الشرح الصغير

في شرح المختصر النافع

للعلامة الفقيه والأصولي النحرير

السيد علي محمد علي الطباطبائي الحائري

١١٦١ — ١٢٣١ هـ

المجلد الثاني

تحقيق

السيد مهدي الرجائي

اشراف

السيد محمود المرعشي

منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

This book is due on the latest date stamped below. Please return or renew by this date.

Ṭabāṭabā'ī

مخطوطات
مكتبة آية الله المرعشي العامة

كتابخانه عمومي
حضرت آية الله العظمى مرعشي نجفي قم

هديه دائره مبادلات
فرهنگي وبين الملل

(٣٥)

الشرح الصغير

في شرح المختصر النافع

للعلامة الفقيه والأصولي النحرير

الميرسيد علي محمد علي الطباطبائي الحائري

١١٦١ — ١٢٣١ هـ

الجزء الثاني

تحقيق
السيد مهدي الرجائي

اشراف
السيد محمود المرعشي

2271
.3553
.944
1988
mujallad 2

الكتاب : الشرح الصغير ج٢
تأليف : السيد على الطباطبائى الحائرى
تحقيق : السيد مهدى الرجائى
نشر : مكتبة آية الله العظمى المرعشى النجفى العامة ـ قم المقدسة
طبع : مطبعة سيد الشهداء عليه السلام ـ قم
تاريخ الطبع : ١٤٠٩ هـ ق
العدد : ١٠٠٠
الطبعة : الاولى

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY PAIR>
32101 017534593

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على خير خلقه محمد وآله الطاهرين ، واللعنة الدائمة على أعدائهم ومخالفيهم أجمعين الى يوم الدين .

كتاب التجارة

جامعة بابل

(كتاب التجارة)[1]

وهي لغة : الكسب. وشرعاً: عقد المعاوضة بقصد الاكتساب عند التملك. على ماذكره جماعة، والمراد بها هنا الاعم منه ومن الخالي من القصد، كالمعاوضة للقوت والادخار .

﴿ وفيه فصول : ـ﴾

(الفصل الاول : فيمايكتسب به)

ببيع أوغيره، وينقسم الى: محرم، ومكروه، ومباح . وربماقسم الى خمسة: بزيادة الواجب، والمستحب. ولعل تركهما أجود، لانهما من عوارض التجارة.

المكاسب المحرمة :

﴿والمحرم منه أنواع :﴾

﴿الاول : الاعيان النجسة، كالخمر ﴾ المتخذ من العنب ﴿ والانبذة ﴾

---

(١) قال فى هامش نسخة «ن» : أسقط الشارح ـ دام ظله ـ هنا من الترتيب كتاب الجهاد، وهو أعلم باسقاطه .

جمع نبيذ، وهو الشراب المتخذ من التمر. ويلحق بهما غيرهما، كالبتع[١] والمزر[٢] والجعة[٣] ، والفضيح[٤] .

وضابطها: المسكر وان لم يكن مائعاً ، كالحشيشة وفرض لها نفع آخر محلل وقصد ببيعها على الاحوط الاولى ﴿والفقاع﴾ وان لم يكن مسكراً ﴿والميتة ، والدم﴾ ولو مما يؤكل لحمه، وكان لهما نفع محلل .

﴿والارواث ، والابوال مما لا يؤكل لحمه﴾ شرعاً ولو أكل عادة ، أما هما مما يؤكل لحمه فيجوز مطلقاً ، وفاقاً لظاهر العبارة وجماعة .

﴿وقيل : بالمنع من الابوال الا بول الابل﴾ للاستشفاء مع الضرورة اليه، والقائل الشيخ في النهاية[٥] كما نسب اليه والمفيد والديلمي ، الا أنهما ألحقا بالابوال الارواث أيضاً ، وهو أحوط .

﴿والخنزير، والكلب عدا كلب الصيد﴾ المعلم، فيجوز التكسب به اجماعاً، سواء في ذلك السلوقي[٦] وغيره على الاقوى ، وربما خص بالاول ، وهو أحوط.

﴿وفي كلب الماشية والحائط﴾ أي البستان والدار ﴿والزرع قولان﴾ والاحوط المنع .

﴿والمائعات النجسة﴾ بالذات ، كاليات الميتة ، والمبانة من حي . أو بالعرض ، كما لو وقع فيه نجاسة وقلنا بعدم قبوله للطهارة ، كما هو أصح القولين في غير الماء النجس ﴿عدا الدهن﴾ بجميع أصنافه ، فيجوز بيعه مع الاعلام

---

(١) البتع : بكسر الباء وسكون التاء المثناة أو فتحها ، نبيذ العسل .

(٢) المزر : بكسر الميم والزاء المعجمة فالمهملة، نبيذ من الذرة .

(٣) الجعة : كعدة، نبيذ الشعير .

(٤) الفضيح : ما يعمل من الشعير .

(٥) النهاية ص٣٦٤ .

(٦) السلوقي من الكلاب : نوع منها وهي من كلاب الصيد ومن أحسن الكلاب وأخفها .

﴿لفائدة الاستصباح﴾ به تحت السماء، وفاقاً للاكثر، وفي السرائر[١] الاجماع.

وقيل: تحت الظلال أيضاً. ولايخلو عن قوة، اولامامر من الاجماع المعتضد بالشهرة، ورواية مرسلة في المبسوط[٢] مروية.

وهل يجوز بيعه ليعمل صابوناً، أو ليدهن به الاجرب؟ الاحوط المنع، والجواز مختص بالدهن المتنجس.

﴿و﴾ الا فـ﴿لا﴾ يجوز أن ﴿يباع ولايستصبح بما يذاب من شحوم الميتة والياتها[٣]﴾ قطعاً.

﴿الثاني: الالات المحرمة، كالعود، والطبل، والزمر، وهياكل العبادة المبتدعة، كالصنم، والصليب، وآلات القمار، كالنرد والشطرنج﴾ اجماعاً، الا اذا فرض لها نفع محلل مقصود ببيعها وشرائها، بحيث لايعد في العرف سفاهة، أو كان لمكسورها قيمة وبيعت ممن يوثق به، فيجوز حينئذ بيعها، وان كان المنع مطلقاً أحوط وأولى. ونحوه أواني الذهب والفضة.

﴿الثالث: مايقصد به المساعدة على المحرم، كبيع السلاح﴾ بكسر السين، من السيف والرمح والقوس والسهام ونحوها ﴿لاعداء الدين﴾ مسلمين كانوا أم كفاراً، ومنهم قطاع الطريق ﴿في حال الحرب﴾ مع أهله اجماعاً، وكذا التهيأ له، لامطلقاً على الاقوى.

﴿وقيل:﴾ يحرم ﴿مطلقاً﴾ ولو في غير حال الحرب أو التهيأ له، وهو أحوط، والقائل الشيخان والحلي والديلمي. وفي الحاق مايعد جنة للقتال، كالدرع والبيضة بالسلاح قولان، أحوطهما بل وأظهرهما: نعم.

---

(١) السرائر ص٢٠٨.

(٢) المبسوط ٢/١٦٧.

(٣) في المطبوع من المتن: وألبانها.

وظاهر العبارة اختصاص المنع بقصد المساعدة والاعانة، والاظهر التحريم مطلقا ، الا مع الجهل بالجدال فينتفي المنع بلا اشكال .

﴿واجارة المساكن والحمولات﴾ بفتح الحاء، وهي الحيوان الذي يصلح للحمل ،كالابل والبغال والحمير. والسفن داخلة فيها تبعاً ﴿للمحرمات﴾ كالخمر وركوب الظلمة واسكانهم لاجله .

وفي معنى الاجارة بيعها ﴿وبيع العنب﴾ والتمر وغيرهما مما يعمل منه المسكر ﴿ليعمل خمراً﴾ أو مسكراً ﴿والخشب ليعمل صنماً﴾ سواء شرطه في العقد أم حصل الاتفاق عليه اجماعاً .

﴿ويكره بيعه ممن يعمله﴾ مع عدم الشرط والاتفاق مطلقا ولو مع العلم، على الاشهر . والاحوط المنع مطلقا الا مع الجهل بالحال .

﴿الرابع: مالا ينتفع به﴾ أصلا، أو ينتفع نادراً ويعد بذل الثمن لاجله سفاهة عرفاً اجماعاً ﴿كالمسوخ، بريةكانت كالدب والقرد، أو بحرية كالجري[١] والسلاحف[٢] وكذا الضفادع والطافي[٣]﴾ .

وقد أطلق المنع عن جميع ذلك أكثر المتقدمين ، ووجهه غير واضح فيما ينتفع به نفعاً معتداً به عند العقلاء ، كالفيل ونحوه للانتفاع بعظمه ، فالجواز فيه أظهر ، وفاقاً لاكثر من تأخر .

﴿ولا بأس بسباع الطير﴾ كالصقر ﴿و﴾ لا بـ ﴿الهرة والفهد﴾ لطهارتها والانتفاع بها نفعاً معتداً به عند العقلاء، ومضافاً الى الصحاح[٤] والاجماع الظاهر

---

(١) الجرى : نوع من السمك النهرى الطويل ، وليس له عظم الا عظم الرأس والسلسلة .

(٢) دابة برية وبحرية ونهرية ، لها أربع قوائم تختفى بين طبقتين عظيمتين .

(٣) السمك الطافى ، وهو الذى يموت فى الماء فيعلو ويظهر .

(٤) وسائل الشيعة ١٢/١٢٣ ، ب ٣٧ .

من العبارة في الثلاثة ، والمنقول عن ظاهر التذكرة في الهرة .

﴿وفي بقية السباع﴾ كالاسد والذئب والنمر ونحوها ﴿قولان ، أشبههما﴾ وأشهرهما بين المتأخرين ، وفاقاً للحلي والقاضي ﴿الجواز﴾ لما مر ، ولكن المنع أحوط .

﴿الخامس : الاعمال المحرمة﴾ في نفسها ﴿كعمل الصور المجسمة﴾ ذوات الارواح بلاخلاف ، ولا بأس بغيرها من صورة النخلة والشجرة ونحوهما مطلقا ، على الاشهر الاقوى .

واحترز بـ « المجسمة » عن الصور المنقوشة على نحو الورق والوسادة فلاتحرم عند الاكثر . ويحتمل التحريم مطلقا ، كما عليه جمع . ويمكن حمل العبارة ومضاهيها[1] عليه ، بحمل الصفة على الممثل دون المثال ، ولا ريب أنه أحوط وان كان في تعينه نظر .

﴿والغناء﴾ بالمد، وهو الصوت المشتمل على الترجيع المطرب، أوما يسمى في العرف غناءاً وان لم يطرب ، سواء كان في شعر أو قرآن أو نحوهما .

﴿عدا﴾ ما استثني كغناء ﴿المغنية لزف العرائس اذا لم تتغن بالباطل ولم تدخل عليها الرجال﴾ ولم تلعب بالملاهي ، فلا يحرم وفاقاً للنهاية[2] وجماعة خلافاً لاخرين فيحرم أيضاً ، وهو أحوط وأولى . ولايستثني غير ذلك قطعاً وان اشتهر في الحداء .

﴿والنوح بالباطل﴾ بأن يصف الميت بما ليس فيه اجماعاً، و ﴿أما بالحق فجائز﴾ اذا لم يسمعها الاجانب، على الاشهر الاقوى. وقيل : بالمنع منه مطلقا وهو أحوط وأولى .

---

(١) في « ن » : ومضاهياتها .

(٢) النهاية ص٣٦٥ .

﴿وهجاء المؤمنين﴾ بكسر الهاء والمد، وهو ذكر معايبهم بالشعر. ولا فرق في المؤمن بين الفاسق وغيره ، ويجوز هجاء غيرهم كما يجوز لعنهم .

﴿وحفظ كتب الضلال﴾ عن التلف، أو عن ظهر القلب ﴿ونسخها﴾ وتعليمها وتعلمها ﴿لغير النقض﴾ لها، والحجة على أربابها بما اشتملت عليه مما يصلح دليلا لاثبات الحق ، أو نقض الباطل لمن كان من أهلها .

ويلحق به الحفظ للتقية ، أو لغرض الاطلاع على المذاهب والاراء ليكون على بصيرة، وتمييز الصحيح من الفاسد، أو لغرض الاعانة على التحقيق، أو تحصيل ملكة البحث والاطلاع على الطرق الفاسدة ليحترز عنها، أو غير ذلك من الاغراض الصحيحة ، كما ذكره جماعة .

وينبغي تقييده بشرط الامن على نفسه من الميل الى الباطن بسببها ، وأما بدونه فمشكل جداً .

﴿وتعلم السحر﴾ بلاخلاف، وانما اختلفت العبارات في تعريفه على أنحاء ذكرناها في الشرح المبسوط[١] .

وقد استثني للتوقي ودفع المتنبيء، ولا بأس به بل ربما وجب كفاية، وبجواز الحل به نصوص[٢] ، وربما خصت بغير السحر من الذكر والتعويذ والقرآن ونحوها ، وهو أحوط .

﴿والكهانة﴾ بكسر الكاف ﴿والقيافة، والشعبذة﴾ وعرف الاولى : بأنها عمل يوجب طاعة بعض الجان له فيما يأمره به ، وهو قريب من السحر أو أخص منه .

والثانية : بأنها الاستناد الى علامات وامارات يترتب عليها الحاق نسب

---

(١) رياض المسائل ١/٥٠٣ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/١٠٥ ، ب٢٥ .

ونحوه .

والثالثة: بأنها الافعال العجيبة المترتبة على سرعة اليد بالحركة فتلتبس على الحس .

ولا خلاف في تحريم الثلاثة، بل عليه في الاوليين الاجماع في كلام جماعة وربما خص في الثانية بما اذا ترتب عليه محرم أوجزم بها، ولابأس به ، وان كان الاحوط تركها مطلقا .

﴿والقمار﴾ بالالات المعدة لـه كالنرد والشطرنج والاربعة عشر واللعب بالخاتم والبيض والجوز بلاخلاف، ولايملك مايترتب عليه من الكسب، بل هو سحت .

فان وقع من غير المكلف ، وجب رده الى مالكه . ولو قبضه غير مكلف ، فالمخاطب برده وليه. فان جهل مالكه، وجب الفحص عنه، ومع اليأس تصدق به عنه . ولو انحصر في محصورين، وجب التخلص منهم ولو بالصلح .

ويستفاد من بعض الاخبار[1] الاجتناب عنه بعد الاكل بالتقياء ، ومن آخر منها حرمة الحضور في المجالس التي يلعب بها فيها والنظر اليها، وهو مستفيض.

﴿والغش﴾ بكسر الغين ﴿بمايخفى﴾ كشوب اللبن بالماء لابغيره ، كمزج الحنطة بالتبن والتراب، وجيدها برديها، فيجوز على كراهية في ظاهر الاصحاب.

ولو غش لابقصده، بل بقصد اصلاح المال، جاز مطلقا .

﴿وتدليس الماشطة﴾ باظهارها في المرأة محاسن ليست فيها، من تحمير وجه ووصل شعر ونحوهما، ارادة منها لترويج كسادها ، ومثله فعل المرأة ذلك بنفسها .

﴿ولابأس بكسبها مع عدمه﴾ أي التدليس، كما لو كانت مزوجة بل يستحب

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/ ١١٩، ح٢.

كمايستفاد من كثير من المعتبرة [١] .

﴿وتزيين﴾ كل من ﴿الرجل﴾ والمرأة ﴿بمايحرم عليه﴾ كلبس الرجل السوار والخلخال والثياب المختص بها عادة ، ومنه تزيينه بالذهب وان قل ، والحرير الا ماستثني . وكلبس المرأة مايختص بالرجل كالعمامة والمنطقة ونحوهما ممايوجب الشهرة والخزي بين الناس، وهو الضابط، ويختلف باختلاف الازمان والاصقاع .

﴿وزخرفة المساجد﴾ أي نقشها بالذهب ﴿و﴾ تعشير ﴿المصاحف﴾ به، والاظهر الجواز فيهما مع الكراهة وفاقاً لجماعة .

﴿ومعونة الظالم﴾ كالكتابة للظلمة واحضار المظلوم لديهم، ونحو ذلك ممايكون اعانة لهم على ظلمهم، بل يستفاد من كثير من النصوص [٢] حرمة اعانتهم ولو في المباحات والطاعات، والعمل بها أحوط، الا في التقية والضرورة، وان كان ظاهر الاصحاب بغير خلاف يعرف، اختصاص المنع بالاعانة في المحرم .

ويدخل في اعانتهم المحرمة اختيار التولية عنهم بلاخلاف الا لضرورة ، فلابأس بها بشرط أن يحسن الى اخوانه ليكون واحدة بواحدة ، بلاخلاف فيه أيضاً فتوى ونصاً، وهو مستفيض وان اختلف في الاباحة والرجحان والاثابة.

وربمايجمع بينهما بحمل الاولى [٣] على الداخل معهم لحب الدنيا والرئاسة مازجاً ذلك بفعل الطاعات وقضاء حوائج المؤمنين وفعل الخيرات . والثانية على الداخل معهم لالذلك بل لمجرد ماذكر من الطاعة .

﴿وأجرة الزانية﴾ فانها سحت، كمافي المعتبرة [٤] .

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/٩٣، ب١٩ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/١٢٧، ب٤٢ .

(٣) في «ن» : الاولة .

(٤) وسائل الشيعة ١٢/٦١، ح١ ب٥ .

﴿السادس : ﴾ أخذ ﴿الاجرة على القدر الواجب من تغسيل الاموات وتكفينهم وحملهم ودفنهم﴾ ونحوها الواجبات الاخر التي تجب على الاجير عيناً أو كفاية وجوباً أصلياً اجماعاً، أما التوصلي كأكثر الصناعات الواجبة كفاية، فلا يحرم أخذ الاجرة عليها قطعاً .

ويستفاد من العبارة جوازه على الامور المندوبة، كالتغسيل ثلاثاً ، والتكفين بالقطع المستحبة، ولاريب فيه وفاقاً للاكثر .

﴿و﴾ أخذ ﴿الرشا﴾ بضم أوله وكسره مقصوراً، جمع رشوة بهما ﴿في الحكم﴾ ولافرق بين أن يكون الحكم للراشي أوعليه، ويأثم الدافع لها أيضاً ، الا اذا لم يمكن الوصول الى الحق بدونها ، فيجوز حينئذ الدفع ، ويحرم على المدفوع اليه مطلقاً .

قيل : وكذا يحرم على الحاكم قبول الهدية اذا كان للمهدى خصومة في المال، وكذا اذاكان لم يعهد منه الهدية له قبل تولي القضاء. وهو أحوط، وان كان في تعينه نظر .

والا ظهر في الفرق بينهما أن الرشوة ماكان دفعه لغرض التوصل الى القضاء والهدية ماكان دفعه لغرض التودد والتوصل لحاجة من العلم ونحوه .

﴿ والاجرة على الصلاة بالناس ﴾ جماعة ، وفاقاً لجماعة ﴿و﴾ على ﴿القضاء﴾ والحكم بينهم، سواء تعين عليه أم لا، مع الحاجة اليها وعدمها على الاقوى .

﴿ولا بأس﴾ في صورة المنع ﴿بالرزق من بيت المال﴾ وماأعد للمصالح من خراج الارض ومقاسمتها قولا واحداً .

والصحيح[١] المانع عنه محمول على ما أخذ على جهة الاجر، والفرق بينهما ماقيل: من توقف العمل عليه دون الرزق، أوأن الاجر يتوقف على تقدير العمل والعوض وضبط المدة والصيغة المخصوصة، بخلاف الرزق، لاناطته بنظر الحاكم وعدم تقدره بقدر .

﴿وكذا﴾ يحرم أخذ الاجرة ﴿على الاذان﴾ على الاظهر الاشهر، بل في كلام جماعة الاجماع .

﴿ولا بأس﴾ بالرزق من بيت المال كمامر، ولا ﴿بـ﴾ أخذ ﴿الاجرة على عقد النكاح﴾ وغيره من العقود، بأن يكون العاقد وكيلا من أحد المتعاقدين . أما تعليم الصيغة والقاؤها على الوجه اللازم فلايجوز عليه للوجوب. نعم يجوز على الخطبة والخطبة في الاملاك .

المكاسب المكروهة :

﴿والمكروه : اما لافضائه الى المحرم﴾ أو المكروه ﴿غالباً كـ﴾ اتخاذ ﴿الصرف﴾ حرفة، فان فاعله لايسلم من الربا .

﴿وبيع الاكفان﴾ فانه يتمني الربا .

﴿و﴾ بيع ﴿الطعام﴾ فانه يتمني الغلاء، ولايسلم من الاحتكار غالباً .

﴿و﴾ بيع ﴿الرقيق﴾ والمماليك، فانه يكون أقل الناس خيراً، فان شر الناس من باع الناس .

﴿والصياغة[٢]﴾ لانه يذكر الدنيا وينسي الاخرة ﴿والذباحة﴾ فانه يسلب

---

(١) وهو صحيح عبدالله بن سنان قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: ذلك السحت. وسائل الشيعة ١٨/١٦٢، ح١.

(٢) كذا في النسخ، وفي المطبوع من المتن : الصباغة .

من قلبه الرحمة .

﴿وبيع مايكن من السلاح لاهل الحرب ، كالخفين والدرع﴾ فانفيه نوع ركون اليهم ومودة .

﴿واما لضعته﴾ ورداءته ﴿كالحياكة﴾ والنساجة، ففي الخبر : ولد الحائك لاينجب الى سبعة بطون[1].

﴿والحجامة اذا شرط الاجرة﴾ لابدونه ، ويحتمل الكراهة مطلقاً ، الا أن التقييد أشهر وأقوى .

﴿وضراب الفحل﴾ بأن يؤاجره لذلك .

واعلم أن النصوص[2] والفتاوى وان أطلقت المنع عن الامور المزبورة ونحوها تحريماً وكراهة ، الا أنه ينبغي تقييده بعدم احتياج الناس اليها ، والا فتجب عيناً أو كفاية .

﴿ولابأس بالختانة وخفض الجواري﴾ .

﴿ واما لتطرق الشبهة ﴾ المرغب الى تركها في النصوص[3] المستفيضة ﴿ككسب الصبيان﴾ المجهول أصله أومطلقا من حلال أوحرام، ومع العلم بالاول فلا كراهة ،وبالثاني فحرام بلاشبهة، ومحل الكراهة تكسب الولي به ،أو أخذه منه، أوالصبي بعد رفع الحجر عنه .

﴿و﴾ نحوه كسب ﴿من لايجتنب المحارم﴾ المتعلقة بالمال لا مطلقا .

﴿ومن المكروه﴾ أخذ ﴿الاجرة على تعليم القرآن ونسخه، وكسب القابلة مع الشرط ، ولا بأس به لو تجرد﴾ عنه وفاقاً للاكثر .

---

(١) لم أعثر عليه في كتب الحديث راجع جواهر الكلام ٢٢/١٣٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/٦٩و٧١و٧٥و٧٧ .

(٣) وسائل الشيعة ١٢/١١٨ ، ب ٣٣ .

وقيل : بتحريم الاولين ، اما مطلقا أو مع الشرط خاصة . وهما أحوط وان كان في تعينهما ضعف . نعم لا بأس باطلاق الكراهة فيهما ولو من غير شرط كما عليه جماعة ، مع احتمال انتفائها كذلك ، لظهور بعض المعتبرة[١] بورود المنع المتقية .

﴿ولا بأس بأجرة تعليم الحكم والاداب﴾ كالكتابة والحساب بلاخلاف فيه وفيه وسيلة الى الفرار عما يترتب على تعليم القرآن من الكراهة، فليتخذه المعلمون وسيلة للخروج عن الشبهة الناشئة عن القول بالحرمة، ان كان الاطفال من اهل القابلية لمعرفة ما في العبارة ، والا فعلى الحفظ والتأديب ونحوهما .

﴿وقد يكره الاكتساب بأشياء أخر تأتي﴾ ذكرها ﴿انشاء الله تعالى﴾ في تضاعيف الابحاث الاتية .

(مسائل ست : ـ)

﴿الاولى : لا﴾ يجوز أن ﴿يؤخذ ما ينثر في﴾ الاملاك و ﴿الاعراس الا مايعرف منه الاباحة﴾ فلاحرمة ولا كراهة، الا اذا كان في أخذه مهانة للنفس ومخالفة المروة فيكره، وعليه يحمل الصحيح: يكره أكل كل ما انتهب[٢]. أو على الحرمة ويخص بما اذا لم يعرف منه الاباحة .

﴿الثانية : لا بأس ببيع عظام الفيل، واتخاذ الامشاط﴾ ونحوها ﴿منها﴾ .

﴿الثالثة: يجوز أن يشتري من السلطان﴾ الجائر المخالف لا مطلقا على الاقوى ﴿ما يأخذه باسم المقاسمة﴾ والخراج ﴿واسم الزكاة من ثمرة وحبوب ونعم وان لم يكن مستحقاً له﴾ بشرط أن لا يزيد في الاخذ على ما لو كان الامام العادل

(١) وسائل الشيعة ١٢/١١٢، ب٢٩ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/١٢٢ ، ح٢ .

لاخذه ، وهو في الزكاة مقدر مضبوط ، وقدر في غيرها بما يتراضى عليه السلطان وملاك الارضين في ذلك الزمان ، فلو أخذ زيادة على ذلك حرم الزائد بعينه ان تميز ، والا الكل من باب المقدمة .

ولافرق في الجواز بين الشراء وغيره من سائر المعاوضات ، ولابين قبض الجائر أو وكيله لها وعدمه، حتى لو أحاله بها وقبل الثلاثة[1]، أو وكله في قبضها أو باعها وهي في يد المالك أو في ذمته جاز .

﴿الرابعة : لو دفع اليه﴾ أحد ﴿مالا ليصرفه فى المحاويج وكان منهم﴾ وبصفتهم ﴿فلايأخذ منه الا باذنه﴾ الصريح أو الفحوى مطلقا، وجدت القرائن على المنع أم لا ، اجماعاً في الاول كما على الجواز فى مقابله ، و ﴿على الاصح﴾ في الثاني عند المصنف وجماعة ، وهو أحوط وان كان الجواز أظهر ، وفاقاً للاكثر .

﴿ولو أعطى عياله﴾ وأقاربه ﴿جاز﴾ بلاخلاف ﴿ اذا كانوا بالصفة ﴾ والصحيح[2]، وليس فيه التقييد بعدم التفاضل، ولاريب فيه في نحو الزكاة الجائز فيه ذلك بلاخلاف . ويحتمل في غيره عملا بالاطلاق ، الا أن يكون هناك قرينة فتتبع .

ونحوه الكلام في الاخذ لنفسه حيث جوزناه، لولا النص والاجماع المحكي في كلام جماعة على عدم التفاضل ، مع امكان التأمل فيهما ، ولكن كان مراعاة التسوية بل عدم الاخذ بالكلية أحوط وأولى .

﴿ ولو عين له ﴾ المصارف دونه ، أو عين له شيئاً مخصوصاً ﴿لم﴾ يجز له أن ﴿يتجاوز﴾ عما عين له اجماعاً كما مضى .

---

(١) الجائر المحيل ، والمحال عليه ، والمحتال .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/٢٠٦، ح٢ .

﴿الخامسة : جوائز السلطان[١]﴾ وعطاياه وكذا مطلق الظلمة ﴿محرمة ان علمت بعينها﴾ أنها للغير ، فان قبضها حينئذ أعادها على المالك ان عرفه وأمكنه، ولايجوز الى غيره مهما أمكنه .

ولو أخذه الظالم منه قهراً ، ففي الضمان وعدمه قولان ، أحوطهما : نعم سيما مع القبض بعد العلم بكونها مضمونة .

﴿والا﴾ يعلم بعينها ﴿فهي حلال﴾ مطلقاً ، وان علم أن في ماله مظالم ، بلاخلاف فيه ولافي جواز المعاملة معه حينئذ ، للصحاح[٢] المستفيضة وغيرها ، ولكن الافضل التورع عنها بلاخلاف ، الا اذا علم خلوصها عن الحرام فلابأس بها . وكذا لو أخبر به أو أخرج منه الخمس .

واطلاق النص[٣] والفتوى يقتضي الحلية في صورتها مطلقاً، علم بأن للمجيز مالا حلالا أم لا بل اشتبه الحال ، الا أن المستفاد من بعض الاخبار[٤] الاشتراط بالاول ، وهو أحوط ، وان كان في تعينه نظر .

﴿السادسة : الولاية﴾ للقضاء والحكم بين الناس وغيره ﴿عن﴾ السلطان ﴿العادل جائزة ، وربما وجبت﴾ في بعض الصور .

﴿وعن الجائر محرمة الا مع الخوف﴾ والتقية على النفس ، أو المال ، أو العرض له ، أو للمؤمنين كلا أو بعضاً ، على وجه لاينبغي تحمله عادة بحسب حال المكره في الرفعة والضعة بالنسبة الى الاهانة ، فيجوز حينئذ بل وجبت .

﴿ نعم لو تيقن التخلص ﴾ به ﴿من المآثم والتمكن من الامر بالمعروف

---

(١) في المطبوع من المتن: الظالم .
(٢) وسائل الشيعة ١٢/١٥٦، ب٥١ .
(٣) وسائل الشيعة ١٢/١٥٦، ح٢ .
(٤) وسائل الشيعة ١٢/١٦٠، ح١٥ .

والنهي عن المنكر﴾ جازت ولو اختياراً اجماعاً، بل قال جماعة :﴿أستحبت﴾ بل قيل : وجبت ، وهو أحوط بل لعله أظهر .

﴿ولو أكره﴾ على الولاية وتنفيذ الاحكام﴿لامع ذلك﴾ التيقن والتخلص والتمكن ﴿أجاب﴾ الى الاطاعة وجوباً ﴿ دفعاً للضرر ، وينفذ أمره ﴾ ونهيه وجميع مايحكم به ﴿ولو كان محرماً﴾ اجماعاً ، متحرياً[1] به الاسهل فالاسهل، ومتدرجاً من الادنى الى الاعلى ،كمراتب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ولو انحصر في الاعلى جاز بل وجبت ﴿الا في قتل المسلم﴾ المحقون الدم فلايجوز اجماعاً .

وفي الحاق الجرح بالقتل قولان ، والاحوط الالحاق الا مع الخوف بتركه على النفس ، فينبغي القطع بالعدم .

وهل يشمل المسلم المخالف أم يختص المؤمن ؟ اشكال ، والاحتياط يقتضي المصير الى الاول ، اذا كان الخوف بترك القتل على نحو المال ، ولاسيما القليل منه خاصة . وأما اذا كان على النفس المؤمنة فاشكال ، ولايبعد المصير الى الثاني.

(الفصل الثاني)

(في البيع وآدابه)

﴿أما البيع ـ فهو الايجاب والقبول اللذان تنتقل بهما العين المملوكة من مالك الى غيره بعوض مقدر﴾ وربما عرف بنفس الانتقال ، والاول أشهر .

وكل منهما كسائر ماقيل في تعريفه لايخلو عن نقض، ولكن بعد وضوح المطلب الامر سهل .

---

(١) في «ن» متخيراً .

ولايكفي المعاطاة على الاظهر الاشهر، حتى أن في صريح الغنية[١] وظاهر المسالك والروضة[٢] الاجماع عليه. نعم يباح بها التصرف بلاخلاف، الامن بعضهم وقد رجع عنه.

ويجوز الرجوع فيهامع بقاء العين ولامع ذهابها، ويصدق بتلف العينين واحداهما وبعض كل واحدة منهما، ونقلها عن ملكه قطعاً، وبتغيرها كحطن الحنطة وصبغها وقصرها وتفصيلها وخياطتها، ونحو ذلك من التصرفات المغيرة للصفة مع بقاء الحقيقة على اشكال. أما لبس الثوب مع عدم تغيره، فلاأثر له جداً.

مايشترط في البيع:

﴿وله﴾ أي للبيع ﴿شروط﴾ بعضها يتعلق بالعقد، وبعضها بالمتعاقدين، وآخر بالعوضين.

﴿الاول: يشترط﴾ في الايجاب والقبول وقوعهما بلفظ الماضي، والترتيب بينهما بتقديم الاول على الثاني، على الاشهر الاقوى، ولايعتبر العربية على الاظهر وان كان أحوط.

ويشترط ﴿في المتعاقدين كمال العقل﴾ بالبلوغ والرشد ﴿والاختيار﴾ والقصد فلايجوز بيع المجنون ولو أدوارياً اذا كان حال جنونه، ولا المغمى عليه، ولا السكران ولا الصبي، ولا السفيه، ولا المكره بغير حق، ولا الغافل، ولا النائم، ولا الذاهل، ولا الهاذل، بلاخلاف أجده الافي الصبي، فقيل فيه: بالجواز اذا بلغ عشراً، والاول أشهر وأظهر، الافيما جرت العادة ببيعهم له، فلابأس به.

ولافرق في المنع عن بيع هؤلاء، بين كونه لهم أولغيرهم، أذن لهم الولي

---

(١) الغنية ص٥٢٤.

(٢) الروضة ٣/٢٢٢.

أملا، أجازه بعد الكمال أملا عدا السفيه، فانما يمنع عن البيع لنفسه دون غيره ، والمكره فيصح بيعه ولو لنفسه بعد الاجازة .

﴿وأن يكون[1]﴾ كل منهما ﴿مالكاً﴾ للعوضين ﴿أوولياً﴾ شرعياً لهما مع صغرهما أو جنونهما الاصلي أوالطاري، وهو ﴿كالاب والجد له﴾ وان علي، دون الام وأبيها على الاشهر الاقوى .

﴿والحاكم﴾ الشرعي ﴿وأمينه﴾ المنصوب من قبله لذلك أومطلقا، ولكن ولايتهما بعد فقد الابوين .

﴿والوصي﴾ لهما ،كما أن ولاية الوصي لاحدهما بعد فقد الاخر .

﴿أووكيلا﴾ عن المالك، أوعن من له الولاية عنه حيث يجوز له التوكيل.

ولاخلاف في ثبوت الولاية لهؤلاء، وفي ثبوتهما للعدول من المؤمنين مع فقدهم خلاف ، والاشهر الاظهر ثبوتها .

واعلم أن الشرائط المتقدمة عدا الملكية وعدم الكراهة شرط الصحة ، بلا خلاف فيه ولافي كون الملكية ومافي معناها ـ من الولاية والوكالة ـ شرطا اللزوم وانما اختلفوا في كونهما شرط الصحة أيضاً أملا ، واليه أشار بقوله :

﴿ولو باع الفضولي﴾ أي من لايملك ملك غيره بغير اذن شرعي ﴿ف﴾ في صحته ﴿قولان، أشبههما﴾ وأشهرهما بين المتأخرين، بل مطلقا كما في كلام جماعة بل قيل : كادأن يكون اجماعاً الصحة و﴿وقوفه على الاجازة﴾ من المالك ومن في حكمه، فان حصلت والا انفسخت .

وهل الاجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه أم ناقلة من حين وقوعها؟ قولان ، أشهرهما وأظهرهما : الاول .

وتظهر الفائدة في النماء المتخلل بينهما وبين العقد الحاصل من المبيع ، فهو

---

(١) فى المطبوع من المتن : وأن يكون البائع.

للمشتري على الاول، كما أن نماء الثمن المعين للبائع، وهما للمالك المجيز على الثاني .

ولو لم يجز المالك، رجع في عين ماله ونمائه مطلقا، وعوض منافعها المستوفات وغيرها، وقيمة التالف من ذلك أو مثله على المشتري، ويرجع هو بذلك كله على البائع، اذا لم يحصل له نفع في مقابله، ومع حصوله اشكال .

كل ذا اذا لم يكن عالماً أنه لغير البائع ، أو ادعى البائع الاذن، والا لم يرجع بما اغترم .

وهل يرجع بالثمن ؟ المشهور لا مطلقا، وقيده شيخنا الشهيد الثاني بما اذا تلف، قال: أما مع بقائه فله الرجوع ، لانه ماله وهو مسلط عليه بمقتضى النص[1] ولو لم يحصل منه ما يوجب النقل عن ملكه، لانه انما دفعه عوضاً عن شيء لم يسلم له لامجاناً، بل يحتمل الرجوع مطلقا، وفاقاً للمحقق في بعض فتاويه، لتحريم تصرف البائع فيه ، لانه أكل مال بالباطل فيكون مضموناً عليه . ولولا ادعاء العلامة في التذكرة الاجماع على عدم جواز الرجوع مع تلف العين لكان في غاية القوة ، وهو حسن .

﴿ولو باع مالا يملكه مالك﴾ في العرف والعادة ﴿كالحر وفضلات الانسان﴾ من شعره ووسخه ﴿والخنافس﴾ والبق والبرغوث والقمل ﴿والديدان﴾ المتعارفة ﴿لم ينعقد﴾ البيع ، وان لوحظ بعض المنافع الموصوفة له في مواضعها .

﴿ ولو جمع بين ما يملك ﴾ بصيغة المبني للفاعل ﴿وما لا يملك﴾ بها ﴿في عقد واحد، كعبده وعبد غيره ، صح﴾ البيع ولزم ﴿في عبده﴾ خاصة بلا خلاف ﴿ووقف﴾ في ﴿الاخر على الاجازة﴾ على المختار في الفضولي ، ويفسد على غيره .

---

(١) وهو قوله عليه السلام : الناس مسلطون على أموالهم.

ثم انه ان أجاز صح البيع ولاخيار ، وان رد تخير المشتري مع جهله بالحال بين الفسخ والامضاء .

فان فسخ رجع كل مال الى مالكه ، وان أمضى صح في المملوك للبائع بحصة من الثمن. ويعلم مقدارها بتقويمها جميعاً، ثم تقويم أحدهما منفرداً، ثم نسبة قيمته الى قيمة المجموع ، فيخصه من الثمن بمثل تلك النسبة .

وانما يعتبر قيمتها مجتمعين اذا لم يكن لاجتماعهما مدخل في زيادة قيمة كل واحدة . أما لو استلزم ذلك ـ كمصراعي باب ـ لم يقوما مجتمعين بل منفردين بلا اشكال مع علم المشتري بالحال ، ويشكل مع جهله بها ، والاحتياط لايترك على حال .

﴿أما لو باع العبد والحر، أو الشاة والخنزير﴾ والخمر ﴿صح﴾ البيع ﴿فيما يملك وبطل في الاخر﴾ ويثبت الخيار للمشتري مع الجهل .

﴿ويقومان﴾ جميعاً ﴿ثم يقوم أحدهما﴾ منفرداً عن الاخر ، ثم ينسب قيمته الى قيمة المجموع ﴿ويسقط من الثمن﴾ بقدر ﴿ما قابل الفاسد﴾ بتلك النسبة .

وطريق التقويم في المملوك ظاهر ، وفي غيره فالحر يقوم لو كان عبداً على ماعليه من الصفات والكيفيات، والخمر والخنزير يقومان بقيمتهما عند مستحليهما اما باخبار جماعة منهم كثيرة يؤمن من اجتماعهم على الكذب ويحصل من قولهم العلم أو الظن المتآخم له ، أو باخبار عدلين من المسلمين يطلعان على حاله عندهم لامنهم مطلقا .

اشتراط تعيين العوضين :

﴿الثاني: ﴾ تعيين العوضين بماقرر لتعيينهما عادة، بحيث ترتفع الجهالة

منهما من ﴿الكيل أو الوزن أو العدد﴾ أو الذرع أوالمشاهدة .

﴿فلوباع مايكال﴾ عادة ﴿أو يوزن أويعد﴾ أويذرع أويشاهد ﴿لاكذلك بطل﴾ للغرر. والمعتبر صاع البلد ومكياله المشهور، فلايجوز بالنادر. ويجوز الاعتماد في الكيل والوزن على اخبار البائع .

﴿ولو تعذر[١] الوزن﴾ فيمايوزن ﴿والعد﴾ فيمايعد ﴿اعتبرمكيال واحد﴾ أولاوأخذ الباقي بعد ذلك ﴿بحسابه﴾ بلاخلاف في الجواز .

وانما اختلفوا في اشتراطه بالتعذر، كما في المتن وكثير، تبعاًلمورد النص[٢] أوالتعسر كماقيل، جمعاً بينه وبين عموم مادل على نفيه ،أوعدم الاشتراط بشيء منهما كماعليه شيخنا الشهيد الثاني وغيره، لزوال الغرر وحصول العلم واغتفار التفاوت والمخبرين[٣]، والاحوط الاول ، والثاني لايخلو عن وجه .

ثم ان المحكي عن الاصحاب اعتبار الكيل والوزن فيمايبع بهمافي زمان الشرع مطلقاً ، وان لم يبع الان كذلك، واثباته من النص مشكل، الا أن الامر فيه هين بناءاً على عدم معلومية مثله في زمانه لنا الان، الا في نحو الطعام والزيت والجص وأمثالها مما تباع الان كذلك،وان غير الكيل بالوزن في بعض وعكس في آخر ولا بأس في المشهور لاضبطية الوزن ويحتاط في العكس ، وان ألحقه جماعة بالاول ، للخبر[٤] وفيه ضعف سنداً ودلالة ، مع أن في السرائر[٥] نفى الخلاف عن عدم جوازه .

﴿و﴾ يتفرع على الشرط أنه ﴿لا يكفي مشاهدة الصبرة﴾ المجهولة ﴿ولا

---

(١) في المطبوع من المتن : تعسر .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/٢٥٨ ، ب٧ .

(٣) وسائل الشيعة ١٢/٢٥٥ ، ح١ و ٢ .

(٤) وسائل الشيعة ١٣/٦٣ ، ح١ .

(٥) السرائر ص٢١٤ .

المكيال المجهول ﴾ كقصعة حاضرة وان تراضيا عليه ، ولا الوزن المجهول كالاعتماد على صخرة معينة وان عرفا قدره تخميناً أو كالاه أو وزناه بعد ذلك. ولا العد المجهول ، بأن عولا على ملىء اليد ، أو آلة يجهل ما تشتمل عليه ، ثم اعتبر العد به .

﴿ ويجوز ابتياع جزء مشاع ﴾ معلوم ﴿ بالنسبة ﴾ كالنصف والثلث ﴿ من معلوم ﴾ بالكيل أو الوزن مطلقا ﴿ وان اختلفت أجزاؤه ﴾ كالجواهر والحيوان بلاخلاف، فيجوز بيع نصف الصبرة المعلومة المقدار والوصف، والشاة المعلومة بالمشاهدة أو الوصف .

واعلم أن أقسام بيع الصبرة عشرة ، ذكر الماتن منها بعضاً منطوقاً وبعضها مفهوماً .

وجملتها : أنها اما أن تكون معلومة المقدار ، أو مجهولته ، فان كانت معلومة صح بيعها أجمع، وبيع جزء منها معلوم مشاع، وبيع مقدار معين علم اشتمالها عليه كقفيز وبيعها كل قفيز بكذا ، لا بيع كل قفيز منها بكذا .

والمجهولة يبطل بيعها في الاقسام الخمسة، الافي الثالث بشرط العلم باشتمالها على المقدار كما عن الاكثر، أومطلقا على قول من يجبر نقص المبيع فيه، اذا تحقق بالخيار بين أخذ الموجود منها بحصة من الثمن وبين الفسخ .

ولا خلاف فيما عداه ، الا ما يحكى عن الشيخ من الحكم بالصحة في القسم الرابع، ولو كان الصبرة مجهولة، وهوضعيف كاحتمال الفاضل فيها الصحة في القفيز الواحد لا الجميع .

وهل ينزل القدر المعلوم على الاشاعة، أويكون المبيع ذلك المقدار في الجملة؟ وجهان ، أجودهما : الثاني عند جماعة ، ويعضده رواية[1] صحيحة .

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/٢٧٢ ، ب١٩ .

وتظهر الفائدة فيما لو تلف بعضها، فعلى الأول يتلف من المبيع بالنسبة، وعلى الثاني يبقى المبيع ما بقي قدره .

ما يشترط في بيع العين الحاضرة :

﴿الثالث : لاتباع العين الحاضرة الا مع المشاهدة﴾ لها ﴿أو الوصف﴾ الرافع للجهالة ، ويكون في كل شيء بحسب مايراد في المعاملة به في العادة ، بحيث تكون المعاملة بدونه غرراً ومجازفة .

ففي نحو الفرس بنحو الصغر والكبر دون مقدار اللحم ، وفي نحو الغنم المطلوب من شرائه مقداره به، وفي نحو الفيل المطلوب طوله وعرضه كما قيل بهما وفي الثوب المطلوب به أوصافه التي تتفاوت القيمة بتفاوتها بها وهكذا .

﴿ولو كان المراد﴾ ببيعها ﴿طعمها﴾ كالدبس مثلا ﴿أو ريحها﴾ كالمشك والعنبر ونحوهما ﴿فلابد من اختبارها﴾ بهما أو الوصف ، هذا ﴿اذا لم يفسد﴾ المبيع ﴿به﴾ بالاختبار ، والا فيجوز بيعه من دونه ، كما يأتي .

﴿ولو بيع﴾ مثلهما ﴿ولما يختبر﴾ بالامرين ولم يوصف بهما، أو وصف وصفاً لم تزل معه الجهالة ، بناءاً على أصالة الصحة من الافة فيما هي الاصل فيه ﴿فـ﴾ في الجواز وعدمه ﴿قولان﴾ ولكن ﴿أشبههما﴾ وأشهرهما ﴿الجواز﴾ مع العلم به من غير هذه الجهة ، كاللون والقوام ونحوهما مما يختلف باختلافه القيمة ﴿وله الخيار لو خرج معيباً﴾ بين الرد والارش ان لم يحدث فيه حدثاً زائداً على اختباره .

﴿ويتعين الارش بعد الاحداث فيه﴾ الزائد، كما في غيره من أنواع البيوع، وان كان المشتري المحدث أعمى على الاقوى، والقول الثاني بالعدم ، الا بالاختبار أو الوصف لجماعة من القدماء ، وهو أحوط وأولى .

﴿ولو أدى اختباره الى افساده كالجوز والبطيخ﴾ وشبههما ﴿جاز شراؤه﴾ بدونه، بعد تعيينه بوجه آخر كما مضى ، بل الجواز هنا أولى ، واذا لم يختلفوا فيه هنا ، وان اختلفوا في اطلاقه أو تقييده ، بشرط الصحة أو مع البراءة من الافة أو أحدهما على أقوال ، أشهرها وأظهرها أولها، بل قيل : مراد المشترطين جواز البيع بالشرطين لا اشتراطهما ، فلا خلاف في المعنى.

﴿ويثبت﴾ مع الصحة ﴿الارش لو خرج معيباً لا الرد﴾ لمكان التصرف ﴿ويرجع بالثمن﴾ كله ﴿اولم يكن لمكسوره قيمة﴾ تبذل له عادة ، كالجوز الفارغ والبيض الفاسد مطلقاً، ولو اشترط البائع البراءة من العيب على الاقوى، والاظهر الاشهر انفساخ العقد من أصله .

﴿ وكذا يجوز بيع المسك في فأره ﴾ ونافجته[1]، وهي الجلدة المشتملة عليه ﴿وان لم تفتق﴾ فتختبر ، بشرط العلم بمقداره ونحوه مما يعتبر في شرائه ويتفاوت قيمته باختلافه ، ولكن فتقه بأن يدخل فيه خيط بابرة ثم يخرج ويشم أحوط .

﴿ ولايجوز بيع سمك الاجام ﴾ من دون ضميمة ، اذا لم يكن محصوراً مشاهداً ﴿لجهالته﴾ ولو بعضاً، بلا خلاف فيه ولافي الجواز، كما قيل مع الحصر والمشاهدة ، لانتفاء الجهالة . والحكم بالمنع مطلق ﴿وان ضم اليه القصب﴾ ونحوه ﴿على الاصح﴾ الاشهر .

﴿وكذلك اللبن في الضرع﴾ بفتح الضاد أي الثدي، لم يجز بيعه ﴿ولو ضم اليه مايحتلب منه﴾ على الاشهر ، خلافاً للنهاية[2] وجماعة فالجواز فيهما ،

---

(١) النافجة: وعاء المسك، الجلدة التي يجتمع فيها المسك، وهي سرة غزال المسك.

(٢) النهاية ص ٤٠٠ .

وعليه الاجماع في الغنية[١]، وله شواهد من المعتبرة[٢]، فلايخلوعن قوة ، ولكن المنع أحوط، هذا اذا لم تكن الضميمة مقصودة بالذات في المعاملة ، والا فيجوز قطعاً ،كما صرح به جماعة .

﴿وكذا﴾ القول في كل مجهول ضم الى معلوم ، كـ ﴿أصواف الغنم﴾ على ظهورها اذا بيعت ﴿مع مافي بطونها﴾ خاصة، دونها انقلنا بمعلومية الاصواف والا فلايجوز مطلقا ولوكانت الضميمة مقصودة ، لمجهوليتهما على هذا التقدير قطعاً، خلافاً للشيخ وجماعة فجوزوا بيعها لرواية[٣] ضعيفة .

﴿وكذا﴾ لايجوز بيع ﴿كل واحد منهما﴾ أي من الاصواف ومافي البطون ﴿منفرداً﴾ عن الاخر عند جماعة، والاظهر الاشهر الجواز في الاصواف مع المشاهدة، لاندفاع الغرر بها والجهالة، وان هي الاكالثمرة على الشجرة ليست بمكيلة ولاموزونة .

والمشهور اشتراط الجز أوكونها مستجزة بالغة أوانه، وهو أحوط وان كان في تعينه نظر .

ولو شرط تأخيرها عن وقت البيع مدة معلومة وتبعية المتجدد لها في البيع ،بنى على القاعدة ، فان كان المقصود بالذات هوالموجود صح والا فلا .

﴿وكذا﴾ لايجوز بيع ﴿مايلقح الفحل﴾ وهو ماتحمله الناقة منفرداً اجماعاً .

﴿وكذا﴾ بيع ﴿مايضرب الصياد بشبكته﴾ منفرداً للجهالة . وكذا منضماً فيهما، الاأن تكون الضميمة مقصودة بالاصالة .

---

(١) الغنية ص٥٢٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٢/٢٥٩، ح٢ .

(٣) وسائل الشيعة ١٢/٢٦١، ح١ .

اشتراط تعيين الثمن :

﴿الرابع: تقدير الثمن﴾ وتعيينه ﴿و﴾تعيين ﴿جنسه﴾ ووصفه .

﴿فلو اشتراه بحكم أحدهما﴾ أوأجنبي ﴿فالبيع باطل﴾ بلاخلاف .

وكذا لواشتراه بثمن مجهول القدر وان شوهد ، أو الصفة كمائة درهم وان كانت مشاهدة لايعلم وصفها مع تعدد النقد الموجود، أوالجنس وان علم قدره، لتحقق الجهالة في الجميع، فيكون الشراء فاسداً وان اتصل به القبض . وليس كالمعاطاة، لان شرطها اجتماع شرائط البيع، سوى العقد الخاص بلاخلاف .

﴿و﴾حيث بطل البيع ﴿يضمن المشتري تلف المبيع مع قبضه ونقصانه﴾ بفتح النون الثانية عطف على تلفه، أي يضمن نقصانه . عيناً أومنفعة، بالمثل ان كان مثلياً، والا فبالقيمة يوم التلف على الاشهر، وقيل: يوم القبض. وقيل: الاعلى منه اليه، وهوأحوط، سيمااذا كانت التفاوت بسبب نقص في العين أوزيادة، بل هو فيه متعين .

﴿وكذا﴾ الكلام ﴿في كل بيع فاسد﴾ فيضمن القابض التلف والنقصان وألحق به في المشهور المأخوذ بالسوم، وفيه اشكال والاحتياط واضح .

﴿و﴾يجب على البائع أن ﴿يرد عليه﴾ أي على المشتري ﴿مازاد﴾ في المبيع ﴿بفعله﴾ مطلقا منفعة كانت الزيادة ﴿كتعليم الصنعة﴾ أوعيناً ﴿و﴾هي المشار اليها بـ ﴿الصبغ على الاشبه﴾ الاشهر .

وفيه قولان آخران بعدم وجوب الرد مطلقا، أوفي المنفعة خاصة. أما العين فيجب ردها مع امكان الفصل ، والا كان شريكاً بالنسبة من القيمة .

ولايخلو عن وجه وان كان الاول أحوط، بل وأظهر ان جهل القابض بالفساد والا فهو حينئذ كالغاصب الذي ليس له الرجوع الى المنفعة بالاجماع ، كمافي

المهذب .

﴿ واذا أطلق النقد انصرف الى نقد البلد ﴾ فلايجب التعيين في اللفظ ، وذلك واضح مع الوحدة. وأما مع التعدد فلابد من التعيين، الا أن يكون هناك فرد غالب ينصرف اليه الاطلاق فكالواحد .

هذا اذا اختلفت الافراد بحسب القيمة، وان اختلف بحسب الرغبة خاصة، فالتعيين أيضاً أحوط وانكان في تعينه نظر .

﴿وان عين نقداً﴾ في متن العقد ﴿لزم﴾ كائناً ماكان .

﴿ ولو اختلفا في قدر الثمن ﴾ فادعى البائع الاكثر والمشتري الاقل ﴿فالقول قول البائع مع يمينه، انكان المبيع قائماً ﴾ بعينه ﴿ وقول المشتري مع يمينه انكان تالفاً﴾ على الاظهر الاشهر، وفي الخلاف[1] وظاهر الغنية[2] وغيره الاجماع ، وفي المسألة أقوال أخر .

وعلى المختار لوكانت العين قائمة بعينها ، لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالا لازماً ، ففي تنزيله منزلة التلف وعدمه قولان، أجودهما: الاول . ولوتلف بعضه، فالظاهر تنزيله منزلة الجميع، فالقول فيه وفي سابقه قول المشتري. وكذا لو امتزج بغيره امتزاجاً لايمكن تخليصه .

﴿و﴾ يجوز أن ﴿يوضع﴾ ويسقط ﴿لظروف السمن والزيت﴾ ونحوهما بعد بيعهما وهما فيها ووزنهما معها ﴿ماكان﴾ وضعه لها ﴿معتاداً﴾ سواء كان ماجرت به العادة زائداً عن وزن الظروف أم ناقصاً ﴿لازائداً﴾ عن المعتاد، فانه لايجوز الا مع التراضي، كمالولم تطرد العادة .

اشتراط القدرة على العوضين :

﴿الخامس: القدرة على تسليمه﴾ أي العوض من الثمن أوالمثمن .

---

(١) الخلاف ١/ ٥٧٠ ، مسألة ٢٣٦ .

(٢) الغنية ص٥٢٧ .

﴿فلو باع الابق﴾ المتعذر تسليمه ﴿منفرداً لم يصح﴾ اجماعاً، الا اذا قدر المشتري على تحصيله دون البائع فيصح، وفاقاً لجماعة، خلافاً للشيخ ومن تبعه فأطلقوا المنع، ومراعاته أحوط. وعلى المختار لو باع مع الضميمة، لم يلحقها أحكامها الاتية .

﴿ويصح﴾ بيعه ﴿لو ضم اليه شيء﴾ يصح بيعه منفرداً، سواء كان مقصوداً بالذات أم لا .

فان وجده المشتري وقدر على اثبات يده عليه، والاكان الثمن بازاء الضميمة سواء كان عدم القدرة للتلف أوغيره ، ولا خيار له بذلك مع علمه باباقه ، أما لو جهل جاز الفسخ .

ويشترط في بيعه مايشترط في غيره من الشروط، سوى القدرة على تسليمه.

ولايلحق به غيره ممافي معناه، كالبعير الشارد والفرس الغابر [1] ، على الاشهر الاقوى، بل المملوك المتعذر تسليمه بغير الاباق أيضاً، فلايجوز بيعه منفرداً ولا منضماً، الا أن تكون الضميمة مقصودة بالذات، وكذلك المجحود والضال على الاقوى .

مايستحب في التجارة :

﴿وأما الاداب: فالمستحب التفقه﴾ ولو بالتقليد للعارف الفقيه فيمايتولاه بنفسه، ليعرف صحيح العقد من فاسده، ويسلم من الربا وغايلته .

﴿ والتسوية بين المبتاعين ﴾ بتقديم الباء الموحدة من تحت على التاء المثناة من فوق، جمع مبتاع، في الانصاف وحسن المعاملة، فلايفرق بين المماكس وغيره، ولا بين الوضيع والشريف . نعم لو فاوت بينهم بسبب فضيلة وديانة فلا

(١) غبر غبوراً الغابر : الماضي .

بأس، كماذكره جماعة .

﴿والافالة﴾ وفسخ المعاملة ﴿لمن استقال﴾ وطلبها اذا كان مؤمناً، مشترياً كان أو بائعاً .

﴿والشهادتان﴾ بالتوحيد والرسالة .

﴿ والتكبير عند الابتياع ﴾ قائلا بعدهما : « اللهم اني اشتريته التمس فيه من فضلك فاجعل لي فيه فضلا ، اللهم اني اشتريته التمس فيه من رزقك فاجعل لي فيه رزقاً » كمافي الصحيحين، وفيهما: ثم أعد كل واحد ثلاث مرات[1] .

وظاهر الدعاء اختصاص استحبابه للشراء للتجارة لا مطلقا ، ومع ذلك استحباب التكبير بهذه الكيفية لامطلقا، والحاق الشهادتين به والحكم باستحبابهما من دونها، كمافي العبارة وغيرها، لم أقف لهما من الاثر على خبر، ولعلهما للمبينة والبركة ولا بأس به .

﴿وأن يأخذ ناقصاً ويعطي راجحاً﴾ نقصاناً ورجحاناً لايؤدي الى الجهالة بأن يزيد كثيراً بحيث يجهل مقداره تقريباً. ولو تنازعا في تحصيل الفضيلة، قيل: قدم من بيده الميزان والمكيال .

مايكره في التجارة :

﴿والمكروه : مدح البائع﴾ سلعته ﴿وذم المشتري﴾ له .

﴿والحلف﴾ على البيع والشراء اذا كان صادقاً، والا فعليه لعنة الله تعالى.

﴿والبيع في موضع يستر فيه العيب﴾ من غير قصد اليه ، والا فيحرم .

﴿و﴾ التماس ﴿الربح على المؤمن الا مع الضرورة﴾ فيأخذ نفقة يوم له وليلة موزعة على المعاملين معه في ذلك اليوم مع انضباطهم، والا ترك الربح على

(١) وسائل الشيعة ١٢/ ٣٠٤، ح١

المعامل بعد تحصيل قوت يومه . كل ذلك مع شرائهم للقوت ، أما التجارة فلا كراهة مع الرفق، كمافي رواية[١] .

﴿وعلى من يعده بالاحسان﴾ كأن يقول : هلم أحسن اليك، فيجعل احسانه الموعود به ترك الربح عليه .

﴿والسوم﴾ وهو الاشتغال بالتجارة ﴿ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس، ودخول السوق أولا﴾ والخروج آخراً، بل يبادر الى قضاء حاجته منه ويخرج سريعاً، ولافرق في ذلك بين التاجر وغيره ، ولا بين أهل السوق عادة وغيرهم .

﴿ومبايعة الادنين﴾ والسفلة، قيل: وهم الذين يحاسبون على الشيء الدون، أو من لايسره الاحسان ولايسوءه الاساءة، أومن لايبالي بماقال ولاماقيل له. وفي الفقيه[٢] نسب التفاسير الثلاثة الى الاخبار ، لكن في تفسير السفلة .

﴿وذوي العاهات﴾ والنقص في الابدان، كالجنون والبرص والعمى والعرج والجذام ﴿والاكراد﴾ وهم معروفون .

﴿والتعرض لـ﴾ مباشرة ﴿الكيل أوالوزن اذالم يحسن﴾ شيئاً منهما .

﴿والاستحطاط﴾ أي طلب الوضيعة من الثمن ﴿بعد الصفقة﴾ ولزوم المعاملة .

﴿والزيادة﴾ في السلعة ﴿وقت النداء﴾ عليها من الدلال ، بل يصبر حتى يسكت ثم يزيد .

﴿ودخوله في سوم أخيه﴾ المؤمن بيعاً أوشراءاً، بأن يطلب ابتياع الذي يريد أن يشتريه ويبذل زيادة عنه، ليقدمه البائع أويبذل للمشتري متاعاً غير ما اتفق عليه هو والبائع . وقيل: بالمنع عنه . وهو أحوط .

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/٢٩٣، ب١٠ .

(٢) من لايحضره الفقيه ٣/١٠٠ .

وانما يكره أو يحرم بعد التراضي أو ما يقرب منه، فلو ظهر منه ما يدل على عدمه فلا منع أصلا . ولو كان السوم بين اثنين، سواء دخل أحدهما على النهي أم لا ، بأن ابتدأ فيه معاً قبل محل النهي، لم يجعل نفسه بدلا عن أحدهما .

ولا كراهة فيما يكون في الدلالة، لانها عرفاً موضوعة لطلب الزيادة مادام الدلال يطلبها، فاذا حصل الاتفاق بينه وبين الغريم، تعلقت الكراهة وان كان بيد الدلال.

ولا كراهة في طلب المشتري من بعض الطالبين الترك ، الا أن يستلزم لجبر الوجه فيكره ، مع احتمال العدم .

ولا كراهة في ترك الملتمس منه قطعاً ، بل ربما يستحب، لان فيه قضاء حاجة لاخيه .

﴿وأن يتوكل﴾ في بيع المال ﴿الحاضر للبادي﴾ وهو الغريب الجالب للبلد وان كان قروياً، ولا يحرم وفاقاً للاكثر .

﴿وقيل: يحرم﴾ والقائل الشيخ في المبسوط[1] والخلاف[2] والحلي وابن حمزة ، وهو أحوط .

ويشترط في المنع مطلقا علم الحضري بالنهي كما في كل تكليف، وجهل الغريب بسعر البلد ، فلو علم بسعر البلد لم يكره، كما يشعر به بعض النصوص[3]، ولا دليل على اشتراط غير ذلك .

قيل : ولا بأس بشراء البادي له . ولا بأس به ، وان كانت الكراهة فيه أيضاً محتملة .

﴿وتلقي الركبان﴾ القاصدين الى بلد البيع، والخروج اليهم للبيع عليهم

---

(١) المبسوط ٢/١٦٠ .

(٢) الخلاف ١/٥٨١ ، مسألة ٢٨١ .

(٣) وسائل الشيعة ١٢/٣٢٧ ، ب٣٧ .

والشراء منهم .

وقيل : بتحريمه ، وفي الخلاف[١] الاجماع عليه، وهو أظهر خلافاً للاكثر.

﴿وحده أربعة فراسخ فمادون﴾ أمامازاد فانه تجارة .

ويشترط في المنع مطلقا: القصد الى الخروج ، وجهل الركب القادم بالمتاع بسعر البلد . فلوصادف الركب في خروجه لغرض آخر، لم يكن به بأس. وكذا لوخرج قاصداً مع الندامة والرجوع عما قصده . وكذا لوعلم الركب بالسعر لم يكره .

ويستفاد من بعض الاخبار [٢] انتفاء الكراهة بعد وصوله الى حدود البلد ، ولابأس به وان كانت الكراهة هنا محتملة أيضاً .

ولوباع في محل المنع ، صح على الاصح . وقيل : لا ، وهو أحوط .

﴿و﴾ على الصحة ﴿يثبت الخيار﴾ للركب ﴿ان ثبت الغبن﴾ الفاحش، على الاظهر الاشهر .

وهل هو على التراخي أم الفور ؟ مقتضى الاصل الاول، خلافاً للاكثر فالثاني وهو أحوط .

﴿والزيادة على السلعة مواطأة للبائع﴾ يعني: لايقدم على شيء لايريده بما فوق ثمنه ترغيباً للمشتري، والاصح تحريمه، وفاقاً للاكثر ، وعن جماعة الاجماع عليه .

﴿وهو﴾ المسمى بـ ﴿النجش﴾ بالنون والجيم والشين المعجمة[٣]، ولا يبطل به البيع ، وان تخير المشتري مع الغبن الفاحش، وفاقاً للاكثر في الاول

---

(١) الخلاف ١/ ٥٨١ ، مسألة ٢٨٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/ ٣٢٦ .

(٣) في « ن » : المعجمات .

وفي الخلاف نفى الخلاف عنه ، ولجماعة في الثاني .

﴿والاحتكار ، وهو حبس﴾ الطعام كما عن الجوهري، أو مطلق ﴿الاقوات﴾ يتبرص به الغلاء ، للنهي عنه في الصحيح[1] وغيره .

﴿وقيل: يحرم﴾ والقائل الصدوق والقاضي والحلي والحلبي في أحد قوليه وجماعة من المتأخرين ، ولايخلو عن قوة ، خلافاً للشيخين والفاضل فاختاروا الكراهة .

﴿وانما يكون﴾ الاحتكار ﴿في﴾ خمسة: ﴿الحنطة والشعير، والتمر والزبيب والسمن﴾ على الاشهر . وقيل : بزيادة الزيت ، ولايخلو عن قوة .

﴿وقيل:﴾ بثبوته ﴿في الملح﴾ أيضاً، والقائل الشيخ وابن حمزة، ولابأس به على القول بالكراهة .

﴿و﴾ انما ﴿تتحقق الكراهية اذا﴾ اشتراه و﴿استبقاه لزيادة الثمن﴾ مع فقده في البلد واحتياج الناس اليه ﴿ولم يوجد بائع﴾ ولاباذل مطلقا ﴿غيره﴾ فلولم يشتره، بل كان من غلته أواستبقاه لقوته ، أووجد في البلد غيره، أولم يحتج اليه الناس فلاكراهة . ويحتمل ثبوتها مع انتفاء الشرط الاول أيضاً ، ولاحد له غير احتياج الناس مع عدم باذل وفاقاً للاكثر .

﴿وقيل:﴾ له حد وهو ﴿أن يستبقيه في﴾ زمان ﴿الرخص أربعين يوماً ، وفي الغلاء ثلاثة﴾ أيام ، فلاحكرة قبل الزمانين ، والقائل الشيخ والقاضي .

﴿ويجبر المحتكر على البيع﴾ مع الحاجة اجماعاً ﴿وهل يسعر﴾ الحاكم ﴿عليه ؟ الاصح﴾ الاشهر ﴿لا﴾ مطلقا . نعم لو أجحف أمره بالنزول الى ما دونه .

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/٣١٢ ،ب٢٧ .

(الفصل الثالث)

(في الخيار)

﴿والنظر﴾ تارة ﴿في أقسامه ، و﴾ أخرى في ﴿أحكامه :﴾
﴿وأقسامه﴾ على مافي الكتاب ﴿سبعة :﴾

أقسام الخيارات :

﴿الاول : خيار المجلس﴾ أضافه الى المجلس مع كونه غير معتبر في ثبوته بالاجماع ، وانما المعتبر عدم التفرق بالابدان، اماتجوزاً في اطلاق بعض أفراد الحقيقة ، أولانه حقيقة عرفية .

﴿وهو ثابت﴾ بعد العقد ﴿للمتبايعين﴾ أي طرفيه مطلقا، كان العقد لهما أولغيرهما، أوعلى التفريق على بعض الوجوه في الاخيرين ﴿في كل بيع﴾ ما ﴿لم يشترطافيه﴾ أي في العقد ﴿سقوطه﴾ .

فيسقط به، وباسقاطه بعد العقدوقبله اذا وقع عليه العقد، لامطلقا على الاقوى، وبالتصرف مطلقا في ظاهر الاصحاب، فان تم اجماعاً، والافقيه اشكال حيث يكون تصرف كل في ماله ، الاأن يدل على الفسخ .

وجملة ماذكر من المسقطان ثلاثة ، ومع عدم شيء منها يثبت الخيار ﴿مالم يفترقا﴾ بأبدانهما، فلوافترقا أوأحدهما عن صاحبه ـ ولو بخطوة ـ لزم البيع .

وظاهر النص[1] والفتوى اعتبار المباشرة والاختيار في الافتراق ، فلو فرق بينهما أوافترقا كرهاً ، لم يسقط مع منعهما من التخائر. فاذا زال الاكراه ، فلهما الخيار في مجلس الزوال ، فلولم يمنعا من التخائر لزم العقد .

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/ ٣٤٨ ، ح٣ وغيره .

ولو التزما بالعقد قبل التفرق ، أو أحدهما بموجب الالتزام ، كائناً ماكان من الثلاثة ، سقط خيار الملتزم ، ولو كان أحدهما وبقي خيار الاخر .

ولو فسخ أحدهما وأجاز الاخر ، قدم الفاسخ وان تأخر فسخه عن الاجازة . وهذا الحكم عام في كل خيار مشترك .

ولو خيره فسكت ، بقي خيار الساكت اجماعاً ، وكذا المخير على الاشهر الاقوى .

﴿الثاني : خيار الحيوان﴾ حتى المملوك مطلقا .

﴿وهو ثلاثة أيام﴾ من حين العقد ﴿للمشتري خاصة﴾ دون البائع ﴿على الاصح﴾ الاشهر ، بل في الغنية[1] الاجماع عليه ، وعليه عامة من تأخر ، ولافرق بين أن يكون الثمن حيواناً أوغيره .

﴿ويسقط﴾ هذا الخيار ﴿لو شرط﴾ البائع ﴿سقوطه﴾ في العقد ﴿أو أسقطه المشتري بعد العقد ، أوتصرف فيه المشتري﴾ بعده ﴿سواء كان تصرفاً﴾ ناقلا ﴿لازماً كالبيع ، أوغير لازم كالوصية والهبة قبل القبض﴾ أوغير ناقل مما يسمى تصرفاً وحدثاً عرفاً ، كأن لامس الامة ، أونظر منها الى ماكان محرماً عليه قبل الشراء ، فيسقط به الخيار ، الا اذا قصد به الاختبار دون الالتزام ، فيبقى الخيار وفاقاً لبعض المحققين .

﴿الثالث : خيار الشرط﴾ الثابت به .

﴿وهو بحسب مايشترط﴾ لاحدهما ، أو لكل منهما ، أو لاجنبي عنهما ، أو عن أحدهما ، أو له مع أحدهما عنه وعن الاخر ، أو له معهما .

واشتراط الاجنبي تحكيم لاتوكيل عمن جعله عنه ، فلاخيار له معه .

وكما يجوز اشتراط الخيار له ، يجوز اشتراط مؤامرته والرجوع الى أمره

---

(١) الغنية ص٥٢٦ .

ويلزم العقد من جهة المبتاعين في المقامين، ويتوقف على خياره في الاول وأمره في الثاني . فان أمر بالفسخ ، جاز للمشروط له استثماره الفسخ ولايتعين عليه ، وليس كذلك لو أمر بالالتزام فانه ليس له الفسخ وان كان أصلح .

﴿ولا بد أن تكون مدته﴾ أي الخيار وكذا الاستثمار ﴿مضبوطة﴾ غير محتملة للزيادة والنقيصة، متصلة بالعقد كانت أو منفصلة. ويصير العقد على الثاني جائزاً بعد لزومه مع تأخره عن المجلس .

فلو شرطا خياراً وأطلقا من دون بيان مدة، بطل الشرط على الاشهر بين من تأخر ، خلافاً لكثير من القدماء فيصح ، ولكن الخيار الى ثلاثة أيام ، وفي الانتصار[١] والخلاف[٢] والغنية[٣] الاجماع عليه فهو أقوى، هذا اذا اشترطاه ولم يذكرا له مدة .

﴿و﴾ أما ﴿لو﴾ ذكرها مبهمة بحيث ﴿كانت محتملة﴾ للزيادة والنقيصة ﴿لم تجز﴾ قولا واحداً، وذلك ﴿كقدوم الغزاة وادراك الثمرات﴾ ونحو ذلك.

﴿ويجوز اشتراط مدة﴾ معينة ﴿يرد فيها البائع الثمن﴾ أو مثله ﴿ويرتجع المبيع﴾ وانما أفرده بالذكر مع دخوله في السابق لامتيازه عنه، باشتراط الفسخ فيه برد الثمن دونه .

﴿فلو انقضت﴾ المدة المشترطة ﴿ولما يرد الثمن لزم البيع﴾ .

﴿ولو تلف﴾ المبيع ﴿في المدة كان من المشتري﴾ دون البائع ﴿وكذا لو حصل له نماء﴾ وفائدة ﴿كان له﴾ دونه .

---

(١) الانتصار ص٢١١ .
(٢) الخلاف ٥١٢/١، مسألة ٢٥ .
(٣) الغنية ص٥٢٥ .

وظاهر النص[1] والعبارة انفساخ البيع برد الثمن خاصة ، ولو تجرد عن الفسخ قبله، خلافاً لظاهر الاصحاب كماقيل فاشترطوه، وهو أحوط .

وبسقط هذا الخيار بالاسقاط في المدة وبالتصرف كمايأتي .

﴿الرابع: خيار الغبن﴾ بسكون الباء ، وأصله الخديعة، والمراد به هنا البيع والشراء بغير القيمة .

﴿و﴾ اعلم أن ﴿مع ثبوته وقت العقد﴾ باعتراف الغابن أوالبينة ﴿بما لايتغابن﴾ بـه ولايتسامح ﴿فيه غالباً﴾ والمرجع فيه الى العادة ﴿و﴾ ثبوت ﴿جهالة المغبون﴾ بالغبن بأحد الامرين قطعاً ، وبقوله مع يمينه بشرط امكانها في حقه على احتمال قوي ﴿يثبت له﴾ أي للمغبون كائناً من كان ﴿الخيار بين الفسخ والامضاء﴾ .

وظاهر العبارة كصريح الجماعة أنه لأرش مع الامضاء، وعليه الاجماع في التذكرة .

وفي سقوط الخيار ببذل الغابن التفاوت قـولان ، أجودهما وأشهرهما : العدم .

والمشهور أنـه لايسقط هذا الخيار بالتصرف مطلقا ، سـواء كان المتصرف الغابن أم المغبون، وسواء أخرج به عن الملك كالبيع أملا، منع مانع من الرد كالاستيلاد أملا .

الا أن يكون المغبون المشتري وقد أخرجه عن ملكه، أوعرض له مانع من رده وان لم يخرج عن ملكه، فيسقط خياره، اذ لايمكنه حينئـذ رد العين المنتقلة اليه ليأخذ الثمن، خلافاً لجماعة فتنظروا في اطلاق الاستثناء .

قيل : للضرر على المشترى مع تصرفه فيه على وجه يمنع من رده ، لوقلنا

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/ ٣٥٤ ، ب٧ .

بسقوط خياره به مع الجهل بالغبن أوبالخيار، والضرر منفي بالخبر، بل هومستند هذا الخيار، اذ لانص فيه بخصوصه، وحينئذ فيمكن الفسخ مع تصرفه كذلك، والزامه بالقيمة ان كان قيمياً والمثل ان كان مثلياً، جمعاً بين الحقين، وكذا لو تلفت العين أواستولدت الامة كمايثبت ذلك لوكان المتصرف المشتري والمغبون البائع، فانه اذا فسخ فلم يجد العين، يرجع الى المثل أو القيمة.

واستوجه هذا الاحتمال شيخنا في الروضة، الاأنه قال: لكن لم أقف على قائل به. نعم لوعاد الى ملكه بفسخ أواقالة أوغيرهما أوموت الولد، جاز له الفسخ ان لم ينافي الفورية[1].

﴿الخامس: خيار التأخير﴾ أي تأخير اقباض الثمن والمثمن.

فـ ﴿من باع ولم يقبض الثمن ولاقبض﴾ بتشديد الباء ﴿المبيع ولااشترط التأخير﴾ فيهما، احترز به عن النسية والسلف ﴿فالبيع لازم﴾ للمتبايعين ليس لهما الخيار الى ﴿ثلاثة أيام﴾.

﴿ومع انقضاءها﴾ والحال هذه ﴿يثبت الخيار﴾ بين الفسخ والامضاء ﴿للبائع﴾ خاصة.

ولافرق في المبيع بالاضافة الى مدة الخيار بين الامة وغيرها في اطلاق النصوص[2] والفتاوى.

وقيل: الخيار فيها الى شهر للصحيح[3]. وهو في الجملة أحوط، وان كان الاول مطلقا أجود.

والمعتبر قبض الكل، فلاعبرة بالبعض وكونه باذن المالك، فلاأثر لمايقع

---

(١) الروضة ٣/٤٦٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٢/٣٥٦، ب٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٢/٣٥٧، ح٦.

بدونه ، كمالو ظهر الثمن مستحقاً كلا أوبعضاً .

ولايسقط هذا الخيار بمطالبة البائع الثمن بعدالثلاثة ، وان كان قرينة للرضا بالعقد، على اشكال مع القرينة. ولايسقط ببذل المشتري الثمن بعدها على الاقوى.

﴿فان تلف﴾ المبيع بعد ثبوت الخيار بانقضاء الثلاثة مع شروطه ، كان من البائع اجماعاً .

وقد اختلف فيما لوتلف في الثلاثة، فـ ﴿قال المفيد :﴾ وكثير ممن تبعه ﴿يتلف في الثلاثة من المشتري وبعدها من البائع﴾ وعليه الاجماع في الانتصار[١] والغنية[٢].

﴿والوجه تلفه من البائع في الحالين، لان التقدير أنه لم يقبض﴾ وقدقال ﷺ: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه[٣]. وعليه استقرر أي المتأخرين كافة ، بحيث كاد أن يكون اجماعاً ، كماصرح به في الخلاف . وفي المسألة قول آخر بالتفصيل ، ولاوجه له .

﴿ولواشترى مايفسد من يومه﴾ ولوبنقص الوصف وفوات الرغبة ، كما في الخضراوات واللحم والعنب وكثير من الفواكه ﴿ففي رواية[٤]﴾ مرسلة عمل بها الاصحاب كافة ، كما في المهذب مؤذناً بدعوى الاجماع كمافي صريح الغنية أنه ﴿ يلزم البيع الى الليل ، فان لم يأت ﴾ المشتري ﴿ بالثمن فلابيع له ﴾ ويثبت الخيار للبائع .

وفي نسبة الحكم الى الرواية اشعار بالتردد في المسألة، ولعله ليس لضعف السند أوالدلالة ، بل لان الظاهر أن هذا الخيار انما شرع لدفع الضرر .

---

(١) الانتصار ص٢١٠ .

(٢) الغنية ص٥٢٥ .

(٣) مستدرك الوسائل ٢/٤٧٣ .

(٤) وسائل الشيعة ١٢/٣٥٨ ، ح١ ب١١ .

واذا توقف ثبوته على دخول الليل مع كون الفساد يحصل من يومه ـ كما فرض في الخبر ـ لايندفع به الضرر ، وانما يندفع به قبل الفساد .

ولذا فرضه شيخنافي الدروس[١] خيار مايفسده المبيت، وهوحسن وان كان فيه خروج عن ظاهر النص، لتلافيه بخبر نفي الضرر[٢]، مع أن حمله عليه بارادة الليلة أيضاً من اليوم محتمل .

والاقرب تعديه الى كل مايتسارع اليه الفسادعند خوفه، ولايتقيد بالليل . فلو كان ممايفسد في يومين ، تأخر الخيار عن الليل الى حين خوفه .

وفي الحاق خوف فوات السوق بخوف الفسادوجهان، والاحوط بل الاظهر العدم .

وظاهر العبارة وصريح جماعة ـ كالغنية مدعياً الاجماع عليه ـ كون هذا الخيار من جملة أفراد خيار التأخير ، فيشترط فيه مايشترط فيه من الامور الثلاثة.

(السادس : خيار الرؤية)

﴿وهو﴾ انما ﴿يثبت في بيع الاعيان الحاضرة﴾ أي المشخصة الموجودة في الخارج اذاكان بالوصف ﴿من غير مشاهدة﴾ مع عدم المطابقة . وكذا لو بيعت برؤية قديمة ، لو ظهرت بخلاف مارآه ، الاأنه ليس من أفراد هذا القسم، بقرينة قوله :

﴿ولا يصح﴾ البيع في مثلها ﴿حتى يذكر الجنس والوصف﴾ الرافعين للجهالة ويشير الى معين، وذلك لان ماذكر من الشرط مقصور على مالم يرأصلا اذلايشترط وصف ماسبقت رؤيته .

ويتفرع على الشرط أنه لوانتفى بطل، ولو انتفت الاشارة كان البيع كلياً لا

---

(١) الدروس ص٣٦٢ .

(٢) وهو الخبر المتفق عليه بين الفريقين قوله عليه السلام : لاضرر ولاضرار .

يوجب الخيار لولم يطابق المدفوع بل عليه الابدال .

وحيث وقع البيع على المشار اليه الموصوف ﴿فان كان موافقاً﴾ للوصف من دون زيادة ونقيصة ﴿لزم﴾ البيع ﴿والا﴾ يوافق بأن نقص عنه ﴿كان للمشتري الرد﴾ اذا كان هو الموصوف له دون البائع .

﴿وكذا لولم يره﴾ أي المبيع ﴿البائع﴾ وباعه ﴿واشترى﴾ المشتري منه ﴿بالوصف﴾ من غير رؤية ، سواء كان الموصف له المشتري أوالاجنبي ﴿كان الخيار للبائع لو كان﴾ المبيع ﴿بخلاف الصفة﴾ وليس للمشتري خيار مع الرؤية . وان اشترى هو بالوصف أيضاً ، فله الخيار كالبائع اذا زاد ونقص باعتبارين ويقدم الفاسخ منهما كما مضى .

وهل هذا الخيار على الفور أوالتراخي ؟ قولان ، أشهرهما وأحوطهما الاول وان كان أجودهما الثاني ، الااذا استلزم الضرر فيلزم بالاختيار .

﴿وسيأتي خيار العيب انشاء الله تعالى﴾ وهو السابع ، وانما أخره لكثرة مباحثه ، فحسن جعله أصلا برأسه .

أحكام الخيارات :

﴿وأما الاحكام﴾ المتعلقة بالخيار ﴿فمسائل :﴾

﴿الاولى﴾ : خيار المجلس يختص بالبيع ﴿ويجري في جميع أنواعه﴾ دون غيره ﴿من سائر العقود .

﴿الثانية : التصرف﴾ ممن له الخيار ﴿يسقط خيار الشرط﴾ سواء كان التصرف في ماله أوالمنتقل اليه ، فان في الاول فسخ للعقد ، وفي الثاني التزام به بلاخلاف ولااشكال ، الااذا اقترن بمايدل على عدم الفسخ والالتزام فلا يسقط ، كبيع الشرط المشترط فيه الفسخ برد مثل الثمن .

﴿الثالثة : الخيار﴾ بأنواعه ﴿يورث ، مشروطاً كان أولازماً بالاصل﴾ أي بأصل الشرع ، بلاخلاف ولااشكال ، الافي خيار المجلس فوجهان وقولان، الأأن ظاهر السرائر الاجماع على أنه يورث، فان كان الخيار خيار الشرط مثلا ، يثبت للوارث بقية المدة المضروبة كما للمورث. فلوكان غائباًأوحاضراًولم يبلغه الخبر حتى انقضت المدة ، سقط خياره .

ولوتعددت الورثة واختلفوا في الفسخ والاجازة ، قيل : قدم الفاسخ . وفيه نظر . وعلى تقديره ففي انفساخ الجميع أوفي حصته ، ثم يتخير الاخر لتبعض الصفقة وجهان . ولو جن، قام وليه مقامه .

﴿الرابعة: المبيع يملك بالعقد﴾ على الاظهر الاشهر ، وفي السرائر الاجماع.

﴿وقيل: به وبانقضاء الخيار﴾ مع عدم الفسخ ، اما مطلقا كماعن الاسكافي أوبشرط كون الخيار للبائع، أولهما. والاقوال الاول كماعن الشيخ في نقل، وفي آخر أنه يخرج عن ملك البائع خاصة ، وان لم يدخل في ملك المشتري .

وعلى هذا القول فهل الانقضاء مع عدم الفسخ ناقل كماعن الاول ، أوكاشف كماعن الثاني ؟ أجودهما الثاني .

وتظهر الثمرة في صورمنها: في النماء المتخلل المنفصل كاللبن والحمل ، والثمرة المتجددة في زمن الخيار ، فللمشتري على المختار مطلقا ، وكذا على الكشف ان لم يفسخ ، وللبائع مطلقا على القول الاخر.

ومنها : في الاخذ بالشفعة زمن الخيار ، وفي جريانه في حول الزكاة لوكان زكوياً .

ومنها: ماأشار اليه بقوله: ﴿واذا كان الخيار للمشتري ، جاز له التصرف﴾ في المبيع ﴿ وان لم يوجب البيع على نفسه ﴾ قبله على المختار ، وتوقف على الايجاب ، أو انقضاء مدة الخيار على غيره . ولا فرق في التصرف بين

أنواعه .

وكذا اذا كان الخيار للبائع، فله التصرف في الثمن مطلقا ، وليس للمشتري التصرف في المبيع حينئذ ، اذا كان ناقلا كالبيع والوقف والهبة ، الا باذن الاخر .

نعم لـه الاستخدام والمنافع والوطي على اشكال فيه . فان حبلت ، فالاقرب الانتقال الى قيمة الامة مع فسخ البائع، لاقيمة الولد والعقر، خلافاً للشيخ فاليهما بناءاً على عدم الانتقال الموجب لعدم الاستيلاد .

﴿الخامسة: اذا تلف المبيع﴾ المشخص ﴿قبل قبضه، فهو من مال بائعه﴾ بالنص [1] والاجماع .

وظاهرهما اختصاص الحكم بالتلف بآفة منه سبحانه لا بجناية جان، فيرجع في التلف بها الى مقتضى القاعدة، والنماء بعد العقد قبل التلف بالافة للمشتري لوقوع الفسخ بالتلف من حينه على الاصح .

﴿وكذا﴾ لو تلف بالافة ﴿بعد قبضه وقبل انقضاء خيار المشتري﴾ فانه من البائع اذا لم يكن له خيار ، فان التلف زمن الخيار ممن لاخيار لـه بلاخلاف ، واذا كان له خيار أيضاً فمن المشتري بلاخلاف يعرف .

﴿ولو تلف بعد ذلك﴾ أي بعد انقضاء الخيار ﴿كان من المشتري﴾ .

وكل ماذكر في هذه المسألة من الاحكام في تلف المبيع، فهي بعينها جارية في تلف الثمن ، فانه قبل قبضه من مال المشتري مطلقا ، وكذا بعده قبل انقضاء خيار البائع. ومنه اذا كان الخيار لهما، أو كان التلف بعد انقضاء خيار المشتري.

﴿السادسة: لو اشترى ضيعة رأى بعضها ووصف له سائرها ، كان له الخيار فيها أجمع ، اذا لم تكن على الوصف﴾ الذي وقع عليه العقد ، ولايجوز لـه الفسخ في البعض .

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/٣٥٨ ، ب١٠ من أبواب الخيار ، والنبوى المروى فى المستدرك ٢/٤٧٣ .

(الفصل الرابع)

(في لواحق البيع)

﴿وهي خمسة : ﴾

أحكام النقد والنسيئة :

﴿الاول : في﴾ بيان ﴿النقد والنسيئة﴾ وأحكامهما .

اعلم أن البيع بالنسبة الى تعجيل الثمن والمثمن وتأخيرهما ، والتفريق بتعجيل الاول وتأخير الثاني وبالعكس أربعة أقسام : فالاول النقد ، والثاني بيع الكالي بالكالي، والثالث السلف، والرابع النسيئة .

وكلها صحيحة عدا الثاني ، هذا اذا شرط أحد الامور الاربعة في ضمن العقد .

وأما لو تجرد عنها كـ ﴿من باع﴾ شيئاً ﴿مطلقا﴾ من دون اشتراط تأجيل في أحد العوضين ولا تعجيل ﴿فالثمن﴾ وكذا المثمن ﴿حال، كما لو شرط تعجيله﴾ فيجب التسليم في الحال .

واشتراط التعجيل ان كان من دون تعيين زمان أفاد التأكيد خاصة في المشهور وان كان معه بأن شرط تعجيله في هذا اليوم مثلا، تخير المشروط له ـ لو لم يحصل الشرط في الوقت المعين ـ بين الفسخ والامضاء، وفاقاً للشهيدين، بل استحسن ثانيهما ثبوت الخيار مع الاطلاق أيضاً، لو أخل به عن أول وقته للاخلال بالشرط ولا بأس به .

﴿ولو شرط التأجيل﴾ في الثمن ﴿مع تعيين المدة صح﴾ ولا فرق فيها

بين القصيرة والطويلة، حتى نحو ألف سنة مما يعلم المتعاقدان عدم بقائهما اليه عادة .

﴿ولو لم يعين﴾ المدة ﴿بطل﴾ البيع ﴿ وكذا ﴾ يبطل ﴿لو عين أجلا محتملا﴾ للزيادة والنقيصة ﴿كقدوم الغزاة﴾ وادراك الثمرات، أو مشتركاً بينهما وان كان في الجملة معيناً ، كنفرهم من منى وشهر ربيع أو يوم جمعة أو خميس مثلا .

وقيل : في الاخير يصح، ويحمل على الاول، لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد ، ليتوجه قصدهما الى أجل مضبوط، فلايكفي ذلك شرعاً مع جهلهما أو أحدهما به . ومع القصد لااشكال في الصحة، وان لم يكن الاطلاق منصرفاً اليه عادة .

﴿وكذا ﴾ يبطل البيع ﴿لو قال: ﴾ بعتك هذا ﴿بكذا﴾ وكذا ﴿نقداً وبكذا﴾ وكذا ﴿نسيئة ﴾ على الاظهر الاشهر .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية[1] ﴾ أن ﴿له أقل الثمنين نسيئة﴾ الى أبعد الاجلين وعمل بها الشيخ في النهاية[2]، ولكنه قد رجع عنها في المبسوط[3]، فتكون شاذة ومع ذلك قاصرة السند، بل ضعيفة مخالفة للاصول الشرعية .

ثم على المختار هل لهذا البيع حكم البيع الفاسد ؟ فيرجع مع تلف المبيع الى المثل أو القيمة، أم لا ؟ بل يرجع معه الى مافي هذه الرواية، أشهرهما بين المتأخرين الاول ، وبين المتقدمين الثاني للصحيح[4]، وعليه الاجماع في الغنية، ولا بأس به .

(١) وهي خبر السكوني وسائل الشيعة ١٢/٣٦٧، ح٢ .

(٢) النهاية ص٣٨٨ .

(٣) المبسوط ٢/١٤١ .

(٤) وسائل الشيعة ١٢/٣٦٧ ، ح١ .

وظاهر الاصحاب عدم الفرق في الحكم صحة وبطلاناً بين ماتقدم ﴿و﴾ بين ما ﴿لوكان﴾ المبيع المتردد في ثمنه ﴿الى أجلين﴾ كشهر بدينار وشهرين بدينارين، فان كان اجماع، والا كما يقتضيه قوله: ﴿بطل﴾ من دون اشارة الى خلاف من فتوى أورواية، كان المختار هنا أقوى منه فيما مضى، لفقد المعارض فيه أصلا.

﴿ويصح أن يبتاع﴾ البائع ﴿ماباعه﴾ من المشتري ﴿نسيئة قبل الاجل بزيادة﴾ من الثمن الذي باعه به ﴿ونقصان بجنس الثمن وغيره، حالاومؤجلا﴾ بلاخلاف ﴿اذا لم يشترط﴾ البائع في البيع الاول ﴿ذلك﴾ أي بيعه منه ثانياً، ولايصح اذا اشترط بلاخلاف.

﴿ولو حل﴾ الاجل ﴿وابتاعه من المشتري بغيرجنس الثمن أو بجنسه من غيرزيادة ولانقصان صح﴾ بلاخلاف يظهر.

﴿ولوزاد عن الثمن﴾ الذي باع أولا ﴿أونقص﴾ عنه ﴿ففيه روايتان[1]﴾ وقولان ﴿أشبههما﴾ وأشهرهما ﴿الجواز﴾ نعم يكره خروجاً من شبهة الخلاف.

﴿ولايجب﴾ على المشتري ﴿دفع الثمن قبل حلوله وان طلب﴾ البائع اجماعاً.

﴿ولوتبرع بالدفع﴾ حينئذ ﴿لم يجب﴾ على البائع ﴿القبض﴾ منه.

﴿ولو حل﴾ الاجل وكان الثمن غيرمؤجل مطلقا، في الذمة كان أو معيناً ﴿فدفعه﴾ المشترى ﴿وجب﴾ على البائع ﴿القبض﴾ منه اجماعاً.

﴿ولو امتنع البائع﴾ منه في المقامين ﴿فهلك من غيرتفريط من الباذل﴾ فيه ﴿تلف من البائع﴾ مطلقا وفاقاً لجماعة، خلافاً لاخرين فخصوه بما اذا لم

(١) وسائل الشيعة ١٢/ ٣٦٩، ب ٥.

يتمكن من الدفع الى الحاكم ، ولايخلو عن قوة ، بل ادعي عليه الشهرة ، لكنه غير ملازم لوجوب الدفع بعد امتناع البائع من القبض أول مرة ، فله التصرف فيه ، والتأخير بدفعه ولو الى الحاكم حيث يكون كلياً الى أن يطالبه المالك ، أومن يقوم مقامه، الا أن الايصال اليه مهما أمكن أحوط، مسارعة الى ابراء الذمة وتفصياً عن فتوى الجماعة .

﴿وكذا﴾ الكلام فيما مر من الاحكام ﴿في طرف البائع لو باع سلماً﴾ وسلفاً ، فلايجب عليه الدفع قبل الاجل ويجب بعده ، وعلى المشتري قبوله هنا لا في سابقه، ومع عدم قبوله حيث يجب عليه فالتلف منه مطلقاً، أو على التفصيل المتقدم .

وكذا الحكم في كل حق واجب امتنع مستحقه عن قبضه .

واعلم أن البيع بالنسبة الى الاخبار بالثمن وعدمه أربعة أقسام : لانه اما أن يخبر به أولا ، والثاني المساومة ، والاول : ان بيع معه برأس المال فتولية ، او بزيادة عليه فمرابحة ، أو بنقصان عنه فمواضعة ، والجميع جائز ، ولكن الاول أفضل، ويجب فيما عداه ذكر رأس المال من غير زيادة ولانقصان، وكذا الاجل ان كان .

﴿و﴾ عليه فـ ﴿لو ابتاع بأجل وباع مرابحة﴾ أوتولية أومواضعة ﴿فليخبر المشتري بالاجل﴾ .

﴿ولو لم يخبره﴾ صح البيع بلا خلاف ، ولكن ﴿كان للمشتري﴾ الخيار بين ﴿الرد والامساك بالثمن حالا﴾ ولو لم يكن له من الاجل المذكور شيء اصلا ، وفاقاً للمشهور .

وكذا الحكم فيما لوظهر كذبه في الاخبار بقدر الثمن أوبجنسه أو وصفه ، او غلطه فيه ببينة أو اقرار .

﴿و﴾لكن ﴿في رواية﴾ بل روايات[١] معتبرة الاسانيد، عمل بها الشيخ وجماعة أن ﴿للمشتري من الاجل مثله﴾ ولايخلو عن قوة، ولكن المسألة بعد محل الشبهة وفيها قول آخر بالتفصيل لاوجه له .

وهنا (مسألتان :)

﴿الاولى : اذا باع مرابحة فلينسب الربح الى السلعة﴾ كأن يقول : بعتكها بكذا وربح كذا .

﴿ولو نسبه الى المال﴾ كأن يقول : بعتكها بمائة وربح المائة عشر مثلا ﴿ف﴾ فيه ﴿قولان، أصحهما﴾ وأشهرهما بين المتأخرين الجواز مع ﴿الكراهية﴾ والقول الثاني الحرمة، ذهب اليه الشيخ في النهاية[٢]، ولكنه قد رجع عنه في المبسوط[٣] والخلاف[٤] الى الجواز مدعياً عليه الاجماع.

﴿الثانية: من اشترى أمتعة صفقة﴾ أي في عقد واحد، وسمي بذلك اعتباراً بما كانوا يصنعونه من وضع أحدهما يده في يد صاحبه حال البيع ، أو أنه يصفق أحدهما على يد الاخر عند انتهاء العقد ﴿ لم يجز بيع بعضها مرابحة ﴾ وتولية ومواضعة ﴿سواء قومها أو بسط الثمن عليها و باع خيارها﴾ بلاخلاف فيما اذا كانت متفاضلة ، وكذا اذا كانت متساوية على الاقوى .

﴿ ولو أخبر بذلك ﴾ أي ببيعه الاول وتقويمه المبيع بما يقابله من الثمن ﴿جاز﴾ مطلقا بلا خلاف ، و﴿لكن يخرج بذلك عن وضع المرابحة﴾ لانه

(١) وسائل الشيعة ١٢/ ٤٠٠ ، ب ٢٥ .
(٢) النهاية ص ٣٨٩ .
(٣) المبسوط ٢/ ١٤١ .
(٤) الخلاف ١/ ٥٦٤ ، مسألة ٢٢٣ .

لابد فيها من الاخبار برأس المال، وهو هنا غير حاصل، لانه لم يشتر تلك السلعة وحدها بشيء حتى يخبر به .

﴿ولو قوم﴾ التاجر ﴿على الدلال متاعاً﴾ بقيمة معينة ﴿ولم يواجبه البيع﴾ باجراء الصيغة ﴿وجعل له الزائد﴾ عنها ﴿أوشاركه فيه، أوجعل لنفسه قسطاً﴾ وشيئاً معيناً ﴿والدلال الزائد﴾ عليه ﴿لم يجز﴾ للدلال ﴿بيع ذلك﴾ المتاع ﴿مرابحة﴾ بلاخلاف ، لانه كاذب في اخباره ، اذ مجرد التقويم لا يوجبه .

﴿ويجوز لوأخبر بالصورة﴾ الا أنه خارج عن وضع المرابحة﴿كما قلناه في الاول﴾ .

﴿و﴾ لو باع زائداً ﴿يكون للدلال الاجرة﴾ أجرة المثل ﴿و﴾ تكون ﴿الفائدة﴾ الزائدة المشترطة له ﴿للتاجر﴾ مطلقا ﴿سواء كان التاجر دعاه﴾ أولا كأن قال له : بع هذا بكذا ولك مازاد ﴿أو ابتدأه الدلال﴾ فقال : أخبرني بثمن هذا المتاع وأربح علي فيه شيئاً لابيعه ففعل ذلك التاجر، هذا هو المشهور .

﴿ومن الاصحاب﴾ كالشيخين والقاضي ﴿من فرق﴾ بين الصورتين، فوافق الاكثر في الثانية، وخالفهم في الاول فأباح والزيادة، للمعتبرة[1] المستفيضة، وحملها على صورة الجعالة جماعة، والاولى حملها على المراضات، ونفي البأس معها لاينافي جواز رجوع رب المال عما قال أولا .

ما يدخل في المبيع :

﴿الثاني : في﴾ بيان ﴿مايدخل في المبيع﴾ عند اطلاق لفظه .

﴿من باع أرضاً﴾ مقتصراً على لفظها ﴿لم يدخل﴾ فيها ﴿نخلها وشجرها﴾

(١) وسائل الشيعة ١٢/ ٣٩٣ .

بلا خلاف ﴿الا أن يشترط﴾ الدخول فيدخل اجماعاً ، أو يقول بحقوقها عند جماعة .

ولايدخل على الاقوى الا أن يكون هناك عادة تحكم بالدخول بمجرد ذلك فيدخل قطعاً، كما في كل موضع تكون فيه عادة فانها قرينة. وانما الكلام في هذه المباحث فيما تجرد عنها .

﴿وفي رواية[1]﴾ صحيحة أنه ﴿اذا ابتاع﴾ المشتري ﴿الارض﴾ قائلا ﴿بحدودها وما أغلق عليه بابها فله جميع مافيها﴾ من نخل أو أشجار وغيرهما .

وظاهر العبارة التردد فيها، ولاوجه له بعد صحة السند، وموافقة المضمون منطوقاً لمقتضى اللفظ لغة وعرفاً ، مع أن في التنقيح[2] لا خلاف فيها .

وكما لايدخل في الارض النخل والشجر الامع الشرط فكذا الزرع، سواء كان مجزوراً[3] أم لا على الاقوى .

﴿ولو ابتاع داراً دخل﴾ في مفهومها العرصة، والحيطان، والابواب، والاغلاق المنصوبة ، والاخشاب المستدخلة ، والسلم المثبت ، والمفتاح على قول ، وبيت ﴿الاعلى والاسفل﴾ لاقتضاء العرف ذلك كله ﴿الا أن﴾ يتغير و ﴿تشهد العادة للاعلى بالانفراد﴾ كما في بعض البلاد فتخرج حينئذ .

﴿ولو باع نخلا مؤبراً﴾ بتشقيق طلع الاناث وذر طلع الذكور فيه ليجيء الثمرة أصلح ﴿ فالثمرة للبائع ﴾ على الاشهر الاصح ﴿الا أن يشترط﴾ أو يكون هناك عادة فتتبع .

﴿وكذا لو باع شجرة مثمرة﴾ وفيها ثمرتها مطلقا، سواء كان قطناً قد خرج جوزته ولم يتشقق، أو ورداً لم ينفتح أوغيرهما على الاقوى ﴿أو دابة حاملا﴾ لم

(١) وسائل الشيعة ١٢/ ٤٠٥ ، ب٢٩ .

(٢) التنقيح الرائع ٢/ ٦٢ .

(٣) أى مقطوعاً .

يدخل الثمرة ولا الحمل فيهما ﴿على الاظهر﴾ الاقوى .

وقيل : بالدخول ، وهو ضعيف ، الا مع العادة أو الشرط فيصح ، سواء قال: بعتك هذه الجارية وحملها، أو شرطت لك وحملها، او بعتكها بكذا وحملها بلاخلاف فيما عدا الصورة الاولى، على قول جماعة فيها أيضاً ، لقاعدة الضميمة خلافاً للتذكرة فيبطل للجهالة .

﴿ولو لم تؤبر النخلة﴾ وبيعت ﴿فالطلع للمشتري﴾ بلا خلاف فتوى ونصاً[1] . وهل يختص ذلك بالبيع أم يعم سائر وجوه الانتقالات كالهبة والصلح ونحوهما ؟ قولان ، أجودهما : الاول ، الا مع العرف أو الشرط، وهو الاشهر ، وفي كلام بعض الاجماع عليه .

أحكام القبض :

﴿الثالث : في﴾ بيان ﴿القبض﴾ وأحكامه :

﴿اطلاق العقد﴾ وتجريده من شرط تأخير أحد العوضين، أو تأخيرهما اذا كانا عينين أو أحدهما ﴿يقتضي﴾ وجوب ﴿تسليم المبيع والثمن﴾ على المتبايعين فوراً ، فيتقابضان معاً لو تمانعا من التقديم ، سواء كان الثمن عيناً او ديناً ، على الاشهر الاقوى . فان امتنعا أجبرهما الحاكم معاً مع امكانه ، كما يجبر الممتنع من قبض ماله .

ويجوز اشتراط تأخير اقباض أحد العوضين مدة معينة والانتفاع به منفعة معينة .

ولايجب على المشروط له فورية الاقباض، بل له التأخير الى الاجل، ولا كذلك

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/٤٠٧ ، ب٣٢ .

غيره ، فيجب عليه الاقباض فوراً .

﴿والقبض﴾ هنا وفي كل موضع يعتبر ﴿هو التخلية﴾ بين العين ومستحقها بعدرفع اليد عنها ﴿فيما لاينقل كالعقار﴾ اتفاقاً ﴿وكذا فيماينقل﴾ عند المصنف هنا وفي الشرائع[1].

﴿وقيل: في القماش﴾ ونحوه مما يتناول باليد كالدراهم والدنانير والجواهر ﴿هو الامساك باليد ، وفي الحيوان﴾ كالعبد والبهيمة ﴿هو نقله﴾ وفي المكيل والموزون الكيل والوزن مع رفع اليد عنه ، والقائل الاكثر .

وهنا أقوال أخر، أجودها مافي المختلف من أنه في المنقول هو النقل او الاخذ باليد ، وفي المكيل والموزون هو ذلك أو الكيل والوزن .

والفرق بينه وبين المشهور من وجهين : الاكتفاء عليه في المنقول بأخذ اليد من غير احتياج الى النقل ، وفي المكيل والموزون بهما من غير احتياج الى الكيل والوزن . وعدم الاكتفاء بشيء من ذلك على المشهور في المقامين ، بل لابد من النقل في الاول ، ومن الكيل والوزن في الثاني .

فلو قبض باليدفيهما، لم يحصل القبض مطلقا ، والعرف يأباه ويوجب المصير الى هذا القول ، لموافقته له ظاهراً، فالقول به أقوى ، ويمكن تنزيل قول الاكثر وأدلته عليه، وان كان المصير الى قولهم في بعض الاحيان أحوط .

وحيث اعتبرنا الكيل والوزن، ففي الافتقار الى اعتباره للقبض ثانياً أو الاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان، أجودهما : الاول ، وفاقاً لجمع .

﴿ويجب﴾ عند الاقباض ﴿تسليم المبيع﴾ حال كونه ﴿مفرغاً﴾ من أمتعة البائع وغيرها مما لايدخل في المبيع ﴿فلو كان فيه متاع فعلى البائع ازالته﴾ واخراجه فوراً .

---

(١) شرائع الاسلام ٢/٢٩ .

ولو كان مشغولا بزرع لم يبلغ، وجب الصبر الى أوان بلوغه ان اختاره البائع، ثم ان كان المشتري عالماً بالحال، والا تخير بين الفسخ والصبر، وان احتاج الى مضي زمان يفوت فيه شيء من النفع المعتد به.

ولو كان فيه مالا يخرج الا بهدم، وجب أرشه على البائع.

ثم ان التفريغ وان كان واجباً، الا أن الظاهر عدم توقف القبض عليه، بل لو رضي المشتري بتسليمه مشغولاً تم ووجب التفريغ بعده.

﴿ولا بأس ببيع﴾ المشتري ﴿مالم يقبض﴾ اذا لم يكن مكيلا ولا موزوناً بلا خلاف.

﴿ويكره فيما يكال أو يوزن﴾ مطلقا ﴿وتتأكد الكراهية في الطعام﴾ وفاقاً لجماعة، بل المشهور كما قيل.

﴿وقيل: يحرم﴾ اما مطلقا، طعاماً كان أو غيره، بتولية أو غيرها كما عن العماني أو اذا كان طعاماً خاصة، كما عن الصدوق والقاضي والمبسوط[1] والغنية، مدعيين عليه الاجماع، ولا يخلو عن قوة.

﴿وفي رواية﴾ صحيحة بل روايات[2] ﴿لا تبيعه حتى تقبضه، الا أن توليه﴾ وسياق العبارة يشعر بعدم قائل بها، وهو كذلك قبل زمانه، وأما بعده فقد اختاره الفاضل وشيخنا الشهيد الثاني في جملة من كتبهما، وبها جمعا بين الاخبار المختلفة.

والجمع بينها بما ذكرناه من الكراهة مطلقة فيما عدا الطعام ومؤكدة فيه، الا مع التولية فتخف الكراهة أولى.

﴿ولو قبض﴾ المشتري ﴿المكيل فادعى نقصانه، فان حضر الاعتبار﴾ أي الكيل وشهده ﴿فالقول قول البائع مع يمينه﴾ بلا خلاف أجده، هذا ان ادعى الغلط.

---

(١) المبسوط ٢/١١٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٢/٣٨٧، ب١٦.

﴿وان﴾ ادعى عدم وصول الحق، أو﴿لم يحضره﴾أي الاعتبار ﴿فالقول قوله﴾ أي المشتري ﴿مع يمينه﴾ قطعاً .

﴿وكذا القول﴾ بالتفصيل بين صورتي الحضور ودعوى الغلط فالاول وغيرها ، فالثاني ﴿في الموزون والمذروع والمعدود﴾ .

مايصح اشتراطه في العقد :

﴿الرابع : في﴾ بيان أحكام ﴿الشروط﴾المسوقة في متن العقد التي لم يعلق عليها .

﴿ويصح منها ماكان سائغاً﴾ لم يمنع عنه كتاب ولاسنة، ويدخل فيه اشتراط أن لايؤدي الى الجهالة و﴿داخلا تحت القدرة﴾ للمشروط عليه﴿كقصارة الثوب﴾ ونحوها وغير مناف لمقتضى العقد ، ويجب الوفاء بها مطلقا على الاشهر الاقوى وفي الغنية والسرائر الاجماع .

﴿ولايجوز اشتراط﴾ غير السائغ ، وضابطه : ماأحل حراماً أوحرم حلالا بأصل الشرع لا بتوسط العقد، ولا﴿غير المقدور، كبيع الزرع على أن يصيره سنبلا﴾ والدابة على أن تصير حاملا ونحو ذلك، سواء شرط أن يبلغ ذلك بفعله أم بفعل الله تعالى .

﴿ولابأس باشتراط تبقيته﴾ أي الزرع في الارض ، اذا بيع أحدهما دون الاخر، الى أوان السنبل . ولايعتبر تعيين مدة البقاء ، بل يحمل على المتعارف لانه منضبط .

﴿و﴾ يلزم البائع حينئذ التبقية الى الغاية، كما أن ﴿مع اطلاق الابتياع﴾ من دون اشتراط التبقية ﴿يلزم البائع﴾ أيضاً ﴿ابقاؤه الى ادراكه﴾ .

﴿وكذا﴾ لو اشترى ﴿الثمرة﴾ منفردة عن الاصول مطلقا، أو بشرط التبقية

يلزم البائع التبقية ﴿مالم يشترط﴾ على المشتري ﴿الازالة﴾ وعلى المشتري ازالتها مع اشتراطها .

﴿ويصح﴾ بيع الرقيق مع ﴿اشتراط العتق﴾ مطلقا، أوعن المشتري بلا خلاف، وعن البائع فيه قولان، أجودهما: الصحة كماعن التذكرة مؤذناً بدعوى الاجماع ﴿و﴾ كذا ﴿التدبير والكتابة﴾ يصح اشتراطهما ، فان وفا بالشروط ، والاتخير البائع بين فسخ البيع وامضائه، فان فسخ استرده وان انتقل قبله عن ملك المشتري .

وكذا يتخير لو مات قبل العتق، فان فسخ رجع بقيمة يوم التلف على قول. وكذا لو انعتق قهراً .

ولو اختار الامضاء فهل يرجع على المشتري بمايقتضيه شرط العتق من القيمة فانه يقتضي نقصاناً من الثمن أم يلزم ماعين له منه خاصة ؟ قولان، ولعل أجودهما: الثاني .

وعلى الاول طريقة معرفة الشرط أن يقوم العبد بدونه ويقوم معه، وينظر التفاوت بين القيمتين، وينسب الى القيمة التي هي مع الشرط، ويؤخذ من المشتري مضافاً الى الثمن بمقدار تلك النسبة. وكذا كل شرط لم يسلم لمشترطه ، فانه يفيد تخيره بين فسخ العقد المشروط فيه وامضائه .

﴿ولو اشترط أن لايعتق أولايطأ الامة﴾ بطل الشرط في المشهور ، فان كان اجماعاً ، والافلاظهر الصحة .

وعلى المشهور ﴿قيل : يبطل الشرط﴾ خاصة ﴿دون البيع﴾ والقائل الاسكافي والقاضي والحلي وابن زهرة، مدعياً عليه الاجماع، وهو الاصح . خلافاً لاكثر المتأخرين فيبطل البيع أيضاً ، وهو ضعيف جداً . وكذا الكلام في كل عقد شرط فيه شرط فاسد .

﴿ولو اشترط في الامة أن لاتباع ولاتوهب، فالمروي﴾ في الصحيحين [١] وغيرهما ﴿الجواز﴾ ولا بأس به، خلافاً لجماعة فمنعوا عن الشرط وأفسدوه، وزاد بعضهم: فأفسد البيع أيضاً.

﴿ولو باع أرضاً﴾ مشاهدة أوموصوفة على كونها ﴿جريباً معينة فنقصت، فللمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء بـ﴾ تمام ﴿الثمن﴾ وفاقاً لجماعة.

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية [٢]﴾ معتبرة الاسانيد أن ﴿له أن يفسخ أو يمضي البيع بحصتها من الثمن﴾ وعمل بها آخرون، بل المشهور كما قيل.

﴿وفي﴾ هذه ﴿الرواية [٣]﴾ أنه ﴿ان كان للبائع أرض بجنب تلك الارض لزم البائع أن يوفيه منها﴾ وبه أفتى الشيخ في النهاية [٤]، خلافاً للاكثر فأطلقوا الخيار، ولاريب أن العمل بها أحوط للمشتري مطلقاً.

﴿ويجوز أن يبيع مختلفين﴾ كثوب وحيوان في ﴿صفقة﴾ واحدة وعقد واحد.

﴿وأن يجمع بين سلف وبيع﴾ ونكاح واجارة، فيقول: بعتك هذا الثوب وطغاراً من حنطة الى سنة، وزوجتك ابنتي فلانة وآجرتك داري هذه الى سنة، فقال: قبلت، صح عندنا بلاخلاف. ثم ان احتيج الى التقسيط، قسط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل ومهر المثل.

العيوب المجوزة للرد:

﴿الخامس: في﴾ بيان ﴿العيوب﴾ المجوزة للرد.

﴿وضابطها: ماكان زائداً عن الخلقة الاصلية﴾ وهي خلقة أكثر النوع الذي

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/٤٣، ب١٥.

(٢ ـ ٣) وسائل الشيعة ١٢/٣٦١، ب١٤.

(٤) النهاية ص٤٢٠.

يعتبر فيه ذلك ذاتاً وصفة ﴿أو ناقصاً﴾ عنها، عيناً كان الزائد أو الناقص، كالاصبع زائدة على الخمس، أو ناقصة عنها، أو صفة كالحمى ولو يوماً بأن يشتريه فيجده محموماً، أو يحم قبل القبض وان برأ ليومه كما قيل.

وهل يعتبر مع ذلك كون الزيادة والنقصان موجبين لنقص المالية أم لا؟ قولان اطلاق النص والاتفاق على أن الخصى عيب مع ايجابه زيادة المالية، وكذا عدم الشعر على الركب والعانة، كما يدل عليه بعض المعتبرة[1] المنجبرة قصور سنده بعمل الطائفة يقتضي الثاني.

﴿واطلاق العقد يقتضي السلامة﴾ من العيب في مطلق العوض.

﴿فلو ظهر عيب﴾ في المبيع ﴿سابق على العقد تخير المشتري بين الرد﴾ واسترداد الثمن ﴿و﴾ الامضاء مع أخذ ﴿الارش﴾ وهذا هو السابع من أقسام الخيار المطوي ذكره مفصلا سابقاً.

﴿ولا خيرة للبائع﴾ في هذه الصورة، وان ثبت له دون المشتري فيما لو انعكست، كما لو خرج الثمن معيباً.

﴿ويسقط الرد: بالبراءة من العيب﴾ مطلقا ﴿ولو اجمالا﴾ كأن يقول: بعتك هذا بكل عيب. على الاشهر الاقوى، وفي الغنية الاجماع.

ولا فرق بين علم المتبايعين بالعيب وجهلهما والتفريق، ولا بين الحيوان وغيره، ولا بين العيوب الباطنة والحادثة، وعليه الاجماع في كلام جماعة. ولا بين الموجودة حالة العقد والمتجددة بعده حيث تكون على البائع مضمونة، وعليه الاجماع في التذكرة.

