني، أو تجعل له من قبلها شيئاً فيتركها، إلا أنه يقول: فإن ارتجعت في شيء فإننا أملك ببيضعك، فلا يحل لزوجها أن يأخذ منها إلا المهر فما دونه (٥). وللأصل، ومنعناه في الزائد؟ للاشتراك في الكراهة.

وقال الصدوقان: وله أن يأخذ دون الصداق وليس له أن يأخذ الكل (٦) وبه قال ابن حمزة (٧) وهو ظاهر الحسن (٨) والنهاية (٩).

احتجوا بحسنة زرارة قال: المبارية يؤخذ منها دون الصداق، والمختلعة تؤخذ منها

(١) السرائر: باب الخلع والمبارات ص ٣٣٦ س ٣٣ قال: ولا يجوز أن يأخذ منها أكثر من المهر.
(٢) الشرائع: كتاب المباراة قال: ويأخذ في المباراة بقدر ما وصل إليها منه ولا تحل له الزيادة.
(٣) المختلف: في أحكام الخلع والمبارات ص ٤٤ س ٣٧ قال بعد نقل قول المفيد وابن إدريس: وهو الوجه.

(٤) سورة البقرة / ٢٢٩.

(٥) التهذيب: ج ٨ (٤) باب الخلع والمبارات، ص ١٠٠ الحديث ١٨.

(٦) المختلف: في أحكام الخلع والمبارات ص ٤٤ س ٣٤ قال: مسألة قال الشيخ علي بن بابويه في رسالته: وله أن يأخذ دون الصداق وفي المقنع، باب الطلاق ص ١١٧ قال: وأما المبارات إلى قوله: ولا ينبغي أن يأخذ منها أكثر من مهرها وزاد في المختلف نقلاً عنه (بل يأخذ منها دون مهرها).
(٧) الوسيلة، فصل في بيان المباراة والنشوز ص ٣٣٢ س ١٣ قال: صح بشرطين: تكون الفدية أقل من المهر.

(٨) المختلف: في أحكام الخلع والمباراة ص ٤٤ س ٣٦ قال: وهو الظاهر من كلام الشيخ في النهاية وابن أبي عقيل الخ.

(٩) النهاية: باب الخلع والمباراة ص ٥٣٠ س ١١ قال: ويكون ذلك دون المهر الذي أعطاها الخ.

ما شئت وما تراضيا عليه من صداق أو أكثر، وإنما صارت المبارية يؤخذ منها دون المهر
والمختلعة يؤخذ منها ما شاء؟ لأن المختلعة تتعدى في الكلام وتتكلم بما لا يحل
لها (١).

وهي مرسلة ولا دلالة فيها، لأن تسويغ أخذ الناقص لا يمنع المساواة.

(١) التهذيب: ج ٨ (٤) باب الخلع والمبارات ص ١٠١ الحديث ١٩.

(٥١٧)

كتاب الظهر

(مقدمة)

الظهر شرعا تشبيه الزوج المكلف منكوحته ولو مطلقة رجعية في العدة بظهر أمه.

وقيل: تشبيه من يملك نكاحها بعقد دائم بظهر محرمة على أبدا، بنسب أو رضاع أو مصاهرة.

وإنما سمي ظهرا؟ اشتقاقا من الظهر. وخص بالظهر دون البطن والفخذ والفرج وغيرها من الأعضاء؟ لأن كل بهيمة تركب فإنما تركب ظهرها، ولما كانت المرأة تركب وتغشى شبهت بذلك، فإذا قال: أنت علي كظهر أمي، فمعناه: ركوبك علي محرّم كركوب أمي، فسمي ظهرا اشتقاقا من هذا. والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: (والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إلى قوله فإطعام ستين مسكينا) (١) فذكر الله سبحانه الظهر في هذه الآيات الثلاث.

ففي الأولى تحريمه وكونه منكرا. وفي الثانية الكفارة وتفصيلهما.

(١) المجادلة: ٢.

وأما السنة: فروت خولة بنت مالك بن ثعلبة، قالت: تظاهر مني زوجي أوس بن الصامت فأتيت النبي صلى الله عليه وآله فشكوت إليه ذلك، فجعل رسول الله يجادلني عن زوجي أوس ويقول: اتقى الله فإنه ابن عمك، فما برحت حتى نزل قوله تعالى (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله) (١) إلى آخر الآيات، فقال النبي صلى الله عليه وآله: يعتق رقبة، فقلت: لا يجد فقال: تصوم شهرين متتابعين، فقلت: إنه شيخ كبير ما به من صيام، فقال: تطعم ستين مسكينا، فقلت: ماله شيء، فأتى بعرق (٢) من تمر، فقلت: أضم إليه عرقا آخر وأتصدق به عنه، فقال: أحسنت، تصدق به على ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك (٣).

وروى سليمان بن بشار عن سلمة بن صخر قال: كنت رجلا أصيب من النساء ما لا يصيب غيري، فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئا يتابع (٤) بي حتى أصبح، فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان، فبينما هي تخدمني ذات ليلة إذ تكشف لي منها شيء، فلم ألبث أن نزوت عليها، فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرتهم الخبر وقلت: امشوا معي إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قالوا: لا والله، فانطلقت إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأخبرته، فقال: أنت بذاك يا سلمة؟ قلت: أنا بذاك يا رسول الله، مرتين، وأنا صابر لأمر الله فاحكم في ما أراك الله، قال: حرر رقبة، قلت والذي بعثك بالحق

(١) المجادلة: ١.

(٢) في حديث المظاهر: أنه أتى بعرق من تمر، هو زنبيل منسوج من نسائج الخوص (النهاية لغة عرق).

(٣) سنن أبي داود: ج ٢ ص ٢٦٦ الحديث ٢٢١٤.

(٤) أي يلازمني فلا أستطيع الفكاك منه (هكذا في هامش السنن).

ما أملك رقبة غيرها، وضربت صفحة رقبتني، قال: فصم شهرين متتابعين، قال: وهل أصبت ما أصبت إلا من الصيام؟ قال: فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا، قلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين (١) ما لنا طعام، قال: فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر، وكل أنت وعيالك بقيتها، فرجعت إلى قومي فقلت: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي، ووجدت عند النبي صلى الله عليه وآله وسلم السعة وحسن الرأي، وقد أمر لي بصدقتكم (٢).

ومن طريق الخاصة: روى الصدوق عن محمد بن أبي عمير، عن أبان وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يقال له: أوس بن الصامت، وكانت تحته امرأة يقال لها خولة بنت المنذر، فقال لها ذات يوم: أنت علي كظهر أمي، ثم ندم من ساعته، وقال لها: أيتها المرأة ما أظنك إلا وقد حرمت علي، فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله إن زوجي قال لي: أنت علي كظهر أمي، وكان هذا القول فيما مضى تحرم المرأة علي زوجها، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله أيتها المرأة ما أظنك إلا حرمت عليه، فرفعت المرأة يدها إلى السماء فقالت: أشكو إلى الله فراق زوجي، فأنزل الله عز وجل يا محمد (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله) الآيات (٣). وأما الإجماع: فمن سائر المسلمين ثبوت الظهار حكما من أحكام الشرع.

(١) وفيه (لقد بتنا وحشين ما لنا طعام) يقال: رجل وحش بالسكون من قوم أو حاش، إذا كان جائعا لا طعام له، وقد أوحش، إذا جاع (النهاية لغة وحش).

(٢) سنن أبي داود: ج ٢ باب في الظهار ص ٢٦٥ الحديث ٢٢١٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٧١) باب الظهار ص ٣٤٠ الحديث ٤.

وينعقد بقوله: أنت علي كظهر أمي، وإن اختلفت حرف الصلة.
وكذا يقع لو شبهها بظهر ذوي رحم نسبا ورضاعا. ولو قال: كشعر أمي
أو يدها لم يقع، وقيل: يقع برواية فيها ضعف، ويشترط أن يسمع نطقها
شاهدا عدل.

تذنيب

الظهار محرم، لأن الله وصفه بالنكر والزور، فيحرم فعله، لأنهما قبيحان.
وهنا فرعان:

(أ) هل يثبت فيه عقوبة في الآخرة؟ قيل: نعم، قضية لفعل المنكر، وقيل:
لا لتعقيبه بالعفو فإن الله سبحانه قال: (فإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن
الله لعفو غفور) (١).

(ب) لا يصح الظهار من الصبي، لأن المنكر والزور لا يتحققان في فعل الصبي،
لعدم تكليفه، والظهار المعتبر هو الموصوف بهما.
قال طاب ثراه: ولو قال: كشعر أمي أو يدها لم يقع، وقيل: يقع برواية فيها
ضعف.

أقول: قال الشيخ في المبسوط بالوقوع (٢) وبه قال ابن حمزة (٣) والقاضي في
المهذب (٤).

(١) سورة المجادلة / ١.

(٢) المبسوط: ج ٥ كتاب الظهار ص ١٤٩ س ٤ قال: فأما إذا شبه زوجته بعضو من أعضاء الأم غير
الظهر إلى قوله: كان بجميع ذلك مظاهرا.

(٣) الوسيلة، فصل في بيان الظهار ص ٣٣٤ س ٥ قال: أو عضو من أعضائها وسمى الخ.

(٤) المهذب: ج ٢، باب الظهار ص ٢٩٨ س ١٠ قال: فإن شبه زوجته بعضو من أعضاء الأم غير
الظهر إلى قوله كان بجميع ذلك مظاهرا.

وبعدمه قال المرتضى (١) والسيد ابن زهرة (٢) وابن إدريس (٣)، وهو ظاهر المفيد (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦) تمسكا بأصالة الحل، وبأن الأسباب الشرعية إنما يستفاد من نص الشارع والذي وقع ودل الكتاب والسنة المتواترة عليه، أنت علي كظهر أمي.

وروى زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن الظهار؟ قال: هو من كل ذي محرم: أما أو أختا أو عمّة أو خالة، ولا يكون إلا في يمين، قلت: وكيف هو؟ قال: يقول الرجل لامرأته، وهي طاهر من غير جماع: أنت علي حرام مثل طهر أمي أو أختي، وهو يريد بذلك الظهار (٧) فيقتصر عليه أخذا بالمتيقن. احتج الشيخ برواية السدير عن الصادق عليه السلام قال: قلت: الرجل يقول لامرأته: أنت علي كشعر أمي أو كفها أو بطنها أو كرجلها، قال: ما عني؟ إن أريد به الظهار، فهو الظهار (٨).

-
- (١) الإنتصار: مسائل الظهار، ص ١٤٢ س ١ قال: (مسألة) ومما انفردت به الإمامية إلى قوله: ولا يقوم مقامها تعليقة بجزء من أجزاء الأم.
 - (٢) الغنية: (في الجوامع الفقيه) ص ٦١٣ س ١٠ قال: فصل في الظهار إلى أن قال: فلو علق ذلك بغير الظهر من رأس أو يد أو غيرهما لم يصح.
 - (٣) السرائر: باب الظهار والايلاء ص ٣٣٣ س ١١ قال: ومنها أن يكون متلفظا بقوله: أنت علي كظهر أمي، إلى قوله: ولم يثبت ذلك في باقي الأعضاء.
 - (٤) المقنعة: باب حكم الظهار ص ٨٠ س ٣٤ قال: وإذا قال الرجل لامرأته إلى قوله: أنت علي كظهر أمي قال: حرم بذلك عليه وطئها الخ واكتفى بذلك ولم يذكر غير ذلك.
 - (٥) لاحظ النافع.
 - (٦) المختلف: الفصل الثالث في الظهار ص ٤٦ س ٣١ قال: والمعتمد قاله المرتضى.
 - (٧) الكافي: ج ٦ باب الظهار ص ١٥٣ الحديث ٣.
 - (٨) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ١٠ الحديث ٤.

وفي صحته مع الشرط روايتان، أشهرهما: الصحة. ولا يقع في يمين
ولا إضرار ولا غضب ولا سكر ويعتبر في المظاهر البلوغ، وكمال العقل،
والاختيار والقصد.
وفي المظاهرة طهر لم يجامعها فيه إذا كان زوجها حاضر أو مثلها تحيض.

وفي طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف (١).
قال طاب ثراه: وفي صحته مع الشرط روايتان، أشهرهما: الصحة.
أقول: لا شك أن الخلع والظهار قد شاركوا الطلاق في اشتراط وقوع كل من
الثلاثة في الطهر العاري عن الجماع، وسماع الشاهدين.
أما الخلع فلمشابهة الطلاق، أو لكونه قسما من أقسامه على القول بوقوعه مجردا.
وأما الظهار فبالإجماع.
ولا يقع كل واحد من الطلاق والخلع معلقا على الشرط إجماعا.
وهل حكم الظهار كذلك؟ أو يجوز وقوعه معلقا على شرط كقوله: أنت علي
كظهر أمي إن دخلت الدار، وإن قدم زيد؟ فيه مذهبان:
(أ) الوقوع قاله الشيخ في الثلاثة (٢) (٣) (٤) والصدوق في المقنع (٥) وابن

-
- (١) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن علي بن محبوب، عن سهل بن زياد، عن غياث، عن
محمد بن سليمان، عن أبيه عن سدير).
(٢) المبسوط: ج ٥، كتاب الظهار ص ١٥٠ س ١٦ قال: الظهار يقع عاجلا وآجلا، إلى أن قال:
والأجل أن يقول: إذا دخلت الدار الخ.
(٣) كتاب الخلاف: كتاب الظهار، مسألة ٢٠ قال: الظهار على ضربين إلى أن قال: والآخر أن
يكون مشروطا بالخ.
(٤) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٥ س ٢ قال: ثم إنه ينقسم قسمين إلى قوله: والضرب الثاني
لا تحب فيه الكفارة إلا بعد أن يفعل ما شرط.
(٥) المقنع: باب الطلاق ص ١١٨ س ٢١ قال: فإن قال: هي عليه كظهر أمه إن فعل كذا وكذا إلى
أن قال: فليس عليه شيء حتى يفعل ذلك لشيء.