﴿وبالعلم به﴾ ممن لولاه لثبت له الخيار ﴿قبل العقد﴾.

﴿وبالرضا﴾ منه ﴿بعده﴾ وأولى منه التصريح باسقاطه، بلا خلاف فيهما

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/ ٤١٠، ب١.

ولافي السقوط بتأخير الرد مع العلم بالعيب كمافي الغنية .

الا أن ظاهر أصحابنا المتأخرين كافة الخلاف في الثالث، فنفوا الفورية عن هذا الخيار ، من غير خلاف يعرف كماصرح به جماعة ، بل ربما احتمله بعضهم اجماعاً فهو أقوى .

﴿وبحدوث عيب عنده﴾ مضمون عليه ، سواء كان حدوثه من جهته أم لا بلاخلاف، بل عليه الاجماع في الخلاف[1] .

واحترزنا بالقيد عمالو كان حيواناً وحدث العيب فيه في الثلاثة من غير جهة المشتري، فانه حينئذ لايمنع الرد ولاالارش، لانه مضمون على البائع. ولورضي البائع برده مجبوراً بالارش أو غيرمجبور جاز .

وفي حكمه مالواشترى صفقة متعدداً فظهر فيه عيب فتلف أحدهما، أواشترى اثنان صفقة فامتنع أحدهما من الرد، فان الاخر يمنع منه وله الارش وان أسقطه الاخر، سواء اتحدت العين أو تعددت، اقتسماها أم لا .

﴿وباحداثه في المبيع حدثاً﴾ يعد في العرف تصرفاً ﴿كركوب الدابة﴾ ولو في طريق الرد ، ونعلها، وحلب مايحلب، ولبس الثوب وقصارته، وسكنى الدار ونحو ذلك، وينبغي تقييده بمالم يظهر دلالته على عدم الرضاء، والا فلايسقط به كماسيضى .

﴿و﴾ اطلاق النص يشمل ﴿التصرف الناقل﴾ كالبيع وغيره والمغير للعين وغيره ﴿و﴾ ما ﴿لوكان قبل العلم بالعيب﴾ وبعده وعاد اليه بعد خروجه عن ملكه أم لا، خلافاً للمحكي عن الشيخ في التصرف قبل العلم، فلم يسقط به الخيار وهو ضعيف. ثم كل ذا في سقوط الرد .

و ﴿أما الارش : فيسقط بالثلاثة الاول﴾ من المسقطات للرد بلاخلاف

---

(١) الخلاف ١/٥٥٥، مسألة ١٩٢ .

﴿دون الاخيرين﴾ على الاظهر الاشهر، وفي الغنية الاجماع .

﴿ويجوز بيع المعيب وان لم يذكر عيبه﴾ مع عدم الغش، بلاخلاف في الظاهر، للاصل وفقد المانع، لاندفاع الضرر بالخيار والارش ﴿و﴾ لكن ﴿ذكره مفصلا أفضل﴾ بتقييد احتمال الغش المنهي عنه، واحتمال الضرر بغفلة المشتري من العيب حال البيع أوبعده .

﴿ولو ابتاع شيئين فصاعداً صفقة﴾ واحدة ﴿فظهر العيب في البعض، فليس له رد المعيب منفرداً ، و﴾ لكن ﴿له رد الجميع أو﴾ أخذ ﴿الارش﴾ خاصة بلاخلاف .

﴿و﴾ كذا ﴿لو اشترى اثنان﴾ فصاعداً ﴿شيئاً﴾ مطلقا من بائع كذلك في عقد واحد و﴿صفقة﴾ واحدة ﴿فلهما الرد بالعيب أو﴾ أخذ ﴿الارش، وليس لاحدهما الانفراد بالرد﴾ دون الارش ﴿على الاظهر﴾ الاشهر .

﴿والوطيء يمنع رد الامة﴾ المعيبة بالنص[1] والاجماع ﴿الا من عيب الحبل﴾ فترد به اما مطلقا كماعليه الاكثر ، أو بشرط كونه من المولى، والا فلا ترد كماعليه جمع .

﴿و﴾ عليه فلااشكال في الحكم بأنه يرد معها ﴿نصف عشر قيمتها﴾ اذا كانت ثيباً ، وعشرها اذا كانت بكراً ، كمايستفاد من النصوص[2] المعتبرة الوارد أكثرها بالتقدير الاول مطلقا ، وبعضها بالثاني كذلك، بعد تنزيلها على التفصيل المتقدم، جمعاً بينها وبين القاعدة .

ويشكل على قول الاكثر ، بناءاً على أن المنافع قبل الفسخ للمشتري، فلا وجه لغرامته شيئاً مطلقا .

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/٤١٣، ب٤ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/٤١٥، ب٥ .

ويمكن جعل ذلك دليلا على القول الثاني، مضافاً الى الاصول مع سلامتهما عما يدل على قول الاكثر، الا أن يكون اجماعاً كما عن الانتصار[1] والغنية فلا محيص عنه، وينزل الحكم بالغرامة حينئذ على كونه تعبداً أو استحباباً، ولاريب أن عدم الرد حينئذ أحوط وأولى.

مسائل تتعلق بالعيب :

﴿وهنا مسائل:﴾

﴿الاولى: التصرية﴾ وهي جمع لبن الشاة ومافي حكمها من البقرة والناقة دون الامة، على الاشهر الاقوى فيهما، في ضرعها بتركها بغير حلب ولا رضاع، فيظن الجاهل بحالها كثرة مايحلبه، فيرغب في شرائها بزيادة ﴿تدليس﴾ محرم.

و﴿يثبت بها خيار﴾ للمشتري بين ﴿الرد﴾ والامضاء بدون أرش.

وتثبت ـ ان لم يعترف بها البائع ولم يقم بها بينة ـ باختبارها ثلاثة أيام، فان اتفقت فيها الحلبات عادة أوزادت اللاحقة فلاتصرية. وان اختلفت في الثلاثة وكان بعضها ناقصاً عن الحلبة الاولى نقصاناً خارجاً عن العادة، وان زاد بعدها في الثلاثة، ثبت الخيار بعد الثلاثة بلافصل من غير تأخير، على اختلاف الوجهين بل القولين.

ولو ثبت بالاعتراف أوالبينة، جاز الفسخ من حين الثبوت مدة الثلاثة مالم يتصرف بغير الاختبار بشرط النقصان، فلو تساوت أوزادت هبة من الله سبحانه، فالاقوى زواله.

والفرق بين مدة التصرية وخيار الحيوان على الاول ظاهر، فان الخيار في

---

(١) الانتصار ص٢١١.

ثلاثة الحيوان فيها وفي التصربة بعدها ، وكذا على الثاني ان قلنا بفورية هذا الخيار، فيسقط بالاخلال بها دون خيار الحيوان، وكذا ان لم نقل بها لجواز تعدد الاسباب . وتظهر الفائدة فيما لو أسقط أحدهما .

﴿و﴾ حيث اختار ردها ﴿يرد معها﴾ عين لبنها الموجودة حين العقد دون المتجدد على الاقوى، وان كان رده أيضاً أحوط وأولى .

ولو تعذر رد العين انتقل الضمان الى ﴿مثل لبنها﴾ مع الامكان ﴿أو قيمته مع التعذر﴾ على الاظهر الاشهر .

﴿وقيل:﴾ يرد معها ﴿صاع من بر﴾ مطلقا، والقائل الشيخ في أحد قوليه، وفي قوله الاخر بدل البر بالتمر، وأفتى بهما على التخيير ابن زهرة مدعياً عليه الاجماع جمعاً بين النبويين[1]. واضعفهما نزلهما الاصحاب على ما اذا تعذر وكان ذلك هو القيمة السوقية ، ولا بأس به جمعاً بين الادلة .

﴿الثانية : الثيوبة﴾ في الاماء ﴿ليست عيباً﴾ مطلقا على الاشهر الاقوى وفي التحرير لانعلم فيه خلافاً .

﴿نعم لو شرط البكارة﴾ في متن العقد ﴿فثبت سبق الثيوبة﴾ بالبينة، أو اقرار البائع، أو قرب زمان الاختبار لزمان البيع، بحيث لا يمكن فيه تجددها عادة ﴿كان له الرد﴾ على الاظهر الاشهر ، لا لكونه عيباً بل لامكان الشرط ، فليس له مع الامضاء الارش، وان كان بذله أحوط بل قيل أشهر.

﴿ولو لم يثبت التقدم فلا رد﴾ بلا خلاف ﴿لانه قد تذهب بـ﴾ العلة و﴿النزوة﴾ .

﴿الثالثة: لا يرد العبد﴾ بل المملوك مطلقاً ﴿بالاباق الحادث عند المشترى﴾ .

﴿ويرد بـ﴾ الاباق ﴿السابق﴾ عند البائع ولو مرة ، على الاشهر الاقوى .

---

(١) سنن البيهقي ٥/٣١٨ - ٣١٩ .

﴿الرابعة : لو اشترى امة لا تحيض في ستة أشهر فصاعداً ومثلها تحيض فله الرد﴾ بذلك على الاشهر الاقوى للصحيح[١] ، و ﴿لان ذلك لا يكون الا لعارض﴾ غير طبيعي فيكون عيباً .

ومقتضى الدليلين أنه لايعتبر في ثبوت عيب الحيض مضي ستة أشهر ، بل يثبت بمضي مدة تحيض فيها ذوات أسنانها في تلك البلاد .

وأن عدم تحيض الحدثية البلوغ في المدة المزبورة ليس عيباً يوجب الرد فان أمثالها لم يحضن غالباً عادة ، ويمكن أن ينزل على ذلك نحو العبارة .

﴿الخامسة: لايرد البزر﴾ بفتح الباء وكسرها، حب يؤخذ منه دهن يقال له دهن الكتان . كأنه بتقدير المضاف ، أي دهن البزر . ويطلق على الدهن كما عن الجوهري ﴿والزيت بما يوجد فيه من الثفل[٢] المعتاد﴾ بضم المثلثة هو الثافل ما استقر من كدرة تحت المائع .

﴿نعم لوخرج﴾ بالكثرة ﴿عن﴾ القدر الذي جرت به ﴿العادة جاز رده﴾ به ﴿اذا لم يعلم﴾ به قبل العقد ، وأما مع العلم به فلا .

﴿السادسة: لو تنازعافي﴾ شيء من مسقطات الخيار كـ ﴿التبري من العيب﴾ ونحوه ﴿ولا بينة﴾ فقال : بعتك به مثلا ، فقال : لا ﴿فالقول قول منكره مع يمينه﴾ بلاخلاف ، والخبر[٣] الوارد بخلاف ذلك شاذ مع ضعفه سنداً ودلالة .

﴿السابعة: لوادعى المشتري تقدم العيب﴾ المتحقق وأنكره البائع ﴿ولا بينة﴾ للمشتري ﴿فالقول قول البائع مع يمينه﴾ على القطع بعدم العيب عنده، مع اختباره المبيع قبل البيع واطلاعه على خفايا أمره قولا واحداً ، وعلى نفي العلم به مع

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/ ٤١٣ ، ب٣ .

(٢) في المطبوع من المتن : التفل .

(٣) وسائل الشيعة ١٢/ ٤١٩ ، ب٨ .

العدم على قول ، وعلى القطع كالاول على آخر . وفيهما نظر ، الا أن يقيد نفي العلم بما اذا ادعى عليه العلم بالسبق ، فيتوجه الحلف حينئذ على نفيه ، كما عليه القول الاول .

﴿مالم يكن هناك قرينة حال﴾ قطعية ﴿تشهد لاحدهما﴾ كزيادة الاصبع واندمال الجرح، مع قصر زمان البيع بحيث لايحتمل التأخر عادة، فيحكم للمشتري أوطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع ، فيحكم للبائع من دون يمينه .

﴿الثامنة :﴾ في كيفية أخذ الارش .

وهوأن ﴿يقوم المبيع﴾ في حال فرضها ﴿صحيحاً﴾ تارة ﴿ومعيباً﴾ أخرى ﴿ويرجع المشتري على البائع بنسبة ذلك﴾ التفاوت ﴿ من الثمن ﴾ لا نفس تفاوت المعيب، لانه قديحيط بالثمن أو يزيد عليه، فيلزم أخذ العوض والمعوض معاً .

﴿ولو﴾ تعدد القيم بأن ﴿اختلف أهل الخبرة﴾ بقيمة ذلك المبيع فيها ، أواختلف قيمة أفراد ذلك النوع المساوية للمبيع ﴿رجع الى القيمة الوسطى﴾ المتساوية النسبة الى الجميع، المنتزعة منها نسبتها اليه بالسوية . فمن القيمتين يؤخذ نصفها، ومن الثلاث ثلثها ، ومن الاربع ربعها ، وهكذا .

وضابطه: أخذ قيمة منتزعة من المجموع نسبتها اليه كنسبة الواحد الى تلك القيم .

وطريقه: أن تجمع القيم الصحيحة على حدة والمعيبة كذلك، وينسب احداهما الى الاخرى ، وتؤخذ بتلك النسبة .

ولافرق بين اختلاف المقومين في قيمته صحيحاً ومعيباً وفي احداهما .

وقيل : ينسب معيب كل قيمة الى صحيحها ، ويجمع قدر النسبة، ويؤخذ من المجتمع بنسبتها. وفي الاكثر يتحد الطريقان ، وقد يختلفان في يسير .

﴿التاسعة : لو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض ، كان للمشتري الرد﴾ بلاخلاف .

﴿وفي﴾ جواز أخذ ﴿الارش﴾ مع الامضاء، كمافي العيب السابق ﴿قولان أشبههما﴾ وأشهرهما بين المتأخرين وفاقاً لجماعة من القدماء ﴿الثبوت﴾ خلافاً للمبسوط[1] والخلاف[2] والسرائر حاكياً له عن المفيد فنفوا الثبوت، وفي الكتابين الاخيرين عليه الاجماع ، فهو أقرب وبالاصل أوفق ، مع أنه للمشتري أحوط .

﴿وكذا لو قبض المشتري بعضاً﴾ من المبيع ﴿وحدث﴾ عيب ﴿في الباقي كان الحكم﴾ المتقدم ﴿ثابتاً فيما لم يقبض﴾ منه، فله الخيار بين الرد والامضاء مع الارش أو بدونه على الاختلاف ، والاقوى عدم جواز رد المعيب خاصة ، بل اما الجميع ،أو امساكه بتمام الثمن ، أومع الارش .

(الفصل الخامس)

(في الربا[3])

وقد يقلب واوه ألفاً، وهو لغة: الزيادة مطلقا. وشرعاً: معاوضة أحد المتماثلين المقدرين بالكيل والوزن في عهد صاحب الشرع أوفي العادة بالاخر ، مع زيادة في أحدهما حقيقة أوحكماً، أو اقتراض أحدهما معها مطلقا وان لم يكونا مقدرين بالامرين ، اذا لم يكن باذل الزيادة حربياً، ولا المتعاقدين والداً مع ولده ، ولا زوجاً مع زوجه .

---

(١) المبسوط ٢/ ١٣٠ .

(٢) الخلاف ١/ ٥٥٥ .

(٣) في « خ » الربو .

﴿وتحريمه معلوم من الشرع﴾ المبين، وهو من أعظم الكبائر ﴿ حتى أن الدرهم منه أعظم من سبعين زنية﴾ بذات المحرم، كما ورد في النص الصحيح[١] وفيه: آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهده فيه سواء[٢].

﴿ويثبت في كل مكيل أو موزون﴾ في عهد صاحب الشرع ان عرفا فيه مطلقا وان لم يقدر بهما عندنا بلا خلاف، وان لم يعرفا فيه فالمتجه دوران الحكم معهما حيث دارا نفياً واثباتاً مطلقا، كما سيأتي انشاء الله تعالى .

وانما يثبت الربا في ذلك ﴿مع﴾ اتحاد العوضين في ﴿الجنسية﴾ فلا ربا مع المخالفة .

والمراد بالجنسية هنا الحقيقة النوعية باصطلاح أهل المنطق ، فانه يسمى «جنساً» لغة .

﴿وضابط الجنس: مايتناوله اسم خاص، كالحنطة بالحنطة والارز بالارز﴾ ويستثنى منه الشعير مع الحنطة كما يأتي .

﴿ويشترط في﴾ جواز ﴿بيع المثلين﴾ المتجانسين المقدرين بأحد التقديرين ﴿التساوي في القدر﴾ والحلول ﴿فلو بيع بزيادة حرم﴾ سواء كان البيع ﴿نقداً أو نسيئة﴾ .

﴿ويصح متساوياً﴾ اذا كان ﴿يداً بيد﴾ أي نقداً ﴿ويحرم﴾ اذا كان ﴿نسيئة﴾ ومع التساوي لابأس بنحو عقد التبن[٣] والزوان اليسير الذي جرت به العادة في أحد العوضين دون الاخر ، أو زيادة عنه . ولو خرج عن المعتاد حرم .

---

(١) وسائل الشيعة ١٢ / ٤٢٢ ، ح١ ب١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٤٢٩ ، ح١ ب٤ .

(٣) التبن : ماقطع من سنابل الزرع كالبر ونحوه .

﴿وتجب اعادة الربا﴾ لو أخذ على المالك ﴿مع العلم بالتحريم﴾ حين المعاوضة بلاخلاف .

﴿وان جهل صاحبه﴾ ومالكه بحيث حصل اليأس عنه ﴿وعرف﴾ مقدار ﴿الربا﴾ مفصلا كالربع والثلث ، كان له حكم المال المجهول المالك المشار اليه بقوله : ﴿تصدق به﴾ عنه .

ولو علم قدره جملة لامفصلة ، قيل : فان علم أنه يزيد عن الخمس خمسه وتصدق بالزائد ولوظناً، ويحتمل قوياً كون الجميع صدقة .

ولوعلم نقصانه عنه، اقتصر على ماتيقن به البراءة صدقة على الظاهروخمساً في وجه ، وهو أحوط .

﴿وان﴾ انعكس الفرض فـ ﴿عرفه﴾ ولوفي جملةقوم محصورين ﴿وجهل﴾ مقدار ﴿الربا﴾ أصلا ﴿صالحه عليه﴾ ولاخمس هنا، فانأبىعن الصلح ، فالاحوط دفع مايحصل به يقين البراءة .

﴿وان مزجه بالحلال وجهل المالك والقدر تصدق بخمسه﴾ على أهله.

﴿ولوجهل التحريم﴾ حين المعاوضة ﴿كفاه الانتهاء﴾ عنه والتوبة بعد المعرفة ، فلايجب عليه شيء من الامور المذكورة في الصورة السابقة ، وفاقاً لجماعة ، خلافاً للحلي وكثير من المتأخرين فأوجبوا الرد هنا أيضاً ، وهوأحوط وأولى .

﴿ واذا اختلف أجناس العروض ﴾ الربوية أي المكيلة والموزنة ، فبيعت احداها بمخالفها منها في الجنسية ﴿ جاز التفاضل ﴾ اذا بيعت ﴿ نقداً ﴾ اجماعاً .

﴿وفي النسيئة قولان، أشبههما﴾ وأشهرهما: الجواز مع ﴿الكراهية﴾ وفي الغنية الاجماع ، خلافاً للاسكافي وجماعة فالمنع ، وهو أحوط .

كل ذا اذا كانت الاجناس المختلفة عروضاً ، فلو كانت أثماناً أو ملفقاً منهما اختلف الحكم فيهما بالمنع عن النسيئة في الاول مطلقا كما يأتي ، والجواز في الثاني كذلك اجماعاً .

﴿والحنطة والشعير جنس واحد في الربا﴾ وان اختلفا في غيره ، فلا يباع أحدهما بالاخر متفاضلا ، نسيئة كان أوعيناً على الاشهر الاقوى، وفي كلام الشيخ وابن زهرة الاجماع .

﴿وكذا مايكون منهما ، كالسويق والدقيق والخبز﴾ والهريسة ونحوها .

﴿وثمرة النخل﴾ بأنواعها ﴿ومايعمل منها﴾ كالدبس ونحوه ﴿جنس واحد﴾ في الربا ، فلايباع أحدهما بالاخر متفاضلا مطلقا .

﴿وكذا ثمرة الكرم ومايكون منه﴾ كالدبس والعصير والبختج[1] ونحوها جنس واحد ، لايجوز فيه ماذكر .

وبالجملة كل فرع له حكم أصله، فلايجوز المفاضلة بينهما، لكن بشرط اتفاقهما في الكيل والوزن كما يأتي .

﴿واللحوم﴾ والالبان ﴿تابعة للحيوان في الاختلاف﴾ فلحم الضأن والمعز ولبنهما جنس واحد ، لشمول الغنم لهما. والبقر والجاموس ولبنهما جنس واحد وكذا العراب والبخاتي ولبنهما جنس واحد ، وهكذا بلاخلاف .

﴿ومايستخرج من اللبن﴾ من الكشك والكامخ والزبد والسمن والجبن ﴿جنس واحد﴾ فلايجوز بيع أحدهما بالاخر بالتفاضل مع اتحاد جنس الحيوان .

﴿وكذا الادهان تتبع ما يستخرج منه﴾ فدهن الغنم مخالف لدهن البقر يجوز بيع أحدهما بالاخر بالتفاضل ، وكذا الخل تتبع أصولها ، فخل التمر مخالف لخل العنب.

---

(١) البختج : العصير المطبوخ معرب « مي پخته » .

والطيور عندهم أجناس ، فالحمام كله جنس على قول ، وقيل : ما يختص من أنواعه باسم فهو جنس مغائر .

﴿وما لا كيل ولا وزن﴾ ولا عد﴾ فيه فليس بربوي، كالثوب بالثوبين والعبد بالعبدين﴾ فلا يمنع من التفاضل فيه نقداً اجماعاً .

﴿وفي النسيئة خلاف، والاشبه﴾ فيها بالاصول عند المتأخرين كافة الجواز مع ﴿الكراهية﴾ وفاقاً لجماعة من القدماء، وعن التذكرة الاجماع، خلافاً لآخرين منهم فالمنع ، وهو أحوط ، ولكن الاول لعله أرجح .

﴿وفي ثبوت الربا في المعدود﴾ مع التجانس مطلقا نقداً ونسيئة ﴿تردد﴾ وقولان، ينشأ: من تعارض الادلة من الطرفين، ولكن ﴿أشبهه﴾ بالاصول ﴿الانتفاء﴾ وعليه الاكثر ، وعن الخلاف[1] والسرائر الاجماع .

﴿ولو بيع شيء في بلد كيلا أو وزناً ، وفي بلد آخر جزافاً ، فلكل بلد﴾ دون أهله ﴿حكم نفسه﴾ من ثبوت الربا ان بيع بأحدهما، وعدمه ان بيع جزافاً مطلقا ، على الاشهر الاقوى .

﴿وقيل : يغلب تحريم التفاضل﴾ اما مطلقا كما عن النهاية[2] وغيره ، أو اذا كان البيع بهما غالباً أو مساوياً، دون ما اذا كان نادراً، كما عن الحلي وغيره .

﴿وفي﴾ جواز ﴿بيع الرطب بالتمر﴾ مع التساوي ﴿روايتان[3] أشهرهما﴾ وأظهرهما ﴿المنع﴾ وعليه في المختلف والغنية الاجماع، وعلل فيها بأن التمر يابس والرطب رطب فاذا جف نقص .

﴿وهل تسري﴾ هذه ﴿العلة﴾ المنصوصة ﴿في غيره﴾ أي غير التمر ﴿كالزبيب

---

(١) الخلاف ١/ ٥٢٦ ، مسألة ٧٢ .

(٢) النهاية ص٣٧٨ .

(٣) وسائل الشيعة ١٢/ ٤٤٥ ، ح١ و٢ .

بالعنب، والبسر بالرطب؟ الاشبه ﴾ عند الماتن ﴿لا﴾ وفاقاً لجماعة من أصحابنا، ومنهم الحلي نافياً الخلاف عنه ، خلافاً لاخرين فنعم ، وهو أحوط .

﴿ولا يثبت الربا بين الوالد والولد ، ولا بين الزوج والزوجة ، ولا بين المالك والمملوك، ولا بين المسلم والحربي﴾ فلكل منهما أخذه من صاحبه بالنص[١] والاجماع ، الا الحربي فلا يجوز له أخذ الربا من المسلم، وفاقاً للاكثر ، وعن صريح الخلاف[٢] وظاهر السرائر الاجماع .

وفي شمول الوالد لمن على والولد لمن سفل، والزوجة للمنقطعة والمملوك للمكاتب نظر ، والاحوط المنع .

﴿وهل يثبت بينه﴾ أي المسلم ﴿ وبين الذمي ﴾ اذا كان بشرائط الذمة ؟ ﴿فيه روايتان[٣]، أشهرهما﴾ بل وأظهرهما ﴿أنه يثبت﴾ وعمل بالاخرى المرتضى وجماعة مدعياً عليه الاجماع، وحملها الاكثر على ما اذا خرج الذمي عن شرائط الذمة، ولا بأس به جمعاً بين الادلة .

﴿و﴾ يجوز أن ﴿يباع﴾ الثوب ﴿بالغزل﴾ مطلقاً ﴿ولو تفاضلا﴾ وكذا كل فرع لايوافق أصله في البيع كيلا ووزناً .

﴿ويكره بيع الحيوان باللحم﴾ مطلقا ﴿ولو تماثلا﴾ واتحدا جنساً نقداً ونسيئة حياً كان المبيع أو مذبوحاً ، على مايقتضيه اطلاق العبارة .

وفاقاً للحلي وعليه الفاضل في بعض كتبه ، وتبعهما المحقق الثاني وشيخنا الشهيد الثاني، لكنهما خصا المسألة بالمجانس والجواز بالحي. واختار الحرمة في غيره .

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/ ٤٣٦ ، ب٧ .

(٢) الخلاف ١/ ٥٣٩ ، مسألة ١٢٨ .

(٣) وسائل الشيعة ١٢/ ٤٣٦ ، ح٣ و٥ .

خلافاً للاكثر فأطلقوا المنع، وان اختلفت عبائرهم في الاختصاص بالمجانس والعموم له ولغيره، ولايبعد ارادتهم الاول، فقد ادعي الاجماع على الجواز في الثاني في كلام جماعة، ولا بأس به ولكن مع الكراهة، كما في ظاهر العبارة لاطلاق بعض الادلة بالمنع. وأما في المجانس فالاقوى فيه التحريم ولو كان المبيع حياً.

ومقتضى النص[1] المنع عن مطلق المعاوضة، ولا كذلك عبائر الجماعة، فانها في المبيع خاصة. وحمل كل منهما على الاخر ممكن، الا أن الوجه الاختصاص بالبيع في الحي والعموم في المذبوح، لوجود شرط الربا فيه.

﴿وقد يتخلص من الربا﴾ حيث يراد بيع أحد الربويين بالاخر متفاضلا بالضميمة ﴿بأن يجعل مع الناقص﴾ منهما أو معهما ان اشتبه ناقصهما ﴿متاع من غير جنسه﴾ أي الناقص، فتكون الضميمة في مقابلة الزيادة.

وذلك ﴿مثل﴾ بيع ﴿درهم ومد من تمر﴾ مثلا ﴿بمدين﴾ منه أو درهمين وأمداد ودراهم، ولايشترط كون الضميمة ذات وقع في مقابل الزيادة، ولاقصد صرف كل الى ما يخالفه.

﴿أو ببيع أحدهما سلعته لصاحبه﴾ بجنس غيرها ﴿ويشتري الاخرى بذلك الثمن﴾ فيسقط اعتبار المساوات. وكذا لو وهبه سلعته ثم وهبه الاخر أو أقرضه ويتباريا أو يتبايعا ووهبه الزيادة، ولكن من غير شرط في الكل، لان الشرط حينئذ زيادة في العوض المصاحب له.

ولايقدح في ذلك كون هذه الامور غير مقصودة بالذات، والعقود تابعة للقصود لان القصد الى عقد صحيح وغاية صحيحة كاف في الصحة، ولايشترط قصد جميع

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/٤٤١، ب١١.

الغايات المترتبة عليه ، ولاخلاف في شيء من ذلك فتوى ونصاً[١].

أحكام بيع الصرف :

﴿ومن هذا الباب الكلام في الصرف، وهو﴾ لغة: الصوت، وشرعاً ﴿بيع الاثمان﴾ وهي الذهب والفضة مسكوكين كانا أملا ﴿بالاثمان﴾.

﴿ويشترط فيه﴾ صحة زيادة على مايشترط في مطلق البيع والربا ﴿التقابض في المجلس﴾ والمراد به الاعم من مجلس العقد كما يأتي، وان اعتبر بالتقابض قبل التفرق .

﴿ويبطل لوافترقا قبله على الاشهر﴾ الاظهر ، وقد استفاض نقل الاجماع عليه . ومقتضى الاصل واختصاص المثبت لهذا الشرط من الفتوى والنص[٢] بالبيع عدمه فيما عداه من مطلق المعاوضة ، وليس كالربا في ظاهر الجماعة.

﴿ولوقبض البعض﴾ خاصة قبل التفرق ﴿صح فيما قبض﴾ وبطل في الباقي وتخيرا معاً في اجازة مايصح فيه وفسخه ، اذالم يكن من أحدهما تفريط في تأخير القبض . ولوكان تأخيره بتفريطهما، فلاخيار لهما . ولواختص به أحدهما سقط خياره خاصة .

﴿ ولوفارق المجلس﴾ الذي وقع فيه العقد حال كونهما ﴿مصطحبين لم يبطل﴾ الصرف .

﴿ولو وكل أحدهما﴾ صاحبه أوأجنبياً ﴿في القبض وافترقا قبله بطل﴾ وان حصل القبض بعد الافتراق، لعدم الشرط وهو التقابض قبل تفارق المتعاقدين.

هذا اذا وكله في القبض دون الصرف، ولو وكله فيه خاصة أومع القبض، فالمعتبر مفارقة الوكيل لمن وقع معه العقد دون المالك .

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/٤٥٥ ، ب٢٠ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/٤٥٧ ، ب٢ .

والضابط: ان المعتبر في التقابض قبل تفرق المتعاقدين، سواءكانا مالكين أووكيلين .

﴿ولو اشترى منه دراهم﴾ بدنانير أوبالعكس ﴿ثم اشترى بها﴾ أي بتلك النقود المبتاعة ﴿قبل القبض﴾ لها من البائع ﴿دنانير﴾ أودراهم ﴿لم يصح﴾ البيع ﴿الثاني﴾ مطلقا، وكذا الاول ان تفرقا قبل التقابض أيضاً على الاشهر.

خلافاً لثاني المحققين والشهيدين في الاول ، فصححاه مع التقابض قبل التفرق كالثاني، الحاقاً له بالفضولي، ولابأس به، وان كان استيناف العقد من الرأس أحوط ، وللحلي في المسألة قول آخر بالتفصيل ضعيف .

﴿ولوكان له﴾ أي لزيد مثلا ﴿عليه﴾ أي على عمرو ﴿دنانير﴾ أودراهم ﴿فأمره أن يحوله الى الدراهم﴾ أوالدنانير في ذمته ﴿وساعره﴾ على ذلك ، بأن عين كلا من العوضين بازاء الاخر ﴿فقبل﴾ عمرو ﴿صح وان لم يقبض﴾ النقود المبتاعة، للموثقين[1] المعلل أحدهما الحكم بمايرجع حاصله الى ماأشار اليه بقوله: ﴿لان النقدين من﴾ شخص ﴿واحد﴾ .

وعمل بهما الاكثر ، وان اختلفوا في التعبير بظاهرهما كالمتن وغيره ، أو جعل الامر بالتحويل فيهما كناية عن التوكيل في طرفي العقد، وبنائه على صحته وصحة القبض اذا توقف البيع عليه بمجرد التوكيل في البيع، ولاريب فيه على هذا التعبير بشرط قبض عين العوضين بعد العقد .

ويحتمل مطلقا ، ولابعد فيه على التعبير الاول بعد ورود النص المعتبر ، فخلاف الحلي ومصيره الى البطلان مطلقا مع ندرته كماقيل ضعيف ، وان كان مراعاته أحوط .

﴿ولايجوز التفاضل في الجنس الواحد منهما﴾ بشيء منهما أو غيرهما

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/٤٦٣ ، ب ٤ .

لكونه رباً .

﴿ويجوز﴾ التفاضل ﴿في المختلف﴾ منهما جنساً، كذهب بفضة وبالعكس بشرط التقابض قبل التفرق .

﴿ويستوى في اعتبار التماثل﴾ المشترط في صحة بيع الربويات مطلقا ﴿الصحيح﴾ منها ﴿والمكسور، والمصوغ﴾ وغيره، فان جيد كل جنس ورديه واحد، فلا ربا مع التماثل في المقدار .

﴿واذا كان في أحدهما غش لم يبع بجنسه﴾ الخالص ﴿الا أن يعلم﴾ زيادة الصافي، ولو على فرض الندرة، أو ﴿مقدار مافيه﴾ أي في المغشوش من الجوهر الخالص ﴿فيزاد الثمن عن قدر﴾ ذلك ﴿الجوهر بما يقابل الغش﴾ ولو يسيراً لم يكن بقيمته [1] بعد أن يكون متمولا عادة .

وتقييد منع البيع بالجنس يقتضي الجواز بغيره على الاطلاق ، ولو حالة الجهل بمقدار المغشوش، وهو كذلك .

ويجوز بيع أحد المغشوشين المتجانسين بالاخر مطلقا ، ولو كان مقدار الخالص منهما مجهولا، بل ولو علم بزيادة الخالص في أحدهما على الخالص في الاخر .

﴿ولا يباع تراب﴾ معدن ﴿الذهب بالذهب . ولا تراب﴾ معدن ﴿الفضة بالفضة﴾ أي ترابهما الخليط بخالصهما مع جهالتهما .

ولو علم زيادة الثمن عما في التراب من جنسه ، لم يصح وان صح في المغشوش، بناءاً على أن التراب لاقيمة له لتصلح في مقابل الزائد .

ومنه يعلم جواز بيع التراب بالخالص مع مساوات مقدار جوهريهما ، لعدم الزيادة أصلا والتراب لعدم قيمة له وجوده كعدمه .

---

(١) فى « خ » : له القيمة .

﴿ويباع﴾ أحد الترابين ﴿بغيره﴾ أي بغير جنسه، نقداً كان أم لا مطلقا .

﴿ولو جمعا﴾ أي الترابان، بأن خلطا ومزجا أو أريد بيعهما في صفقة واحدة معاً ﴿جاز بيعه﴾ أي المجموع ﴿بهما﴾ أي بخالصهما معاً، وان جهل مساوات مقدار الثمن والمثمن منهما للاخر .

ويجوز بيعهما معاً أيضاً بأحدهما ، مع العلم بزيادة الثمن على مجانسه ، بمايصح عوضاً عن الاخر، وأولى منهما بيعهما بغيرهما .

﴿ويباع جوهر الرصاص﴾ بفتح الراء ﴿والنحاس﴾ بضم النون ﴿بالذهب أو الفضة ، وان كان فيه يسير من ذلك﴾ مطلقا ، وان لم يعلم زيادة الثمن عن ذلك اليسير ، ولم يقبض قبل التفرق مايساويه، لانه لقلته مضمحل وتابع غير مقصود بالبيع . ومثله المنقوش منهما على الجدران والسقوف ، بحيث لايحصل منهما شيء يعتد به على تقدير نزعه منهما .

﴿ويجوز اخراج الدراهم﴾ والدنانير ﴿المغشوشة﴾ بنحو من الصفر والرصاص ﴿اذا كانت معلومة الصرف﴾ والرواج بين الناس .

﴿ولو لم تكن كذلك﴾ بل كانت مهجورة لايتعاملون بها ﴿لم يجز﴾ انفاقها ﴿الا بعد بيانها﴾ واظهار غشها ، اذا كان ممالايتساهل به عادة ، بلاخلاف في المقامين .

مسائل تتعلق بالصرف :

وهنا ﴿مسائل:﴾

﴿الاولى: اذا﴾ ابتاع ديناراً بدينار مثلا و ﴿دفع زيادة عما﴾ يجب عليه ﴿للبائع﴾ أو بالعكس ﴿صح﴾ المعاملة، اذا وقعت على العوضين في الذمة ، ولا كذلك لو وقعت على معينين ، من حيث اشتمال أحد العوضين على زيادة

عينية ، وكذلك لو كان الزائد معيناً والمطلق مخصوصاً بقدر ينقص عن المعين بحسب نوعه .

﴿و﴾ حيث صحت المعاملة ﴿تكون الزيادة أمانة﴾ في يد من وقعت في يده، ولايضمنها الا بتعد أوتفريط، اذا علم أن الدفع بطريق الاستئمان بلاخلاف.

﴿وكذا لو﴾ جهل الحال بأن ﴿بان فيه زيادة﴾ خارجة عن العادة ﴿لايكون الا غلطاً أو تعمداً﴾ لا مسامحة عند الاكثر ، خلافاً لبعضهم فيضمنها، وهو أحوط وأولى ان لم يكن أقوى .

﴿ولو كانت الزيادة مما يتفاوت به الموازين﴾ ويتسامح به عادة ﴿لم تجب اعادته﴾ اجماعاً، ولكن يستحب ، بل وربما يتعين لو علم من عادته عدم الزيادة بمثلها الا سهواً، وان كانت معتادة من غيره، فيرجع الى حكم المسألة السابقة.

﴿الثانية : يجوز أن يبدل له درهماً بدرهم ، ويشترط﴾ عليه ﴿صياغة خاتم﴾ عند الشيخ وجماعة، خلافاً لاخرين فتبطل المعاملة، ولايخلو عن قوة.

﴿و﴾ على قول الشيخ ﴿لايتعدي الحكم﴾ الى غير مافي العبارة قطعاً لمخالفته القاعدة، واختصاص النص[1] المثبت له ـ على تقدير تسليمه ـ بمافيها خاصة .

﴿ويجوز أن يقرضه الدراهم﴾ والدنانير ﴿ويشترط﴾ عليه ﴿أن ينقدها بأرض أخرى﴾ وليس ذلك رباً .

﴿الثالثة : ﴾ الضابط في جواز بيع ﴿الاواني المصوغة من الذهب والفضة﴾ معاً بأحدهما، أن يكون في الثمن زيادة على مافي المصوغ من جنسه يقابل الجنس الاخر وان قلت، بعد أن يكون متمولة .

سواء علم مقدار كل منهما أم لا، أمكن تخليصهما أم لا، كان الثمن من جنس

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/ ٤٨٠ ، ب١٣.

النقد الاقل في المصوغ أم الاكثر، وفاقاً لاكثر من تأخر، عملا بالقواعد المتقدمة المقتضية له ولجواز بيعهما معاً بهما كذلك مطلقا[١]، وبغيرهما كذلك .

خلافاً للنهاية [٢] وجماعة فقالوا : ان كان كل واحد منهما معلوماً، جاز بيعه بجنسه من غير زيادة، وبغير الجنس مطلقا[٣] .

و ﴿ان﴾ لم يعلم و ﴿أمكن تخليصهما لم تبع بأحدهما﴾ وبيعت بهما أو بغيرهما .

﴿ وان تعذر ﴾ التخليص ﴿ وكان الاغلب أحدهما بيعت بالاقل ﴾ منهما خاصة ﴿وان تساويا﴾ قدراً ﴿بيعت بهما﴾ معاً أو بغيرهما ، وهذا التفصيل لم نجد له مستنداً .

وهل تكفي غلبة الظن في زيادة الثمن على مجانسته أم لا يعتبر العلم بها ؟ قولان، أجودهما: الثاني، الا اذا احتيج الى البيع وتعسر العلم والبيع بغير الجنس فلا بأس بالظن دفعاً لضرر الحاجة والتخليص .

﴿الرابعة: المراكب والسيوف﴾ ونحوهما ﴿المحلاة﴾ بأحد النقدين ﴿ان علم﴾ ما فيها من ﴿مقدار الحلية﴾ أو ظن على الخلاف ﴿بيعت بالجنس﴾ المحلاة به، لكن ﴿مع زيادة تقابل المراكب أو النصل﴾ وهو حديدة السيف .

وينبغي أن يكون بيعهما بالجنس ﴿نقداً ، ولو بيعت نسيئة نقد من الثمن ما قابل الحلية﴾ ولا بأس بتأخير ما يقابل النصل والمركب .

والظاهر انسحاب الحكم فيما شابه المسألة من الاواني المصوغة من الذهب أو الفضة وضابطه المنع عن بيع أحد النقدين بالاخر نسيئة مطلقا ، ضم اليهما من غير

---

(١) علم مقدارهما أو أحدهما أم لا، أمكن تخليصهما أم لا « منه » .

(٢) النهاية ص٣٨٣ .

(٣) وان زاد « منه » .

جنسهما أم لا .

﴿وان جهل﴾ مقدار الحلية ﴿بيعت بغير الجنس﴾ مطلقا اجماعاً، وبه أيضاً حالا اذا علم زيادته عن الحلية ، وان جهل قدرها مفصلا ، فقد يتفق ذلك أحياناً.

﴿وقيل:﴾ انه ﴿ان أراد بيعها﴾ أي المراكب المحلاة ﴿بالجنس﴾ المحلاة به ﴿ضم اليها شيئاً﴾ آخر ، والقائل الشيخ في النهاية[1].

وحيث ان ظاهره ضمه الى مافيه الحلية أواليها ، نسبه المصنف كالاصحاب الى القيل مشعرين بتمريضه، وذلك من حيث زيادة المحذور فيه،فان المحتاج الى الضميمة انما هو الثمن خاصة، لتقابل مازادعن الحلية، ومع ذلك فلم نقف له على رواية .

﴿الخامسة : لايجوز بيع شيء﴾ مطلقا نقداً كان أوثياباً ﴿ بدينار ﴾ مثلا ﴿غير درهم﴾ اذالم يعرف نسبة الدرهم الى الدينار، نقداً كان أونسيئة بلاخلاف ﴿لانه﴾ أي الثمن حينئذ ﴿مجهول﴾ .

﴿السادسة : مايجتمع من تراب الصياغة﴾ من الذهب والفضة كتراب المعدن ﴿يباع﴾ مع اجتماعهما ﴿بالذهب والفضة أو بجنس غيرهما﴾ معاً ، وبأحدهما بشرط العلم بزيادة الثمن عن مجانسته، ومع الانفراد بغير جنسه .

﴿و﴾ على الصائغ أن ﴿يتصدق به﴾ عن مالكه مع الضمان، بلاخلاف في الاول ﴿لان أربابه لايتميزون﴾ في الغالب، ولو بنحو من العلم بهم في محصورين فلايمكن التخلص من حقهم الابذلك فيجب ، وعلى الاحوط في الثاني لو ظهر المالك ولم يرض به .

ومصرف هذه الصدقة الفقراء، ويجوز الدفع الى القرابة والعيال اذا كانوا بالصفة، بل يستفاد من بعض الاخبار[2] جواز أخذها لنفسه مع فقره أيضاً .

---

(١) النهاية ص٣٨٤ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/ ٤٨٤ ، ب١٦ .

ويلحق بالصياغة ماشابهها من الصنائع الموجبة لتخلف أثر المال، كالحدادة والطحن والخياطة والخبازة .

كل ذا اذا لم يعلم اعراض المالك عنه، والاجاز التملك له والتصرف فيه من غير تصدق .

(الفصل السادس)

(في بيع الثمار)

﴿لايجوز[١] بيع ثمرة النخل قبل ظهورها﴾ وبروزها الى الوجود عامـاً واحداً اجماعاً، وكذا عامين فصاعداً على الاشهر الاقوى ، وفي السرائر الاجماع.

﴿ولا بعد ظهورها﴾ بشرط التبقية أومطلقا ﴿مالم يبد صلاحها، وهو أن يحمر أويصفر﴾ خاصة ﴿على الاشهر﴾ الاظهر في كل من الحكم والتفسير، وفي الغنية والمبسوط[٢] والخلاف[٣] الاجماع على الحكم .

ويقابل الاشهر في قول جماعة من القدماء والمتأخرين بالجواز مع الكراهة.

وفي التفسير قول بعضهم زيادة على مافي العبارة : ببلوغه غاية يومن عليها الفساد . واختاره المصنف في الشرائع[٤] والفاضل في المختلف ، وهما ضعيفان.

﴿نعم لو ضم اليها شيء﴾ يجوز بيعه منفرداً ﴿أو بيعت أزيد من سنة أو بشرط القطع جاز﴾ اجماعاً .

هذا اذا بيعت كذلك بعد الظهور، وأما قبله فلايجوز على الاقوى مطلقا، الا اذا

---

(١) في المطبوع من المتن : لايصح .

(٢) المبسوط ١١٣/٢ .

(٣) الخلاف ٥٤٢/١ ، مسألة ١٣٩ .

(٤) الشرائع ٥٢/٢ .

كانت الضميمة مقصودة بالذات فيجوز قطعاً، ويحتمل مطلقا ولو كانت غير مقصودة الأن التقييد أحوط وأولى .

﴿ويجوز بيعها مع أصولها﴾ مطلقا ﴿وان لم يبد صلاحها﴾ وكان عارياً من الشرائط الثلاثة المتقدمة اجماعاً .

﴿وكذا لايجوز بيع ثمرة الشجرة﴾ قبل ظهورها مطلقا ﴿حتى تظهر و﴾ لا بعد ظهورها سنة حتى ﴿يبدو صلاحها ﴾ويجوز سنتين فصاعداً مطلقا .

﴿وهو﴾ أي بدو الصلاح هنا ﴿أن ينعقد الحب﴾ وان كان في كمام. والاظهر بل الاشهر أنه تناثر الزهر بعد الانعقاد، وبه يحصل الفرق بين الظهور والبدو دون الاول .

وفيه قول آخر: انه تلون الثمرة، أو صفاء لونها، أو الحلاوة، وطيب الاكل في مثل التفاح ، أو النضج في مثل البطيخ ، أو تناهي عظم بعضه في مثل القثاء ، وهو أحوط .

﴿واذا أدرك بعض ثمرة البستان، جاز بيع ثمرته أجمع﴾ بلاخلاف .

واطلاق النص والفتوى يقتضي عدم الفرق في [الضميمة[1]] المدرك بين أن يكون متبوعة أو تابعة، ولاريب في الاول للقاعدة، وكذا الثانية هنا بناءاً على أن المقصود من الضميمة هنا انما هو الخروج عن المنع تعبداً، لالدفع الغرر لاندفاعه بعد الظهور بالمشاهدة .

﴿ولو أدرك ثمرة بستان ، ففي جواز بيع بستان آخر لم يدرك منضماً اليه تردد﴾ ينشأ من تعارض أدلة الجواز، والمنع عن البيع قبل البدو عموماً وخصوصاً ﴿و﴾ لكن ﴿الجواز أشبه﴾ بالاصول، ومع ذلك بين المتأخرين مشهور ، وان كان الاحوط المنع .

﴿ويصح بيع ثمرة الشجرة﴾ بعد انعقاد الحب مطلقا ﴿ولو كان في الاكمام﴾

(١) الزيادة من « خ » .

جمع كمام بكسر الكاف، وهي غطاء الثمرة من النور كالرمان ﴿منضماً الى أصوله﴾ كانت ﴿أو منفرداً﴾ بلاخلاف .

﴿وكذا يجوز بيع الزرع﴾ حال كونه ﴿قائماً﴾ على أصوله مطلقا قصد قصله[1] أم لا ﴿و﴾ كذا ﴿حصيداً﴾ أي محصوداً وان لم يعلم مافيه بلاخلاف ظاهر في شيء من ذلك، الامن الصدوق في المقنع[2] في الاول، حيث اشترط القصل أو كونه سنبلا ، ومراعاته أحوط وأولى .

وظاهر أكثر النصوص[3] والفتاوى أن للمشتري الابقاء الى أوان البلوغ، وعلى البائع الصبر اليه مطلقا وان لم يشترطاه، خلافاً لبعض الاخبار فقيده بصورة الشرط ولعله أحوط .

﴿ويجوز بيع الخضر﴾ كالقثاء والباذنجان والبطيخ والخيار ﴿بعد انعقادها﴾ وظهورها وان لم يتناه عظمها ﴿لقطة ولقطات﴾ معينة معلومة العدد، كما يجوز شراء الثمرة الظاهرة ومايتجدد تلك السنة وفي غيرها مع ضبط السنين .

والمرجع في اللقطة العرف، فما دل على صلاحيته للقطع يقطع ومادل على عدمه لصغره أوشك فيه لايدخل .

﴿وكذا يجوز﴾ بيع مايجز ﴿كالرطبة﴾ بفتح الراء وسكون الطاء نبت خاص قيل: له أوراق صغار ذو بسط في الجملة ، يقال له بالفارسية اسبست كما عن الصحاح والمغرب ﴿جزة وجزات﴾ .

﴿وكذا مايخرط﴾ وأصل الخرط أن يقبض باليد على أعلى القضيب ، ثم يمرها عليه الى أسفله يأخذ منه الورق والمراد هنا مايقصد من ثمرته ورقه ﴿كالحناء

---

(١) قصل قصلا الشيء : قطعه .

(٢) المقنع ص١٣٢ .

(٣) وسائل الشيعة ١٣/ ٢٠، ب١١ .

والتوت﴾ بالتائين من فوق ﴿خرطة وخرطات﴾ .

﴿ولو باع الاصول من النخل بعد التأبير ، فالثمرة للبائع﴾ .

﴿وكذا﴾ لو باع ﴿الشجرة بعد انعقاد الثمرة﴾ كانت للبائع ، مستورة كانت أم بارزة ﴿مالم يشترطها﴾ أي الثمرة ﴿المشتري﴾ فتدخل في المقامين ، وقد مر الكلام فيهما فلاوجه لاعادته هنا .

﴿و﴾ حيث ماكانت الثمرة للبائع وجب ﴿عليه﴾ أي على المشتري ﴿تبقيتها الى أوان بلوغها﴾ وأخذها عرفاً بحسب تلك النخلة والشجرة، من بسر أورطب، أوتمر، أوعنب ، أوزبيب .

وان اضطرب العرف فالاغلب، ومع التساوي ففي الحمل على الاقل أوالاكثر أواعتبار التعيين والافيبطل أوجه، والاحتياط واضح.

﴿ويجوز أن يستثني البائع ثمرة﴾ شجرة معينة ، أو ﴿شجرات بعينها، أو حصة مشاعة﴾ كالنصف والثلث ﴿أو أرطالا معلومة﴾ بحيث يزيد عنها بقدر ما يقابل الثمن بلاخلاف، الا من الحلبي في الاخير فمنع عنه، وهو ضعيف، وان كان مراعاته أحوط .

﴿ولو خاست الثمرة﴾ بأمر منه سبحانه ﴿سقط من الثنيا﴾ أي المستثنى ﴿بحسابه﴾ ونسبته الى الاصل في الصورتين الاخيرتين ، بخلاف الاولى فان استثنائها كبيع الباقي منفرداً ، لامتياز حق كل عن صاحبه ، بخلاف الاخيرتين فانه فيهما شائع في الجميع ، فيوزع الناقص عليهما اذاكان التلف بغير تفريط .

وطريق توزيع النقص على الحصة المشاعة جعل الذاهب عليهما والباقي لهما وأمافي الارطال المعلومة فيعتبر الجملة بالتخمين وينسب اليها المستثنى، ثم ينظر الذاهب فيسقط منه بتلك النسبة .

﴿ولايجوز بيع ثمرة النخل بتمر منها﴾ اجماعاً ﴿وهي المزابنة﴾ .

﴿وهل يجوز﴾ بيعها ﴿بتمر من غيرها ؟ فيه قولان ، أظهرهما﴾ وأشهرهما سيما بين المتأخرين ﴿المنع﴾ .

﴿وكذا لايجوز بيع السنبل بحب منه﴾ اجماعاً ﴿وهي المحاقلة﴾ .

﴿وفي﴾ جواز ﴿بيعه بحب من غيره قولان ، أظهرهما﴾ وفاقاً للمرتضى ﴿التحريم﴾ والقول الثاني في المقامين للنهاية[1] وجماعة .

وهل يختص المنع بالمزابنة والمحاقلة أم يعم مايشابهها؟ فلا يحل بيع باقي الثمار على أصولها مطلقا منها أو من غيرها قولان، أحوطهما: الثاني، وان كان الاظهر الاول وفاقاً لجمع .

﴿ويجوز بيع العرية بخرصها﴾ اجماعاً نصاً[2] وفتوى، وبهما يخص عموم أدلة المنع عن المزابنة . ﴿وهي النخلة﴾ الواحدة التي ﴿تكون﴾ للرجل ﴿في دار﴾ رجل ﴿آخر﴾ فيجوز له أن يبيعها بخرصها، واكتفى عنه المصنف بقوله ﴿فيشتريها صاحب المنزل بخرصها تمراً﴾ من غيرها .

وظاهر النص والمتن أن العرية ما تكون في الدار خاصة ، والاظهر تعميمها لما تكون في البستان ، كما عليه الاكثر وفي كلام جمع الاجماع ، وحكي عن جماعة من أهل اللغة، بل ويمكن التعدية الى الخان ونحوه ، والى مستعير الدار ومستأجرها . نعم لابد من البيع من صاحب الدار دون غيره ، كما هو ظاهر الاصحاب .

ولاعرية فيما عدا النخلة، ولافي المتعددة منها، الامع تعدد الموضع أو المالك لاالعقد ولا بتمر منها مطلقا وفاقاً للاكثر .

والمراد بخرصها البيع بمقدارها ، فلو اشتراها بزائد أو ناقص لم يجز

---

(١) النهاية ص٤١٦ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/ ٢٥ ، ب١٤ .

اتفاقاً .

والمعتبر فيه المماثلة بين ثمرة النخلة عند صيرورتها تمراً وبين التمر الذي هو الثمن، وقيل : بين ما عليها رطباً وبين التمر . والاول أشهر .

ولايعتبر مطابقة ثمرتها جافة لثمنها في الواقع، بل في ظن الخارص عند العقد فلو زادت عند الجفاف عنه أو نقصت لم يقدح في الصحة ، وقيل : يقدح . والاول أظهر .

ولا يشترط التقابض في المجلس على الاظهر الاشهر ، وقيل : نعم ، ولعله أحوط .

﴿ويجوز بيع الزرع قصيلا﴾ أي مقطوعاً بالقوة، بأن شرط قطعه قبل حصاده ﴿وعلى المشترى قطعه﴾ عملا بالشرط .

﴿ ولو امتنع فللبائع ازالته ﴾ وتفريغ أرضه منه ، اما مطلقاً كما عند جماعة ، أو بشرط الاذن من الحاكم ، أو تعذره كما هو الاقوى ، وفاقاً لشيخنا الشهيد الثاني .

وله المطالبة بأجرة أرضه عن المدة التي بقي فيها، بعد امكان قصله مع الاطلاق وبعد المدة التي شرطا قصله فيها مع التعيين .

ولو كان شراؤه قبل أوان قصله، وجب على البائع الصبر الى أوان بلوغه مع الاطلاق ، كما لو باع الثمرة والزرع للحصاد .

﴿ولو تركه﴾ أي البائع القصل ﴿ كان له﴾ ذلك و ﴿أن يطالبه﴾ أي المشتري ﴿بأجرة أرضه﴾ عن زمان العدوان وأرش النقص في الارض ان حصل بسببه ، اذا كان التأخير بغير رضاه .

﴿ويجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمرة﴾ على أصولها ﴿بزيادة﴾ أو نقص ﴿عن الثمن قبل قبضها﴾ بلاخلاف هنا، وان قيل بالمنع فيما عداه ﴿على كراهية﴾

ولعله لاطلاق بعض الاخبار[١] والفتاوى بالمنع .

﴿ولو كان بين اثنين﴾ أو جماعة ﴿نخل﴾ أو زرع أو شجر ﴿فتقبل أحدهما بحصة صاحبها﴾ أي الثمرة المدلول عليها بالنخل، مع أن في بعض النسخ صاحبه[٢] ﴿من﴾ نفس ﴿الثمرة﴾ خاصة، كما يستفاد من جماعة، أو من ثمرة مطلقاً ولو من غيرها كما من آخرين ﴿بوزن معلوم صح﴾ للصحاح[٣].

وبها مضافاً الى عدم الخلاف الامن الحلي يقيد أخبار المنع عن المزابنة والمحاقلة ان جعلنا هذا التقبيل بيعاً ، والا فهي معاملة خاصة .

وظاهرها تأديتها بما دل على ما اتفقا عليه بأي عبارة، خلافاً للمحكي عن الجماعة فاشترطوا في صيغتها الوقوع بلفظ القبالة، وهو غير ظاهر المستند، وان كان أحوط . وظاهر بعضها أن المتقبل يملك الزائد وعليه الناقص .

وأما الحكم بأن قرارها مشروطة بسلامة الثمرة من الافة الالهية ، بحيث لو حصلت فسدت ورجع الامر الى ما كان عليه من الشركة ، فلم أقف له على حجة وان ذكره جماعة .

فالمتجه ـ وفاقاً لجماعة ـ عدم اشتراط السلامة في الصحة، ان لم يشترط كون الثمن من نفس الثمرة ، أو اشترط ولم ينزل على الاشاعة .

ولو كان النقص لا بآفة بل بخلل في الخرص ، لم ينقص شيء . وكذا لو كان بتفريط المتقبل .

والاظهر أن هذه المعاملة لازمة لا يجوز الرجوع فيها بعد جريان الصيغة، كسائر العقود اللازمة .

﴿واذا مر الانسان بثمرة النخل﴾ والفواكه ﴿جاز له أن يأكل مالم يضر﴾

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٣ ، ب٧ .

(٢) كما في المطبوع من المتن .

(٣) وسائل الشيعة ١٨/١٣ ، ب١٠ .

به ويفسده، بأن يأكل منه كثيراً بحيث يؤثر فيها أثراً بيناً، ويصدق معه مسماه عرفاً. ويختلف ذلك بكثرة المادة وقلتها، وليس من هذا الشرط الافساد بكسر الغصن.

﴿أو يقصد﴾ المرور اليه، بل يكون مروره اليه اتفاقاً، بأن يكون الطريق قريبة منها، بحيث يصدق المرور عرفاً، لا أن يكون طريقه على نفس الشجرة.

﴿ولا يجوز أن يأخذ معه شيئاً﴾ اجماعاً، وقد جعل هذا أيضاً جماعة شرطاً ولا دليل عليه بل ولا على الثاني ان لم يكن اجماعاً، ولكن اشتراطهما بل واشتراط عدم العلم بكراهة المالك وعدم ظنها وكون الثمرة على الشجرة أيضاً أحوط وأولى.

﴿وفي جواز ذلك﴾ أي الاكل مع الشروط ﴿في غير النخل من الزرع والخضر تردد﴾ ينشأ: من اختلاف النصوص[1]، واعتضاد المانع منها بنص الكتاب والاعتبار، والمجوز منها بالشهرة بين الاصحاب، والاول أحوط وان كان الثاني أظهر.

والمنشأ جار في النخل أيضاً، الا أن الجواز فيه أقوى منه هنا، لقوة الشهرة فيه حتى ادعى فيه جماعة الاجماع، ولا كذلك المقام. ولا ريب أن التورع عنهما أحوط وأولى، وان كان وجهه هنا آكد وأقوى.

(الفصل السابع)

(في بيع الحيوان)

﴿اذا تلف الحيوان﴾ المبيع ﴿في﴾ الثلاثة أيام التي هي ﴿مدة الخيار﴾ فيه ﴿فهو من مال البائع﴾ مطلقا ﴿واو كان بعد القبض﴾ له من المشتري ﴿اذا لم يكن﴾ التلف ﴿بسببه﴾ أي المشتري ﴿ولا عن تفريط منه﴾ فان التلف

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٤، ب٨.

في زمن الخيار ممن لاخيار له كما مر .

﴿ولا يمنع العيب الحادث﴾ فيه من غير جهة المشتري في زمن الخيار ﴿من الرد بـ﴾ أصل ﴿الخيار﴾ مطلقاً بلا خلاف ، لانه مضمون على البائع بالاجماع . وفي جواز الرد بالعيب السابق أيضاً قولان، الاظهر وفاقاً للاكثر نعم وان كان الاحوط لا .

وتظهر الثمرة فيما لو اسقط الخيار الاصلي والمشترط أو مضي الثلاثة، فله الرد على المختار ، ولا على غيره .

ولو كان حدوثه بعد الثلاثة ، منع الرد بالعيب السابق ، لكونه غير مضمون على البائع مع تغيير المبيع ، فان رده مشروط بعدمه ، فله الارش حينئذ خاصة بالعيب السابق .

﴿ واذا بيعت الحامل فالولد للبائع على الاظهر ﴾ الاشهر ﴿ مالم يشترط المشتري﴾ دخوله فيدخل كمامر .

﴿ ويجوز ابتياع بعض الحيوان مشاعاً ﴾ مع التعيين كالنصف والربع ، ولايجوز مفروضاً ، ولو كان رأساً أو جلداً ، ولا غيره كشيء أو جزء اجماعاً في الجميع .

﴿و﴾ أما ﴿لو باع﴾ الشاة مثلا ﴿واستثنى الرأس أو الجلد﴾ منها ﴿ففي رواية [1] السكوني ﴾ وغيرها أن البائع ﴿يكون شريكاً بنسبة قيمة ثنياه﴾ أي مستثناه . فلو قوم الشاة جميعها بعشرة وبدون المستثنى بتسعة ، يكون البائع شريكاً بالعشر .

---

(١) وسائل الشيعة ١٣ / ٤٩ ، ح٢ .

وأفتى بها الشيخ في النهاية[١] والمبسوط[٢] والخلاف وفيه الاجماع ، وتبعه القاضي .

ولضعفها سنداً ومخالفتها الاصول طرحها الاصحاب رأساً، وان اختلفوا في المسألة بعد ذلك على أقوال ، ثالثها التفصيل بين مذبوح الحيوان فيصح البيع والشرط معاً وحيه فيفسدان ، وهو الاقوى .

﴿ولو اشترك جماعة في شراء الحيوان واشترط أحدهم الرأس والجلد بماله﴾ من الثمن ﴿كان له منه﴾ أي من المبيع ﴿بنسبة ما نقد لا ما شرط﴾ للحسن[٣] ، بل ربما عد من الصحيح .

ولا خلاف فيه الا من شيخنا الشهيد الثاني وبعض متابعيه ، فجعلوا الحكم فيه وفيما سبق واحداً ، وهو حسن ان لم يكن انعقد الاجماع على خلافه ، وربما احتمله المحقق الثاني، ولعله وجه الفرق بينهما في العبارة ونحوها من التردد في الاول والجزم بالحكم هنا، وهو حسن ان تم، والا فمجرد صحة السند غير كاف في الخروج عن مقتضى الاصول، ومع ذلك فالاحوط مراعاتها .

﴿ولو قال : اشتر حيواناً بشركتي﴾ أو بيننا ﴿صح﴾ البيع لهما ﴿وعلى كل واحد﴾ منهما ﴿نصف الثمن﴾ لاغير، وان أدى أحدهما الجميع باذن الاخر صريحاً أو فحوى، ولو بمقتضى العادة لهما في الانقاد عنه لزمه العقد له والافلا.

ولو تلف المبيع بعد قبضه باذن الاخر ولو فحوى، فهو منهما ويرجع على الاخر بما نقد عنه، اذا كان باذنه لامطلقا .

﴿ولو﴾ زاد على ذلك و ﴿قال:﴾ اشتر على أن يكون ﴿الربح لنا﴾ أي

---

(١) النهاية ص٤١٣ .

(٢) المبسوط ص١٦٥ .

(٣) وسائل الشيعة ١٣/٤٩، ح١ .

بيننا ﴿ولا خسران عليك﴾ ان حصل ﴿لم يلزم الشرط﴾ عند جماعة ، خلافاً لاخرين فأجازوه .

﴿و﴾ يعضدهم زيادة على العمومات ما ﴿في رواية[1]﴾ صحيحة من أنه ﴿اذا شارك﴾ رجل ﴿في جارية﴾ له ﴿وشرط للشريك الربح دون الخسارة جاز﴾ اذا طابت نفس صاحب الجارية، ونحوها أخرى . لكن الدلالة ضعيفة ، وسيأتي الكلام في نظير المسألة في كتاب الشركة .

﴿ويجوز النظر الى وجه المملوكة ومحاسنها اذا أراد شراءها﴾ اذا لم يكن بتلذذ وريبة اجماعاً، بل جوز في التذكرة النظر الى ماعدا العورة، ولكن الاحوط خلافه .

﴿ويستحب لمن اشترى رأساً﴾ أي رقيقاً ، ذكراً كان أو أنثى ﴿أن يغير اسمه﴾ عند شرائه، بل قيل: مطلقا ولو بالانتقال بنحو من الهبة والصلح .

﴿و﴾ أن ﴿يطعمه شيئاً حلواً، ويتصدق عنه بأربعة دراهم﴾ شرعية .

﴿ويكره أن يريه ثمنه في الميزان﴾ بل قيل: بالكراهة حيث كان .

مسائل تتعلق ببيع الحيوان :

﴿ويلحق بهذا الباب مسائل: ﴾

﴿الاولى: المملوك يملك فاضل الضريبة﴾ فعيلة بمعنى المفعول، والمراد بها مايؤدي العبد الى سيده من الخراج المقدر عليه، كما عن الصدوق والاسكافي وغيرهما .

﴿وقيل:﴾ انه ﴿لايملك شيئاً﴾ مطلقا، الا أن يأذن له المولى في التصرف فيحصل له اباحته خاصة، والقائل الاكثر، وفي كلام جمع الاجماع، وهو الاظهر.

﴿الثانية : من اشترى عبداً﴾ مثلا وكان ﴿له مال، كان ماله للبائع﴾ مطلقا ﴿الا مع الشرط﴾ للمشتري فيكون له، على الاظهر الاشهر .

---

(١) وسائل الشيعة ١٣ / ٤٢، ح ١ .

وقيل: بأنه للبائع مع جهله، وللمشتري مع علمه، وهوضعيف.

وعلى تقدير الدخول ينبغي أن يراعى فيه شروط البيع، من كونه معلوماً لهما أومافي حكمه، وسلامته من الربا، بأن يكون الثمن مخالفاً لجنسه الربوي أوزائداً عليه وقبض مقابل الربوي في المجلس ان كان صرفاً، وغيرها من الشروط.

﴿الثالثة: يجب على البائع﴾ ومن في حكمه ان قلنا بالحاقه به ﴿استبراء الامة﴾ الموطوءة له حال بلوغها، في قبل أودبر عزل أم لا ﴿قبل بيعها﴾ بل مطلق الانتقال، على الاشهر الاقوى، بترك وطيها مطلقا ولو دبراً، دون سائر الاستمتاعات في زمان يأتي عليها ﴿بحيضة﴾ واحدة ان لم تبع في أثنائها، والا فيكفي تمامها على الاشهر الاقوى ﴿ان كانت ممن تحيض﴾ وحدها شرعاً البالغة تسع سنين.

﴿وبخمسة وأربعين يوماً﴾ من حين الوطي ﴿ان لم تحض﴾ بعد أو انقطع عنها حيضها ﴿وكانت في سن من تحيض﴾.

﴿وكذا يجب الاستبراء﴾ كماً وكيفاً ﴿على المشتري اذا لم يستبرءها البائع﴾ مطلقا علم بوطيه لها أوجهل، ولايجب اذا علم العدم.

هذا، والاحوط ترك سائر الاستمتاعات وعدم الاكتفاء بتمام الحيضة حيث تباع في الاثناء، بل حتى تستأنف أخرى، بل وحيضتين مطلقا كمافي الصحيحين[1] ولا بخمسة وأربعين يوماً حيث تكون هي المقدر، بل حتى تمضي عليها ثلاثة أشهر.

وماذكرناه من تعميم الوطي للدبر مطلقا أشهر وأحوط، وان كان في تعينه على اطلاقه نظر.

﴿ويسقط الاستبراء عن الصغيرة﴾ الغير البالغة ﴿واليائسة﴾ عن المحيض

(١) وسائل الشيعة ١٤/٥٠٤ ح٥ و ٥٠٨ ح١.

بالبلوغ الى سن اليأس ﴿والمستبرأة﴾ بلاخلاف في الثلاثة ﴿و﴾عن ﴿الامة المرأة﴾ الا مع العلم بالدخول عندها المحرم أو المطلق، فيجب الاستبراء على الاقوى .

﴿ويقبل قول﴾ البائع ﴿العدل اذا أخبر بالاستبراء﴾ أو عدم الوطي . وقيل : لايقبل، بل لابد من الاستبراء . وهوأحوط، وانكان القبول أظهر وفاقاً للاكثر .

وهل المعتبر العدالة كمافي ظاهر العبارة أم يكفي الوثوق والامانة؟ الاحوط الاول، وانكان الثاني لايخلو عن قوة .

﴿ولا﴾ يجوز أن ﴿توطأ﴾ الامة ﴿الحامل قبلا حتى تمضي لحملها أربعة أشهر﴾ كماعليه جماعة، وزاد آخرون عشراً .

ولاريب في الحرمة قبل انقضاء هذه المدة، وان قيل بالجواز مع الكراهة لضعفه في الغاية . وفيها بعدها أقوال مختلفة، أظهرها ثبوتها الى الوضع وفاقاً لجماعة .

ويختص المنع بالوطي قبلا وفاقاً للاكثر، وانكان مطلقا ـ ولودبراً كماقيل به ـ أحوط وأولى .

﴿ولو وطئها عزل﴾ عنها استحباباً ﴿ولولم يعزل كره له بيع ولدها﴾ بل حرم وفاقاً لجمع وفي الغنية الاجماع .

﴿واستحب أن﴾ يعتقه و ﴿يعزل له من ميراثه قسطاً﴾ يعيش به، والاحوط وجوبهما .

﴿الرابعة: يكره التفرقة بين الاطفال وأمهاتهم حتى يستغنوا﴾ عنهن .

﴿و﴾ اختلف في ﴿حده﴾ أي الاستغناء ، فقيل : ﴿سبع سنين﴾ مطلقا ﴿وقيل : أن يستغني عن الرضاع﴾ كذلك . وقيل: بالتفصيل بين الانثى فالاول

والذكر فالثاني . وقيل فيه أقوال أخر مبنية عند جماعة على الاختلاف في الحضانة .

وسيأتي انشاء الله سبحانه ترجيح الثالث ثمة ، الا أنه لااشعار في شيء من نصوص[1] المسألة بشيء من الاقوال المزبورة ، بل هي بخلاف بعضها ظاهرة . ولايترك الاحتياط في المسألة سيما على القول بالحرمة المشار اليه :

﴿ومنهم﴾ كالاسكافي والمفيد والقاضي وغيرهم بل المشهور كما قيل ﴿من حرم﴾ التفرقة ، ولايخلو عن قوة .

والاصح تعميم المنع الى غير الام من الارحام المشاركة لها في الشفقة والاستيناس، كالاب والاخ والبنت والعمة والخالة، وتخصيصه بصورة عدم المراضات.

ولايتعدي المنع الى البهيمة ، بل يجوز التفرقة بينهما بعد الاستغناء عن اللبن مطلقاً ، وقبله ان كان مما يقع عليه الزكاة ، أو كان له مايمونه من غير لبن أمه . قيل : وموضع الخلاف بعد سقي الام اللبأ[2]، أما قبله فلايجوز مطلقاً .

﴿الخامسة : اذا وطىء المشتري الامة﴾ المبتاعة جهلا منه بالغصبية ﴿ثم بان﴾ وظهر ﴿استحقاقها﴾ لغير البائع بالبينة ونحوها ﴿ انتزعها ﴾ المالك ﴿المستحق﴾ لها .

﴿وله﴾ أي للمالك ﴿عقرها﴾ أي ﴿نصف العشر﴾ من ثمنها ﴿ان كانت ثيباً ، والعشر﴾ منه ﴿ان كانت بكراً﴾ على الاشهر ، وفي الخلاف الاجماع .

﴿ وقيل : يلزمه مهر أمثالها ﴾ والقائل الشيخ والحلي ، والاول أقوى . ولافرق في ثبوت العقر أو المهر بالوطي ، بين علم الامة بالحالة وجهلها بها على الاقوى .

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ٤١ ،ب١٣ .

(٢) اللبأ : أول اللبن فى النتاج .

﴿وعليه﴾ اجرة المنافع المستوفات له منها و ﴿قيمة الولد يوم سقط حياً﴾ ان كان قد أولدها وفاقاً للاكثر ، وفي الخلاف الاجماع . وقيل : برقية الولد . وفيه ضعف .

﴿ويرجع بالثمن وقيمة الولد على البائع﴾ مع جهله بالاستحقاق، ولايرجع مع العلم به ، ولو علم مع ذلك بتحريم الوطي ، كان زانياً والولد رق ، وعليه الحد بموجب الزنا والمهر اتفاقاً .

ولو اختلف حاله ، بأن كان جاهلا عند البيع ثم تجدد له العلم ، رجع بما غرمه حال الجهل وسقط الباقي .

﴿وفي رجوعه بالعقر﴾ مع الجهل ﴿ قولان ، أشبههما ﴾ عند المصنف ﴿الرجوع﴾ ولكن الاحوط العدم .

﴿السادسة: يجوز ابتياع مايسبيه الظالم﴾ مطلقاً مسلماً كان أو كافراً ﴿وان كان للامام عليه السلام بعضه ﴾ فيما لو أخذ غيلة ونحوها مما لاقتال فيه ، فانه لاخذه وعليه الخمس ﴿أوكله﴾ فيما لوأخذ بالقتال بغير اذنه عليه السلام، فانه حينئذ له عليه السلام على الاظهر الاشهر ، كما مر في بحث الخمس ، وهو مباح اما الان كما مضى ، واما غيرنا ، فعن الاصحاب أنه تقر يده عليه ويحكم له بظاهر الملك ، فلايؤخذ من دون رضاه مطلقاً، فان كان اجماع والا فما ذكروه محل شبهة، الا أن الاحوط ماذكروه .

﴿ولو اشترى أمة سرقت من أرض الصلح ردها على البائع واستعاد ثمنها﴾ منه ان كان حياً .

﴿فان مات﴾ البائع ﴿ولاعقب﴾ ولاوارث ﴿ له سعت الامة في ﴾ ثمن

﴿ رقبتها[١] على رواية[٢] مسكين السمان ﴾ الصحيحة اليه القاصرة بجهالته ، ولكن عمل بها النهاية[٣] والقاضي والشهيد الاول ، وفيها مضافاً الى ضعف السند مخالفته للاصول الشرعية .

﴿وقيل : يحفظها﴾ وجوباً ﴿كاللقطة﴾ والقائل الحلي .

﴿ولو قيل : تدفع الى الحاكم﴾ الشرعي بعد تعذر الدفع الى المالك ونائبه ﴿ولاتكلف﴾ الامة ﴿ السعي ﴾ لاداء الثمن ﴿كان حسناً﴾ وعليه أكثر المتأخرين، أخذاً بالاصول وطرحاً للخبر بما فيه من القصور، ويجب على الحاكم حفظها ليوصلها الى مالكها .

﴿السابعة : اذا دفع﴾ رجل ﴿الى﴾ عبد لغيره ﴿مأذون﴾ منه للتجارة ﴿مالا ليشتري﴾ ببعضه ﴿نسمة ويعتقها﴾ عنه ﴿ويحج﴾ عنه ﴿ببقية المال ، فاشترى﴾ المأذون ﴿أباه وتحاق﴾ أي تخالف في الحق كل من ﴿مولاه ومولى الاب﴾ المعتق ﴿وورثة الامر بعد العتق والحج، وكل يقول : اشترى﴾ العبد ﴿بمالي، ففي رواية[٤] ابن أشيم﴾ بفتح الهمزة وسكون الشين المعجمة وفتح الياء المنقطة تحتها عن أبي جعفر عليه السلام الواردة في القضية أنه ﴿مضت الحجة ويرد المعتق على مولاه رقاً، ثم أي الفريقين أقام البينة ،كان له رقاً ﴾.

﴿وفي المستند ضعف﴾ بجهالة الراوي أو غلوه، ومخالفة المتن لاصول المذهب ﴿و﴾ لذلك حصل ﴿في﴾ صورة ﴿الفتوى﴾ في المسألة ﴿اضطراب﴾ واختلاف فبين من عكف على ظاهر الرواية كالقاضي والنهاية[٥]، وبين من حكم لمولى

---

(١) في المطبوع من المتن : قيمتها .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/٥٠، ح١ .

(٣) النهاية ص٤١٤ .

(٤) وسائل الشيعة ١٣/٥٢ ، ب٢٥ .

(٥) النهاية ص٤١٤ .

المأذون بعد حلفه باسترقاق العبد المعتق كالمصنف في الشرائع[١] وجماعة .

﴿و﴾ قال هنا: انه ﴿يناسب الاصل﴾ في المسألة ﴿الحكم بامضاءمافعله المأذون مالم تقم بينة تنافيه﴾وتبعه ابن فهد في الشرح، وقواه في الدروس اذاأقر بذلك ، قال: الأن فيه طرحاً للرواية المشهورة . وفيه مناقشة .

هذا كله مع عدم البينة، ومعها تقدم ان كانت لواحد، وان كانت لاثنين أوللجميع بني على تقديم بينة الداخل أوالخارج عند التعارض ، فعلى الاول الحكم لمولى المأذون من غير يمين، وعلى الثاني يتعارض الخارجان، والاقوى تقديم بينة الدافع مع احتمال تقديم بينة مولى الاب .

﴿الثامنة: اذا اشترى﴾ رجل من غيره ﴿عبداً﴾ في الذمة ﴿فدفع البائع اليه عبدين ليختار أحدهما،فأبق واحد﴾ منهما من يده من دون تفريط ﴿قيل:﴾ كما عن الطوسي والقاضي ﴿يرتجع﴾ المشتري ﴿نصف الثمن﴾ من البائع، ويأخذ في الفحص عن الابق .

﴿ثم ان وجده﴾ ردالثمن المرتجع و﴿تخير﴾ بينهما واختار أيهما شاء ﴿والا﴾ يجده ﴿كان﴾ العبد ﴿الاخر﴾ الموجود ﴿بينهما نصفين﴾ لرواية السكوني[٢] ﴿وفي الرواية ضعف﴾ من حيث السند بالراوي، والمتن بمخالفته لاصول المذهب .

﴿و﴾ حينئذ المعتمد الرجوع الى ما ﴿يناسب الاصل﴾ وهو ﴿ان يضمن﴾ المشتري ﴿له﴾ أي للبائع ﴿الابق﴾ ان فرط فيه قطعاً، أومطلقا ان قلنا بضمان نحو المقبوض بالسوم ﴿ويطالبه بما ابتاعه﴾ منه في الذمة .

﴿ولو ابتاع عبداً من عبدين﴾ أي أحدهما كلياً ﴿لم يصح﴾ على الاشهر

---

(١) شرائع الاسلام ٢/ ٦٠ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/ ٤٤ ، ب١٦ .

الاقوى. ولافرق بين أن يكونا متساويين في القيمة والصفات أم مختلفين فيهما ، للاشتراك في العلة المقتضية للبطلان .

﴿وحكى الشيخ في الخلاف[١]﴾ في باب البيوع عن رواية الاصحاب ﴿الجواز﴾ على الاطلاق ، مدعياً عليه الاجماع ، لكنه رجع عنه في باب السلم .

﴿التاسعة: اذا وطىء أحد الشريكين﴾ مثلا ﴿الامة﴾ المشتركة بينهما فعل حراماً و ﴿سقط من الحد ماقابل نصيبه﴾ ونصيب شريكه اذا كان بحكمه ، كالولد فانه لاحد على الاب في نصيب ابنه ، كما لا حد عليه لو كانت باجمعها لابنه .

﴿وحد للباقي مع انتفاء الشبهة﴾ بماقابله ، وهو النصف في المثال ، وقس عليه الغير .

وطريقه مع عدم الاحتياج الى تبعيض الجلدة الواحدة واضح ، وأمامعه فالاظهر الاخذ بنصف السوط أوربعه وهكذا ، ومع الشبهة بنحو من توهم حل الوطي من حيث الشركة يدرأ الحد عنه بالكلية .

﴿ثم ان حملت﴾ منه ﴿قومت عليه حصص الشركاء﴾ وأخذت منه خاصة دون ماقابل نصيبه .

ومقتضى النص[٢] الاخذ مع اختلاف القيم بأعلاها ، من قيمة الشراء وقيمتها يوم الوطي. وفيه أقوال أخر ، ودوران الالزام بالقيمة مدار افساد الامة ، وليس الا الاحبال لا الوطي خاصة ، وعلى هذا الاكثر .

---

(١) الخلاف ١/ ٦٠٠ ، مسألة ٣٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/ ٤٥ ، ب١٧ .

﴿وقيل:﴾ كما عن النهاية[١] انها ﴿تقوم بمجرد الوطي﴾ والاول أظهر، ولكن الثاني مع رضاء الطرفين أحوط.

﴿وينعقد الولد حراً﴾ مطلقا واو كان الوطي عن زنا في ظاهر اطلاق العبارة وصريح جماعة، وهو ظاهر النصوص. ولعله وجه الحكمة أنه ليس زناءاً محضاً، بسبب ملكه لبعضها الموجب للفراش، كما صرح في بعضها، ومن هنا حكم جماعة بأن الواجب هنا من الحد الجلد خاصة وان كان محصناً، لانه الذي يقبل التبعيض، وهو حسن.

﴿و﴾ يجب ﴿على الواطي قيمة حصص الشركاء منه﴾ أي من الولد، والمعتبر قيمته ﴿عند الولادة﴾ والسقوط حياً، وأرش العقر بسبب الوطي، سواء كانت بكراً أم ثيباً، وهو العشر أو نصفه مستثنى منهما قدر نصيبه، وفاقاً لجماعة وان خلت عنه العبارة، أخذاً بظاهر النصوص[٢]، وليس فيها اضافة أرش البكارة، بل ظاهرها التداخل، وأنه هو الزائد على عقر الثيبة.

ولا تدخل الامة في ملك الواطي بمجرد الحمل، بل بالتقويم ودفع القيمة أو الضمان مع رضاء الشريك فكسبها قبل ذلك للجميع، وكذا حق الاستخدام.

ولو سقط الولد قبل التقويم، استقر ملك الشركاء.

﴿العاشرة: المملوكان المأذونان لهما في التجارة اذا ابتاع كل منهما﴾ لمولاه ﴿صاحبه﴾ من مولاه ﴿حكم للسابق﴾ منهما عقداً، ولو بتقديم قبوله على قبول الاخر من غير توقف على اجازة، وللاخر أيضاً اذا كان معها، والابطل، لبطلان الاذن بزوال الملك، الا أن يكون بطريق الوكالة، فيصح مطلقا.

والفرق بين الاذن والوكالة أن الاذن ما جعلت الاستنابة فيه تابعة للملك، يزول عرفاً بزواله بالبيع ونحوه. والوكالة ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقا.

---

(١) النهاية ص٤١٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/ ٣٨٩، ب٢٢.

والفارق بينهما مع اشتراكهما في الاذن المطلق اما تصريح المولى بالخصوصيين أودلالة القرائن عليه، ومع عدمها فالظاهر حمله على الاذن .

وعلى ماذكرنا يحمل اطلاق العبارة ببطلان اللاحق، بحمله على عدم اللزوم المطلق المتردد بين البطلان بالمعنى الاخص والاعم .

﴿ولواشتبه﴾ السابق أوالسبق ﴿مسحت الطريق﴾ التي سلكها كل واحد منهما الى مولى الاخر ﴿وحكم﴾ بالسبق ﴿للاقرب﴾ منهما طريقاً، مع تساويهما في المشي قوة وضعفاً ، وفاقاً للشيخ للخبر[١].

وضعف سنده يمنع عن العمل به، ولذا أعرض عنه الحلي وأكثر المتأخرين فأوجبوا الرجوع الى مقتضى الاصل، وان اختلفوا فيه قولين :

أحدهما ـ القرعة من غير فرق بين صورتي الاشتباه في السبق أوالسابق، وقيل بها في الثانية وبالبطلان في الاولى كصورة الاقتران، والاولى أقوى، وعليه تستخرج في الصورة الثانية برقعتين يكتب في احداهما السابق وفي الاخرى المسبوق، وفي الاولى بثلاث رقع يكتب في الثالثة الاقتران .

﴿فان اتفقا﴾ طريقاً ﴿بطل العقدان﴾ معاً ، كصورة الاقتران ، وفاقاً للحلي وكثير من المتأخرين، وان اختلفوا في اطلاق البطلان كما عن الاول وتقييده بصورة عدم الاجازة أوالوكالة ، كما عليه الباقون وهو الاقوى .

﴿وفي رواية[٢]﴾ مرسلة عمل بها النهاية[٣] وبعض من تبعه أنه ﴿يقرع بينهما﴾ وضعف سندها ومخالفتها الاصل يمنع عن العمل بها، وهنا قول آخر.

ثم ان هذا كله اذا كان شراؤها لمولاهما كما فرضنا ، أمالو كان لانفسهما، فان

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/٤٦ ، ب١٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/٤٦ ، ح٢ .

(٣) النهاية ص٤١٢ .

أحلنا ملكه بطلا، وان أجزناه صح السابق وبطل المقارن واللاحق قطعاً .

(الفصل الثامن)

(في السلف)

هو والسلم عبارتان عن معنى واحد .

﴿وهو ابتياع﴾ مال موصوف ﴿مضمون﴾ في الذمة ﴿الى أجل﴾ معلوم ﴿بمال﴾ كذلك ﴿حاضر﴾ مقبوض ﴿أوفي حكمه﴾ مما لم يكن حاضراً في المجلس ثم أحضر وقبض فيه قبل التفرق ، وكذا ماكان حاضراً فيه موصوفاً غير معين اذا عين فيه، وماكان ديناً على البائع على قوله، فانه في حكم الحاضر بل المقبوض .

وينعقد بقول المسلم وهو المشتري : أسلمت اليك ، أو أسلفتك ، أو سلفتك بالتضعيف، وفي سلمتك وجه متروك، كذا في كذا . ويقبل المسلم اليه بقوله: قبلت وشبهه .

ولوجعل الايجاب منه بلفظ : أسلمت منك، واستلفت، وتسلفت ونحوها جاز والقبول من المسلم هنا قبلت وشبهه .

﴿والنظر﴾ فيه ﴿في﴾ أمور ثلاثة : ﴿شروطه ، وأحكامه ، ولواحقه﴾ .

شرائط بيع السلف :

﴿الاولى :﴾ في ﴿الشروط﴾ للصحة ﴿وهي خمسة :﴾

﴿الاول: ذكر الجنس﴾ والمراد به هنا الحقيقة النوعية، كالشعير والحنطة ﴿والوصف﴾ الرافع للجهالة، الفارق بين أصناف ذلك النوع بعبارات معلومة

عند المتعاقدين ظاهرة الدلالة .

وليس المراد مطلق الوصف، بل الذي يختلف لاجله الثمن اختلافاً ظاهراً لايتسامح بمثله في السلم عادة .

والمرجع في الاوصاف الى العرف، وربماكان العامي أعرف بها من الفقيه وحظه منها الاجمال .

والمعتبر من الوصف مايتناوله الاسم المزيل لاختلاف أثمان الافراد الداخلة في المعين ولايبلغ فيه الغاية، فان بلغها وأفضى الى عزة الوجود بطل بلاخلاف يظهر .

﴿فلايصح﴾ السلم ﴿فيمالايضبطه الوصف كالمحم﴾ نية ومشوية ﴿والخبز﴾ بأنواعه ﴿والجلود﴾ بلاخلاف في الاولين ، وفي كلام جماعة الاجماع ، وعلى المشهور في الاخير. خلافاً للشيخ والقاضي فيصح، لامكان الضبط بالمشاهدة . وفيه خروج عن وضع السلف، فان المبيع فيه أمر كلي في الذمة مؤجل الى مدة ، فلا يمكن ضبطه بالمشاهدة .

وقيل: يمكن الجمع بمشاهدة جملة يدخل المسلم فيه في ضمنها من غير تعيين، وهو غير مخرج عن وضعه، كاشتراطه من غلة قرية معينة لاتخنس عادة، وحينئذ فتكفي مشاهدة الحيوان عن الامعان في الوصف وهو حسن ، الا أن المشهور أحوط .

ونحو المذكورات الجواهر مطلقا واللالي الكبار دون الصغار التي لاتشتمل على أوصاف كثيرة يختلف باختلافها القيمة، فيجوز السلف فيها مع ضبط ما يعتبر فيها من الوزن والعدد وبعض الصفات .

وضابطها : كل مايباع بالوزن ولايلاحظ فيه الاوصاف الكثيرة عرفاً .

﴿ويجوز في الامتعة والحيوان﴾ كله صامتاً كان أو ناطقاً ﴿والحبوب﴾ والفواكه

والطيب ونحو ذلك ﴿و﴾ بالجملة ﴿كل مايمكن ضبطه﴾ بالوصف المعتبر.

﴿الثاني : قبض رأس المال﴾ أي الثمن ﴿قبل التفرق﴾ بالبدن، فلو لم يقبض قبله بطل .

﴿ولو قبض بعض الثمن ثم افترقا صح في المقبوض﴾ وبطل في غيره، ويتخير البائع في الفسخ ، الا اذا كان التأخير بتفريطه فلا خيار له .

﴿ولو كان الثمن ديناً على البائع﴾ فبيع المسلم فيه به ﴿صح على الاشبه﴾ وفاقاً للنهاية[1] ، خلافاً للاكثر . وأولى بالجواز ما لو حوسب به عن الثمن الكلي وعليه الاكثر، خلافاً لبعض فأبطل، وهو في المقامين أحوط، وهو الوجه في قوله : ﴿لكنه يكره﴾ .

﴿الثالث: تقدير المبيع﴾ المسلم فيه وتعينه ﴿بالكيل أو الوزن﴾ المعلومين فيما يعتبر بهما ومالا يضبط الا بأحدهما في بيعه سلفاً، وان جاز بيعه نقداً جزافاً .

﴿ولا يكفي﴾ التقدير بـ ﴿العدد﴾ في المقدر بأحدهما اجماعاً ﴿و﴾ كذا ﴿لو كان مما يعد﴾ ويباع بالعد نقداً مطلقاً ، وفاقاً للشيخ ، خلافاً للاسكافي فيجوز مطلقاً ، وللشهيدين وغيرهما فالتفصيل بين مايقل فيه التفاوت فالجواز وما يكثر فالمنع ، ولعله أقوى .

والضابط في الصحة: الضبط الرافع لاختلاف الثمن، فحيث حصل بالعد صح والا بطل. وعليه يتعين الضبط بالوزن أو الكيل في المقدر بهما، وبالاول في غيره مطلقاً وبالثاني فيما لا يتجافى في المكيال كالجوز واللوز، دون مايتجافى كالبطيخ والباذنجان والرمان ، فيتعين فيه الاول .

ويعتبر في مثل الثوب ضبطه بالذرع، وان جاز بيعه بدونه نقداً مع المشاهدة .

---

(١) النهاية ص٣٨٨ .

﴿ولا يصح﴾ السلم ﴿في﴾ نحو ﴿القصب أطناناً[١]﴾ ، ولا في الحطب حزماً، ولافي الماء قرباً﴾ لعدم انضباطها سلفاً الا بالوزن أو الكيل ، وان جاز بيعها جزافاً نقداً .

﴿وكذا يشترط التقدير﴾ والتعيين ﴿في الثمن﴾ بما يقدر به في مطلق البيع حتى لوكان مما يباع جزافاً جاز الاقتصار على مشاهدته ، كما لو بيع .

﴿وقيل : يكفي﴾ هنا التقدير بـ ﴿المشاهدة﴾ مطلقا ، والقائل المرتضى والاول أشهر وأقوى .

﴿الرابع : تعيين الاجل﴾ المشترط ﴿بما يرفع احتمال الزيادة﴾ فيه ﴿والنقصان﴾ عند المتعاقدين اجماعاً .

﴿الخامس: أن يكون وجوده﴾ أي المسلم فيه ﴿غالباً حين حلوله﴾ أي الاجل المشترط فيه في البلد الذي يشترط تسليمه فيه، أو بلد العقد حيث يطلق العقد أوفيما قاربهما بحيث ينتقل منه اليهما عادة .

ولا تكفي غلبة وجوده فيما لا يعتاد نقله اليه الا نادراً . ولا يشترط الوجود في زمن العقد ، بل يصح مع غلبته بعد الاجل مطلقا ﴿ولو كان معدوماً وقت العقد﴾ اجماعاً .

أحكام بيع السلف :

﴿الثاني : في أحكامه ، وهي خمسة مسائل :﴾

﴿الاولى: لايجوز بيع السلم﴾ أي المسلم فيه ﴿قبل حلوله﴾ على من هو عليه كان أو غيره ، حالا أو مؤجلا .

﴿ويجوز﴾ بيعه ﴿بعده﴾ وبعد القبض بلا خلاف ﴿و﴾ كذا ﴿ان لم

(١) الاطنان : وزن مقداره ألف كيلو ، وفي « ن » : أطناباً .

يقبضه﴾ مطلقاً ولو بمجانس الثمن ، ربويين كانا أم غيره ، مساويين كانا أم لا على الاشهر بين المتأخرين ، خلافاً لاكثر القدماء فيما لو بيع بالدرهم واشترى به متفاضلا فمنعوا عنه ، ولاريب فيه مع الفسخ، وأما مع البيع كما هو الفرض فالمسألة محل اشكال ، والاحوط المنع .

وحيث قلنا بالجواز فهو ﴿على كراهية في الطعام﴾ مطلقا ﴿على من هو عليه﴾ وهو المسلم اليه ﴿وعلى غيره﴾ بل ظاهر الغنية الحرمة مدعياً عليه الاجماع، لكنه معارض بالصحاح[1] الدالة هنا على جواز بيعه على من هو عليه قبل القبض من غير كراهية ، لكن لابأس بها خروجاً عن الشبهة .

﴿و﴾ كما يجوز بيعه كملا مطلقاً ﴿كذا يجوز بيع بعضه﴾ كذلك، ويجوز توليته ﴿وتولية بعضه﴾ أي بيعهما برأس المال، وكذا بزيادة عنه أو نقصان، بلا خلاف الا في الاخيرين على بعض الوجوه كما مر .

وربما يعزى الى الشيخ المنع عن التولية أيضاً اذا كان الثمن دراهم وبيع المسلم فيه بها ، لبعض الاخبار . وهو ضعيف .

﴿وكذا﴾ حكم ﴿بيع الدين﴾ فلا يجوز قبل الاجل مطلقا، ويجوز بعده كذلك بلاخلاف في الاخير الا من الحاي فيما لو بيع على غير من هو عليه ، فمنع عنه مدعياً عليه الاجماع، وهو أحوط، وان كان الجواز مطلقاً أظهر وأشهر، وفي الاول خلاف ولعل الجواز أقرب، وان كان المنع عنه كالسلف أحوط.

وحيث جاز ﴿فان باعه بما هو حاضر﴾ مشخص بنحو الاشارة ﴿صح﴾ بلاخلاف ﴿وكذا ان باعه بمضمون حال﴾ صح من غير فرق بين ما لو كان المضمون مؤجلا ثم حل أجله، أو كان غير مؤجل في الاصل، كما اذا بيع بدينار كلي غير مستقر في الذمة قبل البيع، على ما يقتضيه اطلاق العبارة، فان كان عليه اجماع، والا فالاقرب

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/٦٨ ، ب ١١ .

في الاول المنع ، مع أنه أيضاً أحوط .

﴿ولو شرط تأجيل الثمن قيل: يحرم﴾ والقائل الحلي وتبعه كثير ﴿لانه بيع دين بدين﴾ منهي عنه بالنص والاجماع ، وفيه نظر .

﴿وقيل : يكره﴾ والقائل الشيخ في النهاية[1] ﴿وهو الاشبه﴾ بالاصل السليم عما يصلح للمعارضة. هذا اذا كان الثمن ديناً بالعقد، كما هو فرض الاصحاب والمتن .

و﴿أما لو باع ديناً في ذمة زيد بدين للمشتري في ذمة عمرو فلم يجز﴾ قولا واحداً ﴿لانه بيع دين بدين﴾ منهي عنه بلا اشكال .

﴿الثانية: اذا دفع﴾ المسلم اليه المسلم فيه ﴿دون الصفة﴾ أو المقدار المشترطين لايجب على المسلم قبوله ، وان كان أجود من وجه آخر .

﴿ولو رضي المسلم﴾ بذلك ﴿صح﴾ ولو كان ذلك لاجل التعجيل بلاخلاف.

﴿ولو دفع بالصفة وجب القبول﴾ أو ابراء المسلم اليه بعد حلول الاجل. ولو امتنع قبضه الحاكم ، والا فيخلي بينه وبينه ويبرأ بمجرده على الظاهر .

﴿وكذا﴾ يجب القبول أو الابراء بعد الحلول ﴿لو دفع﴾ اليه ﴿فوق الصفة﴾ في المشهور. قيل : لانه احسان محض فالامتناع عنه عناد، ولان الجودة صفة لايمكن فصلها ، فهي تابعة .

﴿ولا كذلك لو دفع أكثر﴾ قدراً يمكن فصله ولو في ثوب . وفيهما نظر بل عدم وجوب القبول كما عن الاسكافي لعله أظهر ، وان كان الاحوط للمسلم ماعليه الاكثر .

﴿الثالثة: اذا تعذر﴾ المسلم فيه ﴿عند الحلول أو انقطع﴾ حيث يكون مؤجلا

---

(١) النهاية ص٣٨٨ .

يمكن[١] الحصول بعد الاجل عادة، فاتفق عدمه ابتداءاً أو بعد وجوده ﴿فطالب﴾ المسلم البائع اياه ﴿كان مخيراً بين الفسخ﴾ واسترداد الثمن أومثله ﴿والصبر﴾ الى وجوده ولم ينفسخ العقد، بلاخلاف في الاخير، وعلى الاشهر الاظهر في الاول وله أيضاً أن لايفسخ بل يأخذ قيمته .

وليس هذا الخيار فورياً، فله الرجوع بعد الصبر الى أحد الامرين المخير بينهما ما لم يصرح باسقاط الخيار فيسقط .

ولو كان أحد موجبي الخيار من التعذر والانقطاع بعد بذله له ورضاه بالتأخير سقط خياره ، ولاكذلك لوكان بعدم المطالبة أو بمنع البائع مع امكانه .

وفي حكم انقطاعه عند الحلول ، موت المسلم اليه قبل الاجل وقبل وجوده ولاكذلك العلم قبل الاجل بعدم المسلم فيه بعده، بل يتوقف الخيار على الحلول .

ولو قبض البعض وتأخر الباقي ، تخير بين الصبر والفسخ في الجميع وفي البعض . وفي تخير المسلم اليه حينئذ وجه قوى ، الا أن يكون التأخير بتقصيره فلا خيار له .

﴿الرابعة : اذا دفع﴾ المديون الى المدين ﴿من غير الجنس﴾ الذي استدانه على أنه قضاء منه ﴿ورضي الغريم﴾ به عن الدين ﴿ولم يساعره﴾ وقت الدفع ﴿احتسب بقيمة يوم الاقباض﴾ سلفاً كان الدين أم لا، كان المدفوع عروضاً أم غيرها ، بالنص[٢] والاجماع .

﴿الخامسة: عقد السلف قابل لاشتراط ماهو معلوم﴾ غير موجب للجهالة.

﴿ فلايبطل باشتراط بيع ﴾ فيه ﴿ أو هبة ﴾ شيء ﴿ أو عمل محلل أو صنعة﴾ كأن يقول : أسلمت اليك هذه العشرة دراهم في خمسين مناً من تمر الى

---

(١) في « ن » ممكن .

(٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٤٠٢ ، ح٥ .

مدة كذا ، بشرط أن تبيع مني ، أو توهب لي كذا ، أو تعلمني الصنعة الفلانية ، أو نحو ذلك مما يصح اشتراطه .

﴿ولو أسلف في غنم وشرط أصواف نعجات بعينها﴾ كأن يقول : أسلمت اليك هذه المائة في عشرين شاة مؤجلا الى كذا ، بشرط أن تعطيني أصواف هذه النعجات بعينها ﴿قيل :﴾ والقائل الشيخ ﴿يصح﴾ هذا الشرط وتبعه الفاضل.

﴿والاشبه﴾ عند المصنف تبعاً للحلي ﴿ المنع ﴾ عنه ﴿ للجهالة ﴾ أي جهالة الاصواف . وفيها منع ، لارتفاعها بالمشاهدة ، فاذن الاقرب الصحة .

قيل : وموضع النزاع أن يكون شرط الاصواف أن تجز حالا ، فلو عينها وشرط تأخير الجز الى أمد السلف، أو شرط أصواف نعجات في الذمة غير مشاهدة، لم يصح قولا واحداً .

﴿ولو شرط ثوباً من غزل امرأة معينة ، أو غلة من قراح﴾ أي مزرعة ﴿معينة لم يضمن﴾ ولايصح ، لان تشخيص المسلم فيه بأحد الامرين خروج عن حقيقة السلف كما سلف ، نعم لو استند الى معين قابل للاشاعة ، ولايفضي التعسر فيه الى عسر التسليم عادة جاز، كما لو أسلف على مائة رطل من تمر البصرة ، فان ذلك يجري مجرى الصفات المشترطة في السلف في الحدارة والصراية .

﴿النظر الثالث : في لواحقه ، وهي قسمان :﴾

احكام دين المملوك :

﴿الاول : في دين المملوك﴾

اعلم أنه ﴿ليس له ذلك﴾ أي أخذ الدين مطلقاً ولو لمولاه ﴿الا مع الاذن﴾ منه له فيه .

﴿فلو بادر﴾ الى الاستدانة من دون اذن من المولى بالكلية ﴿ لزم ﴾ في

﴿ذمته ويتبع به اذا أعتق ولايلزم المولى﴾ شيء لافي ذمته ولافي كسب العبد ، الا اذا علم باستدانته ولم يمنعه ، فيسعى حينئذ كما في المعتبرة[١].

﴿ولو اذن له المولى﴾ في الاستدانة ﴿لزمه دون المملوك﴾ بلاخلاف ﴿ان استبقاه أو باعه﴾ سواء كان الدين للمولى أو للعبد فيما يتعلق بنفقته اللازمة على مولاه أو غيره .

﴿و﴾ أما ﴿لو أعتقه﴾ وكانت الاستدانة للعبد فيما لايتعلق بنفقته اللازمة له، بل كانت لغيرها من مصالحه ﴿ف﴾ فيه ﴿روايتان[٢]: احداهما﴾ أنه ﴿يسعى في الدين﴾ ويؤخذ به ، وقد عمل بها النهاية ، وتبعه القاضي وجماعة ، وفيها قصور سنداً بالضعف والجهالة ، مضافاً الى القصور في الدلالة .

﴿و﴾في الرواية[٣] ﴿الاخرى﴾ أنه ﴿لايسقط عن ذمة المولى وهي﴾أي هذه الرواية ﴿أشهر﴾ في الفتوى، وأصح سنداً ، وأوفق بالاصول جداً، فالعمل بها أقوى، وان كان العمل بالاولى المعبد أحوط وأولى .

﴿ ولو مات المولى كان الدين ﴾ أي دين العبد الذي ازم مولاه ﴿ في تركته﴾ .

﴿ ولو كان له غرماء كان غريم المملوك كأحدهم ﴾ لايقدم أحدهم على الاخر .

﴿ولو كان مأذوناً في التجارة﴾ خاصة دون الاستدانة ﴿فاستدان لم يازم﴾ دينه ﴿المولى﴾ مطلقا .

﴿ وهل يسعى العبد فيه ؟ ﴾ أي في الدين ﴿ قيل : نعم ﴾ مطلقا كما عن

---

(١) وسائل الشيعة ١١٨/١٣، ح١ .
(٢) نفس المصدر .
(٣) وسائل الشيعة ١١٨/١٣، ح٢ .

النهاية [١] .

﴿وقيل:﴾ كما عن الحلي وجماعة ﴿يتبع به اذا أعتق وهو أشبه﴾ وأشهر، وفي الخلاف عليه الاجماع، ومع ذلك أوفق بالاصل، وهنا قولان آخران مفصلان.

أحكام القرض :

﴿القسم الثاني ـ في القرض، وفيه أجر عظيم﴾ وثواب جسيم .

﴿ينشأ من معونة المحتاج تطوعاً﴾ وتقرباً الى الله تعالى ، وهو أفضل من الصدقة، فهو بعشرين وهي بعشرة . ولابد لافادته انتقال الملك من عقد يتضمن الايجاب والقبول ، فلايكفي المواطاة وان أباحت التصرف .

والصيغة : أقرضتك، وانتفع به، أوتصرف فيه، أوملكتك، أو خذ هذا ، أو اصرفه وعليك عوضه، أوماأدى هذا المعنى، لانه عندهم من العقود الجائزة .

ولاتنحصر في لفظ، بل تتأدى بماأفاد معناها، وانمايحتاج الى ضميمة « وعليك عوضه » ماعدا الصيغة الاولى ، فانها صريحة في معناه لاتفتقر اليها .

فيقول المقترض: قبلت وشبهه ممادل على الرضا بالايجاب، ولايكفي القبض في افادة الملك ، وان كفى لاباحة التصرف .

﴿ويجب الاقتصار على﴾ أخذ ﴿العوض﴾ مثلا أو قيمة من دون زيادة ، عيناً كانت أوصفة، ربوية كانت العين المستقرضة أم غيرها اجماعاً، الا اذا لم يشترطها المقرض ، فلابأس بها مطلقا .

﴿ولوشرط النفع﴾ يعني الزيادة ﴿ولو بزيادة الوصف﴾ كالصحاح عوض المكسرة ﴿حرم﴾ حتى في المثال، على الاشهر الاقوى .

﴿نعم لوتبرع المقترض بزيادة في العين أوالصفة لم يحرم﴾ اجماعاً، فان

---

(١) النهاية ص٣١١ .

خير القرض ماجر المنفعة .

هذا بالنسبة الى المقترض ، وأما المقرض فيكره له أخذ الزيادة . ولافرق في جواز الاخذ مع عدم الشرط بين أن يكون من نيتهما ذلك أم لا .

ويفسد القرض مع شرط النفع، فلايجوز التصرف فيه ولو بالقبض، ومعه ومع العلم يكون مضموناً عليه كالبيع الفاسد .

وحيث حلت الزيادة بالتبرع بها، فلايخلو: اما أن تكون حكمية، كما لودفع الجيد بدل الردي أو الكبير بدل الصغير، فالظاهر أنه يملكه المقرض ملكاً مستقراً بقبضه كماقيل، وان كانت عينية، ففي كون المجموع وفاء ، أو يكون الزائد بمنزلة الهبة فيلزمها أحكامها نظر، ولعل الثاني أظهر .

﴿ و ﴾ اعلم أن مايصح اقراضه ، وهو كل ماصح احصاء قدره ووصفه ، فيجوز أن ﴿ يقترض الذهب والفضة وزناً، والحبوب كالحنطة والشعير ﴾ والتمر والزبيب ﴿ كيلا ووزناً ، والخبز وزناً ﴾ بلاخلاف ﴿ وعدداً ﴾ على الاظهر الاشهر .

والنص[1] صريح في جواز اقتراضه عدداً والرد متفاوتاً، خلافاً للدروس[2] فاشترط فيه عدم العلم به ، ولعل المراد التفاوت الذي لايتسامح به عادة .

وكل مايتساوى أجزاؤه قيمة ومنفعة ويتفاوت صفاته، ويعبر عنه بـ « المثلي » يثبت في الذمة مثله كالحبوب. ويلحق به العين المستقرضة للاولوية .

واذا تعذر ينتقل الى قيمته يوم المطالبة على قول، ووقت القرض على آخر ووقت التعذر على ثالث، ولاريب أن العمل بأعلى القيم منها للمقترض أحوط ، كما أن العكس للمقرض أحوط .

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٠٩، ب٢١ .

(٢) الدروس ص٣٧٦ .

ومالیس كذلك، ويعبر عنه بـ «القيمي» يثبت في الذمة قيمته، وفاقاً للمشهور وقيل: بل مثله. وقيل: بضمان المثل الصوري فيما يضبطه الوصف، وهو ما يصح السلم فيه، وضمان ماليس كذلك كالجوهر بالقيمة.

وعلى اعتبار القيمة مطلقاً أو على بعض الوجوه، فهل المعتبر قيمة وقت التسليم، أووقت القرض، أووقت التصرف فيه؟ أقوال، والاحتياط هنا كما سبق.

قيل: ولااعتبار لقيمة يوم المطالبة هنا قولا واحداً، الا على القول بضمانه بالمثل فتعذر، فيعتبر يوم المطالبة كالمثل على أصح الاقوال.

﴿ويملك الشيء﴾ المستقرض ﴿المقترض بـ﴾ مجرد ﴿القبض﴾ على الاظهر الأشهر، حتى أن في ظاهر السرائر والتذكرة الاجماع، وقيل: به وبالتصرف.

وتظهر الثمرة: في جواز رجوع المقرض في العين مادامت باقية، وفي وجوب قبولها لودفعها المقترض، وفي النماء قبل التصرف، انقلنا بكون التصرف ناقلا للملك حقيقة أوضمناً، يعني: قبل التصرف بلحظة يسيرة، كما في العبد المأمور بعتقه عن الامر غير المالك، فانه للمقترض على المختار وللمقرض على غيره، ولو قيل فيه بالكشف ففيه احتمالان.

وليس للمقرض الرجوع في العين على المختار وفاقاً للاكثر، ولاينافيه الاجماع على جواز العقد، لما بينته في الشرح الكبير [1].

﴿ولايلزم اشتراط الاجل فيه﴾ وان صح، وانما فائدته جواز الدفع اليه ووجوبه بعده.

﴿و﴾ كذا ﴿لايتأجل الدين الحال﴾ بتأجيله، بأن يعبر عنه صاحب الدين بعبارة تدل عليه، من غير ذكره في عقد لازم، بأن يقول: أجلتك في هذا الدين

---

(١) رياض المسائل ١/٥٧٧.

مدة كذا. اذليس ذلك عقداً يجب الوفاء به، بل وعد يستحب فيه الايفاء، والحكم فيه مطلق ﴿مهراً كان﴾ الدين ﴿أوغيره﴾ .

﴿ولو غاب صاحب الدين غيبة منقطعة نوى المستدين قضاءه﴾ وجوباً ، والا كان بمنزلة السارق، كمافي النص[١]. وكذا الحكم في كل حق ، سواء كان ذو الحق غائباً أوحاضراً .

وانما ذكر الوجوب مع الغيبة المنقطعة تأكيداً، وفي رواية : من كان عليه دين ينوي قضاءه كان معه من الله عزوجل حافظان يعينانه على الاداء من أمانته ، فان قصرت نيته عن الاداء قصر عنه عن المعونة بقدر ماقصر عن نيته[٢] .

﴿و﴾ يجب عليه ﴿عزله عند وفاته﴾ وفاقاً للنهاية[٣] وجماعة ، خلافاً للحلي فلايجب، والاول أحوط ، وأحوط منه العزل مطلقا فقد حكي قولا، لكن لايلزم منه انتقال الضمان، بل عليه الضمان مع التلف على الاطلاق .

وأن يكون ﴿موصياً به﴾ عند الوفاة الى ثقة .

﴿ولولم يعرفه اجتهد في طلبه﴾ ببذل الوسع في الفحص عنه في الامكنة التي يتوقع كونه أوخبره بها، ويستمر كذلك على وجه لوكان لظهر .

﴿ومع اليأس﴾ عنه عادة، بحيث لايحتمل الوقوف عليه ﴿قيل:﴾ يجب أن ﴿يتصدق به عنه﴾ والقائل الشيخ والقاضي وجماعة بل الاكثر والمشهور كما ذكره جماعة، وبه روايات[٤] بعضها صحيحة لابأس بالعمل بها، وان أنكره الحلي رأساً وأوجب الدفع الى الحاكم، وهو أحوط .

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ٨٥، ح١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/ ٨٦ ، ح٣ .

(٣) النهاية ص٣٠٧ .

(٤) وسائل الشيعة ١٣/ ١١٠ .

﴿ولايصح المضاربة بالدين حتى يقبض﴾ مطلقا ولو كان من هو عليه عاملا اجماعاً فتوى ونصاً [١] .

﴿ولو باع الذمي مالا يملكه المسلم﴾ كالخمر والخنزير ﴿وقبض ثمنه جاز أن يقبضه المسلم عن حقه﴾ الذي عليه .

وظاهر العبارة وصريح جماعة اختصاص الحكم بالذمي دون الحربي، وهو كذلك .

ويشترط في الذمي أن يكون في بيعه مستتراً ، فانه مع عدم الاستتار يلحق بالحربي .

﴿ولو أسلم الذمي قبل بيعه﴾ مالا يملكه حال اسلامه ﴿قيل:﴾ والقائل الشيخ ﴿يتولاه غيره﴾ ممن يجوز له بيعه، للخبر [٢] ﴿وهو ضعيف﴾ مخالف للاصول.

﴿ولو كان لاثنين﴾ فصاعداً ﴿ديون﴾ مشتركة بينهما ﴿فاقتسماها، فما حصل﴾ كان ﴿لهما ، وماتوى﴾ بالمثناة من فوق بمعنى هلك كان ﴿منهما﴾ على الاشهر الاقوى، وادعى الشيخ وابن زهرة عليه الاجماع .

وقد يحتال للقسمة بأن يحيل كل منهما صاحبه بحصة التي يريد اعطاؤها اياه ويقبل الاخر، بناءاً على صحة الحوالة من البري، أوفرض سبق دين عليه، أو يصطلحا على مافي الذمم بعضاً ببعض .

﴿ولو باع [٣] الدين بأقل منه﴾ عيناً أوقيمة، على وجه لايحصل فيه الربا، ولا الاخلال بشروط الصرف لو كان العوضان من الاثمان ﴿لم يلزم الغريم أن يدفع اليه﴾ أي الى المشتري ﴿أكثر مما دفع﴾ الى البائع ﴿على تردد﴾ من النص [٤]

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٨٧، ب٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/١٦٧ ، ح٢ .

(٣) فى المطبوع من المتن : بيع .

(٤) وسائل الشيعة ١٣/٩٩ ، ب١٥ .

الوارد بذلك المعمول به عند الشيخ والقاضي، ومن ضعف سنده ومخالفته الاصول الشرعية ، وهذا أولى وأشهر أيضاً .

(خاتمة :)

﴿أجرة الكيال ووزان المتاع على البائع﴾ الامر له بهما ، لانها لمصلحته فتعلق الاجرة به .

﴿ وكذا أجرة بائع الامتعة ﴾ تتعلق به ، اذا كان بائعها دلالا ناصباً نفسه لذلك .

﴿ وأجرة الناقد ووزان الثمن ﴾ أي الصراف ﴿على المشتري﴾ الامر له بذلك .

﴿وكذا أجرة من يشتري الامتعة﴾ عليه بالشرط المتقدم .

﴿ولو تبرع الواسطة﴾ بكل من الامور المزبورة من دون أمر من البائع ، أو المشتري له بذلك ولا مايقوم مقامه من الدلالة ﴿لم يستحق أجرة﴾ على من تلزمه الاجرة مع أمره، أو مافي حكمه ولو أجاز البيع والشراء وغيرهما .

﴿واذا جمع﴾ أي الواسطة ﴿بين الابتياع والبيع﴾ ونصب نفسه لذلك ويعبر عنه بـ «السمسار» فباع أمتعة لشخص واشترى غيرها لاخر ﴿فأجرة كل عمل على الامر به﴾ لعدم المنافاة .

﴿ولايجمع بينهما﴾ أي بين العملين ﴿لواحد﴾ أي لشيء واحد، بأن يبيعه لاحد ويشتريه لاخر، الا اذا كان السعر مضبوطاً بحيث لايحتاج الى المماكسة عادة أو كانا اتفقا على قدر معلوم وأرادا تولية طرفي العقد ، فيجوز له الجمع بينهما .

وحينئذ يكون عليهما أجرة واحدة بالسوية ، سواء اقترنا في الامر أم تلاحقا، مع احتمال كون الاجرة على السابق، ولايجب أجرتان، وفاقاً لجماعة، خلافاً لاخرين

فنجبان، ولعله غير بعيد، سيما مع كون متعلق الامرين طرفي الايجاب والقبول وجهل أحدهما بأمر الاخر .

هذا اذا جوزنا للواحد تولي طرفي العقد، والافعدم استحقاق الواحد لهما واضح .

ويحتمل على بعد أن يكون الضمير المجرور عائدا الى الايجاب والقبول المدلول عليهما بالمقام تضمناً أو بالبيع والابتياع، فيكون ذهاباً الى المنع، أو يعود الضمير الى الاجرتين ، بناءاً على المنع عن تولي طرفي العقد أوغيره .

﴿ولايضمن الدلال﴾ ولا السمسار ﴿مايتلف في يده مالم يفرط﴾ أو يتعد، لانه أمين .

﴿ولو اختلفا في التفريط﴾ أو التعدي ﴿ولا بينة، فالقول قول الدلال مع يمينه﴾ لانه منكر .

﴿وكذا لو اختلفا في القيمة﴾ أي قيمة التالف .

كتاب الرهن

(كتاب الرهن)

﴿وأركانه أربعة :﴾

أحكام الرهن :

﴿الاول : في﴾ بيان حقيقة ﴿الرهن﴾ وشرائطه :

﴿وهو﴾ لغة: الثبات والدوام، ويطلق على الحبس بأي سبب كان، وشرعاً ﴿وثيقة لدين المرتهن﴾ اذا تعذر استيفاؤه ممن هو عليه استوفى منه أو من ثمنه، ولا يشترط في صحته السفر باجماعنا .

﴿ولابد فيه من الايجاب والقبول﴾ الدالين على الرهن .

فالايجاب: رهنتك، أو وثقتك بالتضعيف ، أو أرهنتك بالهمزة ، أو هذا رهن عندك، أو على مالك، أو وثيقة عندك، أو خذه بمالك، أو على مالك، أو أمسكه حتى أعطيك مالك بقصد الرهن، وشبهه بما أدى المعنى .

وتكفي الاشارة المفهمة في الاخرس وان كان عارضاً، أو الكتابة معها بما يدل على قصد الرهن لا بمجرد الكتابة .

والقبول: قبلت، وشبهه من الالفاظ الدالة على الرضا بالايجاب .

﴿وهل يشترط الاقباض﴾ فيه ؟ ﴿الاظهر﴾ الاشهر ﴿نعم﴾ وادعى الشيخ

وابن زهرة عليه الاجماع .

وهل هو شروط اللزوم أوالصحة ؟ قولان ، أجودهما : الثاني .

وانما يشترط في صحته ابتداءاً لااستدامة، فلوأقبضها الراهن ثم ارتجعهاصح الرهن ولزم اجماعاً .

﴿ومن شرطه أن يكون﴾ المرهون ﴿عيناً﴾ فلايصح رهن المنافع اتفاقاً كما قيل ، ولاالدين مطلقا على الاقوى .

وأن يكون ﴿مملوكاً﴾ فلايصح رهن الحراجماعاً ، من مسلم أوكافر عند مسلم أوكافر، ولاالخمروالخنزير بلاخلاف، اذاكان الراهن مسلماً، وكذااذاكان المرتهن كذلك ولم يضعهماعند ذمي، ومع الوضع عنده فكذلك مطلقا وفاقاً للاكثر خلافاً للشيخ فصححه حينئذ اذاكان الراهن ذمياً، ولارهن المصحف والعبدالمسلم عند كافر، ولووضع عند مسلم على الاحوط[1] بل الاظهر .

وأن يكون مما ﴿يمكن قبضه وبيعه﴾ فلا يصح رهن الطير في الهواء ، ولا السمك في الماء، الا اذااعتيد عود الاول وشوهد الثاني وانحصرفي محل، بحيث لايتعذر قبضهما عادة، فيصح رهنهما حينئذ مع الاقباض .

وحيث اجتمعت الشرائط المزبورة، جاز الرهن مطلقاً ﴿منفرداً كان﴾ بملك الراهن ﴿أومشاعاً﴾ بينه وبين غيره، ويتوقف الاقباض في الثاني على اذن الشريك اذاكان ممالايكتفى في قبضه بتخليته ، لامطلقاً على الاقوى .

ولوقبضه بدون اذن الشريك، تم القبض وصح على الاصح وان فعل المحرم .

﴿ولورهن مالايملكه﴾ فان كان باذن المالك صح اجماعاً، والا ﴿وقف على الاجازة﴾ على الاقوى .

﴿ولو كان يملك بعضه مضى﴾ الرهن ويصح ﴿في مايملكه﴾ وتوقف في

---

(١) خ ل : الاشهر .

الباقي .

وحيث أجاز المالك قيل: يضمنه الراهن وان تلف بغير تفريط، وفيه اشكال الأأن ظاهر بعضهم الاجماع عليه .

وللمالك اجباره على افتكاكه مع قدرته منه والحلول، أماقبل الحلول فليس له ذلك اذا أذن فيه كما قالوه .

وللمرتهن مع الحلول واعسار الراهن أن يبيعه ويستوفي دينه منه ان كان وكيلا في البيع ، والاباعه الحاكم اذا ثبت عنده الرهن ، سواء رضي بذلك المالك أولا .

﴿وهو﴾ أي الرهن ﴿لازم من جهة الراهن﴾ وجائز من طرف المرتهن فله فسخه. ويستعقب اللزوم عدم جواز الانتزاع الاباسقاط المرتهن الحق من الارتهان بفسخ العقد أوحصول براءة ذمة الراهن من جميع ماعليه من حق المرتهن بأحد موجباتها .

وفي الحاق حصول البراءة من بعض الحق بهامن الجميع في جوازانتزاع مجموع الرهن قولان، أجودهما: الثاني عملا بالاصل، وفي المبسوط[1] الاجماع الااذا شرط كونه رهناً على المجموع لاعلى كل جزء ، فلاريب في الاول .

وفي المسألة احتمال بل قول ثالث بالتقسيط ، وفيه ضعف .

﴿ولوشرطه﴾ أي الرهن أن يكون ﴿مبيعاً﴾ للمرتهن بذلك الدين أو بقدر مخصوص ان لم يؤده ﴿عند﴾ حلول ﴿الاجل لم يصح﴾ كل من البيع والرهن ولوقبضه كذلك ضمنه بعد الاجل لاقبله .

﴿ولايدخل حمل الدابة ولاثمرة النخل والشجر﴾ ونحوهما الموجودة حالة العقد ﴿في الرهن﴾ الا بالاشتراط، أوالاتصال الغير القابل للانفصال عندالاكثر ،

(١) المبسوط ١/٢٠١ .

وهو الاظهر الا اذا حكم العرف بالدخول فيدخل .

﴿نعم لو تجدد﴾ النماء ﴿بعد الارتهان دخل﴾ ان كان متصلا لا يقبل الانفصال كالطول والسمن اتفاقاً . وكذا ان كان منفصلا كأمثلة العبارة ، أو ما يقبله كالشعر والصوف على الاقوى وفاقاً للمشهور .

ولو اشترط المرتهن الدخول أو الراهن الخروج ، تبع الشرط ولزم .

﴿وفائدة الرهن﴾ مطلقا ﴿للراهن﴾ عندنا ، كما أن تلفه عليه اجماعاً.

﴿ولو رهن رهنين بدينين ، ثم أدى عن أحدهما﴾ وفك ما بازائه من الرهن ﴿لم يجز امساكه بـ﴾ الدين ﴿الاخر﴾ .

﴿و﴾ كذا ﴿لو كان﴾ له ﴿دينان و﴾ أخذ ﴿بأحدهما رهن﴾ دون الاخر ﴿لم يجز امساكه بهما﴾ ولا بدين ثالث .

﴿ولا يدخل زرع الارض﴾ المرهونة ﴿في الرهن﴾ مطلقا ﴿سابقاً كان﴾ على العقد ﴿أو متجدداً﴾ بعده .

أحكام الحق المرهون :

﴿الثاني : في﴾ بيان ﴿الحق﴾ المرهون به .

﴿ويشترط ثبوته في الذمة﴾ بمعنى استحقاقه فيها مطلقا وان لم يكن مستقراً كالقرض وثمن المبيع في زمن الخيار ﴿مالا كان﴾ كالامثلة ﴿أو منفعة﴾ كالعمل ونحوه من المنافع المستأجرة .

فلا يصح الرهن على ما لا يثبت ، كمال يستدنيه بعد أو يستأجره . ولا على ما حصل سببه ولم يثبت كالدية قبل استقرار الجناية وان حصل الجرح . ولا على مال الجعالة وان حصل البذل قبل الرد .

وأما العين فلا يصح الرهن عليها ان كانت أمانة اتفاقاً ، وكذا ان كانت العين

مضمونة وفاقاً للاكثر، وقيل: فيها بالجواز، وليس بذلك البعيد .

وفي اشتراط ثبوت الدين واستقراره في الذمة قبل الرهن أم الاكتفاء بالمقارنة كأن يقول: بعتك هذا العبد بألف وارتهنت هذا الثوب به، فقال المشتري: اشتريت ورهنت قولان، وحكي الاول عن الاكثر، ومراعاته أحوط .

﴿ولو رهن على مال ثم استدان﴾ مالا ﴿آخر ، فجعله﴾ رهناً ﴿عليهما صح﴾ ولايشترط الفسخ ثم التجديد، بل يضم بعقد جديد، وكذا لو رهن على المال الواحد رهناً آخر فصاعداً جاز، وان كان قيمة الاول يفي بالدين .

أحكام الراهن :

﴿الثالث : في﴾ بيان ﴿الراهن :﴾

﴿ويشترط فيه كمال العقل﴾ بالبلوغ والرشد ﴿وجواز التصرف﴾ برفع الحجر عنه في التصرفات المالية، كمافي سائر العقود .

﴿والولي﴾ الشرع ﴿أن يرهن لمصلحة المولى عليه﴾ ماله، كمااذا افتقر الى الاستدانة لنفقته أواصلاح ماله، ولم يكن بيع شيء من ماله أعود، أولم يمكن وتوقف على الرهن . ويجب كونه على يد ثقة يجوز ايداعه منه .

وكذا يجوز بل قيل: يجب أخذ الرهن له ، كمااذا أسلف ماله مع ظهور الغبطة، أوخيف على ماله من غرق أوحرق أونهب .

ويعتبر كون الرهن مساوياً للحق أو أزيد ، وكونه بيد الولي أو يد عدل ، والاشهاد على الحق لمن يثبت به عند الحاجة اليه عادة. فلوأخل ببعض هذه مع الامكان ضمن كماقالوه، ولاريب أن فيه احتياطاً لمال اليتيم المبني جواز التصرف فيه عندهم على المصلحة والغبطة، فضلا عن عدم دخول نقص عليه .

﴿وليس للراهن التصرف في الرهن﴾ ببيع أووقف أونحوهما مما يوجب

ازالة الملك، ولا ﴿باجارة ولاسكنى﴾ ولاغيرهما ممايوجب نقصه اتفاقاً ، وأما غيرهما ممالايوجب الامرين، فكذلك على الاشهر الاقوى .

﴿ولا بوطىء﴾ اجماعاً ﴿لانه تعريض للابطال﴾ في الرهن بالاستيلاد المانع عن البيع، بل ربما حصل معه الموت بسبب الوضع في بعض الاحيان.

﴿وفيه رواية[١]﴾ صحيحة متعددة ﴿بالجواز﴾ لكنها ﴿مهجورة﴾ مخالفة للاجماع، كمايستفاد من العبارة وغيرها، وصرح به في المبسوط[٢] والخلاف[٣] فتكون مطرحة أومحمولة على التقية .

﴿ولو باعه الراهن﴾ بدون اذن المرتهن صح وان أثم، ولكن ﴿وقف على اجازة المرتهن﴾ فان حصلت والا بطل .

﴿وفي وقوف العتق﴾ أي عتق الراهن العبد المرهون بغير الاذن ﴿على اجازة المرتهن﴾ أم بطلانه من رأس ﴿تردد﴾ من كون العتق ايقاعاً فلايتوقف لاعتبار التنجيز فيه ، ومن عموم أدلة العتق السليمة عن المعارض ، بناءاً على أن المانع حق المرتهن وقد زال بالاجازة ﴿أشبهه: الجواز﴾ والصحة مع الاجازة وفاقاً للنهاية[٤] وجماعة .

أحكام المرتهن :

﴿الرابع : في﴾ بيان ﴿المرتهن: ﴾

﴿ويشترط فيه﴾ ماشترط في الراهن من ﴿كمال العقل وجواز التصرف﴾

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٣٣، ب١١ .

(٢) المبسوط ٢/٢٠٦ .

(٣) الخلاف ١/٦٠٥، مسألة ٢٠ .

(٤) النهاية ص٤٣٣ .

واعلم أن اطلاق الرهن لايقتضي كون المرتهن وكيلا في البيع ﴿و﴾ لكن ﴿يجوز اشتراط الوكالة﴾ في بيعه عند حلول الدين له ولوارثه وغيره ﴿في﴾ عقد ﴿الرهن﴾ وغيره من العقود اللازمة .

﴿ولو عزل﴾ الراهن المشروطة ﴿له﴾ الوكالة، مرتهناً كان أوغيره ﴿لم ينعزل﴾ عنها على الاقوى، وفاقاً لجماعة، خلافاً لنادر فينعزل .

﴿وتبطل الوكالة﴾ المشروطة ﴿فيه﴾ أي في عقد الرهن ﴿بموت الموكل﴾ وكذا بموت الوكيل ﴿دون الرهانة، فلاتبطل مطلقا بلاخلاف. واذا مات الراهن أوالمرتهن ،كان للاخر الامتناع من تسليمه الى وارثه، وكذا للوارث الامتناع من تسليمه اليه. وان تشاحا فللحاكم تسلمه أوتسليمه الى عدل ليقبضه لهما .

﴿ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن﴾ لنفسه برضى المالك مطلقا ،كان وكيلا في بيعه أم لا اجماعاً .

وفي جوازه بمجرد وكالته في بيعه مع عدم معلومية رضى المالك به وبعدمه قولان، ولاريب أن الترك والاستيذان أحوط. والاشهر الاظهر جواز ابتياعه لولده وشريكه ومن يجري مجراهما .

﴿والمرتهن أحق من غيره باستيفاء دينه من الرهن﴾ مطلقا ﴿سواء كان الراهن حياً أوميتاً﴾ بلاخلاف في الاول، وعلى الاشهر الاقوى في الثاني .

﴿وفي الميت رواية[1] أخرى﴾ بقسمته بين الغرماء بنسبة ديونهم اذا لم تف التركة بها ، وهي مع قصور سندها شاذة مخالفة للاصول، لايعرف قائل صريح بها .

﴿ولو قصر الرهن عن الدين﴾ المرهون به ﴿ضرب﴾ المرتهن ﴿مع﴾ باقي ﴿الغرماء في الفاضل﴾ من دينه، ولوزاد عنه صرفه الى الورثة أوالغرماء.

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ١٣٩، ب١٩ .

﴿والرهن أمانة في يد المرتهن ، ولايسقط بتلفه شيء من ماله مالم يتلف بتعد أوتفريط﴾ بالنص والاجماع، والنصوص[١] المعارضة بسقوط الحق بتلفه محمولة على صورة التعدي أوالتقية، كمايشعر بكل منهما رواية .

ومع ذلك الحكم بسقوط الحق بالتلف مشكل فيمااذا لم يكن من جنس مايضمن به التالف، وان فهم من العبارة ونحوها لاختلاف الحقين، الا أن يحمل على صورتي التراضي أوالتقاص القهري .

﴿وليس له﴾ أي المرتهن ﴿التصرف فيه﴾ أي الرهن بغير اذن الراهن بالنص[٢] والاجماع .

﴿ولو تصرف﴾ فيه ﴿من غير اذن﴾ مطلقا ﴿ضمن العين﴾ مع التلف بالمثل في المثلي والقيمة في القيمي، ﴿و﴾ ضمن ﴿الاجرة﴾ أيضاً ان تصرف في المنفعة بدونه، أومعه على وجه العوض .

﴿ولوكان الرهن دابة قام﴾ المرتهن ﴿بمؤنتها﴾ حيث لايقوم الراهن بها وجوباً .

﴿و﴾ اذا أنفق ﴿تقاصا﴾ ورجع كل ذى فضل بفضله مع الانفاق بنية الرجوع لامطلقا اجماعاً .

وهل يشترط مع النية اذن المالك أوالحاكم أوالاشهاد بعد تعذرهما أم لا ؟ قولان، والاحوط الاول .

هذا ويأتي في التقاص على اطلاقه مامر، ولذا أن الحلي ذكر الرجوع الى ماأنفق من دون ذكره، وهو الاوفق بالاصل حيث يمكن الرجوع اليه .

---

(١) وسائل الشيعة ١٣ / ١٢٥، ب٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣ / ١٣٠ ، ب٨ .

﴿وفي رواية[١]: الظهر يركب والدر يشرب، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة﴾ رواها السكوني في الموثق اليه .

وقريب منها أخرى صحيحة [٢] ، وعمل بها الشيخ والحلبي، الا أن الاشهر الاظهر ماقدمنا من عدم جواز التصرف في الرهن بغير الاذن ، ورجوع المنفق بما أنفق على الراهن وتسليم منافع الرهن اليه ، عملا بالاصول وحملا الرواية على صورة الاذن ومساواة الحقين جمعاً .

﴿وللمرتهن استيفاء دينه من الرهن﴾ وان لم يكن وكيلا في البيع، أو انفسخت الوكالة بموت الراهن ﴿ان خاف جحود﴾ الراهن أو ﴿الورثة﴾ للحق ولم يتمكن من اثباته عند الحاكم بعدم البينة أوغيره من العوارض .

والمرجع في الخوف الى القرائن الموجبة للظن الغالب بالجحود، وربما احتمل كفاية مطلق الاحتمال .

﴿ولو اعترف﴾ المرتهن ﴿بالرهن وادعى الدين﴾ على الراهن ﴿ولا بينة﴾ له ﴿فالقول قول الوارث﴾ ﴿وله﴾ أي للمرتهن ﴿احلافه﴾ أي الوارث ﴿ان ادعى عليه العلم﴾ بثبوت الحق .

﴿ولو باع﴾ المرتهن ﴿الرهن﴾ بدون اذن الراهن ﴿وقف على الاجازة﴾ وصح البيع ولزم بعدها على الاشهر الاقوى وبطل الرهن، كما لو أذن ابتداءاً أو باع هو باذن المرتهن مطلقا .

ولايجب جعل الثمن رهناً ، الا مع اشتراطه قبل ، أما اذا أتلفه متلف اتلافاً يقتضي العوض كان العوض رهناً ، لكنه يبطل وكالة المرتهن في الحفظ والبيع ان كانت، وفي الفرق نظر .

---

(١) وسائل الشيعة ١٣ / ١٣٤، ح٢ ب١٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣ / ١٣٤، ح١ ب١٢ .

﴿ولو كان﴾ المرتهن ﴿وكيلا﴾ في بيع الرهن ﴿فباع بعد الحلول صح﴾ البيع وجاز له استيفاء الدين مطلقا، كما عليه جماعة، وقيده آخرون بصورة توافق الدين مع الثمن في الجنس والوصف، وهو أحوط، وأحوط منه عدم الاستيفاء منه الا بالاذن.

﴿ولو أذن الراهن في البيع قبل الحلول﴾ فباع جاز البيع، ولكن ﴿لم يستوف دينه﴾ من الثمن ﴿حتى يحل﴾ الاجل.

واعلم أنه اذا حل الدين، فان كان المرتهن وكيلا في البيع والاستيفاء معاً جازا له، والا طلبهما منه أو الاذن فيهما، فان فعل والا رفع أمره الى الحاكم ليلزمه بهما، فان أبى كان له حبسه، فان أبى باعه وأدى عنه دينه.

ولو لم يمكن الوصول الى الحاكم لعدمه أو بعده، احتمل جواز استقلاله بالبيع بنفسه واستيفاء دينه، كما لو ظفر بغير جنس حقه من مال المديون الجاحد مع عدم البينة، وفاقاً لجماعة.

أحكام المتخالفين في الرهن:

﴿ويلحق به مسائل النزاع، وهي أربع:-﴾

﴿الاولى: يضمن المرتهن قيمة الرهن﴾ اذا تلف بتعد أو تفريط منه، وثبت باقراره أو البينة.

والمعتبر قيمة ﴿يوم تلفه﴾ عند الاكثر. وقيل: يوم قبضه ﴿وقيل: أعلى القيم من حين القبض الى حين التلف﴾ والقائل به الشيخ في المبسوط[1] كما في عبائر جمع، وربما قيل: انه مشهور، ولعله أحوط بل وأجود. وفي المسألة أقوال أخر.

---

(١) المبسوط ٢/٢١٨.

ثم ان هذا اذا كان قيمياً، وان كان مثلياً ضمنه بمثله ان وجد، والاقيمة المثل عند الاداء، وفاقاً لجماعة.

﴿ولو اختلفا﴾ في القيمة ﴿فالقول قول الراهن﴾ عند جماعة من القدماء وربما ادعى بعضهم كونه اجماعاً.

﴿وقيل: القول قول المرتهن﴾ مع يمينه، والقائل الحلي وتبعه كثير من المتأخرين ﴿وهو أشبه﴾ بالاصول.

﴿الثانية: لو اختلفا فيما عليه الرهن﴾ من الدين، فادعى المرتهن زيادته والراهن نقصه ﴿فالقول قول الراهن﴾ وفاقاً للاكثر فتوى ورواية[1].

﴿وفي رواية[2]﴾ أخرى عمل بها الاسكافي فيما حكي ان ﴿القول قول المرتهن مالم يدع زيادة عن قيمة الرهن﴾ وهي قاصرة السند، ضعيفة التكافؤ عن المقاومة لمعارضها من وجوه شتى محمولة على التقية.

﴿الثالثة: لو﴾ اختلفا في الرهن فـ ﴿قال﴾ المرتهن ﴿القابض﴾ له: ﴿هو رهن، وقال﴾ الراهن ﴿المالك﴾ له: ﴿هو وديعة، فالقول قول المالك مع يمينه﴾ مطلقاً وفاقاً للاكثر.

﴿وفيه رواية[3] أخرى﴾ بل روايات[4] بالعكس، وعمل بها الصدوق، الا أنها الان ﴿متروكة﴾ مهجورة.

وفي المسألة قولان آخران بالتفصيل، لامستند لهما ظاهراً سوى الجمع بين الاخبار المختلفة من غير شاهد وحجة، فلا عبرة به.

﴿الرابعة: لو اختلفا في التفريط، فالقول قول المرتهن مع يمينه﴾ بلاخلاف.

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٣٧، ب١٧.

(٢) وسائل الشيعة ١٣/١٣٨، ح٤.

(٣ ـ ٤) وسائل الشيعة ١٣/١٣٥، ب١٦.

كتاب الحجر

(كتاب الحجر)

وهو لغة: المنع، وشرعاً ما أشار اليه في تعريف ﴿المحجور﴾ من أنه ﴿هو الممنوع من التصرف في ماله﴾ شرعاً .

﴿وأسباب الحجر﴾ بحسب ما جرت عادة الاصحاب بذكره في الكتاب ﴿ستة﴾ والا فهي أزيد ﴿الصغر ، والجنون ، والرق ، والمرض ، والفلس والسفه﴾ .

﴿ولا يزول حجر الصغير الابوصفين : ـ﴾

﴿الاول: البلوغ، وهو يعلم بانبات الشعر الخشن على العانة﴾ بلاخلاف، بل نحو الوجه أيضاً من المواضع المعهودة في أصح القولين. وفي كونه امارة البلوغ أو سببه قولان ، ظاهر الاصول الاول ، ولكن الثاني محكي عن الاكثر .

﴿أو خروج المني﴾ وهو الماء ﴿الذي﴾ يتكون ﴿منه الولد من الموضع المعتاد﴾ ولافرق بين أن يكون الخروج في نوم أو يقظة ﴿ويشترك في هذين﴾ الدليلين ﴿الذكور والاناث﴾ .

﴿أو السن ، وهو﴾ في الذكر ﴿بلوغ خمس عشرة﴾ سنة على الاظهر الاشهر .

﴿وفي رواية[١]﴾ ضعيفة السند غير معروفة القائل، أنه ﴿من ثلاث عشر الى أربع عشر﴾ سنة، وفي جملة من المعتبرة[٢]، أنه ثلاث عشر سنة، الا أنها كالسابقة شاذة محتملة للحمل على التقية .

﴿و﴾ أولى منها بالضعف ما ﴿في رواية[٣] أخرى﴾ من حصول الادراك بـ ﴿بلوغ عشرة﴾ وهي كثيرة واردة في الطلاق والوصية، فانها غير صريحة في تحقق البلوغ به، بل ولا ظاهرة، لاحتمال ارادة رفع الحجر عنه في الامور المذكورة خاصة كما ذهب اليه جماعة ، ومع ذلك معارضة بأقوى منها في الطلاق .

﴿وفي الانثى﴾ بـ ﴿بلوغ تسع﴾ سنين، بلاخلاف رواية[٤] على الاصح الاشهر فتوى .

ويعتبر في التسع وفي الخمسة عشر كمالها ، ولايكفي الطعن فيهما .

﴿الثاني : الرشد ، وهو أن يكون مصلحاً لماله﴾ بحيث تكون له ملكة نفسانية تقتضي اصلاحه وتمنع عن افساده وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء ، لامطلق الاصلاح .

﴿وفي اعتبار العدالة﴾ في الرشد ﴿تردد﴾ واختلاف بين الاصحاب، الا أن عدم اعتبارها أظهر ، وفاقاً للاكثر .

وعلى القول باعتبارها فانما تعتبر ابتداءاً لا دائماً ، فلو كان عادلا فأعطي المال ثم فسق لم يحجر عليه قولا واحداً .

﴿ومع عدم الوصفين﴾ البلوغ والرشد ﴿أو أحدهما استمر الحجر﴾ عليه ﴿ولو طعن في السن﴾ وبلغ خمسة وعشرين سنة فصاعداً باجماعنا .

---

(١) تهذيب الاحكام ٦/ ٣١٠ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/ ٤٣١ ، ح١٢ .

(٣) وسائل الشيعة ١٣/ ٤٢٨ ، ب٤٤ .

(٤) وسائل الشيعة ١٣/ ٤٣١ ، ح١٢ .

﴿ويعلم رشد الصبي باختباره بما يلائمه من التصرفات﴾ والاعمال ليظهر اتصافه بالملكة وعدمه، فمن تكرر منه الاصلاح والحفظ عن التلف والفساد والانخداع على وجه الملكة ثبت رشده والا فلا .

ولايقدح فيها وقوع ماينافيها نادراً من السهو والانخداع في بعض الاحيان لوقوعه من الكاملين كثيراً .

ووقت الاختبار قبل البلوغ، عملا بظاهر الاية، وحذراً من منع رب المال من التصرفات فيه مع بلوغه ورشده .

﴿ويثبت﴾ الرشد بشهادة رجلين في الرجال، بلا اشكال فيه، ولافي ثبوت غيره من أنواع امارات البلوغ بهما أيضاً، وان كان الفرض مع عدالة الشهود نادر، أو ﴿بشهادة الرجال﴾ منفردين ﴿أو النساء﴾ كذلك ، أو ملفقاً منهن ومنهم كرجل وامرأتين ﴿في النساء﴾ .

ويعتبر في الثبوت بالشهادة مايذكر من الشرائط في بحثها، من العدالة وقيامها عند الحاكم وحكمه به .

﴿والسفيه هو الذي يصرف أمواله في غير الاغراض الصحيحة﴾ ويفسدها ولايصلحها ، فيمنع عن التصرف فيها مطلقا وان حدث سفهه بعد رشده .

ولايتوقف الحجر عليه ولا زواله على حكم الحاكم على أصح الاقوال .

﴿فلو باع والحال هذه﴾ أي بعد ثبوت حجره بسفهه ﴿لم يمض بيعه﴾ وان ناسب أفعال العقلاء، الامع اجازة الولي، فيضمن على القول بالفضولي، وجواز بيع السفيه باذن الولي ، كما هما الاقوى .

﴿وكذا لو وهب أو أقر﴾ على نفسه ﴿بمال﴾ لغيره لم يمضيا مطلقاً .

﴿ويصح﴾ تصرفاته في غير المال من نحو ﴿طلاقه وظهاره واقراره بمالا يوجب

مالا﴾ كالاقرار بالجناية الموجبة للقصاص وان كان نفساً، وكالنسب وان أوجب النفقة على الاصح، فيقبل في أحدهما دون الاخر، كالاقرار بالسرقة على وجه يؤخذ بالمال دون القطع . وعليه ففي الانفاق على المقر له من المال المقر أو بيت المال قولان .

﴿والمملوك﴾ ولو أنثى ﴿ممنوع من﴾ جميع ﴿التصرفات﴾ المالية وغيرها ولا يصح شيء منها ﴿الا باذن المولى﴾ ويستثنى منها الطلاق اذا كان زوجته غير أمة المولى، فان ذلك اليه دون مولاه، على الأشهر الاقوى كما يأتي. وعن التذكرة استثناء الظهار أيضاً ، ولا أعرف له مستنداً واضحاً .

﴿والمريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث﴾ أي ثلث تركته اتفاقاً كما يأتي في كتاب الوصية .

﴿وكذا الكلام في التبرعات المنجزة﴾ الغير المعلقة على الوفاة ، كالهبة والوقف والصدقة والمحاباة في البيع والاجارة أو نحو ذلك، فيمنع عن الزائد منها عن الثلث كالوصية ﴿على الخلاف﴾ الاتي ثمة .

وحيث منع فتصرف وقف على اجازة الورثة ، ولا يقع فاسداً من أصله بلا خلاف .

﴿والاب والجد للاب﴾ وان علا ﴿يليان على الصغير والمجنون﴾ بلا خلاف فيه، ولا في نفوذ تصرفات أحدهما مع فقد الاخر، أو الموافقة وعدم المخالفة، أو سبق تصرف المتصرف منهما. وأما مع التقارن، ففي تقديم الاب أو الجد أو البطلان أوجه بل وأقوال ، أوسطها : الوسط .

﴿فان فقدا فالوصي﴾ لاحدهما ﴿فان فقد﴾ الوصي ﴿فالحاكم﴾ الشرعي بلا خلاف فيهما ، ولا في الترتيب بين الاولياء . فان فقد، فالمؤمنون حسبة .

ثم الولاية في مال السفيه الذي لم يسبق له رشد كذلك للاب والجد له الى آخر

ما مر ، وفاقاً لجمع ، خلافاً للاكثر فللحاكم مطلقاً ، وفي الدليل نظر .

نعم له الولاية عليه دونهم ان سبق رشده وارتفع عنه الحجر ثم لحقه السفه، لشبهة الاجماع ان تم ، والا فهو أيضاً محل نظر .

كتاب الضمان

(كتاب الضمان)

﴿وهو﴾ يطلق على معنيين : أحدهما أخص من الاخر ، والاعم عبارة عن ﴿عقد شرع للتعهد بنفس أو مال﴾ والاول الكفالة، والثاني الحوالة ان كان ممن في ذمته مال ، والا فالضمان بالمعنى الاخص ﴿و﴾ اذا صار الاعم ﴿ أقسامه ثلاثة :﴾

أحكام ضمان المال :

﴿ الاول : ضمان المال ﴾ وهو المراد منه حيث يطلق بلا قيد، بخلاف الاخرين فلايطلق عليهما الا بأحد القيدين .

﴿ ويشترط في الضامن التكليف ﴾ بالبلوغ وكمال العقل ، فلايصح من الصبي مطلقاً ، ومن المجنون كذلك الا اذا كان أدوارياً وقد ضمن حال افاقته .

﴿وجواز التصرف﴾ برفع الحجر عنه، ولقد كان فيه غنى عن ذكر الشرط السابق ، لاندراجه تحت هذا الشرط ، فلايصح من السفيه ، ولا المملوك بدون اذن السيد على الاقرب ، ويصح مع الاذن بلاخلاف. وفي لزوم المال حينئذ لذمته فيتبع به بعد عتقه، أو بكسبه، أو بمال المولى مطلقاً أقوال واشكال، الا أن يكون

هناك معهود فيتبع ، بلااشكال فيه ولافي لزوم كل من الاحتمالات مع اشتراطه .

﴿ولابد﴾ في اللزوم ﴿من رضا المضمون له﴾ وفاقاً للاكثر ، خلافاً للشيخ .

وعلى المختار فهل يكفي الرضا كيف اتفق أم لابد فيه من وقوعه بصيغة القبول؟ أحوطهما : الثاني .

﴿ولاعبرة بالمضمون عنه﴾ أي برضاه ، فلايشترط .

﴿ولو علم﴾ المضمون عنه بالضمان ﴿فانكر﴾ ولم يرض به ﴿لم يبطل الضمان على الاصح﴾ الاشهر .

ولايعتبر العلم بالمضمون عنه والمضمون له مطلقاً على أصح الاقوال، فيصح الضمان مع جهالتهما مطلقاً .

﴿وهو﴾ أي الضمان ﴿ينقل المال﴾ المضمون ﴿من ذمة المضمون عنه الى﴾ ذمة ﴿الضامن وتبرأ ذمة المضمون عنه﴾ باجماعنا، خلافاً للعامة ، فجعلوا فائدته ضم ذمته الى اخرى ، وخيروا لذلك المضمون له بين مطالبة أيهما شاء .

فيجوز عندنا فيه الدور، كأن يضمن اثنان كل ماعلى صاحبه، أو يضمن الاصيل ضامنه بما يضمنه عنه بعينه ، أو ضامن ضامنه وهكذا .

أو التسلسل ، كأن يضمن أجنبي عن الضامن وهكذا ، فيرجع كل ضامن مع الاذن بما أداه على مضمونه لاعلى الاصيل في الثاني .

وفي الاول يسقط الضمان ويعود الحق كما كان . نعم يترتب عليه أحكامه ، كظهور اعسار الاصيل الذي صار ضامناً الموجب لخيار المضمون له في فسخ ضمانه ، والرجوع الى المضمون عنه الذي صار ضامناً عنه .

وكذلك تصح وحدة الضمان وتعدد المضمون عنه وبالعكس مع الاقتران ، أما بدونه في مال واحد فيصح الاول خاصة .

﴿ويشترط فيه﴾ أي الضامن ﴿الملاءة﴾ بأن يكون مالكاً لمايوفي به الحق

المضمون فاضلا عن المستثنيات في وفاء الدين ﴿أو علم المضمون له باعساره﴾ حين الضمان ، وهذا الشرط معتبر في اللزوم دون الصحة .

﴿و﴾ عليه فـ﴿لو﴾ لم يعلم باعساره حتى ضمن ، ثم ﴿بان اعساره كان المضمون له مخيراً﴾ بين الفسخ والرجوع الى المضمون عنه ، وبين الالتزام بالعقد ومطالبة الضامن . وهذا الخيار على التراخي على الاقرب .

وانما تعتبر الملاءة في الابتداء دون الاستدامة ، فلو تجدد اعساره بعد الضمان لم يكن له الفسخ .

وكما لايقدح تجدد اعساره فكذا تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر .

﴿والضمان المؤجل﴾ للدين الحال ﴿جائز﴾ مطلقاً تبرعاً كان أو بالسؤال .

﴿وفي﴾ جواز العكس ، وهو الضمان ﴿المعجل﴾ للدين المؤجل ﴿قولان أصحهما : الجواز﴾ مطلقا ، وعليه أكثر المتأخرين ، وفاقاً لجماعة من القدماء خلافاً لاخرين .

وكذا يجوز في باقي الصور الغير المفروضة في المتن ، وهو ثمان الضمان المؤجل للدين المؤجل مع تساوي الاجلين ، أو اختلافهما بالزيادة والنقصان ، بسؤال المضمون عنه كان أو تبرعاً ، فهذه ست ، والضمان المعجل للدين المعجل بالسؤال أو التبرع ، فهذه ثمان .

ويمكن ادراجها في المتن بحذف ماذكرناه في صورتيه من الصلة ، الا أن الظاهر من ذكر القولين فيه في الصورة الثانية يقتضي ما ذكرناه من الصلة .

﴿ويرجع الضامن على المضمون عنه﴾ بما أداه عنه ﴿ان ضمن بسؤاله﴾ وان لم يؤده باذنه بلا خلاف .

﴿ولا﴾ يجب على المضمون عنه أن ﴿يؤدي﴾ الى الضامن ﴿أكثر مادفعه﴾ الى المضمون له .

﴿ولو وهبه﴾ أي الضامن ﴿المضمون له ، أو أبرأه﴾ عن المضمون ﴿لم يرجع﴾ الضامن ﴿على المضمون عنه بشيء ولو كان﴾ الضمان ﴿باذنه﴾ وكذا لم يرجع المضمون له عليه به عندنا .

﴿واذا تبرع الضامن بالضمان فلا رجوع﴾ له على المضمون عنه بما أداه مطلقاً وان كان الاداء باذنه .

﴿ولو ضمن ما عليه صح وان لم يعلم كميته﴾ ومقداره حال الضمان ﴿على الاظهر﴾ الاشهر : وفي الغنية الاجماع، خلافاً للشيخ وغيره فاختاروا المنع .

هذا اذا أمكن العلم به بعد ذلك كمثال المتن، وأما لو لم يمكن كضمنت لك شيئاً بما في ذمته لم يصح قولا واحداً .

﴿و﴾ على المختار ﴿يثبت عليه﴾ أي على الضامن ﴿ ما تقوم به البينة﴾ أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان ﴿لا ما يتجدد[1]﴾ أو يوجد ﴿في دفتر أو حساب ، ولا ما يقر به المضمون عنه﴾ أو يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه .

أحكام الحوالة :

﴿القسم الثاني ـ الحوالة : ﴾

﴿وهي مشروعة﴾ بالنص[2] والاجماع ﴿لتحويل المال من ذمة الى ذمة﴾ أخرى ﴿مشغولة بمثله﴾ جنساً ووصفاً .

هذا هو القدر المتفق عليه منها ، والا فالاظهر الاشهر جوازها على البريء وفي السرائر الاجماع، لكنه حينئذ يكون بالضمان أشبه، فكان المحال عليه بقبوله

---

(١) لا ما يثبت ،كذا في المطبوع من المتن .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/١٥٨ ، ب١١ وغيره .

لها ضامن لدين المحتال على المحيل، ولكنها لاتخرج بهذا الشبه عن أصل الحوالة فيلحق أحكامها .

وفي اشتراط تماثل المالين في الامرين قولان ، أجودهما : العدم .

﴿ويشترط﴾ في صحتها كون المال معلوماً عند المحيل، ان كانت الحوالة اعتياضاً وان كانت استيفاءاً احتمل الصحة ولو مع الجهالة .

وثابتاً في ذمته ، فان لم يستقر فلا تجوز الحوالة من البريء ، بل هي وكالة اما في اقتراض ان كانت على بريء، أو في استيفاء ان كانت على غيره، ولافرق بين أن يكون مثلياً أو قيمياً .

و ﴿رضا الثلاثة﴾ أي المحيل والمحتال والمحال عليه على الاشهر .

﴿وربما اقتصر بعض﴾ وهو الحلبي بل الشيخان أيضاً كما حكي ﴿على رضا المحيل والمحتال﴾ دون المحال عليه ، وهو الحق الا في الحوالة على البريء ان جوزناها، فيعتبر رضاه قطعاً. وكذا لو كان المالان مختلفان وكان الفرض استيفاء مثل حق المحتال، توجه اعتبار رضاه أيضاً ، لان ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة فلابد من رضا المتعاقدين .

ولو رضي المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه ، زال المحذور .

قيل: وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاهما، فيكفي كيف اتفق متقدماً على العقد ومتأخراً عنه ومقارناً .

﴿ولايجب قبول الحوالة ولو كان على ملي﴾ بلاخلاف بيننا ﴿نعم لو قبل﴾ الحوالة ﴿لزمت، ولايرجع﴾ حينئذ ﴿المحتال على المحيل﴾ بالمال المحال به مطلقا ﴿ولو افتقر المحال عليه﴾ بعد يساره، لانها توجب البراءة اجماعاً. ولافرق فيه بين أخذ المحتال شيئاً من المال أم لا على الاشهر الاقوى .

﴿ويشترط ملاءته﴾ أي المحال عليه ﴿وقت الحوالة ، أو علم المحتال

باعساره﴾ بلا خلاف بيننا .

﴿ولو﴾ احتيل ورضي لظنه ملاءته، ثم ﴿بان فقره﴾ عند الحوالة ﴿رجع﴾ على المحيل وفسخ العقد ان شاء .

والعبرة بيساره واعساره عند الحوالة ، فلو كان ملياً فيه ثم تجدد الاعسار فلا رجوع .

ولو انعكس فتجدد له اليسار بعد الاعسار قبل أن يرجع المحتال، ففي جواز الرجوع حينئذ وجهان ، أجودهما : نعم عملا بالاستصحاب .

﴿و﴾ لو استجمعت الحوالة شرائطها المتقدمة ﴿يبرأ المحيل﴾ من المال الذي أحال به مطلقاً ﴿وان لم يبرأه المحتال﴾ على الاشهر الاظهر .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية[1]﴾ بل روايتين احداهما صحيحة أنه ﴿ان لم يبرأه﴾ المحتال ﴿فله الرجوع﴾ عليه بالمال، وقد عمل بها جماعة من الاصحاب ، الا أنها قاصرة دلالة ومقاومة لما قابلها من الادلة ، فلتطرح ، أو تحمل على التقية ان صحت الدلالة .

أحكام الكفالة :

﴿القسم الثالث في الكفالة :﴾

﴿وهي التعهد بالنفس﴾ والالتزام باحضار المكفول متى طابه المكفول له .

﴿ويعتبر﴾ فيها ﴿رضا الكافل﴾ أي الكفيل ﴿والمكفول له﴾ وبهما يتم العقد ﴿دون﴾ من عليه الحق المعبر عنه بـ ﴿المكفول عنه﴾ فلا يعتبر رضاه على الاظهر الاشهر ، وفي التذكرة الاجماع .

﴿وفي اشتراط التأجيل﴾ فيها، فلا يصح حالا أم لا فيصح ﴿قولان﴾ أجودهما :

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٥٨ ، ح٢ .

الثاني ، وفاقاً للاكثر .

﴿فان اشترط أجلا فلابد من كونه معلوماً﴾ بلاخلاف بيننا .

﴿واذا دفع الكافل الغريم﴾ وهو المكفول الى المكفول له، وسلمه اليه تسليماً تاماً، بأن لايكون هناك مانع من تسلمه، كتغلب وحبس ظالم. وكونه في مكان لايتمكن من وضع يده عليه، لقوة المكفول وضعف المكفول له. وفي المكان المعين ان بيناه في العقد ، وفي بلد العقد ان أطلقاه . وبعد الاجل ان كانت مؤجلة فى الحال متى شاء ان كانت حالة ﴿فقد برىء﴾ من عهدته اتفاقاً .

ولو امتنع من تسلمه قيل: سلمه حينئذ الى الحاكم و برىء أيضاً. وهو أحوط وكذا الاشهاد عليه وعلى الامتناع في قبضه، فانهما أحوط، وان كان في وجوبهما ـ كالسابق لحصول البراءة ـ نظر .

﴿وان امتنع﴾ الكفيل من تسليمه ألزمه الحاكم به، فان أبى ﴿كان للمكفول له﴾ طلب ﴿حبسه﴾ منه ﴿حتى يحضر الغريم ، أو﴾ يؤدي ﴿ما عليه﴾ ان أمكن أداؤه عنه كالدين .

ولو لم يمكن كالقصاص والزوجية والدعوى لعقوبة توجب حداً أو تعزيراً الزم باحضاره حتماً مع الامكان ، وللحاكم عقوبته عليه ، كما في كل ممتنع من أداء الحق مع قدرته .

وان لم يمكنه الاحضار وكان له بدل كالدية في القتل وان كان عمداً ومهر الزوجة وجب عليه البدل .

ولا خلاف في شيء من ذلك حتى في جواز الاكتفاء عن الاحضار بأداء ما عليه اذا رضي به المكفول له، وأما مع عدم رضاه به ومطالبة الاحضار، ففي الاكتفاء به حينئذ قولان ، أجودهما : العدم وفاقاً لجمع .

ثم على تقدير كون الحق مالا وأداه الكفيل برضا المكفول له أو مطلقا ، فان

كان قدأدى باذن المكفول عنه رجع عليه بما أدى. وكذا ان أدى بغير اذنه، ومقدار احضاره والمراجعة اليه.

﴿ولو﴾ تكفل رجل برجل فـ ﴿قال: ان لم أحضره الى﴾ مدة ﴿كذا كان علي كذا كان كفيلا أبداً ولم يلزمه المال﴾ بل عليه الاحضار.

﴿ولو قال: علي كذا الى كذا ان لم أحضره كان ضامناً للمال ان لم يحضره في الاجل﴾.

والفارق بين المسألتين النص[1] المعتبر المعتضد بالعمل.

﴿ومن خلى غريماً﴾ وأخلصه ﴿من يد غريمه قهراً لزمه اعادته أو أداء ماعليه﴾ ان أمكن، كما في الدين دون القصاص ونحوه مطلقا، أو بعد تعذر الاحضار على المختار في الكفيل، والمخلص بحكمه، لكن هنا حيث يؤخذ منه المال لارجوع له على الغريم اذا لم يأمره بدفعه عنه.

﴿ولو كان﴾ الغريم ﴿قاتلا﴾ عمداً كان أوشبهة ﴿أعاده أودفع الدية﴾ ولايقتص عنه في العمد.

ثم ان استمر القاتل هارباً ذهب المال على المخلص. وان تمكن ولي المقتول منه في العمد وجب عليه رد الدية على الغارم وان لم يقتص من القاتل.

ولو كان تخليصه الغريم من يد كفيله وتعذر استيفاء الحق من قصاص أومال وأخذ الحق من الكفيل، كان له الرجوع على الذي خلصه من يد المستحق.

﴿وتبطل الكفالة بموت المكفول﴾ قبل احضاره بلاخلاف، الا اذا كان الغرض من الكفالة احضاره للشهادة على عينه، ليحكم عليه باتلافه أوالمعاملة له اذا كان قدشهد عليه من لايعرف نسبه بل شهد على صورته، فيجب احضاره ميتاً حيث يمكن الشهادة عليه، بأن لايكون قدتغير بحيث لايعرف. ولافرق حينئذ بين كونه قددفن أم لا كذا قيل، وفيه على اطلاقه اشكال، ولكنه أحوط.

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٥٧، ب١٠.

كتاب الصلح

(كتاب الصلح)

﴿وهو مشروع﴾ في الاصل ﴿لقطع المنازعة﴾ المتحققة أوالمتوقعة .

ولايشترط فيه عندنا سبق خصومة، فلووقع ابتداءاً على عين بعوض معلوم ، صح وأفاد نقل كل من العوضين ، كمافي البيع .

﴿ويجوز مع الاقرار﴾ من المدعى عليه بالدين ﴿والانكار﴾ له .

ثم ان كان المدعي محقاً، استباح مادفع اليه المنكر صلحاً، والافهو حرام باطناً عيناً كان أم ديناً، حتى لوصالح عن العين بمال فهي بأجمعها حرام ، ولايستثنى له منها مقدار مادفع اليه من العوض .

نعم لواستندت الدعوى الى قرينة، كمالو وجدبخط مورثه أن له حقاً على أحد، فأنكروصالحه على اسقاطها بمال، فالمتجه صحة الصلح. ومثله مالوتوجهت الدعوى بالتهمة ، لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطه .

﴿الاماحرم حلالا أوحلل حراماً﴾ فلايصح اتفاقاً .

﴿ويصح﴾ الصلح ﴿مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ، ومع جهالتهما﴾ به مطلقا ﴿ديناً﴾ كان ما ﴿تنازعا﴾ فيه ﴿أوعيناً﴾ ارثاً كان أوغيره .

واطلاق النص[١] والمتن يشمل صور كون المتنازع فيه ممايتعذر معرفتهما له مطلقا، أولاأمكن معرفته في الحال، أم لالعدم مكيال أوميزان ونحوهما من أسباب المعرفة، ولاخلاف في الاولى ولااشكال، وكذا في الثالثة عند جماعة، لتعذر العلم به في الحال، مع اقتضاء الضرورة ومساس الحاجة لوقوعه والضرر بتأخيره، وانحصار الطريق في نقله فيه.

ومن هذا القبيل ايضاً الصلح على نصيب، من ميراث، أو عين يتعذر العلم بقدره في الحال، مع امكان الرجوع في وقت آخر الى عالم به، مع مسيس الحاجة الى نقله في الحال، ويشكل في الثانية، والاحوط فيها المنع، وفاقاً لجماعة.

ولو اختص الجهل بأحدهما، فان كان المستحق لم يصح الصلح في نفس الامر، الاأن يعلمه الاخر بالقدر، أوكان المصطلح به بقدر الحق مع كونه غير متعين ويصح في الظاهر الاأن ينكشف الامر بعد الصلح، بحيث يعلم مقدار الحق وزيادته على ماصالح عليه بالبينة، أواعتراف من عليه الحق بذلك، فيتجه بطلانه ظاهراً وباطناً.

هذا اذا لم يكن من له الحق قد رضي بالصلح بالاقل باطناً، أما لو رضي به كذلك كان صحيحاً مطلقا، وفاقاً لجماعة فلا يجوز للمستحق حينئذ أخذ مازاد عن مال الصلح وان علم الزيادة. وان كان الغريم وأراد التخلص عن الحق، فان كان ما دفعه عنه بقدره أودونه جاز اجماعاً، وكذا اذا كان زائداً عليه مع رضا الغريم به باطناً، وأما مع عدمه فلايصح باطناً.

﴿وهو﴾ عقد ﴿لازم من طرفيه﴾ مستقل بنفسه مطلقا على الاقوى، ﴿و﴾ لا ﴿يبطل﴾ الا ﴿بالتقايل﴾.

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٦٥، ب٥.

﴿ولو اصطلح الشريكان على أن﴾ يكون ﴿الخسران على أحدهما والربح له، وللاخر رأس ماله﴾ خاصة ﴿صح﴾ بلاخلاف ولااشكال، اذا كان ذلك بعد انقضاء الشركة وارادة فسخها، فتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء. وأما اذا كان ذلك في عقد الشركة أو بعده ولم يرد القسمة ففيه خلاف واشكال، والاقوى عدم الصحة وفاقاً لجماعة.

﴿ولو كان بيد اثنين درهمان، فقال أحدهما: هما لي، وقال الاخر: هما بيني وبينك﴾ ولا بينة لهما ﴿فلمدعي الكل درهم ونصف وللاخر ما بقي﴾.

واطلاق النص[1] والمتن يشمل صورتي دعوى الثاني للدرهم معيناً أو مشاعاً وكذا وقوع القسمة بعد حلف كل منهما على استحقاقه النصف الذي يأخذه أو قبله وهو الاقوى.

واذا كانا بيد أحدهما أو ثالث، حكم بهما لذي اليد مع الحلف على عدم استحقاق الاخر، فان كان مدعي الدرهمين كانا له، مع حلفه للاخر على عدم استحقاقه شيئاً، وكذا ان كان مدعي الدرهم، لكن يرد درهماً ويحلف على عدم استحقاق الاخر الدرهم الثاني. وان كان ثالثاً فكهما ان كذبهما، فيحلف لهما ويقرفي يده الدرهمان وكأحدهما ان أقر له وصدقه.

﴿وكذا لو أودعه انسان درهمين وآخر درهماً، فامتزجت﴾ الدراهم ﴿لاعن تفريط﴾ من الوديع ﴿وتلف واحد﴾ منها، ولم يعلم من أيهما ببينة ولا باقرار ﴿فلصاحب الاثنين درهم ونصف، وللاخر ما بقي﴾ على المشهور بين الاصحاب للخبر[2] المنجبر بعملهم، ولولاه لكان المتجه الرجوع الى القرعة.

واحترز بالمزج لاعن تفريط عما لو كان بتفريط، فان الوديع يضمن التالف،

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٦٩، ب٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٣/١٧١، ب١٢.

فيضم اليهما ويقتسمانهامن غير نقص، وقد يقع مع ذلك التعاسر على العين فيتجه القرعة .

ولو كان بدل الدرهم مالا يمتزج أجزاؤه، بحيث لايتميزوهمامتساويان كالحنطة والشعير، وكان لاحدهما قفيزان مثلا وللاخر قفيز، وتلف قفيز بعد امتزاجها بغير تفريط، فالتالف على نسبة المالين وكذا الباقي ، فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث وللاخر ثلثا قفيز. والفرق أن الذاهب هنا عليهما معاً، بخلاف الدرهم فانه مختص بأحدهما قطعاً .

﴿ولو كان لواحد ثوب﴾ اشتراه ﴿بعشرين درهماً، وللاخر ثوب﴾ اشتراه ﴿بثلاثين درهماً، فاشتبها، فان خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه، والا﴾ يتخير بل تعاسرا ﴿بيعا وقسم الثمن بينهما أخماساً﴾ ويعطى ﴿صاحب الثلاثين ثلثه والاخر اثنين﴾ على الاشهر لاظهر ، للخبر [1] المنجبر بالعمل ، ولولاه لاتجه القول بالقرعة ، كما هو المعمول في غير مورد المتن والنص من الثياب المتعددة والاثمان والامتعة.

﴿واذا ظهر استحقاق أحد العوضين﴾ للغير، أوعدم صحة تملكه ونحوه ﴿بطل الصلح﴾ ان كان معيناً في العقد وصح واستحق البدل اذا كان مطلقا كالبيع .

واوظهر فيه عيب فله الفسخ دفعاً للضرر، وفي تخيره بينه وبين الارش اشكال والاصل يقتضي العدم .

ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ، ففي ثبوت الخيار وجهان ، أجودهما : نعم .

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ١٧٠ ، ب ١١ .

كتاب الشركة

(كتاب الشركة)

بكسر الشين وسكون الراء وفتحها وكسرها .

﴿وهي﴾ تطلق على معنيين : أحدهما: ﴿اجتماع حق مالكين فصاعداً في الشيء﴾ الواحد ﴿على سبيل الشياع﴾ .

وثانيهما : عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع .

وهذا هو الذي يندرج به الشركة في جملة العقود، ويلحقه الحكم بالصحة والبطلان دون الاول .

﴿و﴾لا﴿تصح﴾الشركة في الاموال الا﴿مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لايمتاز أحدهما عن الاخر﴾ بأن يتفقا في الوصف زيادة على الاتفاق في الجنسية ، فلولم يمتزجا أو امتزجا بحيث يمكن التميز وان عسر كالحنطة والشعير، أوالحمراء من الحنطة بغيرها، أوالكبيرة الحب بالصغيرة ونحوذلك، فلا اشتراك .

ولافرق في الامتزاج بين وقوعه اختياراً أواتفاقاً، ولا في المالين بين كونهما من الاثمان أوالعروض اجماعاً من الامة في الاثمان، ومن الاصحاب في العروض

ولافي العروض بين ذوات القيم منها والامثال على الاقوى، وعن ظاهر التذكرة الاجماع .

ومتى تحققت الشركة في ذوات القيم منها، فان علم قيمة مالكل واحد منهما، كان الاشتراك على نسبة القيمة، والا فالاقوى الرجوع الى الصلح، الامع التعاسر فيمكن الحكم بالتساوي .

ولوقلنا بمنع الشركة في القيمي بالمزج ، فطريق التخليص من المنع والحيلة لتحصيل الشركة فيه وفي المثلي حيث لايقبل الشركة بالمزج بتغاير الجنس أو الوصف: أن يبيع كل منهما حصته ممافي يده بحصته ممافي يدالاخر أويتواهبا الحصص، أويبيع حصته بثمن معين من الاخر ، ويشتري حصة الاخر بذلك الثمن، أوغيرذلك من الحيل .

وهذه الشركة حيث كانت على جهة الاختيار وقصد التجارة هي الشركة العنانية وصحتها مجمع عليها بين المسلمين كافة .

﴿ولاينعقد﴾ عندنا ماعداها من الشركة ﴿بالابدان والاعمال﴾ بأن يتعاقدا على أن يعمل كل منهما بنفسه ويشتركا في الحاصل ، سواء اتفق عملهما قدراً أو نوعاً، أم اختلف فيهما أوفي أحدهما، وسواء عملا في مال مملوك أوفي تحصيل مباح .

﴿ولو اشتركا كذلك﴾ فحصلا ﴿كان لكل واحد﴾ ماحصل وهو ﴿أجرة عمله﴾ ان تميز أحد المحصولين عن الاخر، والا فالحاصل لهما ويصطلحان.

﴿و﴾ كذلك ﴿لاأصل لشركة الوجوه﴾ وهي : أن يشترك وجيهان لامال لهما بعقد لفظي ليبتاعا في الذمة، على أن مايبتاعه كل منهما يكون بينهما، فيبيعان ويؤديان الاثمان ومافضل فهو بينهما .

أوأن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل[١]، على أن يكون الربح بينهما .

أو أن يشترك وجيه لامال له وخامل ذومال، ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال في يده لايسلمه الى الوجيه والربح بينهما .

أو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعضه له .

﴿و﴾ لا ﴿المفاوضة﴾ وهي : أن يشترك شخصان فصاعداً بعقد لفظي على أن يكون بينهما مايكتسبان ويربحان ويلتزمان من غرم ويحصل لها من غنم ، فيلتزم كل منهما للاخر مثل مايلتزمه من أرش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة ضمان وكفالة، ويقاسمه فيمايحصل له من ميراث أويجده من لقطة وركاز[٢] ويكتسبه في تجارة ونحوذلك، ولايستثنيان من ذلك الا قوت يوم وثياب بدن وجارية يتسري بها .

وهذه الثلاثة بمعانيها باطلة باجماعنا، فلكل منهما مااكتسبه ليس للاخر منه شيء الا برضاه باطناً لا ظاهراً ، بتوهم صحة الشركة ، فانه لايفيد شيئاً حتى الاباحة .

نعم لوعلما بالفساد وتشاركا جاز التناول، الأأن لهما الرجوع مادامت العين باقية، ومع ذلك ليست الاباحة من جهة الشركة .

﴿واذا﴾ تشاركا شركة العنان و﴿تساوى المالان في القدر فالربح بينهما سواء، ولوتفاوتا﴾ فيه ﴿فالربح كذلك﴾ أي متفاوت بحسب تفاوت المالين، فالزائد منه لرب الزائد منهما .

﴿وكذلك الخسران﴾ يوزع على المتشاركين ﴿بالنسبة﴾ الى ماليهما ،

---

(١) الخامل من الرجال : الساقط لا نباهة له .

(٢) الركاز : ماركزه الله، أى أحدثه ودفنه فى المعادن من ذهب أوفضة وغيرهما .

فيتساويا مع التساوي، وبالنسبة مع التفاوت .

ولافرق في المقامين بين تساويهما في العمل وتفاوتهما فيه قلة وكثرة ، فيتساويان في الربح والخسران في الأول، ويختلفان فيهما بنسبة اختلاف المالين في الثاني مطلقا، وفي ظاهر المسالك عليه اتفاقنا .

﴿ولو شرط أحدهما في الربح زيادة﴾ عما يستحقه بنسبة ماله ﴿فالاشبه﴾ الاشهر ﴿أن الشرط لايلزم﴾ وفي الغنية الاجماع . ويقابل الاشهر القول بأنه يلزم، وعليه المرتضى مدعياً عليه الاجماع، وهو معارض بأجود منه، وبه يخصص عموم الامر بالوفاء .

وعلى المختار فهل يختص البطلان بالشرط أم يعم الشركة بمعنى الاذن في التصرف؟ الاجود الثاني، وفاقاً لجماعة ، خلافاً لظاهر العبارة وجماعة ، فان عملا كذلك فالربح تابع للمال وان خالف الشرط، ويكون لكل منهما أجرة عمله بعد وضع ماقابله في ماله .

هذا ان اشتركا في العمل وتساويا فيه ، وأما لو كان العامل أحدهما وشرط له الزيادة، صح بلاخلاف فيه ولافي الصحة ، لوكان لصاحب الزيادة زيادة عمل ، كما حكاه جماعة ، ولكن الاول بالقراض أشبه ، لاعتبار العمل من الجانبين في الشركة .

﴿ومع الامتزاج ليس لاحد الشركاء التصرف﴾ في المال المشترك ﴿ الا مع الاذن من الباقين﴾ .

وهذا الحكم جار في مطلق الشركة حتى بالمعنى الاول ، وسواء كان سببها المزج أوغيره، باختيارهما كانت أم بدونه، فان الاذن في التصرف أمر زائد على مفهوم الشركة بهذا المعنى .

﴿و﴾ يجب أن ﴿يقتصر﴾ المأذون ﴿في التصرف على مايتناوله الاذن﴾

فلايجوز له التعدي ويضمن معه .

﴿ولوكان الاذن﴾ له في التصرف في التجارة ﴿مطلقاً﴾ غير مقيد بنوع خاص منه ﴿صح﴾ تصرفه كذلك، بأي نوع شاء من أنواع التجارة ومافيه مصلحة الشركة من البيع والشراء، مرابحة ومساومة وتولية ومواضعة حيث تقتضيها المصلحة ، وقبض الثمن واقباض المثمن والحوالة والاحتيال والرد بالعيب ونحو ذلك، كما في الوكيل المطلق .

ولايجوز له اقراض شيء من المال الامع المصلحة ، ولاالمحابات في البيع ولاالمضاربة عليه ، لان ذلك ليس من توابع التجارة فلا يتناوله الاطلاق .

﴿ولوشرط﴾ في التصرف ﴿الاجتماع﴾ أي اجتماع الاذن أو غيره مع المأذون في التصرف ﴿لزم﴾ الشرط ، اقتصاراً على مورد الاذن .

﴿وهي﴾ أي الشركة بالمعنى الاول ﴿جائزة من الطرفين. وكذا﴾ الشركة بالمعنى الثاني الممتاز عن الاول، مع اشتراكه له في الاصل بتضمنه ﴿الاذن في التصرف﴾ فلكل منهما فسخها بمعنييها ومطالبة القسمة والمنع عن التصرف المأذون فيه بالكلية أوفي الجملة .

﴿وليس لاحد الشركاء الامتناع من القسمة عند المطالبة﴾ أي مطالبة غيره اياها، بل تجب عليه، ومع امتناعه فللحاكم اجباره عليها ﴿الاأن يتضمن﴾ القسمة ﴿ضرراً﴾ على الممتنع أوعليهما، فلايجبر عليها في المقامين مطلقا، الااذا حصل المطالب ضرر من غير جهة القسمة ، أوكان ضرره أقوى ، ويقرع مع التساوي .

ويلحق بالضرر المانع عن الجبر ، اشتمال القسمة على الرد ، لانه معاوضة محضة تستدعي التراضي من الطرفين، وتسمى «قسمة تراض» ومافيه الجبر« قسمة اجبار» ويتحقق الضرر الدافع للجبر بنقصان القيمة مطلقا على الاقوى .

﴿ولايلزم أحد الشريكين اقامة رأس المال﴾ وانضاضه ، بل له المطالبة

بالقسمة قبله مطلقا طلبه الاخر منه أملا .

﴿ولاضمان على أحد الشركاء﴾ حيث يتلف المال المشترك ﴿مالم يكن﴾ التلف ﴿بتعد﴾ وهو فعل مالا يجوز فعله في المال ﴿أو تفريط﴾ وهو التقصير في حفظه ومايتم به صلاحه. والقول في التلف قوله مع يمينه ، ولو ادعى شراء شيء لنفسه أولهما حلف وقبل يمينه .

﴿ولاتصح مؤجلة﴾ قيل: أي لايلزم الاجل فيها ، بل لكل منهما فسخها قبل الاجل .

وانما فائدة التأجيل فيها عدم جواز تصرفهما بعد الاجل ، وظاهره بقاء الشركة بمعنى جواز التصرف بالاذن الى المدة المضروبة ، لأنها فاسدة كما هو ظاهر نحو العبارة.

وهو حسن حيث يظهر أن مرادهما من التأجيل تحديد الاذن الى المدة خاصة والا فلو كان مرادهما منه لزوم الشركة الى المدة، فالمتوجه ظاهر العبارة من فساد الشركة من أصلها وبطلان الاذن في التصرف المستفاد منها، لمنافاة التأجيل بهذا المعنى لمقتضاها فتفسد هي أيضاً، لان الاذن منهما في التصرف مبني على اشتراطهما اللزوم وتوهمهما صحة الشرط، وحيث فسد فسد المبني عليه .

﴿وتبطل﴾ الشركة بالمعنى الثاني ﴿بالموت﴾ مطلقا، وكذا بالجنون والحجر لفلس أو سفه .

﴿وتكره مشاركة الذمي﴾ بل الكافر مطلقا ﴿وابضاعه﴾ وهو : أن يدفع اليه مالا ليتجر به لصاحب المال خاصة ﴿وايداعه﴾ أي دفع المال اليه وديعة.

كتاب المضاربة

(كتاب المضاربة)

﴿وهي أن يدفع الانسان الى غيره مالا﴾ مخصوصاً ﴿ليعمل فيه بحصة﴾ معينة ﴿من ربحه﴾ من نصف أوثلث أونحوهما بحسب مايشترطانه .

ولواشترط جميعه للمالك،فهوبضاعة . ولو انعكس ،فقرض ومداينة .

وان لم يشترطا شيئاً وكان العمل مماله أجرة في العرف والعادة، فالربح كله للمالك وللعامل أجرة المثل، وكذا لوفسد العقد بفساد بعض شروطه ،كماذكره جماعة .

﴿و﴾يجوز ﴿لكل منهما الرجوع ﴾وفسخ العقد ﴿سواء كان المال ناضاً﴾ منقوداً دراهم ودنانير ﴿أومشتغلا ﴾ بالعروض .

ثم ان كان الفاسخ العامل ولم يظهر ربح، فلاشيء له. وان كان المالك، ضمن للعامل أجرة المثل الى ذلك الوقت ، ويحتمل ضعيفاً العدم . ولو ظهر ربح في المقامين فهو على الشرط .

قيل : ومن لوازم جوازها وقوعها بكل لفظ يدل عليه .

وفي اشتراط وقوع قبوله لفظياً أوجوازه بالفعل أيضاً قولان، قوى ثانيهما في

الروضة [١] تبعاً للتذكرة ، ويظهر فيها عدم خلاف بيننافيه ولافي جواز الاكتفاء في طرفي الايجاب والقبول بكل لفظ .

فان تم اجماعاً والافالاولى خلافهما ، اقتصاراً فيما خالف الاصل الدال على أن الربح تابع للمال وللعامل أجرة المثل المنطبقة مع ربح تلك المضاربة تارة والمتخلفة عنها اخرى على المتيقن ، ولعله لذا اعتبر فيها التواصل بين الايجابين والتنجيز وعدم التعليق على شرط أوصفة .

﴿ولايلزم فيها اشتراط الاجل﴾ اما بمعنى أنه لايجب أن يشترط فيها الاجل ، بل يجوز مطلقة عنه . أو بمعنى أن الاجل اذا شرط فيها فهو غير لازم ، بل يجوز لكل منهما الرجوع فيه كمافي أصله. وكلا المعنيين صحيحان .

وفي التعبير بعدم اللزوم حيث يراد من العبارة ثانيهما ، اشارة الى ثبوت الصحة .

والوجه فيه أنه يثمر المنع من التصرف بعد الاجل الاباذن جديد ، وكذلك لوأجل بعض التصرفات، كالبيع والشراء خاصة، أونوعاً خاصاً من التجارة ، ولا كذلك اشتراط لزومها الى أجل أو مطلقا ، فانه باطل ومبطل لها على الاشهر الاقوى .

﴿و﴾ يجب على العامل أن ﴿يقتصر﴾ في التجارة ﴿على مايعين له﴾ المالك ﴿من التصرف﴾ بحسب نوعهاومكانها ، ومن يشتري منه أويبيع عليه أو غير ذلك .

﴿ولوأطلق﴾ له الاذن ﴿تصرف في الاستنماء﴾ والاسترباح ﴿كيف شاء﴾ من وجوه التصرفات، ولوبغير نقد البلد وثمن المثل بشرط المصلحة، وفاقاً لجماعة أوالتصريح بهما ان لم يتضمن الاذن بذلك سفاهة ، والا فيفسد أصل المضاربة.

(١) الروضة ٤/٢١٢ .

ويتولي مااعتيد تولي المالك له بنفسه، من عرض القماش، ونشره، وطيه، واحرازه، وبيعه وشرائه، وقبض ثمنه وايداعه الصندوق، ونحوذلك، ولاأجرة له على مثل هذه الاعمال.

ولواستأجر عليها وما جرت العادة باستيجاره عليه، كالدلالة عليه، والحمل والكيل والوزن، ونقل الامتعة الثقيلة التي لم تجر عادة التجار بمباشرتهم لها بأنفسهم بحسب حال تلك التجارة من ذلك التاجر، جاز له الاستيجار عليه.

ولوعمل بنفسه، لم يستحق أجرة بحسب مايقتضيه اطلاق كلامهم، لكن لو قصد بالعمل الاجرة كمايأخذغيره أوأقل، وقلنا بجوازأن يستأجر الوكيل في الاستيجار نفسه، لم يبعد القول باستحقاقه الاجرة سيمافي الاول للاولوية.

﴿ويشترط﴾ في صحتها ﴿كون الربح مشتركاً﴾ بينهما والوضيعة على المال اجماعاًفتوى ونصاً[1]، ولانه لواختص الربح بأحدهما كان بضاعة أوقرضاً كمامضى لكن ذلك اذالم يكن الدفع بصيغة المضاربة، والافيحتملهما وعدمهما، وعلى الثاني يكون الربح كله للمالك وللعامل أجرة المثل حيث تعتادله عرفاً، وكذاعلى الاول في صورة البضاعة، لكن لاأجرة للعامل مطلقا، وعليه في الصورة الثانية يكون الربح كله للعامل وللمالك رأس المال اتفاقاً.

﴿ويثبت للعامل ماشرط له﴾ المالك ﴿من الربح﴾ من النصف أوالثلث أو نحوهما ﴿مالم يستغرقه﴾ على الاشهر الاقوى.

﴿وقيل: للعامل أجرة المثل﴾ والربح كله للمالك، والقائل الشيخ في النهاية[2] وجماعة، وحجتهم ضعيفة اجتهادات في مقابلة النص غير مسموعة.

﴿و﴾ يجوزأن ﴿ينفق العامل في السفر﴾ الذي يعمل فيه للتجارة ﴿من أصل

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ١٨١، ح٢.

(٢) النهاية ص٤٢٨.

المال كمال النفقة﴾ المحتاج اليها فيه ، من مأكول وملبوس ومشروب ومركوب وآلات ذلك، كالقربة والجواليق ونحوها، وأجرة المسكن ونحو ذلك، على الاظهر الاشهر ، وعن الخلاف الاجماع .

وقيل: بل الزائد عن نفقة الحضر خاصة، وهو أحوط، وأحوط منه عدم الانفاق منه مطلقا، كما في قول آخر .

وحيث قلنا بجواز الانفاق، وجب عليه أن يراعي فيها مايليق به عادة مقتصداً فان أسرف حسب عليه ، وان اقتر لم يحسب له .

واذا عاد من السفر فما بقي من أعيانها ـ ولو من الزاد ـ وجب رده الى التجارة أو تركه، الى أن يسافر ان كان ممن يعود اليه قبل فساده .

ثم ان القول بجواز الانفاق مخصوص بـ ﴿ما﴾ اذا ﴿لم يشترط﴾ عدمه ولو شرطه لزم، ولو اذن بعده فهو تبرع ، ولو شرطه فهو تأكيد، الا أن يزيد المشترط على ماله انفاقه ، ويشترط حينئذ تعيينه لئلا تجهل الشرط ، بخلاف ماثبت بأصل الشرع .

ولا يعتبر في ثبوته حصول الربح، بل ينفق ولو من الاصل، لاطلاق الفتوى والنص ومقتضاهما الانفاق من الاصل ولو مع حصول الربح ، ولكن ذكر جماعة انفاقها منه دون الاصل، وعليه فلتقدم على حصته ومؤنة المرض في السفر، وكذا المدة التي لم يشتغل فيها بالتجارة على العامل ، وكذا سفر لم يؤذن فيه وان استحق الحصة .

والمراد بالسفر العرفي لا الشرعي، فينفق من الاصل وان فقد شرائط القصر ، الا أن يخرج عن اسم المسافر في العرف، أو يزيد عما يحتاج التجارة اليه، فينفق من ماله الى أن يصدق الوصف .

ولو كان لنفسه أو لغيره غير هذا المال، فالوجه التقسيط. وقيل: انه لا نفقة على

مال المضاربة حينئذ ، وهو أحوط .

وعلى الاول فهل هو على نسبة المالين أو العملين؟ فيه وجهان .

﴿و﴾ لما كان المقصود من عقد المضاربة أن يكون ربح المال بينهما، وجب أن ﴿لايشتري العامل الا بعين المال﴾ .

﴿و﴾ عليه فـ ﴿لو اشترى في الذمة وقع الشراء له والربح له﴾ ظاهراً أو باطناً ان عين ذمته أو أطلق ولم يعين ذمة، وللمالك ان عين ذمته لفظاً مع اذنه سابقاً أو لاحقاً والابطل بالاضافة اليه .

وفي حكم بعض هذه الصور اشكال أشرنا الى وجهه في الشرح الكبير[1].

ولو أذن له المالك في الشراء في ذمته تعلق به مايستعقبه من تعلق عهدة الثمن بذمته ، ووجوب أدائه عليه دون العامل ، بقي مال المضاربة أم لا . وعليه يكون المبيع مالا للمضاربة ان أدى الثمن من مالها ، وفاقاً لجماعة . قيل : وفيه أقوال أخر .

﴿ ولو أمره بالسفر الى جهة ﴾ معينة ﴿ فقصد غيرها ضمن ﴾ مع التلف اجماعاً .

﴿ولو ربح كان الربح بينهما على حسب ما شرطا ﴾ من نصف أو ثلث أو غيرهما .

﴿وكذا لو أمره بابتياع شيء﴾ معين ﴿فعدل الى غيره﴾ ضمن مع التلف. ولو ربح كان بينهما، ولا اشكال في الحكم الاول، ويشكل في الثاني، لمخالفته الاصول لكنها مخصصة بالاجماع الظاهر والنصوص[2].

وقيل: وموردها مافي العبارة ، ويتعدى منه الى غيره من أنواع التصرفات

(١) رياض المسائل ١/٦٠٧ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/١٨٢ ، ح٨ .

التي نهى عنها المالك بالاضافة الى الحكم الاول قطعاً، ولابالاضافة الى الثاني، بل تقف على الاجازة فتبطل مع عدمها، والربح كله للمالك وليس للعامل شيء، اقتصاراً فيما خالف الاصل على مورد النص، والاقوى التعدية الى الحكم الثاني أيضاً، أخذاً بعموم جملة من الصحاح[1].

﴿وبموت كل واحد منهما تبطل المضاربة﴾ وكذا بكل مايوجب الخروج عن أهلية التصرف، كالجنون والاغماء والحجر عليه لسفه.

ثم ان كان الميت المالك وكان المال ناضاً لاربح فيه، أخذه الوارث، وان حصل فيه ربح اقتسماه بالشرط، ويقدم حصة العامل على جميع الغرماء.

وان كان المال عرضاً فللعامل بيعه مع رجاء الربح، لكن مع اذن الوارث أو وليه لامطلقا وانقيل به. وأمامع عدم الرجاء فلابدون الاذن اتفاقاً، وللوارث الزامه بالانضاض ان شاء مطلقا.

وان كان العامل، فان كان المال ناضاً ولاربح أخذه المالك، وان كان فيه ربح دفع الى الورثة حصتهم منه.

ولو كان هناك متاع واحتيج الى بيعه، فان أذن المالك للوارث جاز، والا نصب الحاكم له أميناً يبيعه، فان ظهر فيه ربح دفع حصة الوارث اليه، والا سلم الثمن الى المالك.

وحيث حكم ببطلان المضاربة بالموت وأريد تجديدها مع وارث أحدهما، اشترط في الثانية مااشترط في الاولى.

﴿ويشترط في مال المضاربة أن يكون عيناً﴾ فلايجوز ديناً كما يأتي ﴿دنانير أودراهم﴾ اجماعاً، ﴿و﴾ عليه فـ ﴿لاتصح بالعروض﴾ ولا الفلوس ولاغيرها حتى النقرة على الاقوى.

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ١٨٠، ب١.

﴿ولو قوم عروضاً وشرط للعامل حصة من الربح﴾ فسد المضاربة لفقد شرطها و﴿كان الربح للمالك وللعامل الاجرة﴾ كما في كل مضاربة فاسدة .

﴿و﴾ يشترط فيه أيضاً كونه معلوم القدر على الاشهر الاقوى فـ ﴿لا تكفي مشاهدة رأس مال المضاربة مالم يكن معلوم القدر، وفيه قـول بـالجواز﴾ معها منقول عن المرتضى، وهو ضعيف ، وأضعف منه الاكتفاء بالجزاف وان حكاه في المختلف عن الشيخ وقواه .

﴿ولو اختلفا في قدر رأس المال﴾ فادعى العامل النقصان والمالك الزيادة ولا بينة له ﴿فالقول قول العامل مع يمينه﴾ ان لم يرجع الاختلاف في مقدار الربح الحاصل ، والا فالقول قول المالك ، لتبعية النماء للمالك ،فجميعه له الا ما أقر به للعامل .

﴿ويملك العامل نصيبه من الربح بـ ﴾مجرد ﴿ظهوره وان لم ينض﴾ على المشهور بين الاصحاب ، بل لا يكاد يتحقق فيه بيننا خلاف . وللعامة فيه أقوال .

وعلى مذهبنا ليس المالك على قرار ، لان الربح وقاية لرأس المال ، فلابد للاستقرار من انضاض المال أجمع ، أو بقدر رأس المال مع الفسخ أو القسمة أو لامعهما على قول، وبدونه يجبر ما يقع في التجارة من تلف أو خسران .

ولافرق في ذلك بين كون الربح والخسران في مرة واحدة أو مرتين ، وفي صفقة أو اثنتين ، وفي سفرة أو سفرات .

﴿ولا خسران على العامل﴾ حيث يقع ﴿الا﴾ أن يكون ﴿ عن تعد ﴾ منه ﴿أو تفريط﴾ .

﴿وقوله﴾ أي العامل ﴿مقبول في﴾ دعوى ﴿التلف﴾ مطلقاً بأمر ظاهر كان كالحرق أو خفي كالسرق، أمكنه اقامة البينة عليه أم لا، لانه أمين بلاخلاف فيه ولافي قبول قوله في دعوى عدم التفريط والخسارة ورأس المال ، كما مر .

﴿ولايقبل﴾ قوله ﴿في الرد﴾ أي ردالمال ﴿الابينة على الاشبه﴾ الاشهر، ويقابله قول الشيخ في المبسوط بقبول قوله دون المالك . وفيه ضعف .

﴿ولواشترى العامل أباه فظهر فيه ربح عتق نصيب العامل من الربح وسعى العبد في﴾ أداء ﴿باقي ثمنه﴾ للمالك، بالنص[1] والاجماع، واطلاقهما يشمل صور يسار العامل واعساره، وظهور الربح حال الشراء وعقيبه .

وربما فصل بين الصور بوجوه تخريجه لاتعارض النص ، وموردة صورة جهل العامل بأن العبد أبوه، وعليه فلوعلم بأبوته حين الشراء، وجب القطع بفساد البيع وبطلانه، لمنافاته لمقصود القراض، الاأن يأذن المالك فيه ، فلابأس به. لكن هذا التفصيل غير ظاهر من الفتاوى والاجماع المحكي .

﴿ومتى فسخ المالك المضاربة﴾ قبل العمل أو بعده مطلقا، كان المال ناضاً أم لا حصل فيه ربح أم لا ﴿صح وكان للعامل أجرته الى ذلك الوقت﴾ الذي وقع فيه الفسخ ان لم يكن ظهر ربح ، والا فله حصته منه .

هذا اذا وقع الفسخ بعد العمل ، وأما اذا وقع قبله فليس للعامل فيه شيء .

وربما يستشكل في الحكم بالاجرة على تقدير عدم ظهور الربح، ولعله في محله ان لم ينعقد الاجماع على خلافه .

ومتى فسخ العامل أو هما معاً ، فان ظهر ربح أخذ الحصة ، والا فلا أجرة له ولو عمل، خلافاً للتذكرة فأثبتها له معه، ولاوجه له سيما ان قلنا بنفي الاجرة له في المسألة السابقة .

﴿ولوضمن صاحب المال العامل﴾ أي جعله ضامناً لمال المضاربة متى تلف انفسخت و ﴿صار الربح له﴾ أي للعامل، للمعتبرة[2]، واطلاقها يشمل صورتي قصدهما القرض أو المضاربة .

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٨٨ ، ب٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/١٨٦ ، ب٤ .

﴿ولا يطأ المضارب﴾ بكسر الراء وهو العامل ﴿جارية﴾ اشتريت بمال ﴿القراض﴾ اجماعاً اذا لم يكن أذن له في وطئها ﴿و﴾ كذا ﴿لو كان المالك أذن له﴾ فيه مطلقا، سابقاً على الشراء أو لاحقاً، مع ظهور الربح على الاشهر الاحوط، وان كان القول بالجواز في الصورة الثانية لعله أقوى .

﴿وفيه﴾ أي في وطئها بالاذن السابق ﴿رواية[1] بالجواز﴾ هي مع قصورها سنداً ودلالة ﴿متروكة﴾ مهجورة، لتضمنها جواز الوطي بمجرد اذن المالك في شرائها وكونها معه، وهو أعم من تحليله الوطي ولادلالة للعام على الخاص بالبديهة مع عدم فتوى أحد بها عدا الشيخ في النهاية ، ولم يوافقه أحد ممن بعده بل ومن قبله .

وهنا صورة ثالثة هي: الاذن في الوطي بعد الشراء مع عدم ظهور ربح أصلا وحكمها الجواز عند جماعة مطلقا، وينبغي القطع به مع القطع بالعدم، ويشكل مع عدم القطع به واحتمال ظهوره ان قلنا بالمنع في صورته ، وان كان الجواز كما قالوه لعله أولى .

﴿ولا تصح المضاربة بالدين حتى يقبض﴾ بلاخلاف، وفي التذكرة الاجماع ومثله مالو أذن للعامل في قبضه من الغريم، فانه لايخرج بذلك عن وقوع المضاربة بالدين ، الا أن يجدد عقدها بعد القبض .

﴿ولو كان في يده﴾ أموال ﴿مضاربة﴾ لمتعددين ﴿فمات ، فان﴾ كان ﴿عينها لواحد﴾ منهم ﴿بعينه أوعرفت﴾ له ﴿منفردة﴾ بالقرائن المفيدة للعلم فلابحث ﴿والاتحاص فيه﴾ في المجتمع من أموال المضاربة ﴿الغرماء﴾ وأرباب الاموال على نسبة أموالهم .

هذا اذا كانت مجتمعة في يده على حدة ، أما اذا كانت ممتزجة مع جملة

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ١٩٠ ، ب ١١ .

ماله مع العلم بكونه موجوداً قيل: فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك ان وسعت التركة أموالهم أخذوها، وان قصرت تحاصوا . ويشكل بتوقف ذلك على معرفة مال الميت ومعلومية نسبته بالاضافة الى أموالهم. ولو جهل أشكل الحكم في ضربهم معهم في التحاص .

ثم كل ذا مع العلم ببقاء أموال المضاربة ، وأما مع الجهل به واحتمال تلفها، يحكم بكون التركة ميراثاً، عملا بظاهر اليد . والوجه الحكم بعدم ضمانه لاموال المضاربة ، عملا بالاصل وكون يده امانة ، فلعلها تلفت بغير تفريط منه فلاضمان.

كتاب المزارعة والمساقاة

(كتاب المزارعة والمساقاة)

أحكام المزارعة :

﴿أما المزارعة، فهي﴾ لغة مفاعلة من الزرع، وهي تقتضي وقوعه منهما، لكنها في الشرع صارت ﴿معاملة على الارض بحصة﴾ معينة ﴿من حاصلها﴾ سواء كان كل من البذر والعوامل للمالك، أو العامل، أو مشتركاً. وسواء كان كل من العمل والارض مختصاً بأحدهما ، أو مشتركاً بينهما .

ويعتبر فيها الصيغة، وهي من العقود اللازمة، فالاحوط بل الاجود اعتبار الماضوية والقبول اللفظي ، وسائر ما يعتبر في العقود اللازمة هنا .

﴿وتلزم المتعاقدين ، لكن لو تقايلا﴾ وتفاسخا ﴿صح﴾ الفسخ[1] وجاز ﴿ولا تبطل بالموت﴾ ولا بالبيع ، فان مات المالك أتم العمل العامل ، وان مات العامل قام وارثه مقامه، والا استأجر الحاكم من ماله أو من حصته من يقوم به، الا اذا شرط على العامل أن يعمل بنفسه ومات قبل ظهور الثمرة، فتبطل حينئذ بموته ، ولا كذلك اذا كان بعده .

﴿وشروطها ثلاثة : ﴾

---

(١) كذا في « خ » وفي « ن » : العقد .

أحدها : ﴿أن يكون النماء مشاعاً﴾ بينهما ﴿تساويا فيه أم تفاضلا﴾ فلو شرط لاحدهما شيء معين وان كان البذر وللاخر الباقي أولهما بطل، سواء كان الغالب أن يخرج منها مايزيد على المشروط أم لا على الاقوى ، وفي الغنية الاجماع .

ولو شرط أحدهما على الاخر شيئاً يضمنه، مضافاً الى الحصة من ذهب أو فضة، صح على الاشهر الاقوى ، بل ظاهر جماعة أنه لاخلاف فيه .

وحيث صح يكون قراره مشروطاً بالسلامة ،كاستثناء أرطال معلومة من الثمرة في المبايعة .

ولو تلف البعض سقط من الشرط بحسابه ، ويحتمل قوياً أن لايسقط شيء بذلك ، عملا باطلاق الشرط ، الا أن يكون هناك عرف يوجب الصرف فيتبع .

﴿و﴾ ثانيها : ﴿أن تقدر لها مدة معلومة﴾ يدرك فيها الزرع علماً أوظناً، فلو لم يعين مدة أو عين أقل من ذلك بطل على الاظهر .

وحيث عينت ومضت والزرع باق لم يدرك لفساد الظن ،كان للمالك ازالته وفيه قول بالعدم مطلقا ، وآخر به مع عدم الارش ، وأما معه فالاول وهو أحوط وأحوط منه العدم مطلقا . وعليه ففي استحقاق المالك الاجرة أم العدم قولان أجودهما : الاول .

وأما لو اتفقا على التبقية جاز بعوض وغيره ، الا أنها مع العوض يفتقر الى تعيين مدة زائدة كالاجارة .

ولو ترك الزراعة حتى انقضت المدة، لزمه أجرة المثل مع تمكين المالك له منها كالاجارة، ولا فرق في ذلك عند الاكثر بين الترك اختياراً وعدمه ، وقيل بالاختصاص بالاول ولا يبعد .

﴿و﴾ ثالثها : ﴿أن تكون الارض مما يمكن الانتفاع بها﴾ في الزراعة المقصودة منها، أو في نوع منها مع الاطلاق، بأن يكون لها ماء من بئر أونهر أو مصنع ، أو يسقيها الغيوث غالباً ، أو الزيادة كالنيل .

والضابط: امكان الانتفاع بزرعها المقصود منها، فان لم يمكن بطلت المزارعة وان رضي العامل .

ولو جمع العقد الشرط ثم فقد في الاثناء ، فهل الصحة باقية وللعامل الخيار بين الفسخ والامضاء أم تبطل ؟ اختيار الفاضلان والشهيدان الاول ، وفيه نظر قالوا : فان فسخ فعليه من الاجرة بنسبة ما سلف من المدة . وفيه أيضاً نظر .

وينبغي أن تكون الارض مملوكة ولو منفعة، كما استفيد من حقيقة المزارعة وصرح جماعة بكفاية الاولوية الحاصلة في الارض الخراجية وبالاحياء ، ان لم نقل بكونه مفيداً للملكية . وفي النصوص ما يدل على جواز تقبيل الاراضي الخراجية للزراعة .

﴿وله﴾ أي للعامل ﴿ أن يزرع الارض بنفسه وبغيره ومع غيره﴾ وان لم يأذن المالك له ، سواء كان ذلك بعنوان التوكيل ، أو الاستنابة ، أو نقل بعض الحصة بعنوان الشركة والمزارعة الثانية .

وقيل: لايجوز له تسليم الارض الا باذن المالك .

وقيل: انما تجوز مزارعة غيره أو مشاركته له اذا كان البذر منه، وأما المساقاة فليس للعامل أن يساقيه .

وهما أحوط في الجملة ، وان كان القول بعدم اشتراط كون البذر منه في الجواز لايخلو عن قوة مع كونه أشهر، وعليه الاجماع في الغنية .

﴿الا أن يشترط عليه زرعها بنفسه﴾ فلايجوز له التعدي .

﴿و﴾ كذا له مع اطلاق الزراعة ﴿أن يزرع ماشاء﴾ على الاشهر الاقوى وفي الغنية الاجماع ﴿الا أن يعين له﴾ المالك شيئاً من الزراعة ، فلايجوز التعدي عنه، سواء كان المعين شخصياً كهذا الحب، أو صنفياً كالحنطة الفلانية أم نوعياً .

ولوخالف وزرع الاخر، فالاجود بطلان المزارعة مع انقضاء المدة، وازوم أجرة المثل عما زرعه . وقيل : بل يتخير المالك بين الفسخ فله الاجرة ، والابقاء فله المسمى والارش .

وكذا لوخالف وزرع الاقل ضرراً، الاجود فيه البطلان، وقيل: بالصحة فله المسمى من الحصة، ولا أرش ولا خيار لعدم الضرر، وفيه نظر .

﴿وخراج الارض﴾ وأجرتها ﴿على صاحبها﴾ بلاخلاف ﴿الا أن يشترطه على الزارع﴾ كلا أو بعضاً، فيجب عليه مع تعيينه عملا بالشرط ﴿وكذا لو زاد السلطان﴾ فيه ﴿زيادة﴾ وطلبها من الزرع وجب على صاحب الزرع دفعها اليه، للخبر[1] .

ويستفاد منه عموم الحكم لكل موضع يشابه الغرض ، كما يتفق كثيراً في عصرنا من الظلم على سكنة الدور بمال يكتب عليها لاعليهم، فيؤخذ منهم لامن أربابها. ولكن فيه قصور سنداً ومتناً، لمخالفته الاصول جداً .

ولوشرط على العامل الخراج كملا فزاد السلطان فيه زيادة، فهي على صاحب الارض على الاقوى .

ونحو الخراج المؤنة التي يتوقف عليها العمل ولايتعلق بنفس العمل ، والتنمية كاصلاح النهر والحائط واقامة الدولاب . وبالجملة مالايتكرر كل سنة ، فهي كلها على صاحب الارض . ومايتكرر كل سنة ، كالحرث والسقي وآلاتهما وتنقية النهر وحفظ الزرع وحصاده كله على العامل .

ولوشرط من عليه المؤنة اياها على الاخر كلا أو بعضاً لزم، عملا بالشرط.

﴿و﴾ يجوز ﴿لصاحب الارض﴾ وكذا الاصول ﴿أن يخرص على الزارع﴾ بعد انعقاد الحب وظهور الثمرة، بأن يقدر مايخصه من الحصة تخميناً

(١) وسائل الشيعة ١٣/٢٠٢، ب١٠ .

ويقبله به بحب ولو منه بماخرصه منه .

﴿والزارع بالخيار في القبول﴾ ولايلزمه ﴿فان قبل﴾ لزم و﴿كان﴾ في المشهور بل قيل : لايكاد يتحقق فيه خلاف ﴿استقراره مشروطاً بسلامة الزرع﴾ والثمرة من الافة الالهية .

فلوتلف أجمع فلاشيء على الزارع .

ولوتلف البعض سقط منه بحسابه. ولا نص فيه ولا قاعدة، فانكان اجماع ، والا ففيه كلام مضى الاشارة اليه .

وأما لو أتلفه متلف ضامن ، لم يتغير المعاملة قولا واحداً وطالب المتقبل المتلف، ولوزاد فالزائد للمتقبل .

ولونقص بسبب الخرص، لم يسقط بسببه شيء، ويشترط في الخرص بلوغ الزرع .

﴿وتثبت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه المزارعة﴾ لصاحب الارض انكان البذر من الزارع ، والحاصل له انكان البذر منه وعليه أجرة مثل العامل والعوامل والالات .

ولوكان البذر منهما فالحاصل بينهما ، ولكل منهما على الاخر أجرة مثل مايخصه على نسبة ماللاخر من الحصة .

ولوكان البذر من ثالث، فالحاصل له وعليه أجرة مثل الارض وباقي الاعمال وآلاتها لصاحبها .

ولافرق في ثبوت الاجرة لمن ليس له البذر على الاخر في مقابلة أرضه أو عمله أن يكون هناك حاصل أم لا .

﴿وتكره اجارة الارض للزراعة بالحنطة أو الشعير﴾ مطلقا منها كانا أومن غيرها ، زرعت بجنسهما أم لا، على مايقتضيه اطلاق العبارة .

ولكن تحقيق المسألة أنه لاخلاف في جواز اجارتها بالطعام من غيرها مع تغايره لجنس ماتزرع به على كراهية، وكذا مع اتحادهما على الاشهر الاقوى، خلافاً للقاضي فحرمها، ولا في حرمتها به منها مع اتحاده لجنس ماتزرع به الا من العبارة، وهو مع ندرته حجته غيرواضحة .

﴿وأن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به، الا أن يحدث فيها حدثاً﴾ ولولم يقابل الزيادة .

﴿ أويوجرها بغيرالجنس الذي استأجرها به﴾ بلاخلاف في الجواز في صورتي الاستثناء، وعلى الاشهرالاقوى في غيرهما، خلافاً لجماعة من أعيان القدماء فتحرم، وهو أحوط وأولى .

ثم ان ظاهر الفريقين عدم الفرق في الحكم مطلقا، بين الارض وغيرها من الاعيان المستأجرة، فان كان اجماعاً كان القول بالكراهة مطلقا متعيناً، والا ـ كما هو الظاهر ـ كان القول بالحرمة في الدار والاجير والحانوت متجهاً كمافي الشرائع[1] .

أحكام المساقاة :

﴿وأما المساقاة، فهي﴾ لغة : مفاعلة من السقي واشتق منه دون باقي أعمالها لانه أنفعها في أصل الشرعية، وهو نخل الحجاز الذي يسقى من الابار مع كثرة مؤنته .

وشرعاً ﴿معاملة على الاصول﴾ الثابتة كالنخل والرمان ﴿بحصة من ثمرها﴾ والمراد بالثمر معناه المتعارف ، وان قلنا بالمنع عن المساقاة فيمايقصد ورقه ووروده، والا فالمراد به نماء الشجرة مطلقا .

---

(١) شرائع الاسلام ٢/ ١٥٠ .

﴿وتلزم المتعاقدين كالاجارة﴾ فلاتنفسخ الا بالتقائل .

﴿وتصح قبل ظهور الثمرة﴾ اجماعاً ﴿و﴾ كذا ﴿بعدها اذا بقي للعامل عمل فيه المستزاد﴾ في الثمرة على الاشهر الاقوى، ولوكان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمرة، لكن لاتحصل به زيادة، كحفظها من فساد الوحش والافة ، فمقتضى الاصل عدم الصحة .

والمراد بمافيه مستزاد الثمرة ، نحو الحرث والسقي ورفع أغصان الكرم على الخشب ، وتأبير ثمرة النخل . دون نحو الجذاذ والحفظ والنقل وقطع الحطب الذي يعمل به الدبس، من الاعمال التي لاتستزاد بها الثمرة، فان المساقاة لاتصح بها اجماعاً. وحيث لاتصح صحت الاجارة بجزء معين من الثمرة وبغيره والصلح والجعالة .

﴿ولاتبطل بموت أحدهما﴾ ولا بموتهما ﴿على الاشبه﴾ الاشهر، ويقابل الاشبه قول المبسوط بالبطلان ، وهو نادر ﴿ الا أن يشترط﴾ المالك ﴿تعيين العامل﴾ بلاخلاف ، وأما الاحكام المترتبة على موت كل منهما ، ففي المزارعة قد مضى .

﴿و﴾ انما ﴿تصح﴾ المساقاة ﴿على كل أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه﴾ فتصح على النخل والكرم وشجر الفواكه ، بلاخلاف فيها ولا في عدم الصحة في الشجر الغير الثابت ، ولا في نحو الودي والبطيخ والباذنجان وقصب السكر والبقول . وفيما لاثمرة له اذا كان له ورق ينتفع به ، كالتوت الذكر الذي يقصد به الورق والحناء، وجه للصحة عند جماعة ، وفيه اشكال .

قالوا : ولو ساقاه على ودي مغروس الى مدة يحمل مثله فيها غالباً ، صح ولولم يحمل فيها . وان قصرت المدة المشترطة عن ذلك غالباً ، أو كان الاحتمال على السواء ، لم يصح ، وفي الاولى لأجرة له على جميع العمل، وفي الثانية

لـه اجرة المثل مع جهله بالفساد ، كما قالوه في هـذه المعاملة ونحوها حيث ماخرجت فاسدة .

﴿ويشترط فيها﴾ ذكر ﴿ المدة المعلومة التي يمكن حصول الثمرة فيهـا غالباً ﴾ ولو بالمظنة .

وفي اشتراط تعيين المدة بما لايحتمل النقصان والزيادة أم الاكتفاء بتقديرها بالثمرة المساقى عليها قولان ، الا أن الاول أشهر وأقوى .

﴿ويلزم العامل من العمل﴾ مع اطلاق العقد مادل عليه العرف والعادة من ﴿ مافيه مستزاد الثمرة ﴾ خاصة كما قيل ، ويشعر به العبارة ، واصلاحها أيضـاً كما عليه الاكثر .

وضابطه عندهم : مايتكرر كل سنة كاصلاح الاجاجين[1]، وازالة الحشيش المضر بالاصول، وقطع مايحتاج الى القطع من أغصان الشجرة والنخل، واصلاح الارض بالحرث والحفر حسب مايحتاج اليه، والسقي والتلقيح والعمل بالناضح، وتعديل الثمرة بازالة مايضر بها مـن الاغصان والاوراق ، لايصال الهواء اليهـا ومايحتاج اليه من الشمس، ولقاط الثمرة بمجري العادة وحفظها ، الى غير ذلك.

﴿وعلى المالك﴾ القيام بما يقتضي العرف والعادة قيامه به .

وضابطه كما ذكروه : مالايتكرر كل سنة وان عرض له فـي بعض الاحوال التكرر بما يتعلق نفعه بالاصول بالذات ، وان حصل منه النفع للثمرة بالعرض ، فانه على المالك، كـ ﴿بناء الجدران وعمل النواضح﴾ وحفر الابـار والانهار ، ومايسقى بها من دالية أو دولاب ونحو ذلك .

والاكثر كماقيل: ان على المالك الكش[2] للتلقيح . وقيل : انه على العامل.

---

(١) أج أجوجاً الماء : صار اجاجاً ، أى ملحاً مراً .

(٢) الكش : بالضم الذى يلقح به النخل .

وقيل : ان شراء الزبل[١] وأجرة نقله على رب المال. والاقوى في ذلك كله الرجوع الى عرف المتعاقدين ، فانه الاصل في أمثال هذه المسائل .

﴿وكذا خراج الارض﴾ على المالك ﴿ الا أن يشترط ﴾ شيء من ذلك ﴿على العامل﴾ فيلزمه بعد أن يكون معلوماً .

ولافرق فيه بين أن يكون المشترط عليه جميعه أو بعضه على الاظهر الاشهر، وكذا لو اشترط على المالك بعض ما على العامل ، فيلزم لا كله لمنافاته لمقتضى العقد .

ولافرق فيه بين ما اذا ساقاه بالنصف على أن يعمل معه رب المال ، أو ساقاه على أن اجرة الاجراء الذين يعملون معه ويستعان بهم من الثمرة ، اذا بقي للعامل من العمل ما فيه مستزادها ، لامطلقاً أو غيرهما على الاقوى .

﴿ ولابد أن تكون الفائدة مشاعة ﴾ كما في المزارعة ﴿ فلو اختص بها أحدهما لم تصح ﴾ لفقد شرطها ، لكن يختلف الحكم في ذلك بين ما لو كان المشروط له جميعها العامل أو المالك ، فان كان الاول كان الثمرة كلها للمالك، وللعامل أجرة المثل مع جهله بالفساد ، كما في كل مساقاة باطلة . وان كان الثاني، فالاقوى أنه لاأجرة له .

ونحو اختصاص أحدهما بالفائدة ما لو شرط لنفسه منها شيئاً معيناً ومازاد بينهما ، أو قدر لنفسه أرطالا أو ثمرة نخلة معينة، كما مر في المزارعة .

ويجوز اختلاف الحصة في الانواع، كالنصف من العنب والثلث من الرطب مثلا، اذا علما الانواع .

ولو ساقاه بالنصف ان سقي بالناضح وبالثلث ان سقي بالسبح مردداً بينهما حين العقد ، بطل على الاشهر الاظهر .

---

(١) زبل الارض : سمدها وأصلحها بوضع الزبل فيها .

﴿وتملك﴾ الفائدة ﴿بالظهور﴾ من غير توقف على بدو الصلاح .

ولاتجب الزكاة على أحدهما الا اذا بلغ نصيبه الزكاة ، فتجب ولو في نصيب العامل، اذا كان تملكه له قبل تعلق الوجوب ، كما هو المفروض ، واذا كان بعده فلازكاة . وأطلق ابن زهرة نفيها عنه ولم يفصل بين الصورتين ، وهو نادر .

﴿واذا اختل أحد شروط المساقاة﴾ المعتبرة في صحتها ﴿كانت الفائدة للمالك﴾ لانها تابعة للاصل ﴿وللعامل الاجرة﴾ أجرة المثل اذا لم يكن عالماً بالفساد ، ولم يكن الفساد بشرط عدم الحصة له ، وأما مع أحدهما فلاأجرة له.

﴿ويكره أن يشترط المالك﴾ على العامل ﴿مع الحصة شيئاً من ذهب أو فضة﴾ .

﴿و﴾ لكن ﴿يجب الوفاء به لو شرط مالم تتلف الثمرة﴾ ولو تلفت لم يجب الوفاء ، وكذا لو عدمت .

ولو كان الشرط للعامل على المالك، فالوجه لزومه ووجوب الوفاء مطلقاً. ولو كان التالف في الصورة الاولى البعض خاصة ، فهل يسقط من المشروط بالنسبة أو لا ؟ قولان ، أجودهما : الثاني .

وهل يلحق باشتراط الذهب والفضة في الجواز مع الكراهة اشتراط حصة من الاصول الثابتة ؟ قولان ، أشهرهما : المنع ، وهو أحوط ان لم يكن أظهر .

كتاب الوديعة والعارية

(كتاب الوديعة والعارية)

أحكام الوديعة :

﴿أما الوديعة ، فهي استنابة في الاحتفاظ﴾ خاصة دون التصرف .

﴿وتفتقر الى الايجاب والقبول قولا كان﴾ كل منهما ﴿أو فعلا﴾ ولايشترط في القبول الصراحة ، بل يكتفى فيه بنحو من التلويح والاشارة اذا كان لمعناها مفهمة ، ولامقارنته للايجاب بلاخلاف مطلقاً .

ولو طرحه عنده من غير مايدل على الايداع من قرينة ولو حالية ولم يحصل القبول فعلا ، لم يلزم الحفظ مطلقاً ، سواء حصل القبول لفظياً أم لا .

ولو ذهب المستودع حينئذ وتركه فلاضمان عليه ، لكن قيل : يأثم ان كان ذهابه بعد غيبة المالك ، لوجوب الحفظ عليه من باب الاعانة على البر ومعاونة المحتاج على الكفاية .

وفي كونه فسخاً للوديعة حيث تثبت قول جزم به في التذكرة ، ولابأس به ان قرنه مايدل عليه ، والا ففيه اشكال ، سيما اذا كان القبول فعلا. ولو حصل ذلك بعد غيبة المالك ، ضمن قولا واحداً .

﴿ويشترط فيهما الاختيار﴾ فلو أكره المودع في الايداع لم يؤثر ، وكذا

لو أكره المستودع على القبض لم يضمن مطلقاً ، الا مع الاتلاف أو وضع يده عليه بعد ذلك مختاراً فيضمن حينئذ .

وهل تصير بذلك حينئذ وديعة لايجب ردها الا مع طلب المالك أو من يقوم مقامه، أو أمانة شرعية يجب ايصالها الى المالك فوراً وبدونه يضمن مطلقاً ؟ وجهان.

وربما يفرق بين وضع اليد عليه اختياراً بنية الاستيداع وعدمه ، فيضمن على الثاني مع الاخلال بما يجب عليه دون الاول ، ولايخلو عن وجه ، وان كان الثاني أوجه مع أنه أحوط .

﴿و﴾ يجب على المستودع أن ﴿يحفظ كل وديعة﴾ قبلها لفظاً أو فعلا ، سواء فسخ عقدها وخرج عن الاستيداع أم لا ، فيجب الحفظ الى أن يردها الى مالكها ﴿بما جرت به العادة﴾ من مكان الوديعة وزمانها ، فيحرز نحو الثوب والنقد في الصندوق المقفل ، أو الموضوع في بيت محرز ممن يخاف منه عليه عادة ، لاعن الغير مطلقاً على الاقوى . وقيل : عن الغير مطلقاً ، وهو أحوط وأولى . والدابة في الاصطبل المضبوط بالغلق ، والشاة في المراح كذلك ، أو المحفوظ بنظر المستودع .

والضابط : مايعد به في العرف حافظاً غير مقصر في الحفظ ، وهو يختلف باختلاف الاحوال والعادات .

ولافرق في وجوب الحفظ بين من يملكه وغيره ، ولابين من يعلم المودع أنه لاحرز له وغيره ، فلو أودعه دابة مع علمه أنه لااصطبل له ، أو مالا مع علمه أنه لاصندوق له ، لم يكن عذراً فيضمن مع ترك الحفظ .

ثم ان كل ذا اذا لم يعين المالك حرزاً ﴿ولو عين المالك حرزاً اقتصر﴾ المستودع ﴿عليه﴾ وجوباً ﴿ولو نقلها الى أدون أو أحرز ضمن﴾ اجماعاً في الاول ، وعلى الاظهر الاشهر في الثاني، خلافاً للشيخ ، وهو قياس الا مع العلم

بالقرائن أن المراد من التعيين نفس الحفظ دون الخصوصية فيتوجه، وضمن عند جماعة في الثالث ، خلافاً للاكثر فنفوا الضمان فيه ، وهو أظهر حيث يكون المقصود من التعيين نفس الحفظ دون الخصوصية، أو لم يعلم المقصود منه أصلا.

ولو علم قصد الخصوصية ضمن بلاخلاف ﴿الا مع الخوف﴾ ببقائها فيه من التلف ونحوه، سواء علم أو ظن ظناً متآخماً له أو مطلقاً، لامع الشك. وأولى منه دونه فيجوز النقل في الاولين ولاضمان بلاخلاف ولو قال : ولو تلفت ، بل يجب النقل اليه على الظاهر حينئذ ، ويضمن اولم ينقله اليه الا في صورة قول المالك : ولو تلفت ، فلايضمن عندهم وان أثم ، وهو حسن مع عدم سفاهة المودع ، والا فالضمان مطلقاً متعين .

ولو احتاج النقل حيث جاز الى الاجرة، ففي جواز الرجوع بها للمستودع الى المالك مع نيته أولامطلقاً وجهان ، بل قولان أجودهما : الاول ، وهو أحوط للمالك ، وان كان العدم أحوط للمستودع .

وفي اشتراط كون المنقول اليه أحرز أو مساوياً مع امكانهما بالترتيب ثم الادون أملا بل يجوز الى الاخرين مطلقاً وجهان ، الاحوط الاول ، بل قيل : بتعينه ، وهو جيد لو كان المقصود من التعيين الاحرزية .

﴿وهي جائزة من الطرفين﴾ فللمودع مطالبتها متى شاء ، وللمستودع ردها كذلك ، لكن مع وجود المالك أو وكيله لايبرأ الا بردها عليه دون الحاكم .

ومع فقدها يجوز دفعها اليه مع العذر ، كالعجز عن حفظها ، أو الخوف عليها من التلف لابدونه، لالتزامه الحفظ بنفسه، فلايبرأ الا بدفعها الى المالك أووكيله.

وحيث جاز له الدفع الى الحاكم، جاز الدفع الى ثقة مع تعذره، أما مع القدرة عليه فلا .

وفي وجوب قبول الحاكم اياها حيث جاز ردها اليه أم العدم وجهان ،

أحوطهما : الاول ، ويأتيان مع الاحتياط فيما لو حمل الدائن اليه الدين مع غيبة المدين ، والغاصب المغصوب أو بدله عند تلفه ، وغير ذلك من الامانات التي يليها الحاكم .

ويجوز السفر بها بعد ذلك كله لامطلقاً ، الا أن يخاف عليه مع الايداع ، فيقدم السفر بها عليه هنا ، وفي التذكرة الاجماع .

وحيث جاز السفر بها أو وجب، يشترط فيه عدم ظهور امارة الخوف، وأما معه فلايجوز مطلقاً وان خيف عليها في الحضر. ولايجوز السفر بها من دون ضرورة، وبه مع الاجماع عليه صرح في التذكرة معللا بالتزامه الحفظ في الحضر، فليؤخر السفر أو يلتزم خطر الضمان .

ومن التعليل يظهر انسحاب الحكم بالمنع عنه في صورة التمكن من دفعها الى الحاكم أو الثقة أيضاً ، لالتزامه الحفظ بنفسه ، فلايجوز من دون ضرورة ، الا أن ظاهره الجواز في هذه الصورة ، لان النبي ﷺ كانت عنده ودائع ، فلما أراد الهجرة سلمها الى ام أيمن وأمر علياً عليه السلام أن يردها . وفي السند والدلالة نظر، فان كان اجماع ، والا فالاول أظهر وأحوط .

﴿ و ﴾ كما تبطل بالفسخ ﴿ تبطل بموت كل واحد منهما ﴾ وبما يوجب الخروج عن أهلية التصرف ، كالجنون والاغماء .

وحيث بطلت تصير أمانة شرعية تجب المبادرة بردها فوراً الى مالكها .

ولايقبل قول من هي في يده في ردها الى المالك ولو مع يمينه هنا، بخلاف الوديعة .

ومثلها في البطلان وديعة الطفل والمجنون ، لعدم أهليتهما ، فيضمن القابض ولايبرأ بردها اليهما بل الى وليهما أو الحاكم .

ولو علم تلفها في أيديهما ان لم يقبض ، فقبض بنية الحسبة في الحفظ لم

يضمن ، لكن يجب مراجعة الولي في ذلك مع الامكان .

ولو استودعا لم يضمنا بالاهمال ، نعم لو تعديا فيه فتلف ، فهل يضمنان مطلقاً أم المميز خاصة أم لا مطلقاً وجوه. وكذا القول في كل مايتلفانه من مال الغير ، والاحوط الضمان مطلقاً .

﴿ ولو كانت ﴾ الوديعة ﴿ دابة ﴾ أو مملوكاً أو شجراً أو نحو ذلك مما يحتاج بقاؤه الى انفاق ﴿وجب﴾ على المستودع ﴿علفها وسقيها﴾ وجميع مايحتاج اليه حفظها ان لم يتكفلها المودع .

والمعتبر فيه مايعتاد لامثالها ، فالنقصان عنه تفريط ، فيضمنها حينئذ وان تلفت بغيره ، ولا يعود حكم الوديعة لو عاد الى الانفاق المعتبر الا باذن جديدة ، كما قالوه في كل تعد وتفريط .

ولافرق في ذلك بين أن يأمره المالك بالانفاق أو يطلق أو ينهاه ، لوجوب حفظ المال عن التلف ، فيضمن لو خالف في الصور على قول ، ولافي الاخيرة على آخر . وهو حسن حيث يثبت حكم الوديعة في هذه الصورة بعدم تضمنها على المالك سفاهة ، والا فهو محل مناقشة .

واعلم أن مستودع الحيوان ان أمره المالك بالانفاق أنفق ورجع عليه ماغرم. واذا أطلق توسل الى استيذانه ، فان تعذر رفع أمره الى الحاكم ليأمره ، أو يستدين عليه ، أو يبيع بعضه للنفقة ، أو ينصب أميناً .

فان تعذر أنفق هو وأشهد عليه ﴿ويرجع به على المالك﴾ ولو تعذر الاشهاد، اقتصر على نية الرجوع ، وكذا الحكم مع نهي المالك له عنه .

﴿والوديعة أمانة لايضمنها المستودع الا مع التفريط أو العدوان﴾ بالنص[1] والاجماع .

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/٢٢٧، ب٤ .

والتفريط هو : ترك مايجب فعله ، كما لو أخر الاحراز زيادة على المعتاد، أو طرحها فيما ليس بحرز وذهب عنها ، أو كان المحل غير صالح للحرز ، أو ترك نشر الثوب المحتاج اليه ، أو لبسه حيث يحتاج اليه ، أو ترك سقي الدابة أو علفها ، أو غيرهما مما يحتاج اليه بحسب المعتاد ، أو يودعها من غير ضرورة ولا اذن، أو يسافر بها كذلك ولو كان الطريق أمناً ، أو نحو ذلك . وضابطه : مايعد تفريطاً في الحفظ

والتعدي عكسه ، مثل أن يلبس الثوب ، أو يركب الدابة ، أو يجحد مع مطالبة المالك ، أو مطلقاً على قول، أو يخالطها بمال آخر مطلقاً ولو من المالك بحيث لايتميز ، أو يفتح الختم الذي ختمه المالك ، أو هو بأمره لامطلقاً ، أو ينسخ من الكتاب ، أو نحو ذلك بدون الاذن . وضابطه : مايعد به خائناً .

﴿ولو تصرف﴾ المستودع ﴿فيها باكتساب﴾ بأن دفعها من عين مبتاعة للاسترباح ﴿ضمن وكان الربح للمالك﴾ بلاخلاف .