حمزة (١) والمصنف (٢) والعلامة (٣).
(ب) عدمه قاله السيد في الانتصار (٤) والقاضي (٥) وسلار (٦) وابن زهرة (٧)
وهو ظاهر أبي علي (٨).
احتج الأولون: بعموم الآية (٩).
وبصحيحة حريز عن الصادق عليه السلام قال: الظهران: فأحدهما أن
يقول: أنت علي كظهر أمي، ثم يسكت، فذلك الذي يكفر قبل أن يواقع، فإذا قال:
أنت علي كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا، ففعل، وجبت عليه الكفارة حيث
يحدث (١٠).
احتج الآخرون برواية القاسم بن محمد الزيات قال: قلت لأبي الحسن الرضا
عليه السلام: إني ظاهرت من امرأتي فقال لي: كيف قلت؟ قال: قلت: أنت علي

-
- (١) الوسيلة، فصل في بيان الظهر ص ٣٣٤ س ٨ قال: وإذا ظاهر مشروطا حرم الوطء بوقوع الشرط.
(٢) لاحظ عبارة النافع.
(٣) المختلف: في أحكام الظهر ص ٤٧ قال: (مسألة) سوغ الشيخ وقوع الظهر مع الشرط إلى قوله:
والوجه ما قاله الشيخ.
(٤) الانتصار: مسائل الظهر ص ١٤١ س ١٤ قال: (مسألة) ومما انفردت به الإمامية القول بأن
الظهر مشروطا بأي شرط كان.
(٥) المهذب: ج ٢ باب الظهر ص ٢٩٨ س ٤ قال: وكذلك لا يقع صحيحا إذا كان مشروطا.
(٦) المراسم، الظهر ص ١٦٠ س ٩ قال: والشروط فيه تبطله كالطلاق.
(٧) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦١٣ فصل في الظهر ص ١٣ قال: ومنها أن يكون خاليا من
الاشتراف، فلو قال: أنت كظهر أمي إن كان كذا لم يصح وإن حصل الشرط.
(٨) المختلف: في أحكام الظهر ص ٤٧ س ٣١ قال: وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد.
(٩) المجادلة: ٣.
(١٠) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهر ص ١٢ الحديث ١٤.

كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا، فقال: لا شيء عليك ولا تعد (١).
وفي الطريق أبي سعيد الأدمي، وفيه ضعف (٢).
والفرق بين اليمين والشرط اتحاد صورتها: أن اليمين المقصود فيها الكف
وزجر النفس، والإلزام، وبالتزام مخطور على تقدير المخالة، والمقصود في الشرط:
التعليق بالمشروط ووقوعه عند وقوع شرطه.

فرع
على القول بوقوعه معلقا على الشرط، هل يقع معلقا على الزمان المستقبل؟
ويسمى المعلق على الصفة، كقوله: أنت علي كظهر أمي إذا جاء رأس الشهر فيه
احتمالان.

عدم الوقوع لعدم النص عليه، والوقوع لاشتراكهما في التعليق وهو اختيار
الشيخ (٣).
والفرق بينهما: أن الشرط يمكن وقوعه في الحال وعدم وقوعه، والمعلق بالزمان
يستحيل وقوعه في زمان إيقاعه ثم ينحتم وقوعه في الزمان المستقبل، فوقعه في الحال
محال، وفي المستقبل واجب.
فقال: هو أولى بالوقوع من المشروط، لأنه لا بد من وقوعه، بخلاف الشرط فقد
لا يقع.

-
- (١) الإستبصار: ج ٣، أبواب الظهر (١٥٨) ص ٢٦٠ الحديث ١١.
(٢) سند الحديث كما في الإستبصار (أحمد بن محمد بن يحيى، عن أبي سعيد الأدمي عن القاسم بن
محمد الزيات).
(٣) المبسوط: ج ٥ ص ١٥٠ س ١٦ قال: الظهر يصح أجلا وعاجلا إلى قوله: وإذا جاء رأس الشهر
الخ.

وفي اشتراط الدخول تردد، المروي الاشتراط.

وأجيب: بل هو أولى بعدم الوقوع، لأن المكلف لا يرد وقوعه في زمان إيقاعه قطعاً، بخلاف الشرط، فإن المقصود وقوع المشروط عند حصول الشرط، وهو ممكن الحصول في الحال، ومع هذا فهو في غير صورة النص.
قال طاب ثراه: وفي اشتراط الدخول تردد، المروي: الاشتراط.
أقول: اشترط الصدوق (١) والشيخ في الكتابين (٢) (٣) الدخول، وهو ظاهر القاضي (٤) وأبي علي (٥) واختاره العلامة (٦).
ولم يشترطه المفيد (٧) وتلميذه (٨) وابن زهرة (٩) وابن إدريس (١٠) ونقله عن المرتضى (١١) واختاره فخر المحققين (١٢).
احتج الأولون بصحيفة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في المرأة التي

- (١) الهداية (١٢٢) باب الظهار ص ٧١ س ٢٢ قال: ولا يقع حتى يدخل الرجل بأهله.
- (٢) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٦، س ١٧ قال: والظهار لا يقع إلا على المدخول بها.
- (٣) المبسوط: ج ٥ كتاب الظهار ص ١٤٦ س ٢٢ قال: لا يقع الظهار قبل الدخول عندنا الخ.
- (٤) المهذب: ج ٢ باب الظهار ص ٢٩٨ س ٥ قال: ولا يقع إلا بزوجة مدخول بها.
- (٥) المختلف: في أحكام الظهار ص ٤٨ س ٣٧ قال: وجعله (أي الدخول) الشيخ أبو جعفر شرطاً، إلى قوله: وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد، والمعتمد ما قاله الشيخ.
- (٦) المختلف: في أحكام الظهار ص ٤٨ س ٣٧ قال: وجعله (أي الدخول) الشيخ أبو جعفر شرطاً، إلى قوله: وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد، والمعتمد ما قاله الشيخ.
- (٧) المقنعة باب حكم الظهار ص ٨١ س ٣ قال: وإن قال لها قبل أن يدخل بها وهي حائض وقع.
- (٨) المراسم، الظهار ص ١٦٠ س ٨ قال: وأن تكون زوجته الخ ولم يشترط الدخول.
- (٩) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦١٣ س ١٦ قال: أو غير مدخول بها، أو مدخولاً بها وهي غائبة عن زوجها فإنه لا اعتبار بهذا الشرط الخ.
- (١٠) السرائر: باب الظهار والايلاء، ص ٣٣٣ س ٢٦ قال: أو غير مدخول بها على الصحيح من مذهب أصحابنا إلى قوله وما اخترناه اختيار السيد المرتضى الخ.
- (١١) السرائر: باب الظهار والايلاء، ص ٣٣٣ س ٢٦ قال: أو غير مدخول بها على الصحيح من مذهب أصحابنا إلى قوله وما اخترناه اختيار السيد المرتضى الخ.
- (١٢) الإيضاح: ج ٣ ص ٤٠٨ س ١١ قال: واحتجوا بعموم قوله تعالى إلى قوله: المتناول للمدخول بها وغيرها وهو الأصح عندي.

وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان، أشبههما: الوقوع، وكذا الموطوءة بالملك
والمروي أنها كالحرّة.

لم يدخل بها زوجها، قال: لا يقع بها إيلاء ولاظهار (١).
ومثلها رواية الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل
مملك ظاهر من امرأته، قال: لا يلزمه، وقال: لا يكون ظهار ولا إيلاء حتى يدخل
بها (٢).

احتج الآخرون بعموم قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) (٣) وهو عام.
قال طاب ثراه: وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان، أشبههما الوقوع، وكذا الموطوءة
بالملك والمروي أنها كالحرّة.
أقول: هنا مسألتان.

الموطوءة بالعقد المنقطع هل يقع بها الظهار؟ قال المرتضى (٤) وابن زهرة (٥)
والتقي (٦) نعم واختاره المصنف (٧) والعلامة في القواعد (٨)
والمختلف (٩).

(١) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ٢١ الحديث ٤٠.

(٢) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ٢١ الحديث ٤١.

(٣) المجادلة: ٣.

(٤) الإنتصار، في نكاح المتعة ص ١١٥ س ١٤ قال: والظهار أيضا يقع بالمتمتع بها الخ.

(٥) الغنية (في الجوامع الفقهية) ص ٦١٣ س ١٤ قال: ومنها أن يكون موجهها ذلك إلى معقود عليها
سواء كانت حرّة أو أمة دائما نكاحها أو مؤجلا.

(٦) الكافي: فصل في الظهار ص ٣٠٣ س ٣ قال: حرّة كانت أو أمة غبطة أو متعة.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

(٨) القواعد في الظهار ص ٨٤ س ٢٥ قال: وهل يشترط كون العقد دائما؟ خلاف أقربه الوقوع
بالمستمتع بها.

(٩) المختلف: في أحكام الظهار ص ٤٨ س ١١ قال: والوجه قول السيد المرتضى.

وقال الصدوق: وأبو علي لا يقع (١) (٢) واختاره ابن إدريس (٣). واحتجوا بما رواه ابن فضال عن أخبره عن الصادق عليه السلام قال: لا يكون الظهر على موضع الطلاق (٤). وهي مع ضعف سندها مرسلة. احتج الأولون بقوله تعالى: (والذين يظاهرون من نسائهم) (٥) وهي من النساء، وإلا كانت حراما لقوله: (فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) (٦). (ب) الموطوءة بالملك هل يقع بها الظهر أم لا؟ بالموقع قال في النهاية (٧) والمختلف (٨) وبه قال الحسن (٩) وابن حمزة (١٠) والمصنف (١١) واختاره العلامة (١٢).

(١) الهداية (١٢٢) باب الظهر ص ٢٢ قال: ولا يقع الظهر إلا على موضع الطلاق.
(٢) المختلف: في أحكام الظهر ص ٤٨ س ٨ قال: (مسألة) قال الصدوق وابن الجنيد: لا يقع الظهر إلا على موضع الطلاق.
(٣) السرائر: باب الظهر والايلاء ص ٣٣٣ س ٢٠ قال: ومنها أن يكون ذلك موجها إلى معقود عليها دائما نكاحها.
(٤) الإستبصار: ج ٣، أبواب الظهر ص ٢٦١ الحديث ١٣.
(٥) المجادلة: ٣.
(٦) المؤمنون: ٧ المعارج: ٣١.
(٧) النهاية باب الظهر والايلاء ص ٥٢٧ س ١٠ قال: والظهر يقع بالحرمة والأمة سواء كانت الأمة زوجة أو موطوءة بملك يمين.
(٨) المختلف في أحكام الظهر ص ٤٨ س ٢٠ قال: والمعتمد الأول، أي قول الشيخ في النهاية.
(٩) المختلف: في أحكام الظهر ص ٤٨ س ١٨ قال: والأول (أي صحة ظهر الموطوءة بملك اليمين) اختيار شيخنا ابن أبي عقيل الخ.
(١٠) الوسيلة، فصل في بيان الظهر ص ٣٣٥ س ١٣ قال: والظهر يقع بأمر الولد إلى قوله: وبالأمة إذا كانت مزوجة.
(١١) لاحظ عبارة النافع.
(١٢) المختلف: في أحكام الظهر ص ٤٨ س ٢٠ قال: والمعتمد الأول (أي صحة ظهر الموطوءة بملك اليمين).

- وبعدمه قال الصدوق (١) وبه قال المفيد (٢) وتلميذه (٣) والتقي (٤) والقاضي (٥) وابن إدريس (٦) ونقله عن المرتضى (٧).
احتج الأولون بوجوه.
(أ) أنها من النساء، لتحريم أمها إجماعاً قال تعالى (وأمهات نساءكم) (٨)
وإذا ثبت كونها من النساء وقع بها الظهار لعموم الآية (٩).
(ب) موثقة إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام قال: سألته عن الرجل يظاهر من جاريته؟ فقال: الأمة والحرّة في هذا سواء (١٠).
(ج) صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الظهار على الحرّة والأمة، فقال: نعم (١١).
احتج الآخرون بوجهين.
(أ) أصالة بقاء الحل.

- (١) الهداية (١٢٢) باب الظهار ص ٧١ س ٢٢ قال: ولا يقع الظهار إلا على موضع الطلاق.
(٢) المقنعة باب حكم الظهار ص ٨١ س ٤ قال: وإن كانت الأمة ملك يمينه لم يقع به.
(٣) المراسم، الظهار ص ١٦٠ س ٨ قال: وأن تكون زوجته، لا أمة.
(٤) الكافي: فصل في الظهار ص ٣٠٤ س ٣ قال: ولا يصح الظهار في ملك اليمين.
(٥) المهذب: ج ٢ باب الظهار ص ٢٩٨ س ٦ قال: فإن كانت ملك يمين لم يقع بها ظهار.
(٦) السرائر: الظهار والايلاء ص ٣٣٣ س ٢١ قال: ولا يقع بملك اليمين على الصحيح من المذهب إلى أن قال: والأول (أي عدم الوقوع) اختيار السيد المرتضى وشيخنا المفيد وهو الحق اليقين الخ.
(٧) السرائر: الظهار والايلاء ص ٣٣٣ س ٢١ قال: ولا يقع بملك اليمين على الصحيح من المذهب إلى أن قال: والأول (أي عدم الوقوع) اختيار السيد المرتضى وشيخنا المفيد وهو الحق اليقين الخ.
(٨) النساء: ٢٣.
(٩) المجادلة: ٣.
(١٠) الإستبصار: ج ٣ (١٦١) باب أن الظهار يقع بالحرّة والمملوكة ص ٢٦٤ الحديث ١.
(١١) الإستبصار: ج ٣ (١٦١) باب أن الظهار يقع بالحرّة والمملوكة ص ٢٦٤ الحديث ٣.

وهنا مسائل.
(الأولى) الكفارة تجب بالعود، وهو إرادة الوطء، والأقرب أنه لا استقرار لوجوبها.

(ب) رواية حمزة بن حمران قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل جعل جاريته عليه كظهر أمه، قال: يأتيها وليس عليه شيء (١).
وفي طريقها ابن فضال (٢).
قال طاب ثراه: الكفارة تجب بالعود، وهو إرادة الوطء، والأقرب أنه لا استقرار لوجوبها.
أقول: كفارة الظهر يجب عند العود إجماعاً، لقوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) (٣) والعود هو إرادة الوطي. وهل يستقر بنفس الإرادة، أو لا؟ بل معنى الوجوب يحرم الوطي حتى يكفر؟ أكثر الأصحاب على الثاني، وبالأول قال نجيب الدين يحيى بن سعيد (٤) واختاره العلامة في التحرير (٥) لدلالة الآية عليه.
ويظهر الفائدة في مسائل:
(أ) لو أراد الوطي ثم مات قبله، وجبت الكفارة على الأول، ولا يجب على الثاني.