ولافرق في استحقاق المالك الربح ، بين أن يأذن للودعي في التجارة بشرط الضمان أم لا ، على الاشهر الاقوى . وقيل : انه للودعي في الاول ، ولايخلو عن نظر .

هذا اذا اشترى بعين الوديعة أو في ذمة مالكها ، أما لو اشترى في ذمته وعوضها عمايتعلق بها، ففي صحة المعاملة اشكال، ولكن مقتضى القواعد الصحة سيما وأن يكون البائع ممن لايبالي بأخذ العوض كيف كان من حلال أوحرام ، والربح حينئذ للودعي لاللمالك، لانه نماء ملكه، ولكنه آثم بدفع مال الغير عوضاً عمافي الذمة .

وربمايقال: انه للمالك، لاطلاق النصوص، ولايخلو عن وجه، ولكن المختار للمالك أحوط .

﴿و﴾ حيث صارت الوديعة مضمونة على المستودع بأحد أسباب الضمان ﴿لايبرأ﴾ الودعي عنه ﴿بردها الى الحرز﴾ حيث كان الاخراج منه هو السبب وفي حكمه ترك الخيانة والسبب الموجب كائناً ماكان .

﴿وكذا لو تلفت﴾ الوديعة ﴿في يده بتعد أو تفريط فرد مثلها الى الحرز لايبرأ الا بالتسليم الى المالك أومن يقوم مقامه﴾ أو يجدد له المالك الاستئمان أويسقط عنه الضمان، على الاشهر الاظهر .

﴿ولايضمنها لوقهره عليها ظالم﴾ اذا لم يكن سبباً للاخذ القهري ، بأن يسعى بها اليه، أوأظهرها فوصل اليه خبرها. ومثله مالوأخبر بمكانها اللص فسرقها ولا فرق بين أخذ القاهر لها بيده ، أو أمره له بدفعها اليه كرهاً ، على الاشهر الاقوى .

﴿لكن ان أمكنه الدفع﴾ عنها بمايوجب سلامتها ﴿وجب﴾ مالم يؤد الى الضرر الكثير، كالجرح وأخذ المال، فيجوز تسليمها حينئذ وان قدر على تحمله.

والمرجع في الكثرة والقلة الى حال الودعي ، فمنهم من تعد الكلمة اليسيرة من الاذى كثيرة في حقه ، لكونه جليلا لايليق بحاله ، ومنهم من لايعتد بمثله وأمثاله .

وأما أخذ المال، فان كان من المستودع قيل: لم يجب بذله مطلقا. وفيه نظر فالاحوط دفعه ثم الرجوع به الى المالك، لانه لمصلحته. وان كان من الوديعة ، فان لم يستوعبها وجب دفعه اليه ولو من باب المقدمة مع المكنة، ولوتركها معها فأخذ الجميع، ضمن مايمكن فيه السلامة قطعاً لا الجميع، ويحتمله وان لم يكن الدفع عنها الا بأخذها أجمع، فلاتقصير .

﴿ولو أحلفه﴾ الظالم على ﴿أنها ليست عنده حلف﴾ وجوباً لكن ﴿مورياً﴾ بمايخرجه عن الكذب، بأن يحلف ماستودع من فلان، ويخصه بوقت أوجنس

أومكان أونحوذلك مغايراً لمااستودعه .

وانما تجب التورية عليه مع علمه بها وتمكنه منها، والا سقطت، لانه كذب مستثنى للضرورة اتفاقاً .

﴿وتجب﴾ على المستودع ﴿اعادتها على المالك﴾ بمعنى رفع يده عنها والتخلية بينه وبينها ﴿مع المطالبة﴾ سواء كان مسلماً أم كافراً ذمياً أم حربياً ، على الاشهر الاقوى .

ويجب الرد فوراً مع الامكان، الا أن ينضم الى المطالبة من عرف أوعادة مايدل على التوسعة وبقاء الاذن الى حين الرد متى مااتفق .

وفي جواز التأخير الى الاشهاد مطلقا ، أو العدم كذلك ، أو التفصيل بين الايداع بالاشهاد فالاول والا فالثاني أقوال، أجودها الاول، لكن تجب المبادرة الى الاشهاد .

﴿ولوكانت﴾ الوديعة ﴿غصباً منعه﴾ أي الغاصب أو وارثه من أخذها ﴿وتوصل في وصولها الى المستحق﴾ لها ان عرفه .

﴿ولو جهله عرفها كاللقطة حولا ، فان وجده والا تصدق بها عن المالك ان شاء ، ويضمن ان لم يرض﴾ والاجر له على الاظهر الاشهر .

وفي المسألة أقوال أخر، منها وجوب ردها الى الحاكم، ومع التعذر تبقى أمانة في يده ثم يوصي بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق ، وهو أحوط.

وانما يجب منع الغاصب مع الامكان ، والا سلمها اليه ولا ضمان على الاقرب .

﴿ولو كانت﴾ الوديعة ﴿مختلطة بمال﴾ الغاصب ﴿المودع ردها﴾ الودعي ﴿عليه﴾ أي على الغاصب ﴿ان لم يتميز﴾ عن ماله فيما قطع به الاصحاب ،

وفي الغنية والسرائر وغيرهما عليه الاجماع، ولولاه لكان الحكم محل اشكال .

﴿واذا﴾ اختلفا فادعى الودعي التلف وأنكره المالك، أواتفقا عليه ولكن ﴿ادعى المالك التفريط﴾ والودعي عدمه ﴿فالقول قول المستودع مع يمينه﴾ بلاخلاف في الاخير الا من حيث اليمين ، ولكن الاظهر الاشهر لزومه ، وعلى الاشهر الاظهر في الاول .

﴿ ولو اختلفا في مال ﴾ هو في يد المستودع ولو باقراره أنه ﴿هل هو وديعة﴾ عنده ﴿أودين﴾ عليه ﴿فالقول قول المالك مع يمينه﴾ على ﴿أنه لم يودع﴾ بلاخلاف للنص[1] .

ويفهم من قوله : ﴿ اذا تعذر الرد أو تلف العين﴾ أن مع عدم تعذر الرد القول قول الودعي ، ولاريب فيه ، فله رد نفس العين ، ومورد النص صورة التلف .

﴿ولواختلفا في القيمة﴾ بعد الاتفاق على التلف بالتفريط ﴿ فالقول قول المالك مع يمينه﴾ عند الشيخين وجماعة .

﴿وقيل:﴾ ان ﴿القول قول المستودع﴾ والقائل جماعة من القدماء ﴿وهو أشبه﴾ وأشهر، بل عليه عامة من تأخر .

﴿ولو اختلفا في الرد﴾ فادعاه الودعي وأنكره المالك ﴿ فالقول قول المستودع﴾ وان كان مدعياً بكل وجه على المشهور ، وفي كلام جماعة الاجماع عليه .

هذا اذا ادعى ردها على من ائتمنه، أما لوادعى الرد على الوارث ، فكغيره من الامناء يكلف البينة، بلاخلاف فيه ولافي أن دعوى ردها على الوكيل كدعوى ردها على الموكل ، لان يده كيد وكيله .

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/٢٣٢، ب ٧ .

﴿ولو مات المودع﴾ سلمها المستودع الى الوارث، أومن يقوم مقامه من وكيل أوولي ان اتحد، واذا ﴿كان الوارث جماعة دفعها اليهم﴾ جميعاً ان اتفقوا في الاهلية، والا فالى الاهل وولي الناقص ﴿أوالى من يرتضونه﴾.

﴿ولودفعها الى البعض﴾ بغير اذن ﴿ضمن حصص الباقين﴾ لتعديه فيها بدفعها الى غير المالك. وتجب المبادرة الى ردها عليهم، علموا بها أم لا.

أحكام العارية :

﴿وأما العارية﴾ بتشديد الياء وقد تخفف ﴿فهي﴾ شرعاً ﴿الاذن في الانتفاع بالعين تبرعاً﴾.

وهي جائزة ﴿وليست بلازمة لاحد المتعاقدين﴾ فلكل منهما فسخها متى شاء، سواء أطلق أوجعل لها مدة، الا اذا أعارها للرهن فرهن فيلزم كما مر، أو لدفن مسلم ومن في حكمه فدفن فيه، فيلزم مالم يصر رميماً.

ولورجع قبل الدفن، جاز وان كان الميت قدوضع على الاقوى، ومؤنة الحفر لازمة لولي الميت الى أن يتعذر عليه غيره ممالايزيد عنه عوضه، فيقوى كونه من مال الميت، ولايلزم وليه طمه، أوحصل بالرجوع ضرر على المستعير لايستدرك، كما اذاأعار لوحاً ليرقع به السفينة، فرقع ثم لجج في البحر ولم يمكن الخروج بها الى الشاطيء ولاالاصلاح مع النزع من غير ضرر.

خلافاً للشهيد الثاني فجوزه وقال: بثبوت المثل أوالقيمة مع تعذره، لما في ذلك من الجمع بين المصلحتين، وهو قوي ان لم يكن اجبار رب السفينة على بذل البدل يوجب الضرر عليه، والافعدم الرجوع لعله أقرب، الاأن يقال: بجوازه وعدم وجوب تعجيل التسليم حينئذ الى أن يزول الضرر، ولابأس به.

وتظهر الفائدة في وجوب المبادرة حينئذ بالرد بعد زوال الضرر من غير

مطالبة جديدة، ولا كذلك لو لم يرجع ، فانه لاتجب المبادرة الابعد المطالبة .

أو أعار حائطاً ليضع أطراف خشبة عليه وكان طرفه الاخر في ملكه ، عند الشيخ . أوأرضاً للزرع ولم يدرك بعد، عنده وعند الحلي. أوالغرس والبناء مدة معلومة ، عند الاسكافي .

وأكثر المتأخرين على جواز مطالبة المعير بالازالةفي هذه الثلاثة مع الارش وهوتفاوت مابين كونه منزوعاً وثابتاً، وهو قوي. وليس له الازالة حيث جازت له بنفسه ولاقبل دفع الارش .

﴿ويشترط﴾ فيها مايدل على الايجاب والقبول وان لم يكن لفظاً ،كما لو فرش لضيفه فراشاًفجلس عليه، وكأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها على الاقوى ومنهم من اشترط لفظاً، وهو أوفق بالاصل وأحوط، الااذا أفاد ماعدا اللفظ القطع بالاذن فلايشترط قطعاً ، ولو أفاد الظن فاشكال .

و﴿في المعير﴾ المالكية ولو للمنفعة خاصة، فلايجوز المغاصب الاعارة، وفي معناه المستأجر الذي اشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه، و﴿كمال العقل﴾ بالبلوغ وعدم الجنون ﴿وجواز التصرف﴾ في المال برفع الحجر عنه فيه .

فلايجوز اعارة فاقدي الشروط، كالصبي والسفيه والمجنون الاباذن الولي بالاعارة لمالهم أوماله، فيجوز اذا علم المستعير باذنه ، والا فلايقبل قول الصبي في حقه الأن تنضم اليه قرينة مفيدة للعلم أوالظن المتآخم له ،كما اذا طالبها من الولي ، فجاء بها الصبي وأخبر أنه أرسلها ونحو ذلك ،كما يقبل قوله في الهدية والاذن في دخول الدار بالقرينة .

ولابد مع اذن الولي لهم في اعارة مالهم من وجود المصلحة بها، بأن يكون يد المستعير أضبط من يد الولي في ذلك الوقت، أولانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن منفعة ماله، أوتكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها الاهمال ونحو ذلك.

﴿وللمستعير الانتفاع﴾ بالعين المعارة حيث يطلق له ﴿بما جرت به العادة﴾ نوعاً وقدراً ومكاناً وزماناً ، ولايجوز التعدي عن شيء من ذلك بعد ثبوته فيها.

﴿ولايضمن﴾ المستعير ﴿التلف والنقصان لو اتفق﴾ كل منهما ﴿بالانتفاع﴾ المأذون فيه ، الا اذا كان الاذن فيه مطلقا غير منصرف الى ذلك الشخص من التصرف المتلف فيشكل، الا مع القرينة المصرحة من عرف أو عادة فلا يضمن كما لو أذن له باستعماله باللفظ الصريح .

﴿بل لايضمن﴾ ولو تلف من غير استعمال ﴿الا مع تفريط أو عدوان أو اشتراط﴾ للضمان مع التلف ولو بانهما ﴿الا أن تكون العين﴾ المعارة ، هذا استثناء من قوله « لايضمن » أي لوكانت ﴿ذهباً أوفضة فالضمان يلزم﴾ على أي حال ﴿وان لم يشترط﴾ بل أطلق ولم يتعد فيهما ولم يفرط .

واطلاق بعض الاخبار[1] ـ كالعبارة ونحوها ـ يقتضي انسحاب الحكم بالضمان في مطلقهما ، ولوكانا مصوغين لانقدين ، وبه أفتى جماعة صريحاً ، خلافاً لاخرين فخصوه بالنقدين ولعله الاقوى .

ثم ان ضمانهما يسقط باشتراط سقوطه بلاخلاف .

﴿ولو استعار من الغاصب مع العلم﴾ بالغصب ﴿ضمن﴾ كلا من العين والمنفعة مع التلف مطلقا ولولم يكن عارية مضمونة .

﴿وكذا لوكان جاهلا، لكن﴾ استقرار الضمان هنا على الغاصب، الا اذا كانت عارية مضمونة، فيضمن العين خاصة، وللمالك في المقامين الزام أيهما شاء بالعين التالفة وما استوفاه من المنفعة .

فان ألزم المستعير كان له أن ﴿يرجع﴾ هو ﴿على المعير بما غرم﴾ مع جهله بالغصب لامع علمه ، لاستقرار الضمان عليه حينئذ ، فليس له الرجوع بما

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ٢٣٥، ب ١ و٣.

غرمه .

وان ألزم الغاصب ، لم يرجع على المستعير ، الا مع علمه أو كون العين مضمونة ، فيرجع عليه فيهما في العين والمنفعة في الاول ، وفي العين خاصة في الثاني .

﴿وكل مايصح الانتفاع به مع بقائه﴾ كالعقارات والثياب والدواب والاقمشة والامتعة والصفر والحلي ونحو ذلك ﴿تصح اعارته﴾ دون غيره ممالايتم الانتفاع به الا باتلاف عينه ، كالاطعمة والاشربة ، فانه لاتجوز اعارتها .

وكذا ما لايجوز الانتفاع به شرعاً لاتصح اعارته ، كأواني الذهب والفضة للاكل والشرب فيها ، وكذا كلب الصيد اذا استعير للهو والطرب ، والجواري للاستمتاع .

ويستثنى من مورد المنع حيث ثبت المنحة بالكسر ، وهي الشاة المعارة للانتفاع بلبنها ، وقد أجمعوا عليه ، ثم منهم من جمد على المجمع عليه ، ومنهم من عدى الحكم الى غيره من الانعام والى غير اللبن من الصوف والشعر ، والاول أظهر .

﴿و﴾ يجب أن ﴿يقتصر المستعير﴾ في الانتفاع ﴿على مايؤذن له﴾ منه ، فلو عين له جهة لم يتجاوزها ولو الى المساوي والادنى على الاحوط مطلقا ، بل الاقوى في المساوي دون الادنى ، الا اذا علم ارادة الخصوصية من تعيين الاعلى ، فيتوجه المنع عن التجاوز الى الادنى أيضاً ، كما لو نهاه عن غير المعين مطلقا .

وحيث يتعين المعين فتعدى الى غيره ، ضمن العين ولزمه الاجرة لمجموع مافعل من غير أن يسقط منه ماقابل المأذون على الاصح ، الا أن يكون المأذون فيه داخلا في ضمن المنهي عنه ، كما لو أذن له في تحميل الدابة قدراً معيناً فتجاوزه ، أو في ركوبه بنفسه فأردف غيره ، فيتوجه اسقاط قدر المأذون منه .

﴿ولو اختلفا في﴾ التلف أو ﴿التفريط ، فالقول قول المستعير مع يمينه﴾ على الاقرب .

﴿ ولو اختلفا في الرد﴾ فادعاه المستعير ﴿فالقول قول المعير﴾ بلا خلاف فيما أعلم .

ومعنى عدم قبول قول المستعير فيه ، الحكم بضمان المثل أو القيمة حيث يتعذر العين، لاالحكم بها مطلقا ، للزوم ايداعه الحبس دائماً .

﴿ولو اختلفا في القيمة﴾ بعداتفاقهماعلى التلف بالتفريط ﴿ف﴾ في تقديم قول المستعير أوالمعير ﴿قولان﴾ ولكن ﴿أشبههما﴾ تقديم ﴿قول﴾ المستعير ﴿الغارم مع يمينه﴾ .

﴿ولو استعار﴾ للانتفاع ﴿ورهن﴾ المستعار ﴿من غير اذن المالك﴾ بالرهن ﴿انتزع المالك العين ورجع المرتهن بماله على الراهن﴾ حيث أخذت منه العين بل مطلقا ، لعدم الاستيثاق بما لمالكه الرجوع فيه متى شاء .

كتاب الاجارة

(كتاب الاجارة)

﴿وهي﴾ لغة : الاجرة، وشرعاً ﴿تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم﴾ وقيل: عقد ثمرته ذلك .

ويشترط فيها بعد أهلية المتعاقدين مايدل على الايجاب والقبول، كآجرتك أوأكريتك أوملكتك منفعتها سنة مثلا فيقول: قبلت أواستأجرت أونحوهما .

وأما اشتراط العربية والماضوية ونحوهما من الامور المختلف في اعتبارها في العقود اللازمة فكما تقرر في البيع ، فانهما كسائر العقود اللازمة من باب واحد .

﴿و﴾ حيث انعقدت بشرائطها المعتبرة ﴿ تلزم من الطرفين ﴾ الموجر والمستأجر .

﴿وتنفسخ بالتقايل﴾ وبكل من الاسباب المقتضية له مما يأتي ، ولاتبطل بالبيع ولا بالسكنى. نعم للمشتري مع جهله بالحال الخيار بين الفسخ والامضاء والاحوط اعلام المشتري بالحال، ولافرق في الحكم بعدم البطلان به بين كونه من المستأجر أوغيره .

﴿و﴾ كما لاتبطل بالبيع كذا ﴿لاتبطل بالعتق، وهل تبطل بالموت﴾ مطلقا أم لا مطلقا أم بموت المستأجر دون الموجر أقوال ، و ﴿قال الشيخان : نعم﴾

تبطل مطلقا وتبعهما جماعة من القدماء ﴿وقال المرتضى﴾ وجماعة منهم أيضاً: ﴿لاتبطل﴾ كذلك ﴿وهو أشبه﴾ بالاصول وأشهر بين المتأخرين، بحيث كاد أن يكون ذلك منهم اجماعاً، وهوالاقوى .

هذا اذا لم يشترط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ، والا بطلت بموته قولا واحداً .

وتبطل أيضاً عند جماعة بموت الموجر ، حيث تكون العين المستأجرة موقوفة عليه وعلى من بعده من البطون، فيوجرها مدة ويتفق موته قبلها، قالوا : نعم لوكان ناظراً وآجرها لمصلحة البطون لم تبطل بموته، ولا بأس به .

﴿وكل ماتصح اعارته﴾ شرعاً من الاعيان المنتفع بها مع بقائها ﴿تصح اجارته﴾ دون ماليس كذلك، ولو في نحو المنحة اجماعاً .

﴿واجارة المشاع جائزة﴾ مطلقا ، استأجره من شريكه أو غيره عندنا ، لامكان استيفاء المنفعة بموافقة الشريك ، لكن لاتسلم العين المشتركة الا باذنه . ولوأبى رفع الامر الى الحاكم، كمااذاتنازع الشريكان . ثم انه اذاكان المستأجر عالماً بالحال، والا فله الفسخ دفعاً للضرر .

﴿والعين﴾ المستأجرة ﴿أمانة لايضمنها المستأجر ولاماينقص منها ، الا مع تعد أوتفريط﴾ وكذلك الاجير اذا هلك، صغيراً كان أوكبيراً ، حراً كان أو مملوكاً . ولافرق في الحكمين بين التلف في المدة أوبعدها على الاقوى .

وفي جواز اشتراط الضمان حيث لم يثبت بأصل العقد أم العدم قولان ، والثاني أشهر ، والاول أظهر .

مايشترط فى صحة الاجارة :

﴿وشروطها﴾ أي الاجارة ﴿خمسة﴾ بل ستة :

أحدها : ﴿ أن يكون المتعاقدان كاملين جائزي التصرف ﴾ برفع الحجر عنهما، فلاتصح اجارة الصبي مطلقا، وان كان مميزاً أوأذن له الولي على الاقوى، ولا المجنون مطلقا، ولاالمحجور عليه بدون اذن الولي ومن في حكمه لامطلقا.

﴿و﴾ ثانيها: ﴿أن تكون الاجرة معلومة، كيلا أو وزناً﴾ أو عداً ان كانت ممايعتبر بها في البيع ، أومشاهدة ان لم تكن كذلك .

﴿وقيل: تكفي المشاهدة﴾ مطلقا ﴿ولوكان﴾ الاجرة ﴿ممايكال أو يوزن﴾ والاول أشهر وأقوى .

﴿ وتملك الاجرة بنفس العقد ﴾ لكن لايجب تسليمها الا بتسليم العين المستعارة أو العمل ان وقعت عليه الاجارة ، الا أن يكون هناك عادة تقتضي التعجيل فيجب، كمالو اشترطه .

وفائدة التملك مع عدم وجوب التسليم تبعية النماء لها، متصلا لها أومنفصلا ان وقع العقد على عينها .

وحيث سلمت العين المستأجرة أو العمل ، وجبت الاجرة ﴿معجلة مع الاطلاق﴾ في العقد وعدم تقييد فيه بتأجيلها ﴿أواشتراط التعجيل﴾ .

وفائدة الشرط مع استفادته من نفس العقد، هوالتأكيد لاتسلط الموجر على الفسخ مع الاخلال به وان قيل به .

﴿ويصح تأجيلها﴾ بالشرط ﴿نجوماً﴾ وأشهراً معينة، بأن يجعل لكل منها شيء منها لايستحق الموجر مطالبته قبل مجيئه .

﴿و﴾ كذا يصح ﴿الى أجل واحد﴾ ولافرق بين الاجارة الواردة على عين معينة والواردة على مافي الذمة .

وفي توقف استحقاق المطالبة بالاجرة بعد العمل على تسليم العين المعمول فيها مطلقا، أم العدم كذلك، أم الفرق بين ماذا كان العمل في ملك الاجير فالاول

أوملك المستأجر فالثاني أقوال، خيرها أوسطها .

﴿ولو استأجر من يحمل له متاعاً﴾ مثلا ﴿الى موضع﴾ معين ﴿في وقت معين بأجرة معينة، فان لم يفعل﴾ ذلك ولم يبلغه في ذلك الوقت، أي: شرط عليه أنه ان لم يفعل ذلك ﴿نقص من أجرته شيئاً معيناً﴾ فتراضيا عليه ﴿صح﴾ كل من العقد والشرط على الاظهر الاشهر ﴿مالم يحط﴾ المشترط نقصه عن أصل ﴿الاجرة﴾ على تقدير المخالفة بتمام الاجرة ، ويفسد مع الاحاطة ، ويتبعه فساد العقد ، فيثبت له أجرة المثل ، بلاخلاف الا من نادر، فأوجب المصالحة ومن آخر فنفى الاجرة بالكلية .

﴿و﴾ ثالثها : ﴿أن تكون المنفعة مملوكة للموجر أولمن يوجر عنه﴾ وكالة أو وصاية، أوولاية خاصة أوعامة .

فلو آجر غير المالك ومن في حكمه، وقفت الاجارة على الاذن منه، فان أذن صح على الاقوى ، والا فسد اتفاقاً .

وعلى المختار يكون هذا الشرط معتبراً في اللزوم دون الصحة ، بخلاف باقي الشروط . ولافرق بين أن تكون مملوكة تبعاً للعين أومنفردة .

﴿و﴾ يجوز ﴿للمستأجر أن يؤجر﴾ العين المستأجرة ﴿الاأن يشترط﴾ الموجر ﴿عليه استيفاء المنفعة بنفسه﴾ فلايجوز له أن يوجر حينئذ ، الا أن يشترط المستأجر الاول على الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه ، فيجوز الا أن ينهاه الموجر الأول عن نفس الاجارة من الغير بالشرط، فلايجوز كالاول وان استوفى هو المنفعة .

وحيث جاز له الاجارة من غيره ، فهل يتوقف تسليم العين على اذن المالك أملا ؟ قولان ، أصحهما الثاني .

﴿و﴾ رابعها : ﴿أن تكون المنفعة مقدرة﴾ اما ﴿بنفسها كخياطة الثوب

المعين﴾ وركوب الدابة الى موضع معين ﴿أو بالمدة المعينة كسكنى الدار﴾ سنة وخياطة الثوب شهراً مثلا .

وبالجملة لابد من تقدير المنفعة بما يتقدر به عادة ، فان اتحد كما لايمكن الا بالزمان ، كسكنى الدار والارضاع الغير المقدرين الا بالزمان لزم التقدير به ، وان تعدد تخير بين التقدير بأيهما شاء ، كالخياطة وركوب الدابة ونحوهما مما يتقدر تارة بالزمان كفعلهما في شهر مثلا، وأخرى باضافتهما الى معين كما مر في المتن .

والضابط : هو العلم بالمنفعة على أحد الوجهين .

ولو قدرت بالعمل والمدة معاً ، كأن يخيط هذا الثوب في هذا اليوم مثلا، فالاشهر الاظهر البطلان ان قصد التطبيق ، وان قصد الظرفية المطلقة وأمكن وقوع الفعل فيها جاز .

﴿ويملك﴾ المستأجر ﴿المنفعة﴾ المعقود عليها ﴿بالعقد﴾ كما يملك به الموجر الاجرة . ولافرق بينهما الا من حيث أن تسليم الاجرة يتوقف على تمام العمل ، أو دفع العين المستأجرة . ولاكذلك المنفعة ، فانه يجب تسليمها مع المطالبة بتسليم العمل أو العين التي وقع عليها الاجارة .

ووقت تسليمها في المقدرة بالمدة عند الفراغ من العقد مع اطلاقه وابتداء الزمان المشترط مع تقييده به، متصلا كان أم منفصلا ، وتصح الاجارة فيه بقسميه، وكذا في الاول على الاظهر الاشهر . نعم ينبغي تقييد الصحة في صورة الاطلاق بصورة دلالة العرف على الاتصال ، والا كانت باطلة .

وفي المقدرة بغير المدة عند المطالبة ، وقيل : عند الفراغ من العقد مطلقاً كالسابق، لانصراف الاطلاق الى التعجيل ،ولم يثبت في مثله، الا اذا كان ثمة قرينة من عرف أو عادة ولا كلام معها .

﴿ ولو مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة ﴾ المعقود عليها بنفسه ﴿ و ﴾ كانت ﴿ العين في يد المستأجر ، استقرت الاجرة ﴾ على المستأجر ﴿ ولو لم ينتفع ﴾ بها بلاخلاف ، ولافرق في ثبوتها عليه بالتسليم بين كون الاجارة صحيحة أوفاسدة.

وفي حكم التسليم مالو بذل الموجر العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة ، أو مضت مدة يمكنه الاستيفاء ، فتستقر الاجرة هنا أيضاً ، لكن لابد فيه من تقييده بالصحيحة .

﴿ واذا عين ﴾ حين العقد ﴿ جهة الانتفاع ﴾ فيما يتعدد فيه ﴿ لم يتعدها المستأجر ويضمن مع التعدي ﴾ .

﴿ ولو تلفت العين ﴾ المعين في العقد استيفاء المنفعة منها ﴿ قبل القبض ﴾ أو بعده بلافصل ﴿ أو امتنع الموجر من التسليم مدة الاجارة ، بطلت الاجارة ﴾ بلاخلاف في الاول، على الظاهر المصرح به في التنقيح[1]، ولولاه لامكن المناقشة فيه على اطلاقه بل مطلقاً .

وفي حكم تلف الجميع تلف البعض ، الا أن البطلان هنا يختص بالتالف[2]، ويتخير في الباقي بين الفسخ وامساك الحصة بقسطها من الاجرة .

وطريق التقسيط في العين المتساوية الاجزاء ظاهر ، وفي غيرها بأن تقوم أجرة مثل جميع المدة ، ثم تقوم الاجزاء السابقة على التالف ، وينسب الى المجموع ، فيؤخذ من المسمى بتلك النسبة .

وعلى اشكال في الاخير ، من أن التسليم شرط للاستحقاق بالاتفاق، فليس لاحدهما على الاخر شيء ، وينفسخ العقد بنفسه ، لانه بمنزلة تلف المبيع والعين قبل التسليم . ومن أن المنفعة مماوكة وقد منعه عنها ، وهي مضمونة كالاعيان ،

---

(١) التنقيح الرائع ٢/٢٧١ .

(٢) في «ن» : التالف .

وكما اذا غصب العين غاصب ، فللمستأجر الخيار بين الفسخ والالزام بالتسليم، وله اجرة المثل مع عدم الفسخ ، والمسمى معه ، وهذا هو الوجه وفاقاً لجماعة.

ولافرق فيه كالسابق بين الامتناع من تسليم الجميع أو البعض ، فله الفسخ .

﴿و﴾ ذكر جماعة من غير خلاف بينهم أجده أنه ﴿لو منعه﴾ أي المستأجر ﴿الظالم﴾ عن الانتفاع بالعين المستأجرة ﴿بعد القبض﴾ لها ﴿لم تبطل﴾ الاجارة ﴿وكان الدرك﴾ أي درك المنفعة وضمانها ﴿على الظالم﴾ فيرجع المستأجر عليه بأجرة مثل المنفعة التالفة في يده . ولافرق في وقوع الغصب في ابتداء المدة أو خلالها .

ولو كان المنع قبل القبض ، لم تبطل أيضاً ، الا أن للمستأجر الخيار بين الفسخ ومطالبة الموجر بالمسمى ، والرضا بالاجارة وانتظار زوال المانع ، أو مطالبة المانع بأجرة المثل . قيل : بل يحتمل مطالبة الموجر بها ، لكون العين مضمونة عليه حتى يقبض . ولايسقط التخيير بزوال المانع في أثناء المدة .

وكثير من هذه الاحكام منظور فيه ان لم ينعقد الاجماع عليه ، ولكن عدم ظهور الخلاف لعله كاف في اثباته ، الا أن ظاهر العبارة البطلان مع المنع قبل القبض ، ووجهه غير واضح مع أن الاكثر على خلافه .

﴿ولو انهدم المسكن﴾ المستأجر ﴿تخير المستأجر في الفسخ﴾ وان كان بعد استيفاء شيء من المنفعة .

واطلاق العبارة يقتضي ثبوت الخيار مطلقاً ، ولو خرج المسكن بالانهدام عن امكان الانتفاع به أصلا ، أو أمكن اعادته بحيث لايفوت عليه شيء معتد به ، والاول لاينطبق على ماذكروه من أن تلف العين يبطل الاجارة، وللثاني وجه من حيث ثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب، والاحوط بل الاوجه عدم الخيار ولزوم العقد .

﴿و﴾ حيث لم يفسخ كان ﴿له الزام المالك باصلاحه﴾ ويحتمل قوياً العدم، وفاقاً لبعضهم .

﴿ولايسقط﴾ من ﴿مال الاجارة﴾ شيء ﴿ولو كان الهدم بفعل المستأجر﴾ مطلقاً كان على جهة الانتفاع أو غيرها ، مالم يكن فيه من جهة الموجر تعد أو تفريط ، ومع أحدهما يتقاصان اذا كان هناك شرائط التقاص ، والا فعلى المالك الاجرة للمستأجر وعليه بدل التالف للمالك .

﴿و﴾ خامسها : ﴿أن تكون المنفعة مباحة﴾ في الشريعة .

﴿فلو آجره﴾ دابة أو مسكناً مثلا ﴿ليحمل﴾ أو يحرز فيه ﴿الخمر﴾ المتخذة للشرب ، أو دكاناً ليبيع فيه آلة محرمة ، أو أجيراً ليحمل مسكراً ﴿أو ليعلمه الغناء﴾ أو نحو ذلك ﴿لم تنعقد﴾ الاجارة ، على الاظهر الاشهر .

ومافي بعض الصحاح من الجواز مطروح ، أو مأول بالحمل على التقية ، أو على صورة الجهل بأن المستأجر يفعل ذلك، أو على أن الحمل للتخليل ونحوه.

وكما لاتنعقد تحرم أيضاً اجماعاً فيما اذا أوجر ليعمل الحرام، وأما لو أوجر ممن يعمل ذلك فجائز اجماعاً مع الجهل بالحال ، وأما مع العلم فاشكال ، والاحوط المنع.

وسادسها : القدرة على التسليم ، المستفاد من قوله : ﴿ولاتصح اجارة﴾ العبد ﴿الابق﴾ والجمل الشارد، والذي لايتمكن من تسليمه وتسلمه، أو المغصوب الذي لايملك الموجر التصرف فيه .

وهو شرط اجماعاً، فلاتصح الاجارة بدونه، الا أن ينضم اليه ضميمة مقصودة بالذات فتصح كالبيع . بل قيل : بالصحة معها مطلقاً في العبد الابق ، ولو لم تكن بالذات مقصودة بالبيع . والوجه المنع وفاقاً لجمع .

ثم ان كل ذا اذا لم يقدر كل منهما على تسليم العين وتسلمها ، ولو آجره

ممن يقدر على تحصيلها صح ولو من غير ضميمة .

﴿ولايضمن صاحب الحمام الثياب﴾ وان شاهدها عند النزع ، وقيل له احفظها وسكت ﴿الا أن يودع﴾ ويقبل ﴿فيفرط﴾ في الحفظ فيضمن .

﴿ولو تنازعا﴾ في أصل الاستئجار ، فادعاه أحدهما وأنكره الاخر ﴿فالقول قول المنكر مع يمينه﴾ ولافرق بين كون المنكر المالك أم الاخر .

ثم ان كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع ، رجع كل مال الى صاحبه. وان كان بعد استيفاء شيء منها ، أو الجميع الذي يزعم من يدعي وقوع الاجارة أنها تعلقت به وكان المنكر المالك، فان أنكر مع ذلك الاذن في التصرف وحلف، استحق اجرة المثل وان زادت عن المسمى بزعم الاخر .

ولو كان المتصرف يزعم تعيينها في مال مخصوص وكان من جنس النقد الغالب، ألزم المالك قبضه عن اجرة المثل، ولاتسلط له على الزامه بأخذ النادر، فان ساواها أخذه، وان نقص وجب على المتصرف الاكمال ، وان زاد صار الباقي مجهول المالك .

وان كان مغايراً له ولم يرض المالك به ، وجب عليه الدفع من الغالب ، ولايجوز له الزام المالك بأخذ النادر ، ويبقى ذاك بأجمعه مجهولا . ويضمن العين بانكار الاذن ، ولو اعترف به فلاضمان .

وان كان المنكر المتصرف وحلف، وجب عليه أجرة المثل ، فان كانت أزيد من المسمى بزعم المالك، لم يكن له المطالبة به ان كان دفعه، ووجب عليه دفعه ان لم يكن دفعه وليس للمالك قبضه . وان زاد المسمى عن أجرة المثل ، كان للمنكر المطالبة بالزائد ان كان دفعه والاسقط ، والعين ليست مضمونة عليه هنا .

﴿ولو اختلفا في رد العين﴾ المستأجرة، فادعاه المستأجر ولا بينة ﴿ فالقول قول المالك مع يمينه﴾ بلاخلاف .

﴿وكذا﴾ القول قول المالك مع يمينه ﴿لو كان﴾ الاختلاف ﴿في قدر الشيء المستأجر﴾ بفتح الجيم يعني العين المستأجرة، بأن قال: آجرتك البيت بمائة، فقال: بل الدار أجمع بها، ولا بينة، على الاشهر الاظهر. وقيل: بالتحالف. وفيه ضعف.

﴿ولو اختلفا في قدر الاجرة﴾ بعد اتفاقهما على العين والمدة، فادعى المستأجر النقصان والاخر الزيادة ﴿فالقول قول المستأجر مع يمينه﴾ على أشهر الاقوال وأظهرها في المسألة.

هذا اذا لم يكن بينة لاحدهما، والا فيحكم لمن له البينة مطلقا. ولو أقامها كل منهما، فالاقرب تقديم بينة المدعي.

﴿وكذا﴾ يقدم قول المستأجر مع يمينه ﴿لو ادعى﴾ الموجر ﴿عليه التفريط﴾ ولا بينة له.

﴿وتثبت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه الاجارة﴾ مع استيفاء المنفعة أو بعضها مطلقا، زادت عن المسمى أم نقصت عنه، قيل: الا أن يكون البطلان باشتراط عدم الاجرة أو السكوت عنها في العقد، فتسقط بالكلية. ولا بأس به في الشق الاول، ويشكل في الثاني، بل الوجه فيه ثبوت الاجرة، الا أن ينضم الى السكوت ما يدل على أن المقصود به اسقاط الاجرة، وأنه ليس عن نسيان أو غفلة.

ثم ان كل ذا مع جهلهما بالفساد، وأما مع علمهما به فلا يستحق الموجر شيئاً ولا يجب على المستأجر دفع الاجرة، فلو دفعها والحال هذه كان بمنزلة التبرع والهبة وله الرجوع فيها ما دامت العين باقية ولم يكن هناك ما يلزم الهبة.

ولو اختص بالجهل، كان له الرجوع مطلقا، ولو كانت تالفة ووجدت شرائط لزوم الهبة.

ولو اختص الموجر بالجهل، كان له أجرة المثل، كما اذا شاركه الاخر في

الجهل. والعين مضمونة في يد المستأجر مطلقا، كما نسب الى الاصحاب. ويشكل في صورة دفع الموجر لها من المستأجر مع علمه بالفساد دون المستأجر، بل ويحتمل مع علمه أيضاً، لرجوع الاجارة في هذه الصورة الى العارية، وليست العين فيها بمضمونة، ولعل مراد الاصحاب غير هذه الصورة.

﴿ولو تعدى﴾ المستأجر ﴿بالدابة﴾ المستأجرة، فسار بها زيادة على ﴿المسافة المشترطة﴾ له في العقد ﴿ضمن﴾ قيمتها مع التلف والارش مع النقص ﴿ولزمه في الزائد أجرة المثل﴾ له مضافاً الى المسمى، ولو مع الامرين على الاظهر، وفاقاً لجمع.

وهل المعتبر قيمة يوم التفريط أو يوم التلف أو أعلى القيمتين؟ أقوال، أحوطها الاخيران لم يكن أظهرها.

وموضع الاختلاف ما اذا كان الاختلاف بتفاوت القيمة، أما لو كان بسبب نقص في العين، فلاريب في ضمان الناقص.

﴿فان اختلفا في قيمة الدابة أو أرش نقصها فالقول قول الغارم﴾ وفاقاً للاكثر ﴿وفي رواية[1] ﴾ صحيحة عمل بها الشيخ في النهاية[2]: ان ﴿القول قول المالك﴾.

ولولا اطباق متأخري الاصحاب على طرحها، لكان المصير اليها لصحتها في غاية القوة وان خالفت القاعدة، ولهذا اقتصر في النهاية على موردها وهي الدابة ووافق القاعدة فيما عداها من الاعيان المستأجرة.

﴿ويستحب أن يقاطع﴾ المستأجر ﴿من يستعمله على الاجرة﴾ قبل العمل للامر به في المعتبرة[3].

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/٢٥٥، ح١ ب١٧.

(٢) النهاية ص٤٤٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٣/٢٤٥، ح٢.

﴿ويجب ايفاؤه﴾ أجرته ﴿عندفراغه﴾ من العمل اللازم عليه. وقيل : يستحب والوجوب أحوط بل وأظهر .

﴿ولايعمل الاجير الخاص﴾ وهو الذي يستأجر للعمل بنفسه مدة معينة حقيقة أوحكماً، كما اذا استوجر لعمل معين أول زمانه اليوم المعين، بحيث لايتواني فيه بعده ﴿لغير المستأجر﴾ الاباذنه ، لانحصار المنفعة المستحقة للمستأجر فيه بالنسبة الى الوقت الذي جرت عادته فيه كالنهار مثلا، فلايجوز له التصرف فيه بغير اذنه أما غيره كالليل في المثال ، فيجوز له العمل فيه اذا لم يؤد الى ضعف في العمل المستأجر عليه بلاخلاف .

وكذا يجوز له العمل في المعين عملا لاينافي حق المستأجر ، كايقاع عقد في حال اشتغاله بحقه في أصح القولين .

واحترز بالخاص عن المطلق، وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة كتحصيل الخياطة يوماًأوعن المدة مع تعيين المباشرة، كأن يخيط له ثوباً بنفسه من غير تعرض للوقت. أو مجرداً عنهما كخياطة ثوب مجردة عن التعيين مطلقا، فانه بأقسامه يجوز أن يعمل لغير المستأجر ويوجر نفسه منه استيجاراً لاينافي الاول .

أما الاستيجار المنافي ،كأن يوجر نفسه مدة حياته مع تعيين المباشرة فلا، وهو في معنى الخاص بالاضافة الى قدر المدة للعمل الاول .

ثم الخاص مطلقا ان عمل لغير المستأجر في الوقت المختص به ، فله صور استوفينا أحكامها في الشرح[1].

---

(١) رياض المسائل ٢/٩ .

كتاب الوكالة

(كتاب الوكالة)

﴿وهي تستدعي﴾ أن نذكر ﴿فصولا :﴾

﴿الاول : الوكالة﴾ بفتح الواو وكسرها ﴿ عبارة عن الايجاب والقبول الدالين على الاستنابة في التصرف﴾ في شيء، للموجب أن يتولاه بنفسه وبغيره .

ويكفي فيهما هنا مايدل عليهما، ولو بالاشارة المفهمة في الاول، والفعل الدال على الرضا في الثاني .

ولايشترط فيه الفورية ، فلو تراخى عن الايجاب مدة طويلة كانت الوكالة صحيحة .

وفي اشتراط عدم الرد أملا وجهان ، أجودهما : الثاني الامع علم الموجب بالرد وحصول الشك به في بقاء الاذن المستفاد من الايجاب ، فللا شتراط هنا وجه .

﴿ولاحكم لوكالة المتبرع﴾ بقبولها بعدم اشتراطه جعلا أوأجرة على عمله الذي ليس له أجرة في العادة كبرئه القلم ، فلايستحق شيئاً مطلقا ولو نواه .

ويحتمل العبارة معنى آخر مبنياً على ارادة التوكيل من الوكالة، أي: لاحكم لتوكيل المتبرع بتوكيله ، بأن وكل أحدأفي التصرف في مال غيره مثلافضولياً

وهو خلاف الظاهر، وان كان أنسب بالمقام من الاول .

﴿ومن شرطها أن تقع منجزة ، فلا تصح﴾ لو كانت ﴿معلقة على شرط﴾ متوقع كقدوم الحاج ﴿ولاصفة﴾ مترقبة كطلوع الشمس .

﴿و﴾ لكن ﴿يجوز تنجيزها﴾ واشتراط ﴿تأخير التصرف الى مدة﴾ بأن يقول : وكلتك الان في كذا ولكن لا تتصرف الا بعدشهر مثلا ، بلاخلاف في المقامين .

وفي صحة التصرف حيث فسدت بالتعليق بعد حصول المعلق عليه من أحد الامرين بالاذن الضمني قولان ، أجودهما : نعم ، ولكن الاحتياط مهما أمكن لا يترك .

﴿وليست﴾ الوكالة ﴿لازمة لاحدهما﴾ فلكل منهما ابطالها في حضور الاخر وغيبته، لكن ان عزل الوكيل نفسه بطلت مطلقا، وفي صحة التصرف بالاذن الضمني مامضى من احتمالها مطلقا وعدمها كذلك . وربما فرق هنا بين اعلام الموكل بالعزل فالثاني والاول ، والثاني أشهر ، وفي ظاهر الغنية الاجماع عليه.

﴿ولاينعزل﴾ الوكيل بعزل الموكل ﴿مالم يعلم العزل﴾ مطلقا ﴿واذأشهد بالعزل على الاصح﴾ الاشهر ﴿و﴾ عليه فـ ﴿تصرفه قبل العلم﴾ بالعزل ﴿ماض على الموكل﴾ ليس له رده وان أشهد عليه .

والمستفاد من هذه العبارة وغيرها عدم اعتبار الظن ، وهو كذلك الا الظن المستفاد من أخبار الثقة فيعتبر ، لرواية[1] صحيحة ، وبه صرح جماعة . ويمكن أن ينزل عليه العبارة بحمل العلم فيها على مايعم الظن القائم مقامه شرعاً .

﴿وتبطل﴾ الوكالة حيث أنها من العقود الجائزة ﴿بالموت والجنون﴾ مطلقا ولوأدوارياً ﴿والاغماء﴾ قليلا كان أو كثيراً من كل منهما كان هذه الثلاثة

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ٢٨٥ ، ب٢ .

بلاخلاف. ولو تصرف والحال هذه لم يصح .

قيل : ويجيء على جواز تصرفه مع رده ومع بطلان الوكالة بتعليقها على شرط، جواز تصرفه هنا بعد زوال المانع بالاذن العام، وفيه نظر ، بل القول بالمنع هنا أظهر .

﴿و﴾ كذا تبطل بـ ﴿تلف مايتعلق به﴾ يعني مادل عليه لفظها مطابقة، كموت العبد الموكل في بيعه، والزوجة الموكلة في طلاقها . أو تضمناً كتلف الدينار الموكل في الشراء به . ولافرق بين أن ينص على الشراء بعينه، أو يطلق بأن يقول: اشتر به .

وفي حكم التلف انتقاله عن ملكه ، كما لو أعتق العبد الموكل في بيعه، أو باع العبد الموكل في عتقه .

وكذا تبطل بالحجر على الموكل فيما وكل فيه بالسفه أو الفلس، وفي حكم الحجر بها طرو الرق على الموكل ، بأن كان حراً فاسترق، ولو كان وكيلا صار بمنزلة توكيل عبد الغير .

ولاتبطل بالنوم وان تطاول مالم يؤد الى الاغماء ، فتبطل من جهته لامن جهة النوم .

وحيث بطلت الوكالة لم تبطل الامانة ، فلو تلف العين الموكل فيها في يده بغير تفريط لم يضمن .

وكذا لو كان وكيلا في قبض حق، فقبضه بعد الموت مثلا وقبل العلم به وتلف في يده بغير تفريط، لكن يجب عليه المبادرة الى ايصال العين الى الوارث، فان أخر ضمن كسائر الامانات الشرعية .

﴿ولو باع الوكيل﴾ العين الموكل في بيعها ﴿بثمن ، فأنكر الموكل الاذن﴾ في البيع ﴿بذلك القدر ، فالقول قول الموكل مع يمينه﴾ بلاخلاف.

﴿ثم﴾ لو حلف المالك بطل البيع و﴿تستعاد العين﴾ المبيعة ممن هي في يده ﴿ان كانت موجودة، ومثلها أوقيمتها ان كانت مفقودة﴾ .

﴿وكذا﴾ تستعاد بمثلها أو قيمتها ﴿لو تعذر استعادتها﴾ بغير تلف كتغلب أوغيبة، كل ذا على الاشهر الاظهر، وفاقاً للمبسوط، خلافاً للنهاية فقال : ان على الوكيل اتمام ماحلف عليه المالك، ووجهه غير واضح .

ماتصح الوكالة فيه :

﴿الثاني :﴾ في بيان ﴿ماتصح فيه الوكالة﴾ شرعاً .

﴿وهو كل فعل﴾ يتكامل فيه شروط ثلاثة :

أحدها ـ أن يكون مملوكاً له، بمعنى كون مباشرته له ممكنة بحسب العقل والشرع، فلاتجوز الوكالة في الامور المستحيلة بالذات عقلا والممنوعة شرعاً، فلاتجوز في المعاصي كالغصب والسرقة والقتل مثلا، وأحكامها تلزم المباشر .

ويعتبر الامكان المزبور من حين الوكالة الى وقت التصرف، فلاتجوز في طلاق زوجة سينكحها، ولاعتق عبد سيشتريه . نعم تجوز في الطلاق في طهر المواقعة والحيض، وفي تزويج امرأة ثم طلاقها وشراء عبد ثم عتقه، ونحو ذلك مما يقع التوكيل فيه تبعاً لما يجوز التوكيل مستقلا فيه .

وثانيها: أن ﴿لايتعلق غرض الشارع فيه بـ﴾ وقوعه من ﴿مباشر معين﴾ كالعتق، فان الغرض فيه فك الرقبة، سواء أحدثه المالك أم غيره، والطلاق فان الغرض فيه رفع الزوجية كذلك ﴿والبيع والنكاح﴾ وغيرهما من العقود والايقاعات. ولاتجوز فيمايتعلق غرضه بايقاعه من مباشر معين .

ولاخلاف في شيء من ذلك ولاخفاء، وانما الخفاء في مرجع معرفة الغرض في ذلك، والظاهر أنه النقل، اذ لاقاعدة له لم تنخرم، وقد علم تعلق غرضه بجملة

من العبادات ، كالطهارة والصلاة الواجبة في حال الحياة ، فلايستناب فيها مطلقا الا ماستثني من نحو الطواف الواجب بشرط ذكر في محله، وركعتي الطواف حيث تجوز استنابة الحي في الحج الواجب والندب، وأداء الزكاة ، وكالايمان والنذور والقسم بين الزوجات والشهادات الا على سبيل الشهادة، والظهار واللعان والجناية .

وفي صحة التوكيل باثبات اليد على المباحات، كالاصطياد والاحتطاب والاحتشاش قولان .

وثالثها: أن يكون معلوماً، فلايصح في المبهم والمجهول .

﴿وتصح الوكالة في الطلاق الغائب﴾ اجماعاً ﴿و﴾ في ﴿الحاضر على الاصح﴾ الاشهر ، خلافاً للشيخ والتقي فمنعا عنها في الحاضر، قيل: وعلى قول الشيخ يتحقق الغيبة بمفارقة مجلس الطلاق. وفيه نظر ، لان كلامه صريح في اشتراط عدم الحضور في البلد .

﴿و﴾ يجب أن ﴿يقتصر الوكيل﴾ في تصرفاته ﴿على ماعينه الموكل﴾ أو مايشهد العادة بالاذن مع اطرادها أو دلالة القرائن، كما لوأذن بالبيع نسيئة بقدر ، فباع نقداً به أو بأزيد ، الا أن يكون له غرض في التعيين ولو احتمالا ، فلايجوز التعدي حينئذ عنه ، الا أن يكون احتمالا بعيداً ، بلاخلاف في شيء من ذلك ولااشكال، الا فيما حكموا به من صحة المعاملة مع المخالفة حيث جازت له، بدلالة القرائن أواطراد العادة مع ضمان العين ، لو عين لها محلا تباع فيه فعدل الى آخر فباعها فيه، فربما يستشكل فيه، ولكن ليس في محله .

﴿ولو عمم الوكالة صح﴾ اذا خصها من وجه مال أوغيره بلاخلاف ، وكذا لولم يخصها بوجه، كمااذا وكله في كل قليل وكثير مماله فعله، على الاشهر الاقوى .

نعم يشترط في تصرفاتـه المصلحة ، فيمضي تصرفاته معها ﴿الا مايقتضيه الاقرار﴾ بمال، أومايوجب حداً أوتعزيراً، فلايمضي فيه على الاشهر الاقوى ، فلايلزم الموكل بماوكل في الاقرار بـه . ولافرق في ذلك بين أن يطلق الوكالة بحيث تعم الاقرار بذلك، أويصرح بالتوكيل فيه على الاقوى ، كمامضى .

مايشترط فى الموكل :

﴿الثالث: ﴾ في بيان ﴿الموكل:﴾

﴿ويشترط كونه مكلفـاً﴾ كاملا بالبلوغ والعقل ، فلاتصح وكالـة الصبي والمجنون مطلقا، باذن الولي كان أملا بلاخلاف، الا في المميز البالغ عشراً ، فجوز جماعة توكلـه وتوكيله في نحو الصدقـة والوصية والطلاق مما دلـت الروايات[1] على جوازها منه ، وهو حسن ان جاز الاعتماد عليها والا فلا .

﴿جائز التصرف﴾ فيمايوكل فيـه برفع الحجر عنه فيه ، فلاتجوز وكالة السفيه ولا المفلس فيماحجر عليهما فيه، وتصح في غيره. ولقدكان في ذكر هذا الشرط غنى عن الاول .

﴿ولايوكل العبد﴾ القن أحداً فيماليس له التصرف فيه ﴿الاباذن مولاه﴾ ويصح له التوكيل في طلاق زوجته ان لم تكن أمة مولاه، على الاشهر الاقوى.

ثم المراد بالاذن مايعم الصريح ومافي حكمه. فلوكان مأذوناً في التجارة، جاز أن يوكل فيماجرت العادة فيه بالوكالة .

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ يجوز أن يوكل ﴿الوكيل﴾ فيماوكل فيه ﴿الا أن يؤذن له﴾ بالتوكيل فيه ولو بالتعميم كاصنع ماشئت ، أو بالفحوى كاتساع متعلقها بحيث تدل القرائن على الاذن له فيه، كالزراعة في أماكن متباعدة لاتقوم لها الا

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٤٢، ب٢ .

بمساعد. ومثله عجزه عن مباشرته وان لم يكن متسعاً مع علم الموكل به، وكترفع الوكيل عما وكل فيه عادة ، فان توكله حينئذ دال بفحواه على الاذن له فيه مع علم الموكل بترفعه عن مثله والا لم يجز .

وحيث أذن له بالتوكيل، فان صرح بكون وكيله وكيلا عنه أوعن الموكل لزمه حكم من يوكله، فينعزل في الاول بانعزاله، لانه فرعه، ويعزل كل منهما له . وفي الثاني لاينعزل الا بعزل الموكل ، أو بما أبطل توكيله من جنون أو اغماء ونحوهما .

وان أطلق ففي كونه وكيلا عنه، أوعن الموكل، أوتخير الوكيل في توكيله عن أيهما شاء أوجه. وكذا مع استفادته من العموم أوالفحوى، الاأن كونه وكيلا عن الوكيل أقوى .

واعلم أن لفظة « يوكل » في العبارة في المقامين ربما قرأ بفتح الكاف ، فمعناها حينئذ : لايجوز للانسان أن يوكل عبد غيره ولاوكيل غيره الا باذنه . وهذا مع عدم مناسبته لسياق الكلام غير تام الحكم فيه في المقام الثاني على اطلاقه .

ويجوز للاب والجد له ووصيهما أن يوكلوا عمن له الولاية عليهم .

﴿وللحاكم﴾ الشرعي أيضاً ﴿أن يوكل عن السفهاء والبله﴾ والمجانين والصبيان الذين لاولي لهم غيره .

ويشترط في الوصي أن لايمنعه الموصى عن التوكيل، ومعه لايجوز له .

﴿ويكره لذوي المروات﴾ وهم أهل الشرف والرفعة ﴿أن يتولوا المنازعة بنفوسهم﴾ بل ينبغي لهم التوكيل فيها .

مايشترط في الوكيل :

﴿الرابع: ﴾ في بيان ﴿الوكيل:﴾

﴿ويشترط فيه كمال العقل﴾ بالبلوغ ورفع الحجر عنه بالجنون، فلاتصح وكالة الصبي والمجنون .

وفي اقتصاره على هذا الشرط دون الاخر الذي في الموكل ، قد مر دلالة على جواز كون المحجور عليه لغير نقص العقل في الجملة وكيلا لغيره فيما حجر عليه فيه من التصرف ، كالمفلس والسفيه مطلقا ولولم يأذن لهما الولي والعبد لكن مع اذن السيد .

﴿ويجوز أن تلي المرأة عقد النكاح لنفسها ولغيرها﴾ وكذا طلاق غيرها باجماعنا، أماطلاق نفسها فقولان، والمنع في الجملة أحوط، وان كان الجواز أجود .

﴿والمسلم﴾ يجوز أن ﴿يتوكل للمسلم على المسلم و﴾ على ﴿الذمي، وللذمي على الذمي﴾ بلاخلاف .

﴿وفي﴾ جواز ﴿وكالته له﴾ أي وكالة المسلم للذمي ﴿على المسلم تردد﴾ واختلاف، فأكثر القدماء على المنع، حتى ادعى ابن زهرة عليه الاجماع، وعامة المتأخرين على الجواز لكن مع الكراهة، حتى ادعى الفاضل عليه الاجماع في التذكرة، ولايخلو عن قوة، وان كان الاولى أحوط بلاشبهة .

﴿والذمي يتوكل على الذمي للمسلم والذمي، ولا﴾ يجوز أن ﴿يتوكل﴾ الذمي ﴿على مسلم﴾ مطلقا لمسلم أوذمي اجماعاً .

وكذا الحربي لايتوكل على مسلم مطلقا، بل بطريق أولى . وانما اقتصر الاصحاب على الذمي للتنبيه بالادنى على الاعلى .

ثم ان ظاهرهم اختصاص المنع بما اذا تضمن الوكالة نوعاً من القهر

والسلطنة ، فلو وكل لان يوقع عقداً لمسلم أو يعطيه ديناراً مثلاصح ، وبه صرح جماعة الأن ابن زهرة صار الى المنع عن توكله على تزويج المسلمة من المسلم وعن توكل المسلم على تزويج المشركة من الكافر، مدعياً عليه الاجماع .

﴿والوكيل أمين لايضمن الا مع تعد أو تفريط﴾ ولافرق في الوكيل بين كونه بجعل أوغيره .

مسائل تتعلق بالوكيل والموكل :

﴿الخامس: في﴾ بيان ﴿الاحكام، وهي مسائل : ﴾

﴿الاولى : لو أمره﴾ الموكل ﴿ بالبيع حالا فباع مؤجلا ولوبزيادة ﴾ الثمن عن المثل أوماعين﴿لم تصح﴾ أي لم تلزم ﴿ووقف على الاجازة﴾ فان أجاز صح ولزم والافلا .

﴿وكذا﴾ لم تصح ووقف على الاجازة ﴿لوأمره ببعيه مؤجلا بثمن فباع بأقل منه عاجلا﴾ .

هذا مع عدم اطراد العادة وفقد القرائن الدالة على الاذن فيما خالف اليه، كماهو الغالب في المقامين ، وأما مع أحدهما فالوجه صحة البيع كما مضى .

﴿و﴾ لذا قالوا: ﴿لوباع﴾ في الصورة الثانية ﴿بمثله﴾ أي بمثل الثمن الذي عين له ﴿أوأكثر﴾ منه ﴿صح﴾ ولزم ، لانه زاده خيراً وبه يحصل اذن الفحوى قطعاً ﴿الاأن يتعلق بالاجل غرض﴾ ولو احتمالا لم يكن نادراً، كأن يخاف على الثمن ذهابه في النفقة مع احتياجه اليه بعده .

﴿ولوأمره بالبيع في موضع﴾ معين ﴿فباع في غيره بذلك الثمن﴾ المعين له أوبالمثل مع الاطلاق أوزائداً عليهما ﴿صح﴾ الاأن يعلم أو يظن غرض في تعيينه ، من جودة النقد ، أوكثرته ، أوحله ، أوصلاح أهله ، أومودة بينهم وبين

موكله ، فلايصح ويقف على الاجازة .

﴿ولاكذا لو أمره ببيعه من انسان﴾ معين ﴿فباع من غيره ، فانه﴾ لم يلزم بل ﴿يقف على الاجازة﴾ مطلقاً ﴿ولو باع بأزيد﴾ من الثمن المعين أوالمثل ، الااذا علم عدم تعلق غرض له بتعيينه وأن المقصود منه حصول الثمن كيف اتفق فيمكن الصحة، هذاكسابقه الأن اطلاق العبارة وغيرها يقتضي انسحاب الحكم هنا أيضاً ، فان كان اجماع ، والا فالاجود الصحة كما ذكرنا .

﴿الثانية :﴾ في بيان مسائل النزاع . ﴿اذا اختلفا في الوكالة﴾ ولا بينة ﴿فالقول قول المنكر مع يمينه﴾ ولافرق في المنكر بين كونه الوكيل والموكل.

﴿ولو﴾ اتفقا عليه ولكن ﴿اختلفا في العزل أو في الاعلام أو في التفريط﴾ أوقيمة التالف بعد الاتفاق عليه ولا بينة ﴿فالقول﴾ في جميع ذلك ﴿قول الوكيل﴾ بلاخلاف ﴿وكذا لو اختلفا في التلف﴾ فالقول فيه أيضاً قول الوكيل، سواءادعاه بأمر ظاهر أوخفي .

﴿ولو اختلفافي الردفقولان ، أحدهما:﴾ ان ﴿القول قول الموكل مع يمينه﴾ ذهب اليه الحلي والفاضلان والشهيدان وغيرهم. ﴿والثاني:﴾ ان ﴿القول قول الوكيل﴾ مع يمينه ﴿مالم يكن﴾ وكالته ﴿بجعل، وهو أشبه﴾ وفاقاً للمشهور واعتبار اليمين كماذكرنا مما لاخلاف فيه، وفي المسالك الاجماع .

﴿الثالثة : اذا زوجه﴾ امرأة ﴿مدعياً وكالته﴾ على تزويجها خصوصاًأو عموماً ﴿فأنكر﴾ ها ﴿الموكل، فالقول قول المنكر مع يمينه﴾ وعدم بينة للمدعي بلاخلاف ﴿وعلى الوكيل مهرها﴾ كملا وفاقاً للنهاية[1] وجماعة .

﴿وروي[2]﴾ أن لها عليه ﴿نصف مهرها﴾ ونحوها رواية أخرى ، وزيد

---

(١) النهاية ص٣١٩ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/٢٨٨ ، ب٤ .

فيها التعليل بما أشار اليه بقوله: ﴿لانه ضيع﴾ بترك الاشهاد ﴿بضعها[1]﴾ وهو أقوى ، بل قيل أشهر .

وهنا قول آخر بفساد أصل العقد الموجب لنفي أصل المهر ، وهو موافق للاصل ، الاأنه يجب تخصيصه بما مر من النص المعتبر.

﴿و﴾ كيف كان يجب ﴿على الزوج﴾ المنكر للوكالة ﴿أن يطلقها سراً﴾ ان أبى عن الجهار ﴿ان كان وكل﴾ حقيقة، فان لم يفعل كان مأثوماً وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام، وقد أباح لها أن تتزوج كما فيما مر من النص ، وعليه كافة الاصحاب، لكن صرح جماعة باشتراطه بعدم تصديقها الوكيل على الوكالة، والا فليس لها التزويج باعترافها وهو كذلك .

ولو امتنع من الطلاق لم يجبر عليه ، وحينئذ ففي تسلطها على الفسخ دفعاً للضرر، أو تسلط الحاكم عليه أو على الطلاق، أو بقائها كذلك حتى يموت أوجه .

ولو أوقع الطلاق معلقاً على شرط، كقوله: «ان كانت فلانة زوجتي فهي طالق» صح ولم يكن اقراراً ولا تعليقاً مانعاً .

---

(١) كذا في النسخ ، ولكن في الرواية والمطبوع من المتن : حقها .

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

(كتاب الوقوف والصدقات والهبات)

﴿أما الوقف: فهو تحبيس الاصل واطلاق المنفعة﴾ واباحتها للجهة الموقوف عليها ، بحيث يتصرف فيه كيف شاء كغيرها من الاملاك .

والمراد بـ «تحبيس الاصل» المنع عن التصرف فيه تصرفاً ناقلا لملكه .

﴿ولفظه الصريح﴾ الذي لايفتقر في دلالته عليه الى ضم قرينة ﴿وقفت، و﴾ أما ﴿ماعداه﴾ فـ ﴿يفتقر الى القرينة الدالة على التأبيد﴾ كاللفظ الدال عليه ، أو على نفي البيع والهبة والارث ، فيصير بذلك صريحاً، سواء كان تصدقت، أوحرمت أوأبدت ، أوحبست ، أوسبلت .

ولايحكم بالوقف بشيء منها مجرداً عن القرينة وفاقاً للاكثر، خلافاً لجماعة في الاخيرين فجعلوهما صريحاً كلفظ الوقف ، وفيه قول آخر غير ظاهر الوجه . أما الثلاثة الاول، فلاخلاف في عدم صراحتها . هذا كله في الحكم عليه بالظاهر ، والا فلو نوى الوقف فيما يفتقر الى القرينة وقع باطناً ودين بنيته لوادعاه .

وظاهر العبارة عدم اعتبار شيء آخر حتى القبول والقربة ، والاصح اعتبارهما والقابل هو الموقوف عليه اذا كان خاصاً والا فالحاكم ، ولا يعتبر قبول البطن الثاني .

﴿ويعتبر فيه﴾ أي في صحته ﴿القبض﴾ من الموقوف عليه أو من في حكمه، بمعنى أن الانتقال مشروط به، وقبله يكون العقد صحيحاً في نفسه لكنه ليس بناقل فيجوز للواقف الفسخ قبله بلاخلاف.

وينفسخ بموت الواقف قبله أيضاً على الاشهر الاقوى. وكذا بموت الموقوف عليه على الاقرب، سواء قبض البطن الثاني أم لا. والنماء المتخلل بينه وبين الوقف للواقف.

ولا يشترط في الورثة القبض [1]، ولا خلاف في سقوط اعتباره في بقية الطبقات.

ثم لو وقف على الفقراء أو الفقهاء، فلابد من نصب قيم لقبض الوقوف، والنصب الى الحاكم، قيل: والاقرب جوازه للواقف مطلقا، سيما مع فقد الحاكم ومنصوبه، ولابأس به.

﴿ولو كان﴾ الوقف ﴿على مصلحة﴾ عامة ﴿كالقناطر أو موضع عبادة كالمساجد﴾ قالوا: ﴿قبضه الناظر فيها﴾ أي: في تلك المصلحة، فان كان لها ناظر شرعي من قبله تولى القبض، والا فالحاكم.

وأطلق بعضهم حصول القبض في نحو المساجد والمقابر بصلاة واحدة ودفن واحد فيها، وقيده آخر بوقوع ذلك باذن الواقف، وقيده ثالث بوقوعها بنية الاقباض أيضاً، فلو أوقعا لا بنيته، كما لو أوقعها قبل العلم، أو بعده قبل الاذن فيهما، أو بعدهما لا بنية القبض: اما للذهول منه أو لغير ذلك، لم يلزم. قالوا: هذا اذا لم يقبضه الحاكم الشرعي أو منصوبه، والا فالاقوى الاكتفاء به اذا وقع باذن الواقف، لانه نائب المسلمين. وهو حسن.

﴿ولو كان﴾ الوقف ﴿على طفل﴾ أو مجنون ﴿قبضه الولي﴾ لهما ﴿كالاب

---

(١) في «ن»: ولا يشترط فورية القبض.

والجد للاب﴾ بلاخلاف ﴿أو الوصي﴾ لاحدهما مع عدمهما على الاقوى .

﴿ولووقف عليه﴾ أي على الطفل ومن في معناه ﴿الاب أوالجد له صح﴾ ولزم ولم يحتج الى اقباض من أحد بلاخلاف ﴿لانه مقبوض بيده﴾ كما في الصحيح[1]. واطلاقه كعبارة المتن وكثير يقتضي الاكتفاء بقبضهما وان تجرد عن نية القبض عنهما ، واحتمل بعضهم اعتبار ذلك .

وفي معناه ماإذا كان الموقوف تحت يد الموقوف عليه بوديعة أو عارية أو نحوهما ، ولابأس به .

ولوكان القبض واقعاً بغير اذن الواقف، كالمقبوض بالغصب والشراءالفاسد ففي الاكتفاء به نظر ولعل العدم هنا أظهر .

﴿والنظر﴾ في هذا الكتاب ﴿امافي الشروط أو﴾ في ﴿اللواحق﴾ .

﴿والشروط﴾ زيادة على مامر ﴿أربعة أقسام﴾ من حيث أن أركانه أربعة ، كل قسم منها يتعلق بأحدها .

مايشترط في اصل الوقف :

﴿الاول : في﴾ مايتعلق بـ ﴿الوقف﴾ .

﴿ويشترط فيهاالتنجيز﴾فلوعلقه على شرط متوقع، أوصفة مترقبة، أوجعل له الخيار في فسخه متى شاء من دون حاجة، بطل، بلاخلاف فيه ولافي الصحة ، لو كان المعلق عليه واقعاً والواقف عالم بوقوعه ،كقوله: وقفت انكان اليوم الجمعة مثلا .

﴿والدوام والاقباض﴾ من الموقوف عليه ومن في حكمه ، والاقوى أن الاقباض في كل شيء بحسبه كمامر .

﴿واخراجه عن نفسه . فلوكان﴾ وقفه ﴿الى أمد﴾ كشهر أو سنة مثلا بطل

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ٢٩٨ ، ح٢ و٢٩٧ .

لاشتراط التأبيد في صحته، وفاقاً للاكثر، وفي الغنية الاجماع . وحيث بطل وقفاً ﴿كان حبساً﴾ على الاشهر الاقوى .

هذا اذا قصده بلفظ الوقف. ولوقصد الوقف الحقيقي، وجب القطع بالبطلان مطلقا .

﴿ولوجعله لمن ينقرض غالباً﴾ ولم يذكر المصرف بعده واقتصر على بطن أوبطون ﴿صح﴾ حبساً أيضاً وفاقاً لجماعة .

﴿ويرجع﴾ الوقف ﴿ بعد موت الموقوف عليه الى ورثة الواقف طلقاً﴾ أي ملكاً ان مات قبل الموقوف عليه ، والا فاليه ثم اليهم .

﴿وقيل:﴾ انه ﴿ينتقل الى ورثة الموقوف عليه﴾ والقائل المفيد والحلي وهو ضعيف ، سيما على المختار من صحته حبساً ، فقد نفى الخلاف والاشكال عن المختار في المسالك على تقديره. ﴿و﴾ مع ذلك ﴿الاول﴾ وهو المختار هنا ﴿ مروي[1] ﴾ .

ثم على المختار من العود الى الواقف أوورثته، هل المراد بهم ورثته حين انقراض الموقوف عليه ، أو الورثة عند موته ويسترسل فيه الى أن يصادف الانقراض؟ قولان، والثاني أقوى .

وتظهر الثمرة فيمالومات الواقف عن ولدين، ثم مات أحدهما عن ولد قبل الانقراض ، فعلى الاول يرجع الى الولد الباقي خاصة ، وعلى الثاني يشترك هو وابن أخيه بتلقيه من أبيه كمالوكان حياً .

واعلم أن هذا الوقف يسمى «منقطع الاخر» ويتفرع على الشرط الثاني مامر فلا وجه لاعادة ذكره .

وأما مايتفرع على الثالث أنه لو وقفه على نفسه، بطل بالاضافة اليه مطلقا،

---

(١) تهذيب الاحكام ٩/١٣٣ .

وان عقبه بمايصح الوقف عليه بلاخلاف . وفي صحته بالاضافة الى عقبه حيث يذكره قولان ، أظهرهما: العدم، وفاقاً للاكثر، ويسمى هذا الوقف بـ « منقطع الاول » .

ولو وقفه على من يصح الوقف عليه، ثم على نفسه، ثم على غيره ممن يصح الوقف عليه، سمي بـ «منقطع الوسط» .

وفي حكم الوقف على نفسه الوقف من لايصح الوقف عليه ، كالمعدوم والميت والمملوك والمختار في الجميع بطلان ما بعد الانقطاع .

ولو وقف على نفسه وغيره جمعاً بالواو ، ففي صحة الوقف على الغير في النصف، أوالجميع، أو البطلان من أصله أوجه .

وكذا فيما لو وقف على نفسه والفقراء ، ففي صحة النصف ، أو الثلاثة الارباع، أوالجميع، أوالبطلان من الاصل أوجه،أوجهها في المقامين البطلان.

ويتفرع على هذا الشرط عدم صحة الوقف اذا شرط قضاء ديونه أو ادراء مؤنته منه ونحوذلك. ولوشرط أكل أهله منه، صح الشرط .

﴿ولو﴾ وقف و﴿شرط عوده﴾ اليه ﴿عند الحاجة، ف﴾في صحة الوقف والشرط، أوفسادهما ﴿قولان، أشبههما: البطلان﴾ رأساً، وفاقاً لجماعة ، خلافاً لاخرين، ولايخلو عن قوة، مع أنه أحوط في الجملة، وعليه فلاريب في الرجوع مع الحاجة .

ولومات ولم يحتج، فهل يرجع الى ورثة الواقف فيكون حبساً، أم لايرجع ويكون وقفاً ؟ قولان، أظهرهما: الاول .

وهل يعود بالاحتياج أويقف على اختياره ؟ وجهان ، والظاهر الاول .

والمرجع في الحاجة اليه الى العرف ، وذكر جماعة أن مستحق الزكاة محتاج ، وفي اطلاقه نظر . ونحوه تفسيرها بقصور المال عن قوت يومه وليلته وبسؤاله لغيره، ولكنه أحوط .

مايشترط في الموقوف :

﴿الثاني: في﴾ مايتعلق بـ ﴿الموقوف﴾

﴿ويشترط أن يكون عيناً﴾ معلومة ﴿مملوكة ينتفع بها مع بقاء عينها انتفاعاً محللا﴾ فلايصح وقف المنفعة، ولاالدين، ولاالمبهم، ولاالخمر والخنزير ونحوهما من المسلم، ولا ملك الغير وان أجاز على الاقوى، ولا مالاينتفع بها، أوينتفع مع ذهاب العين ،كالخبز والطعام والفاكهة ونحوها، ولا ماينتفع به انتفاعاً محرماً مطلقا، كآلات اللهو وهياكل العبادة المبتدعة .

ولايعتبر في الانتفاع فعليته، بل يكفي المتوقع،كالعبد والجحش الصغيرين، والزمن الذي يرجى زوال زمانته . ولاطول زمانه ، فيصح وقف ريحان يسرع فساده ، وفاقاً للاكثر .

﴿ويصح اقباضها﴾ فلايصح وقف الطير في الهواء، ولا السمك في الماء، ولا الابق، ولاالمغصوب ونحوهما .

ولو وقفها على من يتمكن من قبضها، صح على الاقوى .

وحيث اجتمعت في العين الشرائط المعتبرة ، صح وقفها ﴿مشاعة كانت أو مقسومة﴾ اجماعاً منا .

مايشترط في الواقف :

﴿الثالث: في﴾ مايتعلق بـ ﴿الواقف﴾

﴿ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف﴾ برفع الحجر في التصرفات المالية ، فلايصح من الصغير والمجنون والسفيه والمفلس .

﴿وفي﴾ صحة ﴿وقف من بلغ عشراً تردد﴾ واختلاف بين الاصحاب ،

و ﴿المروي﴾ في النصوص[1] المستفيضة ﴿جواز صدقته﴾ واطلاق الصدقة فيها أوعمومها يشمل الوقف أيضاً، مضافاً الى عدم قائل بالفرق ظاهراً.

﴿والاولى المنع﴾ وفاقاً للاكثر، بل عليه عامة من تأخر، لقوة الادلة المانعة، ورجحانها على هذه المستفيضة من وجوه عديدة منها شذوذها، كما صرح به جماعة.

﴿ويجوز أن يجعل الواقف النظر﴾ في الموقوف ﴿لنفسه﴾ ويشترطه في متن العقد ﴿على الاشبه﴾ الاشهر، ونفى عنه الخلاف جمع، وفي المختلف الاجماع، خلافاً للحلي فمنع، وهو شاذ. ويجوز أن يجعله لغيره قولا واحداً.

﴿وان أطلق﴾ العقد ولم يشترط النظارة لنفسه ولالغيره ﴿فالنظر لارباب الوقف﴾ الموقوف عليهم.

ولافرق بين كون الموقوف عليه خاصاً أوعاماً. وبنى الحكم هنا جماعة على انتقال الملك، فقالوا: ان جعلناه للواقف أوالموقوف عليه مطلقا، فالنظر له، وان جعلناه للموقوف عليه انكان معيناً، ولله سبحانه انكان عاماً، فالنظر في الاول الى الموقوف عليه، وللحاكم الشرعي في الثاني، لانه الناظر العام، وهو حسن. ويكون الواقف حيث لايكون النظر اليه بعد العقد كالاجنبي.

وحيث اشترط النظر لنفسه، فقد اختلف الاصحاب في اعتبار عدالته على قولين، بعد اتفاقهم على اعتبارها في الغير اذا اشترط النظر له، والاصل يقتضي العدم.

قالوا: ويشترط في الناظر ـ مضافاً الى العدالة ـ الاهتداء الى التصرف، وأنه لوعرض له الفسق انعزل، فان عاد عادت انكان مشروطاً من الواقف. ولايجب على المشروط له القبول، ولوقبل لم يجب عليه الاستمرار. وحيث يبطل النظر

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/٣٢١، ح١.

يصير كما لو لم يشترط .

ووظيفة الناظر مع الاطلاق العمارة والاجارة وتحصيل الغلة وقسمتها على مستحقها .

ولو فوض اليه بعضها، لم يتعده. ولو جعله لاثنين وأطلق، لم يستقل أحدهما بالتصرف .

وليس للواقف عزل المشروط له النظارة في العقد، وله عزل المنصوب من قبله لو شرط النظر لنفسه فولاه . ولو آجر الناظر مدة ، فزادت الاجرة فيها ، أو ظهر طالب بالزيادة ، لم ينفسخ العقد ، الا أن يكون في زمن خياره فيتعين عليه الفسخ .

ثم ان شرط لـه شيئاً عوضاً عن عمله ، لزم وليس له غيره ، والا فله أجرة المثل عن عمله ، مع قصده الاجرة بـه وقضاء العادة بعدم تبرعه بـه . ولايجوز لغير الناظر التصرف فيه الا باذنه، ولو كان مستحقاً والناظر غير مستحق .

مايشترط فى الموقوف عليه وأحكامه :

﴿الرابع : في﴾ مايتعلق بـ ﴿الموقوف عليه﴾ .

﴿ويشترط وجوده﴾ أوامكانـه مع تبعيته لموجود حين العقد ﴿وتعيينه﴾ بالشخص أوالوصف المميز، كالمسلم، أوالمؤمن، أوالعالم، أونحوذلك .

﴿وأن يكون ممن يملك، وأن لايكون الوقف عليه محرماً﴾ .

﴿فلووقف على من سيوجد﴾ من المعدوم المحض، أوغير ممكن الوجود في العادة كالميت وان جعله تابعاً، أوغير المعين كأحد هذين ، أو رجل من بني آدم أونحوذلك، أومن لم يكن قابلا للملك كالجمل والعبد بناءاً على الاظهر الاشهر ﴿لم يصح﴾ .

نعم العبد على القول بتملكه يصح الوقف عليه اذا قبل مولاه ، وان كان محجوراً عليه. وحيث لايصح الوقف عليه لايكون وقفاً على سيده عندنا .

ويستثنى منه العبد المعد لخدمة الكعبة والمشهد والمسجد ونحوها من المصالح العامة، ونحوه الدابة المعدة لذلك .

ويصح الوقف على المساجد والقناطر بحسب اللفظ، ولايصح على الزناة والعصاة من حيث هم كذلك. أما لو وقف على شخص متصف بذلك، لامن حيث كون الوصف مناط الموقف، صح، سواء أطلق أوقصد جهة محللة .

﴿ولو وقف على موجود﴾ ممن يصح الوقف عليه ﴿وبعده على من يوجد﴾ مثله ﴿صح﴾ .

﴿ والوقف على البر ﴾ مع الاطلاق وعدم تعيين وجه منها في متن العقد ﴿ يصرف الى الفقراء ووجوه القرب ﴾ كنفع طلبة العلم ، وعمارة المساجد والقناطر والمدارس والمشاهد، واعانة الحاج والزائرين ونحوذلك. وفي جواز صرفه في مطلق نفع المسلمين وجه قوي .

﴿ولايصح وقف المسلم على البيع والكنائس﴾ أي معابد اليهود والنصارى وان قلنا بجواز الوقف عليهم .

﴿ولو وقف على ذلك﴾ أي البيع والكنائس ﴿الكافر﴾ الذي يعتقد صحة الوقف عليهما ويحصل منه بمعتقده التقرب الى الله تعالى ﴿صح﴾ على الاصح الاشهر ، بل لم أقف على مخالف سوى الماتن هنا. فقال : ﴿وفيه وجه آخر﴾ بالعدم ، وفيه ضعف . وفي جواز وقف الكافر على بيوت النيران قولان .

﴿ولايقف المسلم على الحربي﴾ مطلقاً ﴿ولو كان﴾ له ﴿رحماً﴾ قريباً على الاقوى .

﴿ويقف﴾ المسلم ﴿على الذمي ولو كان أجنبياً﴾ على قول اختاره المصنف

هنا وفي الشرائع[1] خاصة ، ولم أجد قائلا به غيره، وهو ضعيف غايته، كالقول بالمنع مطلقاً ولو كان ذا قرابة .

والاجود التفصيل بينه فالصحة وبين الاجنبي فالفساد كما عليه جماعة ، وظاهر الغنية عدم الخلاف في الاول ، وفي صريح الخلاف الاجماع. ومن الادلة على هذا التفصيل يتعدى الحكم الى سائر معاندي الحق منعاً وجوازاً .

﴿ولو وقف المسلم على الفقراء﴾ أو العلماء أو نحوهما مما يدل على وصف مع العموم لغة ﴿انصرف الى﴾ ذي الوصف من ﴿فقراء المسلمين﴾ وعلمائهم.

﴿ولو كان﴾ الواقف المتلفظ بتلك اللفظة ﴿ كافراً ، انصرف الى ﴾ ذي الوصف من ﴿ فقراء نحلته ﴾ وملته بلاخلاف ، عملا بالعرف وشهادة الحال المخصصين للعموم ، ومع فقدهما يتجه الاخذ بالعموم .

ومقتضى القاعدة انصراف الوصف الى ذي الوصف من أهل مذهب الواقف لامطلقاً . فلو وقف امامي على الفقراء ، انصرف الى فقراء الامامية ، دون سائر فرق الاسلام الباطلة ، وكذا في صورة العكس ، ولعله مراد الاصحاب ، وان كان عبائرهم مطلقة، لكن سيأتي من الخلاف ماربما يعارضه .

﴿والمسلمون﴾ حيث يوقف عليهم يرادبهم ﴿من صلى الى القبلة﴾ وفسر في المشهور بمن اعتقد الصلاة اليها وان لم يصل لامستحلا ، خلافاً للمفيد فاعتبر فعلية الصلاة اليها . ولافرق عندهم بين كون الواقف محقاً أو مبطلا ، خلافاً للحاي في الاول فخصهم فيه بالمؤمنين ، وهو أقوى . ويستثنى منهم الفرق المحكوم بكفرهم اتفاقاً شرعاً .

﴿والمؤمنون﴾ حيث يوقف عليهم ﴿الاثناعشرية﴾ أي القائلون بالائمة الاثناعشر سلام الله تعالى عليهم ﴿وهم الامامية﴾ الان الذين لايعتبر في صدق

(١) شرائع الاسلام ٢/٢١٤ .

الامامية عليهم اجتنابهم الكبائر اتفاقاً. كما حكاه جماعة على الاظهر .

﴿وقيل:﴾ هم ﴿مجتنبوا الكبائر﴾ منهم ﴿خاصة﴾ فلايشمل الوقف عليهم الفسقة ، والقائل جماعة من القدماء .

ومنشأ الاختلاف ، هو اختلاف النصوص ، والجمع بينها يقتضي المصير الى الاول، والاولى الرجوع الى عرف الواقف وشهادة حاله ، حتى لو كان ممن يذهب الى الثاني ، وظهر من قرائن أحواله ارادته مطاق الامامي حتى الفسقة منهم عم وقفه لهم ، واذا جهل عرفه وانتفت القرائن فالمذهب هو الاول ، وان كان الثاني لعله أحوط .

ثم كل ذا اذا كان الواقف منهم ، ويشكل لو كان من غيرهم، وان كان اطلاق العبارة وغيرها يقتضي عدم الفرق ، ولكن المصير اليه أحوط ، اذا لم يكن ثمة حال ، والاتبع بلااشكال .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الشيعة﴾ انصرف الى من شايع علياً عليه السلام وقدمه على غيره في الامامة ، وان لم يوافق على امامة باقي الائمة عليهم السلام ، فيدخل فيهم ﴿الامامية والجارودية﴾ من الزيدية والاسماعيلية غير الملاحدة منهم وغيرهم من الفرق الاتية .

وخص الجارودية من الفرق الزيدية ، لانه لايقول منهم بامامته عليه السلام دون غيره من المشائخ سواهم ، فان الصالحية منهم والسليمانية والبترية يقولون بامامة الشيخين ، وان اختلفوا في غيرهما .

وانصراف الشيعة الى هاتين الطائفتين هو المشهور ، خلافاً للحلي وغيره فيتبع مذهب الواقف ، فلو كان من الامامية انصرف وقفه اليهم خاصة ، وكذا لو كان من الجارودية انصرف اليهم، وهكذا لو كان من سائر الفرق الباقية فينصرف الى أهل مذهبه ، عملا بشاهد الحال ، ولاريب فيه مع حصوله ، والا فاللازم

دوران الامر مدار اللفظ وعمومه .

﴿و﴾ لووقف على ﴿الزيدية﴾ انصرف الى كل ﴿من يقول بامامةزيد﴾ ابن علي عليه السلام ومن خرج من ولد فاطمةعليها الصلاة والسلام عالماً زاهداًشجاعاً داعياً الى نفسه بالسيف .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الفطحية﴾ انصرف الى ﴿من قال بـ﴾ امامة ﴿الافطح﴾ عبدالله بن جعفر بن محمد عليهما السلام .

﴿و﴾لو وقف على ﴿الاسماعيلية﴾ انصرف الى كل ﴿من قال بـ﴾ امامة ﴿اسماعيل بن جعفر﴾ بن محمد عليهما السلام ، قيل : وهم فرق .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الناووسية﴾ انصرف الى ﴿من وقف﴾ في عداد الائمة عليهم السلام ﴿على جعفر بن محمد﴾ الصادق عليهما السلام، وقالوا : انه حي لن يموت حتى يظهر ويظهر أمره ، وهو القائم المهدي .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الواقفية﴾ انصرف الى كل ﴿من وقف﴾ بالامامة ﴿على موسى بن جعفر عليهما السلام﴾ وينكر موته ويدعي أنه قائم الائمة عليهم السلام .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الكيسانية﴾ انصرف الى كل ﴿من قال بامامةمحمد ابن الحنفية﴾ بعد الحسين عليه السلام وأنه حي غائب في جبل رضوى .

﴿ولووصفهم﴾ الواقف ﴿بنسبة الى عالم، كان لمن دان﴾ وقال ﴿بمقالته﴾ ومذهبه ﴿كالحنفية﴾ والشافعية والمالكية والحنبلية .

﴿ولونسبهم الى أب﴾ كالامثلة الاتية ﴿كان﴾ الوقف منصرفاً ﴿لمن انتسب اليه﴾ أي الى ذلك الاب ﴿ بالابناء دون البنات ﴾ على الاشهر الاحوط بل الاظهر ، وذلك ﴿ك﴾ ما لووقف على الطائفة ﴿العلوية والهاشمية﴾ فينصرف الى من ولده علي وهاشم بأبيه ، أي من اتصل اليهما بالاب وان على دون الام .

﴿ويتساوى فيه﴾ أي في ذلك الوقف استحقاقاً وقدراً ﴿الذكور والاناث﴾ وان وقع بلفظ الذكور كالهاشميين والعلويين .

﴿و﴾ اذا وقف على ﴿قومه﴾ انصرف الى ﴿أهل لغته﴾ على الاشهر ، وان اختلفوا في الاطلاق والتقييد بالذكور منهم خاصة ، وهو أحوط بل وأظهر.

وقيل : بالرجوع الى المعلوم من قصده مع امكانه ، والا فالى المعروف من ذلك الاطلاق عند قومه ، ولاريب فيه مع امكانه ، وانما الاشكال مع عدمه .

وقيل: بالرجوع الى الرجال من قبيلته ممن يطلق العرف بأنهم أهله وعشيرته ولاريب أنه أحوط اذا كان عشيرته من أهل لغته، ولم يكن ثمة شاهد حال ينصرف الوقف الى غيرهم. ويشكل اذا كانوا من غير أهل لغته أو وجد شاهد حال يصرف الى غيرهم مع عدم تعينهم ، والاولى فيه الرجوع الى الاشهر .

﴿و﴾ اذا وقف على ﴿عشيرته﴾ انصرف الى الخاص من قومه الذين هم ﴿الادنون﴾ والقريبون منه ﴿في نسبه﴾ على الاشهر الاظهر .

﴿ويرجع في الجيران﴾ اذا وقف عليهم ﴿الى العرف﴾ لانه المحكم فيما لم يرد به من الشرع بيان ، ولكن لم أقف على قائل به عدا الفاضلين ، ولاريب فيه مع معلوميته وشهادة الحال بانصراف الوقف اليه، ولعله لانزاع فيه، بل هو مختص بصورة فقد الشاهد .

﴿و﴾ الاقوى فيه ما ﴿قيل:﴾ من أنه هو ﴿من يلي داره﴾ أي دار الوقف ﴿الى أربعين ذراعاً﴾ بالذراع الشرعي من كل جانب ، وفي الغنية الاجماع عليه.

﴿ وقيل : ﴾ هو من يلي داره ﴿ الى أربعين داراً ، وهو ﴾ مع جهالة قائله شاذ ﴿مطروح﴾ ولكن دل عليه روايات[1] معتبرة، لكنها شاذة موافقة لمذهب عائشة .

---

(١) وسائل الشيعة ٨/٤٩١ ، ب٩٠ .

﴿ولووقف على مصلحة﴾ خاصة من مصالح المسلمين، كالمساجد والقناطر وشبهها ﴿فبطلت﴾ وانـدرس رسمها ﴿قيل : يصرف فـي﴾ وجـوه ﴿البر﴾ والقائل الشيخ وباقي الجماعة ، من غير خلاف بينهم أجده، وفي جملة من العبارات ايماء الى الاجماع .

وفي وجوب صرفه في الاقرب الى تلك المصلحة ، فيصرف وقف المسجد الى مسجد آخر، والمدرسة الى مثلها، وجوازه في مطلق القرب وجهان، أحوطهما: الاول .

ثم ان أصل الحكم لاريب فيه لو كان المذكور بخصوصه من المصلحة الخاصة ممالايعلم بانقطاعه غالباً، كما ذكرنا من الامثلة. ولو علم انقطاعها كذلك، ففي انسحاب الحكم فيه أو لحقوقه بالوقف المنقطع الاخر وجهان ، والاحتياط لا ينبغي تركه في نحو المقام .

﴿واذا﴾ وقف على جماعة و﴿شرط ادخال من يوجد من الموجود﴾ منهم ﴿صح﴾ ولا كذلك لو شرط اخراج من يريد منهم، أو نقله عنهم الى من سيوجد فلايصح الوقف بلاخلاف في الاول، وعلى الاشهر الاظهر في الثانـي ، وان كان الصحة في الجملة أحوط .

﴿ولو أطلق الوقف﴾ وجرده عن هذا الشرط ﴿ وأقبض ﴾ الموقوف من الموقوف عليه أو من في حكمه ﴿لم يصح ادخال غيرهم معهم﴾ مطلقا ﴿أولاداً كانوا أو أجانب﴾ على الاشهر الاظهر .

﴿وهل له﴾ مع الاطلاق وعدم الشرط ﴿ذلك﴾ أي الادخال ﴿مع أصاغر ولده﴾ لووقف عليهم ؟ ﴿فيه خلاف﴾ بين الاصحاب ﴿والجواز مروي[1]﴾ في أخبار لايخلوعن قصور في سنده أوضعف في دلالته، ويمكن حملها على صورة

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ٣٠١، ح٢ وغيره .

عدم الافباض ، والاشهر الاظهر عدم الجواز مطلقاً .

﴿أما النقل عنهم﴾ أي عن الموقوف عليهم أولاداً كانوا أوأجانب ﴿فغير جائز﴾ قولا واحداً .

مسائل فى أحكام الوقف :

﴿وأما اللواحق فمسائل :﴾

﴿الاولى : اذا وقف في سبيل الله، انصرف الى﴾ مطلق ﴿القرب، كالحج والجهاد والعمرة وبناء المساجد﴾ والقناطر ونفع المحاويج وغير ذلك ، على الاظهر الاشهر ، وفيه قولان آخران شاذان ولافرق فيه عند الاكثر بين أن يقتصر على سبيل الله ، أويضم الثواب وسبيل الخير .

ولاتجب قسمة الفائدة اثلاثاً ، خلافاً للشيخ في أحد قوليه ، وهو أيضاً شاذ.

﴿الثانية : اذا وقف على مواليه دخل﴾ فيهم ﴿الاعلون﴾ المعتقون له ﴿والادنون﴾ الذين أعتقهم، ولاريب فيه مع القرينة الدالة على دخولهم أجمع كما لاريب في دخول بعضهم بها خاصة دون الاخر ، وفي حكمها تفسيره حيث انتفت، فيرجع الى مايفسره . وانما الاشكال مع عدمهما، كأن وقف على مدلول هذه اللفظة ، والاصح القول بالبطلان ، وفاقاً لجماعة .

﴿الثالثة : اذا وقف على أولاده﴾ اختص في المشهور ـ كما قيل ـ بأولاد صلبه دون أولاد أولاده ، ولابأس به حيث يتبادرون هم دونهم ، والا فالعموم لهم مقتضى الاصل اللغوي .

وحيثما دخل أولاد الاولاد بذلك، أوبالتصريح بالوقف عليهم ﴿اشترك أولاد البنين والبنات ، الذكور﴾ منهم ﴿والاناث بالسوية﴾ .

وكما يدخل الاناث في أولاد الواقف ، كذا يدخل الخناثي مطلقا ، حصرناهم

في البنين والبنات أم جعلناهم طبقة ثالثة . ولا كذلك لو وقف على أولاد البنين خاصة أو البنات كذلك، فلا يدخل أولاد الخنائي .

ولو جمع بينهما كأن وقف على أولاد البنين والبنات، ففي دخول أولادهم قولان .

﴿الرابعة : اذا وقف على الفقراء ، انصرف﴾ نماء الوقف ﴿الى فقراء البلد﴾ أي بلد الواقف ﴿ومن يحضره﴾ منهم خاصة .

﴿وكذا﴾ لو وقف على ﴿كل قبيلة متبددة﴾ غير منحصرة ممن يكون الوقف عليهم وقفاً على الجهة المخصوصة لا على أشخاصها ﴿كالعلوية والهاشمية والتميمية﴾ ونحوهم من الطوائف الغير المنحصرة، فمن حضر منهم بلد الوقف صرف النماء اليهم .

﴿ولا يجب تتبع من لم يحضره﴾ منهم بغير خلاف للنص[1]، وظاهره النهي عن التتبع، وبه أفتى بعضهم، لكن قيده بصورة وجود المستحق في البلد ، وهو أحوط ، خلافاً للشهيدين فجوزاه مطلقا ، كما هو ظاهر المتن ولعله أقوى .

ثم ان ظاهره كالمتن وكثير وجوب الصرف الى جميع من في البلد ، وهو أحوط، وان كان في تعينه نظر. ولا تجب التسوية في القسمة على تقديره ، بلا خلاف يظهر .

وعلى المختار فهل يجب استيعاب الثلاثة، أو يجوز الاقتصار على اثنين، أو الواحد أقوال، أجودها الاخير، وان كان أحوطها الاول حيث لا يحتاط باستيعاب جميع من في البلد .

﴿الخامسة: لا يجوز اخراج الوقف عن شرطه﴾ الذي شرط فيه مع شرعيته، فتجب مراعاته من ترتيب ، أو تشريك ، أو تفضيل في المنافع ، أو تسوية فيها.

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/٣٠٨، ب٨ .

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ يجوز ﴿بيعه﴾ ولاهبته ، ولاغير ذلك من الاسباب الناقلة للعين، بلاخلاف فيه في الجملة، وبالاجماع عليه كذلك صرح جماعة ، فلا شبهة في ذلك ﴿الأن يقع خلف﴾ ونزاع بين أربابه ﴿يؤدي الى فساده﴾ وخرابه، فيجوز بيعه حينئذ ﴿على تردد﴾ واختلاف بين الاصحاب، ولكن الاشهر بل الاظهر الجواز، وينبغي صرف ثمنه الى وقف آخر يضاهي وقف المالك ، توصلا الى غرضه أومايقرب منه مهما أمكن .

وربما يستثنى من المنع عن البيع صورتان أخريان :

احداهما: اذاأحدث بالموقوف عليهم مايمنع الشرع به عن معونتهم والقربة الى الله تعالى بصلتهم .

والثانية: مالوخرج الموقوف عن الانتفاع به فيما وقف عليه، كجذع منكسر وحصير خلق ونحوهما، فيتولي المتولي الخاص بيعه، أوالحاكم مع عدمه، أوسائر عدول المؤمنين وشراء ماينتفع به .

ولابأس باستثناءهذه الصورة حيث لاينتفع به بوجه من الوجوه، وأماالاولى فالاظهر عدم استثنائها ، ويلحقها حينئذ حكم الوقف على مصلحة بطل رسمها ، فيصرف في وجوه البر .

﴿السادسة: اطلاق الوقف﴾ على نحو الاولاد أوالاخوة أوالاعمام أوالاخوال أومطلق ذي القرابة ﴿يقتضي التسوية﴾ بين ذكورهم وأناثهم في الحصة لايفضل بعضهم على بعض بالكلية ، على الاشهر الاظهر .

﴿فان فضل﴾ الذكور على الاناث ، أوبالعكس ، أوبعضاً منهما على بعض ﴿لزم﴾ بلاخلاف. وكذا لوقال: على كتاب الله تعالى وسنة نبيه ﷺ في الميراث كما لو صرح بالعكس .

﴿السابعة: اذا وقف على الفقراء﴾ أوالفقهاء أوالعلماء أونحوهما من ذوي

الاوصاف الذين جعل الوقف لهم من حيث الوصف دون الشخص ﴿وكان﴾ الواقف ﴿منهم﴾ أي بصفتهم حال الوقف ، أواتصف بها بعده ﴿جاز أن يشركهم﴾ فيه مطلقا على الاظهر الاشهر، حتى أن في الغنية وغيره الاجماع.

أحكام السكنى والعمرى :

﴿ومن اللواحق: مسائل﴾ تتعلق بـ﴿السكنى والعمرى﴾والرقبى، والثلاثة ثابتة بالنص[1] والاجماع .

﴿وهي تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض﴾ بلاخلاف، الا في اشتراط القبول في السكنى المطلقة الغير المقيدة بعمر ولا مدة ، فقيل : يمكن القول بعدم اشتراطه فيها ، وفي دليله مناقشة ، ولايشترط فيه القربة على الاقوى . نعم يشترط في حصول الثواب دون الصحة .

﴿وفائدتهما التسليط على استيفاء المنفعة تبرعاً مع بقاء الملك للمالك﴾ بغيرخلاف فيه عندنا كماقيل. ونحوهما في الافادة لهذه الفائدة الرقبى، ولافرق بينها في هذه الفائدة، وان اختلف بحسب اختلاف الاضافة .

فاذا قرنت بالاسكان قيل: سكنى، كأن يقول: أسكنتك هذه الدار ولك سكناها وبالعمر قيل: عمرى، كأن يقول: أعمرتك هذه الارض عمرك مثلا. وبالمدة قيل: رقبى، كأن يقول: أرقبتك هذا المتاع مدة كذا، من الارتقاب وهو الانتظار للامد أومن رقبة الملك بمعنى اعطاء الرقبة للانتفاع بها .

كل ذا على المشهور كمافي كلام جماعة، فيكون بين العمرى والرقبى تبائن.

وقيل : بترادفهما والاولى من العمر والثانية من الرقوب ، كأن كل واحد منهما يرتقب موت صاحبه ، وربما أشعر به العبارة حيث اقتصر بذكر الاولى

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ٣٢٥.

خاصة .

وقيل : في الرقبى أن يقول : جعلت خدمة هذا العبد لك . والامر في ذلك سهل، لكونها أمور اصطلاحية ليس فيها مشاحة .

﴿وتلزم﴾ السكنى بعد القبض ﴿لوعين المدة﴾ فلارجوع فيما دونها ﴿وان مات المالك﴾ على الاشهر الاظهر .

﴿وكذا﴾ تلزم ﴿لوقال له : ﴾ أسكنتك ﴿عمرك﴾ و ﴿لم تبطل بموت المالك، و﴾انما ﴿تبطل بموت الساكن﴾ خاصة على الاشهر الاظهر .

﴿ولوقال:﴾ أسكنتك عمري ، واليه الاشارة بقوله : ﴿حياة المالك، لم تبطل بموت الساكن، وانتقل ماكان له﴾ عن الحق ﴿الى ورثته﴾ بغير خلاف.

وهذه الاحكام في العبارة وان اختصت بالسكنى المختصة بنحو الدار، الأن مقتضى الاصول عمومها لكل رقبى وعمرى ولوكانت بغير متعلق السكنى متعلقة، كالمتاع وماأشبهه .

ومورد المتن والنص[1] مختص بجعل الغاية عمر المالك أوالمعمر، ويضاف الى ذلك عقب المعمر كمافي الثاني .

وهل يجوز التعليق بعمر غيرهما ؟ قال الشهيد : نعم . ويحتمل قوياً العدم ، ولكن الاول أجود .

﴿وان أطلق﴾ السكنى ﴿ولم يعين﴾ لها ﴿مدة﴾ معلومة ﴿ولا عمراً﴾ أصلا، صح السكنى بلاخلاف و﴿تخير المالك في اخراجه مطلقا﴾ أي متى شاء بلاخلاف ، للمعتبرين[2]، وليس فيهما كالمتن لزوم الاسكان في الجملة ،كيوم ونحوه ممايسمى اسكاناً عرفاً وعادة ولاعدمه، وعن الاكثر الثاني .

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ٣٣١ ، ب ٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣ /٣٢٧ ، ب ٤ .

وأنه من العقود الجائزة ، فله الرجوع متى شاء ولو قبل الاسكان بالكلية . ويمكن أن ينزل عليه المتن والرواية ، ويجعل متعلق الاخراج فيهما هو الاسكان المتعلق به العقد دون الدار، خلافاً لجماعة فحكموا بالاول، وهو أحوط وان كان الثاني لعله أظهر .

ومقتضى القاعدة فساد العمرى والرقبى لوخلتا عن ذكر العمر والمدة، كما لوقرنتا بعمر مجهول أومدة مجهولة .

﴿ ولومات المالك والحال هذه ﴾ يعني تكون السكنى غير لازمة ﴿كان المسكن ميراثاً لورثته﴾ أي المالك ﴿وبطلت السكنى﴾ بالموت ، بغيرخلاف ولا اشكال . وأولى بالحكمين مالوكانت السكنى أوالعمرى أوالرقبى من أصلها فاسدة .

﴿و﴾ اطلاق السكنى بأفسامها الثلاثة حيث تتعلق بالمسكن يقتضي أن ﴿يسكن الساكن معه من جرت العادة﴾ أي عادة الساكن ﴿به، كالولد والزوجة والخادم﴾ والضيف والدابة، ان كان في المسكن موضع معد لمثلها. وكذا وضع ماجرت العادة بوضعه فيها من الامتعة والغلة بحسب حالها .

﴿وليس له أن يسكن معه غيره﴾ ممن لم يحكم العرف باسكانه معه ، ولا الاجارة وغيرها من التصرفات الناقلة ولو للمنفعة خاصة ﴿الا باذن المالك﴾ على الاظهر الاشهر .

﴿ولوباع مالك الاصل المسكن لم تبطل السكنى، ان وقتت بأمد أوعمر﴾ بغيرخلاف ، للصحيح[1] ، وصريحه كجماعة وظاهر المتن وغيره صحة البيع ، ولعلها مختار الاكثر ، وهو أظهر مطلقا حتى في الموقتة بالعمر ، سواء بيع على المعمر أوغيره، أقتت بعمر المعمر خاصة أوعقبه مطلقا أوبعضه .

---

(١) تهذيب الاحكام ٩/١٤١ والفقيه ٤/١٨٥ .

وحيث صح البيع، فان كان المشتري عالماً بالحال، فلاخيار له ووجب عليه الصبر، والا تخير بين الفسخ والصبر .

واحترز بالشرطية في العبارة عن السكنى المطلقة، فانها تبطل بالبيع مطلقا الا اذا قلنا بلزومها في الجملة ، فتبطل به اذا كان بعد مضي زمان استيفاء مسمى الاسكان خاصة. ونحوها العمرى والرقبى حيث لم توقتا بعمر ولامدة وقلنا بالصحة والاكانتا باطلتين من أصلها .

﴿ويجوز حبس﴾ نحو ﴿البعير والفرس في سبيل الله تعالى﴾ لنقل الماء الى المسجد والسقاية ومؤنة الحاج والزائرين وطلاب العلم والمتعبدين ﴿والغلام والجارية في خدمة بيوت العبادة﴾ .

﴿ويلزم﴾ كل ﴿ذلك مادامت العين باقية﴾ بغير خلاف .

ثم ان المصنف وكثيراً من الاصحاب قد أهملوا ذكر كثير من أحكام الحبس وذكر بعضهم أن الظاهر أن مورده مورد الوقف ، فيصح في كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها بالشرائط السابقة على الانسان مطلقا ، وعلى القرب حيث يمكن الانتفاع بها فيها ، كحبس الدابة لمامضى ، والكتب على المتفقهين، والبيت على الساكنين، وغير ذلك .

وأنه لابد فيه بعد أهلية التصرف من ايجاب وقبول وقصد القربة كما عن جماعة ، والقبض كما عن التذكرة .

وأنه ان كان على انسان ، فان أطلق بطل بموت الحابس اتفاقاً ، وله الرجوع حينئذ متى شاء كما في القواعد ، وان عين مدة لزمه فيها أجمع ، ثم يرد الى المالك . والظاهر أنه لاخلاف فيه أيضاً وان كانت المدة عمر أحدهما فكالمدة المعينة كما في التحرير .

أحكام الصدقة :

﴿وأما الصدقة : فهي التطوع﴾ أي التبرع ﴿بتمليك العين﴾ من الغير ﴿بغير عوض﴾ دنيوي، والنصوص[١] في فضلها متواترة ، مضافاً الى الايات[٢] المتكاثرة .

ويشترط فيها بعد أهلية التصرف من المصدق مايدل على الايجاب والقبول ولو فعلا على الاقوى ، خلافاً لجماعة فاشترطوا فيها مايشترط في العقود اللازمة وقصد القربة والقبض كالوقف بغير خلاف .

﴿ولاحكم لها﴾ من لزوم أوصحة ﴿مالم تقبض باذن المالك﴾ بغير خلاف.

﴿ وتلزم بعد القبض وان لم يعوض عنها ﴾ على الاشهر الاقوى ، وعن الحلي الاجماع .

﴿ومفروضها محرم على بني هاشم الا صدقة أمثالهم﴾ فتحل على بعضهم ﴿ أو مع الضرورة ، ولا بأس بالمندوبة ﴾ كما تقدم كل ذلك في كتاب الزكاة، مع بسط الكلام فيما يتفرع على هذه الاحكام .

﴿والصدقة سراً أفضل منها جهراً﴾ كتاباً[٣] وسنة[٤] ﴿الا أن يتهم﴾ بترك المواساة فالاجهار أولى ، أو يقصد اقتداء الناس به تحريصاً على نفع الفقراء .

هذا كله في المندوب ، وأما المفروضة فليظهرها ، لعدم تطرق الرياء اليها، وتصريح المعتبرين[٥] بذلك أيضاً .

---

(١) وسائل الشيعة ٦/٢٥٥، ب١ .

(٢) منها قوله تعالى «وأن تصدقوا خير لكم ان كنتم تعلمون» سورة البقرة: ٢٨٠ .

(٣) سورة آل عمران: ١٣٤ .

(٤) وسائل الشيعة ٦/٢٧٥، ب١٣ .

(٥) وسائل الشيعة ٦/٢١٥، ب٥٤ .

أحكام الهبة :

﴿وأما الهبة : فهي تمليك العين تبرعاً مجرداً عن﴾ قصد ﴿القربة﴾ أي من دون اشتراط بهما ، والا لانتقض بالهبة المعوض عنها والمتقرب بها الى الله تعالى ، فانها هبة أيضاً اجماعاً، ولذا صارت أعم من الصدقة ، لاشتراطها بالقربة دونها، كما أنها أعم من الهدية ، لافتقارها الى قيد دون الهبة .

وهي : أن يحمل من مكان الى مكان الموهوب له اعضاماً له ، ولهذا يطلق لفظها على العقارات الممتنع نقلها ، ويعبر عنها تارة بها وأخرى بالنحلة والعطية. ويطلق كل منهما على مطلق الاعطاء المتبرع به ، فيشملان الوقف والصدقة والهبة والسكنى ، فهما أعم منها .

﴿ولابد فيها﴾ بعد أهلية التصرف في الواهب وقابلية الملك في الموهوب له ﴿من الايجاب﴾ الدال على تمليك العين ولو من غير عوض، كوهبتك ، وملكتك ، وأعطيتك ، ونحلتك، وأهديت اليك، وهذا لك مع نيتها ، ونحو ذلك.

﴿والقبول﴾ الدال على الرضا ، كقبلت ورضيت ، بغير خلاف ولااشكال ، ان أريد مطلق مايدل عليهما ولو فعلا، وبشكل اذا اريد لفظاً ، الا أن ظاهر الاصحاب الاتفاق على اعتبار العقد القولي، كما في ظاهر الكفاية وصريح المسالك ، وفيه: فعلى هذا مايقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على ايجابها وقبولها لايفيد الملك ، بل مجرد الاباحة ، حتى لو كان جارية لم يحل له الاستمتاع بها، لان الاباحة لاتدخل في الاستمتاع انتهى .

وحينئذ لااشكال في اعتبار اللفظ وسائر ماوقع عليه الاتفاق أو يحكى عليه، من العربية والفورية دون الماضوية ، فانه لايشترط فيه هنا قولا واحداً، كما حكاه

بعض أصحابنا ، ودون الهبة لعدم الاتفاق على ذلك ، فقد احتمل في الدروس[1] وفاقاً لظاهر التذكرة وصريح التحرير عدم اعتبار اللفظ فيها ، وهو حسن .

﴿و﴾ لابد فيها من ﴿القبض﴾ وهو شرط في صحتها لا لزومها ، على الاشهر الاقوى ، ونقل الاجماع عليه مستفيضاً ، خلافاً للمحكي عن ظاهر جماعة من القدماء .

وتظهر الثمرة في النماء المتخلل بين العقد والقبض ، فانه للواهب على المختار ، وللموهوب له على غيره . وفيما لو مات قبل الاقباض ، فانها تبطل على الاول ، ويتخير الوارث بين الاقباض وعدمه على الثاني . وفطرة المملوك الموهوب قبل الهلال الغير المقبوض لابعده ، فانها على الواهب على الاول ، وعلى الموهوب له على الثاني . ونفقة الحيوان في المدة المتخللة .

﴿ويشترط اذن الواهب في القبض﴾ فلايصح لو قبض بدونه . هذا اذا لم يكن مقبوضاً بيده من قبل ، فلو وهبه ما بيده لم يفتقر الى قبض جديد ولا اذن منه ولا مضي زمان يمكنه قبضه ، على الاشهر الاظهر ، بل كاد أن يكون اجماعاً ممن تأخر . ولايشترط كونه بنية الهبة ، نعم ينبغي عدم التصريح بكون القبض لغير الهبة ، كما قيده به بعضهم .

﴿ولو وهب الاب أو الجد﴾ له ﴿للولد الصغير﴾ الذي توليا عليه ما هو ملكهما ومقبوضهما قبل الهبة ﴿لزم﴾ بغير خلاف ﴿لانه مقبوض بيد الولي﴾ فيغني عن القبض الجديد ، كما مر في الوقف ، ويكفي مطلق القبض السابق ولو خلي حين العقد وبعده عن نيته عن المتهب ، على الاشهر الاظهر . نعم ينبغي عدم القصد لغيره .

ولو وهباه ماليس بيدهما ، كالمال الذي ورثاه ولم يقبضاه ، أو اشتريا ه كذلك ،

---

(١) الدروس ص٢٣٨ .

أو آجراه للغير ، أفتقر الى القبض عنه بغير خلاف. أما الوديعة فلا تخرج بها عن قبض المالك. وفي العارية وجهان .

واحترز بـ « الصغير» عن الولد الكبير، فانه يشترط فيه الاقباض ذكراً أو أنثى، بلا خلاف الا من شاذ في الانثى .

واذا وهب غير الولي للطفل ، فلابد من القبض، ويتولاه الولي أو الحاكم على الترتيب . وفي الوصي تردد، ولعل الاظهر أن له الولاية أيضاً .

﴿وهبة المشاع﴾ مطلقا ﴿جائزة كالمقسوم﴾ عندنا، وقبضه كقبض البيع، فيخلي بينه وبين الموهوب اذا كان غير منقول ، وينقله الى الموهوب له اذا كان منقولا ، وفي الاول لايحتاج الى اذن الشريك حيث يكون ، بخلاف الثاني فيتوقف تسليم الكل حيث لايكون باقي الحصة للواهب على اذنه ، فان رضي والا لم يجز للمتهب اثبات اليد عليه، بل يوكل الشريك في القبض ان أمكن.

وان تعاسرا رفع أمره الى الحاكم لينصب أميناً لقبض الجميع ، نصيب الهبة لها والباقي أمانة للشريك حتى يتم عقد الهبة على الاقوى. خلافاً للمختلف فاكتفى هنا في القبض بالتخلية ولو في المنقول ، وله مع فقد الحاكم المجبر وجه، دفعاً للعسر والضرر .

ثم لو قبض في محل النهي باذن الواهب، صح على الاصح .

﴿ولايرجع في الهبة لاحد الوالدين﴾ وان علا ﴿بعد القبض و﴾ كذا ﴿غيرهما من ذوي الرحم على الخلاف﴾ فيهم بين الاصحاب ، الا أن الاظهر الحاقهم بالابوين، وفي الغنية الاجماع على هذا الاطلاق، وفي كلام جماعة على الاولاد مطلقا، كما في كلام بعض بل جمع. ومقيداً بالصغير كما في كلام آخر .

والمراد بالرحم في هذا الباب وغيره ،كالرحم الذي يجب صلته ويحرم قطعه، مطلق القريب المعروف بالنسب وان بعدت لحمته وجاز نكاحه .

﴿ولو وهب أحد الزوجين﴾ الاجنبيين ﴿الاخر﴾ شيئاً وأقبضه منه ﴿ففي﴾ جواز ﴿الرجوع﴾ له فيه ﴿تردد﴾ واختلاف بين الاصحاب، الأن ﴿أشبهه: الجواز﴾ مع الكراهية الشديدة، وفاقاً لجماعة، وعليه الاجماع في الغنية .

﴿و﴾ يجوز أن ﴿ يرجع في هبة الاجنبي مادامت العين ﴾ الموهوبة ﴿باقية﴾ ولم يتصرف فيها بشيء بالكلية ﴿ مالم يعوض عنها ﴾ أو يقصد بها التقرب الى الله تعالى اجماعاً فيه ، وفي لزوم الهبة التالفة والمعوض عنها ، والمتقرب بها الى الله تعالى بعد القبض وان لم يتصرف فيها .