- (١) الإستبصار: ج ٣ (١٦١) باب أن الظهر يقع بالحرمة والمملوكة ص ٢٦٤ الحديث ٤.
(٢) سند الحديث كما في الإستبصار ج ٣ ص ٢٦٤ (الحسين بن سعيد عن الحسن بن علي بن فضال عن ابن بكير عن حمزة بن حمران) ولاحظ ما قاله الشيخ في ذيل الحديث أيضاً.
(٣) المجادلة: ٣.
(٤) الجامع للشرائع.
(٥) التحرير: ج ٢ ص ٦٢ الفصل الثاني في أحكامه س ٦ قال: فمتى أراد الوطي وجبت عليه الكفارة، وهل لها استقرار الخ.

(الثانية) لو طلقها وراجع في العدة لم تحل حتى يكفر. ولو خرجت فاستأنف النكاح، فيه روايتان، أشهرهما: أنه لا كفارة.

(ب) لو طلق قبل الوطي بعد إرادته، وجب على الأول خاصة.

(ج) لو لاعن بيني على القولين.

(د) وجوب إخراجها على الفور عند الإرادة على الأول، دون الثاني.

(هـ) لو كانت الإرادة سابقة على هلال شوال، وكانت الكفارة تمام

الاستطاعة، سقط الحج على الأول خاصة.

(و) لو تم بها مؤنة السنة، وجب الفطرة على الثاني دون الأول.

(ز) يحل له الأخذ من الزكاة لو لم يكن كسوبا إذا كانت تمام المؤنة على

الأول.

(ح) كذا لا يجب عليه الخمس في الأرباح لو كانت تمام المؤنة على الأول

خاصة.

قال طاب ثراه: و (لو خ ل) راجع في العدة لم يحل حتى يكفر، ولو خرجت

فاستأنف النكاح فيه روايتان، أشهرهما أنه لا كفارة.

أقول: إذا رجع المطلقة الرجعية في العدة لم يسقط الكفارة قطعا، أما لو تركها

حتى انقضت العدة ثم أعادها إلى النكاح بعقد مستأنف، أو كانت العدة بائنة

فاستأنف نكاحها بعقد، هل يجب الكفارة فيه، للأصحاب ثلاثة أقوال.

(أ) السقوط، قاله الشيخ (١) وابن زهرة (٢) قال: وفي أصحابنا من قال: لا يجوز

لو الوطي حتى يكفر على حال، وظاهر القرآن معه، لأنه يوجب الكفارة بالعود من

(١) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٦ س ٣ قال: فإن خرجت من العدة ثم عقد عليها عقدا

مستأنفا لم تكن عليها كفارة الخ.

(٢)

غير فصل، وكذا قال ابن إدريس جزماً وحكاية (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣)، وهو ظاهر الصدوقين (٤) (٥) والمفيد (٦) والقاضي (٧) لأنهم قالوا: فإن طلقها سقطت الكفارة، فإن راجعها وجبت عليه، فإن نكحت زوجها غيره وطلقها الزوج فقضت العدة وعادت إلى زوجها الأول بنكاح مستقبل حلت له ولا يلزمه كفارة.

والظاهر أنهم لم يقصدوا اشتراط التزويج في سقوط الكفار، بل خروج العدة، مع احتمالها.

(ب) سقوط الكفارة إن كان بتحديد العقد بعد العدة وإن كان في العدة لكون الطلاق بائناً، لم يسقط، قاله ابن حمزة (٨).

(١) السرائر: باب الظهار والايلاء ص ٣٣٤ س ٩ قال: وإن خرجت من العدة واستأنف العقد عليها جاز له الوطي من غير تكفير ومن أصحابنا الخ.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) المختلف: في أحكام الظهار، ص ٥٠ س ٩ قال: والوجه ما قاله الشيخ.

(٤) الفقيه: ج ٣ (١٧١) باب الظهار ص ٣٤٣ قال في ذيل حديث ٧: (فإن تركها حتى يحل أجلها وتزوجها رجل آخر إلى قوله: لم تلزمه الكفارة).

(٥) المختلف: في أحكام الظهار ص ٤٩ س ٣٦ قال بعد نقل قول الشيخ في النهاية: وكذا قال الصدوق وأبوه.

(٦) المقنعة باب حكم الظهار ص ٨٠ س ٣٧ قال: فإن نكحت زوجها غيره إلى قوله: حلت له ولم تلزمه كفارة ما كان منه في الظهار.

(٧) المهذب: ج ٢ باب الظهار ص ٣٠٠ س ١٠ قال: فإن خرجت من عدتها وعقد عليها بعد ذلك عقداً جديداً لم يلزمه كفارة.

(٨) الوسيلة فصل في بيان الظهار ص ٣٣٥ س ٦ قال: وإن خرجت من العدة إلى قوله: لم يلزم، وإن ظاهر ثم طلق بائناً وجدد العقد قبل الخروج من العدة لزم الحكم.

(ج) وجوب الكفارة سواء نكحت زوجا غيره أم لا، عقد عليها الأولى في العدة أو بعدها قاله التقي (١) وسلار (٢) وقال الحسن: فإن طلق المظاهر امرأته، أو أخرج جاريته عن ملكه فليس عليه كفارة الظهار إلا أن يرجع امرأته ويرد مملوكته إلى ملكه بشراء أو غير ذلك، فإنه إذا كان ذلك لم يقربها حتى يكفر كفارة الظهار (٣).

احتج الأولون بوجوه:

(أ) أصالة البراءة.

(ب) صيرورته أجنبيا بالطلاق، فيخرج عن العهدة.

(ج) أنها على حدو النكاح الأول، وقد زال فيزول ما فيه، كالإيلاء.

(د) إن استباحة الفرج ليست مستندة إلى العقد الأول الذي لحقه الظهار، بل إلى العقد الثاني وليس فيه ظهار.

(هـ) إنها بالطلاق وخروج العدة صارت أجنبية، وكما لا يصح ابتداء الظهار عليها، فكذا لا يصح الحكم باستدامته في حقها.

(و) ما رواه يزيد الكناسي قال: سألت أبا جعفر عليه السلام، إلى أن قال: فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماسا، فإن تركها حتى يحل أجلها وتملك نفسها، ثم تزوجها بعد، هل الظهار قبل أن يتماسا؟ قال: لا، قد

(١) الكافي، فصل في الظهار، ص ٣٠٣ س ١٤ قال: إذا طلق المظاهر قبل التكفير فتزوجت المرأة إلى قوله: لم يحل عليه وطؤها.

(٢) المراسم: الظهار ص ١٦٠ س ٥ قال: فإن طلقها ونكحت زوجا غيره إلى قوله: وجب عليه أيضا التكفير حتى أراد وطأها.

(٣) المختلف: في أحكام الظهار ص ٤٩ س ٣٧ قال: وقال ابن أبي عقيل: فإن طلق المظاهر امرأته إلى آخر ما في المتن.

بانت منه وملكت نفسها (١).

ومثلها صحيحة بريد بن معاوية (٢).

احتج الآخرون بوجوه:

(أ) عموم القرآن (٣).

(ب) الاحتياط.

(ج) حسنة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها بعد ذلك بشهر أو شهرين، فتزوجت، ثم طلقها الذي تزوجها، فراجعها الأول، هل عليه فيها الكفارة للظاهر الأول؟ قال: نعم عتق رقبة أو صوم أو صدقة (٤).

والجواب: بالمنع من تناول القرآن صورة النزاع، لأن العود إلى استباحة ما حرمه الظهار في عقد، إنما يكون بالعود في ذلك العقد. والاحتياط معارض بأصالة البراءة. والخبر حملة الشيخ على التقية، لكونه مذهب جماعة من العامة (٥) (٦) قال العلامة: وليس بعيدا من الصواب حمل النكاح الثاني على الفاسد لأنه عقب تزويجها بعد طلاقها بشهر أو شهرين، فيكون قد وقع في العدة، فيكون باطلا. قلت: وما أحسن هذا التأويل.

(١) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ١٦ قطعة من حديث ٢٦.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٧١) باب الظهار ص ٣٤٢ قطعة من حديث ٦.

(٣) المجادلة: ٢ و ٣.

(٤) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهار ص ١٧ الحديث ٢٧.

(٥) التهذيب: ج ٨ ص ١٧ قال بعد نقل حسنة علي بن جعفر: وهذا الخبر محمول على التقية الخ.

(٦) لاحظ: المغني لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٧٥ مسألة ٦١٨٦ الفصل الثاني أنه إذا طلق من ظاهر منها إلى قوله: وهو قول عطا والحسن والزهرري الخ.

(الثالثة) لو ظاهر من أربع بلفظ واحد لزمه أربع كفارات. وفي رواية كفارة واحدة، وكذا البحث لو كرر ظهار الواحدة.

أما أولا فلكون التزويج معقبا بالفاء، وهي تقتضي الفورية، وذلك يقتضي عدم الخروج من العدة.

وأما ثانيا فلأن حكاية الحديث تشعر به، حيث قال: فراجعها الأول ولم يقل يزوجها الأول كما في رواية الكناسي (١).

قال طاب ثراه: ولو ظاهر من أربع بلفظ واحد لزمه أربع كفارات، وفي رواية كفارة واحدة، وكذا البحث لو كرر ظهار الواحدة.

أقول: هنا مسألتان.

(الأولى) لو ظاهر من أربع بلفظ واحد كقوله: أنتن على كظهر أمي كان كما لو ظاهر من كل واحدة بانفرادها على المشهور من فتاوى علمائنا، قاله

الشيخان (٢) (٣) والتقي (٤) والقاضي (٥) وابن إدريس (٦).

وقال أبو علي: لو ظاهر من أربع نسوة في كلمة واحدة كان عليه كفارة

(١) التهذيب: ج ٨ (٢) باب الظهار ص ١٦ الحديث ٢٦.

(٢) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٦ س ٨ قال: وكذلك إن ظاهر الرجل من نساء له جماعة بكلام واحد الخ.

(٣) المقنعة: باب حكم الظهار ص ٨١ س ٤ قال: وإذا ظهر من أربع نسوة له كان عليه بعدد النساء كفارات.

(٤) الكافي: فصل في الظهار ص ٣٠٤ س ٢ قال: وإذا ظاهر من عدة أزواج حرمين، ولزمته للعزم على وطء كل منهن كفارة.

(٥) المهذب: ج ٢ باب الظهار ص ٢٩٩ س ١٠ قال: وإذا كان للرجل من الزوجات أكثر من واحدة فظاهر منهن في حاله واحدة الخ.

(٦) السرائر: باب الظهار والايلاء ص ٣٣٤ س ١١ قال: وإذا ظاهر من زوجتين له فصاعد ألزمه مع العود لكل واحدة منهن كفارة.

(الرابعة) يحرم الوطء قبل التكفير، فلو وطء عامدا لزمه كفارتان، ولو كرر لزمه بكل وطء كفارة.

واحدة (١) وجعله القاضي رواية (٢) والمعتمد الأول واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤) لوجوه.

(أ) إن كل واحدة منهن قد تعلق بها حكم الظهر من التحريم، والترافع لو رافعته دون الباقيات، فيتعلق به الكفارة، لوجود السبب التام.

(ب) حسنة حفص البخري عن الصادق والكاظم عليهما السلام في رجل كان له عشر جوار وظاهر منهن كلهن جميعا بكلام واحد، فقال: عليه عشر كفارات (٥).

(ج) الاحتياط.

احتج برواية غياث بن إبراهيم عن الصادق وعن وعن الباقر عليهما السلام عن علي عليه السلام في رجل ظاهر من أربع نسوة قال: عليه كفارة واحدة (٦).

وهي ضعيفة السند (٧) مع احتمال حملها على الوحدة في الجنس، وهو إما عتق أو صوم أو صدقة على الترتيب، ولا يجب عن بعض عتق وعن بعض صوم وعن بعضهم صدقة

(١) المختلف: في أحكام الظهر ص ٥١ س ٢٢ قال: وقال ابن الجنيد: وإن ظاهر من أربع نسوة بكلمة واحدة كان عليه كفارة واحدة.

(٢) المهذب: ج ٢ باب الظهر ص ٢٩٩ س ١١ قال: وقد روي أن عليه كفارة واحدة.

(٣) لاحظ عبارة النافع.

(٤) المختلف: في أحكام الظهر والايلاء ص ٥١ س ٢٣ قال: لنا إن كل واحدة منهن قد تعلق بها حكم الظهر.

(٥) التهذيب: ج ٨ (٢) باب الظهر ص ٢١ الحديث ٤٢.

(٦) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهر ص ٢١ الحديث ٤٣.

(٧) سند الحديث كما في التهذيب (أحمد بن محمد بن عيسى، عن محمد بن يحيى الخزار، عن غياث بن إبراهيم، عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام).

(الثانية) في تكرارظهار الواحدة، وفيه ثلاثة أقوال.
(الأول) تعدد الكفارة بتعدد المرات مطلقا، أي سواء كان الثاني متراخيا عن الأول أو لا، وسواء كان المشبه بها في الثاني مخالفة للأول أو لا، وهو إطلاق الحسن (١) والشيخ في النهاية (٢) واختاره العلامة (٣) لوجوه.
(أ) إن كل ظهار سبب مستقل بوجوب التكفير لعموم الآية.
(ب) إن تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية، وأحكام الظهار معلقة على حصوله فيكون علة، وهو موجود في كل مرة مرة.
(ج) صحيحة محمد بن سلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر قال: قال علي عليه السلام: مكان كل مرة كفارة (٤) ومثلها حسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات، قال: يكفر ثلاث مرات (٥).
(الثاني) تعدد الكفارة إن تعددت المشبه بها، كما لو قال: أنت علي كظهر أمي، أنت علي كظهر أختي، لأنهما حرمتان انتهكهما، واتحادهما مع اتحاده، وهو قول أبي علي (٦).

- (١) المختلف: في أحكام الظهار ص ٥٠ س ٢٩ قال: وقال ابن عقيل: ولو أن رجلا تكلم بلفظ الظهار مرتين أو ثلاثا إلى قوله: كان عليه لكل مرة كفارة، إلى قوله: وهو المعتمد.
(٢) المختلف: في أحكام الظهار ص ٥٠ س ٢٩ قال: وقال ابن عقيل: ولو أن رجلا تكلم بلفظ الظهار مرتين أو ثلاثا إلى قوله: كان عليه لكل مرة كفارة، إلى قوله: وهو المعتمد.
(٣) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٦ س ٦ قال: ومتى ظاهر الرجل من امرأته مرة بعد أخرى كان عليه بعدد كل مرة كفارة.
(٤) الكافي: ج ٦ باب الظهار ص ١٥٦ الحديث ١٢.
(٥) الكافي: ج ٦ باب الظهار ص ١٥٦ الحديث ١٤.
(٦) المختلف: في أحكام الظهار ص ٥٠ س ٢٦ قال: وقال ابن الجنيد: إن ظاهر بأمه ثم ظاهر بأخته لزمه كفارتان الخ.

(الثالث) تعدد الكفارة مع تراخي الثاني عن الأول، ومع تتاليه إن قصد بالثاني ظهارة مستأنفاً، وإن قصد به الأول لم يتعدد، وهو قول أبي حمزة () وادعى في المبسوط الإجماع على عدم تعددها مع قصد التأكيد (٢) قال العلامة في المختلف: وقول المبسوط لا بأس به (٣). واحتجوا بأصالة البراءة.

وبصحيحة عبد الرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته أربع مرات في مجلس واحد قال: عليه كفارة واحدة (٤). والجواب: الأصالة معارضة بالاحتياط، وحمل الشيخ الوحدة على الجنس، أي لا يختلف كما يختلف الكفارات فيما عد الظهار، وليس المراد، عليه كفارة واحدة عن المرات الكثيرة (٥).

واعلم أن مختار العلامة في المختلف: التكرير مطلقاً وإن قصد التأكيد، يفهم ذلك من إيراده الأقوال وجوابه عنها، ثم قال في آخر بحثه: والظاهر أن قول النهاية غير مخالف لقوله في المبسوط، لأن تأكيد الظهار ليس ظهارة (٦).

(١) الوسيلة: فصل في بيان الظهار ص ٣٣٤ س ٩ قال: فإن تكرر منه لفظ الظهار لم يخل: إما تكرر منه متواليًا أو متراخيًا الخ.

(٢) المبسوط: ج ٥، كتاب الظهار، ص ١٥٢ س ١٥ قال: إذا تظاهر من امرأته مرارا إلى قوله:

والثالث التأكيد لم يلزمه إلا كفارة واحدة بلا خلاف إلى قوله في س ٣٩ وقول المبسوط لا بأس به.

(٣) المختلف: في أحكام الظهار ص ٥٠ س ٣٠ قال بعد نقل قول الشيخ في المبسوط: وهو المعتمد.

(٤) الإستبصار: ج ٣ (١٥٩) باب حكم الرجل يظاهر من امرأة واحدة مرات كثيرة ص ٢٦٣ الحديث ٥ وقال بعد نقل الحديث: فالوجه في هذا الخبر أن نحمله على أن عليه كفارة واحدة في الجنس لا يختلف كما تختلف الكفارات فيما عدا الظهار الخ.

(٥) الإستبصار: ج ٣ (١٥٩) باب حكم الرجل يظاهر من امرأة واحدة مرات كثيرة ص ٢٦٣ الحديث ٥ وقال بعد نقل الحديث: فالوجه في هذا الخبر أن نحمله على أن عليه كفارة واحدة في الجنس لا يختلف كما تختلف الكفارات فيما عدا الظهار الخ.

(٦) المختلف: في أحكام الظهار ص ٥١ س ١ قال بعد نقل قول الشيخ في الخلاف: والظاهر أنه غير مخالف لقوله في النهاية الخ.

(الخامسة) إذا أطلق الظهر حرمت مجامعتها حتى يكفر.
ولو علقه

بشرط لم تحرم حتى يحصل الشرط، وقال بعض الأصحاب: أو بواقع،
وهو بعيد، ويقرب إذا كان الوطاء هو الشرط.

ويظهر من فخر المحققين دعوى الإجماع على عدم التكرير مع قصد التأكيد (١)،
فيعود الخلاف إلى قولين.

قال طاب ثراه: ولو علقه بشرط لم يحرم حتى يحصل الشرط، وقال بعض
الأصحاب: أو بواقع، وهو بعيد، ويقرب إذا كان الشرط هو الوطاء.
أقول: هنا مسألتان:

(الأولى) إذا كان الظهر معلقا على شرط، لم يتحقق الظهر إلا عند حصول
شرطه، قضية للتعليق.

وقال الشيخ في النهاية: أو بواقع فمتى واقعها كانت عليه كفارة واحدة (٢) قال
المصنف: وهو بعيد (٣) ووجه بعده أن المشروط عدم عند عدم شرطه، فلم يحصل
الموجب للتحريم، والأصل بقاء الحل إلا مع تيقن السبب، فلا تجب الكفارة
لأصالة البراءة.

فهنا ثلاثة أصول.

(الأول) أصالة الحل.

(١) الإيضاح، ج ٣، كتاب الظهر ص ٤٢٠ س ١٦ قال: والبحث هو أنه إذا كرر الظهر ولم يظهر
أنه أراد بالثاني تأكيد الأول وفيه خلاف بين الأصحاب الخ ولازم هذا الكلام أنه إذا ظهر أن الثاني
تأكيد للأول لا خلاف فيه.

(٢) النهاية: باب الظهر والايلاء، ص ٥٢٥ س ٧ قال: والضرب الثاني إلى قوله: فمتى واقعها كانت
عليه كفارة.

(٣) الشرائع، الرابع في الأحكام، السابعة، قال: ولو كان الوطاء هو الشرط إلى قوله: وقيل: تجب
بنفس الوطاء، وهو بعيد، ولاحظ عبارة النافع أيضا.

(السادسة) إذا عجز عن الكفارة قيل: يحرم وطؤها حتى يكفر،
وقيل: تجزي بالاستغفار، وهو أشبه.
(السابعة) مدة التربص ثلاثة أشهر من حين المرافعة، وعند
انقضائها يضيق عليه حتى يفى أو يطلق.

(الثاني) أصالة البراءة.

(الثالث) أصالة عدم الظهار.

قال المصنف: ويقرب إذا كان الشرط هو الوطي (١)، وذلك ظاهر قضيته
للشرطية.

(الثانية) لو كان الشرط هو الوطي، كقوله: أنت علي كظهر أمي إن وطئتك،
وقع الظهار بعد الشرط، وهل تجب الكفارة بهذا الوطي؟ قال الشيخ: نعم، بناء
على أن الاستمرار وطي ثان (٢) وضعفه العلامة لأن الوطي من ابتداءه إلى النزاع
عرفا واحدا، والإطلاق إنما يحمل على العرف، والمشروط يتحقق بعد وقوع شرطه،
لا قبله (٣).

قال طاب ثراه: إذا عجز عن الكفارة قيل: يحرم وطؤها حتى يكفر، وقيل:
يجزيه الاستغفار وهو أشبه.

أقول: للأصحاب هنا ستة أقوال:

(أ) تحريم وطء حتى الكفارة، فإن عجز منع من وطئها حتى يؤدي الواجب

(١) لاحظ عبارة النافع.

(٢) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٥ س ١٠ قال: ومتى فعل ما ذكر أنه لا يفعله وجبت عليه
الكفارة أيضا الخ.

(٣) القواعد: كتاب الفراق، المقصد الثاني في أحكام الظهار ص ٨٦ س ٤ قال: وقيل: يجب بنفس
الوطي، وليس بجيد

عليه قاله المفيد (١) وأبو علي (٢).

- (ب) تحريم الوطي حتى يكفر بما يقدر عليه: من العتق، والصيام، أو إطعام ستين مسكيناً، فإن لم تصدق بما يطبق قاله الصدوقان (٣) (٤).
- (ج) تحريم الوطي حتى يكفر بما يقدر عليه من الخصال الثلاث، فإن عجز صام ثمانية عشر يوماً، قاله الشيخ في النهاية (٥) وتبعه القاضي (٦) وجعله الصدوق في المقنع رواية (٧) وأوجب في النهاية التفريق بينهما (٨).
- (د) تحريم الوطء بعد العجز عن الخصال الثلاث حتى يصوم ثمانية عشر يوماً، ومع عجزه عنها يطعم كل مسكين عن كل يوم مدين من طعام، فإن عجز استغفر الله، قاله ابن حمزة (٩).

- (١) المقنعة: باب حكم الظهر ص ٨٠ س ٣٦ قال: ولم يجز له أن يطأ زوجته حتى يؤدي الواجب عليه في ذلك.
- (٢) المختلف: في أحكام الظهر ص ٥١ س ٥ قال بعد نقل قول المفيد: وهو اختيار ابن الجنيد.
- (٣) المختلف: في أحكام الظهر ص ٥١ س ٥ قال: وقال ابن بابويه في رسالته إلى قوله: فإن لم يجد تصدق بما يطبق.
- (٤) الهداية (١٢٢) باب الظهر ص ٧١ س ٢٠ قال: فمن لم يقدر يتصدق بما يطبق.
- (٥) النهاية: باب الظهر والايلاء ص ٥٢٧ س ٤ قال: ومتى عجز عن إطعام ستين مسكيناً صام ثمانية عشر يوماً إلى قوله: يحرم عليه وطؤها إلى أن يكفر.
- (٦) المهذب: ج ٢ باب الظهر ص ٣٠٠ س ٦ قال: وإذا عجز عن الإطعام صام ثمانية عشر يوماً إلى قوله: لم يجز له وطوء زوجته الخ.
- (٧) لم نعثر عليه في المقنع، وفي الهداية (١٢٢) باب الظهر ص ٧١ س ٢٠ قال: وقد روي أنه يصوم ثمانية عشر يوماً.
- (٨) تقدم آنفاً.
- (٩) الوسيلة: كتاب الكفارات ص ٣٥٤ س ١ قال: وإذا عجز عن فرضه إلى قوله: فإن عجز استغفر الله ولم يعد.

- (هـ) مع العجز عن الخصال يستغفر الله ويطأ زوجته، ويكون الكفارة في ذمته إذا قدر عليها كفر قاله الشيخ في الإستبصار (١).
- (و) انتقال فرضه إلى الاستغفار، ويحل الوطء ولا شيء عليه لو قدر بعد ذلك قاله ابن إدريس (٢) واختاره المصنف (٣) والعلامة (٤) لوجهه.
- (أ) أصالة البراءة.
- (ب) أصالة إباحة الوطي.
- (ج) كون إيجاب الكفارة تكليفاً بغير مقدور، فيكون مرفوعاً لما تقرر في موضعه.
- (د) موثقة إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: أن الظهر إذا عجز صاحبه عن الكفارة، فليستغفر ربه، ولينو أن لا يعود قبل أن يواقع، ثم ليواقع، وقد أجزأ ذلك عنه عن الكفارة، فإذا وجد السبيل إلى ما يكفر به يوماً من الأيام فليكفر، وإن تصدق بكفه أو أطعم نفسه وعياله فإنه يجزيه إذا كان محتاجاً، وإن لم يجد ذلك فليستغفر الله ربه وينوي أن لا يعود، فحسبه بذلك والله كفارة (٥).
- احتج الشيخ على التفريق بما رواه أبو بصير عن الصادق عليه السلام قال: كل من عجز عن الكفارة التي يجب عليه من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو

- (١) الإستبصار: ج ٤ (٣٦) باب أن من وجب عليه كفارة الظهر فعجز عنها أجمع كان باقياً في ذمته ولم يجز له وطء المرأة حتى يكفر ص ٥٦ الحديث ٢.
- (٢) السرائر: باب الظهر والايلاء ص ٣٣٤ س ١٧ قال: والصحيح أن الاستغفار كفارة لمن لا يقدر على الكفارة رأساً.
- (٣) لاحظ عبارة النافع.
- (٤) المختلف: في أحكام الظهر ص ٥١ س ١٣ قال بعد نقل قول ابن إدريس: والوجه ما قاله ابن إدريس.
- (٥) الإستبصار: ج ٤ (٣٦) باب أن من وجب عليه كفارة الظهر فعجز عنها أجمع كان باقياً في ذمته ولم يجز له وطء المرأة حتى يكفر ص ٥٦ الحديث ٢.

قتل أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفارة فالاستغفار له كفارة ما خلا يمين الظهر، فإنه إذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه أن يجامعها، وفرق بينهما، إلا أن ترضى المرأة أن يكون معها ولا يجامعها (١).
وعلى الثماني عشر يوماً بما رواه أبو بصير عنه عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق، ولا يقوى على الصيام؟ قال: يصوم ثمانية عشر يوماً، لكل عشرة مساكين ثلاثة أيام (٢).
وردها العلامة بضعف السند (٣) وتمسك بالبراءة الأصلية (٤).

-
- (١) التهذيب: ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٠ الحديث ٥ ورواه أيضاً في ج ٨ باب حكم الظهر ص ١٦ الحديث ٢٥.
(٢) التهذيب: ج ٨ (٢) باب حكم الظهر ص ٢٣ الحديث ٤٩.
(٣) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن علي بن محبوب عن محمد بن الحسين عن وهب بن حفص النخاس عن أبي بصير).
(٤) المختلف: في أحكام الظهر ص ٥١ س ٢٠ قال بعد نقل الحديث: (والجواب المنع من صحة السند والتمسك بالبراءة الأصلية).

كتاب الإيلاء

(مقدمة)

الإيلاء لغة اليمين عن كل شيء، يقال: آلى يولي إيلاء فهو مول، والألية اليمين، وجمعه ألياء، ومنه قول الشاعر.

فآليت لا آتيك إن كنت محرماً * * ولا أبتغي جارا سواك مجاورا

ويقال: تآلى يتآلى تآليا فهو متآل، ومنه قوله: تآلى على أن لا يفعل خيرا، يعني حلف، ويقال: ائتلى يأتلى ائتلاء فهو مؤتل، ومنه قوله تعالى: (ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولي القربى) (١) يعني لا يحلف (٢).

ففي الشرع هو حلف الرجل على ترك وطى امرأته مطلقا أو مقيدا بالدوام، أو مدة يزيد على أربعة أشهر، فهو يمين مخصوص، وله أحكام مخصوصة به تميزه عن اليمين المطلقة، وسنذكرها فيما بعد إن شاء الله تعالى.

والأصل فيه: الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: (الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فآؤا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق) الآية (٣) فأخبر سبحانه عن حكم من

(١) النور: ٢٢.

(٢) من قوله (الإيلاء لغة) إلى هنا من المبسوط ج ٥ ص ١١٤ كتاب الإيلاء.

(٣) البقرة: ٢٢٦ - ٢٢٧.

(كتاب الإيلاء)...

ولا ينعقد إلا باسم الله سبحانه. ولو حلف بالطلاق والعتاق لم يصح. ولا تنعقد إلا في الإضرار. فلو حلف لصلاح لم ينعقد، كما لو حلف لاستضرارها بالوطء، أو لإصلاح اللبن. ولا يقع حتى يكون مطلقاً، أو أزيد من أربعة أشهر. ويعتبر في المولي: البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد. وفي المرأة: الزوجية والدخول. وفي وقوعه بالتمتع بها قولان، المروي: أنه لا يقع.

حلف أن لا يوطأ زوجته، وأوجب أنها يتربص أربعة أشهر، فإن فاء، يعني جامع، فإن الله يغفر له، وإن عزم الطلاق، فإن الله يسمع ذلك منه. وأما السنة: فيتناوله عموم النص الدال على انعقاد الأيمان، ووجوب المحافظة عليها، وتعلق الكفارة عند الحنث فيها، ونصوص الأئمة عليهم السلام على أخذ مسائله. وأما الإجماع فلا خلاف بين الأمة فيه، وكان طلاقاً في الجاهلية، فنسخ حكمه وبقي محله.

قال طاب ثراه: وفي وقوعه بالتمتع بها قولان: المروي أنه لا يقع. أقول: بالوقوع قال التقي (١) ونقل عن المفيد في بعض مسائله (٢) ووجهه العموم. وبالمنع قال الشيخ (٣) والحسن (٤) والسيد (٥) وابن إدريس (٦) لقوله تعالى:

- (١) الكافي: فصل في بيان حكم الإيلاء ص ٣٠٢ س ١٧ قال: فإن حلف أن لا يقرب أمته أو متعته فعليه الوفاء فإن حنث كفر.
- (٢) لم أعثر عليه.
- (٣) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٨ س ١٣ قال: والتمتع بها لا يقع بها إيلاء على حال.
- (٤)
- (٥) الإنتصار: مسائل النكاح ص ١١٥ س ٢٢ قال: وأما الإيلاء فإنما لم يلحق المستمتع بها، لأن أجل المتعة ربما كان دون أربعة أشهر الخ.
- (٦) السرائر: باب الإيلاء ص ٣٣٥ س ٣١ قال: ومنها أن يكون المولي منها زوجة دوام.

وإذا رافعته أنظره الحاكم أربعة أشهر. فإن أصر على الامتناع ثم رافعته بعد المدة خيره الحاكم بين الفئمة والطلاق، فإن امتنع حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يكفر ويفيء، أو يطلق، وإذا طلق وقع رجعياً، وعليها العدة من يوم طلقها. ولو ادعى الفئمة فأنكرت فالقول قوله مع يمينه. وهل يشترط في ضرب المدة المرافعة؟ قال الشيخ: نعم والروايات مطلقة.

(الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) الآيتين.

والاستدلال بهذه الآية من وجهين:

- (أ) ضرب أربعة أشهر للتربص، ثم يجبر على أحد الأمرين، الفئمة أو الطلاق، ولا إجبار في المؤجل لعدم وجوب القسمة.
- (ب) تعقبه بالطلاق، وهو غير ثابت في المؤجل، وانتفاء اللوازم يدل على انتفاء الملزومات.

ولرواية عبد الله بن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا إيلاء على الرجل من المرأة التي يتمتع بها (١) واختاره المصنف (٢) والعلامة (٣). قال طاب ثراه: وهل يشترط. في ضرب المدة المرافعة؟ قال الشيخ: نعم، والروايات مطلقة.

أقول: المشهور إن ضرب المدة بعد المرافعة وما قبلها عفو، فكأنها بتركها الطلب

(١) التهذيب: ج ٨ (١) باب حكم الإيلاء ص ٨ الحديث ٢٢.

(٢) لاحظ عبارة النافع.

(٣) القواعد: كتاب الفراق، الباب الرابع في الإيلاء، ص ٨٦ س ٢٠ قال: ويشترط كونها منكوحة بالعقد الدائم فلا يقع بالمتمتع بها.

أسقطت حقها فلا يحسب عليه، وهو اختيار الشيخين (١) (٢) والقاضي (٣) وابن حمزة (٤) والتقي (٥) وابن إدريس (٦) والمصنف (٧) والعلامة (٨) في أحد قولين. وقال الحسن وأبو علي مدة الأربعة محسوبة عليه من حين الإيلاء (٩) (١٠) واختاره العلامة في المختلف (١١) والروايات مطلقة، وكذا الآية.

روى بريد بن معاوية (في الحسن) عن الصادق عليه السلام قال: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته ولا يمسه ولا يجتمع رأسه ورأسها، فهو في سعة ما لم يمض الأربعة أشهر، فإذا مضت الأربعة أشهر وقف، فإما أن يفى وإما أن يغرم

-
- (١) المقنعة: باب فراق الرجال النساء، حكم الإيلاء ص ٨٠ س ٢٧ قال: فإن استعدت عليه أنظره الحاكم أربعة أشهر الخ.
- (٢) النهاية: باب الظهار والايلاء ص ٥٢٧ س ١٨ قال: أنظره الحاكم بعد رفعها إليه أربعة أشهر الخ.
- (٣) المهذب: ج ٢ باب الإيلاء ص ٣٠٢ س ٣ قال: أنظره الحاكم بعد مرافعتها إليه أربعة أشهر الخ.
- (٤) الوسيلة: فصل في بيان الإيلاء ص ٣٣٦ س ٣ قال: فإن استعدت ضرب الحاكم مدة أربعة أشهر الخ.
- (٥) الكافي: فصل في بيان حكم الإيلاء ص ٣٠٢ س ١٤ قال: وإلا أنظره أربعة أشهر الخ.
- (٦) السرائر: باب الإيلاء ص ٣٣٥ س ٣٧ قال: فإن أبي أنظره أربعة أشهر من حين المرافعة لا من حين اليمين.
- (٧) لاحظ عبارة النافع.
- (٨) القواعد: كتاب الفراق، المقصد الثاني في أحكامه، ص ٨٨ س ١٦ قال: وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أنظره أربعة أشهر الخ.
- (٩) المختلف: في أحكام الإيلاء ص ٥٤ س ١٧ قال: وقال ابن عقيل: والحد الذي يجب المرأة أن تسكت أربعة أشهر فإذا مضت فالأمر إلى المرأة، إلى قوله: وكذا قال ابن الجنيد، فإنه قال: فإذا كان مولبا فمضت أربعة أشهر الخ.
- (١٠) المختلف: في أحكام الإيلاء ص ٥٤ س ١٧ قال: وقال ابن عقيل: والحد الذي يجب المرأة أن تسكت أربعة أشهر فإذا مضت فالأمر إلى المرأة، إلى قوله: وكذا قال ابن الجنيد، فإنه قال: فإذا كان مولبا فمضت أربعة أشهر الخ.
- (١١) المختلف: في أحكام الإيلاء ص ٥٤ س ٢١ قال: لنا قوله تعالى: (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) من حين الإيلاء الخ.

الطلاق (١).

ونحوه حسنة الحلبي (٢) ورواية ابن بكير (٣) ومثله صحيحة أبي بصير (٤) تنبيه الإيلاء يمين مخصوصة، وكفارته كفارة اليمين، والفرق بينه وبين مطلق اليمين عن وجوه:

- (أ) إن اليمين إذا تعلقت بالأولى خلافة ديناً أو دنياً لم ينعقد، وكان له فعل الأولى، ولا كفارة عليه وفي الإيلاء بالنظر إليها، إن كان في الحلف صلاحها كالتدبير في المرض لم ينعقد الإيلاء، وكذا لو كان لصلاح اللبن، وكان كاليمين. وأما بالنظر إليه، فلا يقال أنه أصلح له، أو أضر عليه، بل يراعى طرفها، وحيث لا ينعقد إيلاء يكون يميناً يراعى فيه ما في اليمين.
- (ب) إن الإيلاء يلحقه حكم الحاكم والمرافعة إليه، وليس كذلك اليمين.
- (ج) إن الإيلاء يشترط تعلقه بزوجة منكوحة بعقد دائم، فلا تقع بالمتعة وملك اليمين، ومطلق اليمين لا يعتبر فيه ذلك، فلو حلف أن لا يظأ متعته أو أمته روعي جانب المصلحة في الانعقاد.
- (د) لو قال: والله لا أنكحتك، وكان إيلاء، أي في إضرار فوطئ في الدبر، لم يزل حكم الإيلاء، وفي اليمين ينحل بذلك ويجب الكفارة.

- (١) التهذيب: ج ٨ (١) باب حكم الإيلاء ص ٣ الحديث ٣.
(٢) التهذيب: ج ٨ (١) باب حكم الإيلاء ص ٢ الحديث ١.
(٣) الكافي: ج ٦ باب الإيلاء ص ١٣١ الحديث ٤.
(٤) الكافي: ج ٦ باب الإيلاء ص ١٣٢ الحديث ٩.

ولنتبع ذلك بذكر الكفارات، وفيه مقصدان.
(الأول) في حصرها: وتنقسم إلى مرتبة ومخيرة، وما يجتمع فيه الأمران، وكفارة الجمع.
فالمرتبة: كفارة الظهر: وهي عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، ومثلها كفارة قتل الخطأ. وكفارة من أفطر يوما من قضاء شهر رمضان بعد الزوال عامدا، إطعام عشرة مساكين، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات. والمخيرة: كفارة شهر رمضان: وهي عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينا. ومثله كفارة من أفطر يوما منذورا على التعيين، وكفارة خلف العهد على تردد.

ذكر الكفارات

قال طاب ثراه: وكفارة خلف العهد على تردد.
أقول: ذهب الشيخ إلى أن كفارة خلف العهد كفارة رمضان كبرى مخيرة (١) وتبعه القاضي (٢) والتقي (٣) وابن حمزة (٤)

-
- (١) النهاية: باب الكفارات، ص ٥٧٠ س ١٥ قال: وكفارة نقض النذور والعهود عتق رقبة، أو الخ.
(٢) المهذب: ج ٢ باب كفارة نقض النذر والعهد، ص ٤٢١ س ٤ قال: كفارة نقض النذر والعهد عتق رقبة أو صيام الخ.
(٣) الكافي: فصل في النذور والعهود والوعود ص ٢٢٥ س ١٣ قال: فإن فرط حتى فات فعليه قضاءه وكفارة من أفطر يوما من شهر رمضان.
(٤) الوسيلة، فصل في بيان النذر ص ٣٥١ س ٤ قال: والمعاهدة ثلاثة أضرب: أحدها أن يقول عاهدت الله تعالى إلى قوله: فالأول حكمه حكم النذر في جميع الأحكام ولزوم الكفارة، ثم قال في كتاب الكفارات ص ٣٥٣ س ٢ وعلى التخيير في أربعة مواضع الخ.

أما كفارة خلف النذر ففيه قولان: أشبههما أنها صغيرة.
وما فيه الأمران: كفارة يمين: وهي عتق رقبة، أو إطعام عشرة
مساكين، أو كسوتهم، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات.

واختاره العلامة (١) وفخر المحققين (٢).
لرواية أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام قال: من جعل عليه عهد الله وميثاقه
في أمر لله وطاعته فحنت فعليه عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام
ستين مسكينا (٣).
ومثلها رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام (٤).
وقال المفيد: من نكث عهد الله تعالى وجب عليه من الكفارة ما قدمناه في
كفارة قتل الخطأ (٥)، ونقل عنه في كفارة قتل الخطأ قولان: التخيير
والترتيب (٦).
قال طاب ثراه: أما كفارة خلف النذر فيه قولان: أشبههما أنها صغيرة.

-
- (١) المختلف: في الكفارات ص ١١٢ س ٧ قال: (مسألة) ذهب الشيخان إلى أن كفارة خلف النذر
والعهد كفارة من أفطر يوماً من شهر رمضان إلى أن قال: والمعتمد اختيار الشيخين.
(٢) الإيضاح: ج ٤ في الكفارات ص ٧٩ س ١٨ قال: كفارة خلف العهد كفارة خلف النذر، وهي
إلى قوله وهو الأقوى عندي.
(٣) التهذيب: ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣١٥ الحديث ٤٧.
(٤) التهذيب: ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣٠٩ الحديث ٢٥.
(٥) المقنعة: باب النذور والعهود ص ٨٨ س ٦ قال: ومن نكث عهد الله تعالى الخ.
(٦) المقنعة: باب النذور والعهود ص ٨٨ س ١٣ قال: ومن قتل مؤمناً خطأ إلى قوله: وكفارة من
أفطر يوماً من شهر رمضان، وقال في باب القضاء في الديات ص ١١٥ س ٢: ويجب على قاتل الخطأ
الكفارة، وهي عتق رقبة مؤمنة، فإن لم يستطع الخ.

وكفارة الجمع: كقتل المؤمن عمدا عدوانا، وهي عتق رقبة وصيام شهرين متتابعين، وإطعام ستين مسكينا.

أقول: في كفارة خلف النذر للأصحاب أقوال.

(أ) أنها كبرى مخيرة مثل كفارة رمضان سواء كان النذر صوما أو غيره قاله الشيخ (١) والقاضي (٢) وابن حمزة (٣) والتقي (٤) ونقل عن المفيد (٥) واختاره العلامة (٦).

لصحيحة عبد الملك بن عمرو عن الصادق عليه السلام في حديث قال: من جعل لله عليه أن لا يركب محرما سماه فركبه، إلى قوله: فليعتق رقبة، أو ليصم شهرين متتابعين، أو ليطعم ستين مسكينا (٧).

(ب) أنها كبرى مرتبة، مثل كفارة الظهر وهو اختيار سلار (٨).

(١) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١٥ قال: وكفارة نقض النذور والعهد عتق رقبة أو صيام شهرين الخ.

(٢) المهذب: ج ٢ باب كفارة نقض النذر والعهد ص ٤٢١ س ٤ قال: كفارة نقض النذر والعهد عتق رقبة أو صيام الخ.

(٣) الوسيلة: كتاب الكفارات ص ٣٥٣ س ٢ قال: وعلى التحيير في أربعة مواضع كفارة النذر وإفطار يوم من شهر رمضان متعمدا.

(٤) الكافي: فصل في النذور والعهد والوعود ص ٢٢٥ س ٨ قال: فالمفروض إلى قوله: فإن فرط حتى فات، وكفارة من أفطر يوما من شهر رمضان.