ولافرق في اللزوم في التالفة بين كون التلف من المتهب أومن الله سبحانه ولابين كون التلف تمام الهبة أوبعضها، اذا صدق على الهبة مع تلفه أنها غير قائمة بعينها لا مالايصدق معه ذلك عليها ، كسقوط ظفر أو نحوه من العبد الموهوب مثلا .

ولافي المعوضة بين كون العوض مشروطاً في العقد أوواقعاً بعده اتفاقاً لا شرطاً، لكنهم كماقيل: صرحوا بعدم حصول التعويض بمجرد البذل، بل لابد من قبول الواهب له وكون البذل عوضاً عن الموهوب. ولابين كونه قليلا وكثيراً، وفي المسالك من بعض الموهوب أوغيره . وفيه نظر، فان كان ماذكره اجماعاً ، والا فان للمناقشة فيه مجالا .

﴿وفي﴾ جواز ﴿الرجوع﴾ للواهب في هبته للاجنبي بعد القبض ﴿مع التصرف﴾ فيها في غير الصور الثلاث المستثنات ﴿قولان: أشبههما : الجواز﴾ مطلقا، وفي الغنية الاجماع ، ولكن الاحوط العدم مطلقا .

كتاب السبق والرماية

(كتاب السبق والرماية)

السبق: وهو بسكون الباء المصدر، والمسابقة هي: اجراء الخيل وشبهها في حلبة[1] السباق، ليعلم الاجود منها والافرس من الرجال والمتسابقين. وبتحريك الباء العوض المجعول رهناً، ويسمى الخطر والندب.

والرماية وهي: المناضلة بالسهام ليعرف حذق الرامي ومعرفته بمواقع الرمي.

﴿ومستند﴾ شرعية ﴿هما﴾ بعد ﴿قوله ﷺ﴾ المروي[2] من طرق العامة والخاصة بأسانيد معتبرة تضمنت الصحيح وغيره ﴿لاسبق الا في نصل أو خف أوحافر﴾ الكتاب[3] واجماع الامة، والسنة بهما ـ زيادة على مامر ـ مستفيضة.

وفايدتهما: بعث النفس على الاستعداد للقتال والهداية لممارسة النضال.

﴿ويدخل تحت النصل، السهام والحراب﴾ جمع حربة، وهي الالة ﴿والسيف﴾ ولايدخل فيه الدبوس والعصا والمرافق اذا جعل في رأسها حديدة

(١) الحلبة: الدفعة من الخيل فى الرهان خاصة، الخيل تجمع للسباق.

(٢) وسائل الشيعة ١٣/٣٤٨، ب٣، سنن ابن ماجه ٢/٩٦٠ الرقم ٢٨٧٨.

(٣) قوله تعالى «وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل» سورة الانفال:

على اشكال .

﴿و﴾ يدخل ﴿تحت الخف الابل﴾ قطعاً، والفيلة على اشكال فيها، والاحوط ترك المسابقة عليها .

﴿و﴾ يدخل ﴿تحت الحافر الخيل﴾ قطعاً ﴿والبغال والحمير﴾ على اشكال فيهما، والترك أولى .

﴿ولاتصح﴾ المسابقة ﴿في غيرها﴾ أي غير الثلاثة المزبورة ، بل يحرم مع العوض باجماعنا، وكذا بدونه على الاشهر الاقوى. وظاهر جماعة بل صريح بعضهم كونه اجماعاً .

﴿ويفتقر انعقادها الى﴾ صدورها من كاملين بالبلوغ والعقل الخاليين من الحجر حيث تتضمن العوض و﴿ايجاب وقبول﴾ قطعاً في الاول، وعلى الاقوى في الثاني .

﴿وفي لزومها تردد﴾ واختلاف بين الاصحاب، الأن ﴿أشبهه: اللزوم﴾ ان أريد به لزوم بذل العوض بعد حصول السبق خاصة . وان أريد به لزومها من أول الامر بمعنى وجوب العمل ثم بذل العوض ان حصل السبق وعدم جواز الفسخ قبل التلبس بالعمل ولا بعده ، فالجواز أشبه .

﴿ويصح أن يكون السبق﴾ بفتح العين ﴿عيناً أودياً﴾ حالا ومؤجلا .

﴿ولو بذل السبق غير المتسابقين جاز﴾ مطلقاً اماماً كان أوغيره .

﴿وكذا لو بذله أحدهما﴾ بأن قال لصاحبه : ان سبقت فلك عشرة، وان سبقت أنا فلاشيء لي عليك ﴿أو بذل من بيت المال﴾ جاز .

﴿ولايشترط المحلل عندنا﴾ وهو الذي يدخل بين المتراهنين بالشرط في عقده، فيسابق معهما من غير عوض يبذله ليعتبر السابق منهما. ثم ان سبق أخذ العوض وان سبق لم يغرم ، وهو بينهما كالامين، وحيث شرط لزم، فيجري دابته بينهما أو

الى أحد الجانبين مع الاطلاق ، والى ماشرط مع التعيين .

﴿ويجوز جعل السبق للسابق منهما ، أوللمحلل ان سبق﴾ لا لاجنبي ، ولا للمسبوق منهما ومن المحلل ، ولا جعل القسط الاوفر للمتأخر أو المصلي والاقل للسابق .

﴿وتفتقر المسابقة﴾ عند الاصحاب ﴿الى﴾ شروط ذكر المصنف منها جملة وأنهاها الفاضل الى اثنا عشر في التذكرة .

منها ﴿تقدير المسافة﴾ التي يستبقان فيها ، وتعيينها ابتداءاً وانتهاءاً .

﴿و﴾ تعيين ﴿الخطر﴾ بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحتين ، ان شرطاه أومطلقا على القول باشتراطه في صحة العقد ، كما هوظاهر بعضهم ، وعن التذكرة انه ليس بشرط ، ولايخلو عن قوة .

﴿وتعيين مايسابق عليه﴾ من فرس وبعير بالمشاهدة ، فلايكفي الاطلاق ولا التعيين بالوصف .

﴿وتساوي ما به السباق في احتمال السبق﴾ بمعنى احتمال كون كل واحد يسبق صاحبه ، فلو علم قصور أحدهما بطل .

ومنها : مامر من جعل السبق لاحدهما أوالمحلل لاغير ، فلو جعل له بطل .

ومنها : تساوي الدابتين في الجنس ، فلاتجوز المسابقة بين الخيل والابل .

ومنها : ارسالهما دفعة ، فلو أرسل أحدهمادابته قبل الاخر ليعلم هل يدركه أملا لم يصح .

ومنها : أن يستبقا عليه بالركوب ، فلو شرط ارسالهما ليجريا بنفسهما لم يجز .

ومنها : أن يجعلا المسافة بحيث يحتمل الفرسان قطعها ولاينقطعان دونها .

ومنها : أن يكون ما ورد عليه عدة للقتال [١]، فلا يجوز السبق والرمي في النساء .

ومنها : العقد المشتمل على أركانه .

ومنها : عدم تضمنه شرطاً فاسداً .

هذه جملة ماعن التذكرة ، واعتبارها جمع أحوط ، وان كان الحجة في بعضهاغير واضحة .

﴿وفي اشتراط التساوي في الموقف تردد﴾ ولكن العدم أشهر وأظهر .

﴿ويتحقق السبق﴾ بالسكون ﴿بتقدم الهادي﴾ أي العنق ، على الاظهر الاشهر . وظاهرالمتن اعتبار السبق بجميع العنق، وقيل: بكفاية بعضه. وهو حسن حيث يساعده العرف .

ثم ان اتفقا في طول العنق وقصره أو سبق الاقصر عنقاً ببعضه ، والا اعتبر سبق الطويل باكثر من قدر الزائد . ولو سبق باقل من قدره ، فالقصير هوالسابق.

﴿وتفتقر المراماة الى شروط﴾ ستة :

منها ﴿تقدير الرشق﴾ وهو بكسر الراء عدد الرمي الذي ينفقان عليه كعشرين ، وبالفتح مصدر بمعنى الرمي .

﴿و﴾ منها تعيين ﴿عدد الاصابة﴾ كخمس من عشرة .

﴿و﴾ منها تعيين ﴿صفتها﴾ من المارق والجاسق والخارق والخاصر والخارم والحابي والقارع، الى غير ذلك من الاوصاف الكثيرة، حتى أنها ذكر لها بحسب أوصافها تسعة عشر اسماً في كتاب فقه اللغة [٢]. واشتراط الشرطين الاولين مشهور وتأمل فيهما وفي هذا وبعض مايأتي بعض، وله وجه .

---

(١) فى « خ » النضال .

(٢) فقه اللغة ص٢٠٢ و٢١٠ .

وعن التذكرة أنه لايشترط الاعلام بصفة الاصابة ، وأنه اذا أطلق حمل على مجردها ، لانه المتعارف ، والمطلق معنى فيحمل عليه المطلق لفظاً. نعم ان شرطا نوعاً معيناً تعين ، وهو حسن .

﴿و﴾ منها تشخيص ﴿قدر المسافة﴾ التي يرميان فيها ، وهي ما بين موقف الرامي والهدف ، أوما في معناه ، أوبالمشاهدة ، أوالمساحة كمائة أذرع .

﴿و﴾ منها تعيين ﴿الغرض﴾ وهو ما يقصد اصابته من قرطاس أو جلد أو غيرهما . ويشترط العلم بموضعه من الهدف ، وهو مايجعل فيه الغرض من تراب أو غيره .

﴿و﴾ منها تعيين قدر ﴿السبق﴾ أي العوض المبذول للسابق .

﴿وفي اشتراط المبادرة﴾ وهي اشتراط استحقاق العوض لمن بدر الى اصابة عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما في الرشق ، كخمسة من عشرين ﴿والمحاطة﴾ وهي اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الاصابة عدد معلوم، بعد مقابلة اصابات أحدهما باصابات الاخر ، فطرح ما اشتركا فيه ﴿تردد﴾ واختلاف ولاريب في الاشتراط مع انتفاء القرينة من العرف والعادة على تعيين أحدهما ولعله فرض المسألة . وأما معها فالاجود العدم عملا بالقرينة ، فانها في حكم التعيين .

وعلى القول بعدم الاشتراط ، ففي حمل المطلق على المحاطة أو المبادرة قولان ، والاول أشهر ، والاقوى الرجوع الى عادة المتناضلين ، فان كانت تبعت والا بطل العقد من أصله .

﴿ولايشترط تعيين السهم ولاالقوس﴾ أي شخصهما على المشهور، دون النوع كالقوس العربي ، فيشترط تعيينه .

وعن جماعة أنه لايشترط تعيين السهم، بخلاف القوس وأنه لو لم يعين نوعهما انصرف الى الاغلب في العادة، ولايخلو عن قوة، لجريانها مجرى التقييد اللفظي

فان اضطربت وجب التعيين ، فان لم يتعين فسد العقد .

﴿وتجوز المناضلة على الاصابة﴾ للغرض مع الشرائط المتقدمة ﴿و﴾ كذا يجوز معها ﴿على التباعد﴾ بأن يرميا من موضع معين الى آخر كذلك، ويشترطا أن من بعد سهمه عن الاخر فله السبق .

﴿ولو فضل أحدهما﴾ على ﴿الاخر﴾ في عدد الاصابة ﴿فقال : اطرح الفضل بكذا﴾ وكذا درهماً مثلا ﴿لم تصح ، لانه مناف للغرض من النضال﴾ ولاخلاف فيه كما قيل، وفيه وجه بالصحة لا يخلو عن قوة، ان لم ينعقد الاجماع على خلافه .

كتاب الوصايا

(كتاب الوصايا)

وهي جمع وصية . والنصوص في فضلها مستفيضة، في جملة منها : انها حق على كل مسلم[1] . ومنها: لاينبغي لامريء مسلم أن يبيت ليلة الا ووصيته تحت رأسه[2] ومنها : من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية[3].

وحمل ماظاهره الوجوب منها على تأكد الفضيلة أو الوصية بالامور الواجبة كالحج والخمس والزكاة المفروضة .

﴿وهو﴾ أي الكتاب ﴿يستدعي فصولا : ﴾

مايعتبر في الوصية :

﴿الاول : الوصية﴾ لغة : الوصلة، سميت بها لما فيها من وصلة التصرف في حال الحياة به بعد الوفاة .

وشرعاً : ﴿تمليك عين أو منفعة﴾ فالتمليك بمنزلة الجنس يشمل سائر

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/٣٥٢ ح٢ و ٤ و ٦ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/٣٥٢ ح٧.

(٣) وسائل الشيعة ١٣/٣٥٢ ح٨ .

التصرفات المملكة من البيع والوقف والهبة .

وفي ذكر العين والمنفعة تنبيه على متعلق الوصية، ويندرج في العين الموجود منها بالفعل كالشجرة ، وبالقوة كالثمرة المتجددة . وفي المنفعة المؤبدة منها والموقتة والمطلقة .

واقتصر على مافي العبارة جماعة ، ولما كان منتقضاً في عكسه بالوصية الى الغير بانفاذ الوصية وبالولاية على الاطفال والمجانين الذين يجوز له الوصية عليهم زاد الماتن هنا والشهيد في اللمعة[1]:

﴿أو تسليط على تصرف بعد الوفاة﴾ وبالقيد تخرج الهبة وغيرها من التصرفات المنجزة في حال الحياة المتعلقة بالعين أو المنفعة والوكالة، لانها تسليط على التصرف في الحياة .

وربما يزيد فيه غير ذلك مما لا يحتاج اليه ، بل ولا الى ماذكر ، والامر سهل .

﴿وتفتقر﴾ الوصية ﴿الى الايجاب﴾ اجماعاً ﴿والقبول﴾ مطلقاً، ولو في الوصية في جهة عامة أو لغير معين، خلافاً لجماعة فيهما، والاول أقوى ان لم يكن الاجماع على خلافه منعقداً كما في الروضة .

ويتولاه ان شرطناه الناظر في تلك المصلحة أو حاكم الشريعة .

وليست المقارنة بينهما بشرط هنا اجماعاً، بل في صحة القبول قبل الموت مطلقاً قولان ، أشهرهما وأظهرهما : العدم . ولايشترط فيها شيء آخر غيرهما حتى القبض على الاقوى .

وايجابها كل لفظ دل على المعنى المطلوب منها ، كأوصيت لفلان بكذا ، أو افعلوا بعد وفاتي كذا ونحوهما. والقبول الرضا بما دل عليه الايجاب ولو فعلا

---

(١) اللمعة ٥/١١ .

كالاخذ والتصرف .

﴿وتكفي﴾ في الايجاب ﴿الاشارة﴾ وكذا الكتابة ﴿الدالة على المقصود﴾ مع تعذر اللفظ بخرس أو اعتقال لسان اجماعاً .

﴿ولا تكفي الكتابة﴾ وكذا الاشارة ﴿مالم تنضم﴾ اليهما ﴿القرينة﴾ الحالية ﴿الدالة على الارادة﴾ اجماعاً . وظاهر العبارة كفايتها مع القرينة مطلقاً ولو لم يكن حال ضرورة، واحتمله في التذكرة ، ولايخلو عن قوة حيث تكون القرينة قطعية .

﴿ولا يجب العمل بما يوجد بخط الميت﴾ وان علم أنه خطه مع التجرد عن القرينة الدالة على وصيته بما فيه مطلقاً وان عمل ببعضه الورثة على الاشهر الاظهر .

﴿وقيل :﴾ كما عن النهاية[1] انه ﴿ان عمل الورثة ببعضها لزمهم العمل بجميعها ، وهو ضعيف﴾ لما في النص[2] الدال عليه من القصور متناً ودلالة وان صح سنداً .

﴿ولاتصح الوصية في معصية كمساعدة الظالم﴾ في ظلمه ﴿وكذا وصية المسلم للبيع والكنائس﴾ بلاخلاف .

وفي صحة وصية الكافر لهماوجهان، ظاهر المصنف هنانعم، وفي الشرائع[3] العدم وهو الاظهر، لكن قيل: يقرون عليهما لو ترافعوا الينا اجراءهم على أحكامهم وهو معنى الصحة ظاهراً ، وان كان في نفسه باطلا .

---

(١) النهاية ص٦٢٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/٤٣٧ ، ح٢ ، ب٤٨ .

(٣) شرائع الاسلام ٢/٢٤٤ .

مايعتبر في الموصى :

﴿الثاني : في الموصي ، ويعتبر فيه كمال العقل﴾ فلاتصح من المجنون ولوكان أدوارياً اذا كانت حال جنونه اجماعاً ، وتصح من السفيه مطلقاً ولو في غير وجوه البر على الاقوى .

﴿والحرية﴾ فلا تصح وصية المملوك مطلقاً ، الا المكاتب اذا أدى من مكاتبته شيئاً ، فتصح فيها بقدر ما أدى . ثم ان المنع اذا مات على العبودية ، وأما لو عتق وملك ففي صحة وصيته حال الرقية وجهان، أجودهما: العدم استصحاباً له .

﴿وفي﴾ صحة ﴿وصية من بلغ﴾ بحسب السن ﴿عشراً﴾ وكان مميزاً صارفاً لها ﴿في البر﴾ والمعروف ، كبناء المساجد والقناطر وصدقة ذوي الارحام ﴿تردد﴾ واختلاف ﴿و﴾ لكن ﴿المروي[1]﴾ في المعتبرة المستفيضة ﴿الجواز﴾ وهي مع ذلك مشهورة، حتى أن عليه الاجماع في الغنية ، والحلي المخالف شاذ فلامسرح عنه ولا مندوحة .

وبشترط فيه زيادة على التمييز وضع الوصية في محلها ، كما يفعله العقلاء .

﴿ولو جرح﴾ الموصي ﴿نفسه بما فيه هلاكها﴾ عمداً ﴿ثم أوصى لم تقبل﴾ وصيته على الاظهر الاشهر .

﴿ولوأوصى ثم جرح﴾ نفسه ﴿قبلت﴾ وصيته مطلقاً ولوعمداً بلاخلاف .

وفي حكمه مالو أوصى ثم جن أو صار سفيهاً ان منعنا وصيته فتقبل .

﴿وللموصي الرجوع في الوصية متى شاء﴾ في مرض أوصحة بغير خلاف .

ويتحقق تارة بالقول، كرجعت، أو نقضت ، أو أبطلت ، أو فسخت ، أو هذا لوارثي ، أو ميراثي ، أو حرام على الموصى له ، أو لاتفعلوا كذا ، أو نحو ذلك

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/٤٢٨ ، ب٤٤ .

وأخرى بالفعل، كبيع العين الموصى بها وان لم يقبضها ، أو رهنها مع الاقباض قطعاً وبدونه على قول ، أو هبتها كذلك ، أو الوصية بها لغير من أوصى له أولا أو فعل مايبطل الاسم .

ويدل على الرجوع مثل طحن الطعام، وعجن الدقيق، وغزل القطن، ونسج مغزوله ، أو خلطه بالاجود ، أو مطلقاً على الخلاف بحيث لايتميز .

قيل : والاقوى أن مجرد العرض على البيع والتوكيل فيه وايجابه وايجاب العقود الجائزة ، كاف في الفسخ لدلالته عليه، لاتزويج العبد والامة ، واجارتهما وختانهما ، وتعليمهما ، ووطيء الامة بدون احبالها . وهو حسن .

ولو حصل منه مايشك في الرجوع ، فالاصل عدمه .

والحكم بالرجوع فيمامر مشروط بكون العين متعلق الوصية دون الكلي ، فلو أوصى به ثم تصرف في أفراده ، لم يكن ذلك رجوعاً الا مع القرينة .

مايعتبر في الموصى له :

﴿الثالث : في الموصى له ، ويشترط وجوده﴾ عند الوصية ﴿فلا تصح للمعدوم ، ولا لمن ظن بقاؤه﴾ أو وجوده ﴿وقت الوصية فبان ميتاً﴾ في تلك الحالة أو غير موجود .

﴿وتصح الوصية للوارث﴾ عندنا ﴿كما تصح للاجنبي﴾ اجماعاً .

﴿و﴾ تصح ﴿للحمل بشرط وقوعه حياً﴾ والعلم بوجوده حال الوصية . ويتحقق بوضعه لدون ستة أشهر منذ حين الوصية ، أو لاقصى مدة الحمل فما دون اذا لم يكن هناك زوج ولا مولى . ويتفرع على الشرط الاول بطلانها لو وضع ميتاً ، ولو مات بعد انفصاله حياً كانت لوارثه .

وفي اعتبار قبوله هنا وجه قوي ، وان لم نعتبره من ولي الحمل ، مع أن

الاقوى اعتبار قبوله وفاقاً للحلي .

ثم ان اتحد فهي له ، وان تعدد قسم الموصى بـه على العدد ، وان اختلفوا بالذكورة والانوثة، ولافرق بين أن تلدهما معاً في المدة المشترطة، للعلم بوجودهما حال الوصية، أوعلى التعاقب بأن تلد الاول في أقل من ستة أشهر من حين الوصية والثاني في أقل منهما من حين الولادة، كما صرح به في التذكرة، قال: وان زاد مابيـن الثاني والوصية على ستة أشهر وكانت المرأة فراشاً ، لانهما حمل واحد اجماعاً .

﴿و﴾ تصح ﴿للذمي﴾ الملتزم بالشرائط مطلقاً ﴿ولو كان﴾ من الموصي ﴿أجنبياً﴾ على الاقوى .

﴿وفيه أقوال﴾ أخر أنهاها بعضهم الى سبعة ، ولا دليل على شيء منها سوى القول بالمنع مطلقاً .

﴿ولاتصح للحربي﴾ على الاظهر الاشهر ﴿ولالمملوك غير الموصى﴾ مطلقاً ﴿ولو كان مدبراً أو أم ولد﴾ أو مكاتبـاً مشروطاً أو مطلقاً ولم يؤد شيـئاً على الاقوى .

﴿نعم لو أوصى لمكاتب﴾ الغير و ﴿قد تحرر بعضه مضت الوصية﴾ ﴿وصحت ﴿في قدر نصيبه من الحرية﴾ وكذا لو كان بعضه محرراً من غير جهة الكتابة .

﴿وتصح لعبد الموصي ومدبره ومكاتبه﴾ مطلقاً ﴿وأم ولده﴾ بلاخلاف .

﴿ويعتبر مايوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث ، فان كان بقدر قيمته أعتق وكان الموصى به للورثة﴾ حيث يكون معيناً ﴿وان زاد أعطي العبد الزائد﴾ كائناً ماكان ﴿وان نقص عن قيمته﴾ ولم تبلغ ضعفه عتق منه بحسابـه و ﴿سعي في الباقي﴾ بغير خلاف ، وكـذا اذا بلغت ضعفـه على الاشهر الاظهـر ، وفي

الخلاف [١] الاجماع .

﴿وقيل : انكانت قيمته ضعف الوصية بطلت﴾ النص[٢] ﴿وفي المستند ضعف﴾ دلالة بل وسنداً أيضاً . ولافرق في ذلك بين صورتي الوصية له بالثلث المشاع أو المعين .

﴿ولو أعتقه عند موته وليس له غيره وعليه دين، فانكان قيمته بقدر الدين مرتين صح العتق﴾ فيمايخصه من الثلث بعد الدين ، واستسعى في الخمسة الاسداس الباقية، ثلاثة منها للديان والباقي للورثة، بلاخلاف﴿والا بطل﴾وفاقاً لجماعة. وقيل: تصح هناكالاول .

﴿وفيه﴾أي في المقام ﴿وجه آخر﴾ بنفوذ العتق من الاصل وسقوط الدين من رأس للحلي، وهو ﴿ضعيف﴾ .

وهل الحكم بذلك مختص بالمنجز، كمافي ظاهر العبارة وصريح الشرائع[٣] أو يعمه والوصية، كماهو ظاهر الجماعة القائلين بمافي العبارة؟ قولان، والثاني لايخلو عن قوة .

﴿ولو أوصى لام ولده صح﴾ بلاخلاف ﴿وهل تعتق من الوصية ؟﴾ كما عليه جماعة ﴿أو من نصيب الولد ؟﴾ كماعليه آخرون ﴿قولان﴾ مشهوران ، أقواهما الاول . وفيه قول آخر بالتخيير بين الامرين ضعيف . ﴿ فان أعتقت من نصيب الولدكان لها الوصية ﴾ .

﴿وفي رواية [٤] ﴾ صحيحة أنها ﴿ تعتق من الثلث ولها الوصية﴾ وهي مخالفة للاصول والاجماع، فحمل تارة على صورة عتقها في المرض قبل الموت

---

(١) الخلاف ٢/٣١٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/٤٦٧، ح٢ .

(٣) شرائع الاسلام ٢/٢٥٣ .

(٤) وسائل الشيعة ١٣/٤٦٩، ب٨٢ .

ثم الوصيـة لها بعده ، وهو بعيد . وأخرى على أن المراد من الثلث العتق من الوصية وتعطى مافضل منها ، وهو قريب .

﴿واطلاق الوصية﴾ لجماعة ﴿يقتضي التسوية﴾ بينهم في الحصة ، وان اختلفوا ذكورة وأنوثة وكانوا أجانب أو ورثة ، بغيرخلاف ﴿و﴾ لااشكال الا ﴿في الوصية لاخواله وأعمامه﴾ فان فيها ﴿رواية[١] بالتفضيل﴾ للاعمام الثلثان وللاخوال الثلث ﴿كالميراث﴾ ذهب اليها الشيخ والقاضي .

﴿والاشبه التسوية﴾ فيهم أيضاً، وفاقاً للحلي وعامة المتأخرين، والرواية شاذة مهجورة، كماصرح به المصنف في الشرائع[٢] .

كل ذا ﴿مالم ينص﴾ الموصي ﴿على التفضيل﴾ وأما معه فيتبع كيف كان بلاخلاف، وان كان المفضل أنثى أو خالا وقلنا بمفضوليته مع العم .

﴿واذا أوصى لقرابته﴾ وأطلق ﴿فهم المعروفون بنسبه﴾ مطلقا على الاشهر الاقوى .

﴿وقيل:﴾ كمافي الغنية وعن المفيد والنهاية[٣] انه ﴿لمن يتقرب اليه بآخر أب﴾ وأم له ﴿في الاسلام﴾ بمعنى الارتقاء بالقرابـة من الادنى الى ماقبله ، وهكذا الى أبعد جد وجدة له في الاسلام وفروعهما، ويحكم للجميع بالقرابة . ولايرتقى بآباء الشرك وان عرفوا بقرابته، وفيه أقوال أخر كلها ضعيفة .

ثم علـى أي معنى حمل ، يعم الذكر والانثـى والفقير والغنـي والقريب والبعيد . ولافرق بين قوله: أوصيت لاقـاربي وقرابتي وذوي رحمي ، لاشتراك الجميع في المعنى، وينصرف الوصية الى الموجود منهم مطلقا اتحد أوتعدد ، ذكروا في الوصية بصيغة الجمع أو المفرد .

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/٤٥٤، ب٦٢ .

(٢) شرائع الاسلام ٢/٢٥٤ .

(٣) النهاية ص٦١٤ .

﴿ولو أوصى لاهل بيته دخل﴾ فيهم ﴿الاباء﴾ وان علو ﴿والاولاد﴾ وان نزلوا، وفسرهم في التذكرة بالقرابة، فيدخل فيهم الاعمام والاخوال وفروعهما أيضاً، ولايخلو عن قوة حيث لايمكن الرجوع الى عرف بلد الموصي، ومع الامكان فيتبع ولوكان أخص ممافي المتن.

﴿و﴾ أما ﴿القول في﴾ الوصية لـ ﴿العشيرة والجيران والسبيل والبر والفقراء﴾ فـ﴿كمامر في الوقف﴾ عليهم.

﴿واذا مات الموصى له قبل الموصي انتقل ماكان﴾ للموصى له من الوصية ﴿الى ورثته﴾ دون ورثة الموصي ﴿مالم يرجع الموصي﴾ عنها ﴿على الاشهر﴾ الاقوى، وكذا اذا مات بعده وقبل القبول على الاشهر الاقوى. وظاهر التذكرة كون الحكم هنا اجماعاً، وأن الخلاف مختص بالصورة الاولى.

كل ذا اذا خلف الموصى له وارثاً خاصاً ﴿ولولم يخلف وارثاً﴾ كذلك ﴿رجعت الوصية الى ورثة الموصي﴾ وفاقاً للمعظم، خلافاً للحلي فألحق به الامام عليه السلام، وهو نادر.

﴿واذا قال: أعطوا فلاناً﴾ كذا ولم يعين عليه مصرفاً ﴿دفع اليه يصنع به ماشاء﴾ ولاكذلك لو عين عليه المصرف فانه يتعين عليه.

﴿وتستحب الوصية لذوي القرابة﴾ مطلقا ﴿وارثاً كان أوغيره﴾ وتتأكد في الثاني، فقد ورد: ان من لم يوص لذوي القرابة ممن لايرثه، فقد ختم عمله بمعصيته [1].

مايعتبر في الاوصياء:

﴿الرابع: في الاوصياء، ويعتبر﴾ في الوصي ﴿التكليف﴾ بالبلوغ والعقل

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ٤٧١، ح٣.

فلاتصح الى صبي بحيث يتصرف حال صباه مطلقا ولوكان الى البالغ منضماً ، ولاالى مجنون كذلك .

﴿والاسلام﴾ فلاتصح الى كافر وانكان رحماً، الا أن يوصي اليه مثله كما يأتي .

﴿وفي اعتبار العدالة﴾ فيه ﴿تردد﴾ واختلاف، الا أن ﴿أشبهه﴾ عند المصنف هنا وفي غيره وفاقاً للحلي ﴿أنها لاتعتبر﴾ خلافاً للاكثر ، حتى أن عليه الاجماع في الغنية، ولايخلو عن قوة .

وهذا الشرط انمايعتبر ليحصل الوثوق بفعل الموصي به ويقبل خبره به ، لافي صحة الفعل[1] في نفسه، فلوأوصى الى من ظاهره العدالة وهو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصية، فالظاهر نفوذ فعله وخروجه عن العهدة، ويمكن أن يكون ظاهر الفسق كذلك لوأوصى اليه فيمابينه وبينه وفعل مقتضاها ، بل لوأوصى اليه ظاهراً أو فعله كذلك ، لم يبعد الصحة وان حكم ظاهراً بعدم وقوعه وضمانه مادعى فعله .

وتظهر الفائدة لوفعل مقتضى الوصية باطلاع عدلين أوحاكم الشريعة، نبه بذلك في التذكرة والروضة[2] .

﴿أمالوأوصى الى عدل ففسق، بطلت وصيته﴾ اجماعاً، الا من الحلي كما قيل، ولاريب فيه على المختار من اشتراط العدالة، وكذا على غيره ان ظهر كون الباعث على نصبه عدالته، والا فاشكال .

ولافرق في البطلان على القول به بين فسقه بعد وفاة الموصي أوفي حياته، علم أوجهل به، كمايقتضيه اطلاق العبارة، وربمايستشكل فيه في الثاني مع العلم

---

(١) في « خ » : القول .

(٢) الروضة البهية في شرح اللمعة ٥/٧١ .

بفسقه وعدم عزله، وهو على القول بعدم اشتراط العدالة ابتداءاً في محله .

وهل تبطل الوصية بطرو الفسق ومن حينه أم يتوقف علم حكم الحاكم وعزله ؟ وجهان .

وتظهر الفائدة في تصرفه قبل أن يعزله، فينفذ على الثاني دون الاول، وهو الوجه حيث يظهر أن الباعث للوصية اليه هو العدالة .

وهل تعود الوصية بعوده عدلا ؟ الاشهر كماقيل والاقوى لا .

﴿و﴾ يعتبر فيه الحرية أيضاً فـ﴿لايوصي الى المملوك الا باذن المولى﴾ فيصح عندنا وليس للمولى الرجوع في الاذن بعد موت الموصي، ويصح قبله، كمااذا قبل الحر نفسه .

ولافرق في محل المنع بين كون العبد قناً أومدبراً أومكاتباً أومبعضاً للموصي أوغيره عند جماعة، خلافاً لاخرين فجوزوا الوصية الى من عدا القن مطلقا، كما يظهر من جمع، أواذا كان عبد نفسه، كماصرح به بعضهم، ولايخلو عن قوة.

﴿وتصح﴾ الوصية ﴿الى الصبي﴾ حال كونه ﴿منضماً الى كامل لامنفرداً﴾ بغيرخلاف ﴿ويتصرف الكامل حتى يبلغ الصبي﴾ مطلقا ولولم يكن التصرف في الامر الضروري ﴿ثم﴾ بعد بلوغه كاملا جائز التصرف ﴿يشتركان﴾ في التصرف مجتمعين .

﴿وليس له نقض ماأنفذه الكامل قبل[1] بلوغه﴾ الا ماتضمن من تغييروتبديل نعم لوشرط عدم تصرف الكامل الى أن يبلغ الصبي تبع شرطه .

وقوله « لامنفرداً » يدل على المنع عن الوصية اليه مستقلا، وان شرط في تصرفه البلوغ وكان ذلك في معنى الضم .

ثم لومات أوبلغ فاسد العقل، فهل للكامل الانفراد بالتصرف أم لا بل يداخله

(١) كذا في النسخ، وفي المطبوع من المتن : بعد .

الحاكم ؟ وجهان ، ولعل الاظهر الثاني . وينبغي القطع به فيما اذا بلغ الصبي رشيداً ثم مات بعده ولو بلحظة .

﴿ولاتصح وصية المسلم الى الكافر﴾ مطلقا ﴿وتصح﴾ اليه ﴿من مثله﴾ كذلك ان لم نشترط العدالة، وأمامع اشتراطها فهل تكفي عدالته في دينه أم تبطل مطلقا ؟ وجهان، أجودهما: الاول .

﴿ وتصح الوصية الى المرأة ﴾ اذا اجتمع فيها الشرائط المتقدمة باجماعنا .

﴿ولو أوصى الى اثنين﴾ فصاعداً جاز ﴿فان أطلق أوشرط الاجتماع﴾ في التصرف ﴿فليس لاحدهما الانفراد﴾ به ، بل عليهما الاجتماع فيه بمعنى صدوره عن رأيهما ونظرهما وان باشره أحدهما اجماعاً في الاخير، وعلى الاظهر الاشهر في الاول .

﴿ ولو تشاحا ﴾ وتعاسرا ، فأراد أحدهما نوعاً من التصرف ومنعه الاخر ﴿لم يمض﴾ تصرفه ﴿الا مالابد منه﴾ وتدعو الحاجة اليه ، ولايمكن تأخيره الى وقت الاتفاق ﴿كمؤنة اليتيم﴾ والرقيق والدواب واصلاح العقار وشراء كفن الميت. وزاد بعضهم قضاء ديونه، وانفاذ الوصية المعينة، وقبول الهبة عن الصغير مع خوف فوات النفع، والخصومة عن الميت وله وعن الطفل ، وله مع الحاجة ، ورد الوديعة المعينة، والعين المغصوبة . وقيل : لم يمض تصرفه مطلقا، وهو أوفق بالاصل .

﴿وللحاكم﴾ الشرعي ﴿ جبرهما على الاجتماع ﴾ من غير أن يستبدل بهما مع الامكان .

﴿فان تعذر﴾ عليه جمعهما ﴿جاز﴾ له ﴿الاستبدال﴾ بهما ﴿ولو التمسا القسمة﴾ حيث وجب عليهما الاجتماع ﴿لم يجز﴾ .

﴿ ولوعجز أحدهما ﴾ عن القيام بتمام مايجب عليه من العمل بالوصية بمرض ونحوه ﴿ضم اليه﴾ أي الى العاجز أمين من طرف الحاكم .

ولوعجز عن القيام به أصلا بموت أوفسق أو جنون أونحوهما، ضم الامين الى الاخر، وفاقاً للاكثر في الاول ، وخلافاً لهم في الثاني ، فاختاروا استقلال الاخر من دون ضم .

وعلى المختار فهل للحاكم أن يفوض جميع الولاية الى الثاني منهما بدلا عن الضميمة أملا ؟ وجهان، أجودهما: الثاني .

ولوعجزا معاً أصلا، فللحاكم أن ينصب ولوواحداً .

وكل ذا اذا أوصى اليهما مطلقا أومشترطاً عليهما اجتماعهمامعاً ﴿أمالوشرط لهما الانفراد، تصرف كل واحد منهما وان انفرد﴾ عن الاخر بغيرخلاف .

وفي جواز الاجتماع حينئذ نظر، والجواز أظهر حيث تقوم قرينة على كون اشتراط الانفراد رخصة لا عزيمة ، والا فالمنع أظهر عملا بمقتضى الشرط ، خصوصاً اذا حصل لهما في حال الاجتماع نظر مخالف للنظر حال الانفراد ، فينبغي القطع بالمنع هنا ، وكذا لونهاهما عن الاجتماع .

﴿ويجوز﴾ لهما في هذه الحالة ﴿أن يقتسما﴾ بالتنصيف والتفاوت حيث لايحصل بالقسمة ضرر ولايكون الموصي منع عنها، والا فلا . ثم بعدها لكل منهما التصرف في نصيب الاخر وان كان في يد صاحبه .

﴿وللموصي تغيير الاوصياء، وللموصى اليه رد الوصية﴾ وعدم قبولها مطلقا وان كان الموصي أبى ، أوكان الموصى اليه فيه منحصراً ، على مايقتضيه اطلاق العبارة ونحوها، خلافاً للصدوق فأوجب القبول في المقامين، وهو أقوى ان لم يكن خلافه اجماعاً .

﴿ويصح﴾ رد الوصية مطلقا ولوقبلها، مادام الموصي حياً ﴿ان بلغ الرد﴾

اليه ، وتمكن من اقامة وصي غيره اجماعاً . وان لم يتمكن فوجهان، أجودهما : أنه لم يجز له الرد .

﴿ولومات الموصي قبل بلوغه﴾ أي الرد اليه ﴿لزمت الوصية﴾ فليس للموصى اليه ردها اجماعاً اذا قبلها ، وعلى الاشهر الاقوى مطلقا ، وفي صريح الغنية وظاهر غيره الاجماع .

﴿ولوظهر من الوصي﴾ المتحد أوالمتعدد ﴿خيانة﴾ أوفسق آخر انعزل بمجرده، أو بعزل الحاكم ، على اختلاف القولين المتقدمين، و ﴿استبدل به﴾ الحاكم أميناً مستقلا ان كان المعزول واحداً، أومنضماً الى الباقي ان كان أكثر.

وانما أعاد المسألة مع سبقها، لبيان جواز الاستبدال ، اذ لم يتقدم له ذكر سابقاً .

﴿والوصي أمين لايضمن الا بتعد أوتفريط﴾ .

﴿ويجوز﴾ للوصي﴿أن يستوفي دينه ممافي يده﴾ من مال الموصي مطلقا ولو من دون بينة ، عجز عنها أم لا على الاقوى ، لكن في الوصي المتحد أو المتعدد على الانفراد مطلقا ، أو الاجتماع مع علم الاخر بثبوت الحق ، بناءاً على جواز أداء الوصي من دين الموصي مايعلم ثبوته الى حين الاداء اتفاقاً.

﴿وأن يقوم مال اليتيم على نفسه﴾ بثمن المثل فصاعداً ، اذا لم يكن هناك غيره باذلا على الاقوى .

﴿وأن يقترضه اذا كان﴾أي الوصي﴿ملياً﴾ على الاشهر الاقوى، ولايجوز مع فقد الشرط قولا واحداً. وشرط بعضهم الرهن عليه، وليس في النصوص مع ورودها في مقام الحاجة دلالة عليه، ولكن التحفظ في مال اليتيم بقدر الامكان طريق الاحتياط .

والاظهر الاحوط في تفسير الملاءة ماقيل : من أن يكون المتصرف قادراً

على أداء المال المأخوذ من ماله اذا تلف بحسب حاله . والظاهر اعتبار الاشهاد كما قيل .

ويشترط في كل من التقويم على نفسه والاقتراض من ماله عدم لحوق ضرر بالطفل بهما، بل قيل: في الاول يشترط أيضاً أن يكون بيع ماله مصلحة له مطلقا وهو أحوط وأولى .

﴿وتختص ولاية الوصي بما عين له الموصي﴾ من التصرفات والولايات ﴿عموماً كان﴾ ماعين له، كأنت وصيي في كل قليل أو كثير، أو في كل مالي فيه، ونحو ذلك ﴿أو خصوصاً﴾ بشيء معين، كأنت وصيي فيما أوصيت به يوم الدفن مثلا، أو بوقت كأنت وصيي الى سنة أو الى أن يبلغ ابني فلان وشبه ذلك، أو بالاحوال كأن يوصي الى زوجته الى أن تتزوج، وغير ذلك.

ولو قال: أنت وصيي وأطلق، كان لغواً كما عزي الى الاصحاب. قيل: ولا يبعد كونه وصياً على الاطفال، لانه المفهوم المتعارف. وهو حسن حيث يثبت ، والا فالاول أثبت .

ولو قال: أنت وصيي على أطفالي، ففي انصراف الوصية الى التصرف في مالهم بما فيه الغبطة ، أو الى حفظه خاصة، أو عدم الصحة مالم يبين ما فوض اليه أوجه ثلاثة، أوجهها: الاول وفاقاً للكفاية .

﴿و﴾ يجوز أن ﴿يأخذ الوصي أجرة المثل﴾ لعمله، ان عينها له الموصي مطلقا، وكذا الزيادة لو وافقت الثلث ، والا فيتوقف على اجازة الورثة ، وكذا ان لم يعينها، بشرط أن يكون بعمله متبرعاً ، وفاقاً لجماعة .

﴿وقيل:﴾ كما عن النهاية والحلي يأخذ ﴿قدر الكفاية﴾ له خاصة أو ولعياله أيضاً على اختلاف الوجهين. ولاريب أن الاول أحوط، وان كان الثاني لايخلو عن وجه . والاحوط والاولى أن له أقل الامرين من أجرة المثل وقدر الكفاية ،

وفاقاً المبسوط والتبيان[١] .

﴿هذا مع الحاجة﴾ في الوصي وفقره، وأما مع غناه فالاظهر أن لايأخذ شيئاً .

وحيث جاز الاخذ ، فهل يشترط فيه كثرة المال وصرف العمل كله في مال اليتيم، كمافي جملة من الاخبار[٢] أم لا ، كمايقتضيه نحو اطلاق الاية[٣] وكثير من الروايات ؟ وجهان، أحوطهما: الاول .

﴿واذا﴾ كان الوصي قد ﴿أذن له﴾ الموصي ﴿في الوصية﴾ الى الغير فيماأوصى به اليه ﴿جاز﴾ له الايصاء فيه اليه، بغيرخلاف فيه ولافي المنع مع المنع .

﴿ولو﴾ أطلق الوصية فـ ﴿لم يأذن﴾ له ولم يمنع ﴿فقولان ، أشبههما﴾ وأشهرهما بين المتأخرين ﴿أنه لايصح﴾ له أن يوصي بها الى الغير .

﴿ومن لاوصي له، فالحاكم ولي تركته﴾ بلاخلاف فيه ، ولافي أن المراد بالحاكم الامام عليه السلام ان كان ، والا فالفقيه الجامع لشرائط الفتوى ، ومع عدمه فالتولية لعدول المؤمنين، وفاقاً للشيخ وأكثر المتأخرين. ويستثنى من محل المنع على تقديره مايضطر اليه الاطفال والدواب من المؤنة، وصيانة المال المشرف على التلف .

ولوكان الحاكم بعيداً وأمكن المراجعة اليه ولو بعدة، اقتصروا في التصرف على مالابد منه وأخروا مايسع تأخيره .

---

(١) التبيان ٣/ ١١٩ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/ ١٨٤، ب٧٢ .

(٣) وهي قوله تعالى « من كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » سورة النساء : ٦ .

ماتصح الوصية به :

﴿الخامس : في الموصى به ، وفيه أطراف :﴾

﴿الاول: في متعلق الوصية ، ويعتبر فيه﴾ أن يكون له قابلية ﴿الملك﴾ لكل من الموصي والموصى له .

﴿فلاتصح﴾ الوصية ﴿بالخمر﴾ الغير المحترمة، كالمتخذة لغير التخليل ﴿ولابآلات اللهو﴾ ولاالخنزير ولاكلب الهراش ونحوذلك بغير خلاف ، وفي التذكرة الاجماع عليه، وعلى جواز الوصية بالكلاب الاربعة .

﴿و﴾ يجوز أن ﴿يوصي بالثلث﴾ من تركته ﴿فمانقص﴾ ولوبغير رضا الورثة اجماعاً ، لا زائداً بغير رضاهم على الاشهر الاقوى ، وفي كلام جماعة عليه اجماع العلماء. ولافرق بين أن يكون له وارث خاص أملا على الاشهر الاقوى ، فيصرف على الثاني في مصارف أموال الامام عليه السلام .

﴿و﴾ على المختار فـ﴿لوأوصى بزيادة من الثلث﴾ تبرعاً ﴿صح﴾ الوصية ﴿في الثلث وبطل﴾ في ﴿الزائد﴾ بمعنى أنه لايازم فيه بل يكون مراعى .

﴿فان أجاز الورثة بعد الوفاة صح﴾ الوصية بتمامه ﴿ وان أجاز بعض﴾ الورثة ﴿صح في حصته﴾ دون الباقين بلاخلاف .

﴿ولوأجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان﴾ و﴿المروي﴾ في المعتبرة[1] ﴿اللزوم﴾ وعليها فتوى المشهور وهو المنصور . ولافرق بين وصية المريض والصحيح في ذلك .

ويعتبر في المجيز جواز التصرف، فلاعبرة باجازة الصبي والمجنون والسفيه أما المفلس فان كانت اجازته حال الحياة نفذت ، واذا كانت بعد الموت ففي

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ٣٧١ ، ب١٣ .

صحتها وجهان .

وهل الاجازة تنفيذ أو ابتداء عطية؟ ظاهر أصحابنا الاول فلاتحتاج الى ايجاب وقبول، ولاتوجب ولاء للمجيز اذاكان الوصية في عتق، ولايعتبر في اجازة المريض خروجها من الثلث .

﴿ويملك الموصى به بعد الموت﴾ لاقبله ، وهل يحصل به الملك قهراً كالارث وان كان متزلزلا حتى يقبل، أم به وبالقبول معاً، أم القبول كاشف بالموت؟ أقوال، والاخير لعله أظهر وأشهر كماقيل ، ويتفرع على الخلاف فروع جليلة هي في المطولات مذكورة .

﴿وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الاصاغر﴾ على أن يكون الربح بينهم وبين الوصي العامل مطلقاً، وفاقاً للاكثر . ولايلزم مراعاة المدة التي شرطها الموصي، بل تصح مادام الوارث صغيراً، فاذاكمل كان له الفسخ .

وانما فائدة التحديد بالمدة المنع من التصرف فيما زاد عليها ، لا الالتزام بالمضاربة فيها .

واحترز بـ «الاصاغر» عن الكبار ، اذ لاتصح الاباجازتهم على الاظهر، خلافاً للاكثر .

وفائدة الصحة حيث تثبت أن الوارث اذالم يفسخ وعمل الموصى له في المال، استحق الحصة المعينة له .

﴿ولوأوصى بواجب وغيره﴾ وأطاق ﴿أخرج الواجب من الاصل﴾ اذا كان مالياً كالدين ﴿والباقي من الثلث﴾ بغير خلاف ، وفي الغنية الاجماع .

ويلحق بالدين مايشبهه من جميع الماليات المحضة ، كالزكاة والكفارات ونذر المال. والمشربة بالبدن، كالحج. واذاكان بدنياً محضاً كالصوم والصلاة ونحوهما أخرج من الثلث بغير خلاف ، الامن ظاهر اطلاق المتن ، وهو شاذ .

﴿ولو حصر الجميع﴾ أي جميع ما أوصى به من الواجب وغيره ﴿في الثلث﴾ بأن صرح بالاخراج منه ﴿بدىء بالواجب﴾ وقدم على غيره وان تأخرت الوصية به، سواء كان الواجب ماليا أو غيره، وبدأ بعده بالاول فالاول، وفاقا لاطلاق العبارة وجماعة .

﴿ولو أوصى بأشياء تطوعاً، فان رتب بينها بدأ بالاول فالاول حتى يستوفي الثلث وبطل فيما زاد﴾ عليه ان لم يجز الورثة بلاخلاف في الاخير ، ولا في الاول أيضاً اذا كان الوصية بها في وقت واحد ولم يكن فيها عتق ، وأما مع فقد الشرطين فكذلك على الاشهر الاقوى .

والمراد بالاول الذي تجب البدأة به ما يقدمه الموصي في الذكر ولم يعقبه بما ينافيه، سواء عطف عليه الثاني بـ «ثم» أو الفاء أو الواو أو قطعه عنه، بأن قال : أعطوا فلاناً مائة، أعطوا فلاناً خمسين .

﴿وان جمع﴾ بينها ولم يرتب بأن ذكرها دفعة، فقال: أعطوا فلاناً وفلاناً مائة. أو رتب باللفظ ثم نص على عدم التقديم ﴿أخرجت من الثلث ووزع النقص﴾ على الجميع ، فيبطل من كل وصية بحسابها .

﴿ولو أوصى بعتق مماليكه دخل في ذلك المنفرد والمشترك﴾ ويستفاد من النص[1] أنه يقوم عليه حصة شريكه ان احتمله ثلثه كما عليه جماعة ، خلافاً للمتأخرين فاختاروا عدم السراية ، ولا يخلو عن قوة .

حكم الوصايا المبهمة :

﴿الثاني : في﴾ الوصايا ﴿المبهمة :﴾

﴿من أوصى بجزء من ماله﴾ ولم يكن ثمة قرينة من عرف أو عادة على تعيينه

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/٤٦٣، ح٢ .

﴿كان﴾ الموصى به هو ﴿العشر﴾ من أصل التركة لامن الثلث، الأن يضيفه اليه كما عليه جماعة .

﴿وفي رواية[١]﴾ أنه ﴿السبع﴾ منه وعمل بها الاكثر ، حتى أن في الغنية الاجماع ، ولعله الاظهر .

﴿وفي﴾ رواية[٢] ﴿أخرى﴾ أنه ﴿سبع الثلث﴾ وهي مهجورة .

﴿ولو أوصى بسهم﴾ من ماله ولم يكن ثمة قرينة على تعيينه ﴿كان ثمناً﴾ على الاشهر الاظهر ، خلافاً لجماعة فالسدس . وفي رواية[٣] شاذة العشر .

﴿ولو كان﴾ أوصى ﴿بشيء﴾ من ماله ﴿كان سدساً﴾ بغير خلاف .

﴿ولو أوصى بوجوه﴾ معينة ﴿فنسي الوصي وجهاً﴾ منها أو أكثر ﴿صرف﴾ المنسي ﴿في﴾ وجوه ﴿البر﴾ بلاخلاف الامن نادر أشار الى قوله : ﴿وقيل : يرجع ميراثاً﴾ ولاريب في ضعفه ، والقائل الحلي والشيخ في بعض فتاويه .

﴿ولو أوصى بسيف وهو في جفن﴾ بفتح الاول وهو الغمد بالكسر ﴿وعليه حلية، دخل الجميع في الوصية على رواية[٤] يجبر ضعفها الشهرة﴾ العظيمة التي كادت تكون اجماعاً ، بل قيل : ان الاصحاب مطبقون على العمل بها .

﴿وكذا لو أوصى بصندوق وفيه مال، دخل المال﴾ أيضاً ﴿في الوصية﴾ فان فيه أيضاً تلك الرواية[٥] المجبورة، اللهم الا أن يوجد قرينة على عدم الدخول فتتبع ، وكذلك في المسألة السابقة وفاقاً للمعة .

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/٤٤٤ ، ح٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/٤٤٧ ، ح١٤ .

(٣) وسائل الشيعة ١٣/٤٤٩ ، ح٤ .

(٤) وسائل الشيعة ١٣/٤٥١ ، ب٥٧ .

(٥) وسائل الشيعة ١٣/٤٥٢ ، ب٥٨ .

﴿وكذا قيل:﴾ والقائل المشهور ﴿لو أوصى بسفينة وفيها طعام﴾ دخل الطعام فيها ﴿استناداً الى فحوى رواية[١]﴾ ضعيفة السند والدلالة، وان انجبرت في الاول بالشهرة، فالاصح عدم الدخول الا مع قرينة عليه من عرف أو عادة.

ولافرق في الحكم بالدخول حيث يثبت بين كون الموصي عدلا أم لا، ولا بين كون الصندوق مقفلا أم لا على الاقوى.

﴿ولايجوز﴾ لاحد الوصية ﴿باخراج الولد من الارث﴾ مطلقاً ﴿ولو﴾ كان من ﴿أوصى﴾ بذلك ﴿الاب﴾ على الاظهر الاشهر، والاشهر الاظهر بطلان الوصية من الاصل.

وقيل: يجري مجرى الوصية بجميع المال لمن عداه، فان أجاز مضى في الكل، والا في الثلث.

﴿وفيه﴾ أي في المقام ﴿رواية[٢]﴾ بصحة الوصية بذلك من رجل وقع ابنه على أم ولد له وعمل بها الصدوق، ولكنها لضعف سندها ومخالفتها الاصول ﴿مطرحة﴾ عند المتأخرين.

ولافرق في البطلان بين كون الموصي باخراجه الولد أم غيره من الورثة دون الصحة، فيختص عند القائل بها بالولد خاصة، تبعاً لمورد الرواية.

مسائل في الوصية:

﴿الطرف الثالث: في أحكام الوصية، وفيه مسائل:﴾

﴿الاولى: اذا أوصى بوصية، ثم عقبها بمضادة لها﴾ بأن أوصى بعين مخصوصة لزيد ثم بها لعمرو، أو بمائة درهم مطلقاً لزيد، ثم قال: المائة التي

---

(١) وسائل الشيعة ١٣/٤٥٢، ب٥٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٣/٤٧٦، ب٩٠.

أوصيت بها لزيد قد أوصيت بها لعمرو ﴿عمل بالاخيرة ولو لم تضادها﴾ الثانية بأن أوصى لزيد بمائة، ثم أوصى لعمرو بمائة، أو أوصى لزيد بدار ولعمرو بدار ونحو ذلك ﴿عمل بالجميع﴾ ان وفى به الثلث.

﴿فان قصر الثلث﴾ عنه ﴿بدأ بالاول فالاول حتى يستوفي الثلث﴾ كمامر.

﴿الثانية: تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين﴾ مسلمين، ومع الضرورة تقبل شهادة رجلين من عدول أهل الذمة، ولايشترط في قبولها منهم السفر وفاقاً للاكثر، والاحوط وجوب تحليفها بعد صلاة العصر بصورة الاية كما عليه العلامة.

﴿وبشهادة أربع نساء، وبشهادة الواحدة في الربع﴾ والاثنتين في النصف وهكذا بلاخلاف. ولايتوقف قبول شهادتهن على اليمين مطلقاً، على الاشهر الاقوى ولو فرض انضمام اليمين الى الاثنتين أو الثلاث ثبت الجميع على الاقوى، أما الواحدة فلايثبت بها سوى الربع مطلقاً. ولا على فقد الرجال وفاقاً للاكثر عملا باطلاق النص[1].

﴿وفي ثبوتها﴾ أي الوصية بالمال ﴿بـ﴾ شهادة ﴿شاهد ويمين تردد﴾ عند المصنف، ولاوجه له يعتد به، والاصح الثبوت وفاقاً للمشهور، وفي كلام جمع الاجماع.

﴿وأما﴾ الوصية بـ ﴿الولاية فلاتثبت الا بشهادة رجلين﴾ مسلمين، بلاخلاف الامن المصنف في الشرائع[2]، فأثبتها بشهادة شاهد ويمين، لكن على تردد ولا وجه له كتردده السابق.

﴿الثالثة: لو أشهد﴾ الموصي ﴿عبدين له على أن حمل المملوكة﴾ له

(١) وسائل الشيعة ١٣/ ٣٩٥، ب٢٢.

(٢) شرائع الاسلام ٢/ ٢٥١.

﴿منه ، ثم ورثهما غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبنوة﴾ للموصي ﴿صح﴾ شهادتهما ﴿وحكم له﴾ أي للحمل برقيتهما مطلقاً ولو لم يوص بأن يشهدا ، بلا خلاف مع الايصاء ، وكذلك مع عدم الايصاء على الاشهر الاقوى .

﴿ويكره له تملكهما﴾ ويستحب له أن يعتقهما .

﴿الرابعة : لانقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه﴾ ولا مايجر به نفعاً ، أو يستفيد منه ولاية على المشهور ، بل قيل : لاخلاف فيه الا من الاسكافي ، فجوز شهادته لليتيم في حجره ، وان كان هو المخاصم لليتيم ولم يكن بينه وبين المشهود عليه مايرشد شهادته عليه . ومال اليه جمع ، ولعله أجود حيث يسلم شهادته من التهمة ، للمكانبة[1] الصحيحة الصريحة .

﴿وتقبل﴾ شهادته ﴿للموصي في غير ذلك﴾ بغير خلاف ، كما في كلام جمع وعليه كما في المكاتبة الصحيحة .

﴿الخامسة : اذا أوصى بعتق عبده ، أو أعتقه عند الوفاة وليس له سواه انعتق ثلثه﴾ وسعى في باقي قيمته للورثة ، بلاخلاف فيه في الوصية ، وأما في المنجز فيبنى على الخلاف الاتي في احتسابه من الثلث أو الاصل .

﴿ولو أعتق ثلثه عند الوفاة وله مال﴾ غيره ﴿أعتق الباقي من ثلثه﴾ أي ثلث المال سراية عليه ان وفى به ، وان لم يف أو لم يكن له مال سعى فيه للورثة ، بلا خلاف فيه ظاهراً الا في اعتاق الباقي من الثلث خاصة ، فانه يبنى على اخراج المنجز منه لامن أصل التركة ، ويأتي على غيره انعتاق الباقي منه دون الثلث خاصة .

﴿ولو أعتق مماليكه عند الوفاة ، أو أوصى بعتقهم ولا مال﴾ له ﴿سواهم﴾ ولم يجز الورثة ﴿أعتقهم ثلثهم بالقرعة﴾ بتعديلهم أثلاثاً بالقيمة وعتق ماأخرجته القرعة ، بغير خلاف في الوصية ، وأما المنجز فكما عرفته . ولو استلزم ذلك

(١) من لايحضره الفقيه ٣/٤٣ الرقم ١٤٧ .

عتق جزء من أحدهم ، سعى في باقيه للورثة .

﴿ولو رتبهم﴾ في الاعتاق أو الوصية ﴿أعتق الاول فالاول حتى يستوفي الثلث وبطل الزائد﴾ بغير خلاف الا فيما عرفته .

﴿السادسة: اذا أوصى بعتق رقبة﴾ وأطلق ولم يكن ثمة قرينة معينة ﴿أجزأ الذكر والانثى والصغير والكبير﴾ للاطلاق والنص[1].

﴿ولو قال: مؤمنة لزم ، فان لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب﴾ وعداوة لاهل العصمة ـ سلام الله تعالى عليهم ـ على الاشهر الاظهر ، خلافاً لجماعة فيتوقع المكنة ، وهو أحوط ان لم يوجب التأخر الاخلال بالوصية .

﴿ولو ظنها﴾ أي الرقبة المؤمنة الموصى بعتقها ﴿مؤمنة فأعتقها ، ثم بانت بخلافه أجزأت﴾ بغير خلاف أجده .

﴿السابعة : اذا أوصى بعتق رقبة بثمن معين﴾ وجب شراؤها به ﴿فان لم توجد﴾ أو وجدت لكن بأزيد ﴿توقع﴾ المكنة أي التمكن من الشراء به ، ولم يجب بذل الزيادة ، بل لم يجز .

﴿وان وجدها بأقل﴾ من ذلك الثمن ﴿أعتقها ودفع اليها الفاضل﴾ منه ، مع اليأس من الرقبة الموصى بها بغير خلاف .

﴿الثامنة: تصرفات المريض، ان كانت مشروطة بالوفاة﴾ ويعبر عنها بالوصية ﴿فهي﴾ محسوبة ﴿من الثلث﴾ مع عدم اجازة الورثة .

﴿وان كانت منجزة﴾ غير معلقة بها ﴿وكان فيها محاباة﴾ في المعاوضة من البيع بأقل من ثمن المثل والشراء بأزيد منه ﴿أو عطية محضة﴾ أو الوقف والعتق والصدقة ﴿فـ﴾ في احتسابها من الاصل أو الثلث ﴿قولان ، أشبههما﴾ وأشهرهما بين المتأخرين ﴿أنها من الثلث﴾ وبين القدماء أنها من الاصل ، حتى ادعى السيدان عليه الاجماع. والمسألة محل اشكال، وان كان القول الثاني أقرب

(١) وسائل الشيعة ١٣/٤٦١ ، ب٧٢ .

الى الصواب، ولكن الاحتياط فيها مهما أمكن لايترك على حال. وعلى الاول يختص الحكم بالمرض المخوف على الاصح .

ومحل الخلاف ما اذا مات في المرض ، أما لو برىء منه حسب من الاصل مطلقاً ولو مات في مرض آخر قولا ، هذا حكم الوصية والمنجز .

﴿أما الاقرار للاجنبي﴾ بدين ﴿فان كان﴾ في اقراره ذلك ﴿متهماً على الورثة﴾ مريداً الاضرار بهم باقراره ذلك، وظهر ذلك من القرائن الحالية ﴿فهو من الثلث ، والا فمن الاصل﴾ .

﴿و﴾ الاقرار ﴿للوارث﴾ بذلك ﴿من الثلث على التقديرين﴾ أي مع التهمة وعدمها عند المصنف خاصة، استناداً في كل من القسم الاول والثاني الى الصحيح[1].

﴿ومنهم من سوى بين القسمين﴾ وهم الاكثرون ، وان اختلفوا من وجه آخر، فبين من حكم بنفوذه من الاصل فيهما مطلقاً، كالديلمي والحلي مدعياً عليه الاجماع . ومن فصل بين صورتي التهمة فمن الثلث ، وعدمها فمن الاصل، وعليه الاكثر كما في كلام جمع ، وهو الاظهر .

﴿التاسعة : أرش الجراح ودية النفس ، يتعلق بهما الديون والوصايا﴾ فتخرج منهما ﴿كسائر أموال الميت﴾ على الاشهر الاقوى ، وفي كلام جمع الاجماع عليه ، لكن في دية الخطأ خاصة .

ويلحق بها دية العمد ، على الاظهر الاشهر ، خلافاً للحلي فخص الحكم بدية الخطأ ، ولنادر فنفاه فيهما أيضاً . وهما ولاسيما الثاني ضعيفان جداً[2].

---

(١) وسائل الشيعة ١٣ / ٣٧٧ .

(٢) قال في آخر احدى نسخ « خ » : والحمد لله تعالى قد وقع الفراغ من تسويد هذا الكتاب في يوم احدى الاربعاء من عشر الثاني من شهر شعبان ، أعني أربعة وعشرون من سنة احدى وثلاثون بعد الالف والمائتان من الهجرة النبوية المصطفوية ، بيد أقل عباد الله وأضعف خلق الله، وأقل الطاعة وكثير المعصية، وتراب أقدام الطلاب ابن زين العابدين عوض محمد الرازي في مشهد الرضا عليه آلاف التحية والثناء في مدرسة ميرزا جعفر .

كتاب النكاح

(كتاب النكاح)

وهو لغة: الوطي على الاشهر. وشرعاً: العقد اجماعاً، كمافي كلام جمع.

﴿وأقسامه﴾ أي الكتاب ﴿ثلاثة :﴾

﴿الاول : فى﴾ النكاح ﴿الدائم : ﴾

﴿وهو يستدعي فصولا: ﴾

(الفصل الاول)

(فى صيغة العقد وأحكامه وآدابه)

﴿أما الصيغة : فـ ﴾هي ﴿الايجاب والقبول﴾ .

﴿ويشترط﴾في الاول﴿النطق بأحد الالفاظ الثلاثة﴾التي هي : ﴿زوجنك وأنكحتك ، ومتعتك﴾ والاكتفاء بأحد الاولين مجمع عليه ، وبالثالث مختلف فيه، والاكثر على المنع، وهوأحوط ان لم يكن أظهر .

﴿والقبول هو﴾ اللفظ الدال على ﴿الرضا بالايجاب﴾ مطلقا وافقه في اللفظ أم لا، بشرط الموافقة له معنى، اقتصر على لفظه أم اتبع بالايجاب عندنا.

﴿وهل يشترط وقوع تلك الالفاظ﴾ المعتبرة في الامرين ﴿بلفظ الماضي؟ الاحوط﴾ على بعض الوجوه بل الاظهر الاشهر ﴿نعم﴾ مطلقا، للاجماع على وقوعه به، و﴿لانه صريح في الانشاء﴾ عرفاً، عاماً أوخاصاً، ولاكذلك غيره.

﴿و﴾عليه فـ ﴿لو أتى بلفظ الامر﴾ قاصداً به الانشاء المعتبر هنا، المعبر عنه بالرضا الباطني بالنكاح بالفعل ﴿كقولـه﴾ أي الزوج ومن في حكمه لها أو ﴿للولي:﴾ زوجني نفسك، أو﴿زوجنيها فقال: زوجتك﴾ نفسي أوزوجتكها لم يصح .

و ﴿قيل : يصح، كما في قضية سهل الساعدي﴾ المروية[1] بطريق العامة والخاصة، وفيها قصور دلالة .

﴿و﴾ كذا﴿لو أتى بلفظ المستقبل﴾قاصداً به الانشاء﴿كقوله: أتزوجك﴾ فقالت: زوجتك نفسي. لم يجز .

و ﴿قيل: يجوز، كمافي خبر[2] أبان﴾ابن تغلب ﴿عن﴾مولانا﴿الصادق عليه السلام﴾ الوارد ﴿في المتعة: أتزوجك، فاذا قالت : نعم، فهي امرأتك﴾ ونحوه أخبار أخر كلها مشتركـة في ضعف السند بالقطع في بعض وغيره في آخر، والاختصاص بالمتعة مع عدم دليل على التعدية .

والقائل في الاول الشيخ، وفي الثاني العماني، وتبعهما جماعة ومنهم المصنف في غير الكتاب .

﴿ولو قال﴾ مستفهم للولي: ﴿زوجت بنتك من فلان ، فقال: نعم﴾ بقصد اعادة اللفظ تقديراً أواقامة لـ « نعم » مقامـه للانشاء لابقصد جواب الاستفهام

---

(١) السنن للبيهقي ٧/٢٤٢ ،كنز العمال ١٦/٥٣٩، والمستدرك الباب ـ ٢ ـ من أبواب المهور ح٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٤٦٦، ح١.

﴿فقال الزوج﴾ بعد ذلك بغير فصل : ﴿قبلت ، صح﴾ عند المصنف وفاقاً لجمع ﴿لانه﴾ أي لفظ نعم ﴿يتضمن السؤال﴾ وجار مجراه اتفاقاً ، فكأنه قال: زوجتها منه . وفي الاكتفاء به نظر، فاذن الاقوى المنع وفاناً للاكثر .

﴿ولايشترط تقديم الايجاب﴾ على القبول في المشهور، بل عليه الاجماع من السرائر[١] والمبسوط[٢] .

وحيث ماقدم القبول يعتبر كونه بغير قبلت ورضيت، كنكحت وتزوجت ، وهو حينئذ بمعنى الايجاب، وذلك لعدم صدق المعنى بذلك .

ويجب ايقاع الركنين بالعربية ﴿ولاتجزىء الترجمة﴾ عنهما، أوعن أحدهما بالفارسية ونحوها ﴿مع القدرة على النطق﴾ بالعربية، على الاظهر الاشهر، وعن المبسوط[٣] والتذكرة الاجماع .

﴿وتجزىء مع العذر كالاعجم﴾ الذي لايتمكن من العربية ويشق عليه التعلم، أويفوته بعض الاغراض المقصودة له .

ولافرق في ذلك بين العجز في الركنين أوأحدهما، ولكن يختص الرخصة في الاخير بالعاجز، ويازم بالعربية غيره، ويصح حينئذ كمافي اختلاف الترجمتين بشرط فهم كل منهما كلام الاخر ، ولو بمترجمين عدلين أوعدل واحد ان حصل العلم باخباره . ولايجب التوكيل ولو مع التمكن منه .

﴿وكذا﴾ تجزىء ﴿الاشارة﴾ المفهمة للمراد ﴿للاخرس﴾ موجباً كان أوقابلا، أصلياً كان أوطارياً، ولايجب التوكيل هنا أيضاً .

---

(١) السرائر ص٢٩٩ .

(٢) المبسوط ٤/١٩٤ .

(٣) المبسوط ٤/١٩٤ .

(وأما الاحكام(١) فمسائل :)

﴿الاولى: لاحكم لعبارة الصبي﴾ والصبية مطلقا ولو كانا مميزين ورخصهما الولي .

﴿ولا المجنون﴾ والمجنونة كذلك وان كان أدواريـاً ، بشرط عدم الافاقة حين العقد، بلاخلاف فيهما .

﴿ولا السكران﴾ حينه موجباً كان أو قابلا، أجاز بعده أم لا ، على الاشهر الاقوى .

﴿و﴾لكن ﴿في رواية (٢)﴾ صحيحة عمل بها الشيخ في النهاية(٣) وابن حمزة أنه ﴿اذا زوجت السكرى نفسها ثم أفاقت فرضيت به أودخل بها فأفاقت وأقرته كان ماضياً﴾ وفي مقاومتها للاصول المعتضدة بالشهرة اشكال ، وان كان الاحوط مراعاتها ، لكن مع عقد آخر ثانياً .

﴿الثانية: لايشترط﴾ في صحة العقد عندنا ﴿حضور شاهدين﴾ عدلين وان استحب ، دائماً كان أومنقطعاً، تحليلا أوتمليكاً .

﴿ولا﴾ حضور ﴿ولي﴾ مطلقا ﴿اذا كانت الزوجة بالغة﴾ عاقلة ﴿رشيدة على الاصح﴾ الاشهر كما سيذكر .

﴿الثالثة: لوادعى رجل زوجية امرأة وادعت أختها زوجيته، فالحكم لبينة الرجل﴾ مطلقا(٤) ﴿الا أن يكون مع﴾ بينة ﴿المرأة﴾ المدعية ﴿ترجح﴾

---

(١) فى المطبوع من المتن : الحكم .

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٢٢١، ح١ .

(٣) النهاية ص٢٦٨ .

(٤) سواء كانت البينتان مطلقتين أومورختين بتاريخين متساويين « منه » .

على بينة الرجل ﴿من دخول أو سبق تاريخ﴾ فيقدم بينتها ،كل ذلك للنص[١] المنجبر بالعمل، لكنه مختص بما اذا أنكرت المرأة أخت المدعية دعواه، فاعتبار بينته حينئذ حيث لامرجح لبينة المدعية انما هو لدفع انكار المرأة ، وان أشكل الحكم بترجيح بينته على بينتها حينئذ، لكنه يدفع في هذه الصورة بالنص .

ويزيد الاشكال في غيرها مما عمه اطلاق العبارة، وهو ما اذا وافقته على دعواه، فانه لااعتبار لبينته هنا أصلا ، لانه منكر خاصة، فكيف تقبل؟ فضلا من أن ترجح ولذا يستشكل في تعدي الحكم الى مثل البنت والام من التساوي والخروج عن مورد النص، لكنه معلل بما يوجب التعدية الى جميع ماخرج عن مورده .

وظاهر اطلاقه كاطلاق الاكثر الاكتفاء في التقديم مطلقا بالبينة من غير احتياج الى حلف، وقيل: لابد منه في الرجل حيث تقدم بينته، فيحلف على البت. وفي المدعية حيث تقدم بينتها ، فتحلف على نفي العلم بما يدعيه لو قدم بينتها بالدخول وأما بسبق التاريخ فيكفي بينتها ، وهذا القول أحوط وأولى .

هذا اذا أقاما معاً البينة، واذا اختص بها أحدهما حكم له مع الحلف على البت على نفي ماتدعيه المدعية ان كان الرجل، وعلى نفي العلم بما يدعيه ان كان المدعية . ولافرق بين دخوله بها وعدمه في الصورتين .

وان لم يكن لهما بينة حكم للرجل في قطع دعوى الاخت مع اليمين، سواء دخل بها أملا على الاقوى . ولها مع الرد فتحلف على الدعوى وعلى نفي العلم بما ادعى .

﴿ولو عقد﴾ رجل ﴿على امرأة وادعى آخر زوجيتها لم يلتفت الى دعواه الامع البينة﴾ فلو أتى بها حكم له بها والافلا ، سواء أقرت له بها أملا، ولا يمين عليها مطلقا، ولو لدفع مايترتب على الزوجية ، بلاخلاف الافي الاخير، فقيل: عليها

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٢٢٥، ب٢٢ .

اليمين لدفع مايترتب عليها دون نفسها، فانه لايمين عليها لقطعها قولا واحداً، والاقوى ماقدمناه.

﴿الرابعة :﴾ يشترط تعيين الزوج والزوجة بالاسم، أوالاشارة، أوالوصف القاطع للشركة اجماعاً، وعليه فـ ﴿لوكان لرجل عدة بنات فزوج واحدة﴾ منهن ﴿ولم يسمها﴾ باسمها ولاميزها بغيره، فان لم يقصد معينة بطل النكاح مطلقا، قصد الزوج احداهن أم لا بلاخلاف، وكذالوقصدا معاً ولكن قصد الاب واحدة والزوج أخرى.

وان قصدا معينة ﴿ثم اختلفا في المعقودعليها﴾ بعد الاتفاق على صحة العقد المستلزم لتواردهما على واحدة بالنية المتفق عليها بينهما ﴿فالقول قول الاب، وعليه أن يسلم اليه التي قصدها في العقد انكان الزوج رآهن﴾ هذا شرط التقديم لاوجوب التسليم. ﴿وان لم يكن رآهن فالعقد باطل﴾ كمافي الصحيح[1]، ولا خلاف في الاخير، وفي الاول خلاف، والاقرب ذلك وفاقاً للاكثر عملابالصحيح خلافاً للحلي فيبطل كالاخير بناءاً على أصله في الاحاد، وهو ضعيف.

(وأما الاداب فقسمان :)

﴿الاول : آداب العقد :﴾

﴿ويستحب أن يتخير من النساء البكر﴾ فانهن أطيب شيء أفواهاً، وأدرشيء أخلاقاً، وأحسن شيء أخلاقاً، وأفتح شيء أرحاماً. ﴿العفيفة﴾ فرجاً ﴿الكريمة الاصل﴾ الغير الناشئة هي وآباءها وأمهاتها عن حيض أوشبهة أوزنا البعيدة عن الالسن.

﴿وأن يقصد﴾ بتزويجه متابعة ﴿السنة لاالجمال والمال﴾ والثروة ﴿فربما

(١) وسائل الشيعة ١٤/٢٢٢، ب١٥.

حرمهما﴾ فقد ورد : أنه اذا قصدهما وكل الى ذلك ، وأنه اذا تزوجها لـدينها رزقه الله تعالى اياهما[١].

﴿و﴾ أن ﴿يصلي﴾ قبل تعيين المرأة ﴿ركعتين﴾ يحمد الله تعالى بعدهما ﴿ويسأل الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهن﴾ فرجاً ﴿وأحفظهن﴾ له ماعليها نفساً ومالا ﴿وأوسعهن رزقاً وأعظمهن بركة﴾ في نفسها وولدها،وأن يقدر له منها ولداً طيباً يجعله خلفاً صالحاً حياة وموتاً .

﴿ويستحب الاشهاد والاعلان﴾ ولايجب كمامر قريباً ﴿والخطبة﴾ بضـم الخاء ﴿أمام العقد﴾ وأقلها الحمدلله ، وأكملها الخطب المروية [٢] عنهم عليهم السلام ﴿وايقاعه ليلا﴾ .

﴿ويكره﴾ ايقاعه ﴿والقمر في العقرب﴾ فقد ورد: أن من تزوج فيه لم ير الحسنى[٣].

﴿وأن يتزوج العقيم﴾ التي لم تلد، بل يتزوج ولوداً، فقد قال صلى الله عليه وآله : اني أباهي بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط يجيء محبنطئاً على باب الجنة ، فيقول الله عزوجل: أدخل الجنة فيقول : لا، حتى يدخل أبواي قبلي ، فيقول الله تبارك وتعالى لملك من الملائكة اعتني بأبويه، فيأمر بهما الى الجنة، فيقول: هذا بفضل رحمتي لك[٤].

﴿الثاني : في آداب الخلوة﴾ والدخول بالمرأة :

﴿يستحب صلاة ركعتين اذا أراد الدخول﴾ بها ﴿والدعاء﴾ بعدهما، بعد

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٣٠ ، ح١ .

(٢) المستدرك الباب ـ٣٣ـ من أبواب مقدمات النكاح .

(٣) وسائل الشيعة ١٤/ ٨٠ ، ح١ .

(٤) وسائل الشيعة ١٤/ ٣٤ ، ب١٧ .

أن يحمد الله تعالى ويصلي على النبي ﷺ بقوله: اللهم ارزقني ألفها وودها ورضاها وارضني بها، واجمع بيننا بأحسن اجتماع وآنس ايتلاف، فانك تحب الحلال وتكره الحرام. أوغيره من الدعاء.

﴿وأن يأمرها بذلك﴾ أيضاً ﴿عند الانتقال﴾ فتصلي ركعتين وتدعو الله سبحانه بما دعى مذكرة لضميرها.

﴿وأن يجعل يده على ناصيتها﴾ عند دخولها عليه مستقبل القبلة ﴿ويكونا على طهر، ويقول: اللهم على كتابك تزوجتها﴾ وفي أمانتك أخذتها، وبكلماتك استحللت فرجها، فان قضيت لي في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً، ولا تجعله شرك الشيطان.

﴿وأن يكون﴾ الزفاف و﴿الدخول بها ليلا﴾.

﴿و﴾ أن ﴿يسمي عند الجماع﴾ ويتعوذ بالله من الشيطان الرجيم.

﴿ويسأل الله تعالى أن يرزقه ولداً ذكراً﴾ تقياً زكياً، ليس في خلقته زيادة ولانقصان، ويجعل عاقبته الى خير.

﴿ويكره الجماع ليلة الخسوف ويوم الكسوف﴾ فقد ورد: أن من جامع فيهما فرزق ولداً لم يرفيه مايحب[١].

﴿وعند الزوال﴾ فقد ورد: ان قضى بينكما ولد في ذلك الوقت يكون أحول والشيطان يفرح بالحول في الانسان[٢]. ويستثنى منه زوال الخميس، فقد ورد: ان قضى بينكما لم يقربه الشيطان حتى يشيب ويكون قيماً، ويرزقه الله عزوجل السلامة في الدين والدنيا[٣].

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٨٩، ح١.

(٢) وسائل الشيعة ١٤/١٨٧، ح١.

(٣) وسائل الشيعة ١٤/١٩٠، ح١.

﴿وعند الغروب حتى يذهب الشفق﴾ فقد ورد فيه مافي الكسوف[١].

﴿وفي المحاق﴾ وهو الثلاثة أيام من آخر الشهر ، فقد ورد : أن من رزق فيه ولداً فليسلم للسقط[٢]. ويتأكد الكراهة في الليلة الاخيرة منه .

﴿وبعد الفجر حتى تطلع الشمس﴾ وفيه مافي الكسوف .

﴿وفي أول ليلة من كل شهر الا شهر رمضان﴾ فانه يستحب فيه .

﴿وفي ليلة النصف﴾ من كل شهر وآخره، فقد ورد : ان الجنون والجذام والخبل يسرع الى المرأة والى ولدها[٣].

﴿وفي السفر اذا لم يكن معه ماء للغسل﴾ الااذا خاف على نفسه الضرر.

﴿وعند الزلزلة والريح الصفراء والسوداء﴾ فقد ورد فيها مافي الكسوف.

﴿ومستقبل القبلة ومستدبرها، وفي السفينة، وعارياً، وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء﴾ فان فعل ذلك وخرج الولد مجنوناً فلايلوم الا نفسه، كما في النبوي[٤] وليس فيه الاجتزاء بالوضوء، ولذا اقتصر الحلي على الغسل، وهو أحوط. ولايكره معاودة الجماع بغير غسل في وجه ، ويكره على آخر ، وهو أحوط .

﴿والجماع و﴾ الحال أن ﴿عنده من ينظر اليه﴾ بحيث لاينظر الى عورته والا فيحرم ، مميزاً كان الناظر أم لا على الاقوى ، فقد ورد : ان رزقت ولداً كان شهرة وعلماً في الفسق والفجور[٥] وفي آخر : في الناظر ماأفلح أبداً ، ان كان غلاماً كان زانياً ، وان كانت جارية كانت زانية[٦].

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٨٩ ، ح٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٩٠ ، ح١ ب٦٣ .

(٣) وسائل الشيعة ١٤/٩١ ، ح٥ .

(٤) وسائل الشيعة ١٤/٩٩ ، ح١ .

(٥) وسائل الشيعة ١٤/٩٥ ، ح٨ .

(٦) وسائل الشيعة ١٤/٩٤ ، ح٢ .

﴿والنظر الى فرج المرأة﴾ مطلقاً وحال الجماع أشد كراهة والى الباطن أقوى .

﴿والكلام بغير ذكر الله تعالى عند الجماع﴾ فقد ورد: أنه يورث الخرس[١] ومن الرجل مع كثرته آكد . وتعليل الكراهة بالعلل السابقة في النصوص ربما يفيد اختصاصها بصورة احتمال تكون الولد ، الا أن عبارات الاصحاب مطلقة .

وهنا (مسائل :)

﴿الاولى : يجوز النظر الى وجه امرأة يريد نكاحها و﴾ الى ﴿كفيها﴾ ظاهرهما وباطنهما من رؤوس الاصابع الى المعصم، بشرط العلم بصلاحيتها بخلوها من البعل والعدة والتحريم وتجويز اجابتها ، ومباشرة المريد بنفسه ، فلا يجوز استنابة الاجنبي وان كان المريد أعمى .

وربما اشترط أن يستفاد بالنظر مالم يعرف قبله، ولا بأس به الا اذا نسي ما استفاده أو احتمل تغيرها قبله .

وفي اشتراط عدم الريبة والتلذذ نظر ، أقربه العدم ، الا مع خوف الوقوع في الفتنة قبل العقد فيشترط. وظاهر العبارة الجواز المطلق، وربما قيل بالاستحباب ولا بأس به .

ولا تلحق المرأة بالرجل ، فلا يجوز لها النظر مطلقاً على الاقرب ، والمشهور اختصاص الجواز بالموضعين .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية﴾ مرسلة[٢] جواز النظر ﴿الى شعرها ومحاسنها﴾ ومثلها الموثق[٣] في الثاني والصحيح[٤] وغيره في الاول، وبها عمل جماعة من

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٨٦ ، ب ٦٠ .

(٢ ـ ٤) وسائل الشيعة ١٤/٥٩ ، ب٣٦ ح٥ و٧ و٨ .

الاصحاب ، ولابأس به ، وان كان الترك أحوط .

﴿وكذا﴾ يجوز النظر ﴿الى﴾ وجه ﴿أمة يريد شراءها﴾ وكفيها اتفاقاً والى شعرها ومحاسنها على الاقوى ، ويحتمل ماعدا العورة وفاقاً للتذكرة .

﴿و﴾ كذا يجوز النظر ﴿الى أهل الذمة﴾ وشعورهن على الاشهر ﴿لانهن بمنزلة الاماء﴾ لانهـن مماليك الامام ، وقيل : بالمنع ، ولعله أحوط وان كان الجواز أظهر ﴿مالم يكن لتلذذ﴾ أوريبة فيحرم.

﴿و﴾ يجوز أن ﴿ينظر﴾ الرجل والسيد ﴿الى جسد زوجته﴾ وأمته الغير المزوجة مطلقاً ﴿باطناً وظاهراً، والى محارمه﴾ وهن اللاتي يحرم نكاحهن مؤبداً بنسب أو رضاع أو مصاهرة فيما قطع به الاصحاب ﴿ماخلا العورة﴾ وهي هنا القبل والدبر على الاظهر الاشهر .

وقيل : بالمنع فيما عدا الوجه والكفـين والقدمين . وربما خصت الاباحة بالمحاسن خاصة ، وهي مواضع الزينة ، وهو أحوط ، وأحوط منه ماسبق . كل ذا مع عدم التلذذ والريبة والا فيحرم مطلقاً .

وفي جواز النظر الى الوجه والكفين والقدمـين من الاجنبية من غير تلذذ وريبة مطلقاً، أم العدم كذلك، أم الجواز مرة والمنع مرتين فصاعداً أقوال، أجودها الاول ، وان كان الثاني ثم الثالث أحوطها .

وتتحد المرأة مع الرجل فتمنع من النظر في محل المنع ولا في غيـره بالنص والاجماع ، ويستثنى من المنع[1] مطلقاً محل الضرورة اتفاقاً ، والقواعد من النساء ، والصغير الغير المميز والصغيرة ، فيجوز النظر منهـن واليهن مطلقاً على الاقوى .

وفي جواز نظر المميز الى المرأة ان لم يكـن محل ثوران تشوق وشهرة

---

(١) خ ل : من الحكم .

قولان ، أحوطهما : المنع ، فيمنعه الولي عنه .

وفي جواز نظر المرأة الى الخصي المملوك لها والعكس خلاف ،والاشهر المنع، وفي الخلاف الاجماع، فهو أحوط ، وأولى بالمنع نظر الخصي الى غير مالكته.

وليس للرجل مطلقاً حتى الاعمى سماع صوت الاجنبية بتلذذ أو خوف فتنة اجماعاً ، وبدونهما أيضاً عند جماعة ، وهو أحوط ، وان كان الجواز أظهر وفاقاً لجمع .

هذا في حال الاختيار ، وأما مع الضرورة فيجوز قولا واحداً ولو أزيد من خمس كلمات ، والنهي عنه في بعض الاخبار محمول على تأكد الكراهة في حال الاختيار .

﴿الثانية : ﴾ في جواز ﴿الوطىء في الدبر﴾ مطلقاً لزوجة كانت أو أمة خلاف بين الاصحاب، و ﴿فيه﴾ أيضاً ﴿روايتان[1]﴾ مختلفتان ، الا أن ﴿أشهرهما الجواز على الكراهية﴾ الشديدة ، وهو أيضاً أظهرهما ، وان كان المنع أحوط وأولى .

﴿الثالثة :﴾ اختلف الاصحاب في جواز ﴿العزل﴾ وافراغ المني خارج الفرج بعد المجامعة ﴿عن الحرة﴾ مطلقاً اختياراً ﴿بغير اذنها﴾ ولو بالشرط حال العقد على قولين ، فـ ﴿قيل :﴾ انه ﴿محرم وتجب بـه دية النطفة عشرة دنانير﴾ والقائل الشيخ .

﴿وقيل :﴾ والقائـل الاكثر انه ﴿مكروه﴾ غير محرم ﴿وهـو الاشبه﴾ الاظهر ، ولاتجب به الدية ، وان قلنا بالمنع على الاصح وان كان أحوط ، وكذا التورع عنه .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/١٠٢ ، ب ٧٣ ح١ و٢ .

وكما يكره له العزل يكره لها أيضاً بدون اذنه ، وهل يحرم عليها لو قلنا به منه ؟مقتضى بعض الادلة ذلك. وكذا القول في دية النطفة له كذا قيل ، والاخبار خالية عنه .

﴿و﴾ احترز بالقيود عن غير الحرة،فقد ﴿رخص﴾ في العزل ﴿في الاماء﴾ فتوى ونصاً[1] وعن حالتي الاضطرار والاذن بجوازه فيهما اتفاقاً .

﴿الرابعة: لا﴾ يجوز أن ﴿يدخل﴾ الرجل ﴿بالمرأة﴾ مطلقاً ﴿حتى يمضي لها تسع سنين﴾ هلالية .

﴿ولو دخل﴾ بها ﴿قبل ذلك﴾ أثم ولكن ﴿لم تحرم﴾ عليه مطلقاً الا اذا أفضاها فيحرم وطئها كما يأتي ﴿على الاصح﴾ الاشهر . ويقابله القول بأنها تحرم عليه بذلك مطلقاً،كما يعزى الى ظاهر اطلاق النهاية[2]، وفي مستنده ضعف مع أنه قد رجع عنه .

﴿الخامسة : لايجوز للرجل﴾ الحاضر المتمكن من الوطىء ﴿ترك وطىء المرأة﴾ المعقودة له بالدوام على الاصح ﴿أكثر من أربعة أشهر﴾ مطلقاً شابة كانت المرأة أم غيرها .

﴿السادسة: يكره للمسافر أن يطرق أهله﴾ أي يدخل عليهم من سفره ﴿ليلا﴾ مطلقاً ، وقيل : بشرط عدم الاعلام .

وفي تعلق الحكم بمجموع الليل أو اختصاصه بما بعد المبيت وغلق الابواب نظر ، والاحوط الاول .

وظاهر اطلاق النص[3] والفتوى عدم الفرق بين الزوجة وغيرها ، وان كان

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/١٠٦ ، ح١ .

(٢) النهاية ص٤٨١ .

(٣) وسائل الشيعة ١٤/٩٣ ،ب٦٥ .

الحكم فيها آكد وبباب النكاح أنسب .

﴿السابعة : اذا دخل﴾ الزوج ﴿بصبية لم تبلغ تسعاً فأفضاها﴾ بالوطي ، بأن صير مسلك الحيض والبول أو الغائط واحداً ﴿حرم عليه وطئها﴾ بل مطلق الاستمتاع على الاحوط ﴿مؤبداً﴾ بالنص[1]، والاجماع، والمخالف شاذ ﴿و﴾ لكن ﴿لم تخرج من حبالته﴾ .

﴿ولو لم يفضها لم يحرم على الاصح﴾ بل هي زوجته الى أن يطلقها على الافوى ، فتحرم عليه قبله أختها والخامسة ، وعليه الانفاق عليها في الجملة اجماعاً والوجه وجوبه حتى مع الطلاق ولو بائناً، بل ولو تزوجت بغيره في وجه ، ولا في آخر ، الا أن الاول أحوط ، وأولى منه بالوجوب مالو طلقها الثاني بائناً أو رجعياً وتم عدتها . وكذا لو تعذر انفاقه عليها ، لغيبة أو فقر أو نحوهما .

قيل : ولافرق في الحكم بين الدائم والمتمتع بها ، وهو أحوط وان كان في العموم للثانية نظر ، ونحوها الاجنبية والامة .

ولو أفضى الزوجة بعد التسع ففي تحريمها وجهان ، أجودهما : العدم ، وأولى به افضاء الاجنبي كذلك .

والاقرب عدم تعدي الحكم في الافضاء بغير الوطىء وان أوجبت الدية في الجميع .

(الفصل الثانى)

(فى بيان أولياء العقد)

أي الذين يتولونه عن الزوجين بغير اذنهما لولايتهم عليهما .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٣٨٠ ، ب٣٤ .

﴿لا ولاية في النكاح لغير الاب والجد لـلاب وان علا والـوصي والمولى والحاكم﴾ الشرعـي باجماعنا فيما عدا الام وأبيها حتى الاخ والعم ، وان كان الاولى استيذانهما ، وكذا الام وأبوها فلا ولاية لهما مطلقاً على الاشهر الاقوى ، وان كان استيذانهما أولى .

﴿وولاية الاب والجد ثابتة على﴾ الصغير و ﴿الصغيرة ولوذهبت بكارتها بزنا أو غيره﴾ عندنا .

﴿ولا يشترط في ولاية الجد﴾ عليها ﴿بقاء الاب﴾ وحياتـه على الاقوى ﴿وقيل: يشترط﴾ عكس ماعليه العامة العمياء، والقائل جماعة من القدماء ومراعاته أحوط ﴿و﴾ان كان ﴿في المستند﴾ أي الخبر[1] الذي تمسك لهم به ﴿ضعف﴾ دلالة وقصور سنداً وتكافؤ لما دل على الاقوى .

﴿ولاخيار للصبية﴾ في فسخ عقد الولي ﴿مع البلوغ﴾ أي بعده لوزوجها قبله اجماعاً ﴿وفي الصبي قولان ، أظهرهما﴾ وأشهرهما فتوى ورواية[2] ﴿أنه كذلك﴾ ليس له الخيار في فسخه .

﴿ولو﴾ كان الاب والجد ﴿زوجاها﴾ من رجلين واختلفا زمانـاً ﴿فالعقد للسابق﴾ منهما وان كان أباً ﴿وان اقترنـا ثبت عقد الجد﴾ وكذا لوتشاحا قدم الجد على الاب. وفي تعدي الحكم الى الجد مع جد الاب وهكذا وجه، ولكن الاقرب العدم .

﴿ويثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله﴾ بسفه أوجنون مطلقا ﴿ذكراً كان أوأنثى﴾ اجماعاً فيما اذا اتصل الفساد بالصغر، وكذا اذا تجدد على الاقرب وقيل: للحاكم، ومراعاته بالجمع أحوط .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٢١٨ ، ح٤ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٢٢٠ ، ب١٢ .

﴿و﴾ حيث ثبت ولايتهما وزوجاه فـ ﴿لاخيار له بعد الافاقة﴾ اجماعاً .

﴿والثيب﴾ المنكوحة بالتزويج ﴿تزوج نفسها﴾ باختيارهـا من شاءت بشرط بلوغها ورشدها ﴿ولا ولاية عليها الاب ولا لغيره﴾ مطلقا عندنـا ، وان استحب لها استيذان الابوين .

﴿و﴾ على هذا ﴿لوزوجها﴾ أبوها أوجدها ﴿من غيراذنها﴾ كانفضولياً ﴿وقف على اجازتها﴾ فان أذنت لزم والا فسد .

و ﴿أما البكر البالغة الرشيدة فأمرهـا﴾ فيماعدا التزويج من التصرفات المالية ﴿بيدها﴾ مطلقا ﴿ولوكان أبوها حياً﴾ كارهاً لمافعلته ، وكذا فيه لوكان ميتاً أوفاقداً لشرائط الولاية قولا واحداً .

وانمااختلفوا فيمالوكان أبوها حياً مستجمعاً لشرائط الولاية، فـ ﴿قيل: ﴾ ان ﴿لها الانفراد بالعقد﴾ مطلقا ﴿دائماً كان أومنقطعاً﴾ والقائل الاكثر، وفي الغنية[1] الاجماع، وفي الانتصار [2] عليه الاجماع مطلقا، وكذا في السرائر[3] لكن في المنقطع .

﴿وقيل:﴾ أمر ﴿العقد مشترك بينها وبين الاب، فلاينفرد أحدهما به﴾ بل يستأمر كل منهما الاخر، والقائل الحلبيان .

﴿وقيل:﴾ ان ﴿أمرها الى الاب﴾ بالانفراد ﴿وليس لها معه أمر﴾ حتى لو زوجها ممن كرهته صح ولزم ، والقائل الصدوق والشيخ وجماعة .

﴿ومن الاصحاب من أذن لها في﴾ تزويج ﴿المتعة دون الدائـم﴾ وهو

---

(١) الغنية ص٥٤٩ .

(٢) الانتصار ص١٢٠ .

(٣) السرائر ص٢٩٥ .

المفيد في ظاهر المقنعة [١] وتبعه الشيخ في التهذيبين [٢] .

﴿ومنهم من عكس﴾ فجوز لها الانفراد بالدوام دون المتعة ، والقائل غير معروف .

﴿و﴾القول ﴿الاول﴾ من هذه الاقوال ﴿أولى﴾ وأظهر، وان كان القول بالتشريك أحوط .

كل ذا اذا أراد الولي تزويجها من كفو ﴿و﴾ أما ﴿اوعضلها الولي﴾ ومنعها عن ذلك أومطلقا مع رغبتها ﴿سقط اعتبار رضاه اجماعاً﴾ منا، وفي حكمه الغيبة المنقطعة التي تحصل معها المشقة الشديدة .

﴿ولو زوج الصغيرة غير الاب والجد﴾ له ممن لاولاية له عليها كان فضولياً و﴿توقف على رضاها عند البلوغ، وكذا﴾ لو زوج ﴿الصغير﴾ .

﴿وللمولى أن يزوج المملوكة﴾ له ﴿صغيرة كانت أو كبيرة، بكراً أوثيباً عاقلة أومجنونة، ولا خيرة لها﴾ أصلا ﴿وكذا﴾ لو زوج ﴿العبد﴾ له لا خيرة له مطلقا .

وليس له الولاية على المبعض منهما بمعنى اجباره عليه، وان كان له الولاية عليه بمعنى عدم استقلاله به بدون اذنه .

وللولي تزويج أمة المولى عليه وعبده مطلقا مع المصلحة عندنا، ولايكون له الفسخ بعد الكمال كمافي تزويج نفسه .

﴿ولايزوج الوصي﴾ للاب أوالجد من صغيريهما ولو نصا له بالولاية في التزويج على الاشهر الاقوى ﴿الا من بلغ﴾ منهما ﴿فاسد العقل﴾ فله تزويجه ﴿مع اعتبار المصلحة﴾ فيه على الاشهر، وفي المستند نظر ، بل ثبوت الولاية

(١) المقنعة ص٧٨ .

(٢) تهذيب الاحكام ٧/ ٣٨٠ والاستبصار ٣/ ٢٣٦ .

للحاكم حينئذ لعله أظهر، الا مع مسيس الحاجة الى النكاح وعدم امكان الوصول اليه فيتعين الاشهر .

﴿وكذا الحاكم﴾ الشرعي ، وهو الامام العادل أو منصوبه خصوصاً أو عموماً، ومنه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى، لايزوج الصغيرين الا من بلغ منهما فاسد العقل وليس له أب ولا جد ، بلاخلاف في حكم المستثنى ولااشكال، وأما حكم المستثنى منه فهومشهور، فان تم اجماعاً والا ففيه نظر .

(ويلحق بهذا الباب مسائل :)

﴿الاولى: الوكيل﴾عن الزوجة أووليها ﴿في النكاح﴾ للغير ﴿لايزوجه من نفسه﴾ قطعاً، وكذا لووكلاه في التزويج على الاطلاق على الاشهر الاقوى وكذا مع العموم كزوجني ممن شئت، ولايكون هناك قرينة حال على ارادة الغير على الاحوط ان لم يكن أظهر .

﴿ولو أذنت﴾ لـه ﴿في ذلك﴾ أي التزويج لنفسه ﴿ فالاشبه ﴾ الاشهر ﴿الجواز﴾ أي جواز توليه بنفسه الايجاب من جهتها والقبول من جهته .

﴿وقيل: لا﴾والقائل الشيخ والقاضي، لرواية[1] قاصرة عن الصحة ﴿وهي رواية عمار﴾ بن موسى الساباطي الموثقة ، ولكن مراعاتها أحوط . وينبغي تخصيص المنع بموردها ، وهو تزويج الموكلة لنفسه ، فيجوز أن يتولى طرفي العقد بنفسه لغيره .

﴿الثانية : النكاح﴾ الفضولي صحيح و﴿يقف على الاجازة﴾ من ولي العقل ، فان أجاز لزم والا بطل على الاشهر الاقوى ، ولافرق ﴿في﴾ ذلك بين ﴿الحر والعبد﴾ .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٢١٧، ح٤.

﴿ويكفي في الاجازة سكوت البكر﴾ عند عرضه عليها حيث تكون هي المعقود عليها، كما في الاذن ابتداءاً على الاشهر الاقوى .

﴿ويعتبر في﴾ اجازة ﴿الثيب﴾ واذنها ﴿النطق﴾ به، فلا يكفي السكوت هنا اجماعاً ، ولاريب في ذلك مع حصول الثيوبة بالوطي مطلقا ، وأما مع حصولها بغيره من أسباب زوال البكارة فاشكال ، والاحوط أنه كالاول في اعتبار النطق بالاذن، وكذا الموطوءة دبراً وان لم تصدق عليها الثيب .

ثم ان الاكتفاء بالسكوت مشروط بالتجرد عن القرينة المعربة عن عدم الرضا، فان محله انما هو صورة الشك في رضاها وعدمه لا مطلقا .

﴿الثالثة: لاتنكح الامة الا باذن المولى، رجلا كان المولى أو امرأة﴾ دائماً كان النكاح أو متعة، على الاشهر الاقوى .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية[1] سيف﴾ بن عميرة الصحيحة أنه ﴿يجوز نكاح أمة المرأة من غير اذنها متعة﴾ وعمل بها الشيخ في النهاية [2] ، لكنه قد رجع عنها فهي شاذة ﴿وهي﴾ مع ذلك ﴿منافية للاصل﴾ من تحريم التصرف في ملك الغير بغير الاذن المستفاد من الاعتبار والكتاب والسنة بالعموم والخصوص.

﴿الرابعة: اذا زوج الابوان﴾ أي الاب والجد ﴿الصغيرين صح﴾ كما مر ﴿وتوارثا﴾ بلا خلاف حتى ممن خير الصبي عند الادراك ﴿ولا خيرة لهما﴾ في فسخ النكاح ﴿عند البلوغ﴾ كما مضى .

﴿ولو زوجهما غير الابوين﴾ ممن لا ولاية له عليهما كان فضولياً و﴿وقف على الاجازة﴾ كما عرفته .

﴿فلو ماتا أو مات أحدهما بطل العقد﴾ مطلقا أجاز الباقي أم لا .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٤٦٣، ب١٤ .

(٢) النهاية ص٤٩٠ .

﴿ولو بلغ أحدهما فأجاز ثم مات عزل من تركته نصيب الباقي﴾ الى أن يبلغ ﴿فاذا بلغ﴾ فلم يجز بطل العقد، وان أجاز ﴿أحلف أنه لم يجز للرغبة﴾ في الميراث ﴿وأعطي نصيبه﴾ من التركة .

واعتبر الحلف دفعاً للتهمة في أكثر موارد المسألة، وأما الباقي المنتفية فيه ككون الباقي الزوج والمهر بقدر الميراث أو أزيد، فالاجود عدم الحلف ان لم يتعلق غرض باثبات أعيان التركة، بحيث يترجح على ماثبت عليه من الدين ، أو يخاف امتناعه من أدائه، أو هربه، أونحو ذلك مما يوجب التهمة، ولكن فتوى الاصحاب مطلقة في اثبات الحلف لاخذ التركة، فان كان اجماع والا فالمتجه ماعرفت .

وفي المسألة فروعات جليلة بسطنا الكلام فيها في الشرح[1].

﴿الخامسة : اذا زوجها الاخوان﴾ أو الاجنبيان ﴿برجلين ، فان تبرعا﴾ بالعقد ولم يوكلا فيه فالعقدان فضوليان ﴿اختارت أيهما شاءت﴾ وفسخت الاخر أو فسختهما ، اقترنا زماناً أو اختلفا ، ولكن ينبغي اذا اختيار من عقد عليه أكبر الاخوين مع تساوي المعقود عليهما في الرجحان ، والافمن ترجح منهما ولو كان من عقد عليه الاصغر .

وان اختص التبرع بأحدهما ،كان العقد الموكيل مطلقا تقارنا أو اختلفا ،كان المتبرع أو الوكيل الاخ الكبير أم الصغير أم غيرهما .

﴿وان كانا﴾ معاً ﴿وكيلين وسبق أحدهما﴾ بالنكاح ﴿فالعقد له﴾ مطلقا على الاشهر الاقوى وبطل المتأخر ، سواء دخل بها أم لا ، لوقوع الاول صحيحاً والثاني باطلا ، لوقوعه عليها وهي في عصمة الاول ، وتسلم الزوجة اليه مع عدم الدخول .

---

(١) رياض المسائل ٢/٨٣ .

﴿ولو دخلت بالاخر﴾ فهو زنا منهما ان علما بالحال فلامهر لها ، ولا يلحق الولد باحدهما ومنها خاصة ان علمت هي به دونه فلامهر لها و ﴿لحق به الولد﴾ ومنه ان علم هو دونها فلها المهر والولد دونه ، ووطيء شبهة ان جهلا فيلحقهما الولد ﴿وأعيدت الى الاول بعد انقضاء العدة﴾ من الثاني ﴿ولها المهر﴾ هنا كما في الصورة الثالثة ﴿للشبهة﴾ وهل المراد به المثل أم المسمى؟ قولان ، أجودهما : الاول .

﴿وان اقترنا﴾ زماناً باقترانهما في القبول ﴿بطلا﴾ معاً اجماعاً فيما عدا الاخوين ، وكذا فيهما على الاشهر الاقوى .

﴿وقيل : العقد عقد الاكبر﴾ منهما مطلقا ، اقترن العقدان أم اختلفا ، الا مع دخول من عقد عليه الاصغر فيكون له حينئذ ، الامع سبق عقد الاكبر كما عن الشيخ والقاضي ، أو مع الاتفاق زماناً خاصة بشرط أن لايدخل من عقد عليه الاصغر كما عن التهذيبين[1] وجماعة ، لرواية[2] هي مع قصور سندها لادلالة لها على شيء من القولين .

ثم ان جميع ماذكر مع معلومية السبق والاقتران . وأما مع جهلهما مطلقا ولو كان طارياً ، ففي وقوف النكاح الى الاستبانة أم العدم قولان ، أجودهما : الثاني ، وعليه فالاجود أنه يصار حينئذ الى القرعة مع أمر من وقعت له بتجديد النكاح ، ومن لم تقع له بالطلاق احتياطاً في الفروج .

﴿السادسة : ﴾ مر في أول الفصل أنه ﴿لا ولاية للام ﴾ ولا لابيها على الولد مطلقا .

﴿فلو زوجت الولد فأجاز صح﴾ مطلقا ذكراً كان أو أنثى ، وقع التزويج

---

(١) تهذيب الاحكام ٣٨٧/٧ ، الاستبصار ٢٤٠/٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢١١/١٤ ، ح٤ .

في الصغر أوالكبر ﴿ولوأنكر بطل﴾ العقد والمهر اجماعاً ، فيما لوكان المعقود عليه فضولا أنثى، وكذا لوكان ذكراً على الاشهر الاقوى .

﴿وقيل: يلزمها﴾ أي الام ﴿المهر﴾ للمعقود عليها تماماً، لرواية[1] هي مع ضعفها لا دلالة عليه صريحاً .

﴿ويمكن حمله﴾ أي لزوم المهر في كل من القول والرواية ﴿على﴾ صورة ﴿دعوى﴾ الام ﴿الوكالة عنه﴾ فيتوجه حينئذ ازومه، لتضمنه التغرير الموجب للضمان ، وفيه نظر .

﴿ويستحب للمرأة أن تستأذن أبادا﴾ وجدها مطلقا ﴿بكراً﴾ كانت ﴿أو ثيباً ، وأن توكل﴾ أوتستأذن ﴿أخاها اذالم يكن لها أب ولا جد﴾ أوكانا وتعسر استيذانهما بعضل أوغيبة منقطعة أو طويلة .

﴿وأن تعول﴾ مع التعدد ﴿على الاكبر﴾ من الاخوة .

﴿وأن تختار خيرته من الازواج﴾ بشرط التساوي في الرجحان أو رجحان رأي الاكبر ، والا فرأي من ترجح كما مر.

(الفصل الثالث)

(في بيان أسباب التحريم وموجباته)

وهي ستة :

﴿**الاول: النسب** ، ويحرم به﴾ على الذكر ﴿سبع﴾ نسوة مذكورات في الاية[2] الشريفة ، وهن :

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٢١١ ، ح٣ .

(٢) سورة النساء : ٢٣ .

﴿الام وان علت﴾ وهي كل امرأة ولدته أو انتهى نسبه اليها من العلو بالولادة، لاب كانت أم لام .

﴿والبنت وان سفلت﴾ وتشتمل السافلات بنت البنت وبنت الابن . وضابطهما: من ينتهي اليه نسبه بالتولد ولو بوسائط .

﴿والاخت وبناتها وان سفلن﴾ وهي كل امرأة ولدها أبواه أو احدهما ، أو انتهى نسبها اليهما أو الى أحدهما بالتولد .

﴿والعمة وان ارتفعت﴾ وهي كل أنثى هي أخت ذكر ولده بواسطة أو غيرها من جهة الاب أو الام أو منهما .

﴿وكذا الخالة﴾ تحرم وان ارتفعت ، وهي كل أنثى هي أخت أنثى ولدته بواسطة أو غيرها ، وقد تكون من جهة الاب كأخت أم الاب .

والمراد بالمرتفع فيهما عمة الاب والام وخالتهما ، وعمة الجد والجدة وخالتيهما وهكذا ، لاعمة العمة وخالة الخالة، فانهما قد لاتكونان محرمتين، كما لوكانت العمة القريبة عمة للام خاصة أي أخت أبيه من أمه، لان عمتها حينئذ تكون أخت زوج جدته أم أبيه ، وأخت زوج الام لاتحرم فأخت زوج الجدة أولى . وكما لوكانت الخالة القريبة خالة الاب خاصة ، أي أخت أمه من أبيها ، فان خالتها تكون أخت امرأة الجد ، وأخت امرأة الاب لاتحرم فأخت امرأة الجد أولى.

﴿وبنات الاخ﴾ لاب أو لام أو لهما ﴿وان هبطن﴾ وضابطها : كل امرأة ولدها أخوه مطلقا بواسطة أو غيرها .

وحرمة المذكورات على قريبهن الذكر يستلزم العكس، ولذا اكتفى بتحريمهن في الاية .

وانما يثبت النسب بالوطي الصحيح بنكاح أو تحليل ، ولو عرضه التحريم بوقوعه في حيض ونفاس وشبههما ، وبالوطيء لشبهة بأن يكون غير مستحق في

الواقع مع عدم العلم بالتحريم أو بمتعلقه .

ويختص النسب هنا بمن اختصت به ، وأما الزنا فلايثبت به اجماعاً الا في تحريم النكاح المتعلق به ، فانظاهر أصحابنا ثبوته به ، وعليه الاجماع في التذكرة وغيرها .

ولا يلحق الزنا بالنسب في حل النظر ، والانعتاق بملك الفرع أو الاصل ، والشهادة على الاب انقبلت منه على غيره ، والقود به من الاب ، وتحريم الحليلة وغير ذلك من توابع النسب على الاقرب ، وان كان الاحتياط فيما يتعلق بالدماء والنكاح أجود ، ولو احتيط في الجميع كان أحسن .

ولواجتمع الوطي الصحيح والشبهة مع انقطاع الفراش بنحو من الطلاق يثبت النسب لمن أمكن في حقه دون غيره ومع الامكان فيهما ، كمالو كان الولادة لستة أشهر من وطىء الثاني للشبهة وللاقل من أقصى الحمل من وطىء الاول للنكاح فالاظهر الاشهر الحاقه بالثاني .

﴿الثاني : الرضاع ، ويحرم منه مايحرم من النسب﴾ بالنص[1] والاجماع فكل موضع يثبت فيه من جهة النسب المحرمية يثبت من جهة الرضاع بمثل تلك القرابة ، فالمحرمات من الرضاع أيضاً سبعة :

الام ، وهي كل امرأة أرضعتك ، أورجع نسب من أرضعتك أو صاحب اللبن اليها ، أو أرضعت من يرجع نسبك اليه من ذكر أوأنثى وان على ، كمرضعة أحد أبويك أو أجدادك أوجداتك ، وأختها خالتك من الرضاعة ، وأخوها خالك ، وأبوها جدك ، وابنها أخوك ، وبنتها أختك .

والبنت كل أنثى رضعت من لبنك أو لبن من ولدته ، أو ارضعتها امرأة ولدتها . وكذا بناتها من النسب والرضاع والعمات والخالات أخوات الفحل والمرضعة

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٢٨٠ ، ب١ .

وأخوات من ولدهما من النسب والرضاع وبنات الاخ وبنات الاخت وبنات أولاد المرضعة والفحل من النسب والرضاع .

وكذا كل أنثى أرضعتها أختك وبنت أخيك وبنات كل ذكر أرضعته أمك أو ارتضع بلبن أبيك .

﴿وشروطه﴾ أي الرضاع المحرم ﴿أربعة :﴾

﴿الاول: أن يكون اللبن عن نكاح﴾ أي وطىء صحيح وان كان شبهة على الاشهر وعليه العمل. ويختص النشر بمن اختصت به، فلا نشر في الاخر لالحاقه بالزنا الغير الناشر اجماعاً .

ويعتبر مع صحة النكاح صدور اللبن عن ذات حمل أو ولد بالنكاح المذكور ﴿فلو در﴾ اللبن من الخالية منهما وان كانت منكوحة نكاحاً صحيحاً شرعياً ، فغير المنكوحة أصلا أولى ﴿أو كان من زنا لم ينشر﴾ الحرمة وفي اشتراط الولادة أم الاكتفاء بالحمل قولان ، أصحهما : الاول .

ولايشترط البقاء على الحبالة ، فلو طلقها أو مات عنها وهي حامل أو مرضع فأرضعت ولداً رضعته ناشرة الحرمة لنشر الحرمة ، كما لو كانت في حبالته وان تزوجت بغيره مطلقا، حبلت منه أم لا، بقي اللبن بحاله أم زاد بعد الانقطاع ، الا أن تلد منه وترضع بلبنها المستمر الى الولادة ، فلا تنشر الحرمة في حق من خرجت من حبالته .

ويعتبر في النشر حياة المرضعة، فلو ماتت في أثناء الرضاع فأكمل النصاب منها وهي ميتة فلا تنشر الحرمة .

﴿الثاني : الكمية﴾ باجماعنا ، فالرضعة الحاصلة بأقل المسمى غير كافية.

﴿وهو﴾ أي المقدار المدلول عليه بالكمية يعتبر بأحد أمور ثلاثة :

اما ﴿ما أنبت اللحم وشد العظم﴾ وهو تقدير بالاثر المترتب عليه ، وظاهر

النص[١] والمتن اعتبار الامرين معاً كما عليه الاكثر. وقيل : بالاكتفاء بأحدهما . ولعله الاظهر ان لم يتلازما ، والافلا ثمرة للخلاف أصلا .

والمرجع فيهما الى أهل الخبرة ، ولاريب في اشتراط عدالة المخبر .

وفي اشتراط التعدد اشكال ، ولعل الوجه الاشتراط، والاظهر كونهما أصلا في ثبوت النشر وكون الامرين الاتيين علامتين لهما .

﴿أورضاع يوم وليلة﴾ بحيث يشرب كل ماأراد حتى يروي ويصدر مطلقا على الاشهر الاقوى، أوبشرط عدم انضباط العدد . واطلاق النص[٢] مع الاول، وتظهر الثمرة في نقصان العدد في اليوم والليلة ، كمااذا رضع فيهما سبعة أو ثمانية، فلاينشر على الثاني ونعم على الاول. ولافرق بين اليوم الطويل وغيره.

وفي الاكتفاء بالملفق منهما اوابتدأ في أثناء أحدهما أم العدم اشكال، ولعل الثاني أظهر . أوخمسة عشر رضعة متوالية كمايأتي .

﴿ولا حكم لمادون العشر﴾ رضعات اجماعاً في الرضعة القاصرة ، وعلى الاشهر الاقوى مطلقا .

﴿وفي﴾ ثبوت النشر بـ ﴿العشر روايتان[٣]، أشهرهما﴾ بين المتأخرين وأظهرهما ﴿أنها لاتنشر﴾ ﴿ولورضع خمس عشر رضعة نشر الحرمة﴾ اجماعاً كماحكاه جماعة .

﴿ويعتبر في الرضعات﴾ العددية والزمانية ﴿قيود ثلاثة :﴾

﴿كمال الرضعة﴾ المفسر عند بعضهم بأن يرضع حتى يتضلع ويتملي وينهي نفسه، واعتمد الباقون على العرف، ولعلهما متقاربان. فلاعبرة بالناقصة،

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٢٨٩ ، ب٣ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٢٨٢، ب٢ .

(٣) وسائل الشيعة ١٤/٢٨٣ .

واحدة كانت أم متعددة ، الا مع حصول الانبات بها فتعتبر من هذه الجهة ، وتحسب الرضعات المتخلل بينها لفظ الثديين للتنفس أو الملاعبة ، أو المنع من المرضعة مع المعاودة وحصول الكمالية بها رضعة واحدة ان لم يطل الفصل ، والا احتسب الجميع كالاحاد رضعة ناقصة غير ناشرة للحرمة .

﴿وامتصاصه﴾ أي الرضيع اللبن ﴿من الثدي﴾ فلاعبرة بالموجود في حلقه على الاشهر الاظهر .

﴿وأن لاينفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعة﴾ ولا بالمأكول ولا المشروب، لكن في الزمانية خاصة دون العددية، فيمنع فيها الفصل برضاع غير المرضعة خاصة .

واطلاق النص[1] يقتضي حصول الفصل بمسماه ولو قل، الا أن حمله على الفرد الاكمل يقتضي العدم .

ويشترط في التوالي اتحاد المرضعة، فلو ارتضع من امرأة خمساً كاملة مثلا ثم ارتضع من الاخر كذلك ثم أكمل من الاولى أو منهما أو من ثالثة لم ينشر عندنا خلافاً للعامة .

﴿الثالث : أن يكون﴾ الرضاع الناشر بكماله وتمامه ﴿في الحولين﴾ اللذين ابتداءهما من انفصال تمام الولد الى الجزء الاخير من الشهر الرابع والعشرين ان ابتدأ في أول الهلال ، وألا يحسب الثلاثة والعشرون هلالية ويتم المنكسر من الشهر الخامس والعشرين كما في سائر الاجال .

ويكفي في حصول الشرط تمام الجزء الاخير من الرضاع بتمام مثله من الحولين، فالمراد عدم وقوع شيء من الرضاع بعد تمامهما .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٢٩٣ ، ب٦ .

ويستفاد من النص[١] حصول التحريم بالرضاع في الحولين مطلقا ولوفطم قبلهما ، وعدمه به بعدهما كذلك، والامران مقطوع بهما في كلام الاصحاب عدا النادر منهم .

﴿وهو﴾ أي كون الرضاع قبل الحولين مطلقا ﴿براعى﴾ ويشترط ﴿في المرتضع﴾ خاصة ﴿دون ولد المرضعة على الاصح﴾ الاشهر الاظهر ، فلو ارتضع المرتضع قبل تمام حوليه الرضاع المعتبر واتفق تمامه أو بعضه بعد حولي ولد المرضعة نشر الحرمة، ولوانعكس لم ينشر .

﴿الرابع: أن يكون اللبن﴾ الناشر ﴿لفحل واحد﴾ ولاعتبار هذا الشرط وجهان :

أحدهما : وهوالمناسب للمقام اعتباره لثبوت أصل التحريم بين الرضيع والمرضعة وصاحب اللبن، ولاخلاف فيه بيننا، فلوارتضع من امرأة بعض العدد من لبن فحل ومنها بعينها تمامه من لبن آخر بعد تزويجها منه ومفارقتها الاول لم ينشر حرمة أصلا ، فتحل له المرضعة وصاحب اللبن ان كان أنثى ، ويفرض المثال فيمالو استقل الولد بالمأكول أواللبن الموجور في فيه ولومنها في المدة المتخللة بين الرضاعين ، بحيث لايفصل بينهما برضاع أجنبية .

والثانية : وهو المقصود من العبارة والمتداول في كلام جماعة الذي صار محل النزاع والمشاجرة بين الخاصة والعامة اعتباره لحرمة أحد الرضيعين على الاخر بعد حصولها لكل منهما مع المرضعة وصاحب لبنه .

﴿فيحرم الصبيان﴾ أحدهما على الاخر كمايحرمان على المرضعة والفحل اذا كانا ﴿يرتضعان بلبن﴾ فحل ﴿واحد﴾ بلا كلام فيه مطلقا ﴿ولو اختلفت المرضعتان﴾ .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٢٩٠، ب٥ .

﴿ولايحرم﴾ أحدهما على الاخر ﴿اورضع كل واحد﴾ منهما ﴿من لبن فحل﴾ غيرفحل ﴿آخر وان اتحدت المرضعة، فيكفي في النشر الاخوة من جهة الابوة ، ولايكفي من جهة الامومة على الاظهر الاشهر ، وفي كلام جماعة عليه الاجماع .

﴿ويستحب﴾ للمسترضع المختار ﴿أن يتخير للرضاع المسلمة﴾ دون الكافرة بأقسامها حتى اليهودية والنصرانية والمجوسية ﴿الوضيئة العفيفة﴾ الكريمة الاصل ﴿العاقلة﴾ كل ذلك للنصوص[1] وشهادة التجربة ، وفي جملة منها: ان اللبن يعدي والرضاع يؤثر في الطبائع[2] .

﴿ولو اضطر الى الكافرة استرضع الذمية﴾ أوغيرها انتفت الكراهة .

﴿و﴾ حيث استرضع الكافرة ﴿يمنعها من شرب الخمر و﴾ أكل ﴿لحم الخنزير﴾ .

﴿ويكره تمكينها﴾ أي الكافرة ﴿من حمل الولد الى منزلها﴾ .

﴿ويكره استرضاع المجوسية﴾ أشد كراهة الا عند الضرورة ﴿و﴾ نحوه استرضاع ﴿من لبنها عن زنا﴾ سواء كانت حرة أو مملوكة ، أحلها مولاها بعد الزنا أم لا بلاخلاف .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية[3]﴾ مروية بعدة طرق معتبرة، أن المملوكة ﴿اذا أحلها مولاها﴾ من الزنا ﴿طاب لبنها﴾ وزال بذلك كراهة استرضاعها ، وهي شاذة قد أعرض عنها الاصحاب كافة فيجب طرحها أوحملها على ماإذا كانت الامة تزوجت بدون اذن مولاها، فان الاولى له اجازة عقدها ليطيب لبنها .

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/١٨٧، ب٧٨ وغيره .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/١٨٨ ، ح٢ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥/١٨٥، ح٥ .

(وهنا مسائل) ثلاث :

﴿الاولى : اذا أكملت الشرائط﴾ المعتبرة في تحريم الرضاع ﴿صارت المرضعة أماً﴾ للرضيع ﴿وصاحب اللبن أباً﴾ له، وآباءهما مطلقا أجداد وجدات ﴿وأختها﴾ وأخت الوالدات للفحل ﴿خالة﴾ واخوتها واخوة الوالدات لها أخوالا ، واخوة صاحب اللبن وأخواته واخوة آبائه وآباءها وأخواتهم أعماماً وعماتاً ﴿وبنتها﴾ وابنها وابن الفحل وابنته ﴿أختاً﴾ وأخاً، فيحرم الرضيع وفروعه خاصة على الجميع مطلقا ولو انتسبوا الى المرضعة وبعلها بالرضاع ، بشرط اتحاد فحلهم وفحلها، فالاعمام والعمات والاخوال والخالات مثلا للابوين الرضاعيين يحرمون على الرضيع ولو انتسبوا اليهما من غير نسب، بشرط اتحاد فحلهم .

﴿و﴾ كما ﴿يحرم﴾ الرضيع عليهم ، كذا يحرم الجميع ومنهم ﴿أولاد صاحب اللبن﴾ مطلقا ﴿ولادة ورضاعاً على المرتضع﴾ وفروعه ﴿و﴾ كذا ﴿أولاد المرضعة ولادة لارضاعاً﴾ على الاشهر الاقوى .

﴿الثانية : لا﴾ يجوز أن ﴿ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً﴾ وأولاد المرضعة ولادة لا رضاعاً على الاشهر الاحوط بل الاظهر ﴿لانهم﴾ صاروا ﴿في حكم ولده﴾ كما في الصحيح[1].

﴿وهل ينكح أولاده﴾ أي أولاد أب المرتضع ﴿الذين لم يرتضعوا﴾ من لبن الفحل ﴿في أولاد هذا الفحل؟﴾ مطلقا نسباً ورضاعاً ، وفي أولاد المرضعة نسباً اذا لم يرتضعوا من لبنها أصلا ﴿ قال ﴾ الشيخ ﴿في﴾ النهاية[2] و

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٣٠٦ ، ب١٦ .

(٢) النهاية ص٤٦٢ .

﴿الخلاف[1]: لا﴾ يجوز ﴿والوجه﴾ الاظهر ﴿الجواز﴾ في هذه المسألة ومسألتين أخريين احداهما تزويج أب المرتضع بأم المرضعة نسباً ورضاعاً، والثانية تزويج الفحل في أخوات المرتضع وفاقاً للاكثر. وقيل: بالتحريم فيها أجمع، وهو في الجملة أحوط.

وأما ماعدا هذه المسائل الاربع، فلاخلاف يعتد به بين الاصحاب في لزوم الاقتصار فيها على أصالة الاباحة وعدم الحكم بالحرمة، الاحيث يصدق بالرضاع العنوانات المذكورة في آية تحريم النسوة، من نحو الامومة والبنتية والاختية، بناءاً على أن الرضاع انما يحرم به مايحرم من النسب.

وليس المحرم من جهته الامن صدق عليه عنوانات النسوة السبع المذكورات في الاية الشريفة دون غيرهن، فالاصل فيهن الاباحة.

﴿الثالثة:﴾ لاخلاف في أنه كما يمنع الرضاع من النكاح سابقاً، كذا يبطله لاحقاً. وأن المصاهرة تتعلق بالرضاع كتعلقها بالنسب، بمعنى أن كل من يحرم من جهة النسب بالمصاهرة كذا يحرم من جهة الرضاع بها أيضاً، فكما يحرم أم الزوجة النسبية وابن الزوج النسبي، كذا يحرم بها نظيرهما من جهة الرضاع.

فـ ﴿لو تزوج رضيعة فأرضعتها امرأته﴾ بلبنه ﴿حرمتا﴾ أي الرضيعة والمرضعة عليه مؤبداً مطلقا، وكذا لو أرضعتها بلبن غيره كانت في حباله، كما اذا استمر لبن الاولى الى أن تزوجت به، أملا ﴿ان كان دخل بالمرضعة﴾ على الاظهر الاشهر فيهما، من تحريم الام بمجرد العقد على بنتها كما يأتي انشاء الله تعالى. وعلى القول الاخر يختص التحريم بالرضيعة، لكونها اما بنتاً كما في الاول، أو بنت الزوجة المدخول بها كما في الثاني.

﴿والا﴾ يكن دخل بها ﴿حرمت المرضعة حسب﴾ فـلا تحرم الرضيعة،

(١) الخلاف ٣/٦٧.

لانها ربيبته لم يدخل بأمها ، ولا الام أيضاً على القول الاخر من اعتبار الدخول بالبنت في حرمة الام ، ولكنه ضعيف .

وينفسخ نكاح الجميع مطلقاهنا وفي الصورتين السابقتين ، أمافيهما فواضح لحرمة كلتيهما جمعاً وانفراداً ، وأماهنا فلامتناع الجمع بينهما كالعقدين المتقاربين زماناً ، فيبطلان معاً لعدم امكان الترجيح من غير مرجح ، فيجدد نكاح الرضيعة لو أرادها .

﴿ولو كان له زوجتان﴾ كبيرتان ﴿فأرضعتها﴾ أي الزوجة الصغيرة ﴿واحدة﴾ من الكبيرتين ﴿حرمتا مع الدخول﴾ أي الرضيعة والمرضعة بالتفصيل المتقدم ، ولا اشكال في هذا .

﴿و﴾ انما الاشكال فيما ﴿لو أرضعته﴾ الكبيرة ﴿الاخرى﴾ بعد حصول التحريم بارضاع الاولى ﴿ف﴾ فيه ﴿قولان ، أشبههما﴾ عند المصنف وأكثر المتأخرين ﴿أنها تحرم أيضاً﴾ ولكن الاقوى أنها لاتحرم ، وفاقاً لجملة من أعيان القدماء .

﴿ولو تزوج رضيعتين فأرضعتهما امرأته﴾ لبنه ﴿حرمن كلهن﴾ مطلقا اجتمعا في الارتضاع[1] أم تعاقبا ، دخل بالمرضعة أم لا ، وكذا لو أرضعتهما بلبن الغير ﴿ان كان دخل بالمرضعة ، والا﴾ يكن دخل بها ﴿حرمت المرضعة﴾ خاصة دونهما .

﴿السبب الثالث: المصاهرة﴾ وهي علاقة تحدث بين الزوجين وأقرباء كل منهما بسبب النكاح توجب الحرمة .

﴿و﴾ يلحق بالنظر في النكاح ﴿النظر في الوطىء ، والنظر ، واللمس﴾ على وجه مخصوص .

---

(١) في «ن» : الرضعتان .

﴿أما الاول: فمن وطىء امرأة بالعقد﴾ مطلقا ﴿أو الملك، حرمت عليه أم الموطوءة وان علت﴾ من الطرفين ﴿وبناتها وان سفلن﴾ مطلقا ﴿سواء كن قبل الوطىء أو﴾ وجدن ﴿بعده﴾ وكن في حجره وحضانته أم لا اجماعاً .

﴿ وحرمت الموطوءة ﴾ والمعقود عليها ﴿ على أب الواطىء وان على وأولاده وان نزلوا ﴾ .

﴿ولو تجرد العقد﴾ على البنت ﴿عن الوطىء، حرمت أمها عليه عيناً﴾ فلا يجدي فراقها لاستحلال أمها ﴿على الاصح﴾ الاشهر، بل كاد أن يكون اجماعاً، وبه صرح جماعة، خلافاً للعماني فسوى بينها وبين الام في اشتراط الدخول للتحريم عيناً .

﴿و﴾ تحرم عليه ﴿بنتها﴾ أي بنت المعقود عليها من غير وطىء ﴿جمعاً﴾ بينهما ﴿لا عيناً﴾ اجماعاً ﴿فلو فارق الام حلت البنت﴾ .

﴿ولا تحرم مملوكة الابن على الاب بـ﴾ مجرد ﴿الملك، وتحرم بالوطىء، وكذلك مملوكة الاب﴾ لا تحرم على الابن بالملك بل بالوطىء .

﴿ولا يجوز لاحدهما أن يطأ مملوكة الاخر ما لم يكن عقد أو تحليل . نعم يجوز أن يقوم الاب مملوكة ابنه الصغير﴾ وابنته الصغيرة ﴿على نفسه﴾ بقيمة عادلة ﴿ثم يطأها﴾ واطلاق النص[1] يقتضي عدم الفرق بين وجود مصلحة أم لا كما ذهب اليه جماعة، خلافاً لاخرين فاشترطوها، والاول أقوى . نعم يشترط عدم المفسدة اجماعاً. وفي تعدية الحكم الى الجد اشكال، والاقوى نعم .

﴿ومن توابع هذا الفصل تحريم أخت الزوجة﴾ لاب أو لام أو لهما ﴿جمعاً لا عيناً﴾ ولا فرق بين الدائم والمنقطع وملك اليمين .

﴿وكذا﴾ تحرم جمعاً لا عيناً ﴿بنت أخت الزوجة وبنت أخيها﴾ وان نزلت،

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٥٤٣، ح١، ب٤٠ .

هذا مع عدم الاذن ، والا ﴿فان أذنت احداهما﴾ أي العمة والخالة ﴿صح﴾ على الاصح الاشهر .

وفي اختصاص الحكم بالزوجية فلايحرم الجمع بالوطىء بملك اليمين ، أوالعموم له أيضاً وجهان ، والاشهر الاظهر الاول . وأولى منه بالجواز ادخال البنتين المملوكتين عليهما بالملك، فلايعتبر استيذانهما فيه. وأولى منه عدم اعتبار استيذانهما في صورة العكس .

﴿ولا كذا لو أدخلت العمة أوالخالة على بنت الاخ أوالاخت﴾ فيحل الجمع بينهما هنا مطلقا وان كرهت البنتان على الأشهر . ولافرق في الجواز بين علم الداخلة بكون المدخول عليها بنت أخ أوأخت أم لا وفاقاً للاكثر .

﴿ ولو كان عنده العمة أو الخالة فبادر بالعقد على بنت الاخ أو الاخت ﴾ بدون اذنهما ﴿كان العقد باطلا﴾ اذا لم تأذنا اجماعاً ،وكذا لو أذنتا عند المصنف وغيره .

﴿وقيل : تتخير العمة أو الخالة بين الفسخ﴾ لعقد أنفسهما ﴿والامضاء﴾ له ولعقد البنتين ﴿أو﴾ امضاء عقد أنفسهما خاصة و ﴿فسخ عقدها﴾ أي البنت خاصة .

وفي المسألة أقوال أجودها لزوم عقد العمة والخالة وتزازل عقد البنت والحاقه بالفضولي ، ولكن مراعات الاحتياط أولى بالنكاح مرة أخرى بعد الرضا من الطرفين والطلاق ان لم ترض به البنتان أيضاً .

﴿وفي تحريم المصاهرة بوطيء الشبهة تردد، أشبهه﴾ عند المصنف وفاقاً للحلي ﴿أنه لاتحرم﴾ خلافاً للاكثر فنعم ، وهو الاظهر .

﴿أما الزنا فلاتحرم الزانية﴾ على الزاني بها وغيره بعد التوبة اجماعاً، وكذا قبلها وان كره على الاشهر الاقوى ، وتتأكد الكراهة في المشهورة بالزنا .

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ تحرم ﴿الزوجة﴾ الزانية ﴿وان أصرت على﴾ الاشبه ﴿الاشهر﴾ خلافاً للمفيد وغيره فتحرم مع الاصرار، وفي الدليل نظر .

﴿وهل تنشر﴾ الزنا ﴿حرمة المصاهرة؟﴾ فتحرم المزني بها على أب الزاني وأولاده وأمها وبنتها عيناً وأختها جمعاً ﴿قيل: نعم ان كان﴾ الزنا ﴿سابقاً﴾ على العقد ﴿ولا تنشر اذا كان لاحقاً﴾ له، والقائل جماعة من القدماء وأكثر المتأخرين ﴿والوجه أنه لا ينشر﴾ مطلقا حتى اذا كان سابقاً، وفاقاً لجماعة من أعيان القدماء ولكن الاول أحوط ومراعاته أولى .

﴿و﴾ على المختار يستثنى منه ما ﴿لو زنا بالعمة أو الخالة﴾ له، فانه لو فعل ذلك ﴿حرمت عليه بناتهما﴾ بلا خلاف يعتد به .

﴿وأما اللمس والنظر﴾ بشهوة ﴿بما لا يجوز لغير المالك﴾ لمسه والنظر اليه فقد اختلف الاصحاب فيه ﴿فمنهم من ينشر به الحرمة على أب اللامس والناظر وولده﴾ وهم الاكثرون .

﴿ومنهم من خص التحريم بمنظورة الاب﴾ دون الابن ، وهو المفيد وغيره .

﴿والوجه﴾ عند المصنف وغيره ﴿الكراهة في ذلك كله﴾ وأظهر هذه الاقوال هو الاول مع أنه أحوط .

﴿ولا يتعدى التحريم الى أم الملموسة والمنظورة ولا بنتيهما﴾ على الاشهر الاقوى ، ولا فرق بين المملوكة وأم الزوجة .

(ويلحق بهذا الفصل مسائل :)

﴿الاولى : لو ملك أختين فوطيء واحدة﴾ منهما ﴿حرمت﴾ عليه وطيء ﴿الاخرى﴾ الى أن يخرج الاولى عن ملكه ببيع أو هبة أو نحوهما من نواقل الملك

فاذا خرجت حلت اجماعاً .

وهل يكفي مطلق العقد الناقل أم يشترط ازومه فلايكفي البيع بخياره ولا الهبة التي يجوز الرجوع فيها ؟ وجهان، أحوطهما : الثاني .

وفي الاكتفاء بفعل مايقتضي تحريمها عليه كالتزويج والرهن والكتابة وجهان أجودهما : العدم مع أنه أحوط. ولافرق في تحريم الثانية بين وطىء الاولى قبلا أو دبراً .

وفي الحاق مقدماته من اللمس والقبلة والنظر بشهوة به نظر، والاحوط الاول وان كان العدم أظهر .

﴿ولو وطىء الثانية﴾ والحال هذه ﴿أثم﴾ اجماعاً ﴿ولم تحرم﴾ عليه ﴿الاولى﴾ وفاقاً للشيخ والحلي وأكثر المتأخرين ، وعليه فمتى أخرج احداهما عن ملكه حلت له الاخرى، سواء أخرجها للعود اليها أم لا. وان لم يخرج احداهما حرمت عليه الثانية دون الاولى ، عملا في ذلك كله بالاصول .

﴿و﴾ لكن ﴿اضطربت الرواية[1]﴾ في المسألة بعد اتفاقها على تحريم الاولى مع العلم بتحريم الثانية وتحليلها باخراج الثانية عن ملكه لابنية العود الى الاولى .

﴿ففي بعضها﴾ كالصحيحين وغيرهما أنه، ﴿تحرم﴾ عليه ﴿الاولى حتى تخرج الثانية عن ملكه لا للعود﴾ الى الاولى .

﴿وفي﴾ رواية ﴿أخرى﴾ صحيحة أنه ﴿ان كان جاهلا لم تحرم﴾ الاولى ﴿وان كان عالماً حرمتا عليه﴾ معاً ، ونحوها رواية أخرى موثقة .

ووجه الاضطراب فيها أن ظاهر الاخبار الاولة تحريم الاولى خاصة الى موت الثانية أو اخراجها عن الملك لا للعود الى الاولى، فان حملت على صورة وقوع

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٣٧١ ، ب٢٩ .

الوطىء بجهالة، حصلت المنافاة بينها وبين الاخيرتين صريحاً ، للتصريح فيهما بعدم حرمة الاولى في هذه الصورة . وان حملت على صورة وقوع الوطىء مع العلم بالحرمة، حصلت المنافاة بينهما، من حيث أن المستفاد من الاخبار الاولة تحريم الاولى خاصة ومنهما تحريمهما معاً .

ويمكن الجمع بحمل الاولة على الصورة الثانية، ويدفع المنافاة بأن حكمه عليه السلام بحرمة الاولى لايقتضي حل الثانية ، والمسألة مشكلة ، لكن تحريم الاولى مع العلم بحرمة الثانية الى خروجها عن الملك لابنية العود الى الاولى ليس محل ريبة، وانما هو في حل الاولى في صورة الجهل بحرمة الثانية وتحريم الثانية في صورة العلم مع بقاءهما على الملكية، ولايبعد المصير اليه وفاقاً لجماعة.

ومحصله: انه متى وطىء الثانية عالماً بالحرمة حرمتا معاً الى موت الاخيرة أو خروجها عن الملك لا للعود الى الاولى ، فان اتفق اخراجها لا لذلك حلت له الاولى، وان أخرجها للرجوع اليها فالتحريم باق. وان وطىء الثانية جاهلا بالتحريم لم يحرم عليه الاولى وبقيت الثانية في ملكه أم لا .

﴿الثانية: يكره أن يعتد الحر على الامة﴾ دواماً أو متعة مطلقاً على الاشهر الاقوى ، وفي الغنية[1] الاجماع .

﴿وقيل : يحرم ، الا أن يعدم الطول﴾ وهو القدرة على المهر ، كما يفيده المرسل[2] وزيد على النفقة ولو بالقوة ، لظاهر اطلاق الطول ﴿ويخشى العنت﴾ وهو مشقة الترك ، وفسر بالزنا وخوف الوقوع فيه ، والقائل جماعة من القدماء ولاريب أنه أحوط وأولى .

﴿الثالثة : لايجوز للعبد أن يتزوج﴾ دائماً ﴿أكثر من حرتين أو حرة وأمتين

---

(١) الغنية ص٥٤٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٣٩١ ، ح٥ .

أوأربع اماء﴾ باجماعنا وأخبارنا[١].

﴿الرابعة : لايجوز﴾ عندنا ﴿نكاح الامة على الحرة الا باذنها﴾ ولا فرق فيه بين الدائم والمنقطع ، ولو أذنت جاز مطلقا .

﴿ولو بادر﴾ فعقد عليها من غير اذن الحرة ﴿كان العقد باطلا﴾ أذنت بعد ذلك أم لا ، على الاشهر الاقوى ، وفي عبائر جمع عليه الاجماع .

﴿وقيل: كان للحرة الخيرة بين اجازته﴾ أي عقد الامة ﴿وفسخه﴾ ونسب الى الشيخين وجماعة من القدماء .

﴿وفي رواية [٢]﴾ موثقة أن الحرة ﴿لها أن تفسخ عقد نفسها﴾ دون عقد الامة ﴿وفي الرواية ضعف﴾ عن المقاومة لما قدمناه من المختار من الادلة .

كل ذا اذا تزوج الامة على الحرة ﴿ولو﴾ انعكس الفرض فـ ﴿ادخل الحرة على الامة جاز﴾ ولزم مع علم الحرة بأن تحته أمة اجماعاً ﴿وللحرة الخيار﴾ في فسخ عقد نفسها وامضائه ﴿ان لم تعلم﴾ بذلك ، ولاخيرة لها في فسخ عقد الامة على الاشهر الاقوى ، وفي السرائر[٣] والخلاف[٤] الاجماع .

﴿ولو جمع بينهما﴾ في العقد بأن تزوج بنت رجل وأمته ﴿في عقد﴾ واحد ﴿صح عقد الحرة﴾ والامة اذا علمت بها ورضيت ، والاصح عقد الحرة خاصة ﴿دون﴾ عقد ﴿الامة﴾ .

وظاهر العبارة البطلان كما عليه جماعة ، وفي المستند نظر ، بل الالحاق بالفضولي لعله أظهر ، وان كان العقد عليها ثانياً ان رضيت الحرة أحوط .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٥٢٠ ، ب٢٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤/ ٣٩٤ ، ح٣ .

(٣) السرائر ص٢٩٢ .

(٤) الخلاف ٢/ ٣٨٣ .

﴿الخامسة : لايحل العقد على ذات البعل﴾ ضرورة ﴿و﴾ لكن ﴿لاتحرم به﴾ مؤبداً مع الجهالة وعدم الدخول اجماعاً، وأما مع العلم أوالدخول فالاكثر على أنها لاتحرم كالسابق ، وفيه اشكال . والاحوط بل الاظهر التحريم، وأمامعهما معاً فهوزنا ، واليه أشار بقوله :

﴿ولو زنا بها حرمت﴾ مؤبداً ﴿وكذا﴾ لو زنا بها ﴿في﴾ العدة ﴿الرجعية﴾ بلاخلاف يعرف كماصرح به جمع ، وبالاجماع صرح آخرون ، وبه نص الرضوي[1] وغيره ، فلاوجه للتردد فيه وان اتفق لبعض المتأخرين تبعاً للمصنف في الشرائع[2].

ولايلحق به الزنا بذات العدة البائنة ، وعدة الوفاة ، ولابذات البعل الموطوءة بالشبهة ، ولا الموطوءة بالملك ، للاصل في غيرموضع الوفاق، مع فقد الصارف فيهن . وقيل: بالالحاق في ذات العدد المزبورة . ولايخلو عن قوة .

﴿السادسة : من تزوج امرأة﴾ دائماً أومنقطعاً ﴿في عدتها﴾ بائنة كانت أو رجعية ، أو عدة وفاة أوشبهة فيماقطع به الاصحاب حال كونه ﴿جاهلا﴾ بالعدة أو التحريم أوبهما معاً ﴿فالعقد فاسد﴾ بالضرورة .

﴿ولو دخل﴾ بها قبلا أو دبراً في العدة أوخارجها على الاقوى ﴿حرمت﴾ عليه ﴿مؤبداً﴾ اجماعاً فيهما ﴿ولحق به الولد﴾ مع الامكان، بأن يأتي به لاقل الحمل فمازاد الى أقصاه من حين الوطىء ﴿ولها المهر بوطىء الشبهة﴾ الموجب له ، وهل المراد به المسمى ام المثل؟ قولان ، أقربهما الثاني .

﴿و﴾ يجب عليها أن ﴿تتم العدة للاول وتستأنف﴾ عدة ﴿أخرى للثاني﴾ على الاشهر .

---

(١) المستدرك الباب ـ١١ ـ من أبواب مايحرم بالمصاهرة ح٨ .

(٢) شرائع الاسلام ٢/٢٩٢ .

﴿وقيل: تجزىء عدة واحدة﴾ عنهما، والقائل الاسكافي للمعتبرة[1]، وفيها الصحيح وغيره، ولايخلو عن قوة لولا الشهرة.

﴿ولوكان﴾ في تزويجها ﴿عالماً﴾ بالامرين معاً ﴿حرمت﴾ عليه مؤبداً ﴿بـ﴾ مجرد ﴿العقد﴾ ولوخلا عن الدخول اجماعاً، ولايلحق به الولد، وليس لهامهر مع علمها مطلقا ولو دخل بها، والافلها مهر المثل مع الدخول بما استحل من فرجها.

وفي الحاق مدة الاستبراء بالعدة فتحرم بوطئها فيها وجهان، أجودهما: العدم وكذا الوجهان في العقد عليها مع الوفاة المجهولة ظاهراً للمرأة خاصة قبل العدة مع وقوعه بعد الوفاة في نفس الامر أوالدخول مع الجهل، والحرمة هنالايخلو عن قوة مع أنها أحوط.

﴿ولوتزوج﴾ حال كونه ﴿محرماً﴾ بفرض أونفل، بحج أو عمرة، بعد افساده أوقبله ﴿عالماً﴾ بالحرمة ﴿حرمت﴾ عليه المعقود عليها أبداً مطلقا ﴿وان لم يدخل﴾ بها اجماعاً.

﴿ولوكان جاهلا﴾ بها ﴿فسد﴾ العقد اجماعاً ﴿ولم تحرم﴾ عليه مطلقا ﴿ولو دخل﴾ بها على الاشهر الاقوى.

ثم المعتبر في العقد المحرم صحته لولا الاحرام، فلاعبرة بالفاسد.

ولو انعكس فرض المسألة فتزوج المحل المحرمة، فالاصل الاباحة كماعليه الاكثر. وقيل: بالحرمة. وهو أحوط. ولاتحرم الزوجة بوطئها في الاحرام مطلقا اجماعاً.

﴿السابعة: من لاط بغلام﴾ أورجل ﴿فأوقبه﴾ ولو بادخال بعض الحشفة ﴿حرمت عليه أم الغلام﴾ والرجل وان علت ﴿وبنته﴾ وان سفلت من ذكر أو

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٣٤١، ح٢، و ٣٤٧ ح١١.

أنثى من النسب اتفاقاً ومن الرضاع على الاقوى ﴿وأخته﴾ دون بناتها اتفاقاً .

ومورد النص[1] الرجل والموطوءة الحي ، فلايلحق بهما الواطيء الصغير ولاالموطوءة الميت،نعم الاحوط ذلك .

وهل تحرم المذكورات بذلك مطلقا أم بشرطسبق الوطيء على العقدعليهن والا لم تحرمن ؟ وجهان بل قولان ، أحوطهما: الاول ان لم يكن أظهر .

وعلى عدم التحريم قيل: الظاهر عدم الفرق بين مفارقة من سبق عقدها بعد الفعل وعدمه، فيجوز له نكاحها بعده مع احتمال عدمه انتهى. والاحتمال لعله أقوى مع أنه أحوط وأولى. ولايحرم على المفعول بسببه شيء عندنا .

﴿السبب الرابع﴾ من أسباب التحريم ﴿استيفاء العدد﴾ عددالزوجات وعدد الطلاق .

أما الاول : فـ ﴿اذا استكمل الحر أربعاً﴾ من النسوة ﴿بالغبطة﴾ أي الدوام ﴿حرم عليه مازاد﴾ عليهن ، هذا في الحرائر .

﴿و﴾ أماغيرهن فـ ﴿يحرم عليه﴾ أن يتزوج ﴿ من الاماء مازاد على أمتين﴾ مطلقا كانت معهما حرائر أملا باجماعنا .

﴿واذا استكمل العبدحرتين أوأربعاً من الاماء﴾ خاصة أوحرة وأمتين ﴿حرم عليه مازاد﴾ على ذلك من الاماء والحرائر باجماعنا أيضاً .

قيل: والمعتق بعضه كالحر في حق الاماء فلايتجاوز اثنتين، وكالعبد في حق الحرائر فلايتجاوز حرتين. كما أن المعتق بعضها كالحرة في حق العبد فلا ينكح أكثر من اثنتين ، وكالامة في حق الحر فلا يتجاوزهما .

﴿ولكل منهما﴾ أي من الحر والعبد ﴿أن يضيف الى ذلك﴾ تزويج النسوة ووطئهن ﴿بالعقد المنقطع وملك اليمين ماشاء﴾ ولوألفاً حتى في العقد ، على

(١) وسائل الشيعة ١٤/٣٣٩ ، ب ١٥ .

الاشهر الاقوى .

﴿واذا طلق واحدة من الاربع حرم عليه مازاد غبطة﴾ ودواماً ﴿حتى يخرج﴾ المطلقة ﴿من العدة﴾ الرجعية بلاخلاف ﴿أو تكون المطلقة بائنة﴾ فيتزوج وان لم تنقض عدتها ان كانت ذات عدة ، كالمختلعة مثلا على الاشهر ، خلافاً للمفيد فأطلق المنع عن التزويج في العدة، ولم يفصل بين الرجعية والبائنة، كما هو ظاهر أخبار[١] المسألة، وهو أحوط بل لايخلو عن قوة، لولا الشهرة العظيمة على التفصيل كما عرفت، ولعله لذا أفتى بالكراهة الشديدة جماعة، والاجتناب مهما أمكن أولى وفي بعض الروايات تصريح بالجواز في البائن مع عدم العدة كغير المدخول بها وليس محل خلاف .

﴿وكذا لو طلق امرأة وأراد نكاح أختها﴾ فليس له ذلك حتى تخرج المطلقة من العدة الرجعية ، أو تكون طلقتها بائنة كانت ذات عدة أم لا اجماعاً ، والاشهر الاظهر الحاق عدة المتعة بالعدة البائنة، خلافاً للمقنع[٢] فألحقها بالرجعية، وهو أحوط في الجملة .

﴿ولو تزوجهما﴾ أي الاختين ﴿في عقد﴾ واحد أو متعاقبا مع التقارن ﴿بطل﴾ من أصله ﴿وقيل : يتخير﴾ احداهما ويخلي سبيل الاخرى ، والقائل جماعة من القدماء ﴿والرواية﴾ به ﴿مقطوعة﴾ أي مرسلة ، وفيه نظر لانها في التهذيب[٣] والكافي[٤] كذلك، والا ففي الفقيه[٥] مستندة صحيحة، الاأنها غير واضحة الدلالة فلا يخصص بها الاصول المعتضدة بالشهرة .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٤٠٠ ، ب٣ .

(٢) المقنع ص١١٥ .

(٣) تهذيب الاحكام ٧/ ٢٨٥ ، ح٣٩ .

(٤) فروع الكافي ٥/ ٤٣١ ح٣ .

(٥) من لايحضره الفقيه ٣/ ٢٦٥ ، ح٤٥ .

﴿ ولو كان معه ثلاث ﴾ نسوة دائمات ﴿ فتزوج اثنتين في عقد ،فان سبق باحداهما صح﴾ عقدها ﴿دون اللاحقة﴾ اتفاقاً ﴿وان قرن بينهما بطلا معاً﴾ على الاشهر الاقوى .

﴿وقيل: يتخير أيتهما شاء﴾ والقائل جماعةمن القدماء ﴿و﴾ لاشاهد لهم سوى انقياس بما ﴿في رواية[1] جميل﴾ الحسنةالمتضمنة لانه ﴿لوتزوج خمساً في عقد واحد يتخير أربعاً ويخلي باقيهن﴾ لكن الظاهر عدم قائل بالفرق بين المسألتين كما صرح به بعض ، لكن يرد بضعف الدلالة باحتمال عدم وقوع التزويج حال الاسلام، والتخيير هنا ليس محل كلام،ولايترك الاحتياط هنا وسابقاً بالعقدعلى المختارة مجدداً أو الاختيار، ثم الطلاق واعطاء مهر المختار ان بداله في نكاحها.

ثم المتبادر من اطلاق النصوص[2] والفتاوى في المقامين اختصاص الحكم نفياً واثباتاً بالجاهل بحرمة الجمع دون العالم بها .

﴿واذااستكملت الحرة طلقات ثلاثاً﴾ يتخللها رجعتان بأي أنواع الطلاق كان ﴿حرمت﴾ على زوجها ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ نكاحاً محللا مطلقاً ﴿ولو كانت تحت عبد﴾ .

﴿واذا استكملت الامة طلقتين حرمت﴾ عليه ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ كذلك ﴿ولو كانت تحت حر﴾ لان الاعتبار في عدد الطلقات بالزوجة باجماعنا .

﴿والمطلقة تسعاً للعدة﴾ ينكحها بينهارجلان، بأن طلقت بالشرائط ثم ارتجعت في العدة فوطئت ، ثم طلقت كذلك ثم ارتجعت فوطئت، ثم طلقت فنكحت زوجاً غيره بعد انقضاء العدة فوطئت، ثم طلقت فتزوجها الاول بعد انقضاء العدة ، ثم طلقت كذلك حتى استكملت تسعاً ﴿تحرم على المطلق أبداً﴾ باجماعنا .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٤٠٣ ، ب٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٤٠٣ ، ب٥ .

ثم ان اطلاق العدة على التسع المترتبة مجاز، لان الثالثة من كل ثلاث ليست للعدة ، فاطلاقه عليها اما اطلاق لاسم الاكثر على الأقل أو باعتبار المجاورة .

وحيث أن ظاهر النصوص[1] هو اعتبار التسع للعدة مترتبة ، فالحكم باعتبار التسع المتفرقة محل اشكال ان لم يكن اجماع ، وعلى تقديره فيقتصر على مورده وقوفاً عليه في الخروج عن مقتضى الاصل . والظاهر عدمه في الامة مطلقاً حتى لو طلقت للعدة تسعاً مرتبة، كما يستفاد من المتعرضين لحكمها هنا حيث احتملوا العدم فيها مطلقاً ، ولو ثبت الاجماع لم يحتمل فيها كما لم يحتمل في الحرة ، فالرجوع الى الاصل أولى .

﴿السبب الخامس﴾ من أسباب التحريم ﴿اللعان :﴾

﴿ويثبت به التحريم المؤبد﴾ بالنص[2] والاجماع ، وسيأتي الكلام في تحقيق حكمه وشرائطه في بحثه انشاء الله تعالى .

﴿وكذا﴾ يحرم بالابد لو ﴿قذف الزوج امرأته الصماء والخرساء بما يوجب اللعان﴾ لولا الافة برميها بالزنا مع دعوى المشاهدة وعدم البينة، فلا حرمة مع عدمهما ومع انتفاء الاول دون الثاني.

وفي الحاق نفي الولد هنا على وجه يثبت به اللعان لولا الافة بالقذف وجهان أجودهما : العدم .

ومقتضى اطلاق النص وفتوى الاصحاب وصريح بعضهم عدم الفرق في ثبوت الحكم بين المدخول بها وغيرها ، وعليه فمتى حرمت قبل الدخول فالاجود ثبوت جميع المهر، ولا يلحق بذلك قذف المرأة زوجها الاصم على الاشهر الاقوى خلافاً للصدوق فألحقه بقذف الزوج امرأته ، وهو أحوط وأولى .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٤٠٨ ، ب١١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٥٨٦ ، ب١ .

﴿السبب السادس : الكفر، ولايجوز للمسلم أن ينكح غير الكتابية﴾ ابتداءاً واستدامة .

﴿وفي﴾ جواز نكاح ﴿الكتابية قولان﴾ بل أقوال منتشرة ، الا أن ﴿أظهرهما﴾ وأشهرهما ﴿أنه لايجوز غبطة﴾ ودواماً مطلقاً حتى في المجوسية ﴿ويجوز متعة وبالملك في اليهودية والنصرانية﴾ وأحوطهما المنع مطلقاً .

﴿وفي﴾ جوازه بالتمتع وملك اليمين بـ ﴿المجوسية قولان، أشبههما﴾ عند المصنف تبعاً للنهاية[1] ﴿الجواز﴾ على كراهية شديدة ، ولكن الاقوى المنع عن العقد مطلقا .

﴿ولو ارتد أحد الزوجين﴾ أو هما معاً دفعة عن الاسلام ﴿قبل الدخول﴾ بالزوجة ﴿وقع الفسخ في الحال﴾ مطلقاً فطرياً كان الارتداد أم ملياً. ويجب على الزوج نصف المهر ان كان الارتداد منه لمجيء الفسخ من قبله فأشبه الطلاق. ثم ان كانت التسمية صحيحة فنصف المسمى والافنصف المثل ، ومع عدم التسمية فالمتعة. وقيل : يجب جميع المهر. وهو أظهر .

ولو كان الارتداد منها ، فلامهر لها لما مضى .

﴿ولو كان﴾ الارتداد ﴿بعد الدخول وقف﴾ انفساخ النكاح ﴿على انقضاء العدة﴾ عدة الطلاق . وان كان الارتداد من الزوجة مطلقاً أومن الزوج من غير فطرة ، فان رجع المرتد قبل انقضائها والا انفسخ ﴿الاأن يكون﴾ المرتد هو ﴿الزوج﴾ وكان ﴿مولوداً على الفطرة، فانه لايقبل عوده﴾ ﴿ولو في العدة﴾ ﴿وتعتد زوجته عدة الوفاة﴾ اجماعاً ، ولايسقط من المهر هنا وفيما سبق شيء .

﴿واذا أسلم زوج الكتابية﴾ دونها ﴿فهو على نكاحه ، سواء كان قبل الدخول أو بعده﴾ دائماً كان النكاح أومنقطعاً، كتابياً كان الزوج أو وثنياً، جوزنا

(١) النهاية ص٤٥٧ .

نكاحها للمسلم أم لا .

﴿ولو أسلمت زوجته﴾ أي الكافر ﴿دونه انفسخ﴾ النكاح ﴿في الحال ، ان كان﴾ الاسلام ﴿قبل الدخول﴾ ولامهر لها لمجيء الفرقة من قبلها ﴿ووقف﴾ الفسخ ﴿على انقضاء العدة﴾ عدة الطلاق ، كماذكروه من حين الاسلام ﴿ان كان بعده﴾ فاذا انقضت ولم يسلم تبين بينوتها منه حين الاسلام كما ذكروه، وان أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح، وجميع ذلك موضع وفاق في الوثني ومشهور في الكتابي .

﴿وقيل: ﴾ لاينفسخ النكاح بانقضاء العدة مطلقا ، بل ﴿ان كان﴾ الزوج ذمياً قائماً ﴿بشرائط الذمة كان نكاحه باقياً﴾ بحاله ﴿و﴾ لكن ﴿لايمكن الدخول عليها ليلا ولا من الخلوة بها نهاراً﴾ ولامن اخراجها الى دار الحرب، والقائل الشيخ في النهاية [1]، وقد رجع عنه في الخلاف[2] مدعياً على خلافه الوفاق ، فاذن المذهب هو الاول .

ولو أسلما معاً ثبت النكاح ﴿و﴾ لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين معاً أو من بحكمهما من الكفار ﴿غير الكتابيين﴾ وكان الاسلام قبل الدخول بطل النكاح مطلقا، ويجب نصف المهر أوالجميع باسلام الزوج دون اسلامها فيسقط لمامر وبعد الدخول ﴿يقف﴾ الفسخ ﴿على انقضاء العدة باسلام أيهما اتفق﴾ فان انقضت ولم يسلم الاخر، تبين انفساخه من حين الاسلام ، وان أسلم فيها استمر النكاح، كل ذلك بغير خلاف .

﴿ولو أسلم﴾ الوثني ومن في حكمها أو ﴿الذمي وعنده أربع فمادون﴾ كتابيات مطلقا أووثنيات أسلمن معه ﴿لم يتخير﴾ .

---

(١) النهاية ص٤٥٧ .

(٢) الخلاف ٢/٣٨٧ .

﴿ولو كان عنده أكثر من أربع﴾ منهن ﴿تخير أربعاً﴾ منهن من دون تجديد عقد بشرط جواز نكاحهن، وفارق سائرهن من دون طلاق ان كان حراً وهن حرائر والا اختار ماعين له سابقاً من حرتين وأمتين، أو أمة وثلاث حرائر، والعبد يختار حرتين أو أربع اماء أو حرة وأمتين، ثم يتخير الحرة في فسخ عقد الامة واجازته ان قلنا به، والا بطل عقد الامة خاصة .

ولو شرطنا في نكاح الامة الشرطين توجه انفساخ نكاحها هنا اذا جامعت حرة، الأن المحكي عن جماعة الاجماع على اختصاص المنع بصورة الابتداء دون الاستدامة ، وهو الاوفق بظاهر الادلة .

وعلى المنع مطلقاً لو تعددت الحرائر اعتبر رضاهن جمع مالم يزدن على أربع، فيعتبر رضا من يختارهن من النصاب، ولافرق في التخيير بين من ترتب عقدهن أو اقترن ، ولا بين اختيار الاوائل والاواخر ، ولا بين من دخل بهن وغيرهن .

ولو أسلم معه أربع وبقي أربع، فالاقوى بقاء التخيير لاطلاق النص، وفيه نظر . وقيل: يتعين المسلمات. وهو أحوط .

﴿وروى عمار﴾ في الموثق ﴿عن﴾ مولانا ﴿أبي عبدالله عليه السلام﴾ : أن اباق العبد بمنزلة الارتداد ، فان رجع والزوجة في العدة فهو أحق بها ، فان خرجت من العدة فلاسبيل له عليها[1] . و﴿ليس ﴿في﴾ هذه ﴿الرواية ضعف﴾ بالمعنى المصطلح لوثاقة عمار وان كان فطحياً ، وعمل بها جماعة، خلافاً للاكثر بل كاد أن يكون الان اجماعاً ولعله الاظهر . فتبقى الزوجية الى وقوع البينونة بطلاق ونحوه .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤ / ٥٨٢، ح١ ب٧٣ .

وهنا (مسائل سبع :)

﴿الاولى: التساوي﴾ بين الزوجين المعبر عنه بالكفاءة ﴿في الاسلام﴾ بالمعنى العام ، وهو الاقرار بالشهادتين مع عدم انكار مايلحق منكره بالكفار ﴿شرط في صحة العقد﴾ فلايجوز للمسلمة التزويج بالكافر مطلقا، ولا المسلم بالوثنية كذلك، وبالكتابية دائماً ابتداءاً على الاصح كمامر. ويجوز له تزويجها متعة وبملك اليمين واستدامة اجماعاً في الاخير وعلى الاقرب في الاولين .

﴿ وهل يشترط التساوي في الايمان ؟ ﴾ بالمعنى الخاص ، والمراد منه الاقرار بالائمة الاثناعشر بالشرط المتقدم[1]، فيه أقوال ثالثها: اختصاصه بالزوج دون الزوجة، وهو الاظهر الاشهر، وعليه الاجماع في كلام جمع .

و ﴿الاظهر﴾ عند المصنف تبعاً للمفيد وغيره أنه ﴿لا﴾ يشترط مطلقا ﴿لكنه يستحب﴾ مطلقا ﴿ويتأكد﴾ الاستحباب ﴿في المؤمنة﴾ يعني يستحب لها مؤكداً أن لاتتزوج من المخالف ، والاقوى ماقدمناه من المنع الا لتقية فيجوز قولا واحداً .

وحيث أن المصنف اكتفى بالاسلام ولم يشترط الايمان، وربما يتوهم شموله لمطلق من حصل له الاسلام أراد اخراج من أجمع على كفره منهم، فقال :

﴿ نعم لايصح نكاح الناصب ولا الناصبة لعداوة أهل البيت عليهم السلام ﴾ اجماعاً .

﴿ولايشترط﴾ في صحة النكاح ﴿تمكن الزوج﴾ من المهر بالفعل عندنا ولا ﴿من النفقة﴾ فعلا أوقوة على الاشهر الاقوى، خصوصاً مع علم المرأة بالحال ورضاها ، ففي كلام جماعة الاجماع على الصحة هنا ، خلافاً للشيخين وغيرهما

(١) وهو أن لاينكر شيئاً من ضروريات الدين « منه » .

فاشترطوه ، وهو ضعيف .

وعلى المختار فهل للمجاهلة بالفقر المعقود عليها الخيار بعد العلم؟ وجهان الاجود لا .

﴿ولاتتخير الزوجة لو تجدد العجز﴾ للزوج ﴿عن الانفاق﴾ عليها في فسخ العقد، على الاشهر الاقوى .

﴿ ويجوز نكاح الحرة بالعبد والهاشمية بغير الهاشمية والعربية بالعجمي وبالعكس ﴾ اتفاقاً، الا من الاسكافي فاعتبر فيمن يحرم عليهم الصدقة أن لايتزوج فيهم الا منهم، وهو نادر .

﴿واذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب﴾ على من بيده عقدة النكاح ﴿اجابته وان كان أخفض نسباً، وان منعه الولي كان عاصياً﴾ في ظاهر الاصحاب عملا بظاهر الامر وصريح الخبر[1] .

وانما يكون عاصياً بالامتناع اذا لم يكن هناك طالب آخر مكافئاً له وان كان أدون منه ، والا جاز العدول اليه وكان وجوب الاجابة حينئذ تخييرياً .

ويدخل فيمن بيده عقدة النكاح ـ كما قدمنا ـ المخطوبة الثيبة ، أو البكر البالغة الرشيدة ، فتجب عليها الاجابة على الاصح .

وهل يعتبر في وجوب الاجابة بلوغ المرأة أم تجب الاجابة على الولي وان كانت صغيرة ؟ وجهان، أجودهما : الاول وان كان الثاني أحوط .

﴿ويكره أن يتزوج﴾ المؤمنة ﴿الفاسق﴾ مطلقا ، بل ربما قيل بالمنع ﴿وتتأكد﴾ الكراهة ﴿في شارب الخمر﴾ .

﴿ وأن تتزوج المؤمنة بالمخالف ﴾ عند المصنف ، والاظهر التحريم كما مر .

﴿ولا بأس بالمستضعف والمستضعفة ومن لايعرف بعناد﴾ على كراهية غير مؤكدة ، ولا بالغة حد تلك الكراهية .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٥٠ ، ب٢٨ .

﴿الثانية : اذا انتسب الى قبيلة فبان من غيرها ، ففي رواية[١] الحلبي﴾ الصحيحة أنه ﴿ينفسخ النكاح﴾ كمافي نسخة ، وفي أخرى أنها تتخير . وفيها زيادة على اختلاف النسخ وجوه من الضعف ، ولذا اختار الاكثر عدم الانفساخ ولزومه على الاطلاق ، ولعله أظهر .

﴿الثالثة : اذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت زنت﴾ قبل العقد ﴿فليس له الفسخ ولا الرجوع على الولي بالمهر﴾ على الاشهر ، خلافاً للمقنع فأوجب الفسخ ونفي الصداق ، ووافقه المفيد وجماعة في المحدود خاصة .

﴿وفي رواية﴾ صحيحة في الخلاف[٢] وغيره أن ﴿لها الصداق بما استحل من فرجها ويرجع﴾ الزوج ﴿به﴾ أي بالمهر ﴿على الولي ، وان شاء تركها﴾[٣] وباطلاقها في الرجوع بالمهر على الولي أفتى الشيخ ، وقيده الحلي بصورة تدليس الولي ، أي علمه بالزنا وستره عن الزوج ، وهو قوي .

﴿الرابعة : لايجوز التعريض بالخطبة﴾ بالكسر ، وهو الاتيان بلفظ يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها مع ظهور ارادتها ، كرب راغب فيك وحريص عليك ، أو أني راغب فيك ، أو أنت علي كريمة أو عزيزة ، أو نحو ذلك لذات البعل ، وكذا ﴿لذات العدة الرجعية﴾ لامن الزوج خاصة ، فيجوز لها التعريض لها فيها .

﴿ويجوز﴾ له ولغيره التعريض ﴿في﴾ عدة ﴿غيرها﴾ كالعدة البائنة ، على الاشهر الاقوى في الاخير مطلقا ، سواء حرمت على زوجها مؤبداً أم لا ، واجماعاً في الاول اذا لم تحرم عليه مؤبداً ، أو حلت له بعد العدة من دون احتياج الى محلل ، وكذا لو احتاج اليه على الاشهر الاقوى .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٦١٤ ، ح١ .

(٢) الاستبصار ٣/٢٤٥ ، ح٢ .

(٣) وسائل الشيعة ١٤/٦٠١ ، ح٤ .

﴿ويحرم التصريح﴾ بها أي بالخطبة، وهو الاتيان بلفظ لايحتمل الا النكاح، كأريد أن أزوجك بعد عدتك ﴿في الحالين﴾ أي في كل من العدة الرجعية والبائنة بأنواعه مطلقا في غير الزوج، ومقيداً فيه بصورة تحريمها عليه مؤبداً.

ويجوز له فيما عداها كالرجعية والبائنة التي هي عنده على تطليقتين أو تطليقة، والاجابة تابعة للخطبة حلا وحرمة كما قالوه.

ولو عرض أو صرح بها في محل المنع لم يحرم نكاحها قطعاً.

﴿الخامسة: اذا خطب فأجابته﴾ هي أو وكيلها أو وليها ﴿كره لغيره خطبتها ولا تحرم﴾ على أصح القولين، الا اذا استلزم اثارة الشحناء وأذية المؤمن فتحرم، وقيل: بالتحريم مطلقا. وهو أحوط وأولى. ولو ردت لم تحرم اجماعاً. ولو انتفى الامران فالكراهة أيضاً.

هذا كله في الخاطب المسلم، أما الذمي اذا خطب الذمية لم تحرم خطبة المسلم لها قطعاً. وحيث تحرم لو خالف وخطب وعقد، صح وان فعل محرماً.

﴿السادسة: نكاح الشغار باطل﴾ وحرام ﴿وهو أن تتزوج امرأتان برجلين، على أن﴾ يكون ﴿مهر كل واحدة نكاح الاخرى﴾ قيل: ولو خلى المهر من أحد الجانبين بطل خاصة.

ولو شرط كل منهما تزوج الاخرى بمهر معلوم، صح العقدان وبطل المسمى. وكذا لو زوجه بمهر وشرط أن يزوجه ولم يذكر مهراً. وفي اطلاق الحكم بفساد الشرط نظر، للزوم الوفاء به مع الامكان لكونه سائغاً، فافساد المسمى والرجوع الى المهر مطلقا لاوجه له.

﴿السابعة: يكره العقد على القابلة المربية وبنتها﴾ للنهي المحمول عليها جمعاً، على الاشهر الاقوى، وقيل: بالتحريم. وهو أحوط. وفي ظاهر النص[1]

(١) وسائل الشيعة ١٤/٣٨٦، ح١.

الكراهة مطلقا وان لم تكن مربية ، ولكن التقييد بها ورد في الموثق[١] ، وهو أظهر وفاقاً للمتن وجماعة .

﴿وأن يزوج ابنه بنت زوجته اذا ولدتها بعد مفارقته لها﴾ ومقتضى النص[٢] تعدية الحكم الى ابنة مطلق المنكوحة ، وعكس فرض العبارة من تزويج ابنته من ابن المنكوحة ، أما لو ولدتها قبل تزويجه فلا كراهة واليه أشار بقوله : ﴿ولا بأس بمن ولدتها قبل ذلك﴾ .

﴿وأن يتزوج بمن كانت ضرة لامه مع غير أبيه﴾ والنص[٣] شامل لما اذا كان تزويج ذلك الغير قبل أبيه وبعده .

﴿وتكره الزانية قبل أن تتوب﴾ مطلقا على الاقوى كما مضى .

(القسم الثاني)

(في نكاح المنقطع)

وهو نكاح المتعة .

﴿والنظر﴾ فيه ﴿في أركانه وأحكامه ، وأركانه أربعة :﴾

﴿الاول: الصيغة، وهو﴾ أي النكاح المنقطع ﴿ينعقد بأحد الالفاظ الثلاثة﴾ يعني : أنكحتك وزوجتك ومتعتك بلا خلاف ، وينبغي الاقتصار عليها ﴿خاصة﴾ في المشهور ، فلا ينعقد بالتمليك والهبة والبيع والاجارة والاباحة .

﴿وقال علم الهدى : ﴾ انه ﴿ينعقد في﴾ التمتع بـ ﴿الاماء بلفظ الاباحة والتحليل﴾ وهو ضعيف .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٣٨٦ ، ح٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٣٦٣ ، ب٢٣ .

(٣) وسائل الشيعة ١٤/٣٨٩ ، ب٤٢ .

ويعتبر فيها جميع ما اعتبر في صيغة الدوام عدا كون الايجاب والقبول بصيغة الماضي ، فيجوز الاستقبال مع قصد الانشاء هنا ، وفاقاً لجماعة ، وان كان الاحوط اعتبار الماضوية في كل من طرفي الصيغة .

﴿ الثاني : ﴾ في ﴿الزوجة﴾ المتمتع بها ﴿ويشترط كونها مسلمة أو كتابية﴾ فلا يجوز بالوثنية والمجوسية ، ويجوز بالكتابية على أصح الاقوال المتقدمة .

﴿ولايصح﴾ التمتع ﴿بالمشركة والناصبية﴾ والخارجية لكفرهن ، أما المخالفة غير الناصبة فيجوز كما في الدوام .

﴿و﴾ لكن ﴿يستحب اختيار المؤمنة﴾ العارفة ﴿العفيفة ، وأن يسألها﴾ بل غيرها ﴿عن حالها﴾ أهي ذات بعل أو في عدة أم لا ؟ ﴿مع التهمة﴾ بالبعل والعدة لا مطلقا ﴿وليس﴾ السؤال ﴿شرطاً﴾ في الجواز اجماعاً ، بل ولا واجباً ، بل ربما يستفاد من بعض النصوص[1] كراهيته ، ولكن مورده السؤال بعد التزويج .

﴿ويكره﴾ التمتع ﴿بالزانية﴾ كما سبق ﴿وليس شرطاً﴾ .

﴿وأن يستمتع ببكر ليس لها أب﴾ بل مطلقا ، فانها عار على أهلها ﴿فان فعل فلا يقتضها ، وليس﴾ ذلك ﴿محرماً﴾ على الاشهر الاقوى ، وقيل : يحرم اذا كان بغير اذن أبيها ، وهو جيد لو استلزم الفساد ، والا فهو أحوط .

﴿ولا حصر في عددهن﴾ فله التمتع بما شاء منهن .

﴿ويحرم أن يتمتع أمة على حرة﴾ مطلقا ولو كانت متمتعاً بها ﴿الا باذنها﴾ فيصح على الاقوى .

﴿وأن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت أختها ما لم تأذن﴾ المرأة .

﴿الثالث: المهر ، وذكره﴾ في ضمن العقد ﴿شرط﴾ هنا في الصحة اجماعاً ،

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٤٥٧ ، ح٥ .

فيبطل بالاخلال به عمداً أوسهواً ، بخلاف الدائم فليس فيه ركناً اجماعاً، ويشترط فيه الملكية والعلم فيه بالمقدار والكمية .

﴿ويكفي فيه المشاهدة﴾ صحة فيما لايكتفى فيه بها من المعاوضات الصرفة بشرط الحضور ، ومع الغيبة فلابد من الوصف بمايرفع الجهالة .

﴿ويتقدر بالتراضي﴾ بكل مايقع عليه مما يتمول ﴿ولو بكف من بر﴾ على الاشهر الاظهر .

﴿ولولم يدخل﴾ بها ﴿ووهبها﴾ مابقي من ﴿المدة﴾ المضروبة كملا ﴿فلها النصف﴾ من المسمى، فتأخذه منه مع عدم الاداء ﴿ويرجع﴾ الزوج ﴿بالنصف عليها لوكان دفع المهر﴾ اليها، ولارجوع في هبة البعض وايفاء الباقي مطلقا ولوقسطاً . والمراد بهبة المرأة ابراء الذمة عنها .

ثم كل ذا اذا لم يدخل بها ووهبها ﴿واذا دخل﴾ بها ﴿استقر المهر﴾ في ذمته ﴿كملا﴾ بشرط الوفاء بكمال المدة أو هبته لها .

﴿و﴾ مع فقد الشرطين كما ﴿لوأخلت بشيء من المدة﴾ من دون هبة اختياراً ﴿فاصها﴾ من المهر بنسبة ماأخلت به من المدة ، بأن يبسط المهر على جميعها ويسقط منه بحسابه ، حتى لوأخلت بها أجمع سقط عنه المهر ، ويتصور ذلك بالاخلال بهاقبل الدخول .

ولافرق في الحكم المذكور بينه وبين بعده ، ويستثنى منه أيام الطمث. وفي الحاق ما عداه من الاعذار من المرض والخوف من ظالم وجهان ، أوجههما العدم .

ويجوز تأخير المهر، ولاتجب المبادرة الى دفعه اليها بعد العقد على الاقوى، خلافاً لجماعة فأوجبوها ، وهوأحوط وأولى .

﴿ولوبان فساد العقد﴾ اما بظهور زوج أو عدة ، أو كونها محرمة عليه جمعاً

أو عيناً ، أو غير ذلك من المفسدات ﴿فلامهر﴾ لها ﴿ان لم يدخل﴾ بها مطلقا اجماعاً .

﴿ولودخل﴾ بها ﴿فلها ماأخذت﴾ منه ﴿وتمنع مابقي﴾ مطلقا فيهما ، قليلاكان أو كثيراً ،كانا بقدر ماضى من المدة ومابقي منها أملا، لكن بشرط جهلها بالفساد لامطلقا على الاقوى .

﴿و﴾هنا أقوال أخر، منها: ان﴿الوجه أنها تستوفيه﴾ أي المسمى جميعاً ﴿مع جهالتها﴾ مطلقا، انقضت المدة بكمالها أملا، أخذت منه شيئاً أملا . وهو ضعيف جداً ﴿و﴾ على القولين بل الاقوال ﴿يستعاد منها﴾ مع الاخذ ، أولا تعطي شيئاً مع العدم ﴿مع علمها﴾ .

ومنها : ماختاره المصنف بقوله : ﴿واوقيل : بمهر المثل مع الدخول وجهلها﴾ وعدم المهر مع عدم الدخول أوعلمها مطلقا ﴿كان حسناً﴾ أماالثاني فللاجماع ، وأما الاول فلانه الاصل في كل عقد فاسد ووطىء شبهة قطعاً ، وهو جيد لولا النص[1] المعتبر على القول الاول .

ثم ان قلنا بالمثل، فهل المراد به مهر المثل لتلك المدة أومهر المثل للنكاح الدائم ؟ قولان، أجودهما: الثاني، فاوقيل بأقل الامرين لم يكن بعيداً .

﴿الرابع: الاجل، وهو﴾ أي ذكره ﴿شرط في﴾ صحة العقد اجماعاً.

﴿و﴾لاتقدير له شرعاً بل ﴿يتقدر بتراضيهما﴾ عليه كائناً ماكان ﴿كاليوم والسنة والشهر﴾ والشهرين ، ولافرق في الزمان الطويل بين صورتي العلم بامكان البقاء الى الغاية وعدمه ، وفي الزمان القصير بين امكان الجماع فيه وعدمه .

﴿ولابد من تعيينه﴾ بأن يكون محروساً من الزيادة والنقصان، وفي اعتبار

(١) وسائل الشيعة ١٤/٤٨٢، ب٢٨ .

اتصال المدة المضروبة بالعقد أم جواز انفصالها قولان، أجودهما: الثاني .

وعليه ففي جواز العقد عليها في المدة المتخللة بين العقد ومبدأ المدة المشترطة أم العدم قولان ، أجودهما : الاول اذا وقت المدة المتخللة بالاجل المعقود عليه ثانياً والعدة بالنسبة اليه، والاحتياط هنا وفيما سبق سبيله واضح .

ثم كل ذا مع تعيين المبدأ، ومع الاطلاق ينصرف الى الاتصال على الاشهر الاظهر .

﴿ولايصح ذكر المرة والمرات مجردة عن زمان مقدر﴾ لهما على الاشهر الاقوى .

﴿وفيه رواية﴾ بل روايات[1] ﴿بالجواز﴾ ولكن ﴿فيها ضعف﴾ وشذوذ فان القائل بها غير معروف، ويمكن حملها على صورة ذكرهما مع تقدير الزمان الذي هو ظرف لهما والاجل للعقد، فانه لايجوز له الزيادة على العدد المشروط بغير اذنها ، ولايتعين عليه فعله قطعاً .

ويجوز له الاستمتاع منها بعد استيفاء العدد المشترط بغير الوطىء ، حيث يزيد الاجل على العدد في جواز الوطىء بها حينئذ مع الاذن قولان ، أشهرهما وأظهرهما : الاول .

(وأما الاحكام فمسائل :)

﴿الاولى : الاخلال بذكر المهر مع ذكر الاجل يبطل العقد﴾ ولاينقلب دائماً هنا اجماعاً .

﴿و﴾ لو عكس فـ ﴿ذكر المهر من دون الاجل﴾ ففيه أقوال ، أشهرها أنه ﴿ينقلب دائماً﴾ وقيل: يبطل كالسابق وهو الاقوى وفاقاً لجماعة .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٤٧٨، ب٢٥ .

هذا مع توافقهما على قصدهما التمتع أوكان من الخارج معلوماً، والا فما عليه الاكثر متعين في ظاهر الشرع دون نفس الامر .

﴿الثانية : لاحكم للشروط﴾ اذا كانت ﴿قبل العقد﴾ مطلقا سائغة كانت أملا اجماعاً، وكذا اذا كانت بعده .

﴿وتازم لوذكرت فيه﴾ اذا كانت سائغة،ولم يجب ذكرها بعد العقد ثانية.

﴿الثالثة: يجوز﴾ لكل منهما ﴿اشتراط اتيانها ليلا أونهاراً﴾ أو وقتاً دون وقت آخر، أوتمتعاً مخصوصاً لامطلقا اجماعاً ﴿وأن لايطأها في الفرج﴾ .

ويجوز اتيانها في الوقت المستثنى مع الرضا على الاقوى، وفاقاً لجماعة ومنهم المصنف بقوله : ﴿ولو رضيت به﴾ أي بالوطىء ﴿بعد العقد جاز﴾ ولعله الاشهر بين الاصحاب .

﴿و﴾يجوز ﴿العزل﴾ عنها ولو ﴿من دون اذنها﴾ اجماعاً .

﴿ويلحق﴾ به ﴿الولد﴾ مع الامكان ﴿وان عزل﴾ وكذا في كل وطىء صحيح، فان المني سباق والولد للفراش، وظاهرهم الوفاق عليه، و ﴿لكن لو نفاه﴾ انتفى و ﴿لم يحتج الى اللعان﴾ هنا مطلقا ولولم يعزل، وليس له النفي الامع العلم بالانتفاء مطلقا وان عزل أو اتهمها أوظن الانتفاء .

﴿الرابعة : لايقع بالمتعة طلاق اجماعاً﴾ بل تبين بهبة المدة أو بانقضائها ﴿ولا لعان على الاظهر﴾ الاشهر في القذف ونفي الولد، وفي الغنية الاجماع.

﴿ويقع الظهار على﴾ الاشهر الاقوى، و ﴿تردد﴾ فيه المصنف دون بحثه فحكم بالوقوع ثمة بدونه .

﴿الخامسة: لايثبت بالمتعة ميراث بينهما﴾ مطلقا اشترط الثبوت أوالعدم أملا كماعن الاكثر .

﴿وقال المرتضى: ﴾ انه ﴿يثبت﴾ التوارث بينهما مطلقا ﴿مالم يشترط

السقوط﴾ وهو ضعيف جداً .

﴿نعم لو شرط الميراث﴾ بينهما ﴿لزم﴾ الشرط وتوارثا على الاقوى ، وفاقاً لكثير من الاصحاب، حتى كاد أن يكون بينهم مشهوراً، وعليه فان اشترطاه لهما فعلى ما اشترطاه أولاحدهما، احتمل كونه كذلك والبطلان، والاول أقوى.

﴿السادسة : اذا انقضى أجلها﴾ أو وهب وكانت مدخولا بها غير يائسة ، وجب عليها العدة منه لغيره دونه ، حرة كانت أو أمة اجماعاً ، وقد اختلف في قدرها على أقوال أربعة :

منها ما أشار اليه بقوله : ﴿فالعدة﴾ من انقضاء الاجل أو هبته دون الوفاة ﴿حيضتان﴾ كاملتان ﴿على الاشهر﴾ الاقوى، وهو مع ذلك أحوط وأولى ، هذا اذا كانت ممن تحيض .

﴿وان كانت ممن تحيض و﴾ لكن ﴿لم تحض﴾ لافة ﴿فـ﴾ عدتها ﴿خمسة وأربعون يوماً﴾ اجماعاً.

﴿ولو مات عنها﴾ وهي حرة حائل ﴿ففي﴾ مقدار ﴿العدة﴾ فيها ﴿روايتان [1] ، أشبههما﴾ وأشهرهما أنها ﴿أربعة أشهر وعشرة أيام﴾ مطلقا مدخولا بها كانت أم لا، والرواية الثانية أنها شهران وخمسة أيام، وعليها جماعة من القدماء. واذا كانت حاملا فأبعد الاجلين اجماعاً.

﴿السابعة : لايصح تجديد العقد﴾ عليها مطلقا دائماً كان أو منقطعاً ﴿قبل انقضاء الاجل﴾ على الاشهر الاقوى .

﴿ولو أراد العقد﴾ عليها دائماً أو منقطعاً ﴿وهبها ما بقي من المدة واستأنف﴾ العقد وليس عليها منه عدة .

---

(١) وسائل الشيعة ١٥ / ٤٨٤، ب٥٢ ، ح١ و٢ و٤ .

(القسم الثالث)

(في نكاح الاماء والعبيد)

﴿والنظر﴾ فيه ﴿اما في العقد واما في الملك : ﴾

﴿أما العقد: فليس للعبد ولا للامة أن يعقدا لانفسهما نكاحاً﴾ مطلقا ﴿مالم يأذن المولى﴾ .

﴿ولو بادر أحدهما﴾ فعقد لنفسه بغيراذنه ﴿ففي وقوفه على الاجازة﴾ وصحته معها أوالعدم والبطلان رأساً ﴿قولان ، و﴾لكن ﴿وقوفه على الاجازة أشبه﴾ رأشهر، وهي كاشفة عن الصحة من حين الصيغة، كغيره من العقود الفضولية خلافاً للنهاية[1] فكصيغة مستأنفة .

وظاهر النص[2] الاكتفاء في الاجازة بالسكوت، كما عن الاسكافي وصرح به جماعة، ولابأس به، الأن مراعاة الالفاظ الصريحة فيها أحوط وأولى .

﴿ولو أذن المولى﴾ ابتداءاً أو أخيراً ﴿ثبت في ذمة مولى العبد المهر والنفقة﴾ على الاشهر الاقوى ، خلافاً لاحد قولي الشيخ تعلقه بكسب العبد ، وعن العلامة احتمال تعلقه برقبة العبد ، وهما ضعيفان .

﴿ويثبت لمولى الامة المهر﴾ بلاخلاف .

﴿ولو﴾ تزوج عبد بأمة غير مولاه فـ ﴿لم يأذنا﴾ أو أذنا معاً ﴿فالولد﴾ ان حصل ﴿لهما﴾ بينهما نصفين .

﴿ ولو أذن أحدهما كان ﴾ الولد ﴿ للاخر ﴾ الذي لم يأذن في ظاهر الاصحاب ، فان تم اجماعاً كما في ظاهر المسالك ، أو وجد نص كما يظهر عن

---

(١) النهاية ص٤٧٦ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٥٢٥، ب٢٦ .

بعض ، والا ففيه اشكال . وأولى به مالو اشترك أحد الزوجين بين اثنين ، فاذن مولى المختص أو أحد الشريكين أو تعدد مولى كل منهما ، فانه خارج عن موضع النص المدعى والفتوى ، واشتراك الجميع دون الاختصاص بمن لم يأذن لعله هنا أقوى .

﴿وولد المملوكين رق لمولاهما﴾ .

﴿ولو كانا لاثنين فـ﴾ قدعرفت أن ﴿الولد بينهما بالسوية﴾ واكن لامطلقاً بل ﴿ما﴾ دام ﴿ لم يشترط أحدهما ﴾ الانفراد بالولد أو بأكثره ، والا فعلى مااشترط .

﴿واذا كان أحد الابوين﴾ أي الزوج والزوجة ﴿حراً فالولد حر﴾ مطلقاً على الاشهر الاقوى ، بل كاد أن يكون اجماعاً . ولافرق بين الولد المعقودة والمحللة ﴿ الا أن يشترط المولى ﴾ على الحر ﴿رقيته﴾ أي الولد ، فيجوز ويصير رقاً ﴿ على ﴾ قول مشهور بين الاصحاب ضعيف المأخذ ، ولعله لذا ﴿تردد﴾ المصنف في الشرائع[1] ظاهراً وهنا صريحاً .

ثم على تقدير اشتراط رقيته في العقد أو التحليل ، وقلنا بعدم صحة الشرط هل يحكم بفساد العقدأم يصح ويبطل الشرط خاصة؟ وجهان ، وأولى بعدم الصحة لو قلنا به لو كان تحليلا . وعلى هذا لو دخل مع فساد الشرط وحكمنا بفساد العقد كان زانياً مع علمه بالفساد وانعقد الولد رقاً كنظائره . نعم لو جهل الفساد كان حراً للشبهة ، وان قلنا بصحة الشرط لزم العقد به ولم يسقط بالاسقاط بعد العقد مع احتماله تغليباً للحرية ، ولايخلو عن قوة .

﴿ولو تزوج الحر أمة من غير اذن مالكها ، فان وطئها قبل الاجازة عالماً﴾ بالحرمة ولاشبهة ﴿فهو زان والولد رق للمولى وعليه الحد﴾ بموجب الزنا ،

(١) شرائع الاسلام ٢/٣٠٩ .

كما أن عليها ذلك لو علمت بالحرمة ولاشبهة .

﴿و﴾ كذا عليه ﴿المهر﴾ اتفاقاً ان كانت جاهلة بالحكم أوموضوعه، وكذا ان كانت عالمة على ما يقتضيه اطلاق العبارة وظاهر جماعة ، خلافاً لاخرين فلا شيء لها لكونها بغياً، والاجود أن عليه العشر مع البكارة ونصفه مع الثيبوبة وفاقاً لابن حمزة .

﴿ويسقط﴾ عنه ﴿الحد لو كان جاهلا﴾ بالحكم أوالموضوع بالشبهة الدارءة ولاتحد الامة لوكانت كذلك ﴿دون المهر﴾ فيثبت مع جهلها اتفاقاً ، وهل هو المسمى أو المثل أو العشر أونصفه ؟ أقوال ، أجودها الاخير ، وكذا مع علمها على الاختلاف المتقدم قريباً ﴿ويلحقه الولد﴾ اجماعاً ﴿ وعليه قيمته يوم سقط حياً﴾ للمولى .

هذا كله مع عدم اجازة المولى العقد، أومعها وقلنا بأنها مصححة للعقد من حينها ، أما لو قلنا بأنها كاشفة ـ كما هو الاشهر الاقوى ـ فيلحق به الولد مطلقاً، ويسقط عنه الحد وان كان قد وطىء محرماً في صورة العلم فيلزم التعزير ويلزم المهر المسمى .

﴿وكذا﴾ يسقط عنه الحد ويلزمه المهر ويلحق به الولد مع قيمته يوم ولد حياً ﴿لو ادعت الحرية فتزوجها على ذلك﴾ مع جهله بالحال، ولاريب في سقوط الحد عنه. وكذا عنها ان كانت جاهلة .

وأما لزوم المهر فهو ظاهر اطلاق الاصحاب، بل ادعى بعضهم اجماع المسلمين ولم يفرقوا هنا بين كونها جاهلة أوعالمة ، واختلفوا في تقديره بالمسمى أوالمثل أو العشر ونصفه على أقوال، أجودها الاخير كما مضى، لرواية صحيحة أشار اليها بقوله :

﴿ وفي رواية [١] : يلزمه بالوطىء عشر القيمة ان كانت بكراً ، ونصف العشر ان كانت ثيباً﴾ وحملها على ما اذا طابق أحد الامرين المثل أو المسمى بعيد جداً .

وظاهر التشبيه في العبارة حرية الولد تبعاً لابيه، كما في المسألة السابقة وعليه جماعة، خلافاً لاخرين فاختاروا فيه الرقية، والجمع بين الروايات المختلفة بهذا تارة وبالحرية أخرى يقتضي المصير الى الحرية مع قيام البينة حين التزويج بما ادعته من الحرية والرقية مع عدمه ، واليه ذهب الشيخ في النهاية[٢] والقاضي وابن حمزة .

﴿ولو أولدها﴾ أولاداً ﴿فكهم بالقيمة﴾ يوم السقوط حياً وجوباً، ووجب على مولى الجارية قبولها ودفع الولد بها قولا واحداً ، ولا تظهر ثمرة الخلاف المتقدم هنا ، بل فيما لو لم يدفع القيمة لفقر وغيره، فعلى القول بالحرية يبقى ديناً في ذمته والولد حر ، وعلى القول الاخير يتوقف الحرية على دفع القيمة .

﴿ولو عجز﴾ عن القيمة ﴿سعى في قيمتهم﴾ وجوباً ، بلا خلاف بين القائلين بالرقية كما قيل ، وكذا عند بعض القائلين بالحرية، للموثقة[٣] الصريحة في ذلك والعمل بها متجه على القول الاول بل مطلقاً ، ولكن الاحتياط لا يخفى .

﴿ولو أبى﴾ الاب ﴿عن السعي قيل:﴾ انه ﴿يفديهم الامام عليه السلام﴾ كما في الموثقة[٤]، والقائل الشيخ وابن حمزة .

﴿و﴾ أجاب عنها المصنف بأنه ﴿في المستند ضعف﴾ وليس كذلك بل

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٥٣٧ ، ح١ .

(٢) النهاية ص٤٧٧ .

(٣ ـ ٤) وسائل الشيعة ١٤/٥٧٩ ، ح٥ .

هو موثق كما عرفت، فالعمل بها موجه، وليس فيها بيان لما يفك به الامام عليه السلام أهي من سهام الرقاب كما عليه القائلان، أم من بيت المال كما عليه العلامة، وهو أوفق بالاصول المقررة على تقدير القول بالحرية، لكونه معداً لمصالح المسلمين والمقام منها.

﴿ولو لم يدخل بها فلا مهر﴾.

﴿ولو تزوجت الحرة عبداً مع العلم﴾ منها بالرقية والحرية ﴿فلا مهر﴾ لها ولو مع الدخول ﴿وولدها رق﴾ لمولى العبد، وفي ثبوت الحد وجهان ﴿ومع الجهل﴾ منها ولو بأحد الامرين ﴿يكون الولد حراً﴾ تبعاً لاشرف الابوين ﴿ولا يلزمها قيمة الولد﴾.

﴿ويلزم العبد﴾ مع الدخول ﴿مهرها﴾ المثل دون المسمى ﴿ان لم يكن﴾ في تزويجه بها ﴿مأذوناً﴾ من المولى ﴿فيتبع به اذا عتق﴾ ومع الاجازة فالمسمى قطعاً وفي السابق أيضاً، وفي سقوط الحد ان أوجبناه فيه ولحوق الولد معها وجهان مبنيان على أنها كاشفة أم ناقلة، والحكم بالحرية للولد هو الاشهر الاظهر، خلافاً للمفيد فحكم بالرقية مطلقاً ولو هنا، لرواية[1] ضعيفة السند بالجهالة، وضعيفة الدلالة بعدم الصراحة.

﴿ولو تسامح المملوكان﴾ وزنيا ﴿فلا مهر والولد رق لمولى الامة﴾ اتفاقاً هنا كما حكي.

﴿وكذا﴾ الحكم ﴿لو زنا بها﴾ أي بالامة المملوكة للغير ﴿الحر﴾ بغير اشكال، الا في نفي المهر فقد قيل: بثبوت العقر هنا، وهو أحوط وأولى.

﴿ولو اشترى الحر﴾ المتزوج بأمة بين شريكين باذنهما ﴿نصيب أحد

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٥٢٧، ب٢٨.

الشريكين من زوجته بطل العقد﴾ رأساً، فيحرم عليه الوطىء مطلقاً .

﴿ولو أمضى الشريك﴾ الاخر المالك ﴿العقد﴾ فانه ﴿لايحل وطؤها﴾ على الاشهر الاقوى وقيل : بالحل مع الامضاء، وهو ضعيف جداً اذا وقع الرضا بالوطى بامضاء العقد السابق .

﴿و﴾أمامع وقوعه ﴿بالتحليل﴾ المتجدد ففيه ﴿رواية[1]﴾ بالحل، ليس ﴿فيها ضعف﴾ بل هي صحيحة مروية في الكتب الثلاثة ، فالقول بمضمونها متجه وفاقاً للحلي وجماعة ، خلافاً للاكثر كما قيل ، فالمنع كما سبق وهو أحوط .

﴿وكذا لو كان بعضها﴾ أي الامة المملوكة نصفها لزوجها أوغيره ﴿حراً﴾ فيحرم عليه وطؤها مطلقا، لان الحر لايستباح بملك البعض، ولا بالعقد الدائم اتفاقاً لتبعض السبب، ولا بالمنقطع لذلك، ولا بالتحليل للاجماع ، والصحيح[2] صريح.

﴿ولو هاياها مولاها على الزمان ، ففي جواز العقد﴾ منه ﴿عليها متعة في زمانها تردد﴾ من لزوم تبعض السبب ، فانها لم تخرج بالمهاياة عن كون المولى مالكاً للبعض، على أن منافع البضع لايتعلق بها المهاياة، والايحل لها المتعة بغيره في أيامها ، وهو باطل اتفاقاً كما في المسالك وغيره ومن الصحيح الصريح ﴿أشبهه﴾ عند الماتن ﴿المنع﴾ وهو أشهر وأحوط، وان كان الجواز لعله أظهر وفاقاً لجمع .

﴿ويستحب﴾ على الاشهر ﴿لمن زوج عبده أمته أن يعطيها شيئاً﴾ من ماله أو من مال العبد، خلافاً لجماعة فأوجبوا الاعطاء ، وهو أحوط ان لم يكن أظهر .

ثم المستفاد من جملة من النصوص[3] المعتبرة أنه يكفي في تزويج عبده لامته مجرد اللفظ الدال على الاذن فيه ، ولايشترط قبول العبد ولا المولى لفظاً .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٥٤٥ ، ح١ .

(٢) نفس المصدر .

(٣) وسائل الشيعة ١٤/٥٢٥ ، ب٢٦ .

وقيل : يعتبر القبول من العبد . وقيل : من المولى . واعتبارهما أحوط وأولى.

وعلى المختار ينبغي الاقتصارفي لفظ الايجاب على قوله « أنكحتك » وفاقاً للعلامة ، خلافاً للحلي فاكتفى بكل مايدل على الاباحة .

﴿ولومات المولى﴾ المزوج أحدهما من الاخر ﴿كان للورثة الخيار في الاجازة والفسخ ، ولاخيار﴾ في ذلك ﴿للامة﴾ ولاللعبد قطعاً .

﴿ثم الكلام في الطواري﴾ ومفسدات نكاح المماليك والجواري ﴿ثلاثة: العتق ، والبيع ، والطلاق﴾ .

﴿أما العتق : فاذا أعتقت الامة﴾ التي زوجها مولاها قبل العتق ﴿تخيرت في فسخ نكاحها ﴾ مطلقاً كان العتق قبل الدخول أو بعده اذا كانت تحت عبد اجماعاً .

﴿و﴾ كذا ﴿ان كان زوجها حراً على﴾ الاشهر ﴿ الاظهر ﴾ سيما اذا كانت مكرهة واستمر .

والخيار هنا على الفور اتفاقاً، كما في كلام جمع. واوأخرت الفسخ لجهلها بالعتق أوالخيار، فالظاهر عدم سقوطه، كما قطع به الاصحاب. وفي الجهل بالفورية وجهان، ولعل الاقوى عدم السقوط، وكذا لونسيت احدهما .

والظاهر أنه تقبل دعواها الجهل أوالنسيان مع اليمين بشرط الامكان في حقها ولو أعتق بعضها فلاخيار لها .

واوكانت صغيرة أومجنونة، ثبت لها الخيار عند الكمال. وليس للولي هنا تولي الاختيار، وللزوج الوطىء قبله، وكذا القول قبل اختيارها وهي كاملة، حيث لاينافي الفورية ، كمالولم يعلم بالعتق .

﴿ولا خيرة للعبد اذا عتق﴾ في فسخ نكاحه مطلقا واوكان نكاحه مكرهاً ـ على الاشهر الاقوى ﴿ولا لزوجته﴾ مطلقا ﴿وان كانت حرة﴾ .

﴿و﴾ كما تتخير الامة بعتقها فيما مضى ﴿كذا تتخير الامة لو كانا﴾ أي هي مع زوجها ﴿لمالك﴾ واحد أو مالكين مطلقا بالتشريك كانا أم لا ﴿فاعتقا﴾ معاً مقارناً كان عتقهما أم لا، بشرط عدم ماينافي الفورية قطعاً ﴿أو أعتقت﴾ هي خاصة بلاخلاف فيهما .

﴿و﴾ لا ﴿يجوز﴾ للمولى أن يتزوج بأمته بمهر مطلقا اتفاقاً، الافي صورة واحدة اجماعية، وهي ﴿أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها﴾ فيقول: قد تزوجتك وأعتقتك وجعلت مهرك عتقك .

﴿ويشترط﴾ في صحة هذا التزويج ﴿تقديم لفظ التزويج﴾ على العتق ﴿في العقد﴾ كما عبرنا في المثال .

﴿وقيل : يشترط تقديم العتق﴾ على التزويج ، فيقول: أعتقتك وتزوجتك وجعلت صداقك عتقك والقائل الشيخان، ومستند القولين شاذ وضعيف، والاظهر جواز الامرين وفاقاً لاكثر المتأخرين ولو احتيط بالاشهر كان أجود، لقوة الشبهة فيه دون القول الاخر .

وفي وجوب قبول الامة بعد تمام الصيغة أم العدم قولان، أجودهما: الثاني وفاقاً للاكثر، ولكن الاحوط الاول .

ثم ان ظاهر اطلاق النصوص[1] والفتاوى الاكتفاء في عتق المعهورة به، بذكره في الصيغة بغير لفظ الاعتاق، كقوله: جعلت عتقك صداقك .

وقيل : باعتبار لفظ الاعتاق ونحوه من الالفاظ الصريحة في العتق . وهو أحوط .

وحيث كان الحكم في هذه الصورة مخالفاً للاصول المقررة، وجب الاقتصار فيها على القدر المتيقن من النص والفتوى، وهو عتقها أجمع لا بعضها .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٥١٠ ، ب١٢ .

﴿وأم الولد﴾ للمولى ﴿رق﴾ له اجماعاً ﴿و﴾ لكن ﴿ان كان ولدها باقياً﴾ تشبثت بذيل الحرية في الجملة .

﴿ولومات﴾ الولد في حياة أبيه ﴿جاز بيعها﴾ لعودها الى الرقية المحضة.

﴿وتنعتق بموت المولى من نصيب ولدها﴾ من نفسها ان وفى بها، أومنها ومن غيرها من التركة ان كان مع عدم الوفاء .

﴿ولوعجز النصيب﴾ له منها ومن أصل التركة عن فكها كلا ﴿سعت﴾ هي خاصة ﴿في﴾ فك ﴿المتخلف﴾ منها .

﴿ولايلزم الولد﴾ شراؤه وفكه من ماله من غير التركة، خلافاً للمبسوط[1] فأوجبه، ولا ﴿السعي﴾ في فكه مع عدم المال ﴿على الاشبه﴾ الاشهر هنا وفي السابق، خلافاً لابن حمزة فأوجب السعي عليه .

﴿وتباع مع وجود الولد في ثمن رقبتها اذا لم يكن﴾ للمولى مال ﴿غيرها﴾ بلاخلاف عندنا مع وفاة المولى، وكذا مع حياته على الاشهر الاقوى .

﴿ولواشترى الامة نسيئة فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها فحملت ثم مات ولم يترك مايقوم بثمنها فالاشبه﴾ الاشهر ﴿أن العتق لايبطل﴾ وكذا التزويج ﴿ولايرق الولد﴾ .

﴿وقيل: تباع في ثمنها ويكون حملها كهيئتها﴾ في الرقية، والقائل الشيخ والاسكافي والقاضي ﴿لرواية[2] هشام بن سالم﴾ الصحيحة، وهي مخالفة للاصول القطعية المعتضدة بالشهرة، فلتكن مطروحة أومأولة .

﴿وأما المبيع : فاذا بيعت﴾ الامة ﴿ذات البعل﴾ حراً كان أوعبداً، كان لمالك أومالكين بينهما أو بالانفراد ﴿تخير المشتري﴾ مطلقا ﴿في الاجازة﴾

---

(١) راجع النهاية ص٥٤٧ .

(٢) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٠، ب٢٥ .

للنكاح السابق ﴿والفسخ﴾ مطلقا، كان البيع قبل الدخول أم بعده اجماعاً ﴿تخيراً على الفور﴾ بلاخلاف، الا مع الجهل بالخيار فله ذلك بعد العلم به على الفور بغير خلاف. وفي الحاق الجهل بالفورية به قولان، والاصل يقتضي الاول، والثاني مقتضى اطلاق النص[1]، وهذا أحوط.

﴿وكذا لو بيع العبد وتحته أمة﴾ فالمشتري الخيار في فسخ النكاح وابقائه.

﴿وكذا قيل:﴾ يتخير المشتري ﴿لو كان تحته حرة، لرواية[2] فيها ضعف﴾ لكنها مجبورة بالشهرة، وباطلاق بعض الاخبار، وبالتعليل في جملة من المعتبرة خلافاً لجماعة فقالوا: انه لاخيرة له.

ثم ان ظاهر الحكم بالخيار للمشتري في العبد والامة اذا كان الاخر رقاً اختصاص الخيار بالمشتري، فليس للاخر اعتراض، وهو أحد القولين في المسألة وأشهرهما وأظهرهما خلافاً لجماعة.

﴿ولو كانا﴾ أي المملوكان المزوج أحدهما من الاخر ﴿لمالك﴾ واحد ﴿فباعهما لاثنين﴾ بالتشريك أو الانفراد ﴿فلكل﴾ واحد ﴿منهما الخيار﴾ فان اتفقا على الابقاء لزم، ولو فسخا أو أحدهما انفسخ.

﴿وكذا لو باع﴾ المالك الواحد لهما ﴿أحدهما لم يثبت العقد﴾ بل متزلزل ﴿ما لم يرض كل واحد منهما﴾ بالنكاح، أي كل من المشتري والبائع.

﴿ويملك المولى﴾ للامة ﴿المهر﴾ لها ﴿بالعقد، فان دخل الزوج استقر﴾ به ﴿ولا يسقط لو باع﴾ بعده مطلقا، أجازه المشتري أم لا، هذا في الدائم، ويشكل في المنقطع لتوزع المهر على البضع، وتوقف استحقاقها أو المولى منه على

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٥٥٥، ب٤٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٥٧٤، ح٤.

استيفاء القدر المقابل له ، ومقتضاه كونه بازاء البضع شيئاً فشيئاً ، فاستحقاق المولى تمام المهر لاوجه له مطلقا، مع عدم استيفاء البضع بفسخ المشتري ، أو مع الاستيفاء وعدم فسخ المشتري وامضائه ، بل ينبغي أن لايكون له الا ماقابل البضع المستوفى في ملكه ، وأما الباقي فينبغي أن لايستحقه أحد أصلا على الاول، أو يأخذه المشتري خاصة على الثاني ، ولعل مرادهم الدائم خاصة .

﴿أما لو باع قبل الدخول سقط﴾ المهر ان لم يجز المشتري ، لانه بمنزلة الفسخ وقد جاء من قبل المستحق له وهو المولى ، فلاشيء له منه قطعاً ، قبض منه شيئاً أم لا، ويسترد منه الزوج مع القبض في المشهور ، خلافاً للمبسوط فأطلق أنه ان قبض المهر كان له النصف ورد النصف، لان البيع طلاق كما في النصوص[1]، والاول أظهر .

﴿وان أجاز المشتري كان المهر له ، لان الاجازة كالعقد﴾ على الاشهر بين من تأخر ، وقيل: يحتمل قوياً القول بكون المهر للاول ، ويؤيده اتفاق الاصحاب على أن الامة المزوجة لو أعتقت قبل الدخول فأجازت العقد يكون للسيد المهر، والحكم في اجازة الامة بعد العتق واجازة المشتري واحد .

وفي المسألة أقوال أخر مشتركة في الضعف ، والاحتياط فيها لايترك .

﴿وأما الطلاق : فاذا كانت زوجة العبد﴾ التي تزوجها باذن السيد ابتداءاً أو أخيراً ﴿حرة أو أمة لغير مولاه فالطلاق بيده ، وليس لمولاه اجباره﴾ عليه على الاشهر الاقوى ، نعم الاحوط وجوب استيذان العبد من مولاه .

﴿ولو كانت﴾ زوجة العبد ﴿أمة لمولاه﴾ المزوج لها منه ﴿كان التفريق الى المولى﴾ اجماعاً .

﴿ولايشترط﴾ في الفراق ﴿لفظ الطلاق﴾ بل يكفي فيه كل مادل عليه من

(١) وسائل الشيعة ١٤/٥٥٣ ، ب٤٧ .

الامر بالاعتزال والافتراق . ولو أتى بلفظ الطلاق انفسخ النكاح ، لكنه لا يعد طلاقاً شرعياً ولا يلحقه أحكامه ظاهراً مطلقا .

﴿النظر الثاني: في﴾ بيان جواز استباحة الرجل بضع المرأة بـ﴿الملك، وهو نوعان : ﴾

﴿الاول : ملك الرقبة﴾ وهو موضع وفاق ﴿ولا حصر في﴾ عددهن بـ﴿النكاح به﴾ مادامت في العقد والعدة اجماعاً، وفي تخصيص الاستباحة بالرجل اشارة الى عدمها للمرأة ، وهو اجماع .

﴿واذا زوج أمته﴾ من عبده أو غيره ﴿حرمت عليه﴾ به وجوه الاستمتاع منها ﴿وطئاً ولمساً ونظراً﴾ اليها بشهوة ﴿مادامت في العقد﴾ مطلقا ، وبدونها فيما عدا الوجه والكفين كما أطلقه جماعة ، بل قيل: اجماعاً، وهو أحوط وأولى. قيل: وفي معنى الامة المزوجة المحلل وطئها للغير .

ولو حلل منها مادون الوطىء ، ففي تحريمها بذلك على المالك نظر، ومقتضى الاصول العدم . ثم غاية التحريم في المقامين خروجها من النكاح والعدة ، سواء كانت بائنة أو رجعية .

﴿وليس للمولى انتزاعها منه﴾ أي من الزوج اذا لم يكن عبده مطلقا[1] بغير خلاف ﴿ولو باعها تخير المشتري دونه﴾ .

﴿ولا يحل لاحد الشريكين وطيء﴾ الامة ﴿المشتركة﴾ بينهما، الا بتحليل أحدهما للاخر فيحل على الاظهر كمامر .

﴿ويجوز ابتياع ذوات الازواج﴾ اللواتي هن ﴿من أهل الحرب﴾ ويدخل فيهم أهل الذمة اذا لم يقوموا بشرائط الذمة ﴿وأبناءهم وبناتهم﴾ من أزواجهن أو آبائهن ، وغيرهم من أهل الضلال السابين لهم بغير خلاف .

---

(١) حراً كان أو عبداً «منه» .

﴿ولو ملك الامة﴾ بأحد الوجوه المملكة لها، وجب عليه الاستبراء مع عدم العلم بعدم الوطىء المحرم مطلقا كان عالماً به أم لا، الا في صور مضى أكثرها في بحث البيع، وبقي منها ما لو تملكها ﴿فاعتقها﴾ فظاهر الاصحاب أنه لو فعل ذلك ﴿حل له وطؤها بالعقد﴾ والتزويج بعده ﴿وان لم يستبرءها﴾ وعليه الوفاق في المسالك، للنصوص[1]، واطلاقها كالمتن وكلام الاكثر يقتضي عدم الفرق بين العلم بالوطىء المحرم وعدمه مطلقا، وقيده جماعة بما عدا الاول وأوجبوا فيه الاستبراء، وهو أحوط وأولى. ثم مقتضي اطلاقها أيضاً عموم الحكم لصورتي دخوله بها وعدمه، مضافاً الى الصحيحين في الاول، ويستفاد من الصحيح وغيره أفضلية الاستبراء مطلقا، وعليه فتوى الاصحاب.

﴿و﴾ لكن ﴿لا تحل لغيره﴾ اذا أراد أن يزوجها منه ﴿حتى تعتد كالحرة﴾ ولا فرق بين العلم بوطىء المولى لها أو الجهل بها، ويشكل في صورة العلم بعدم وطئه لها، وقد حكم جماعة بأن لا عدة لها هنا، وهو حسن مع العلم بعدم وطئه لها ولا من انتقلت منه اليه أصلا، ويشكل كل فيما عداه وهو العلم بوطىء الثاني لها وعدم الاستبراء، بل يتعين عليه الاستبراء ولكنه غير العدة كما في النص[2] والعبارة، ولكن مراعاتها مطلقا كما يقتضيه اطلاقهما لعله أحوط وأولى.

﴿ويملك الاب﴾ مطلقا ﴿موطوءة ابنه﴾ كذلك ﴿وان حرم عليه وطؤها، وكذا﴾ الكلام في ﴿الابن﴾ اجماعاً وقد مضى.

﴿النوع الثاني:﴾ من نوعي جواز النكاح بـ ﴿ملك المنفعة﴾ خاصة بتحليل الامة دون الهبة والعارية، بشرط كون التحليل من المالك وممن يجوز له التزويج بها، وكونه مؤمناً في المؤمنة ومسلماً في المسلمة، وكونه كتابياً لو كانت

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٥١٤، ب١٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٥١١، ب١٣.

كافرة ، وغيرذلك من أحكام النسب والمصاهرة وغيرها .

﴿و﴾ خلاف في اعتبار ﴿صيغته﴾ وهي قسمان وفاقية وخلافية ، فـالاول ﴿أن يقول: أحللت لك وطأها، أوجعلتك في حل من وطئها، ولم يتعدهما الشيخ﴾ واتباعه والمرتضى وأكثر الاصحاب .

﴿و﴾ لكن ﴿اتسع آخرون﴾ فجوزه ﴿بلفظ الاباحة﴾ أيضاً، وهو القسم الثاني ، والاول أحوط وأولى ان لم يكن أقوى ، وعلى الثاني قيل : كفى أذنت وتسوغت وملكت ووهبت ونحوها .

﴿ومنع الجميع لفظ العارية﴾ فلايجوز التحليل به اتفاقاً .

﴿وهل هو﴾ أي التحليل ﴿اباحة﴾ مختصة وتمليك منفعة كماهو المشهور ﴿أو عقد﴾ متعة كما ﴿قال﴾ به ﴿علم الهدى﴾ قولان ، أصحهما : الاول ، فـ﴿هو﴾ ليس بـ ﴿عقد متعة﴾ ولادوام ، اتوقف الاول على المهر والاجل المنتفيين هنا وفاقاً للخصم ، وتوقف رفع الثاني على الطلاق في غير الفسخ بأمور محصورة ليس هذا منها، ولزوم المهر فيه بالدخول وغيرذلك من لوازمه المنتفية هنا وفاقاً للخصم .

وعلى القولين كما قيل لابد من القبول ، والنصوص[1] خالية من اعتباره ، ومع ذلك عن الاكثر عدم اعتباره ، وعن الحلي مايدل على تفرع ذلك على مذهب المرتضى ، فالوجه العدم وان كان الاعتبار أحوط .

﴿وفي﴾ جواز ﴿تحليل أمته لمملوكه﴾ أومملوك غيره أيضاً ﴿تـردد﴾ واختلاف ﴿، ﴾ لكن ﴿مساواته﴾ أي العبد ﴿للاجنبي﴾ في جواز تحليل المولى أمته له ﴿أشبه﴾ وان كان الاقتصار في تزويج المولى عبده أمته على نحو قولـه «أنكحتك فلانة» واعطاءها شيئاً من قبله أحوط وأولى .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٥٣١ ، ب٣١ .

﴿ولو ملك بعض الامة﴾ التي هي في البعض الاخر حرة ﴿فأحلت نفسها﴾ له ﴿لم يصح﴾ كما مر .

﴿وفي﴾ جواز ﴿تحليل الشريك﴾ حصته منها لشريكه ﴿تردد﴾ واختلاف ﴿و﴾ قد مر أن ﴿الوجه﴾ الجواز وأن ﴿المنع﴾ كما عليه الاكثر أحوط .

﴿و﴾ لا ﴿يستبيح﴾ الا ﴿ما يتناوله اللفظ﴾ عرفاً .

﴿فلو أحل﴾ له ﴿التقبيل﴾ أو النظر أو غير ذلك من مقدمات الوطيء ﴿اقتصر عليه﴾ ولم يحل له الوطيء ولا الاخر مما لا يتناوله اللفظ أو غير ذلك من المقدمات ﴿وكذا﴾ لو أحل له ﴿اللمس﴾ خاصة اقتصر عليه .

و﴿لكن لو أحل﴾ له ﴿الوطيء حل له ما دونه﴾ من المقدمات لشهادة الحال وعدم انفكاكه عنها غالباً ، ولا موقع له بدونها .

ولو أحل القبلة فهل يدخل فيه اللمس بشهوة ؟ نظر والعدم أحوط ان لم يكن أظهر .

﴿ولو أحل الخدمة﴾ منها ﴿لم يتعرض للوطيء﴾ ولا يستبيحه بذلك ﴿وكذا لا تستبيح﴾ الخدمة ﴿بتحليل الوطيء﴾ له خاصة .

﴿وولد المحللة﴾ من العبد ان جوزنا التحليل له رق اجماعاً ، ومن الحر مع اشتراطه الحرية ﴿حر﴾ كذلك ، ومع العدم رق مع اشتراط الرقية ان قلنا بصحته ، والا فكالاطلاق ، وفيه الخلاف ، والاصح الاشهر أنه كالاول .

﴿فان شرط﴾ الاب ﴿في العقد الحرية ، فلا سبيل﴾ لمولى الجارية ﴿على الاب﴾ من جهة القيمة اجماعاً . ﴿وان لم يشترط﴾ ذلك ﴿ففي الزامه قيمة الولد روايتان[1] ، أشبههما﴾ وأشهرهما ﴿أنها لا تلزم﴾ والاخرى أنها تلزم ، وهو أحوط .

﴿ولا بأس بأن يطأ الامة وفي البيت غيره﴾ وربما قيل : بالكراهة هنا في

(١) وسائل الشيعة ١٤ / ٥٤٠ ح ١ و ٢ .

الجملة أومطلقاً، ولا بأس به مسامحة في أدلتها والمخبر[1] ﴿وأن ينام بين أمتين﴾.

﴿ويكره﴾ كل من الامرين ﴿في الحرائر، وكذا يكره وطيء الفاجرة﴾ الزانية ﴿ومن ولدت من الزنا﴾ ولايحرم على الاظهر.

﴿ويلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة :﴾

(النظر الاول)

(في العيوب)

المجوزة للفسخ لاحد الزوجين، اذا حصل منها في الاخر.

﴿والبحث﴾ فيه ﴿في أقسامها وأحكامها :﴾

﴿عيوب الرجل﴾ المسلطة زوجته على فسخ نكاحها ﴿أربعة :﴾

﴿الجنون﴾ المطبق والادواري الذي لايعقل معه أوقات الصلاة اجماعاً، كما يظهر من جمع. وكذا الذي يعقل معه أوقات الصلاة مطلقاً، كان قبل العقد أو تجدد بعده مطلقاً، على الاشهر الاقوى في الاول، بل كاد أن يكون اجماعاً وصرح به بعض أصحابنا، خلافاً لابن حمزة فأطلق اشتراط عدم التعقل، وهوأحوط. وعلى قول في الاخير، خلافاً لاكثر القدماء، وهو الاقوى.

﴿والخصاء﴾ بكسر الخاء والمد، وهوسل الانثيين واخراجهما، والخيار به ثابت مطلقاوان أمكن الوطيء، على الاشهر الاقوى، خلافاً للشيخ في صورة الامكان فنفاه، وهو أحوط وأولى. وعلى المختار ينبغي تقييده بالخصاء السابق على العقد دون المتجدد بعده، فلا يثبت به الخيار مطلقا ولو تجدد قبل الدخول على أصح الاقوال.

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٥٨٤، ب٧٥.

وفي حكم الخصاء الوجاء بالكسر والمد ، وهو رض الانثيين ، بل قيل : انه من أفراده وحكي عن بعض أهل اللغة، وهو حسن ان تم القول، والافالاقتصار على الاصل حسن .

﴿والعنن﴾ وهو على ماحكي عن الاصحاب: من يعجز عن الايلاج ، لضعف الذكر عن الانتشار ، من دون تقييد بعدم ارادة النساء. وربما يوجد في كلام بعض أهل اللغة اعتباره ، وظاهر النصوص[1] الاول .

واطلاقها بالخيار يشمل صورة تقدم العيب على العقد وتجدده بعده ، قبل الدخول أو بعده ، وعلى الاول الاجماع ، وفي البواقي خلاف وسيأتي .

﴿والجب﴾ وهو قطع الذكر كلا أو بعضاً ، بحيث لايبقى معه قدر الحشفة ولو بقي فلاخيار اجماعاً. وثبوت الخيار بغيره هوالاظهر الاشهر، بل كاد أن يكون اجماعاً، وعن المبسوط[2] والخلاف[3] نفي الخلاف عنه. والاشهر ثبوت الخيار به مطلقاولو تجدد بعد العقد بل الدخول، وقيل: باختصاصه بقبل العقد. وهوأحوط ان لم نقل بكونه أظهر .

ثم ان حصر عيوبه في الاربعة هو الاشهر الاظهر، خلافاً للقاضي فرد بالجذام والبرص والعمى . وللاسكافي فرد بهاوبالعرج والزنا، ووافقهما الشهيد الثاني في الاولين ، وفي مستنده ضعف .

﴿وعيوب المرأة سبعة : الجنون﴾ وهوفساد العقل المستقر الغير المستند الى السهو السريع الزوال والاغماء العارض مع غلبة المرة .

﴿والجذام﴾ بضم الجيم، وهو مرض يظهر معه يبس الاعضاء وتناثر اللحم

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٦١٠ ، ب ١٤ .

(٢) المبسوط ٤/ ٢٥٢ .

(٣) الخلاف ٢/ ٣٩٧ .

بشرط التحقق بظهوره على البدن، أوشهادة عدلين، أوتصادقهماعليه. لامجردظهور اماراته من تعجر الوجه واحمراره أواسوداده واستدارة العين وكمودتها الى حمرة وضيق النفس وبحة الصوت ونتن العرق وتساقط الشعر ، فانها قد تعرض من غيره .

﴿والبرص﴾ وهو البياض أو السواد الظاهران على صفحة البدن ، لغلبة البلغم أوالسوداء ، ويعتبر منه المتحقق دون المشتبه بالبهق وغيره .

﴿والقرن﴾ بسكون الراء وفتحها ، قيل : وهوعظم كالسن في الفرج يمنع الوطيء. ولوكان لحماً فهو العفل بتحريك الراء. وفي اتحادهما أوتغائرهماخلاف والاشهر الاظهر الاول، بل يستفاد من التعليل الوارد في النص[1] دوران الحكم مدار عدم امكان الوطيء أوعسره، حيثما تحقق في قرن أوعفل أورتق ، فلا ثمرة للخلاف هنا ، والاحوط مراعاة عدم الامكان دون العسر، كما عليه الاكثر وانكان في تعينه نظر .

﴿والافضاء﴾ وقدمر تفسيره والاختلاف فيه ، ولاخلاف في ثبوت الخيار بهذه الخمسة ، والنصوص[2] به مع ذلك مستفيضة، ويستفاد من جملة منها ثبوته مطلقا ولوعلم بها بعد الدخول ، مع أنه لاخلاف فيه يعتد به ، الاأن المستفادمن جملة أخرى اختصاصه بقبل الدخول ، لكنها محمولة على صورة حصول العلم بالعيب قبله ولاكلام فيه .

وهل يثبت الخيار بهذه العيوب وماسيأتي مطلقا ، أو بشرط سبقها العقد ، أو الدخول حتى لوحدث بعده لم يثبت بها الخيار ؟ اشكال .

وينبغي القطع بانتفاء الخيار بحدوثها بعد الدخول وعليه الاكثر، بل قيل: لا

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٥٩٢ ، ب١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٥٩٦ ، ح١ .

خلاف فيه، ويبقى الكلام في ثبوته بحدوثها بعد العقد قبل الدخول ، والاحوط المنع ان لم نقل بكونه أظهر .

﴿والعمى والاقعاد ، وفي﴾ ثبوت الخيار بـ ﴿الرتق﴾ بالتحريك ، وهو التحام الفرج بحيث لم يكن للذكر فيه مدخل ﴿تردد﴾ ولكن ﴿أشبهه ثبوته عيباً﴾ يوجب الرد ﴿لانه يمنع الوطيء﴾ فيعمه التعليل المثبت المحكم في القرن والعفل كما مر ، وعليه الاكثر حتى ادعى جماعة الاجماع .

﴿ولا ترد﴾ المرأة ولا الرجل ﴿بالعور﴾ مطلقا بلاخلاف ﴿ولا بالزنا﴾ مطلقا ﴿ولو﴾ في المرأة و﴿حدث فيه﴾ وفاقاً لاكثر المتأخرين كما مر ﴿ولا بالعرج على الاشبه﴾ وفاقاً لجماعة ، خلافاً للاكثر ، وفي الغنية الاجماع ، وهو الاظهر ولكن الاول أحوط .

﴿وأما الاحكام﴾ المتعلقة بالعيوب ﴿فمسائل﴾ سبع :

﴿الاول : لاينفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول﴾ مطلقا في امرأة كان أو رجل .

﴿وفي﴾ العيب ﴿المتجدد بعد العقد تردد عدا العنن﴾ فلا ترد له فيه كما يأتي .

﴿وقيل: تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لاوقات الصلاة وان تجدد﴾ بعد العقد مطلقا، وقد مضى تفصيل الكلام في ذلك وفي ذيل كل عيب، ويظهر منه أن اطلاق العبارة ليس في محله بل الاجود ماقدمناه .

﴿الثانية : الخيار فيه﴾ مطلقا ﴿على الفور، وكذا في التدليس﴾ بلاخلاف وفي كلام جمع الاجماع ، فلو أخر من اليه الفسخ مختاراً مع علمه بها بطل خياره سواء الرجل أو المرأة .

ولو جهل الخيار أو الفورية ، فالاقوى أنه عذر فيختار بعد العلم على الفور.

وكذا لو نسيهما ، أو منع منه بالقبض على فيه ، أو التهديد على وجه يعد اكراهاً، فالخيار بحاله الى زوال المانع ، ثم يعتبر الفورية حينئذ .

﴿ الثالثة : الفسخ فيه ﴾ أي في العيب بأنواعه ﴿ ليس طلاقاً ﴾ شرعياً اجماعاً ، فلايعتبر فيه مايعتبر في الطلاق ولايعد من الثلاث ﴿فلايطرد معه تنصيف المهر﴾ قبل الدخول ، وان ثبت في بعض موارده كما يأتي .

﴿الرابعة : لايفتقر الفسخ بالعيوب﴾ الثابتة عندهما في أيهما كانت ﴿الى الحاكم﴾ على الاشهر الاقوى ، بل كاد أن يكون اجماعاً ﴿و﴾ لكن ﴿يفتقر﴾ اليه ﴿في العنن لضرب الاجل﴾ وتعيينه لافي فسخها بعده بل يستقل به حينئذ .

﴿الخامسة : اذا فسخ الزوج قبل الدخول فلامهر﴾ عليه للزوجة اجماعاً .

﴿ولو فسخ بعده فلها المسمى﴾ على الاشهر الاقوى ﴿ويرجع بـه﴾ أي بالمهر ﴿الزوج على المدلس﴾ مطلقاً ولياً كان أو غيره ، حتى لو كان المدلس هو المرأة رجع به عليها .

ويستفاد من الصحيح[1] وغيره الرجوع بالمهر عليها من دون استثناء شيء مطلقاً ، وبه صرح جماعة، خلافاً للمحكي عن الاكثر فاستثنوا منه شيئاً ، اما مهر أمثالها كما عن الاسكافي ، وأقل مايتمول كما عن الاكثر ، لئلا يخلو البضع عن العوض ، وهو أحوط وان كان في تعينه نظر .

ثم ان اطلاق اثبات المهر لها والحكم بالرجوع به الى المدلس يقتضي ثبوته به حيث لامدلس ، وهو كذلك ، ومقتضى النصوص ثبوت المسمى لها لا المثل ظاهر .

﴿واذا فسخت الزوجة قبل الدخول فلامهر﴾ لها ﴿الا في العنن﴾ فلها نصف المسمى على الاشهر الاقوى كما يأتي ﴿ولو كان﴾ الفسخ ﴿بعده﴾ أي

(١) وسائل الشيعة ١٤/ ٥٩٥، ب٢ .

بعد الدخول ﴿فلها المسمى﴾ اجماعاً .

﴿ولو فسخت﴾ الزوجة ﴿ بالخصاء ﴾ فالاشهر الاقوى أنه ﴿يثبت لها المهر﴾ كملا ﴿مع الخلوة﴾ والدخول بها ، وأما مع العدم ففي ثبوت المهر كملا بمجرد الخلوة أو نصفه قولان ،والاكثر على الاول ، وهو أحوط ، وان كان الثاني قد ورد به النص[1] المعتبر . ﴿ويعزر﴾ المدلس ، لئلا يعود الى مثله .

﴿السادسة : لو ادعت عننه﴾ أو غيره ﴿فأنكر ، فالقول قوله مع يمينه﴾ فان حلف استقر النكاح، وان نكل عنه وعن رده اليها ثبت العيب لو حكم بالنكول، والا ردت اليمين على المرأة ، فان حلفت ثبت العيب ، وليس لها ذلك الا مع العلم به بممارستها له على وجه يحصل لها ذلك بتعاضد القرائن الموجبة له .

﴿ومع ثبوته يثبت لها الخيار﴾ اذا سبق العقد اجماعاً ﴿و﴾ كذا ﴿لو كان متجدداً ﴾ بعده مطلقاً على قول ومقيداً بقبل الدخول على الاظهر وعليه الاكثر ، وفي الغنية الاجماع .