(٥) المقنعة: باب النذور والعهد ص ٨٧ س ٢ قال: ومن نذر لله شيئا إلى قوله: والكفارة عتق رقبة أو صيام الخ.

(٦) تقدم نقل قوله: والمعتمد اختيار الشيخين.

(٧) التهذيب: ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣١٤ الحديث ٤٢.

(٨) المراسم: ذكر الكفارات ص ١٨٧ س ١ قال: وكفارة خلف النذر وكفارة الظهر إلى قوله: عتق رقبة، أو... الخ. وهذه العبارة تدل على التحيير، وقبل أسطر قال: كفارة الظهر عتق رقبة، فإن لم يجد الخ وهذه تدل على الترتيب، وعلى أي حال فالعبارة لا يخلو من إشكال.

(ج) أنها صوم شهرين متتابعين قاله الفقيه في الرسالة، قال: وروي كفارة يمين (١).

(د) كفارة خلف النذر كفارة يمين قاله الصدوق في المقنع: وعبارته: فإن نذر أن يصوم كل سبت فليس له أن يتركه إلا من علة، فإن أفطر من غير علة تصدق مكان كل يوم على عشرة مساكين (٢)، معولا على رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن كفارة النذر؟ فقال: كفارة النذر كفارة اليمين (٣).

وفي حسنة الحلبي عنه عليه السلام قال: فإن قلت: لله علي، فكفارته كفارة يمين (٤).

وإلى هاتين الروايتين أشار والده بقوله: وروي كفارة يمين (٥).
وحملها بعض الأصحاب (٦) على العجز، مصيرا إلى صحيحة جميل بن صالح عن الكاظم عليه السلام أنه قال: كل من عجز عن نذر نذره فكفارته كفارة يمين (٧).

(١) المختلف: في الكفارات ص ١١٢ س ١٠ قال: وقال شيخنا علي بن بابويه في رسالته كفارة خلف النذر الخ.

(٢) المقنع: باب الأيمان والنذور والكفارات، ص ١٣٧ س ١٣ قال: فإن نذر رجل أن يصوم الخ وقال قبل ذلك بأسطر: فإن خالف (أي النذر الواجب) لزمته الكفارة صيام شهرين متتابعين وروي الخ.

(٣) التهذيب: ج ٨ (٥) باب النذور ص ٣٠٧ الحديث ١٨.

(٤) الإستبصار: ج ٤ (٣٥) باب كفارة من خالف النذر أو العهد ص ٥٥ الحديث ٨.
(٥) تقدم آنفا.

(٦) وهو الفخر قدس سره لاحظ الإيضاح ج ٤، في الكفارات ص ٧٩.

(٧) الإستبصار: ج ٤ (٣٥) باب كفارة من خالف النذر أو العهد ص ٥٥ الحديث ٧.

مسائل ثلاث.

(الأولى) قيل: من حلف بالبراءة لزمه كفارة ظهار. ومن وطء في الحيض عامدا لزمه دينار في أوله ونصف في وسطه وربع في آخره. ومن تزوج امرأة في عدتها، فارقها وكفر بخمسة أصواع من دقيق. ومن نام عن صلاة العشاء الآخرة حتى جاوز نصف الليل، أصبح صائما. والاستحباب في الكل أشبه.

(الثانية) في جز المرأة شعر رأسها في المصاب كفارة شهر رمضان، وقيل: كفارة مرتبة. وفي نتفه في المصاب كفارة يمين. وكذا في خدش وجهها. وكذا في شق الرجل ثوبه بموت ولده أو زوجته. (الثالثة) من نذر صوم يوم فعجز عنه، تصدق عنه بإطعام المسكين مدين من طعام، فإن عجز عنه تصدق بما استطاع، فإن عجز استغفر الله.

قال: فإن قيل: مع العجز لا كفارة، فكيف يتعين كفارة اليمين؟ أجاب بأنها فداء كما في صوم المرضع.

(هـ) أن النذر إن كان للصوم وخالف وجب كفارة رمضان، وإن كان لغيره كفارة يمين، ووجه الجمع بين الروايات: حمل ما ورد فيها بوجوب الكفارة الكبرى على الصوم، والصغرى على غيره، نقله ابن إدريس عن المرتضى في المسائل الموصليات، وعن الصدوق (١).

والمعتمد الأول عملا بالاحتياط وبالرواية الصحيحة. قال طاب ثراه: قيل: من حلف بالبراءة لزمه كفارة ظهار.

(١) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦١ س ١٥ قال: إن النذر لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون صوما معينا إلى قوله: وذهب إليه من جملة أصحابنا السيد المرتضى في الموصليات وأبو جعفر بن بابويه رحمه الله الخ.

أقول: هنا مسائل:

(الأولى) الحلف بالبراءة من الله حرام وكذا من الرسول والأئمة عليهم السلام، بالإجماع سواء كان ما حلف عليه باطلاً أو حقاً، وهل يجب بها كفارة، أم لا؟ قيل فيه قولان:

أحدهما: لا كفارة فيها، وهو معنى عدم انعقادها، لأنه لا يمين إلا بالله. لقوله عليه السلام: من كان حالفاً فليحلف بالله وإلا فليسكت (١) اختاره الشيخ في المبسوط (٢) والخلاف (٣) وبه قال ابن إدريس (٤) والمصنف (٥) والعلامة (٦).

والآخر وجوب الكفارة، وهو قول المفيد (٧) والصدوق (٨)

-
- (١) صحيح مسلم: كتاب الأيمان، (١) باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى الحديث ٣ وراجع عوالي اللئالي: ج ٢ ص ٣١٢ الحديث ٣ وذيله.
- (٢) المبسوط: ج ٦، كتاب الأيمان ص ١٩٤ س ١ قال: إذا قال: برئت من الله إلى قوله: لم يكن يمينا ولا يحنث بخلافه.
- (٣) كتاب الخلاف: كتاب الأيمان، مسألة ٤ قال: إذا قال: أنا يهودي أو نصراني أو مجوسي أو برئت من الإسلام إلى قوله: لم يكن يمينا.
- (٤) السرائر: كتاب الأيمان، ص ٣٥٢ س ١٨ قال: ولا يجوز اليمين بالبراءة من الله تعالى إلى قوله: ما ذكر في مبسوطه وخلافه هو الذي يقوى في نفسي.
- (٥) الشرائع: في بيان الكفارات، المقصد الثاني فيما اختلف فيه (الأولى) من حلف بالبراءة إلى قوله: وقيل: يأثم ولا كفارة وهو أشبه.
- (٦) القواعد: ج ٢ كتاب الأيمان، في الكفارات ص ١٤٤ س ١٥ قال: ومن حلف بالبراءة إلى قوله: لم ينعقد ولا يجب بها كفارة.
- (٧) المقنعة: باب الأيمان والأقسام ص ٨٦ س ٣٧ قال: ولا يجوز اليمين بالبراءة إلى قوله: ثم حنث كان عليه كفارة ظهار.
- (٨) المقنعة: باب الأيمان والندور والكفارات ص ١٣٦ س ١٩ قال: فإن الرجل: إلى قوله: وهو برئ من محمد صلى الله عليه وآله فإنه يصوم ثلاثة أيام ويتصدق على عشرة مساكين.

-
- والقاضي (١) وسلار (٢) والتقي (٣) والشيخ في باب الكفارات من النهاية (٤). فعلى هذا ينعقد عندهم.
ثم اختلف الموجبون على أقوال.
(أ) كفارة ظهار، فإن عجز فكفارة يمين قاله الشيخ في النهاية (٥) والمفيد (٦) والقاضي (٧) واقتصر سلار على كفارة الظهار، ولم يذكر حالة الاضطرار (٨).
(ب) كفارة النذر، وهي كفارة رمضان قاله ابن حمزة (٩).
(ج) كفارتها صيام ثلاثة أيام والصدقة على عشرة مساكين قاله الصدوق (١٠).
(د) إطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد، ويستغفر الله قاله العلامة في

-
- (١) المهذب: ج ٢ باب كفارة الحلف بالبراءة من الله ص ٤٢١ س ٢٠ قال: هذه الكفارة مثل كفارة الظهار الخ.
(٢) المراسم ذكر الأيمان والنذور والعهود ص ١٨٥ س ١ قال: يلزم بالحنث فيه كفارة ظهار، وهي اليمين بالبراءة الخ.
(٣) الكافي: في الأيمان، ص ٢٢٩ س ١٢ قال: وقول القائل: هو برئ من الله إلى قوله: تجب عليه التوبة وكفارة ظهار.
(٤) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١١ قال: ومن حلف بالبراءة من الله إلى قوله: كان عليه كفارة ظهار فإن لم يقدر كان عليه كفارة يمين.
(٥) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١١ قال: ومن حلف بالبراءة من الله إلى قوله: كان عليه كفارة ظهار فإن لم يقدر كان عليه كفارة يمين.
(٦) تقدم ما عن المفيد أنفا ولم يذكر حالة الاضطرار.
(٧) المهذب: ج ٢ باب كفارة الحلف بالبراءة من الله ص ٤٢١ س ٢٠ قال: فإن لم يقدر كان عليه كفارة يمين.
(٨) تقدم أنفا.
(٩) الوسيلة: فصل في بيان أقسام اليمين ص ٣٤٩ س ٧ قال: وإن حلف بالبراءة إلى قوله: لزمته كفارة النذر.
(١٠) تقدم أنفا.

المختلف (١).

لما رواه محمد بن يحيى قال: كتب محمد بن الحسن الصفار إلى أبي محمد الحسن العسكري عليه السلام رجل حلف بالبراءة من الله ورسوله صلى الله عليه وآله، فحنت ما توبته وكفارته؟ فوقع عليه السلام: يطعم عشرة مساكين لكل مسكين مد ويستغفر الله عزو جل (٢) وإلى هذه الرواية أشار المصنف في الشرايع (٣) وقال في نكت النهاية: والحق عندي أنه لا كفارة في شيء من ذلك، لأن ما ذكره الشيخان لم يثبت، وما تضمنته الرواية نادر، ولا ينهض المكاتب بالحجية لما يتطرق إليها من الاحتمال (٤).

تنبيهان

(أ) صرح الشيخان (٥) (٦) والتقي (٧) بترتب الحكم على كل واحد من هذه

-
- (١) المختلف: في أحكام اليمين ص ٩٧ س ٢ قال: والمعتمد أن نقول لا يجوز الحلف بذلك فإن حنت في يمينه وجب عليه إطعام عشرة مساكين الخ.
- (٢) التهذيب: ج ٨ (١) باب الأيمان والأقسام ص ٢٩٩ الحديث ١٠٠.
- (٣) الشرائع في الكفارات (الأولى) من حلف بالبراءة فعليه كفارة ظهار الخ والإشارة إلى الرواية لأنه قبل ذلك قال: المقصد الثاني فيما اختلف فيه.
- (٤) نكت النهاية: (في الجوامع الفقهية) ص ٤٣٥ س ٤ قال: والحق عندي أنه لا كفارة في شيء من ذلك الخ.
- (٥) المقنعة: باب الأيمان والأقسام ص ٨٦ س ٣٧ قال: ولا يجوز اليمين بالبراءة إلى قوله: ومن حلف بشيء من ذلك ثم حنت الخ.
- (٦) الخلاف: كتاب الأيمان، مسألة ٤ قال: إذا قال: أنا يهودي، أو نصراني، أو مجوسي، أو برئت من الإسلام، أو من الله، أو من القرآن الخ.
- (٧) الكافي: فصل في الأيمان ص ٢٢٩ س ١٧ قال: وإن قال: هو برئ من الإسلام، أو هو كافر، أو هو مشرك، أو فاسق الخ.

الثلاثة، أعني البراءة من الله، أو من رسوله، أو من الأئمة عليهم السلام، وأبو علي رتب الحكم على المجموع (١) ولعل مراده الأول.
(ب) رتب المفيد (٢) وتلميذه (٣) الكفارة على المخالفة، وكذا ابن حمزة (٤) وإن خالفهما في الكفارة ورتبها الصدوق على مجرد القول (٥) وهو يقتضي إلزامه بالكفارة معجلا، وإن لم يترتب عليه حنث وكذا الشيخ في النهاية (٦) والتقي (٧) والقاضي (٨).

فرع

يجب الكفارة بالغموس منها على مذهب الصدوق ومتابعيه، ولا يجب على

-
- (١) لم أظفر عليه ولم يتعرض له في المختلف أيضا.
 - (٢) المقنعة: باب الأيمان والأقسام ص ٨٦ س ٣٧ قال: ومن حلف بشئ من ذلك ثم حنث كان عليه كفارة ظاهر.
 - (٣) المراسم: ذكر الأيمان والندور والعهود ص ١٨٥ س ١ قال: أحدهما يلزم بالحنث فيه كفارة ظاهر، وهي اليمين بالبراءة الخ.
 - (٤) الوسيلة: كتاب الأيمان والندور ص ٣٤٩ س ٧ قال: وإن حلف بالبراءة إلى قوله: فإن كذب أثم ولزمته كفارة النذر.
 - (٥) المقنعة: باب الأيمان والندور والكفارات ص ١٣٦ س ١٩ قال: فإن قال الرجل: إلى قوله: فإنه يصوم ثلاثة أيام الخ.
 - (٦) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٠ س ١١ قال: ومن حلف بالبراءة إلى قوله: كان عليه كفارة ظاهر الخ.
 - (٧) الكافي: فصل في الأيمان ص ٢٢٩ س ١٧ قال: وإن قال: هو برئ من الإسلام إلى قوله: فهو مأزور صادقا كان أم كاذبا.
 - (٨) المهذب: ج ٢ ص ٤٢١ س ١٨ قال: باب كفارة الحلف بالبراءة من الله أو رسوله، أو أحد من الأئمة عليهم السلام.

مذهب المفيد.

(الثانية) كفارة الوطي في الحيض وقد تقدم البحث فيها.
(الثالثة) من تزوج امرأة في عدتها، فارقها، وهل يجب عليه كفارة؟ قال ابن حمزة: نعم (١) واختاره العلامة في القواعد (٢) وفخر المحققين في الإيضاح (٣) للاحتياط.

ولرواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن امرأة تزوجها رجل في عدتها، فوجد لها زوجا، قال: عليه الحد وعليها الرجم، لأنه تقدم بعلم، وتقدمت هي بعلم، وكفارته إن لم يتقدم إلى الإمام أن يتصدق بخمسة أصواع دقيقا (٤). ولما رواه الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولها زوج، فقال: إذا لم يرفع خبره إلى الإمام فعليه أن يتصدق بخمسة أصواع من دقيق، هذا بعد أن يفارقها (٥). وقال ابن إدريس: بالاستحباب (٦) وهو اختيار المصنف (٧) وأطلق الشيخ في

(١) الوسيلة: كتاب الكفارات ص ٣٥٤ س ١٥ قال: ومن تزوج امرأة في عدتها كفر بخمسة أصواع من دقيق.

(٢) القواعد: ج ٢ في الكفارات ص ١٤٤ س ٢٠ قال: ومن تزوج امرأة في عدتها فارق وكفر بخمسة أصواع من دقيق وجوبا.

(٣) الإيضاح: ج ٤ في الكفارات ص ٨٣ س ١٧ قال: وهو الأقوى عندي، أي وجوب الكفارة وعدم الفرق بين المعتدة وغيرها.

(٤) الإستبصار: ج ٤ (١٢٠) باب من تزوج امرأة ولها زوج ص ٢٠٩ الحديث ١.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٤) باب النوادر ص ٣٠١ الحديث ٢٣.

(٦) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦١ س ٣٤ قال: وقد روي أن من تزوج بامرأة في عدتها إلى

قوله: وروي أيضا أن من نام عن عشاء الآخرة إلى قوله والأولى حمل هاتين الروايتين على الاستحباب دون القرض والإيجاب.

(٧) لاحظ عبارة النافع.

النهاية التكفير المذكور ولم يذكر الوجوب أو الندب (١).

فرع

أطلق الأصحاب لفظ التزويج ولم يصرحوا بالعلم أو الجهل، لكن قولهم: كفر، يدل على تقييده بالعالم، إذ الجاهل لا يتوجه عليه عقوبة، وفي الرواية الأولى تصريح به، وإيجاب الحد أيضا دليل عليه. وفي قوله عليه السلام (إن لم يرفع خبره إلى الإمام) إيماء إلى أنه لو رفع خبره إلى الإمام وأخذ منه الحد لا يجب عليه الكفارة، وكأنه استغنى بالعقوبة بالحد عن التكفير، لأن تعليق الحكم على وصف يشعر بعلية ذلك الوصف، قضيته للتعليق، وإلا لخلا التقييد عن الفائدة.

وقال المرتضى: لو تزوج بذات البعل جاهلا كفر بخمسة دراهم (٢) ورواه أبو علي عن أبي بصير عن الصادق عليه السلام (٣) وهو نادر.

تنبيه

وهذا الحكم يشمل المعتدة رجعية، وبائنة عدة الوفاة وغيرها وذوات البعول. أما ذوات البعل فلأنه منطوق الرواية، وأما الرجعية فلأنها ذات بعل. وأما البائنة فلأنهم لم يفرقوا بين العديتين، فيكون الفرق إحداث قول ثالث. (الرابع) من نام عن صلاة العشاء الآخرة حتى جاوز نصف الليل، فاتته

(١) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٢ س ١٣ قال: ومن تزوج بامرأة في عدتها فارقتها، وكفر الخ.

(٢) الإنتصار: (مسائل الكفارات) ص ١٦٦ س ١٠ قال: (مسألة) ومما انفردت به الإمامية أن من تزوج امرأة ولها زوج إلى قوله: ويتصدق بخمسة دراهم.

(٣) المختلف: في الكفارات ص ١١٣ س ٢٣ قال بعد نقل قول السيد: ورواه ابن الجنيد عن أبي بصير عن الصادق عليه السلام.

العشاء، ووجب قضائها، وهل يجب عليه التكفير بصيام اليوم الذي يصبح فيه؟ قال المرتضى نعم (١) وبه قال التقي (٢) وأطلق الشيخ في النهاية (٣) وكثير من الأصحاب صوم ذلك اليوم ولم يصرحوا بالوجوب أو الندب وقال ابن إدريس: بالاستحباب (٤) واختاره المصنف (٥) والعلامة (٦). واحتج الأولون برواية عبد الله بن المغيرة عمن حدثه عن الصادق عليه السلام في رجل نام عن العتمة ولم يقم إلا بعد انتصاف الليل، قال: يصلها ويصبح صائماً (٧) وبالإجماع، وبقوله: (وافعلوا الخير) (٨). والرواية مرسلة، والإجماع غير متحقق، ولا دلالة في الآية على المطلوب، والأصل بالبراءة، وحملها على الاستحباب أشبه. (الخامس) لو جزت المرأة شعرها في المصاب كانت آثمة، وهل يجب عليها الكفارة؟ قيل فيه ثلاثة أقوال.

-
- (١) الإنتصار: (مسائل الكفارات ص ١٦٥) س ١٦ قال: (مسألة) ومما انفردت به الإمامية القول: بأن من نام عن صلاة العشاء الخ.
- (٢) الكافي: الصوم، ص ١٨٨ س ١١ قال: فصل في كفارة اليمين وفوت عشاء الآخرة إلى قوله: ويتعين على من فرط في صلاة العشاء الآخرة حتى جاوز النصف الأول من الليل أن يصبح صائماً الخ.
- (٣) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٢ س ١٥ قال: ومن نام عن عشاء الآخرة حتى يمضي النصف الأول من الليل صلاها حين يستيقظ الخ.
- (٤) تقدم أنفاً.
- (٥) لاحظ عبارة النافع.
- (٦) القواعد: ج ٢ في الكفارات ص ١٤٤ س ٢٠ قال: ومن نام عن العشاء حتى خرج نصف الليل أصبح صائماً ندباً.
- (٧) التهذيب: ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٣ الحديث ١٦.
- (٨) الحج: ٧٨.

(أ) وجوب كفارة كبرى مرتبة، ذكره أبو علي (١) وابن إدريس وأسنده إلى بعض الأصحاب (٢) وهو يشعر بتوقفه فيه.
(ب) وجوب كفارة كبرى مخيرة، قاله القاضي (٣) وهو ظاهر العلامة (٤) (النهاية خ ل).

اعتماداً على رواية خالد بن سدير أخي حنان بن سدير عن أبي عبد الله عليه السلام: إذا خدشت المرأة وجهها، أو جزت شعرها، أو نتفتته، ففي جز الشعر عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً (٥).
ومفهوم (في) هنا الوجوب، لأنها للسببية كما قيل: (في خمس من الإبل شاة) (وفي النفس المؤمنة مائة من الإبل) قال فخر المحققين: وهذه الرواية لا تدل على الوجوب بنص ولا بظاهر، والأولى حملها على الاستحباب (٦).
(ج) الاستحباب نقله المصنف في الشرائع (٧) ووجهه التمسك بالأصل،

- (١) لم أعثر عليه.
(٢) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦٢ س ١١ قال: ولا تجوز للمرأة إلى قوله: وتجز شعرها إلى قوله: وقد قدمنا شرحها على ما رواه أصحابنا.
(٣) المهذب: ج ٢ كتاب الكفارات ص ٤٢٤ س ١٢ قال: فإن جزت شعرها في ذلك كانت الكفارة فيه عتق رقبة أو إطعام الخ.
(٤) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٣ س ٥ قال: ولا تجز شعرها، فإن جزته كان عليها الخ. وفي بعض النسخ (وهو ظاهر العلامة) كما أثبتناه والظاهر أنه الصحيح، وقال في القواعد: (ج ٢ في الكفارات ص ١٤٤ س ١٧) ما لفظه: وقيل: في جز المرأة شعرها في المصاب كفارة الظهار، وقيل: كبيرة مخيرة، وقيل: لا كفارة الخ.
(٥) التهذيب: ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٥ قطعة من حديث ٢٣.
(٦) الإيضاح: ج ٤، كتاب الكفارات ص ٨٢ س ١٩ قال: وهذه الرواية لا تدل إلى آخره.
(٧) الشرائع: في الكفارات، فيما اختلف فيه، قال: (الثانية) في جز المرأة شعرها إلى قوله: وقيل: تأثم ولا كفارة استضعافاً للرواية.

واستضعاف الرواية المتقدمة لكونها نادرة وفي طريقها محمد بن عيسى (١) وفيه كلام.

(السادسة) لو نتفت شعرها، أو خدشت وجهها وجب عليها كفارة يمين، وهذه المسألة عدها المصنف في المسائل الخلافية في الشرائع، حيث قال: المقصد الثاني فيما اختلف فيه، وهو سبع، إلى أن قال: الثالثة: تجب على المرأة في نتف شعرها في المصاب، وخدش وجهها، وشق الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته كفارة يمين (٢)، ولم يحك فيها خلافا كما حكاه في الست الباقية، وكذا العلامة جزم به في القواعد (٣) والإرشاد (٤) والتحرير (٥) ولا أعلم فيه خلافا نقله، فالأولى بأن يلحق بالإجماعيات.

وأما شق الثوب على الأب والأخ فلا شيء فيه، ولا إثم. وأما شقه على الولد والزوجة فالمشهور كفارة يمين، وقال ابن إدريس: لا شيء، بل لا إثم خاصة (٦)، والأول هو المشهور في كتب الأصحاب، وجزم به

-
- (١) سند الحديث كما في التهذيب (وذكر أحمد بن محمد بن داود القمي في نوادره قال: روى محمد بن عيسى عن أخيه جعفر بن عيسى عن خالد بن سدير أخي حنان بن سدير).
(٢) الشرائع: في الكفارات، فيما اختلف فيه، قال الثالثة تجب على المرأة الخ.
(٣) القواعد: ج ٢ في الكفارات ص ١٤٤ س ١٨ قال: ويجب في نتف شعرها في المصاب كفارة يمين، وكذا في خدش وجهها فيه.
(٤) الإرشاد: المقصد الثالث في الكفارات قال: وفي جز المرأة شعرها في المصاب، قيل: كفارة رمضان، وقيل: كفارة الظهار، وقيل: يأثم مخطوط.
(٥) التحرير: ج ٢ في الكفارات ص ١٠٩ س ٢٣ قال: (د) لو نتفت المرأة شعرها في المصاب وجب عليها كفارة يمين.
(٦) السرائر: في الكفارات ص ٣٦٢ س ٦ قال: ولا يجوز للرجل أن يشق ثوبه في موت أحد إلى قوله: والأولى أن يحمل ذلك على الندب الخ.

المصنف (١) والعلامة (٢).

وأما غير الزوجة والولد، فيحرم شق الثوب عليه، ولا كفارة فيه، قريبا كان أو أجنبيا، وإن كان حراما، لعدم النص عليه. وذهب ابن إدريس إلى تحريم شق الثوب على الأب والأخ وإن لم يجب به كفارة، لأنه لا دليل عليه من كتاب ولا سنة مقطوع بها، والأصل حفاظ المال، وتضييعه سفه وإدخال ضرر، والعقل يقبح ذلك (٣)، واختاره الشيخان (٤) (٥) والعلامة (٦).

فالحلاف مع ابن إدريس إذن في مقامين.

(أ) في وجوب الكفارة بشقة على غير الأب والأخ، فعنده لا شيء لأصالة براءة الذمة، واستضعافا للرواية المتضمنة لوجوبه.

(ب) في تسويغه، وهو مذهب الجماعة، وهو المعتمد، ويحرم عنده.

ومستند الحكم ما رواه الشيخ في التهذيب عن داود القمي في نوادره قال: روى محمد بن عيسى عن أخيه جعفر بن عيسى عن خالد بن سدير أخي حنان بن سديد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شق ثوبه على أخيه، أو على أمه، أو على

(١) لاحظ عبارة النافع وفي الشرائع قال: (الثالثة) وشق الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته كفارة يمين.

(٢) التحرير: ج ٢ في الكفارات ص ١٠٩ س ٢٧ قال: (و) لو شق الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته كفارة يمين.

(٣) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦٢ س ٩ قال: والأولى ترك ذلك واجتنابه إلى قوله: والعقل يقبح ذلك.

(٤) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧٣ س ٢ قال: ولا بأس أن يشق ثوبه على أبيه وفي موت أخيه.

(٥) المقنعة: باب الكفارات ص ٨٨ س ٣٤ قال: ولا بأس أن يشق ثوبه على أبيه وفي موت أخيه.

(٦) المختلف: في الكفارات ص ١١٣ س ٢٥ قال: (مسألة) قال الشيخ في النهاية: لا بأس أن يشق ثوبه إلى أن قال: والذي قاله الشيخ هو المعتمد.

أخته، أو علي قريب له، فقال: لا بأس بشق الجيوب فقد شق موسى بن عمران جيبه على أخيه هارون ولا يشق الوالد على ولده، ولا زوج على امرأته، وتشق المرأة على زوجها، وإذا شق زوج على امرأته، أو والد على ولده فكفارته حنث يمين، ولا صلاة لهما حتى يكفرا أو يتوبا عن ذلك، وإذا خدشت المرأة وجهها، أو جزت شعرها، أو نتفته، ففي جز الشعر عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينا، وفي الخدش إذا دميت، وفي النتف كفارة حنث يمين، ولا شئ في اللطم على الحدود سوى الاستغفار والتوبة وقد شققن الجيوب ولطمن الحدود الفاطميات على الحسين بن علي عليهما السلام، وعلى مثله تلطمن الحدود وتشق الجيوب (١).

ومحمد بن عيسى اختلف فيه أصحابنا، قال الشيخ: قيل: إنه كان يذهب مذهب الغلاة (٢) وكذا الصدوق ضعفه (٣) ووثقه النجاشي (٤) وكذا روى الكشي توثيقه (٥) واختاره العلامة (٦) وهو الأظهر في أقوال الأصحاب. وأما أخوه جعفر فثقة.

- (١) التهذيب: ج ٨ (٦) باب الكفارات ص ٣٢٥ الحديث ٢٣.
- (٢) الفهرست ص ١٤٠ تحت رقم (٦٠١) قال: محمد بن عيسى بن عبيد اليقطيني ضعيف إلى أن قال: وقيل: إنه كان يذهب مذهب الغلاة وقال: استثناه أبو جعفر محمد بن علي بن بابويه عن رجال نوادر الحكمة، وقال: لا أروي ما يختص بروايته.
- (٣) الفهرست ص ١٤٠ تحت رقم (٦٠١) قال: محمد بن عيسى بن عبيد اليقطيني ضعيف إلى أن قال: وقيل: إنه كان يذهب مذهب الغلاة وقال: استثناه أبو جعفر محمد بن علي بن بابويه عن رجال نوادر الحكمة، وقال: لا أروي ما يختص بروايته.
- (٤) رجال النجاشي: ص ٣٣٣ تحت رقم (٨٩٦) قال: محمد بن عيسى بن عبيد بن يقطين، أبو جعفر جليل في أصحابنا، ثقة، عين، كثير الرواية، حسن التصانيف، ثم نقل تضعيفه عن الصدوق، ثم قال: ورأيت أصحابنا ينكرون هذا القول، ويقولون: من مثل أبي جعفر محمد بن عيسى الخ.
- (٥) اختيار معرفة الرجال ص ٥٣٧ تحت رقم ١٠٢١ قال: علي بن محمد القتيبي قال: كان الفضل يحب العبيدي ويثني عليه ويمدحه ويميل إليه، ويقول: ليس في أقرانه مثله.
- (٦) رجال العلامة الحلي، الفصل الثالث والعشرون في الميم، الباب الأول (محمد) تحت رقم (٢٢) قال: محمد بن عيسى بن عبيد بن يقطين إلى قوله: والأقوى عندي قبول روايته.

فروع

(أ) المتمتع بها زوجة يجب الكفارة بالشق عليها، وكذا المعتدة الرجعية، لا البائنة.

(ب) هل يلحق أم الولد أو السرية بالزوجة؟ إشكال.

(ج) يتعلق الحكم بشق الثوب دون العمامة، ولا فرق بين شق الكل والبعض.

(د) لا فرق في الولد للصلب وولد الولد ذكرا كان أو أنثى، وفي ابن البنت نظر.

(هـ) المراد بالخدش خرص الجلد من الوجه، فلو خدشت غيره من سائر جسدها، أو لطمت خدها من غير خدش لم يجب سوى الاستغفار، ولا يشترط قطع الجلد بأسره، بل يكفي الخرص، ولا إخراج الدم قاله العلامة في التحرير (٧) وفي الرواية: في الخدش إذا أدميت وفي التنف كفارة حنث يمين.

(و) المراد بالجز، القص، فلو حلقه فالأقرب أنه كذلك، بخلاف ما لو نتفه كله، فإنه لا يلحقه بالجز.

(ز) لا فرق في الجز والتنف بين الكل والبعض، ففي الجز كبرى مرتبة أو مخيرة، أو لا شيء عليه، وفي التنف كفارة يمين.

(السابعة) من نذر صوم يوم معين فعجز عن صومه، قال في النهاية: يطعم مسكينا مدين من طعام كفارة لذلك اليوم (١) واختاره المصنف في باب الكفارات

(١) النهاية: باب الكفارات ص ٥٧١ س ١ قال: ومن كان عليه صيام يوم قد نذر صومه فعجز عن صيامه أطعم مسكينا مدين من طعام كفارة لذلك اليوم وقد أجزأه.

من كتابيه (١) (٢) وزاد: فإن عجز تصدق بما استطاع، فإن عجز استغفر الله، وظهره في باب النذر من الشرائع السقوط (٣).
وقال المفيد: إن أفطره لغير عذر فعليه الكفارة وصيامه على سبيل القضاء، وإن عرض له في ذلك مرض فليفطره ثم ليقضه ولا كفارة عليه (٤) واختاره العلامة في المختلف (٥) وفصل ابن إدريس وقال: إن كان المانع من كبر أو عطاش لا يرجى برؤه فما ذكره الشيخ صحيح، وإن كان لمرض يرجى برؤه مثل الحمى وغيره ذلك فالواجب القضاء من غير إطعام (٦).

احتج الشيخ بما رواه إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل لله عليه صياما في نذر ولا يقوى قال: يعطي من يصوم عنه في كل يوم مدين (٧) وفي الاستدلال بهذه تعسف: من الطعن في السند (٨) أولا، ومن عدم الدلالة على المطلوب ثانيا، ومن جواز الحمل على الاستحباب ثالثا، لعدم التصريح بالوجوب فيها.

-
- (١) الشرائع: في ضبط الكفارات، المقصد الثاني فيما اختلف فيه، السابعة: من نذر صوم يوم فعجز عنه الخ.
(٢) المختصر النافع: كتاب النذور والعهود، الرابع اللواحق، قال: الأول لو نذر يوما معيناً، إلى أن قال: ولو عجز عن صومه أصلاً قيل: يسقط وفي رواية يتصدق عنه بمد.
(٣) الشرائع: كتاب النذر، في اللواحق قال: الخامسة إذا عجز الناذر عما نذره إلى قوله: سقط النذر وكذا لو نذر صوما فعجز، لكن روي في هذا: يتصدق عن كل يوم بمد من طعام.
(٤) المقنعة: باب النذور والعهود ص ٨٧ س ٢٦ قال: والذي ينذر لله تعالى أن يصوم يوماً بعينه إلى قوله: فإن عرض له في ذلك اليوم مرض فليفطره ثم يقضيه ولا كفارة عليه إن شاء الله.
(٥) المختلف: في الكفارات ص ١١٢ س ٢٤ قال بعد نقل الأقوال: والوجه ما قاله المفيد.
(٦) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦١ س ٢٠ قال: إن كان عجزه لكبر الخ.
(٧) الكافي: ج ٧، باب النذور ص ٤٥٧ الحديث ١٥ وليس في المطبوع كلمة (لله).
(٨) سند الحديث كما في الكافي (محمد بن يحيى، عن يعقوب بن يزيد، عن يحيى بن المبارك، عن عبد الله بن جبلة عن إسحاق بن عمار).

المقصد الثاني في خصال الكفارة.
وهي العتق والإطعام والكسوة والصيام.
أما العتق فيتعين في الواحد في المرتبة. ويتحقق ذلك بملك الرقبة أو
الثلث مع إمكان الابتياح، ولا بد من كونها مؤمنة، أو مسلمة، وإن تكون
سليمة من العيوب التي تعتق بها. وهل يجزي المدبر؟ قال في النهاية: لا،
وفي غيرها بالجواز وهو أشبه. ويجزي الآبق ما لم يعلم موته، وأم الولد.
وأما الصيام فيتعين مع العجز عن العتق في المرتبة.
ولا تباع ثياب البدن ولا المسكن في الكفارة، إذا كان قدر
الكفاية، ولا الخادم. ويلزم الحر في كفارة قتل الخطأ أو الظهار صوم
شهرين متتابعين، والمملوك صوم شهر. فإذا صام الحر شهرا ومن الثاني

قال طاب ثراه: وهل يجزي المدبر؟ قال في النهاية: لا، وفي غيرها بالجواز، وهو
أشبه.

أقول: موضوع المسألة: إن المدبر قبل نقض تدييره، هل يجزي عتقه في الكفارة؟
قال في النهاية: لا (١)، وتبعه القاضي (٢) وقال ابن إدريس: يصح ويكون ذلك
نقضا للتدبير (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥).

-
- (١) النهاية: باب الكفارات ص ٥٦٩ س ٤ قال: ولا يجوز له أن يعتق مدبر إلا بعد أن ينقض تدييره.
(٢) المهذب: ج ٢، كتاب الكفارات، باب كفارة اليمين، ص ٤١٤ س ١٦ قال: ولا يجوز عتق مدبر
إلا بعد أن ينقض تدييره.
(٣) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦٠ س ٣٦ قال: والمدبر وأم الولد يجزي عتقهما عن الكفارة.
(٤) لاحظ عبارة النافع.
(٥) التحرير: ج ٢ في خصال الكفارات ص ١١١ س ٣ قال: أما المدبر فإن أعتقه بعد نقض التدبير
أخره، إجماعا وإن أعتقه قبله فالأقوى الإجزاء.

شيئا ولو يوما أتم. ولو أفطر قبل ذلك أعاد إلا لعذر كالحيض،
والنفاس، والإغماء، والمرض، والجنون.

احتج الشيخ بموثقة عبد الرحمان قال: سألته عن رجل قال لعبده: إن حدث بي
حدث فأنت حر، وعلى الرجل تحرير رقبة في كفارة يمين، أو ظهار، أله أن يعتق
عبده الذي جعل له العتق إن حدث به حدث في كفارة تلك اليمين؟ قال: لا يجوز
للذي جعل له ذلك (١).

احتج الآخرون بأصالة الصحة. وبأول جزء من عتقه يكون فسحا للتدبير،
وبآخره وقوع التحرير، والرواية مقطوعة.
وكذا البحث في المكاتب المطلق قبل أن يؤدي شيئا، والمشروط قبل إيفائه.
قال الشيخ: لا يصح (٢) واختاره العلامة في المختلف (٣) لنقصان الرق
بالكتابة، وقال ابن إدريس: يجوز لأنه مملوك (٤) واختاره المصنف (٥) وفخر
المحققين (٦) والعلامة في القواعد (٧).

- (١) التهذيب: ج ٨ (٢) باب التدبير ص ٢٦٥ الحديث ٣٠.
(٢) النهاية: باب الكفارات ص ٥٦٩ س ٥ قال: ولا أن يعتق مكاتبا وقد أدى من مكاتبته شيئا.
(٣) المختلف: كتاب العتق، ص ٩٣ س ١ قال بعد نقل قول الشيخ بعدم الجواز: والوجه ما قاله
الشيخ.
(٤) السرائر: باب الكفارات ص ٣٦١ س ٢ قال والذي يقتضيه أصول مذهبنا إن عتق المكاتب إلى
قوله جائز لأنه عبد.
(٥) الشرائع: القول في العتق قال: (الثالث) أن يكون تام الملك إلى قوله: وظاهر كلامه في النهاية
أنه يجزي وهو أشبه.
(٦) الإيضاح: ج ٤ ص ٨٨ س ١٤ قال بعد نقل قول ابن إدريس: والأصح عندي الصحة.
(٧) القواعد: ج ٢ في الكفارات ص ١٤٥ س ١٠ قال: وأما تمامية الملك إلى قوله: والأقرب فيهما
(أي المطلق والمشروط) الإجزاء.

وأما الإطعام: فيتعين في المرتبة مع العجز عن الصيام. ويجب إطعام العدد لكل واحد مد من الطعام، وقيل: مدان مع القدرة، ولا يجزي إعطاؤه لما دون العدد. ولا يجوز التكرار من الكفارة الواحدة مع التمكن، ويجوز مع التعذر. ويطعم ما يغلب على قوته، ويستحب أن يضم إليه أدماء أعلاه اللحم وأوسطه الخل وأدناه الملح. ولا يجزي إطعام الصغار منفردين ويجوز منضمين، ولو انفردوا احتسب الاثنان بواحد.
(مسائل)

(الأولى) كسوة الفقير ثوبان مع القدرة. وفي رواية يجزي الثوب الواحد، وهو أشبه. وكفارة الإيلاء مثل كفارة اليمين.

قال طاب ثراه: ويجب إطعام العدد لكل واحد مد من الطعام، وقيل: مدان مع القدرة.

أقول: إجزاء المد الواحد مذهب الصدوقين (١) (٢) والمفيد (٣) وتلميذه (٤) وقال الشيخ في الكتب الثلاثة: يجب المدان مع القدرة (٥) (٦) (٧) والمعتمد الأول. قال طاب ثراه: كسوة الفقير ثوبان مع القدرة، وفي رواية يجزي الثوب الواحد، وهو أشبه.

-
- (١) المختلف: في الكفارات ص ١١٤ س ١٩ قال: وقال الصدوق وأبوه: لكل مسكين مد.
 - (٢) المقنع: باب الأيمان والنذور والكفارات ص ١٣٧ س ٦ قال: لكل مسكين مد.
 - (٣) المقنعة: باب الكفارات ص ٨٧ س ٣٣ قال: وأدنى ما يطعم كل واحد منهم مد من طعام.
 - (٤) المراسم: ذكر الكفارات ص ١٨٦ س ٧ قال لكل واحد منهم شبعه في يومه.
 - (٥) النهاية: باب الكفارات ص ٥٦٩ س ١٢ قال: فليطعم لكل مسكين مدين من طعام.
 - (٦) المبسوط: ج ٥ ص ١٧٧ س ١٠ قال: يجب أن يطعم كل مسكين مدين مع القدرة الخ.
 - (٧) كتاب الخلاف: كتاب الظهار (مسألة) (٦٢) قال: يجب أن يدفع إلى كل مسكين مدان.

(الثانية) من عجز عن العتق فدخل في الصيام ثم تمكن من العتق لم يلزمه العود، وإن كان أفضل.

(الثالثة) كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين، فعجز صام ثمانية عشر يوماً. فإن لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام، فإن لم يستطع استغفر الله سبحانه.

(الرابعة) يشترط في المكفر البلوغ، وكمال العقل، والإيمان، ونية القربة، والتعيين.

أقول: للأصحاب هنا أربعة أقوال.

(أ) أجزاء الواحد مطلقاً، قاله الفقيه (١) والشيخ في المبسوط (٢) وابن إدريس (٣) واختاره المصنف (٤) والعلامة (٥).

(ب) وجوب الثوبين مطلقاً، قاله الصدوق، وجعل الثوب رواية (٦) وبه قال

(١) المختلف: كتاب الأيمان ص ١١٤ س ٢١ قال بعد نقل قول الصدوق: وقال أبوه: لكل رجل ثوب إلى أن قال: والمعتمد ما قاله ابن بابويه لكل مسكين ثوب واحد.

(٢) المبسوط: ج ٦ فصل في الكفارات ص ٢١١ س ٢٣ قال: وأقل الكسوة ثوب واحد وقد روى أصحابنا ثوبين.

(٣) السرائر: كتاب الأيمان والندور والكفارات ص ٣٥٢ س ١٢ قال: وبعض ذهب إلى ثوب واحد وهو الأظهر.

(٤) لاحظ عبارة النافع.

(٥) المختلف: كتاب الأيمان ص ١١٤ س ٢١ قال بعد نقل قول الصدوق: وقال أبوه: لكل

رجل ثوب إلى أن قال: والمعتمد ما قاله ابن بابويه لكل مسكين ثوب واحد. تقدم نقله آنفاً عن المختلف.

(٦) المقنع: باب الأيمان والندور والكفارات، ص ١٣٧ س ٦ قال: أو كسوتهم لكل رجل ثوبان.

هذا ولكن في الهداية اقتصر على ثوب واحد، لاحظ (١٢٥) باب الندور والأيمان والكفارات ص ٧٣ س ١٨ قال: أو كسوتهم لكل رجل ثوب.