ويتوقف الخيار على ما ﴿ اذا عجز عن وطئها قبلا أو دبراً وعن وطىء غيرها﴾ أيضاً على الاشهر الاقوى ، خلافاً المفيد فاكتفى بالعجز عنها خاصة ، حتى لو قدر على وطىء غيرها أثبت لها الخيار أيضاً .

﴿ولو ادعى الوطىء﴾ قبلا ودبراً منها أو من غيرها ﴿ فأنكرت ﴾ ذلك ﴿ فالقول قوله مع يمينه ﴾ مطلقاً ، كان الدعوى قبل ثبوت العنن أو بعده على الاشهر ، وهو أظهر في الاول ، وفي الثاني محل نظر .

ولافرق في الحكم بين البكر والثيب عند الاكثر ، ومقتضى النص[2] الصحيح اختصاصه بالثيب ، ولزوم العمل بشهادة النسوة في الباكرة ، وينبغي

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٦٠٩، ح٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٦١٣، ب١٥ .

تقييده بما اذا ادعى وطئها قبلا لادبراً ولاوطىء غيرها مطلقاً ، فان العمل في هاتين الصورتين بما عليه الاكثر متعين جداً ، بل لايبعد المصير اليه مطلقاً .

﴿السابعة: ان صبرت﴾ الزوجة ﴿مع العنن﴾ من دون مرافعة الى الحاكم ﴿فلا بحث﴾ في لزوم العقد لفورية المرافعة ﴿وان﴾ لم تصبر بل ﴿رفعت أمرها الى الحاكم أجلها سنة﴾ ابتداؤها ﴿من حين الترافع﴾ بلاخلاف .

﴿فان عجز عن وطئها﴾ مطلقاً ﴿وعن غيرها﴾ كذلك ﴿فلها الفسخ ونصف المهر﴾ مطلقاً ، على الاشهر الاقوى ، خلافاً للاسكافي فنفى التأجيل وأجاز الفسخ من دونه اذا سبق العنن بالعقد، فأوجب المهر كملا اذا خلى بها وان لم يدخل بها.

(تتمة :)

﴿ لو تزوج ﴾ امرأة ﴿ على أنها حرة ﴾ وشرط ذلك في ضمن العقد ﴿ فبانت أمة ﴾ كلا أو بعضاً صح العقد ، على الاشهر الاقوى ، وعن السرائر الاجماع وعليه ﴿فله الفسخ﴾ والامضاء وان دخل بها، اذا كان الزوج ممن يجوز له نكاح الامة ووقع باذن مواليها أو مباشرتهم ، والا بطل في الاول ان قلنا فيه بالبطلان ووقع موقوفاً على الاجازة في الثاني على الاقوى .

ولولم يشترط الحرية في متن العقد، بل تزوجها على أنها حرة، وأخبرته بها قبله أوأخبره مخبر ، ففي الحاقه بما لوشرط نظر ، والعدم لعله أظهر ، خلافاً لظاهر عبارة المتن والاكثر .

﴿ولامهر﴾ لها مطلقا مع الفسخ ﴿لولم يدخل﴾ بها .

﴿ولو﴾ فسخ بعدما ﴿دخل﴾ بها ﴿فلها المهر﴾ المسمى ﴿على الاشبه﴾ الاشهر ﴿ويرجع به﴾ أي بالمهر حيث غرمه ﴿على المدلس﴾ وان كان هو المرأة ، الاأنه انما يرجع عليها على تقدير عتقها ويسارها. وفي لزوم استثناء أقل

مايتمول أوالمهر المثل أوالعدم مطلقا أقوال ، أجودها الاخير كما مر .

﴿وقيل:﴾ كماعن الصدوق والنهاية[1] وغيرهما ان ﴿لمولاها العشر أونصف العشر ان لم يكن مدلساً﴾ ولايخلو عن قوة هنا وفيما اذا تزوجها بغير اذن مولاها كما مضى .

هذا اذا لم تكن عالمة بالتحريم، والاجاءفيه الخلاف أيضاً في مهر البغي اذا كانت مملوكة ، والاظهر عدم الفرق كمامر .

﴿وكذاتفسخ﴾ الحرة ﴿لوبان زوجها﴾ الذي تزوجته على أنه حر بالشرط في متن العقد أوقبله ﴿مملوكاً﴾ تزوج باذن مولاه .

﴿ولامهر﴾ لهالوفسخت ﴿قبل الدخول﴾ بها قطعاً ﴿ولها المهر﴾ المسمى ﴿بعده﴾ على المولى لو تزوجت باذنه والا فعلى المملوك يتبع به بعد عتقه .

﴿ولو﴾ تزوج امرأة و﴿اشترط﴾ عليها أو على وليها ﴿كونها بنت مهيرة﴾ بفتح الميم وكسر الهاء، فعيلة بمعنى مفعولة ، أي بنت حرة تنكح بمهر وان كانت معتقة في أظهر الوجهين، خلاف الامة فانها قد توطيء بالملك ﴿فبانت بنت أمة فله الفسخ﴾ اجماعاً، وتقييد الحكم بالشرط ليخرج المدعى هو الاشهر الاظهر ﴿ولامهر﴾ لها لوفسخ قبل الدخول بهاعلى الزوج اجماعاً، وكذاعلى الولي ان زوجها على الاشهر الاقوى .

﴿ويثبت﴾ المسمى ﴿لو﴾ فسخ بعد ما ﴿دخل﴾ ويرجع الزوج به على من دلسها ، أباً كان أوغيره، حتى لوكانت هي المدلسة فلاشيء لها على الاقوى ، ويأتي فيه مامر من القولين .

﴿ولو تزوج بنت المهيرة فادخلت عليه بنت الامة﴾ حرم عليه وطؤها بعد معرفتها ولزمه ﴿ردها ولها﴾ مع جهلها ﴿المهر مع الوطيء﴾ بها اجماعاً

(١) النهاية ص٤٨٤ .

﴿للشبهة﴾ وهل المراد بالمهر المثل أو المسمى للاولى؟ قولان، والاظهر الاول وفاقاً للاكثر.

﴿ويرجع﴾ الزوج ﴿به﴾ أي بالذي دفعه ﴿على من ساقها﴾ اليه لانه غره وأضره ﴿وله زوجته﴾ وعليه مهرها المسمى، ثم لااختصاص لمامضى هنا، بل جار في كل موضع أدخل على الزوج غير زوجته.

﴿ولو تزوج اثنان﴾ امرأتين ﴿فادخل كل منهما على الاخر، كان لكل موطوءة﴾ مع جهلها بالحكم أو الحال ﴿مهر المثل على الواطيء، للشبهة﴾ الموجبة لذلك حيثما حصلت، ويرجع به على الغار لوكان هناك، وحتى لوكانت هي الغار يرجع به اليها، ولامهر لها مطلقا هنا قطعاً واتفاقاً.

﴿وعليها﴾ أي الموطوءة ﴿العدة، وتعاد﴾ كل من المرأتين ﴿الى زوجها وعليه مهرها الاصلي﴾ المسمى في متن العقد. ولومات أحد الزوجين ورثه الاخر سواء كانت المرأة في عدة الشبهة أم لا بلاخلاف.

﴿ولو تزوجها﴾ ظاناً كونها ﴿بكراً﴾ أو مخبراً به أو مشترطاً اياها ﴿فوجدها ثيباً فلارد﴾ مع عدم العلم بسبقها العقد واحتمال التجدد.

ولو تزوجها مشترطاً بكارتها فوجدها ثيباً قبل العقد باقرارها، أو البينة، أو القرائن المفيدة للقطع به، فالاصح أن له الفسخ وفاقاً لجمع، خلافاً للاكثر وهو أحوط.

ثم ان فسخ قبل الدخول فلامهر، وبعده يجب المسمى ويرجع به على المدلس وهو العاقد، وكذلك العالم بحالها، والافعليها ان تدلست من دون استثناء شيء على الاقوى كما مضى، وحيث لم يفسخ اما لعدمه أو لاختياره البقاء، ففي ثبوتها نقص المهر أم العدم قولان.

﴿وفي رواية[1]﴾ صحيحة أنها ﴿ينقص مهرها﴾ وبها أفتى الاكثر وهو الاقوى

(١) وسائل الشيعة ١٤/٦٠٥، ب١٠.

وعليه ففي تقدير النقص بشيء مطلقا أو السدس أو بنسبة مابين الثيب والبكر لا مجموع تفاوت مابينهما ، لئلا يسقط جميع المسمى في بعض الفروض ، أو بما يعينه الحاكم أقوال ، ولعل الثالث أقرب .

(النظر الثانى)

(في المهور)

وفيه أطراف :

﴿الاول :﴾ في مايصح الامهار به، فنقول : ﴿كل ما﴾ صح أن ﴿يملكه المسلم﴾ وانقل بعدأن يكون متمولا جاز أن ﴿يكون مهراً، عيناً﴾ مشخصاً كان ﴿أودينا﴾ في الذمة ﴿أو منفعة﴾ للعقار أوالحيوان أوالعبد أوالاجير، أجنبياً كان أوزوجاً ﴿كتعليم الصنعة أوالسورة﴾ أوعلم غيرواجب، أوشيء من الحكم والاداب أوشعر ، أوغيرها من الاعمال المحللة المقصودة .

﴿ويستوي فيه﴾ أي في التعليم ﴿الزوج والاجنبي﴾ بلاخلاف في الاخير مطلقا وفي الاول ، الافي اجارته نفسه مدة معينة ، ففيه خلاف أشار اليه بقوله :

﴿أمالوجعلت﴾ الزوجة ﴿المهر استئجاره﴾ أي الزوج ﴿مدة﴾ معينة ، كشهر أوشهرين أوسنة ﴿ف﴾ في الصحة ﴿قولان، أشبههما﴾ وأشهرهما الصحة و﴿الجواز﴾ خلافاً للنهاية[1] فأبطله، وقد رجع عنه في المبسوط[2] والخلاف[3]

---

(١) النهاية ص٤٦٩ .

(٢) المبسوط ٤/٢٧٣ .

(٣) الخلاف ٢/٤٠٤ .

مدعياً في الاخير على جواز جعل الاجارة مهراً على الاطلاق الوفاق .

﴿ولاتقدير للمهر في القلة﴾ مالم يقصر عن التقويم كحبة حنطة ﴿ولافي الكثرة على الاشبه﴾ الاشهر ﴿لم يتقدر بالتراضي﴾ بينهما، خلافاً للمرتضى فمنع عن الزيادة على مهر السنة وهو خمسمائة درهم، وهو ضعيف. نعم يستحب ذلك ولو احتيط مع ارادة الزيادة بجعل الصداق السنة ومازاد نحلة تأسياً بمولانا الجواد عليه السلام كان حسناً .

﴿ولابد من تعيينه﴾ اذا ذكر في متن العقد ﴿بالوصف﴾ المعين له ولو في الجملة ، ولايعتبر فيه مايعتبر في السلم من استقصاء الاوصاف المعتبرة ﴿أو بالاشارة﴾ كهذا الثوب وهذه الدابة .

﴿وتكفي المشاهدة عن﴾ اعتبار ﴿كيله أووزنه﴾ أوعده، كقطعة من ذهب مشاهدة لايعلم وزنها، وصبرة من طعام لايعلم كيلها. ويشكل الحال لو تلفت قبل التسليم، أوبعده وطلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه، ففي الرجوع الى الصلح مطلقا أوتضمينه مهر المثل في الاول قولان ، والاشهر الاظهر الاول .

﴿و﴾ يتفرع على اشتراط صحة المهر بالتعيين ـ ولو في الجملة ـ تعيين الفساد مع عدمه بالكلية والرجوع الى مهر المثل بلا خلاف ، ومقتضاه اطراد الحكم فيما ﴿لو تزوجها على خادم و﴾ الحال أنه ﴿لم يتعين﴾ أصلا ، وعليه فتوى جماعة ، والاصح وفاقاً للاكثر ما اختاره المصنف بقوله : ﴿فلها الوسط . وكذا لوقال: دار أو بيت﴾ وعليه عن الخلاف الوفاق ، ولكن الاحوط المصير الى ما ذكروه ان لم يعقد بمثل ذلك ، والرجوع الى الصلح معه ان لم يحصل التراضي الا به .

﴿ولو قال :﴾ أتزوجك ﴿على السنة ، كان﴾ المهر ﴿خمسمائة درهم﴾ قطعاً لو قصداها عالمين بها ، ومطلقاً على الاشهر الاقوى ، بل قيل : اجماعاً .

ثم مقتضى الحكم والمستند ثبوت المهر بالعقد كالدعين بالذكر فيه لا بالدخول فيه، كمهر السنة الثابت به للمفوضة على بعض الوجوه .

﴿ولو﴾ تزوجها و ﴿سمى لها مهراً﴾ معيناً ﴿ولا بيها﴾ أو غيره واسطة أو أجنبي ﴿شيئاً﴾ خارجاً عنه ، بحيث يكون المجموع بازاء البضع لاعطية في البعض أو جعالة فيه لجوازهما مع لزوم الثاني قطعاً لزم مهرها و ﴿سقط ماسمى له﴾ اجماعاً ، كما عن الخلاف في اللزوم والغنية في السقوط . ولافرق بين أن يتسبب تسمية الشيء للاب لتقليل المهر بزعمها لزومه بذكره في العقد أم لا .

ولو جعل المسمى للاب جزءاً من المهر كأن أمهرها شيئاً وشرط أن يعطي أباها منه شيئاً ، لزم الشرط لو كان على اختيار من دون شائبة اكراه واجبار وفاقاً لجمع ، خلافاً للاكثر فيفسد الشرط خاصة كالسابق ، وعلى المختار يرتجع بنصف المجموع بالطلاق .

﴿ولو عقد الذميان﴾ أو غيرهما من الكفار ﴿على خمر أوخنزير﴾ ونحوهما مما لايملك في شرعنا ﴿صح﴾ العقد والمهر بلاخلاف، لانهما يملكانه في شرعهما.

﴿ولو أسلما أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة﴾ عند مستحليه على الاشهر الاقوى ﴿عيناً﴾ كان ﴿أو مضموناً﴾ وقيل : يجب مهر المثل . ولو كان قبضها اياه قبل الاسلام برىء ، ولو كان الاسلام بعد قبض بعضه سقط بقدر المقبوض ووجب قيمة الباقي على المختار، وعلى القول الثاني يجب بنسبته من مهر المثل.

﴿ ولايجوز عقد المسلم على الخمر﴾ ونحوها ممالايملكه اجماعاً ﴿ولو عقد﴾ عليهما فسد المهر اجماعاً و ﴿صح﴾ العقد على الاشهر.

﴿و﴾ عليه فهل ﴿لها مع الدخول﴾ بها ﴿مهر المثل﴾ مطلقاكان المسمى قيمة أم لا، أو القيمة كذلك ولكن يقدر مالاقيمة له ذات قيمة كالحر عبداً، أوفي ماله قيمة، وأما مالاقيمة له فمهر المثل ؟ أقوال، أشهرها وأظهرها الاول، وان كان

اعتبار أكثر الامرين من قيمة المسمى والمثل أحوط .

﴿وقيل:﴾ كما عن الشيخين والقاضي والتقي ﴿يبطل العقد﴾ رأساً ومامر مع كونه أشهر وأظهر .

﴿الطرف الثاني :﴾ في ﴿التفويض﴾ وهو لغة: رد الامر الى الغير ثم الاهمال . وشرعاً رد أمر المهر أوالبضع الى أحد الزوجين أوثالث ، أواهمال ذكره في العقد ، فهو قسمان، الاول ماأشار اليه بقوله :

﴿لايشترط في الصحة﴾ أي في صحة عقد النكاح ﴿ذكر المهر﴾ في متنه.

﴿فلو﴾ عقد و﴿أغفله أوشرط أن لامهر لها﴾ في الحال أومطلقا ﴿فالعقد صحيح﴾ اجماعاً، ويسمى بـ « تفويض البضع » و « المرأة مفوضة البضع » بكسر الواو وفتحها .

أما لوصرح بنفيه في الحال والمآل على وجه يشمل ما بعد الدخول ، ففي فساد العقد ، أم الصحة قياساً له بالنفي المطلق ، أم فساد التفويض دون العقد ، فيجب مهر المثل كمالوشرط في المهر مايفسده أقوال ، أشهرها الاول ، ثم من أحكامه عندنا عدم وجوب شيء لها متعة كان أو مهر مثل بمجرد العقد ، فلومات أحدهما قبل الدخول والطلاق فلاشيء لها .

﴿ولو طلق﴾ المفوضة ﴿فلها المتعة﴾ خاصة ان طلقها ﴿قبل الدخول﴾ والفرض، وانطلقها بعد الفرض وقبل الدخول فلها نصف المفروض. ولوطلقها بعدهما أولم يطلق وقد فرض ، فجميع مافرض لها ، زاد عن مهر المثل أم قصر عنه أمساواه .

هذا ان اتفقا على الفرض، وان اختلفا فيه قيل: للحاكم فرضه بمهر المثل . ويحتمل قوياً ابقاء الحال الى حصول أحد الامور الموجبة للقدر أو المستقطة للحق .

ثم ان في ثبوت المتعة بغير الطلاق من أقسام البينونة أقوال ، أشهرها وأظهرها العدم مطلقا ، وان كان مراعاتها أحوط وأولى ، وألحق بالمفوضة من سمي لها مهر فاسد، فيثبت لها المتعة، ولابأس به استحباباً .

﴿و﴾ يجب ﴿بعده﴾ أي بعد الدخول وقبل الفرض ﴿لها مهر المثل﴾ اجماعاً. واطلاق جملة [من النصوص[1]]كالعبارة وصريح بعضهم يقتضي ثبوت المثل مطلقا ولوزاد على السنة، خلافاً للاكثر في الزائد عليها فيرد اليها، وعن جماعة الاجماع ولعله الاقوى .

﴿ويعتبر في مهر المثل حالها في الشرف، والجمال﴾ والعقل، والادب ، والبكارة ، وصراحة النسب ، واليسار، وحسن التدبير ، وكثرة العشائر، وعادة نسائها وأمثال ذلك .

والمعتبر من أقاربها من الطرفين على الاشهر الاقوى، وعن ظاهر المبسوط[2] الاجماع .

ويعتبر في الاقارب أن يكونوا من أهل بلدها أو بلد لايخالف عادتها عادة بلدها على الاقوى .

﴿و﴾ يعتبر ﴿حاله﴾ خاصة ﴿في المتعة﴾ على الاشهر الاقوى ، وفي الغنية الاجماع .

ثم المتعة بالنظر الى المتمتع على ثلاثة أقسام: متعة يسار، وتوسط، واعسار وعين الاصحاب لكل مرتبة مايليق بها في العرف والعادة .

﴿فالغني يمتع﴾ بالدابة ، وهي الفرس ،والمعتبر مايقع عليه اسمها صغيرة أم كبيرة ، برذوناً كانت أم عتيقاً ، قاربت قيمتها الثرب والعشرة الدنانير أملا ،أو

(١) وسائل الشيعة ١٥/ ٢٤، ب١٢ .

(٢) المبسوط ٤/ ٢٩٩ .

﴿بالثوب المرتفع﴾ عادة ، ناسبت قيمته قسيميه أملا ﴿أوعشرة دنانير﴾ وهي المثاقيل الشرعية .

﴿و﴾ يمتع ﴿الفقير بالخاتم﴾ ذهباً كان أوفضة معتداً به عادة ﴿أو الدرهم﴾ وفي الصحيح [١] بالخمار وشبهه ، وفي الموثق [٢] بالحنطة والزبيب والثوب .

﴿و﴾ يمتع ﴿المتوسط بينهما﴾ بما بينهما ، كخمسة دنانير والثوب المتوسط ونحو ذلك .

وبالجملة المرجع في الاحوال الثلاثة الى العرف بحسب زمانه ومكانه وشأنه .

﴿و﴾ لكن ﴿لوجعل الحكم﴾ والتعيين ﴿ لاحدهما في تقدير المهر﴾ المذكور ﴿صح﴾ العقد والتفويض اجماعاً . وهذا هو القسم الثاني من قسمي التفويض ، ويسمى بـ«مفوضة المهر» ومورد النص [٣] والفتوى هو خصوص الحكم بالتفويض الى أحدهما ، ففي غيره من التفويض الى غيرهما أو اليهما معاً وجهان والوقوف مع النص طريق اليقين .

﴿ويحكم الزوج﴾ المفوض اليه المهر ﴿بما شاء وان قل﴾ .

﴿وإن﴾ عكس الامر و﴿حكمت المرأة﴾ ﴿وفوض اليها﴿لم﴾ يجز لها أن ﴿تتجاوز مهر السنة﴾ اجماعاً في المقامين .

ثم لوطلق قبل الدخول ألزم الحاكم بالحكم ولها نصف مايحكم به ، سواء وقع الحكم قبل الطلاق أو بعده . وكذا لوطلقها بعد الدخول لزم الحاكم الفرض واستقر في ذمة الزوج .

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/٥٧ ، ح٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٥٦ ، ح١ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥/٣١ ، ب٢١ .

﴿ولومات الحاكم﴾ منهما ﴿قبل الدخول وقبل الحكم، فالمروي﴾في الصحيح[١] أن ﴿لها المتعة﴾ دون المهر، وهو الاشهر الاظهر. ولافرق مع موت الحاكم بين موت المحكوم عليه معه وعدمه.

ولومات المحكوم عليه وحده، فللحاكم الحكم.

ولومات الحاكم قبل الحكم وبعد الدخول ثبت مهر المثل، وبه صرح بعضهم من غير نقل خلاف، ولم يتعرض له الباقون.

ولومات المحكوم عليه حينئذ ألزم الحاكم بالحكم، فان كانت المرأة لا يتجاوز السنة، والا فللزوج الحكم بما يشاء كمامضى.

﴿الطرف الثالث: في الاحكام﴾ المتعلقة بالمهر ﴿وهي عشرة:﴾

﴿الاول: تملك المرأة المهر﴾ جميعه ﴿بالعقد﴾ وان لم يستقر التملك الا بعد الدخول، على الاشهر الاقوى، وعن الحلي نفي الخلاف عنه. وقيل: تملك نصفه به والنصف الاخر بالدخول. وعلى المختار لها التصرف قبل القبض على الاقرب.

﴿وينتصف بالطلاق﴾ بالكتاب[٢] والنص[٣] والاجماع.

﴿ويستقر﴾ الجميع بأحد أمور أربعة: ﴿بالدخول، وهو الوطيء قبلا أو دبراً﴾ اجماعاً في كلام جماعة. وبردة الزوج على الاشهر الاقوى. وبموت الزوج على الاشهر، وعن المرتضى الاجماع، خلافاً لجماعة فالنصف كالطلاق، ولايخلو عن قوة، لاخبار[٤] قريبة من التواتر بل متواترة، وقيل: انه الاشهر بين القدماء

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/ ٣٢، ح٢.

(٢) سورة البقرة: ٢٣٧.

(٣) وسائل الشيعة ١٥/ ٦١، ب٥١.

(٤) وسائل الشيعة ١٥/ ٧١، ب٥٨.

والطائفة . وكذا الكلام في موت الزوجة .

﴿ولايسقط﴾ شيء من المهر عاجلاكان أم آجلا ﴿معه﴾ أي مع الدخول ﴿لولم يقبض﴾ على الاشهر الاظهر ، وعن ظاهر الانتصار الاجماع . وقيل : بالسقوط به مطلقا، سواء قبضت منه شيئاً أملا ، طالت مدتها أم قصرت، طالبت به أم لا ، للصحاح[1] المستفيضة ، وأولت لشذوذها بتأويلات غير بعيدة في مقام الجمع بين الادلة .

﴿ولايستقر﴾ المهر بجميعه ﴿بمجرد الخلوة﴾ بالمرأة وارخاء الستر على وجه ينتفي معه المانع مطلقا ﴿على الاشهر﴾ الاقوى ، وفيه قول آخر .

﴿الثاني: قيل : اذا﴾ تزوجها و﴿لم يسم لها مهراً وقدم اليها شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهرها مالم يشترط﴾ قبل الدخول أن المهر ﴿غيره﴾ بكونه بعض المهر أومبائناً له ، والقائل المشهور، حتى ادعى جماعة عليه الاجماع، ولا بأس به ، وتوقف فيه جماعة كما هوظاهر المصنف .

واختلفوا بعد ذلك فبين من جمد على الاصول وأثبت مهر المثل كما في المعتبرة[2]، وبين من فصل بالعادة وحكم بالسقوط بدفع الشيء قبل الدخول ان استقرت على تقديم المهر عليه وعدمه ان لم تستقر .

﴿الثالث : اذا طلق﴾ الزوجة ﴿قبل الدخول﴾ وكان قد سمى لها مهراً برىء ذمته من نصف المسمى انكان ديناً و﴿رجع بالنصف انكان أقبضها﴾ واستقر ملكه عليه انكان عيناً دفعه اليها اجماعاً ﴿أوطالبت﴾ مطلقا ﴿بالنصف انلم يكن أقبضها﴾ المهر .

﴿ولايستعيد﴾ منها ﴿الزوج ماتجدد من النماء بين العقد والطلاق، متصلا

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/٦٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٢٤ ، ب١٢ .

كان﴾ النماء ﴿كالسمن ، أومنفصلا كالولد﴾ على الاشهر الاقوى .

ثم ان ذا اذا وجده باقياً، وان وجده تالفاً أومنتقلا عن ملكها فله نصف مثله ان كان مثلياً ، أوقيمته على الاظهر ، أونصف قيمة المهر على الاشهر ان كان قيمياً . ثم ان اتفقت القيمة والافله الاقل من حين العقد الى حين التسليم[1].

وان وجده معيباً رجع في نصف العين مع الارش على الاظهر، خلافاً للاكثر فيتخير الزوج بين الرجوع بنصف القيمة وبين أخذ نصف العين من غير أرش ، وفيه قول آخر .

ولو نقصت القيمة للسوق ، فله نصف العين خاصة ، كصورة الزيادة وهي باقية .

ولو زادت زيادة متصلة عيناً كانت أوصفة ، تخيرت بين دفع نصف العين الزائدة ونصف قيمتها مجردة عن الزيادة على أظهر الاقوال وأشهرها في المسألة .

ولو اختارت الاول ، وجب على الزوج القبول في أظهر الوجهين . وكذا لو تغيرت في يدها بما أوجب زيادة القيمة ، كصياغة الفضة وخياطة الثوب ، ويجبر على العين لو بذلتها في الفضة ، لقبولها مايريده منها دون الثوب ، الا أن يكون مفصلا على ذلك الوجه قبل دفعه اليها من دون تصرفها فيه بما لا يتأتى معه حصول مقصوده .

﴿ولو كان النماء موجوداً حال العقد رجع بنصفه﴾ أيضاً ﴿كالحمل﴾ مع دخوله في المهر بالشرط أو النبع مطلقا حصل الوضع قبل الطلاق أو بعده على الاقوى .

﴿ولو كان﴾ المهر ﴿تعليم صنعة أو علم﴾ مثلا ﴿و﴾ طلقها قبل الدخول بعد أن ﴿علمها﴾ اياهما كملا ﴿رجع﴾ عليها ﴿بنصف أجرته﴾ المثلية. ولو

(١) أى تسليم المهر من الزوجة «منه» .

كان قبل التعليم رجعت هي عليه في نصف الاجرة في تعليم الصنعة قطعاً مطلقاً ، وكذا في تعليم السورة اذا استلزم المحرم شرعاً ، والافعليه تعليم نصفها .

﴿ولو أبرأته من﴾ جميع ﴿الصداق﴾ المسمى لها ، ثم طلقها قبل الدخول ﴿رجع﴾ عليها ﴿بنصفه﴾ وكذا لو وهبته اياه مطلقا قبضته أم لا اجماعاً في الاخير كما قيل ، وعلى الاظهر الاشهر فيهما بل كاد أن يكون اجماعاً .

ولو وهبته النصف مشاعاً ، ثم طلقها قبل الدخول ، فله الباقي على الاقوى ، صرفاً للهبة الى حقها منه ، كما لو وهبته لغيره فانهما فيه سواء ، وفيه قولان آخران .

﴿الرابع : لو أمهرها﴾ أمة ﴿مدبرة﴾ أو عبداً كذلك ﴿ثم طلق﴾ قبل الدخول ﴿صارت بينهما نصفين﴾ فيتناوبان في خدمتها ، فيوم له ويوم لها بلا خلاف ، ولكن في بطلان التدبير فتملك الزوجة رقبتها أو العدم فحرة بعد السبب وانما ينصرف الامهار الى الخدمة قولان ، والى الاول أشار بقوله :

﴿وقيل :﴾ والقائل الحلي انه ﴿يبطل التدبير بجعلها مهراً ، وهو أشبه﴾ وأشهر ، والقول الثاني للنهاية[1] والقاضي ، وفي مستنده ضعف .

﴿الخامس : لو أعطاها عوض المهر﴾ المسمى ﴿متاعاً أو عبداً آبقاً وشيئاً ثم طلق﴾ قبل الدخول ﴿رجع بنصف﴾ مثل ﴿المسمى﴾ أو قيمته ﴿دون﴾ نصف المسمى نفسه و﴿العوض﴾ .

﴿السادس : اذا شرط في العقد مايخالف المشروع﴾ ولا يخل بمقصود النكاح وان كان عرضاً مقصوداً في الجملة ﴿فسد الشرط﴾ اتفاقاً ﴿دون العقد والمهر﴾ فيصحان بلاخلاف يوجد هنا . وذلك ﴿كما لو شرطت أن لايتزوج أو لايتسري، وكذا لو شرطت تسليم المهر في أجل﴾ وأنه ﴿ان تأخر عنه فلا عقد﴾.

---

(١) النهاية ص٤٧٣ .

﴿أما لو شرطت أن لا يقتضها﴾ أو لا يطأها ﴿صح﴾ كل من العقد والشرط مطلقا وفاقاً لجماعة .

﴿ولو أذنت﴾ له ﴿بعده﴾ في الوطىء ﴿ جاز ﴾ على الاشهر الاظهر كما مر .

﴿ومنهم من خص الجواز﴾ في كل من العقد ﴿والشرط بالمتعة﴾ ومنعه في الدوام والمخصص الاكثر ، ولعله الاظهر ، وفي المسألة قولان آخران .

﴿السابع : لو شرط أن لا يخرجها من بلدها لزم﴾ على الاشهر الاقوى، خلافاً للحلي وجماعة فأبطلوا الشرط وصححوا العقد. والمورد النص[1] البلد ويلحق به المنزل على الاصح، ومتى حكمنا بصحته صح اسقاطه اجماعاً كما قيل .

﴿ولو﴾ تزوجها بمائة ولكن ﴿شرط لها﴾ بقاء استحقاقها ﴿المائة ان خرجت معه﴾ الى بلاده ﴿و﴾ انتقاص ﴿خمسين﴾ منها ﴿ ان لم تخرج ﴾ معه اليها ﴿فان أخرجها الى﴾ بلده وكان ﴿بلد الشرك فلا شرط له﴾ عليها ولم تجب اطاعته عليها في الخروج اليه ﴿ولزمته المائة﴾ التي عقدها عليها ولا ينقص شيء منها ﴿وان أرادها الى بلد الاسلام فله الشرط ﴾ الذي اشترطه فان طاوعته لزمته المائة والا فالخمسون على الاشهر الاظهر .

﴿الثامن: لو اختلفا﴾ الزوجان ﴿في أصل المهر﴾ بأن ادعته المرأة وأنكره الزوج ﴿فالقول قول الزوج مع يمينه﴾ ان كان الاختلاف قبل الدخول بلا خلاف ﴿و﴾ كذا ﴿لو كان بعد الدخول﴾ على الاشهر الاظهر قطعاً مع ثبوت انتفاء التفويض باتفاقهما عليه أو بالبينة أو ما في معناها، وكذا مع احتماله على الاظهر .

ولو اتفقا على التفويض ترتب عليه حكمه من ثبوت مهر المثل مع الدخول والمتعة مع الطلاق قبله .

ولو ادعى أحد الزوجين التفويض والاخر التسمية، فالاظهر أن القول قول من

(١) وسائل الشيعة ١٥/ ٤٩ ، ح ١ .

يدعي التفويض، لكن ليس للمرأة المطالبة بزيادة ماتدعيه من مهر المثل أو التسمية .

ولو ثبت تسمية قدر معين اما باقراره أو البينة أو الشياع أو مافي معناه مما يفيد العلم ، ثم ادعى تسليمه ولا بينة ، كان القول قول الزوجة مع يمينها على الاشهر الاقوى .

ولو اختلفا في المقدار ، فالقول قول المنكر للزيادة مطلقا على الاشهر الاقوى.

﴿وكذا لو خلا﴾ بها ﴿فادعت المواقعة﴾ وأنكرها الزوج، فالقول قوله مع يمينه على الاشهر الاظهر .

﴿التاسع : يضمن الاب مهر﴾ زوجة ﴿ولده الصغير﴾ الذي زوجها منه ﴿ان لم يكن له﴾ أي للولد ﴿مال وقت العقد﴾ أو كان ولكن ضمنه الاب ﴿ولو كان له مال﴾ ولم يكن ضمن ﴿كان على الولد﴾ اتفاقاً.

واطلاق النص[1] والفتوى يقتضي ضمان الاب مع اعسار الولد مطلقا ولو تبرأ عن ضمانه، خلافاً للفاضل فاستثنى منه صورة التبري ، ولايخلو عن وجه.

ثم مع ضمانه صريحاً لو أدى فهل يرجع به على الطفل؟ الاصح لا. وكذا لو أدى تبرعاً عن الموسر كالاجنبي .

ولو دفعه عنه، ثم بلغ الصبي وطلق قبل الدخول، استعاد الولد النصف دون الوالد بلاخلاف، وكذا لو أدى عن الكبير تبرعاً بلاخلاف كما قيل، فان تم اجماعاً والا فللتوقف فيه مجال، كما صرح به في الشرائع[2] وتبعه قوم .

ولو لم يكن دفعه قبل الطلاق قيل: تبرأ ذمة الاب عن النصف وازمه النصف للزوجة . وقيل : يلزمه الكل مع اعسار الزوج ، فيدفع النصف الاخر اليه .

﴿العاشر : للمرأة أن تمنع﴾ من تسليم نفسها الى الزوج قبل الدخول بها

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/ ٣٩ ، ح٢ .

(٢) شرائع الاسلام ٢/ ٣٣٢ .

﴿حتى تقبض مهرها﴾ ان كان حالا ، عيناً كان أومنفعة ، معيناً كان أم في الذمة ، موسراً كان الزوج أومعسراً، اجماعاً فيما عدا الاخير، وأما الاخير فالاشهر الاظهر أنه كذلك خلافاً للحلي وهو نادر . وان كان مؤجلا فليس لها الامتناع اجماعاً.

ولو أقدمت على فعل المحرم وامتنعت به عن التسليم الى أن حل الاجل ، فهل لها الامتناع حينئذ تنزيلاله منزلة الحال ابتداءاً أوعدمه ؟ وجهان ، أجودهما: الثاني .

ولو كان بعضه حالا و بعضه مؤجلا، كان لكل منهما حكم مماثله .

ثم انه انما يجب على الزوج تسليم المهر اذا كانت مهياة للاستمتاع، فلو كانت ممنوعة بعذر ـ وان كان شرعياً ـ لم يلزم، نعم لو كانت صغيرة يحرم وطئها، فالاقوى وجوب دفع مهرها اذا طلبه الولي .

﴿وهل لها ذلك﴾ أي الامتناع ﴿بعد الدخول﴾ بها؟ ﴿قولان، أشبههما : أنه ليس لها ذلك﴾ وهو الاشهر، وفي السرائر[1] والغنية الاجماع .

(النظر الثالث)

(في القسم والنشوز والشقاق)

﴿أما القسم :﴾ بفتح القاف ، والمراد به قسمة الليالي بين الازواج . أما بالكسر فهو الحظ والنصيب، ولاخلاف في وجوبه .

﴿فـ﴾ يجب ﴿للزوجة الواحدة ليلة﴾ من أربع ﴿وللاثنتين ليلتان، وللثلاث ثلاث ، والفاضل من﴾ تمام ﴿الاربع﴾ ليالي ﴿له أن يضعه حيث شاء﴾ في الزوجات أوغيرهن .

---

(١) السرائر ص٣٠٣ .

﴿ولو كن أربعاً فلكل واحدة ليلة﴾ وهل يجب بنفس العقد والتمكين أم يتوقف على الشروع في القسمة فلا يجب الا للمتعدد خاصة الا أن ينقضي الدور فيحل تركه؟ قولان، أشهرهما: الاول، وهو أحوط وان كان في تعينه نظر. كل ذا في المتعددة، وأما الزوجة الواحدة فينبغي القطع بعدم استحقاقها القسمة بالمرة.

ثم ان تعددن ابتدأ بالقرعة، فان كانتا اثنتين والا افتقر الى قرعة الثانية وهكذا وقيل: يتخير.

ولا تجوز الزيادة في القسمة على ليلة بدون رضاهن مطلقا على الاشهر الاحوط وقيل: بالجواز مطلقا، وربما قيل به مقيداً بالضرورة، كما لو كن في أماكن متعددة ويتوقف ما زاد على رضاهن. وهو حسن ان لم يمكن دفع الضرر بنحو آخر، كرفع التباعد وتقريب الاماكن، ويشكل مع الامكان.

﴿ولا يجوز الاخلال﴾ بالمبيت الواجب ﴿الا مع العذر﴾ كنشوزها الى أن ترجع الى الطاعة أو السفر مطلقا ﴿أو الاذن﴾ منهن أو من بعضهن فيما يختص الاذن به.

﴿والواجب﴾ في البيتوتة هو ﴿المضاجعة﴾ خاصة، وهي أن ينام معها قريباً منها عادة معطياً لها وجهه دائماً أو أكثرياً بحيث لا يعد هاجراً وان لم يتلاحق الجسمان. ولا يعتبر فيها حصولها في جميع الليل، بل يكفي فيه ما يتحقق معه المعاشرة بالمعروف.

و﴿لا﴾ تجب فيها ﴿المواقعة﴾ لها، وانما تجب في كل أربعة أشهر مرة.

﴿ويختص الوجوب بالليل﴾ على الاشهر الاظهر، فلا تجب بالنهار أيضاً وان كان أحوط.

﴿وفي رواية[1]﴾ ابراهيم ﴿الكرخي﴾ الصحيحة اليه أنه ﴿انما﴾ يجب

(١) وسائل الشيعة ١٥/ ٨٤ ح١ ب٥.

﴿عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها﴾ وليس عليه أن يجامعها اذا لم يرد ذلك ، وعليها الاسكافي، وفي سندها ضعف بجهالة الراوي، فلا يمكن الخروج عن الاصل بها ، وان كان الاجود العمل بها احتياطاً .

ثم انه ليس المراد ببيتوتة معها في الليلة قيامه معها في جميعها ، بل ما يعتاد منها، وهو بعد قضاء الوطر من الصلاة في المسجد ومجالسة الضيف ونحوهما . نعم ليس له الدخول في تلك الليلة على الضرة الالللضرورة ، ومنها عيادتها اذا كانت مريضة،وقيده في المبسوط بثقل المرض والالم يجز، فان مكث وجب قضاء زمانه مالم يقصر بحيث لايعد اقامة عرفاً فيأثم خاصة .

ثم تخصيص المبيت بالليل جار مجرى الغالب، وهو من يكون معاشه نهاراً. ولو انعكس كالوقاد والحارس والبزار فعماد قسمته النهار خاصة بلاخلاف . ولو كان مسافراً معه زوجاته فعماد قسمته وقت النزول، قليلا كان أو كثيراً ، ليلا كان أم نهاراً .

﴿واذا اجتمع مع﴾ الزوجة ﴿الحرة أمة بالعقد﴾ الدائم حيث جوزناه ﴿فللحرة ليلتان وللامة ليلة﴾ على الاظهر الاشهر، حتى عن الخلاف وغيره الاجماع خلافاً للمفيد فلاقسمة للامة ، وهو نادر .

ثم ان التثليث وان كان يتحقق بتنصيف الليل للامة وتتميمها للحرة، فلهما ليلة ونصف من أربعة ليالي وليلتان ونصف له يضعهما حيث يشاء ،الاأن الاظهر الاشهر تخصيصه بتثليث الليالي،فللامة ليلة وضعفها للحرة ويكون ذلك من ثمان،فيكون الذي للزوج منها خمس يضعها حيث شاء ولهما ثلث ، وعن الخلاف وغيره الاجماع.

﴿والكتابية﴾ الحرة ﴿كالامة﴾ المسلمة ، فللحرة المسلمة ليلتان ولها ليلة، بلاخلاف يعبؤ به .

والكتابية المملوكة لها ربع القسمة، لئلا تتساوي الامة المسلمة .

﴿ولا قسمة للموطوءة بالملك﴾ اجماعاً .

﴿ ويختص البكر عند ﴾ حدثان عرسها و ﴿الدخول﴾ عليها استحباباً ﴿بثلاث﴾ ليال ﴿الى سبع﴾ وفاقاً للشيخ في كتابي الاخبار، وصريحه فيهما أفضلية الاول خلافاً للاكثر فالثاني وهو أظهر ، ولاخلاف في جواز التخصيص بالسبع .

وهل هو على سبيل الاستحقاق خاصة فلايقضى منها شيئاً لغيرها ام لاتستحق منها سوى الثلاث وأما البواقي فلا بل غاية الامر جواز تقديمها ومعه فيقضيها للباقيات ؟ قولان، ظاهر اطلاق النص[1] والفتوى الاول، كل ذا في البكر .

﴿و﴾ أما ﴿الثيب﴾ فتختص عند حدثان عرسها ﴿بثلاث﴾ وفاقاً للاكثر والمتبادر من اطلاق النص [2] والفتوى توالي الليالي وحرية المرأتين ، الا أن ظاهر الاصحاب الاتفاق على العموم للامة، ولكن اختلفوا في المساواة في التقدير أو التنصيف لها على القولين، والاشهر الاول، والاظهر الثاني، ولافرق في الثيب بين الزائل بكارتها بالجماع أوغيره .

﴿وتستحب التسوية بين الزوجات في الانفاق واطلاق الوجه والجماع﴾ استحباباً مؤكداً وليس بواجب اتفاقاً ﴿ وأن يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبتها ﴾ كمامر .

﴿وأما النشوز: ﴾ وأصله الارتفاع ﴿فهو﴾ هنا بل وربما يطلق عليه في اللغة أيضاً ﴿ارتفاع أحد الزوجين﴾ وخروجه ﴿عن طاعة صاحبه فيمايجب له﴾ عليه .

﴿فمتى ظهر من المرأة أمارة العصيان﴾ بتقطبها في وجهه والضجر والسأم

(١) وسائل الشيعة ١٥/ ٨١، ح١ .

(٢) نفس المصدر .

بحوائجه التي يجب عليها فعلها من مقدمات الاستمتاع ، بأن تمنع أو تثاقل اذا دعاها اليه، لامطلق حوائجه، اذ لايجب عليها قضاء حاجته التي لاتتعلق بالاستمتاع أوتغير عادتها في أدبها معه، قولاكأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين، أوغير مقبلة بوجهها بعد أن كانت تقبل ، أو فعلاكأن يجد اعراضاً أوعبوساً بعد لطف وطلاقة ونحوذلك ﴿وعظها﴾ أولا بلاهجر ولاضرب، فلعلها تبدي عذراً أوتتوب عماجرى منها من غيرعذر .

والوعظ كأن تقول: اتقي الله في الحق الواجب لي عليك واحذري العقوبة ويبين لها مايترتب على ذلك من عذاب الله سبحانه في الاخرة وسقوط النفقة والقسم في الدنيا .

﴿فان لم ينجع﴾ فيها ذلك ﴿هجرها في المضجع﴾ بكسر الجيم، ويتحقق ﴿بأن يولها ظهره في الفراش﴾ أويعتزل فراشها مخيراً بينهما على أصح الاقوال وأظهرها، وان كان اختيار الاول أحوط وأولى .

﴿فان لم ينجع﴾ فيها ذلك أيضاً ﴿ضربها مقتصراً﴾ في الضرب ﴿على مايؤمل معه طاعتها﴾ فلاتجوز الزيادة عليه مع حصول الغرض به، والا تدرج الى الاقوى فالاقوى ﴿مالم يكن﴾ مدعياً ولا ﴿مبرحاً﴾ أي شديداً كثيراً .

وتفسير الضرب بذلك هوالاشهر الاظهر، وروي : أنه الضرب بالسواك[1] وهوأحوط .

وهل الامور الثلاثة على التخيير أو الجمع أوالترتيب بالتدرج من الاخف الى الاثقل كمراتب النهي عن المنكر؟ وعلى التقادير فهل هي مع تحقق النشوز أوظهور امارته قبل وقوعه أومعهما بمعنى أن الوعظ والهجر مع الثاني والضرب مع الاول ؟ أقوال ، أقواها الثالث في المقامين ، وهو الترتيب بين الامور

(١) مجمع البيان ذيل الاية (٣٤) من سورة النساء .

الثلاثة، واختصاص الاولين منها مرتباً بينهما بظهور امارة النشوز وثالثها بتحقق النشوز .

وهنا قول آخر وهو: ماقال بعض العلماء في تفسير الاية « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن»[1] فان نشزن فاهجروهن في المضاجع، فان أصررن فاضربوهن وهو أحوط .

﴿ولو كان النشوز منه﴾ أي من الزوج، بأن يتعدي عليها بمنع بعض حقوقها الواجبة عليه من نفقة أو اساءة خلق معها، أو أذية وضرب لها من غير سبب ﴿فلها المطالبة بحقوقها﴾ التي أخل بها، ولها وعظه لاهجره وضربه ، فان أصر على الامتناع رفعت أمرها الى الحاكم .

ولو امتنع عن الانفاق جاز للحاكم الانفاق عليها من ماله ولو ببيع شيء من عقاره اذا توقف الامر عليه .

ولو لم يمنعها شيئاً من حقوقها الواجبة ولايؤذيها بضرب ولا سب ولكن يكره صحبتها لمرض أو كبر فلايدعوها الى فراشه أو يهم بطلاقها فلاشيء عليه.

﴿ولو تركت﴾ حينئذ ﴿بعض مايجب﴾ لها عليه ﴿أو كله استمالة﴾ له ﴿جاز﴾ لها و ﴿له القبول﴾ وكذا لو أخل الزوج ببعض حقوقها الواجبة أو كلها ، فلها ترك ذلك استمالة له ، وله القبول أيضاً لو تركته بطيب نفسها لا مطلقا .

﴿وأما الشقاق: فهو أن يكره كل منهما صاحبه﴾ سمي به لكون كل منهما في شق غير شق الاخر .

﴿فاذا خشي الاستمرار﴾ على الشقاق ﴿بعث﴾ وجوباً على الاقوى ﴿كل منهما﴾ وفاقاً للصدوقين خلافاً للاكثر فالحاكم ولنادر فأهلهما ﴿حكماً من

(١) سورة النساء : ٣٤ .

أهله﴾ وحكماً من أهلها وفاقاً للسرائر [١] .

﴿ولو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم﴾ ولادليل عليه سوى الجمع بين الروايات[٢]، والاولى اجباره لهما عليه .

﴿ويجوز أن يكونا﴾ أي الحكمان ﴿أجنبيين﴾ اما مطلقاً كما هو ظاهر المتن ، أو مقيداً بعدم الاهل كما هو الاقوى، ومع ذلك ليس لهما حكم المبعوث من أهلهما من امضاء ماحكما عليهما ، ويكون حكمهما حينئذ الاقتصار على ماأذن به الزوجان وفيه وكلا ، وليس لهما من التحكيم الذي هو من حكم الحكمين شيء ، وفي حكم فقد الاهل توقف الاصلاح على الاجنبيين .

﴿ وبعثهما تحكيم لاتوكيل ﴾ على الاظهر الاشهر ، حتى أنه عن ظاهر المبسوط[٣] والسرائر[٤] وغيرهما الاجماع ﴿ فيصلحان ﴾ أي الحكمان ﴿ ان اتفقا ﴾ من غير معاودة الى من بعثهما مطلقاً ويمضي عليهما ماحكما بلاخلاف ظاهراً .

﴿ولايفرقان الا مع اذن الزوج في الطلاق والمرأة في البذل﴾ في المشهور بل قيل : بلاخلاف .

﴿ولو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم﴾ عليهما بلااشكال .

---

(١) السرائر ص٣٣٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/ ٨٩، ب١٠ و١٣ .

(٣) المبسوط ٤/ ٣٣٩ .

(٤) السرائر ص٣٣٨ .

(النظر الرابع)

(فى أحكام الاولاد)

﴿ولد الزوجة الدائمة﴾ التام خلقته ﴿يلحق به﴾ أي بالزوج الذي يمكن التولد منه عادة ولو احتمالا بعيداً ﴿مع﴾ شروط ثلاثة :

أحدها : ﴿ الدخول ﴾ بها دخولا يمكن فيه ذلك ولو بعيداً ، قبلا كان أو دبراً اجماعاً، وفي غيره اشكال وان حكي عن الاصحاب الاطلاق واحتمل الاجماع، مع أن المحكي عن جماعة عدم العبرة بالوطىء دبراً واستوجهه من المتأخرين جماعة ، وهو حسن الا مع الامناء واحتمال السبق وعدم الشعور لامطلقاً .

﴿و﴾ ثانيها : ﴿مضي ستة أشهر﴾ هلالية أو عددية ﴿من حين الوطىء﴾ فلاعبرة بالاقل في الولد الكامل اجماعاً ، وفي غيره مما تسقطه المرأة يرجع في الحاقه بالزوج حيث يحتاج اليه ليجب عليه التكفين ومؤونة التجهيز ، ونحو ذلك من الاحكام الغير المترتبة على حياته الى المعتاد لمثله من الايام والاشهر وان نقصت عن الستة أشهر ، فان أمكن عادة كونه منه لحقه حكمه، وان علم عادة انتفاؤه عنه لغيبته عنه مدة تزيد عن تخلفه عادة انتفي عنه .

﴿و﴾ ثالثها : ﴿ وضعه لمدة ﴾ أقصى ﴿ الحمل أو أقل ﴾ منها اجماعاً ﴿وهي تسعة أشهر﴾ على الاشهر الاظهر، وفي المبسوط[1] والخلاف[2] وغيرهما الاجماع .

﴿وقيل : عشرة أشهر﴾ واختاره المصنف بقوله : ﴿وهو حسن﴾ ودليله

---

(١) المبسوط ٨/٣٠٥ .

(٢) الخلاف ٣/٦٥ .

غير واضح .

﴿وقيل:﴾ انها ﴿سنة﴾ كاملة ﴿وهو متروك﴾ وفيه اشعار بانعقاد الاجماع على خلافه .

وكيف كان ﴿فـ﴾ يتفرع على الخلاف ما ﴿لو اعتزلها أو غاب عنها عشرة أشهر فولدت بعدها لم يلحق به﴾ على الاظهر ، وكذا على القول بالعشر، ويلحق به على القول الاخر. وتظهر ثمرة الخلاف بين القولين الاولين ما لو ولدته لعشر ، فيلحق به على القول به ولا على الاظهر .

﴿ولو أنكر﴾ الزوج ﴿الدخول﴾ بها بعد احتماله وادعته الزوجة ﴿فالقول قوله مع يمينه﴾ .

﴿ ولو اعترف بـه ﴾ أي بالدخول ﴿ ثم أنكـر الولد لم ينتف عنـه الا باللعان﴾ اجماعاً .

﴿ولو اتهمها بالفجور أو شاهد زناها لم يجز له نفيه﴾ مع احتماله اللحوق به ﴿ولحق به﴾ اجماعاً ﴿ولو نفاه لم ينتف عنه الا باللعان﴾ اجماعاً ، ولافرق في ذلك بين كون الولد يشبه الزاني وعدمه .

ولو وطئت الزوجة شبهة وأمكن تولد الولد من الزوج وذلك الواطىء أقرع بينهما ، سواء وقع الوطئان في طهر واحد أو طهرين . ولو انتفى عـن أحدهما ألحق بالاخر من غير قرعة .

﴿وكذا﴾ يلحق به الولد ولا ينتفي عنه الا باللعان ﴿لو اختلفا في مدة الولادة﴾ فادعى ولادته لدون ستة أشهر ، أو لازيد من أقصى الحمل ، بلا اشكال في الثاني ، وأما الاول فيحتمل فيه قبول قوله وفاقاً لجماعة ولكنه ضعيف، وحيث قدمنا قولها فالمتجه عند جماعة توجه اليمين عليها، وهو أحوط حيث ترضى بها ، والا فعدم التوجه أقوى .

﴿ولو زنا بامرأة فاحبلها لم يجز الحاقه بنفسه وان تزوج بها﴾ بعد ذلك ﴿وكذا لو أحبل أمة غيره بزنا ثم ملكها﴾ أو يضعها وألحقنا الولد به مع الشرط أو مطلقا اجماعاً في المقامين.

﴿ولو طاق زوجته﴾ المدخول بها ﴿فاعتدت وتزوجت﴾ أو وطئت لشبهة ﴿وأتت بولد﴾ فان لم يمكن لحوقه بالثاني وأمكن لحوقه بالاول كما لو ولدته ﴿لدون ستة أشهر﴾ من وطىء الثاني ولتمامها من غير أن يتجاوز أقصى الحمل من وطىء الاول ﴿فهو للاول﴾ وتبين بطلان النكاح الثاني لوقوعه في العدة، وحرمت عليه مؤبداً.

ولو انعكس الامر، بأن ولدته لازيد من أكثر الحمل من وطىء الاول ولاقله الى الاقصى من وطىء الثاني لحق بالثاني.

وان لم يمكن لحوقه بهما، بأن ولدته لازيد من أكثر الحمل من وطىء الاول ولدون ستة أشهر من وطىء الثاني انتفي عنهما قطعاً.

﴿و﴾ ان أمكن الحاقه بهما كما ﴿لو كان﴾ ولدتها ﴿لستة﴾ أشهر من وطىء الثاني ولسبعة ﴿فصاعداً﴾ الى أقصى الحمل من وطىء الاول ﴿فهو للاخير﴾ وفاقاً للنهاية[1] وجماعة، خلافاً للمبسوط[2] فالقرعة.

﴿ولو لم تتزوج﴾ ولم توطأ بعد الطلاق وولدت ﴿فهو للاول ما لم يتجاوز أقصى الحمل﴾ ولو لم ينقص عن أدناه بلاخلاف.

﴿وكذا الحكم في الامة لو باعها﴾ سيدها ﴿بعد الوطىء﴾ في جميع الصور المفروضة، ولكن على تقدير ولادتها لدون ستة أشهر من وطىء الثاني، والحكم بلحوق الولد للبائع يتبين فساد البيع لانها أم الولد.

---

(١) النهاية ص٥٠٥.

(٢) المبسوط ٨/٣٠٥.

﴿وولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى﴾ الواطىء لها اذا أتت به لستة أشهر فصاعداً الى الاقصى اتفاقاً ﴿و﴾ حينئذ ﴿يلزمه الاقرار به﴾ اذا لم يعلم انتفاؤه عنه ولم يكن هناك امارة يغلب معها الظن بخلافه ، لامطلقا عند المصنف وغيره كما يأتي .

﴿لكن لو نفاه انتفى ظاهراً﴾ اجماعاً ﴿ولا يثبت بينهما لعان﴾ كما يأتي في بحثه .

﴿ولو اعترف به بعد النفي ألحق به﴾ ويترتب عليه من أحكام النسب ماعليه بلا اشكال وفيماله اشكال الا أن يكون اجماع .

﴿وفي حكمه﴾ أي ولد الامة ﴿ولد المتعة﴾ فيترتب عليه الاحكام المذكورة من اللحوق به ، ولزوم الاعتراف به مع عدم العلم بانتفائه عنه ، وانتفاؤه عنه ظاهراً اذا نفاه من غير لعان ، واللحوق به بالاعتراف به بعد الانكار .

﴿وكل من أقر بولد ثم نفاه لم يقبل نفيه﴾ اجماعاً .

﴿ولو وطأها المولى﴾ وطياً يمكن لحوق الولد به ﴿وأجنبي﴾ آخر معه فجوراً لاشبهة يمكن اللحوق في حقه أيضاً ﴿حكم به للمولى﴾ مع عدم الامارة التي يغلب معها الظن بالعدم اجماعاً .

﴿فان حصلت فيه امارة يغلب معها الظن أنه ليس منه لم يجز له الحاقه﴾ به ﴿ولانفيه﴾ عنه ﴿بل يستحب له أن يوصي له بشيء ولايورثه ميراث الاولاد﴾ وفاقاً للاكثر كما في كلام جمع ، خلافاً لجماعة فأثبتوا لها الفراش مطلقاً ولومع الامارة ، وهو في غاية القوة .

﴿ولو وطئها البائع والمشتري﴾ فأتت بولد ﴿فالولد للمشتري﴾ بلاخلاف هنا ﴿الا أن يقصر الزمان﴾ أي زمان مدة الحمل ﴿عن ستة أشهر﴾ من وطئه ، فيلحق بالسابق ان لم يقصر ولم يتجاوز أقصى الحمل وان قصر فيه أيضاً أو تجاوز انتفى

عنه أيضاً بلا خلاف هنا .

﴿ولو وطأها المشتركون﴾ فعلوا حراماً ، ولو حبلت حينئذ ﴿فولدت وتداعوه﴾ فقال كل منهم : هو ولدي ﴿أقرع بينهم وألحق بمن خرج اسمه ، و﴾ قد ﴿يغرم﴾ الملحق به ﴿حصص الباقين من قيمته﴾ أي الولد يوم سقط حياً ﴿وقيمة أمه﴾ لصيروتها بظاهر الشرع بالقرعة أم ولده، ولا يجوز لهم رفع التداعي للولد الا بالقرعة.

﴿ولا يجوز نفي الولد لمكان العزل﴾ عن أمه مطلقا، دائمة كانت أو متعة أو أمة حصل العلم بعدم سبق المني فرجها أم لا ، على اشكال في هذه الاطلاق وان كان ظاهر الاصحاب .

﴿ولا مع التهمة بالزنا﴾ .

﴿والموطوءة بالشبهة يلحق ولدها بالواطىء﴾ بالشروط الثلاثة المتقدمة، وعدم الزوج الحاضر الداخل بها حيث يمكن الحاقه به ، والمولى بحكم الزوج لكن لو انتفى عن المولى ولحق الواطىء أغرم قيمة الولد يوم سقط حياً لمولاها.

﴿ولو تزوج امرأة لظنه خلوها من الزوج﴾ والمولى ﴿فبانت محصنة﴾ ذات زوج أو مولى ﴿ردت على الاول بعد الاعتداد من الثاني﴾ ولا رجوع عليها بمهر أو نفقة ان اشتركت معه في الظن ﴿والاولاد للواطيء الثاني مع الشرائط﴾ للالحاق .

وينبغي تقييد الحكم باعتقاد الزوج جواز التعويل على ذلك الظن ليصير الوطيء شبهة ، فلو كان الظن مما لا يجوز التعويل عليه وعلم بذلك ، فان الوطيء يكون زنا وينتفي الولد عن الواطيء قطعاً وعن الموطوءة أيضاً اذا اشتركت معه في العلم بعدم جواز التعويل على مثل ذلك الظن ، والا فيلحق بها كما يلحق بالواطيء أيضاً ان اختص باعتقاد جواز التعويل عليه .

﴿ويلحق بذلك﴾ أي بحكم الاولاد ﴿أحكام الولادة، وسنتها﴾ والمراد بها الاداب العامة للواجب والمندوب :

فالاول: ﴿استبداد النساء﴾ وانفرادهن ﴿بالمرأة﴾ للاعانة لها عند المخاض ﴿وجوباً﴾ كفائياً بلاخلاف فيه ولافي عدم جواز الرجال ممن عدا الزوج مطلقا ﴿الامع عدمهن﴾ فجاز لهم اعانتهم بل وجب للضرورة ﴿ولابأس بالزوج﴾ مطلقا ﴿وان وجدن﴾ أي النسوة ويتعين لوفقدن ان حصلت به المساعدة ، والا تعين الرجال المحارم ، فان تعذروا فغيرهم .

والثاني: ماأشار اليه بقوله: ﴿ويستحب غسل المولود﴾ بضم الغين ، وفي اعتبار الترتيب فيه وجهان ، ووقته حين الولادة .

﴿والاذان في أذنه اليمنى والاقامة في﴾ أذنه ﴿اليسرى﴾ ولايتعينان قبل قطع السرة كما قيل ، بل يجوز التأخير ولو الى اليوم السابع .

﴿وتحنيكه بتربة الحسين عليه السلام وبماء الفرات﴾ وهو النهر المعروف، والمراد بالتحنيك ادخال ذلك الى حنكه وهو أعلى داخل الفم، قيل: ويكفي الدلك بكل من الحنكين وان كان المتبادر دلك الاعلى .

﴿ومع عدمه﴾ أي عدم ماء الفرات ﴿بماء فرات﴾ أي عذب ، والاولى التحنيك بماء السماء مع تعذر ماء الفرات ﴿وان لم يوجد﴾ الماء الفرات ولا غيره ﴿الاماء ملح خلط بالعسل أوالتمر﴾ .

﴿وتسميته بالاسماء المستحسنة﴾ كاسم محمد وعلي وفاطمة والحسن والحسين وجعفر وطالب وعبدالله وفاطمة من النساء كمافي النص، وفيه : انه لايدخل الفقر بيتاً فيه اسم أحد هؤلاء[1]، ونحوها أسماء الانبياء .

﴿وأن يكنيه﴾ مخافة النبز ﴿ويكره أن يكني محمداً بأبي القاسم﴾ للنص[2]

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/١٢٨ ، ح١ ب٢٦ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/١٣١ ، ح٢ .

وفيه النهي عن التكني بأبي العباس وأبي الحكم وأبي المالك ﴿وأن يسمي حكماً أو حكيماً أو خالداً أو حارثاً أو مالكاً أو ضراراً﴾ أو حرباً أو ظالماً .

﴿ويستحب حلق رأسه يوم السابع﴾ من ولادته ولو في آخر جزء من النهار ولا فرق بين الذكر والانثى على ما يقتضيه اطلاق النص[1] والفتوى ، وينبغي أن يكون ﴿مقدماً على العقيقة﴾ .

﴿والتصدق﴾ بالرفع عطف على «حلق» أي يستحب التصدق ﴿بوزن شعره ذهباً أو فضة﴾ ولا يستحب الحلق بمضي السابع .

﴿ويكره القنازع﴾ جمع قنزع، وهو أن يحلق من الرأس موضعاً ويترك موضعاً في أي جانب كان كما في الخبر[2]، وفي آخر: أن يحلق الرأس الا قليلا في وسطه.

﴿ويستحب ثقب أذنه﴾ باجماعنا وأخبارنا[3]، واطلاق أكثرها يقتضي الاكتفاء بالواحدة، وفي بعضها ثقبهما معاً، ولعله آكد. ويستفاد من بعضها في كيفية ثقبهما ثقب الاذن اليمنى في شحمتها واليسرى في أعلاها .

﴿وختانه فيه﴾ أي في اليوم السابع بلا خلاف ﴿ولو أخر﴾ عنه ﴿جاز﴾ اجماعاً .

﴿ولو بلغ﴾ غير مختون ﴿وجب عليه الاختان﴾ باجماع علماء الاسلام، وفي وجوبه على الولي قبل البلوغ قولان، أشهرهما وأظهرهما العدم . ويدخل فيمن بلغ غير مختون الكافر اذا أسلم بلا خلاف وان طعن في السن .

﴿وخفض الجواري﴾ وختانهن ﴿مستحب﴾ شرعاً .

﴿وأن يعق عنه أيضاً﴾ بذكر ان كان ذكراً والا فأنثى، وليست المماثلة واجبة

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/١٦٩ ، ح١ ب٦٠ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/١٧٣ ، ب٦٦ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥/١٥٩ ، ب٥١ .

اجماعاً كما قيل ، ولاخلاف في رجحان العقيقة في الجملة ، وانما الخلاف في الوجوب ، والاشهر الاظهر العدم ، وفي الخلاف[١] الاجماع .

﴿ ولاتجزىء الصدقة بثمنها ﴾ واواضطراراً ﴿ولوعجز﴾ عنها ﴿توقع المكنة﴾ من شرائها .

﴿ويستحب فيها شروط الاضحية﴾ من كونها سليمة من العيوب سمينة ﴿وأن تخص القابلة بالرجل والورك﴾ كما في بعض الاخبار[٢]، وفي بعضها : تعطي الربع[٣]. وفي آخر : الثلث. والجمع بتفاوت مراتب الفضل ممكن ، وان كان الاخذ بالاول لشهرته بين الاصحاب أجود .

﴿ ولو كانت ﴾ القابلة ﴿ ذمية ﴾ لا تأكل ذبيحة المسلم ﴿أعطيت ثمن الربع﴾ .

﴿ ولو لم تكن ﴾ ثمة ﴿ قابلة تصدقت به ﴾ أي بالربع ﴿الام﴾ الى من شاءت من فقير أوغني .

﴿واذا لم يعق الوالد﴾ عنه ﴿استحب المولد﴾ أن يعق عن نفسه ﴿اذا بلغ﴾ وان طعن في السن .

﴿ولومات الصبي﴾ بل الطفل مطلقا ﴿في﴾ اليوم ﴿السابع قبل الزوال سقط ،ولومات بعد الزوال لم يسقط الاستحباب﴾ بلاخلاف .

﴿ويكره أن يأكل منها الوالدان﴾ بل ومن في عيالهما ، والكراهة في الام أشد، ولايحرم الاكل على الاشهر الاظهر، ولو أكلت منه الام كره لها ارضاعه .

﴿وأن يكسر شيء من عظامها، بل يفصل مفاصل الاعضاء﴾ بلاخلاف، وليس

---

(١) الخلاف ٣/٢٦٣ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/١٤٩ ، ب٤٤ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥/١٥١ ، ح١٠ .

بمحظور اجماعاً، وماشتهر بين الناس من استحباب دفن العظام بل ولفها في خرقة فلم نقف على مستند فيه ولاقول فيه .

﴿ومن التوابع: الرضاع﴾ بكسر الراء وفتحها مصدر رضع كسمع وضرب وهو امتصاص الثدي .

﴿والحضانة﴾ بالفتح ، وهي ولاية عن الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصلحته من حفظه وجعله في مهده ودفعه وكحله ودهنه وتنظيفه وغسل خرقته وثيابه، ونحو ذلك من خدماته .

﴿وأفضل مايرضع﴾ به الولد ﴿لبن أمه﴾ لاوفقيته بمزاجه، لتغذيته به في بطن أمه .

﴿ولاتجبر﴾ الام ﴿الحرة﴾ وكذا الامة للغير ﴿على ارضاع ولدها﴾ الا اذا لم يكن للولد مرضعة أخرى ، أوكان ولم تمكن لعدم وجود الاب أو اعساره وعدم تمكنه منه مع عدم مال للولد يمكن ارضاعه بمن غيرها، فيجب عليها حينئذ بلاخلاف ، كوجوب انفاقها عليه في هاتين الصورتين .

وهل يجب عليها ارضاع اللبأ، وهو أول اللبن؟ الاكثر لا، وهو أقوى الا مع ثبوت التضرر بتركه فيجب ، ويتقدر حينئذ بمقدار اندفاع الضرر ، وربما قيد بثلاثة أيام ، وعليه ففي لزوم الاجرة قولان ، والاشهر الاظهر نعم .

﴿ويجبر الامة مولاها﴾ على ارضاع ولدها بل مطلقا .

﴿وللحرة﴾ المستأجرة للارضاع بنفسها أو بغيرها ، أوعلى الاطلاق ولو أرضعته من الغير كماعن الاكثر ﴿الاجرة﴾ المضروبة لها ﴿على الاب﴾ الموسر مطلقا و﴿ان اختارت ارضاعه﴾ بعد استيجارها لذلك . ﴿وكذا لو أرضعته خادمتها﴾ المملوكة لها مطلقا بلاخلاف .

وهل يجوز استيجار الام لذلك وهي في حبالته؟ الاشهر نعم ، وهو الاظهر

اذا كان المستأجر الزوج أو غيره ولم يمنع الارضاع حق الزوج ، والا فالمنع أظهر .

﴿ولو كان الاب ميتاً﴾ أومعسراً ﴿فمن مال الرضيع﴾ بلاخلاف في الاول وفي الاخير خلاف ، فظاهر اطلاق العبارة وجوب الاجرة على الاب ، واستشكله جماعة، وهو في محله، ولكن الوجوب أحوط ان أمكن باقتراض ونحوه ، والا فلاريب في سقوطه ، بل ولعله لاخلاف فيه .

﴿و﴾ نهاية ﴿مدة الارضاع حولان﴾ كاملان ﴿ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً﴾ باجماعنا ﴿لاأقل﴾ من ذلك على الاظهر الاشهر، بل كاد أن يكون اجماعاً وحكي صريحاً .

﴿و﴾ تجوز ﴿الزيادة﴾ عن الحولين ﴿بشهر أوشهرين لاأكثر﴾ على الاشهر ، والمنع عن الزائد على الشهرين محل نظر وان كان أحوط .

﴿ولايلزم الوالد أجرة مازاد على الحولين﴾ من رضاع الولد مع عدم الضرورة اليه قطعاً ، وكذا معها على اطلاق النصوص [1]، ولكن اللزوم حينئذ أحوط وأولى .

﴿والام أحق بارضاعه اذا تبرعت أوقنعت بما تطلب غيرها﴾ اجماعاً ﴿ولو طلبت زيادة عن مايقنع﴾ به ﴿فللاب نزعه﴾ عنها ﴿واسترضاع غيرها﴾ مطلقا ، وان لم تطلب أزيد من أجرة المثل على الاظهر الاشهر، وقيل: بل هي أولى مطلقا اذا لم تطلب أكثر من أجرة المثل ، وهو أحوط وأولى .

﴿وأما الحضانة: فالام أحق بالولد﴾ وتربيته ﴿مدة الرضاع﴾ مطلقا ذكراً كان أوأنثى أوغيرهما، اجماعاً فيما اذا أرضعته، والا فقولان أجودهما: أنها حينئذ لاحضانة لها، وفيه قول آخر ضعيف .

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/١٧٦ ، ب٧٠ .

ثم حضانة الام حيث ماثبتت لها مشروطة بما ﴿اذا كانت حرة مسلمة﴾ عاقلة غير مزوجة بلاخلاف ، فلاحضانة للامة ولا للكافرة اذا كان الولد مسلماً ، ولاللمجنونة .

وفي الحاق المرض المزمن الذي لايرجى زواله ، كالسل والفالج بحيث تشتغل بالالم عن كفالته وتدبير أمره وجهان، ونحوه المرض المعدي .

ولا للمزوجة اجماعاً كمافي الروضة[1]، ولوطلقت من الثاني بائناً أورجعياً انقضت عدتها ، ففي عود ولايتها قولان، والاصل يقتضي الثاني .

ولااختصاص للمشروط بالام ، فان الاب شريك لها فيها حيث له الحضانة اجماعاً الا في الشرط الرابع، فلاينافيها في حقه تزويجه بامرأة أخرى .

﴿واذا فصل﴾ الولد عن الرضاع ﴿فالحرة أحق بالبنت الى سبع سنين﴾ من حين الولادة على الاظهر الاشهر، وعن جماعة الاجماع .

﴿وقيل: ﴾ كماعن جماعة من القدماء انها أحق بها ﴿الى تسع سنين﴾ وفي مستنده نظر .

﴿والاب أحق بالابن ﴾ بعد الفطام على الاظهر الاشهر ، وعن الغنية[2] الاجماع ، والاحوط السبع هنا ، وفي البنت [مازاد عليها][3] مالم تتزوج أمها وان بلغت تسعاً .

﴿ولو تزوجت الام سقطت حضانتها﴾.

﴿ولومات الاب فالام أحق بـه ﴾ أي بالولد مطلقا ذكراً أو أنثى ﴿من الوصي﴾ للاب أوالجد له أوغيره مطلقا، انقطعت حضانتها عنه قبل موت الاب أملا الى أن يبلغا، ولافرق حينئذ بين كونها مزوجة أملا .

---

(١) الروضة ٥/٤٦٣ .

(٢) الغنية ص٥٥٤ .

(٣) الزيادة من « خ » .

﴿وكذا لو كان الاب مملوكاً أو كافراً كانت الام﴾ الحرة المسلمة ﴿أحق به﴾ حضانة ﴿ولو تزوجت﴾ أو لم يكن لها ولاية مع حرية الاب واسلامه .

﴿ولو أعتق الاب فالحضانة له﴾ اذا صحت له الحضانة، بأن كان العتق بعد الفطام في الذكر وبعد السبع في الانثى .

فان فقد الابوان فقيل : ان الحضانة لاب الاب ويكون أولى من غيره من الاقارب، وفي تقديمه على غيره ممن في درجته اشكال .

فان فقد أب الاب أو لم ترجحه فللاقارب من الارحام الى الولد فالاقرب منهم على الاظهر الاشهر .

ثم ان اتحد الاقرب فالحضانة له، وان تعدد أقرع بينهم .

ولو اجتمع ذكر وأنثى ففي تقديم الانثى قول ، والدليل يقتضي التسوية بينهما، كما يقتضي التسوية بين كثير النصيب وقليله ومن يمت بالابوين وبالام خاصة .

ثم اذا بلغ الولد رشيداً سقطت الحضانة بلاخلاف، سواء في ذلك الذكر والانثى البكر والثيب، لكن قيل: يستحب أن لايفارق أمه خصوصاً الانثى الى أن تتزوج .

والحضانة حق لمن ذكر لاواجبة عليه ، فله اسقاطه الا اذا استلزم تضييع الولد فتجب حضانته لكن كفاية .

(النظر الخامس)

(فى النفقات)

﴿ وأسبابها ﴾ الموجبة لها ﴿ ثلاثة : الزوجية ، والقرابة ، والملك ﴾ اجماعاً .

﴿أما الزوجية : فيشترط في وجوب نفقتها شرطان: العقد الدائم، فلانفقة لمستمتع بها﴾ اجماعاً .

﴿والتمكين الكامل﴾ المعرف في الشرائع[1] وغيره بالتخلية بينها وبينه بحيث لايخص موضعاً ولا زماناً . والظاهر تحققه ببذلها نفسها في كل زمان ومكان يريد فيه الاستمتاع وحل له مع عدم مانع شرعي لها أو لـه ، فلايحتاج الى اللفظ الدال عليه من قبلها، خلافاً للتحرير[2] فأوجبه، ولادليل عليه الا اذا توقف معرفته عليه، واشتراط هذا الشرط هو الاشهر الاقوى بلاكاد أن يكون اجماعاً .

﴿فلانفقة لناشزة﴾ خارجة عن طاعة الزوج، لعدم التمكين التام المشترط وكذلك لانفقة لها ولوقلنا بعدم اشتراطه ، بناءاً على أن النشوز مانع اجماعاً . وعلى هذا فيعود الخلاف السابق لوكان الى أن التمكين هل هو شرط أوالنشوز مانع ؟ ويتفرع عليه فروع :

منها : الانفاق بعد النكاح قبل الزفاف ، فلا يجب على المختار ونعم على غيره ولانشوز هنا قطعاً .

ومنها: الانفاق على الصغيرة التي لم تبلغ سناً يجوز الاستمتاع بها، فلايجب على المختار دون غيره في أشهر القولين وأظهرهما ، خلافاً للحلي فيجب ، وهو أحوط وأولى .

ولو انعكس الفرض بأن كانت كبيرة ممكنـة والزوج صغيراً وجبت النفقة على الاشهر، وان كان العدم ـ كما عليه الشيخ وجماعة ـ لعله أظهر .

﴿ولو امتنعت﴾ عن الاستمتاع بها ﴿لعذر شرعي﴾ أوعقلي ثابت بينهما

---

(١) شرائع الاسلام ٢/٣٤٧ .

(٢) التحرير ٢/٤٥ .

باقرارها[١] أو بينتها ﴿لاتسقط﴾ النفقة ، وذلك ﴿كالمرض﴾ المانع عما تمتنع عنه ﴿والحيض﴾ اذا أراد وطأها قبلا، وكذا دبراً ان منعنا عنه في الحيض أو مطلقا ﴿و﴾ نحوهما ﴿فعل الواجب﴾ المضيق أو الموسع اجماعاً ، ولو في الاخير اذا فعلته في آخر أوقاته ومطلقا على الاشهر ، خلافاً للشيخ والعلامة فاعتبرا فيها الضيق وحكما بتحقق النشوز بدونه، ولايخلو عن قوة، الا في الصلاة فلايعتبر فيها الضيق اجماعاً كماقيل .

﴿أما﴾ فعل ﴿المندوب: ﴾ فان كان ممايتوقف على اذن الزوج كالصوم والحج ﴿فان﴾ فعلته بدون اذنه فسد ولاتسقط النفقة ، لانه بمجرده غير مانع الا اذا فرض ﴿منعها منه﴾ فتسقط لذلك لالاجل التلبس به وفاقاً للاشهر، خلافاً للشيخ فأطلق السقوط بالتلبس، ومستنده بعد لم يظهر، وان كان ممالايتوقف على اذنه جاز لها فعله بغيره وليس له منعها ، الا أن يطلب منها الاستمتاع في ذلك الوقت فيجب عليه اطاعته .

﴿و﴾لو ﴿استمرت﴾ على الامتناع والحال هذه ﴿سقطت نفقتها﴾ .

﴿وتستحق الزوجة النفقة﴾ مطلقا ﴿ولو كانت ذمية أو أمة﴾ أرسلها اليه مولاها ليلا ونهاراً، بخلاف ما اذا لم يرسل الا في أحد الزمانين فلاتستحق. ولا كذلك الحرة البالغة اذا منعها الاب أوغيره عن زوجها، فانه لاعبرة به ولاتسقط نفقتها اذا كانت ممكنة بنفسها .

﴿وكذا تستحقها الزوجة المطلقة الرجعية﴾ مادامت هي في عدتها اجماعاً وللنصوص[٢]، وهي مطلقة لاثبات النفقة حتى مايتعلق بآلة التنظيف .

ولاتسقط نفقة المعتدة الا بمسقطات نفقة الزوجية وتستمر الى انقضاء

---

(١) في « ن » باقراره .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٢٣١ ب٨ من أبواب النفقات .

العدة .

ولوظهر حمل بعد الطلاق بالمرأة ، فعليه الانفاق الى الوضع ولوتجاوز العدة .

ولو بان فقد الحمل بعد الانفاق ففي ارتجاع المدفوع اليها تردد ، أظهره العدم الا اذا داست عليه الحمل فيرتجع .

وفي التقييد بـ «الرجعية» اظهار اختصاص وجوب الانفاق بها ﴿دون البائق والمتوفى عنها زوجها﴾ فانه لايجب الانفاق عليهما اجماعاً ﴿الا أن تكون﴾ كل منهما ﴿حاملا﴾ منه ﴿فتثبت نفقتهافي﴾ الاولى وهي المطلقة بـ ﴿ الطلاق ﴾ البائن ﴿على الزوج حتى تضع﴾ خاصة دون الولد مطلقاً كان له مال أملا .

وهل الانفاق لها أو لولدها ؟ قولان ، والثاني أظهرهما ، بل قيل: أشهرهما، ويتفرع على الخلاف فروع :

منها : ماإذا تزوج الحر أمة مشترطاً مولاها رقية الولد ، وقلنا بجواز هـذا الشرط . أو تزوج العبد أمة مشترطاً في الولد الانفراد بالرقية ، فلانفقة فيهما على الزوج على الاشهر ، ونعم على القول الاخر ، وتكون النفقة في الثاني في ذمة المولى وكسب العبد .

ومنها : ما لولم ينفق عليها حتى مضت المدة أو بعضها ، فلايجب القضاء على الاشهر ونعم على الاخر .

ومنها : مالو أتلفها متلف بعد القبض من دون تفريط ، فتسقط النفقة على الثاني دون الاول ، وكذا لو ارتدت بعد الطلاق .

﴿و﴾ في الثانية ، وهي المعتدة ﴿في الوفاة في نصيب الحمل على احدى الروايتين[1]﴾ المعول عليهما ، وعمل بهذه الصدوق وجماعة ، واضعف سندها

(١) وسائل الشيعة ١٥/٢٣٤ ب٩ .

أعرض عنها المتأخرون ، وعملوا بالثانية أنها لانفقة لها ، وهي مستفيضة ولعلها الاقوى ، وان كانت الاولى في الجملة أحوط وأولى .

وفي المسألة قولان آخران ورواية ثالثة لاعمل عليها .

﴿ونفقة﴾ الانسان على نفسه مقدمة على نفقة ﴿الزوجة﴾ ونفقتها ﴿مقدمة على نفقة الاقارب﴾ حتى واجبي النفقة ﴿وتقضى﴾ نفقتها ﴿لو فاتت﴾ دون نفقتهم ، بلاخلاف في شيء من ذلك .

﴿وأما القرابة: فالنفقة على الابوين والاولادلازمة﴾ بالشروط الاتية بالاجماع.

﴿وفي﴾ دخول ﴿من علا من الاباء والامهات﴾ في الاباء ﴿ تردد ﴾ من الاصل والشك في صدق الاطلاق عليه، ومن الاطلاق عليه كثيراً ، واطباق الفقهاء عليه هنا ظاهر ، فاذن ﴿أشبهه اللزوم﴾ .

﴿ولاتجب﴾ النفقة ﴿على غيرهم من الاقارب﴾ كالاخ والاخت والعم والعمة والخال والخالة ومن ينتمي اليهم من الاولاد والاحفاد ﴿بل تستحب ويتأكد﴾ الاستحباب ﴿في الوارث﴾ حتى قيل : بوجوبه ، ولكنه ضعيف .

﴿ويشترط في الوجوب﴾ أي وجوب الانفاق على القرابة دون الزوجة ﴿ الفقر ﴾ في المنفق عليه وعدم شيء يتقوت به ، أو عدم وفاء ماله بقوته . واشتراطه واشتراط اليسار في المنفق موضع وفاق ، قالوا : والمراد باليسار هو أن يفضل عن قوته وقوت زوجته وخادمها ليوم وليلة شيء . وفي حكم القوت مايحتاج اليه من الكسوة في ذلك الفضل وغيرها .

ولو فضل عن قوته أو قوت زوجته شيء ، ففي وجوب الانفاق أو جواز التزويج المانع عنه قولان ، والاشهر الثاني ، ولاريب فيه ان اضطر اليه .

﴿و﴾ في اشتراط ﴿العجز﴾ أي عجز المنفق عليه ﴿عن الاكتساب﴾ في وجوب الانفاق عليه قولان ، أشهرهما ذلك . نعم يعتبر لياقة الكسب بحاله ولا

يشترط نقصان الخلقة بنحو الزمانة ، ولا الحكم بنحو الصغر والجنون على الاشهر الاقوى .

ولو بلغ الصغير حداً يمكن أن يتعلم حرفة أو يحمل على الاكتساب ، قيل: للمولى حمله عليه والانفاق عليه من كسبه ، لكن لو هرب وترك الاكتساب في بعض الايام فعلى الاب الانفاق عليه ، بخلاف المكلف .

ولا يشترط عدالته ولا اسلامه ، بل تجب نفقته وان كان فاسقاً ، قيل : ويجب تقييد الكافر بكونه محقون الدم ، فلو كان حربياً لم يجب انفاقه . أما الحرية فهي شرط اجماعاً ونفقة المملوك على المولى .

ولو امتنع عن الانفاق عليه أو كان معسراً ،أمكن وجوبه على قريبه، وقيل : لايجب مطلقاً ، بل يلزم ببيعه أو الانفاق عليه كما يأتي ان شاء الله ، وهو حسن .

﴿ولانقدير للنفقة﴾ الواجبة ﴿بل يجب بذل الكفاية من الطعام والكسوة والمسكن﴾ بلاخلاف فيه في نفقة الاقارب ، أما الزوجة فكذلك على الاظهر الاشهر ، خلافاً للخلاف[1] فقدر الطعام بمد مطلقاً ، وللمبسوط[2] فقدره بمدين للموسر ومد ونصف للمتوسط ومد للمعسر ، ودليلهما غير واضح .

والمعتبر من المسكن الامتاع اتفاقاً ومن المؤونة التمليك في صبيحة كل يوم لاأزيد اتفاقاً ، بشرط بقائها ممكنة الى آخره . فلو نشزت في الاثناء استحقت بالنسبة .

وفي الكسوة قولان ، أشهرهما وأجودهما أنها كالاول ، وعليه فليس لها بيعها ولاالتصرف فيها بغير اللبس من أنواع التصرفات الخارجة عن العادة ، ولا لبسها زيادة عن المعتاد كيفية وكمية ، فان فعلت وأبلتها قبل المدة التي تبلى

---

(١) الخلاف ٣/٧٤ .

(٢) المبسوط ٦/٦ .

فيها عادة لم يجب عليه ابدالها ، وكذا لو أبقتها زيادة على المدة ، وله ابدالها بغيرها مطلقاً ، وتحصيلها بالاستيجار والعارية وغيرهما .

ولو طلقها أومات أومات أونشزت، استحق مايجده منها مطلقا، وأمامايحتاج اليه من الفراش وآلات فهو في حكم الكسوة .

﴿ونفقة الولد على الاب﴾ مع وجوده ويساره، دون الام ولو شاركته في الوصفين اجماعاً .

﴿ومع عدمه أوفقره فعلى أب الاب وانعلا مرتباً﴾ الاقرب فالاقرب اجماعاً كما حكاه جماعة .

﴿ومع عدمهم تجب على الام﴾ خاصة الامع اعسارها ﴿و﴾ تكون حينئذ على ﴿آبائها﴾ وأمهاتها بالسوية ان اشتركوا في الدرجة ، والا قدم ﴿الاقرب فالاقرب﴾ الى المنفق عليه اجماعاً .

ولم يتعرض المصنف لحكم الاباء والامهات من قبل أم الاب، والمحكي عن الشيخ وسائر الجماعة ان أم الاب بمنزلة أم الام وآبائها وأمهاتها بمنزلة آبائها وأمهاتها ، فيتشاركون مع التساوي في الدرجة بالسوية ، ويختص الاقرب من الطرفين الى المحتاج بوجوب الانفاق عليه ، كل ذا في الاصول خاصة .

وأما الفروع فلو وجدوا بشرائط الانفاق دون الاصول، فان اتحد تعين ، وان تعدد في درجة واحدة وجب عليهم بالسوية ، وان اختلف درجاتهم وجب على الاقرب فالاقرب، ولافرق في ذلك بين الذكور والانثى على الاشهر الاقوى .

ولواجتمع العمودان الاصول والفروع ، فمع وحدة الدرجة فهم شركاء في الانفاق بالسوية كمافي الاب والابن ، ومع اختلافهما وجب على الاقرب فالاقرب كمافي الاب وابن الاب فالاب متعين .

ولوكان الفروع أنثى أوكان الاصل هو الام، ففيه احتمالات، والذي استظهره

جماعة هو استواء الابن والبنت ، وكذا الام مع الولد مطلقا .

ثم لو كان الاقرب معسراً ، فأنفق الابعد ، ثم أيسر الاقرب ، تعلق الوجوب به حينئذ ، ولا يرجع الابعد عليه بما أنفق . ولو كان له ولدان ولم يقدر الا على نفقة أحدهما وله أب ، وجب على الاب نفقة لاخر . ولو تشاحا في اختيار أحدهما ، استخرج بالقرعة .

ثم كل ذا حكم المنفق ، أما المنفق عليه : فان كانوا من جهة واحدة كالاباء والاجداد ، وجب الانفاق على الجميع مع السعة ، والافالاقرب اليه فالاقرب ، ولا فرق في كل مرتبة بين الذكر والانثى ، ولا بين المتقرب بالاب من الاب والام والمتقرب بالام كذلك وان كانوا من الجهتين اعتبرت المراتب ، فان تساوت عدة الدرجات فيهما اشتركوا ، والا اختص الاقرب .

ولو لم يسع ماله من في درجة واحدة لقلة وكثرتهم ، ففي الاقتسام أو القرعة وجهان أقواهما : الثاني ، وربما احتمل ترجيح الاحوج لصغر أو مرض بدون القرعة ، ولا بأس به .

﴿ولا تقضى نفقة الاقارب لو فاتت﴾ بلا خلاف ، الا أنه ذكر الجماعة وجوب القضاء فيما لو استدانه القريب بأمر الحاكم لغيبة المنفق أو امتناعه ، فانه يستقر الدين في ذمته كسائر ديونه .

﴿ وأما المملوك : فنفقته واجبة على مولاه ﴾ ذكراً كان أو أنثى أو غيرهما ﴿وكذا الامة﴾ باجماع الامة ، ولا فرق فيهما بين الصغير والكبير والقن وأم الولد والمدبر والمكاتب ، الا أن نفقته في كسبه ان وفا به ، والا أتمه المولى من غير فرق بين كونه مشروطاً أو مطلقا لم يؤد شيئاً .

ثم ان اتحد المالك والا وزعت النفقة عليهم بحسب الشركة .

﴿ويرجع في قدر النفقة﴾ وجنسها وكيفيتها ﴿الى عادة مماليك أمثال

المولى﴾ من أهل بلده بحسب شرفه وضعته ويساره واعساره ، ولافرق بين كون نفقة السيد على نفسه دون الغالب في نفقة المملوك عادة أوتقتيراً أو بخلاأورياضة وفوقه، فليس للمولى الاقتصار بالعبد على وجه نفقة نفسه في الاول .

ولاعبرة في الكمية بالغالب في نفقة المملوك، بل تجب الكفاية اوقل الغالب عنها، كما لايجب الزائد ولوزاد عنها، فاذن المعتبر فيه الكيفية خاصة لا الكمية كما يفهم من العبارة .

ويستحب أن يطعمه مما يأكله ويلبسه مما يلبسه .

﴿ويجوز مخارجة المملوك على شيء﴾ أي ضرب خراج معلوم عليه يؤديه كل يوم أومدة مما يكسبه ﴿فمافضل يكون له، فان كفاه﴾ الفاضل لنفقته ﴿والا أتمه المولى﴾ اجماعاً ، وفي جواز اجبار السيد عبده على المخارجة أقوال ، ثالثها نعم مالم يتجاوز مجهوده ، وهو أقوى .

وللسيد الاستخدام فيمايقدر عليه المملوك ولايخرج عن وسعه عادة والملازمة عليه ، الافي وقت اعتيد فيه الاستراحة .

وأما الافعال الشديدة الشاقة التي لايمكن المداومة عليها في العادة فله الامر بها في بعض الازمنة ، وعلى المملوك بذل الوسع مهما أمكنه ، فليس له تكليف الخدمة ليلا ونهاراً معاً ، بل اذا عمل في أحدهما أراحه في الاخر ، ويريحه في الصيف وقت القيلولة ، وبالجملة فالمتبع العادة الغالبة .

﴿وتجب النفقة على البهائم المملوكة﴾ مأكولة اللحم كانت أم غيرها ، منتفعاً بها أملا بلاخلاف ، ولانقدير لها بل عليه منها مااحتاجت اليه من العلف والسقي حيث يفتقر اليهما، والمكان المناسب من مراح واصطبل يليق بحالها، ومنها دودالقز، فيأثم بالتقصير في ايصاله قدر كفايته ووضعه في مكان يقصر عن صلاحيته له بحسب الزمان ومايحتاج البهيمة مطلقا من الالات حيث يستعملها، أوالجل لدفع

البرد وغيره حيث يحتاج اليه .

ويجبر على الانفاق عليها ، الأأن يجتزى بالرعي ويرد الماء بنفسها فيجتزي به مع امكانه .

﴿فان امتنع مالكها أجبر على﴾ الانفاق عليها أوتسريحها الى المرعى، أو ﴿بيعها أوذبحها ان كانت مقصودة بالذبح﴾ للحم أوالجلد، والأجبر على الانفاق أوالبيع . وانما يتخير مع امكان الافراد ، والاتعين الممكن منها .

ثم ان كان لها ولد وفرعليه من لبنها مايكفيه وجوباً وحاب مايفضل عنه خاصة فان ذلك نفقته، الأأن يقوم بكفايته من غير اللبن حيث يكتفى به .

والحمد لله تعالى على اتمامه .

كتاب الطلاق

(كتاب الطلاق)

وهو ازالة قيد النكاح بغير عوض، بصيغة «طالق» ومافي معناه، ان قلنا به مع الشرائط المعتبرة .

﴿والنظر في أركانه وأقسامه ولواحقه :﴾

﴿الركن الاول: في﴾ بيان ﴿المطلق: ويعتبر فيه البلوغ، والعقل، والاختيار والقصد﴾ بلاخلاف فيما عدا الاول، ولافيه أيضاً اذا لم يكن مميزاً ، وكذا اذا كان مميزاً مالم يبلغ على الاشهر الاقوى .

﴿فلااعتبار بطلاق الصبي﴾ مطلقا ﴿و﴾ لكن ﴿فيمن بلغ﴾ بحسب السن ﴿عشراً رواية﴾ بل روايات[1] ﴿بالجواز﴾ عمل بها الشيخ في النهاية[2] وجماعة وهي وان لم يكن ﴿فيها ضعف﴾ بالمعنى المصطلح، فان فيها الموثق، الاأنها قاصرة عن المقاومة لادلة الاكثر .

﴿ولو طلق عنه الولي لم يقع﴾ مطلقا أبويه كان أم الحاكم اجماعاً، كما في كلام جمع ﴿الاأن يكون بلغ فاسد العقل﴾ فساداً لايمكن معه القصد الى الطلاق أصلا .

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/ ٣٢٤ ، ح٢و٦ .

(٢) النهاية ص٥١٨ .

فيجوز طلاق الولي عنه حينئذ مطلقا مطبقاً كان أوأدوارياًلايفيق حال الطلاق على الاشهر الاقوى ، وفي الايضاح[١] الاجماع .

وظاهر العبارة انحصار جواز طلاق الولي في صورة اتصال الجنون بالصغر وهو مخالف للاجماع ، واطلاق النصوص[٢] ان أريد بالولي الولي المطلق ، وللاخير خاصة ان أريد به من عدا الحاكم كماهو الظاهر ، ولعله لذا أطلق الجواز جماعة ولايخلو عن قوة .

ثم انه ليس في النصوص[٣] اشتراط الغبطة في طلاق الولي لكنه مشهور ، فان تم اجماعاً والافيكفي عدم الضرر .

﴿ولايصح طلاق المجنون﴾ مطلقاعدا الادواري حال افاقته ﴿ولاالسكران﴾ البالغ حداً يصير كالمجنون الذي لاينتظم أمره ولايتوجه الى أفعاله قصده ، وفي معناه المغمى عليه والنائم .

﴿ولاالمكره﴾ عليه ، ويتحقق الاكراه بتوعده بمايكون مضراً به في نفسه أومن يجري مجراه من اخوانه ، ويناط الضرر بحسب حاله مع قدرة المتوعد عليه على فعل ماتوعد به ، والعلم أوالظن بفعله به مع عدم فعله المأمور به .

ولافرق بين كون المتوعد قتلا ، أوجرحاً ، أوأخذ مال وان قل ، أوشتماً ، أو ضرباً ، أوحبساً . ويستوي في الاولين جميع الناس ، أما الاربعة فتختلف باختلافهم ضعة ورفعة فقراً وغنى ، فربما يؤثر قليلها في الوجيه والفقير اللذين ينقصهما ذلك وقد يتحمل بعض الناس شيئاً لايؤثره في قدره وفقره .

والضابط فيه : حصول الضرر فيه عرفاً بوقوع المتوعد به .

---

(١) ايضاح الفوائد ٣/٢٩٢ .

(٢ ـ ٣) وسائل الشيعة ١٥/٣٢٩ ، ب٣٥ .

ولوخيره بين الطلاق أوغيره من أفعاله المنوط صحتها باختياره أودفع مال غير مستحق، فهو اكراه بلاخلاف، وهذا بخلاف مالو خيره بينه وبين ما يستحقه المخير من مال أوغيره .

وان حتم أحدهما الغير المعين ، فانه لااكراه فيه بلاخلاف . وكذا لااكراه على طلاق معينة فطلق غيرها، أوعلى طلقة فطلق أزيد، أوعلى طلاق المعينة ففعلها مرة قاصداً اليه .

﴿ولا﴾ طلاق ﴿المغضب مع ارتفاع القصد﴾ ونحوه الساهي والنائم والغالط والهازل والعجمي ، والملقن بالصيغة مع عدم معرفة المعنى .

﴿الركن الثاني: في المطلقة، ويشترط فيها الزوجية﴾ بالفعل، فلايقع بالامة ولاالاجنبية ولوعلقه بعقد المناكحة اجماعاً .

﴿والدوام﴾ فلايقع بالمتعة ﴿والطهارة من﴾ دم ﴿الحيض والنفاس اذاكانت مدخولا بها﴾ وحائلا ﴿وزوجهامعها حاضراً﴾ فلايجوز من دونها باجماع العلماء ولوطلق والحال هذه فسد باجماعنا .

﴿ولوكان﴾ زوجها عنها ﴿غائباً صح﴾ طلاقه ولو صادف الحيض أوطهر المواقعة اجماعاً ، لكن بشرط أن يكون جاهلا بحالها ، فلوطلقها وهو عالم بأنها حائض أوفي طهر المواقعة لم يصح طلاقها اتفاقاً .

﴿وفي﴾ تعيين ﴿قدر الغيبة﴾ المجوزة للطلاق الصحيحة له ـ وان صادف الحيض ـ اختلاف بين الاصحاب و﴿اضطراب﴾ في أخبار [1] الباب ، و ﴿محصله:﴾ الذي يجتمع عليه بزعم المصنف وأكثر المتأخرين ، التقدير بمدة يعلم ﴿انتقالها﴾ فيها ﴿من طهر الى آخر﴾ .

والجمع بينها بحمل التقديرات الواردة فيها على الاستحباب مرتبة في الفضل

(١) وسائل الشيعة ١٥/٣٠٧ ، ب٢٦ .

زيادة ونقصاناً بحسب اختلافها لعله أظهر وفاقاً لجمع ، ولكن الاحوط المصير الى اعتبار التقدير بثلاثة أشهر كما عليه آخرون .

وعلى اعتبار المدة فلاخلاف في الصحة لوطلق بعدها مع استمرار الاشتباه ، أوتبين الوقوع حال الحيض أوالطهر غير المواقعة، كما لاخلاف في البطلان لو طلق قبلها مع تبين الوقوع في الحيض أوطهر المواقعة، ولكن اختلفوا في الصحة في الشق الاول مع تبين الوقوع في طهر المواقعة، والاشهر الاظهر الصحة، كما في الصورة السابقة .

وفي صحته في الشق الثاني مع تبين الوقوع في الطهر غير طهر المواقعة وجهان أجودهما: الاول بالنظر الى الجاهل باشتراط المدة، أوالوقوع قبلها دون العالم بهما، لعدم امكان قصده اليه أصلا.

﴿ولو خرج﴾ الى السفر ﴿ في طهر لم يقربها فيه صح طلاقها من غير تربص﴾ وانتظار للمدة المعتبرة ﴿ولو اتفق﴾ وقوعه ﴿في الحيض﴾ مع جهله به ، بلااشكال على القول بعدم اعتبار المدة مطلقاً ، وكذا على اعتبارها مع تبين الوقوع في الطهر ، ويشكل عليه مع تبين الوقوع في الحيض .

﴿والمحبوس عن زوجته كالغائب﴾ فيطلق مع الجهل بحالها مطلقاً ، أو بعد المدة المعتبرة على الخلاف ، ولو صادف الحيض أو طهر المواقعة على الاظهر الاشهر ، خلافاً للحلي فكالحاضر، وهو نادر . وفي حكم الحاضر الغائب المطلع بلاخلاف .

﴿ويشترط رابع ، وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه﴾ باجماعنا .

﴿ ويسقط اعتباره في الصغيرة ﴾ التي لم تبلغ تسعاً ﴿ واليائسة ﴾ التي قعدت عن المحيض ﴿والحامل﴾ المستبين حملها اجماعاً .

﴿ وأما المسترابة ﴾ بالحمل وهي التي في سن من تحيض ولاتحيض ،

سواء كان لعارض من رضاع أو مرض أو خلقياً ﴿فان أخرت الحيضة﴾ لذلك مع كونه خلاف عادتها ﴿صبرت ثلاثة أشهر﴾ من حين المواقعة ثم يطلقها ﴿ولايقع طلاقها قبله﴾ اجماعاً .

ووجه التقييد بكون التأخير خلاف عادتها تفصياً من احتمال من يكون ذلك عادتها ، فان حكم هذه غير الاولى ، بل يجب الصبر بها الى أن تحيض ولو زاد عن ثلاثة أشهر .

﴿وفي اشتراط تعيين المطلقة﴾ ان تعددت الزوجة لفظاً أو نية ﴿تردد﴾ واختلاف ، الا أن الاظهر الاشهر الاشتراط ، وفي الانتصار[1] الاجماع .

﴿الركن الثالث : في الصيغة﴾ وهي صريحة وكناية .

﴿و﴾ الاشهر الاظهر أنه ﴿يقتصر على﴾ الاولى ، وهي أن يقول : أنت ، أو هذه ، أو فلانة ويذكر اسمها أو مايفيد التعيين ، أو زوجتي مثلا ﴿طالق﴾ فلايكفي أنت طلاق ، وان صح اطلاق المصدر على اسم الفاعل وقصده فصار بمعنى طالق ﴿تحصيلا لموضع﴾ النص ﴿والاتفاق﴾ واستصحاباً للزوجية .

﴿ولايقع بـ﴾ نحو أنت ﴿خلية وبرية﴾ وغيرهما من الكنايات ، كالبتة والبتلة وحرام وبائن ، واعتدي وان ضم اليها قرينة دالة على النية ، بلاخلاف بيننا فيما عدا الاخير .

﴿وكذا﴾ لايقع ﴿لو قال﴾ للزوجة : ﴿اعتدى﴾ على الاشهر الاظهر ، بل كاد أن يكون اجماعاً ، كما صرح به في الانتصار[2] .

﴿ويقع﴾ الطلاق ﴿لو قال﴾ له أحد : ﴿هل طلقت فلانة ؟ فقال : نعم﴾ قاصداً به الانشاء ، وفاقاً للشيخ وجماعة ، خلافاً للاكثر فلايقع به أيضاً ، وفي

---

(١) الانتصار ص١٣٩ .

(٢) الانتصار ص١٢٩ .

الانتصار[١] الاجماع ، وهو أقوى .

﴿ويشترط تجريده عن الشرط﴾ وهو ما أمكن وقوعه وعدمه، كقدوم المسافر ودخولها الدار ﴿والصفة﴾ وهو ماقطع بحصوله عادة، كطلوع الشمس وزوالها، ويستثنى من الشرط ماكان معلوم الوقوع حال الصيغة ، كما لو قال : أنت طالق ان كان الطلاق يقع بك . وهو يعلم وقوعه ، ولا بأس به ، ولكن الاحوط تركه .

﴿ولو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث﴾ كأن قال : أنت طالق طلقتين أوثلاث ﴿صحت واحدة وبطل﴾ الزائد المعبر عنه بـ ﴿التفسير﴾ على الاظهر الاشهر ، وفي نهج الحق الاجماع .

﴿وقيل :﴾ انه ﴿ يبطل الطلاق ﴾ رأساً ولايقع منه شيء ولو واحداً ، والقائل جماعة من القدماء .

﴿ولو كان المطلق﴾ مخالفاً ﴿يعتقد﴾ وقوع ﴿الثلاث﴾ أو عدم اشتراط شيء مما مر في الطلاق فطلق ﴿لزمه﴾ معتقده وجاز لنا مناكحة مطلقاته كذلك، بلاخلاف يظهر بل عليه الاجماع في كلام جمع . ولافرق في المطلقة بين المخالفة والمؤمنة على مايقتضيه اطلاق النص[٢] وكلام الاصحاب .

﴿الركن الرابع : في الاشهاد ، ولابد﴾ في صحة الطلاق ﴿من شاهدين يسمعانه﴾ باجماعنا .

﴿ولايشترط استدعاؤهما الى السماع﴾ بل يكفي سماعهما على الاطلاق بلاخلاف ، ولامعرفتهما المطلقة بشخصها وعينها ، بل يكفي المعرفة بنحو من الاسم والاشارة . نعم ذلك أحوط ان أمكن . ويشترط اجتماعهما معاً لسماع الصيغة ، فلايقع مع التفرقة .

---

(١) نفس المصدر .

(٢) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٠، ب ٣٠ .

﴿ويعتبر فيهما العدالة﴾ باجماعنا، والعدالة شيء زائد على ظاهر الاسلام من حسن الظاهر أو الملكة، كماهو الاقرب.

﴿وبعض الاصحاب يكتفي بالاسلام﴾ في الشهادة، وهو الشيخ في النهاية[1] وجماعة، ولاريب في ضعفه.

﴿ولو طلق ولم يشهد﴾ العدلين على انشاء الطلاق ﴿ثم أشهد﴾ هما بعد ذلك ﴿كان﴾ الطلاق ﴿الاول لغواً﴾ لعدم اشتماله على شرط الصحة، وصح الثاني ان اشتمل على باقي شرائطها.

﴿ولاتقبل شهادة النساء﴾ هنا لامنفردات ولامنضمات بلاخلاف.

(النظر الثاني ـ في أقسامه :)

﴿وينقسم الى بدعة وسنة﴾ جائزة، ولو بعنوان الوجوب أوالكراهة أو الاستحباب أوالاباحة.

﴿فالبدعة﴾ على ماذكره الاصحاب ثلاثة :

أحدها: ﴿طلاق الحائض مع الدخول﴾ بها ﴿وحضور الزوج﴾ عندها ﴿أوغيبته﴾ لكن ﴿دون المدة المشترطة﴾ على تقدير اعتبارها مع عدم حملها.

﴿و﴾ ثانيها: طلاقها ﴿في طهر قد قربها فيه﴾ مع عدم الغيبة أومطلقا مع ثبوت الوقوع فيه على الخلاف.

﴿و﴾ ثالثها: ﴿الثلاث المرسلة﴾ مع اعتقاد وقوعها.

﴿وكله﴾ أي البدعي بأقسامه ﴿لايقع﴾ الا الاخير منها خاصة فواحدة كماسبق.

وتقييد الثلاث بـ «المرسلة» يفيد عدم بدعية المرتبة ولولم يتخللها رجعة،

---

(١) النهاية ص٥١٠.

كماأن الحصر في الثلاثة يفيد عدم بدعية الطلقات الاخر الفاسدة، كالواقع بغير اشهاد ، أو معه من دون صيغة معتبرة . وكل ذلك محل مناقشة ان أريد بالبدعية الباطلة، ولا انكان ذا مجرد اصطلاح ، وليس فيه مشاحة الا أنه على هذا ليست القسمة حاصرة .

﴿وطلاق السنة﴾ والمراد بهنامايقابل البدعة، ويقال له: طلاق السنة بالمعنى الاعم ، والاخص هو أن يطلق على الشرائط ثم يتركها حتى يخرج من العدة الرجعية لا البائنة ، كمايستفاد من النصوص[1]، وليس فيها اعتبار التزويج بها ثانياً بعد الخروج من العدة ، كماذكره جماعة .

والاول ﴿ثلاثة: بائن، ورجعي، و﴾ طلاق ﴿للعدة﴾ .

﴿فالبائن: مالايصح معه الرجعة﴾ بلاعقد: اما لعدم العدة بالمرة ﴿وهو﴾ أقسام ثلاثة :

أحدها: ﴿طلاق اليائسة﴾ عن المحيض ﴿على﴾ الاشهر ﴿الاظهر﴾ كما يأتي .

﴿و﴾ ثانيها: ﴿من لم يدخل بها﴾ مطلقا .

﴿و﴾ ثالثها: ﴿الصغيرة﴾ ولودخل بها، بلاخلاف في الاول، وعلى الاشهر في الثانية مع الدخول بها كمايأتي .

وأما لعدم امكان الرجوع في العدة وان أمكن في الجملة ﴿و﴾ هو اثنان: طلاق ﴿المختلعة والمباراة مالم ترجعا في البذل﴾ المعتبر فيهما أو مطلقا ﴿و﴾ هو في ﴿المطلقة ثلاثاً بينهما رجعتان﴾ أوعقدان، أوعقد ورجعة .

﴿والرجعي: ﴾ هو ﴿مايصح معه الرجعة﴾ في العدة ﴿ولولم يرجع﴾ ويكون فيماعدا الاقسام الستة المتقدمة في البائن ، وعلى هذا وماتقدم يكون

(١) وسائل الشيعة ١٥/ ٣٤٤، ب١ من أقسام الطلاق .

طلاق المختلعة تارة من القسم الاول، وهو مع الشرط المتقدم فيه، وأخرى من هذا القسم مع عدمه .

﴿وطلاق العدة﴾ وهو على مافسره جماعة : أن يطلق على الشرائط ، ثم يراجعها قبل خروجها من عدتها ويواقعها ، ثم يطلقها في غير طهر المواقعة ، ثم يراجعها ويواقعها ثم يطلقها في طهر آخر ، وهو المستفاد من المعتبرة[1] .

والمستفاد من قوله في تفسيره : انه ﴿مايرجع فيه ويواقع ثم يطلق﴾ هو أن المعتبر فيه أن يطلق ثانياً بعد الرجوع والمواقعة خاصة ، وعن بعضهم عدم اعتبار الطلاق ثانياً والاقتصار على الرجعة، وعن النهاية[2] وجماعة أن الطلاق الواقع بعد المراجعة والمواقعة يوصف بكونه عديـاً وان لم يقع بعده رجوع ووقاع ، لكن الطلاق الثالث لايوصف بكونه عديـاً الا اذا وقع بعد الرجوع والوقاع .

وظاهر القولين الاولين اتصاف الطلاقيـن الاولين بالعدي دون الثالث ، وينعكس الامر على القول الثالث فيتصف الاخيران بالعدي دون الاول .

﴿فهذه﴾ أي المطلقة للعدة ﴿تحرم في﴾ الطلقة ﴿التاسعة تحريماً مؤبداً﴾ اذا كانت حرة .

﴿وماعداها﴾ من أقسام الطلاق الصحيح، وهو ماإذا رجع في العدة وتجرد عن الوطىء ، أو بعدها بعقد جديد وان وطىء ﴿تحرم﴾ المطلقة ﴿في كل ثالثة﴾ اذا كانت حرة ، وفي كل ثانية اذا كانت أمة ﴿حتى تنكح﴾ زوجاً ﴿غيره﴾ كحرمتها كذلك لو طلقت للعدة .

فالفارق بين الطلاق للعدة وغيرها حصول التحريم المؤبد بالتاسعة في

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/٣٤٨ ، ب٢ .

(٢) النهاية ص٥١٤ .

العدي خاصة دون غيرها، فلاتحريم فيه أبداً ولو بلغ العدد الى مائة بعد حصول المحلل بعد كل ثلاثة .

(وهنا مسائل :)

﴿الاولى: لايهدم استيفاء العدة﴾ وانقضائها وعدم رجوع الزوج فيها في كل مرة ﴿تحريم الثالثة﴾ حتى تنكح زوجاً غيره ، وكذا لو استوفت العدة في احدى الطلقات خاصة اجماعاً منا ، كمافي كلام جماعة ، بل من العلماء كافة كمافي كلام بعض ، وخلاف ابن بكير نادر لايعبؤ بـه وان وافقه الصدوق في الفقيه [١] .

﴿الثانية : يصح طلاق الحامل﴾ المستبين حملـها مرة اجماعاً وزائـداً عليها مطلقا ولوكان ﴿ للسنة ﴾ بالمعنى الاتـي ﴿كمايصح للعدة ﴾ بالمعنـى المقابل له وغيره ﴿على الاشبه﴾الاشهر في المقام بن، بل عليه الاجماع في الاخير في كلام جماعة .

خلافاً للصدوقين فمنعا عن الزائد عن الواحدة مطلقا استناداً الى الصحاح المستفيضة[٢]، وحملها على الفضيلة أوغيرها متعين جمعاً بين الادلة، وللنهاية[٣] وجماعة فمنعوا عن طلاقها السنة ، بمعنى أن يطلقها بعدالرجوع من غيروقاع ، وجوزوا طلاقها للعدة بالمعنى المقابل له ، ولايخلو عن قوة .

﴿ الثالثة : يصح أن يطلق﴾ الزوجة طلقـة ﴿ثانية في الطهر الذي طلق فيه ﴾ أولا ﴿وراجع فيه و﴾ الحال أنه ﴿ لم يطأ ﴾ وكذا في غير ذلك الطهر

---

(١) من لايحضره الفقيه ٣/ ٣٢٠ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/ ٣٨٠، ب ٢٠ .

(٣) النهاية ص٥١٧ .

على الاظهر الاشهر، خلافاً للعماني فاشترط في الطلقة الثانية بعد الرجعة الوقاع للاخبار حملها على الاستحباب طريق الجمع بينها وبين ماهو أقوى منها .

﴿لكن لاتقع﴾ الطلقة الثانية في الصورة المفروضة ﴿للعدة﴾ اجماعاً ، لاشتراطها بالمواقعة المفقودة في مفروض المسألة .

﴿الرابعة: لوطلق﴾ حال كونه ﴿غائباً﴾ بائناً أورجعياً ﴿ثم حضر ودخل بها ﴾ بعد البينونة ﴿ ثم ادعى الطلاق لم يقبل دعواه ﴾ فيما يتعلق بحق الزوجة خاصة ﴿ ولا بينته ﴾ التي أقامها بنفسه دون غيره، فتقبل في الثاني لو ورخت بمايناقي فعله ، ويحكم عليه بالفرقة في مفروض المسألة ، وهو الدخول بعد البينونة، والا فيعد فعله رجعة .

﴿و﴾ يتفرع على عدم قبول دعواه وبينته أنه ﴿لوأولدها ألحق به﴾ .

﴿الخامسة: اذا طلق الغائب﴾ زوجته ﴿ وأراد العقد على أختها أو على خامسة ﴾ واحتمل حمل المطلقة ﴿تربص تسعة أشهر ﴾ من حين الطلاق على المفهوم من العبارة هنا وكلام جماعة، وبه صرح بعض .

ولكن التعليل هنا وفي كلام جماعة بكونه ﴿احتياطاً﴾ عن احتمال الحمل ربمأشعر بكون مبدأ التسعة من حين المواقعة، وبافادة التعليل ذلك صرح بعض الاصحاب، والاحوط الاول عملا بظاهر الصحيحة [1] التي هي مستند الحكم في المسألة، وان كان فيها مايشعر بالثاني .

والحكم في المسألة مختص بالمستراية بالحمل كماقيدنا به العبارة ، وأما غيرها فعدتها ثلاثة اقراء أوأشهر ثلاثة .

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/٤٧٩ ، ح١ .

(النظر الثالث ـ في اللواحق :)

﴿وفيه مقاصد﴾ أربعة :

﴿المقصد الاول: يكره الطلاق للمريض﴾ على الاظهر الاشهر، بل كادأن يكون اجماعاً ، وقيل : بالتحريم، وهو أحوط .

﴿ويقع لوطلق﴾ والحال هذه اجماعاً .

﴿ويرث زوجته﴾ المطلقة ﴿في العدة الرجعية﴾ اجماعاً دون العدةالبائنة على الاظهر الاشهر ، وفي الخلاف[1] الاجماع .

﴿وترثه هي﴾ أي الزوجة المطلقة في المرضفي العدة وبعدها مطلقا﴿ولو كان الطلاق بائناً ﴾ ولكن ﴿ الى سنة ﴾ خاصة ، فلا ترث بعدها ولو لحظة بلا خلاف .

ثم ان الحكم بارثها منه بعدالعدة مشروط بـ﴿ما﴾ اذا ﴿لم تتزوج﴾فلو تزوجت حرمت الميراث اجماعاً ﴿أويبرأ من مرضه ذلك﴾ الذي طلقها فيه، فلو برىء منه ومات بمرض غيره قبل مضي السنة حرمت الميراث أيضاً ولو لم تتزوج بغيره.

ثم ان اطلاق النص[2] والعبارة يقتضي عدم الفرق في الايراث مع الشرطين بين صورتي الطلاق بقصد الاضرار بالزوجةوعدمه ، وهو الاشهر الاظهر ، خلافاً لجماعةفقيدوها بالاولى، ولايخلو عن قوة ، فالاحتياط لايترك ان أمكن، والا فالعمل على الاشهر .

﴿المقصد الثانى : في المحلل﴾

﴿ويعتبر فيه البلوغ﴾ فلاتحليل بالصغير اجماعاً ، وكذا المراهق على الاشهر الاقوى .

---

(١) الخلاف ٢/٤٥٦ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٣٨٤ ، ب٢٢ .

﴿والوطيء﴾ فلا تحليل بمجرد العقد اجماعاً. ويشترط أن يكون ﴿في القبل﴾ وظاهرهم الاتفاق على الاكتفاء فيه بغيبوبة الحشفة.

وأن يكون ﴿بالعقد الصحيح﴾ فلا عبرة بالوطيء المجرد عنه مطلقا ولو شبهة ولا بالوطيء بالملك أو التحليل، ولا بالفاسد منه.

وينبغي تقييد العقد بـ ﴿الدائم﴾ فلا تحليل بالتمتع، ولا يشترط فيه الحرية.

ولو تزوجها عبد بالشرائط حلت لزوجها، وحينئذ يسهل الخطب في تحليل المحلل ان خيف عدم طلاقه أو ابطائه، فيحتال بتزويجها من العبد ثم نقله الى ملكها فانه كطلاقها.

﴿وهل يهدم﴾ المحلل بشرائطه ﴿ما دون﴾ الطلقات ﴿الثلاث﴾ فيكون معه كالعدم أم لا، بل يحسب من الثلاث؟ ﴿فيه روايتان[1]، أشهرهما: أنه يهدم﴾ بل ربما أشعر كثير من العبارات بالاجماع.

﴿ولو ادعت أنها تزوجت﴾ المحلل ﴿و﴾ أنه ﴿دخل﴾ بها ﴿وطلق، فالمروي[2]﴾ صحيحاً ﴿القبول اذا كانت ثقة﴾ الأن المشهور القبول مع الامكان مطلقا، وحمل الرواية على الاستحباب قيل: والمراد بالثقة من تسكن النفس الى خبرها وان لم تكن متصفة بالعدالة المعتبرة في الشهادة.

﴿المقصد الثالث: في الرجعة﴾ بالكسر والفتح، والثاني أفصح.

﴿وتصح﴾ بكل مادل على قصد الرجوع في النكاح، بلا خلاف بين العلماء اذا كان ﴿نطقاً، كقوله: راجعت﴾ ورجعت وارتجعت متصلا بضميرها، فيقول: راجعتك وارتجعتك ورجعتك. وهذه الثلاثة صريحة غير محتاجة في بيان نية الرجعة

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/٣٦٣، ح١و٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٣٧٠، ب١١.

الى ضميمة ولومثل « اليّ » أو « الى نكاحي » بلاخلاف الأنه ينبغي اضافتهما ويستحب كما قيل وبها تصير أصرح .

وفي معناه رددتك وأمسكتك، فلايحتاج الى قرينة، وقيل: يفتقر اليها فيهما . وهو أحوط .

﴿و﴾ بيننا اذاكان ﴿فعلا ، كالوطىء والقبلة واللمس بشهوة﴾ مع قصد الرجعة ، فلاعبرة بها سهواً، أوغفلة، أومع قصد عدم الرجعة ، أولامعه مع عدم قصدها، فان ذلك لايفيد الرجوع ، وان فعل حراماً في غير الاول، ولاحد عليه وان استحق التعزير ، الامع الجهل بالتحريم .

نعم لوفعل أحد الامور المتقدمة خالياً عما يدل على أحد القيود المتقدمة كان الاصل فيه الرجوع، تبعاً لاطلاق النص[1] والعبارة ، خلافاً للروضة فقيده بقصد الرجوع لابعدم ظهور قصد غيره .

﴿ولوأنكر الطلاق كان﴾ انكاره ذلك ﴿رجعة﴾ بلاخلاف ، بل قيل : اتفاقاً ولافرق في ذلك بين أن يضم اليه مايدل على قصد الرجوع أولا. نعم لوانضم اليه ما يدل على عدم قصد الرجوع وأن الباعث على الانكار انما هو عدم التفطن الى وقوع المنكر ولوذكره لم يرجع، فالظاهر عدم حصول الرجوع به، وعلى ذلك ينزل اطلاق النص[2] والفتوى جمعاً .

﴿ولايجب في﴾ تحقق ﴿الرجعة الاشهاد بل يستحب﴾ بلاخلاف .

﴿ورجعة الاخرس بالاشارة﴾ المفهمة كسائر تصرفاته على الاشهر الاظهر ، وقيل: بالقاء القناع عنها. وهوأحوط، وفي قول المصنف: ﴿وفي رواية[3] بأخذ

---

(١) وسائل الشيعة ١٨/ ٤٠٠ ح١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/ ٣٧٢ ، ب١٤ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥/ ٣٠٠ ، ح٣ ، وراجع فقه الرضا ص٣٣ .

القناع﴾ عنها اشارة الى وجود رواية بصريحها فيه ، ولم نقف عليها .

﴿ولوادعت﴾ المطلقة ﴿انقضاء العدة في الزمان الممكن﴾ ويختلف أقله باختلاف أنواع العدة ، فهو من المعتدة بالاقراء ستة وعشرون يوماً ولحظتان في الحرة ، وثلاثة عشر يوماًولحظتان في الامة، وقديتفق نادراًانقضاؤها الحرة بثلاث وعشرين يوماً وثلاث لحظات، وفي الامة بعشرة وثلاث ، ومن المعتدة بالوضع تاماً ستة أشهر ولحظتان من وقت النكاح لحظة للوطيء ولحظة للولادة ، وسقطاً مصوراً مائة وعشرونيوماً ولحظتان، ومضغة ثمانون يوماً ولحظتان، وعلقةأربعون يوماً كذلك ﴿قبل﴾ دعواها من غير يمين اذا لم يكن لها منازع ، بلاخلاف فيه ولافي دعوى الانقضاء بالاشهر .

ولافرق بين دعوى المعتاد وغيره، وفاقاً لاطلاق النص[1] والاكثر، وربماقيد بالاول، وهو أحوط سيمامع التهمة وكذا اذاكان لها منازع، فيقبل قولهافي انقضاء العدة بالحيض والوضع لكن مع اليمين بلاخلاف .

وأما بالاشهر فقد قطع جماعة بعدم قبول قولها وتقديم قول الزوج المنكر، لرجوع النزاع الى الاختلاف في وقت الطلاق، والاصل عدم تقدمه. ومنه يظهر الوجه في تقديم قولها مع اليمين هنا لوانعكس الفرض فادعت البقاء لطلب النفقة مثلا، ولاريب فيه، ويشكل في أصل الفرض، والوجه تقديم قولها مع اليمين تبعاً لاطلاق النص[2].

(المقصد الرابع ـ في العدد :)

جمع عدة، وهي: اسم لمدة معدودة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءةرحمها أوللتعبد، أوللتفجع على الزوج ، وشرعت صيانة للانساب .

(١ ـ ٢) وسائل الشيعة ١٥/ ٤٤١ ، ب ٢٤ .

﴿والنظر﴾ هنا ﴿في فصول :﴾

﴿الاول: لاعدة على من لم يدخل بها﴾ اجماعاً ﴿عدا المتوفى عنها زوجها﴾ فعليها العدة كما يأتي .

﴿ونعني بالدخول الوطيء قبلا أودبراً﴾ وطيأموجباً للغسل بلاخلاف. ولا فرق في الداخل بين كونه كبيراً أوصغيراً لم يبلغ سناً يمكن التولد منه كما عن جماعة، وهو أحوط، كالحاق دخول المني المحترم مع ظهور الحبل بالوطيء، فتعتد بالوضع ولكن لاعدة قبل الظهور، لعدم الموجب له من حبل أودخول.

﴿ولاتجب بالخلوة﴾ من دون مواقعة على الاشهر الاظهر. ولا بوطيء الخصي على رواية[1] صحيحة، لكنها مطرحة عند الاصحاب، معارضة بصحيحة[2] أخرى هي أقوى منها ، والعمل بها أحوط أيضاً وأولى .

ولا بمباشرة المجبوب، أي المقطوع الذكر على الاشهر الاظهر. نعم لوظهر بها حبل منه لحقه الولد واعتدت منه بوضعه كمامر .

ونحوه الكلام في الممسوح الذي لم يبق له شيء ولايتصور منه دخول، الا أنه يزيد عليه بعدم الحاق الولد به والعدة مع ظهور الحبل كماعن الاكثر. وقيل: حكمه في هذا أيضاً حكم المجبوب . وهو بعيد .

﴿الثاني : في﴾ عدة ﴿المستقيمة الحيض﴾ التي يأتيها حيضها في كل شهر مرة على عادة النساء ، وفي معناها من كانت تعتاد الحيض فيما دون الثلاثة أشهر .

﴿وهي تعتد﴾ من الطلاق والفسخ ووطيء الشبهة بل الزنا أيضاً، وفاقاً لجماعة خلافاً للاكثر ﴿بثلاثة أطهار على الاشهر﴾ الاظهر، وفي كلام جماعة الاجماع ،

(١) وسائل الشيعة ١٥/٥٢ ، ب٤٤ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٤٦٩ ، ب٣٩ .

هذا ﴿اذا كانت حرة﴾ مطلقا ﴿وان كانت تحت عبد﴾ وأما اذا كانت أمة فتعتد بقرءين ولوكانت تحت حر كما يأتي .

﴿وتحتسب بالطهر الذي طلقها فيه﴾ قرءاً واحداً ﴿ولو حاضت بعدالطلاق بلحظة﴾ بلاخلاف ، ولولم تطهر بلحظة بعد الطلاق بل اتصل خروج الدم بانتهاء الصيغة لم تحسب الطهر الذي طلقت فيه قرءاً ﴿وتبين برؤية الدم الثالث﴾ قطعاً في ذات العادة الوقتية ، وكذا في غيرها على الاشهر الاقوى .

﴿وأقل ماتنقضي به عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان﴾ كما قدمناه .

﴿وليست﴾ اللحظة ﴿الاخيرة﴾ جزءاً ﴿من العدة بل﴾ هي ﴿دالة على الخروج﴾ منها على الاشهر الاقوى ، خلافاً للشيخ فجعلها جزءاً .

ويتفرع على القولين عدم جواز الرجعة أو التزويج بالغير في تلك اللحظة على الاول دون الثاني .

﴿الثالث : في﴾ عدة ﴿المسترابة﴾ بالحمل ﴿وهي التي لاتحيض وفي سنها من تحيض ، وعدتها﴾ ان كانت حرة ﴿ثلاثة أشهر﴾ هلالية ان طلقت عند الهلال ، والا أكملت المنكسر خاصة ثلاثين بعد الهلالين على الاشهر الاظهر ، والاظهر أنه لافرق في عدم الحيض بين أن يكون خلقياً ، أو لعارض من حمل أو رضاع أو مرض .

﴿وهذه﴾ أي المسترابة ﴿تراعي الشهور والحيض فتعتد بأسبقهما﴾ الى الطلاق ، فتعتد بالاشهر ان مرت بها بعد الطلاق بلافاصلةخالية من الحيض ، وبالاقراء ان مرت بها كذلك. أما لو مر بها الاشهر بعد أن رأت الحيض ـ ولو مرة بعد الطلاق ـ اعتدت بالاقراء .

﴿وأما لو رأت في﴾ الشهر ﴿الثالث حيضة﴾ أو حيضتين ﴿وتأخرت﴾ الحيضة ﴿الثانية أو الثالثة﴾ الى أن انقضت الاشهر انتظرت تمام الاقراء ، فان

تمت قبل أقصى الحمل، والا ﴿صبرت تسعة أشهر﴾ على أشهر القولين وأظهرهما ﴿لاحتمال الحمل﴾ غالباً ، فان وضعت ولداً ، أو اجتمعت الاقراء الثلاثة ، فذلك هو المطلوب في انقضاء العدة .

﴿ثم ان لم يتفق أحد الامرين ﴿اعتدت﴾ حينئذ ﴿ بالاشهر الثلاثة ﴾ وليست الاشهر التسعة المتقدمة من العدة ، بل انما اعتبرت لتعلم أنها ليست من ذوات الاقراء .

﴿وفي رواية عمار[1]﴾ الموثقة أنها ﴿ تصبر سنة ثم تعتد بثلاثة أشهر ﴾ وأفتى بها الشيخ في النهاية[2]، لكن مقيداً لها بصورة تأخر الحيضة الثالثة ، وهي مع شذوذها باطلاقها معارضة برواية[3] اخرى أقوى منها .

واطلاق النص والفتوى يقتضي عدم الفرق بين استرابتها بالحبل وعدمه في وجوب التربص تسعة أشهر ثم الاعتداد بالثلاثة بعدها ، حتى لو كان زوجها غائباً عنها أو حاضراً ولم يقر بها مدة مديدة فحكمها كذلك ، لكن عن الشهيد في بعض تحقيقاته الاكتفاء بالتسعة لزوجة الغائب ، وحجته غير واضحة .

وبالجملة الضابط: ان المعتدة المذكورة ان مضى لها ثلاثة أقراء قبل ثلاثة أشهر انقضت عدتها ، وان مضى عليها ثلاثة أشهر لم تر فيها حيض انقضت عدتها بها مطلقاً . وان كانت لها عادة مستقيمة فيمازاد عليها ، بأن كانت ترى الدم في كل أربعة أشهر مرة أو مازاد عليها ومانقص ، بحيث يزيد عن ثلاثة ولو بلحظة. ومتى رأت في الثلاثة دماً مطلقاً ولو قبل انقضائها بلحظة، فحكمها مافصل سابقاً من انتظار أقرب الامرين من تمام الاقراء ووضع الولد ، فان انتفيا اعتدت بعد تسعة أشهر

(١) وسائل الشيعة ١٥/٤٢٢، ح١ ب١٣ .

(٢) النهاية ص٥٣٢ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥/٤٢٣، ح٢ .

بثلاثة أشهر ، الا أن يتم لها ثلاثة أقراء قبلها ولو مبنية على ماسبق . ولافرق في اطلاق النص والفتوى بين أن يتجدد لهـا دم اخرى فـي الثلاثة أو قبلها وعدمه ، خلافاً لبعضهم في الاول فأبطل العدة بها وعين اعتدادها بالاقراء .

وعليه فهل يجب عليها ثلاثة أقراء غير الاقراء المتخللة بين الطلاق وغاية التربص ؟ وجهان ، أجودهما : الثاني .

﴿ولاعدة على الصغيرة﴾ وهي التي لم تبلغ تسع سنين .

﴿ولا اليائسة﴾ التي لم تحض ومثلها لاتحيض مع عدم الدخول اجماعاً ، وكذا معه ﴿على الاشهر﴾ الاقوى بل اجماعاً ، خلافاً للسيدين فأثبتا لها حينئذ العدة ، وهو أحوط .

﴿وفي حد اليأس﴾ عن الحيض ﴿روايتان[1]﴾ بل روايات ، باختلافهما اختلف الاصحاب، الا أن ﴿أشهرهما:﴾ أنه ﴿خمسون سنة﴾ مطلقاً ، والرواية الثانية أنه ستون كذلك ، وفي ثالثة التفصيل بين القرشية فالثاني وغيرها فالاول ، ولايخلو عن قوة وفاقاً لجماعة ، ويلحق بالقرشية النبطية .

﴿ولو رأت المطلقة الحيض مرة ثم بلغت﴾ سن ﴿اليأس أكملت العدة بشهرين﴾ بلاخلاف أجده .

ولو رأت حيضتين ثم بلغت اليأس، ففي وجوب اعتدادها بشهر أم لا وجهان، أحوطهما : الاول .

﴿ولو كانت﴾ المطلقة ذات عادة مستقيمة الا أنها ﴿لاتحيض الا في خمسة أشهر أو ستة﴾ أو سنة أو سنتين أو نحوهما ﴿اعتدت بالاشهر﴾ الا اذا رأت حيضة قبل انقضائها فعلى مافصل سابقاً .

﴿ الرابع: في الحامل، وعدتها في الطلاق﴾ ومافي معناه كالفسخ والوطىء

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/٤٠٩، ح٤و٥ .

بشبهة أو مطلقاً على قول قوي ﴿بالوضع﴾ للحمل بتمامه بشرط كونه من المطاق ﴿ولو بعد الطلاق بلحظة﴾ .

واطلاق الادلة وصريح الجماعة يقتضي الاكتفاء بالوضع مطلقاً ﴿ولو لم يكن﴾ الولد ﴿تاماً﴾ لكن ﴿مع تحقق كونه حملا﴾ أو مبدأ نشو آدمي قطعاً، ولايكفي مجرد كونه نطفة اجماعاً ، والاشهر الاقوى انحصار عدتها في الوضع، فما لم يحصل فهي بعد في العدة ، وان مضت عليها من حين الطلاق ثلاثة أشهر قبل الوضع ، خلافاً للصدوق وابن حمزة في مضي الثلاثة أشهر قبل الوضع فجعلاها العدة ، ولكن منعاها عن التزويج قبله . وهما نادران .

﴿ولو طلقها فادعت الحمل تربص بها أقصى﴾ مدة ﴿الحمل﴾ اجماعاً ، وفي وجوب التربص بعد الاقصى بثلاثة أشهر قولان ، أجودهما : الاول وفاقاً لجماعة، خلافاً لاخرين فأحوط وأولى .

﴿ولو وضعت توأماً بانت به﴾ أي بالاول ﴿على تردد﴾ واختلاف ، والاظهر عدم البينونة الا بوضع الجميع ، وفي الخلاف[1] الاجماع عليه من الجميع الا عن عكرمة .

﴿ولم﴾ يجز لها أن ﴿تنكح﴾ زوجاً غيره ﴿الى أن تضع الاخير﴾ بلا خلاف .

﴿ولو طلقها رجعياً ثم مات﴾ عنها في العدة ﴿استأنفت عدة الوفاة﴾ أربعة أشهر وعشراً من حين الوفاة بلاخلاف .

ومقتضى الاصل واختصاص النص[2] بغير عدة المسترابة اعتدادها بالاشهر الثلاثة بعد الصبر تسعة أشهر أو سنة ، فلااشكال فيه اذا بقي من المدة

---

(١) الخلاف ٣/٥٣ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٤٦٣ ، ب٣٦ .

مايزيد على عدة الوفاة أويساويها .

ويشكل في الناقص كمااذا صبرت التسعة أوالسنة ثم مات عنها، والاحوط الحاقها بغيرالمسترابة، فتزيد على الثلاثة أشهر في المثال أربعين يوماً ليتم لها عدة الوفاة .

﴿ولوكان﴾ طلقها ﴿بائناً اقتصرت على اتمام عدة الطلاق﴾ بلاخلاف.

﴿الخامس : في عدة الوفـاة ، تعتد الحرة﴾ المنكوحة بالعقد الصحيح من الوفاة ﴿بأربعة أشهر وعشرة أيام اذا كانت حائلا﴾ اجماعاً .

والحكم عام لكل امرأة ﴿صغيرة كانت أوكبيرة ، دخل بها أولم يدخل﴾ ولكل رجل بالغاًكان أوغيره. ولافرق أيضاً بين الدائمة والمتمتع بها على الاشهر الاقوى .

ويعتبر مدة العدة بالهلال مأمكن، فانمات الزوج في خلال الشهر الهلالي وكان الباقي أكثر من عشرة أيام ، أكملت ثلاثين يوماً ويضاف اليه ثلاثة أشهر بالاهلة وعشرة أيام، فاذا انتهت الى الوقت الذي مات فيه الزوج يوم مات فقد انتهت العدة . وانكان الباقي عشرة أيام أوأقل منها، ضم اليها أربعة أشهر هلالية وتمام العشرة في الثاني. وفي عد المنكسر ثلاثين أوالاكتفاء باتمام مافات خلاف والاحوط الاول .

﴿وبأبعد الاجلين﴾ من المدة المزبورة ومدة الوضع ﴿انكانت حاملا﴾ باجماعنا .

﴿ويلزمها الحداد﴾ مادامت في العدة اجماعاً ﴿وهو ترك الزينة﴾ من الثياب والادهان والكحل والحناء والطيب وغيرذلك ممايسمى في العرف زينة ويختلف باختلاف العادات،فلوفرض عدم عداستعمال الامور المزبورة في بعض العادات زينة كان محللا .

ولايلزمها ترك التنظيف ودخول الحمام وتسريح الشعر والسواك وقلم الاظفار والسكنى في المساكن العالية واستعمال الفرش الفاخرة، وغيرذلك مما لايعد مثله في العرف زينة .

والاشهر أنه لافرق بين الصغيرة والكبيرة والمسلمة والذمية والمجنونة ، وهو أحوط وانكان في التعميم الى الصغيرة والمجنونة نظر .

والحداد واجب عليها تعبداً لا شرطاً ، فلوتركته أثمت ولكن عدتها تامة على الاصح .

وهو مختص بالمتوفى عنها دون أقاربها و ﴿دون المطلقة﴾ مطلقاً رجعياً أوبائناً .

﴿ولا حداد على الامة﴾ مطلقا على الاشهر الاقوى ، وقيل : تحد . وهو أحوط .

﴿السادس : في المفقود، لاخيار لزوجته ان عرف خبره﴾ بحياته أوموته بل عليها الصبر في الاول الى مجيئه أوتحقق موته ، وعلى الحاكم الانفاق عليها من ماله ان أمكن الوصول اليه، والا طالبه بالنفقة بالارسال اليه، أوالى من يجبره عليه، ومن بيت المال ان تعذر الامران مع عدم متبرع .

وعليها عدة الوفاة في الثاني، وحلت للازواج بعدها، وحل لكل من شاركها في العلم بالوفاة، أواختص عنها بالجهل بها وبحالها أيضاً مع تعويله في الخلو عن الزوج بدعواها نكاحها .

﴿أو﴾ جهل خبره ولكن ﴿كان له ولي﴾ أومتبرع ﴿ينفق عليها﴾ فلا خيار لها هنا أيضاً بلاخلاف .

﴿ثم ان فقد الامران﴾ فجهل خبره ولم يوجد من ينفق عليها، فان صبرت ﴿و﴾ الا ﴿رفعت أمرها الى الحاكم﴾ الشرعي و ﴿أجلها أربع سنين﴾ من

حين الرفع على الاشهر الاظهر ليتفحص عنه في المدة لا بعدها .

﴿ فان وجده والا أمرها بعدة الوفاة ثم أباحها النكاح ﴾ قيل : بلاخلاف للموثق[1] . وظاهره كالمتن وجمع الاكتفاء في الاعتداد بالامر به من غير احتياج الى طلاق، خلافاً للاخرين فأوجبوه، وهو الاصح .

ولايجب في هذه العدة الحداد على الاقرب .

﴿فان جاء في العدة فهو أملك بها﴾ وان حكم بكونها عدة وفاة بائنة .

﴿وان خرجت﴾ منها ﴿وتزوجت فلاسبيل له﴾ عليها اجماعاً .

﴿وان خرجت﴾ منها ﴿ولم تتزوج فقولان، أظهرهما﴾ وأشهرهما: ﴿أنه لاسبيل له عليها﴾ هنا أيضاً، والقول الثاني باثبات السبيل له عليها حينئذ للشيخ في النهاية[2] ، وفي المسألة قول آخر .

﴿السابع : في عدة الاماء والاستبراء﴾ .

اعلم أن ﴿عدة الاماء في الطلاق﴾ ونحوه ﴿مع الدخول﴾ بنكاح وشبهه ﴿قرآن﴾ اجماعاً ﴿وهما طهران على الاشهر﴾ الاظهر، خلافاً للقديمين فحيضتان وهو أحوط ، كل ذا اذا كانت ذات عادة مستقيمة .

﴿و﴾ أما ﴿لو كانت مسترابة﴾ بالحيض فلا تحيض ومثلها تحيض ﴿فـ﴾ عدتها ﴿خمسة وأربعون يوماً﴾ انطلقت في أثناء الشهر أوفي أوله وكان الشهر تاماً ، وأما اذا فقد الامران كأن طلقت في الاول ونقص الشهر فأربعة وأربعون يوماً، ولكن الاحوط ما أطلقته العبارة .

ولو كانت مسترابة بالحمل فعليها الصبر بأشهر تسعة كالحرة على الاقرب ، وقيل : ثلاثة أشهر .

---

(١) وسائل الشيعة ١٤/٣٩١، ب٤٥ .

(٢) النهاية ص٥٣٨ .

وعلى المختار فهل يجب عليها الصبر شهراً ونصفاً بعد التسعة أم لا ؟ ظاهر الاصحاب الثاني .

ولو كانت حاملا فعدتها بالوضع كالحرة ، وفاقاً لجماعة .

ولايتفاوت الحكم في جميع ذلك باختلاف الازواج بالحرية والرقية بل عام ﴿تحت عبد كانت أو تحت حر﴾ بلاخلاف ، للعمومات ، ومقتضاها أيضاً عموم الحكم لكل أمة قناً كانت أومدبرة أومكاتبة أو أم ولد زوجها مولاها فطلقها الزوج، وأما المبعضة فتعتد عدة الحرة .

﴿ولو اعتقت﴾ الامة ﴿ثم طلقت لزمها عدة الحرة﴾ اجماعاً ﴿وكذا لو طلقها رجعياً ثم اعتقت في العدة أكملت عدة الحرة﴾ .

﴿ولو طلقها بائناً أتمت عدة الامة﴾ بلاخلاف .

﴿وعدة الذمية﴾ التي ليست بأمة ﴿كالحرة﴾ المسلمة ﴿في﴾ كل من ﴿الطلاق والوفاة على الاشبه﴾ الاشهر ، بل قيل: اتفاقاً .

﴿وتعتد الامة﴾ غيرذات الولد من مولاها ﴿من الوفاة﴾ أي وفاة زوجها وان لم يدخل بها ﴿بشهرين وخمسة أيام﴾ عند أكثر القدماء والمتأخرين، خلافاً لجماعة فكالحرة ، وهو في غاية القوة ، هذا اذا كانت حائلا .

﴿ولو كانت حاملا اعتدت مع ذلك﴾ وهو العدد شهران وخمسة أيام ﴿بالوضع﴾ بأن تجعل العدة أبعدهما اجماعاً .

﴿و﴾ أما ﴿أم الولد﴾ من المولى فـ﴿تعتد من وفاة الزوج﴾ مطلقا كانت ذات ولد منه أم لا ، دخل بها أم لا ﴿كالحرة﴾ على الاشهر الاظهر ، خلافاً لاكثر القدماء كما حكي فكغير ذات الولد ، كل ذا في عدة الامة من وفاة الزوج .

وأما من وفاة المولى ففيها خلاف ، والاشهر الاقوى أنها ان كانت ذات ولد منه فعدتها كالحرة أربعة أشهر وعشرة أيام ، والافعليها الاستبراء ان كان يطأها ، والا

فلاشيء عليها مطلقا . كل ذا اذا لم تكن حين وفاته مزوجة ، والا فلاعدة عليها من وفاته اجماعاً .

﴿ولو طلقها﴾ أي الامة ذات الولد ﴿الزوج﴾ طلاقاً ﴿رجعياً ثم مات﴾ عنها ﴿وهي في العدة﴾ أي في عدة الطلاق ﴿استأنفت عدة الحرة﴾ أربعة أشهر وعشرة أيام .

﴿ولو لم تكن ذات ولد استأنفت﴾ في المثال ﴿عدة الامة للوفاة﴾ شهرين وخمسة أيام . ولو طلقت بائناً استمرت على عدتها السابقة، كما مر في الحرة المتوفى عنها زوجها في أثناء العدة .

﴿ولو مات زوج الامة﴾ غير ذات الولد ﴿ثم أعتقت﴾ في العدة ﴿أتمت عدة الحرة﴾ من الوفاة ﴿تغليباً لجانب الحرية﴾ .

﴿ولو وطىء المولى أمته ثم أعتقها﴾ في حياته ﴿اعتدت﴾ بعد وفاته وكذا قبله ﴿بثلاثة قروء﴾ ان كانت غير مسترابة ، والا فبالاشهر الثلاثة على الاشهر الاظهر ، خلافاً للحلي فأوجب عليها الاستبراء خاصة .

ولو اعتقها بعد وفاته كأن دبرها ثم توفى عنها ، اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام على الاشهر الاظهر ، خلافاً له .

والاحوط الحاق العتق المنجز ـ وهو فرض المتن ـ بالمعلق على الموت، أعني التدبير في وجوب الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام، وان كان الاشهر ما في المتن.

﴿ولو كانت زوجة الحر أمة فابتاعها﴾ كلا أو بعضاً ﴿بطل نكاحه﴾ السابق اجماعاً ﴿وله وطؤها﴾ مع شراء كلها ﴿من غير﴾ احتياج الى ﴿استبراء﴾ اجماعاً ، وأما مع شرائها بعضاً ، فليس له وطؤها الامع تحليل الشريك له اذا كان غيرها على الاقوى ، وان كان الاحوط المنع مطلقا كما هو الاشهر. واذا كانت هي الشريك ، فلا يحل وطؤها بتحليلها اجماعاً .

(تتمة :)

﴿لايجوز لمن طلق رجعياً أن يخرج الزوجة﴾ المطلقة ﴿من بيته﴾ الذي طلقها فيه اذاكان مسكن أمثالها . وان لم يكن مسكنها الاول ، فانكان دون حقها فلها طلب المناسب والخروج اليه أوفوقه فله ذلك ، ويحتمل العموم فليس لهما ذلك في المقامين ، وهوأحوط . ولافرق بين الحضرية والبدوية والبحرية .

﴿الا أن تأتي بفاحشة ، وهو﴾ وفاقاً لجماعة ﴿ما يجب به الحد﴾ .

﴿وقيل :﴾ ان ﴿أدناه أن تؤذي أهله﴾ بقول أوفعل ، والقائل الاكثر، حتى أن في الخلاف[1] الاجماع ، فلابأس وانكان الاحوط الاول .

﴿و﴾ كما ﴿لا﴾ يجوزله اخراجها من بيته ، كذا لايجوز لها أن ﴿تخرج هي﴾ بنفسها من دارها التي طلقت فيها، سواء خرجت باذن زوجها أملا ، على ما يقتضيه اطلاق العبارة ونحوها ، وبه صرح جماعة ، خلافاً لاخرين فقيد المنع بالصورة الثانية ، ولايخلو عن قوة ، وانكان الاول أحوط .

وعليه فلوكانت في سفرمباح أو مندوب، ففي وجوب العود ان أمكن ادراكها جزءاً من العدة ، أومطلقا ، أوتتخير بينه وبين الاعتداد في السفر أوجه ، أقواها الاخير . وان لم يمكن الرجوع فلايجب قطعاً .

﴿فان اضطرت﴾ الى الخروج ﴿خرجت﴾ اجماعاً لكن ﴿بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر﴾ وجوباً على الاشهر الاظهر ، هذا ان ارتفع به وبغيره الضرورة ، وانكان ارتفاعها منحصراً في الغير جاز قولا واحداً .

﴿ولايلزم ذلك﴾ أي المنع في كل من الخروج والاخراج ﴿في﴾ عدة الطلاق ﴿البائن﴾ مطلقا حائلا كانت المطلقة أوحاملا ﴿ولا﴾ في عدة ﴿المتوفى عنها زوجها﴾ مطلقا كذلك .

---

(١) الخلاف ٣/٥٨ .

﴿بل تبيت كل واحدة منهما﴾ وتعتد ﴿حيث شاءت﴾ بلاخلاف الا من نادر من المتأخرين فمنعها عن بيتوتها عن بيتها، وهو أحوط وان كان في تعينه نظر، بل الاول أظهر .

ثم ان المطلقة بائناً وان جاز اخراجها ولو حاملا الا أنه في الاخيرة ليس على اطلاقه ، بل مقيد بما اذا أخرجها الى مسكن آخر لا مطلقا . والفرق بينها وبين المطلقة رجعياً حينئذ هو عدم جواز اخراجها مطلقا ولو الى مسكن آخر دون هذه فيجوز اخراجها اليه .

﴿وتعتد المطلقة من حين الطلاق﴾ مطلقا ﴿حاضراً كان المطلق أو غائباً﴾ عنها اجماعاً في الاول، وعلى الاشهر الاقوى في الثاني .

هذا ﴿إذا عرفت الوقت﴾ الذي طلقت فيه ولو بالبينة الشرعية ، والا فلتعتد من يوم يبلغها مطلقا ولو حصل القطع بتقدم الطلاق عليه يوماً فصاعداً على الاحوط ، وان كان التقييد بصورة احتمال وقوع الطلاق فيه ـ ولو بعيداً ـ غير بعيد، فتعتد بالمتيقن سبقه وتتمه بالملحق به .

﴿و﴾ تعتد الزوجة ﴿في الوفاة﴾ من حينه مع حضوره ﴿من حين يبلغها الخبر﴾ مع الغيبة على الاشهر الاظهر، وفي المسألة قولان آخران .

ولا فرق على الاشهر الاظهر فتوى ونصاً [1] في المتوفى عنها بين الحرة والامة ، ولا في الخبر الذي تعتد من يومه بين خبر من يقبل قوله ويثبت الحكم باخباره وغيره، لكن ليس لها في الاخير بعد انقضاء العدة التزويج، فلو تزوجت حينئذ فسد في الظاهر وصح في الباطن مع الجهل بالتحريم ان تبين بعد ذلك موته وانقضاء العدة قبل العقد ، وأمامع العلم به فقيل : يجب القطع بالفساد . وفيه نظر، بل الحاق هذه الصورة بالاولى حيث يتحقق القصد الى مضمون العقد أظهر وفاقاً لجمع .

(١) وسائل الشيعة ١٥/٤٤٦، ب٢٨ .

كتاب الخلع والمباراة

(كتاب الخلع والمباراة)

الخلع: بالضم من الخلع بالفتح، وهو النزع كأن كلا منهما ينزع لباس الاخر، لقوله تعالى « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن »[1].

والمباراة: بالهمزة، وقد تغلب ألفاً، وهي المفارقة. وكل منهما طلاق بعوض لازم لجهة الزوج.

ويشترط فيهما مايشترط في الطلاق وزيادة شرط فيهما، وهورضاها بالبذل وآخر في الخلع وهو كراهتها لـه، وآخرين في المباراة هما كراهة كل منهما لصاحبه وعدم زيادة العوض عن المهر.

ولايشترط الوقوع عند الحاكم على الاشهر الاظهر، وانكان اعتباره ـ كما عليه الاسكافي ـ أحوط.

﴿والكلام﴾ في الكتاب يقع ﴿في العقد، والشرائط، واللواحق :﴾

﴿وصيغة الخلع﴾ الصريحة فيه ﴿أن يقول : خلعتك﴾ أو خالعتك أو أنت ﴿أوفلانة مختلعة على كذا﴾ والظاهر وقوعه بـ « أنت طالق على كذا » من غير لفظ الخلع أصلا، وادعى جماعة الاتفاق عليه، ولكن الاحوط الاتيان بلفظ الخلع.

ولابد من قبول المرأة عقيبه بلافصل معتد به، أوتقدم سؤالها قبله كذلك على

---

(١) سورة البقرة : ١٨٧.

ماذكره الاصحاب ويقتضيه الاحتياط .

﴿وهل يقع﴾ الخلع بكل من الالفاظ المذكورة ﴿بمجرده﴾ من غير احتياج الى اتباعه بالطلاق ؟ ﴿قال﴾ المرتضى ﴿علم الهدى : نعم﴾ وعليه الاكثر، وفي الناصريات[1] عليه الاجماع ﴿وقال الشيخ: لا﴾ يقع ﴿حتى تتبع بالطلاق﴾ وهو أحوط وان كان الاول أظهر .

﴿ولو تجرد كان طلاقاً عند المرتضى﴾ والاكثر ﴿وفسخاً عند الشيخ لو قال بوقوعه مجرداً﴾ والاول أظهر . ومظهر الثمرة عده من الطلقات الثلاث المحرمة ، فيعد منها على الاول ولا على الثاني .

﴿وماصح أن يكون مهراً صح﴾ أن يكون ﴿فدية في الخلع﴾ اجماعاً .

﴿ولاتقدير فيه﴾ أي في المجعول فدية في طرفي الزيادة والنقصان بعد أن يكون متمولا ﴿بل يجوز أن يأخذ منها﴾ ماتبذله برضاها ولو كان ﴿زائداً عما وصل اليها منه﴾ .

﴿و﴾ حيث أن الخلع معاوضة ﴿لابد﴾ فيه ﴿من تعيين الفدية وصفاً﴾ يحصل به التعيين ، سواء كانت عيناً شخصية أو كلية ﴿أو اشارة﴾ كهذا الثوب، وهذا العبد ، وهذه الصبرة من الحنطة مثلا بلاخلاف .

ولايعتبر في الوصف كونه رافعاً للجهالة ، بل يكفي منه مايحصل به التعيين، فلو بذلت مالها في ذمته من المهر جاز وان لم يعلما قدره ، لتعينه في نفسه وان لم يكن معلوماً لهما. واعتبر المصنف في الشرائع[2] في الغائب ذكر جنسه ووصفه وقدره ، مع أنه اكتفى في الحاضرة بالمشاهدة وان لم يكن معلوم القدر ، وهو أحوط ، وان كان في وجه الفرق نظر .

---

(١) الناصريات ص٢٥٠ مسألة: ١٦٥ .

(٢) شرائع الاسلام ٣/٥٠ .

ويتفرع على هذا الشرط فساد الخلع لو وقع على ألف غير معين بأحد مامر، وهو اجماع مع عدم قصدهما ، أو أحدهما الى معين ، ويحتمل على قول معه أيضاً ، خلافاً للاكثر فيصح حينئذ ، وهو أظهر الا أن الاول أحوط .

﴿وأما الشرائط : فيعتبر في الخالع البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد﴾ فلا خلع لفاقد أحد الاوصاف اجماعاً حتى من القائل بكونه فسخاً .

﴿وفي المختلعة مع الدخول﴾ بها ﴿الطهر الذي لم يجامعها فيه ، اذا كان زوجها حاضراً ، وكان مثلها تحيض﴾ اجماعاً ﴿وأن تكون الكراهية منها خاصة صريحاً﴾ اجماعاً .

ويستفاد من جملة من النصوص[1] المعتبرة عدم الاكتفاء بكراهتها مطلقاً، بل لابد من الوصول الى تعديها معه في الكلام، كأن تقول له : والله لاأبر لك قسماً ولاأطيع لك أمراً ولاأغتسل لك من جنابة، ولاوطأن فراشك من تكرهه ، ولاوذنن عليك بغير اذنك ، ونحو ذلك مما يدل على خوف وقوعها في الحرام ، وهو ظاهر الاية الشريفة ، وعليه الشيخ والحلي وغيرهما، وادعى الاولان عليه اجماعنا، فهو أحوط وأولى بل أظهر وأقوى، خلافاً لاطلاق المتن والاكثر فتكفي الكراهة مطلقاً، وهو ضعيف. نعم لايعتبر ماقدمناه من العبارات وان وردت بها النصوص[2] اجماعاً .

ويتفرع على هذا الشرط فساد الخلع مع عدمه ولو اتبع بالطلاق ، فانه حينئذ يكون رجعياً لابائناً .

﴿ولايجب﴾ الخلع ﴿لو قالت : لادخلن عليك من تكرهه﴾ على الاشهر الاظهر ﴿ بل يستحب ﴾ خروجاً عن شبهة القول بالوجوب ، كما عليه الشيخ

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/٤٨٧ ، ب١ .

(٢) نفس المصدر .

وجماعة .

﴿ويصح خلع الحامل مع﴾ رؤيتها ﴿الدم ولو قيل انها تحيض﴾ على الاشهر الاظهر ، لصحة طلاقها معه اجماعاً ، وقيل : بالعدم . وهو أحوط .

﴿ ويعتبر في العقد حضور شاهدين عدلين ﴾ اجماعاً حتى من القائل بأنه فسخ ﴿وتجريده من الشرط﴾ ومافي معناه اجماعاً .

﴿ولا بأس بشرط يقتضيه العقد، كما لو شرط الرجوع ان رجعت﴾ بلاخلاف.

﴿وأما اللواحق فمسائل :﴾

﴿الاولى : لو خالعها والاخلاق ملتئمة لم يصح﴾ الخلع المفيد للبينونة، لفقد شرطه الذي هو الكراهة ﴿ولم يفد الملكية﴾ لاشتراطه بصحة الخلع .

وفي وقوع الطلاق حينئذ رجعياً لو اتبع الخلع به، أو اكتفى به عن الخلع أملا وجهان ، ظاهر الفاضلين وجماعة الاول ، وهو حسن ان عرف المطلق فساد البذل وعدم لزومه بطلاقه والا فمشكل ، فاذن الاحوط عدم الاكتفاء بذلك .

ومن النظر في المسألة يظهر كون الطلاق بالعوض من أقسام الخلع يشترط فيه كراهة الزوجة ، ليحصل البينونة كالمختلعة ، فما قيل : من عدم اشتراطه بها وحصول البينونة بدونها . لاوجه له .

﴿ الثانية : ﴾ اذا صح العقد مع الفدية كان بائناً اجماعاً ، فـ ﴿ لارجعة للخالع﴾ مطلقاً طلاقاً كان الخلع أو فسخاً بلاخلاف.

﴿نعم لو رجعت في البذل رجع ان شاء﴾ بلاخلاف .

وظاهر النص[1] جواز رجوعها مطلقاً ولو مع عدم الشرط والرضاء ، وأنه حيث يتمكن الزوج من الرجوع لو رجعت فيه، كما هو الاشهر الاقوى فيهما ، خلافاً لبعضهم في الاول فاشترط أحد الامرين ، ولاطلاق المتن في الثاني ، وهو

(١) وسائل الشيعة ١٥/٤٩٢، ح٩ .

قوله :

﴿ويشترط رجوعها في العدة ، ثم لارجوع بعدها﴾ فان العدة فيه يشمل البائنة ، مع أنه لارجوع لها فيها ، كما لارجوع لها في العدة الرجعية بعد انقضائها ولو رجعت فيها مع الامكان ، الا أنها ماأعلمت الزوج حتى انقضت ، فالاقرب ـ وفاقاً لجمع ـ عدم الصحة .

ثم أنها حيث ترجع في البذل بالشرط تصير العدة رجعية ، سواء رجع أم لا ، لكن في ترتب أحكام عدة الرجعية عليها مطلقاً كوجوب الاسكان والنفقة وجهان.

والعدة قبل رجوعها بائنة اجماعاً ، فيصح له التزويج بأخت المختلعة والرابعة ، ومتى تزوج بهما امتنع رجوعها ، الا اذا طلقهما بائناً في العدة ، فيجوز لها الرجوع حينئذ .

﴿الثالثة: لو أراد مراجعتها ولم ترجع﴾ هي ﴿في البذل أفتقر﴾ تزويجها ﴿الى عقد جديد في العدة﴾ كان التزويج ﴿أو بعدها﴾ بلاخلاف .

﴿الرابعة: لاتوارث بين المختلعين﴾ مطلقا ﴿ولو مات أحدهما في العدة﴾ بلاخلاف ﴿لانقطاع العصمة بينهما﴾ الموجبة لذلك.

﴿والمباراة﴾ وهي : طلاق بعوض مترتب على كراهية كل واحد منهما صاحبه. والكلام في صيغتها كما في الخلع من الافتقار الى استدعاء المرأة مع الكراهة أو القبول كذلك .

واللفظ الدال عليه من قبل الزوج ﴿هو أن يقول: بارأتك﴾ بالهمزة ﴿على كذا﴾ من المبلغ فأنت طالق .

ولو قال بدل من بارأتك: فاسختك أو أبنتك أو غيرهما من الالفاظ الدالة على المراد متبعاً لها بالطلاق صح ، بل لو تجرد عنها فقال : أنت طالق على كذا صح وكان مباراة .

﴿وهي﴾ أي المباراة تمتاز عن الخلع بأنها ﴿تترتب﴾ صحتها ﴿على كراهية الزوجين كل منهما صاحبه﴾ بلاخلاف .

﴿ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الاكثر﴾ بل لم نقف على مخالف صريح وبالاجماع صرح جمع .

﴿ والشرائط المعتبرة في ﴾ كل من ﴿ الخالع والمختلعة مشترطة هنا ﴾ اجماعاً .

﴿و﴾ كذا يثبت أحكام الخلع هنا الامـاوقع عليه الاستثناء ، منها أنها طلقة بائنة ﴿لارجوع للزوج الى أن ترجع الزوجة في البذل﴾ ولارجوع لها فيه الامع امكان رجوعه في البضع .

﴿فاذا خرجت من العدة فلارجوع لها﴾ والاولى هنا اشتراط الزوج عليها الرجوع في البضع لو رجعت هي في البذل. ويجوز لها الرجوع مع الامكان مطلقا ولو لم يرض ولم تشترطه كما مر في الخلع .

ويكفي هنا الكراهة المطلقة من كل منهما ولو لم تبلغ الحد الذي يخاف منه الوقوع في الحرمة قطعاً .

﴿ويجوز أن يفاديها بقدر ماوصل اليها منه﴾ من تمام المهر ﴿فمادون﴾ على الاشهر الاظهر ﴿ولايحل له مازاد عنه﴾ بلاخلاف .

كتاب الظهار

(كتاب الظهار)

وهوفعال من الظهر، اختص به الاشتقاق لانه محل الركوب في المركوب والمرأة مركوب الزوج .

والمراد به هنا تشبيه المكلف من يملك نكاحها بظهر محرمة عليه أبداً بنسب أورضاع ، وهومحرم وان ترتب عليه الاحكام .

﴿وينعقد بقوله: أنت علي كظهر أمي﴾ قاصداً اليه اجماعاً مطلقاً ﴿وان اختلفت حرف الصلة﴾ بأن بدلت «أنت» بـ «هذه» أوزوجتي، أوفلانة، و«علي» بـ «مني» أوعندي ، أومعي. وعن الاكثر الانعقاد بقوله: أنت كظهر أمي. بحذف «علي» خلافاً للتحرير[1]، ولايخلو عن وجه، الأن الاول أحوط .

﴿ وكذا يقع لوشبهها بظهر ﴾ امرأة ﴿ذي رحم﴾ مطلقا ﴿نسباً﴾ كان ﴿أورضاعاً﴾ على الاشهر الاقوى، بل ظاهر الصحيح[2] يشمل المحرمات الابدية ولو بالمصاهرة ، وبه أفتى جماعة ولايخلو عن قوة خلافاً للاكثر .

﴿ولو﴾ شبهها بكلها، كأنت مثل أمي، أوبغير الظهر من الاعضاء، فـ ﴿قال:﴾ أنت ﴿كشعر أمي أويدها﴾ أوشبه عضواً منها بكلها، كأن يقول: يدك كأمي أوبأحد

---

(١) التحرير ٢/٦١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٥١١ ، ح١ .

أعضائها ﴿لم يقع﴾ على الاظهر الاشهر، وفي الانتصار[١] الاجماع. ﴿وقيل : يقع بـ﴾ سبب ﴿رواية[٢] فيها ضعف ﴾ولكنه أحوط وان كان في تعينه نظر .

﴿ويشترط﴾ فيه مايشترط في الطلاق ، فيعتبر فيه﴿أن يسمع نطقه شاهدا عدل﴾ بلاخلاف ، وفي الانتصار[٣] وعن الحلي الاجماع .

﴿وفي صحته مع﴾ التعليق على﴿الشرط﴾ كأن يقول: أنت علي كظهر أمي ان فعلت كذا. غير قاصد للزجر أوالبعث ، فانه مع القصد اليهما يمين لم يقع به باجماعنافتوى ونصاً[٤] ﴿روايتان﴾الأن ﴿أشهرهما: الصحة﴾بعد تحقق الشرط والثانية عدم الصحة[٥] مطلقا، وعليه الاجماع في الانتصار[٦]، وهو الاقوى ولكن الاول أحوط وأولى .

﴿ولايقع في يمين﴾ أي اذا جعل جزاءاً على فعل أو ترك قصداً للزجر أو البعث اجماعاً .

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾يقع اذا قصد به﴿اضرار﴾ الزوجة وفاقاً لجماعة، خلافاً لاخرين وهوأحوط ﴿ولا﴾ في﴿حال غضب﴾ مطلقا وان لم يرتفع معه القصد أصلا ﴿ولاسكر﴾ بلاخلاف .

﴿ويعتبرفي المظاهر البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد﴾ بلاخلاف ولايشترط الحرية،فيقع من العبد اجماعاً .ولاالاسلام ،فيصح من الكافر وفاقاً للاكثر خلافاً للشيخ .

---

(١) الانتصار ص١٤٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٥١٧ ، ح٢ .

(٣) الانتصار ص١٤٢ .

(٤) وسائل الشيعة ١٥/٥٠٩ ، ح١ .

(٥) فى « خ » : التحقق .

(٦) الانتصار ص١٤٢ .

﴿وفي المظاهرة﴾ وقوعه في ﴿طهر لم يجامعها فيه اذا كان زوجها حاضراً﴾ أوفي حكمه ﴿ومثلها تحيض﴾ بلاخلاف ، بل في كلام جمع الاجماع .

﴿وفي اشتراط الدخول﴾ بها ﴿تردد﴾ واختلاف ﴿و﴾ لكن ﴿المروي﴾ في الصحيحين[1] ﴿الاشتراط﴾ وهو أظهر وفاقاً للاكثر .

﴿وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان، أشبههما﴾ وأظهرهما ﴿الوقوع . وكذا﴾ القولان في وقوعه ﴿بالموطوءة بالملك﴾ والاشهر الاظهر أنه كالاول وفي قوله: ﴿والمروي[2] أنها كالحرة﴾ سيما بعد الحكم بالوقوع صريحاً في السابق نوع ايماء الى التردد ، وليس في محله .

(وهنا مسائل :)

﴿الاولى : الكفارة تجب بالعود﴾ لابمجرد الظهار اجماعاً ﴿وهو﴾ أي العود ﴿ارادة الوطيء﴾ على الاظهر الاشهر، وقيل: بامساكها بالعقد الاول زماناً وان لم يرد الوطيء .

﴿والاقرب﴾ الاشهر ﴿أنه لااستقرار لوجوبها﴾ بمجرد الارادة بحيث تلزمه مع انتفائها، بل وجوبها شرطي بمعنى تحريم الوطيء بدونها، خلافاً للتحرير[3] وظاهر العبارة عدم وجوب الكفارة بارادة مقدمات الوطيء من اللمس والقبلة ، وهو أصح القولين في المسألة وأشهرهما ، وعن الخلاف[4] نفي الخلاف عنه .

واعلم أن الوطيء انما يحرم بالظهار عليه لاعليها، الااذا تضمن الاعانة على الاثم فيحرم لذلك لالظهار، فلو تشبهت عليه على وجه لاتحرم عليه أو استدخلته

(١) وسائل الشيعة ١٥/٥١٦ ، ب٨ .
(٢) وسائل الشيعة ١٥/٥٢٠ ، ب١١ .
(٣) التحرير ٢/٦٢ .
(٤) الخلاف ٣/١٦ .

وهو نائم مثلا لم يحرم عليها .

﴿الثانية : لو طلقها وراجع في العدة لم تحل﴾ مجامعتها ﴿حتى يكفر﴾ اجماعاً .

﴿ولو﴾ طلقها بائناً أو رجعياً وقد ﴿خرجت﴾ من العدة ﴿ فاستأنف النكاح﴾ فانه ﴿فيه روايتان[1]، أشهرهما﴾ وأظهرهما : ﴿أنه لا كفارة﴾ عليه ، والرواية الثانية باثبات الكفارة، وعليها الديلمي والحلبي، والاجود حملها على الاستحباب أوعلى صورة ارادة الفرار عنها بالطلاق كما في الخبر[2]، لكنه مع ارساله شاذ .

﴿الثالثة: لوظاهر من أربع﴾ نسوة ﴿بلفظ واحد﴾ فقال: أنتن علي كظهر أمي ﴿لزمه أربع كفارات﴾على الاشهر الاظهر .

﴿وفي رواية[3]﴾ موثقة أن عليه ﴿كفارة واحدة﴾ عمل بها الاسكافي، وحملت على الوحدة الجنسية ، ولابأس به جمعاً بين الادلة .

﴿وكذا البحث لو كرر ظهار﴾ المرأة ﴿الواحدة﴾ فيلزمه بكل مرة كفارة على حدة ، والاشهر الاظهر أنه لافرق في الحكم بين تراخي أحدهما عن الاخر أوتواليهما، بقصد التأكيد كان أملا، تعدد المشبهة بها أملا ، تخلل التكفير بينهما أملا ، اتحد المجلس أم تعدد . وفي المسألة أقوال أخر .

﴿الرابعة : يحرم الوطىء قبل التكفير﴾ اتفاقاً .

﴿فلو وطىء عامداً لزمه كفارتان﴾ احداهما للظهار، والاخرى للمواقعة بلا خلاف الامن نادر . واحترز بالعامد عن الجاهل والناسي ، فيغتفر في حقهما التعدد.

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/ ٥١٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/ ٥١٩ ، ح٦ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥/ ٥٢٤ ، ح٦ .

﴿ولو كرر﴾ الوطيء ﴿لزمه بكل وطيء كفارة﴾ مطلقا كفر عن الاول أم لا على الاشهر الاقوى .

﴿الخامسة : اذا أطلق الظهار حرمت مجامعتها حتى يكفر﴾ اجماعاً .

﴿ولو علقه بشرط﴾ من غير وجه يمين ﴿لم تحرم حتى يحصل الشرط﴾ فتحرم حينئذ ان قلنا به وفاقاً للاكثر .

﴿وقال بعض الاصحاب :﴾ وهو الشيخ في النهاية[1] ﴿أو يواقع﴾ وهو عطف على قوله «يحصل الشرط» يعني: انها تحرم بأحد الامرين ﴿وهو بعيد﴾ ان حمل على اطلاقه ﴿ويقرب اذا كان الوطيء هو الشرط﴾ ثم ان كان هو الوطيء تحقق بالنزع، فتحرم المواقعة[2] قبل الكفارة، ولا تجب قبله وان طالت مدته على أصح القولين .

﴿السادسة : اذا عجز عن الكفارة﴾ وخصالها الثلاث وابدالها ان قلنا بها سوى الاستغفار ﴿قيل:﴾ والقائل الاكثر ﴿يحرم وطؤها حتى يكفر، وقيل :﴾ والقائل الحلي ﴿تجزي بالاستغفار، وهو أشبه﴾ ولكن الاول أحوط بل وأظهر.

﴿السابعة: ﴾ اذا لم يرد الوقاع وصبرت المظاهرة فلم ترافعه الى الحاكم أو لم تكن ذات حق كالمملوكة والمتمتع بها ، والا رفعت أمرها الى الحاكم ليخيره بين العود والتكفير وبين الطلاق . وان أبى عنهما كان ﴿مدة التربص﴾ التي تنتظر فيها في أمره ﴿ثلاثة أشهر من حين المرافعة﴾ .

﴿وعند انقضائها﴾ مع عدم اختياره أحد الامرين يحبس و﴿يضيق عليه﴾ في المطعم والمشرب ، بأن يمنع عما زاد على سد الرمق ﴿حتى يفيء﴾ أي يرجع ﴿أو يطلق﴾ ويختار أحد الامرين، ولا يجبر على أحدهما بل يخير بينهما، بلا خلاف في شيء من ذلك، وفي كلام جماعة الاجماع .

---

(١) النهاية ص٥٢٥ .

(٢) في « ن » : المعاودة .

كتاب الايلاء

(كتاب الايلاء)

وهو مصدر ألى يؤلي ، اذا حلف مطلقا، هذا لغة . وأما شرعاً فهو: الحلف على ترك وطيء الزوجة الدائمة المدخول بها قبلا، أومطلقا أبداً، أومطلقا من غير تقييد بزمان ، أو به مع زيادته على أربعة أشهر للاضرار بها ، فهو فرد من أفراد الايلاء الكلي أطلق عليه . وحيث اختل أحد هذه القيود لم ينعقد ايلاء ويكون يميناً مع اجتماع شروطها .

والفرق بينهما مع اشتراكهما في الحلف والكفارة، جواز مخالفة اليمين في الايلاء بل وجوبها على وجه ولو تخييراً مع الكفارة دون اليمين المطلقة وعدم اشتراط انعقاده مع تعلقه بالمباح بأولويته ديناً أو دنياً أوتساوي طرفيه ، بخلاف مطلق اليمين فيشترط فيها ذلك. واشتراطه بالاضرار بالزوجة كماعلم من تعريفه، بخلاف مطلق اليمين فلايشترط فيها ذلك. واشتراطه بدوام عقد الزوجة كماعرفته ، بخلاف اليمين المطلقة . وانحلال اليمين على ترك وطئها بالوطيء دبراً مع الكفارة دون الايلاء، الى غير ذلك من الاحكام المختصة بالايلاء المذكورة في بابه .

﴿ولاينعقد الا باسم الله سبحانه﴾ المختص به أوالغالب فيه كاليمين المطلقة بلاخلاف بيننا .

﴿و﴾عليه فـ ﴿لو حلف﴾ على ترك وطئها ﴿بالطلاق أو العتاق لم يصح﴾ بلاخلاف بيننا، ومثله مالو قال: ان أصبتك فعلي كذا. بل أولى بعدم الوقوع، لانه كناية لايقع به عندنا وان ذكر اسم الله تعالى .

﴿ولاينعقد الا في اضرار﴾ بلاخلاف ﴿فلو حلف لصلاح لم ينعقد﴾، كمالو حلف لاستضرارها بالوطيء أو لصلاح اللبن﴾ .

﴿ولاينعقد﴾ أيضاً ﴿حتى يكون مطلقاً﴾ غير مقيد بزمان ﴿أو﴾ مقيداً به مع كونه ﴿أزيد من أربعة أشهر﴾ بلاخلاف، وفي كلام جماعة الاجماع .

﴿ويعتبر في المولي البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد﴾ الى مدلول اللفظ ، فلايقع من الصبي والمجنون والمكره والساهي والنائم والعاتب بـه ، ونحوهم ممن لايقصد الايلاء .

﴿وفي المرأة الزوجية﴾ فلايقع بالاجنبية ولا الموطوءة بالملك ﴿والدخول﴾ بها فلايقع بغير المدخول بها .

﴿وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان، والمروي﴾ في الصحيح [1] ﴿أنه لا يقع﴾ وهو أقوى وأشهر، والقول الثاني للتقي . وحيث لم ينعقد انعقد يميناً ان اجتمع شرائطها كمامر .

وحيث وقع الايلاء وانعقد، فان صبرت فلا بحث، وان مضت المدة فصاعداً وله وطئها في المدة وبعدها ، وعليه الكفارة في المقامين بلاخلاف في الاول ، وفي كلام جماعة الاجماع، وعلى الاشهر الاقوى في الثاني أيضاً، وعن الخلاف [2] عليه الاجماع، خلافاً للشيخ فلا كفارة عليه .

﴿واذا﴾ لم تصبر بترك وطئها و ﴿رافعته﴾ الى الشرع ﴿أنظره الحاكم

---

(١) تهذيب الاحكام ٨/٨، ح٢٢ .
(٢) الخلاف ٩/٣ .

أربعة أشهر﴾ من حين الايلاء، فان فاء بعد الانظار فلابحث .

﴿وان أصر على الامتناع ثم رافعته بعد المدة ، خيره الحاكم بين الفيئة والطلاق﴾ بلاخلاف للمعتبرة [١] وظاهرها كالعبارة وصريح الجماعة عدم جواز اجباره على أحد الامرين على التعيين . وينبغي تقييده بمااذا حصل أحدهما بتخييره ، والا فلو امتنع من أحدهما كالفيئة مثلا أمكن اجباره على الطلاق للصحيح [٢]، وهو اجبار بحق .

ثم الفيئة تتحقق في القادر على الوطىء به ولو بمسماه، بأن تغيب الحشفة وان لم ينزل ، وفي العاجز عنه باظهار العزم عليه في أول أوقات الامكان .

﴿فان امتنع﴾ عن الامرين ﴿حبسه﴾ الحاكم ﴿وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يكفر ويفيء أو يطلق﴾ بلاخلاف الا في الكفارة ففيها الخلاف كما عرفته .

﴿واذا طلق وقع﴾ الطلاق ﴿رجعياً﴾ حيث لاسبب للبينونة ﴿وعليها العدة من يوم طلقها﴾ اجماعاً في لزومها، ووفاقاً للاكثر في الاول ، وقيل : يقع بائناً وهو شاذ .

﴿ولو﴾ اختلفا فـ ﴿ادعى﴾ المولى ﴿الفيئة وأنكرت﴾ هي ﴿فالقول قوله مع يمينه﴾ بلاخلاف .

﴿وهل يشترط في ضرب المدة المرافعة﴾ فلاتحتسب الا من حينها ؟ ﴿قال الشيخ﴾ وأكثر الاصحاب: ﴿نعم، والروايات مطلقة﴾ وظاهرها أن الضرب من حين الايلاء، ولعله الاقوى وفاقاً لجماعة. وعلى المختار فلو لم ترافعه حتى انقضت المدة أمره بأحد الامرين متخيراً .

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/٥٤٣، ح١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٥٤٤، ح٣ .

[في بيان الكفارات]

﴿ولنتبع ذلك﴾ أي بحث الايلاء والظهار ﴿بذكر الكفارات﴾ من حيث تضمنها الكفارة ﴿وفيه مقصدان :﴾

﴿الاول : في حصرها﴾ وبيان أقسامها ﴿وتنقسم الى مرتبة ومخيرة ، وما يجتمع فيه الامران ، وكفارة الجمع﴾ فأقسامها أربعة :

﴿ فـ ﴾ الاول : وهي ﴿ المرتبة : كفارة الظهار ، وهي عتق رقبة ، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فان لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً﴾ اجماعاً .

﴿ومثلها﴾ في الخصال الثلاث وترتيبها ﴿كفارة قتل الخطأ﴾ على الاشهر الاقوى ، وعن المبسوط[1] وفي المسالك نفي الخلاف عنه . وقيل: مخيرة . ولاريب في ضعفه .

ومثلهما كفارة الجماع في الاعتكاف الواجب عند الصدوق وجماعة ، خلافاً للاكثر فمخيرة ، وهو أظهر ولكن الاول أحوط .

ومثلهما كفارة من حلف بالبراءة على قول .

﴿و﴾ مثلها في الترتيب خاصة ﴿كفارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال عامداً﴾ فانها ﴿اطعام عشرة مساكين ، فان لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات﴾ على الاشهر الاظهر ، وفي الانتصار[2] والغنية[3] الاجماع ، وفي المسألة أقوال أخر منتشرة .

﴿والمخيرة: كفارة﴾ من أفطر في ﴿شهر رمضان﴾ مع وجوب صومه عليه بما يوجبها ﴿وهي عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين، أو اطعام ستين مسكيناً﴾

---

(١) المبسوط ٧/ ٢٤٥ .

(٢) الانتصار ص٦٩ .

(٣) الغنية ص٥٠٩ .

مطلقاً على الاشهر الاقوى وفي الانتصار والغنية الاجماع، وفي المسألة أقوال أخر ضعيفة الا القول بأنها كفارة جمع في الافطار بالمحرم، فان فيه قوة.

﴿ومثلها﴾ في الخصال والتخيير ﴿كفارة من أفطر يوماً منذوراً على التعيين﴾ من غير عذر على الاظهر، وفي الانتصار الاجماع.

﴿و﴾ مثلها في الامرين ﴿كفارة خلف العهد على التردد﴾ من الخبرين[1] بذلك، ومن الاصل مع ضعف سندهما، فيلزم الاقتصار على القدر المتيقن وهو كفارة اليمين، والاصح الاول وفاقاً للاكثر وفي الغنية الاجماع.

﴿وأما كفارة خلف النذر ففيه﴾ أقوال كثيرة، ولكن ﴿قولان﴾ منها مشهوران أظهرهما وأشهرهما: انها ككفارة الافطار في شهر رمضان، وفي الانتصار والغنية الاجماع ﴿وأشبههما﴾ عند جماعة ﴿أنها﴾ كفارة ﴿صغيرة﴾ أي كفارة يمين.

﴿و﴾ أما ﴿ما فيه الامران﴾ التخيير والترتيب فـ ﴿كفارة اليمين﴾، وهي عتق رقبة، أو اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم، فان لم يجد ﴿شيئاً من ذلك ﴿صام ثلاثة أيام متتابعات﴾ بالنص[2] والاجماع.

ومثلها كفارة خدش المرأة وجهها حتى أدمت، ونتفها شعر رأسها في المصاب على المشهور كما يأتي.

﴿و﴾ أما ﴿كفارة الجمع﴾ فـ ﴿كقتل المؤمن عمداً عدواناً، وهي عتق رقبة، وصيام شهرين متتابعين، واطعام ستين مسكيناً﴾ اجماعاً.

ومثلها كفارة من أفطر على محرم في شهر رمضان على قول قدمر، ولايخلو عن وجه.

وهنا ﴿مسائل ثلاث:﴾

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/ ٥٧٦، ب ٢٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٥/ ٥٦٠، ب ١٢.

﴿الاولى: قيل:﴾ كما عن الشيخين وجماعة من القدماء ﴿من حلف بالبراءة﴾ من الله تعالى ورسوله والائمة الميامين من آله ﷺ على الاجتماع أو الانفراد ﴿لزمته كفارة ظهار﴾ فان عجز فكفارة يمين اما بمجرده أو بعد الحنث على الخلاف بينهم، والاقوى وفاقاً للحلي وأكثر المتأخرين أنه لا كفارة فيه مطلقا، وفي الخلاف الاجماع، ولكن الاول أحوط. وفي المسألة قولان آخران، هذا ولاريب في تحريمه بل ويحتمل الكفر في بعض صوره .

﴿ومن وطىء﴾ المرأة ﴿في الحيض عامداً لزمه دينار في أوله ونصف في وسطه وربع في آخره﴾ على قول مشهور ، وهو أحوط لو لم يكن أقوى، وقد مضى البحث هنا في بحث أحكام الحيض .

﴿ومن تزوج امرأة في عدتها فارقها وكفر بخمسة أصواع من دقيق﴾ وجوباً عند جماعة ، وكذا التزويج بذات البعل، ولافرق في العدة بين الرجعية والبائنة ولافي التزويج بين العالم والجاهل. وقيل: لاتجب الكفارة هنا مطلقا . وعليه أكثر المتأخرين ، والمسألة محل توقف ، ولاريب أن الاحوط الوجوب .

﴿ومن نام عن﴾ صلاة ﴿العشاء الاخرة حتى جاوز﴾ وقتها وهو ﴿نصف الليل﴾ قضاها و﴿أصبح صائماً﴾ وجوباً عند جماعة من القدماء، وفي الانتصار[1] والغنية[2] الاجماع ، خلافاً للحلي وأكثر المتأخرين فاستحباباً ، والاول أقوى . ولافرق بين النائم كذلك عمداً أو سهواً .

ولايلحق ناسي غير العشاء بناسيها. وفي الحاق السكران بالنائم قول ضعيف وكذا المتعمد لتركها ، والناسي لها من غير نوم .

ولو أفطر ذلك اليوم، فلاقوى عدم الكفارة. ولو سافر فيه لضرورة أو غيرها

---

(١) الانتصار ص١٦٥ .

(٢) الغنية ص٥٠٩ .

مطلقا أفطره ولاقضاء على الاقوى، لكن يجب ترك السفر غير الضروري تحصيلا للواجب، وكذا لو مرض أو حاضت المرأة أو وافق العيد أو أيام التشريق، ولو صادف يوماً معيناً تداخل .

واعلم أن قول المصنف «من وطىء المرأة في الحيض» الى هنا مقول لقوله «قيل» بدلالة قوله: ﴿والاستحباب في الكل أشبه﴾ والمختار فيها ماعرفت .

﴿الثانية: في جز المرأة شعر رأسها في المصاب كفارة شهر رمضان﴾ مخيرة وفاقاً للشيخ وجماعة .

﴿وقيل:﴾ كما عن الديلمي والحلي انها ﴿كفارة﴾ ظهار ﴿مرتبة﴾ وفي الانتصار[1] وغيره الاجماع ، وهو أحوط ان لم نقل بكونه أظهر .

ويظهر من العبارة عدم الخلاف في أصل وجوبها ، وفي الغنية[2] الاجماع عليه، فلاريب فيه وان تأمل فيه بعض المتأخرين. وليس في النص[3] وكلام بعضهم التقييد بالمصاب، بل الحكم فيهما مطلق، وهو أحوط وان كان للتقييد وجه .

والاحوط بل الاقرب عدم فرق بين جز كل الشعر والبعض . وفي الحاق الحاق والاحراق بالجز اشكال، ولكنه أحوط .

﴿وفي نتفه﴾ وهو قلعه، بخلاف الجز فانه قرضه ﴿في المصاب كفارة يمين وكذا في خدشها وجهها، وكذا في شق الرجل ثوبه لموت ولده أو زوجته﴾ على الاشهر الاظهر ، بل صرح جمع بعدم الخلاف ، وفي الانتصار[4] والسرائر[5] الاجماع ، والامر في التقييد بالمصاب كمامر .

---

(١) الانتصار ص١٦٦ .

(٢) الغنية ص٥٠٩ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥/٥٨٢ ، ب٣١ .

(٤) الانتصار ص١٦٦ .

(٥) السرائر ص٣٦٢ .

والاقوى تقييد الخدش بالادماء وفاقاً لجماعة، خلافاً لاطلاق العبارة وغيرها والمعتبر منه مسماه ، فلايشترط استيعاب الوجه، ولاشق جميع الجلد. ولايلحق به خدش غير الوجه وان أدمى ، ولالطمه مجرداً .

ويعتبر في الثوب مسماه عرفاً، قيل: ولافرق فيه بين الملبوس وغيره، ولابين شقه ملبوساً ومنزوعاً، ولابين استيعاب الشق وعدمه . وهو أحوط وان كان التعميم للاخيرين من الشقين الاولين نظر .

ولافرق بين الولد للصلب وولد الولد وان نزل ذكراً أوأنثى لذكر، وفي ولد الانثى قولان ، أجودهما : عدم اللحوق ، ولكن اللحوق أحوط .

وظاهر الزوجة في النص[1] والفتوى هو الدائمة، فلايعم الحكم المتمتع بها خلافاً لجماعة فساووا بينهما، وهو أحوط وأولى. ولاالموطوءة بالملك وان كانت سرية أوأم ولد .

ثم مقتضى الاصول حرمة شق الثوب مطلقا ولـوعلى الاب والاخ ، خلافاً لجماعة فأجازوه فيهما، والاحوط الاولى ماقدمناه. ولاكفارة في شق المرأة على الميت مطلقا ولداً كان أو زوجاً ، وان حرم قولا واحداً .

﴿الثالثة: من نذر صوم يوم﴾ معين ﴿فعجز عنه، تصدق باطعام مسكين مدين من طعام﴾ عند الشيخ في النهاية[2]، لرواية[3] ضعيفة لاتصلح مخصصة لاصل البراءة وعليه هنا جماعة، وهو في غاية القوة وان كان الاحوط مافي النهاية .

﴿فان عجز عنه تصدق بما استطاع ، فان عجز﴾ أصلا ﴿استغفر الله تعالى﴾ ولم أقف على مستنده ان أريد به الوجوب والا فالاستحباب لابأس به .

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/٥٨٢ ، ب٣١ .

(٢) النهاية ص٥٧١ .

(٣) وسائل الشيعة ١٦/١٩٥ ، ب١٢ .

﴿المقصد الثاني : في﴾ بيان ﴿خصال الكفارة﴾ وأحكامها .

﴿وهي﴾ كثيرة الأن المهم الذي يجب التعرض لذكره هنا هو الخصال الاربع المشهورة ، أعني: ﴿العتق ، والاطعام، والكسوة ، والصيام﴾ .

﴿أما العتق : فيتعين على الواجد في﴾ الكفارة ﴿المرتبة﴾ دون المخيرة.

﴿ويتحقق﴾ الوجدان ﴿بملك الرقبة﴾ مع عدم الاحتياج اليها لضرورة كالخدمة ﴿و﴾ ملك ﴿الثمن﴾ لها كذلك ﴿مع امكان الابتياع﴾ .

﴿ولابدمن كونها مؤمنة أومسلمة﴾ اذا كانت كفارة عن القتل مطلقا واوكان عمداً اجماعاً .

والاكثر على اشتراط الاسلام في مطلق الكفارة، وفي الانتصار[1] وغيره الاجماع خلافاً لجماعة فلايشترط ، والاول أظهر وأحوط .

والمولود المتولد من المسلمين أوأحدهما مخير فيما عدا القتل قولا واحداً وكذا فيه عند الاكثر خلافاً للاسكافي فالبالغ ، وهو أحوط ان لم نقل بكونه أظهر.

وظاهر المصنف والاكثر عدم اشتراط الايمان بالمعنى الاخص، بل قيل : اجماعاً، فان تم والا فاشتراطه لايخلو عن وجه وفاقاً لجمع مع أنه أحوط .

وفي جواز عتق المسبي من أطفال الكفار ان انفرد به السابي المسلم عن أبويه قولان، المشهور كما قيل الثاني ، وهو أحوط ان لم نقل بكونه أظهر. ولايجزي عتق الحمل اجماعاً .

﴿و﴾ يعتبر ﴿أن تكون سليمة من العيوب التي تعتق بها﴾ قهراً، وهي الاقعاد والعمى، والجذام، والتنكيل الصادر من المولى بلاخلاف. ولايشترط السلامة من غيرها على الاشهر الاقوى، فيجزي الاعور، والاعرج، والاقرع، والخصي، والاصم، ومقطوع الاذنين واليدين ولومع احدى الرجلين ، والمريض وان مات في مرضه.

---

(١) الانتصار ص١٦٩ .

﴿وهل يجزي المدبر؟ قال﴾ الشيخ ﴿في النهاية[١]: لا﴾ يجزي ﴿و﴾ قال ﴿في غيرها﴾ وهو المبسوط[٢] ﴿بالجواز، وهو أشبه﴾ وأشهر. كل ذا مع عدم نقض التدبير أولا، والا فيجزي قولا واحداً. ويجزىء اعتاق المكاتب المشروط قبل الايفاء، والمطلق الذي لم يؤد شيئاً على الاشهر الاقوى، أما المؤدي ـ ولو بعضاً ـ فلا قولا واحداً.

﴿و﴾ كذا ﴿يجزىء الابق مالم يعلم موته﴾ وفاقاً للاكثر، وعن الحلي الاجماع، وفي المقام قولان آخران.

﴿و﴾ كذا ﴿أم الولد﴾ مطلقا مات ولدها أم لا اجماعاً في الاول، وكذا في الثاني الا من الاسكافي.

وكذا ولد الزنا بعد بلوغه واسلامه على الاشهر الاقوى، خلافاً لجماعة من القدماء فمنعوا عنه، وهو أحوط وأولى.

﴿وأما الصيام: فيتعين مع العجز عن الرقبة﴾ ولو أدناها ﴿في﴾ الكفارة المرتبة.

ويتحقق بفقد مامر من أسباب القدرة، ومنه الاحتياج الى الثمن للنفقة، والكسوة له ولعياله الواجبي النفقة، ووفاء دينه وان لم يطالب به.

وهل المعتبر في النفقة الكفاية على الدوام، بأن يملك مايحصل من نمائه مايقوم بكفايته في كل سنة أو قوت السنة أو اليوم والليلة فاضلا عما يحتاج اليه في الوقت الحاضر من الكسوة والامتعة؟ أوجه، خيرها أوسطها وان كان الاخير أحوطها. ولو تكلف العادم العتق أجزأ مطلقا.

﴿ولا تباع ثياب البدن ولا المسكن في الكفارة، اذا كان﴾ كل منهما ﴿قدر

---

(١) النهاية ص٥٦٩.

(٢) المبسوط ٦/٢١٣.

الكفاية﴾ اللائقة بحاله ﴿ولا الخادم﴾ اذا كان كذلك بلاخلاف .

﴿ويلزم الحر في كفارة قتل الخطأ والظهار﴾ بعد العجز عن العتق ﴿صوم شهرين متتابعين﴾ بلاخلاف ، بل عليه الاجماع في كلام جمع .

﴿و﴾ أما ﴿المملوك﴾ فالاشهر الاظهر أن عليه ﴿صوم شهر﴾ وليس عليه صدقة ولاعتق ، خلافاً لجماعة فكالحرة عليه شهران .

ثم ان التتابع هنا ليس المراد به معناه لغة وعرفاً ﴿فاذا صام الحر شهراً ومن الثاني شيئاً ولو يوماً أتم﴾ اجماعاً ، والاكثر على جواز التفريق بعد ذلك اختياراً ، خلافاً لجماعة من أعيان القدماء فيأثم ، وفي الانتصار[1] والغنية[2] الاجماع ، وهو أحوط وأولى .

وفي تحقق التتابع بخمسة عشر يوماً في الشهر الواحد كفرض العبد والناذر قولان ، أشهرهما وأظهرهما : ذلك .

﴿ولو أفطر قبل ذلك﴾ ولو بعد تمام الشهر الاول واليوم الرابع عشر في فرض الاخر ﴿أعاد﴾ اجماعاً ، وفي حكمه الاخذ في الصيام في الزمان الذي يحصل معه التتابع ، ولو كان صائماً بعده بلاخلاف .

فلايجوز له أن يبتدىء زماناً لايسلم فيه ﴿الا﴾ اذا كان عدم السلامة ﴿لعذر﴾ شرعي ﴿كالحيض ، والنفاس ، والاغماء ، والمرض ، والجنون﴾ فيجزىء حينئذ بلاخلاف . وكذا الحكم في غير ماذكر من الاعذار العارضة في الاثناء بغير اختيار مع عدم العلم بعروضها ، كالسفر الضروري .

وانما اعتبرنا عدم العلم بالعروض ، لانه معه يكون في ترك التتابع كالمختار ، وليس ذلك شرطاً في الحيض ، الا اذا اعتادته فيما زاد على شهرين فيعتبر مع احتمال

---

(١) الانتصار ص١٦٧ .

(٢) الغنية ص٥١٠ .

العدم مطلقا ، ولكن الاحوط مراعاة الاستثناء .

ولا كذلك النفاس ، فلا يجوز للمرأة الابتداء بزمان تقطع بعدم السلامة منه فيه ، وان ابتدأت بالصوم في زمان لا تعلم بحدوثه جاز وان احتمل. والاصح وجوب المبادرة بعد زوال العذر، وفيه قول بالعدم ضعيف . والمراد بالوجوب هنا هو الشرطي بمعنى توقف التتابع عليه ، والا فالشرعي لا دليل عليه .

﴿وأما الاطعام : فيتعين في﴾ الكفارة ﴿المرتبة مع العجز عن الصيام﴾ بالمرض المانع منه ، وما حصل به مشقة جديدة وان رجا برءه ، وما خيف عن زيادته ونحو ذلك ، لا السفر الامع تعذر الاقامة . وحيث انتقل الفرض اليه يتخير فيه بين التسليم الى المستحق وبين أن يطعمه بلا خلاف .

﴿و﴾ على الاول ففي مقدار ما ﴿يجب اطعام العدد﴾ به أقوال ، أشهرها وأظهرها أنه يعطى ﴿لكل واحد مد من طعام ، وقيل: مدان مع القدرة﴾ ومد مع الضرورة ، والقائل الشيخ في المبسوط[1] والنهاية[2] وتبعه ابن حمزة ، وهو أحوط. ويستحب أن يزيد على المد حفنة لمؤونة نحو طحنه وخبزه ان توقف عليه ، وأوجبه الاسكافي .

وعلى الثاني قدر في الاشهر الاظهر بالاشباع ولو مرة ، كأن يطعموا ضحى أو عشية .

﴿ولا يجوز اعطاؤه لما دون العدد﴾ بلا خلاف .

﴿ولا يجوز التكرار﴾ عليه بقدر العدد ﴿في الكفارة الواحدة مع التمكن﴾ من تمام العدد بلا خلاف .

﴿و﴾ هل ﴿يجوز مع العذر﴾ لفقد العدد في البلد مع تعذر الايصال اليه

---

(١) المبسوط ١٧٧/٥ .

(٢) النهاية ص٥٦٩ .

من غيره ؟ قولان ، أشهرهما وأظهرهما : ذلك ، بل لم أقف فيه على مخالف . واحترز بالواحدة عن المتعددة ، لجواز التكرار فيها بقدرها بلاخلاف .

﴿و﴾ الواجب في الجنس أن ﴿يطعم مايغلب على قوته﴾ وفاقاً لجماعة ، خلافاً للخلاف فكل مايسمى طعاماً مدعياً عليه لوفاق ولا بأس به ، والاولى الاقتصار على اطعام المد من الحنطة والشعير كما في الصحيح[1] وغيره .

﴿ويستحب﴾ أيضاً ﴿أن يضم اليه اداماً﴾ ولايجب وفاقاً للاكثر ، وان كان الوجوب ـ كما عن المفيد والديلمي ـ أحوط . والمراد بالادام ماجرت العادة بأكله مع الخبز ، مائعاً كان كالدبس أو جامداً كالجبن واللحم ، وهو مختلف بحسب الجنس نفاسة ورداءة .

﴿وأعلاه اللحم ، وأوسطه الخل﴾ والزيت ﴿وأدناه الملح﴾ .

﴿ولايجزىء اطعام الصغار﴾ اذا كانوا ﴿منفردين﴾ بعد الستين بلاخلاف ﴿ويجوز﴾ اطعامهم اذا كانوا ﴿منضمين﴾ مع الكبار ، كما عليه الشيخ في المبسوط[2] والخلاف[3] نافياً عنه الخلاف ، فهو الحجة ان تم لا الصحيح[4] المسوي بينهم وبين الكبار ، لانه ظاهر في صورة التسليم لا الاشباع ، ولا خلاف فيها كما في المسالك وغيره ، مع أن في الموثق : لايجوز اطعام الصغير في كفارة اليمين ، ولكن صغيرين بكبير[5] . وهو مطلق الصورتي الانفراد والاجتماع ، الا أنهم حملوه على الاولى فقالوا :

﴿ولو انفردوا احتسب الاثنان بواحد﴾ جمعاً ، وهو حسن الا أن العمل باطلاق

---

(١) وسائل الشيعة ١٥/٥٦٦، ح٨ .

(٢) المبسوط ٥/١٧٨ .

(٣) الخلاف ٣/٢٧.

(٤) وسائل الشيعة ١٥/٥٧٠ ، ح٣ .

(٥) وسائل الشيعة ١٥/٥٧٠ ، ح١ .

الموثق أحوط وأولى، فيعد الصغيران بكبير مطلقا وفاقاً لابن حمزة ، وهو ظاهر اطلاق الاسكافي والصدوق في المقنع[١] ، لكن في كفارة اليمين خاصة ، وظاهرهما كالموثقة وغيرها جواز اطعام الصغار فيما عداها وأنهم كالكبار ، لكن الاطلاق أحوط وأولى ، وأحوط منه عدم اطعام الصغار مطلقا كما عليه المفيد وان كان نادراً .

وهنا ﴿مسائل : ﴾

﴿الاولى : كسوة الفقير ثوبان مع القدرة﴾ وثوب مع الضرورة عند الشيخ وجماعة .

﴿وفي رواية﴾ صحيحة بل روايات [٢] مستفيضة أنه ﴿يجزىء الثوب الواحد﴾ مطلقا ﴿وهو أشبه﴾ وأشهر بين من تأخر، ولكن الاول أحوط، وأحوط منه القول بالثوبين مطلقا كما عليه جماعة من القدماء .

والمعتبر من الكسوة مايحصل به ستر العورة مع صدق الكسوة عليه عرفاً ، كالجبة والقميص والسراويل دون الخف والقلنسوة ، بلاخلاف ولااشكال الا في السراويل ففيه اشكال وقول بالعدم ، وظاهر الاصحاب جواز اعطاء الكسوة للصغار مطلقا ، ويستحب الجديد خاما كان أومقصوراً ، ويجزىء غيره اذا لم يكن منخرقاً ولامنسحقاً ، وهما لايجزيان .

وجنسه ماعتيد لبسه ،كالقطن والكتان والصوف والحرير الممتزج أوالمحض للنساء دون الخناثي والكبار، والفرو والجلد المعتاديـن ، والقنب والشعير ان اعتيد لبسهما .

﴿وكفارة الايلاء مثل كفارة اليمين﴾ بلاخلاف .

---

(١) المقنع ص١٣٦ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٥٦٨ ، ب١٥ .

﴿الثانية : من عجز عن العتق فدخل في الصيام ثم تمكن من العتق ، لم يلزمه العود وان كان أفضل﴾ على الاشهر الاظهر ، وكذا الحكم في من عجز عن الصيام وأخذ في الطعام فقدر عليه بعد ذلك ، ولاخلاف في هذا .

ويتحقق الدخول بصوم جزء من اليوم ولو لحظة، وبتسليم مد وأخذ في أكل الطعام في الاطعام .

﴿الثالثة : كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين﴾ في نذر أو كفارة مرتبة كانت أو مخيرة على مايقتضيه اطلاق العبارة والادلة ﴿فعجز﴾ عنها ﴿صام ثمانية عشر يوماً ، فان لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام ، فان لم يستطع استغفر الله سبحانه﴾ كما عن الشيخ وجماعة .

والاجود التفصيل بين الظهار ورمضان والنذر ، فيرتضى الحكم الاول في الاولين لكن بعد العجز عن الخصال الثلاث وفاقاً لجماعة، على اشكال في ثانيهما فيحتمل قوياً فيه بدل صوم الثمانية عشر التصدق بمايطيق، كما هو ظاهر الكليني والشيخ في التهذيبين[1] والصدوقين وجماعة من المتأخرين .

ويقوى في النذر وجوب الاتيان بالممكن من الصوم، وان تجاوز الثمانية عشر ، حتى لو أمكن الشهران متفرقين وجب مقدماً على الثمانية عشر ، كما عليه الفاضل في أحد قوليه في الثلاثة ، وان لم يمكنه شيء منه فلاشيء عليه حتى التصدق بمد عن كل يوم والاستغفار مع العجز ، اذ لم أقف على مايدل عليهما فيه، بل ولافي الاولين عدا الاستغفار في ثانيهما، فقد ورد به النص الصحيح[2] وفيه نفيه في أولهما وحرمة المظاهرة الى أن يجد مايكفر ، والموثق[3] المثبت

---

(١) تهذيب الاحكام ٣٢١/٨، الاستبصار ٥٢/٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٥٥٤/١٥، ح١ .

(٣) وسائل الشيعة ٥٥٨/١٥، ب٨ .

له فيه عن معارضة قاصر .

والمعتبر من الاستغفار مرة واحدة بالنيـة عن الكفارة ، مضافـاً الى اللفظ الدال على الندم على مافعل والعزم على عدم العود انكان عن ذنب .

وفي وجوب الكفارة مع تجدد القدرة وجهان . ثم في وجوب التتابع في الثمانية عشر قولان، أحوطهما في المقامين ذلك .

﴿الرابعة : يشترط في المكفـر البلوغ ، وكمال العقل ، والايمان ، ونية القربة﴾في جميع الخصال ولوكان اطعاماً أوكسوة ﴿والتعيين﴾ للسبب الذي يكفر عنه ، سواء تعددت الكفارة في ذمته أملا، وسواء تغائر الجنس أم لا ، كما يقتضيه اطلاق نحو العبارة ، وصرح به بعض الاصحاب .

وقيل: يشكل بأنه مع اتحادها في ذمته لااشتراك فتجزىء نيته عمافي ذمته، ولابأس به .

ولوتعددت مافي ذمته مع اتحاد نوع سببه، كافطار يومين من شهر رمضان وخلف نذرين، فكالمتحد لايعتبر فيه نية التعيين اجماعاً كمافي الخلاف[1] .

ولواختلف أسبابه، توجه التعيين وان اتفق مقدار الكفارة .

ولو شك في نوع مافي ذمته، أجزأه الاطلاق عن الكفارة، كمايجزيه العتق عما في ذمته لوشك بين كفارة ونذر، ولايجزىء ذلك في الاول، فانه لابد فيه من نية التكفير، كمالايجزىء العتق مطلقا في الثاني بدون قصد مافي الذمة .

---

(١) الخلاف ٣/٢١ .

كتاب اللعان

(كتاب اللعان)

وهو لغة : المباهلـة المطلقة ، أو فعال من اللعن أوجمع لـه ، وهو الطرد والابعاد من الخير، والاسم اللعنة، وشرعاً: المباهلة بين الزوجين بكلمة مخصوصة في ازالة حد أونفي ولد عندالحاكم .

﴿والنظر﴾ فيه ﴿في أمور أربعة : ﴾

﴿ الاول : السبب ، وهو أمران : ﴾

﴿الاول: قذف الزوجة﴾ المحصنة ، أي رميها ﴿بالزنا﴾ ولو دبراً على الاظهر الاشهر، وفي الغنية [1] والانتصار [2] الاجماع، وقيل : بانحصار السبب في الثاني .

وعلى المختار انمايكون سبباً ﴿مع دعوى المشاهدة وعدم البينـة ﴾ على الاشهر الاظهر، وفي الانتصار والغنيـة الاجماع كل منهما في أحدهما، خلافـاً للخلاف [3] في الثاني، وللشهيد الثاني في الاول فلم يعتبره بل اكتفى بالعلم ولو بالقرائن .

---

(١) الغنية ص٥٥٣ .

(٢) الانتصار ص١٤٤ .

(٣) الخلاف ٣١/٣ .

﴿ولايثبت﴾ اللعان ﴿اوقذفها في عدة بائنة، ويثبت لوقذفها في﴾ عدة ﴿رجعية﴾ اجماعاً كمافي الغنية .

﴿الثاني : انكار من ولد على فراشه﴾ ممن يلحق به مطلقا شرعاً لولا لعانه كأن يولد ﴿لستة أشهر فصاعداً﴾ من وطئه حال كون ذلك الولد ﴿من زوجة موطوءة﴾ له ﴿ بالعقد الدائم مالم يتجاوز أقصى الحمل﴾ .

﴿وكذا لوأنكره بعد فراقها ولم تتزوج ، أوبعد أن تزوجت وولدت لاقل من ستة منذ دخل﴾ الثاني ، فاذا ولد بدون الشرائط انتفى بغيرلعان ، فالنفي المحتاج الى اللعان انماهو بالولادة معها، ولايجوز النفي به الا مع العلم بانتفائه عنه ، ومع عدمه يجب الحاقه بنفسه ،كماأنه يجب نفيه عنه مع العلم به ، بلا خلاف في شيء من ذلك .

﴿الثاني: فى الشرائط﴾ لصحة اللعان .

﴿ويعتبر في الملاعن﴾ وكذا الملاعنة ﴿البلوغ والعقل﴾ فلاعبرة بلعان الصبي والمجنون اجماعاً .

﴿وفي﴾ اعتبار الاسلام فيهما ، فلايصح ﴿ لعان الكافر﴾ ولا الكافرة ﴿قولان ، أشبههما﴾ وأشهرهما : ﴿الجواز﴾خلافاً للاسكافي فاعتبره مطلقا ، وللحلي فاعتبره للقذف خاصة .

﴿وكذا المملوك﴾ ففي صحة لعانه قولان، والاشبه الاشهر الصحة، خلافاً للمفيد والديلمي فلايصح مطلقا، وللحلي فكمامضى .

﴿و﴾ يعتبر ﴿في الملاعنة : البلوغ ، والعقل ، والسلامة من الصمم والخرس﴾ .

﴿ولوقذفها مع أحدهما بمايوجب اللعان﴾ اولا لافة من رميها بالزنا مع دعوى المشاهدة وعدم البينة ﴿حرمت عليه﴾ مؤبداً ، من غيرخلاف ولااشكال

في قذفها مع الامرين أوالثاني، وكذا الاول على الاقوى. وتمام الكلام في المسألة قد مضى في النكاح .

﴿وأن يكون عقدها دائماً﴾ فلايجوز لعان المتمتع بها مطلقا على الاشهر الاقوى كمامضى .

﴿وفي اعتبار الدخول﴾ بها ولو دبراً ﴿قولان، والمروي[١]﴾ في المستفيضة ﴿أنه لايقع قبله﴾ مطلقا ، وهو الاشهر الاقوى ، وفي الخلاف [٢] والغنية [٣] الاجماع ، والقول الثاني بعدم اعتباره مطلقا اختاره الفاضل في القواعد[٤] .

﴿وقال ثالث﴾ وهو الحلي ﴿بثبوته﴾ أي اللعان بدون الدخول ﴿بالقذف دون نفي الولد﴾ وتبعه كثير من المتأخرين، وهو ضعيف .

﴿ويثبت﴾ اللعان ﴿بين الحر و﴾ زوجة ﴿المملوكة﴾ على الاشهر الاظهر ﴿وفيه رواية﴾ بل روايات[٥] ﴿بالمنع﴾ لكنها مابين ضعيفة السند أوالدلالة ، ومع ذلك محتملة للحمل على التقية .

﴿و﴾ فيه أيضاً ﴿قول ثالث بالفرق﴾ بين لعان القذف فالثاني ونفي الولد فالاول، والقائل الحلي .

﴿ويصح لعان الحامل﴾ في القذف مطلقا ، وفي نفي الولد بشرط تحقق الحمل على الاقوى، و﴿لكن لايقام عليها الحد﴾ اللازم بالنكول والاقرار ﴿حتى تضع﴾ الحمل، وقيل : لاتلاعن حتى تضع، لرواية[٦] مع ضعفها محمولة على

(١) وسائل الشيعة ١٥/ ٥٩٠، ح٢ .
(٢) الخلاف ٣/ ٣١ .
(٣) الغنية ص٥٥٣ .
(٤) القواعد ٢/ ٩٢ .
(٥) وسائل الشيعة ١٥/ ٥٩٥، ب٥ .
(٦) وسائل الشيعة ١٥/ ٦٠٧، ب١٣ .

ارادة عدم اقامة الحد فانه لا خلاف فيه ، أو صورة نفي الولد مع الاشتباه في الحمل .

﴿الثالث : فى الكيفية﴾ والكلام الذي يتحقق به اللعان .

﴿وهو أن يشهد الرجل﴾ أولا ﴿أربعاً بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به﴾ متلفظاً بمارما به، فيقول: أشهد بالله أني لمن الصادقين فيمارميتها به من الزنا . وان نفى الولد زاد: وأن هذا الولد من زنا وليس مني. كذا عبر في التحرير[1] وزاد: أنه لواقتصر على أحدهما لم يجز .

ويشكل فيمالوكان اللعان لنفي الولد خاصة من غير قذف، فانه لايلزم اسناده الى الزنا لجواز الشبهة، فينبغي حينئذ أن يكتفي بقوله: انه لمن الصادقين في نفي الولد المعين .

﴿ثم يقول﴾ بعد شهادته أربعاً كذلك ﴿ان لعنة عليه﴾ مبدلا لضمير الغائب بياء المتكلم ﴿ان كان من الكاذبين﴾ فيما رماها به من الزنا أونفي الولد، كماذكر في الشهادات .

﴿ثم تشهد المرأة﴾ بعد فراغه من الشهادة واللعنة ﴿أربعاً أنه لمن الكاذبين فيما رماها به﴾ من الزنا .

﴿ثم تقول : ان غضب الله تعالى عليها ان كان من الصادقين﴾ فيه مقتصرة على ذلك في كل من القذف ونفي الولد، ولايحتاج الى ضم أمر آخر كمافي الزوج ان نفى الولد .

﴿والواجب فيه النطق بالشهادة﴾ على الوجه المذكور فيهما ، فلو أبدلت بمعناها كأحلف أوأقسم أوشهدت، أوأبدل الجلالة بغيرها من أسمائه سبحانه تعالى أوأبدل اللعن والغضب والصدق والكذب بمرادفها، أوحذف لام التأكيد، أو علقه

(١) التحرير ٢/٦٦ .

على غير «من» كقوله : اني لصادق ونحو ذلك من التغييرات لم يصح .

﴿وأن يبدأ الرجل بالتلفظ﴾ ثم المرأة على الترتيب المذكور ، فلو تقدمت المرأة لم يصح .

وأن يعينها ويميزها عن غيرها تمييزاً يمنع المشاركة ، أما بالذكر لاسمها أو برفع نسبها بما يميزها أو يصفها به أو بالاشارة اليها ان كانت حاضرة .

وأن يكون الايراد لجميع ماذكر ﴿باللفظ العربي﴾ الصحيح ﴿مع القدرة﴾ والافيجزىء بمقدورهما منه ، فان تعذر تلفظهما أصلا أجزأه غيره من اللغات من غير ترجيح، وكما يجب الترتيب المذكور كذا تجب الموالاة بين الكلمات ، فلو تراخى بما يعد فصلا أو تكلم في خلاله بطل .

وأن يكون كل منهما قائماً عند ايراد الشهادة واللعن على الاظهر الاشهر ، خلافاً لجماعة فأوجبوا قيام كل عند تلفظه وان جلس الاخر .

﴿ويستحب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة﴾ ويقيمهما مستقبلين بحذائه.

﴿وأن يقف الرجل عن يمينه والمرأة عن شماله﴾ .

﴿وأن يحضر من يسمع اللعان﴾ ولو أربعة عدد شهود الزنا من أعيان البلد وصلحائه .

﴿ووعظ الرجل بعد الشهادة قبل اللعن ، وكذا المرأة قبل ذكر الغضب﴾ ويخوفهما الله تعالى، فيقول لهما: ان عذاب الاخرة أشد من عذاب الدنيا، ويقرأ عليهما «ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلا الاية»[1] وأن اللعن والغضب للنفس يوجبان ذلك لو كانا كاذبين .

والاكثر على اشتراط وقوعه بين يدي الامام أو نائبه الخاص أو العام، وقيل: عند من يتراضى به الزوجان .

﴿الرابع : فى الاحكام ، وهي أربعة : ـ﴾

(١) سورة آل عمران : ٧٧ .

﴿الاول : يتعلق بالقذف وجوب الحد على الزوج﴾ كالاجنبي ﴿ وبلعانه سقوطه ﴾ عنه وبه يفترق عن الاجنبي ﴿ وثبوت الرجم على المرأة ﴾ مطلقاً سواء لها ﴿ان اعترفت﴾ بالزنا ﴿أو نكلت﴾ لان لعانه في حكم البينة ﴿ومع لعانها﴾ يترتب ﴿سقوطه﴾ أي الحد ﴿عنها وانتفاء الولد عن الرجل﴾ دونها ان كان اللعان لنفيه لامطلقاً ﴿وتحريمها عليه مؤبداً﴾ مطلقاً .

﴿ولو نكل﴾ الزوج ﴿عن اللعان ، أو اعترف بالكذب حد للقذف﴾ ان كان اللعان له لامطلقاً ولم ينتف عنه الولد مطلقاً

﴿ الثانى : لو اعترف بالولد في أثناء اللعان لحق به وتوارثا وعليه ﴾ أي على الاب ﴿ الحد ﴾ ان كان اللعان لاسقاطه . ولو كان لنفي الولد مجرداً عن القذف بتجويزه الشبهة فلاحد بلاخلاف .

﴿ولو كان﴾ الاعتراف به ﴿بعد اللعان﴾ منهما لايعود الحد و ﴿ لحق به الولد وورثه ولم يرثه الاب ولا من يتقرب به وترثه الام ومن يتقرب بها ﴾ كما يأتي بيانه وبيان مايتعلق بميراثه مطلقاً في كتاب الفرائض انشاء الله تعالى.

﴿وفي سقوط الحد هنا روايتان[1] أشهرهما﴾ وأظهرهما : ﴿ السقوط ﴾ والرواية الثانية عمل بها المفيد وجماعة ، وفي الانتصار[2] الاجماع ، ولاريب أن الاول أحوط .

﴿ولو اعترفت المرأة بالزنا بعد اللعان لم يثبت الحد﴾ بمجرده اجماعاً ﴿الا أن تقر أربعاً﴾ فيجب ﴿ على تردد ﴾ من المصنف هنا وفي الشرائع[3] والفاضل في القواعد[4]، من تعارض العمومين بالسقوط والثبوت ، والاكثر

(١) وسائل الشيعة ١٥/ ٦٠٠ ، ح٢و٦ .

(٢) الانتصار ص١٤٥ .

(٣) شرائع الاسلام ٣/ ١٠٠ .

(٤) القواعد ٢/ ٩٤ .

على الاول والعدم أحوط ولو للشبهة الدارءة .

﴿الثالث : لو طلق﴾ الرجل امرأته ﴿فادعت الحمل منه فأنكر﴾ فان كان بعد اتفاقهما على الدخول لحق به الولد ولم ينتف الا باللعان اجماعاً ، وان كان بعد الاتفاق على العدم أنتفي بغير لعان .

وان كان بعد الاختلاف فيه فادعته الزوجة وأنكره الزوج ﴿ فان أقامت بينة﴾على ﴿ أنه أرخى عليها الستر لاعنها وبانت منه وعليه المهر كملا ﴾ وفاقاً للنهاية[1]عملا برواية[2] صحيحة ﴿وهي رواية علي بن جعفر عن أخيه﴾ خلافاً للحلي وأكثر المتأخرين فصاروا الى مقتضى الاصول ، وهو توجه اليمين الى الزوج وانتفاء الولد عنه بها وازوم نصف المهر لها ، ولعله أقوى .

﴿و﴾ قال ﴿في النهاية[3]﴾ بعد ذلك: ﴿وان لم تقم بينة لزمه نصف المهر وضربت مائة سوط﴾ ولااشكال في الحكم الاول ﴿و﴾ لكن ﴿في ايجاب الحد اشكال﴾ لمخالفته الاصول السليمة عن المعارض فيه مطلقاً ، فنفيه أقوى عملا بها.

﴿الرابع : اذا قذفها فماتت قبل﴾ صدور ﴿اللعان﴾ منهما ﴿فله الميراث وعليها الحد للوارث﴾ بسبب القذف الغير المصادف للمسقط وفاقاً للاكثر ، وفي جواز اللعان حينئذ لاسقاط الحد قولان ، والاكثر على الاول ولعله أظهر ، كل ذا اذا ماتت قبل لعانه ، ولو ماتت بعده فينبغي القطع بسقوط الحد بعنه.

﴿وفي رواية[4]أبي بصير﴾ عن أبي عبدالله عليه السلام ﴿ان قام رجل من أهلها﴾ مقامه ﴿ فلاعنه فلا ميراث له ﴾ وان أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث.ونحوها رواية أخرى وعمل بهما جماعة من القدماء .

---

(١) النهاية ص٥٢٣ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/ ٥٩٠، ح١ .

(٣) النهاية ص٥٢٣ .

(٤) وسائل الشيعة ١٥/ ٦٠٨، ح١ .

﴿قيل: لايسقط الارث﴾ بهذا اللعان وان جوزناه لاسقاط الحد﴿لاستقراره بالموت، وهوحسن﴾فلايرفعه اللعان المتجدد، والروايتان ضعيفتا السند لايصلحان لتخصيص الاصول ، ولعله أقوى .

الى هنا تم استنساخ الجزء الثاني من الكتاب و به تم تحقيقه و تصحيحه و التعليق عليه في اليوم العاشر من محرم الحرام سنة ألف وأربعمائة وست هجرية على يد الحقير السيد مهدي الرجائي في بلدة قم المقدسة .

فهرس مطالب الكتاب

(كتاب التجارة ٥ - ١١٨)

فيما يكتسب به	٧
المكاسب المحرمة	٧
المكاسب المكروهة	١٦
مسائل متفرقة	١٨
البيع وآدابه	٢١
مايشترط في البيع	٢٢
اشتراط تعيين العوضين	٢٥
مايشترط في بيع العين الحاضرة	٢٨
اشتراط تعيين الثمن	٣١
مايستحب في التجارة	٣٣
مايكره في التجارة	٣٤
أقسام الخيارات	٣٩
الأول : خيار المجلس	٣٩
الثاني : خيار الحيوان	٤٠
الثالث : خيار الشرط	٤٠
الرابع : خيار الغبن	٤٢

الخامس : خيار التأخير	٤٣
السادس : خيار الرؤية	٤٥
أحكام الخيارات	٤٦
لواحق البيع	٤٩
أحكام النقد والنسيئة	٤٩
اذا باع مرابحة	٥٣
من اشترى أمتعة صفقة	٥٣
مايدخل في المبيع	٥٤
أحكام القبض	٥٦
مايصح اشتراطه في العقد	٥٩
العيوب المجوزة للرد	٦١
مسائل تتعلق بالعيب	٦٥
الربا	٦٩
أحكام بيع الصرف	٧٦
مسائل تتعلق بالصرف	٧٩
بيع الثمار	٨٣
بيع الحيوان	٩٠
مسائل تتعلق ببيع الحيوان	٩٣
شرائط بيع السلف	١٠٣
أحكام بيع السلف	١٠٦
أحكام دين المملوك	١١٠
أحكام القرض	١١٢

(كتاب الرهن ١١٩ - ١٣١)

أحكام الرهن ١٢١
أحكام الحق المرهون ١٢٤
أحكام الراهن ١٢٥
أحكام المرتهن ١٢٦
أحكام المتخالفين في الرهن ١٣٠

(كتاب الحجر ١٣٣ - ١٣٩)

تعريف المحجور ١٣٥
أسباب الحجر ١٣٥
حجر الصغير ١٣٥

(كتاب الضمان ١٤١ - ١٥٠)

أحكام ضمان المال ١٤٣
مايشترط في الضامن ١٤٤
الضمان المؤجل والمعجل ١٤٥
أحكام الحوالة ١٤٦
مايشترط في صحة الحوالة ١٤٧
أحكام الكفالة ١٤٨
لوتكفل رجل برجل ١٥٠

(كتاب الصلح ١٥١ - ١٥٦)

كيف يصح الصلح ١٥١

لو اصطلح الشريكان على . . . ١٥٥

(كتاب الشركة ١٥٧ - ١٦٤)

معنى الشركة ١٥٩
لاتصح الشركة في الاموال الا ... ١٥٩
لاتنعقد الشركة بالابدان والاعمال ١٦٠
لاأصل لشركة الوجوه ١٦٠
لاأصل لشركة المفاوضة ١٦١
اذا تساوى المالان في القدر ١٦١
لوشرط أحدهما في الربح زيادة ١٦٢
تصرف الشركاء ١٦٢
تبطل الشركة بالموت ١٦٤
كراهة مشاركة الذمي ١٦٤

(كتاب المضاربة ١٦٥ - ١٧٦)

معنى المضاربة ١٦٧
لايلزم في المضاربة اشتراط الاجل ١٦٨
مايشترط في صحة المضاربة ١٦٩
تبطل المضاربة بموت أحدهما ١٧٢
مايشترط في مال المضاربة ١٧٢

(كتاب المزارعة والمساقاة ١٧٧ - ١٨٨)

أحكام المزارعة ١٧٩

شروط المزارعة ١٧٩
أحكام المساقاة ١٨٤
لاتبطل المساقاة بموت أحدهما ١٨٥
مايشترط في المساقاة ١٨٦
اذا اختل أحد شروط المساقاة ١٨٨

(كتاب الوديعة والعارية ١٨٩ - ٢٠٤)

أحكام الوديعة ١٩١
مايشترط في الوديعة ١٩١
تبطل الوديعة بالفسخ والموت ١٩٤
لوكانت الوديعة دابة ١٩٥
لوتلفت الوديعة في يد المستودع ١٩٧
لوكانت الوديعة غصباً ١٩٨
أحكام العارية ٢٠٠
مايشترط في المعير ٢٠١
لو اختلفا في التلف أو التفريط ٢٠٤
لو اختلفا في الرد ٢٠٤
لو اختلفا في القيمة ٢٠٤

(كتاب الاجارة ٢٠٥ - ٢١٨)

تنفسخ الاجارة بالتقايل ٢٠٧
أقوال في بطلان الاجارة بالموت ٢٠٧
مايشترط في صحة الاجارة ٢٠٨

(كتاب الوكالة ٢١٩ - ٢٣١)

معنى الوكالة	٢٢١
شروط وقوع الوكالة	٢٢٢
تبطل الوكالة بالموت والجنون	٢٢٢
ماتصح الوكالة فيه	٢٢٤
مايشترط في الموكل	٢٢٦
مايشترط في الوكيل	٢٢٨
مسائل تتعلق بالوكيل والموكل	٢٢٩

(كتاب الوقوف والصدقات والهبات ٢٣٣ - ٢٦٠)

معنى الوقف	٢٣٥
مايعتبر في صحة الوقف	٢٣٦
مايشترط في أصل الوقف	٢٣٧
مايشترط في الموقوف	٢٤٠
مايشترط في الواقف	٢٤٠
مايشترط في الموقوف عليه وأحكامه	٢٤٢
مسائل في أحكام الوقف	٢٤٩
أحكام السكنى والعمرى	٢٥٢
أحكام الصدقة	٢٥٦
مايشترط في الصدقة	٢٥٦
أحكام الهبة	٢٥٧
مايشترط في الهبة	٢٥٧

(كتاب السبق والرماية ٢٦١ - ٢٦٨)

معنى السبق ٢٦٣
معنى الرماية ٢٦٣
شروط الرماية ٢٦٦

(كتاب الوصايا ٢٦٩ - ٢٩٥)

روايات في فضل الوصية ٢٧١
مايعتبر في الوصية ٢٧١
مايعتبر في الموصي ٢٧٤
مايعتبر في الموصى له ٢٧٥
مايعتبر في الاوصياء ٢٧٩
ماتصح الوصية به ٢٨٧
حكم الوصايا المبهمة ٢٨٩
مسائل في الوصية ٢٩١

(كتاب النكاح ٢٩٧ - ٤٢٠)

معنى النكاح ٢٩٩
أقسام النكاح ٢٩٩
الاول : النكاح الدائم ٢٩٩
صيغة العقد وأحكامه وآدابه ٢٩٩
مسائل في النكاح ٣٠٨
بيان أولياء العقد ٣١٢

مسائل في أولياء العقد ٣١٦
أسباب التحريم وموجباته ٣٢٠
القسم الثاني : في نكاح المنقطع ٣٥٠
أحكام النكاح المنقطع ٣٥٤
القسم الثالث : في نكاح الاماء والعبيد ٣٥٧
العيوب المجوزة للفسخ ٣٧٢
عيوب الرجل ٣٧٢
عيوب المرأة ٣٧٣
الاحكام المتعلقة بالعيوب ٣٧٥
مايصح الامهار به ٣٨١
التفويض في المهور ٣٨٤
الاحكام المتعلقة بالمهر ٣٨٧
القسم والنشوز والشقاق ٣٩٣
في أحكام الاولاد ٤٠٠
النفقات وأسبابها الموجبة لها ٤١١
مايشترط في نفقة الزوجية ٤١٢
نفقة القرابة ٤١٥
نفقة المملوك ٤١٨

(كتاب الطلاق ٤٢١ - ٤٤٩)

معنى الطلاق ٤٢٣
ما يعتبر في المطلق ٤٢٣

ما يشترط في المطلقة ٤٢٥
صيغة الطلاق ٤٢٧
الاشهاد في صحة الطلاق ٤٢٨
أقسام الطلاق ٤٢٩
طلاق البدعة ٤٢٩
طلاق السنة ٤٣٠
مسائل في الطلاق ٤٣٢
يكره الطلاق المريض ٤٣٤
لايحل الطلاق للصغير ٤٣٤
كيف تصح الرجعة ٤٣٥
عدة المرأة ٤٣٧
لا عدة على من لم يدخل بها ٤٣٨
عدة المستقيمة الحيض ٤٣٨
عدة المسترابة بالحمل ٤٣٩
عدة الحامل في الطلاق ٤٤١
عدة المتوفى عنها زوجها ٤٤٣
عدة المفقود عنها زوجها ٤٤٤
عدة الاماء والاستبراء ٤٤٥

(كتاب الخلع والمباراة ٤٥١ - ٤٥٨)

مايشترط في الخلع ٤٥٣
صيغة الخلع ٤٥٣

شرائط الخالع ٤٥٥
صيغة المباراة ٤٥٧

(كتاب الظهار ٤٥٩ - ٤٦٥)

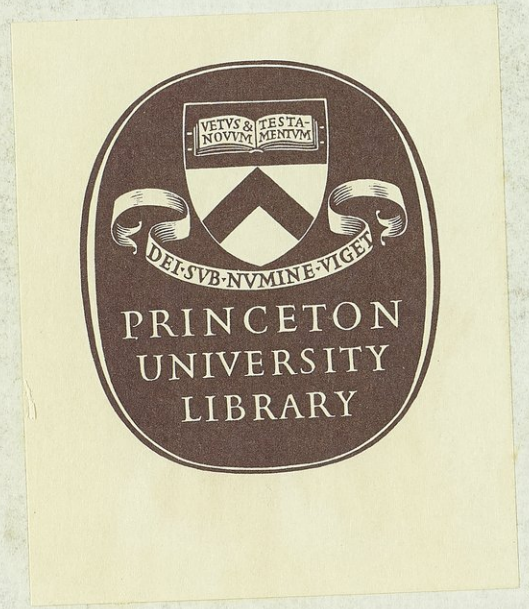
مايعتبر في المظاهر والمظاهرة ٤٦٢
الكفارة تجب بالعود ٤٦٣
لو طلقها وراجع في العدة ٤٦٤
لو ظاهر من أربع نسوة بلفظ واحد ٤٦٤
يحرم الوطىء قبل التكفير ٤٦٤
اذا أطلق الظهار ٤٦٥
اذا عجز عن الكفارة ٤٦٥
مدة التربص ٤٦٥

(كتاب الايلاء ٤٦٧ - ٤٨٤)

مايعتبر في المولي ٤٧٠
في بيان الكفارات ٤٧٢
أقسام الكفارات ٤٧٢
خصال الكفارة وأحكامها ٤٧٧

(كتاب اللعان ٤٨٥ - ٤٩٤)

أسباب اللعان ٤٨٧
شرائط صحة اللعان ٤٨٨
كيفية تحقق اللعان ٤٩٠
أحكام اللعان ٤٩١


VETVS & NOVVM TESTA-MENTVM
DEI·SVB·NVMINE·VIGET
PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY