

الشرح الصغیر

فی شرح المختصر النافع

للعلامة الفقيه والاصويي الخديوي
الشيخ سيد علي محمد علي الطباطبائي الجزائري

١١٦١ - ١٢٥١

المجلد الثاني

اشرف
الشيخ محمود الرعيني

تحقيق
الشيخ مهدي الزباني

مَشْرُورَات مَكْتَبَةِ اِيْرَانِ اَلْعُظْمَى الرَّعِيْنِي النَّجْفِي

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

PAIR



32101 017534593

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

هدیه دائره مبادلات
فهرستی و بین الملل



سازمان اسناد و کتابخانه ملی
جمهوری اسلامی ایران

مخطوطات
کتابخانه آیت الله العظمی الخميني

(۳۰)

الشرح الصغیر

فی شرح المختصر النافع

للعلامة الفقيه والأصولي الخبير

الشيخ السيد علي محمد علي الطباطبائي الحلي

۱۱۶۱ - ۱۲۳۱ هـ

المجلد الثاني

إشراف
السيد محمود الرعيني

تحقيق
السيد مهدي الرجائي

2271
.3553
.944

1988

mujallad 2



کتابخانه عمومی
حضرت آیت الله العظمیٰ مرعشی نجفی قم

الكتاب : الشرح الصغير ج ٢

تأليف : السيد علي الطباطبائي الحائري

تحقيق : السيد مهدي الرجائي

نشر : مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي العامة - قم المقدسة

طبع : مطبعة سيد الشهداء عليه السلام - قم

تاريخ الطبع : ١٤٠٩ هـ ق

العدد : ١٠٠٠

الطبعة : الاولى



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

كتاب التجارة

(كتاب التجارة)^(١)

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

❖ وفيه فصول : - ❖

(الفصل الاول : فيما يكتسب به)

بيع أو غيره، وينقسم الى : محرم، ومكروه، ومباح . وربما قسم الى خمسة :
بزيادة الواجب، والمستحب . ولعل تركهما أجود، لانهما من عوارض التجارة .

المكاسب المحرمة :

❖ والمحرّم منه أنواع : ❖

❖ الاول : الاعيان النجسة، كالخمر ❖ المتخذ من العنب ❖ والانبذة ❖

(١) قال في هامش نسخة «ن» : أسقط الشارح - دام ظله - هنا من الترتيب كتاب

جمع نبيذ، وهو الشراب المتخذ من التمر. ويلحق بهما غيرهما، كالبتع^(١) والمزر^(٢) والجة^(٣)، والفضيح^(٤).

وضابطها: المسكر وان لم يكن مائعاً، كالحشيشة وفرض لها نفع آخر محلل وقصد بيعها على الاحوط الاولى * والفقاع * وان لم يكن مسكراً * والميتة، والدم * ولومما يؤكل لحمه، وكان لهما نفع محلل.

* والاروات، والابوال مما لا يؤكل لحمه * شرعاً ولو أكل عادة، أما هما مما يؤكل لحمه فيجوز مطلقاً، وفاقاً لظاهر العبارة وجماعة.

* وقيل: بالمنع من الابوال ابول الابل * للاستشفاء مع الضرورة اليه، والقائل الشيخ في النهاية^(٥) كما نسب اليه والمفيد والدلمي، الا أنهما ألقيا بالابوال الاروات 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 - ولان * والاحوط المنع.

* والمائعات النجسة * بالذات، كاليات الميتة، والمبانة من حبي. 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) الجة: كعدة، نبيذ الشعير.

(٤) الفضيح: ما يعمل من الشعير.

(٥) النهاية ص ٣٦٤.

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

﴿لفائدة الاستصباح﴾ به تحت السماء، وفقاً للاكثر، وفي السرائر^(١) الاجماع .
وقيل: تحت الظلال أيضاً. ولا يخلو عن قوة، اولامامر من الاجماع المعتمد
بالشهرة، ورواية مرسله في المبسوط^(٢) مروية .

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

﴿و﴾ الافـ ﴿لا﴾ يجوز أن ﴿يباع ولايستصبح بما يذاب من شحوم الميتة
والياتها^(٣) قطعاً .

﴿الثاني: الآلات المحرمة، كالعود، والطلل، والزمر، وهياكل العبادة
المبتدعة، كالصنم، والصليب، وآلات القمار، كالنرد والشطرنج﴾ اجماعاً، الا
اذا فرض لها نفع محلل مقصود ببيعها وشرائها، بحيث لا يبعد 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: ما يقصد 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 ما يبعد جنة القتال، كالدرع
والبيضة بالسلاح قولان، أحوطهما بل وأظهرهما : نعم .

(١) السرائر ص ٢٠٨ .

(٢) المبسوط ١٦٧/٢ .

(٣) في المطبوع من المتن : وألبانها .

وظاهر العبارة اختصاص المنع بقصد المساعدة والاعانة، والظاهر التحريم مطلقاً، 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 الظامة واسكانهم لاجله .

وفي معنى الاجارة بيعها ﴿وبيع العنب﴾ والتمر وغيرهما مما يعمل منه المسكر ﴿ليعمل خمرأ﴾ أو مسكرأ ﴿والخشب ليعمل صنماً﴾ سوا شرطه في العقد أم حصل الاتفاق عليه اجمعاً .

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

﴿الرابع: الا لا ينتفع به﴾ أصلاً، أو ينتفع نادراً وبعد بذل الثمن لاجله سفاهة عرفاً اجمعاً ﴿كالمسوخ، برية كانت كالدب والقرد، أو بحرية كالجري^(١) والسلاحف^(٢) وكذا الضفادع والطاقي^(٣)﴾ .

وقد أطلق المنع عن جميع ذلك أكثر المتقدمين ، ووجهه غير واضح فيما ينتفع به نفعاً معتداً به عند العقلاء، كالقيل 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) الجري : نوع من السمك النهري الطويل ، وليس له عظم الا عظم الرأس والسلسلة .

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

(٣) السمك الطافي ، وهو الذي يموت في الماء فيعلو ويظهر .

(٤) وسائل الشريعة 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 مطلقاً ، على الأشهر الأقوى .

واحترز بـ « المجسمة » عن الصور المنقوشة على نحو الورق والوسادة فلا تحرم عند الأكثر . ويحتمل التحريم مطلقاً ، كما عليه جمع . ويمكن حمل العبارة ومضاهيها^(١) عليه ، بحمل الصفة على الممثل دون المثال ، ولا ريب أنه أحوط وان كان في تعيينه نظر .

﴿ والغناء ﴾ بالمد ، وهو الصوت المشتمل على الترجيع المطرب ، أو ما يسمى في العرف غناءً وان لم يطرب ، سواء كان في شعر أو قرآن أو نحوهما . ﴿ عدا ﴾ ما استثنى كغناء ﴿ المغنية لرف العرائس اذا لم تتغن بالباطل ولم تدخل عليها الرجال ﴾ ولم تلعب بالملاهي ، فلا يحرم وفاقاً للنهاية^(٢) وجماعة خلافاً لآخرين فيحرم أيضاً ، وهو أحوط وأولى . ولا يستثنى 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 الأشهر الأقوى . وقيل : بالمنع منه مطلقاً وهو أحوط وأولى .

(١) في « ن » : ومضاهياتها .

(٢) النهاية ص ٣٦٥ .

﴿وهجاء المؤمنين﴾ بكسر الهاء والمد، وهو ذكر معانيهم بالشعر . ولا فرق في المؤمن بين الفاسق وغيره ، ويجوز هجاء غيرهم كما يجوز لعنهم .
 ﴿وحفظ كتب الضلال﴾ عن التلف، أو عن ظهر القاب ﴿ونسخها﴾ وتعليمها وتعلمها ﴿لغير النقص﴾ لها، والحجة على أربابها بما اشتملت عليه مما يصلح دليلاً لاثبات الحق ، أو نقض الباطل لمن كان من أهلها .

ويلحق به الحفظ للتمية ، أو لغرض الاطلاع على المذاهب والآراء 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 الأغراض الصحيحة ، كما ذكره جماعة .

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

﴿وتعلم السحر﴾ بلاخلاف، وإنما اختلفت العبارات في تعريفه على أنحاء ذكرناها في الشرح المبسوط^(١) .

وقد استثنى للتوقي ودفع المتنبئ، ولا بأس به بل ربما وجب كفاية، ويجوز الحل به نصوص^(٢) ، وربما خصت بغير السحر ممن الذكر والتعويد والقرآن ونحوها ، وهو أحوط .

﴿والكهانة﴾ بكسر الكاف ﴿والقيافة، والشعبذة﴾ وعرف الاولى : بأنها عمل يوجب طاعة بعض الهجان 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 ، ب ٢٥ .

ونحوه .

والثالثة: بأنها الافعال العجيبة المترتبة على سرعة اليد بالحركة فتابس على

الحس .

ولا خلاف في تحريم الثالثة، بل عليه في الاوليين الاجماع في كلام جماعة

وربما خص في الثانية بما اذا ترتب عليه محرم أو جزم بها، ولا بأس به ، وان كان

الاحوط تركها مطلقا .

﴿والقمار﴾ بالالات المعدة له كالنرد والشطرنج والاربعة عشر واللعب

بالخاتم والبيض والجوز بلاخلاف، ولا يملك ما يترتب عليه من الكسب، بل هو

سحت .

فان وقع من غير المكلف ، وجب رده الى مالكة . ولو قبضه غير مكلف ،

فالمخاطب برده وليه . فان جهل مالكة، وجب الفحص عنه، ومع اليأس تصدق

به عنه . ولو انحصر في محصورين، وجب التخلص منهم ولو بالصلح .

ويستفاد من بعض الاخبار^(١) الاجتناب عنه بعد الاكل بالتقياء ، ومن آخر

منها حرمة الحضور في المجالس التي يلعب بها فيها والنظر اليها، وهو مستفيض .

﴿والغش﴾ بكسر الغين ﴿بما يخفى﴾ كشوب اللبن بالماء لا بغيره ، كمزج

الحنطة بالتبن والتراب، وجيدها برديها، فيجوز على كراهية في ظاهر الاصحاب .

ولو غش لا بقصده، بل بقصد اصلاح المال، جاز مطلقا .

﴿وتدليس الماشطة﴾ باظهارها في المرأة محاسن ليست فيها، من تحمير

وجه ووصل شعر ونحوهما، ارادة منها الترويج كسادها ، ومثله فعل المرأة ذلك

بنفسها .

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

كما يستفاد من كثير من المعتمدة (١) .

﴿وتزيين﴾ كل من ﴿الرجل﴾ والمرأة ﴿بما يحرم عليه﴾ كلبس الرجل السوار والخلخال والثياب المختص بها عادة ، ومنه تزيينه بالذهب وان قل ، والحريز الاماستثني . و كلبس المرأة ما يختص بالرجل كالعمامة والمنطقة ونحوهما مما يوجب الشهرة والخزي بين الناس ، وهو الضابط ، ويختلف باختلاف الازمان والاصقاع .

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

﴿ومعونة الظالم﴾ كالكتابة للظلمة واحضار المظالم لديهم ، ونحو ذلك مما يكون 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 التوايهة عنهم بلاخلاف الا لضرورة ، فلا بأس بها بشرط أن يحسن الى اخوانه ليكون واحدة بواحدة ، بلاخلاف فيه أيضاً فتوى ونصاً ، وهو مستفيض وان اختلف في الاباحة والرجحان والاثابة .

وربما يجمع بينهما بحمل الاولى (٣) على الداخل معهم لحب الدنيا والرئاسة مازجاً ذلك بفعل الطاعات وقضاء حوائج المؤمنين وفعل الخيرات . والثانية على الداخل معهم لالذالك بل لمجرد ما ذكر من الطاعة .

﴿وأجرة الزانية﴾ فانها سحت ، كما في المعتمدة (٤) .

(١) وسائل الشيعة ١٢ / ٩٣ ، ب ١٩ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢ / ١٢٧ ، ب ٤٢ .

(٣) في «ن» : الاولى .

(٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٦١ ، ح ١٥ .

﴿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، كالغتسيل ثلاثاً ، والتكفين بالقطع المستحبة، ولا ريب فيه وفاقاً للاكثر .

﴿و﴾ أخذ ﴿الرشا﴾ بضم أوله وكسره مقصوراً، جمع رشوة بهما ﴿في الحكم﴾ ولا فرق بين أن يكون الحكم للراشي أو عليه، وبأثم 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 للمهدي خصومة في المال، وكذا اذا كان لم يعهد منه الهدية له قبل تولي القضاء. وهو أحوط، وان كان في تعيينه نظار .

والاظهر في الفرق بينهما أن الرشوة ما كان دفعه لغرض التوصل الى القضاء والهدية ما كان 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﴾ وما أعد للمصالح من خراج الارض ومقاسمتها قولاً واحداً .

والصحيح^(١) المانع عنه محمول على ما أخذ على جهة الاجر، والفرق بينهما ما قيل: من توقف العمل عليه دون الرزق، أو أن الاجر يتوقف على تقدير العمل والعوض وضبط المدة والصيغة المخصوصة، بخلاف الرزق، لاناظته بنظر الحاكم وعدم تقدره بقدر .

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

﴿ولابأس﴾ بالرزق من بيت المال كعامة، ولا ﴿ب﴾ أخذ الاجرة على عقد النكاح وغيره من العقود، بأن يكون العاقد وكيلاً من أحد المتعاقدين . أما تعليم الصيغة والقاؤها على الوجه اللازم فلا يجوز عليه للوجوب. نعم يجوز على الخطبة والخطبة في الاملاك .

المكاسب المكروهة :

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

﴿وبيع الاكفان﴾ فانه يتمني الربا .

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

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

الناس من باع الناس .

﴿والصباغة^(٢)﴾ لانه يذكر الدنيا وينسى الآخرة ﴿والذباحة﴾ فانه يسلم

(١) وهو صحيح عبد الله بن سنان قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاض بين قرينتين

يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: ذلك السحت. وسائل الشيعة ١٨/١٦٢، ح ١٠١.

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

من قلبه الرحمة .

﴿ ويبيع ما يكتن من السلاح لاهل الحرب ، كاخفين والدرع ﴾ فان فيه نوع
ركون اليهم ومودة .

﴿ واما لضعته ﴾ وردائته ﴿ كالحياكة ﴾ والنساجة ، ففي الخبر : ولد الحائك
لا ينجب الى سبعة بطون^(١) .

﴿ والحجامة اذا شرط الاجرة ﴾ لا بدونه ، ويحتمل الكرامة مطالقاً ، الا أن
التقييد أشهر وأقوى .

﴿ وضراب الفحل ﴾ بأن يؤجره لذلك .

واعلم أن النصوص^(٢) والفتاوى وان أطلقت الدنع عن الامور المزبورة
ونحوها تحريماً وكرهية ، الا أنه ينبغي تقييده بعدم احتياج الناس اليها ، والا
فتجب عيناً أو كفاية .

﴿ ولا بأس بالختانة وخفض الجواني ﴾ .

﴿ واما لتطرق الشبهة ﴾ المرغب الى تركها في النصوص^(٣) المستفيضة
﴿ ككسب الصبيان ﴾ المجهول أصله أو مطلقاً من حلال أو حرام ، ومع العلم بالاول
فلا كراهة ، وبالثاني فحرام بلاشبهة ، ومحل الكراهة تكسب الولي به ، أو أخذه منه ،
أو الصبي بعد رفع الحجر عنه .

﴿ و ﴾ نحوه كسب ﴾ من لا يجنب المحارم ﴾ المتعلقة بالمال لا مطلقاً .

﴿ ومن المكروه ﴾ أخذ ﴾ الاجرة على تعليم القرآن ونحوه ، وكسب المقابلة مع
الشرط ، ولا بأس به لو تجرد ﴾ عنه وفقاً للاكثر .

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

(٢) وسائل الشيعه ١٢/٦٩ و٧١ و٧٥ و٧٧ .

(٣) وسائل الشيعه ١٢/١١٨ ، ب ٣٣ .

وقيل : بتحريم الاولين ، اما مطلقا أو مسح 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 المعتمدة^(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، فليتخذ 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 الالية .

(مسائل ست : -)

﴿الاولى : لا﴾ يجوز أن ﴿يؤخذ ما ينثر في﴾ الاملاك و ﴿الاعراس الا ما يعرف منه الاباحة﴾ فلا حرمة ولا كراهة، الا اذا كان في أخذه مهانة للنفس ومخالفة المروءة 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 المشاط﴾ ونحوها ﴿منها﴾ .

﴿الثالثة : يجوز أن يشتري من السلطان﴾ الجائر المخالف لامطلقا 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 ١٢/١٢، ب ٢٩ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/١٢، ح ٢٢ .

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

ولافرق في الجواز بين الشراء وغيره من سائر المعاوضات ، ولا بين قبض الجائر أو وكيله لها وعدسه، حتى لو أحاله بها وقبل الثلاثة^(١)، أو وكله في قبضها أو باعها وهي في يد المالك أو في ذمته جاز .

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

﴿ولو أعطى عباله﴾ وأقاربه ﴿جاز﴾ بلاخلاف ﴿اذا كانوا بالصفة﴾ وللصحيح^(٢)، وليس فيه التقييد بعدم التفاضل ، ولا ريب فيه في نحو الزكاة الجائز فيه ذلك بلاخلاف . ويحتمل في غيره عملاً بالاطلاق ، الا أن يكون هناك قرينة فتتبع .

ونحوه الكلام في الاخذ لنفسه حيث جوزناه، اولا انحصر 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﴾ يجوز له أن ﴿يتجاوز﴾ عما عين له اجماعاً كما مضى .

(١) الجائر المحيل ، والمحال عليه ، والمحتمل .

(٢) وسائل الشريعة ٢٠٦/١٢ ، ح ٢٠٢ .

﴿الخامسة : جوائز السلطان﴾^(١) وعطاياه وكذا مطلق الفالمة ﴿محرمة ان علمت بعينها﴾ أنها للغير ، فان قبضها حينئذ أعادها على المالك ان عرفه وأمكنه ، ولا يجوز 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 ولا في جواز المعاملة معه حينئذ ، للصحاح^(٢) المستفيضة وغيرها ، ولكن الأفضل التورع عنها بلاخلاف ، الا اذا علم خلوصها عن الحرام فلا بأس بها . وكذا لو أخبر به أو أخرج منه الخمس .

واطلاق النص^(٣) والفتوى يقتضي الحلية في صورتها مطلقاً ، علم بأن للدجيز مالا حلالاً 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 لا ينبغي تحمله عادة بحسب حال المكروه في الرفعة والضعفة بالنسبة الى الاهانة ، فيجوز حينئذ بل وجبت .

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

(١) في المطبوع من المتن: الظالم .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/١٥٦ ، ب ٥١ .

(٣) وسائل الشيعة ١٢/١٥٦ ، ح ٢ .

(٤) وسائل الشيعة ١٢/١٦٠ ، ح ١٥ .

والنهى 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 ما يحكم به ﴿ولو كان محرماً﴾ اجماعاً، متحرياً^(١) به الاسهل فالاسهل، ومتدرجاً من الأدنى الى الأعلى، كمراتب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر. ولو انحصر في الأعلى جاز بل وجبت ﴿الافسي قتل المسلم﴾ المحقون الدم فلا يجوز اجماعاً.

وفي الحاق الجرح بالقتل قولان، والاحوط اللاحق الامع المخوف 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، ولا سيما القليل منه خاصة. وأما اذا كان على النفس المؤمنة فاشكال، ولا يبعد المصير الى الثاني.

(الفصل الثاني)

(في البيع وآدابه)

﴿أما البيع﴾ - فهو الايجاب والقبول اللذان تنتقل بهما العين المملوكة من مالك الى غيره بعوض مقدر ﴿وربما عرف بنفس الانتقال﴾، والاول أشهر. وكل منهما كسائر ما قيل في تعريفه لا يخلو عن نقص، واكن بعد وضوح المطلوب الامر سهل.

(١) في «ن» متخيراً.

ولا يكفي المعاطاة على الاظهر الاشهر، حتى أن في صريح الغنية^(١) وظاهر المسالك والروضة^(٢) الاجماع عليه . نعم يباح بها التصرف بلاخلاف ، الا ان بعضهم وقد رجح عنه .

ويجوز الرجوع فيهما مع بقاء العين ولامع ذهابها ، ويصدق بتلف العينين واحدهما وبعض كل واحدة منهما، ونقلها عن ملكه قطعاً، وتغيرها كحطان الحنطة وصبغها وقصرها وتفصيلها وخباطتها، ونحو ذلك من التصرفات المغيرة للمصفة مع بقاء الحقيقة على اشكال . أما لبس الثوب مع عدم تغيره ، فلا أثر له جداً .

ما يشترط 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، ولا يعتبر العربية على الاظهر وان كان أحوط .

ويشترط ﴿في المتعاقدين كمال العقل﴾ بالبلوغ والرشد ﴿والاختيار﴾ والقصد فلا يجوز بيع المجنون ولو أدوارياً اذا كان حال جنونه، ولا المغمى عليه، ولا السكران ولا الصبي، ولا السفیه ، ولا المكره بغير حق، ولا الغافل، ولا النائم، ولا الذاهل ، ولا الهاذل، بلاخلاف أجده الافى الصبي، فقبل فيه: بالجواز اذا بلغ عشرأ ، والاول أشهر وأظهر، الا فيما جرت العادة ببيعهم له ، فلا بأس به .

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

(١) الغنية ص ٥٢٤ .

(٢) الروضة ٣ / ٢٢٢ .

أملاً، أجازته بعد الكمال أملاً عدا السفية، فانما يمنع عن البيع لنفسه دون غيره ،
والمكره فيصح بيعه ولو لنفسه بعد الاجازة .

﴿وأن يكون^(١)﴾ كل منهما ﴿مالكاً﴾ للعوضين ﴿أولياً﴾ شرعياً لهما مع
صغرهما أو جنونهما الاصلي أو الطاري، وهو ﴿كالب والجد له﴾ وان على، دون
الام وأبيها على الاشهر الاقوى .

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

﴿والوصي﴾ لهما ، كما أن ولاية الوصي لاحدهما بعد فقد الآخر .
﴿أو وكيلاً﴾ عن المالك، أو عن من له الولاية عنه حيث يجوز له التوكيل .
ولاخلاف في ثبوت الولاية لهؤلاء، وفي ثبوتها للمعدول من المؤمنين مع
فقدهم خلاف ، والاشهر الاظهر ثبوتها .

واعلم أن الشرائط المتقدمة عدا الملكية وعدم الكراهة شرط الصحة ، بلا
خلاف فيه ولا في كون الملكية وما في معناها - من الولاية والوكالة - شرطاً للمزوم
وانما اختلفوا في كونها شرط الصحة أيضاً أملاً ، واليه أشار بقواه :

﴿ولوباع الفضولي﴾ أي من لا يملك ملك غيره بغير اذن شرعي ﴿ف﴾ في
صحته ﴿قولان، أشبههما﴾ وأشهرهما بين المتأخرين، بل مطلقاً كما في كلام جماعة
بل قيل : كاد أن 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 ناقله من حين وقوعها؟
قولان ، أشهرهما وأظهرهما : الاول .

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

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

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

ولولم يجز المالك، رجع في عين ماله ونمائه مطلقاً، 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 اذا لم يكن عالماً أنه لغير البائع ، أو ادعى البائع الاذن، والالم يرجع بما اغترم .

وهل يرجع بالثمن ؟ المشهور لامطلقاً، وقيده شيخنا الشهيد الثاني بما اذا تلف، قال: أما مع بقاءه فله الرجوع ، لانه ماله وهو مسلط عليه بمقتضى النص^(١) ولولم يحصل منه ما يوجب النقل عن ملكه، لانه انما دفعه عوضاً عن شيء لم يسلم له لامجاناً، بل يحتمل الرجوع مطلقاً، 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 ما لا 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 بلاخلاف ﴿ 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 رجوع كل مال الى مالكة ، وان أمضى صح فسي 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 - كمصراعي باب - لم يقوما مجتمعين بل منفردين بلا اشكال مع علم المشتري بالحال ، ويشكل مع جهله بها ، والاحتياط لا يترك على حال .

﴿أما لوباع 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 ما عليه من الصفات والكيفيات ، والخمر والخنزير يقومان بقيمتها 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 مطلقاً .

اشتراط تعيين العوضين :

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

منهما من ﴿الكيل أو الوزن أو العدد﴾ أو الذرع أو المشاهدة .
 ﴿فلوباع ما يكال﴾ عادة ﴿أو يوزن أو يعد﴾ أو يذرع أو يشاهد ﴿لا كذلك
 بطل﴾ للغرر. والمعتبر صاع البلد ومكياله المشهور، فلا يجوز بالنادر. ويجوز
 الاعتماد في الكيل والوزن على اخبار البائع .

﴿ولو تعذر^(١) الوزن﴾ فيما يوزن ﴿والعد﴾ فيما يعد ﴿اعتبر مكيال واحد﴾
 أو لا وأخذ الباقي بعد ذلك ﴿بحسابه﴾ بلا خلاف في الجواز .

وانما اختلفوا في اشتراطه بالتعذر، كما في المتن وكثير، تبعاً للمورد النص^(٢)
 أو التعسر كما قيل، جمعاً بينه وبين عموم ما دل على نفيه، أو عدم الاشتراط بشيء منهما
 كما عليه شيخنا الشهيد الثاني وغيره، لزوال الغرر وحصول العلم واغتفار التفاوت
 والمخبرين^(٣)، والاحوط الاول، والثاني لا يخلو عن وجه .

ثم ان المحكي عن الاصحاب اعتبار الكيل والوزن فيما يبيع بهما في زمان الشرع
 مطلقاً، وان لم يبيع الان كذلك، واثباته من النص مشكل، الا أن الامر فيه هين
 بناءً 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 لضبطية الوزن ويحتاط في العكس، وان ألحقه جماعة
 بالاول، للخبير^(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 ٢٥٨/١٢ ، ب ٧ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٥٥/١٢ ، ح ١٣ و ٢ .

(٤) وسائل الشيعة ٦٣/١٣ ، ح ١٣ .

(٥) السرائر ص ٢١٤ .

المكيال المجهول * كقصعة حاضرة وان تراضيا عليه ، ولا الوزن المجهول كاعتماد على صخرة معينة وان عرفا قدره تخميناً أو كإلاه 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 * كالتصف والثالث * من معلوم * بالكيل أو الوزن مطلقاً * 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 اشتغالها عليه كقفيز وبيعها كل قفيز بكذا ، لا يبيع كل قفيز منها بكذا .

والمجهولة يبطل بيعها في الاقسام الخمسة ، الا في الثالث بشرط العلم باشتغالها على المقدار كما عن الاكثر ، أو مطلقاً 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 ، وهو ضعيف كاحتمال الفاضل فيها الصحة في القفيز الواحد لا الجميع .

وهل ينزل القدر المعلوم على الاشاعة ، أو يكون المبيع ذلك المقدار في الجملة؟ وجهان ، أجمدهما : الثاني عند جماعة ، ويعضده رواية^(١) صحيحة .

وتظهر الفائدة فيما لوتلف بعضها، فعلى الاول يتلف من المبيع بالنسبة، وعلى الثاني يبقى المبيع ما بقي قدره .

ما يشترط في بيع العين الحاضرة :

﴿الثالث : لانباع العين الحاضرة الامع المشاهدة﴾ لها ﴿أو الوصف﴾ الرفع للجهالة ، ويكون في كل شيء بحسب ما يراد 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﴾ بيعها ﴿طعمها﴾ كالدبس مثلاً ﴿أو ريحها﴾ كالمشك والعنبر ونحوهما ﴿فلا بد من اختبارها﴾ بهما أو الوصف ، هذا ﴿إذا لم يفسد﴾ المبيع ﴿به﴾ بالاختبار ، والا فيجوز بيعه من دونه ، كما يأتي .

﴿ولو يبيع﴾ مثلهما ﴿ولما يختبر﴾ بالامرين ولم يوصف بهما، أو وصف وصفاً لم تزل معه الجهالة ، بناءً على أصالة الصحة من الاقفة فيما هي الاصل فيه ﴿ففي 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 اختياره .

﴿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 شراؤده﴾ بدونه، بعد تعيينه بوجه آخر كما مضى، بل الجواز هنا أولى، وانما لم يختلفوا فيه هنا، وانما 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، فلاخلاف في المعنى.

﴿ويثبت﴾ مع الصحة ﴿الأرش لسو خرج مبيعاً لا الرد﴾ لمكان التصرف ﴿ويرجع بالثمن﴾ كله ﴿اولم يكن له كسوره قيمة﴾ تبذل له عادة، كالجوز الفارغ والبيض الفاسد مطلقاً، ولو اشترط البائع البراءة من العيب على الاقوى، والاطهر الأشهر انفساخ العقد من أصله.

﴿وكذا يجوز بيع المسك في فأره﴾ وناقضته^(١)، وهي الجلدة المشتملة عليه ﴿وان لم تفتق﴾ فتختبر، بشرط العلم بمقداره ونحوه مما يعتبر في شرائه ويتفاوت قيمته باختلافه، واكن فتقه بأن يدخل فيه خيط بآبرة ثم يخرج وبشم أحوط.

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

﴿وكذلك اللبن في الضرع﴾ بفتح الضاد أي الثدي، لم يجز بيعه ﴿ولو ضم اليه ما يحتلب منه﴾ على الأشهر، خلافاً للنهاية^(٢) وجماعة فالجواز فيهما،

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

(٢) النهاية ص ٤٠٠.

وعليه الاجماع في الغنية^(١)، وله شواهد من المعبرة^(٢)، فلا يخالو عن 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 ما في بطونها﴾ خاصة، دونها ان قلنا بمعلومية الاصواف والا فلا يجوز مطلقاً ولو كانت الضميمة مقصودة، لمجهوليتها على هذا التقدير قطعاً، خلافاً للشيخ وجماعة فجوزوا بيعها لرواية^(٣) ضعيفة .

﴿وكذا﴾ لا يجوز بيع ﴿كل واحد منهما﴾ أي من الاصواف وما في البطون ﴿منفرداً﴾ عن الآخر عند جماعة، والظاهر الأشهر الجواز في الاصواف مع المشاهدة، لاندفاع الغرر بها والجهالة، وان هي الاكثمة على الشجرة ليست بمكيلة ولا موزونة .

والمشهور اشتراط الجز أو كونها مستجزة بالغة أو انه، وهو أحوط وان كان في تعيينه نظر .

واو شرط تأخيرها عن وقت البيع مدة معاومة وتبعية المتجدد لها في البيع، بنى على القاعدة، فان كان المقصود بالذات هو الوجود صح والا فلا .

﴿وكذا﴾ لا يجوز بيع ﴿ما يلحق الفحل﴾ وهو ما تحمله الناقة منفرداً اجمالاً .

﴿وكذا﴾ بيع ﴿ما يضرب الصياد بشبكته﴾ منفرداً للجهالة . وكذا منضمّاً فيهما، الا أن تكون الضميمة مقصودة بالاصالة .

(١) الغنية ص ٥٢٤ .

(٢) وسائل الشريعة ٢٥٩/١٢، ج ٢ .

(٣) وسائل الشريعة ٢٦١/١٢، ج ١٣ .

اشتراط تعيين الثمن :

﴿الرابع: تقدير الثمن﴾ وتعينه ﴿و﴾ تعيين ﴿جنسه﴾ ووصفه .
 ﴿فلو اشتراه بحكم أحدهما﴾ أو أجنبي ﴿فالمبيع باطل﴾ بلاخلاف .
 وكذا لو اشتراه بثمن مجهول القدر وان شوهد ، أو الصفة كمائة درهم وان كانت مشاهدة لا يعلم وصفها مع تعدد النقد الموجود، أو الجنس وان علم قدره، لتحقق الجهالة في الجميع، فيكون الشراء فاسداً وان اتصل به القبض . وإيس 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 أو منفعة، بالمثل ان كان مثلياً، والا فبالقيمة يوم التلف على الأشهر، وقيل : يوم القبض . وقيل : الاعلى منه اليه، وهو أحوط، سيما اذا كانت التفاوت بسبب نقص في العين أو زيادة، 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 ﴿ما زاد﴾ في المبيع ﴿بفعله﴾ مطلقاً منفعة كانت الزيادة ﴿كتعليم الصنعة﴾ أو عيناً ﴿و﴾ هي المشار اليها بـ ﴿الصبيغ على الاشبه﴾ الأشهر .

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

ولا يخلو عن وجه وان كان الاول أحوط، بل وأظهر ان جهل القابض بالفساد والا فهو حينئذ كالمغصب الذي ليس له الرجوع الى المنفعة بالاجماع ، كما في

المهذب .

﴿ واذا أطلق النقد انصرف الى نقد البلد ﴾ فلا يجب التعيين في اللفظ ، وذلك واضح مع الوحدة . وأما مع التعدد فلا بد 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 وان كان في تعينه نظر .

﴿ وان عين نقداً ﴾ في متن العقد ﴿ لزماً ﴾ كائناً ما كان .

﴿ ولو اختلفا في قدر الثمن ﴾ فادعى البائع الاكثر والمشتري الاقل ﴿ فالقول قول البائع مع يمينه ، ان كان المبيع قائماً ﴾ بعينه ﴿ وقول المشتري مع يمينه ان كان تالماً ﴾ على الاظهر الأشهر ، وفي الخلاف^(١) وظاهر الغنية^(٢) وغيره الاجماع ، وفي المسألة أقوال أخر .

وعلى المختار لو كانت العين قائمة بعينها ، لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالاً لازماً ، ففي تنزيله منزلة التلف وعدمه قولان ، أجودهما : الاول . ولو تلف بعضه ، فالظاهر تنزيله منزلة الجميع ، فالقول فيه وفي سابقه قول المشتري . وكذا لو امتزج بغيره امتزاجاً لا يمكن تخليصه .

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

اشترط القدرة على العوضين :

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

(١) الخلاف ٥٧٠/١ ، مسألة ٢٣٦ .

(٢) الغنية ص ٥٢٧ .

﴿فلو باع الا بق﴾ 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 اوباع مع الضميمة، لم ياحتجوا أحكامها الآتية .

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

فان وجده المشتري وقدر على اثبات يده عليه، والا كان الثمن بازاء الضميمة سواء كان عدم القدرة للتأف أو غيره، ولا خيار له بذلك مع علمه بباته، أما لو جهل جاز الفسخ .

ويشترط في بيعه ما يشترط في غيره من الشروط، سوى القدرة على تسليمه. ولا يلحق به غيره مما في معناه، كالبعير الشارد والفرس الغابر^(١)، على الأشهر الاقوى، بل المملوك المتعذر تسليمه بغير الاباق أيضاً، فلا يجوز بيعه منفرداً ولا منضمماً، الا أن تكون الضميمة مقصودة بالذات، وكذلك المجعود والضال على الاقوى .

ما يستحب في التجارة :

﴿وأما الاداب: فالمستحب التفتحه﴾ ولو بالتقليد للعارف الفقيه فيما يتولاه بنفسه، ليعرف صحيح العقد من فاسده، ويسلم من الربا وغائلته .

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

(١) غير غبوراً الغابر : الماضي .

بأس، كما ذكره جماعة .

﴿والإفالة﴾ وفسخ المعاملة ﴿لمن استقال﴾ وطلبها إذا كان مؤمناً، مشترياً كان أو بائعاً .

﴿والشهادتان﴾ بالتوحيد والرسالة .

﴿والتكبير عند الابتاع﴾ قائلاً بعدهما : « اللهم اني اشتريته التمس فيه من فضلك فاجعل لي فيه فضلاً ، اللهم اني اشتريته التمس فيه من رزقك فاجعل لي فيه رزقاً » كما في الصحيحين، وفيهما : ثم أعد كل واحد ثلاث مرات (١) .
وظاهر الدعاء اختصاص استحبابه للشراء للتجارة لا لمطلقاً ، ومع ذلك استحباب التكبير بهذه الكيفية لا مطلقاً ، والحق الشهادتين ، والحكم باستحبابهما من دونها ، كما في العبارة وغيرها ، لم أنف أيهما من الأثر على خبر ، وإما إذا كان للبركة والبركة ولا بأس به .

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

ما يكره في التجارة :

﴿والمكروه : مدح البائع﴾ سلعته ﴿وذم المشتري﴾ له .
﴿والحلف﴾ على البيع والشراء إذا كان صادقاً ، والافعليه لعنة الله تعالى .
﴿والبيع في موضع يستر فيه العيب﴾ من غير قصد اليه ، والا فيحرم .
﴿والتماس﴾ الربح على المؤمن الا مع الضرورة ﴿فيأخذ نفقة يوم له و ليلة موزعة على المعاملين معه في ذلك اليوم مع انضباطهم ، والا ترك الربح على

المعامل بعد تحصيل قوت يومه . كل ذلك مع شرائهم للتوت ، أما التجارة فلا كراهة مع الرفق، كما في 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 أولاً﴾ والخروج آخراً، بل يبادر الى قضاء حاجته منه ويخرج سريعاً، ولا فرق في ذلك بين التاجر وغيره ، ولا بين أهل السوق عادة وغيرهم .

﴿ومبايعة الاذنين﴾ والسفلة، قيل: وهم الذين يحاسبون على الشيء الدون، أو من لا يسره الاحسان ولا يسوءه الاساءة، أو من لا يبالي بما قال ولا ما قيل له . وفي الفقيه (٢) نسب التفاسير الثلاثة الى الاخبار ، لكن في تفسير السفلة .

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

﴿والتعرض لـ﴾ مباشرة ﴿الكيل أو الوزن اذا لم يحسن﴾ شيئاً منهما . ﴿والاستحطاط﴾ أي طلب الوضعية 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 أو شراءً، بأن يطالب ابتاع الذي يريد أن يشتريه ويبذل زيادة عنه، ليقدمه البائع أو يبذل للمشتري متاعاً غير ما اتفق عليه هو والبائع . وقيل: بالمنع عنه . وهو أحوط .

(١) وسائل الشيعة ١٢/٢٩٣، ب ١٠٠ .

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣/١٠٠ .

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

ولا كراهة فيما يكون في الدلالة، لأنها عرفاً موضوعة لطلب الزيادة مادام الدلال يطلبها، فإذا حصل الاتفاق بينه وبين الغريم، تعلقت الكراهة وإن كان بيد الدلال. ولا كراهة في طلب المشتري من بعض الطالبين الترك، إلا أن يستلزم لجبر الوجه فيكرهه، مع احتمال العدم.

ولا كراهة في ترك الماتمس منه قطعاً، بل ربما يستحب، لأن فيه قضاء حاجة لآخيه.

﴿وأن يتوكل﴾ في بيع المال ﴿الحاضر للبادي﴾ وهو الغريب الجاني للبلاد وإن كان قروباً، ولا يحرم وفاقاً للاكثر.

﴿وقيل: يحرم﴾ والقائل الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) والحلي وابن حمزة، وهو أحوط.

ويشترط في المتع مطلقاً علم الحضري بالنهي كما في كل تكليف، وجهل الغريب بسعر البلد، فلو علم بسعر البلد لم يكرهه، كما يشعر به بعض النصوص^(٣)، ولادليل على اشتراط غير ذلك.

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

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

(١) المبسوط ١٦٠/٢.

(٢) الخلاف ٥٨١/١، مسألة ٢٨١.

(٣) وسائل الشيعة ٣٢٢/١٢، ب ٣٧.

والشراء منهم .

وقيل : بتحريمه ، وفي الخلاف^(١) الاجماع عليه ، وهو أظهر خلافاً للاكثر .

﴿وحده أربعة فراسخ فمادون﴾ أما ما زاد فانه تجارة .

ويشترط في المنع مطلقاً: القصد الى الخروج ، وجهل الراكب القادم بالمتاع بسعر البلد . فلو صادف الراكب في خروجه لغرض آخر ، لم يكن به بأس . وكذا لو خرج قاصداً مع الندامة والرجوع عما قصده . وكذا لو علم الراكب بالسعر لم يكره .

ويستفاد من بعض الاخبار^(٢) انتفاء الكراهة بعد وصوله الى حدود البلد ، ولا بأس به وان كانت الكراهة هنا محتملة أيضاً .

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

﴿و﴾ على الصحة ﴿يثبت الخيار﴾ للراكب ﴿ان ثبت الغبن﴾ الفاحش ،

على الاظهر الاشهر .

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

وهو أحوط .

﴿وازيادة على السلعة مواطأة للبائع﴾ يعني : لا يقدم على شيء لا يريد به ما

فوق ثمنه ترغيباً للمشتري ، والاصح تحريمه ، وفقاً للاكثر ، وعن جماعة الاجماع

عليه .

﴿وهو﴾ المسمى بـ ﴿النجش﴾ بالنون والجيـم والشين المعجمة^(٣) ، ولا

يبطل به البيع ، وان تخبر المشتري مع الغبن الفاحش ، وفقاً 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 ، للمنهى عنه في الصحيح^(١) وغيره .
 ﴿وقيل : يحرم﴾ والقائل الصدوق والقاضي والحلي والحلي في أحدقوايه
 وجماعة من المتأخرين ، ولا يخلو عن قوة ، خلافاً للشيخين والفاضل فاختروا
 الكراهة .

﴿وانما يكون﴾ لاحتكار ﴿في﴾ خمسة : ﴿الحنطة والشعير ، والتمر والزبيب
 والسمن﴾ على الأشهر . وقيل : بزيادة الزيت ، ولا يخلو عن قوة .
 ﴿وقيل :﴾ بشوته ﴿في الملح﴾ أيضاً ، والقائل الشيخ وابن حمزة ، ولا بأس
 به على القول بالكراهة .

﴿و﴾ انما ﴿تتحقق الكراهية اذا﴾ اشتراه ﴿استبقاه لزيادة الثمن﴾ مع
 فقده في البلد واحتياج الناس اليه ﴿ولم يوجد بائع﴾ ولا باذل مطلقاً ﴿غيره﴾
 فالولم يشتره ، بل كان من غلته أو استبقاه لقوته ، أو وجد في البلد غيره ، أو لم يحتج
 اليه الناس فلا كراهة . ويحتمل ثبوتها مع انتفاء الشرط الاول أيضاً ، ولا حد له
 غير احتياج الناس مع عدم باذل وفقاً للاكثر .

﴿وقيل :﴾ له حد وهو ﴿أن يستبقه في﴾ زمان ﴿الرخص أربعين يوماً ،
 وفي الغلاء ثلاثة﴾ أيام ، فلاحكرة قبل الزمانين ، والقائل الشيخ والقاضي .
 ﴿ويجبر المحتكر على البيع﴾ مع الحاجة اجماعاً ﴿وهل يسهر﴾ الحاكم
 ﴿عليه ؟ الاصح﴾ الاشهر ﴿لا﴾ مطلقاً . نعم لو أجمعت أمره بالنزول الى ما
 دونه .

(الفصل الثالث)

(في الخيار)

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

أقسام الخيارات :

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

﴿وهو ثابت﴾ بعد العقد ﴿للمتبايعين﴾ أي طرفيه مطلقاً، كان العقد لهما أولغيرهما، أو على التفريق على بعض الوجوه في الاخيرين ﴿في كل بيع﴾ مسا ﴿لم يشترط فيه﴾ أي في العقد ﴿سقوطه﴾ .

فيسقطبه، وباسقاطه بعد العقد وقبله اذا وقع عليه العقد، لامالقا على الاقوى، وبالتصرف مطلقاً في ظاهر الاصحاب، فان تم اجماعاً، والافيه اشكال حيث يكون تصرف كل في ماله ، الآن يدل على الفسخ .

وجملة ما ذكر من المسقطان ثلاثة ، ومع عدم شيء منها يثبت الخيار ﴿مالم يفترقا﴾ بأبدانها، فلو افترقا أو أحدهما عن صاحبه - ولو بخطوة - لزم البيع . وظاهر النص^(١) والفتوى اعتبار المباشرة والاختيار في الافتراق ، فلو فرق بينهما أو افترقا كرهاً ، لم يسقط مع منعهما من التخائر. فاذا زال الاكراه ، فلهما الخيار في مجلس الزوال ، فلو لم يمنعا من التخائر لزم العقد .

(١) وسائل الشريعة ٣٤٨/١٢ ، ح ٣٤٨ وغيره .

ولو التزما بالعقد قبل التفرق ، أو أحدهما بموجب الالتزام ، كائناً ما كان من الثلاثة ، سقط خيار الملتزم ، ولو كان أحدهما وبقي خيار الآخر .
ولو فسخ أحدهما وأجاز الآخر ، قدم الفاسخ وان تأخر فسخه عن الاجازة .
وهذا الحكم عام في كل خيار مشترك .
ولو خيره فسكت ، بقي خيار الساكت اجماعاً ، وكذا المخير على الأشهر الاقوى .

﴿ الثاني : خيار الحيوان ﴾ حتى المملوك مطلقاً .

﴿ وهو ثلاثة أيام ﴾ من حين العقد ﴿ للمشتري خاصة ﴾ دون البائع ﴿ على الاصح ﴾ الأشهر ، بل في الغنية^(١) الاجماع عليه ، وعليه عامة من تأخر ، ولا فرق بين أن يكون الثمن حيواناً أو غيره .

﴿ ويسقط ﴾ هذا الخيار ﴿ لو شرط ﴾ البائع ﴿ سقوطه ﴾ في العقد ﴿ أو أسقطه المشتري بعد العقد ، أو تصرف فيه المشتري ﴾ بعده ﴿ سواء كان تصرفاً ﴾ ناقلاً ﴿ لازماً كالبيع ، أو غير لازم كالوصية والهبة قبل القبض ﴾ أو غير ناقلاً مما يسمى تصرفاً وحيداً عرفياً ، كأن لأمس الامة ، أو نظر منها الى ما كان 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 ما يشترط ﴾ لاحدهما ، أو لكل منهما ، أو لاجنبي عنهما ، أو عن أحدهما ، أو له مع أحدهما عنه وعن الآخر ، أو له معهما .

واشترط الاجنبي تحكيم لاتوكيل عن جعله عنه ، فلا خيار له معه .
وكما يجوز اشترط الخيار له ، يجوز اشترط مؤامرتة والرجوع الى أمره

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

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

فلو شرطاً خياراً وأطلقاً من دون بيان مدة، بطل الشرط على الأشهر 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 اشترطه ولم يذكر له مدة .

❖ وأما ❖ أو ❖ ذكرها مبهمه بحيث ❖ كانت محتملة ❖ للزيادة والنقيصة ❖ لم تجز ❖ قولاً 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 ازم البيع ❖ . ❖ ولو تلف ❖ المبيع ❖ في المدة كان من المشتري ❖ دون البائع ❖ وكذا لو حصل له نماء ❖ وفائدة ❖ كان له ❖ دونه .

(١) الانتصار ص ٢١١ .

(٢) الخلاف ١/٥١٢، مسألة ٢٥ .

(٣) الغنية ص ٥٢٥ .

وظاهر النص^(١) والعبارة انفساخ البيع برد الثمن خاصة ، ولو تجرد عن الفسخ قبله ، خلافاً لظاهر الاصحاب كما قيل فاشترطوه ، وهو أحوط .

وبسقط هذا الخيار بالاسقاط في المدة وبالتصرف كما يأتي .

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

﴿و﴾ اعلم أن ﴿مع ثبوته وقت العقد﴾ باعتراف الغابن أو البينة ﴿بما لا يتغابن﴾ به ولا يتسامح ﴿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 لأرشد مع الامضاء ، وعليه الاجماع في التذكرة .

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

والمشهور أنه لا يسقط هذا الخيار بالتصرف مطلقاً ، سواء كان المتصرف الغابن أم المغبون ، وسواء أخرج به عن الملك كالبيع أم لا ، منع مانع من الرد كالاستيلاء أم لا .

الآن يكون المغبون المشتري وقد أخرج عن ملكه ، أو عرض له مانع من رده وان لم يخرج عن ملكه ، فيسقط خياره ، اذ لا يمكنه حينئذ رد العين المنتقلة اليه ليأخذ الثمن ، خلافاً لجماعة فتناظروا في اطلاق الاستثناء .

قيل : للضرر على المشتري مع تصرفه فيه على وجه يمنع من رده ، لو قلنا

(١) وسائل الشريعة ١٢ / ٣٥٤ ، ب ٧ .

بسقوط خياره به مع الجهل بالغبن أو بالخيار، والضرر منفي بالخبر، بل هو مستند هذا الخيار، إذ لانصر فيه بخصوصه، وحيث أنه يمكن الفسخ مع تصرفه كذلك، والزامه بالقيمة إن كان قيمياً والمثل إن كان مثلياً، جمعاً بين المحققين، وكذا لو تلفت العين أو استولدت الأمة كما يثبت ذلك لو كان المتصرف المشتري والمغبون البائع، فإنه إذا فسخ فلم يجد العين، يرجع إلى المثل أو القيمة .

واستوجه هذا الاحتمال شيخنا في الروضة، لأنه قال: لكن لم أقف على قائل به . نعم لو عاد إلى ملكه بفسخ أو اقالة أو غيرهما أو موت الولد، جاز له الفسخ إن لم ينافي الفورية^(١).

❖ **الخامس : خيار التأخير** ❖ أي تأخير قباض الثمن والمثمن .

❖ **من باع ولم يقبض الثمن ولا قبض** ❖ بتشديد الباء ❖ المبيع ولا اشترط التأخير ❖ فيهما، احترز به عن النسبة والسلف ❖ فالبيع لازم ❖ للمبتاعين ليس لهما الخيار إلى ❖ ثلاثة أيام ❖ .

❖ **ومع انقضاءها** ❖ والحال هذه ❖ يثبت الخيار ❖ بين الفسخ والامضاء ❖ للبائع ❖ خاصة .

ولافرق في المبيع بالإضافة إلى مدة الخيار بين الأمة وغيرها في إطلاق النصوص^(٢) والفتاوى .

وقيل : الخيار فيها إلى شهر للصحيح^(٣) . وهو في الجملة أحوط، وإن كان الأول مطلقاً أجود .

والمعتبر قبض الكل، فلا عبرة بالبهض وكونه باذن المالك، فلا أثر لما يقع

(١) الروضة ٤٦٦/٣ .

(٢) وسائل الشريعة ٣٥٦/١٢، ب ٩ .

(٣) وسائل الشريعة ٣٥٧/١٢، ج ٦ .

بدونه ، كما لو ظهر الثمن مستحقاً كلاً أو بعضاً .

ولا يسقط هذا الخيار بمطالبة البائع الثمن بعد الثلاثة ، وان كان قرينة الرضا بالعقد ، على اشكال مع القرينة . ولا يسقط ببذل المشتري الثمن بعدها على الاقوى .
﴿ فان تلف ﴾ المبيع بعد ثبوت الخيار بانقضاء الثلاثة مع شروطه ، كان من البائع اجماعاً .

وقد اختلف فيما لو تلف في الثلاثة ، ف ﴿ قال المفيد ﴾ : ﴿ وكثير من تبعة ﴾ 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 ﴾ وقد قال ^(٣) : كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ^(٣) . وعليه استقر رأي المتأخرين كافة ، بحيث كاد أن يكون اجماعاً ، كما صرح به في الخلاف . وفي المسألة قول آخر بالتفصيل ، ولا وجه له .

﴿ ولو اشترى ما يفسد من يومه ﴾ ولو بنقص الوصف وفوات الرغبة ، كما في الخضراوات واللحم والعنب وكثير من الفواكه ﴿ ففي رواية ^(٤) ﴾ مرسله عمل بها الاصحاب كافة ، كما في المهذب مؤذناً بدعوى الاجماع كما في صريح الغنية أنه ﴿ يلزم البيع الى الليل ، فان لم يأت ﴾ المشتري ﴿ بالثمن فلا بيع له ﴾ وبثبت الخيار للبائع .

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

(١) الانتصار ص ٢١٠ .

(٢) الغنية ص ٥٢٥ .

(٣) مستدرک الوسائل ٢ / ٤٧٣ .

(٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٥٨ ، ج ١ ح ٢١١ .

وإذا توقف ثبوته على دخول الليل مع كون الفساد يحصل من يومه - كما فرض في الخبر - لا يندفع به الضرر، وإنما يندفع به قبل الفساد .
ولذا فرضه شيخنا في الدروس^(١) خيار ما يفسده المبيت، وهو حسن وإن كان فيه خروج عن ظاهر النص، لتلافيه بخبر نفي الضرر^(٢)، مع أن حمله عليه بارادة الليلة أيضاً من اليوم، محتدل .
والاقرب تعديه الى كل ما يتسارع اليه الفساد عند خوفه، ولا يتقيد بالليل . فلو كان مما يفسد في يومين ، تأخر الخيار عن الليل الى حين خوفه .
وفي الحاق خوف فوات السوق بخوف الفساد وجهان، والاحوط بل الاظهر العدم .

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

(السادس : خيار الرؤية)

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

﴿ ولا يصح ﴾ ﴿ البيع في مثلها ﴾ ﴿ حتى يذكر الجنس والوصف ﴾ ﴿ الرافعين للجهاالة وبشير الى معين ، وذلك لان ما ذكر من الشرط مقصور على ما لم ير أصلاً اذ لا يشترط وصف ما سبقت رؤيته .

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

(١) الدروس ص ٣٦٢ .

(٢) وهو الخبر المتفق عليه بن القرين قوله عليه السلام : لا ضرر ولا ضرار .

يوجب الخيار لو لم يطابق المدفوع بل عليه الابدال .
 وحيث وقع البيع على المشار اليه الموصوف ﴿فان كان موافقاً﴾ للوصف
 من دون زيادة ونقصه ﴿ازم﴾ البيع ﴿والا﴾ يوافق بأن نقص عنه ﴿كان للمشتري
 الرد﴾ اذا كان هو الموصوف له دون البائع .

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

وهل هذا الخيار على الفور أو التراخي ؟ قولان ، أشهرهما وأحوطهما الاول
 وان كان أجودهما الثاني ، الا اذا استلزم الضرر فيلزم بالاختيار .
 ﴿وسياتي خيار العيب انشاء الله تعالى﴾ وهو السابع ، وانما أخره الكثرة
 مباحته ، فحين جعله أصلاً برأسه .

احكام 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 أو المنتقل اليه﴾ ، فان في الاول فسخ للمعقد ، وفي الثاني التزام به
 بلاخلاف ولااشكال ، الا اذا اقترن بما يدل على عدم الفسخ والالتزام فلا يسقط ،
 كبيع الشرط المشترط فيه الفسخ برد مثل الثمن .

﴿الثالثة : الخيار﴾ بأنواعه ﴿يورث ، مشروطاً كان أولاً بالاصل﴾ أي بأصل الشرع ، بلاخلاف ولااشكال ، الا في خيار المجلس فوجهان وقولان ، الا أن ظاهر السرائر الاجماع على أنه يورث ، فان كان الخيار خيار الشرط مثلاً ، يثبت للوارث بقية المدة المضروبة كما للمورث . فلو كان غائباً أو حاضراً ولم يبلغه الخبر حتى انقضت المدة ، سقط خياره .

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

﴿الرابعة : المبيع يملك بالعقد﴾ على الاظهر الا شهر ، وفي السرائر الاجماع . ﴿وقيل : به وبانقضاء الخيار﴾ مع عدم الفسخ ، اما مطلقاً كما عن الاسكافي أو بشرط كون الخيار للبائع ، أو لهما . والافكالاول كما عن 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 كما عن الاول ، أو كاشف كما عن الثاني ؟ أجودهما الثاني .

وتظهر الثمرة في صور منها : في النماء المتخلل المنفصل كاللبس والحمل ، والثمرة المتجددة في زمن الخيار ، فللمشتري على المختار مطلقاً ، وكذا على الكشف ان لم يفسخ ، وللبائع مطلقاً على القول الآخر .

ومنها : في الاخذ بالشفعة زمن الخيار ، وفي جريانه في حول الزكاة لو كان زكوباً .

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

أنواعه .

وكذا اذا كان الخيار للبائع، فله التصرف في الثمن مطلقاً ، وليس للمشتري التصرف في المبيع حينئذ ، اذا كان ناقلاً كالبيع والوقف والهبة ، الا باذن الآخر . نعم له الاستخدام والمنافع والوطي على اشكال فيه . فان حبلت ، فالاقرب الانتقال الى قيمة الامة مع فسخ البائع ، لقيمة الولد والعقر ، خلافاً للشيخ فاليهما بناءً على عدم الانتقال الموجب لعدم الاستيلاء .

﴿الخامسة: اذا تلف المبيع﴾ المشخص ﴿قبل قبضه، فهو من مال بائعه﴾ بالنص^(١) والاجماع .

وظاهرهما اختصاص الحكم بالتلف بأفة 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 لا خيار له بلاخلاف ، واذا كان له خيار أيضاً فمن المشتري بلاخلاف يعرف .

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

وكل ما ذكر في هذه المسألة من الاحكام في تلف المبيع، فهي بعينها جارية في تلف الثمن ، فانه قبل قبضه من مال المشتري مطلقاً ، 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 ، ولا يجوز له الفسخ في البعض .

(١) وسائل الشريعة ٣٥٨/١٢ ، ب ١٠ من أبواب الخيار ، والنبوي المروى في

(الفصل الرابع)

(في لواحق البيع)

* وهي خمسة : *

أحكام النقد والنسيئة :

* (الاول : في) * بيان * (النقد والنسيئة) * وأحكامهما .

اعلم أن البيع بالنسيئة الى تعجيل الثمن والمثمن وتأخيرهما ، والتفريق بتعجيل الاول وتأخير الثاني وبالعكس أربعة أقسام : فالاول النقد ، والثاني بيع الكاللي بالكاللي، 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 * (مطلقاً) * من دون اشتراط تأجيل في أحد العوضين ولا تعجيل * (فالثمن) * وكذا المثمن * (حال) ، كما لو شرط تعجيله * (فيجب التسليم في الحال) .

واشترط التعجيل ان كان من دون تعيين زمان أفاد التأكيذ خاصة في المشهور وان كان معه بأن شرط تعجيله في هذا اليوم مثلاً، تخير المشروط له - لو لم يحصل الشرط في الوقت المعين - 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 التصيرة والطويلة، حتى نحو ألف سنة مما يعلم المتعاقدان عدم بقائهما اليه عادة .

﴿ولو لم يعين﴾ المدة ﴿بطل﴾ البيع ﴿وكذا﴾ يبطل ﴿لو عين أجيلاً محتملاً﴾ للزيادة والنقصان ﴿كقدوم الغزاة﴾ وادراك الثمرات، أو مشتر كاً بينهما وإن كان في الجملة معيناً، كنفهم من منى وشهر ربيع أو يوم جمعة أو خميس مثلاً .

وقيل : في الأخير يصح، ويحمل على الأول، لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد، ليتوجه قصدهما إلى أجل مضبوط، فلا يكفي ذلك شرعاً مع جهلهما أو أحدهما به . ومع القصد لا اشكال في الصحة، وإن لم يكن الاطلاق منصرفاً اليه عادة .

﴿وكذا﴾ يبطل البيع ﴿لوقال﴾: بعناك هذا ﴿بكذا﴾ وكذا ﴿نقداً﴾ و﴿بكذا﴾ وكذا ﴿نسيئة﴾ على الاظهر الأشهر .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية^(١)﴾ أن ﴿له أقل الثمنين نسيئة﴾ إلى أبعد الاجلين وعمل بها الشيخ في النهاية^(٢)، ولكنه قد رجح عنها في المبسوط^(٣)، فتكون شاذة ومع ذلك قاصرة السند، بل ضعيفة مخالفة للاصول الشرعية .

ثم على المختار هل لهذا البيع حكم البيع الفاسد؟ فيرجع مع تلف المبيع إلى المثل أو القيمة، أم لا؟ بل يرجع معه إلى ما في هذه الرواية، أشهرهما بين المتأخرين الأول، وبين المتقدمين الثاني للصحيح^(٤)، وعليه الاجماع في الغنية، ولا بأس به .

(١) وهي خبر السكوني وسائل الشيعة ٣٦٧/١٢، ج ٢ .

(٢) النهاية ص ٣٨٨ .

(٣) المبسوط ١٤١/٢ .

(٤) وسائل الشيعة ٣٦٧/١٢، ج ١٣ .

وظاهر الاصحاب عدم الفرق في الحكم صحة وبطلاناً بين ما تقدم ﴿و﴾ بين ما ﴿لو كان﴾ 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 أصلاً.

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

﴿ولو حل﴾ الاجل ﴿فابتاعه من المشتري بغير جنس الثمن أو جنسه من غير زيادة ولا نقصان صح﴾ بلاخلاف يظهر.

﴿ولو زاد عن الثمن﴾ الذي باع أولاً ﴿أو نقص﴾ عنه ﴿ففيه روايتان﴾^(١) وقولان ﴿أشبههما﴾ وأشهرهما ﴿الجواز﴾ نعم يكره خروجاً من شبهة الخلاف.

﴿ولا يجب﴾ على المشتري ﴿دفع الثمن قبل حلواه وان طاب﴾ البائع اجماعاً.

﴿ولو تبرع بالدفع﴾ حينئذ ﴿لم يجب﴾ على البائع ﴿القبض﴾ منه .
 ﴿ولو حل﴾ الاجل وكان الثمن غير مؤجل مطلقاً، في الذمة كان أو معيناً ﴿فدفعه﴾ المشتري ﴿وجب﴾ على البائع ﴿القبض﴾ منه اجماعاً .
 ﴿ولو امتنع البائع﴾ منه في المقامين ﴿فهلك من غير تفریط من البازل﴾ فيه ﴿تلف من البائع﴾ مطلقاً وفاقاً لجماعة، خلافاً لآخرين فخصوه بما اذا لم

يمكن من الدفع الى الحاكم ، ولا يخلو 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 ، أو من يقوم مقامه، إلا أن الايصال اليه مهما أمكن أحوط ، مسارعة الى ابراء الذمة وتفصيلاً عن فتوى الجماعة .

﴿وكذا﴾ الكلام فيما مر من الاحكام ﴿في طرف البائع لو باع سالماً﴾ وسلفاً ، فلا يجب عليه الدفع قبل الاجل ويجب بعده ، وعلى المشتري قبوله هنا لافي 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 أولاً ، والثاني المساومة ، والاول : ان يبيع معه برأس المال فتولية ، او بزيادة عليه فمراجعة ، أو بنقصان عنه فمواضعة ، والجمع جائز ، واكن الاول أفضل ، ويجب فيما عداه ذكر رأس المال من غير زيادة ولا نقصان ، وكذا الاجل ان كان .

﴿و﴾ عليه ف ﴿لو ابتاع بأجل وباع مراجعة﴾ أو تولية أو مواضعة ﴿فليخبر المشتري بالاجل﴾ .

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

وكذا الحكم فيما لو ظهر كذبه في الاخبار بقدر الثمن أو بجنسه أو وصفه ، او غلطه فيه بيينة أو اقرار .

﴿و﴾ لكن ﴿ففي رواية﴾ بل روايات^(١) معتبرة الاسانيد، عمل بها الشيخ وجماعة
 أن ﴿للمشتري من الاجل مثله﴾ ولا يخلو عن قوة، ولكن المسألة بعد محل الشبهة
 وفيها قول آخر بالتفصيل لوجه له .

وهنا (مسألتان :)

﴿الاولى : اذا باع مرا بحة فلينسب الربح الى السلعة﴾ كأن يقول : بعتهها
 بكذا وربح كذا .

﴿ولو نسبته الى المال﴾ كأن يقول : بعتهها بمائة وربح المائة عشر مثلاً
 ﴿فيه﴾ قولان، أصحهما ﴿وأشهرهما بين المتأخرين الجواز مع﴾ الكراهية ﴿
 والقول الثاني الحرمة، ذهب اليه الشيخ في النهاية^(٢)، ولكنه قد رجح 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 الآخر عند انتهاء العقد ﴿لم يجز بيع بعضها مرا بحة﴾ وتولية
 ومواضعة ﴿سواء قومها أو بسط الثمن عليها و باع خيارها﴾ بلا خلاف فيما اذا كانت
 متفاضلة ، وكذا اذا كانت متساوية على الاقوى .

﴿ولو أخبر بذلك﴾ أي يبيعه الاول وتقويمه المبيع بما يقابله من الثمن
 ﴿جاز﴾ مطلقاً بلا خلاف ، و﴿لكن يخرج بذلك عن وضع المرا بحة﴾ لانه

(١) وسائل الشيعة ١٢ / ٤٠٠ ، ب ٢٥٥ .

(٢) النهاية ص ٣٨٩ .

(٣) المبسوط ١٤١ / ٢ .

(٤) الخلاف ١ / ٥٦٤ ، مسألة ٢٢٣ .

لا بد 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 يواجه البيع﴾ باجراء الصيغة ﴿وجعل له الزائد﴾ عنها ﴿أوشاركه فيه، أو جعل لنفسه قسطاً﴾ وشيئاً معيناً ﴿وللدلال الزائد﴾ عليه ﴿لم يجز﴾ للدلال ﴿بيع ذلك﴾ المتاع ﴿مرا بحة﴾ ، بلخلاف ، لانه كاذب في اخباره ، اذ مجرد التقويم لا يوجهه .
﴿ويجوز لو أخبر بالصورة﴾ الا أنه خارج عن وضع المراهبة ﴿كما قلناه في الاول﴾ .

﴿و﴾ لو باع زائداً ﴿يكسبون للدلال الاجرة﴾ أجرة المثل ﴿و﴾ تكون ﴿الفائدة﴾ الزائدة المشترطة له ﴿للتاجر﴾ مطلقاً ﴿سواء كان التاجر دعاه﴾ أولاً كأن قال له : بيع هذا بكذا ولك ما زاد ﴿أو ابتدأه الدلال﴾ فقال : أخبرني بثمان هذا المتاع وأربح علي فيه شيئاً لا يبيعه ففعل ذلك التاجر، هذا هو المشهور .
﴿ومن الاصحاب﴾ كالشيخين والقاضي ﴿من فرق﴾ بين الصورتين، فوافق الاكثر في الثانية، وخالفهم في الاول فأباحوا له الزيادة، للمعتبرة^(١) المستفيضة، وحملها على صورة الجمالة جماعة، والاولى حملها على المراضات، ونفي البأس معها لا ينافي جواز رجوع رب المال عما قال أولاً .

ما يدخل في المبيع :

﴿الثاني : في﴾ بيان ﴿ما يدخل في المبيع﴾ عند اطلاق لفظه .
﴿من باع أرضاً﴾ مقصراً على انقطاعها ﴿لم يدخل﴾ فيها ﴿نخلها وشجرها﴾

(١) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٩٣ .

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

ولا يدخل 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^(١)﴾ صحيحة أنه ﴿اذا ابتاع﴾ المشتري ﴿الارض﴾ قائلاً ﴿بحدودها وما أفاق عليه بابها فله جميع ما فيها﴾ من نخل أو أشجار وغيرهما .
وظاهر العبارة التردد فيها، ولا وجه له بعد صحة السند، وموافقة المضمون منطوقاً لمقتضى اللفظ لغة وعرفاً، مع أن في التنقيح^(٢) لا خلاف فيها .

وكما لا يدخل في الارض النخل والشجر الامع الشرط فكذا الزرع، سواء كان مجزوراً^(٣) أم لا على الاقوى .

﴿ولو ابتاع داراً دخل﴾ في مفهومها العرصة، والحيطان، والابواب، والاغلاق المنصوبة ، والاشخاب 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 نخلاً مؤبراً﴾ بتشويق طلع الاناث وذر طلع الذكور فيه ليحيى الثمرة أصلح ﴿فالثمره للبايع﴾ على الاشهر الاصح ﴿الا أن يشترط﴾ أو يكون هناك عادة فتبيع .

﴿وكذا لوباع شجرة مثمرة﴾ وفيها ثمرتها مطلقاً، سواء كان قطعاً قد خرج جوزته ولم يتشقق، أو ورداً لم يفتح أو غيرهما على الاقوى ﴿أو دابة حاملاً﴾ لم

(١) وسائل الشيعة ٤٠٥/١٢ ، ب ٢٩ .

(٢) التنقيح الرائع ٦٢/٢ .

(٣) أي مقطوعاً .

يدخل الثمرة ولا الحمل فيهما ﴿على الاظهر﴾ الاقوى .
 وقيل : بالدخول ، وهو ضعيف ، الامسح العادة أو الشرط فيصح ، سواء
 قال: بعتك هذه الجارية وحملها، أو شرطت لك وحملها، أو بعتكها بكذا وحملها
 بلاخلاف فيما عدا الصورة الاولى، على قول جماعة فيها أيضاً ، لقاعدة الضميمة
 خلافاً للتذكرة فيبطل للجهاالة .

﴿ولو لم تؤبر النخلة﴾ ويبيعت ﴿فالطلع للمشتري﴾ بسلا خلاف فتوى
 ونصاً^(١) . وهل يختص ذلك بالبيع أم يعم سائر وجوه الانتقالات كالهبة والصلح
 ونحوهما ؟ قولان ، أجودهما : الاول ، الامسح العرف أو الشرط، وهو الاشهر ،
 وفي كلام بعض الاجماع عليه .

احكام القبض :

﴿الثالث : في﴾ بيان ﴿القبض﴾ واحكامه :
 ﴿اطلاق العقد﴾ وتجريده من شرط تأخير أحد العوضين ، أو تأخيرهما اذا
 كانا عينين أو أحدهما ﴿يقضي﴾ وجوب ﴿تسليم المبيع والتمن﴾ على المتبايعين
 فوراً ، فيتقاضان معاً لو تمانعا مسن 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 الشريعة ٤٠٧/١٢ ، ب ٣٢ .

غيره ، فيجب عليه الاقباض فوراً .

﴿والقبض﴾ هنا وفي كل موضع يعتبر ﴿هو التخلية﴾ بين العين و مستحقها بعد رفع اليد عنها ﴿فيما لا ينقل كالعقار﴾ اتفاقياً ﴿وكذا فيما ينقل﴾ عند المصنف هنا وفي الشرائع^(١).

﴿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 ما في 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 باليد فيهما ، لم يحصل القبض مطلقاً ، 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 وغيرهما ما لا يدخل في المبيع ﴿فلو كان فيه متاع فعلى البائع ازالته﴾ واخرجه فوراً .

ولو كان مشغولاً بزراعة لم يبلغ، وجب الصبر إلى أن يبلوغه ان اختاره البائع، ثم إن كان المشتري عالماً بالحال، والاتخيرين الفسخ والصبر، وإن احتاج إلى مضي زمان يفوت فيه شيء من النفع المعتمد به .

ولو كان فيه ما لا يخرج الأبهدم، وجب أرشهُ على البائع .

ثم إن التفرغ وإن كان واجباً، إلا أن الظاهر عدم توقف القبض عليه، بل لو رضي المشتري بتسليمه مشغولاً تم ووجب التفرغ بعده .

﴿ولأبأس يبيع﴾ المشتري ﴿مالم يقبض﴾ إذا لم يكن مكيفاً ولا موزوناً بلاخلاف .

﴿ويكره فيما يكال أو يوزن﴾ مطلقاً ﴿وتأكد الكراهية في الطعام﴾ وفقاً لجماعة، بل المشهور كما قيل .

﴿وقيل: يحرم﴾ أما مطلقاً، طعاماً كان أو غيره، بتولية أو غيرها كما عن العماني وإذا كان طعاماً خاصة، كما عن الصدوق والقاضي والمبسوط^(١) والغنية، مدعين عليه الإجماع، ولا يخلو عن قوة .

﴿وفي رواية﴾ صحيحة بل روايات^(٢) ﴿لاتبيعه حتى يقبضه، إلا أن توليه﴾ وسباق العبارة يشعر بعدم قائل بها، وهو كذلك قبل زمانه، وأما بعده فقد اختاره الفاضل وشيخنا الشهيد الثاني في جملة من كتبهما، وبها جمعاً بين الأخبار المختلفة. والجمع بينها بما ذكرناه من الكراهية المطلقة فيما عدا الطعام ومؤكدة فيه، إلا مع التولية فتخف الكراهية أولى .

﴿ولو قبض﴾ المشتري ﴿المكبل فادعى نقصانه، فإن حضر الاعتبار﴾ أي الكيل وشهده ﴿فالقول قول البائع مع يمينه﴾ بلاخلاف أجده، هذا إن ادعى الغلط .

(١) المبسوط ١١٩/٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٣٨٧/١٢ ، ب ١٦٦ .

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

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

ما يصح اشتراطه في العقد :

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

﴿ويصح منها ما كان سائغاً﴾ لم يمنع عنه كتاب ولا سنة، ويدخل فيه اشتراط أن لا يؤدي الى الجهالة و﴿داخلاً تحت القدرة﴾ للشروط عليه ﴿كقصاره الثوب﴾ ونحوها وغير مناف لمقتضى العقد ، ويجب الوفاء بها مطلقاً على الأشهر الأقوى وفي الغنية والسرائر الاجماع .

﴿ولا يجوز اشتراط﴾ غير السائغ ، وضابطه : ما أحل حراماً أو حرم حلالاً بأصل الشرع لا بتوسط العقد، ولا ﴿غير المقدور﴾ كبيع الزرع على أن يصيره سنبلًا ﴿والدابة على أن تصير حاملاً ونحو ذلك﴾، سواء شرط أن يبلغ ذلك بفعله أم بفعل الله تعالى .

﴿ولا بأس باشتراط تبقيته﴾ أي الزرع في الارض ، اذا بيع أحدهما دون الآخر، الى أوان السنبل . ولا يعتبر تعيين مدة البقاء ، بل يحمل على المتعارف لانه منضبط .

﴿و﴾ يلزم البائع حينئذ التبقية الى الغاية، كما أن ﴿مع اطلاق الاتباع﴾ من دون اشتراط التبقية ﴿يلزم البائع﴾ أيضاً ﴿ابقاؤه الى ادراكه﴾ .
﴿وكذا﴾ لو اشترى ﴿الثمرة﴾ منفردة عن الاصول مطلقاً، أو بشرط التبقية

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

❀ وبصح ❀ بيع الرقيق مع ❀ اشتراط العتق ❀ مطلقاً، أو عن المشتري بلا خلاف، وعن البائع فيه قولان، أجودهما: الصحة كما عن 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 .

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

ولو اختار الامضاء فهل يرجع على المشتري بما يقتضيه شرط العتق من القيمة فانه يقتضي نقصاناً من الثمن أم يلزم ما عين 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 لمشرطه ، فانه يفيد تخيره بين فسخ العقد المشروط فيه وامضائه .

❀ ولو اشترط أن لا يعتق أو لا يبطأ الأمة ❀ 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 الامه أن لاتباع ولانوهب، فالمروي﴾ في الصحيحين^(١) وغيرهما ﴿الجواز﴾ ولا بأس به، خلافاً لجماعة فمنعوا عن الشرط وأفسدوه ، وزاد بعضهم: فأفسد البيع أيضاً .

﴿ولوباع أرضاً﴾ مشاهدة أو موصوفة على كونها ﴿جرباناً﴾ بعينة فنقصت ، فللمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء بـ ﴿تمام﴾ الثمن ﴿وفاقاً﴾ لجماعة .
﴿و﴾ لكن ﴿في رواية﴾^(٢) معتبرة الاسانيد أن ﴿انه أن يفسخ أو يمضي البيع بحصتها من الثمن﴾ وعمل بها آخرون ، بل المشهور كما قيل .

﴿وفي﴾ هذه ﴿الرواية﴾^(٣) أنه ﴿ان كان للبائع أرض بجانب تلك الارض لزم البائع أن يوفيه منها﴾ وبه أفتى الشيخ في النهاية^(٤)، خلافاً للاكثر وأطلقوا الخيار، ولا ريب 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 التقسيم ، قسط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل ومهر المثل .

العيوب المجوزة للرد :

﴿الخامس : في﴾ بيان ﴿العيوب﴾ المجوزة للرد .
﴿وضابطها : ما كان زائداً عن الخلقة الاصلية﴾ وهي خالقة أكثر النوع الذي

(١) وسائل الشيعة ٤٣/١٣ ، ب ١٥ .

(٢ - ٣) وسائل الشيعة ٣٦١/١٢ ، ب ١٤ .

(٤) النهاية ص ٤٢٠ .

يعتبر فيه ذلك ذاتاً وصفة ﴿أو ناقصاً﴾ عنها، عيناً كان الزائد أو الناقص ، كالأصبع زائدة على الخمس ، أو ناقصة عنها ، أو صفة كالحمى ولو يوماً بأن يشترطه فيجده محمولاً ، أو يحتم 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 العيب عيب مع ايجابه زيادة المالية، وكذا عدم الشعر على الركب والعانة، كما يدل عليه بعض المعتمدة^(١) المنجبرة قصور سنده بعمل الطائفة يقتضي الثاني .

﴿واطلاق العقد يقتضي السلامة﴾ من العيب في مطاق 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 مفصلاً 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﴾ مطلقاً ﴿وإجمالاً﴾ كأن يقول: بعثت هذا بكل عيب. على الأشهر الأقوى، وفي الغنية الاجماع .

ولافرق بين علم المتبايعين بالعيب وجهلهمسا والتفريق ، ولا بين الحيوان وغيره ، ولا بين العيوب الباطنة والحادثة ، وعليه الاجماع في كلام جماعة. ولا بين الموجودة حاله 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 ، بلاخلاف فيهما

(١) وسائل الشريعة ٤١٠/١٢ ، ب ١ .

ولافي السقوط بتأخير الرد مع العلم بالعيوب كما في الغنية .

الا أن ظاهر أصحابنا المتأخرين كافة الخلاف في الثالث، فنفوا الفورية عن هذا الخيار ، من غير خلاف يعرف كما صرح 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^(١) .

واحترزنا بالقيود عما لو كان حيواناً وحدث العيب فيه في الثلاثة من غير جهة المشتري، فانه حينئذ لا يمنع الرد ولا الارش، لانه مضمون على البائع . ولورضي البائع برده مجبوراً بالارش أو غير مجبور جاز .

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

﴿وباحداثه في المبيع حدثاً﴾ يعد في العرف تصرفاً ﴿كركوب الدابة﴾ ولو في طريق الرد ، ونعلها، وحلب ما يحلب، وابس الثوب وقصارتها، وسكنى الدار ونحو ذلك، وينبغي تقييده بما لم يظهر دلالة على عدم الرضاء، والا فلا يسقط به كما مضى .

﴿و﴾ اطلاق النص يشمل ﴿التصرف الناقل﴾ كالبيع وغيره والمغير المعين وغيره ﴿و﴾ ما ﴿لو كان قبل العلم بالعيوب﴾ 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 ٥٥٥/١، 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 مفصلاً أفضل﴾ بتقييد احتمال الغش المنهي عنه، واحتمال الضرر بغفلة المشتري من العيب حال البيع أوبعده .

﴿ولو ابتاع شيئاً 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﴾ مطلقاً من بائع كذلك في عقد واحد و﴿صفقة﴾ واحدة ﴿فلهما الرد بالعيب أو﴾ أخذ ﴿الارش، وليس لاحدهما الانفراد بالرد﴾ دون الارش ﴿على الاظهر﴾ الاشهر .
﴿والوطىء يمنع رد الامة﴾ المعيبة بالنص^(١) والاجماع ﴿الا من عيب الحبل﴾ فترد به اما مطلقاً كما عليه الاكثر، أو بشرط كونه من المولى، والافلا ترد كما عليه جمع .

﴿و﴾ عليه فلا اشكال في الحكم بأنه يرد معها ﴿نصف عشر قيمتها﴾ اذا كانت ثيباً، وعشرها اذا كانت بكرأ، كما يستفاد من النصوص^(٢) المعتبرة الوارد أكثرها بالتقدير الاول مطلقاً، وبعضها بالثاني كذلك، بعد تنزيلها على التفصيل المتقدم، جمعاً بينها وبين القاعدة .

ويشكل على قول الاكثر، بناءً على أن المنافع قبل الفسخ للمشتري، فلا وجه لغرامته شيئاً مطلقاً .

(١) وسائل الشيعة ١٢/٤١٣، ب ٤ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/٤١٥، ب ٥ .

ويمكن جعل ذلك دليلاً على القول الثاني، مضافاً إلى الأصول مع سلامتهما عما يدل على قول الأكثر، إلا أن يكون اجماعاً كما عن الانتصار^(١) والغنيسة فلا محيص عنه، وينزل الحكم بالغرامة حيثئذ على كونه تعدياً أو استحباباً، ولا ريب أن عدم الرد حيثئذ أحوط وأولى.

مسائل تتعاق بالعيب :

﴿وهنا مسائل﴾:

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

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

وتثبت - ان لم يعترف بها البائع ولم يقيم بها بينة - باختبارها ثلاثة أيام، فان اتفقت فيها الحلبات عادة أوزادت اللاحقة فلا تصرية. وان اختلفت في الثلاثة وكان بعضها ناقصاً عن الحلبه الاولى نقصاناً خارجاً عن العادة، وان زاد بعدها في الثلاثة، ثبت الخيار بعد الثلاثة بلا فصل من غير تأخير، على اختلاف الوجهين بل القولين.

ولو ثبت بالاعتراف أو البينة، 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

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﴾ مطلقاً، والقائل الشيخ في أحد قولييه، وفي قوله الاخر بدل البر بالتمر، وأفتى بهما على التخيير ابن زهرة مدعياً عليه الاجماع جمعاً بين النبويين^(١). واضعفهما نزلهما الاصحاب على ما اذا تعذر وكان ذلك هو القيمة السوقية ، ولا بأس به جمعاً بين الادلة .

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

﴿نعم لو شرط البكارة﴾ في متن العقد ﴿ثبت سبق الثبوت﴾ بالبينه، أو اقرار البائع، أو قرب زمان الاختبار ا زمان البيع، بحيث لا يمكن فيه تجدد عاادة ﴿كان له الرد﴾ على الاظهر الاشهر ، لالكونه عيباً بل امكان 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 المشتري﴾ .
﴿ويرد بـ﴾ الاباق ﴿السابق﴾ عند البائع ولومرة ، على الاشهر الاقوى .

﴿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 طبعي فيكون عيباً .

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

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

﴿الخامسة﴾ : لا يرد البزر ﴿بفتح الباء وكسرها﴾ ، حب يؤخذ منه دهن يقال له
 دهن الكتان . كأنه يتمتدیر المضاف ، أي دهن البزر . ويطلق على الدهن كما عن
 الجوهري ﴿والزيت بما يوجد فيه من الثفل﴾^(٢) المعتاد ﴿بضم المثلثة هو الناقل
 ما استقر من كدرة تحت المائع .

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

﴿السادسة﴾ : لو تنازعا في شيء من مسقطات الخيار كـ ﴿التبري من العيب﴾
 ونحوه ﴿ولا بينة﴾ فقال : بعتك به مثلاً ، فقال : لا ﴿فالقول قول منكره مع
 يمينه﴾ بلاخلاف ، والخبر^(٣) الوارد بخلاف ذلك شاذ مع ضعفه سنداً ودلالة .

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

(١) وسائل الشيعة ١٢/٤١٣ ، ب ٣ .

(٢) في المطبوع من المتن : الثفل .

(٣) وسائل الشيعة ١٢/٤١٩ ، ب ٨ .

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 .

﴿الم يكسن هناك قرينة حال﴾ قطعية ﴿تشهد لاحدهما﴾ كزيادة الاصبع واندمال الجرح ، مع قصر زمان البيع بحيث لا يحتمل التأخر عادة ، فيحكم للمشتري أو طراوة الجرح مع تطاول زمان البيع ، فيحكم للبائع من دون يمينه .
﴿الثامنة :﴾ في كيفية أخذ الارش .

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

﴿ولو﴾ تعدد القيم بأن ﴿اختلف أهل الخبرة﴾ بقيمة ذلك المبيع فيها ، أو اختلف قيمة أفراد ذلك النوع المساوية للمبيع ﴿يرجع الى القيمة الوسطى﴾ المتساوية النسبة الى الجميع ، المنتزعة منها نسبتها اليه بالدوية . 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 احدهما الى الاخرى ، وتؤخذ بتلك النسبة .

ولافرق بين اختلاف المقومين في قيمته صحيحاً ومعيباً وفي احدهما .
وقيل : ينسب معيب كل قيمة الى صحيحها ، ويجمع قدر النسبة ، ويؤخذ من المجتمع بنسبتها . وفي الاكثر يتحد الطريقتان ، وقد يختلفان في يسير .

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

﴿وفي﴾ جواز أخذ ﴿الارش﴾ مع الامضاء، كما في العيب السابق ﴿قولان﴾
أشبههما ﴿وأشهرهما بين المتأخرين وفاقاً لجماعة من القدماء﴾ الثبوت ﴿خلافاً﴾
للمبسوط^(١) والخلاف^(٢) والسراير حاكياً له عن المفيد فنفوا الثبوت، وفي الكتابين
الآخرين 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 العيب خاصة ، بل
اما الجميع ، أو امساكه بتمام الثمن ، أو مع الارش .

(الفصل الخامس)

(في الربا (٣))

وقد يقبل واوه ألفاً، وهو لغة: الزيادة مطلقاً. وشرعاً: معاوضة أحد المتماثلين
المقدرين بالكيل والوزن في عهد صاحب الشرع أو في العادة بالآخر ، مع زيادة
في أحدهما حقيقة أو حكماً، أو اقتراض أحدهما معها مطلقاً وان لم يكونا مقدرين
بالأمرين ، اذا لم يكن باذل الزيادة حربياً، ولا المتعاقدين والدأ 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 وكتبه 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 نفيًا وإثباتًا 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 «جنسًا» لغة .

﴿وضابط الجنس: ما يتناوله 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 ﴿نقدًا﴾ أو نسيئة .

﴿ويصح متساويًا﴾ اذا كان ﴿يبدأ بيد﴾ أي نقداً ﴿ويحرم﴾ اذا كان ﴿نسيئة﴾ ومع التساوي لا بأس بنحو عقد التبن^(٣) والزوان اليسير الذي جرت به العادة في أحد العوضين دون الآخر، أو زيادة عنه . ولو خرج عن المعتاد حرم .

(١) وسائل الشريعة ١٢ / ٤٢٢ ، ج ١ ح ١ .

(٢) وسائل الشريعة ١٢ / ٤٢٩ ، ج ١ ح ٤ .

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

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

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

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

ولو علم نقصانه عنه، اقتصر على ما تبين به البراءة صدقة على الظاهر وخمساً في وجهه ، وهو أحوط .

﴿وان انعكس الفرض ف﴾ عرفه ﴿ولوفي جملة قوم محصورين﴾ و﴿جهل﴾ مقدار ﴿الربا﴾ أصلاً ﴿صالحه﴾ عليه ﴿ولاخمس هنا﴾ ، فان أبي عن الصلح ، فالأحوط دفع ما يحصل به يقين البراءة .

﴿وان مزجه بالحلال وجعل المالك والقدر تصدق بخمسه﴾ على أهله .
 ﴿ولو جهل التحريم﴾ حين المعاوضة ﴿كفاه الانتهاء﴾ عنه والتوبة بعد المعرفة ، فلا يجب عليه شيء من الأمور المذكورة في الصورة السابقة ، وفاقاً لجماعة ، خلافاً للحلي وكثير من المتأخرين فأوجبوا الرد هنا أيضاً ، وهو أحوط وأولى .

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

﴿وفي النسبته 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 النسب في الاول مطلقاً كما يأتي ، والجواز في
الثاني كذلك اجمالاً .

﴿والحنطة والشعير جنس واحد في الربا﴾ وان اختلفا في غيره ، فلا يباع
أحدهما بالآخر متفاضلاً ، نسبة كان أو عيناً على الأشهر الأقوى ، وفي كلام الشيخ
وابن زهرة الاجماع .

﴿وكذا ما يكون منهما ، كالسويق والدقيق والخبز﴾ والهريسة ونحوها .
﴿وثمره النخل﴾ بأنواعها ﴿وما يعمل منها﴾ كالدبس ونحوه ﴿جنس واحد﴾
في الربا ، فلا يباع أحدهما بالآخر متفاضلاً مطلقاً .

﴿وكذا ثمرة الكرم وما يكون منه﴾ كالدبس والعصير والبخنج^(١) ونحوها
جنس واحد ، لا يجوز فيه ما ذكر .

وبالجمله كل فرع له حكم أصله ، فلا يجوز المفاضلة بينهما ، لكن بشرط اتفاقهما
في الكيل والوزن كما يأتي .

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

﴿وما يستخرج من اللبن﴾ من الكشك والكامخ والزبد والسمن والجبن ﴿جنس
واحد﴾ فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر بالتفاضل مع اتحاد جنس الحيوان .

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

(١) البخنج : 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 عدد ﴿فيه فليس بربوي، كالثوب بالثوبين والعبد بالعبدين﴾ فلا يمنع من التفاضل فيه نقداً اجماعاً .

﴿وفي النسبئة 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 مطلقاً نقداً ونسبئة ﴿تردد﴾ وقولان، ينشأ: من تعارض الأدلة من الطرفين، ولكن ﴿أشبهه﴾ بالاصول ﴿الانتفاء﴾ وعليه الاكثر ، وعن الخلاف^(١) والسرائر الاجماع .

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

﴿وقيل : يغلب تحريم التفاضل﴾ اما مطلقاً كما عمن النهاية^(٢) وغيره ، أو اذا كان البيع بهما غالباً أو مساوياً، دون ما اذا كان نادراً، كما عن الحلبي وغيره .

﴿وفي﴾ جواز ﴿بيع الرطب بالتمر﴾ مسح التساوي ﴿روايتان﴾^(٣) 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 ﴿كازبيب

(١) الخلاف ١/٥٢٦ ، مسألة ٧٢ .

(٢) النهاية ص ٣٧٨ .

(٣) وسائل الشريعة ١٢/٤٤٥ ، ح ١٣ و ٢ .

بالعنب، والبسر بالرطب؟ الاشبه ﴿عند الماتن﴾ ﴿لا﴾ وفاقاً لجماعة من أصحابنا، ومنهم الحلبي نافياً للخلاف عنه ، خلافاً لآخرين 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﴾ إذا كان بشرائط الذمة؟ ﴿فيه روايتان^(٣)، أشهرهما﴾ بل وأظهرهما ﴿أنه يثبت﴾ وعمل بالآخرى 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 تفاضلاً﴾ وكذا كل فرع لا يوافق أصله في البيع كيلاً ووزناً .

﴿ويكره بيع الحيوان باللحم﴾ مطلقاً ﴿ولو تماثلاً﴾ واتحداً جنساً نقداً ونسيئة حياً كان المبيع أو مذبوحاً ، على ما يقتضيه اطلاق العبارة .

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

(١) وسائل الشريعة ٤٣٦/١٢ ، ب ٧ .

(٢) الخلاف ٥٣٩/١ ، مسألة ١٢٨ .

(٣) وسائل الشريعة ٤٣٦/١٢ ، ح ٣ و ٥ .

خلافاً للاكثر فأطلقوا المنع، وان اختلفت عبائهم في الاختصاص بالمجانس والعموم له ولغيره ، ولا يبعد 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^(١) المنع عن مطلق المعاوضة، ولا كذلك عبائر الجماعة، فانها في المبيع خاصة. وحمل كل منهما على الاخر ممكن، الا أن الوجه الاختصاص بالمبيع في الحي والعموم في المذبوح ، لوجود شرط الربا فيه .

﴿وقد يتخلص من الربا﴾ حيث يراد بيع أحد الربوين بالآخر متفاضلاً بالضميمة ﴿بأن يجعل مع الناقص﴾ منهما أو معهما ان اشتهب ناقصهما ﴿متاع من غير جنسه﴾ أي الناقص ، فتكون الضميمة في مقابلة الزيادة .

وذلك ﴿مثل﴾ بيع ﴿درهم ومد من تمر﴾ مثلاً ﴿بمدين﴾ منه أو درهمين وأمداد ودرهم ، ولا يشترط كون الضميمة ذات وقع في مقابل الزيادة ، ولا قصد صرف كل الى ما يخالفه .

﴿أو يبيع 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 .

ولا يقدح في ذلك كون هذه الامور غير مقصودة بالذات ، والمعقود تابعة للقصد لان القصد الى عقد صحيح وغاية صحيحة كاف في الصحة ، ولا يشترط قصد جميع

(١) وسائل الشريعة ٤٤١/١٢ ، ب ١١٠ .

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

﴿ويبطل لو افترقا قبله على الأشهر﴾ الاظهر ، وقد استفاض نقل الاجماع عليه . ومقتضى الاصل واختصاص المثبت لهذا الشرط من الفتوى والنص^(٢) بالبيع عدمه فيما عداه من مطلق المعوضة ، وليس كالربا في ظاهر الجماعة .
﴿ولو قبض البعض﴾ خاصة قبل التفرق ﴿صح فيما قبض﴾ وبطل في الباقي وتخييراً معاً في اجازة ما يصح فيه وفسخه ، اذالم يكن من أحدهما تفريط في تأخير القبض . ولو كان تأخيره بتفريطهما، فلاخيار لهما . ولو اختص به أحدهما سقط خياره خاصة .

﴿ولو فارق المجلس﴾ الذي وقع فيه العقد حال كونهما ﴿مصطحين لم يبطل﴾ الصرف .

﴿ولو وكل أحدهما﴾ صاحبه أو أجنبياً ﴿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 أو مع القبض، فالمتعتبر مفارقة الوكيل لمن وقع معه العقد دون المالك .

(١) وسائل الشريعة ٤٥٥/١٢ ، ب ٢٠ .

(٢) وسائل الشريعة ٤٥٧/١٢ ، ب ٢٠ .

والضابط: ان المعتبر في التقابض قبل تفرق المتعاقدين، سواء كانا مالكين أو وكيلين .

﴿ولو اشترى منه دراهم﴾ بدنانير أو بالعكس ﴿ثم اشترى بها﴾ أي بتلك النقود المبتاعة ﴿قبل القبض﴾ لها من البائع ﴿دنانير﴾ أو دراهم ﴿لم يصح﴾ البيع ﴿الثاني﴾ مطلقا، وكذا الاول ان تفرقا قبل التقابض أيضاً على الاشهر .
خلافاً لثاني المحققين والشهيد في الاول ، فصححاه مع التقابض قبل التفرق كالثاني، الحاقاً له بالفضولي، ولا بأس به، وان كان استيناف العقد من الرأس أحوط ، وللحلي في المسألة قول آخر بالتفصيل ضعيف .

﴿ولو كان له﴾ أي لزيد مثلاً ﴿عليه﴾ أي على عمرو ﴿دنانير﴾ أو دراهم ﴿فأمره أن يحوله الى الدراهم﴾ أو الدنانير في ذمته ﴿وساعره﴾ على ذلك ، بأن عين كلا من العوضين بازاء الآخر ﴿فقبل﴾ عمرو ﴿صح وان لم يقبض﴾ النقود المبتاعة، للموثقين^(١) المعلل أحدهما الحكم بما يرجع حاصله الى ما أشار اليه بقوله: ﴿لان التقدين من﴾ شخص ﴿واحد﴾ .

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

ويحتمل مطلقا ، ولا بعد فيه على التعبير الاول بعد ورود النص المعتبر ، فبخلاف الحلي ومصيره الى البطلان مطلقا مع ندرته كما قيل ضعيف ، وان كان مراعاته أحوط .

﴿ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد منهما﴾ بشيء منهما أو غيرهما

(١) وسائل الشريعة 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 مطلقاً ﴿ 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 ما فيه ﴾ أي في المغشوش من الجوهر الخالص ﴿ فيزيد الثمن عن قدر ﴾ ذلك ﴿ الجوهر بما يقابل الغش ﴾ ولو يسيراً لم يكن بقيمته ^(١) بعد أن يكون متمولاً عادة .

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

ويجوز بيع أحد المغشوشين المتجانسين بالآخر مطلقاً ، ولو كان مقدار الخالص منهما مجهولاً ، بل ولو علم بزيادة الخالص في أحدهما على الخالص في الآخر .

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

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

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

(١) في « خ » : له القيمة .

﴿ويباع﴾ أحد الترابين ﴿بغيره﴾ أي بغير جنسه، نقداً كان أم لا مطلقاً .
 ﴿ولو جمعاً﴾ أي الترابان، بأن خلطا ومزجا أو أريد بيعهما في صفقة واحدة
 معاً ﴿جاز بيعه﴾ أي المجموع ﴿بهما﴾ أي بخالصهما معاً، وإن جهل مساوات
 مقدار الثمن والمثمن منهما للآخر .

ويجوز بيعهما معاً أيضاً بأحدهما ، مع العلم بزيادة الثمن على مجانسه ،
 بما يصح عوضاً عن الآخر، وأولى منهما بيعهما بغيرها .

﴿ويباع جوهر الرصاص﴾ بفتح الراء ﴿والنحاس﴾ بضم النوز ﴿بالذهب
 أو الفضة ، وإن كان فيه يسير من ذلك﴾ مطلقاً ، وإن لم يعلم زيادة الثمن عن ذلك
 اليسير ، ولم يقبض قبل التفريق ما يساويه، لأنه لقاتمه مضمحل وتابع غير مقصود
 بالبيع . ومثله النقوش منهما على الجدران والسقوف ، بحيث لا يحصل منهما
 شيء يعتد به على تقدير نزعه منهما .

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

﴿ولو لم تكن كذلك﴾ بل كانت مهجورة لا يتعاملون بها ﴿لم يجز﴾ انفاقها
 إلا بعد بيانها ﴿واظهار غشها ، إذا كان مما لا يتساهل به عادة ، بلا خلاف في
 المقامين .

مسائل تتعلق بالصرف :

وهنا ﴿مسائل﴾ :

﴿الاولى﴾ : إذا ﴿ابتاع ديناراً بدينار مثلاً و﴾ ﴿دفع زيادة عما﴾ يجب عليه
 ﴿للباع﴾ أو بالعكس ﴿صح﴾ المعاملة، إذا وقعت على العوضين في الذمة ،
 ولا كذلك لو وقعت على معينين ، من حيث اشتغال 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 ، ولا يضمنها الا بتعد أو تفریط ، اذا علم أن الدفع بطريق الاستئمان بلاخلاف .
﴿وكذا لو﴾ جهل الحال بأن ﴿بان فيه زيادة﴾ خارجة عن العادة ﴿لا يكون 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 لآخرين فتبطل المعاملة ، ولا يخاو عن قوة .
﴿و﴾ على قول الشيخ ﴿لا يتعدي الحكم﴾ الى غير مافي العبارة قطعاً لمخالفته القاعدة ، واختصاص النص^(١) المثبت له - على تقدير تسليمه - بمافيها خاصة .

﴿وجوز أن يقرضه الدراهم﴾ والدنانير ﴿ويشترط﴾ عليه ﴿أن ينقدها بأرض أخرى﴾ وليس ذلك ربياً .

﴿الثالثة :﴾ الضابط في جواز بيع ﴿الاوراني 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 ، ب ١٣ .

النقد الاقل في المصوغ أم الاكثر، وفاقاً لاكثر من تأخر، عملاً بالقواعد المتقدمة المتقتضية له ولجواز بيعهما معاً بهما كذلك مطلقاً^(١)، وبغيرهما كذلك .
خلافاً للنهاية^(٢) وجماعة فقهاوا : ان كان كل واحد منهما معلوماً، جاز بيعه بجنسه من غير زيادة، وبغير الجنس مطلقاً^(٣) .

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

﴿وان تعذر﴾ التخليص ﴿وكان الاغاب أحدهما بيعت بالاقل﴾ منها خاصة ﴿وان تساويها﴾ قدرأ ﴿بيعت بهما﴾ معاً أو بغيرهما ، وهذا التفصيل لم نجد له مستنداً .

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

﴿الرابعة: المراكب والسيوف﴾ ونحوهما ﴿المحلاة﴾ بأحد النقيدين ﴿ان علم﴾ ما فيهما 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 ﴿نقدأ﴾ ، ولو بيعت نسيئة تقدمن 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 النقيدين بالآخر نسيئة مطلقاً ، ضم اليهما من غير

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

(٢) النهاية ص ٣٨٣ .

(٣) وان زاد « منه » .

جنسهما أم لا .

﴿ وان جهل ﴾ مقدار الحلية ﴿ بيعت بغير الجنس ﴾ مطلقاً اجماعاً ، وبه أيضاً حالاً اذا علم زيادته عن الحلية ، وان جهل قدرها مفصلاً ، فقد يتفق ذلك أحياناً .
﴿ وقيل ﴾ : انه ﴿ ان أراد بيعها ﴾ أي المراكب المحلاة ﴿ بالجنس ﴾ المحلاة به ﴿ ضم إليها شيئاً ﴾ آخر ، والقائل الشيخ في النهاية^(١) .

وحيث ان ظاهره ضمه الى ما فيه الحلية أو إليها ، نسبة المصنف كالأصحاب الى القيل مشعرين بتمريضه ، وذلك من حيث زيادة المحذور فيه ، فان المحتاج الى الضميمة انما هو الثمن خاصة ، لتقابل ما زاد عن الحلية ، ومع ذلك فلم نقف لدعوى الرواية .

﴿ الخامسة ﴾ : لا يجوز بيع شيء ﴿ مطلقاً نقداً كان أو ثياباً ﴾ بدينار ﴿ مثلاً ﴾ غير درهم ﴿ اذالم يعرف نسبة الدرهم الى الدينار ، نقداً كان أو نسيئةً بلاخلاف ﴾ لانه ﴿ أي الثمن حينئذ ﴾ مجهول .

﴿ السادسة ﴾ : ما يجتمع 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 مالكة مع الضمان ، بلاخلاف في الاول ﴿ لان أربابه لا يميزون ﴾ في الغاب ، ولو بنحو من العلم بهم في محصورين فلا يمكن التخلص من حقهم الا بذلك فيجب ، وعلى الاحوط في الثاني لسو ظهر المالك ولم يرض به .

ومصرف هذه الصدقة الفقراء ، ويجوز الدفع الى القرابة والعيال اذا كانوا بالصفة ، بل يستفاد من بعض الاخبار^(٢) جواز أخذها لنفسه مع فقره أيضاً .

(١) النهاية ص ٣٨٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٤٨٤/١٢ ، ب ١٦٠ .

ويلحق بالصياغة ماشابها من الصنائع الموجبة لتخلف أثر المال، كالحداثة والطحن والخياطة والخبازة .
كل إذا 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 عاملاً واحداً اجماعاً، وكذا عامين فصاعداً على الاشهر الاقوى ، وفي السرائر الاجماع .
﴿ ولا بعد ظهورها ﴾ بشرط التبقية أو مطلقاً ﴾ مالم يبدصلاحها، وهو أن يحمر أو يصفر ﴾ 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 ما في 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 مطلقاً، الا اذا

(١) في المطبوع من المتن : لا يصح .

(٢) المبسوط ١١٣/٢ .

(٣) الخلاف ٥٤٢/١ ، مسألة ١٣٩ .

(٤) الشرائع ٥٢/٢ .

كانت الضميمة مقصودة بالذات فيجوز قطعاً، ويحتمل مطلقاً ولو كانت غير مقصودة الآن التقييد أحوط وأولى .

﴿ ويجوز بيعها مع أصولها ﴾ مطلقاً ﴿ وان لم يبدو صلاحها ﴾ وكان عارياً من الشروط الثلاثة المتقدمة إجمالاً .

﴿ وكذا لا يجوز بيع ثمرة الشجرة ﴾ قبل ظهورها مطلقاً ﴿ حتى تظهر ﴾ ولا بعد ظهورها سنة حتى ﴿ يبدو صلاحها ﴾ ويجوز سنتين فصاعداً مطلقاً .
﴿ وهو ﴾ أي بدو الصلاح هنا ﴿ أن ينعقد الحب ﴾ وان كان في كمام . والظاهر بل الأشهر أنه تناثر الزهر بعد الانعقاد، وبه يحصل الفرق بين الظهور والبدو دون الأول .

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 القناء، وهو أحوط .

﴿ واذا أدرك بعض ثمرة البستان، جاز بيع ثمرة أجمع ﴾ بلا خلاف .

واطلاق النص والفتوى يقتضي عدم الفرق في [الضميمة^(١)] المدرك بين أن يكون متبوعاً أو تابعاً، ولاريب في الأول للقاعدة، وكذا الثانية هنا بناءً على أن المقصود من الضميمة هنا انما هو الخروج عن المنع تعبداً، لا الدفع الغرر لاندفاعه بعد الظهور بالمشاهدة .

﴿ ولو أدرك ثمرة بستان، ففي جواز بيع بستان آخر لم يدرك منضمماً إليه 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 مطلقاً ﴿ ولو كان في الاكمام ﴾

(١) الزيادة من « خ » .

جمع كمام بكسر الكاف، وهي غطاء الثمرة من النور كالرمان ﴿منصفاً الى أصوله﴾ كانت ﴿أو منفرداً﴾ بلا خلاف .

﴿وكذا يجوز بيع الزرع﴾ حال كونه ﴿قائماً﴾ عاى أصوله مطلقاً قصد فصله^(١) أم لا ﴿و﴾ كذا ﴿حصيداً﴾ أي محصوداً وان لم يعلم ما فيه بلا خلاف ظاهر في شيء من ذلك، الامن الصدوق في المقنع^(٢) في الاول، حيث اشترط الفصل أو كونه سهلاً، ومراعاته أحوط وأولى .

وظاهر أكثر النصوص^(٣) والفتاوى أن للمشتري الإبقاء الى أوان البلوغ، وعلى البائع الصبر اليه مطلقاً وان لم يشترطه، خلافاً لبعض الاخبار فقيده بصورة الشرط ولعله أحوط .

﴿وجوز بيع الخضر﴾ كالقناء والباذنجان والبطيخ والخيار ﴿بعد انعقادها﴾ وظهورها وان لم يتناه عظمها ﴿لقطة ولقطات﴾ معينة معلومة العدد، كما يجوز شراء الثمرة الظاهرة وما يتجدد تلك السنة وفي غيرها مع ضبط السنين .
والمرجع في اللقطة العرف، فما دل على صلاحيته للقطع يقطع وما دل على عدمه لصغره أو شك فيه لا يدخل .

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

﴿وكذا ما يخرط﴾ وأصل الخرط أن يقبض باليد على أعلى القضيبي، ثم يمرها عليه الى أسفله يأخذ منه الورق والدراد هنا ما تصد من ثمرته ورقه ﴿كالحناء

(١) فصل فصلا الشيء : قطعه .

(٢) المقنع ص ١٣٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٠/١٣، ب ١١٠ .

والتوت ﴿ بالتائين من فوق ﴾ خرطة وخرطات .
 ﴿ ولوباع الاصول من النخل بعد التأبير ، فالثمرة للبايع ﴾ .
 ﴿ وكذا ﴾ لوباع ﴾ الشجرة بعد انعقاد الثمرة ﴿ كانت المباع ، مستورة كانت أم بارزة ﴾ ما لم يشترطها ﴿ أي الثمرة ﴾ المشتري ﴿ فندخل في المقامين ، وقد مر الكلام فيهما فلاوجه لاعادته هنا .
 ﴿ و ﴾ حيث ما كانت الثمرة للبايع وجب ﴿ عليه ﴾ أي على المشتري ﴿ بتبقيتها الى أوان بلوغها ﴾ وأخذها عرفاً بحسب تلك النخلة والشجرة ، من بسر أورطب ، أو تمر ، أو عنب ، أو زبيب .
 وان اضطرب العرف فالأغلب ، ومع التساوي ففي الحمل على الأقل أو الأكثر أو اعتبار التعيين والافيطل أوجه ، والاحتياط واضح .
 ﴿ ويجوز أن يستثنى 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 فسي الصورتين الاخيرتين ، بخلاف الاولى فان استثنائها كبيع الباقي منفرداً ، لامتياز حق كل عن صاحبه ، بخلاف الاخيرتين فانه فيهما شائع في الجميع ، فيوزع الناقص عليهما اذا كان التلف بغير تفریط .
 وطريق توزيع النقص على الحصة المشاعة جعل الذاهب عليهما والباقي لهما وأما في 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 لا يجوز بيع السنبل بحب منه﴾ اجماعاً ﴿وهي المحاقلة﴾ .
 ﴿وفي﴾ جواز ﴿بيعه بحب من غيره قولان، أظهرهما﴾ وفاقاً للمرتضى ﴿التحريم﴾ والقول الثاني في المقامين للنهاية^(١) وجماعة .

وهل يختص المنع بالمزبنة والمحاقلة أم يعم ما يشابهها؟ فلا يحل بيع باقي الثمار على أصولها مطلقاً منها أو من غيرها قولان، أحوطهما: الثاني، وإن كان الاظهر الاول وفاقاً لجمع .

﴿ويجوز بيع العربية بخرصها﴾ اجماعاً نصاً^(٢) وفتوى، وبهما يخص عموم أدلة المنع عن المزبنة . ﴿وهي النخلة﴾ الواحدة التي ﴿تكون﴾ للرجل ﴿في دار﴾ رجل ﴿آخر﴾ فيجوز له أن يبيعها بخرصها، واكتفى عنه المصنف بقوله ﴿فيشترها صاحب المنزل بخرصها تمرأ﴾ من غيرها .

وظاهر النص والتمن أن العربية 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 لا بد من البيع من صاحب الدار دون غيره، كما هو ظاهر الاصحاب .

ولاعربية فيما عدا النخلة، ولا في المتعددة منها، الامع تعدد الموضوع أو المالك لا للعقد ولا بتمر منها مطلقاً للاكثر .

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

(١) النهاية ص ٤١٦ .

(٢) وسائل الشريعة ٢٥/١٣ ، ب ١٤ .

اتفاقاً .

والمعتبر فيه المماثلة بين ثمرة النخلة عند صيرورتها تمرأ وبين التمر الذي هو الثمن، وقيل : بين ما عليها رطباً وبين التمر . والاول أشهر .
ولايعتبر مطابقة ثمرتها جافة لثمنها في الواقع ، بل في ظن المخاص عندالعقد فلو زادت عند الجفاف عسنة أو نقصت لم يقدر في الصحة ، وقيل : يقدر . والاول أظهر .

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

﴿ ويجوز بيع الزرع قصيلاً ﴾ أي مقطوعاً بالقوة، بأن شرط قطعه قبل حصاده ﴿ وعلى المشتري قطعه ﴾ عملاً 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 امكن فصله مع الاطلاق وبعد المدة التي شرطاً فصله فيها مع التعيين .

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

﴿ ولو تركه ﴾ أي البائع الفصل ﴿ 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﴾ أوجماعه ﴿نخل﴾ أوزرع 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 جماعه، أو من ثمرة مطلقاً ولو من غيرها كما من آخرين ﴿بوزن معلوم صح﴾ للصحيح^(٣).

وبها مضافاً إلى عدم الخلاف الأمن الحلي يقيد أخبار المنع عن المزابنة والمحاولة إن جعلنا هذا التقييل بيعاً، والافهي معاملة خاصة .

وظاهرها تأديتها بمادل على ما اتفقا عليه بأي عبارة، خلافاً للمحكي عن الجماعة فاشتراطوا في صيغتها الوقوع بلفظ القبالة، وهو غير ظاهر المستند، وإن 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 إلى ما كان عليه من الشركة، فلم أفد له على حجة وإن ذكره جماعة .

فالمتجه - وفقاً لجماعه - عدم اشتراط السلامة في الصحة، إن لم يشترط كون الثمن من نفس الثمرة، أو اشترط ولم ينزل على الاشاعة .

ولو كان النقص لآفة 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 .

﴿وإذا مر الانسان بثمره النخل﴾ والفواكه ﴿جاز له أن يأكل ما لم يضر﴾

(١) وسائل الشريعة ١٣/١٣، ب ٧ .

(٢) كما في المطبوع من المتن .

(٣) وسائل الشريعة ١٣/١٨، ب ١٠ .

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

﴿أويقصد﴾ 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 ولادليل عليه بل ولاعلى الثاني ان لم يكن اجماعاً، ولكن اشتراطهما بل واشتراط عدم العلم بكرة 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^(١) ، 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. ولاريب أن التورع عنهما أحوط وأولى، وان كان وجهه هنا أكد وأقوى .

(الفصل السابع)

(في بيع الحيوان)

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

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٤ ، ب ٨ .

في زمن الخيار ممن لا خيار له كما مر .

﴿ولا يمنع العيب الحادث﴾ فيه من غير جهة المشتري في زمن الخيار
 ﴿من الرد به﴾ 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 الاصابي والمشترط أو مضى 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 كما مر .

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

﴿و﴾ أما ﴿لوبياع﴾ الشاة مثلاً ﴿واستثنى الرأس أو الجلد﴾ منها ﴿ففي
 رواية ^(١) السكوني﴾ وغيرها أن البائع ﴿يكون شريكاً بنسبة قيمة ثنياه﴾ أي
 مستثناه . فلو قوم الشاة جميعها بعشرة وبدون المستثنى بتسعة ، يكون البائع
 شريكاً بالعشر .

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 مذبح الحيوان فيصح البيع والشرط معاً وحيه فيفسدان ، وهو الأقوى .

﴿ولو اشترك جماعة في شراء الحيوان واشترط أحدهم الرأس والجلد بما له﴾ 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﴾ لا غير، وان أدى أحدهما الجميع باذن الآخر صريحاً أو فحوى، ولو بمقتضى العادة لهما في الانقاد عنه ازمه العقد له والافلا . ولو تلف المبيع بعد قبضه باذن الآخر ولو فحوى، فهو منهما ويرجع على الآخر بما نقد عنه، اذا كان باذنه لامطلقاً .

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

(١) النهاية ص ٤١٣ .

(٢) المبسوط ص ١٦٥ .

(٣) وسائل الشريعة ٤٩/١٣، ح ١٠١ .

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

❀ و❀ بعضهم زيادة على العمومات ❀ في رواية^(١) ❀ 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 ،
وسياتي الكلام في نظير المسألة في كتاب الشركة .

❀ ويجوز النظر الى وجه المملوكة ومحاسنها اذا أراد شراءها ❀ اذا لم يكن بتلذذ
وربية اجماعاً ، بل جوز في التذكرة النظر الى ما عدا العورة، ولكن الاحوط خلافه .

❀ ويستحب لمن اشترى رأساً ❀ أي رقيقاً ، ذكرأ كان أو أنثى ❀ أن يغير
اسمه ❀ عند شرائه ، بل قيل : مطلقاً ولو بالانتقال بنحو من الهبة والصلح .

❀ و❀ أن ❀ يطعمه شيئاً حلواً ، ويتصدق عنه بأربعة دراهم ❀ شرعية .
❀ ويكره أن يريه ثمنه في الميزان ❀ بل قيل : بالكرهه حيث كان .

مسائل تتعلق ببيع الحيوان :

❀ ويلحق بهذا الباب مسائل : ❀

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

❀ وقيل : ❀ انه ❀ لا يملك شيئاً ❀ مطلقاً ، الا أن يأذن له الدولى في التصرف
فيحصل له اباحته خاصة ، والقائل الاكثر ، وفي كلام جمع الاجماع ، وهو الاظهر .

❀ الثانية : من اشترى عبداً ❀ مثلاً وكان ❀ له مال ، كان ماله للبايع ❀ مطلقاً
❀ الا مع الشرط ❀ للمشتري فيكون له ، على الاظهر الاشهر .

وقيل: بأنه للبائع مع جهله، وللمشتري مع علمه، وهو ضعيف .
 وعلى تقدير الدخول ينبغي أن يراعى فيه شروط البيع ، من كونه معلوماً
 لهما أو مافي 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 بالمحاقه به ﴿استبراء
 الامة﴾ الموطوعة له حال بلوغها ، في قبل أو دبر عزل أم لا ﴿قبل بيعها﴾ بل
 مطلق الانتمال ، على الاشهر الاقوى ، بترك وطبها مطلقاً ولو دبراً ، دون سائر
 الاستمتاعات في زمان يأتي عليها ﴿بحيضة﴾ واحدة ان لم تبغ في أثنائها، والا
 فيكفي تمامها على الاشهر الاقوى ﴿ان كانت ممن تحيض﴾ وحدها شرعاً البالغة
 تسع سنين .

﴿وبخمس وأربعين يوماً﴾ من حين الوطي ﴿ان لم تحض﴾ بعد أو انقطع
 عنها حيضها ﴿وكانت في سن من تحيض﴾ .
 ﴿وكذا يجب الاستبراء﴾ كما وكيفاً ﴿على المشتري اذا لم يستبرأها
 البائع﴾ مطلقاً علم بوطيه لها أو جهل، ولا يجب اذا علم العدم .
 هذا ، والاحوط ترك سائر الاستمتاعات وعدم الاكتفاء بتمام الحيضة حيث
 تباع في الاثناء، بل حتى تستأنف أخرى، بل وحيضتين مطلقاً كما في الصحيحين^(١)
 ولا بخمس وأربعين يوماً حيث تكون هي المقدر ، بل حتى تمضي عابها ثلاثة
 أشهر .

وإذ ذكرناه من تعميم الوطي للدبر مطلقاً أشهر وأحوط ، وان كان في تعينه
 على اطلاقه نظر .

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

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

﴿ويقبل قول ﴾ البائع ﴿العدل اذا أخبر بالاستبراء﴾ أو عدم الوطي .
وقيل : لايقبل، بل لا بد من الاستبراء . وهو أحوط، وان كان القبول أظهر وفاقاً
للاكثر .

وهل المعتبر العدالة كما في ظاهر العبارة أم يكفي الوثوق والامانة؟ الاحوط
الاول، وان كان الثاني لا يخلو عن قوة .

﴿ولا﴾ يجوز أن ﴿توطأ﴾ الامة ﴿الحامل قبلا حتى تمضي لحملها أربعة
أشهر﴾ كما عليه جماعة، وزاد آخرون عشرأ .

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 قبلاً وفاقاً للاكثر، وان كان مطلقاً - ولو دبراً كما قيل
به - أحوط وأولى .

﴿ولو وطئها عزل﴾ عنها استحباباً ﴿ولو لم يعزل كره له بيع والدها﴾ 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 يستغوا ﴿عنهن .
﴿و﴾ اختلف في ﴿حده﴾ أي الاستغناء ، فقيل : ﴿سبع سنين﴾ مطلقاً
﴿وقيل : أن يستغني عن الرضاع﴾ كذلك . وقيل : بالتفصيل بين الانثى فالاول

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

وسياتي انشاء الله سبحانه ترجيح الثالث ثمة ، الا أنه لا اشعار في شيء من نصوص^(١) المسألة بشيء من الاقوال المزبورة ، بل هي بخلاف بعضها ظاهرة . ولا يترك الاحتياط في المسألة سيما على القول بالحرمة المشار اليه :

﴿ ومنهم ﴾ كلاسكافي والمفيد والقاضي وغيرهم بل المشهور كما قيل ﴿ من حرم ﴾ التفرقة ، ولا يخلو عن قوة .

والاصح تعميم المنع الى غير الام من الارحام المشاركة لها في الشفقة والاستيناس ، كلاب والاخ والبنات والعمة والخالة ، وتخصيصه بصورة عدم المراضات . ولا يتعدى المنع الى البهيمة ، بل يجوز التفرقة بينهما بعد الاستغناء عن اللبن مطلقاً ، وقبله ان كان مما يقع عليه الزكاة ، أو كان له ما يمونه من غير لبن أمه . قيل : وموضع الخلاف بعد سقي الام اللباً^(٢) ، أما قبله فلا يجوز مطلقاً .

﴿ الخامسة : اذا وطئ المشتري الامة ﴾ المبتاعة جهلامنه بالفصية ﴿ ثم بان ﴾ وظهر ﴿ استحقاقها ﴾ لغير البائع بالبينة ونحوها ﴿ انتزعا ﴾ المالك ﴿ المستحق ﴾ لها .

﴿ وله ﴾ أي للمالك ﴿ عقرها ﴾ أي ﴿ نصف العشر ﴾ من ثمنها ﴿ ان كانت ثيباً ، والعشر ﴾ منه ﴿ ان كانت بكرأ ﴾ على الاشهر ، وفي الخلاف الاجماع . ﴿ وقيل : يلزمه مهر أمثالها ﴾ والقائل الشيخ والحلي ، والاول أقوى . ولا فرق في ثبوت العقر أو المهر بالوطي ، بين علم الامة بالمحالة وجهلها بها على الاقوى .

(١) وسائل الشيعة ٤١/١٣ ، ب ١٣ .

(٢) اللبأ : أول اللبن في 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 ، ولا يرجع مع العلم به ، ولو علم مع ذلك بتحريم الوطي ، كان زانياً والوالد رق ، وعليه الحد بموجب الزنا والمهر اتفاقاً .

ولو اختلف حاله ، بأن كان جاهلاً 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 ما يسيبه الظالم﴾ مطلقاً مسلماً كان أو كافراً ﴿وان كان للامام عليه السلام﴾ بعضه ﴿فيما لو أخذ غيلة ونحوها مما لاقتال فيه ، فانه لاخذه وعليه الخمس﴾ أو كله ﴿فيما لو أخذ 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 المالك ، فلا يؤخذ من دون رضاه مطلقاً ، فان كان اجماع والا فما ذكروه محل شبهة ، الا أن الاحوط ما ذكروه .

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

﴿فان مات﴾ البائع ﴿ولاعقب﴾ ولا وارث ﴿له سعت الامة في﴾ ثمن

﴿ رقبته^(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 ﴿ ولا تكلف ﴾ الامة ﴿ السعي ﴾ لاداء الثمن ﴿ كان حسناً ﴾ وعليه أكثر المتأخرين ، أخذاً بالاصول وطرحاً للخبر بما فيه من القصور ، ويجب على الحاكم حفظها ليوصلها الى مالكيها .

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

﴿ وفي المستند ضعف ﴾ بجهالة الراوي أو غلوه ، ومخالفته المتن لاصول المذهب ﴿ وذلك حصل ﴾ في صورة ﴿ الفتوى ﴾ في المسألة ﴿ اضطراب ﴾ واختلاف فبين من عكف على ظاهر الرواية كالقاضي والنهاية^(٥) ، وبين من حكم لمولسى

(١) في المطبوع من المتن : قيمتها .

(٢) وسائل الشيعة ١٣ / ٥٠ ، ح ١٣ .

(٣) النهاية ص ٤١٤ .

(٤) وسائل الشيعة ١٣ / ٥٢ ، ب ٢٥ .

(٥) النهاية ص ٤١٤ .

المأذون بعد حلفه باسترقاق العبد الممتع كالمصنف في الشرائع^(١) وجماعة .
 ﴿وقال هنا: انه﴾ يناسب الاصل ﴿في المسألة﴾ المحكم بامضاء ما فعله
 المؤلفون ما لم تقم بينة تنافيه ﴿وتبعه ابن فهد في الشرح، وقواه في الدروس اذا أقر
 بذلك ، قال: الآن فيه طرحاً للرواية المشهورة . وفيه مناقشة .

هذا كله مع عدم البينة، ومعها تقدم ان كانت لواحد، وان كانت لاثنين أو للمجتمع
 بني على تقديم بينة الداخل أو الخارج عند التعارض ، فعلى الاول المحكم لمواي
 المؤلفون 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 عبيدين ليختار أحدهما، فأبق واحد﴾ منهما من يده من دون تفريط ﴿قيل:﴾ كما
 عن الطوسي والقاضي ﴿يرتجع﴾ المشتري ﴿نصف الثمن﴾ من البائع، وبأخذ
 في الفحص عن الأبق .

﴿ثم ان وجده﴾ رد الثمن 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، أو مطلقاً ان قلنا بضمان
 نحو المقبوض بالسوم و﴿يطالبه بما ابتاعه﴾ منه في الذمة .

﴿ولو ابتاع عبداً من عبيدين﴾ أي أحدهما كلياً ﴿لم يصح﴾ علسي الأشهر

(١) شرائع الاسلام ٦٠/٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٤٤/١٣ ، ب ١٦ .

الاقوى. ولا فرق 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 رجس عنه في باب
السلم .

﴿التاسعة: اذا وطى أحد الشريكين﴾ مثلاً ﴿الامة﴾ المشتركة بينهما فعل
حراماً و ﴿سقط من الحد ما قابل نصيبه﴾ ونصيب شريكه اذا كان بحكمه ،
كالولد فانه لا حد على الاب في نصيب ابنه ، كما لا حد عليه لو كانت باجمعا
لابنه .

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

وطريقه مع عدم الاحتياج الى تبويض الجلدة الواحدة واضح ، وأمامه فالظاهر
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 ما قابل 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 الشريعة ٤٥/١٣ ، ب ١٧ .

﴿وقيل:﴾ كما عن النهاية^(١) انها ﴿تقوم بمجرد الوطي﴾ والاول أظهر، ولكن الثاني مع رضا الطرفين أحوط .

﴿وينعقد الولد حراً﴾ مطلقاً و او كان الوطي عن زنا في ظاهر اطلاق العبارة و صريح جماعة، وهو ظاهر النصوص. ولعله وجه الحكمة أنه ليس زناً محضاً، بسبب ملكه لبعضها الموجب للفراس، كما صرح في بعضها، ومن هنا حكم جماعة بأن الواجب هنا من الحد الجلد خاصة وان كان محصناً، لانه الذي يقبل التبويض، 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 بكر أم ثيباً، وهو العشر أو نصفه مستثنى منهما قدر نصيبه، وفاقاً لجماعة وان خلت عنه العبارة، أخذت 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 و دفع القيمة أو الضمان مع رضا الشريك فكسبها قبل ذلك للجميع، وكذا حق الاستخدام. ولو سقط الولد قبل التقويم، استقر ملك الشركاء .

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

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

(١) النهاية ص ١٢٤ .

(٢) وسائل الشريعة ١٨ / ٣٨٩ ، ب ٢٢ .

والفارق بينهما مع اشتراكهما في الاذن المطلق اما تصريح المولى بالخصوصيين
أودلالة القرائن عليه، ومع عدمها فالظاهر حملة على الاذن .
وعلى ما ذكرنا يحمل اطلاق العبارة ببطلان اللاحق، بحمله على عدم اللزوم
المطلق المتردد بين البطلان بالمعنى الاخص والاعم .

﴿ولو اشتبه﴾ السابق أو السابق ﴿مسحت الطريق﴾ التي سلكها كل واحد
منهما الى مولى الاخر ﴿وحكم﴾ بالسبق ﴿للاقرب﴾ منهما طريقاً، مع تساويهما
في المشي قوة وضعفاً ، وفاقاً للشيخ للمخبر^(١).

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

أحدهما - القرعة من غير فرق بين صورتى الاشتباه في السابق أو السابق، وقيل
بها في الثانية وبالبطلان في الاولى كصورة الاقتران، والاولى أقوى، وعليه تستخرج
في الصورة الثانية برقتين يكتب في احدهما السابق وفي الاخرى المسبوق، وفي
الاولى بثلاث رقع يكتب في الثالثة الاقتران .

﴿فان انفقا﴾ طريقاً ﴿بطل العقدان﴾ معاً ، كصورة الاقتران ، وفاقاً للحلبي
وكثير من المتأخرين، وان اختلفوا في اطلاق البطلان كما عن الاول وتقييده بصورة
عدم الاجازة أو الوكالة ، كما عليه الباكون وهو الاقوى .

﴿وفي رواية^(٢)﴾ مرسلة عمل بها النهاية^(٣) وبعض من تبعه أنسه ﴿يقرع
بينهما﴾ وضعف سندها ومخالفتها الاصل يمنع عن العمل بها، وهنا قول آخر .
ثم ان هذا كله اذا كان شراؤها لمولاهما كما فرضنا ، أما لو كان لانفسهما، فان

(١) وسائل الشريعة ٤٦/١٣ ، ب ١٨ .

(٢) وسائل الشريعة ٤٦/١٣ ، ح ٢٣ .

(٣) النهاية ص ٤١٢ .

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

(الفصل الثامن)

(في السلف)

هو والسلم عبارتان عن معنى واحد .

﴿وهو ابتياع﴾ مال موصوف ﴿مضمون﴾ في الذمة ﴿إلى أجل﴾ معلوم ﴿بمال﴾ كذلك ﴿حاضر﴾ مقبوض ﴿أو في حكمه﴾ مما لم يكن حاضراً في المجلس ثم أحضر وقبض فيه قبل التفرق ، وكذا ما كان حاضراً فيه موصوفاً غير معين إذا عين فيه، وما كان ديناً على البائع على قوله، فإنه 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 إليه بقوله : قبلت وشبهه .

ولو جعل الإيجاب منه بلفظ : أسلمت، نك، واستلفت، وتسلفت ونحوها جاز والقبول من المسلم هنا قبلت وشبهه .

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

شرائط بيع السلف :

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

﴿الاول﴾ ذكر الجنس ﴿والمراد به هنا الحقيقة النوعية﴾ ، كالشعير والحنطة

﴿والوصف﴾ الرفع للجهاالة، الفارق بين أصناف ذلك النوع بعبارة معلومة

عند المتعاقدين ظاهرة الدلالة .

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

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

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

﴿فلا يصح﴾ السلم ﴿فيما لا يضبطه الوصف كالمحم﴾ نية ومشوية ﴿والعبز﴾ 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 فسي ضمنها من غير تعيين، وهو غير مخرج عن وضعه، كاشتراطه من غلة قرية معينة لاتخمس عادة، وحينئذ فتكفي مشاهدة الحيوان عن الامعان في الوصف وهو حسن ، الا أن المشهور أحوط .

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

وضابطها : كل ما يباع بالوزن ولا يلاحظ فيه الاوصاف الكثيرة عرفاً .

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

والطيب ونحو ذلك ﴿و﴾ بالجملة ﴿كل ما يمكن ضبطه﴾ بالوصف المعبر .
 ﴿الثاني : قبض رأس المال﴾ أي الثمن ﴿قبل التفرق﴾ بالبدن، فلولم يقبض
 قبله بطل .

﴿ولو قبض بعض الثمن ثم افترق اصح 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^(١) ، خلافاً للاكثر . وأولى بالجواز ما لو حوسب به عسن الثمن
 الكلي وعليه الاكثر، خلافاً لبعض فأبطل، وهو في المقامين أحوط، وهو الوجه
 في قوله : ﴿لكنه يكره﴾ .

﴿الثالث : تقدير المبيع﴾ المسلم فيه وتعيينه ﴿بالكيل أو الوزن﴾ المعلومين
 فيما يعتبر بهما ومالا يضبط الأبا أحدهما 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 ما يقل فيه التفاوت فالجواز وما
 يكثر فالمنع ، ولعله أقوى .

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

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

﴿ولا يصح﴾ السلم ﴿في﴾ نحو ﴿القبض أطناناً^(١)﴾ ، ولا في الحطب حزمياً ، ولا في الماء قريباً ﴿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 لو كان مما يباع جزافاً جاز الاقتصار على مشاهدته ، كما لو بيع .
﴿وقيل : يكفي﴾ هنا التقدير بـ ﴿المشاهدة﴾ مطلقاً ، 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 أوفيهما 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 مطلقاً ﴿واو كان معدوماً وقت العقد﴾ اجماعاً .

احكام بيع السلف :

﴿الثاني : في أحكامه ، وهي خمسة مسائل :﴾

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

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

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

يقبضه ﴿مطلقاً ولو بهجانس الثمن ، ربووين كانا أم غيره ، مساويين كانا أم لا على الأشهر بين المتأخرين ، خلافاً لاكثر القدماء فيما لو بيع بالدرهم واشترى به متفاضلاً 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﴾ مطلقاً ﴿على من هو عليه﴾ وهو المسلم اليه ﴿وعلى غيره﴾ بل ظاهر الغنية المحرمة مدعيّاً عليه الاجماع ، لكنه معارض بالصحيح^(١) الدالة هنا على جواز بيعه على من هو عليه قبل القبض من غير كراهية ، لكن لا بأس بها خروجاً عن الشبهة .

﴿و﴾ كما يجوز بيعه كملاً 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 مطلقاً ، ويجوز بعده كذلك بلاخلاف في الاخير الا من الحاي فيما لو بيع على غير من هو عليه ، فمنع عنه مدعيّاً 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 مؤجلاً 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

في الاول المنع ، مع أنه أيضاً أحوط .

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

﴿وقيل : يكره﴾ والقائل الشيخ في النهاية^(١) ﴿وهو الاشبه﴾ بالاصل السليم عما يصلح للمعارضة. هذا اذا كان الثمن ديناً بالعقد، كما هو فرض الاصحاب والمتمن .

﴿وأما لو باع ديناً في ذمة زيد بدين للمشتري في ذمة عمرو فلم يجز﴾ قولاً واحداً ﴿لأنه يبيع دين بدين﴾ منهي عنه بلا اشكال .

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

﴿واورضي 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 فيخلى بينه وبينه ويبرأ بمجردده على الظاهر .

﴿وكذا﴾ يجب القبول أو الابراء بعد الحلول ﴿لسو دفع﴾ اليه ﴿فوق الصفة﴾ في المشهور. قيل : لأنه احسان محض فالامتناع عنه عناد، ولأن الجودة صفة لا يمكن فصلها ، فهي تابعة .

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

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

يمكن^(١) الحصول بعد الاجل عادة، فاتفق عدمه ابتداءً أو بعد وجوده ﴿فظاب﴾
المسلم البائع اياه ﴿كان مخيراً بين الفسخ﴾ واسترداد الثمن أو مثله ﴿والصبر﴾
الى وجوده ولم يفسخ العقد، بلاخلاف في الاخير، وعلى الاشهر الاظهر في الاول
وله أيضاً أن لا يفسخ 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 ، ولا كذلك لو كان بعدم المطالبة أو بمنع البائع مع امكانه .

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

و او قبض البعض وتأخر الباقي ، تخير بين الصبر والفسخ فسي 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 ما هو معلوم﴾ غير موجب للجهاالة .
﴿فلا يبطل 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 الشريعة ١٢ / ٤٠٢ ، ح ٥٥ .

مدة كذا ، بشرط أن تبيع مني ، أو توهب لي كذا ، أو تعامني 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 ﴿للهالة﴾ 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 قولاً واحداً .

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

﴿النظر الثالث : في لواحقه ، وهي قسمان :﴾

احكام دين المملوك :

﴿الاول : في دين المملوك﴾

اعلم أنه ﴿ليس له ذلك﴾ أي أخذ الدين مطاقاً ولو له ولاده ﴿الامع الاذن﴾ منه له فيه .

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

﴿ذمته ويتبع به اذا أعتق ولا يلزم المولى﴾ شيء لافي ذمته ولا في كسب العبد ،
الا اذا علم باستدانته ولم يمنعه ، فيسعى حينئذ كما في المعتبرة^(١) .

﴿ولو اذن له المولى﴾ في الاستدانة ﴿لزمه دون المماوك﴾ بلا خلاف
﴿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 لا يتعلق بنفقته اللازمة ،
بل كانت غيرها من مصالحه ﴿فيه﴾ ﴿روايتان﴾^(٢) : احدهما ﴿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) ﴿الآخرى﴾ أنه ﴿لا يسقط عن ذمة المولى وهي﴾ أي
هذه الرواية ﴿أشهر﴾ في الفتوى ، وأصح سنداً ، وأوفق بالاصول جداً ، فالعمل
بها أقوى ، وان كان العمل بالاولى المعبود أحوط وأولى .

﴿ولو مات المولى كان الدين﴾ أي دين العبد الذي ازمه - وولاه ﴿في
تركته﴾ .

﴿واو كان له غرماء كان غريم المملوك كأحدهم﴾ لا يقدم أحدهم على
الآخر .

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

﴿وهل يسعى العبد فيه؟﴾ أي في الدين ﴿قيل : نعم﴾ مطلقاً كما عان

(١) وسائل الشريعة ١٣/١١٨ ، ح ١٠ .

(٢) نفس المصدر .

(٣) وسائل الشريعة ١٣/١١٨ ، ح ٢٠ .

النهاية (١) .

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

أحكام القرض :

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

﴿ينشأ من معونة المحتاج تطوعاً﴾ وتقرباً الى الله تعالى ، وهو أفضل من الصدقة، فهو بعشرين وهي بعشرة . ولا بد لافادته انتقال الملك من عقد يتضمن الإيجاب والقبول ، فلا يكفي المواطاة وان أباحت التصرف .

والصيغة : أقرضتك، وانتفع به، أو تصرف فيه، أو ملكتك، أو خذ هذا ، أو اصرفه عليك عوضه، أو ما أدى هذا المعنى، لانه عندهم من العقود الجائزة .

ولا تنحصر في لفظ، بل تتأدى بما أفاد معناها، وانما يحتاج الى ضمنية « عليك عوضه » ما عدا الصيغة الاولى ، فانها صريحة في معناه لانفتقر اليها .

فيقول المقرض: قبلت وشبهه مما دل على الرضا بالإيجاب، ولا يكفي القبض في افادة الملك ، وان كفى لاباحة التصرف .

﴿ويجب الاقتصار على﴾ أخذ ﴿العوض﴾ مثلاً أو قيمة من دون زيادة ، حيناً كانت أو صفة، ربوية كانت العين المستترضة أم غيرها اجماعاً، الا اذا لم يشترطها المقرض ، فلا بأس بها مطلقاً .

﴿ولو شرط النفع﴾ يعني الزيادة ﴿ولو بزيادة الوصف﴾ كالصالح عوض المكسرة ﴿حرم﴾ حتى في المثال، على الأشهر الاقوى .

﴿نعم لو تبرع المقرض بزيادة في العين أو الصفة لم يحرم﴾ اجماعاً، فان

خير القرض ما جر المنفعة .

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

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

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

﴿ و ﴾ اعلم أن ما يصح اقراضه ، وهو كل ما صح احصاء قدره ووصفه ، فيجوز أن ﴿ يقترض الذهب والفضة وزناً، والحبوب كالحنطة والشعير ﴾ والتمر والزبيب ﴿ كيلا ووزناً ، والخبز وزناً ﴾ بلاخلاف ﴿ وعدداً ﴾ على الاظهر الاشهر .

والنص^(١) صريح في جواز اقتراضه عدداً والرد متفاوتاً، خلافاً للدروس^(٢) فاشترط فيه عدم العلم به ، ولعل المراد التفاوت الذي لا يتسامح به عادة .

وكل ما يتساوى أجرؤه قيمة ومنفعة ويتفاوت صفاته، ويعبر عنه بـ « المثالي » يثبت في الذمة مثله كالحبوب. ويلحق به العين المستقرضة للاولوية .

وإذا تعذر ينتقل الى قيمته يوم المطالبة على قول، ووقت القرض على آخر ووقت التعذر على ثالث، ولاريب أن العمل بأعلى القيم منها للمقرض أحوط ، كما أن العكس للمقرض أحوط .

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٠٩، ب ٢١ .

(٢) الدروس ص ٣٧٦ .

وما ليس 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 ما ليس كذلك كالجواهر بالقيمة .

وعلى اعتبار القيمة مطلقاً أو على بعض الوجوه، فهل المعتبر قيمة وقت التسليم، أو وقت القرض، أو وقت التصرف فيه؟ أقوال، والاحتياط هنا كما سبق. قيل: ولا اعتبار لقيمة يوم المطالبة هنا قولاً واحداً، إلا على القول بضمانه بالمثل فتعذر، فيعتبر يوم المطالبة كالمثل على أصح الأقوال .

﴿ويملك الشيء﴾ المستقرض ﴿المقترض به﴾ 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 لو دفعها المقترض، وفي النماء قبل التصرف، ان قلنا بكون التصرف ناقلاً للملك حقيقة أو ضمناً، يعني: قبل التصرف باحظة يسيرة، كما في العبد المأمور بعقده عن الأمر غير المالك، فانه للمقترض على المختار وللمقرض على غيره، واو قيل فيه بالكشف فيه احتمالان .

وليس للمقرض الرجوع في العين على المختار وفاقاً للاكثر، ولا ينافيه الاجماع على جواز العقد، لما بينته في الشرح الكبير^(١).

﴿ولا يلزم اشتراط الاجل فيه﴾ وان صح، وانما فائدته جواز الدفع اليه ووجوبه بعده .

﴿و﴾ كذا ﴿لا يتأجل الدين الحال﴾ بتأجيله، بأن يعبر عنه صاحب الدين بعبارة تدل عليه، من غير ذكره في عقد لازم، بأن يقول: أجلتلك في هذا الدين

مدة كذا. اذ ليس ذلك عقداً يجب الوفاء به، بل وعد يستحب فيه الايفاء، والحكم فيه مطلق ﴿مهراً كان﴾ الدين ﴿أو غيره﴾ .
 ﴿ولو غاب صاحب الدين غيبة منقطعة نوى المستدين قضاءه﴾ وجوباً ،
 والا كان بمنزلة السارق، كما في النص^(١). وكذا الحكم في كل حق ، سواء كان
 ذو الحق غائباً أو حاضراً .

وانما ذكر الوجوب مع الغيبة المنقطعة تأكيداً، وفي رواية : من كان عليه
 دين ينوي قضاءه كان معه من الله عز وجل حافظان يعينانه على الاداء من امانته ،
 فان قصرت نيته عن الاداء قصر عنه عن المعونة بقدر ما قصر عن نيته^(٢) .

﴿و﴾ يجب عليه ﴿عزله عند وفاته﴾ وفقاً للنهائية^(٣) وجماعة ، خلافاً
 للحلي فلا يجب، والاول أحوط ، وأحوط منه العزل مطلقاً فقد حكى قولاً، لكن
 لا يلزم منه انتقال الضمان، بل عليه الضمان مع التلف على الاطلاق .
 وأن يكون ﴿موصياً به﴾ عند الوفاة الى ثقة .

﴿ولولم يعرفه اجتهد في طلبه﴾ يبذل الوسع في الفحص عنه في الامكنة
 التي يتوقع كونه أو خبره بها، ويستمر كذلك على وجه لو كان لظاهر .

﴿ومع اليأس﴾ عنه عادة، بحيث لا يحتمل الوقوف عليه ﴿قيل﴾: يجب
 أن ﴿بتصدق به عند﴾ والقائل الشيخ والقاضي وجماعة بل الاكثر والمشهور كما
 ذكره جماعة، وبه روايات^(٤) بعضها صحيحة لا بأس بالعمل بها، وان أنكره الحلي
 رأساً وأوجب الدفع الى الحاكم، وهو أحوط .

(١) وسائل الشريعة ٨٥/١٣، ج ١٣ .

(٢) وسائل الشريعة ٨٦/١٣، ج ٣ .

(٣) النهاية ص ٣٠٧ .

(٤) وسائل الشريعة ١١٠/١٣ .

﴿ولا يصح المضاربة بالدين حتى يقبض﴾ مطلقاً ولو كان من هو عليه عاملاً
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 ، فإنه مع عدم الاستتار يباح
بالحربي .

﴿ولو أسلم الذمي قبل بيعه﴾ مالا يملكه حال إسلامه ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ
﴿يتولاه غيره﴾ ممن يجوز له بيعه، للخبر^(٢) ﴿وهو ضعيف﴾ مخالف للاصول .
﴿ولو كان لائنين﴾ فصاعداً ﴿ديون﴾ شتركة بينهما ﴿فانسداهما﴾، فما حصل ﴿
كان﴾ لهما ، وما توى ﴿بالمثناة من فوق﴾ بمعنى هالك كان ﴿منهما﴾ على الأشهر
الأقوى، وادعى الشيخ وابن زهرة عليه الاجماع .

وقد يحتال للقسمة بأن يحيل كل منهما صاحبه بحصة التي يريد اعطاؤها اياه
ويقبل الآخر، بناءً على صحة الحوالة من البري، أو فرض سبق دين عليه، أو يصطلحا
على ما في الذم بعضاً ببعض .

﴿ولو باع﴾^(٣) الدين بأقل منه ﴿عيناً أو قيمة﴾، على وجه لا يحصل 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، ب ٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/١٦٧، ح ٢ .

(٣) في المطبوع من المتن : بيع .

(٤) وسائل الشيعة ١٣/٩٩، ب ١٥ .

الوارد بذلك المعمول به عند الشيخ والقاضي، ومن ضعف سند ومخالفته الاصول الشرعية، وهذا أولى وأشهر أيضاً .

(خاتمة :)

﴿أجرة الكيال ووزان المناع على البائع﴾ الامر له بهما ، لانها لمصاحته فتعلق الاجرة به .

﴿ وكذا أجرة بائع الامتعة ﴾ تتعلق به ، اذا كان بائعها دلالة 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 ما يقوم مقامه من الدلالة ﴿لم يستحق أجرة﴾ على من تلزمه الاجرة مع أمره، أو ما في حكمه ولو أجاز البيع والشراء وغيرهما .

﴿ واذا جمع ﴾ أي الواسطة ﴿بين الاتباع والبيع﴾ ونصب نفسه لذلك ويعبر عنه بـ «السماز» فباع امتعة لشخص واشترى غيرها لآخر ﴿فأجرة كل عمل على الامر به﴾ لعدم المنافاة .

﴿ ولا يجمع بينهما ﴾ أي بين العملين ﴿لواحد﴾ أي لشيء واحد، بأن يبيعه لاحد ويشتريه لآخر، الا اذا كان السعر مضبوطاً بحيث لا يحتاج الى المماكسة عادة أو كانا اتفقا على قدر معلوم وأرادا تولية طرفي العقد ، فيجوز له الجمع بينهما .
وحيث يكون عليهما أجرة واحدة بالسوية ، سواء اقترنا في الامر أم تلاحقا ، مع احتمال كون الاجرة على السابق، ولا يجب أجرتان، وفقاً لجماعة، خلافاً لآخرين

فنجبان، ولعله غير بعيد، سيما مع كون متعلق الامرين طرفي الايجاب والقبول وجهل أحدهما بأمر الآخر .

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 والابتياح، فيكون ذهاباً الى المنع، أو يعود الضمير الى الاجرتين ، بناءً على المنع عن تولي طرفي العقد أو غيره .

﴿ولا يضمن الدلال﴾ ولا السمسار ﴿ما يتلف في يده ما لم يفطر﴾ 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﴾ وشروطه :

﴿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 .

﴿ولا بد 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 أخذه بمالك، أو على مالك، أو أمسكه حتى

أعطيتك مالك بقصد الرهن، وشبهه بما أدى المعنى .

وتكفي الإشارة المفهومة في الآخرس 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 ؟ ﴿الاطهر﴾ الاشهر ﴿نعم﴾ وادعى الشيخ

وابن زهرة عليه الاجماع .

وهل هو شروط اللزوم أو الصحة ؟ قولان ، أجمعهما : الثاني .

وانما يشترط في صحته ابتداءً لاستدامة ، فلو أقبضها الرهن ثم ارتجعها صح

الرهن ولزم اجماعاً .

﴿ ومن شرطه أن يكون ﴾ المرهون ﴿ عيناً ﴾ فلا يصح رهن المنافع اتفاقاً

كما قيل ، ولا الدين مطلقاً على الاقوى .

وأن يكون ﴿ مملوكاً ﴾ فلا يصح رهن الحر اجماعاً ، من مسلم أو كافر عند

مسلم أو كافر ، ولا الخمر والخنزير بلا خلاف ، اذا كان الرهن مساماً ، وكذا اذا كان

المرتهن كذلك ولم يضعهما عند ذمي ، ومع الوضع عنده فكذلك مطلقاً وفاقاً للاكثر

خلافاً للشيخ فصححه حيثئذ اذا كان الرهن ذمياً ، ولارهن المصحف والعبد المسلم

عند كافر ، ولو وضع عند مسلم على الاحوط^(١) بل الاظهر .

وأن يكون مما ﴿ يمكن قبضه ويبيعه ﴾ فلا يصح رهن الطير في الهواء ، ولا

السماك في الماء ، الا اذا اعتيد عود الاول وشوهد الثاني وانحصر في محل ، بحيث

لا يتعذر قبضهما عادة ، فيصح رهنهما حيثئذ مع الاقباض .

وحيث اجتمعت الشرائط المزبورة ، جاز الرهن مطلقاً ﴿ منفرداً كان ﴾ بملك

الرهن ﴿ أو مشاعاً ﴾ بينه وبين غيره ، ويتوقف الاقباض في الثاني على اذن الشريك

اذا كان مما لا يكتفى في قبضه بتخليته ، لامطلقاً على الاقوى .

ولو قبضه بدون اذن الشريك ، تم القبض وصح على الاصح وان فعل المحرم .

﴿ ولو رهن ما لا يملكه ﴾ فان كان باذن المالك صح اجماعاً ، والا ﴿ وقف على

الاجازة ﴾ على الاقوى .

﴿ ولو كان يملك بعضه مضي ﴾ الرهن ويصح ﴿ في ما يملكه ﴾ وتوقف في

الباقي .

وحيث أجاز المالك قيل: يضمه الراهن وان تلف بغير تفريط، وفيه اشكال الآن ظاهر بعضهم الاجماع عليه .

وللمالك اجباره على افتكاكه مع قدرته منه والحلول، أما قبل الحلول فليس له ذلك اذا أذن فيه كما قالوه .

وللمرتهن مع الحلول واعسار الراهن أن يبيعه ويستوفى دينه منه ان كان وكيلاً في البيع ، والاباعه الحاكم اذا ثبت عنده الرهن ، سواء رضي بذلك المالك أولاً .

﴿وهو﴾ أي الرهن ﴿لازم من جهة الراهن﴾ وجائز من طرف المرتهن فله فسخه . ويستعقب اللزوم عدم جواز الانتزاع الا باسقاط المرتهن الحق من الارتهان بفسخ العقد أو حصول براءة ذمة الراهن من جميع ما عليه من حق المرتهن بأحد موجباتها .

وفي الحاق حصول البراءة من بعض الحق بهامن الجميع في جواز انتزاع مجموع الرهن قولان، أجودهما: الثاني عملاً بالاصل، وفي المبسوط^(١) الاجماع الا اذا شرط كونه رهناً على المجموع لاعلى كل جزء ، فلا ريب في الاول . وفي المسألة احتمال بل قول ثالث بالتقسيت ، وفيه ضعف .

﴿ولو شرطه﴾ أي الرهن أن يكون ﴿مبيعاً﴾ للمرتهن بذلك الدين أو بقدر مخصوص ان لم يؤده ﴿عند﴾ حلول ﴿الاجل لم يصح﴾ كل من البيع والرهن ولو قبضه كذلك ضمنه بعد الاجل لاقبله .

﴿ولا يدخل حمل الدابة ولا ثمرة النخل والشجر﴾ ونحوهما الموجودة حالة العقد ﴿في الرهن﴾ الا بالاشترط ، أو الاتصال الغير القابل للانفصال عند الاكثر ،

وهو الاظهر الا اذا حكم العرف بالدخول فيدخل .

﴿ نعم لو تجدد النماء ﴾ بعد الارتهان دخل ﴿ ان كان متصلاً لا يقبل الانفصال كالطول والسمن اتفاقاً . وكذا ان كان منفصلاً كأمثلة العبارة ، أو ما يقبله كالشعر والصوف على الاقوى وفاقاً للمشهور .

ولو اشترط المرتهن الدخول أو الراهن الخروج ، تبع الشرط ولزم .

﴿ وفائدة الرهن ﴾ مطلقاً ﴿ للراهن ﴾ عندنا ، كما أن تلفه عليه اجماعاً .

﴿ ولورهن رهنين بدينين ، ثم أدى عن أحدهما ﴾ وفك ما بازائه من الرهن

﴿ لم يجز امساكه ﴾ الدين الآخر .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو كان ﴾ له ﴿ دينان و ﴾ أخذ ﴿ بأحدهما رهن ﴾ دون الآخر ﴿ لم

يجز امساكه بهما ﴾ ولا بدين ثالث .

﴿ ولا يدخل زرع الارض ﴾ المرهونة ﴿ في الرهن ﴾ مطلقاً ﴿ سابقاً كان ﴾

على العقد ﴿ أو متجديداً ﴾ بعده .

احكام الحق المرهون :

﴿ الثاني : في ﴾ بيان ﴿ الحق ﴾ المرهون به .

﴿ ويشترط ثبوته في الذمة ﴾ بمعنى استحقاقه فيها مطلقاً وان لم يكن مستقراً

كالقرض و ثمن المبيع في زمن الخيار ﴿ ما لا كان ﴾ كأمثلة ﴿ أو منفعة ﴾ كالمثل

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 الجمالة

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 اشترط ثبوت الدين واستمراره في الذمة قبل الرهن أم الاكتفاء بالمقارنة
كأن يقول: بعثك هذا العبد بألف وارتهنت هذا الثوب به، فقال المشتري: اشتريت
ورهننت قولان، وحكي الاول عن الاكثر، ومراعاته أحوط .
﴿ولو رهن على مال ثم استدان﴾ مالا ﴿آخر﴾ فجعله رهناً ﴿عليهما
صح﴾ ولا يشترط الفسخ ثم التجديد، بل يضم بعقد جديد، وكذا لو رهن على
المال الواحد رهنأ آخر فصاعداً جاز، وان كان قيمة الاول يفى بالدين .

أحكام الرهن :

﴿الثالث : في﴾ بيان ﴿الرهن :﴾
﴿ويشترط فيه كمال العقل﴾ بالبلوغ والرشد ﴿وجواز التصرف﴾ برفع
الحجر عنه في التصرفات المالية، كما في سائر العقود .
﴿والمولي﴾ الشرع ﴿أن يرهن لمصلحة المولى عليه﴾ ماله، كما اذا افتقر
الى الاستدانة لنفقته أو اصلاح ماله، ولم يكن يبيع شيء من ماله أعود، أو لم يمكن
وتوقف على الرهن . ويجب كونه على يد ثقة يجوز ايداعه منه .
وكذا يجوز بل قيل: يجب أخذ الرهن له ، كما اذا أسلف ماله مع ظهور
الغبطة، أو خيف على ماله من غرق أو حرق أو نهب .
ويعتبر كون الرهن مساوياً للحق أو أزيد، وكونه بيد المولى أو يد عدل ،
والاشهاد على الحق لمن يثبت به عند الحاجة اليه عادة. فلو أخل ببعض هذه
الامكان ضمن كما قالوه، ولا ريب أن فيه احتياطاً لمال اليتيم المبني جواز التصرف
فيه عندهم على المصلحة والغبطة، فضلاً عن عدم دخول نقص عليه .
﴿وليس للرهن التصرف في الرهن﴾ ببيع أو وقف أو نحوه مما يوجب

ازالة الملك، ولا ﴿باجارة ولا سكنى﴾ ولا غيرهما مما يوجب نقضه اتفاقاً ، وأما غيرهما مما لا يوجب الامرين، فكذلك على الاشهر الاقوى .

﴿ولا بوطىء﴾ اجماعاً ﴿لانه تعريض للابطال﴾ في الرهن بالاستيلاء المانع عن البيع، بل ربما حصل معه الموت بسبب الوضع في بعض الاحيان .
 ﴿وفيه رواية^(١)﴾ صحيحة متعددة ﴿بالجواز﴾ اكنها ﴿مهجورة﴾ مخالفة للاجماع، كما يستفاد من العبارة وغيرها، وصرح به في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) فتكون مطرحة أو محمولة على التقية .

﴿ولوباعه الراهن﴾ بدون اذن المرتهن صح وان أثم، ولكن ﴿وتف 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 فلا يتوقف لاعتبار التنجز فيه ، ومن عموم أدلة العتق السليمة عن المعارض ، بناءً على أن المانع حق المرتهن وقد زال بالاجازة ﴿أشبهه: الجواز﴾ والصحة مع الاجازة وفقاً للنهاية^(٤) وجماعة .

احكام المرتهن :

﴿الرابع : في﴾ بيان ﴿المرتهن :﴾
 ﴿ويشترط فيه﴾ ما اشترط في الراهن من ﴿كمال العقل وجواز التصرف﴾

(١) وسائل الشيعه ١٣/١٣٣، ب ١١ .

(٢) المبسوط ٢/٢٠٦ .

(٣) الخلاف ١/٦٠٥، مسألة ٢٠ .

(٤) النهاية ص ٤٣٣ .

واعلم أن اطلاق الرهن لا يقتضي كون المرتهن وكيلاً في البيع ﴿و﴾ لكن يجوز اشتراط الوكالة ﴿﴾ في بيعه عند حلول الدين له ولو ارثه وغيره ﴿في﴾ عقد الرهن وغيره من العقود اللازمة .

﴿ولو عزل﴾ الرهن المشروطة ﴿له﴾ الوكالة، مرتهاً كان أو غيره ﴿لم﴾ ينعزل ﴿عنها﴾ على الأقوى، وفاقاً لجماعة، خلافاً لنادر فينعزل .

﴿وتبطل الوكالة﴾ المشروطة ﴿فيه﴾ أي في عقد الرهن ﴿بموت الموكل﴾ وكذا بموت الوكيل ﴿دون الرهانة﴾، فلا تبطل مطلقاً بلا خلاف. وإذا مات الرهن أو المرتهن، كان للآخر الامتناع من تسليمه إلى وارثه، وكذا للوارث الامتناع من تسليمه إليه. وإن تشاحا فللحاكم تسليمه أو تسليمه إلى عدل ليقبضه لهما .

﴿وبجوز للمرتهن ابتياع الرهن﴾ لنفسه برضى المالك مطلقاً، كان وكيلاً في بيعه أم لا إجماعاً .

وفي جوازه بمجرد وكالته في بيعه مع عدم معلومية رضى المالك به وبعدمه قولان، ولاريب أن الترك والاستيذان أحوط. والاشهر الاظهر جواز ابتياعه لو ادع وشريكه ومن يجري مجراهما .

﴿والمرتهن أحق من غيره باستيفاء دينه من الرهن﴾ مطلقاً ﴿سواء كان﴾ الرهن حياً أو ميتاً ﴿بلا خلاف في الاول﴾، وعلى الأشهر الأقوى في الثاني .

﴿وفي الميت رواية﴾^(١) ﴿أخرى﴾ بقسمته بين الغرماء بنسبة ديونهم إذا لم تف التركة بها، وهي مع قصور سندها شاذة مخالفة الأصول، لا يعرف قائل صريح بها .

﴿ولو قصر الرهن عن الدين﴾ المرهون به ﴿ضرب﴾ المرتهن ﴿مع﴾ باقي الغرماء في الفاضل ﴿من دينه﴾، ولو زاد عنه صرفه إلى الورثة أو الغرماء .

(١) وسائل الشريعة ١٣/١٣٩، ب ١٩ .

﴿والرهن أمانة في يد المرتهن ، ولا يسقط بتلفه شيء من ماله ما لم يتألف بتعد أو تفريط﴾ بالنص والاجماع، والنصوص^(١) المعارضة بسقوط الحق بتلفه محمولة على صورة التعدي أو التقية، كما يشعر بكل منهما رواية .

ومع ذلك الحكم بسقوط الحق بالتلف مشكل فيما إذا لم يكن من جنس ما يضمن به التالف، وإن فهم من العبارة ونحوها لاختلاف المحققين، إلا أن يحدل على صورتين التراضي أو التقاص القهري .

﴿وليس له﴾ أي المرتهن ﴿التصرف فيه﴾ أي الرهن بغير إذن الراهن بالنص^(٢) والاجماع .

﴿ولو تصرف﴾ فيه ﴿من غير إذن﴾ مطلقا ﴿ضمن العين﴾ مع التالف بالمثل في المثلي والقيمة في القيمي، ﴿و﴾ ضمن ﴿الاجرة﴾ أيضاً ان تصرف في المنفعة بدونه، أو معه على وجه العوض .

﴿ولو كان الرهن دابة قام﴾ المرتهن ﴿بمؤنتها﴾ حيث لا يقوم الراهن بها وجوباً .

﴿و﴾ إذا أنفق ﴿تقاصا﴾ ورجع كل ذي فضل بفضله مع الانفاق بنية الرجوع لامطلقا اجماعاً .

وهل يشترط مع النية إذن المالك أو الحاكم أو الاشهاد بعد تعذرهما أم لا؟ قرآن، والاحوط الاول .

هذا ويأتي في التقاص على اطلاقه مامر، ولذا أن الحلبي ذكر الرجوع الى ما أنفق من دون ذكره، وهو الاوفى بالاصل حيث يمكن الرجوع اليه .

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٢٥، ب ٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/١٣٠، ب ٨ .

﴿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 والحلي، إلا أن الأشهر الأظهر ما قدمنا من عدم جواز التصرف في الرهن بغير الأذن ، ورجوع المنفق بما أنفق على الراهن وتسليم منافع الرهن اليه ، عملاً بالأصول وحملًا للمرواية على صورة الأذن ومساواة الحقيين جمعاً .

﴿وللمرتهن استيفاء دينه من الرهن﴾ وان لم يكن وكيلاً في البيع، أو انفسخت الوكالة بموت الراهن ﴿ان خاف جحود﴾ الراهن أو ﴿الورثة﴾ للحق ولم يتمكن من اثباته عند الحاكم بعدم البينة أو غيره من العوارض . والمرجع في الخوف الى القرائن الموجبة للظن الغالب بالجحود، وربما احتتمل كفاية مطلق الاحتمال .

﴿ولو اعترف﴾ المرتهن ﴿بأرهن وادعى الدين﴾ على الراهن ﴿ولا بينة﴾ له ﴿فالقول قول الوارث﴾ ﴿وله﴾ أي للمرتهن ﴿احلافه﴾ أي الوارث ﴿ان ادعى عليه العلم﴾ بشبوت الحق .

﴿ولوباع﴾ المرتهن ﴿الرهن﴾ بدون اذن الراهن ﴿وقف على الاجازة﴾ وصح البيع وازم بعدها على الأشهر الأقوى وبطل الرهن، كما لو أذن ابتداءً أو باع هو باذن المرتهن مطلقاً .

ولا يجب جعل الثمن رهناً ، إلا مع اشتراطه قبل ، أما إذا أتلفه متلف اتلافاً يقتضي العوض كان العوض رهناً ، لكنه يبطل وكالة المرتهن في الحفظ والبيع ان كانت، وفي الفرق نظر .

(١) وسائل الشريعة ١٣/١٣٤، ح ٢٣ ب ١٢ .

(٢) وسائل الشريعة ١٣/١٣٤، ح ١٣ ب ١٢ .

﴿ولو كان﴾ المرتهن ﴿وكيلاً﴾ في بيع الرهن ﴿فباع بعد الحلول صح﴾
 البيع وجاز له استيفاء الدين مطلقاً، كما عليه جماعة، وقيد آخرون بصورة توافق
 الدين مع الثمن في الجنس والوصف، وهو أحوط، وأحوط منه عدم الاستيفاء
 منه إلا بالأذن.

﴿ولو أذن الراهن في البيع قبل الحلول﴾ فباع جاز البيع، ولكن ﴿لم
 يستوف دينه﴾ من الثمن ﴿حتى يحل﴾ الاجل .

واعلم أنه إذا حل الدين، فإن كان المرتهن وكيلاً في البيع والاستيفاء معاً
 جازاً له، والأطلبهما منه أو الأذن فيهما، فإن فعل والارفع أمره إلى الحاكم ليازمه
 بهما، فإن أبى كان له حبسه، فإن أبى باعه وأدى عنه دينه .

ولو لم يمكن الوصول إلى الحاكم لعدمه أو بعده، احتمال 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﴾ إذا تلف بعد أوتفرط منه، وثبت
 باقراره أو البينة .

والمعتبر قيمة ﴿يوم تلفه﴾ عند الأكثر . وقيل : يوم قبضه ﴿وقيل : أعلى
 القيم من حين القبض إلى حين التلف﴾ والقائل به الشيخ في المبسوط^(١) كما
 في عبارات جمع، وربما قيل : انه مشهور، ولعله أحوط بل وأجود . وفي المسألة
 أقوال أخر .

(١) المبسوط ٢/٢١٨ .

ثم ان هذا اذا كان قيماً، وان كان مثلياً ضمنه بمثله ان وجد ، والافقيمة 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 الحلبي 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^(١) .

﴿وفي رواية^(٢)﴾ أخرى عمل بها الاسكافي فيما حكى 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 ف ﴿قال﴾ المرتهن ﴿القا بض﴾ له : ﴿هو رهن، وقال﴾ الراهن ﴿المالك﴾ له : ﴿هو ودبعة، فالتول قول المالك مع يمينه﴾ مطلقاً وفاقاً للاكثر .

﴿وفيه رواية^(٣)﴾ أخرى ﴿بل روايات^(٤) بالعكس، وعمل بها الصدوق، الا أنها الان﴾ متروكة ﴿مهجورة .

وفي المسألة قولان آخران بالتفصيل، لامستند لهما ظاهر أسوى الجمع بين الاخبار المختلفة من غير شاهد وحجة ، فلا عبرة به .

﴿الرابعة : لو اختلفا في التفريط، فالقول قول المرتهن مع يمينه﴾ بلاخلاف .

(١) وسائل الشريعة ١٣ / ١٣٧ ، ب ١٧ .

(٢) وسائل الشريعة ١٣ / ١٣٨ ، ح ٤٤ .

(٣ - ٤) وسائل الشريعة ١٣ / ١٣٥ ، ب ١٦ .

كتاب الحجر

(كتاب الحجر)

وهو لغة: المنع، وشرعاً ما أشار إليه في تعريف **﴿المحجور﴾** من أنه **﴿هو الممنوع من التصرف في ماله﴾** شرعاً .

﴿وأسباب الحجر﴾ بحسب ما جرت عادة الاصحاب بذكره في الكتاب **﴿ ستة ﴾** والافهي أزيد **﴿الصغر ، والجنون ، والرق ، والمرض ، والفلس والسفه﴾** .

﴿ولا يزول حجر الصغير الا بوصفين : - ﴾

﴿الاول: البلوغ، وهو يعلم بانبات الشعر الخشن على العانة﴾ بلاخلاف، بل نحو الوجه أيضاً من المواضع المعهودة في أصح القولين . وفي كونه اماراة البلوغ أو سبقه قولان ، ظاهر الاصول الاول ، ولكن الثاني محكي عن الاكثر .

﴿أو خروج المنى﴾ وهو المء **﴿الذي﴾** يتكون **﴿منه الولد من الموضع المعتاد﴾** ولا فرق 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

الإشهر .

﴿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 الاثنى﴾ بـ ﴿بلوغ تسع﴾ سنين، بلاخلاف رواية^(٤) على الاصح الأشهر فتوى .

ويعتبر في التسع وفي الخمسة عشر كما لها ، ولايكفي الطعن فيهما .
﴿الثاني : الرشد ، وهو أن يكون مصلحاً لماله﴾ بحيث تكون له ملكة نفسانية تقتضي اصلاحه وتمنع عن افساده و صرفه في غير الوجوه الملائمة بأفعال العقلاء ، لامطلاق الاصلاح .

﴿وفي اعتبار العدالة﴾ في الرشد ﴿تردد﴾ واختلاف بين الاصحاب، الا أن عدم اعتبارها أظهر ، وفاقاً للاكثر .
وعلى القول باعتبارها فانما تعتبر ابتداءً لا دائماً ، فلو كان عادلاً فأعطي المال ثم فسق لم يحجر عليه قولاً واحداً .

﴿ومع عدم الوصفين﴾ البلوغ والرشد ﴿أو أحدهما استمر الحجر﴾ عليه ﴿ولو طعن في السن﴾ وبلغ خمسة وعشرين سنة فصاعداً باجماعنا .

(١) تهذيب الاحكام ٣١٠/٦ .

(٢) وسائل الشيعه ٤٣١/١٣ ، ج ١٢ ح .

(٣) وسائل الشيعه ٤٢٨/١٣ ، ب ٤٤٤ .

(٤) وسائل الشيعه ٤٣١/١٣ ، ج ١٢ ح .

﴿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 .

ولا يقدح فيها وقوع ما ينافيها نادراً من السهو والانخداع في بعض الاحيان لوقوعه من الكاملين كثيراً .

ووقت الاختبار قبل البلوغ، عملاً بظاهر الاية، وحذراً من منع رب المال من التصرفات فيه مع بلوغه ورشده .

﴿ويثبت﴾ الرشد بشهادة رجلين في الرجال، بلا اشكال فيه، ولا في 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 ما يذكر من الشرائط في بحثها، من العدالة وقيامها عند الحاكم وحكمه به .

﴿والسفيه هو الذي يصرف أمواله في غير الاغراض الصحيحة﴾ ويفسدها ولا يصلحها ، فيمنع عن التصرف فيها مطلقاً وان حدث سفهه بعد رشده .

ولا يتوقف الحجر عليه ولا زواله على حكم الحاكم على أصح الاقوال .
﴿فلو باع والحال هذه﴾ أي بعد ثبوت حجره بسفبه ﴿لم يمض بيعه﴾ وان ناسب أفعال العقلاء، الامع اجازة الولي، فيضمن على القول بالقضولي، وجواز بيع السفیه باذن الولي، كما هما الاقوى .

﴿وكذا لو وهب أو أقر﴾ على نفسه ﴿بمال﴾ لغيره لم يمضياً مطلقاً .
﴿ويصح﴾ تصرفاته في غير المال من نحو ﴿طلاقه وظهاره واقارره بما لا يوجب

مالاً كالأقرار بالجناية الموجبة للقصاص وان كان نفساً، وكانسب وان أوجب النفقة على الأصح، فيقبل في أحدهما دون الآخر، كالأقرار بالسرقة على وجه يؤخذ بالمال دون القطع . وعليه ففي الانفاق على المقر له مسن المال المقر أو بيت المال قولان .

﴿والمملوك﴾ ولو أنثى ﴿ممنوع من﴾ جميع ﴿التصرفات﴾ المالية وغيرها ولا يصح شيء منها ﴿الاباذن المولى﴾ ويستثنى منها الطلاق اذا كان زوجته غير أمة المولى، فان ذلك اليه دون ولده، على الأشهر الأقوى 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 الزايدات منها عن الثلث كالوصية ﴿على الخلاف﴾ الاتي ثمة .

وحيث منع فتصرف وقس على اجازة الورثة ، ولا يقع فاسداً من أصله بلا خلاف .

﴿والاب والجد للاب﴾ وان على ﴿يليان على الصغير والمجنون﴾ بلاخلاف فيه، ولا في نفوذ تصرفات أحدهما مع فقد الآخر، أو الموافقة وعدم المخالفة، أو سبق تصرف المتصرف منهما. وأمام التقران، ففي تقديم الاب أو الجد أو البطلان أو وجه بل وأقوال ، أو سطلها : الوسط .

﴿فان فقدا فالوصي﴾ لاحدهما ﴿فان فقد﴾ الوصي ﴿فالحاكم﴾ الشرعي بلاخلاف فيهما ، ولا في الترتيب بين الاولياء . فان فقد، فالمؤمنون حسبة .

ثم الولاية في مال السفية الذي لم يسبق له رشد كذلك للاب والجد له الي آخر

ما مر ، وفاقاً لجمع ، خلافاً للاكثر فللحاكم مطلقاً ، وفي الدليل نظر .
زعم 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 الآخر ، والاعم عبارة عن
﴿عقد شرع للتعهد بنفس أو مال﴾ والاول الكفالة، والثاني الحوالة ان كان من
في ذمته مال ، والا فالضمان بالمعنى الأخص ﴿و﴾ لذا صار الاعم ﴿أفساهـ
ثلاثة :﴾

احكام ضمان المال :

﴿الاول : ضمان المال﴾ وهو المراد منه حيث يطلق بلا قيد، بخلاف
الآخرين فلا يطلق عليهما الا بأحد القيدين .
﴿ويشترط في الضامن التكليف﴾ بالبلوغ وكمال العقل ، فلا يصح 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 ، لاندرجه تحت هذا الشرط ، فلا يصح من السفیه ، 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 ، بلا اشكال فيه ولا في 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 ، فلا يشترط .
 ﴿ولو علم﴾ المضمون عنه بالضمان ﴿فانكر﴾ ولم يرض به ﴿لم يبطل﴾
 الضمان على الاصح ﴿الاشهر﴾ .
 ولا يعتبر 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 لاختيار 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 لما يوفي به الحق

المضمون فاضلاعن 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 لا يقدح تجدد اعساره فكذا تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر .

﴿والضمان المؤجل﴾ للدين المحال ﴿جائز﴾ مطلقاً تبرعاً كان أو بالسؤال . ﴿وفي﴾ جواز العكس ، وهو الضمان ﴿المعجل﴾ للدين المؤجل ﴿قولان﴾ أصحهما : الجواز ﴿مطلقاً﴾ ، 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 تساري 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 ما ذكرناه في صورته 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 مما دفعه﴾ الى المضمون له .

﴿ولو وهبه﴾ أي الضامن ﴿المضمون له ، أو أبرأه﴾ عن المضمون ﴿لم يرجع﴾ الضامن ﴿على المضمون عنه بشيء ولو كان﴾ الضمان ﴿بأذنه﴾ وكذا لم يرجع المضمون له عليه به عندنا .

﴿وإذا تبرخ الضامن بالضمان فالرجوع﴾ له على المضمون عنه بما أداه مطلقاً وان كان الاداء بأذنه .

﴿ولو ضمن ما عليه صح وان لم يعلم كميته﴾ ومقداره حال الضمان ﴿على الاظهر﴾ الاشهر : وفي الغنية الاجماع ، خلافاً للشيخ وغيره فاختروا المنع . هذا اذا أمكن العلم به بعد ذلك كمثال المتن ، وأما لو أمكن كضمنت لك شيئاً بما في ذمته لم يصح قولاً واحداً .

﴿و﴾ على المختار ﴿يثبت عليه﴾ أي على الضامن ﴿ما تقوم به البينة﴾ أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان ﴿لا ما يتجدد^(١)﴾ 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 - الحوالة :﴾

﴿وهي مشروعة﴾ بالنص^(٢) والاجماع ﴿لتحويل المال من ذمة الى ذمة﴾ أخرى ﴿مشغولة بمثاله﴾ جنساً ووصفاً .

هذا هو القدر المتفق عليه منها ، والا فالأظهر الأشهر جوازها على البريء وفي السرائر الاجماع ، لكنه حينئذ يكون بالضمان أشبه ، فكان المحال عليه بقبواه

(١) لا ما يثبت ، كذا في المطبوع من المتن .

(٢) وسائل الشريعة ١٣/١٥٨ ، ب ١١ وغيره .

لها ضامن لدين المحتال على المحيل، وكنهها لا تخرج بهذا الشبه عن أصل الحوالة فيأحق أحكامها .

وفي اشتراط تماثل المالمين في الامرين قولان ، أجودهما : العدم .

﴿ويشترط﴾ في صحتها كون المال معلوماً عند المحيل ، ان كانت الحوالة اختيارياً وان كانت استيفاءً 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 ، ولا فرق بين أن يكون مثلياً أو قيمياً .

و ﴿رضا الثلاثة﴾ أي المحيل والمحتال والمحال عليه على الأشهر .
 ﴿وربما اقتصر بعض﴾ وهو الحلبي بل الشيخان أيضاً كما حكى ﴿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 استيفاءً مثل حق المحتال ، توجه اعتبار رضاه أيضاً ، لان ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة فلا بد 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 .

﴿ولا يجب قبول الحوالة ولو كان على ملي﴾ بلاخلاف بيننا ﴿نعم لو قبل﴾ الحوالة ﴿لزم ، ولا يرجع﴾ حينئذ ﴿المحتال على المحيل﴾ بالمال المحال به مطلقاً ﴿ولو افتقر المحال عليه﴾ بعد يساره ، لانها توجب البراءة اجمالاً . ولا فرق فيه بين أخذ المحتال شيئاً من المال أم لا على الأشهر الأقوى .

﴿ويشترط ملاءته﴾ أي المحال عليه ﴿وقت الحوالة ، أو علم المحتال

باعتباره ❖ بلا خلاف بيننا .
 ❖ ولو ❖ احتيل ورضي لظنه ملاءته، ثم ❖ بان فقره ❖ عند الحوالة ❖ رجوع ❖
 على المحيل وفسخ العقد ان شاء .
 والعبرة بيساره وبعساره عند الحوالة ، فلو كان ملياً فيه ثم تجدد الاعسار
 فلا رجوع .
 واوانعكس فتجدد له اليسار بعد الاعسار قبل أن يرجع المحتمل، ففي جواز
 الرجوع حيثئذ وجهان ، أجودهما : نعم عملاً بالاستصحاب .
 ❖ : ❖ واستجمعت الحوالة شرائطها المتقدمة ❖ يبرأ المحيل ❖ من المال الذي
 أحال به مطلقاً ❖ وان لم يبرأه المحتمل ❖ على الأشهر الاظهر .
 ❖ : ❖ اكن ❖ في رواية^(١) ❖ بل روايتين احدهما صحيحة أنه ❖ ان لم يبرأه ❖
 المحتمل ❖ فله الرجوع ❖ عليه بالمال، وقد عمل بها جماعة من الاصحاب ، الا
 أنها قاصرة دلالة ومقاومة لما قابلها من الأدلة ، فلتطرح ، أو تحمل على التقيّة
 ان صحت الدلالة .

احكام الكفالة :

❖ القسم الثالث في الكفالة : ❖
 ❖ وهي التمهيد بالنفس ❖ والالتزام باحضار المكفول متى طالبه المكفول له .
 ❖ ويعتبر ❖ فيها ❖ رضا الكافل ❖ أي الكفيل ❖ والمكفول له ❖ وبوما يتم العقد
 ❖ دون ❖ من عليه الحق المعبر عنه بـ ❖ المكفول عنه ❖ فلا يعتبر رضاه على الاظهر
 الأشهر ، وفي التذكرة الاجماع .
 ❖ وفي اشتراط التأجيل ❖ فيها ، فلا يصح حالاً أم لا فيصح ❖ قولان ❖ أجودهما :

الثاني ، وفاقاً للاكثر .

﴿فان اشترط أجلا فلا بد من كونه معلوماً﴾ بلاخلاف بيننا .
 ﴿وإذا دفع الكافل الغريم﴾ وهو المكفول الى المكفول له ، وسلمه اليه تسليمياً
 تاماً ، بأن لا يكون هناك مانع من تسلمه ، كتغلب وحبس ظالم . وكونه في مكان لا يتمكن
 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 في الحال متى
 شاء ان كانت حالة ﴿فقد برىء﴾ من عهده اتفاقاً .

ولو امتنع من تسلمه قيل : سلمه حينئذ الى الحاكم وبرىء أيضاً . وهو أحوط
 وكذا الاشهاد عليه وعلى الامتناع في قبضه ، فانهما أحوط ، وان كان في وجوبهما
 - كالسابق لحصول البراءة - نظر .

﴿وان امتنع﴾ الكفيل من تسليمه ألزمه الحاكم به ، فان أبقى ﴿كان للمكفول له﴾
 طلب ﴿حبسه﴾ منه ﴿حتى يحضر الغريم ، أو﴾ يؤدي ﴿ما عليه﴾ ان أمكن
 أداؤه عنه كالدين .

ولولم يمكن كالتقصاص والزوجية والدعوى لعقوبة توجب حداً أو تعزيراً
 الزم باحضاره حداً 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 البذل .

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 ، أجمعهما : العدم وفاقاً لجمع .

ثم على تقدير كون الحق مالا وأداه الكفيل برضا المكفول له أو مطلقاً ، فان

كان قد أدى باذن المكفول عنده رجوع عليه بما أدى. وكذا ان أدى بغير اذنه، ومقدار احضاره والمراجعة اليه .

﴿ولو﴾ تكفل رجل برجل ف﴿قال﴾ : ان لم أحضره الى ﴿مدة﴾ كذا كان علي كذا كان كفيلاً 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^(١) المعتبر المعتضد بالعمل .

﴿ومن خلى غريباً﴾ وأخلصه ﴿من يدغريمه قهراً﴾ لزمه اعادته أو أداء ما عليه ﴿ان أمكن﴾، كما في الدين دون القصاص ونحوه مطلقاً، أو بعد تعذر الاحضار على الاختار في الكفيل، والمخلص بحكمه ، لكن هنا حيث يؤخذ منه المال لارجوع له على الغريم اذا لم يأمره بدفعه عنه .

﴿ولو كان﴾ الغريم ﴿قائلاً﴾ عمداً كان أو شبهة ﴿أعاده أو دفع الدية﴾ ولا يقتص 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 أو مال 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 أو المعاملة له اذا كان قد شهد عليه من لا يعرف نسبه بل شهد على صورته، فيجب احضاره ميتاً حيث يمكن الشهادة عليه، بأن لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف. ولا فرق حينئذ بين كونه قد دفن أم لا كذا قيل ، وفيه على اطلاقه اشكال، ولكنه أحوط .

كتاب الصلح

(كتاب الصلح)

﴿وهو مشروع﴾ في الاصل ﴿لقطع المنازعة﴾ المتحققّة أو المتوقّعة .
ولا يشترط فيه عندنا سبق خصومة، فلو وقع ابتداءً على عين بعوض معلوم ،
صح وأفاد نقل كل من العوضين ، كما في البيع .

﴿ويجوز مع الاقرار﴾ من المدعى عليه بالدين ﴿والانكار﴾ له .
ثم ان كان المدعي محققاً، استباح مادفع اليه المنكر صلحاً، والافه وحرام باطناً
عيناً كان أم ديناً، حتى لو صالح عن العين بمال فهي بأجمعها حرام ، ولا يستثنى له
منها مقدار مادفع اليه من العوض .

نعم لو استندت الدعوى الى قرينة، كما لو وجد بخط مورثه أن له حقاً على
أحد، فأنكرو صالحه على اسقاطها بمال، فالمتجه صحة الصلح . ومثله ما لو توجهت
الدعوى بالتهمة ، لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطه .

﴿الاما حرم حلالاً أو حلالاً حراماً﴾ فلا يصح اتفاقاً .

﴿ويصح﴾ الصلح ﴿مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ، ومع
جهالتهما﴾ به مطلقاً ﴿دينياً﴾ كان ما ﴿تنازعا﴾ فيه ﴿أو عينياً﴾ ارثاً كان أو غيره .

واطلاق النص^(١) والتمتن يشمل صور كون المتنازع فيه مما يتعذر معرفتهما له مطلقاً، أو لا يمكن معرفته في الحال، أم لا لعدم مكيال أو ميزان ونحوهما من أسباب المعرفة، ولا خلاف في الأولى ولا اشكال، وكذا في الثالثة عند جماعة، لتعذر العلم به في الحال، مع اقتضاء الضرورة ومساس الحاجة لوقوعه والضرر بتأخيرها، وانحصار الطريق في نقله فيه .

ومن هذا القبيل أيضاً 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، الا أن يعلمه الاخر بالقدر، أو كان المصطلح به بقدر الحق مع كونه غير متعين ويصح في الظاهر الا أن ينكشف الامر بعد الصلح، بحيث يعلم مقدار الحق وزيادته على ما صلح عليه بالبينه، أو اعتراف من عليه الحق بذلك، فيتجه بطلانه ظاهراً وباطناً .

هذا اذا لم يكن من له الحق قدرضي بالصلح بالاقل باطنياً، أما لورضي به كذلك كان صحيحاً مطلقاً، وفاقاً لجماعة فلا يجوز للمستحق حينئذ أخذ ما زاد عن مال الصلح وان علم الزيادة . وان كان الغريم وأراد التخلص عن الحق، فان كان ما دفعه عنه بقدره أو دونه جاز اجماعاً، وكذا اذا كان زائداً عليه مع رضا الغريم به باطنياً، وأما مع عدوه فلا يصح باطنياً .

﴿وهو﴾ عقد ﴿لازم من طرفيه﴾ مستقل بنفسه مطلقاً على الاقوى، ﴿و﴾
 لا ﴿يبطل﴾ الا ﴿بالتقابل﴾ .

﴿ولو اصطالح الشريكان على أن﴾ يكون ﴿المخسران على أحدهما والربح له ، وللآخر رأس ماله﴾ خاصة ﴿صح﴾ بلاخلاف ولاشكل، اذا كان ذلك بعد انقضاء الشركة واردة فسخها، فتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة والمخسران على من هو عليه بمنزلة البراء. 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 الآخر: هما بيني وبينك﴾ ولاينة لهما ﴿فلمدعي الكل درهم ونصف وللآخر ما بقي﴾ .
 واطلاق النص^(١) والمتن يشمل صورتني دعوى الثاني الدرهم معيناً أو مشاعاً وكذا وقوع القسمة بعد حلف كل منهما على استحقاقه النصف الذي يأخذه أو قبله وهو الاقوى .

وإذا كانا بيد أحدهما أو ثالث، حكم بهما الذي اليد مع المحاف على عدم استحقاق الآخر، فان كان مدعي الدرهمين كانا له، مع حلفه للآخر على عدم استحقاقه شيئاً، وكذا ان كان مدعي الدرهم، لكن يرد درهماً ويحلف على عدم استحقاق الآخر الدرهم الثاني. وان كان ثالثاً فكهما ان كذبهما، فيحاف لهما ويقرفي يده الدرهمان وكأحدهما ان أقره وصدقته.

﴿وكذا لو أودعه انسان درهمين وآخر درهماً، فامتزجت﴾ الدراهم ﴿لا عن تفريط﴾ من الودعي ﴿وتلف واحد﴾ منها ، ولم يعلم من أيهما بينة ولا باقرار ﴿فلاصحاب الاثنين درهم ونصف، وللآخر ما بقي﴾ على المشهور بين الاصحاب للخبر^(٢) المنجبر بعلمهم، ولولاه لكان المتجه الرجوع الى القرعة .
 واحترز بالزوج لاعتن تفريط عمالوكان بتفريط، فان الودعي يضمن الناف،

(١) وسائل الشريعة ١٣/١٦٩ ، ب ٩ .

(٢) وسائل الشريعة ١٣/١٧١ ، ب ١٢ .

فيضم اليهما ويقتسمانها من غير نقص، وقد يقع مع ذلك التعاسر على العين فيتجه القرعة .

ولو كان بدل الدرهم مالا يمتزج أجزاؤه، بحيث لا يتمزج وهما متساويان كالحنطة والشعير، وكان لاحدهما قفيزان مثلاً وللآخر قفيز، وتلف قفيز بعد امتزاجها بغير تفریط، فالتالف على نسبة المالين وكذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلاث وللآخر ثلثا قفيز. والفرق أن الذاهب هنا عليهما معاً، بخلاف الدرهم فإنه مختص بأحدهما قطعاً .

﴿ولو كان لواحد ثوب﴾ اشتراه ﴿بعشرين درهماً، وللآخر ثوب﴾ اشتراه ﴿بثلاثين درهماً، فاشتبهها، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه، والآخر يتخير بل تعاسرا﴾ بيعا وقسم الثمن بينهما أخماساً ﴿ويعطى﴾ صاحب الثلاثين ثلثه والآخر اثنين ﴿على الأشهر لا ظهر، للخبر^(١) المنجبر بالعمل، ولولاه لاتجه القبول بالقرعة، كما هو المعمول في غير مورد المتن والنص من الثياب المتعددة والاثمان والامتعة. واذ اظهر استحقاق أحد العوضين للغير، أو عدم صحة تملكه ونحوه﴾ بطل

المصلح ﴿ان كان معيناً في العقد وصح واستحقq البديل اذا كان مطلقاً كالبيع .

واو ظهر فيه عيب فله الفسخ دفعاً للضرر، وفي تخيره بينه وبين الارش اشكال والاصل يقتضي العدم .

واو ظهر غبن لا يتسامح بمثله، ففسي ثبوت الخيار وجهان، أجودهما :

نعم .

كتاب الشركة

(كتاب الشركة)

بكسر الشين وسكون الراء وفتحها وكسرها .

﴿وهي﴾ تطلق على معنيين : أحدهما : ﴿اجتماع حق الكين أفعالاً نبي

الشيء﴾ الواحد ﴿على سبيل الشباع﴾ .

وثانيهما : عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل

الشباع .

وهذا هو الذي يندرج به الشركة في جملة العقود، ويأخذه الحكم بالصحة

والبطلان دون الاول .

﴿و﴾ لا تصح الشركة في الاموال الا ﴿مع امتزاج المالكين المتجانسين

على وجه لا يمتاز أحدهما عن الآخر﴾ بأن يتفقا في الوصف زيادة على الاتفاق

في الجنسية ، فلولم يمتزجا أو امتزجا بحيث يمكن التميز وان عسر كالحنطة

والشعير، أو الحمراء من الحنطة بغيرها، أو الكبيرة الحب بالصغيرة ونحو ذلك،

فلا اشترك .

ولافرق في الامتزاج بين وقوعه اختياراً أو اتفاقاً، ولا في المالكين بين كونها

من الاثمان أو العروض إجماعاً من الامة في الاثمان، ومن الإصحاب 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 ما اكل واحده منهما،
كان الاشتراك على نسبة القيمة، والا فالاقوى الرجوع الى الصالح، الامع التعاسر
فيمكن الحكم بالتساوي .

واوقلنا بمنع الشركة في القيمي بالمزج، فطريق التخليص من المنع
والحياة لتحصيل الشركة فيه وفي المثالي حيث لا يقبل الشركة بالمزج بتغاير
الجنس أو الوصف: أن يبيع كل منهما حصته مما في يده بحصته مما في يد الآخر
أوتواها بالحصص، أو يبيع حصته بثمان معين من الآخر، ويشترى حصته الآخر
بذلك الثمن، أو غير ذلك من الحيل .

وهذه الشركة حيث كانت على جهة الاختيار وقصد التجارة هي الشركة العنانية
وصحتها مجمع عليها بين المسلمين كافة .

﴿ولا ينعقد﴾ عندنا ما عداها 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 .

﴿واو اشتركا كذلك﴾ فحصولا ﴿كان اكل واحد﴾ ما حصل وهو ﴿أجرة
عمله﴾ ان تميز أحد المحصولين عن الآخر، والا فالحاصل لهما ويصطلحان .
﴿و﴾ كذلك ﴿لأصل لشركة الوجوه﴾ وهي : أن يشتركا وجهان لآمال
لهما بعقد لفظي لبيتاعا في الذمة، على أن ما يبتاعه كل منهما يكون بينهما، فيبيعان
ويؤديان الاثمان وما فضل فهو بينهما .

أو أن يتناع 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 لا يسلمه الى الوجيه والربح بينهما .
 أو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعضه له .
 ﴿﴾ ولا ﴿﴾ المفاوضة ﴿﴾ وهي : أن يشترك شخصان فصاعداً بعقد لفظي على أن يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم ، فيلتزم كل منهما للآخر مثل ما يلتزمه من أرش جنائية وضمان غضب وقينة متلف وغرامة ضمان وكفالة، ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث أو يجده من لقطه وركاز^(٢) ويكتسبه في تجارة ونحو ذلك، ولا يستثنيان من ذلك الا قوت يوم وثياب بدن وجارية يتسري بها .

وهذه الثلاثة بمعانيها باطلة باجماعنا، فلكل منهما ما اكتسبه ليس الاخر منه شيء الا برضاه باطناً لا ظاهراً ، بتوهم صحة الشركة ، فانه لا يفيد شيئاً حتى الاباحة .

نعم لو علما بالفساد وتشاركا جاز التناول، لأن لهما الرجوع مادامت العين باقية، ومع ذلك ليست الاباحة من جهة الشركة .

﴿﴾ واذا ﴿﴾ تشاركا شركة العنان و﴿﴾ تساوى المالان في القدر فالربح بينهما سواء، ولو تفاوتتا ﴿﴾ فيه ﴿﴾ فالربح كذلك ﴿﴾ أي متفاوت بحسب تفاوت المالكين، فالزائد منه لرب الزائد منهما .

﴿﴾ وكذلك الخسران ﴿﴾ يوزع على المتشاركين ﴿﴾ بالنسبة ﴿﴾ الى ما لهما ،

(١) الخامل من الرجال : الساقط لانه لا يباهة له .

(٢) الركاز : ما ركزه الله، أي أحدثه ودفنه في المعادن من ذهب أو فضة وغيرها .

فيتساويا مع التساوي، وبالنسبة مع التفاوت .

ولافرق في المقامين بين تساويهما في العمل وتفاوتهما فيه قاسه وكثرة ،
فيتساويان في الربح والخسران في الاول، ويختلفان فيهما بنسبة اختلاف المالين
في الثاني مطلقا، وفي ظاهر المسالك عليه اتفاننا .

﴿واو شرط أحدهما في الربح زيادة﴾ عما يستحقه بنسبة ماله ﴿فالشبه﴾
الاشهر ﴿أن الشرط لا يلزم﴾ وفي الغنية الاجماع . ويقابل الاشهر القول بأنه
يلزم، وعليه المرتضى مدعياً عليه الاجماع، وهو معارض بأجود منه، وبه يخص
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
عملاً كذلك فالربح تابع للمال وان خالف الشرط، ويكون اكل منهما أجرة عمله
بعد وضع ما قبله في ماله .

هذا ان اشتركا في العمل وتساويا فيه ، وأما لو كان العامل أحدهما وشرط له
الزيادة، صح بلا خلاف فيه ولا في الصحة ، لو كان لصاحب الزيادة زيادة عمل ،
كما حكاها جماعة ، واكن الاول بالقراض أشبه ، لاعتبار العمل من الجانبين في
الشركة .

﴿ومع الامتزاج ليس لاحد الشركاء التصرف﴾ في المال المشترك ﴿الا
مع الاذن من الباقيين﴾ .

وهذا الحكم جار في مطلق الشركة حتى بالمعنى الاول ، وسواء كان سببها
المزج أو غيره، باختيارهما كانت أم بدونه، فان الاذن في التصرف أمر زائد على مفهوم
الشركة بهذا المعنى .

﴿و﴾ يجب أن ﴿يقتصر﴾ المأذون ﴿في التصرف على ما يتناوله الاذن﴾

فلا يجوز له التعدي ويضمن معه .

﴿ولو كان الاذن﴾ له في التصرف في التجارة ﴿مطلقاً﴾ غير مقيد بنوع خاص منه ﴿صح﴾ تصرفه كذلك، بأي نوع شاء من أنواع التجارة وما فيه مصلحة الشركة من البيع والشراء، مباحة ومساومة وتولية ومواضعة حيث تقتضيها المصلحة ، وقبض الثمن واقباض الثمن والحوالة والاحتيال والرد بالعيب ونحو ذلك، كما في الوكيل المطلق .

ولا يجوز له اقراض شيء من المال الامع المصلحة ، ولا المحاببات في البيع ولا المضاربة عليه ، لان ذلك ليس من توابع التجارة فلا يتناوله الاطلاق .

﴿ولو شرط﴾ 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 بغيرها ومطالبة القسمة والمنع عن التصرف المأذون فيه بالكلية أو في الجملة .

﴿وايس ل احد الشركاء الامتناع من القسمة عند المطالبة﴾ أي مطالبة غيره اياها، بل تجب عليه، ومع امتناعه فللحاكم اجبار عليها ﴿الأن يتضمن﴾ القسمة ﴿ضرراً﴾ على الممتنع أو عليهما، فلا يجبر عليها في المقامين مطلقاً، الا اذا حصل المطالب ضرر من غير جهة القسمة ، أو كان ضرره أقوى ، ويقرر مع التساوي .

ويلحق بالضرر المانع عن الجبر ، اشتمال القسمة على الرد ، لانه معاوضة محضة تستدعي التراضي من الطرفين، وتسمى «قسمة تراض» وما فيه الجبر «قسمة اجبار» ويتحقق الضرر الدافع للجبر بنقصان القيمة مطلقاً على الاقوى .

﴿ولا يلزم أحد الشريكين اقامة رأس المال﴾ وانضاضه ، بل له المطالبة

بالقسمة قبله مطلقا طلبه الاخر منه أم لا .

﴿ ولا ضمان على أحد الشركاء ﴾ حيث يتلف المال المشترك ﴿ ما لم يكن ﴾
التلف ﴿ بتعد ﴾ وهو فعل مالا يجوز فعله في المال ﴿ أو تفریط ﴾ وهو التقصير في
حفظه وما يتم به صلاحه . والقول في التلف قوله مع يمينه ، ولو ادعى شراء شيء
لنفسه أو لهما حلف وقبل يمينه .

﴿ ولا تصح مؤجلة ﴾ قيل : أي لا يلزم 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 ازوم الشركة الى المدة ، فالمتوجه ظاهر العبارة من فساد
الشركة من أصلها وبطلان الاذن في التصرف المستفاد منها ، لمنافاة التأجيل بهذا
المعنى لمقتضاها فتنفسدهي 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 أوسفه .

﴿ وتكره مشاركة الذمي ﴾ بل الكافر مطلقا ﴿ وابتضاعه ﴾ وهو : أن يدفع

اليه مالا ليتجر به لصاحب المال خاصة ﴿ وابتداعه ﴾ أي دفع المال اليه ودبعة .

كتاب المضاربة

(كتاب المضاربة)

﴿وهي أن يدفع الانسان الى غيره مالا﴾ مخصوصاً ﴿ليعمل فيه بحصة﴾
معينة ﴿من ربحه﴾ من نصف أو ثلث أو نحوهما بحسب ما يشترطانه .
ولو اشترط جميعه للمالك، فهو بضاعة . ولو انعكس ، ففرض ومدائنة .
وان لم يشترط شيئاً وكان العمل مماله أجرة في العرف والعادة، فالربح كله
للمالك وللعامل أجرة المثل، وكذا لو فسد العقد بفساد بعض شروطه ، كما ذكره
جماعة .

﴿و﴾ يجوز ﴿لكل منهما الرجوع﴾ وفسخ العقد ﴿سواء كان المال ناضاً﴾
منقوداً دراهم ودنانير ﴿أو مشتغلاً﴾ بالعروض .
ثم ان كان الفاسخ العامل ولم يظهر ربح، فلا شيء له. وان كان المالك، ضمن
للعامل أجرة المثل الى ذلك الوقت، ويحتمل ضعيفاً العدم . واو ظهر ربح في
المقامين فهو على الشرط .

قيل : ومن لوازم جوازها وقوعها بكل لفظ يدل عليه .
وفي اشتراط وقوع قبوله لفظياً أو جوازه بالفعل أيضاً قولان، قوى ثانيهما في

الروضة^(١) تبعاً للتذكرة ، ويظهر فيها عدم خلاف بيننا فيه ولا في جواز الاكتفاء في طرفي الإيجاب 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 والتنجز وعدم التعليق على شرط أوصفة .

﴿ولا يلزم فيها اشتراط الاجل﴾ اما بمعنى أنه لا يجب أن يشترط فيها الاجل ، بل يجوز مطلقة عنه . أو بمعنى أن الاجل اذا شرط فيها فهو غير لازم ، بل يجوز لكل منهما الرجوع فيه كما في 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 الا باذن جديد ، وكذلك لو أجل بعض التصرفات ، كالبيع والشراء خاصة ، أو نوعاً خاصاً من التجارة ، ولا كذلك اشتراط لزومها الى أجل أو مطلقاً ، فانه باطل وبطلانها على الأشهر الاقوى .

﴿و﴾ يجب على العامل أن ﴿يقتصر﴾ في التجارة ﴿على ما يعين له﴾ المالك ﴿من التصرف﴾ بحسب نوعها ومكانها ، ومن يشتري منه أو يبيع عليه أو غير ذلك .

﴿ولو أطلق﴾ له الاذن ﴿تصرف في الاستنماء﴾ والاسترباح ﴿كيف شاء﴾ من وجوه التصرفات ، ولو بغير نقد البلد وثمان المثل بشرط المصلحة ، وفقاً لجماعة أو التصريح بهما ان لم يتضمن الاذن بذلك سفاهة ، والا فيفسد أصل المضاربة .

ويتولي ما اعتيد تولي المالك له بنفسه، من عرض القماش، ونشره، وطيه ، واحرازه، وبيعه وشرائه، وقبض ثمنه وايداعه الصندوق ، ونحو ذلك، ولأجرة له على مثل هذه الاعمال .

ولو استأجر 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 .

واو عمل بنفسه، لم يستحق أجرة بحسب ما يقتضيه اطلاق كلامهم ، لكن لو قصد بالعمل الاجرة كما يأخذ غيره أو أقل، وقلنا بجواز أن يستأجر الوكيل في الاستيجار نفسه، لم يبعد القول باستحقاقه الاجرة سيما في الاول للاووية .

﴿ويشترط﴾ في صحتها ﴿كون الربح مشتركاً﴾ بينهما والوضعية على المال اجماعاً فتوى ونصاً^(١)، ولانه لو اختص الربح بأحدهما كان بضاعة أو قرصاً كما مضى لكن ذلك اذا لم يكن الدفع بصيغة المضاربة، والا فيحتملها وعدمها، وعلى الثاني يكون الربح كله للمالك وللعامل أجرة المثل حيث تعادله عرفاً، وكذا على الاول في صورة البضاعة، لكن لأجرة للعامل مطلقاً، وعليه في الصورة الثانية يكون الربح كله للعامل وللمالك رأس المال اتفاقاً .

﴿ويثبت للعامل ما شرط له﴾ المالك ﴿من الربح﴾ من النصف أو الثلث أو نحوهما ﴿ما لم يستغرقه﴾ على الاشهر الاقوى .

﴿وقيل : للعامل أجرة المثل﴾ والربح كله للمالك ، والقائل الشيخ في النهاية^(٢) وجماعة ، وحبثهم ضعيفة اجتهادات في مقابلة النص غير مسموعة .

﴿و﴾ يجوز أن ﴿ينفق العامل في السفر﴾ الذي يعمل فيه للتجارة ﴿من أصل

(١) وسائل الشريعة ١٣/١٨١، ج ٢٠٢ .

(٢) النهاية ص ٤٢٨ .

المال كمال النفقة المحتاج اليها فيه ، من مأكول وملبوس ومشروب ومركوب وآلات ذلك، كالقربة والجوايق 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 يراعى فيها ما يليق به عادة مقتصداً فان أسرف حسب عليه ، وان اقتر لم يحسب له .

وإذا عاد من السفر فما بقي من أعيانها - ولومن الزاد - وجب رده الى التجارة أتركة، الى أن يسافر ان كان ممن يعود اليه قبل فسادة .

ثم ان القول بجواز الانفاق مخصوص بـ ﴿ ما ﴾ اذا ﴿ لم يشترط ﴾ عدمه ولو شرطه لزم، ولو اذن بعده فهو تبرع ، ولو شرطه فهو تأكيد، الأأن يزيد المشتري على ماله انفاقه ، ويشترط حينئذ تعيينه أملا تجهل الشرط ، بخلاف ما ثبت بأصل الشرع .

ولا يعتبر في ثبوته حصول الربح، بل ينفق ولو من الاصل، لاطلاق الفتوى والنص ومقتضاها 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 المحصة .

والمراد بالسفر العرفي لا الشرعي، فينفق من الاصل وان فقد شرائط القصر ، الأأن 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 التقييط. وقيل: انه لانفقة على

مال المضاربة حينئذ ، وهو أحوط .

وعلى الاول فهل هو على نسبة المالكين أو العملين؟ فيه وجهان .

﴿و﴾ لما كان المقصود من عقد المضاربة أن يكون ربح المال بينهما، وجب

أن ﴿لا يشتري العامل الابعين المال﴾ .

﴿و﴾ عليه فـ ﴿لو اشترى في الذمة وقع الشراء له والربح له﴾ ظاهر أو باطناً

ان عين ذمته أو أطلق ولم يعين ذمة، وللمالك ان عين ذمته لفضأ مع اذنه سابقاً أو لاحقاً
والابطل بالاضافة اليه .

وفي حكم بعض هذه الصور اشكال أشرنا الى وجهه في الشرح الكبير^(١).

ولو أذن له المالك في الشراء في ذمته تعلق به ما يستعقبه 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 ، وفاناً لجماعة . قيل : وفيه أقوال
آخر .

﴿و لو أمره بالسفر الى جهة﴾ معينة ﴿فقصدها ضمناً﴾ مع التلف

اجماعاً .

﴿و لو ربح كان الربح بينهما على حسب ما شرطاً﴾ من نصف أو ثلث أو

غيرهما .

﴿وكذا لو أمره بابتاع 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^(٢).

وقيل : وموردها مافي العبارة ، ويتعدى منه الى غيره من أنواع التصرفات

(١) رياض المسائل ١/٦٠٧ .

(٢) وسائل الشريعة ١٣/١٨٢ ، ح ٨٠ .

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^(١).

﴿وبموت كل واحد منهما تبطل المضاربة﴾ وكذا بكل ما يوجب الخروج عن اهلية التصرف ، كالجنون والاعماء والحجر عليه لسفه .

ثم ان كان الميت المالك وكان المال ناضباً لاربح فيه، أخذه الوارث ، وان حصل فيه ربح اقتسماه بالشرط ، ويقدم حصة العامل على جميع الغرماء . وان كان المال عرضياً فللعامل يبعه مع رجاء الربح، لكن مع اذن الوارث أو وليه لامطلقاً وان قيل به . وأمامع عدم الرجاء فلا بدون الاذن اتفاقاً ، وللوارث الزامه بالانضاض ان شاء مطلقاً .

وان كان العامل، فان كان المال ناضباً 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 ما اشترط في الاولى .

﴿ويشترط في مال المضاربة أن يكون عيناً﴾ فلا يجوز ديناً كما يأتي ﴿دنانير أو دراهم﴾ اجماعاً، ﴿و﴾ عليه ف ﴿لا تصح بالعروض﴾ ولا الفلوس ولا غيرها حتى النقرة على الاقوى .

(١) وسائل الشريعة ١٣ / ١٨٠ ، ب ١ .

﴿ولو قروم 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 الأشهر الأقوى ف﴿لا تكفي
مشاهدة رأس مال المضاربة مالم يكن معلوم القدر، وفيه قول بالجواز﴾ 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
بينه له ﴿فالقول قول العامل مع يمينه﴾ ان لم يرجع الاختلاف في مقدار الربح
الحاصل، والافالقول قول المالك، لتبعية النماء للمالك، فجميعه اه الا ما أقر به
للعامل .

﴿وبملك العامل نصيبه من الربح ب﴾ مجرد ﴿ظهوره وان لم ينص﴾ على
المشهور بين الاصحاب، بل لا يكاد يتحقق فيه بيننا خلاف . وللعامه فيه أقوال .
وعلى مذهبنا ليس المالك على قرار، لان الربح وقاية لرأس المال، فلا بد
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 كالسرقة، أمكنه اقامة البينة عليه أم لا، لانه أمين بلاخلاف فيه ولا في
قبول قوله في دعوى عدم التفريط والخسارة ورأس المال، كما مر .

﴿ولا يقبل﴾ قوله ﴿في الرد﴾ أي رد المال ﴿الابينة على الاشبه﴾ الاشهر، ويقابله قول الشيخ في المبسوط بقبول قوله دون المالك . وفيه ضعف .

﴿ولو اشترى العامل أباه فظهر فيه ربح عتق نصيب العامل من الربح وسعى العبد في﴾ أداء ﴿باقي ثمنه﴾ للمالك، بالنص^(١) والاجماع، واطلاقهما يشمل صور يسار العامل واعساره، وظهور الربح حال الشراء وعقبه .

وربما فصل بين الصور بوجوه تخريجه لاتعارض النص ، ومورده صورة جهل العامل بأن العبد أبوه، وعليه فلو علم بأبوته حين الشراء، وجب القطع بفساد البيع وبطلانه، لمنافاته لمقصود القراض، إلا أن يأذن المالك فيه ، فلا بأس به . لكن هذا التفصيل غير ظاهر من الفتاوى والاجماع المحكي .

﴿ومتى فسخ المالك المضاربة﴾ قبل العمل أو بعده مطلقاً، 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، ولعاه في محله ان لم يتعقد الاجماع على خلافه .

ومتى فسخ العامل أو هما معاً ، فان ظهر ربح أخذ الحصة ، والا فلا أجر له ولو عمل ، خلافاً للتذكرة فأثبتها له معه، ولا وجه له سيما ان قلنا بنفي الاجرة له في المسألة السابقة .

﴿ولو ضمن صاحب المال العامل﴾ أي جعله ضامناً لمال المضاربة متى تلف انفسخت و ﴿صار الربح له﴾ أي للعامل، للمعتبرة^(٢)، واطلاقها يشمل صورتين قصدتهما القرض أو المضاربة .

(١) وسائل الشريعة ١٣ / ١٨٨ ، ب ٨ .

(٢) وسائل الشريعة ١٣ / ١٨٦ ، ب ٤ .

﴿ولا يطاء المضارب﴾ بكسر الراء وهو العامل ﴿جارية﴾ اشترت بمال
﴿القراض﴾ اجماعاً اذا لم يكن أذن له في وطئها ﴿و﴾ كذا ﴿لو كان المالك أذن
له﴾ فيه مطلقاً، 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﴾^(١) بالجواز هي مع قصورها
سنداً ودلالة ﴿متروكة﴾ مهجورة، لتضمنها جواز الوطي بمجرد اذن المالك في
شرائها وكونها معه، وهو أعم من تحليله الوطي ولادلالة المعام على الخاص بالبدئية
مع عدم فتوى أحد بها عدا الشيخ في النهاية ، واسم يوافقه أحد ممن بعده بل
ومن قبله .

وهنا صورة ثالثة هي: الاذن في الوطي بعد الشراء مع عدم ظهور ربح أصلاً
وحكمها الجواز عند جماعة مطلقاً، 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 .

﴿ولانصح المضاربة بالدين حتى يقبض﴾ بلاخلاف، وفي التذكرة الاجماع
ومثله مالو أذن للعامل في قبضه من الغريم، فانه لا يخرج بذلك عن وقوع المضاربة
بالدين ، الا أن يجده عقدها بعد القبض .

﴿ولو كان في يده﴾ أموال ﴿مضاربة﴾ لمتعديدين ﴿فمات ، فان﴾ كان
﴿عينها لواحد﴾ منهم ﴿بعينه أو عرفت﴾ له ﴿منفردة﴾ بالقرائن المفيدة للعلم
فلا بحث ﴿والانحاص 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 الشريعة ١٣/١٩٠، ب ١١١ .

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 أشكال الحكم
في ضربهم معهم في التحاص .

ثم كل ذا مسع العلم ببقاء أموال المضاربة ، وأما مع الجهل به واحتمال
تلفها، يحكم بكون التركة ميراثاً، عملاً بظاهر اليد . والوجه الحكم بعدم ضمانه
لاموال المضاربة ، عملاً بالاصل وكون يده امانة ، فلعلها تلفت بغير تفريط منه
فلا ضمان .

كتاب المزارعة والمساقاة

(كتاب المزارعة والمساقاة)

احكام 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 الماضيوية والقبول اللفظي ، وسائر ما يعتبر في العقود اللازمة هنا .

﴿ وتلزم المتعاقدين ، لكن لو تقايلاً ﴾ وتفاسخاً ﴾ صحح ﴾ الفسخ ^(١) وجاز ﴾ ولا تبطل بالموت ﴾ ولا بالبيع ، فان مات المالك أتسم 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 .

أحدهما : ﴿ أن يكون النماء مشاعاً ﴾ بينهما ﴿ تساوي فيه أم تفاضلاً ﴾ فلو شرط لاحدهما شيء معين وان كان البذر وللآخر الباقي أو لهما بطل ، سواء كان الغالب أن يخرج منها ما يزيد على المشروط أم لا على الأقوى ، وفي الغنية الاجماع .
ولو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه ، مضافاً إلى الحصة من ذهب أو فضة ، صح على الأشهر الأقوى ، بل ظاهر جماعة أنه لا خلاف فيه .
وحيث صح يكون قراره مشروطاً بالسلامة ، كاستثناء أرتال معلومة من الثمرة في المبايع .

ولو تلف البعض سقط من الشرط بحسابه ، ويحتمل قوياً أن لا يسقط شيء بذلك ، عملاً باطلاق الشرط ، الا أن يكون هناك عرف يوجب الصرف فيتبع .
﴿ و ﴾ ثانيها : ﴿ أن تقدر لهامدة معلومة ﴾ يدرك فيها الزرع علماً أو ظناً ، 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 مطلقاً ، وآخر به مع عدم الارش ، وأما معه فالاول وهو أحوط وأحوط منه العدم مطلقاً . وعليه ففي استحقاق المالك الاجرة أم العدم قولان أجودهما : الاول .

وأما او اتفقا على التبقية جاز بعوض وغيره ، الا أنها مع العوض يفتقر إلى تعيين مدة زائدة كلاجارة .

ولو ترك الزراعة حتى انقضت المدة ، لزمه اجرة المثل مع تمكين المالك له منها كلاجارة ، ولا فرق في ذلك عند الأكثر 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 أو نهر أو مصنع ، أو يسقيها الفيوث غالباً ، أو الزيادة كالنبيل .

والضابط: إمكان الانتفاع بزرعها المقصود منها، فإن 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 القاضلان 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 الاستئابة ، أو نقل بعض الحصص بعنوان الشركة والمزارعة الثانية .

وقيل : لا يجوز 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 لا يخلو عن قوة مع كونه أشهر ، وعليه الاجماع في الغنية .

﴿الا أن يشترط عليه زرعها بنفسه﴾ فلا يجوز 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 ، فلا يجوز التعدي عنه، سواء كان المعين شخصياً كهذا الحب، أو صنفياً كالحنطة الفلانية أم نوعياً .

ولو خالف وزرع الاخر، فالاجود بطلان المزارعة مع انتضاء المدة، وازوم
أجرة المثل عما زرعه . وقيل : بل يتخير المالك بين الفسخ فله الاجرة ، والابقاء
فله المسمى والارش .

وكذا لو خالف وزرع الاقل ضرراً، الاجود فيه البطلان، وقيل : بالصحة فله
المسمى من الحصة، ولا أرض ولا خيار لعدم الضرر، وفيه نظر .
* وخراج الارض * وأجرتها * على صاحبها * بلاخلاف * إلا أن يشترطه
على الزارع * كلا أو بعضاً، فيجب عليه مع تعيينه عملاً بالشرط * (وكذا لو زاد
السلطان * فيه * زيادة) * وطلبها من الزرع وجب على صاحب الزرع دفعها
اليه، للخبر (١) .

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 وامتناً، لمخالفته الاصول جداً .
ولو شرط على العامل الخراج كملاً فزاد السلطان فيه زيادة، فهي على صاحب
الارض على الاقوى .

ونحو الخراج المؤنة التي يتوقف عليها العمل ولا يتعلق بنفس العمل ،
والنمىة كاصلاح النهر والحائط واقامة الدولا ب . وبالجملة ما لا يتكرر كل ستة ،
فهي كلها على صاحب الارض . وما يتكرر كل سنة ، كالحريث والسقي وآلاتهما
وتنقية النهر وحفظ الزرع وحصاده كله على العامل .

ولو شرط من عليه المؤنة ايها على الاخر كلا أو بعضاً لزم، عملاً بالشرط .
* * * يجوز * لصاحب الارض * وكذا الاصول * أن يخرص على
الزارع * بعد انعقاد الحب وظهور الثمرة، بأن يقدر ما يخصه من الحصة تخميناً

ويقبله به بحب ولو منه بماخرصه منه .

﴿والزارع بالخيار في القبول﴾ ولا يلزمه ﴿فان قبل﴾ لزم و﴿كان﴾ في المشهور بل قيل : لا يكاد يتحقق فيه خلاف ﴿استقراره مشروطاً بسلامة الزرع﴾ والشجرة من الافة الالهية .

فلو تلف أجمع فلا شيء على الزارع .

ولو تلف البعض سقط منه بحسابه . ولا نص فيه ولا قاعدة، فان كان اجماع ،

والا فيه كلام مضي الاشارة اليه .

وأما لو أتلفه متلف ضامن ، لم يتغير المعاملة قولاً واحداً وطالب المتقبل

المتلف، ولو زاد فالزائد للمتقبل .

ولو نقص بسبب الخرص، لم يسقط بسببه شيء، ويشترط في الخرص بلوغ

الزرع .

﴿وتثبت أجره المثل في كل موضع تبطل فيه المزارعة﴾ لصاحب الارض

ان كان البذر من الزارع ، والحاصل له ان كان البذر منه وعليه أجره مثل العامل

والعوامل والالات .

ولو كان البذر منهما فالحاصل بينهما ، ولكل منهما على الاخر أجره مثل

ما يخصه على نسبة ما للاخر من الحصة .

ولو كان البذر من ثالث، فالحاصل له وعليه أجره 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﴾ مطلقاً منها كانا أو من

غيرها ، زرعت بجنسهما أم لا ، على ما يقتضيه اطلاق العبارة .

والكن تحقيق المسألة أنه لاختلاف في جواز اجارتها بالطعام من غيرها مع
تغايره لجنس ما تزرع به على كراهية، وكذا مع اتحادهما على الأشهر الأقوى،
خلافاً للقاضي فحرمها، ولا في حرمتها به منها مع اتحاده لجنس ما تزرع به الا
من العبارة، وهو مع ندرته حجته غير واضحة .

﴿وأن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به، الا أن يحدث فيها حدثاً﴾ ولولم
يقابل الزيادة .

﴿أو يوجرها بغير الجنس الذي استأجرها به﴾ بلانحلاف في الجواز في
صورتَي الاستثناء، وعلى الأشهر الأقوى في غيرهما، خلافاً لجماعة من أعيان القدماء
فتحرم، وهو أحوط وأولى .

ثم ان ظاهر الفريقين عدم الفرق في الحكم مطلقاً، بين الارض وغيرها من
الاعيان المستأجرة، فان كان اجماعاً كان القول بالكراهة مطلقاً متعيناً، والا - كما
هو الظاهر - كان القول بالحرمة في الدار والاجير والحاندوت متجهاً كما في
الشرائع^(١) .

احكام 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 ﴿بحصه من ثمرها﴾
والمراد بالثمر معناه المتعارف ، وان قلنا بالمنع عن المساقاة فيما يقصد ورقه
وورده، والا فالمراد به نماء الشجرة مطلقاً .

(١) شرائع الاسلام ١٥٠/٢ .

﴿وتلزم المتعاقدين كالأجارة﴾ فلانفسخ الا بالتقائل .

﴿وتصح قبل ظهور الثمرة﴾ اجماعاً ﴿و﴾ كذا ﴿بعدها اذا بقي للمعامل عمل فيه المستزاد﴾ في الثمرة على الاشهر الاقوى، ولو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمرة، لكن لانحصل به زيادة، كحفظها من فساد الوحش والافنة، 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 لانستزاد بها الثمرة، فان المساقاة لاتصح بها اجماعاً. وحيث لاتصح صححت الاجارة بجزء معين من الثمرة وبغيره والصلح والجمالة .

﴿ولاتبطل بموت أحدهما﴾ ولا بموتهما ﴿على الاشبه﴾ الاشهر، ويقابل الاشبه قول المبسوط بالبطلان، وهو نادر ﴿الا أن يشترط﴾ المالك ﴿تعيين العامل﴾ بالاخلاف، وأما الاحكام المترتبة على موت كل منهما، ففي المزارعة قد مضى .

﴿و﴾ انما ﴿تصح﴾ المساقاة ﴿على كل أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقاءه﴾ فتصح على النخل والكرم وشجر الفواكه، بالاخلاف فيها ولا في عدم الصحة في الشجر الغير الثابت، ولا في نحو الودي والبطيخ والبادنجان وقصب السكر والبقول . وفيما لاثمره 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 السى 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

له اجرة المثل مع جهله بالفساد ، كما قالوه في هذه المعاملة ونحوها حيث ماخرجت فاسدة .

﴿ويشترط فيها﴾ ذكر ﴿المدة المعلومة التي يمكن حصول الثمرة فيها غالباً﴾ ولو بالمظنة .

وفي اشتراط تعيين المدة بما لايحتمل النقصان والزيادة أم الاكفاء 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 أيضاً كما عليه الاكثر .

وضابطه عندهم : مايتكرر كل سنة كاصلاح الاجاجين^(١) ، وازالة الحشيش المضر بالاصول ، وقطع ما يحتاج الى القطع من أغصان الشجرة والنخل ، واصلاح الارض بالحرث والحفر حسب ما يحتاج اليه ، والسقي والتلقيح والعمل بالناضح ، وتعديل الثمرة بازالة ما يضر بها من الاغصان والاوراق ، لا يصال الهواء اليها وما يحتاج اليه من الشمس ، ولقاط الثمرة بمجرد العادة وحفظها ، الى غير ذلك .
﴿وعلى المالك﴾ القيام بما يقتضي العرف والعادة قيامه به .

وضابطه كما ذكره : ما لا يتكرر كل سنة وان عرض له في بعض الاحوال التكرر بما يتعلق نفعه بالاصول بالذات ، وان حصل منه النفع للثمرة بالعرض ، فانه على المالك ، كـ ﴿بناء الجدران وعمل النواضح﴾ وحفر الابار والانهار ، وما يستقى بها من دالية أو دولاب ونحو ذلك .

والاكثر كما قيل : ان على المالك الكش^(٢) للتلقيح . وقيل : انه على العامل .

(١) أجم أجوجاً الماء : صار اجاجاً ، أى ملحاً مرأ .

(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 لاكله لمنافاته امقتضى 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 .

﴿ ولا بد 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 لأجرة 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 الحصص في الانواع ، كالنصف من العنب والثالث 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
 فلا زكاة . وأطلق ابن زهرة نفيها عنه ولم يفصل بين صورتين ، وهو نادر .
 ﴿واذا اختل أحد شروط المساقاة﴾ المعتبرة في صحتها ﴿كانت الفائدة
 للمالك﴾ لانها تابعة للاصل ﴿وللعامل الاجرة﴾ أجره المثل اذا لم يكن عالماً
 بالفساد ، ولم يكن الفساد بشرط عدم الحصه له ، وأما مع أحدهما فلا أجره له .
 ﴿ويكره أن يشترط المالك﴾ على العامل ﴿مع الحصه شيئاً من ذهب أو
 فضة﴾ .

﴿و﴾ لكن ﴿يجب الوفاء به لو شرط ما لم تلتف الثمرة﴾ واسو تلتف
 لم يجب الوفاء ، وكذا لو عدت .
 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 حصه
 من الاصول الثابتة ؟ قولان ، أشهرهما : المنع ، وهو أحوط أن لم يكن أظهر .

كتاب الودیعة والعارية

(كتاب الودیعة والعاریة)

أحكام الودیعة :

﴿أما الودیعة ، فهي استنابة في الاحتفاظ﴾ خاصة دون التصرف .
﴿وتفتقر الى الإيجاب والقبول قولاً كان﴾ كل منهما ﴿أو فعلاً﴾ ولا يشترط في القبول الصراحة ، بل يكفي فيه بنحو من التلويح والإشارة إذا كان له معناها مفهومة ، ولامقارنته للإيجاب بلاخلاف مطلقاً .
ولو طرحه عنده من غير مايدل على الإيداع من قرينة أو حالة ولم يحصل القبول فعلاً ، 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 عايه من باب الاعانة على البر ومعاونة المحتاج على الكفاية .
وفي كونه فسخاً للودیعة حيث ثبت قول جزم به في التذكرة ، ولا بأس به ان قرنه مايدل عليه ، والافيه اشكال ، سيما اذا كان القبول فعلاً . ولو حصل ذلك بعد غيبة المالك ، ضمن قولاً واحداً .
﴿ويشترط فيهما الاختيار﴾ فلو أكره المودع في الإيداع لم يؤثر ، وكذا

لو أكره المستودع على القبض لم يضمن مطلقاً ، الا مع الائلاف أو وضع يده عليه بعد ذلك مختاراً فيضمن حينئذ .

وهل تصير بذلك حينئذ ودیعة لا يجب ردها الا مع طالب المالك أو من يقوم مقامه ، أو أمانة شرعية يجب إيصالها 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 ، ولا يخلو عن وجه ، وان كان الثاني أوجه مع أنه أحوط .

﴿و﴾ يجب على المستودع أن ﴿يحفظ كل ودیعة﴾ قبلها لفظاً أو فعلاً ، 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 ، لاعتن الغير مطلقاً على الاقوى . وقيل : عن الغير مطلقاً ، وهو أحوط وأولى . والدابة في الاصطبل المضبوط بالعلق ، والشاة في المراح كذلك ، أو المحفوظ بنظر المستودع .

والضابط : ما يعد 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 لا حرز له وغيره ، فلو أودعه دابة مع علمه أنه لا اصطبل له ، أو ماله مع علمه أنه لا صندوق 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 فسي الاول ، وعلى الاظهر الأشهر في الثاني ، خلافاً للمشيخ ، وهو قياس الامع العلم

بالقرائن أن المراد من التعيين نفس الحفظ دون الخصوصية فيتوجه، وضمن عند جماعة في الثالث ، خلافاً للاكثر فنقوا الضمان فيه ، وهو أظهر حيث يكـون المقصود من التعيين نفس الحفظ دون الخصوصية، أو لم يعلم المقصود منه أصلاً. و او علم قصد الخصوصية ضمن بلاخلاف ﴿الامع 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 قبول المالك : ولو تلفت ، فلا يضمن 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 أو لامطلقاً 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 أم لا بل يجوز الى الاخرين مطلقاً وجهان ، الاحوط الاول ، بل قيل : بتعيينه ، 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 لا يبرأ الا بردها عليه دون الحاكم . ومع فقدها يجوز دفعها اليه مع العذر ، كالعجز عن حفظها ، أو الخوف عليها من التلف لا بدونه، لالتزامه الحفظ بنفسه، فلا يبرأ الا بدفعها الى المالك أو وكيله. 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 ، وبأتيان مع الاحتياط فيما لو حمل الدائن اليه الدين مع غيبة
المدين ، والغاصب المغصوب أو بدله عند تلفه ، وغير ذلك من الامانات التي
يليهها الحاكم .

ويجوز السفر بها بعد ذلك كله لامطابقاً ، الا أن يخاف عليه مع الايداع ،
فيقدم السفر بها عليه هنا ، وفي التذكرة الاجماع .

وحيث جاز السفر بها أو وجب ، يشترط فيه عدم ظهور اماراة الخوف ، وأما
معه فلا يجوز مطلقاً وان خيف عليها في الحضر . ولا يجوز السفر بها من دون ضرورة ،
وبه مع الاجماع عليه صرح في التذكرة معالابا بمزامه الحفظ في الحضر ، فليؤخر
السفر أو يلتزم خطر الضمان .

ومن التعليل يظهر انسحاب الحكم بالمنع عنه في صورة التمكّن من دفعها
الى الحاكم أو الثقة أيضاً ، لالتزامه الحفظ بنفسه ، فلا يجوز 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 بالنسخ ﴿ تبطل بموت كل واحد منهما ﴾ وبما يوجب
الخروج عن أهلية التصرف ، كالجنون والاعماء .

وحيث بطلت تصير أمانة شرعية تجب المبادرة بردها فوراً الى مالكها .
ولا يقبل 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
ولا يبرأ بردها اليهما بل الى وليهما أو الحاكم .

ولو علم تلفها في أيديهما ان لم يقبض ، فقبض بنية الحسبة في الحفظ لم

یضمن ، لكن یرجب مراجعة الولي في ذلك مع الامكان .
ولو استودعنا لم یضمننا بالاهمال ، نعم لو تعديا فيه فتلف ، فهل یضمنان
مطلقاً أم المميز خاصة أم لامتلاً وجوه . وكذا القول في كل ما یتلغانه من مال الغير ،
والاحوط الضمان مطلقاً .

﴿ ولو كانت ﴾ الودیعة ﴿ دابة ﴾ أو معلوكاً أو شجراً أو نحو ذلك مما
یرتاج بقاؤه الى انفاق ﴿ ووجب ﴾ علی المستودع ﴿ علفها وسقيها ﴾ وجمع
ما یرتاج اليه حفظها ان لم يتكفلها المودع .

والمعتبر فيه ما یعتاد لامثالها ، فالنقصان عنه تفريط ، فیضمنها حينئذ وان تلفت
بغيره ، ولا یعود حکم الودیعة او عاد الى الانفاق المعتبر الا باذن جديدة ، كما
قالوه في كل تعد وتفريط .

ولافرق في ذلك بین أن يأمره المالك بالانفاق أو یطاق أو ینزهه ، اوجوب
حفظ المال عن التلف ، فیضمن لو خالف في الصور علی قول ، ولا في الاخيرة
علی آخر . وهو حسن حيث یثبت حکم الودیعة في هذه الصورة بعدم تضمنها
علی المالك سفاهة ، والافهه محل مناقشة .

واعلم أن مستودع الحيوان ان أمره المالك بالانفاق أنفق ورجع علیه ما غرم .
واذا أطلق توسل الى استیذانه ، فان تعذر رفع أمره السی الحاكم لئامره ، أو
یستدين علیه ، أو یبيع بعضه للنفقة ، أو ینصب أميناً .

فان تعذر أنفق هو وأشهد علیه ﴿ ویرجع به علی المالك ﴾ ولو تعذر الاشهاد ،
اقتصر علی نية الرجوع ، وكذا الحكم مع نهی المالك له عنه .

﴿ والودیعة أمانة لا یضمنها المستودع الا مع التفريط أو العدوان ﴾ بالنص^(١)

والاجماع .

والتفريط هو : ترك ما يجب 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 الطابق آمناً ، أو نحو ذلك . وضابطه : ما يعد تفريطاً في الحفظ

والتعدي عكسه ، مثل أن يابس الثوب ، أو يركب الدابة ، أو يجحد مع مطالبة المالك ، أو مطلقاً على قول ، أو يخالطها بمال آخر مطلقاً او من المالك بحيث لا يتميز ، أو يفتح الختم الذي ختمه المالك ، أو هو بأمره لامطلقاً ، أو ينسخ من الكتاب ، أو نحو ذلك بدون الاذن . وضابطه : ما يعد 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 الأشهر الأقوى . وقيل : انه للودعي في الاول ، ولا يخاو عن نظر .

هذا اذا اشترى بعين الوديعة أو في ذمة مالكها ، أما لو اشترى في ذمته وعوضها عما يتعلق بها ، ففي صحة المعاملة اشكال ، واكن مقتضى القواعد الصحة سيما وأن يكون البائع ممن لا يبالي بأخذ العوض كيف كان من حلال أو حرام ، والربح حينئذ للودعي للمالك ، لانه نداء ملكه ، واكنه آثم بدفع مال الغير عوضاً عما في الذمة .

وربما يقال : انه للمالك ، لاطلاق النصوص ، ولا يخلو عن وجه ، واكن المختار للمالك أحوط .

﴿و﴾ حيث صارت الودیعة مضمونة على المستودع بأحد أسباب الضمان
﴿لا يبرأ﴾ الودعي عنه ﴿يردها الى الحرز﴾ حيث كان الاخراج منه هو السبب
وفي حكمه ترك الخيانة والسبب الموجب كائناً ما كان .

﴿وكذا لو تلفت﴾ الودیعة ﴿في يده بتعد أو تفريط فرد مثلها الى الحرز
لا يبرأ الا بالتسليم الى المالك أو من يقوم مقامه﴾ أو يجدد له المالك الاستئمان
أو يسقط عنه الضمان، على الأشهر الاظهر .

﴿ولا يضمنها لو قهره عليها ظالم﴾ اذا لم يكن سبباً للاخذ القهري ، بأن
يسعى بها اليه، أو أظهرها فوصل اليه خبرها. ومثله ما لو أخبر بمكانها الاصل ففرقتها
ولا فرق بين أخذ القاهر لها بيده ، أو أمره له بدفعها اليه كرداً ، على الأشهر
الاقوى .

﴿لكن ان أمكنه الدفع﴾ عنها بما يوجب سلامتها ﴿وجب﴾ مالم يؤد الى
الضرر الكثير، كالجرح وأخذ المال، فيجزز تسليمها حينئذ وان قدر على تحمله.
والمرجع في الكثرة والقلسة الى حال الودعي ، فمنهم من تعد الكامة
اليسيرة من الأذى كثيرة في حقه ، لكونه جليلاً لا يلبق بحاله ، ومنهم من لا يعتد
بمثله وأمثاله .

وأما أخذ المال، فان كان من المستودع قيل: لم يجب بذله مطلقاً. وفيه نظر
فلا حوط دفعه ثم الرجوع به الى المالك، لانه لمصلحته . وان كان من الودیعة ،
فان لم يستوعبها وجب دفعه اليه ولو من باب المقدمة مع المكنة، واوتركها معها
فأخذ الجميع، ضمن ما يمكن فيه السلامة قطعاً لا الجميع، ويحتمله وان لم يكن
الدفع عنها الا بأخذها أجمع، فلا تقصير .

﴿ولو أحلفه﴾ الظالم على ﴿أنها ليست عنده حاف﴾ وجوباً لكن ﴿موريا﴾
بما يخرج عن الكذب، بأن يحلف ما استودع من فلان، ويخصه بوقت أو جنس

أو مكان أو نحو ذلك مغايراً لما استودعه .

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 الأشهر الأقوى .

ويجب الرد فوراً مع الامكان، الا أن ينضم الى المطالبة من عرف أو إعادة مايدل على التوسعة وبقاء الاذن الى حين الرد متى مااتفق .

وفي جواز التأخير الى الاشهاد مطلقاً ، أو العدم كذلك ، أو التفصيل بين الابداع بالاشهاد فالاول والا فالثاني أقوال، أجودها الاول، لكن تجب المبادرة الى الإشهاد .

﴿ولو كانت﴾ الوديعة ﴿غصباً منعه﴾ أي الغاصب أو وارثه من أخذها ﴿وتوصل في وصولها الى المستحق﴾ لها ان عرفه .

﴿ولو جهله عرفها كالمقطة حولاً ، فان وجدته والا تصدق بها عن المالك ان شاء ، ويضمن ان لم يرض﴾ والاجر له على الاظهر الأشهر .

وفي المسألة أقوال أخر، منها وجوب ردها الى الحاكم، ومع التعذر تبقى أمانة في يده ثم يوصي بها الى عدل الى حين التمكّن 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، أو اتفقا عليه واكن
 ﴿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
 ودیعة﴾ عنده ﴿أودین﴾ عليه ﴿فالقول قول المالك مع يمينه﴾ على ﴿أنه لم
 يودع﴾ بلاخلاف للنص (١) .

ويفهم من قواسه : ﴿اذا تعذر الرد أو تلف العين﴾ أن مع عدم تعذر الرد
 القول قول الودعي ، ولاريب فيه ، فله رد نفس العين ، ومورد النص صورة
 التلف .

﴿ولو اختلفا 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 لو ادعى الرد على الوارث ، فكثيره
 من الامناء يكلف البينة، بلاخلاف فيه ولافي أن دعوى ردها على الوكيل كدعوى
 ردها على الموكل ، لان يده كيد وكيه .

(١) وسائل الشيعة ٢٣٢/١٣، ب ٧ .

﴿ولو مات المودع﴾ سلمها المستودع الى الوارث، أو من يقوم مقامه من وكيل أو ولي ان اتحد، وإذا ﴿كان الوارث جماعة دفعها اليهم﴾ جميعاً ان اتفوا في الاهلية، والا فالى الاهل وولي الناقص ﴿أو الى من يرتضونه﴾ .
 ﴿ولو دفعها الى البعض﴾ بغير اذن ﴿ضمن حصص الباقي﴾ لتعديبه فيها بدفعها الى غير المالك . وتجب المبادرة الى ردها عليهم، علموا بها أم لا .

احكام 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 أو جعل لها مدة ، الا اذا أعارها للرهين فلهن كما مر ، أو لدفن مسلم ومن في حكمه فدفن فيه ، فيأزم مالم يصير رميماً .
 ولورجع قبل الدفن، جاز وان كان الميت قد وضع على الاقوى، ومؤنة الحفر لازمة لولي الميت الى أن يتعذر عليه غيره مما لا يزيد عنه عوضه، فيقوى كونه من مال الميت، ولا يلزم وليه طمه، أو حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يستدرك، كما اذا أعار لوحاً ليرقع به السفينة، فرقع ثم لجمع في البحر ولم يمكن الخروج بها الى الشاطئ ولا الاصلاح مع النزاع من غير ضرر .
 خلافاً للشهيد الثاني فجوزده وقال: بثبوت المثل أو القيمة مع تعذره، لما في ذلك من الجمع بين المصلحتين، وهو قوي ان لم يكن اجبار رب السفينة على بذل البديل يوجب الضرر عليه، والافعدم الرجوع لعله أقرب، الا أن يقال : بجوازه وعدم وجوب تعجيل التسليم حينئذ الى أن يزول الضرر، ولا بأس به .
 وتظهر الفائدة في وجوب المبادرة حينئذ بالرد بعد زوال الضرر من غير

مطالبة جديدة، ولا كذلك لو لم يرجع ، فانه لانجب المبادرة الابدع المطالبة .
أو أعار حائطاً ليضع أطراف خشبة عليه وكان طرفه الآخر في ملكه ، عند
الشيخ . أو أرضاً للزرع ولم يدرك بعد، عنده وعند الحلي . أو الغرس والبناء مدة
معلومة ، عند الاسكافي .

وأكثر المتأخرين على جواز مطالبة المعير بالازالة في هذه الثلاثة مع الارش
وهو تفاوت ما بين كونه منزوعاً وثابتاً، وهو قوي . وليس له الازالة حيث جازت
له بنفسه ولا قبل دفع الارش .

﴿ويشترط﴾ فيها ما يدل على الايجاب والقبول وان لم يكن لفظاً ، كما لو
فرش لضيغه فرشاً فجلس عليه، وكأ كل الطعام من القصة المبعوث فيها على الاقوى
ومنهم من اشترط لفظاً، وهو أوفق بالاصل وأحوط، الا اذا أفاد ما عدا اللفظ القطع
بالاذن فلا يشترط قطعاً ، ولو أفاد الظن فاشكال .

﴿في المعير﴾ المالكية ولو للمنفعة خاصة، فلا يجوز 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 .

فلا يجوز اعارة فاقد الشروط، كالصبي والسفيه والمجنون الا باذن الوالي بالادارة
لمالههم أو ماله، فيجوز اذا علم المستعير باذنه ، والا فلا يقبل قول الصبي في حقه
الآن تنضم اليه قرينة مفيدة للعلم أو الظان المتأخم له ، كما اذا طالبها من الوالي ،
فجاء بها الصبي وأخبر أنه أرسلها ونحو ذلك ، كما يقبل قوله في الهدية والاذن
في دخول الدار بالقرينة .

ولا بد مع اذن الوالي لهم في اعارة مالههم من وجود المصلحة بها، بأن يكون
يد المستعير أضبط من يد الوالي في ذلك الوقت، أو لانقاع الصبي بالمستعير بما
يزيد عن منفعة ماله، أو تكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها الاهمال ونحو ذلك.

﴿والمستعير الانتفاع﴾ بالعين المعارة حيث يطلق له ﴿بما جرت به العادة﴾
نوعاً وقدرأ ومكاناً وزماناً ، ولا يجوز التعدي عن شيء من ذلك بعد ثبوته فيها .
﴿ولا يضمن﴾ المستعير ﴿التلف والنقصان لو اتفق﴾ كل منهما ﴿بالانتفاع﴾
المأذون فيه ، الا اذا كان الاذن فيه مطلقاً 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 لا يضمن﴾ ولو تلف من غير استعمال ﴿الامع تفريط أو عدوان أو
اشتراط﴾ للضمان مع التلف ولو بـ ونهما ﴿الأن تكون العين﴾ المعارة ، هذا
استثناء من قوله « لا يضمن » أي لو كانت ﴿ذهباً أو فضة فالضمان يلزم﴾ على أي
حال ﴿وان لم يشترط﴾ بل أطلق ولم يتعد فيهما ولم يفرض .
واطلاق بعض الاخبار^(١) - كالعبارة ونحوها - يقتضي انسحاب المحكم
بالضمان في مطلقهما ، ولو كانا مصوغين لانتقدين ، وبه أفتى جماعة صريحاً ،
خلافاً لاخرين فخصوه بالنتقدين ولعله الأقوى .

ثم ان ضمانهما يسقط باشتراط سقوطه بلاخلاف .

﴿واو استعمار من الغاصب مع العلم﴾ بالغصب ﴿ضمن﴾ كلا من العين
والمنفعة مع التلف مطلقاً ولولم يكن عارية مضمونة .
﴿وكذا لو كان جاهلاً، 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 الشريعة ١٣/٢٣٥، ب ٣٠١.

غرمه .

وان ألزم الغاصب ، لم يرجع على المستعير ، الا مع عله أو كون العين مضمونة ، فيرجع عليه فيهما في العين والمنفعة في الاول ، وفي العين خاصة في الثاني .

﴿وكل ما يصح الانتفاع به مع بقاءه﴾ كالعقارات والثياب والدواب والاقمشة والامتعة والصفرة والحلي ونحو ذلك ﴿تصح اعارته﴾ دون غيره مما لا يتم الانتفاع به الا باتلاف عينه ، كالاطعمة والاشربة ، فانه لا تجوز اعارتها . وكذا ما لا يجوز الانتفاع به شرعاً لانصح 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 ما يؤذن له﴾ منه ، فلو عين له جهة لم يتجاوزها ولو الى المساوي والادنى على الاحوط مطلقاً ، 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 مطلقاً . وحيث يتعين المعين فتعدى الى غيره ، ضمن العين ولزمه الاجرة لمجموع ما فعل من غير أن يسقط منه ما قابل المأذون على الاصح ، الا أن يكون المأذون فيه داخلاً في ضمن المنهي عنه ، كما لو أذن له في تحميل الدابة قدراً معيناً فتجاوزته ، 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 ، المحكم بضممان المثل أو القيمة حيث
يتعذر العين ، لا المحكم بها مطلقا ، للزوم ايداعه الحبس دائما .

﴿ولو اختلفا في القيمة﴾ بعد اتفاهما على التلف بالتفريط ﴿فد﴾ في تقديم
قول المستعير أو المعير ﴿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 له لانه الرجوع فيه متى شاء .

كتاب الاجارة

(كتاب الاجارة)

﴿وهي لغة : الاجرة، وشرعاً﴾ تملك منفعة معلومة بعوض معلوم ﴿وقيل : عقد ثمرته ذلك .

ويشترط فيها بعد أهلية المتعاقدين ما يدل على الايجاب والقبول، كأجرتك أو أكربتك أو مملكتك منفعتها سنة مثلاً فيقول : قبلت أو استأجرت 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 ﴿تأزم من الطرفين﴾ الموجر والمستأجر .

﴿وتنفسخ بالتقابل﴾ وبكل من الاسباب المقتضية له مما يأتي ، ولا تبطل بالبيع ولا بالسكنى . نعم للمشتري مع جهله بالحال الخيار بين الفسخ والامضاء والاحوط اعلام المشتري بالحال، ولا فرق في الحكم بعدم البطلان به بين كونه من المستأجر أو غيره .

﴿و﴾ كما لا تبطل بالبيع كذا ﴿لا تبطل بالعنق، وهل تبطل بالموت﴾ مطلقاً أم لا مطلقاً أم بموت المستأجر دون الموجر أفعال ، و ﴿قال الشيخان : نعم﴾

تبطل مطلقاً وتبعهما جماعة من القدماء ﴿وقال المرتضى﴾ وجماعة منهم أيضاً: ﴿لا تبطل﴾ كذلك ﴿وهو أشبه﴾ بالاصول وأشهر بين المتأخرين، بحيث كاد أن يكون ذلك منهم اجماعاً، وهو الاقوى .

هذا اذا لم يشترط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ، والا بطلت بموته قولاً واحداً .

وتبطل أيضاً عند جماعة بموت الدوَجِر ، حيث تكون العين المستأجرة موقوفة عليه وعلى من بعده من البطون، فيوجرها مدة ويتفق موته قبائها، قالوا: نعم لو كان ناظراً وآجرها لمصلحة البطون لم تبطل بموته، ولا بأس به .

﴿وكل ما تصح اعارته﴾ شرعاً من الاعيان المنتفع بها مع بقائها ﴿تصح اجارته﴾ دون ما ليس كذلك، ولو في نحو المنحة اجماعاً .

﴿واجارة المشاع جائزة﴾ مطلقاً ، استأجره من شريكه أو غيره عندنا ، لا مكان استيفاء المنفعة بموافقة الشريك ، لكن لا تسلم العين المشتركة الا باذنه . ولو أبى رفع الامر الى الحاكم، كما اذا تنازع الشريكان . ثم انه اذا كان المستأجر عالماً بالحال، والا فله الفسخ دفعاً للضرر .

﴿والعين﴾ المستأجرة ﴿أمانة لا يضمنها المستأجر ولا ما ينتص منها ، الا مع تعد أو تفریط﴾ وكذلك الاجير اذا هلك، صغيراً كان أو كبيراً، حرّاً كان أو مملوكاً . ولا فرق في الحكمين بين التلف في المدة أو بعدها على الاقوى .

وفي جواز اشتراط الضمان حيث لم يثبت بأصل العقد أم العدم قولان ، والثاني أشهر ، والاول أظهر .

ما يشترط في صحة الاجارة :

﴿وشروطها﴾ أي الاجارة ﴿خمسة﴾ بل ستة :

أحدها : ﴿ أن يكون المتعاقدان كاملين جائزي التصرف ﴾ برفع الحجر
 عنهما، فلا تصح اجارة الصبي مطلقا، وان كان مميزاً أو أذن له الوالي على الاتوى،
 ولا المجنون مطلقا، ولا المحجور عليه بدون اذن الوالي ومن في حكمه لامطلقا .
 ﴿ وثانيها : ﴾ أن تكون الاجرة معلومة، كيلا أو وزناً ﴿ أو عدأ ان كانت
 مما يعتبر بها في البيع ، أو مشاهدة ان لم تكن كذلك .
 ﴿ وقيل : ﴾ تكفي المشاهدة ﴿ مطلقا ﴿ ولو كان ﴾ الاجرة ﴿ مما يكال أو يوزن ﴾
 والاول أشهر وأقوى .

﴿ وتملك الاجرة بنفس العقد ﴾ لكن لا يجب تسليمها الا بتسليم العين
 المستعارة أو العمل ان وقعت عايه الاجارة ، الا أن يكون هناك عادة تقتضي
 التعميل فيجب، كما لو اشترطه .

وفائدة التملك مع عدم وجوب التسليم تبعية النماء لها، متصلا لها أو منفصلا
 ان وقع العقد على عينها .

وحيث سلمت العين المستأجرة أو العمل ، وجبت الاجرة ﴿ معجامة مع
 الاطلاق ﴾ في العقد وعدم تقييد فيه بتأجيلها ﴿ أو اشتراط التعميل ﴾ .

وفائدة الشرط مع استفادته من نفس العقد، هو التأكيد لا تسلط الموجر على
 الفسخ مع الاخلال به وان قيل به .

﴿ ويصح تأجيلها ﴾ بالشرط ﴿ نجوما ﴾ وأشهرأ معينة، بأن يجعل لكل منها
 شيء منها لا يستحق الموجر مطالبته قبل مجيئه .

﴿ و ﴾ كذا يصح ﴿ الى أجل واحد ﴾ ولا فرق 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 ما اذا كان العمل في ملك الاجير فالاول

أولك المستأجر فالثاني أقوال، خيرها أوسطها .

﴿واو استأجر من يحمل له متاعاً﴾ مثلاً ﴿الى موضع﴾ معين ﴿في وقت معين بأجرة معينة، فان لم يفعل﴾ ذلك وام يبلغه في ذلك الوقت، أي: شرط عليه أنه ان لم يفعل ذلك ﴿نقص من أجره شيئاً معيناً﴾ فتراضيا عليه ﴿صح﴾ كل من العقد والشرط على الاظنر الاشهر ﴿ماله 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 فنفي الاجرة بالكلية .

﴿و﴾ ثالثها : ﴿أن تكون المنفعة مملوكة المدوجر أول من يوجر عنه﴾ وكالة أو وصاية، أو ولاية خاصة أو عامة .

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 . ولا فرق بين أن تكون مملوكة تبعاً للمعين أو منفردة .

﴿و﴾ يجوز ﴿للمستأجر أن يوجر﴾ العين المستأجرة ﴿الأن يشترط﴾ الموجر ﴿عليه استيفاء المنفعة بنفسه﴾ فلا يجوز له أن يوجر حينئذ ، الا أن يشترط المستأجر الاول على الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه ، فيجوز الا أن ينهاه الموجر الاول عن نفس الاجارة من الغير بالشرط، فلا يجوز كالاول وان استوفى هو المنفعة .

وحيث جاز له الاجارة من غيره ، فهل يتوقف تسليم العين على اذن المالك أم لا؟ 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 مثلاً .

وبالجملة لا بد من تقدير المنفعة بما يتقدر به عادة ، فان اتحد كما لا يمكن 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 مثلاً ، وأخرى باضافتهما الى معين كما مر في المتن .

والمضابط : هو العلم بالمنفعة على أحد الوجهين .

ولو قدرت بالعمل والمدة معاً ، كأن يخيط هذا الثوب في هذا اليوم مثلاً ، 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 . ولا فرق بينهما الا من حيث أن تسليم الاجرة يتوقف على تمام العمل ، أو دفع العين المستأجرة . ولا كذلك 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 المشروط مع تقييده به ، متصلاً كان أم منفصلاً ، 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 ﴾ ولولم ينتفع ﴿ بها بلاخلاف ، ولا فرق في ثبوتها عليه بالتسليم بين كون الاجارة صحيحة أو فاسدة . وفي حكم التسليم ما لو بذل المودر العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة ، أو مضت مدة يمكنه الاستيفاء ، فتستقر الاجرة هنا أيضاً ، لكن لا بد فيه من تقييده بالصحيحة .

﴿ واذا عين ﴾ حين العقد ﴿ جهة الانتفاع ﴾ فيما يتعد فيه ﴿ اسم يتعدى المستأجر ويضمن مع التعدي ﴾ .

﴿ ولو تلفت العين ﴾ المعين في العقد استيفاء المنفعة منها ﴿ قبل القبض ﴾ أو بعده بلا فصل ﴿ أو امتنع المودر من التسليم مدة الاجارة ، بدلت الاجارة ﴾ بلاخلاف في الاول ، على الظاهر المصرح به في التنقيح^(١) ، ولولاها لا يمكن المناقشة فيه على اطلاقه بل مطلقاً .

وفي حكم تلف الجميع تلف البض ، الا أن البطلان هنا يختص بالتلف^(٢) ، ويتخير في الباقي بين الفسخ وامسالك الحصة بقسطها من الاجرة .

وطريق التقسيط في العين المتساوية الاجزاء ظاهر ، وفي غيرها بأن تقوم اجرة مثل جميع المدة ، ثم تقوم الاجزاء السابقة على التلف ، وينسب الى المجموع ، فيؤخذ من المسمى بتلك النسبة .

وعلى اشكال في الاخير ، من أن التسليم شرط للاستحقاق بالاتفاق ، فليس لاحدهما على الاخر شيء ، وينسخ العقد بنفسه ، لانه بمنزلة تلف المبيع والعين قبل التسليم . ومن أن المنفعة مماوكة وقد منعه عنها ، وهي مضمونة كالايمان ،

(١) التنقيح الرائع ٢٧١/٢ .

(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 وفقاً لجماعة . ولا فرق 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 ﴿عسى الظالم﴾ فيرجع المستأجر عليه بأجرة مثل المنفعة التالفة في يده . ولا فرق 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 . ولا يسقط التخيير بزوال المانع في أثناء المدة .

وكثير من هذه الاحكام منطوق فيها ان لم ينقضي الاجماع عليه ، ولكن عدم ظهور الخلاف اعلمه كاف في اثباته ، الا أن ظاهر العبارة البطالان 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 أصلاً ، أو أمكن اعادته بحيث لا يفوت عليه شيء معتد به ، والاول لا ينطبق على ما ذكره من أن تلف العين يبطل الاجارة، والثاني 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 .

﴿ولا يسقط﴾ من ﴿مال الاجارة﴾ شيء ﴿ولو كان الهدم بفعل المستأجر﴾
مطلقاً كان على جهة الانتفاع أو غيرها ، مالم يكن فيه من جهة الموجر تعدد أو
تفريط ، ومع أحدهما يتقاصان اذا كان هناك شرائط التقاص ، والافعلى المالك
الاجرة للمستأجر وعليه بدل التالف للمالك .

﴿و﴾ خامسها : ﴿أن تكون المنفعة مباحة﴾ في الشريعة .
﴿فلو آجره﴾ دابة أو مسكناً مثلاً ﴿ليحمل﴾ أو يحرز فيه ﴿الخمير﴾
المتخذة للشرب ، أو دكاناً لبيع فيه آلة محرمة ، أو أجييراً ليحمل مسكراً ﴿أو
ليعلمه الغناء﴾ أو نحو ذلك ﴿لم تنعقد﴾ الاجارة ، على الاظهر الأشهر .
ومافي بعض الصحاح من الجواز مطروح ، أو مأول بالحمل على التقيّة ،
أو على صورة الجهل بأن المستأجر يفعل ذلك ، أو على أن الحمل للتخيل 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 ، الاستفادة من قوله : ﴿ولاتصح اجارة﴾
العبد ﴿الابق﴾ والجملة الشارد ، والذي لا يتمكن من تسليمه ، وتسامه ، أو المنصوب
الذي لا يملك الموجر التصرف فيه .

وهو شرط اجماعاً ، فلا تصح الاجارة بدونه ، الا أن ينضم اليه ضميمة مقصودة
بالذات فتصح كالبيع . بل قيل : بالصحة معها مطلقاً في العبد الا بق ، ولولم 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 ضمنية .

﴿ولا يضمن صاحب الحمام الثياب﴾ وان شاهدها عند النزاع ، وقيل له

احفظها وسكت ﴿الا أن يودع﴾ ويقبل ﴿فيفرط﴾ في الحفظ فيضمن .

﴿واوتنازعا﴾ في أصل الاستئجار ، فادعاه أحدهما وأنكره الآخر ﴿فالقول

قول المنكر مع يمينه﴾ ولا فرق بين كون المنكر المالك أم الآخر .

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 الأجرة

أنها تعلقت به وكان المنكر المالك ، فان أنكر مع ذلك الاذن في التصرف وحلف ،

استحق اجرة المثل وان زادت عن المسمى بزعم الآخر .

ولو كان المتصرف يزعم تعيينها في مال مخصوص وكان من جنس النقد

الغالب ، أزم المالك قبضه عن اجرة المثل ، ولا تسلط 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 ،

ولا يجوز له الزام المالك بأخذ النادر ، ويبقى ذلك بأجمعه مجهولاً . ويضمن العين

بانكار الاذن ، ولو اعترف به فلا ضمان .

وان كان المنكر المتصرف وحلف ، وجب عليه اجرة المثل ، فان كانت أزيد

من المسمى يزعم المالك ، لم يكن له المطالبة به ان كان دفعه ، ووجب عليه دفعه

ان لم يكن دفعه وليس للمالك قبضة . وان زاد المسمى عن اجرة المثل ، كان

للمنكر المطالبة بالزائد ان كان دفعه والاسقط ، والعين ليست مضمونة عليه هنا .

﴿ولو اختلفا في رد العين﴾ المستأجرة ، فادعاه المستأجر ولا يئنه ﴿فالقول

قول المالك مع يمينه﴾ بلاخلاف .

﴿وكذا﴾ القول قول المالك مع يمينه ﴿لو كان﴾ الاختلاف ﴿فسي قدر الشيء المستأجر﴾ بفتح الجيم يعني العين المستأجرة، بأن قال: آجرتك البيت بمائة، فقال: بل الدار أجمع بها، ولاينة، على الأشهر الاظهر. وقيل: بالتحالف. وفيه ضعف.

﴿ولو اختلفا في قدر الاجرة﴾ بعد اتفاقهما على العين والمدة، فادعى المستأجر النقصان والآخر الزيادة ﴿فالقول قول المستأجر مع يمينه﴾ على أشهر الأقوال وأظهرها في المسألة.

هذا اذا لم يكن بينة لاحدهما، والافيهكم لمن له البينة مطلقا. او أقامها كل منهما، فالاقرب تقديم بينة المدعي.

﴿وكذا﴾ يقدم قول المستأجر مع يمينه ﴿لسو ادعى﴾ الموجر ﴿عليه التفريط﴾ ولاينة له.

﴿وثبت أجره المثل في كل موضع تبطل فيه الاجارة﴾ مع استيفاء المنفعة أو بعضهما مطلقا، زادت عن المسمى أم نقصت عنه، قيل: الآن يكون البطلان باشتراط عدم الاجرة أو السكوت عنها في العقد، فتسقط بالكلية. ولا بأس به فسي الشق الاول، ويشكل في الثاني، بل الوجه فيه ثبوت الاجرة، الآن ينضم الى السكوت ما يدل على أن المقصود به اسقاط الاجرة، وأنه ليس عن نسيان أو غفلة.

ثم ان كل ذا مع جهلها بالفساد، وأمام علمها به فلا يستحق الموجر شيئا ولا يجب على المستأجر دفع الاجرة، فلودفعها والحال هذه كان بمنزلة التبرع والهبة وله الرجوع فيها مادامت 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 أجره المثل، كما اذا شاركه الآخر في

الجهل. والعين مضمونة في يد المستأجر مطلقاً، كما نسب الى الاصحاب. ويشكل في صورة دفع الموجد 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﴾ وازمه في الزائد أجرة المثل ﴿له مضافاً الى المسمى، ولومع الامرين على الاظهر ، وفاقاً لجمع .

وهل المعتبر قيمة يوم التفريط أو يوم التلف أو أعلى القيمتين ؟ أقوال ، أحوطها الاخير ان لم يكن أظهرها .

وموضع الاختلاف ما اذا كان الاختلاف بتفاوت القيمة، أما وكان بسبب نقص في العين ، فلاريب في ضمان الناقص .

﴿فان اختلفا في قيمة الدابة أو ارش نقصها فالقول قول الغارم﴾ وفاقاً لاكثر ﴿وفي رواية^(١)﴾ صحيحة عمل بها الشيخ في النهاية^(٢) : 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^(٣) .

(١) وسائل الشيعة ١٣ / ٢٥٥ ، ج ١٣ ب ١٧ .

(٢) النهاية ص ٤٤٦ .

(٣) وسائل الشيعة ١٣ / ٢٤٥ ، ج ٢٣ .

﴿ويجب ايفاؤه﴾ أجرته ﴿عند فراغه﴾ من العمل اللازم عليه. وقيل : يستحب والوجوب أحوط بل وأظهر .

﴿ولا يعمل الاجير الخاص﴾ وهو الذي يستأجر للعمل بنفسه مدة معينة حقيقة أو حكماً، كما اذا استوجر لعمل معين أول زمانه اليوم المعين، بحيث لا يتوانى فيه بعده ﴿لغير المستأجر﴾ الا باذنه ، لانحصار المنفعة المستحقة للمستأجر فيه بالنسبة الى الوقت الذي جرت عادته فيه كالنهار مثلاً، فلا يجوز 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 عملاً لا ينافي حق المستأجر ، كإيقاع عقد في حال اشتغاله بحقه في أصح القولين .

واحترز بالخاص عن المطلق، وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة كتحصيل الخياطة يوماً أو عن المدة مع تعيين المباشرة، كأن يخيط له ثوباً بنفسه من غير تعرض للوقت. أو مجرداً عنهما كخياطة ثوب مجردة عن التعيين مطلقاً، فانه بأقسامه يجوز أن يعمل لغير المستأجر ويوجر نفسه منه استيجاراً لا ينافي الاول .

أما الاستيجار المتنافي ، كأن يوجر نفسه مدة حياته مع تعيين المباشرة فلا، وهو في معنى الخاص بالاضافة الى قدر المدة للعمل الاول .

ثم الخاص مطلقاً ان عمل لغير المستأجر في الوقت المختص به ، فله صور استوفينا أحكامها في الشرح^(١).

كتاب الوكالة

(كتاب الوكالة)

﴿وهي تستدعي﴾ أن نذكر ﴿فصولاً﴾:

﴿الاول : الوكالة﴾ بفتح الواو وكسرها ﴿عبارة عن الايجاب والقبول الدالين على الاستنابة في التصرف﴾ في شيء، للموجب أن يتولاه بنفسه وبغيره .
ويكفي فيهما ما يدل عليهما، ولو بالاشارة المفهمة في الاول، والنعل الدال على الرضا في الثاني .

ولا يشترط فيه الفورية ، فلو تراخى عن الايجاب مدة طويلة كانت الوكالة صحيحة .

وفي اشتراط عدم الرد أملاً وجهان ، أجودهما : الثاني الامع عام الموجب بالرد وحصول الشك به في بقاء الاذن المستفاد من الايجاب ، فللا شتراط هنا وجه .

﴿ولاحكم لو كالة المتبرع﴾ بقبولها بعدم اشتراطه جعلاً أو اجرة على عمله الذي ليس له اجرة في العادة كبرئ القلم ، فلا يستحق شيئاً مطلقاً ولونواه .

ويحتمل العبارة معنى آخره بنياً على ارادة التوكيل من الوكالة، أي: لاحكم لتوكيل المتبرع بتوكيله ، بأن وكل أحداً في التصرف في مال غيره مثلاً فضولياً

وهو خلاف الظاهر، وان كان أنسب بالمقام من الاول .

﴿ومن شرطها أن تقع منجزة ، فلا تصح﴾ لو كانت ﴿معاقة على شرط﴾
متوقع كقدوم الحاج ﴿ولاصفة﴾ مترقبة كطلوع الشمس .

﴿و﴾ لكن ﴿يجوز تنجزها﴾ واشترائط ﴿تأخير التصرف الى مدة﴾ بأن
يقول : وكلتكم الان في كذا ولكن لا تتصرف الا بعد شهر مثلا ، بلاخلاف في
المقامين .

وفي صحة التصرف حيث فسدت بالتعليق بعد حصول المعاق عليه من أحد
الامرین بالاذن الضمني قولان ، أجودهما : نعم ، ولكن الاحتياط مهما أمكن لا
يترك .

﴿وليست﴾ الوكالة ﴿لازمة لاحدهما﴾ فلكل منهما ابطالهما في حضور
الآخر 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 .
﴿ولا يعزل﴾ الوكيل بعزل الموكل ﴿مالم يعلم العزل﴾ مطلقا ﴿وان أشهد
بالعزل على الاصح﴾ الاشهر ﴿و﴾ عليه ف ﴿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^(١) 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 ولو أدوارياً ﴿والاغماء﴾ قليلا كان أو كثيراً من كل منهما كان هذه الثلاثة

(١) وسائل الشيعة ١٣ / ٢٨٥ ، ب ٢ .

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 بالأذن العام، وفيه نظر ، بل القول بالمنع هنا أظهر .

﴿و﴾ كذا تبطل بـ ﴿تلف ما يتعلق به﴾ يعني ما دل عليه لفظها مطابقة، كموت العبد الموكل في بيعه، والزوجة الموكلة في طلاقها . أو تضمناً كتلف الدينار الموكل في الشراء به . ولا فرق بين أن ينص على الشراء بعينه، أو يطلق بأن يقول: اشتر به .

وفي حكم التلف انتقاله عن ملكه ، كما أو أعتق العبد الموكل في بيعه، أو باع العبد الموكل في عتقه .

وكذا تبطل بالحجر على الموكل فيما وكل فيه بالسفه أو الفلاس، وفي حكم الحجر بها طرو الرق على الموكل ، بأن كان حراً فاسترق، ولو كان وكيلاً صار بمنزلة وكيل عبد الغير .

ولا تبطل بالنوم وان تناول ما لم يؤد إلى الإغماء ، فتبطل من جهته لامن جهة النوم .

وحيث بطلت الوكالة لم تبطل الأمانة ، فلو تلف العين الموكل فيها في يده بغير تفريط لم يضمن .

وكذا لو كان وكيلاً في قبض حق، فقبضه بعد الموت مثلاً وقبل العلم به وتلف في يده بغير تفريط، لكن يجب عليه المبادرة إلى إيصال العين إلى الوارث، فإن أخر ضمن كسائر الأمانات الشرعية .

﴿ولو باع الوكيل﴾ العين الموكل فسي بيعها ﴿بشئ﴾ ، فإنكر الموكل الأذن ﴿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 أو غيبة ، كل ذا على الأشهر الأظهر ، وفاقاً للمبسوط ، خلافاً للنهاية فقال : ان على الوكيل اتمام ما حلف عليه المالك ، ووجهه غير واضح .

ما تصح الوكالة فيه :

﴿الثاني﴾ : ﴿في بيان﴾ ما تصح فيه الوكالة ﴿شرعاً﴾ .

﴿وهو كل فعل﴾ يتكامل فيه شروط ثلاثة :

أحدها - أن يكون مملوكاً له ، بمعنى كون مباشرته له ممكنة بحسب العقل والشرع ، فلا تجوز الوكالة في الأمور المستحيلة بالذات عقلاً والممنوعة شرعاً ، فلا تجوز في المعاصي كالغصب والسرقة والقتل مثلاً ، وأحكامها تلزم المباشر .
 ويعتبر الامكان المزبور من حين الوكالة الى وقت التصرف ، فلا تجوز في طلاق زوجة سينكحها ، ولا عتق عبد سيشتريه . نعم تجوز في الطلاق في طهر الواقعة والحيض ، وفي تزويج امرأة ثم طلاقها وشراء عبد ثم عتقه ، ونحو ذلك مما يقع التوكيل فيه تبعاً لما يجوز التوكيل مستقلاً فيه .

وثانيها : أن ﴿لا يتعلق غرض الشارع فيه ب﴾ 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 . ولا تجوز فيما يتعاق غرضه بايقاعه من مباشر معين .

ولا خلاف في شيء من ذلك ولاخفاء ، وانما الخفاء في مرجع معرفة الغرض في ذلك ، والظاهر أنه النقل ، اذ لا قاعدة له لم تنخرم ، وقد علم تعاق غرضه بجملة

من العبادات ، كالتطهارة والصلاة الواجبة في حال الحياة ، فلا يستتاب فيها ، طالما
 الا ما استثني من نحو الطواف الواجب بشرط ذكر في محله، وركعتي الطواف
 حيث تجوز استنابة الحي في الحج الواجب والندب، وأداء الزكاة ، وكالايمان
 والندور والقسم بين الزوجات والشهادات الاعلى سبيل الشهادة، والظهار والمعان
 والجنابة .

وفي صحة التوكيل باثبات اليد على المباحات، كالاصطبااد والاحتطاب
 والاحتشاش قولان .

وثالثها: أن يكون معلوماً، فلا يصح في المبهم والمجهول .

﴿وتصح الوكالة في الطلاق للمغائب﴾ اجماعاً ﴿و﴾ في ﴿الحاضر على
 الاصح﴾ الاشهر ، خلافاً للشيخ والتقي فمنعنا عنها في المحاضر، قيل: وعلى قول
 الشيخ بتحقيق 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 ما يشهد العادة بالاذن مع اطرادها أو دلالة القرائن، كما لو أذن بالبيع نسيئة
 بقدر ، فباع نقداً به أو بأزيد ، الا أن يكون له غرض في التعيين ولو احتمالاً ،
 فلا يجوز التعدي حينئذ عنه ، الا أن يكون احتمالاً بعيداً ، بلاخلاف في شيء من
 ذلك ولاشكل، الا فيما حكموا به من صحة المعاملة مع المخالفة حيث جازت
 له، بدلالة القرائن أو اطراد العادة مع ضمان العين ، لو عين لها محللاً تبع فيه
 فعُدل الى آخر فباعها فيه، فربما يستشكل فيه، ولكن ليس في محله .

﴿ولو عمم الوكالة صح﴾ اذا خصها من وجه مال أو غيره بلاخلاف ،
 وكذا لو لم يخصصها بوجه، كما اذا وكله في كل قليل وكثير مما له فعله، على الاشهر
 الاقوى .

نعم يشترط في تصرفاته المصلحة ، فيمضي تصرفاته معها ﴿الاما يقتضيه الاقرار﴾ بمال، أو ما يوجب حداً أو تعزيراً، فلا يمضي فيه على الأشهر الأقوى ، فلا يلزم الموكل بما وكل في الاقرار به . ولا فرق في ذلك بين أن يطاق الوكالة بحيث تعم الاقرار بذلك، أو يصرح بالتوكيل فيه على الأقوى ، كما مضى .

ما يشترط في الموكل :

﴿الثالث﴾ : ﴿في بيان الموكل﴾ :

﴿ويشترط كونه مكلفاً﴾ كاملاً بالبلوغ والعقل ، فلا تصح وكالة الصبي والمجنون مطلقاً، باذن الوالي كان أم لا بلاخلاف، الا في المميز البالغ عشرين ، فجوز جماعة توكله وتوكيله في نحو الصدقة والوصية والطلاق مما دلت الروايات ^(١) على جوازها منه ، وهو حسن ان جاز الاعتماد عليها والا فلا .
﴿جائز التصرف﴾ فيما يوكل فيه برفع الحجر عنه فيه ، فلا تجوز وكالة السفهه ولا المفلس فيما حجر عليهما فيه، وتصح في غيره. ولقد كان في ذكر هذا الشرط غنى عن الاول .

﴿ولا يوكل العبد﴾ القن أحداً فيما ليس له التصرف فيه ﴿الاباذن، وولاه﴾ ويصح له التوكيل في طلاق زوجته ان لم تكن أمة مولاه، على الأشهر الأقوى. ثم المراد بالاذن ما يعم الصريح وما في حكمه. فلو كان مأذوناً في التجارة، جاز أن يوكل فيما جرت العادة فيه بالوكالة .

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ يجوز أن يوكل ﴿الوكيل﴾ فيما وكل فيه ﴿الا أن يؤذن له﴾ بالتوكيل فيه واو 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، ب ٢ .

بمساعدة. 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 اذن له بالتوكيل، فان صرح بكون وكيله وكيلا عنه أو عن الموكل ازمه حكم من يوكله، فيعزل في الاول بانعزاله، لانه فرعه، ويعزل كل منهما له . وفي الثاني لا يعزل الا بعزل الموكل، أو بما أبطال توكيله من جنون أو اغماء ونحوهما .

وان أطلق ففي كونه وكيلا عنه، أو عن الموكل، أو تخير الوكيل في توكيله عن أيهما شاء أوجه. وكذا مع استفادته من العموم أو الفحوى، الأأن كونه وكيلا عن الوكيل أقوى .

واعلم أن لفظة « يوكل » في العبارة في المقامين ربما قرأ بفتح الكاف، فمعناها حينئذ : لا يجوز للانسان أن يوكل عبد غيره ولا وكيل غيره الا باذنه . وهذا مع عدم مناسبته لسباق الكلام غير تام الحكم فيه في المقام الثاني على اطلاقه .

ويجوز للاب والجد له ووصيهما أن يوكلوا عن اه الولاية عليهم .
 ﴿ وللحاکم ﴾ الشرعي أيضاً ﴿ أن يوكل عن السفهاء والبله ﴾ والمجانين والصبيان الذين لا ولي لهم غيره .

ويشترط في الوصي أن لا يمنعه الموصى عن التوكيل، ومعه لا يجوز له .
 ﴿ ويكره لذوي المروات ﴾ وهم أهل الشرف والرفعة ﴿ أن يتولوا المنازعة بنفوسهم ﴾ بل ينبغي لهم التوكيل فيها .

ما يشترط 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 الآخر 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 و غيرها﴾ وكذا طلاق غيرها باجماعنا، أما طلاق 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 عايه الاجماع في التذكرة، ولا يخلو عن قرة، وان كان الاولى أحوط بلاشبهة .

﴿والذمي يتوكل على الذمي للمسلم والذمي، ولا﴾ يجوز أن يتوكل ﴿الذمي﴾ على مسلم ﴿مطلقا لمسلم أو ذمي اجماعاً﴾ .

وكذا الحربي لا يتوكل على مسلم مطلقا، بل بطريق أو اوى . 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 مثلاً صح ، وبه صرح جماعة الآن 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 لا يضمن الا مع تعد أو تفريط ﴾ ولا فرق في الوكيل بين كونه بجعل أو غيره .

مسائل تتعلق بالوكيل والموكل :

﴿ الخامس : في ﴾ بيان ﴿ الاحكام ، وهي مسائل : ﴾

﴿ الاولى : لو أمره ﴾ الموكل ﴿ بالبيع حالاً فباع مؤجلاً ولو بزيادة ﴾ الثمن عن المثل أو ماعين ﴿ لم تصح ﴾ أي لم تلزم ﴿ ووقف على الاجازة ﴾ فان أجاز صح ولزم والا فلا .

﴿ وكذا ﴾ لم تصح ووقف على الاجازة ﴿ لو أمره ببيعه مؤجلاً بثمن فباع بأقل منه عاجلاً ﴾ .

هذا مع عدم اطراد العادة وفقد القرائن الدالة على الاذن فيما خالف اليه ، كما هو الغالب في المقامين ، وأما مع أحدهما فالوجه صحة البيع كما مضى .

﴿ و ﴾ لذا قالوا : ﴿ لو باع ﴾ في الصورة الثانية ﴿ بمثله ﴾ أي بمثل الثمن الذي عين له ﴿ أو أكثر ﴾ منه ﴿ صح ﴾ ولزم ، لانه زاده خيراً وبه يحصل اذن الفحوى قطعاً ﴿ الآن يتعلق بالاجل غرض ﴾ ولو احتمالاً لم يكن نادراً ، كأن يخاف على الثمن ذهابه في النفقة مع احتياجه اليه بعده .

﴿ ولو أمره بالبيع في موضع ﴾ معين ﴿ فباع في غيره بذلك الثمن ﴾ المعين له أو بالمثل مع الاطلاق أو زائداً عليهما ﴿ صح ﴾ الآن يعام أو يظن غرض في تعيينه ، من جودة النقد ، أو كثرته ، أو حله ، أو صلاح أهله ، أو مودة بينهم وبين

موكله ، فلا يصح ويقف على الاجازة .

﴿ولا كذا لو أمره ببيعه من انسان﴾ معين ﴿فباع من غيره ، فانه﴾ لم يازم بل ﴿يقف على الاجازة﴾ مطلقاً ﴿ولو باع بأزيد﴾ من الثمن الدعين أو المثل ، اذا علم عدم تعلق غرض له بتعيينه وأن المقصود منه حصول الثمن كيف اتفق فيمكن الصحة ، هذا كسابقه الآن 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﴾ ولاينة ﴿فالقول قول المنكر مع يمينه﴾ ولا فرق في المنكرين كونه الوكيل والموكل . ﴿ولو﴾ اتفقا عليه ولكن ﴿اختلفا في العزل أو في الاعلام أو في التفريط﴾ أوقية التالف بعد الاتفاق عليه ولاينة ﴿فالقول﴾ في جميع ذلك ﴿قول الوكيل﴾ بلاخلاف ﴿وكذا لو اختلفا في التالف﴾ فالقول فيه أيضاً قول الوكيل ، سواء ادعاه بأمر ظاهر أو خفي .

﴿ولو اختلفا في الرد فقولان ، أحدهما﴾ : ان ﴿القول قول الموكل مع يمينه﴾ ذهب اليه الحلبي والفاضلان والشهيدان وغيرهم . ﴿والثاني﴾ : ان ﴿القول قول الوكيل﴾ مع يمينه ﴿ما لم يكن﴾ وكالته ﴿بجعل﴾ ، وهو أشبهه ﴿وفاقاً للمشهور واعتبار اليمين كما ذكرنا مما لاخلاف فيه ، وفي المسالك الاجماع .

﴿المثالثة﴾ : اذا زوجه امرأة ﴿مدعياً وكالته﴾ على تزويجها خصوصاً أو عموماً ﴿فأنكر﴾ ها ﴿الموكل﴾ ، فالقول قول المنكر مع يمينه ﴿وعدم بينة للمدعي بلاخلاف﴾ وعلى الوكيل مهرها ﴿كملاً وفاقاً للنهاية^(١) وجماعة .

﴿وروي^(٢)﴾ أن لها عليه ﴿نصف مهرها﴾ ونحوها رواية أخرى ، وزيد

(١) النهاية ص ٣١٩ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣ / ٢٨٨ ، ب ٤ .

فيها التعليل بما أشار اليه بقوله: ﴿لانه ضيع﴾ بترك الاشهاد ﴿بضعها﴾^(١) وهو أقوى ، بل قيل أشهر .

وهنا قول آخر بفساد أصل العقد الموجب لنفي أصل المهر ، وهو موافق للأصل ، إلا أنه يجب تخصيصه بما مر من النص المعتبر .

﴿و﴾ كيف كان يجب ﴿على الزوج﴾ المنكر للوكالة ﴿أن يطلقها سراً﴾ ان أبي عن الجهمار ﴿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 تعليفاً مانعاً .

(١) كذا في النسخ ، ولكن في الرواية والمطبوع من المتن : حقها .

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

(كتاب الوقوف والصدقات والهبات)

﴿أما الوقف: فهو تحييس الاصل واطلاق المنفعة﴾ وابطاحتها للجهة الموقوف عليها ، بحيث يتصرف فيه كيف شاء كغيرها من الاملاك .

والمراد به «تحييس الاصل» المنع عن التصرف فيه تصرفاً نافلاً للملكه .
﴿ولفظه الصريح﴾ الذي لا يفتقر في دلالته عليه الى ضم قرينة ﴿وقفت، و﴾
أما ﴿ماعداه﴾ فـ ﴿يفتقر الى القرينة الدالة على التأيد﴾ كأنلفظ الدال عليه ، أو على نفي البيع والهبة والارث ، فيصير بذلك صريحاً ، سواء كان تصدقت ، أو حرمت أو أبدت ، أو حبست ، أو سبلت .

ولا يحكم 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 ، فلا خلاف في عدم صراحتها . هذا كله في الحكم عليه بالظاهر ، والافلونوى الوقف فيما يفتقر الى القرينة وقع باطناً ودين بنيته لو ادعاه .

وظاهر العبارة عدم اعتبار شيء آخر حتى القبول والقربة ، والاصح اعتبارهما والقابل هو الموقوف عليه اذا كان خاصاً والافالحاكم ، 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 الأشهر الأقوى . وكذا بموت الموقوف
عليه على الأقرب، سواء قبض البطن الثاني أم لا . والنماء المتخلل بينه وبين الواقف
للوواقف .

ولا يشترط في الورثة القبض ^(١) ، ولا خلاف في سقوط اعتباره في بقية
الطبقات .

ثم لو وقف على الفقراء أو الفقهاء ، فلا بد من نصب قيم لقبض الموقوف ،
والنصب إلى الحاكم، قيل: والأقرب جوازه للواقف مطلقاً، سيما مع فقد الحاكم
ومنصوبه ، ولا بأس به .

﴿ولو كان﴾ الوقف ﴿على مصلحة﴾ عامة ﴿كالقناطر أو موضع عبادة
كالمساجد﴾ قالوا: ﴿قبضه الناظر فيها﴾ أي: في تلك المصاحبة، فإن كان لها ناظر
شرعي من قبله تولى القبض ، والا فالحاكم .

وأطلق بعضهم حصول القبض في نحو المساجد والمقابر بصلاة واحدة ودفن
واحد فيها، وقيدته آخر بوقوع ذلك باذن الواقف، وقيدته ثالث بوقوعها بنية الأقباض
أيضاً ، فلو أوقفها لابنته، كما لو أوقفها قبل العلم، أو بعده قبل الأذن فيهما، أو بعدهما
لابنية القبض: أما للذهول منه أو لغير ذلك، لم يلزم. قالوا: هذا إذا لم يقبضه الحاكم
الشرعي أو منصوبه ، والا فالأقوى الاكتفاء به إذا 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 .
❀ ولو وقف عليه ❀ أي على الطفل ومن في معناه ❀ الاب أو الجد له صح ❀
ولزم ولم يحتج الى اقباض من أحد بلاخلاف ❀ لانه مقبوض بيده ❀ كما في
الصحيح^(١) . واطلاقه كعبارة المتن وكثير يقتضي الاكتفاء بقبضهما وان تجرد عن
نية القبض عنهما ، واحتمل بعضهم اعتبار ذلك .
وفي معناه ما اذا كان الموقوف تحت يد الموقوف عليه بوديعة أو عارية أو
نحوهما ، ولا بأس به .

ولو كان القبض واقعاً بغير اذن الواقف، كالمقبوض بالغصب والشراء الفاسد
ففي الاكتفاء به نظر واعل العدم هنا أظهر .

❀ والنظر ❀ في هذا الكتاب ❀ اما في الشروط أو ❀ في ❀ اللواحق ❀ .
❀ والشروط ❀ زيادة على امر ❀ أربعة أقسام ❀ من حيث أن أركانه أربعة ،
كل قسم منها يتعلق بأحدها .

ما يشترط في أصل الوقف :

❀ الاول : في ❀ ما يتعلق به ❀ الوقف ❀ .
❀ ويشترط فيه التنجيز ❀ فلو عاقه على شرط متوقع ، أو صفة مترتبة ، أو جعل له
الخيار في فسخه متى شاء من دون حاجة ، بطل ، بلاخلاف فيه ولا في الصحة ، لو
كان المداق عليه واقعاً والواقف عالم بوقوعه ، كقوله : وقفت ان كان اليوم الجمعة
مثلاً .

❀ والدوام والاقباض ❀ من الموقوف عليه ومن في حكمه ، والاقباض أن
الاقباض في كل شيء بحسبه كما مر .

❀ واخرجه عن نفسه . فلو كان ❀ وقفه ❀ الى أمده ❀ كشهر أو سنة مثلاً بطل

(١) وسائل الشريعة ١٣ / ٢٩٨ ، ج ٢٢ ، ٢٩٧٥ .

لاشترط التأيد في صحته، وفاقاً للاكثر، وفي الغنية الاجماع . وحيث بطل وفقاً
 ﴿ كان حبساً ﴾ على الاشهر الاقوى .

هذا اذا قصد به بافظ الوقف . ولو قصد الوقف الحقيقي، وجب القطع بالبطلان
 مطلقاً .

﴿ ولو جعله امن ينقرض غالباً ﴾ ولم يذكر المصرف بعده واقتصر على بطن
 أو بطون ﴿ 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 ﴿ مروى ^(١) ﴾ .

ثم على المختار من العود الى الواقف أو ورثتها، هل المراد بؤم ورثته حين
 انقراض الموقوف عليه ، أو الورثة عند موته ويسترسل فيه الى أن يصادف
 الانقراض؟ قولان، والثاني أقوى .

وتظهر الثمرة فيما لو مات الواقف عن والدين، ثم مات أحدهما عن ولد قبل
 الانقراض ، فعلى الاول يرجع الى الولد الباقي خاصة ، وعلى الثاني يشترك هو
 وابن أخيه بتلقيه من أبيه كما لو كان حياً .

واعلم أن هذا الوقف يسمى «منقطع الاخر» ويتفرع على الشرط الثاني ما مر
 فلا وجه لاعادة ذكره .

وأما ما يتفرع على الثالث أنه لو وقفه على نفسه، بطل بالاضافة اليه مطلقاً،

(١) تهذيب الاحكام ١٣٣/٩ .

وان عقبه بما يصح 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 لا يصح 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، أو الجميع، أو البطلان من أصله أوجه .

وكذا فيما لو وقف على نفسه والفقراء ، ففي صحة النصف ، أو الثلثة الارباع، أو الجميع، أو البطلان من الاصل أوجه، أوجهها في المقامين البطلان .

ويتفرع على هذا الشرط عدم صحة الوقف اذا شرط قضاء ديونه أو ادراء مؤنته منه ونحو ذلك . ولو شرط أكل أهله منه، صح الشرط .

﴿ولو﴾ رقف و﴿شرط عوده﴾ اليه ﴿عند الحاجة﴾ ، ف﴿في صحة الوقف والشرط﴾ ، أفسادهما ﴿قولان﴾ ، أشبههما: البطلان ﴿رأساً﴾ ، وفاقاً لجماعة ، خلافاً لآخرين ، ولا يخلو عن قوة، مع أنه أحوط في الجملة، وعليه فلا ريب في الرجوع مع الحاجة .

ولومات ولم يحتج ، فهل يرجع الى ورثة الواقف فيكون حبساً ، أم لا يرجع ويكون وفقاً؟ قولان، أظهرهما: الاول .

وهل يعود بالاحتياج أو يقف 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 ولينته وبسؤاله لغيره، ولكنه أحوط .

ما يشترط في الموقوف :

﴿الثاني: في﴾ ما يتعلق بـ ﴿الموقوف﴾

﴿ويشترط أن يكون عيناً﴾ معلومة ﴿مملوكة ينتفع بها مع بقاء عينها انتفاعاً محلاً﴾ فلا يصح وقف المنفعة، ولا الدين، ولا المبهم، ولا الخمر والخنزير ونحوهما من المسلم، ولا ملك الغير وان أجاز على الأقوى، ولا ما لا ينتفع بها، أو ينتفع مع ذهاب العين، كالخبز والطعام والفاكهة ونحوها، ولا ما ينتفع به انتفاعاً محرماً مطلقاً، كآلات اللهو وهياكل العبادة المبتدعة .
ولا يعتبر في الانتفاع فعليته، بل يكفي المتوقع، كالعبد والجحش الصغيرين، والزمن الذي يرجى زوال زمانته . ولا طول زمانه ، فيصح وقف ريحان يسرع فساده ، وفاقاً للاكثر .

﴿ويصح اقباضها﴾ فلا يصح وقف الطير في الهواء، ولا السمك في الماء، ولا الأبق، ولا المغصوب ونحوهما .
ولو وقفها على من يتمكن من قبضها، صح على الأقوى .
وحيث اجتمعت في العين الشرائط المعتبرة ، صح وقفها ﴿بشهادة كانت أو مقسومة﴾ اجماعاً منا .

ما يشترط في الواقف :

﴿الثالث: في﴾ ما يتعلق بـ ﴿الواقف﴾

﴿ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف﴾ برفع الحجر أي التصرفات المالية ، فلا يصح من الصغير والمجنون والسفيه والفقير .
﴿وفي﴾ صحة ﴿وقف من بلغ عشرأ تردد﴾ واختلاف بين الاصحاب ،

و ﴿المروي﴾ في النصوص^(١) المستفيضة ﴿جواز صدقته﴾ واطلاق الصدقة فيها أعمومها يشمل الوقف أيضاً، مضافاً الى عدم قائل بالفرق ظاهراً .
 ﴿والاولى المنع﴾ وفاقاً للاكثر ، بل عليه عامة من تأخر، لقوة الاداة المانعة ، ورجحانها على هذه المستفيضة من وجوه عديدة منها شذوذها، كما صرح به جماعة .

﴿ويجوز أن يجعل الواقف النظر﴾ في الموقوف ﴿انفسه﴾ ويشترطه في متن العقد ﴿على الاشبه﴾ الاشهر ، ونفى عنه الخلاف جمع ، وفي المختلف الاجماع ، خلافاً للحلي فمنع ، وهو شاذ . ويجوز أن يجعله لغيره قولاً واحداً .
 ﴿وان أطلق﴾ العقد ولم يشترط النظارة لنفسه ولا لغيره ﴿فالنظر لارباب الوقف﴾ الموقوف عليهم .

ولافرق بين كون الموقوف عليه خاصاً أو عاماً . وبنى الحكم هنا جماعة على انتقال الملك ، فقالوا : ان جعلناه للواقف أو الموقوف عليه مطلقاً ، فالنظر له ، وان جعلناه للموقوف عليه ان كان معيناً ، والله سبحانه ان كان عاماً ، فالنظر في الاول الى الموقوف عليه ، وللحاكم الشرعي في الثاني ، لانه الناظر العام ، وهو حسن . ويكون الواقف حيث لا يكون النظر اليه بعد العقد كالأجنبي .

وحيث اشترط النظر لنفسه ، فقد اختلف الاصحاب في اعتبار عدائته على قولين ، بعد اتفاقهم على اعتبارها في الغير اذا اشترط النظر له ، والاصل يقتضي عدم .

قالوا : ويشترط في الناظر - مضافاً الى العدالة - الاهتداء الى التصرف ، وأنه لو عرض له الفسق انعزل ، فان عاد عادت ان كان مشروطاً من الواقف . ولا يجب على المشروط له القبول ، ولو قبل لم يجب عليه الاستمرار . وحيث يبطل النظر

يصير كما لو لم يشترط .

ووظيفة الناظر مع الاطلاق العمارة والاجارة وتحصيل الغلة وقسمتها على مستحقها .

ولو فوض اليه بعضها، لم يتعمده. واو جعله لاثنين وأطلق، لم يستقل أحدهما بالتصرف .

وليس للواقف عزل المشروط له النظار في العقد، وله عزل المنصوب من قبله لو شرط النظر لنفسه فولاه . ولو آجر الناظر مدة، فزادت الاجرة فيها ، أو ظهر طالب بالزيادة ، لم يفسخ العقد ، الا أن يكون في زمن خياره فيتعين عليه الفسخ .

ثم ان شرط له شيئاً عوضاً عن عمله ، ازم وليس له غيره ، والا فله أجره المثل عن عمله ، مع قصده الاجرة به وقضاء العادة بعدم تبرعه به . ولا يجوز لغير الناظر التصرف فيه الا باذنه، ولو كان مستحقاً والناظر غيره مستحق .

ما يشترط في الموقوف عليه وأحكامه :

﴿الرابع: في﴾ ما يتعلق بـ ﴿الموقوف عليه﴾ .

﴿ويشترط وجوده﴾ أو امكانه مع تبعيته لموجود حين العقد ﴿وتعيينه﴾ بالشخص أو الوصف المميز، كالمسلم، أو المؤمن، أو العالم، أو نحو ذلك .

﴿وأن يكون ممن يملك، وأن لا يكون الوقف عليه محرماً﴾ .

﴿ولو وقف على من يسجد﴾ من المعدوم المحض، أو غير ممكن الوجود في العادة كال ميت وان جعله تابعاً، أو غير المعين كأحد هذين ، أو رجل من بني آدم أو نحو ذلك، أو من لم يكن قابلاً للملك كالجمل والعبد بناءً على الاظهر الأشهر ﴿لم يصح﴾ .

نعم العبد على القول بتملكه يصح الوقف عليه اذا قبل مولاه ، وان كان محجوراً عليه . وحيث لا يصح الوقف عليه لا يكون 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، ولا يصح على الزناة والعصاة من حيث هم كذلك. أما لو وقف على شخص متصف بذلك، لامن حيث كون الوصف مناط الموقوف، صح، سواء أطلق أو قصد 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﴾ كمنع طلبية العام ، وعمارة المساجد والقناطر والمدارس والمشاهد، واعانة الحاج والزائرين ونحو ذلك. وفي جواز صرفه في مطلق نفع المسلمين وجه قوي .

﴿ولا يصح وقف المسلم على البيع والكنائس﴾ أي معابد اليهود والنصارى وان قلنا بجواز الوقف عليهم .

﴿ولو وقف على ذلك﴾ أي البيع والكنائس ﴿الكافر﴾ الذي يعتد 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 .

﴿ولا يقف المسلم على الحربي﴾ مطلقاً ﴿واو كان﴾ له ﴿رحماً﴾ قريباً على الاقوى .

﴿ويقف﴾ المسلم ﴿على الذمي ولو كان أجنبياً﴾ على قول اختاره المصنف

هنا وفي الشرائع^(١) خاصة ، ولم أجد قائلاً به غيره ، وهو ضعيف غاية ، 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﴾ وعامانهم . ﴿ولو كان﴾ الواقف المتلفظ بتلك اللفظة ﴿كافراً ، انصرف الى﴾ ذي الوصف من ﴿فمراء نحلته﴾ وملته بلاخلاف ، عدلاً بالعرف وشهادة الحال المخصصين للعموم ، ومع فقدهما يتجه الاخذ بالعموم .

ومقتضى القاعدة انصراف الوصف الى ذي الوصف من أهل مذهب الواقف لامتلاً . فلو وقف امامي على الفقراء ، انصرف الى فقراء الامامية ، دون سائر فرق الاسلام الباطلة ، وكذا في صورة العكس ، واعلم مراد الاصحاب ، وان كان عبائرهم مطلقة ، اكن سيأتي من الخلاف ما ربما يعارضه .

﴿والمسلمون﴾ حيث يوقف عليهم يراد بهم ﴿من صلى الى القبلة﴾ وفرد في المشهور بمن اعتقد الصلاة اليها وان لم يصل لامستحلاً ، خلافاً للمفيد فاعتبر فعلية الصلاة اليها . ولا فرق عندهم بين كون الواقف محقاً أو مبطلاً ، 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

الامامية عليهم اجتنابهم الكبائر اتفاقاً. كما حكاه جماعة على الاظهر .
 ﴿وقيل:﴾ هم ﴿مجتنبوا الكبائر﴾ منهم ﴿خاصة﴾ فلا يشمل الونف 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 اذا كان الواقف منهم ، ويشكل او كان من غيرهم، وان كان اطلاق
 العبارة وغيرها يقتضي عدم الفرق ، ولكن المصير اليه أحوط ، اذا لم يكن ثمة
 حال ، والاتباع بلا اشكال .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الشيعة﴾ انصرف الى من شايح علماً 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 لا يقول منهم بامامته عليه السلام دون
 غيره من المشايخ سواهم ، فان الصالحية منهم والسليمانية والبترية يقولون بامامة
 الشيخين ، وان اختلفوا في غيرهما .

وانصرف 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 ، عملاً بشاهد الحال ، ولاريب فيه مع حصوله ، والا فاللازم

دوران الامر مدار اللفظ وعمومه .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الزيدية﴾ انصرف الى كل ﴿من يقول بامامة زيد﴾
ابن علي عليه السلام ومن خرج من ولد فاطمة عليها الصلاة والسلام عالماً زاهداً شجاعاً
داعياً الى نفسه بالسيف .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الفتحية﴾ انصرف الى ﴿من قال بـ﴾ امامة
﴿الافطح﴾ عبدالله بن جعفر بن محمد عليه السلام .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الاسماعيلية﴾ انصرف الى كل ﴿من قال بـ﴾ امامة
﴿اسماعيل بن جعفر﴾ بن محمد عليه السلام ، قيل : وهم فرق .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الناوسية﴾ انصرف الى ﴿من وقف﴾ في عداد
الائمة عليهم السلام ﴿على جعفر بن محمد﴾ الصادق عليه السلام ، وقالوا : انه حي لن يدوت
حتى ينلهم ويظهر أمره ، وهو القائم المهدي .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الواقفية﴾ انصرف الى كل ﴿من وقف﴾ بالامامة
﴿على موسى بن جعفر﴾ عليه السلام وينكر موته ويدعي أنه قائم الائمة عليهم السلام .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الكيسانية﴾ انصرف الى كل ﴿من قال بامامة محمد﴾
ابن المحنفية ﴿بعد الحسين﴾ عليه السلام وأنه حي غائب في جبل رضوى .

﴿ولو وصفهم﴾ الواقف ﴿بنسبة الى عالم﴾ ، كان لمن دان ﴿وقال﴾ بمقاتله ﴿ومذهبه﴾
﴿كالحنفية﴾ والشافعية والمالكية والحنبلية .

﴿ولو نسبهم الى أب﴾ كالامثلة الاتية ﴿كان﴾ الوقف منصرفاً ﴿لمن انتسب﴾
اليه ﴿أي﴾ الى ذلك الاب ﴿بالابناء دون البنات﴾ على الشهر الاحوط بل
الاطهر ، وذلك ﴿ك﴾ ما لو وقف 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 كالأهاليين والعلويين .
﴿و﴾ اذا وقف على قومهم ﴿انصرف الى﴾ أهل لغته ﴿على الأشهر ،
وان اختلفوا في الاطلاق والتقييد بالذكور منهم خاصة ، وهو أحوط بل وأظهر .
وقيل : بالرجوع الى المعلوم من قصده مع امكانه ، والافسالى المعروف
من ذلك الاطلاق عند قومهم ، 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 ينصرف
الى غيرهم مع عدم تعيينهم ، والاولى فيه الرجوع الى الأشهر .
﴿و﴾ اذا وقف على عشيرته ﴿انصرف الى الخاص من قومهم الذين هم
الادنون﴾ والقريبون منه ﴿في نسبه﴾ على الأشهر 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 المحال 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^(١) معتبرة ، لكنها شاذة موافقة لمذهب
عائشة .

﴿ولو وقف على مصلحة﴾ خاصة من مصالح المسلمين، كالمساجد والقناطر وشبهها ﴿فبطلت﴾ واندرس رسمها ﴿فيل: يصرف في﴾ وجوه ﴿البر﴾ والقائل الشيخ وباقي الجماعة، من غير خلاف بينهم أجده، وفي جملة من العبارات إيماء إلى الاجماع .

وفي وجوب صرفه في الاقرب إلى تلك المصلحة، فيصرف وقف المسجد إلى مسجد آخر، والمدرسة إلى مثلها، وجوازه في مطلق القرب وجهان، أحوطهما: الاول.

ثم إن أصل الحكم لا ريب فيه لو كان المذكور بخصوصه من المصلحة الخاصة مما لا يعلم بانقطاعه غالباً، كما ذكرنا من الامثلة. ولو علم انقطاعها كذلك، ففي انسحاب الحكم فيه أولحقوقه بالوقف المنقطع الآخر وجهان، والاحتياط لا ينبغي تركه في نحو المقام .

﴿وإذا﴾ وقف على جماعة و﴿شرط ادخال من يوجد من الموجود﴾ منهم ﴿صح﴾ ولا كذلك لو شرط اخراج من يريد منهم، أو نقله عنهم إلى من سيوجد فلا يصح الوقف بلاخلاف في الاول، وعلى الاشهر الاظهر في الثاني، وإن 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﴾ مطلقاً ﴿أولاداً كانوا أو أجنب﴾ على الاشهر الاظهر .

﴿وهل له﴾ مع الاطلاق وعدم الشرط ﴿ذلك﴾ أي الادخال ﴿مع أصاغر ولده﴾ لو وقف عليهم؟ ﴿فيه خلاف﴾ بين الاصحاب ﴿والجواز مروى﴾ (١) ﴿في أخبار لا يخلو عن قصور في سنده أضعف في دلالته، ويمكن حملها على صورة

(١) وسائل الشيعة ٣٠١/١٣، ج ٢ وغيره .

عدم الافباض ، والاشهر الاظهر عدم الجواز مطلقاً .
 ﴿أما النقل عنهم﴾ أي عن الموقوف عليهم أولاداً كانوا أو أجانبا ﴿فغير جائز﴾ قولاً واحداً .

مسائل في 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 ولا فرق فيه عند الاكثر بين أن يقتصر على سبيل الله ، أو يضم الثواب وسبيل الخير .

ولانجب قسمة الفائدة اثلاثاً ، خلافاً للشيخ في أحد قوليهِ ، وهو أيضاً شاذ .
 ﴿الثانية : اذا وقف على مواليه دخل﴾ فيهم ﴿الاعلون﴾ المعتقون له ﴿والادنين﴾ الذين أعتقهم، ولاريب فيه مع القرينة الدالة على دخولهم أجمع كما لاريب في دخول بعضهم بها خاصة دون الاخر ، وفي حكمها تفسيره حيث انتفتت، فيرجع الى ما يفسره . وانما الاشكال مع عدمهما، كأن وقف على مدلول هذه اللفظة ، والاصح القول بالبطلان ، وفقاً لجماعة .

﴿الثالثة : اذا وقف على أولاده﴾ اختص في المشهور - كما قيل - بأولاد صلبه دون أولاد أولاده ، ولأبأس به حيث يتبادرونهم دونهم ، والا فالعموم لهم مقتضى الاصل اللغوي .

وحيثما دخل أولاد الاولاد بذلك، أو بالتصريح بالوقف عليهم ﴿اشترك أولاد البنين والبنات ، الذكور﴾ منهم ﴿والاناث بالسوية﴾ .
 وكما يدخل الاناث في أولاد الواقف ، كذا يدخل الخنثائي مطلقاً ، حصرناهم

في البنين والبنات أم جعلناهم طبقة ثالثة . ولا كذلك لو وقف على أولاد البنين خاصة أو البنات كذلك، فلا يدخل أولاد الخنثائي .

ولو جمع بينهما كأن وقف على أولاد البنين والبنات، ففي دخول أولادهم قولان .

﴿الرابعة : اذا وقف على الفقراء ، انصرف ﴾ نماء الوقف ﴿السي فقراء البلد ﴾ أي بلد الواقف ﴿ومن يحضره ﴾ منهم خاصة .

﴿وكذا ﴾ لو وقف على ﴿كل قبيلة متبددة ﴾ غير منحصرة ممن يكون الوقف عليهم وبقاً على الجهة المخصوصة لاعلى 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^(١)، وظاهره النهي عن التتبع، وبه أفتى بعضهم، لكن قيده بصورة وجود المستحق في البلد، وهو أحوط، خلافاً للمشهورين فجوزاه مطلقاً، كما هو ظاهر المتن وأعله أقوى . ثم ان ظاهره كالمتمن وكثير وجوب الصرف الى جميع من في البلد، وهو أحوط، وان كان في تعيينه 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.

﴿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 ﴿الآن يقع خلف﴾ ونزاع بين أربابه ﴿يؤدي الى فساد﴾ وخرابه ، فيجوز بيعه حينئذ ﴿على تردد﴾ واختلاف بين الاصحاب ، ولكن الأشهر بل الاظهر الجواز ، وينبغي صرف ثمنه الى وقف آخر يضاهاى وقف المالك ، توصلنا الى غرضه أو ما يقرب منه مهما أمكن .

وربما يستثنى من المنع عن البيع صورتان أخريان :

احدهما : اذا حدث بالموقوف عليهم ما يمنع الشرع به عن معاونتهم والقربة الى الله تعالى بصلتهم .

والثانية : ما لو خرج الموقوف عن الانتفاع به فيما وقف عليه ، كجذع منكسر وحمير خلق ونحوهما ، فيتولي المتولي الخاص بيعه ، أو الحاكم مع عدمه ، أو سائر عدول المؤمنين وشراء ما ينتفع به .

ولأبأس باستثناء هذه الصورة حيث لا ينتفع به بوجه من الوجوه ، وأما الاولى فالأظهر عدم استثنائها ، ويلحقها حينئذ حكم الوقف على مصلحة بطل رسمها ، فيصرف في وجوه البر .

﴿السادسة : اطلاق الوقف﴾ على نحو الاولاد أو الاخوة أو الاعمام أو الاخوال أو مطلق ذي القرابة ﴿يقتضي التسوية﴾ بين ذكورهم وأنثاهم في الحصص لا يفضل بعضهم على بعض بالكلية ، على الأشهر الاظهر .

﴿فان فضل﴾ الذكور على الاناث ، أو بالعكس ، أو بعضاً منهما على بعض ﴿لزم﴾ بلاخلاف . وكذا الوقال : على كتاب الله تعالى وسنة نبيه ﷺ في الميراث كما لو صرح بالعكس .

﴿السابعة : اذا وقف على الفقراء﴾ أو الفقهاء أو العلماء أو نحوهما من ذوي

الاصناف الذين جعل الوقف لهم من حيث الوصف دون الشخص ﴿وكان﴾
الواقف ﴿منهم﴾ أي بصفتهم حال الوقف ، أو اتصف بها بعده ﴿جاز أن﴾
يشر كهم ﴿فيه مطلقاً على الاظهر الاشهر، حتى أن في الغنية وغيره الاجماع.

أحكام السكنى والعمرى :

﴿ومن اللواحق: مسائل﴾ تتعلق بـ ﴿السكنى والعمرى﴾ والرقبى، والثلاثة
ثابتة بالنص^(١) والاجماع .

﴿وهي تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض﴾ بلاخلاف، الا في اشتراط
القبول فسي السكنى المطلقة الغير المقيدة بعمر ولا مدة ، فقيس : يمكن القول
بعدم اشتراطه فيها ، وفي دليله مناقشة ، ولا يشترط فيه القرية على الاقوى . نعم
يشترط في حصول الثواب دون الصحة .

﴿وفائدتهما التسليط على استيفاء المنفعة تبرعاً مع بقاء المالك للمالك﴾
بغير خلاف فيه عندنا كما قيل. ونحوهما في الافادة لهذه الفائدة الرقبى، ولا فرق
بينها في هذه الفائدة، وان اختلف بحسب اختلاف الاضافة .

فاذا قرنت 'بالاسكان قيل : سكنى، كأن يقول: أسكنتك هذه الدار ولك سكنها
وبالعمر قيل: عمرى، كأن يقول: أعمرتك هذه الارض عمرك مثلاً. وبالمدة قيل:
رقبى، كأن يقول: أرتقتك هذا المتاع مدة كذا، من الارتقاب وهو الانتظار للامد
أو من رقة الملك بمعنى اعطاء الرقة للانتفاع بها .

كل ذا على المشهور كما في كلام جماعة، فيكون بين العمرى والرقبى تباين .
وقيل : برادفهما والاولى من العمر والثانية من الرقوب ، كأن كل واحد
منهما يرتقب موت صاحبه ، وربما أشعر به العبارة حيث اقتصر بذكر الاولى

(١) وسائل الشريعة ١٣/٣٢٥.

خاصة .

وقيل : في الرقبي 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 الأشهر الاظهر .

﴿ وكذا ﴾ تلزم ﴿ لو قال اه : ﴾ أسكنتك ﴿ عمرك ﴾ و ﴿ لم تبطل بموت المالك ، و ﴾ انما ﴿ تبطل بموت الساكن ﴾ خاصة على الأشهر الاظهر .

﴿ ولو قال : ﴾ أسكنتك عمري ، واليه الاشارة بقوله : ﴿ حياة المالك ، لم تبطل بموت الساكن ، وانتقل ما كان له ﴾ بن الحق ﴿ الى ورثته ﴾ بغير خلاف .

وهذه الاحكام في العبارة وان اختلفت بالسكنى المختصة بنحوالدار ، الآن مقتضى الاصول عمومها لكل رقبي وعمرى ولو كانت بغير متعلق السكنى متعلقة ، كالمتاع وما أشبهه .

ومورد المتن والنص^(١) مختص بجعل الغاية عمر المالك أو العدم ، ويضاف الى ذلك عقب المعمر كما في 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 ﴾ أصلاً ، صح السكنى بلاخلاف و ﴿ تخير المالك في اخراجه مطلقاً ﴾ أي متى شاء بلاخلاف ، للمعتبرين^(٢) ، وليس فيهما كالمتمن لزوم الاسكان في الجملة ، كيوم ونحوه مما يسمى اسكاناً عرفاً وعادة ولاعدمه ، وعن الاكثر الثاني .

(١) وسائل الشريعة ١٣ / ٣٣١ ، ب ٨ .

(٢) وسائل الشريعة ١٣ / ٣٢٧ ، ب ٤ .

وأنه من العقود الجائزة ، فله الرجوع متى شاء ولوقبل الاسكان بالكلية .
ويمكن أن ينزل عليه المتن والرواية ، ويجعل متعلق الانخراجه فيهما هو الاسكان
المتعلق به العقد دون الدار ، خلافاً لجماعة فحكموا بالاول ، وهو أحوط وان كان
الثاني لعله أظهر .

ومقتضى القاعدة فساد العمرى والرقيبي لو خلتا عن ذكر العمر والمدة ، كما
لوقرنا بعمر مجهول أو مدة مجهولة .

﴿ ولومات المالك والحال هذه ﴾ يعني تكون السكنى غير لازمة ﴿ كان
المسكن ميراثاً لورثته ﴾ أي المالك ﴿ وبطلت السكنى ﴾ بالمرة ، بغير خلاف
ولا اشكال . وأولى بالحكمين مالو كانت السكنى أو العمرى أو الرقيبي من أصلها
فاسدة .

﴿ واطلاق السكنى بأقسامها 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
ما جرت 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 الأشهر .

﴿ ولوباع مالك الاصل المسكن لم تبطل السكنى ، ان وقتت بأمد أو عمر ﴾
بغير خلاف ، للصحيح^(١) ، وصريحه كجماعة وظاهر المتن وغيره صحة البيع ،
ولعلها مختار الاكثر ، وهو أظهر مطلقاً حتى في الموقته بالعمر ، سواء بيع على
المعمر أو غيره ، أقتت بعمر المعمر خاصة أو عقبه مطلقاً أو بعضه .

(١) تهذيب الاحكام ١٤١/٩ والفتاوى ١٨٥/٤ .

وحيث صح البيع، فإن كان المشتري عالماً بالحال، فلا خيار له ووجب عليه الصبر، والا تخير بين الفسخ والصبر .

واحترز بالشرطية في العبارة عن السكنى المطلقة، فإنها تبطل بالبيع مطلقاً إلا إذا قلنا بلزومها في الجملة، فتبطل به إذا كان بعد مضي زمان استيفاء مسمى الاسكان خاصة. ونحوها العمري والرقبي حيث لم توقنا بعمر ولا مدة وقلنا بالصحة والاكاتنا باطلمتين من أصلها .

﴿ويجوز حبس﴾ نحر ﴿البعير والفرس في سبيل الله تعالى﴾ لنقل الماء الى المسجد والسماية 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 مطلقاً، وعلى القرب حيث يمكن الانتفاع بها فيها، كحبس الدابة لمامضى، والكتب على المتفقهين، والبيت على الساكنين، وغير ذلك .

وأنه لا بد فيه بعد أهلية التصرف من ايجاب وقبول وقصد القرية كما عن جماعة، والقبض كما عن التذكرة .

وأنه ان كان على انسان، فان أطلق بطل بموت المحبس اتفاقاً، وانه الرجوع حينئذ متى شاء كما في القواعد، وان عين مدة ازمه فيها أجمع، ثم يرد الى المالك . والظاهر أنه لا خلاف فيه أيضاً وان كانت المدة عمر أحدهما فكالمدة المعينة كما في التحرير .

احكام الصدقة :

﴿وأما الصدقة : فهي التطوع﴾ أي التبرع ﴿بتمايك العبن﴾ من الغير
﴿بغير عرض﴾ ذنوي، 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 كالوقوف بغير خلاف .

﴿ولا حكم لها﴾ من لزوم أوصحة ﴿مالم تقبض باذن المالك﴾ بغير خلاف .
﴿وتلزم بعد القبض وان لم يعوض عنها﴾ على الأشهر 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﴾ بتسرك
المواساة فالاجهار أولى ، أو يقصد اقتداء الناس به تحريصاً على نفع الفقراء .
هذا كله في المندوب ، وأما المفروضة فليظهرها ، لعدم تطرق الرياء اليها،
وتصريح المعترين^(٥) بذلك أيضاً .

(١) وسائل الشيعة ٢٥٥/٦ ، ب ١ .

(٢) منها قوله تعالى «وأن تصدقوا خير لكم ان كنتم تعلمون» سورة البقرة: ٢٨٠ .

(٣) سورة آل عمران: ١٣٤ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧٥/٦ ، ب ١٣ .

(٥) وسائل الشيعة ٢١٥/٦ ، ب ٥٤ .

أحكام الهبة:

﴿وأما الهبة: فهي تملك العين تبرعاً مجرداً عن قصد ﴿القربة﴾ أي من دون اشتراط بهما، والا لانقص 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 الممنوع نقلها، ويعبر عنها تارة بها وأخرى بالتحلة والعطية. ويطلق كل منهما على مطلق الاعطاء المتبرع به، فيشملان الوقف والصدقة والهبة والسكنى، فهما أعم منها.

﴿ولا بد فيها﴾ بعد أهلية التصرف في الواهب وقابلية الملك في الموهوب له ﴿من الايجاب﴾ الدال على تملك العين ولو من غير عوض، كوهبتك، وملكتك، وأعطيتك، ونحلتك، وأهديت اليك، وهذا لك مع زيتها، ونحو ذلك. ﴿والقبول﴾ الدال على الرضا، كقبلت ورضيت، بغير خلاف ولا اشكال، ان أريد مطلق ما يدل عليهما ولو فعلاً، وبشكل اذا اريد لفظاً، الا أن ظاهر الاصحاب الاتفاق على اعتبار العقد القوي، كما في ظاهر الكفاية وصريح المسالك، وفيه: فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على ايجابها وقبولها لا يفيد الملك، بل مجرد الاباحة، حتى او كان جارية لم يحل له الاستمتاع بها، لان الاباحة لا تدخل في الاستمتاع انتهى.

وحينئذ لا اشكال في اعتبار اللفظ وسائر ما وقع عليه الاتفاق أو يحكى عليه، من العربية والفورية دون الماضية، فانه لا يشترط فيه هنا قولاً واحداً، كما حكاه

بعض أصحابنا ، ودون الهبة لعدم الاتفاق على ذلك ، فقد احتمل في الدروس^(١) وفاقاً لظاهر التذكرة وصريح التحرير عدم اعتبار اللفظ فيها ، وهو حسن .
 ﴿و﴾ لا بد فيها من ﴿القبض﴾ وهو شرط في صحتها لا ازومها ، على الأشهر الأقوى ، ونقل الاجماع عليه مستفيضاً ، خلافاً للمحكي عن ظاهر جماعة من القدماء .

وتظهر الثمرة في النماء المتخلل بين العقد والقبض ، فانه للوالب على المختار ، وللموهوب له على غيره . وفيما اومات قبل الاقباض ، فانها تبطل على الاول ، ويتخير الوارث بين الاقباض وعدمه على الثاني . وفطرة المملوك الموهوب قبل الهلال الغير المقبوض لابعده ، فانها على الواجب على الاول ، وعلى الموهوب له على الثاني . ونفقة الحيوان في المدة المتخللة .

﴿ويشترط اذن الواهب في القبض﴾ فلا يصح اوقبض 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 الأشهر الاظهر ، بل كاد أن يكون اجماعاً ممن تأخر . ولا يشترط كونه بنيسة 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 ﴿ازم﴾ بنير خلاف ﴿لانه مقبوض بيد الوالي﴾ فيغني عن القبض الجديد ، كما مر في الوقف ، ويكفي مطلق القبض السابق ولو خلي حين العقد وبعده عن نيته عن المتوب ، على الأشهر الاظهر . نعم ينبغي عدم القصد لغيره .

ولو وهب ما ليس بيدهما ، كالمال الذي ورثاه ولم يهبه ، أو اشترياه كذلك ،

أو آجراه للغير ، أفترق 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 ، بخلاف الا من شاذ في الاثني .

وإذا وهب غير الولي للطفل ، فلا بد من القبض ، ويتولاه الولي أو الحاكم على الترتيب . وفي الوصي تردد ، وأمل الاظهر أن له الولاية أيضاً .

﴿ هبة المشاع ﴾ مطلقاً ﴿ جائزة كالمقسوم ﴾ عندنا ، وقبضه كقبض البيع ، فيخلى بينه وبين الموهوب اذا كان غير منقول ، وينقله الى الموهوب له اذا كان منقولاً ، وفي الاول لا يحتاج الى اذن الشريك حيث يكون ، بخلاف الثاني فيتوقف تسليم الكل حيث لا يكون باقي الحصص للواهب على اذنه ، فان رضي والا لم يجز للمتهب اثبات اليد عليه ، بل بوكل الشريك في القبض ان أمكن .

وان تعاسر 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 بالتخيلية ولو في المنقول ، وله مع فقد الحاكم المجرى وجه ، دفعاً للعسر والضرر .

ثم لو قبض في محل النهي باذن الواهب ، صح على الاصح .

﴿ ولا يرجع في الهبة لاجد الوالدین ﴾ وان على ﴿ بعد القبض ﴾ 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 مطلقاً ، كما في كلام بعض بل جمع . ومقيداً بالصغير كما في كلام آخر .

والمراد بالرحم في هذا الباب وغيره ، كآرحس الذي يجب صلته ويحرم قطعه ، مطلق القريب المعروف بالنسب وان بعدت لحمته وجاز نكاحه .

﴿ولو وهب أحد الزوجين ﴿الاجبيين﴾ الآخر شيئاً وأقبضه منه ﴿قبي﴾ جواز ﴿الرجوع﴾ له فيه ﴿تردد﴾ واختلاف بين الاصحاب، إلا أن ﴿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﴾ ما لم يعوض عنها ﴿أو يقصد بها التقرب الى الله تعالى اجماعاً فيه ، وفي ازوم الهبة التافئة والمعوض عنها ، والمتقرب بها الى الله تعالى بعد القبض وان لم يتصرف فيها .﴾
 ولا فرق في اللزوم في التافئة بين كون التافئ من المتهب أو من الله سبحانه ولا بين كون التلف تمام الهبة أو بعضها، اذا صدق على الهبة مع تلفه أنها غير قائمة بعينها لا مالا يصدق معه ذلك عليها، كسقوط ظفر أو نحوه من العبد الموهوب مثلاً .

ولافي المعوضة بين كون العوض مشروطاً في العقد أو واقعاً بعده اتفاقاً لا شرطاً، لكنهم كما قيل: صرحوا بعدم حصول التعويض بمجرد البذل، بل لابد من قبول الواهب له وكون البذل عوضاً عن الموهوب. ولا بين كونه قليلاً وكثيراً، وفي المسالك من بعض الموهوب أو غيره . وفيه نظر، فان كان ما ذكره اجماعاً، والا فان للمناقشة فيه مجالاً .

﴿وفي﴾ جواز ﴿الرجوع﴾ للواهب في هبته للاجنبي بعد القبض ﴿مع التصرف﴾ فيها في غير الصور الثلاث المستثنات ﴿قولان﴾، أشبههما : الجواز مطلقاً، وفي الغنية الاجماع ، ولكن الاحوط العدم مطلقاً .

كتاب السبق والرماية

كتاب السبق والرماية

السبق: وهو بسكون الباء المصدر، والمسابقة هي: اجراء الخيل وشبهها في حلبة^(١) السباق، ليعلم الاجود منها والافرس من الرجال والمتسابقين. وبتحريك الباء العوض المجمعول رهناً، ويسمى الخطر والندب .
والرماية وهي : المناضلة بالسهم ليعرف حذق الرامي ومعرفة بهدواتع الرمي .

﴿ومستند﴾ شرعية ﴿هما﴾ بعد ﴿قوله﴾ المروي^(٢) من طرق العامة والخاصة بأسانيد معتبرة تضمنت الصحيح وغيره ﴿للسبق الا في نصل أو خف أو حافر﴾ الكتاب^(٣) واجماع الامة، والسنة بهما - زيادة على مامر - مستفيضة. وفايدتهما: بعث النفس على الاستعداد للقتال والهداية لممارسة النضال. ﴿ويدخل تحت النصل، السهام والحراب﴾ جمع حربسة، وهي الالة ﴿والسيف﴾ ولايدخل فيه الدبوس والعصا والمرافق اذا جعل في رأسها حديدة

(١) الحلبة : الدفعة من الخيل في 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 .

﴿ولانصح﴾ المسابقة ﴿في غيرها﴾ أي غير الثلاثة المزبورة ، بل يحرم مع العوض باجماعنا، وكذا بدونه على الأشهر الأقوى. وظاهر جماعة بل صريح بعضهم كونه اجماعاً .

﴿ويفتقر انعقادها الى﴾ صدورها من كاملين بالبلوغ والعقل الخاليين من الحجر حيث تتضمن العوض ﴿ايجاب وقبول﴾ قطعاً في الاول، وعلى الأقوى في الثاني .

﴿وفي لزومها تردد﴾ واختلاف بين الاصحاب، الآن ﴿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 أوديناً﴾ حالاً ومؤجلاً .
﴿ولو بذل السبق غير المتسابقين جاز﴾ مطلقاً اماماً كان أو غيره .
﴿وكذالو بذله أحدهما﴾ بأن قال لصاحبه : ان سبقت فلك عشرة، وان سبقت أنا فلا شيء لي عليك ﴿أو بذل من بيت المال﴾ جاز .

﴿ولا يشترط 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 كالأمين، وحيث شرط لزوم، فيجري دابته بينهما أو

الى أحد الجانبين مع الاطلاق ، والى ماشرط مع التعيين .

﴿ويجوز جعل السبق للسابق منهما ، أولالمحلل ان سبق﴾ لا لاجنبي ، ولا للمسبوق منهما ومن المحلل ، ولا جعل القسط الاوفر للمتأخر أو المصلي والاقبل للسابق .

﴿وتفتقر المسابقة﴾ عند الاصحاب ﴿الى﴾ شروط ذكر المصنف منها جملة وأنهاها الفاضل الى اثنا عشر في التذكرة .

منها ﴿تقدير المسافة﴾ التي يستبان فيها، وتعيينها ابتداءً وانتهاءً .

﴿و﴾ تعيين ﴿الخطر﴾ بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحتين ، ان شرطاه أو مطلقا على القول باشرطاه في صحة العقد، كما هو ظاهر بعضهم ، وعن التذكرة انه ليس بشرط ، ولا يخلو عن قوة .

﴿وتعيين مايسبق عليه﴾ من فرس وبعير بالمشاهدة ، فلا يكفي 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 أو المحلل لاغير ، فلو جعل له بطل .

ومنها : تساوي الدابتين في الجنس ، فلا تجوز المسابقة بين الخيل والابل .

ومنها : ارسالها دفعة ، فلو أرسل أحدهما دابته قبل الآخر ليعلم هل يدركه

أم لا لم يصح .

ومنها : أن يستبقا عليه بالركوب ، فلو شرط ارسالها ليجريا بنفسهما لم

يجز .

ومنها : أن يجعللا المسافة بحيث يحتمل الفرسان قطعها ولا ينقطعان دونها .

ومنها : أن يكون ما ورد عليه عدة للمقتال ^(١) ، فلا يجوز السبق والرمي في

النساء .

ومنها : العقد المشتمل على أركانه .

ومنها : عدم تضمينه شرطاً فاسداً .

هذه جملة ما عن التذكرة ، واعتبارها جمع أحوط ، وإن كان الحجة في

بعضها غير واضحة .

﴿ وفي اشتراط التساوي في الموقف تردد ﴾ ولكن العدم أشهر وأظهر .

﴿ ويتحقق السبق ﴾ بالسكون ﴿ بتقدم الهادي ﴾ أي العنق ، على الاظهر

الاشهر . وظاهر المتن اعتبار السبق بجميع العنق ، وقيل : بكفاية بعضه . وهو حسن

حيث يساعده العرف .

ثم إن اتفقا في طول العنق وقصره أو سبق الاقصر عنقاً ببعضه ، والا اعتبر

سبق الطويل باكثر من قدر الزائد . ولو سبق باقل من قدره ، فالقصير هو السابق .

﴿ وتفترق المراماة الى شروط ﴾ ستة :

منها ﴿ تقدير الرشق ﴾ وهو بكسر الراء عدد الرمي الذي ينفقان عليه كعشرين ،

وبالفتح مصدر بمعنى الرمي .

﴿ ومنها تعيين ﴾ عدد الاصابة ﴿ كخمس من عشرة .

﴿ ومنها تعيين ﴾ صفتها ﴿ من المارق والجاسق والخارق والخاصر والخارم

والحابي والقارع ، الى غير ذلك من الاوصاف الكثيرة ، حتى أنها ذكر لها بحسب

أوصافها تسعة عشرين في كتاب فقه اللغة ^(٢) . واشتراط الشرطين الاولين مشهور

وتأمل فيهما وفي هذا وبعض ما يأتي بعض ، وله وجه .

(١) في « خ » النضال .

(٢) فقه اللغة ص ٢٠٢ و ٢١٠ .

وعن التذكرة أنه لا يشترط الاعلام بصفة الاصابة ، وأنه اذا أطلق حمل على مجردها ، لانه المتعارف ، والمطلق معنى فيحمل عليه المطلق لفضاً. نعم ان شرطاً نوعاً معيناً تعين ، وهو حسن .

﴿و﴾ منها تشخيص ﴿قدر المسافة﴾ التي يرميان فيها ، وهي ما بين موقف الرامي والهدف ، أو ما في معناه ، أو بالمشاهدة ، أو المساحة كمائة أذرع .
 ﴿و﴾ منها تعيين ﴿الغرض﴾ وهو ما يقصد اصابته من قرطاس أو جلد أو غيرها . ويشترط العلم بموضعه من الهدف ، وهو ما يجعل 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 الآخر ، فطرح ما اشترك فيه ﴿تردد﴾ واختلاف ولا يرب فسي الاشتراط مع انتفاء القرينة من العرف والعادة على تعيين أحدهما ولعله فرض المسألة . وأما معها فالاجود العدم عملاً بالقرينة ، فانها فسي 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 .

﴿ولا يشترط تعيين السهم ولا القوس﴾ أي شخصهما على المشهور ، دون النوع كالقوس العربي ، فيشترط تعيينه .

وعن جماعة أنه لا يشترط تعيين السهم ، بخلاف القوس وأنه لو لم يعين نوعهما انصرف الى الاغلب في العادة ، ولا يخلو 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 ﴿الأخر﴾ في عدد الاصابة ﴿فقال : اطرح الفضل بكذا﴾ وكذا درهماً مثلاً ﴿لم تصح ، لانه مناف للغرض من النضال﴾ ولاخلاف فيه كما قيل ، وفيه وجه بالصحة لا يخلو عن قوة، ان لم يتعقد الاجماع على خلافه .

كتاب الوصايا

كتاب الوصايا

وهي جمع وصية . والنصوص في فضلها مستفيضة، في جملة منها : انها حق على كل مسلم^(١) . ومنها : لا ينبغي لامريء مسلم أن يبيت ليلة الاووصيته تحت رأسه^(٢) ومنها : من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية^(٣) .
وحمل ما ظاهره الوجوب منها على تأكيد الفضيلة أو الوصية بالامور الواجبة كالحج والخمس والزكاة المفروضة .
﴿وهو﴾ أي الكتاب ﴿يستدعي فصولاً :﴾

ما يعتبر 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 الشريعة ٣٥٢/١٣ ح ٢٤ و ٤ و ٦ .

(٢) وسائل الشريعة ٣٥٢/١٣ ح ٧٢ .

(٣) وسائل الشريعة ٣٥٢/١٣ ح ٨٢ .

التصرفات المملوكة 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 والموقته والمطلقة .

واقصر على ما في 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 اللعة^(١) :

﴿أو تسليط عاى 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 ما ذكر ، 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 . ولا يشترط فيها شيء آخر غيرهما حتى القبض على الأقوى .

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

كالأخذ والتصرف .

﴿وتكفي﴾ في الإيجاب ﴿الإشارة﴾ وكذا الكتابة ﴿الدالة على المقصود﴾ مع تعذر اللفظ بخرس أو اعتقال لسان أجمعاً .

﴿ولا تكفي﴾ الكتابة ﴿وكذا الإشارة﴾ مسالم تنضم ﴿اليهما﴾ القرينة ﴿الحالية﴾ الدالة على الإرادة أجمعاً . وظاهر العبارة كفايتها مع القرينة مطلقاً ولو لم يكن حال ضرورة، واحتمله في التذكرة ، ولا يخلو 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 الأشهر الأظهر .

﴿وقيل﴾: ﴿كما عن النهاية^(١)﴾ انه ﴿ان عمل الورثة ببعضها لزمهم العمل بجمعها ، وهو ضعيف﴾ لما في النص^(٢) الدال عليه من القصور متناً ودلالة وان صح سنداً .

﴿ولاتصح الوصية في معصية كمساعدة الظالم﴾ ففي ظلمه ﴿وكذا وصية المسلم للبيع والكنايس﴾ بلاخلاف .

وفي صحة وصية الكافر لهما وجهان، ظاهر المصنف هنا نعم، وفي الشرائع^(٣) العدم وهو الأظهر، لكن قيل: يقرون عليهما أو ترافعوا اليها اجراءهم على أحكامهم وهو معنى الصحة ظاهراً ، وان كان في نفسه باطلا .

(١) النهاية ص ٦٢٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣ / ٤٣٧ ، ج ٢ ، ب ٤٨ .

(٣) شرائع الإسلام ٢ / ٢٤٤ .

ما يعتبر في الموصى :

﴿الثاني : في الموصي ، ويعتبر فيه كمال العقل﴾ فلا تصح من المجنون ولو كان أديباً إذا كانت حال جنونه اجماعاً ، وتصح من السفه 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﴾^(١) في المعتمدة المستفيضة ﴿الجواز﴾ وهي مع ذلك مشهورة ، حتى أن عليه الاجماع في الغنية ، والحلي المخالف شاذ فلا مسرح عنه ولا مندوحة .

وبشروط فيه زيادة على التمييز وضع الوصية في محلها ، كما يفعلها العقلاء . ﴿ولو جرح﴾ الموصي ﴿نفسه بما فيه هلاكها﴾ عمداً ﴿ثم أوصى لم تقبل﴾ وصيته على الاظهر الا شهر .

﴿ولو أوصى ثم جرح﴾ نفسه ﴿قبلت﴾ وصيته مطلقاً ولو عمداً باختلاف . وفي حكمه مالو أوصى ثم جن أو صار سفهياً ان منعنا وصيته فتقبل . ﴿وللموصي الرجوع في الوصية متى شاء﴾ في مرض أو صحة بغير خلاف . ويتحقق تارة بالقول ، كرجعت ، أو نقضت ، أو أبطلت ، أو فسخت ، أو هذا لو ارثي ، أو ميراثي ، أو حرام على الموصى له ، أو لا تفعلوا كذا ، أو نحو ذلك

(١) وسائل الشريعة ١٣ / ٤٢٨ ، ب ٤٤٤ .

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 أولاً أو فعل ما يبطل الاسم .

ويدل على الرجوع مثل طحن الطعام، وعمجن الدقيق، وغزل القطن، ونسج مغزوله ، أو خلطه بالاجود ، أو مطلقاً على الخلاف بحيث لا يميز .

قيل : والاقوى أن مجرد العرض على البيع والتوكيل فيه وإيجابه وإيجاب العقود الجائزة ، كاف في الفسخ لدلالته عليه، لاتزويج العبد والامة ، واجارتهما وختانتهما ، وتعليمهما ، ووطيء الامة بدون احبالها . وهو حسن .

ولو حصل منه ما يشك في الرجوع ، فالاصل عدمه .
والحكم بالرجوع فيما مر مشروط بكون العين متعلق الوصية دون الكلبي ، فلو أوصى به ثم تصرف في أفراده ، لم يكن ذلك رجوعاً الامع القرينة .

مايعتبر في الموصى له :

﴿الثالث : في الموصى له ، ويشترط وجوده﴾ عند الوصية ﴿فلا تصح للمعدوم ، ولا لمن ظن بقاؤه﴾ أو وجوده ﴿رقت 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 لانصبي مدة الحمل فما دون اذا لم يكن هناك زوج ولا مولى . ويتفرع على الشرط الاول بطلانها او وضع ميتاً ، ولو مات بعد انفصاله حياً كانت لوارثه .

وفي اعتبار قبوله هنا وجه قوي ، وان لم نعتبره من ولي الحدل ، مع أن

الاقوى اعتبار قبوله وفاقاً للحلي .

ثم ان اتحد فهي له ، وان تعدد قسم الموصى به على العدد ، وان اختلفوا بالذكرة والانوثة ، ولا فرق بين أن تلدهما معاً في المدة المشتركة ، للعلم بوجودهما حال الوصية ، أو على 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 ما بين الثاني والوصية على ستة أشهر وكانت المرأة فراشاً ، لانهما حمل واحد اجمالاً .

﴿ و ﴾ تصح ﴿ للذمي ﴾ الملتزم بالشرايط مطلقاً ﴿ ولو كان ﴾ من الموصي ﴿ أجنبياً ﴾ على الاقوى .

﴿ وفيه أقوال ﴾ أخر أنهاها بعضهم الى سبعة ، ولا دليل على شيء منها سوى القول بالمنع مطلقاً .

﴿ ولا تصح للحربي ﴾ على الاظهر الاشهر ﴿ ولا للمملوك غير الموصى ﴾ مطلقاً ﴿ ولو كان مدبراً أو أم ولد ﴾ أو مكاتباً مشروطاً أو مطلقاً ولم يؤد شيئاً 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 .

﴿ وبعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثالث ، فان كان بقدر قيمته أعتق وكان الموصى به للورثة ﴾ حيث يكون معيناً ﴿ وان زاد أعطي العبد الزائد ﴾ كائناً ما كان ﴿ وان نقص عن قيمته ﴾ ولم تبلغ ضعفه عتق منه بحسابه و ﴿ سعي في الباقي ﴾ بغير خلاف ، وكذا اذا بلغت ضعفه على الاشهر الاظهر ، وفي

الخلاف^(١) الاجماع .

﴿وقيل : ان كانت قيمته ضعف الوصية بطالت﴾ للنص^(٢) ﴿وفي المستند ضعف﴾ دلالة بل وسنداً أيضاً . ولا فرق في ذلك بين صورتى الوصية له بالثلث المشاع أو المعين .

﴿ولو أعتقه عند موته وليس له غيره وعليه دين، فان كان قيمته بقدر الدين مرتين صح العتق﴾ فيما يخصه من الثلث بعد الدين ، واستسعى في الخمسة الاسداس الباقية، ثلاثة منها للديان والباقي للورثة، بلاخلاف﴾ والابطال﴾ وفاقاً لجماعة . وقيل : تصح هنا كالاول .

﴿وفيه﴾ أي في المقام﴾ وجه آخر﴾ بنفوذ العتق من الاصل وسقوط الدين من رأس للحلي، وهو﴾ ضعيف﴾ .

وهل الحكم بذلك مختص بالمنجز، كما في ظاهر العبارة وصريح الشرائع^(٣) أو يعمه والوصية، كما هو ظاهر الجماعة القائلين بما في العبارة؟ قولان، والثاني لا يخلو عن قوة .

﴿ولو أوصى لام ولده صح﴾ بلاخلاف﴾ وهل تعتق من الوصية؟﴾ كما عليه جماعة﴾ أو من نصيب الولد؟﴾ كما عليه آخرون﴾ قولان﴾ مشهوران، أقواهما الاول . وفيه قول آخر بالتخير بين الامرين ضعيف .﴾ فان أعتقت من نصيب الولد كان 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 ٣١٢/٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٤٦٧/١٣، ح ٢٠ .

(٣) شرائع الاسلام ٢٥٣/٢ .

(٤) وسائل الشيعة ٤٦٩/١٣، ب ٨٢ .

ثم الوصية لها بعده ، وهو بعيد . وأخرى على أن المراد من الثالث العتق من الوصية وتعطى مافضل منها ، وهو قريب .

﴿واطلاق الوصية﴾ لجماعة ﴿يقتضي التسوية﴾ بينهم في الحصة ، وان اختلفوا ذكورة وأنوثة وكانوا أجانب أو ورثة ، بغير خلاف ﴿و﴾ لاشكال الا ﴿في الوصية لآحواله وأعمامه﴾ فان فيها ﴿رواية^(١) بالترفضيل﴾ للاعمام الثلثان وللآحوال الثلث ﴿كالميراث﴾ ذهب اليها الشيخ والقاضي .

﴿والاشبه التسوية﴾ فيهم أيضاً ، وفقاً للمحلي وعامة المتأخرين ، والرواية شاذة مهجورة ، كما صرح 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 .
﴿وإذا أوصى لقربته﴾ وأطلق ﴿فهم المعروفون بنسبه﴾ مطلقاً على الأشهر الاقوى .

﴿وقيل:﴾ كما في الغنية وعن المفيد والنهاية^(٣) انه ﴿لمن يتقرب اليه بآخر أب﴾ وأم له ﴿في الاسلام﴾ بمعنى الارتقاء بالقرابة من الأدنى الى ما قبله ، وهكذا الى أبعد جد وجدة له في الاسلام وفروعهما ، ويحكم للجميع بالقرابة . ولا يرتقى بآباء الشرك وان عرفوا بقربته ، وفيه أقوال أخر كلها ضعيفة .

ثم على أي معنى حمل ، يعم الذكر والانثى والفقير والغني والقريب والبعيد . ولا فرق بين قوله: أوصيت لاقاربتي وقربتي وذوي رحمتي ، لاشتراك الجميع في المعنى ، وينصرف الوصية الى الموجود منهم مطلقاً اتحد أو تعدد ، ذكروا في الوصية بصيغة الجمع أو المفرد .

(١) وسائل الشيعة ٤٥٤/١٣ ، ب ٦٢ .

(٢) شرائع الاسلام ٢٥٤/٢ .

(٣) النهاية ص ٦١٤ .

﴿ولو أوصى لاهل بيته دخل﴾ فيهم ﴿الاباء﴾ وان علو ﴿والاولاد﴾ وان نزلوا، وفسرهم في التذكرة بالقرابة، فيدخل فيهم الاعمام والاقوال وفروعهما أيضاً، ولايخلو عن قوة حيث لايمكن الرجوع الى عرف بلد الموصي ، ومع الامكان فيتبع ولو كان 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 ﴿ولو لم يخلف وارثاً﴾ كذلك ﴿رجعت الوصية الى ورثة الموصي﴾ وفاقاً للمعظم ، خلافاً للمحلي فألحق به الامام عليه السلام ، وهو نادر .

﴿واذا قال: أعطوا فلاناً﴾ كذا ولم يعين عليه مصرفاً ﴿دفع اليه يصنع به ما شاء﴾ ولا كذلك لو عين عليه المصرف فانه يتعين عليه .

﴿وتستحب الوصية لذوي القرابة﴾ مطلقاً ﴿وارثاً كان أو غيره﴾ وتناكد في الثاني ، فقد ورد : ان من لم يوص لذوي القرابة ممن لايرثه ، فقد ختم عمله بمعصيته ^(١) .

مايعتبر في الاوصياء :

﴿الرابع : في الاوصياء، ويعتبر﴾ في الوصي ﴿التكليف﴾ بالبلوغ والعقل

(١) وسائل الشيعة ١٣/٤٧١، ح ٣٠

فلاتصح الى صبي بحيث يتصرف حال صباه مطلقا ولو كان الى البالغ منضمًا ،
ولالى مجنون كذلك .

﴿والاسلام﴾ فلاتصح الى كافر وان كان 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^(١) 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 فيما بينه وبينه وفعل مقتضاها ، بل لوأوصى اليه
ظاهراً أو فعله كذلك ، لم يبعد الصحة وان حكم ظاهراً بعدم وقوعه وضمانه
ما ادعى فعله .

وتظهر الفائدة لو فعل مقتضى الوصية باطلاع عدلين أو حاكم الشريعة ، نبيه
بذلك في التذكرة والروضة^(٢) .

﴿أما لوأوصى الى عدل ففسق ، بطلت وصيته﴾ اجماعاً ، الا من الحامي 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 أو في حياته ،
علم أو جهل به ، كما يقتضيه اطلاق العبارة ، وربما يستشكل فيه في الثاني مع العلم

(١) في « خ » : القول .

(٢) الروضة البهية في شرح اللمعة ٧١/٥ .

بفسقه وعدم عزله، وهو على القول بعدم اشتراط العدالة ابتداءً في محله .
 وهل تبطل الوصية بطرو الفسق ومن حينه أم يتوقف علم حكم المحاكم
 وعزله؟ وجهان .

وتظهر الفائدة في تصرفه قبل أن يعزله، فينفذ على الثاني دون الاول، وهو
 الوجه حيث يظهر أن الماعث للوصية اليه هو العدالة .

وهل تعود الوصية بعوده عدلاً؟ الاشهر كما قيل والاقوى لا .

﴿و﴾ يعتبر فيه الحرية أيضاً ف﴿لايوصي الى المملوك الا باذن المولى﴾
 فيصح عندنا وليس للمولى الرجوع في الاذن بعد موت الموصي، ويصح قبله،
 كما اذا قبل الحر نفسه .

ولافرق في محل المنع بين كون العبد قناً أو مدبراً أو مكاتباً أو مبعوضاً للموصي
 أو غيره عند جماعة، خلافاً لآخرين فجوزوا الوصية الى من عدا القن مطلقاً، كما
 يظهر من جمع، أو اذا كان عبد نفسه، كما صرح به بعضهم، ولا يخلو عن قوة .

﴿وتصح﴾ الوصية ﴿الى الصبي﴾ حال كونه ﴿منضماً الى كامل
 لا منفرداً﴾ بغير خلاف ﴿ويتصرف الكامل حتى يبلغ الصبي﴾ مطلقاً ولولم يكن
 التصرف في الامر الضروري ﴿ثم﴾ بعد بلوغه كاملاً جائز التصرف ﴿يشتركان﴾
 في التصرف مجتمعين .

﴿و﴾ وليس له نقض ما أنفذه الكامل قبل ^(١) بلوغه ﴿الا ما تضمن من تغيير وتبدل
 نعم لو شرط عدم تصرف الكامل الى أن يبلغ الصبي تبع شرطه .

وقوله « لا منفرداً » يدل على المنع عن الوصية اليه مستقلاً، وان شرط في
 تصرفه البلوغ وكان ذلك في معنى الضم .

ثم لو مات أو بلغ 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 المـ بي رشيداً ثم مات بعده ولو بلحظة .

﴿ولانصح وصية المسام الى الكافر﴾ مطلقاً ﴿وتصح﴾ اليه ﴿من منله﴾ كذلك ان لم نشترط العدالة، وأمامع اشتراطها فهل تكفي عدالته في دينه أم تبطل مطلقاً؟ وجهان، أجودهما: الاول .

﴿وتصح الوصية الى المرأة﴾ اذا اجتمع فيها الشرائط المتقدمة باجماعنا .

﴿ولو أوصى الى اثنين﴾ فصاعداً جاز ﴿فان أطلق أو شرط الاجتماع﴾ في التصرف ﴿فليس لاحدهما الانفراد﴾ به ، بل عليهما الاجتماع فيه بمعنى صدوره عن رأيهما ونظرهما وان باشره أحدهما اجماعاً في الاخير، وعلى الاظهر الأشهر في الاول .

﴿ولو تشاحا﴾ وتعاسرا ، فأراد أحدهما نوعاً من التصرف ومنعه الاخر ﴿لم يمض﴾ تصرفه ﴿الا ما لا بد منه﴾ وتدعو الحاجة اليه ، ولا يمكن 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 ، ولسه مع الحاجة ، ورد الوديعة المعينة، والعين المغصوبة . وقيل : لم يمض تصرفه مطلقاً، وهو أرفق بالاصل .

﴿وللحاكم﴾ الشرعي ﴿جبرهما على الاجتماع﴾ من غير أن يستبدل بهما مع الامكان .

﴿فان تعذر﴾ عليه جمعهما ﴿جاز﴾ له ﴿الاستبدال﴾ بهما ﴿ولو التمسما القسمة﴾ حيث وجب عليهما الاجتماع ﴿لم يجز﴾ .

﴿ ولوعجز أحدهما ﴾ عن القيام بتمام ما يجب عليه من العمل بالوصية بمرض ونحوه ﴿ ضم إليه ﴾ أي الى العاجز أمين من طرف الحاكم .
 ولوعجز عن القيام به أصلاً بدوت أو فسق أو جنون أو نحوهما، ضم الاوين 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 أم لا ؟ وجهان، أجودهما: الثاني .

ولوعجزاً معاً أصلاً، فللحاكم أن ينصب ولو واحداً .

وكل اذا أوصى اليهما مطلقاً أو مشروطاً عليهما اجتماعهما معاً ﴿ أمالو شرط لهما الانفراد، تصرف كل واحد منهما وان انفرد ﴾ عن الاخر بغير خلاف .
 وفي جواز الاجتماع حينئذ نظر، والجواز أظهر حيث تقوم قرينة على كون اشتراط الانفراد رخصة لا عزيمة ، والا فالمنع أظهر عملاً بمقتضى الشرط ، خصوصاً اذا حصل لهما في حال الاجتماع نظر مخالف للنظر حال الانفراد ، فينبغي القطع بالمنع هنا ، وكذا لو نهاهما عن الاجتماع .

﴿ ويجوز ﴾ لهما في هذه الحالة ﴿ أن يقتصما ﴾ بالتنصيف والتفاوت حيث لا يحصل بالقسمة ضرر ولا يكون 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 مطلقاً وان كان الموصي أبساً ، أو كان الموصى اليه فيه منحصرأ ، على ما يقتضيه اطلاق العبارة ونحوها، خلافاً للصدوق فأوجب القبول في المقام بن، وهو أقوى ان ام يكن خلافه اجماعاً .

﴿ ويصح ﴾ رد الوصية مطلقاً واوقبلها، مادام الموصي حياً ﴿ ان بلغ الرد ﴾

اليه ، وتمكن من اقامة وصي غيره اجماعاً . وان لم يتمكن فوجهان ، أجودهما :
أنه لم يجوز له الرد .

﴿ ولومات الموصي قبل بلوغه ﴾ أي الرد اليه ﴿ لزمت الوصية ﴾ فليس
للموصى اليه ردها اجماعاً اذا قبلها ، وعلى الاشهر الاقوى مطلقاً ، وفي صريح
الغنية وظاهر غيره الاجماع .

﴿ ولو ظهر من الوصي ﴾ المتحد أو المتعدد ﴿ خيانة ﴾ أوفسق آخر انزل
بمجرده ، أو بعزل الحاكم ، على اختلاف القولين المتقدمين ، و ﴿ استبدل به ﴾
الحاكم أميناً مستقلاً ان كان المعزول واحداً ، أو منضمماً الى الباقي ان كان أكثر .
وانما أعاد المسألة مع سبقها ، لبيان جواز الاستبدال ، اذ لم يتقدم له ذكر
سابقاً .

﴿ والوصي أمين لا يضمن الا بتعد أو تفريط ﴾ .

﴿ ويجوز ﴾ للوصي ﴿ أن يستوفي دينه مما في يده ﴾ من مال الموصي مطلقاً
ولو من دون بينة ، عجز عنها أم لا على الاقوى ، لكن في الوصي المتحد أو
المتعدد على الانفراد مطلقاً ، أو الاجتماع مع علم الآخر بثبوت الحق ، بناءً
على جواز أداء الوصي من دين الموصي ما يعلم ثبوته الى حين الاداء اتفاقاً .
﴿ وأن يقوم مال اليتيم على نفسه ﴾ بثمن المثل فصاعداً ، اذا لم يكن هناك
غيره باذلاً على الاقوى .

﴿ وأن يقترضه اذا كان ﴾ أي الوصي ﴿ ملياً ﴾ على الاشهر الاقوى ، ولا يجوز
مع فقد الشرط قولاً 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 الملاعة ما قيل : 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 مصاحبة له مطلقاً وهو أحوط وأولى .

﴿وتختص ولاية الوصي بما عين له الموصي﴾ من التصرفات والولايات ﴿عموماً﴾ ما عين 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 مثلاً ، 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 .

واو قال : أنت وصيي وأطاق ، كان اغواً 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 ما لم يبين ما فرض اليه أوجه ثلاثة ، أوجهها : الاول وفاقاً للكفاية .

﴿و﴾ يجوز أن ﴿يأخذ الوصي أجره المثل﴾ لعمله ، ان عينها له الموصي مطلقاً ، وكذا الزيادة او وافقت الثالث ، 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 لعياله أيضاً على اختلاف الوجهين . ولاريب أن الاول أحوط ، وان كان الثاني لا يخلو عن وجه . والاحوط والاولي أن له أقل الامرين من أجره المثل وقدر الكفاية ،

وفاقاً للمبسوط والنبیان^(١) .

﴿هذا مع الحاجة﴾ في الوصي وفقره، وأما مع غناه فالظاهر أن لا يأخذ شيئاً .

وحيث جاز الاخذ ، فهل يشترط فيه كثرة المال وصرف العمل كله في مال اليتيم، كما في جملة من الاخبار^(٢) أم لا ، كما يقتضيه نحو اطلاق الآية^(٣) وكثير من الروايات ؟ وجهان، أحوطهما: الاول .

﴿واذا﴾ كان الوصي قد ﴿أذن له﴾ الموصي ﴿في الوصية﴾ الى الغير فيما أوصى به اليه ﴿جاز﴾ له الايصاء فيه اليه، بغير خلاف فيه ولا في المنع مع المنع .

﴿ولو﴾ أطاق الوصية فـ ﴿لم يأذن﴾ له ولم يمنع ﴿فقولان ، أشبههما﴾ وأشهرهما بين المتأخرين ﴿أنه لا يصح﴾ له أن يوصي بها الى الغير .

﴿ومن لا وصي له﴾، فالحاكم ولي تركته ﴿بلاخلاف فيه﴾ ، ولا في 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 ما يضطر اليه الاطفال والدواب من المؤنة، وصيانة المال المشرف على التلف .

ولو كان الحاكم بعيداً أو أمكن المراجعة اليه ولو بعد مدة، اقتصر في التصرف على ما لا بد منه وأخروا ما يسع تأخيره .

(١) النبیان ٣/ ١١٩ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/ ١٨٤ ، ب ٧٢ .

(٣) وهي قوله تعالى « من كان غنياً فليستغف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف »

ما تصح الوصية به :

﴿الخامس : في الموصى به ، وفيه أطراف :﴾
 ﴿الاول : في متعلق الوصية ، ويعتبر فيه ﴾ أن يكون له قابلية ﴾ الملك ﴾ لكل
 من الموصى والموصى له .

﴿فلا تصح ﴾ الوصية ﴾ بالخمير ﴾ الغير المحترمة ، كالمتمخدة لغير التخلييل
 ﴾ ولا بآلات اللهو ﴾ ولا الخنزير ولا كلب الهراش ونحو ذلك بغير خلاف ، وفي
 التذكرة الاجماع عليه ، وعلى جواز الوصية بالكلاب الاربعة .

﴿و ﴾ يجوز أن ﴾ بوصي بالثلث ﴾ من تركته ﴾ فما نقص ﴾ ولو بغير رضا
 الورثة اجماعاً ، لا زائداً بغير رضاهم على الاشهر الاقوى ، وفي كلام جماعة عليه
 اجماع العلماء . ولا فرق بين أن يكون له وارث خاص أم لا على الاشهر الاقوى ،
 فيصرف على الثاني في مصارف أموال الامام عليه السلام .

﴿و ﴾ على المختار ﴾ لو أوصى بزيادة من الثلث ﴾ تبرعاً ﴾ صح ﴾ الوصية
 ﴾ في الثلث وبطل ﴾ في ﴾ الزائد ﴾ بمعنى أنه لا يازم فيه بل يكون مراعى .
 ﴾ فان أجاز الورثة بعد الوفاة صح ﴾ الوصية بتمامه ﴾ وان أجاز بعض ﴾
 الورثة ﴾ صح في حصته ﴾ دون الباقيين بلاخلاف .

﴿و لو أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان ﴾ و ﴾ المروي ﴾ في المعتمدة ^(١)
 ﴾ اللزوم ﴾ وعليها فتوى المشهور وهو المنصور . ولا فرق بين وصية المريض
 والصحيح في ذلك .

ويعتبر في المجيز جواز التصرف ، فلا عبرة باجازة الصبي والمجنون والسفيه
 أما المفاس فان كانت اجازته حال الحياة نفذت ، واذا كانت بعد الموت فتـي

صحتها وجهان .

وهل الاجازة تنفيذ أو ابتداء عطية؟ ظاهر أصحابنا الاول فلا تحتاج الى ايجاب وقبول، ولا توجب ولاء للمجيز اذا كان الوصية في عتق، ولا يعتبر في اجازة المريض خروجها من الثلث .

﴿ويملك الموصى به بعد الموت﴾ لا قبله ، وهل يحصل به الملك قهراً كالارث وان كان متزلزلاً حتى يقبل، أم به وبالقبول معاً، أم القبول كاشف بالموت؟ أقوال، والاخير لعله أظهر وأشهر كما قيل ، ويتفرع على الخلاف فروع جليلة هي في المطولات مذكورة .

﴿وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الا صغر﴾ على أن يكون الربح بينهم وبين الوصي العامل مطلقاً، وفاقاً للاكثر . ولا يلزم مراعاة المدة التي شرطها الموصي، بل تصح مادام الوارث صغيراً، فاذا كمل كان له الفسخ .
وانما فائدة التحديد بالمدة المنع من التصرف فيما زاد عليها ، لا الالتزام بالمضاربة فيها .

واحترز بـ «الاصغر» عن الكبار ، اذا تصح الا باجازتهم على الاظهر، خلافاً للاكثر .

وفائدة الصحة حيث تثبت أن الوارث اذا لم يفسخ وعمل الموصى له في المال، استحق الحصص المعينة له .

﴿ولو أوصى بواجب وغيره﴾ وأطلق ﴿أخرج الواجب من الاصل﴾ اذا كان مالياً كالدين ﴿وبالباقي من الثلث﴾ بغير خلاف ، وفي الغنية الاجماع .
ويلحق بالدين ما يشبهه من جميع المايات المحضة ، كالزكاة والكفارات ونذر المال . والمشربة بالبدن، كالحمج . واذا كان بدنياً محضاً كالصوم والصلاة ونحوهما أخرج من الثلث بغير خلاف ، الامن ظاهر اطلاق المتن ، وهو شاذ .

﴿ولو حصر الجميع﴾ أي جميع ما وصى به من الواجب وغيره ﴿فسي التثالث﴾ بأن صرح بالخراج منه ﴿بديء بالواجب﴾ وقدم على غيره وإن تأخرت الوصية به، سواء كان الواجب مالياً أو غيره، وبدأ بعده بالاول فالاول، وفاقاً لاطلاق العبارة وجماعة .

﴿ولو أوصى بأشياء تطوعاً، فإن رتب بينها بدأ بالاول فالاول حتى يستوفي التثالث 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، وأمام فقهاء الشرطين فكذلك على الاشهر الاقوى .

والمراد بالاول الذي تجب البداية 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. أرتب باللفظ ثم نص على عدم التقديم ﴿أخرجت من التثالث ووزع النقص﴾ على الجميع ، فيبطل من كل وصية بحسابها .

﴿ولو أوصى بعق مماليكه دخل في ذلك المنفرد والمشارك﴾ ويستفاد من النص^(١) أنه يقوم عليه حصه شريكه ان احتمله ثلثه كما عليه جماعة ، خلافاً للمتأخرين فاختروا عدم السراية ، ولا يخاو عن قوة .

حكم الوصايا المبهمة :

﴿الثاني : في﴾ الوصايا ﴿المبهمة :﴾
 ﴿من أوصى بجزء من ماله﴾ ولم يكن ثمة قرينة من عرف أو عادة على تعيينه

﴿كان﴾ الموصى به هو ﴿العشر﴾ من أصل التركة لامن الثلث، الا أن 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﴾ سبغ 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 بوجهه﴾ معبنة ﴿فنسي الوصي وجهاً﴾ منها أو أكثر ﴿صرف﴾ المنسي ﴿في﴾ وجهه ﴿البر﴾ بلخلاف الامن نادر أشار الى قوله : ﴿وقيل : يرجع ميراثاً﴾ ولاريب في ضعفه ، والقائل الحلبي 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) المجبوزة، اللهم الا أن يوجد قرينة على عدم الدخول فتتبع ، وكذلك في المسألة السابقة وفاقاً للمعة .

(١) وسائل الشيعة ١٣/٤٤٤ ، ح ٥٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/٤٤٧ ، ح ١٤٤ .

(٣) وسائل الشيعة ١٣/٤٤٩ ، ح ٤٤ .

(٤) وسائل الشيعة ١٣/٤٥١ ، ب ٥٧ .

(٥) وسائل الشيعة ١٣/٤٥٢ ، ب ٥٨ .

﴿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 الامع قرينة عليه من عرف أو عادة . ولا يفرق في الحكم بالدخول حيث يثبت بين كون الموصي عدلاً أم لا ، ولا بين كون الصندوق مقلداً أم لا على الاقوى .

﴿ولا يجوز﴾ 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 ومخافتها الاصول ﴿مطرحة﴾ عند المتأخرين .

ولا يفرق في البطلان بين كون الموصي باخراجه الوالد 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 لعمره ، أو بمائة درهم مطلقاً لزيد ، ثم قال : المائة التي

(١) وسائل الشريعة ١٣/٤٥٢ ، ب ٥٩ .

(٢) وسائل الشريعة ١٣/٤٧٦ ، ب ٩٠ .

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 و لعمرو بدار ونحو ذلك ﴿عمل بالجميع﴾ ان وفى به الثالث .

﴿فان قصر الثالث﴾ عنه ﴿بدأ بالاول فالاول حتى يستوفي الثالث﴾ كما مر .
 ﴿الثانية : تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين﴾ مسلمين ، ومع الضرورة تقبل شهادة رجلين من عدول أهل الذمة ، ولا يشترط في قبولها منهم السفر وفاقاً للاكثر ، والاحوط وجوب تحليفها بعد صلاة العصر بصورة الايسة كما عليه العلامة .

﴿وبشهادة أربع نساء ، وبشهادة الواحدة في الربع﴾ والاثنين في النصف وهكذا بلاخلاف . ولا يتوقف قبول شهادتهن على اليمين مطلقاً ، على الاشهر الاقوى ولو فرض انضمام اليمين الى الاثنين أو الثلاث ثبت الجميع على الاقوى ، أما الواحدة فلا يثبت بها سوى الربع مطلقاً . ولا على فتد الرجال وفاقاً للاكثر عملاً باطلاق النص^(١) .

﴿وفي ثبوتها﴾ أي الوصية بالمال ﴿بـ﴾ شهادة ﴿شاهد ويمين ترده﴾ عند المصنف ، ولا وجه له يعتد به ، والاصح الثبوت وفاقاً للمشهور ، وفي كلام جمع الاجماع .

﴿وأما﴾ الوصية بـ ﴿الولاية فلا تثبت الا بشهادة رجلين﴾ مسلمين ، بلاخلاف الامن المصنف في الشرائع^(٢) ، فأثبتها بشهادة شاهد ويمين ، لكن على تردد ولا وجه له كترده السابق .

﴿الثالثة : لو أشهد﴾ الموصي ﴿عبدین له على أن حمل الماوكة﴾ انه

(١) وسائل الشيعة ١٣/٣٩٥ ، ب ٢٢ .

(٢) شرائع الاسلام ٢/٢٥١ .

﴿منه ، ثم ورثهما غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبينة﴾ للموصي ﴿صح﴾
 شهادتهما ﴿وحكم له﴾ أي للحمل برقيتهما مطلقاً ولو لم يوص بأن يشهدا ، بلا
 خلاف مع الإيصاء ، وكذلك مع عدم الإيصاء على الأشهر الأقوى .
 ﴿ويكره له تملكهما﴾ ويستحب له أن يعتقهما .

﴿الرابعة : لا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه﴾ ولا ما يجزبه نفعاً ، أو
 يستفيد منه ولاية على المشهور ، بل قيل : لا خلاف فيه إلا من الإسكافي ، فجزز
 شهادته لليتيم في حجره ، وإن كان هو المخاصم لليتيم ولم يكن بينه وبين المشهود
 عليه ما يرشد شهادته عليه . ومال إليه جمع ، وأعله أجد حيث يسلم شهادته من
 التهمة ، للمكاتبه^(١) الصحيحة الصريحة .

﴿وتقبل﴾ شهادته ﴿للموصي في غير ذلك﴾ بغير خلاف ، كما في كلام
 جمع وعليه كما في المكاتبه الصحيحة .

﴿الخامسة : إذا أوصى بعتق عبده ، أو أعتقه عند الوفاة وليس له سواه انعتق
 ثلثه﴾ وسعى في باقي قيمته للورثة ، بلا خلاف فيه في الوصية ، وأما في المنجز
 فيبني على الخلاف الآتي في احتسابه من الثلث أو الأصل .

﴿ولو أعتق ثلثه عند الوفاة وله مال﴾ غيره ﴿أعتق الباقي من ثلثه﴾ أي ثلث
 المال سراية عليه إن وفي به ، وإن لم يف أو لم يكن له مال سعى فيه للورثة ، بلا
 خلاف فيه ظاهراً إلا في اعتاق الباقي من الثلث خاصة ، فإنه يبني على إخراج 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 ما أخرجته
 القرعة ، بغير خلاف في الوصية ، وأما المنجز فكما عرفته . ولو استازم ذلك

(١) من لا يحضره الفقيه ٤٣/٣ الرقم ١٤٧ .

عتق جزء من أحدهم ، سعى في باقيه للورثة .

﴿ ولورثتهم ﴾ 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 ﴿ أجزاء الذكر والائتى والصغير والكبير ﴾ للاطلاق والنص^(١) .

﴿ ولو قال: مؤمنة لزم ، فان لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب ﴾ وعداوة لاهل العصمة - سلام الله تعالى عليهم - 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 بانته بخلافه أجزاء ﴾ بغير خلاف أجده .

﴿ السابعة : اذا أوصى بعتق رقبة بثمن معين ﴾ وجب شراؤها به ﴿ فان لم توجد ﴾ أو وجدت لكن بأزيد ﴿ توقع ﴾ المكنة أي التمكّن 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 محضه ﴾ 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 الشريعة ١٣/٤٦١ ، ب ٧٢ .

الى الصواب، ولكن الاحتياط فيهماهما أمكن لا يترك 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 قولاً ، 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 ﴿للاوارث﴾ بذلك ﴿من الثلث على التقديرين﴾ أي مع التهمة وعدمها عند المصنف خاصة، استناداً في كل من القسم الاول والثاني الى الصحيح^(١). ﴿ومنهم من سوى بين القسمين﴾ وهم الاكثرون ، وان اختلفوا من وجه آخر، فبين من حكم بنفوذه من الاصل فيهما مطلقاً، كالدلمي والحلي مدعياً عليه الاجماع . ومن فصل بين صورتى 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^(٢).

(١) وسائل الشريعة ١٣ / ٣٧٧ .

(٢) قال في آخر احدى نسخ « خ » : والحمد لله تعالى قد وقع الفراغ من تسويد هذا الكتاب في يوم احدى الاربعة 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 ، كما في كلام جمع .

﴿ وأقسامه ﴾ أي الكتاب ﴿ ثلاثة ﴾ :

﴿ الاول ﴾ : في ﴿ النكاح ﴾ الدائم :

﴿ وهو يستدعي فصولاً ﴾ :

(الفصل الاول)

(في صيغة العقد وأحكامه وآدابه)

﴿ أما الصيغة : ف ﴾ هي ﴿ الايجاب والقبول ﴾ .

﴿ ويشترط ﴾ في الاول ﴿ النطق بأحد الالفاظ الثلاثة ﴾ التي هي : ﴿ زوجتك

وأنكحتك ، ومتعتك ﴾ والاكتفاء بأحد الاولين مجمع عليه ، وبالثلث مختلف

فيه ، والاكثر على المنع ، وهو أحوط ان لم يكن أظهر .

﴿ والقبول هو ﴾ اللفظ الدال على ﴿ الرضا بالايجاب ﴾ مطلقاً وافقه في

اللفظ أملاً ، بشرط الموافقة له معنى ، اقتصر على لفظه أم اتبع بالايجاب عندنا .

﴿وهل يشترط وقوع تلك الالفاظ﴾ الدعبرة في الامرين ﴿بأنظ الماضي؟
 الاحوط﴾ على بعض الوجوه بل الاظهر الاشهر ﴿نعم﴾ مطلقاً، للاجماع على
 وقوعه به، و﴿لانه صريح في الانشاء﴾ عرفاً، عاماً أو خاصاً، ولا كذلك غيره.
 ﴿و﴾ عليه ف ﴿لو أتى بأنظ الامر﴾ قاصداً به الانشاء المعبر هنا، المعبر
 عنه بالرضا الباطني بالنكاح بالفعل ﴿كقوله﴾ أي الزوج ومن في حكمه لها
 أو ﴿للولي﴾ زوجني نفسك، أو ﴿زوجنيها فقال: زوجتك﴾ نفسي أو زوجتكها
 لم يصح .

و ﴿قيل: يصح، كما في قضية سهل الساعدي﴾ المروية^(١) 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، كما في خبر^(٢) أبان﴾ ابن تغلب ﴿عن﴾ مولانا ﴿الصادق
 عليه السلام﴾ الوارد ﴿في المتعة: أتزوجك، فإذا قالت: نعم، فهي امرأتك﴾
 ونحوه أخبار أخر كلها مشتركة 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 أو اقامة له «نعم» مقامه للانشاء لا بقصد جواب الاستفهام

(١) السنن للبيهقي ٢٤٢/٧، كنز العمال ٥٣٩/١٦، والمستدرک الباب - ٢ - من

أبواب المهور ج ٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٤٦٦/١٤، ج ١٠ .

﴿فقال الزوج﴾ بعد ذلك بغير فصل : ﴿قبلت ، صح﴾ عند المصنف وفاقاً لجمع ﴿لانه﴾ أي لفظ نعم ﴿يتضمن السؤال﴾ وجار مجراه اتفاقاً ، فكأنه قال: زوجته منه . وفي الاكتفاء به نزار ، فاذن الاقوى المنع وفاقاً الاكثر .
﴿ولا يشترط تقديم الايجاب﴾ على القبول في المشهور ، بل عليه الاجماع من السرائر^(١) والمبسوط^(٢) .

وحيث ما قدم القبول يعتبر كونه بغير قبلة ورضيت ، كالكحت وتزوجت ، وهو حينئذ بمعنى الايجاب ، وذلك لعدم صدق المعنى بذلك .
ويجب ايقاع الركنين بالعربية ﴿ولا تجزىء الترجمة﴾ عنهما ، أو عن أحدهما بالفارسية ونحوها ﴿مع القدرة على النطق﴾ بالعربية ، على الاظهر الاشهر ، وعن المبسوط^(٣) والتذكرة الاجماع .

﴿وتجزىء مع العذر كالعجم﴾ الذي لا يمكن من العربية ويشق عايه التعلم ، أو يفوته بعض الاغراض المقصودة له .

ولافرق في ذلك بين العجز في الركنين أو أحدهما ، ولكن يختص الرخصة في الاخير بالعاجز ، ويازم بالعربية غيره ، ويصح حينئذ كما في اختلاف الترجمة بين بشرط فهم كل منهما كلام الاخر ، ولو بترجمين عداين أو عدل واحد ان حصل العلم باخباره . ولا يجب التوكيل ولو مع التمكن منه .

﴿وكذا﴾ تجزىء ﴿الاشارة﴾ المفهومة للمراد ﴿للاخرس﴾ موجباً كان أو قابلاً ، أصلياً كان أو طارياً ، ولا يجب التوكيل هنا أيضاً .

(١) السرائر ص ٢٩٩ .

(٢) المبسوط ٤/١٩٤ .

(٣) المبسوط ٤/١٩٤ .

(وأما الاحكام (١) فمسائل :)

﴿الاولى : لاحكم لعبارة الصبي﴾ والصبية مطلقا و او كانا مميزين و رخصهما الولي .

﴿ولا المجنون﴾ والمجنونة كذلك وان كان أدوارياً ، بشرط عدم الافاقة حين العقد، بلاخلاف فيهما .

﴿ولا السكران﴾ حينه موجباً كان أو قابلاً، 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 أو دخل بها فأفاقت وأقرته كان ماضياً﴾ وفي مقاومتها للاصول المعتمدة بالشهرة اشكال ، وان كان الاحوط مراعاتها ، لكن مع عقد آخر ثانياً .

﴿الثانية : لا يشترط﴾ في صحة العقد عندنا ﴿حضور شاهدين﴾ عدلين وان استحب ، دائماً كان أو منقطعاً، تحليلاً أو تمليكاً .

﴿ولا﴾ حضور ﴿ولي﴾ مطلقاً ﴿اذا كانت الزوجة بالغة﴾ عاقلة ﴿رشيدة على الاصح﴾ الاشهر كما سيذكر .

﴿الثالثة : لو ادعى رجل زوجية امرأة و ادعت أختها زوجيته، فالحكم لبينة الرجل﴾ مطلقاً (٤) ﴿الا أن يكون مع﴾ بينة ﴿المرأة﴾ المدعية ﴿ترجح﴾

(١) في المطبوع من المتن : الحكم .

(٢) وسائل الشريعة ٢٢١/١٤ ، ج ١٣ .

(٣) النهاية ص ٢٦٨ .

(٤) سواء كانت البينتان مطلقتين أو مورختين بتاريخين متساويين « منه » .

على بينة الرجل ﴿من دخول أو سبق تاريخ﴾ فيقدم بينتها ، كل ذلك للنص^(١) المنجبر بالعمل ، لكنه مختص بما إذا أنكرت المرأة أخت المدعية دعواه ، فاعتبار بينته حينئذ حيث لا مرجح لبينة المدعية انداو لدفع انكار المرأة ، وان أشكل الحكم بترجيح بينته على بينتها حينئذ ، لكنه يدفع في هذه الصورة بالنص .

ويزيد الأشكال في غيرها مما عمه اطلاق العبارة ، وهو ما إذا وافقته على دعواه ، فانه لا اعتبار لبينته هنا أصلا ، لانه منكر خاصة ، فكيف تقبل؟ فضلا من أن ترجح ولذا يستشكل في تعدي الحكم الى مثل البنت والام من التساوي والمخروج عن مورد النص ، لكنه معلل بما يوجب التعدي الى جميع ما خرج عن مورده .

وظاهر اطلاقه كاطلاق الاكثر الاكتفاء في التقديم مطلقا بالبينة من غير احتياج الى حلف ، وقيل : لا بد 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 سبق التاريخ فيكفي بينتها ، وهذا القول أحوط وأولى .

هذا اذا أقاما معاً البينة ، واذا اختص بها أحدهما حكم له مع الحلف على البت على نفي ما تدعيه المدعية ان كان الرجل ، وعلى نفي العلم بما يدعيه ان كان المدعية . ولا فرق بين دخوله بها وعدمه في صورتين .

وان لم يكن لهما بينة حكم للرجل في قطع دعوى الاخت مع اليمين ، سواء دخل بها أم لا 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﴾ فلواتى بها حكم له بها والافلا ، سواء أقرت له بها أم لا ، ولا يمين عليها مطلقا ، ولو لدفع ما يترتب على الزوجية ، بلاخلاف الا في الاخير ، فقيل : عليها

اليمين لدفع ما يترتب عليها دون نفسها، فانه لا يمين عليها لقطعها قولاً واحداً ،
والاقوى ما قدمناه .

﴿الرابعة﴾ : يشترط تعيين الزوج والزوجة بالاسم، أو الإشارة، أو الوصف
القاطع للشركة اجماعاً، وعليه فـ ﴿لو كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة﴾ منهن
﴿ولم يسمها﴾ باسمها ولا يميزها بغيره، فان لم يقصد معينة بطل النكاح مطلقاً، قصد
الزوج احدهن أم لا بلا خلاف، وكذا الوقصد معاً ولكن قصد الاب واحدة والزوج
أخرى .

وان قصداً معينة ﴿ثم اختلفا في المعقود عليهما﴾ بعد الاتفاق على صحة العقد
المستأنم لتواردهما على واحدة بالنية المتفق عليها بينهما ﴿فالقول قول الاب ،
وعليه أن يسلم اليه النبي قصدتها في العقد ان كان الزوج رآهن﴾ هذا شرط للتقديم
لاوجوب التسليم . ﴿وان لم يكن رآهن فالعقد باطل﴾ كما في الصحيح^(١)، ولا
خلاف في الاخير، وفي الاول خلاف، والاقرب ذلك وفاقاً للاكثر عملاً بالصحيح
خلافاً للحلي فيبطل كالاخير بناءً 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 . ﴿العقيفة﴾ فرجاً ﴿الكريمة
الاصل﴾ الغير الناشئة هي وآبائها وأمهااتها عن حيض أو شبهة أوزنا البعيدة عن
اللسن .

﴿وأن يقصد﴾ بتزويجه متابعة ﴿السنة لا الجمال والمال﴾ والثروة ﴿فربما

حرمهما ﴿ فقد ورد : أنه إذا قصدهما وكل الى ذلك ، وأنه اذا تزوجها لسدينها
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 خافاً صالحاً حياة وموتاً .

﴿ ويستحب الاشهاد والاعلان ﴾ ولا يجب كما مر قريباً ﴿ والخطبة ﴾ بضم
الخاء ﴿ أمام العقد ﴾ وأقلها الحمد لله ، وأكملها الخطب المروية^(٢) عنهم ﷺ
﴿ وإيقاعه ليلاً ﴾ .

﴿ ويكره ﴾ إيقاعه ﴿ والقمر في العقرب ﴾ فقد ورد: أن من تزوج فيه لم ير
الحسنى^(٣) .

﴿ وأن يتزوج العقيم ﴾ التي لم تلد، بل يتزوج ولو دأ، فقد قال ﷺ : اني
أباهي بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط يجيء محبباً على باب الجنة ، فيقول
الله عزوجل: أدخل الجنة فيقول : لا، حتى يدخل أبواي قبلي ، فيقول الله تبارك
وتعالى له ملك من الملائكة اعطني 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 ٣٠/١٤ ، ج ١٢ .

(٢) المستدرک الباب ٣٣- من أبواب مقدمات النكاح .

(٣) وسائل الشيعة ٨٠/١٤ ، ج ١٢ .

(٤) وسائل الشيعة ٣٤/١٤ ، ب ١٧ .

أن يحمد الله تعالى وبصلي على النبي ﷺ بقوله: اللهم ارزقني أنفها وودها ورضاها وارضي بها ، واجمع بيننا بأحسن اجتماع وآنس ابتلاف ، فانك تحب الحلال وتكره الحرام . أو غيره من الدعاء .

﴿ وأن يأمرها بذلك ﴾ أيضاً ﴿ عند الانتقال ﴾ فتصلي ركعتين وتدعو الله سبحانه بمادعي مذكرة لضميرها .

﴿ وأن يجعل يده على ناصيتها ﴾ عند دخولها عليه مستقبل القبلة ﴿ ويكونا على طهر ، ويقول: اللهم على كتابك تزوجتها ﴾ وفي أمانتك أخذتها ، وبكلماتك استحلت فرجها ، فان قضيت لي في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سواً ، ولا تجعله شرك الشيطان .

﴿ وأن يكون ﴾ الزفاف و﴿ الدخول بها ليلاً ﴾ .

﴿ و ﴾ أن ﴿ يسمى عند الجماع ﴾ ويتعوذ بالله من الشيطان الرجيم .

﴿ ويسأل الله تعالى أن يرزقه ولداً ذكراً ﴾ تقياً زكياً ، ليس في خلقتنا زيادة ولا نقصان ، ويجعل عاقبته الى خير .

﴿ ويكره الجماع ليلة الخسوف ويوم الكسوف ﴾ فقد ورد : أن من جامع فيها فرزق ولداً لم يرفيه ما يحب^(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 يقر به الشيطان حتى يشيب ويكون قيباً ، ويرزقه الله عز وجل السلامة في الدين والدنيا^(٣) .

(١) وسائل الشيعة ١٤ / ٨٩ ، ج ١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤ / ١٨٧ ، ج ١ .

(٣) وسائل الشيعة ١٤ / ١٩٠ ، ج ١ .

﴿وعند الغروب حتى يذهب الشفق﴾ فقد ورد فيه ما في الكسوف^(١).
 ﴿وفي المحاق﴾ ودو الثلاثة أيام من آخر الشهر ، فقد ورد : أن من رزق فيه ولدأ فليسلم للسقط^(٢). ويتأكد الكراهة في الليلة الاخيرة منه .
 ﴿وبعد الفجر حتى تطلع الشمس﴾ وفيه ما في الكسوف .
 ﴿وفي أول ليلة من كل شهر الا شهر رمضان﴾ فانه يستحب فيه .
 ﴿وفي ليلة النصف﴾ من كل شهر و آخره ، فقد ورد : ان الجنون والجدام والخبيل يسرع الى المرأة والى ولدها^(٣).
 ﴿وفي السفر اذا لم يكن معه ماء للغسل﴾ الا اذا خاف على نفسه الضرر .
 ﴿وعند الزلزلة والريح الصفراء والسوداء﴾ فقد ورد فيها ما في الكسوف .
 ﴿ومستقبل القبلة ومستدبرها ، وفي السفينة ، وعارياً ، وعمتّب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء﴾ فان فعل ذلك وخرج الولد مجنوناً فلا يلومن الانفسه ، كما في النبوي^(٤) وليس فيه الاجتزاء بالوضوء ، ولذا اقتصر الحلّي على الغسل ، وهو أحوط . ولا يكره معاودة الجماع بغير غسل في وجهه ، ويكره على آخر ، وهو أحوط .
 ﴿والجماع﴾ والحال أن ﴿عنده من ينظر اليه﴾ بحيث لا ينظر الى عورته والا فيحرم ، مميزاً كان الناظر أم لا على الاقوى ، فقد ورد : ان رزقت ولدأ كان شهرة وعلمأ في الفسق والفجور^(٥) وفي آخر : في الناظر ما أفلح أبداً ، ان كان غلاماً كان زانياً ، وان كانت جارية كانت زانية^(٦).

(١) وسائل الشيعة ٨٩/١٤ ، ج ٢ ح .

(٢) وسائل الشيعة ٩٠/١٤ ، ج ١ ح ب ٦٣ .

(٣) وسائل الشيعة ٩١/١٤ ، ج ٥ ح .

(٤) وسائل الشيعة ٩٩/١٤ ، ج ١ ح .

(٥) وسائل الشيعة ٩٥/١٤ ، ج ٨ ح .

(٦) وسائل الشيعة ٩٤/١٤ ، ج ٢ ح .

﴿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 كثرة آكده . وتعليل الكراهة بالعلل السابقة في النصوص ربما يفيد اختصاصها بصورة احتمال تكون الولد ، إلا 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 بصلاحيتهما بخلوها من البعل والعدة والتحريم وتجوز اجابتها ، ومباشرة المرید بنفسه ، فلا يجوز استنابة الاجنبي وان كان المرید أعمى .

وربما اشترط أن يستفاد بالنظر ما لم يعرف قبله ، ولا بأس به الا اذا نسي ما استفاده أو احتمل تغيرها قبله .

وفي اشتراط عدم الريبة والتلذذ نظر ، أقرب به العدم ، الامع خوف الوقوع في الفتنة قبل العقد فيشترط . وظاهر العبارة الجواز المطلق ، وربما قيل بالاستحباب ولا بأس به .

ولاتلحق المرأة بالرجل ، فلا يجوز لها النظر مطلقاً على الاقرب ، والمشهور اختصاص الجواز بالموضعين .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية﴾ مرسله^(٢) جواز النظر ﴿الى شعرها ومحاسنها﴾ ومثلها الموثق^(٣) في الثاني والصحيح^(٤) وغيره في الاول ، وبها عمل جماعة من

(١) وسائل الشيعة ٨٦/١٤ ، ب ٦٠ .

(٢ - ٤) وسائل الشيعة ٥٩/١٤ ، ب ٣٦ ح ٥ و ٧ و ٨ .

الاصحاب ، ولا بأس 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 أدل الذمة﴾ وشعورهن على الاشهر ﴿لانهن بمنزلة الاماء﴾ لانهن مما يليك الامام ، وقيل : بالمنع ، ولعله أحوط وان كان الجواز أظهر ﴿مالم يكن لتلذذ﴾ أوربية فيحرم .

﴿و﴾ يجوز أن ﴿بنظر﴾ الرجل والسيد ﴿الى جسد زوجته﴾ وأمتة الغير المزوجة مطلقاً ﴿باطأ 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 والكفين والقدمين . وربما خصت الاباحة بالمحاسن خاصة ، وهي مواضع الزينة ، وهو أحوط ، وأحوط منه ماسبق . كل ذامع عدم التلذذ والريبة والاف يحرم مطلقاً .

وفي جواز النظر الى الوجه والكفين والقدمين 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 غيره بالنص والاجماع ، ويستثنى من المنع^(١) 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 يكن محل ثوران تشوق وشهرة

(١) خ ل : من الحكم .

قولان ، أحوطهما : المنع ، فيمنعه الولي عنه .

وفي جواز نظر المرأة الى الخصي الممارك لها والعكس خلاف ، والاشهر المنع ، وفي الخلاف الاجماع ، فهو أحوط ، وأرلى بالمنع نظر الخصي الى غير ما الكتته .

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 قولاً واحداً ولو أزيد من خمس كلمات ، والنهي عنه في بعض الاخبار محمول على تأكد الكراهة في حال الاختيار .

﴿ الثانية : ﴾ في جواز ﴿ الوطء في الدبر ﴾ مطلقاً لزوجة كانت أو أمة خلاف بين الاصحاب ، و ﴿ فيه ﴾ أيضاً ﴿ روايتان ﴾^(١) مختلفتان ، الا أن ﴿ أشهرهما الجواز على الكراهية ﴾ الشديدة ، وهو أيضاً أظهرهما ، وان كان المنع أحوط وأولى .

﴿ الثالثة : ﴾ اختلف الاصحاب في جواز ﴿ العزل ﴾ وافراغ المنى خارج الفرج بعد المجامعة ﴿ عن الحرية ﴾ مطلقاً اختياراً ﴿ بغير اذنها ﴾ ولو بالشرط حال العقد على قولين ، فـ ﴿ قيل : ﴾ انه ﴿ محرم وتجب به دية النطفة عشرة دنانير ﴾ والقائل الشيخ .

﴿ وقيل : ﴾ والقائل الاكثر انه ﴿ مكروه ﴾ غير محرم ﴿ وهـ و الاشبه ﴾ الاظهر ، ولا تجب به الدية ، وان قلنا بالمنع على الاصح وان كان أحوط ، وكذا التورع عنه .

(١) وسائل الشيعة ١٤/١٠٢ ، ب ٧٣ ح ١٢ و ٢٠

وكما يكره له العزل يكره لها أيضاً بدون اذنه ، وهل يحرم عليها لو قلنا به منه ؟ مقتضى بعض الاداة ذلك . وكذا القول في دية النطفة له كذا قيل ، والاخبار خالية عنه .

﴿ واحترز بالقيود عن غير الحرة ، فقد ﴾ رخص ﴿ في العزل ﴾ ﴿ في الاماء ﴾ فتوى ونصاً^(١) 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 ﴾ الا شهر . ويقابله القول بأنها تحرم عليه بذلك مطلقاً ، كما يعزى الى ظاهر اطلاق النهاية^(٢) ، وفي مستنده ضعف مع أنه قد رجح عنه .

﴿ الخامسة : لا يجوز للرجل ﴾ الحاضر المتمكن من الوطئ ﴿ ترك وطئ 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 ﴿ ليلاً ﴾ مطلقاً ، وقيل : بشرط عدم الاعلام .

وفي تعلق الحكم بمجموع الليل أو اختصاصه بما بعد المبيت وغلق الابواب نظر ، والاحوط الاول .

وظاهر اطلاق النص^(٣) والفتوى عدم الفرق بين الزوجة وغيرها ، وان كان

(١) وسائل الشريعة ١٤/١٠٦ ، ح ١٠١ .

(٢) النهاية ص ٤٨١ .

(٣) وسائل الشريعة ١٤/٩٣ ، ب ٦٥ .

الحكم فيها أكد وبباب النكاح أنسب .

﴿السابعة : اذا دخل﴾ الزوج ﴿بصبيبة لم تبلغ تسعاً فأفضاها﴾ بالوطي ، بأن صير مسلك الحيض والبول أو الغائط واحداً ﴿حرم عليه وطئها﴾ بل مطلق الاستمتاع على الاحوط ﴿مؤبداً﴾ بالنص^(١) ، والاجماع ، والمخالف شاذ ﴿و﴾ لكن ﴿لم تخرج من حبالته﴾ .

﴿ولو لم يفضاها 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 ، وأولسى منه بالوجوب ما لو طلقها الثاني بائناً أو رجعيّاً وتم عدتها . وكذا لو تعذر انفاقه عليها ، لغيبة أو فقر أو نحوهما .

قيل : ولا فرق في الحكم بين الدائم والمتمتع بها ، وهو أحوط وان كان في العموم للثانية نظر ، ونحوها الاجنبية والامة .

ولو أفضى الزوجة بعد التسع ففسي تحريمها وجهان ، أجودهما : العدم ، وأولى به افضاء الاجنبي كذلك .

والاقرب عدم تعدي الحكم في الافضاء بغير الوطىء وان أوجبت الدية في الجميع .

(الفصل الثاني)

(في بيان أولياء العقد)

أي الذين يتولونه عن الزوجين بغير اذنها لولايتهم عليهما .

(١) وسائل الشيعه ٣٨٠/١٤ ، ب ٣٤ .

﴿ولا ولاية في النكاح لغير الأب والجد لسباب وان علا والموصي والمولى والحاكم﴾ الشرعي 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 الأب والجد ثابتة على الصغير و﴿الصغيرة ولو ذهبت بكارتها بزنا أو غيره﴾ عندنا .

﴿ولا يشترط في ولاية الجد﴾ عليها ﴿بقاء الأب﴾ وحياتاه على الاقوى ﴿وقيل : يشترط﴾ عكس ما عليه العامة العمياء، والقائل جماعة من القدماء ومراعاته أحوط ﴿و﴾ ان كان ﴿في المستند﴾ أي الخبر^(١) الذي تمسك لهم به ﴿ضعف﴾ دلالة وقصور سنداً وتكافؤ لما دل على الاقوى .

﴿ولا خيار للصبية﴾ في فسخ عقد الولي ﴿مع البلوغ﴾ أي بعده لزوجها قبله اجماعاً ﴿وفي الصبي قولان ، أظهرهما﴾ وأشهرهما فتوى ورواية^(٢) أنه كذلك ﴿ليس له الخيار في فسخه .

﴿ولو﴾ كان الأب والجد ﴿زوجاها﴾ من رجلين واختلفا زماناً ﴿فالعقد للسابق﴾ منهما وان كان أباً ﴿وان اقترنا ثبت عقد الجد﴾ وكذا لو تشاحا قدم الجد على الأب. وفي تعدي الحكم الى الجد مع جد الأب وهكذا وجه، ولكن الاقرب العدم .

﴿ويثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله﴾ بسفه أو جنون مطلقاً ﴿ذكرأ﴾ كان أو أنثى اجماعاً فيما اذا اتصل الفساد بالصغر، وكذا اذا تجددت الى الاقرب وقيل : للحاكم، ومراعاته بالجمع أحوط .

(١) وسائل الشيعة ٢١٨/١٤ ، ٤٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٢٠/١٤ ، ب ١٢ .

﴿و﴾ حيث ثبت ولايتهما وزوجاه ف﴿لاخيار له بعد الافاقه﴾ اجماعاً .
 ﴿والثيب﴾ المنكوحه بالتزويج ﴿تزوج نفسها﴾ باختيارها من شاءت
 بشرط بلوغها ورشدتها ﴿ولا ولاية عليها الاب ولا اخبره﴾ مطلقاً عندنا ، وان
 استحب لها استيدان الابوين .

﴿و﴾ على هذا ﴿اوزوجها﴾ أبوها أوجدتها ﴿من غير اذنها﴾ كان فزواياً
 ﴿وقف على اجازتها﴾ فان أذنت لزم والافسد .
 و﴿أما البكر البالغة الرشيدة فأمرها﴾ فيما عدا التزويج من التصرفات
 المالية ﴿بيدها﴾ مطلقاً ﴿واوكان أبوها حياً﴾ كارهاً لما فعلته ، وكذا فيه لو كان
 ميتاً أو فاقداً لشرائط الولاية قولاً واحداً .

وانما اختلفوا فيما لو كان أبوها حياً مستجمعاً لشرائط الولاية، ف﴿قيل﴾ :
 ان ﴿لها الانفراد بالعقد﴾ مطلقاً ﴿دائماً كان أو منقطعاً﴾ والقائل الاكثر، وفي
 الغنية^(١) الاجماع، وفي الانتصار^(٢) عليه الاجماع مطلقاً، وكذا في السرائر^(٣)
 لكن في المنقطع .

﴿وقيل﴾ : ﴿أمر﴾ العقد مشترك بينها وبين الاب، فلا ينفرد 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 الدائم﴾ وهو

(١) الغنية ص ٥٤٩ .

(٢) الانتصار ص ١٢٠ .

(٣) السرائر ص ٢٩٥ .

المفيد في ظاهر المقنعة (١) وتبعه الشيخ في التهذيبين (٢) .

﴿ومنه من عكس﴾ فجاز لها الانفراد بالدوام دون المتعة ، وانماثل غير

معروف .

﴿و﴾ القول ﴿الاول﴾ من هذه الاقوال ﴿أولى﴾ وأظهر، وان كان القول

بالشريك أحوط .

كل ذا اذا أراد الولي تزويجها من كفو ﴿و﴾ أما ﴿اوعضائها الولي﴾

ومنعها عن ذلك أو مطلقاً مع رغبتها ﴿سقط اعتبار رضاه اجماعاً﴾ منا، وفي حكمه

الغيبية المنقطعة التي تحصل معها المشقة الشديدة .

﴿واو زوج الصغيرة غير الاب والجد﴾ له ممن لا ولاية له عليها كان فضولياً

﴿وتوقف على رضاها عند البلوغ، وكذا﴾ او زوج ﴿الصغير﴾ .

﴿وللمولى أن يزوج المماوكة﴾ له ﴿صغيرة كانت أو كبيرة، بكرة أو ثيباً

عاقلة أو مجنونة، ولا خيرة لها﴾ أصلاً ﴿وكذا﴾ او زوج ﴿العبد﴾ له لا خيرة

له مطلقاً .

وليس له الولاية على البعض منهما بمعنى اجباره عليه، وان كان له الولاية

عليه بمعنى عدم استقلاله به بدون اذنه .

وللولي تزويج أمة المولى عليه وعنده مطلقاً مع المصاحبة عندنا، ولا يكون

له الفسخ بعد الكمال كما في تزويج نفسه .

﴿ولا يزوج الوصي﴾ للاب أو الجد من صغيريهما ولو نسا له بالولاية في

التزويج على الأشهر الاقوى ﴿الا من بلغ﴾ منهما ﴿فاسد العقل﴾ فله تزويجه

﴿مع اعتبار المصلحة﴾ فيه على الأشهر، وفي المستند نظر ، بل ثبوت الولاية

(١) المقنعة ص ٧٨ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٨٠/٧ والاستبصار ٣/٢٣٦ .

للحاكم حينئذ لعله أظهر، الامع ميسس الحاجة الى النكاح وعدم امكان الوصول اليه فيتعين الاشهر .

﴿وكذا الحاكم﴾ الشرعي ، وهو الامام العادل أو من وبعده من وبعده أو عمواً ، ومنه الفقيه الجامع اشراط القوتى ، لا يزوج الصغيرين الا من بلغ منهما فاسد العقل وليس له أب ولا جد ، بلاخلاف في حكم المستثنى ولا اشكال ، وأما حكم المستثنى منه فهو مشهور ، فان تم اجماً والافقيه نظر .

(ويلحق بهذا الباب مسائل :)

﴿الاولى : الوكيل﴾ عن الزوجة أو وليها ﴿في النكاح﴾ للغير ﴿لا يزوجه من نفسه﴾ قطعاً ، وكذا لو وكلاه في التزويج على الاطلاق على الاشهر الاقوى وكذا مع العموم كزوجني ممن شئت ، ولا يكون هناك قرينة حال على ارادة الغير على الاحوط ان لم يكن أظهر .

﴿ولو أذنت﴾ له ﴿في ذلك﴾ أي التزويج لنفسه ﴿فالشبه﴾ الاشهر ﴿الجواز﴾ أي جواز توليه بنفسه الايجاب من جهتها والقبول من جهته .

﴿وقيل : لا﴾ والقائل الشيخ والقاضي ، لرواية^(١) قاصرة عن الصحة وهي رواية عمار بن موسى الساباطي الموثقة ، ولكن مراعاتها أحوط . وبنبغي تخصيص المنع بموردها ، وهو تزويج الموكلة لنفسه ، فيجوز أن يتواي طرفي العقد بنفسه لغيره .

﴿الثانية : النكاح﴾ الفضولي صحيح و﴿يقف على الاجازة﴾ من ولي العقل ، فان أجاز لزم والا بطل على الاشهر الاقوى ، ولا فرق ﴿في﴾ ذلك بين ﴿الحر والعبد﴾ .

﴿ويكفي في الاجازة سكوت البكر﴾ عند عرضه عليها حيث تكون هي المعقود عليها، كما في الاذن ابتداءً على الاشهر الاقوى .

﴿ويعتبر في﴾ اجازة ﴿الثيب﴾ واذنها ﴿النفق﴾ به، فلا يكفي السكوت هنا اجماعاً ، ولاربيب في ذلك مع حصول الثبوت بالوطني مطلقاً ، 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 المعريسة عن عدم الرضا، فان محلله انما هو صورة الشك في رضاها وعدمه لامطلقاً .

﴿الثالثة: لانكح الامة الا باذن المولى، رجلا كان المولى أو امرأته دائماً كان النكاح أو متعة، على الاشهر الاقوى .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية﴾^(١) سيف بن عميرة الصحيحة أنه ﴿يجوز نكاح أمة المرأة من غير اذنها متعة﴾ وعمل بها الشيخ في النهاية^(٢) ، 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﴾ بلاخلاف حتى ممن خير الصبي عند الادراك ﴿ولا خيرة لهما﴾ في فسخ النكاح ﴿عند البلوغ﴾ كما مضى .

﴿ولو زوجها غير الابوين﴾ من لولاية له عاينها ما كان نضواً و﴿وقف على الاجازة﴾ كما عرفته .

﴿فلوماتا أو مات أحدهما بطل العقد﴾ مطابقاً أجاز الباقي أم لا .

(١) وسائل الشريعة ١٤/٤٦٣، ب ١٤٠ .

(٢) النهاية ص ٤٩٠ .

﴿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 للرجبة﴾ في الميراث ﴿وأعطي نصيبه﴾ من التركة .

واعتبر الحلف دفعا 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 ما ثبت عليه من الدين ، أو يخاف امتناعه من أدائه، أو هربه، أو نحو ذلك مما يوجب التهمة، ولكن فتوى الاصحاب مطلقة في اثبات الحلف لاخذ التركة، فان كان اجماع والا فالتمتجه ما عرفت .

وفي المسألة فروعات جارية بسطنا الكلام فيها في الشرح^(١).

﴿الخامسة : اذا زوجها الاخوان﴾ أو الاجنبيان ﴿برجلين ، فان تبرعا﴾ بالعقد ولم يو كلا فيه فالعقدان فضوليان ﴿اختارت أيهما شاءت﴾ وفسخت الاخر أو فسختهما ، اقترنا زماناً أو اختافاً ، ولكن ينبغي إيما اختيار من عقد عليه أكبر الاخوين مع تساوي المعقود عليهما في الرجحان ، والافمن ترجح منهما و او كان من عقد عليه الاصغر .

وان اختص التبرع بأحدهما ، كان العقد الموكيل مطلقاً تارنا أو اختافاً ، كان المتبرع أو الموكيل الاخ الكبير أم الصغير أم غيرهما .

﴿وان كانا﴾ معاً ﴿وكيلين وسبق أحدهما﴾ بالنيكاح ﴿فالعقد له﴾ مطلقاً 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 .

﴿ولو دخلت بالآخر﴾ فهو زنا منهما ان علما بالحال فلامهر لها ، ولا يباح الوالد باحدهما ومنها خاصة ان علمت هي به دونه فلامهر لها و ﴿لحق به الوالد﴾ ومنه ان علم هو دونها فلها المهر والولد دونه ، ووطىء شبهة ان جهلا فياحتملها 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 ﴿بإلا﴾ معاً اجداً فيما عدا الاخوين ، وكذا فيهما على الاشهر الاقوى .

﴿وقيل : العقد عقد الاكبر﴾ منهما مطلقاً ، اقترن العقدان أم اختلفاً ، الامع دخول من عقد عليه الاصغر فيكون له حينئذ ، الامع سبق عقد الاكبر كما عن الشيخ والقاضي ، أومع الاتفاق زماناً خاصة بشرط أن لا يدخل من عقد عايه الاصغر كما عن التهذيبين^(١) وجماعة ، لرواية^(٢) هي مع قصور سندها لادلالة لها على شيء من القولين .

ثم ان جميع ما ذكر مع معلومية السبق والاقتران . وأما مع جهلهما مطلقاً 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 لايها على الولد مطلقاً .

﴿فلو زوجت الولد فأجاز صح﴾ مطلقاً ذكر أكان أو أنثى ، وقع التزويج

(١) تهذيب الاحكام ٣٨٧/٧ ، الاستبصار ٢٤٠/٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢١١/١٤ ، ح ٤٠ .

في الصغر أو الكبر ﴿ولو أنكر بطل﴾ العقد والمهر اجماعاً ، فيما لو كان المعقود عليه فضولاً أنثى ، وكذا لو كان ذكراً على الأشهر الأقوى .

﴿وقيل : يلزمها﴾ أي الام ﴿المهر﴾ للمعقود عليها تماماً ، لرواية^(١) 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 أبدا﴾ وجدها مطالقا ﴿بكرأ﴾ كانت ﴿أو ثيباً ، وأن توكل﴾ أو تستأذن ﴿أخاها اذالم يكن لها أب ولا جد﴾ أو كانا وتعسر استيذانهما بعضل أو غيبة منقطعة أو طويلة .

﴿وأن تعول﴾ مع التعدد ﴿على الاكبر﴾ من الاخوة .
﴿وأن تختار خيرته من الازواج﴾ بشرط التساوي في الرجحان أو رجحان رأي الاكبر ، والافراي من ترجح كما مر .

(الفصل الثالث)

(في بيان أسباب التحريم وموجباته)

وهي ستة :

﴿الاول : النسب ، ويحرم به﴾ على الذكر ﴿سبع﴾ نسوة مذكورات في

الاية^(٢) الشريفة ، وهن :

(١) وسائل الشيعة ١٤ / ٢١١ ، ج ٣ .

(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 أحدهما ، أو
انتهى نسبه اليهما أو الي 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 ، وعممة الجد والجدة
وخالتهما وهكذا ، لاعمة العمة وخالة الخالة، فانهما قد لا تكونان محرمتين ، كما
لو كانت العمة القريبة عمة للام خاصة أي أخت أبيه من أمه، لان عمتها حينئذ تكون
أخت زوج جدته أم أبيه ، وأخت زوج الام لا تحرم فأخت زوج الجدة أولى .
وكما لو كانت الخالة القريبة خالة الاب خاصة ، أي أخت أمه من أبيها ، فان خالتها
تكون أخت امرأة الجد ، وأخت امرأة الاب لا تحرم 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 الذكري استازم العكس ، ولذا اكتفى بتحريمهن
في الآية .

وانما يثبت النسب بالموطي الصحيح بنكاح أو تحليل ، ولو عرضه التحريم
بوقوعه في حيض ونفاس وشبههما ، وبالموطيء لشبهة بأن يكون غير مستحق في

الواقع مع عدم العلم بالتحريم أو بمتعلقه .

ويختص النسب هنا بمن اختصت به ، وأما الزنا فلا يثبت به اجماعاً الا في تحريم النكاح المتعلق به ، فان ظاهر أصحابنا ثبوته به ، وعليه الاجماع في التذكرة وغيرها .

ولا يلحق الزنا بالنسب في حل النظار ، والانعناق بمالك الفرع أو الاصل ، والشهادة على الاب ان قبلت منه على غيره ، والقود به من الاب ، وتحريم الحليلة وغير ذلك من توابع النسب على الاقرب ، وان كان الاحتياط فيما يتعاق بالدماء والنكاح أجود ، ولو احتيط في الجميع كان أحسن .

ولو اجتمع الوطي الصحيح والشبهة مع انقطاع الفرائض بنحو من الطلاق يثبت النسب لمن أمكن في حقه دون غيره ومع الامكان فيهما ، كما لو كان الولادة لستة أشهر من وطىء الثاني للشبهة وللأقل من أقصى الحمل من وطىء الأول للنكاح فالظاهر الأشهر الحاقه بالثاني .

﴿الثاني : الرضاع ، ويحرم منه ما يحرم من النسب﴾ بالنص^(١) والاجماع فكل مرضع يثبت فيه من جهة النسب المحرمية يثبت من جهة الرضاع بمثل تلك القرابة ، فالمحرمات من الرضاع أيضاً سبعة :

الأم ، وهي كل امرأة أرضعتك ، أدرجع نسب من أرضعتك أو صاحب اللبن اليها ، أو أرضعت من يرجع نسبك اليه من ذكر أو أنثى وان على ، كمرضعة أحد أبويك أو أجدادك أو جداتك ، وأختها خالتك من الرضاعة ، وأخوها خالك ، وأبوها جدك ، وابنها أخوك ، وبناتها أختك .

والبنت كل أنثى رضعت من لبنك أو لبن من ولادته ، أو أرضعتها امرأة ولدتها . وكذا بناتها من النسب والرضاع والعمات والخالات أخوات الفحل والمرضعة

(١) وسائل الشيعة ٢٨٠/١٤ ، ب ١ .

وأخوات من ولدتهما من النسب والرضاع وبنات الاخ وبنات الاخت وبنات أولاد المرضعة والفحل من النسب والرضاع .

وكذا كل أنثى أرضعتها أختك وبنات 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 الأشهر وعليه العمل . ويختص النشر بمن اختصت به، فلا تنشر في الاخر لاحاقه بالزنا الغير الناصر 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 أصلاً أرلى ﴿أو كان من زنا لم ينشر﴾ المحرمة وفي اشتراط الولادة أم الاكتفاء بالحمل قولان ، أصحهما : الاول .

ولا يشترط البقاء على الحباله ، فلو طلقها أو مات عنها وهي حامل أو مرضع فأرضعت ولداً رضعته ناشرة المحرمة لنشر الحرمة ، كما لو كانت فسي حبالته وان تزوجت بغيره مطلقاً، حبلت منه أملاً، بقي اللبن بحاله أم زاد بعد الانقطاع ، إلا أن تلد منه وترضع بلبنها المستمر الى الولادة ، فلا تنشر الحرمة في حق من خرجت من حبالته .

ويعتبر في النشر حياة المرضعة، فلوماتت 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 ﴿مأنبت اللحم وشد العظام﴾ وهو تقدير بالاثر المترتب عليه ، وظاهر

النص^(١) والتمتن اعتبار الامرين معاً كما عليه الاكثر. وقيل: بالاكْتفاء بأحدهما .
ولعله الاظهر ان لم يتلازما ، والافلا ثمرة للخلاف أصلاً .

والمرجع فيهما الى أهل الخبرة ، ولا ريب في اشتراط عدالة المخبر .
وفي اشتراط التعدد اشكال ، واعل الوجه الاشتراط ، والظاهر كونهما أصلاً
في ثبوت النشر وكون الامرين الايتين علامتين لهما .

﴿أورضاع يوم وإيلة﴾ بحيث يشرب كل ما أراد حتى يروي ويصدر مطالباً
على الاشهر الاقوى، أو بشرط عدم انضباط العدد . واطلاق النص^(٢) مع الاول،
وتظهر الثمرة في نقصان العدد في اليوم والليالي ، كما اذا رضع فيها سبعة أو
ثمانية، فلا ينشر على الثاني ونعم على الاول. ولا فرق بين اليوم الطويل وغيره.
وفي الاكْتفاء بالملفق منهما او ابتداء في أثناء أحدهما أم العدم اشكال، ولعل
الثاني أظهر . أو خمسة عشر رضعة متوالية كما يأتي .

﴿ولا حكم لمادون العشر﴾ رضعات اجماعاً في الرضعة الفاصرة ، وعلى
الاشهر الاقوى مطلقاً .

﴿وفي﴾ ثبوت النشر بـ ﴿العشر روايتان^(٣)، أشهرهما﴾ بين المتأخرين
وأظهرهما ﴿أنها لا تنشر﴾ ﴿و اورضع خمس عشر رضعة نشر المحرمة﴾ اجماعاً
كما حكاها جماعة .

﴿ويعتبر في الرضعات﴾ العديدة والزمانية ﴿قيود ثلاثة﴾:
﴿كمال الرضعة﴾ المفسر عند بعضهم بأن يرضع حتى يتضامع ويتماي
وينهي نفسه، واعتمد الباقيون على العرف، ولعاهما متقاربان. فلا عبرة بالناقصة،

(١) وسائل الشريعة ٢٨٩/١٤ ، ب ٣ .

(٢) وسائل الشريعة ٢٨٢/١٤ ، ب ٢ .

(٣) وسائل الشريعة ٢٨٣/١٤ .

واحدة كانت أم متعددة ، الامع 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 ﴾ فلا عبرة بالموجـور في حلقه على الأشهر الاظهر .

﴿ وأن لا يفصل بين الرضعات بوضاع غير المرضعة ﴾ ولا بالأكول ولا المشروب ، لكن في الزمانية خاصة دون العددية ، فيمنع فيها الفصل بوضاع غير المرضعة خاصة .

واطلاق النص^(١) يقتضي حصول الفصل بمسماه واو قل ، الا أن حملة على الفرد الاكمل يقتضي العدم .

ويشترط في التوالي اتحاد المرضعة ، فلوارتضع من امرأة خمساً كاملة مثلاً ثم ارتضع من الاخر كذلك ثم أكمل من الاولى أو منهما أو من ثالثة لم ينشرعندنا 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 ابتداء في أول الهلال ، وألا يحسب الثلاثة والعشرون هلاية 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 الشريعة ٢٩٣/١٤ ، ب ٦ .

وبستفاد من النص^(١) حصول التحريم بالرضاع في الحولين مطلقا ولو فطم 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 حويله الرضاع المعتبر واتفق تمامه أو بعضه بعد حولي ولد المرضعة نشر الحرمة ، ولو انعكس لم ينشر .

﴿الرابع﴾ : أن يكون اللبن ﴿الناشر﴾ لفحل واحد ﴿ولا اعتبار هذا الشرط وجهان﴾ :

أحدهما : وهو المناسب للمقام اعتباره اثبت أصل التحريم بين الرضيع والمرضعة وصاحب اللبن ، ولاخلاف فيه بيننا ، فلوارتضع من امرأة بهض 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 فيما لو استقل الولد بالهأ كولد أو اللبن الموجود في فيه ولو منها في المدة المتخللة بين الرضاعين ، بحيث لا يفصل بينهما برضاع أجنبية .

والثانية : وهو المقصود من العبارة والمتداول في كلام جماعة الذي صار محل النزاع والمشاجرة بين الخاصة والعامة اعتباره لحرمة أحد الرضيعين دلى الاخر بعد حصولها لكل منهما مع المرضعة وصاحب لبنه .

﴿فيحرم الصبيان﴾ أحدهما على الاخر كما يحرمان على المرضعة والفحل اذا كانا ﴿يرتضعان بلبن﴾ فحل ﴿واحد﴾ بلا كلام فيه مطلقا ﴿ولو اختلفت المرضعتان﴾ .

(١) وسائل الشريعة ٢٩٠/١٤ ، ب ٥ .

﴿ولا يحرم﴾ أحدهما على الآخر ﴿أورضع كل واحد﴾ منهما ﴿من لبن فحل﴾ غير فحل ﴿آخر وان اتحدت المرضعة، فيكفي في النشر الاخوة من جهة الابوة، ولا يكفي 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^(١) وشهادة التجربة، وفي جملة منها: ان اللبن يعدي والرضاع يؤثر في الطباع^(٢) .

﴿ولو اضطر الى الكافرة استرضع الذمية﴾ أو غيرها 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 مولاهم بعد الزنا أم لا بخلاف .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية^(٣)﴾ مروية بعدة طرق معتبرة، أن المملوكة إذا أحلها مولاهم من الزنا ﴿طاب لبنها﴾ وزال بذلك كراهة استرضاعها، وهي شاذة قد أعرض عنها الاصحاب كافة فيجب طرحها أو حملها على ما اذا كانت الامة تزوجت بدون اذن مولاهم، فان الاولى له اجازة عقدها ليطيب لبنها .

(١) وسائل الشيعة ١٥/١٨٧، ب ٧٨ وغيره .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/١٨٨، ح ٢٠ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥/١٨٥، ح ٥٠ .

(وهنا مسائل) ثلاث :

﴿الاولى : اذا اكملت الشرائط﴾ المعتبرة في تحريم الرضاع ﴿صارت المرضعة أمًا﴾ للرضيع ﴿وصاحب اللبن أبًا﴾ له، وآباءهما مطلقا أجداد وجدات ﴿وأختها﴾ وأخت الوالدات للفحل ﴿خالمة﴾ واخوتها واخوة الوالدات لها أخوالا ، واخوة صاحب اللبن وأخواته واخوة آباءه وآبائها وأخواتهم أعماماً وعماتاً ﴿وبنتها﴾ وابنها وابن الفحل وابنته ﴿أختاً﴾ وأختاً، فيحرم الرضيع وفروعه خاصة على الجميع مطلقا ولو انتسبوا الى المرضعة وبعلمها بالرضاع ، بشرط اتحاد فحلهم وفحلها، فالاعمام والعمات والاخوال والخالات مثلا الابوين 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 رضاعاً على المرتضع﴾ وفروعه ﴿و﴾ كذا ﴿أولاد المرضعة ولادة لارضاعاً﴾ على الاشهر الاقوى .

﴿الثانية : لا﴾ يجوز أن ﴿ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادة رضاعاً﴾ وأولاد المرضعة ولادة لارضاعاً على الاشهر الاحوط بل الاظهر ﴿لانهم﴾ صاروا ﴿في حكم ولده﴾ كما في الصحيح^(١) .

﴿وهل ينكح أولاده﴾ أي أولاد أب المرتضع ﴿الذين لم يرتضعوا﴾ من لبن الفحل ﴿في أولاد هذا الفحل؟﴾ مطلقا نسباً رضاعاً ، وفي أولاد المرضعة نسباً اذا لم يرتضعوا من لبنها أصلا ﴿قال﴾ الشيخ ﴿في﴾ النهاية^(٢) و

(١) وسائل الشيعه ٣٠٦/١٤ ، ب ١٦٠ .

(٢) النهاية ص ٤٦٢ .

﴿الخلاف^(١): لا﴾ بجوز ﴿والوجه﴾ الاظهر ﴿الجواز﴾ في هذه المسألة ومسألتين آخرين احدهما تزويج أب المرتضع بأم المرضعة نسباً ورضاعاً ، والثانية تزويج الفحل في أخوات المرتضع وفاقاً للاكثر . وقيل : بالتحريم فيها أجمع ، وهو في الجملة أحوط .

وأما ما عدا هذه المسائل الاربعة ، فلاخلاف يعتد به بين الاصحاب في ازوم الاقتصار فيها على أصالة الاباحة وعدم الحكم بالحرمة ، الا حيث يصدق بالرضاع العنوانات المذكورة في آية تحريم النسوة ، من نحو الامومة والبننية والاختية ، بناءً على أن الرضاع انما يحرم به ما يحرم 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 .

ف ﴿لو تزوج رضيفة فأرضعتها امرأته﴾ بلبنه ﴿حرمنا﴾ أي الرضيفة والمرضعة عليه مؤبداً مطلقاً ، وكذا لو أرضعتها بلبن غيره كانت في حباته ، كما اذا استدرابن الاولى الى أن تزوجت به ، أم لا ﴿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 بالرضيفة ، لكونها اما بنتاً كما في الاول ، أو بنت الزوجة المدخول بها كما في الثاني .

﴿والا﴾ يكن دخل بها ﴿حرمت المرضعة حسب﴾ فلاتحرم الرضيفة ،

لانها ربيته لم يدخل بأماها ، ولا الام أيضاً على القول الاخر من اعتبار الدخول بالبنت في حرمة الام ، ولكنه ضعيف .

وينسخ نكاح الجميع مطاقاها وفي صورتين السابقتين ، أما فيهما فواضح لحرمة كليهما جمعاً وانفراداً ، وأما هنا فلا متناع الجمع بينهما كالعقدين المتقاربن زماناً ، فيبطلان معاً لعدم امكان الترجيح من غير مرجح ، فيجدد نكاح الرضیعة لو أرادها .

﴿ولو كان له زوجتان﴾ كبرتان ﴿فأرضعتها﴾ أي الزوجة الصغيرة ﴿واحدة﴾ من الكبيرتين ﴿حرمتا مع الدخول﴾ أي الرضیعة 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 لا تحرم ، وفاقاً اجماعاً من أعيان القدماء .

﴿ولو تزوج رضيعتين فأرضعتها امرأته﴾ بلبنه ﴿حرم من كلهن﴾ مطلقاً اجتماعاً في الارتضاع^(١) أم تعاقباً ، دخل بالمرضعة أم لا ، وكذا لو أرضعتها 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 الوطء ، والنظر ، واللمس﴾ على وجه مخصوص .

(١) في «ن»: الرضعتان .

﴿أما الاول: فمن وطىء امرأة بالعقد﴾ مطلقاً ﴿أو الملك ، حرمت عليه أم الموطوءة وان علت﴾ من الطرفين ﴿وبناتها وان سفلن﴾ مطلقاً ﴿سواء كن قبل الوطىء أو﴾ وجدن ﴿بعده﴾ وكن في حجره وحضانتها أم لاجتماعاً .
 ﴿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 فسي اشترط الدخول للتحريم عيناً .

﴿و﴾ تحرم عليه ﴿بنتها﴾ أي بنت المعقود عليها من غير وطىء ﴿جماعاً﴾ بينهما ﴿لاعيناً﴾ اجماعاً ﴿فلو فارق الام حلت البنت﴾ .

﴿ولانحرم مملوكة الابن على الاب ب﴾ مجرد ﴿الملك ، وتحرم بالوطىء ، وكذلك مملوكة الاب﴾ لانحرم على الابن بالملك بل بالوطىء .

﴿ولايجوز لاحدهما أن يظأ مملوكة الاخر ما لم يكن عقد أو تحليل . نعم يجوز أن يقوم الاب مملوكة ابنه الصغير﴾ وابنته الصغيرة ﴿على نفسه﴾ بقيمة عادلة ﴿ثم يظأها﴾ واطلاق النص^(١) يقتضي عدم الفرق بين وجود مصاحبة أم لا كما ذهب اليه جماعة ، خلافاً لآخرين فاشترطوها ، والاول أقوى . نعم يشترط عدم السفسة اجماعاً . وفي تعدية الحكم الى الجد اشكال ، والاقوى نعم .

﴿ومن توابع هذا الفصل تحريم أخت الزوجة﴾ لاب أو لام أو لهما ﴿جماعاً لا عيناً﴾ ولا فرق بين الدائم والمنقطع وملك اليمين .

﴿وكذا﴾ تحرم جماعاً لا عيناً ﴿بنت أخت الزوجة وبنت أخيها﴾ وان نزلت ،

هذا مع عدم الاذن ، والا ﴿فان أذنت احدهما﴾ أي العمه والمخاله ﴿صح﴾ على الاصح الأشهر .

وفي اختصاص الحكم بالزوجية فلا يحرم الجمع بالوطيء بماك اليمين ، أو العموم له أيضاً وجهان ، والأشهر الاظهر الاول . وأولى منه بالجواز ادخال البنتين المملوكتين عليهما بالملك ، فلا يعتبر استيذانهما فيه . وأولى منه عدم اعتبار استيذانهما في صورة العكس .

﴿ولا كذا لو أدخلت العمه أو المخالاة على بنت الاخ أو الأخت﴾ فيحل الجمع بينهما هنا مطلقا وان كرهت البنتان على الأشهر . ولا فرق في الجواز بين علم الداخلة بكون المدخول عليها بنت أخ أو أخت أم لا وفاقاً للاكثر .

﴿ولو كان عنده العمه أو المخالاة فيادر بالعقد على بنت الاخ أو الأخت﴾ بدون اذنها ﴿كان العقد باطلا﴾ اذا لم تأذنا اجماعاً ، وكذا لو أذنتا عند المصنف وغيره .

﴿وقيل : تتخير العمه أو المخالاة 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 العمه والمخالاة وتزاول 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 لا تحرم﴾ خلافاً للاكثر فنعم ، وهو الاظهر .

﴿أما الزنا فلا تحرم الزانية﴾ على الزاني بها وغيره بعد التوبة اجماعاً ، وكذا قبلها وان كره على الأشهر 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 نفاً .
 ﴿وهل تنشر﴾ الزنا ﴿حرمة المصاهرة؟﴾ فتحرم الزني بها على أب الزاني
 وأولاده وأمهها وبنتها عيناً وأختها جمعاً ﴿قيل: نعم ان كان﴾ الزنا ﴿سابقاً﴾ على
 العقد ﴿ولانتشر اذا كان لاحقاً﴾ له، والقائل جماعة من القدماء وأكثر المتأخرين
 ﴿والوجه أنه لا ينشر﴾ مطلقاً حتى اذا كان سابقاً، وفاقاً لجماعة من أعيان القدماء
 ولكن الاول أجو ط ومراعاته أولى .

﴿و﴾ على المختار يستثنى منه ما ﴿اوزنا بالعمة أو الخالة﴾ له، فانه لو فعل
 ذلك ﴿جرمت عليه بناتهما﴾ بلاخلاف يعتد به .
 ﴿وأما اللمس والنظر﴾ بشهوة ﴿بمالا يجوز غير المالك﴾ لمسه والنظر اليه
 فقد اختلف الاصحاب فيه ﴿فمنهم من ينشر به الحرمة على أب اللاس والنظر﴾
 وولده ﴿وهم الاكثرون﴾ .
 ﴿ومنهم من خص التحريم بمنظورة الاب﴾ دون الابن ، وهو المفيد
 وغيره .

﴿والوجه﴾ عند المصنف وغيره ﴿الكراهة في ذلك كله﴾ وأظهر هذه
 الافوال هو الاول مع أنه أجو ط .
 ﴿ولا يتعدى التحريم الى أم الملموسة والمنظورة ولا بنتيهما﴾ على الاشهر
 الافوي ، ولا فرق بين المملوكة وأم الزوجة .

(ويلحق بهذا الفصل مسائل :)

﴿الاولى : لوملك أختين فوطيء واحدة﴾ منهما ﴿جرمت﴾ عليه ووطيء
 ﴿الاخري﴾ الى أن يخرج الاولى عن ملكه ببيع أو هبة أو نحوه ما من نواقل الملك

فاذا خرجت حلت اجماعاً .

وهل يكفي مطلق العقد الناقل أم يشترط ازومه فلا يكفي البيع بخياره ولا الهبة التي يجوز الرجوع فيها ؟ وجهان ، أحوطهما : الثاني .

وفي الاكتفاء بفعل ما يقتضي تحريمها عليه كالتزويج والرهن والكتابة وجهان أجددهما : العدم مع أنه أحوط . ولا فرق في تحريم الثانية بين وطىء الاولى قبلاً 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 احدهما عن ملكه حلت له الاخرى ، سواء أخرجها للعود اليها أم لا . وان لم يخرج احدهما حرمت عليه الثانية دون الاولى ، عملاً في ذلك كله بالاصول .

﴿و﴾ لكن ﴿اضطربت الرواية^(١)﴾ 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 للعود﴾ الى الاولى .

﴿وفي﴾ رواية ﴿أخرى﴾ صحيحة أنه ﴿ان كان جاهلاً لم تحرم﴾ الاولى ﴿وان كان عالماً حرمتا عليه﴾ معاً ، ونحوها رواية أخرى موثقة .

ووجه الاضطراب فيها أن ظاهر الاخبار الاولى تحريم الاولى خاصة الى موت الثانية أو اخراجها عن الملك للعود الى الاولى ، فان حملت على صورة وقوع

(١) وسائل الشيعة ٣٧١/١٤ ، ب ٢٩ .

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 الاولى تحريم الاولى خاصة ومنهما تحريمهما معاً .

ويمكن الجمع بحمل الاواة على الصورة الثانية، ويدفع المنافاة بأن حكمه عليه السلام بحرمة الاولى لا يقتضي حل الثانية ، والمسألة مشكلة ، لكن تحريم الاولى مع العلم بحرمة الثانية الى خروجها عن الملك لابنية العود الى الاولى ليس محل ريب، وانما هو في حل الاولى في صورة الجهل بحرمة الثانية وتحريم الثانية في صورة العلم مع بقاءهما على الملكية، ولا يبعد المصير اليه وفقاً لجماعة . ومحصله: انه متى وطىء الثانية عالماً بالحرمة حرمتا معاً الى موت الاخيرة أو خروجها عن الملك لا للعود الى الاولى ، فان اتفق اخراجها لذلك حلت له الاولى، وان أخرجها للرجوع اليها فالتحريم باق . وان وطىء الثانية جاهلاً بالتحريم لم يحرم عليه الاولى وبقيت الثانية في ملكه أم لا .

﴿الثانية: يكره أن يعتمد الحر على الامة﴾ دواماً أو متعة مطلقاً على الأشهر الاقوى ، وفي الغنية^(١) الاجماع .

﴿وقيل : يحرم ، الا أن يعدم الطول﴾ وهو القدرة على المهر ، كما يفيد المرسل^(٢) وزيد على النفقة ولو بالقوة ، لظاهر اطلاق الطول ﴿ويخشى العنت﴾ وهو مشقة الترك ، وفسر بالزنا وخوف الوقوع فيه ، والقائل جماعة من القدماء ولا ريب أنه أحوط وأدلى .

﴿الثالثة : لا يجوز للعبد أن يتزوج﴾ دائماً ﴿أكثر من حرتين أو حرة وأميتين

(١) الغنية ص ٥٤٨ .

(٢) وسائل الشيعة ٣٩١/١٤ ، ح ٥٥٠ .

أو أربع اماء * باجماعتنا 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 الاداة .

كل اذا تزوج الامة على الحرة * ولو * انعكس الفرض ف * 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 وأمه * 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 ، بسبب الاحاق بالفضولي لعله أظهر ، وان كان العقد عليها ثانياً ان رضيت الحرة أحوط .

(١) وسائل الشيعة ١٤ / ٥٢٠ ، ب ٢٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤ / ٣٩٤ ، ح ٣ .

(٣) السرائر ص ٢٩٢ .

(٤) الخلاف ٢ / ٣٨٣ .

﴿الخامسة: لايجل العقد على ذات البعل﴾ ضرورة ﴿و﴾ لكن ﴿لايحرم به﴾ مؤبداً مع الجهالة وعدم الدخول اجماعاً، وأما مع العلم أو الدخول فالأكثر على أنها لايحرم كالسابق ، وفيه اشكال . والاحوط بل الاظهر التحريم ، وأمامعهما معاً فهوزنا ، واليه أشار بقوله :

﴿واو زنا بها حرمت﴾ مؤبداً ﴿وكذا﴾ لو زنا بها ﴿في﴾ العدة ﴿الرجعية﴾ بلاخلاف يعرف كماصرح به جمع ، وبالاجماع صرح آخرون ، وبه نص الرضوي^(١) وغيره ، فلاوجه للتردد فيه وان اتفق لبعض المتأخرين تبعاً للمصنف في الشرائع^(٢).

ولايلحق به الزنا بذات العدة البائنة ، وعدة الوفاة ، ولابذات البعل الموطوءة بالشبهة ، ولا الموطوءة بالملك ، للاصل في غير موضع الوفاق، مع فقد الصارف فيهن . وقيل: باللاحاق في ذات العدد المزبورة . ولايخلو عن قوة .

﴿السادسة: من تزوج امرأة﴾ دائماً أو منقطعاً ﴿في عدتها﴾ بائنة كانت أو رجعية ، أو عدة وفاة أو شبهة فيما قطع به الاصحاب حال كونه ﴿جاملاً﴾ بالعدة أو التحريم أو بهما معاً ﴿فالعقد فاسد﴾ بالضرورة .

﴿ولو دخل﴾ بها قبلاً أو دبراً في العدة أو خارجها على الاقوى ﴿حرمت﴾ عليه ﴿مؤبداً﴾ اجماعاً فيهما ﴿ولحق به الولد﴾ مع الامكان، بأن يأتي به لاقل الحمل فما زاد الى أقصاه من حين الوطىء ﴿ولها المهر بوطىء الشبهة﴾ الموجب له ، وهل المراد به المسمى ام المثل؟ قولان ، أقر بهما الثاني .

﴿و﴾ يجب عليها أن ﴿تم العدة للاول وتستأنف﴾ عدة ﴿أخرى للثاني﴾ على الاشهر .

(١) المستدرک الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٨ .

(٢) شرائع الاسلام ٢ / ٢٩٢ .

﴿وقيل: تجزىء عدة واحدة﴾ عنهما، والقائل الاسكافي للمعتبرة^(١)، وفيها الصحيح وغيره، ولا يخالو عن قرة لولا الشهرة .

﴿ولو كان﴾ في تزويجها ﴿عالمأ﴾ بالامرين معاً ﴿حرمت﴾ عليه مؤبداً ﴿بـ﴾ مجرد ﴿العقد﴾ ولو خلا عن الدخول اجماعاً ، ولا يباحق به الوالد ، وليس لها مهر مع علمها مطلقاً او دخل بها ، والا فلها 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 أو الدخول مع الجهل، والحرمة هنا لا يخالو عن قوة مع أنها أحوط .

﴿ولو تزوج﴾ حال كونه ﴿محرمأ﴾ بفرض أو نفل ، بحج أو عدة ، بعد افساده أو قبله ﴿عالمأ﴾ بالحرمة ﴿حرمت﴾ عليه المعقود عليها أبدأً مطابقاً وان لم يدخل ﴿بها اجماعاً﴾ .

﴿ولو كان جاهلاً﴾ بها ﴿فسد﴾ العقد اجماعاً ﴿واسم تحرم﴾ عليه مطابقاً ﴿ولو دخل﴾ بها على الأشهر الاقوى .

ثم المعتبر في العقد المحرم صحته لولا الاحرام ، فلا عبرة بالفساد .
 ولو انعكس فرض المسألة فتزوج المحل المحرمة ، فالاصل الاباحة كما عليه الاكثر . وقيل: بالحرمة . وهو أحوط . ولا تحرم الزوجة بوطئها في الاحرام مطابقاً اجماعاً .

﴿السابعة : من لاط بغلام﴾ أو رجل ﴿فأوقبه﴾ ولو بادخال بعض الحشفة ﴿حرمت عليه أم الغلام﴾ والرجل وان علت ﴿وبنته﴾ وان سفلت من ذكر أو

(١) وسائل الشيعة ١٤ / ٣٤١ ، ج ٢ ، و ٣٤٧ ح ١١٢ .

أنثى من النسب اتفاقاً ومن الرضاع على الأقوى ﴿وأخته﴾ دون بناتها اتفاقاً .
ومورد النص^(١) الرجل والموطوءة الحني ، فلا يحق بهما الواطيء الصغير
والالموطوءة الميت، نعم الاحوط ذلك .

وهل تحرم الذكورات بذلك مطلقاً أم بشرط سبق الوطيء على العقد عليهن
والا لم تحرمن ؟ وجهان بل قولان ، أحوطهما : الاول ان لم يكن أظهر .
وعلى عدم التحريم قيل : الظاهر عدم الفرق بين مفارقة من سبق عقدها بعقد
الفاعل وعدره ، فيجوز له نكاحها بعده مع احتمال عدمه انتهى . والاحتمال لعله أقوى
مع أنه أحوط وأولى . ولا يحرم على المفعول بسببه شيء عندنا .
﴿السبب الرابع﴾ من أسباب التحريم ﴿استيفاء العدد﴾ عدد الزوجات
وعدد الطلاق .

أما الاول : فـ ﴿إذا استكمل الحر أربعاً﴾ من النسوة ﴿بالنبطة﴾ أي
الدوام ﴿حرم عليه ما زاد﴾ عليهن ، هذا في الحرائر .
﴿وما غيرهن فـ﴾ يحرم عليه ﴿أن يتزوج﴾ من الاماء ما زاد على أمتين
مطلقاً كانت معهما حرائر أم لا باجماعنا .
﴿وإذا استكمل العبد حرتين أو أربعاً من الاماء﴾ خاصة أوحرة وأمتين ﴿حرم
عليه ما زاد﴾ على ذلك من الاماء والحرائر باجماعنا أيضاً .

قيل : والمعتق بعضه كالحر في حق الاماء فلا يتجاوز اثنتين ، وكالعبد في حق
الحرائر فلا يتجاوز 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﴾ ولو ألقاً حتى في العقد ، على

الاشهر الاقوى .

﴿وإذا طلق واحدة من الاربع حرم عليه ما زاد غبطة﴾ ودواماً ﴿حتى يخرج﴾ المطلقه ﴿من العدة﴾ الرجعية بلاخلاف ﴿أو تكون المطلقة بائنة﴾ فيتزوج وان لم تنقض عدتها ان كانت ذات عدة ، كالمختلعة مثلاً على الاشهر ، خلافاً للمفيد فأطلق المنع عن التزويج في العدة، ولم يفصل بين الرجعية والبائنة، كما هو ظاهر أخبار^(١) المسأنة، وهو أحوط بل لا يخلو عن قوة، لولا الشهرة العظيمة على التفصيل كما عرفت، ولعله لذا أفتى بالكره 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 طلقها بائنة كانت ذات عدة أم لا اجماعاً ، والاشهر الاظهر الحاق عدة المتعة بالعدة البائنة، خلافاً للمقنع^(٢) فألحقها بالرجعية، وهو أحوط في الجملة .

﴿ولو تزوجها﴾ أي الاختين ﴿في عقد﴾ واحد أو متعده مع التقارن ﴿بطل﴾ من أصله ﴿وقيل : يتخير﴾ احدهما ويخلى سبيل الاخرى ، والقائل جماعة من القدماء ﴿والرواية﴾ به ﴿مقموعة﴾ أي رسالة ، وفيه نظر لانها في التهذيب^(٣) والكافي^(٤) كذلك، والافقي الفقيه^(٥) مستندة صحيحة، الا أنها غير واضحة الدلالة فلا يخصص بها الاصول المعتضدة بالشهرة .

(١) وسائل الشيعة ١٤/٤٠٠ ، ج ٣ .

(٢) المقنع ص ١١٥ .

(٣) تهذيب الاحكام ٧/٢٨٥ ، ج ٣٩٠ .

(٤) فروع الكافي ٥/٤٣١ ، ج ٣ .

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣/٢٦٥ ، ج ٤٥٠ .

﴿ولو كان معه ثلاث﴾ نسوة دائمات ﴿فتزوج اثنتين في عقد، فإن سبق باحداهما صح﴾ عقدها ﴿دون اللاحقة﴾ اتفاقاً ﴿وان قرن بينهما بطلا معاً﴾ على الاشهر الاقوى .

﴿وقيل: يتخير أيتهما شاء﴾ والقائل جماعة من القدماء ﴿و﴾ لاشاهد لهم سوى اقياس بما ﴿في رواية^(١) جميل﴾ الحسنة المتضمنة لانه ﴿لوتزوج خمساً في عقد واحد يتخير أربعا ويخلى باقيهن﴾ لكن الظاهر عدم قائل بالفرق بين المسألين كما صرح به بعض ، لكن يرد بضعف الدلالة باحتمال عدم وقوع التزويج حال الاسلام، والتخيير هنا ليس محل كلام، ولا يترك الاحتياط هنا وسابقاً بالعقد على المختارة مجدداً أو الاختيار، ثم الطلاق واعطاء مهر المختار ان بداله في نكاحها. ثم المتبادر من اطلاق النصوص^(٢) والفتاوى في المقامين اختصاص الحكم نقياً واثباتاً بالجاهل بحرمة الجمع دون العالم بها .

﴿واذا استكملت الحرة طلاقات ثلاثاً﴾ يتخللها رجعتان بأي أنواع الطلاق كان ﴿حرمت﴾ على زوجها ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ نكاحاً محللاً مطلقاً ﴿ولو كانت تحت عبد﴾ .

﴿واذا استكملت الامة طلقتين حرمت﴾ عليه ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ كذلك ﴿ولو كانت تحت حر﴾ لان الاعتبار في عدد الطلاقات بالزوجة باجماعنا . ﴿والمطلقة تسعاً للعدة﴾ ينكحها بينهار جلان، 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 الشيعه ٤٠٣/١٤ ، ب٤ .

(٢) وسائل الشيعه ٤٠٣/١٤ ، ب٥ .

ثم ان اطلاق العدة على التسع المترتبة مجاز، لان الثالثة من كل ثلاث ليست للعدة ، فاطلاقه عليها اما اطلاق لاسم الاكثر على الاقل أو باعتبار المجاورة .
 وحيث أن ظاهر النصوص^(١) 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 احكامها هنا حيث احتمواو 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^(٢) 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، فلاحرمة 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 ٤٠٨/١٤ ، ب ١١ .

(٢) وسائل الشيعة ٥٨٦/١٥ ، ب ١ .

﴿السبب السادس : الكفر، ولا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتابية﴾ ابتداءً واستدامة .

﴿وفي﴾ جواز نسكاح ﴿الكتابية قولان﴾ بل أقوال منتشرة ، الا أن ﴿أظهرهما﴾ وأشهرهما ﴿أنه لا يجوز 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^(١) ﴿الجواز﴾ على كراهية شديدة ، ولكن الأقوى المنع عن العقد مطلقاً .

﴿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 فأشبهه الطلاق . ثم ان كانت التسمية صحيحة فنصف المسمى والافنصف المثل ، ومع عدم التسمية فالتمتع . 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 أو من الزوج من غير فطرة ، فان رجع المرتد قبل انقضائها والا انفسخ ﴿الأأن يكون﴾ المرتد هو ﴿الزوج﴾ وكان ﴿مولوداً على الفطرة، فانه لا يقبل عوده﴾ ولوفي العدة ﴿وتعتد زوجته عدة الرفاة﴾ اجماعاً ، ولا يسقط من المهر هنا وفيما سبق شيء .

﴿واذا أسلم زوج الكتابية﴾ دونها ﴿فهو على نكاحه﴾ سواء كان قبل الدخول أو بعده ﴿دائماً كان النكاح أو منقطعاً، كتابياً كان الزوج أو وثنياً، جوزنا

نكاحها للمسلم أم لا .

﴿ولو أسلمت زوجته﴾ أي الكافر ﴿دونته انفسخ﴾ النكاح ﴿في الحال ، ان كان﴾ الاسلام ﴿قبل الدخول﴾ ولا مهر لها لمجيء الفرقة من قبلها ﴿ووقف﴾ الفسخ ﴿على انقضاء العدة﴾ عدة الطلاق ، كما ذكروه من حين الاسلام ﴿ان كان بعده﴾ فاذا انقضت ولم يسلم تبين بينها منه حين الاسلام كما ذكروه ، وان أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح ، وجميع ذلك موضع وفاق في الوثني ومشهور في الكتابي .

﴿وقيل:﴾ لا يفسخ النكاح بانقضاء العدة مطلقا ، بل ﴿ان كان﴾ الزوج ذمياً قائماً ﴿بشرايط الذمة كان نكاحه باقياً﴾ بحاله ﴿و﴾ لكن ﴿لا يمكن الدخول عليها ليلا ولا من الخلوة بها نهاراً﴾ ولا من اخراجها الى دار الحرب ، والقائل الشيخ في النهاية ^(١) ، وقد رجع عنه في الخلاف ^(٢) مدعياً على خلافه الوفاق ، فاذا المذهب هو الاول .

ولو أسلمت معاً ثبت النكاح ﴿و﴾ او أسلم أحد الزوجين الوثنيين معاً أو من بحكمهما من الكفار ﴿غير الكتابيين﴾ وكان الاسلام قبل الدخول بطل النكاح مطلقا ، ويجب نصف المهر أو الجميع باسلام الزوج دون اسلامها فيسقط لمامر وبعد الدخول ﴿يقف﴾ الفسخ ﴿على انقضاء العدة باسلام أيهما انفق﴾ 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 فدادون﴾ كتابيات مطلقا أو وثنيات أسلمن معه ﴿لم يتمخبر﴾ .

(١) النهاية ص ٤٥٧ .

(٢) الخلاف ٢ / ٣٨٧ .

﴿ولو كان عنده أكثر من أربع﴾ منهن ﴿تخير أربعا﴾ 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 جامعته حرة، الا أن 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، ولا فرق 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﴾: أن اباق العبد بمنزلة الارتداد، فان رجع والزوجة في العدة فهو أحق بها، فان خرجت من العدة فلا سبيل له عليها^(١). و﴿ليس﴾ في هذه الرواية ضعف بالمعنى المصطلح لوثاقة عمار وان كان فطاحياً، وعدل بها جماعة، خلافاً للاكثر بل كاد أن يكون الان اجماعاً ولعله الاظهر . فتبقى الزوجية الى وقوع البينونة بطلاق ونحوه .

وهنا (مسائل سبع :

﴿الاولى: التساوي﴾ بين الزوجين المعبر عنه بالكفاءة ﴿في الاسلام﴾ بالمعنى العام ، وهو الاقرار بالشهادتين مع عدم انكار ما يحق منكره بالكفار ﴿شرط في صحة العتد﴾ فلا يجوز للمسامة التزويج بالكافر مطلقاً، ولا للمسلم بالوثنية كذلك، وبالكتابية دائماً ابتداءً على الاصح كما مر. ويجوز له تزويجها متعة وبملك اليمين واستدامة اجمالاً في الاخير وعلى الاقرب في الاولين .

﴿وهل يشترط التساوي في الايمان؟﴾ بالمعنى الخاص ، والمراد منه الاقرار بالائمة الاثنا عشر بالشرط المتقدم^(١)، فيه أقوال ثلثها: اختصاصه بالزوج دون الزوجة، وهو الاظهر الاشهر، وعليه الاجماع في كلام جمع .

و ﴿الاظهر﴾ عند المصنف تبعاً للمفيد وغيره أنه ﴿لا﴾ يشترط مطلقاً ﴿لكنه يستحب﴾ مطلقاً ﴿ويتأكد﴾ الاستحباب ﴿في المؤمنة﴾ يعني يستحب لها مؤكداً أن لاتتزوج من المخالف ، والاقوى ما قدمناه من المنع الانتقية فيجوز قولاً 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 لا يصح نكاح الناصب ولا الناصبة لعداوة أهل البيت ﷺ﴾ اجمالاً .

﴿ولا يشترط﴾ في صحة النكاح ﴿تمكن الزوج﴾ من المهر بالفعل عندنا ولا ﴿من النفقة﴾ فعلاً أو قوة على الاشهر الاقربى، خصوصاً مع علم المرأة بالحال ورضاها ، ففي كلام جماعة الاجماع على الصحة هنا ، خلافاً للشيخين وغيرهما

(١) وهو أن لا ينكر شيئاً من ضروريات الدين « منه » .

فاشترطوه ، وهو ضعيف .

وعلى المختار فهل للمجاهلة بالفقر المدعود عليها الخيار بعد العلم؟ وجهان
الاجود لا .

﴿ولا تنخير الزوجة لتجدد العجز﴾ للزوج ﴿عن الانفاق﴾ عليها في فسخ
العقد، على الأشهر الأقوى .

﴿ويجوز نكاح الحرة بالعبد والهاشمية بغير الهاشمية والعريضة بالمعجمي
وبالعكس﴾ اتفاقاً، الا من الاسكافي فاعتبر فيمن يحرم عليهم الصدقة أن لا يتزوج
فيهم الا منهم، وهو نادر .

﴿وإذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب﴾ على من بيده عقدة النكاح
﴿اجابته وان كان أخفض نسباً، وان منعه الولي كان عاصياً﴾ في ظاهراً الاصحاب
عملاً بظاهر الامر وصريح الخبر^(١) .

وانما يكون عاصياً بالامتناع اذا لم يكن هناك طالب آخر مكائناً له وان كان
أدون منه ، والا جاز العدول اليه وكان وجوب الاجابة حينئذ تخييرياً .
ويدخل فيمن بيده عقدة النكاح - كما قدمنا - المخطوبة الشبية ، أو البكر
البالغة الرشيدة ، فتجب عليها الاجابة على الاصح .

وهل يعتبر في وجوب الاجابة بلوغ المرأة أم تجب الاجابة على الوالي وان
كانت صغيرة؟ وجهان، أجودهما : الاول وان كان الثاني أحوط .

﴿ويكره أن يتزوج﴾ المؤمنة ﴿الفاسق﴾ مطلقاً ، بسل ربما قيل بالمنع
﴿وتتأكد﴾ الكراهة ﴿في شارب الخمر﴾ .

﴿وأن تتزوج المؤمنة بالمخالف﴾ عند المصنف ، والظاهر التحريم
كما مر .

﴿ولا بأس بالمستضعف والمستضعفة ومن لا يعرف بعناد﴾ على كراهية غير
مؤكدة ، ولا بالغة حد تلك الكراهية .

﴿الثانية : اذا انتسب الى قبيلة فبان من غيرها ، ففي رواية^(١) الحلبي ﴾ الصحيحة أنه ﴿ينفسخ النكاح﴾ كما في نسخة ، وفي أخرى أنها تتخير . وفيها زيادة على اختلاف النسخ وجوه من الضعف ، واذا اختار الاكثر عدم الانفساخ ولزومه على الاطلاق ، ولعله أظهر .

﴿الثالثة : اذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت زنت ﴾ قبل العتد ﴿فليس له الفسخ ولا الرجوع على الوالي 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 الوالي ، وان شاء تركها﴾^(٣) وباطلاقها في الرجوع بالمهر على الوالي أفتى الشيخ ، وقيده الحاي بصورة تدليس الوالي ، أي علمه بالزنا وستره عن الزوج ، وهو قوي .

﴿الرابعة : لا يجوز التعريض بالمخطبة ﴾ بالكسر ، وهو الاثيان 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 ﴾ الامن 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 الشريعة ١٤/٦١٤ ، ج ١٠ .

(٢) الاستبصار ٣/٢٤٥ ، ج ٢ .

(٣) وسائل الشريعة ١٤/٦٠١ ، ج ١٠ .

﴿ويحرم التصريح﴾ بها أي بالخطبة ، وهو الاثبات بلفظ لا يحتمل الا النكاح ، كأريد أن أزوجك بعد عدتك ﴿ في الحالين ﴾ أي في كل من العدة الرجعية والباثنة بأنواعه مطلقا في غير الزوج ، ومقيداً فيه بصورة تحريمها عليه مؤبداً .
وبجوز له فيما عداها كالرجعية والباثنة التي هي عنده على تطليقتين أو تطليقة ، والاجابة تابعة للخطبة حلا وحرمة كما قالوه .

ولو عرض أو صرح بهافي محل المنع لم يحرم نكاحها قطعاً .

﴿الخامسة : اذا خطب فساأجابته﴾ هي أو وكيلها أو وليها ﴿ كرهه غيره ﴾ خطبتها ولا تحرم ﴿ على أصح القولين ، الا اذا استلزم اثاره الشحناء وأذية المؤمن فتحرم ، وقيل : بالتحريم مطلقا . وهو أحوط وأولى . ولوردت لم تحرم اجداً .
ولو انتفى الامران فالكرهه 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 تزوج 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 تزوج 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 وبناتها﴾ للنهي المحمول عليها جمعاً ، على الأشهر الاقوى ، وقيل : بالتحريم . وهو أحوط . وفي ظاهر النص ^(١)

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 مفارقتها لها﴾ ومقتضى النص^(٢) تعدية الحكم الى ابنة مطلق المنكوحه ، وعكس فرض العبارة من تزويج ابنته من ابن المنكوحه ، أما لو ولدتها قبل تزويجه فلا كراهة واليه أشار بقوله : ﴿ولا بأس بمن ولدتها قبل ذلك﴾ .

﴿وأن يتزوج بمن كانت ضرة لأمه 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 بلاخلاف ، وينبغي الاقتصار عليها ﴿خاصة﴾ في المشهور ، فلا ينعقد بالتملك والهبة والبيع والاجارة والاباحة .

﴿وقال علم الهدى :﴾ انه ﴿ينعقد في﴾ التمتع بـ ﴿الاماء بانظ الاباحة

والتحليل﴾ وهو ضعيف .

(١) وسائل الشيعه ٣٨٦/١٤ ، ج ٢ ح .

(٢) وسائل الشيعه ٣٦٣/١٤ ، ج ٢ ح .

(٣) وسائل الشيعه ٣٨٩/١٤ ، ج ٢ ح .

ويعتبر فيها جميع ما اعتبر في صيغة الدوام عدا كون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي ، فيجوز الاستقبال مع قصد الانشاء هنا ، وفقاً لجماعة ، وإن كان الاحوط اعتبار الماضية في كل من طرفي الصيغة .

﴿ الثاني : ﴾ في ﴿ الزوجة ﴾ المتمتع بها ﴿ ويشترط كونها مسلمة أو كناية ﴾ فلا يجوز بالوثنية والمجوسية ، ويجوز بالكتابية على أصح الأقوال المتقدمة .

﴿ ولا يصح ﴾ التمتع ﴿ بالمشاركة والناصبية ﴾ والخارجية لكفرهن ، أما المخالفة غير الناصبة فيجوز كما في الدوام .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ يستحب اختيار المؤمنة ﴾ العارفة ﴿ المفيدة ، وأن يسألها ﴾ بل غيرها ﴿ عن حالها ﴾ أمي ذات بعل أو في عدة أم لا ؟ ﴿ مع التهمة ﴾ بالبل والعدة لا مطلقاً ﴿ وليس ﴾ السؤال ﴿ شرطاً ﴾ في الجواز اجماعاً ، بل ولا واجباً ، بل ربما يستفاد من بعض النصوص ^(١) كراهيته ، ولكن مورده السؤال بعد التزويج .

﴿ ويكره ﴾ التمتع ﴿ بالزانية ﴾ كما سبق ﴿ وليس شرطاً ﴾ .
﴿ وأن يستمتع بغيره ﴾ ليس لها أب ﴿ بل مطلقاً ، فإنها عار على أهلها ﴾ فإن فعل فلا يقتضها ، وليس ﴿ ذلك ﴾ محرماً ﴿ على الأشهر الأقوى ، وقيل : يحرم إذا كان بغير إذن أبيها ، وهو جيد لو استلزم الفساد ، والا فهو أحوط .

﴿ ولا حصر في عددن ﴾ فله التمتع بما شاء منهن .
﴿ ويحرم أن يتمتع أمة على حرة ﴾ مطلقاً ولو كانت متمتعاً بها ﴿ إلا باذنها ﴾ فيصح على الأقوى .

﴿ وأن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت أختها مالم تأذن ﴾ المرأة .
﴿ الثالث : المهر ، وذكره ﴾ في ضمن العقد ﴿ شرط ﴾ هنا في الصحة اجماعاً ،

فيبطل بالاخلال به عمداً أو سهواً ، بخلاف الدائم فليس فيه ركناً اجماعاً ، ويشترط فيه الملكية والعلم فيه بالمقدار والكمية .

﴿ويكفي فيه المشاهدة﴾ صحة فيما لا يكتفى فيه بها من المعاوضات الصرفية بشرط الحضور ، ومع الغيبة فلا بد من الوصف بما يرفع الجهالة .
﴿ويتقدر بالتراضي﴾ بكل ما يقع عليه مما يتمول ﴿ولو بكف من بر﴾ على الأشهر الاظهر .

﴿ولولم يدخل﴾ بها ﴿ووهبها﴾ ما بقي من ﴿المدة﴾ المضروبة كملاً ﴿فلها النصف﴾ من المسمى ، فتأخذه منه مع عدم الاداء ﴿ويرجع﴾ الزوج بالنصف عليها لو كان دفع المهر إليها ، ولارجوع في هبة البعض وايفاء الباقي مطلقاً ولو قسماً . والمراد بهبة المرأة ابراء الذمة عنها .

ثم كل ذا اذا لم يدخل بها ووهبها ﴿واذا دخل﴾ بها ﴿استقر المهر﴾ فسي ذمته ﴿كملاً﴾ 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 بها قبل 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 ، ولاتنجب المبادرة الى دفعه اليها بعد العقد على الاقوى ، خلافاً لجماعة فأوجبوها ، وهو أحوط وأولى .

﴿ولو بان 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 مطلقاً
اجماعاً .

﴿واودخل﴾ بها ﴿فأها ماأخذت﴾ منه ﴿وتمنع ما بقي﴾ مطلقاً فيهما ،
قليلاً كان أو كثيراً ، كانا بقدر ما مضى من المدة وما بقي منها أملاً ، اكن بشرط جهاتها
بالفساد لا مطلقاً على الاقوى .

﴿وهنا أقوال أخر ، منها : ان﴾ الوجه أنها تستوفى ﴿أي المسمى جميعاً﴾
﴿مع جهاتها﴾ مطلقاً ، انقضت المدة بكمالها أملاً ، أخذت منه شيئاً أملاً . وهو
ضعيف جداً ﴿و﴾ على القوانين بل الاقوال ﴿يستعاد منها﴾ مع الاخذ ، أولاً
تعطي شيئاً مع العدم ﴿مع علمها﴾ .

ومنها : ما اختاره المصنف بقوله : ﴿واوقبل : بمهر المثل مع الدخول﴾
وجهلها ﴿وعدم المهر مع عدم الدخول أو علمها مطلقاً﴾ كان حسناً ﴿أما الثاني﴾
فلاجماع ، وأما الاول فلانه الاصل في كل عقد فاسد ووطيء شبهة قطعاً ، وهو
جيد لولا النص^(١) المعتبر على القول الاول .

ثم ان قلنا بالمثل ، فهل المراد به مهر المثل لتلك المدة أو مهر المثل المباح
الدائم ؟ قولان ، أجودهما : الثاني ، فلو قبل بأقل الامرين لم يكن بعيداً .

﴿الرابع : الاجل ، وهو﴾ أي ذكره ﴿شرط في﴾ صحة العقد اجماعاً .
﴿ولا تقدير له شرعاً بل﴾ يتقدر بتراضيهما ﴿عليه كائناً ما كان﴾ كالوم
والسنة والشهر ﴿والشهريين ، ولا فرق في الزمان الطويل بين صورتي العلم﴾
بامكان البقاء الى الغايصة وعدمه ، وفي الزمان القصير بين امكان الجماع فيه
وعدمه .

﴿ولا بد من تعيينه﴾ بأن يكون محروساً من الزيادة والنقصان ، وفي اعتبار

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
الاطهر .

﴿ولا يصح ذكر المرة والمرات مجردة عن زمان مقدر﴾ لهما على الاشهر
الاقوى .

﴿وفيه رواية﴾ بل روايات^(١) ﴿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 لا يجوز له الزيادة على العدد الشروط
بغير اذنها ، ولا يتعين 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 فهائل :)

﴿الاولى : الاخلال بذكر المهر مع ذكر الاجل يبطل العقد﴾ ولا ينقلب
دائماً هنا اجماعاً .

﴿و﴾ لو عكس فـ ﴿ذكر المهر من دون الاجل﴾ ففيه أقوال ، أشهرها
أنه ﴿ينقلب دائماً﴾ وقيل : يبطل كالسابق وهو الاقوى وفقاً لجماعة .

(١) وسائل الشيعة ١٤/٤٧٨، ب ٢٥٠ .

هذا مع توافقهما على قصدهما التمتع أو كان من المخارج معلوماً، وإلا فما عليه الأكثر متعين في ظاهر الشرع دون نفس الامر .

﴿الثانية: لاحكم للشروط﴾ إذا كانت ﴿قبل العقد﴾ مطلقاً سائغة كانت أم لا إجماعاً، وكذا إذا كانت بعده .

﴿وتأزم أو ذكرت فيه﴾ إذا كانت سائغة ولم يجب ذكرها بعد العقد ثانية.

﴿الثالثة: يجوز﴾ لكل منهما ﴿اشتراط اتيانها ايلاً أو نهاراً﴾ أو وقتاً دون

وقت آخر، أو تمتعاً مخصوصاً لامطابقاً إجماعاً ﴿وأن لا يبدأها في الفرج﴾ .

ويجوز اتيانها في الوقت المستثنى مع الرضا على الأتوى، وفقاً لإجماعة

ومنهم المصنف بقوله : ﴿وإو رضيت به﴾ أي بالوطىء ﴿بعد العقد جاز﴾ ولعله الأشهر بين الأصحاب .

﴿و﴾ يجوز ﴿العزل﴾ عنها وإو ﴿من دون اذنها﴾ إجماعاً .

﴿وبالحق﴾ به ﴿إلوانه﴾ مع الامكان ﴿وان عزل﴾ وكذا في كل وطىء

صحيح، فإن المنى سباق والولد للفراش، وظاهرهم الوفاق عليه، و﴿لكن أو

نفاه﴾ انتهى و﴿لم يحتج الى اللعان﴾ هنا مطلقاً وإوام يعزل، وإيس له الذي

الامع العلم بالانتفاء مطلقاً وان عزل أو اتهمها أو ظن الانتفاء .

﴿الرابعة: لا يقع بالمتعة طلاق إجماعاً﴾ بل تبين بهبة المدة أو بانقضائها

﴿ولا لعان على الاظهر﴾ الأشهر في القذف ونفي الواد، وفي الغنية الاجماع .

﴿ويقع الظهار على﴾ الأشهر الأتوى، و﴿تردد﴾ فيه المصنف دون بحثه

فحكم بالوقوع ثمة بدونه .

﴿الخامسة: لا يثبت بالمتعة ميراث بينهما﴾ مطلقاً اشترط الثبوت أو الدم

أم لا كما عن الأكثر .

﴿وقال المرتضى:﴾ انه ﴿يثبت﴾ التوارث بينهما مطلقاً ﴿مالم يشترط

السقوط * وهو ضعيف جداً .

* نعم لو شرط الميراث * بينهما * (أزم) * الشرط وتوارثا على الأقوى ،
وفاقاً لكثير من الاصحاب ، حتى كاد أن يكون بينهم مشهوراً ، وعليه فان اشترطاه
لهما فعلى ما اشترطاه أو لأحدهما ، احتمال 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 * كالماتان * على الأشهر * الأقوى ، وهو مع ذلك أحوط وأولى ،
هذا اذا كانت ممن تحيض .

* وان كانت ممن تحيض و * لكن * لم تحض * لافة * فعدتها * خمسة
وأربعون يوماً * اجماعاً .

* ولو مات عنها * وهي حرة حائل * ففي * مقدار * العدة * فيها
* روايتان ^(١) ، أشبههما * وأشهرهما أنها * أربعة أشهر وعشرة أيام * مطلقاً
مدخولا بها كانت أم لا ، والرواية الثانية أنها شهران وخمسة أيام ، وعابها جماعة
من القدماء . واذا كانت حاملاً فأبعد الاجلين اجماعاً .

* السابعة : لا يصح تجديد العقد * عليها مطلقاً دائماً كان أو منقطعاً * قبل
انقضاء الاجل * على الأشهر الأقوى .

* ولو أراد العقد * عليها دائماً أو منقطعاً * وهبها ما بقي من المدة واستأنف *
العقد وليس عليها منه عدة .

(١) وسائل الشيعة ١٥/٤٨٤ ، ب ٥٢ ، ح ١٦ و ٢٥ و ٤٠ .

(القسم الثالث)

(في نكاح الاماء والعبيد)

﴿ والنظر ﴾ فيه ﴿ اما في العقد واما في الملك : ﴾
 ﴿ اما العقد: فليس للعبد ولا للامة أن يعقدا لانفسهما نكاحاً ﴾ مطلقاً ﴿ مام
 يأذن المولى ﴾ .

﴿ ولو بادر أحدهما ﴾ فعقد لنفسه بغير اذنه ﴿ ففي وقوفه على الاجازة ﴾
 وصحته معها أو العدم والبطلان رأساً ﴿ قولان ، و ﴾ لكن ﴿ وقوفه على الاجازة
 أشبه ﴾ رأسه ، وهي كاشفة عن الصحة من حين الصيغة ، كغيره من العقود الفضولية
 خلافاً للنهاية^(١) فكصيغة مستأنفة .

وظاهر النص^(٢) الاكتفاء في الاجازة بالسكوت ، كما عن الاسكافي وصرح
 به جماعة ، ولا بأس به ، الآن مراعاة الالفاظ الصريحة فيها أحوط وأولى .
 ﴿ ولو أذن المولى ﴾ ابتداءً 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 موله 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 ص ٤٧٦ .

(٢) وسائل الشريعة ١٤ / ٥٢٥ ، ب ٢٦ .

بعض ، والافيه 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 والغتوى ، واشترك الجميع دون الاختصاص بدن لم يأذن لعله هنا أقوى .

﴿ وولد المملوكين رق لمولاهما ﴾ .

﴿ ولو كانا لاثنين ف ﴾ قد عرفت أن ﴿ الولد بينهما بالسوية ﴾ واكن لا طائناً بل ﴿ ما ﴾ دام ﴿ لم يشترط أحدهما ﴾ الانفراد بالولد أو بأكثره ، والا فعلى ما اشترط .

﴿ وإذا كان أحد الابوين ﴾ أي الزوج والزوجة ﴿ حرراً فالولد حر ﴾ مطلقاً على الأشهر الأقوى ، بل كاد أن يكون اجماعاً . ولا فرق بين الولد المعقود والمحللة ﴿ الا أن يشترط المولى ﴾ على الحر ﴿ رقيقته ﴾ أي الولد ، فيجوز ويصير رقاً ﴿ على ﴾ قول مشهور بين الاصحاب ضعيف المأخذ ، ولعله اذا ﴿ تردد ﴾ المصنف في الشرائع^(١) ظاهراً وهنا صريحاً .

ثم على تقدير اشتراط رقيقته في العقد أو التحليل ، وقلنا بعدم صحة الشرط هل يحكم بفساد العقد أم يصح ويبطل الشرط خاصة؟ وجهان ، وأولى بعدم الصحة لو قلنا به لو كان تحليلاً . وعلى هذا لو دخل مع فساد الشرط وحكمنا بفساد العقد كان زانياً مع علمه بالفساد وانعقد الولد رقاً كنظائره . نعم لو جهل الفساد كان حرراً للشبهة ، وان قلنا بصحة الشرط لزم العقد به ولم يسقط بالاسقاط بعقد العقد مع احتماله تغليياً للحرية ، ولا يخالو عن قوة .

﴿ ولو تزوج الحر أمة من غير اذن مالكتها ، فان وطئها قبل الاجازة عالماً ﴾ بالحرمة ولاشبهة ﴿ فهو زان والولد رق للمولى وعليه الحد ﴾ بموجب الزنا ،

كما أن عليها ذلك او علمت بالحرمة ولاشبهة .

﴿و﴾ كذا عليه ﴿المهر﴾ اتفاقاً ان كانت جاهلة بالحكم أو موضوعه، وكذا ان كانت عالمة على ما يقتضيه اطلاق العبارة وظاهر جماعة، خلافاً لآخرين فلا شيء لها لكونها بغياً، والاجود أن عليه العشر مع البكارة ونصفه مع الثيبوبة وفاقاً لابن حمزة .

﴿ويسقط﴾ عنه ﴿الحد لو كان جاهلاً﴾ بالحكم أو الموضوع بالشبهة الدارئة ولاتحد الامة لو كانت كذلك ﴿دون المهر﴾ فيثبت مع جهلها اتفاقاً، وهل هو المسمى أو المثل أو العشر أو نصفه؟ أقوال، أجودها الاخير، وكذا مع عامها على الاختلاف المتقدم قريباً ﴿ويبلغه الولد﴾ اجماعاً ﴿وعليه قيمته يوم سقط حياً﴾ للمولى .

هذا كله مع عدم اجازة المولى العقد، أو معها وقلنا بأنها مصححة للعتد من حينها، أمالو قلنا بأنها كائفة - كما هو الاشهر الاقوى - 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، ولا ريب 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 أو عالمة، واختالفوا في تقديره بالمسمى أو المثل أو العشر ونصفه على أقوال، أجودها الاخير كما مضى، لرواية صحيحة أشار إليها 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 لآبيه، كما في المسألة السابقة وعمايه جماعة، خلافاً لآخرين فاختروا 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 قولاً واحداً ، ولاتظهر ثمرة الخلاف المتقدم هنا ، بل فيما لولم 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 ، بلاخلاف 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 الشريعة ١٤/٥٣٧، ج ١، ص ١٠٠ .

(٢) النهاية ص ٤٧٧ .

(٣ - ٤) وسائل الشريعة ١٤/٥٧٩، ج ١، ص ٥٥ .

هو موثق كما عرفت، فالعمل بها موجه، وليس فيها بيان لما يفك به الامام عليه السلام فهي من سهام الرقاب كما عليه القائلان، أم من بيت المال كما عليه العلامة ، وهو أوفق بالأصول 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 ﴿فلامهر﴾ 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 ولحق الولد معها وجهان مبنيان على أنها كاشفة أم ناقلة ، والحكم بالحرية للولد هو الاشهر الاظهر، خلافاً للمفيد فحكم بالرقية مطلقاً ولو هنا، لرواية ^(١) ضعيفة السند بالجهالة، وضعيفة الدلالة بعدم الصراحة .

﴿ولو تسامح المملوكان﴾ وزنيا ﴿فلامهر والولد رق لمولى الامة﴾ اتفاقاً هنا كما حكى .

﴿وكذا﴾ الحكم ﴿لو زنا بها﴾ أي بالامة المملوكة للغير ﴿الحر﴾ بنير اشكال ، الا في نفي المهر فقد قيل : بثبوت العقر هنا ، وهو أحوط وأولى .
﴿ولو اشترى الحر﴾ المتزوج بأمة بين شريكين باذنهما ﴿نصيب أحد

الشريكين من زوجته بطل العقد ❀ رأساً، فيحرم عليه الوطىء مطلقاً .
❀ ولو أمضى الشريك ❀ الآخر المالك ❀ العقد ❀ فانه ❀ لا يحل وطؤها ❀
على الأشهر الأقوى وقيل : بالحل مع الامضاء، وهو ضعيف جداً اذا وقع الرضا
بالوطىء بامضاء العقد السابق .

❀ و ❀ أماع وقوعه ❀ بالتحليل ❀ المتجدد فيه ❀ رواية (١) ❀ 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 ازوجها أو غيره ❀ حراً ❀
فيحرم عليه وطؤها مطلقاً، لان الحر لا يستباح بملك البعض، ولا بالعقد الدائم اتفاقاً
لتبعض السبب، ولا بالمنقطع لذلك، ولا بالتحليل للاجماع ، والصحيح (٢) صريح .
❀ ولو هاياها مولاها على الزمان ، ففي جواز العقد ❀ منه ❀ عليها متعة فسي
زمانها تردد ❀ من لزوم تبعض السبب ، فانها لم تخرج بالامهاياة عن كون الموأى
مالكاً البعض، على أن منافع البضع لا تتعلق بها المهاياة، والايحل لها المتعة بغيره
في أيامها ، وهو باطل اتفاقاً كما فسي المسالك وغيره ومن الصحيح الصريح
❀ أشبهه ❀ عند الماتن ❀ المنع ❀ وهو أشهر وأحوط، وان كان الجواز لعله أظهر
وفاقاً لجمع .

❀ ويستحب ❀ على الأشهر ❀ لمن زوج عبده أمته أن يعطيها شيئاً ❀ من ماله
أو من مال العبد، خلافاً لجماعة أو جوبوا الاعطاء ، وهو أحوط ان لم يكن أظهر .
ثم المستفاد من جملة من النصوص (٣) المعتبرة أنه يكفي في تزويج عبده
لامته مجرد اللفظ الدال على الاذن فيه ، ولا يشترط قبول العبد والامولى لفظاً .

(١) وسائل الشيعة ١٤/٥٤٥ ، ج ١٠ .

(٢) نفس المصدر .

(٣) وسائل الشيعة ١٤/٥٢٥ ، ب ٢٦ .

وقيل : يعتبر القبول من العبد . وقيل : من المولى . واعتبارهما أحوط وأولى .
وعلى المختار ينبغي الاقتصار في لفظ الايجاب على قوله « أنكحتك » وفاناً
للعلاية ، خلافاً للحلي فاكتفى بكل ما يدل على الاباحة .

﴿ ولومات المولى ﴾ المزوج أحدهما من الآخر ﴿ كان للورثة الخيار في
الاجازة والفسخ ، ولاخيار ﴾ في ذلك ﴿ للامة ﴾ ولا للعبد قطعاً .
﴿ ثم الكلام في الطواري ﴾ ومفسدات نكاح المماليك والجواري ﴿ ثلاثة :
العتق ، والبيع ، والطلاق ﴾ .

﴿ أما العتق : فاذا أعتقت الامة ﴾ التي زوجها مولاها قبل العتق ﴿ تخبرت
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 . واؤخرت الفسخ لجهتها
بالعتق أو الخيار ، فالظاهر عدم سقوطه ، كما قطع به الاصحاب . وفي الجهل بالنورية
وجهان ، ولعل الاقوى عدم السقوط ، وكذا لو نسيت احدهما .
والظاهر أنه تقبل دعواها الجهل أو النسيان مع اليمين بشرط الامكان في حقها
ولو أعتق بعضها فلاخيار لها .

واو كانت صغيرة أو مجنونة ، ثبت لها الخيار عند الكمال . وايس لاولي هنا
تواري الاختيار ، وللزوج الوطىء قبله ، وكذا القول قبل اختيارها وهي كاملة ، حيث
لا ينافي الفورية ، كما لو لم يعلم بالعتق .

﴿ ولا خيرة للعبد اذا عتق ﴾ في فسخ نكاحه مطلقاً واو كان نكاحه مكرهاً -
على الاشهر الاقوى ﴿ ولا لزوجته ﴾ مطلقاً ﴿ وان كانت حرة ﴾ .

﴿و﴾ كما تتخير الامة بعققتها فيما مضى ﴿كذا تتخير الامة لو كانا﴾ أي هي مع زوجها ﴿لمالك﴾ واحد أو مالكين مطلقاً بالتشريك كانا أم لا ﴿فاعتقاً﴾ معاً مقارناً كان عتقهما أم لا، بشرط عدم ما ينافي الفورية قطعاً ﴿أو أعتقت﴾ هي خاصة بلاخلاف فيهما .

﴿و﴾ لا ﴿يجوز﴾ للدواي أن يتزوج بأتمته بمهر مطلقاً اتفاقاً، الا في صورة واحدة اجماعية، وهي ﴿أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها﴾ فيقول: قد تزوجتك وأعتقتك وجعلت مهرك عتقك .

﴿وبشروط﴾ في صحة هذا التزويج ﴿نقديم 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، والظاهر 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^(١) والفتاوى الاكتفاء في عتق الممهوره به، بذكره في الصيغة بغير لفظ الاعناق، كقوله: جعلت عتقك صداقك .

وقيل : باعتبار لفظ الاعناق ونحوه من الالفاظ الصريحة في العتق . وهو أحوط .

وحيث كان الحكم في هذه الصورة مخالفاً للاصول المقررة، وجب الاقتصار فيها على القدر الممتقن من النص والفتوى، وهو عتقها أجمع لابعضها .

(١) وسائل الشريعة ١١٤/٥١٠، ب ١٢ .

﴿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 وفي بها، أو منها ومن غيرها من التركة ان كان مع عدم الوفاء .

﴿ولو عجز النصيب﴾ له منها ومن أصل التركة عن فكها كلاً ﴿سعت﴾ هي خاصة ﴿في﴾ فك ﴿المتخالف﴾ منها .

﴿ولا يلزم الولد﴾ شراؤه وفكه من ماله من غير التركة، خلافاً للمبسوط^(١) فأوجهه، ولا ﴿السعي﴾ في فكه مع عدم المال ﴿على الاشبه﴾ الاشهر ٥٠٠ وفي السابق، خلافاً لابن حمزة فأوجب السعي عليه .

﴿وتباع مع وجود الولد في ثمن رقبته اذا لم يكن﴾ للمولى مال ﴿غيرها﴾ بلاخلاف عندنا مع وفاة المولى، وكذا مع حياته على الاشهر الاقوى .

﴿ولو اشترى الامة نسيئة فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها دورها فمات ثم مات ولم يترك ما يقوم بثمانها فالاشبه﴾ الاشهر ﴿أن العتق لا يبطل﴾ وكذا التزويج ﴿ولا يرق الولد﴾ .

﴿وقيل: تباع في ثمنها ويكون حملها كهيئتها﴾ في الرقية، والقائل الشبخ والاسكافي والقاضي ﴿ارواية^(٢) هشام بن سالم﴾ الصحيحة، وهي مخالفة الاصول القطعية المعتمدة بالشهرة، فلتكن مطروحة أو مأولة .

﴿وأما البيع : فاذا بيعت﴾ الامة ﴿ذات البعل﴾ حراً كان أو عبداً، كان لمالك أو مالكين بينهما أو بالافراد ﴿تخير المشتري﴾ مطلقاً ﴿في الاجازة﴾

(١) راجع النهاية ص ٥٤٧ .

(٢) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٠ ، ب ٢٥٥ .

للنكاح السابق ﴿والفسخ﴾ مطلقاً، كان البيع قبل الدخول أم بعده اجماعاً ﴿تخييراً﴾ على الفور ﴿بلاخلاف﴾، الامع الجهل بالخيار فله ذلك بعد العلم به على الفور بغير خلاف. وفي الحاق الجهل بالفورية به قولان، والاصل يقتضي الاول، والثاني مقتضى اطلاق النص^(١)، وهذا أحوط .

﴿وكذا لو بيع العبد وتحته أمة﴾ فالمشتري الخيار في فسخ النكاح وابقائه .

﴿وكذا قيل:﴾ يتخير المشتري ﴿او كان تحته حرة، لرواية^(٢) فيها ضعف﴾ لكنها مجبورة بالشهرة، وباطلاق بعض الاخبار، وبالتعليل في جملة من المعتبرة خلافاً لجماعة فقاوا : انه لاخيرة له .

ثم ان ظاهر الحكم بالخيار للمشتري في العبد والامة اذا كان الاخر قاصداً اختصاص الخيار بالمشتري، فليس للاخر اعتراض، وهو أحد القولين في المسألة وأشهرهما وأظهرهما خلافاً لجماعة .

﴿ولو كانا﴾ أي المملوكان المزوج أحدهما من الاخر ﴿لمالك﴾ واحداً ﴿فباعهما الاثنين﴾ بالتشريك أو الانفراد ﴿فلكل﴾ واحداً ﴿منهما الخيار﴾ فان اتفقا على الابقاء ازم ، ولو فسخا أو أحدهما انفسخ .

﴿وكذا لو باع﴾ المالك الواحد لهما ﴿أحدهما لم يثبت العقد﴾ بل متزلزل ﴿مالم يرض كل واحد منهما﴾ بالنكاح ، أي كل من المشتري والبائع .

﴿ويملك المولى﴾ الامة ﴿المهر﴾ لها ﴿بالعقد، فان دخل الزوج استقر﴾ به ﴿ولا يسقط لو باع﴾ بعده مطلقاً، أجازة المشتري أم لا، هذا في الدائم، ويشكل في المنقطع لتوزع المهر على البضع ، وتوقف استحقاقها أو المولى منه على

(١) وسائل الشريعة ١٤ / ٥٥٥ ، ب ٤٨ .

(٢) وسائل الشريعة ١٤ / ٥٧٤ ، ح ٤٤ .

استيفاء القدر المقابل له ، ومقتضاه كونه بازاء البضع شيئاً فشيئاً ، فاستحقاق المولى تمام المهر لوجه له مطلقاً ، مع عدم استيفاء البضع بفسخ المشتري ، أو مع الاستيفاء وعدم فسخ المشتري وامضائه ، بل ينبغي أن لا يكون له الا ما قابل البضع المستوفى في ملكه ، وأما الباقي فينبغي أن لا يستحقه أحد أصلاً 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 ، فلا شيء 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^(١) ، 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 أفعال أخر مشتركة في الضعف ، والاحتياط فيها لا يترك .

﴿وأما الطلاق : فاذا كانت زوجة العبد﴾ التي تزوجها باذن السيد ابتداءً أو أخيراً ﴿حرة أو أمة لغير مولاه فالطلاق بيده ، وليس لمولاه اجباره﴾ عليه على الاشهر الاقوى ، نعم الاحوط وجوب استئذان العبد من مولاه .

﴿ولو كانت﴾ زوجة العبد ﴿أمة لمولاه﴾ المزوج لها منه ﴿كان التفريق الى المولى﴾ اجماعاً .

﴿ولا يشترط﴾ في الفراق ﴿لفظ الطلاق﴾ بل يكفي فيه كل ما دل عليه من

(١) وسائل الشيعة ١٤/٥٥٣ ، ب٤٧ .

الامر بالاعتزال والافتراق . ولو أنى بلفظ الطلاق انفسخ النكاح ، لكنه لا يعد طلاقاً شرعياً ولا يلحقه أحكامه ظاهراً مطلقاً .

﴿النظر الثاني: في﴾ بيان جواز استباحة الرجل بضع المرأة بـ ﴿الملك، وهو نوعان :﴾

﴿الاول : ملك الرقبة﴾ وهو موضع وفاق ﴿ولاحصر في﴾ عدد من بـ ﴿النكاح به﴾ مادامت في العقد والعدة اجماعاً، وفي تخصيص الاستباحة بالرجل اشارة الى عدمها للمرأة ، وهو اجماع .

﴿وإذا زوج أمته﴾ من عبده أو غيره ﴿حرمت عليه﴾ به وجود الاستمتاع منها ﴿وطئاً ولمساً ونظراً﴾ اليها بشهوة ﴿مادامت في العقد﴾ مطلقاً ، وبدونها فيما عدا الوجه والكفين كما أطلقه جماعة ، بل قيل : اجماعاً، وهو أحوط وأولى . قيل : وفي معنى الامة المزوجة المحلل وطئها للغير .

واوحلل منها مادون الوطئ ، 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 مطلقاً^(١) بغير خلاف ﴿ولو باعها تخير المشتري دونه﴾ .

﴿ولا يحل لاحد الشريكين وطئ﴾ الامة ﴿المشتركة﴾ بينهما، الا بتحليل أحدهما للاخر فيحل على الاظهر كما مر .

﴿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 السابقين لهم بغير خلاف .

(١) حرأكان أو عبداً «منه» .

﴿ولو ملك الامة﴾ بأحد الوجوه المملوكة لها ، وجب عليه الاستبراء مع عدم العلم بعدم الوطء المحرم مطلقاً كان عالماً به أم لا ، الا في صور مضي أكثرها في بحث البيع ، وبقي منها ما لو تملكها ﴿فاعتقها﴾ فظاهر الاصحاب أنه لو فعل ذلك ﴿حل له وطؤها بالعقد﴾ والتزويج بعده ﴿وان لم يستبرءدا﴾ وعابه الوفاق في المسالك ، للنصوص^(١) ، واطلاقها كالمتمن وكلام الاكثر يقتضي عدم الفرق بين العلم بالوطء المحرم وعدمه مطلقاً ، وقيد جماعه 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 مطلقاً ، وعليه فتوى الاصحاب .

﴿و﴾ لكن ﴿لا تحل لغيره﴾ اذا أراد أن يزوجهما منه ﴿حتى تعتد كالحره﴾ ولا فرق بين العلم بوطء المولى لها أو الجهل بها ، ويشكل في صورة العلم بعدم وطئها ، وقد حكم جماعة بأن لا عدة لها هنا ، وهو حسن مع العلم بعدم وطئها ولا من انتقلت منه اليه أصلاً ، ويشكل كل فيما عداه وهو العلم بوطء الثاني لها وعدم الاستبراء ، بل يتعين عليه الاستبراء ولكنه غير العدة كما في النص^(٢) والعبارة ، ولكن مراعاتها مطلقاً كما يقتضيه اطلاقهما لعله أحوط وأولى .

﴿ويملك الاب﴾ مطلقاً ﴿موطوءة ابنه﴾ كذلك ﴿وان حرم عابه وطؤها ، وكذا﴾ الكلام في ﴿الابن﴾ اجماعاً وقد مضى .

﴿النوع الثاني﴾ : من نوعي جواز النكاح بـ ﴿ملك المنعنة﴾ خاصة بتحليل الامة دون الهبة والعارية ، بشرط كون التحليل من المالك وامن يجوز له التزويج بها ، وكرهه مؤمناً في المؤمنة ومسلماً في المسلمة ، وكونه كتابياً لو كانت

(١) وسائل الشيعية ١٤/٥١٤ ، ب ١٦ .

(٢) وسائل الشيعية ١٤/٥١١ ، ب ١٣ .

كافرة ، وغير ذلك من أحكام النسب والمصاهرة وغيرها .

﴿و﴾ خلاف في اعتبار ﴿صبيغته﴾ وهي قسمان وفاقية وخلافية ، فالاول
﴿أن يقول: أحللت لك وطأها، أوجعانتك في حل من وطئها، ولم يتعدهما الشيخ﴾
واتباعه والمرضى وأكثر الاصحاب .

﴿و﴾ لكن ﴿اتسع آخرون﴾ فجوزوه ﴿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﴾ فلا يجوز التحليل به اتفاقاً .

﴿وهل هو﴾ أي التحليل ﴿اباحة﴾ مختصة وتمليك منفعة كما هو المشهور
﴿أو عقد﴾ متعة كما ﴿قال﴾ به ﴿علم الهدى﴾ قولان ، أصحهما : الاول ، فـ
﴿هو﴾ ليس بـ ﴿عقد متعة﴾ ولادوام ، اترقف الاول على المهر والاجل المنتفين
هنا وفاقاً للخصم ، وتوقف رفع الثاني على الطلاق في غير الفسخ بأمر محصورة
ليس هذا منها، ولزوم المهر فيه بالدخول وغير ذلك من لوازمه المنتفية هنا وفاقاً
للخصم .

وعلى القولين كما قيل لا بد من القبول ، والنصوص^(١) خالية من اعتباره ،
ومع ذلك عن الاكثر عدم اعتباره ، وعن الحلبي ما يدل على تفرغ ذلك على مذهب
المرتضى ، فالوجه العدم وان كان الاعتبار أحوط .

﴿وفي﴾ جواز ﴿تحليل أمته امملوكه﴾ أو مملوك غيره أيضاً ﴿تسردد﴾
واختلاف ﴿ر﴾ لكن ﴿مساواته﴾ أي العبد ﴿للإجنبي﴾ في جواز تحليل المولى
أمته له ﴿أشبه﴾ وان كان الاقتصار في تزويج المولى عبده أمته على نحو قوله
﴿أنكحتك فلانة﴾ واعطاها شيئاً من قبله أحوط وأولى .

(١) وسائل الشريعة ٥٣١/١٤ ، ب ٣١ .

﴿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 .

﴿لكن لو أحل﴾ له ﴿الوطيء حل له مادونه﴾ 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 الرقيصة ان قلنا
بصحته ، والا فكالاطلاق ، وفيه الخلاف ، والاصح الا شهر 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^(١) ، أشبههما وأشهرهما ﴿أنها لا تلزم﴾ والاخرى أنها تلزم ، وهو أحوط .
﴿ولا بأس﴾ بأن يطاء الامة وفي البيت غيره ﴿وربما قيل﴾ : بالكراهة هنا في

الجملة أو مطلقاً، ولا بأس به مسامحة في أدائها والمخبر^(١) ﴿وأن ينام بين أمتين﴾ .
 ﴿ويكره﴾ كل من الامرين ﴿في الحرائر ، وكذا يكره وطيء الفاجرة﴾
 الزانية ﴿ومن ولدت من الزنا﴾ ولا يحرم 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 لا يعقل 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، وهو أحوط . وعلى
 قول في الاخير، خلافاً لاكثر القدماء، وهو الاقوى .
 ﴿والخصاء﴾ بكسر الخاء والمد، وهو سل الاثنيين واخراجهما ، والمخيار به
 ثابت مطلقاً وان أمكن الوطيء، على الاشهر الاقوى، خلافاً للشبخ في صورة الامكان
 فنفاه، وهو أحوط وأولى . وعلى المختار ينبغي تقييده بالخصاء السابق على العقد
 دون المتجدد بعده ، فلا يثبت به الخيار مطلقاً ولو تجدد قبل الدخول على أصح
 الاقوال .

(١) وسائل الشيعة ١٤ / ٥٨٤ ، ب ٧٥ .

وفي حكم الخصاء الوجاء بالكسر والمد ، وهو رض الاثنيين ، بل قيل :
انه من أفراده وحكي عن بعض أهل اللغة، وهو حسن ان تم القول، والافالاقصار
على الاصل حسن .

﴿والعنز﴾ وهو على ما حكي 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^(١) الاول .

واطلاقها بالخيار يشمل صورة تقدم العيب على العقد وتجده بعده ، قبل
الدخول أو بعده ، وعلى الاول الاجماع ، وفي البواقي خلاف وسيأتي .

﴿والجب﴾ وهو قطع الذكر كلا أو بعضاً ، بحيث لا يبقى معه قدر الحشفة
ولو بقي فلا خيار اجماعاً. وثبوت الخيار بغيره هو الاظهر الاشهر، بل كاد أن يكون
اجماعاً، وعن المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) نفي الخلاف عنه. والاشهر ثبوت الخيار
به مطلقاً ولو تجدد بعد العقد بل الدخول، وقيل: باختصاصه بقبل العقد. وهو أحوط
ان لم نقل بكونه أظهر .

ثم ان حصر عيوبه في الاربعة هو الاشهر الاظهر، خلافاً للقاضي فرد بالجذام
والبرص والعمى . وللإسكافي فرد بها وبالعرج والزنا، ووافقهما الشهيد الثاني في
الاولين ، وفي مستنده ضعف .

﴿وعيوب المرأة سبعة : الجنون﴾ وهو فساد العقل المستقر الغير المستند
الى السهو السريع الزوال والاعماء العارض مع غلبة المرة .

﴿والجذام﴾ بضم الجيم، وهو مرض يظهر معه يبس الاعضاء وتناثر اللحم

(١) وسائل الشريعة ١٤ / ٦١٠ ، ب ١٤ .

(٢) المبسوط ٤ / ٢٥٢ .

(٣) الخلاف ٢ / ٣٩٧ .

بشرط التحقق بظهوره على البدن، أو شهادة عدلين، أو تصارقهما عليه. لا مجرد ظهور اماراته من تعجر الوجه واحمراره أو اسوداده واستدارة العين وكمودتها الى حمرة وضيق النفس وبعثة الصوت وتنن العرق وتساقط الشعر، فانها قد تعرض من غيره .

﴿والبرص﴾ وهو البياض أو السواد الظاهران على صفحة البدن، لغلبة البلغم أو السوداء، ويعتبر منه المتحقق دون المشبهة بالبهق وغيره .

﴿والقرن﴾ بسكون الراء وفتحها، قيل: وهو عظام كالسنن في الفرج يمنع الوطىء. ولو كان لحمياً فهو العفل بتحريك الراء. وفي اتحادهما أو تغايرهما خلاف والاشهر الاظهر الاول، بل يستفاد من التعليل الوارد في النص^(١) دوران الحكم مدار عدم امكان الوطىء أو عسره، حيثما تحقق في قرن أو عقل أو رتق، فلا ثمرة للاخلاف هنا، والاحوط مراعاة عدم الامكان دون العسر، كما عليه الاكثر وان كان في تعيينه نظر .

﴿والافضاء﴾ وقدمر تفسيره والاختلاف فيه، ولاخلاف في ثبوت الخيار بهذه الخمسة، والنصوص^(٢) به مع ذلك مستفيضة، ويستفاد من جملة منها ثبوته مطلقاً ولو علم بها بعد الدخول، مع أنه لاخلاف فيه يعتمد به، إلا أن المستفاد من جملة أخرى اختصاصه بقبل الدخول، لكنها محمولة على صورة حصول العلم بالعيب قبله ولا كلام فيه .

وهل يثبت الخيار بهذه العيوب وما سياتي مطلقاً، أو بشرط سبقها العقد، أو الدخول حتى لو حدث بعده لم يثبت بها الخيار؟ اشكال .

وينبغي القطع بانتفاء الخيار بحدوثها بعد الدخول وعليه الاكثر، بل قيل: لا

(١) وسائل الشريعة ٥٩٢/١٤، ب ١ .

(٢) وسائل الشريعة ٥٩٦/١٤، ح ١ .

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 للذكور فيه مدخل ﴿تردد﴾ ولكن ﴿أشبهه ثبوته عيباً﴾ يوجب الرد ﴿لانه يمنع الوطى﴾ فيعمه التعليل المثبت المحكم في القرن والعفل كما مر ، وعليه الاكثر حتى ادعى جماعة الاجماع .

﴿ولانرد﴾ المرأة ولا الرجل ﴿بالعور﴾ مطلقا بلاخلاف ﴿ولا بالزنا﴾ مطلقا ﴿ولو﴾ في المرأة ﴿حدث فيه﴾ وفاقاً لاكثر المتأخرين كما مر ﴿ولا بالعرج﴾ على الاشبه وفاقاً لجماعة ، خلافاً للاكثر ، وفي الغنية الاجماع ، وهو الاظهر ولكن الاول احوط .

﴿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 آخر 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 ونسبهما ، أو منع منه بالقبض على فيه ، أو التهديد على وجه يعد اكرهاً ، فالخيار بحاله الى زوال المانع ، ثم يعتبر الفورية حينئذ .

﴿ الثالثة : الفسخ فيه ﴾ أي في العيب بأنواعه ﴿ ايس طلاقاً ﴾ شرعياً اجماعاً ، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق ولا يعد من الثلاث ﴿ فلا يترد معه تنصيف المهر ﴾ قبل الدخول ، وان ثبت في بعض موارد كما يأتي .

﴿ الرابعة : لا يفتقر الفسخ بالعبوب ﴾ 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 به ﴾ أي بالمهر ﴿ الزوج على المدلس ﴾ مطلقاً ولياً كان أو غيره ، حتى لو كان المدلس هو المرأة رجع به عليها .

ويستفاد من الصحيح^(١) وغيره الرجوع بالمهر عليها من دون استثناء شيءء مطلقاً ، وبه صرح جماعة ، خلافاً للمحكي عن الاكثر فاستثنوا منه شيئاً ، اما مهر أمثالها كما عن الاسكافي ، وأقل ما يتمول كما عن الاكثر ، لثلا يخاو البضع عن العوض ، وهو أحوط وان كان في تعيينه 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 العنز ﴾ فلها نصف المسمى على الاشهر الاقوى كما يأتي ﴿ ولو كان ﴾ الفسخ ﴿ بعده ﴾ أي

(١) وسائل الشريعة ١٤/٥٩٥، ب ٢ .

بعد الدخول ﴿فلها المسمى﴾ اجماعاً .

﴿ولو فسخت﴾ الزوجة ﴿بالخصاء﴾ فالاشهر الاقوى أنه ﴿يثبت لها المهر﴾ كملاً ﴿مع الخلوة﴾ والدخول بها ، وأما مع العدم ففي ثبوت المهر كملاً بمجرد الخلوة أو نصفه قولان ، والاكثر على الاول ، وهو أحوط ، وان كان الثاني قد ورد به النص^(١) المعتبر . ﴿ويعزر﴾ المداس ، اثلاً 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 ، والارادت اليمين على المرأة ، فان حلفت ثبت العيب ، وليس لها ذلك الا مع العلم به بممارستها له على وجه يحصل لها ذلك بتعاقد 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 قبلاً أو دبراً وعن وطئ غيرها﴾ أيضاً على الاشهر الاقوى ، خلافاً للمفيد فاكتفى بالعجز عنهما خاصة ، حتى لو قدر على وطئ غيرها أثبت لها الخيار أيضاً .
 ﴿ولو ادعى الوطئ﴾ قبلاً 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^(٢) الصحيح اختصاصه بالثيب ، ولزوم العمل بشهادة النسوة في الباكرة ، وينبغي

(١) وسائل الشيعة ١٤/٦٠٩، ح ٥٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٦١٣، ب ١٥ .

تقييده بما اذا ادعى وطئها قبلا لادبراً ولاوطى غيرها مطلقاً ، فان العمل في هاتين
الصورتين بما عليه الاكثر متعين جداً ، بل لايبعد المصير اليه مطلقاً .

﴿السابعة: ان صبرت﴾ الزوجة ﴿مع العنز﴾ 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﴾ بخلاف .
﴿فان عجز عن وطئها﴾ مطلقاً ﴿وعن غيرها﴾ كذلك ﴿فلها الفسخ ونصف
المهر﴾ مطلقاً ، على الأشهر الاقوى ، خلافاً للاسكافي فنفي التأجيل وأجاز الفسخ
من دونه اذا سبق العنز بالعقد، فأوجب المهر كملا اذا خلى بها وان لم يدخل بها.

(تتمة :)

﴿لو تزوج﴾ امرأة ﴿على أنها حرة﴾ وشرط ذلك في ضمن العقد
﴿فبانة أمة﴾ كلا أو بعضاً صح العقد ، على الأشهر الاقوى ، وعن السرائر
الاجماع وعليه ﴿فله الفسخ﴾ والامضاء وان دخل بها، اذا كان الزوج ممن يجوز
له نكاح الامة ووقع باذن مولاها 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 أو أخبره مخبر ، ففي الحاقه بما لو شرط نظر ، والعدم لعله أظهر ، خلافاً
لظاهر عبارة المتن والاكثر .

﴿ولامهر﴾ لها مطلقاً مع الفسخ ﴿لو لم يدخل﴾ بها .

﴿ولو﴾ فسخ بعدما ﴿دخل﴾ بها ﴿فلها المهر﴾ المسمى ﴿على الاشبه﴾
الأشهر ﴿ويرجع به﴾ أي بالمهر حيث غرمه ﴿على المدلس﴾ وان كان هو
المرأة ، الا أنه انما يرجع عليها على تقدير عتقها ويسارها، وفي لزوم استثناء أقل

ما يتمول أو المهر المثل أو العدم مطلقاً أقوال ، أجودها الاخير كما مر .
 ﴿وقيل﴾: ﴿كما عن الصدوق والنهاية^(١) وغيرهما ان﴾ ﴿لمولاها العشر أو نصف
 العشر ان لم يكن مدلساً﴾ ولا يخلو عن قوة هنا وفيما اذا تزوجها بغير اذن مولاه
 كما مضى .

هذا اذا لم تكن عالمة بالتحريم ، والاجاء فيه الخلاف أيضاً في مهر البني اذا
 كانت مملوكة ، والظاهر عدم الفرق كما مر .

﴿وكذا تفسخ﴾ الحرة ﴿لوبان زوجها﴾ الذي تزوجته على أنه حر بالشرط
 في متن العقد أو قبله ﴿مملوكاً﴾ تزوج باذن مولاه .

﴿ولامهر﴾ لها لو فسخت ﴿قبل الدخول﴾ بها قطعاً ﴿ولها المهر﴾ المسمى
 ﴿بعده﴾ على المولى لو تزوجت باذنه والافعلى المملوك يتبع به بعد عتقه .

﴿ولو﴾ تزوج امرأة ﴿اشترط﴾ عليها أو على وليها ﴿كونها بنت
 مهيبة﴾ 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 لو فسخت قبل الدخول بها على الزوج اجماعاً ، وكذا على الوالي
 ان زوجها على الاشهر الاقوى .

﴿ويثبت﴾ المسمى ﴿لو﴾ فسخت بعد ما ﴿دخل﴾ ويرجع الزوج به على
 من دلسها ، أباً كان أو غيره ، حتى لو كانت هي المدلسة فلا شيء لها على الاقوى ،
 ويأتي فيه ما مر من القولين .

﴿ولو تزوج بنت المهيبة فادخات عليه بنت الامة﴾ حرم عليه وطؤها بعد
 معرفتها ولزمه ﴿ردها ولها﴾ مع جهلها ﴿المهر مع الوطء﴾ بها اجماعاً

﴿للشبهة﴾ وهل المراد بالمهر المثل أو المسمى للاوى؟ قولان، والظاهر الاول وناقاً للاكثر .

﴿ويرجع﴾ الزوج ﴿به﴾ أي بالذي دفعه ﴿على من ساقها﴾ اليه لانه غره وأضره ﴿وله زوجته﴾ وعليه مهرها المسمى، ثم لاختصاص لمامضى هنا، بل جار في كل موضع أدخل على الزوج غير زوجته .

﴿ولو تزوج اثنان﴾ امرأتين ﴿فأدخل 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 لو كان هناك، وحتى لو كانت هي الغار يرجع به اليها ، ولامهر لها مطلقاً هنا قطعاً واتفاقاً .

﴿وعليها﴾ أي الموطوءة ﴿العدة، وتعاد﴾ كل من المرأتين ﴿الى زوجها﴾ وعليه مهرها الاصيلي المسمى في متن العقد. ولو مات أحد الزوجين ورثه، لآخر سواء كانت المرأة في عدة الشبهة أم لا بخلاف .

﴿ولو تزوجها﴾ ظاناً كونها ﴿بكرًا﴾ أو مخبراً به أو مشترطاً ايها ﴿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 المداس وهو العاقد، وكذلك العالم بحالها ، والافعلية ان تداست 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^(١)﴾ صحيحة أنها ﴿ينقص مهرها﴾ وبها أفنى الاكثر وهو الاقوى

وعليه ففي تقدير النقص بشيء مطلقاً أو السدس أو بنسبة ما بين الثيب والبكر لا مجموع تفاوت ما بينهما ، لثلا يسقط جميع المسمى في بعض الفروض ، أو بما يعينه المحاكم أقوال ، ولعل الثالث أقرب .

(النظر الثاني)

(في المهور)

وفيه أطراف :

﴿ الاول ﴾ : في ما يصح الامهار به ، فنقول : ﴿ كل ما ﴾ صح أن يملكه المسلم ﴿ وانقل بعد أن يكون متمولاً جاز أن ﴾ يكون مهراً ، عيناً ﴿ مشخفاً كان ﴾ أوديناً ﴿ في الذمة ﴾ أو منفعة ﴿ للعقار أو الحيوان أو العبد أو الاجير ، أجنبياً كان أو زوجاً ﴾ كتعليم الصنعة أو السورة ﴿ أو علم غير واجب ، أو شيء من المحكم والاداب أو شعر ، أو غيرها من الاعمال المحللة المقصودة .

﴿ ويستوي فيه ﴾ أي في التعليم ﴿ الزوج والاجنبي ﴾ بلاخلاف في الاخير مطلقاً وفي الاول ، الا في اجارته نفسه مدة معينة ، ففيه خلاف أشار اليه بقوله : ﴿ أما لو جعلت ﴾ الزوجة ﴿ المهر استنجارده ﴾ أي الزوج ﴿ مدة ﴾ معينة ، كشهر أو شهرين أو سنة ﴿ فذ ﴾ في الصحة ﴿ قولان ، أشبههما ﴾ وأشهرهما الصحة و﴿ الجواز ﴾ خلافاً للنهاية ^(١) فأبطله ، وقد رجع عنه في المبسوط ^(٢) والخلاف ^(٣)

(١) النهاية ص ٤٦٩ .

(٢) المبسوط ٤/٢٧٣ .

(٣) الخلاف ٢/٤٠٤ .

مدعياً في الاخير على جواز جعل الاجارة مهراً على الاطلاق الوفاق .

﴿ولانقدير للمهر في القلة﴾ مالم يقصر عن التقويم كحبة حنطة ﴿ولافي الكثرة على الاشبه﴾ الاشهر ﴿ل يتقدر بالتراضي﴾ بينهما، خلافاً للمرتضى فممنوع عن الزيادة على مهر السنة وهو خمسمائة درهم، وهو ضعيف. نعم يستحب ذلك ولو احتيط مع ارادة الزيادة بجعل الصداق السنة وما زاد نحلة تأسياباً بولانا الجواد عليه السلام كان حسناً .

﴿ولابد من تعيينه﴾ اذا ذكر في متن العقد ﴿بالوصف﴾ المعين له ولو في الجملة ، ولا يعتبر فيه ما يعتبر في السلم من استقصاء الاوصاف المعبرة ﴿أو بالإشارة﴾ كهذا الثوب وهذه الدابة .

﴿وتكفي المشاهدة عن﴾ اعتبار ﴿كيله أو وزنه﴾ أو عده، كقطعة من ذب مشاهدة لا يعلم وزنها، وصبرة من طعام لا يعلم كيلها. ويشكل الحال او تافت قبل التسليم، أو بعده، وطلتها قبل الدخول ليرجع بنصفه، ففي الرجوع الى الصالح مطلقاً أو تضمينه مهر المثل في الاول قولان ، والاشهر الاظهر الاول .

﴿و﴾ يتفرع على اشتراط صحة المهر بالتعيين - ولو في الجملة - تعيين الفساد مع عدمه بالكلية والرجوع الى مهر المثل بلا خلاف ، ومقتضاه اطراد الحكم فيما ﴿لو تزوجها على خادم و﴾ الحال أنه ﴿لم يتعين﴾ أصلاً ، وعليه فتوى جماعة ، والاصح وفاقاً للاكثر ما اختاره المصنف بقوله : ﴿فلها الوسط . وكذا لو قال: دار أو بيت﴾ وعليه عن الخلاف الوفاق ، ولكن الاحوط المصير الى ما ذكره ان لم يعقد بمثل ذلك ، والرجوع الى الصالح معه ان لم يحصل التراضي الا به .

﴿ولو قال :﴾ أتزوجك ﴿على السنة ، كان﴾ المهر ﴿خمسماية درهم﴾ قطعاً لو قصدها عالمين بها ، ومطلقاً على الاشهر الاقوى ، بل قيل : اجماً .

ثم مقتضى الحكم والمستند ثبوت المهر بالعقد كالمعين بالذكر فيه لا بالدخول فيه، كمهر السنة الثابت به للدفوضة 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 البضع أو جمالة فيه لجوازهما مع ازوم الثاني قطعاً ازم مهرها و ﴿سقط ما سمي له﴾ اجماعاً ، كما عن الخلاف في اللزوم والغنية في السقوط . ولا فرق بين أن يتسبب تسمية الشيء للاب لتقليل المهر بزعمها ازومه بذكره في العقد أم لا . ولو جعل المسمى للاب جزءاً من المهر كأن أمهرها شيئاً و شرط أن يعطي أباه منه شيئاً ، ازم الشرط لو كان على اختيار من دون شائبة اكرهه واجبار وفاقاً لجمع ، خلافاً للاكثر فيفسد الشرط خاصة كاسابق ، وعلى المختار يرتجع بنصف المجموع بالطلاق .

﴿ولو عقد الذمبان﴾ أو غيرهما من الكفار ﴿على خمر أو خنزير﴾ ونحوهما مما لا يملك في شرعنا ﴿صح﴾ العقد والمهر بالخلاف ، لانهما يملكانه في شرعهما . ﴿ولو أساما أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة﴾ عند مستحليه على الاشهر الاقوى ﴿عيناً﴾ كان ﴿أو مضموناً﴾ وقيل : يجب مهر المثل . واو 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 . ﴿ولا يجوز عقد المسلم على الخمر﴾ ونحوها مما لا يملكه اجماعاً ﴿ولو عقد﴾ عليهما فسد المهر اجماعاً و ﴿صح﴾ العقد على الاشهر .

﴿و﴾ عليه فهل ﴿لها مع الدخول﴾ بها ﴿مهر المثل﴾ مطابقاً كان المسمى قيمة أم لا ، أو القيمة كذلك والكن يقدر مالاقيمة له ذات قيمة كالحر عبداً ، أو في ماله قيمة ، وأما مالاقيمة له فمهر المثل ؟ أقوال ، أشهرها وأظهرها الاول ، وان كان

اعتبار أكثر الامرين من قيمة المسمى والمثل أحوط .

﴿وقيل﴾: كماعن 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 أو البضع الى أحد الزوجين أو ثاثة ، أو اهما مال ذكره في العقد ، فهو قسمان ، الاول ما أشار اليه بقوله :

﴿لا يشترط في الصحة﴾ أي في صحة عقد النكاح ﴿ذكر المهر﴾ في منته .
﴿فلو﴾ عقد و ﴿أنفله أو شرط أن لامهر لها﴾ في الحال أو مطلقاً ﴿فالعقد صحيح﴾ اجماعاً ، ويسمى بـ « تفويض البضع » و « المرأة مفوضة البضع » بكسر الواو وفتحها .

أما لو صرح بنفيه في الحال والمآل على وجه يشمل ما بعد الدخول ، ففي فساد العقد ، أم الصحة قياساً له بالنفي المطاق ، أم فساد التفويض دون العقد ، فيجب مهر المثل كما لو شرط في المهر ما يفسده أقوال ، أشهرها الاول ، ثم من أحكامه عندنا عدم وجوب شيء لها متعة كان أو مهر مثل بمجرد العقد ، فالومات أحدهما قبل الدخول والطلاق فلا شيء لها .

﴿ولو طلق﴾ المفوضة ﴿فلها المتعة﴾ خاصة ان طلقها ﴿قبل الدخول﴾ والفرض ، وان طلقها بعد الفرض وقبل الدخول فلها نصف المفروض . ولو طلقها بعدهما أو لم يطلق وقد فرض ، فجميع ما فرض لها ، زاد عن مهر المثل أم قصر عنه أم ساواه .

هذا إن اتفقا على الفرض ، وان اختلفا فيه قيل : للحاكم فرضه به مهر المثل . ويحتمل قوبساً ابقاء الحال الى حصول أحد الامور الموجبة القدر أو المستطة للحق .

ثم ان في ثبوت المتعة بغير الطلاق من أقسام البيئونة أقوال ، أشهرها وأظهرها عدم مطلقا ، وان كان مراعاتها أحوط وأولى ، وألحق بالمفوضة من سمي لها مهر فاسد، فيثبت لها المتعة، ولا بأس به استحباباً .

﴿و﴾ يجب ﴿بعده﴾ أي بعد الدخول وقبل الغرض ﴿لها مهر المثل﴾ اجماعاً. واطلاق جملة [من النصوص ^(١)] كالعبارة وصريح بعضهم يقتضي ثبوت المثل مطلقا ولو زاد على السنة، خلافاً للاكثر في الزائد عليها فيرد اليها، وعن جماعة الاجماع ولعله الأقوى .

﴿و﴾ يعتبر في مهر المثل حالها في الشرف، والجمال ﴿والمعقل، والادب، والبركة، وصراحة النسب، واليسار، وحسن التدبير، وكثرة العشائر، وعادة نساؤها وأمثال ذلك .

والمعتبر من أقاربها من الطرفين على الأشهر الأقوى، وعن ظاهر المبسوط ^(٢) الاجماع .

ويعتبر في الأقارب أن يكونوا من أهل بلدها أو بلد لا يخالف عاداتها عادة بلدها على الأقوى .

﴿و﴾ يعتبر ﴿حاله﴾ خاصة ﴿في المتعة﴾ على الأشهر الأقوى ، وفي الغنية الاجماع .

ثم المتعة بالنظر الى المتمتع على ثلاثة أقسام: متعة يسار، وتوسط، واعسار وعين الاصحاب لكل مرتبة ما يليق بها في العرف والعادة .

﴿فالغني يمتع﴾ بالدابة ، وهي الفرس ، والمعتبر ما يقع عليه اسمها صغيرة أم كبيرة ، برذوناً كانت أم عتيقاً ، قاربت قيمتها الثرب والعشرة الدنانير أم لا ، أو

(١) وسائل الشريعة ٢٤/١٥، ب ١٢ .

(٢) المبسوط ٢٩٩/٤ .

﴿بالثوب المرتفع﴾ عادة ، ناسبت قيمته قسيميه أم لا ﴿أو عشرة دنانير﴾ وهي
المناقيل الشرعية .

﴿و﴾ يتمتع ﴿الفقير بالخاتم﴾ ذهباً كان أوفضة معتداً به عادة ﴿أو الدرهم﴾
وفي الصحيح ^(١) بالخمار وشبههه ، وفي الموثق ^(٢) بالحنطة والزيب والثوب .
﴿و﴾ يتمتع ﴿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 غيرها أو اليها معاً وجهان
والوقوف مع النص طريق اليقين .

﴿وبحكم الزوج﴾ المفروض اليه المهر ﴿بما شاء وان قل﴾ .
﴿وان﴾ عكس الامر و﴿حكمت المرأة﴾ وفوض اليها ﴿لم﴾ يجر لها أن
﴿تتجاوز مهر السنة﴾ اجماعاً في المقامين .

ثم لو طلق قبل الدخول ألزم الحاكم بالحكم ولها نصف ما يحكم به ، سواء
وقع الحكم قبل الطلاق أو بعده . وكذا لو طلقها بعد الدخول لزمت الحاكم الفرض
واستقر في ذمة الزوج .

(١) وسائل الشريعة ٥٧/١٥ ، ج ٢ .

(٢) وسائل الشريعة ٥٦/١٥ ، ج ١ .

(٣) وسائل الشريعة ٣١/١٥ ، ج ٢١ .

﴿ ولومات الحاكم ﴾ ﴿ منها ﴾ ﴿ قبل الدخول وقبل الحكم ، فالمروي ﴾ ﴿ في الصحيح ^(١) أن ﴾ ﴿ لها المتعة ﴾ ﴿ دون المهر ، وهو الأشهر الاظهر . ولا فرق 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 الباقر .

ولومات المحكوم عليه حينئذ أُلزم الحاكم بالحكم ، فان كانت المرأة لا يتجاوز السنة ، والا فللزوج الحاكم بما يشاء كما مضى .

﴿ الطرف الثالث : في الاحكام المتعلقة بالمهر ﴾ ﴿ وهي عشرة : ﴾

﴿ الاول : تملك المرأة المهر ﴾ ﴿ جميعه ﴾ ﴿ بالعقد ﴾ ﴿ وان لم يستقر التملك الا بعد الدخول ، على الأشهر الاقوى ، وعن الحلبي نفى الخلاف عنه . وقيل : تملك نصفه به والنصف الاخر بالدخول . وعلى المختار لها التصرف قبل القبض على الاقرب .

﴿ ويتنصف بالطلاق ﴾ ﴿ بالكتاب ^(٢) والنص ^(٣) والاجماع .

﴿ ويستقر ﴾ ﴿ الجميع بأحد أمور أربعة : ﴾ ﴿ بالدخول ، وهو الوطىء قبلاً أو دبراً ﴾ ﴿ اجماعاً في كلام جماعة . وبردة الزوج على الأشهر الاقوى . وبموت الزوج على الأشهر ، وعن المرتضى الاجماع ، خلافاً لجماعة فالنصف كالطلاق ، ولا يدخل عن قوة ، لاخبار ^(٤) قريية من التواتر بل متواترة ، وقيل : انه الأشهر بين القدماء

(١) وسائل الشريعة ٣٢/١٥ ، ح ٢ .

(٢) سورة البقرة : ٢٣٧ .

(٣) وسائل الشريعة ٦١/١٥ ، ب ٥١ .

(٤) وسائل الشريعة ٧١/١٥ ، ب ٥٨ .

والطائفة . وكذا الكلام في موت الزوجة .

﴿ولا يسقط﴾ شيء من المهر عاجلاً كان أم آجلاً ﴿معه﴾ أي مع الدخول ﴿لولم يقبض﴾ على الأشهر الأظهر ، وعن ظاهر الانتصار الإجماع . وقيل : بالسقوط به مطلقاً ، سواء قبضت منه شيئاً أم لا ، طال مدت أم قصرت ، طالبت به أم لا ، للصحيح^(١) المستفيضة ، وأولت لشذوذها بتأويلات غير بعيدة في مقام الجمع بين الأدلة .

﴿ولا يستقر﴾ المهر بجميعة ﴿بمجرد الخلو﴾ بالمرأة وإرخاء المتر على وجه ينتفي معه المانع مطلقاً ﴿على الأشهر﴾ الأقوى ، وفيه قول آخر .
 ﴿الثاني﴾ : قيل : إذا ﴿تزوجها﴾ ولم يسم لها مهراً وقدم إليها شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهرها ما لم يشترط ﴿قبل الدخول أن المهر﴾ غيره ﴿بكونه﴾ بعض المهر أو مائناً له ، والقائل المشهور ، حتى ادعى جماعة عليه الإجماع ، ولا بأس به ، وتوقف فيه جماعة كما هو ظاهر المصنف .

واختلفوا بعد ذلك فيمن من جملة على الأصول وأثبت مهر المثل كما في المعبرة^(٢) ، وبين من فصل بالعادة وحكم بالسقوط بدفع الشيء قبل الدخول إن استقرت على تقديم المهر عليه وعدمه إن لم تستقر .

﴿الثالث﴾ : إذا طلق ﴿الزوجة﴾ قبل الدخول وكان قد سمى لها مهراً أبرئ ذمته من نصف المسمى إن كان ديناً و﴿رجع﴾ بالنصف إن كان أقبضها واستقر ملكه عليه إن كان عيناً دفعه إليها إجمالاً ﴿أو طالبت﴾ مطلقاً ﴿بأنصف إن لم يكن﴾ أقبضها ﴿المهر﴾ .

﴿ولا يستعيد﴾ منها ﴿الزوج ما تجدد من النماء بين العقد والطلاق﴾ ، متصلاً

(١) وسائل الشريعة ٦٥/١٥ .

(٢) وسائل الشريعة ٢٤/١٥ ، ب ١٢٠ .

كان ﴿النماء﴾ كالمسن ، أو منفصلاً كالولد ﴿على الأشهر الأقوى .
ثم ان اذا وجده باقياً ، وان وجده تالفاً أو منتقلاً عن مالكها فله نصف مثله
ان كان مثلياً ، أو قيمته على الاظهر ، أو نصف قيمة المهر على الأشهر ان كان قيمياً .
ثم ان اتفقت القيمة والافله الاقل من حين العقد الى حين التسليم^(١) .
وان وجده معيباً رجوع في نصف العين مع الارش على الاظهر ، خلافاً للاكثر
فتمخير 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 أو صفة ، تمخرت بين دفع نصف العين
الزائدة ونصف قيمتها مجردة عن الزيادة على أظهر الأقوال 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 ما يريده منها دون الثوب ، إلا أن يكون
مفصلاً على ذلك الوجه قبل دفعه اليها من دون تصرفها فيه بما لا يتأتى معه حصول
مقصوده .

﴿ولو كان النماء موجوداً حال العقد رجوع بنصفه﴾ أيضاً ﴿كالحمل﴾ مع
دخوله في المهر بالشرط أو التبع مطلقاً حصل الوضع قبل الطلاق أو بعده على
الأقوى .

﴿ولو كان﴾ المهر ﴿تعليم صنعة أو علم﴾ مثلاً ﴿و﴾ طلقها قبل الدخول
بعد أن ﴿علمها﴾ ايها ما كمالاً ﴿رجع﴾ عليها ﴿بنصف أجرته﴾ المثلية . ولو

(١) أي تسليم المهر من الزوجة «منه» .

كان قبل التعليم رجعت هي عليه في نصف الاجرة في تعليم الصنعة قطعاً مطابقاً ، 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 مطلقاً 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 للهبه 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 رقبته أو العدم فحرة بعدالسبب وانما ينصرف الامهار الى الخدمة قولان ، والى الاول أشار بقوله :
 ﴿وقيل :﴾ والقائل الحلبي انه ﴿يبطل التدبير بجعلها مهراً ، وهو أشبه﴾ وأشهر ، والقول الثاني للنهاية^(١) والقاضي ، وفي مستنده ضعف .

﴿الخامس : لو أعطاها عوض المهر﴾ المسمى ﴿متاعاً أو عبداً آبقاً وشياً﴾ ثم طلق ﴿قبل الدخول﴾ رجوع بنصف ﴿مثل﴾ المسمى ﴿أو قيمته﴾ دون ﴿نصف المسمى نفسه﴾ والعوض .

﴿السادس : اذا شرط في العقد ما يخالف 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 .

﴿أما لو شرطت أن لا يقتضها﴾ أو لا يبطأها ﴿صح﴾ كل من العقد والشرط مطلقاً وفاقاً لجماعة .

﴿ولو أذنت﴾ له ﴿بعده﴾ في الوطىء ﴿جاز﴾ على الأشهر الأظهر كما مر .

﴿ومنهم من خص الجواز﴾ في كل من العقد ﴿والشرط بما تمتعه﴾ ومنعه في الدوام والمخصص الاكثر ، ولعله الأظهر ، وفي المسألة قولان آخران .

﴿السابع : لو شرط أن لا يخرجها من بلدها لزم﴾ على الأشهر الأقوى، خلافاً للحلي وجماعة فأبطلوا الشرط وصححووا العقد. والمورد النص^(١) البلد ويلحق به المنزل على الأصح، ومتى حكمنا بصحته صح إسقاطه 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 ﴿وازتمه المائة﴾ التي عقدها عليها ولا ينقص شيء منها ﴿وان أرادها الى بلد الاسلام فله الشرط﴾ الذي اشترطه فان طوعته ازمته المائة والا فالخمسون على الأشهر الأظهر .

﴿الثامن : لو اختلفا﴾ الزوجان ﴿في أصل المهر﴾ بأن ادعته المرأة أو أنكره الزوج ﴿فالقول قول الزوج مع يمينه﴾ ان كان الاختلاف قبل الدخول بلا خلاف ﴿و﴾ كذا ﴿لو كان بعد الدخول﴾ على الأشهر الأظهر قطعاً مسع ثبوت انتفاء الفويض باتفاقهما عليه أو بالبينة أو ما في معناها، وكذا مع احتمالها على الأظهر .

ولو اتفقا على التفويض ترتب عليه حكمه من ثبوت مؤثر المثل مع الدخول والمتعة مع الطلاق قبله .

ولو ادعى أحد الزوجين التفويض والآخر التسمية، فالأظهر أن القول قول من

يدعي التفويض، لكن ليس للمرأة المطالبة بزيادة ما تدعيه من مهر المثل أو التسمية .
ولو ثبت تسمية قدر معين اما باقراره أو البينة أو الشياح أو ما في معناه مما يفيد
العلم ، ثم ادعى تسليمه ولا بينة ، كان القول قول الزوجة مع يمينها على الأشهر
الاقوى .

ولو اختلفا في المقدار ، فالقول قول المنكر للزيادة مطلقا على الأشهر الاقوى .
﴿ وكذا لو خلا ﴾ بها ﴿ فادعت المواقعة ﴾ وأنكرها الزوج ، فالقول قوله
مع يمينه على الأشهر 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^(١) والفنوى يقتضي ضمان الاب مع اعسار الولد مطلقا ولو
تبرأ عن ضمانه ، خلافاً للفاضل فاستثنى منه صورة التبري ، ولا يخلو 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 فالتوقف فيه مجال ، كما صرح به في الشرائع^(٢) وتبعه قوم .

ولو ام 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 الشريعة ٣٩/١٥ ، ج ٢٣ .

(٢) شرائع الاسلام ٣٣٢/٢ .

﴿حتى تقبض مهرها﴾ ان كان حالا ، عيناً كان أو منفعة ، معيناً كان أم في الذمة ، موسراً كان الزوج أو معسراً ، اجماعاً فيما عدا الاخير ، وأما الاخير فالاشهر الاظهر أنه كذلك خلافاً للحلي وهو نادر . وان كان مؤجلاً فليس لها الامتناع اجماعاً . ولو أقدمت على فعل المحرم وامتنعت به عن التسليم الى أن حل الاجل ، فهل لها الامتناع حينئذ تنزيلاً له منزلة الحال ابتداءً أو عدمه ؟ وجهان ، أجودهما : الثاني .

ولو كان بعضه حالا وبعضه مؤجلاً ، كان لكل منهما حكم مماثله .

ثم انه انما يجب على الزوج تسليم المهر اذا كانت مهية للاستمتاع ، فلو كانت ممنوعة بعذر - وان كان شرعياً - 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 الأشهر﴾ وفي السرائر^(١) والغنية الاجماع .

(النظر الثالث)

(في القسم والنشوز والشقاق)

﴿أما القسم﴾ بفتح القاف ، والمراد به قسمة الليالي بين الأزواج . أما بالكسر فهو الحظ والنصيب ، ولاخلاف في وجوبه . ﴿ف﴾ يجب ﴿للزوجة الواحدة ليلة﴾ من أربع ﴿وللاثنتين ليلتان ، ولثلاث ثلاث ، والفاضل من﴾ تمام ﴿الأربع﴾ ليالي ﴿له أن يضعه حيث شاء﴾ في الزوجات أو غيرهن .

﴿ولو كن أربعاً فلكل واحدة ليلة﴾ وهـل يجب بنفس العقد والتمكين أم يتوقف على الشروع في القسمة فلا يجب الا للمتعهد خاصة الا أن ينقضي الدور فيحل تركه؟ قولان ، أشهرهما : الاول ، وهو أحـرط وان كان في تعينه نظر . كل ذاتي المتعددة ، وأما الزوجة الواحدة فينبغي القطع بعدم استحقاقها القسمة بالمرة . ثم ان تعددن ابتداء بالقرعة ، فان كانتا اثنتين والافتقر 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 ﴿الامع العذر﴾ كنشوزها الى أن ترجع الى الطاعة أو السفر مطلقا ﴿أو الاذن﴾ ممنهـن أو من بعضهن فيما يختص الاذن به .

﴿والواجب﴾ في البيوتة هو ﴿المضاجعة﴾ خاصة ، وهي أن ينام معها قريباً منها عادة معطياً لها وجهه دائماً أو أكثرياً بحيث لا يبعد هاجراً وان لم يتلاحق الجسمان . ولا يعتبر فيها حصولها في جميع الليل ، بسـل يكفي فيه ما يتحقق معه المعاشرة بالمعروف .

﴿ولا﴾ 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^(١)﴾ ابراهيم ﴿الكرخي﴾ الصحيحة اليه أنه ﴿انما﴾ يجب

(١) وسائل الشيعة ٨٤/١٥ ج ١ ح ٥ .

﴿عليه أن يكون عندهما في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها﴾ و ليس 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 ببيتوته 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 الا للضرورة ، ومنها عيادتها اذا كانت مريضة، وقيده في المبط بنقل المرض والالم بجزء، فان مكث وجب قضاء زمانه ما لم يقصر بحيث لا يعد اقامة عرفاً فيأثم خاصة .

ثم تخصيص المبيت بالليل جار مجرى الغائب، وهو من يكون معاشه نهاراً. ولو انعكس كالوقاد والحارس والبزار فعماد قسمته النهار خاصة بالاخلاف . ولو كان مسافراً معه زوجاته فعماد قسمته وقت النزول، قليلا كان أو كثيراً ، ليلا كان أم نهاراً .

﴿واذا اجتمع مع﴾ الزوجة ﴿الحررة أمة بالعقد﴾ الدائم حيث جوزناه ﴿فللحررة ليلتان وللامة ليلة﴾ على الاظهر الا شهر، حتى عن الاخلاف وغيره الاجماع خلافاً للمفيد فلاقسمة للامة ، وهو نادر .

ثم ان التثليث وان كان يتحقق بتنصيف الليل للامة وتنميمها للحررة، فلهما ليلة ونصف من أربعة ليالي وليلتان ونصف له يضعهما حيث يشاء، الا اذا اظهر الا شهر تخصيصه بتثليث الليالي، فللامة ليلة وضعفها للحررة ويكون ذلك من ثمان، فيكون الذي للزوج منها خمس يضعها حيث شاء ولهما ثلث ، وعن الاخلاف وغيره الاجماع . ﴿والكناية﴾ الحررة ﴿كلامة﴾ المسلمة ، فللحررة المسلمة ليلتان واهما ليلة، بالاخلاف يعبؤ به .

والكناية المملوكة لها ربع القسمة، لثلاث تساوي الامة المسلمة .

﴿ولا قسمة للموطوعة بالملك﴾ اجماعاً .

﴿ويختص البكر عند﴾ حدثان عرسها و ﴿الدخول﴾ عليها استحباباً
 ﴿بثلاث﴾ ليالٍ ﴿الى سبع﴾ وفاقاً للشيخ في كتابي الاخبار، وصريحه فيهما
 أفضلية الاول خلافاً للاكثر فالثاني وهو أظهر ، ولا خلاف في جواز التخصيص
 بالسبع .

وهل هو على سبيل الاستحقاق خاصة فلا يقضى منها شيئاً لغيرها ام لا يستحق
 منها سوى الثلاث وأما البواقي فلا بل غاية الامر جواز تقديمها ومعه فيقضيهما
 للبقيات ؟ قولان، ظاهر اطلاق النص^(١) والفتوى الاول، كل ذا في البكر .

﴿و﴾ أما ﴿الثيب﴾ فتختص عند حدثان عرسها ﴿بثلاث﴾ وفاقاً للاكثر
 والمتبادر من اطلاق النص^(٢) والفتوى توالي الليالي وحرية المرأتين ، الا أن
 ظاهر الاصحاب الانفاق على العموم للامة، ولكن اختلفوا في المساواة في التقدير
 أو التنصيف لها على القولين، والاشهر الاول، والظاهر الثاني، ولا فرق في الثيب
 بين الزائل بكارتها بالجماع أو غيره .

﴿وتستحب التسوية بين الزوجات في الانفاق واطلاق الوجه والجماع﴾
 استحباباً مؤكداً وليس بواجب اتفاقاً ﴿وأن يكون في صبيحة كل ليلة عند
 صاحبته﴾ كما مر .

﴿وأما المنشوز:﴾ وأصله الارتفاع ﴿فهو﴾ هنا بل وربما يطلق عليه في
 اللغة أيضاً ارتفاع أحد الزوجين ﴿وخروجه﴾ عن طاعة صاحبه فيما يجب له
 عليه .

﴿فتمتى ظهر من المرأة أمانة العصيان﴾ بتقطبها في وجهه والضجر والسأم

(١) وسائل الشريعة ١٥ / ٨١ ، ١٣ .

(٢) نفس المصدر .

بحوائجه الني يجب عليها فعلها من مقدمات الاستمتاع ، بأن تمنع أو تتناقل اذا دعاها اليه ، لامطلق حوائجه ، اذ لايجب عليها قضاء حاجته التي لاتتعاق بالاستمتاع أو تغير عاداتها في أدبها معه ، قولا كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين ، أو غير مقبلة بوجهها بعد أن كانت تقبل ، أو فعلا كأن يجد اعراضاً أو عبوساً بعد لطف وطلاقة ونحو ذلك ﴿وعظها﴾ أولاً بلاهجر ولاضرب ، فلعلها تبدي عذراً أو تتوب عما جرى منها من غير عذر .

والوعظ كأن تقول: اتقي الله في الحق الواجب لي عليك واحذري العقوبة وبين لها ما يترتب على ذلك من عذاب الله سبحانه في الآخرة وسقوط النفقة والقسم في الدنيا .

﴿فان لم ينجع﴾ فيها ذلك ﴿هجرها في المضجع﴾ بكسر الجيم ، ويتحقق بأن يولها ظهره في الفراش ﴿أو يعتزل فراشها مخبراً بينهما على أصح الأقوال وأظهرها ، وان كان اختيار الاول أحوط وأولى .

﴿فان لم ينجع﴾ فيها ذلك أيضاً ﴿ضربها مقتصراً﴾ في الضرب ﴿على ما يؤمل معه طاعتها﴾ فلا تجوز الزيادة عليه مع حصول الغرض به ، والا تدرج الى الأقوى فالأقوى ﴿مالم يكن﴾ مدعياً ولا ﴿مبرحاً﴾ أي شديداً كثيراً .
وتفسير الضرب بذلك هو الأشهر الأظهر ، وروي : أنه الضرب بالسواك^(١) وهو أحوط .

وهل الامور الثلاثة على التخيير أو الجمع أو الترتيب بالتدرج من الانخف الى الاثقل كمراتب النهي عن المنكر؟ وعلى التقادير فهل هي مع تحقق النشوز أو ظهور امارته قبل وقوعه أو معهما بمعنى أن الوعظ والهجر مع الثاني والضرب مع الاول؟ أقوال ، أقواها الثالث في المقامين ، وهو الترتيب بين الامور

(١) مجمع البيان ذيل الآية (٣٤) من سورة النساء .

الثلاثة، واختصاص الاولين منها مرتباً بينهما بظهور امارة النشوز وثالثها بتحقق النشوز .

وهنا قول آخر وهو: ما قل به بعض العلماء في تفسير الآية « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن »^(١) فان نشزن فاهجرهن في المضاجع، فان اصررن فاضر بوهن وهو احوط .

﴿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 أحل بها، ولها وعظا لاهجره وضربه، فان أصر على الامتناع رفعت أمرها الى الحاكم .

ولو امتنع عن الانفاق جاز للحاكم الانفاق عليها من ماله او يبيع شيء من عقاره اذا توقف الامر عليه .

ولولم يمنعه شيئاً من حقوقها الواجبة ولا يؤذيها بضرب ولا سب واكن يكره صحبتها امراض أو كبر فلا يدعوها الى فراشه أو يهجم بطلاقها فلاشيء عليه .

﴿ولو تركت﴾ حينئذ ﴿بعض ما يجب﴾ لها عليه ﴿أو كله استمالة﴾ له ﴿جاز﴾ لها و ﴿له القبول﴾ وكذا لو أحل الزوج ببعض حقوقها الواجبة أو كلها، فلها ترك ذلك استمالة له، واه القبول أيضاً لو تركته بطيب نفسها لا مطلقاً .

﴿وأما الشقاق: فهو أن يكره كل منهما صاحبه﴾ سمي به لكون كل منهما في شق غير شق الاخر .

﴿فاذا خشى الاستمرار﴾ على الشقاق ﴿بعث﴾ وجوباً على الاقوى ﴿كل منهما﴾ وفاقاً للصدوقين خلافاً للاكثر فالحاكم ولنادر فأهلها ﴿حكماً من﴾

أهله ﴿ وحكماً من أهلها وفقاً للسرائر (١) .

﴿ ولو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم ﴿ ولادليل عليه سوى الجمع بين الروايات (٢)، والاولى اجباره لهما عليه .

﴿ ويجوز أن يكونا ﴿ أي الحكمان ﴿ اجنبيين ﴿ اما مطلقاً كما هو ظاهر المتن ، أو مقيداً بعدم الاهل كما هو الاقوى، ومع ذلك ليس لهما حكم البعوث من أهلها من امضاء ما حكما عليهما ، ويكون حكمهما حينئذ الاقتصار على ما أذن به الزوجان وفيه وكلا ، وليس لهما من التحكيم الذي هو من حكم الحكامين 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 ويضي عليهما ما حكما بالاختلاف ظاهراً .

﴿ ولايفرقان الامع اذن الزوج في الطلاق والمرأة في البذل ﴿ في المشهور بل قبل : باختلاف .

﴿ ولو اختلف الحكمان لم يرض لهما حكم ﴿ عليهما بلاشكال .

(١) السرائر ص ٣٣٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥ / ٨٩ ، ب ١٠٣ و ١٠٤ .

(٣) المبسوط ٤ / ٣٣٩ .

(٤) السرائر ص ٣٣٨ .

(النظر الرابع)

(فى احكام الاولاد)

﴿ ولد الزوجة الدائمة ﴾ التام خلقتة ﴿ باحق به ﴾ أي بالزوج الذي يمكن

التولد منه عادة ولو احتمالاً بعيداً ﴿ مع ﴾ شروط ثلاثة :

أحدها : ﴿ الدخول ﴾ بها دخراً يمكن فيه ذلك ولو بعيداً ، قبلاً كان أو

دبراً اجماعاً ، وفي غيره اشكال وان حكى عن الاصحاب الاطلاق واحتمل الاجماع ،

مع أن المحكى عن جماعة عدم العبرة بالوطىء دبراً واستوجهه من المتأخرين

جماعة ، وهو حسن الا مع الامناء واحتمال السبق وعدم الشعور لامطلقاً .

﴿ وثانيها : ﴾ مضي ستة أشهر ﴿ هلالية أو عديدة ﴾ من حين الوطىء ﴿

فلاعبرة بالاقبل 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 .

﴿ وثالثها : ﴾ وضعه لمدة ﴿ أقصى ﴾ الحمل أو أقل ﴿ منها اجماعاً

﴿ وهي تسعة أشهر ﴾ على الاظهر ، وفي المبسوط^(١) والخلاف^(٢) وغيرهما

الاجماع .

﴿ وقيل : ﴾ عشرة أشهر ﴿ واختاره المصنف بقوله : ﴿ وهو حسن ﴾ ودليله

(١) المبسوط ٣٠٥/٨ .

(٢) الخلاف ٦٥/٣ .

غير واضح .

﴿وقيل:﴾ انها ﴿سنة﴾ كاملة ﴿وهو متروك﴾ وفيه اشعار بانعقاد الاجماع على خلافه .

وكيف كان ﴿فد﴾ يتفرع على الخلاف ما ﴿لو اعتزلها أو غاب عنها عشرة أشهر فولدت بعدها لم يلحق به﴾ على الاظهر ، وكذا على القول بال عشر ، 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 به﴾ أي بالدخول ﴿ثم أنكر الولد لم ينتف عنه الا باللعان﴾ اجماعاً .

﴿ولو اتهمها بالفجور أو شاهد زناها لم يجز له نفيه﴾ مع احتماله اللحق به ﴿ولحق به﴾ اجماعاً ﴿ولو نفاه لم ينتف عنه الا باللعان﴾ اجماعاً ، ولا فرق في ذلك بين كون الولد يشبه الزاني وعدمه .

ولو وطئت الزوجة شبهة وأمكن تولد الوالد من الزوج وذلك الواطء أقرع بينهما ، سواء وقع الوطئان في طهر واحد أو طهرين . ولو انتفى عن أحدهما ألحق بالآخر من غير قرعة .

﴿وكذا﴾ يلحق به الولد ولا ينتفى عنه الا باللعان ﴿لو اختلفا في مدة الولادة﴾ فادعى ولادته لدون ستة أشهر ، أو لأزيد من أقصى الحمل ، بلا اشكال في الثاني ، وأما الاول فيحتمل فيه قبول قواه وفاقاً لجماعة واكنه 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 مطلقاً اجماعاً في المقامين .

﴿ولو طلق زوجته﴾ المدخول بها ﴿فاعتدت وتزوجت﴾ أو وطئت لشبهة
 ﴿وأنت بولد﴾ فان لم يمكن لحوقه بالثاني وأمكن لحوقه بالاول كما لو وادته
 ﴿لدون ستة أشهر﴾ من وطئ الثاني وتمامها من غير أن يتجاوز أقصى الحمل
 من وطئ الاول ﴿فهو للاول﴾ وتبين بطلان النكاح الثاني لوقوعه في العدة ،
 وحرمت عليه مؤبداً .

ولو انعكس الامر ، بأن وادته لازيد من أكثر الحمل من وطئ الاول ولاقله
 الى الاقصى من وطئ الثاني لحق بالثاني .
 وان لم يمكن لحوقه بهما ، بأن ولدته لازيد من أكثر الحمل من وطئ الاول
 ولدون ستة أشهر من وطئ الثاني انتفي عنهما قطعاً .

﴿ان أمكن الحاقه بهما كما﴾ لو كان ﴿ولدتها﴾ لستة أشهر من وطئ
 الثاني ولسبعة ﴿فصاعداً﴾ الى أقصى الحمل من وطئ الاول ﴿فهو للاخير﴾
 وفاقاً للنهاية^(١) وجماعة ، خلافاً للمبسوط^(٢) 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 الامه لو باعها﴾ سيدها ﴿بعد الوطئ﴾ فبي جميع
 الصور المفروضة ، ولكن على تقدير ولادتها لدون ستة أشهر من وطئ الثاني ،
 والحكم بلحوق الولد للبائع يتبين فساد البيع لانها أم الولد .

(١) النهاية ص ٥٠٥ .

(٢) المبسوط ٨ / ٣٠٥ .

﴿وولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى﴾ الواطئة لها اذا أتت به لستة أشهر فصاعداً الى الاقصى اتفاقاً ﴿و﴾ حينئذ ﴿يلزمه الاقرار به﴾ اذا لم يعلم انتفاؤه عنه ولم يكن هناك اماره يغلب معها الظن بخلافه ، لامطلقاً 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 ما عليه بلا اشكال وفيما له اشكال الا أن يكون اجماع .

﴿وفي حكمه﴾ أي ولد الامة ﴿وولد المتعة﴾ فيترتب عليه الاحكام المذكورة من اللقوق به ، ولزوم الاعتراف به مع عدم العلم بانتفائه عنه ، وانتفاؤه عنه ظاهراً اذا نفاه من غير لعان ، واللقوق به بالاعتراف به بعد الانكار .

﴿وكل من أقر بولد ثم نفاه لم يقبل نفيه﴾ اجماعاً .

﴿ولو وطأها المولى﴾ وطياً يمكن لحقوق الولد به ﴿وأجنبي﴾ آخر معه فجوراً لاشبهه يمكن للحرق في حتمه أيضاً ﴿حكم به للمولى﴾ مع عدم الامارة التي يغلب معها الظن بالعدم اجماعاً .

﴿فان حصات فيه اماره يغلب معها الظن أنه ليس منه لم يجز له الحاقه﴾ به ﴿ولانفيه﴾ عنه ﴿بل يستحب له أن يوصي له بشيء ولا يورثه ميراث الاولاد﴾ وفقاً للاكثر كما في كلام جمع ، خلافاً لجماعة فأثبتوا لها الفراه مطلباً ولو مع الامارة، وهو في غاية القوة .

﴿ولو وطئها البائع والمشتري﴾ فأنت بولد ﴿فالولد للمشتري﴾ بالاختلاف 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 ، و-و حبلت حينئذ ﴿فولدت وتداعوه﴾ فقال كل منهم : هو ولدي ﴿أفرع بينهم وألحق بمن خرج اسمه ، و﴾ قد ﴿يغرم﴾ الملحق به ﴿حصص الباقين من قيمته﴾ أي الولد يوم سقط حياً ﴿وقيمة أمه﴾ لصيرورتها بظاهر الشرع بالقرعة أم ولده ، ولا يجوز لهم رفع التداعي للولد الا بالقرعة .

﴿ولا يجوز نفي الولد لمكان العزل﴾ عن أمه مطلقاً ، دائمة كانت أو متعة أو أامة حصل العلم بعدم سبق المنى فرجها أملاً ، على اشكال في هذه الاطلاق وان كان ظاهر الاصحاب .

﴿ولامع التهمة بالزنا﴾ .

﴿والموطوءة بالشبهة يالحق ولها باواطىء﴾ بالشرط الثلاثة المتقدمة ، وعدم الزوج الحاضر الداخلة بها حيث يمكن الحاقه به ، والمولى بحكم الزوج لكن لو انتفى عن المولى ولحق الواطىء أغرم قيمة الولد يوم سقط حياً له ولها . ﴿ولو تزوج امرأة لظنه خلوها من الزوج﴾ والمولى ﴿فبانة محصنة﴾ ذات زوج أو مولى ﴿ردت على الاول بعد الاعتداد من الثاني﴾ ولا رجوع عليها بمهر أو نفقة ان اشتركت معه في الظن ﴿والاولاد للواطىء الثاني مع الشرائط﴾ للاحقاق .

وبنوعي تقييد الحكم باعتقاد الزوج جواز التعويل على ذلك الظن ليصير الوطىء شبهة ، فلو كان الظن مما لا يجوز التعويل عليه وعلم بذلك ، فان الوطىء يكون زناً وينتفي الولد عن الواطىء قطعاً وعن الموطوءة أيضاً اذا اشتركت معه في العلم بعدم جواز التعويل على مثل ذلك الظن ، والا فالحق بها كما يلحق بالواطىء أيضاً ان اختص باعتقاد جواز التعويل عليه .

﴿ويلحق بذلك﴾ أي بحكم الاولاد ﴿أحكام الولادة، وستنها﴾ والمراد بها
الاداب العامة للواجب والمندوب :

فالاول: ﴿استبداد النساء﴾ وانفرادهن ﴿بالمرأة﴾ للاعانة لها عند المخاض
﴿وجوباً﴾ كفاثياً بلاخلاف فيه ولافي عدم جواز الرجال ممن عدا الزوج مطلقاً
﴿الامع عدمهن﴾ فجاز لهم اعانتهم بل وجب للضرورة ﴿ولا بأس بالزوج﴾
مطلقاً ﴿وان وجدن﴾ أي النسوة ويتعين لو فقدن ان حصلت به المساعدة ، والا
تعين الرجال المحارم ، فان تعذروا فغيرهم .

والثاني: ما أشار اليه بقوله: ﴿ويستحب غسل المولود﴾ بضم الغين ، وفي
اعتبار الترتيب فيه وجهان ، ووقته حين الولادة .

﴿والاذان في أذنه اليمنى والاقامة في﴾ أذنه ﴿اليسرى﴾ ولايتعنان قبل
قطع السرة كما قيل ، بل يجوز التأخير ولو الى اليوم السابع .
﴿وتحنيكه بتربة الحسين﴾ ^{عليه السلام} وبماء الفرات ﴿وهو النهر المعروف، والمراد
بالحنك ادخال ذلك الى حنكه وهو أعلى داخل الفم، قيل: ويكفي ذلك بكل
من الحنكين وان كان المتبادر ذلك الاعلى .

﴿ومع عدمه﴾ أي عدم ماء الفرات ﴿بماء فرات﴾ أي عذب ، والاولى
التحنك بماء السماء مع تعذر ماء الفرات ﴿وان لم يوجد﴾ الماء الفرات ولا
غيره ﴿الاماء ملح خلط بالعسل أو التمر﴾ .

﴿وتسميته بالاسماء المستحسنة﴾ كاسم محمد وعالي وفاطمة والحسن والحسين
وجعفر وطالب وعبدالله وفاطمة من النساء كما في النص، وفيه : انه لا يدخل الفقر
بيتاً فيه اسم أحد هؤلاء^(١)، ونحوها أسماء الانبياء .

﴿وأن يكنيه﴾ مخافة النبي ﴿ويكره أن يكنى محمداً بأبي القاسم﴾ للنص^(٢)

(١) وسائل الشيعة ١٥/١٢٨ ، ج ١٢ ب ٢٦٠ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/١٣١ ، ج ٢٢ .

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 ولوفي آخر جزء من النهار ولا فرق بين الذكر والانثى على ما يقتضيه اطلاق النص^(١) والفتوى ، وينبغي أن يكون ﴿مقدماً على العقيقة﴾ .

﴿والتصدق﴾ بالرفع عطف على «حلق» أي يستحب التصدق ﴿بوزن شعره ذهاباً أو فضة﴾ ولا يستحب الحلق بمضي السابع .

﴿ويكره القنازع﴾ جمع قزع، وهو أن يحلق من الرأس موضعاً ويترك موضعاً في أي جانب كان كما في الخبر^(٢)، وفي آخر: أن يحلق الرأس الاقليلا في وسطه. ﴿ويستحب ثقب أذنه﴾ باجماعنا وأخبارنا^(٣)، واطلاق أكثرها يقتضي الاكتفاء بالواحدة، وفي بعضها ثقبهما معاً، ولعله أكد. ويستفاد من بعضها في كيفية ثقبها ثقب الاذن اليمنى في شحمتها واليسرى في أعلاها .

﴿وختانه فيه﴾ أي في اليوم السابع بلاخلاف ﴿ولو آخر﴾ عنه ﴿جواز﴾ اجماعاً .

﴿ولو بلغ﴾ غير مختون ﴿وجب عليه الاختان﴾ باجماع علماء الاسلام، وفي وجوبه على الوالي قبل البلوغ قولان، أشهرهما وأظهرهما عدم . ويدخل فيمن بلغ غير مختون الكافر اذا أسلم بلاخلاف وان طعن في السن .

﴿وخفض الجواري﴾ وختانهن ﴿مستحب﴾ شرعاً .

﴿وأن يعق عنه أيضاً﴾ بذكر ان كان ذكراً والافانثى، وليست المماثلة واجبة

(١) وسائل الشريعة ١٥/١٦٩، ح ١٦٠ ب ٦٠ .

(٢) وسائل الشريعة ١٥/١٧٣، ب ٦٦ .

(٣) وسائل الشريعة ١٥/١٥٩، ب ٥١ .

اجماعاً كما قيل ، ولاخلاف في رجحان العقيدة في الجملة ، وانما الخلاف في
الوجوب ، والاشهر الاظهر العدم ، وفي الخلاف^(١) الاجماع .

﴿ ولا تجزى الصدقة بثمنها ﴾ واواضطاراراً ﴿ ولو عجز ﴾ عنها ﴿ توقع
المكنة ﴾ من شرائها .

﴿ ويستحب فيها شروط الاضحية ﴾ من كونها سليمة من العيوب سميئة ﴿ 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
شاعت من فقير أو غني .

﴿ واذا لم يعق الوالد ﴾ عنه ﴿ استحب المولد ﴾ أن يعق عن نفسه ﴿ اذا بلغ ﴾
وان طعن في السن .

﴿ ولومات الصبي ﴾ بل الطفل مطلقاً ﴿ في ﴾ اليوم ﴿ السابع قبل الزوال
سقط ، ولومات بعد الزوال لم يسقط الاستحباب ﴾ بلاخلاف .

﴿ ويكره أن يأكل منها الوالدان ﴾ بل ومن في عيالهما ، والكره في الام
أشد ، ولا يحرم 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 ، ب ٤٤٤ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥/١٥١ ، ح ١٠٠ .

بمحظور اجماعاً، وما اشتهر بين الناس من استحباب دفن العظام بل ولفها في خرقة فلم نقف على مستند فيه ولا قول 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 ما يرضع﴾ به الولد ﴿لبن أمه﴾ لا وبقية بمزاجه، لتغذيته به في بطن أمه .

﴿ولانجبر﴾ الام ﴿الحررة﴾ وكذا الامة للغير ﴿على ارضاع ولدها﴾ الا اذا لم يكن للولد مرضعة أخرى ، أو كان ولم تمكن لعدم وجود الاب أو اعساره وعدم تمكنه منه مع عدم مال للولد يمكن ارضاعه به من غيرها، فيجب عليها حينئذ بإخلاف ، كوجوب انفاقها عليه في هاتين صورتين .

وهل يجب عليها ارضاع اللبأ، وهو أول اللبن؟ الاكثر لا، وهو أقوى الامع ثبوت الضرر بتركه فيجب ، ويتقدر حينئذ بمقدار اندفاع الضرر ، وربما قيد بثلاثة أيام ، وعليه ففي لزوم الاجرة قولان ، والاشهر الاظهر نعم .

﴿ويجبر الامة مولاه﴾ على ارضاع ولدها بل مطلقا .

﴿وللحررة﴾ المستأجرة للارضاع بنفسها أو بغيرها ، أو على الاطلاق ولو أرضعته من الغير كما عن الاكثر ﴿الاجرة﴾ المضروبة لها ﴿على الاب﴾ الموسر مطلقا و﴿ان اختارت ارضاعه﴾ بعد استيجارها لذلك . ﴿وكذا لو أرضعته خادمته﴾ المملوكة لها مطلقا بإخلاف .

وهل يجوز استيجار الام لذلك وهي في حبالته؟ الاشهر نعم ، وهو الاظهر

إذا كان المستأجر الزوج أو غيره ولم يمنع الارضاع حق الزوج ، والا فالمنع أظهر .

﴿ولو كان الاب ميتاً﴾ أو معسراً ﴿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﴾ كملان ﴿ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً﴾ باجماعنا ﴿لأقل﴾ من ذلك على الاظهر الاشهر، بل كاد أن يكون اجماعاً وحكي صريحاً .

﴿و﴾ تجوز ﴿الزيادة﴾ عن الحولين ﴿بشهر أو شهرين لأكثر﴾ على الاشهر ، والمنع عن الزائد على الشهرين محل نظر وان كان أحوط .

﴿ولا يلزم الوالد أجره ما زاد على الحولين﴾ من رضاع الولد مع عدم الضرورة اليه قطعاً ، وكذا معها على اطلاق النصوص ^(١) ، ولكن اللزوم حينئذ أحوط وأولى .

﴿والام أحق بارضاعه اذا تبرعت أو قنعت بما تطلب غيرها﴾ اجماعاً ﴿ولو طلبت زيادة عن ما يقنع﴾ به ﴿فلا بل نزعها﴾ عنها ﴿واسترضاع غيرها﴾ مطلقاً ، وان لم تطلب أزيد من أجره المثل على الاظهر الاشهر، وقيل : بل هي أولى مطلقاً اذا لم تطلب أكثر من أجره المثل ، وهو أحوط وأولى .

﴿وأما الحضانة: فالام أحق بالولد﴾ وتربيته ﴿مدة الرضاع﴾ مطلقاً ذكرراً كان أو أنثى أو غيرهما ، اجماعاً فيما اذا أرضعته، والا فنقولان أجودهها : أنها حينئذ لاحضانة لها، وفيه قول آخر ضعيف .

ثم حضانة الام حيث ما ثبتت لها مشروطة بما ﴿ اذا كانت حرة مسلمة ﴾ عاقلة غير مزوجة بلاخلاف ، فلاحضانة للامة ولا للكافرة اذا كان الولد مساماً ، ولا للمجنونة .

وفي الحاق المرض المزمع الذي لا يرجى زواله ، كالسل والفالج بحيث تشتغل بالالم عن كفالتة وتديبر أمره وجهان، ونحوه المرض المعدي .

ولا للمزوجة اجماعاً كما في الروضة^(١)، ولو طلقت من الثاني بائناً أوجعياً انقضت عدتها ، ففي عود ولايتها قولان، والاصل يقتضي الثاني .

ولا اختصاص للشروط بالام ، فان الاب شريك لها فيها حيث له الحضانة اجماعاً الا في الشرط الرابع، فلا ينافيها في حقه تزويجه بامرأة أخرى .

﴿ واذا فصل ﴾ الولد عن الرضاع ﴿ فالحره أحق بالبت الى سبع سنين ﴾ من حين الولادة على الاظهر الاشهر، وعن جماعة الاجماع .

﴿ وقيل : ﴾ كما عن جماعة من القدماء انها أحق بها ﴿ الى تسع سنين ﴾ وفي مستنده نثار .

﴿ والاب أحق بالابن ﴾ بعد الفطام على الاظهر الاشهر ، وعن الغنية^(٢) الاجماع ، والاحوط السبع هنا ، وفي البنت [ما زاد عليها]^(٣) ما لم تتزوج أمها وان بلغت تسعاً .

﴿ ولو تزوجت الام سقطت حضانتها ﴾ .

﴿ ولو مات الاب فالام أحق به ﴾ أي بالولد مطلقاً ذكراً أو أنثى ﴿ من الوصي ﴾ للاب أو الجدل له أو غيره مطلقاً، انقطعت حضانتها عنه قبل موت الاب أم لا الى أن يبلغا، ولا فرق حينئذ بين كونها مزوجة أم لا .

(١) الروضة ٤٦٣/٥ .

(٢) الغنية ص ٥٥٤ .

(٣) الزيادة من « خ » .

﴿وكذا لو كان الأب مملوكاً أو كافراً كانت الأم﴾ الحرة المسلمة ﴿أحق به﴾ حضانة ﴿ولو تزوجت﴾ أولم يكن لها ولاية مع حرية الأب وإسلامه .
﴿ولو أعتق الأب فالحضانة له﴾ إذا صحت له الحضانة، بأن كان العتق بعد الفطام في الذكر وبعد السبع في الأنثى .

فإن فقد الأبوان فليل : إن الحضانة لأب الأب ويكون أولى من غيره من الأقارب، وفي تقديمه على غيره ممن في درجته أشكال .
فإن فقد أب الأب أولم ترجحه فلاقارب من الأرحام إلى الولد فالأقرب منهم على الأظهر الأشهر .

ثم إن اتحد الأقرب فالحضانة له، وإن تعدد أقرع بينهم .
ولو اجتمع ذكر وأنثى ففي تقديم الأنثى قول ، والدليل يقتضي التسوية بينهما، كما يقتضي التسوية بين كثير النصيب وقليله ومن يمت بالأبوين وبالأم خاصة .

ثم إذا بلغ الولد رشيداً سقطت الحضانة بالأخلاف، سواء في ذلك الذكر والأنثى البكر والثيب، لكن قيل : يستحب أن لا يفارق أمه خصوصاً الأنثى إلى أن تزوج .
والحضانة حق لمن ذكر لا واجبة عليه ، فله إسقاطه إلا إذا استلزم تضييع الولد فتحجب حضانته لكن كفاية .

(النظر الخامس)

(في النفقات)

﴿ وأسبابها ﴾ الموجبة لها ﴿ ثلاثة : الزوجية ، والقراية ، والملك ﴾
اجماعات .

﴿أما الزوجية : فيشترط في وجوب نفقتها شرطان: العتد الدائم، فلانفقة لمستمع بها﴾ اجماعاً .

﴿والتمكن الكامل﴾ المعروف في الشرائع^(١) وغيره بالتخلية بينها وبينه بحيث لا يخصص موضعاً ولا زماناً . والظاهر تحققه ببداها نفسها في كل زمان ومكان يريد فيه الاستمتاع وحل له مع عدم مانع شرعي لها أو له ، فلا يحتاج الى اللفظ الدال عليه من قبلها، خلافاً للتحريم^(٢) فأوجب، ولادليل عليه الا اذا توقف معرفته عليه، واشترط هذا الشرط هو الأشهر الأقوى بلاكاد أن يكون اجماعاً .

﴿فلانفقة لناشزة﴾ خارجة عن طاعة الزوج، لعدم التمكين التام المشترك وكذلك لانفقة لها ولو قلنا بعدم اشتراطه ، بناءً على أن النشوز مانع اجماعاً . وعلى هذا فيعود الخلاف السابق لو كان الى أن التمكين هل هو شرط أو النشوز 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 ام تبلغ سنّاً يجوز الاستمتاع بها، فلا يجب على المختار دون غيره في أشهر القولين وأظهرهما ، خلافاً للحلي فيجب ، وهو أحوط وأولى .

ولو انعكس الفرض بأن كانت كبيرة ممكنة والزوج صغيراً وجبت النفقة على الأشهر، وان كان العدم - كما عليه الشيخ وجماعة - لعله أظهر .

﴿ولو امتنعت﴾ عن الاستمتاع بها ﴿لعذر شرعي﴾ أو عقلي ثابت بينهما

(١) شرائع الاسلام ٣٤٧/٢ .

(٢) التحرير ٤٥/٢ .

باقرارها^(١) أو يبتها **﴿لانسقط﴾** النفقة ، وذلك **﴿كالمرض﴾** المانع عما تمتنع عنه **﴿والحيض﴾** إذا أراد وطأها قبلاً ، وكذا دبراً ان منعنا عنه في الحيض أو مطلقاً **﴿و﴾** نحوهما **﴿فعل الواجب﴾** المضيق أو الموسع اجماعاً ، ولو في الأخير إذا فعلته في آخر أوقاته ومطلقاً على الأشهر ، خلافاً للشيخ والعلامة فاعتبرا فيها الضيق وحكما بتحقيق الشوز بدونه ، ولا يخاو عن قوة ، الا في الصلاة فلا يعتبر فيها الضيق اجماعاً كما قيل .

﴿أما﴾ فعل **﴿المندوب﴾** : **﴿فان كان مما يتوقف على اذن الزوج كالصوم والحج﴾** فان **﴿فعلته بدون اذنه فسد ولا تسقط النفقة ، لانه بمجرد 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 مما لا يتوقف 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﴾ مطلقاً **﴿ولو كانت ذمية أو أمة﴾** أرسلها اليه مولاها ايلاً ونهاراً ، بخلاف ما اذا لم يرسل الا في أحد الزمانين فلا تستحق . ولا كذلك الحرة البالغة اذا منعها الاب أو غيره عن زوجها ، فانه لاعبرة به ولا نسقط نفقتها اذا كانت ممكنة بنفسها .

﴿وكذا تستحقها الزوجة المطلقة الرجعية﴾ مادامت هي في عدتها اجماعاً وللنصوص^(٢) ، وهي مطلقة لاثبات النفقة حتى ما يتعاق بألة التنظيف .
 ولا نسقط نفقة المعتدة الا بمسقطات نفقة الزوجية وتستمر الى انتضاء

(١) في « ن » باقراره .

(٢) وسائل الشريعة ٢٣١/١٥ ب ٨ من أبواب النفقات .

العدة .

ولو ظهر حمل بعد الطلاق بالمرأة ، فعليه الانفاق الى الوضع ولو تجاوز

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 لا يجب الانفاق عليهما اجماعاً ﴿الا أن تكون﴾ كل
منهما ﴿حاملًا﴾ منه ﴿فتثبت نفقتها في﴾ الاولى وهي المطلقة بـ ﴿الطلاق﴾
البائن ﴿على الزوج حتى تضع﴾ خاصة دون الولد مطلقاً كان له مال أم لا .

وهل الانفاق لها أو لولدها؟ قولان ، والثاني أظهرهما ، بل قيل : أشهرهما ،

ويتفرع على الخلاف فروع :

منها : ماذا تزوج الحر أمة مشروطاً مولاه رقية الولد ، وقلنا بجواز هذا
الشرط . أو تزوج العبد أمة مشروطاً في الولد الانفراد بالرقية ، فلانفقة فيهما على
الزوج على الأشهر ، ونعم على القول الآخر ، وتكون النفقة في الثاني في ذمة
المولى وكسب العبد .

ومنها : ما لولم ينفق عليها حتى مضت المدة أو بعضها ، فلا يجب القضاء

على الأشهر ونعم على الآخر .

ومنها : مالو أتلّفها متاف 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^(١) المعول عليهما ، وعمل بهذه الصدوق وجماعة ، والضعف سندها

أعرض عنها المتأخرون ، وعملوا بالثانية لأنها لانفقة إياها ، وهي مستفيضة واعلها .
الاقوى ، وان كانت الاولى في الجملة أحوط وأولى .

وفي المسألة قولان آخران ورواية ثالثة لاعل عليها .

﴿ونفقة﴾ الانسان على نفسه مقدمة على نفقة ﴿الزوجة﴾ ونفقتها ﴿مقدمة على نفقة الاقارب﴾ حتى واجبي النفقة ﴿وتعضى﴾ نفقتها ﴿لو فاتت﴾ دون نفقتهم ، بلاخلاف في شيء من ذلك .

﴿وأما القرابة: فالنفقة على الابوين والاولاد لازمة﴾ بالشروط الاتية بالاجماع .
﴿وفي﴾ دخول ﴿من علا من الالباء والامهات﴾ في الالباء ﴿تردد﴾ من الاصل والشك في صدق الاطلاق عليه ، ومن الاطلاق عليه كثيراً ، واطباق الفقهاء عليه هنا ظاهر ، فاذن ﴿أشبهه للزوم﴾ .

﴿ولانجب﴾ 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 ﴿المقر﴾ في المنفق عليه وعدم شيء يتقوت به ، أو عدم وفاء ماله بقوته .
واشترطه واشترط اليسار في المنفق موضع وفاق ، قالوا : والمراد باليسار هو أن يفضل عن قوته وقوت زوجته وخادمها ليوم وليلة شيء . وفي حكم التقوت ما يحتاج 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 الأشهر الأقوى .

ولو بلغ الصغير حداً يمكن أن يتعلم حرفة أو يحمل على الاكتساب ، قبل المولى حملاً عليه والانفاق عليه من كسبه ، لكن لو هرب وترك الاكتساب في بعض الأيام فعلى الأب الانفاق عليه ، بخلاف المكلف .

ولا يشترط عدالته ولا أسلامه ، بل تجب نفقته وإن كان فاسقاً ، قيل : ويجب تقييد الكافر بكونه محقون المدم ، فلو كان حربياً لم يجب انفاقه . أما الحرية فهي شرط اجمالاً ونفقة المماوك على المولى .

ولو امتنع عن الانفاق عليه أو كان معسراً ، أمكن وجوبه على قريبه ، وقيل : لا يجب مطلقاً ، بل يلزم بيعه أو الانفاق عليه كما يأتي إن شاء الله ، وهو حسن .
 ﴿ولا تقدير للنفقة﴾ الواجبة ﴿بل يجب بذل الكفاية من الطعام والكسوة والمسكن﴾ بخلاف فيه في نفقة الأقارب ، أما الزوجة فكذلك على الأظهر الأشهر ، خلافاً للخلاف^(١) فنقدر الطعام بمد مطلقاً ، وللمبسوط^(٢) فقدره بمددين للموسر ومد ونصف للمتوسط ومد للمعسر ، ودليلهما غير واضح .

والمعتبر من المسكن الامتاع اتفاقاً ومن المؤونة التمليك في صبيحة كل يوم لأزيد اتفاقاً ، بشرط بقائها ممكنة إلى آخره . فلو نشزت في الأثناء استحققت بالنسبة .

وفي الكسوة قولان ، أشهرهما وأجودهما أنها كالاول ، وعليه فليس لها يعيها ولا التصرف فيها بغير اللبس من أنواع التصرفات الخارجة عن العادة ، ولا لبسها زيادة عن المعتاد كيفية وكمية ، فان فعلت وأبنتها 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 .

والوظلة أو مات أو ماتت أو نشزت ، استحق ما يجده منها مطلقاً ، وأما ما يحتاج اليه من الفراش وآلات فهو في حكم الكسوة .

﴿ ونفقة الولد على الأب ﴾ مع وجوده ويساره ، دون الام ولو شاركته في الوصفين اجمالاً .

﴿ ومع عدمه أوفره فعلى أب الأب وان علا مرتباً ﴾ الاقرب فالاقرب اجمالاً كما حكاه جماعة .

﴿ ومع عدمهم تجب على الام ﴾ خاصة الامع اعـارها ﴿ و ﴾ تكون حينئذ على ﴿ آباؤها ﴾ وأمهاتها بالسوية ان اشتركا في الدرجة ، والاقدم ﴿ الاقرب فالاقرب ﴾ الى المنفق عليه اجمالاً .

ولم يتعرض المصنف لحكم الاباء والامهات من قبل أم الأب ، والمحكي عن الشيخ وسائر الجماعة ان أم الأب بمنزلة أم الام وآباؤها وأمهاتها بمنزلة آباؤها 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 اختلفت درجاتهم وجب على الاقرب فالاقرب ، ولا فرق في ذلك بين الذكور والانثى على الاشهر الاقوى .

ولو اجتمع العمودان الاصول والفروع ، فمع وحدة الدرجة فهم شركاء في الانفاق بالسوية كما في الأب والابن ، ومع اختلافهما وجب على الاقرب فالاقرب كما في الأب وابن الأب فالأب متعين .

ولو كان الفروع أنثى أو كان 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
حيثئذ ، ولا يرجع الابعد عليه بما أنفق . واو كان له ولدان ولم يقدر الا على نفقة
أحدهما وله أب ، وجب على الاب نفقة لآخر . ولو تشاح 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 ، والافلا اقرب اليه فالاقرب ، ولا
فرق في كل مرتبة بين الذكر والانثى ، ولا بين المتقرب بالاب من الاب والام
والمتمترب بالام كذلك وان كانوا من الجهتين اعتبرت المراتب ، فان تساوت عدة
الدرجات فيهما اشتركا ، والا اختص الاقرب .

ولو لم يسع ماله من في درجة واحدة لقله وكثرتهم ، ففي الاقتسام أو القرعة
وجهان أقواهما : الثاني ، وربما احتتمل ترجيح الاحوج لصغر أو مرض بدون
القرعة ، ولا بأس به .

﴿ ولا تنقض نفقة الاقارب لو فاتت ﴾ بلا خلاف ، لأنه ذكر الجماعة وجوب
القضاء فيما لو استدانه القريب بأمر الحاكم لغيبه المنفق أو امتناعه ، فانه يستقر الدين
في ذمته كسائر ديونه .

﴿ وأما المملوك : فنفقته واجبة على مولاه ﴾ ذكرأ كان أو أنثى أو غيرها
﴿ وكذا الامة ﴾ باجماع الامة ، ولا فرق فيهما بين الصغير والكبير والقن وأم الوالد
والمدير والمكاتب ، الأن نفقته في كسبه ان وفاهه ، والأتامه المولى من غير فرق
بين كونه مشروطاً أو مطلقاً لم يؤد شيئاً .

ثم ان اتحد المالك والاوزعت النفقة عليهم بحسب الشركة .
﴿ ويرجع فسي قدر النفقة ﴾ وجنسها وكيفيتها ﴿ السى عادة ممالك أمثال

المولى* من أهل بلده بحسب شرفه وضعته ويساره واعساره ، ولا فرق بين كون نفقة السيد على نفسه دون الغالب في نفقة المملوك عادة أو تقديراً أو بخلاً أو رباضة وفوقه، فليس للمولى الاقتصار بالعبد على وجه نفقة نفسه في الاول .
ولاعبرة في الكمية بالغالب في نفقة المملوك، بل تجب الكفاية لوقل الغالب عنها، كما لا يجب الزائد ولوزاد عنها، فاذا 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 أو مدة مما يكسبه* فما فضل 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 فيما يقدر عليه المملوك ولا يخرج عن وسعه عادة والملازمة عليه ، الا في وقت اعتيد فيه الاستراحة .

وأما الافعال الشديدة الشاقة التي لا يمكن مداومة عليها في العادة فله الامر بها في بعض الازمنة ، وعلى المملوك بذل الوسع مهما أمكنه ، فليس له تكليف الخدمة ليلاً ونهاراً معاً ، بل اذا عمل في أحدهما أراحه في الآخر ، وإرباحه في الصيف وقت القيلولة ، وبالجملة فالمتبع العادة الغالبة .

* وتجب النفقة على البهائم المملوكة* مأكولة اللحم كانت أم غيرها ، منتفعاً بها أم لا بلاخلاف ، ولان تقدير لها بل عليه منها ما احتاجت اليه من العلف والسقي حيث يفتقر اليهما، والمكان المناسب من مراحي واصطبل* بليق بحالها، ومنها دود القز، فيأثم بالتقصير في ايصاله قدر كفايته ووضعه في مكان يقصر عن صلاحيته له بحسب الزمان وما يحتاج البهيمة مطلقاً من الالات حيث يستعملها، أو الجمل لدفع

البرد وغيره حيث يحتاج اليه .

ويجبر على الانفاق عليها ، لأن يجتزى بالرعي ويرد الماء بنفسها فيجتزى به مع امكانه .

﴿فان امتنع مالكها أجبر على﴾ الانفاق عليها أو تسريحها الى المرعى، أو بيعها أو ذبحها ان كانت مقصودة بالذبح ﴿للمح أو الجلد، والأجبر على الانفاق أو البيع . وانما يتخير مع امكان الافراد ، والاتعين الممكن منها .

ثم ان كان لها ولد وفر عليه من ابنها ما يكفيه وجوباً وحاب ما يفضل عنه خاصة فان ذلك نفقته، الا أن يقوم بكفايته من غير اللبن حيث يكتفى به .

والحمد لله تعالى على اتمامه .

كتاب الطلاق

(كتاب الطلاق)

وهو ازالة قيد النكاح بغير عوض، بصيغة «طاق» ومافي معناه، ان قلنا به مع الشرائط المعتمدة .

﴿والنظر في أركانه وأقسامه ولو احمه :﴾

﴿الركن الاول: في﴾ بيان ﴿المطلق: ويعتبر فيه البلوغ، والعقل، والاختيار والقصد﴾ باختلاف فيما عدا الاول، ولافيه أيضاً اذا لم يكن مميزاً ، وكذا اذا كان مميزاً ما لم يبلغ على الاشهر الاقوى .

﴿فلا اعتبار بطلاق الصبي﴾ مطلقاً ﴿و﴾ لكن ﴿فيمن بلغ﴾ بحسب السن ﴿عشراً رواية﴾ بل روايات^(١) ﴿بالجواز﴾ عمل بها الشيخ في النهاية^(٢) وجماعة وهي وان لم يكن ﴿فيها ضعف﴾ بالمعنى المصطلح، فان فيها الموثق، الا أنها قاصرة عن المقاومة لادلة الاكثر .

﴿ولو طلق عنه الولي لم يقع﴾ مطلقاً أبويه كان أم الحاكم اجماعاً، كما في كلام جمع ﴿الا أن يكون بلغ فاسد العقل﴾ فساداً لا يمكن معه القصد الى الطلاق أصلاً .

(١) وسائل الشيعة ١٥/٣٢٤، ج ٦٥٢ .

(٢) النهاية ص ٥١٨ .

فيجوز طلاق الولي عنه حينئذ مطلقاً مطبقاً كان أو أدوارياً لا يفتق حال الطلاق على الأشهر الأقوى ، وفي الإيضاح^(١) الاجماع .

وظاهر العبارة انحصار جواز طلاق الولي في صورة اتصال الجنون بالصغر وهو مخالف للاجماع ، واطلاق النصوص^(٢) ان أريد بالولي الوالي المطاق ، وللأخير خاصة ان أريد به من عدا الحاكم كما هو الظاهر ، ولعله لذا أطلق الجواز جماعة ولا يخلو عن قوة .

ثم انه ليس في النصوص^(٣) اشتراط الغبطة في طلاق الولي لكنه مشهور ، فان تم اجماعاً والافيكفي عدم الضرر .

﴿ولا يصح طلاق المجنون﴾ مطلقاً عدا الادواري حال افاقته ﴿ولا السكران﴾ البالغ حدأ يصير كالمجنون الذي لا ينتظم أمره ولا يتوجه الى أفعاله قصده ، وفي معناه المغنى عليه والنائم .

﴿ولا المكره﴾ عليه ، ويتحقق الاكراه بتوعده بما يكون مضراً به في نفسه أو من يجري مجراه من اخوانه ، ويناظر الضرر بحسب حاله مع قدرة المتوعد عليه على فعل ما توعد به ، والعلم أو الظن بفعله به مع عدم فعله الأمور به .

ولافرق بين كون المتوعد قتلاً ، أو جرحاً ، أو أخذ مال وان قلى ، أو شتماً ، أو ضرباً ، أو حبساً . ويستوي في الاولين جميع الناس ، أما الاربعة فمختلف باختلافهم ضعة ورفعة فقراً وغنى ، فربما يؤثر قليلها في الوجيه والفقير اللذين ينقصهما ذلك وقد يتحمل بعض الناس شيئاً لا يؤثره في قدره وفقره .

والضابط فيه : حصول الضرر فيه عرفاً بوقوع المتوعد به .

(١) ايضاح الفوائد ٣/٢٩٢ .

(٢ - ٣) وسائل الشيعه ١٥/٣٢٩ ، ب ٣٥ .

ولو خيره بين الطلاق أو غيره من أفعاله المنوط بصحتها باختياره أودفع مال غير مستحق، فهو إكراه بلاخلاف، وهذا بخلاف ما لو خيره بينه وبين ما يستحقه المخير من مال أو غيره .

وان حتم أحدهما الغير المعين ، فانه لا إكراه فيه بلاخلاف . وكذا لا إكراه على طلاق معينة فطلق غيرها، أو على طلقة فطلق أزيد، أو على طلاق معينة ففعلها مرة فاصداً 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﴾، فلا يقع بالامة ولا الاجنبية ولو علقه بعقد المناكحة اجماعاً .

﴿والدوام﴾ فلا يقع بالمتعة ﴿والطهارة من﴾ دم ﴿الحيض والنفاس اذا كانت مدخولاً بها﴾ وحوثلاً ﴿وزوجها معها حاضراً﴾ فلا يجوز من دونها باجماع العلماء ولو طلق والحال هذه فسد باجماعنا .

﴿ولو كان﴾ زوجها عنها ﴿غائباً صح﴾ طلاقه واسو صادف الحيض أو طهر الواقعة اجماعاً ، لكن بشرط أن يكون جاهلاً بحالها ، فلو طلقها وهو عالم بأنها حائض أو في طهر الواقعة لم يصح طلاقها اتفاقاً .

﴿وفي﴾ تعيين ﴿قدر الغيبة﴾ المجوزة المطلق المصححة له - وان صادف الحيض - اختلاف بين الاصحاب و﴿اضطراب﴾ في أخبار ^(١) البساب ، 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

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 لو طلق بعدها مع استمرار الاشتباه ،
أو تبين الوقوع حال الحيض أو الطهر غير الواقعة، كما لاخلاف في البطلان لو
طلق قبلها مع تبين الوقوع في الحيض أو طهر الواقعة، ولكن اختلفوا في الصحة
في الشق الاول مع تبين الوقوع في طهر الواقعة، والاشهر الاظهر الصحة، كما في
الصورة السابقة .

وفي صحته في الشق الثاني مع تبين الوقوع في الطهر غير طهر الواقعة وجهان
أجودهما: الاول بالنظر الى الجاهل باسئراط المدة، أو الوقوع قبلها دون العالم
بهما، لعدم امكان قصده اليه أصلاً.

﴿ولو خرج﴾ الى السفر ﴿في طهر لم يقربها فيه صح طلاقها من غير
تربص﴾ وانتظار للمدة المعتبرة ﴿واو اتفق﴾ وقوعه ﴿في الحيض﴾ مع جهله
به ، بلاشكل على القول بعدم اعتبار المدة مطلقاً ، وكذا على اعتبارها مع تبين
الوقوع في الطهر ، ويشكل عليه مع تبين الوقوع في الحيض .
﴿والمحبوس عن زوجته كالفائب﴾ فيطلق مع الجهل بحالها مطلقاً ، أو
بعد المدة المعتبرة على الخلاف ، ولو صادف الحيض أو طهر الواقعة على
الاظهر الاشهر ، خلافاً للحلي فكالحاضر، وهو نادر . وفي حكم الحاضر الفائب
المطلع بلاخلاف .

﴿ويشترط رابع ، وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه﴾ باجماعنا .
﴿ويسقط اعتباره في الصغيرة﴾ التي لم تبلغ تسعاً ﴿والبائسة﴾ 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 عاداتها ﴿صبرت ثلاثة أشهر﴾ من حين المواقعة ثم بطلاقها ﴿ولا يقع طلاقها قبله﴾ اجماعاً .

ووجه التقييد بكون التأخير خلاف عاداتها تفصيلاً من احتمال من يكون ذلك عاداتها ، 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^(١) 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 ما يفيد التعيين ، أو زوجتي مثلاً ﴿طالق﴾ فلا يكفي أنت طالق ، وان صح اطلاق المصدر على اسم الفاعل وقصده فصار بمعنى طالق ﴿تحصيلاً لموضع﴾ النص ﴿والاتفاق﴾ واستصحاباً للزوجية .

﴿ولا يقع ب﴾ 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﴾ لا يقع ﴿لو قال﴾ للزوجة : ﴿اعتدي﴾ على الاشهر الاظهر ، بل كاد أن يكون اجماعاً ، كما صرح به في الانتصار^(٢) .

﴿ويقع﴾ الطلاق ﴿لو قال﴾ له أحد : ﴿هل طلقت فلانة؟ فقال : نعم﴾ قاصداً به الانشاء ، وفاقاً للشيخ وجماعة ، خلافاً للاكثر فلا يقع به أيضاً ، وفي

(١) الانتصار ص ١٣٩ .

(٢) الانتصار ص ١٢٩ .

الانتصار^(١) الاجماع ، وهو أقوى .

﴿ويشترط تجريده عن الشرط﴾ وهو ما يمكن وقوعه وعدمه، كقدوم المسافر ودخولها الدار ﴿والصفة﴾ وهو ما قطع بحصوله عادة، كطالع الشمس وزوالها، ويستثنى من الشرط ما كان 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 أو ثلاث
﴿صحت واحدة وبطل﴾ الزائد المعبر عنه بـ ﴿التفسير﴾ على الاظهر الاشهر ، وفي نهج الحق الاجماع .
﴿وقيل :﴾ انه ﴿يبطل الطلاق﴾ رأساً ولا يقع 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 منا كحة مطلقاته كذلك، بلاخلاف يظهر بل عليه الاجماع في كلام جمع . ولا فرق في المطلقة بين المخالفة والمؤمنة على ما يقتضيه اطلاق النص^(٢) وكلام الاصحاب .

﴿الركن الرابع : في الاشهاد ، ولا بد﴾ في صحة الطلاق ﴿من شاهدين يسمعا﴾ باجماعنا .

﴿ولا يشترط استدعاؤهما الى السماع﴾ بل يكفي سماعهما على الاطلاق بلاخلاف ، ولا معرفتهما المطلقة بشخصها وعينها ، بل يكفي المعرفة بنحو من الاسم والاشارة . نعم ذلك أحوط ان يمكن . ويشترط اجتماعهما معاً لسماع الصيغة ، فلا يقع مع التفرقة .

(١) نفس المصدر .

(٢) وسائل الشريعة ١٥ / ٣٢٠ ، ب ٣٠ .

﴿ويعتبر فيهما العدالة﴾ باجماعنا، والعدالة شيء زائد على ظاهر الاسلام من حسن الظاهر أو المالكة، كما هو الاقرب .

﴿وبعض الاصحاب يكفي بالاسلام﴾ في الشهادة، وهو الشيخ في النهاية^(١) وجماعة، ولا ريب في ضعفه .

﴿ولو طاق ولم يشهد﴾ العدلين على انشاء الطلاق ﴿ثم أشهد﴾ هما بعد ذلك ﴿كان﴾ الطلاق ﴿الاول لغوا﴾ لعدم اشماله على شرط الصحة، وصح الثاني ان اشم على باقي شرائطها .

﴿ولانقبل شهادة النساء﴾ هنا لامنفردات ولا انضمامات بخلاف .

(النظر الثاني - في اقسامه :)

﴿وينقسم الى بدعة وسنة﴾ جائزة ، ولو بعنوان الوجوب أو الكراهة أو الاستحباب أو الاباحة .

﴿فالبدعة﴾ على ما ذكره الاصحاب ثلاثة :

أحدها: ﴿طلاق الحائض مع الدخول﴾ بها ﴿وحضور الزوج﴾ عندها ﴿أو غيبته﴾ لكن ﴿دون المدة المشترطة﴾ على تقدير اعتبارها مع عدم حماها .
﴿و﴾ ثانيها: طلاقها ﴿في طهر قد قر بها فيه﴾ مع عدم الغيبة أو مطلقاً مع ثبوت الوقوع فيه على الخلاف .

﴿و﴾ ثالثها: ﴿الثلاث المرسلة﴾ مع اعتقاد وقوعها .

﴿وكله﴾ أي البدعي بأقسامه ﴿لا يقع﴾ الا الاخير منها خاصة فواحدة

كما سبق .

وتقييد الثلاث بـ «المرسلة» يفيد عدم بدعية المرتبة وأولم بتخللها رجعة ،

كما أن الحصر في الثلاثة يفيد عدم بدعية الطلاقات الاخر الفاسدة، كالواقع بغير اشهاد، أو معه من دون صيغة معتبرة. وكل ذلك محل مناقشة ان أريد بالبدعية الباطلة، ولا ان كان ذا مجرد اصطلاح، وليس فيه مشاحة الا أنه على هذا ليست القسمة حاصرة.

﴿وطلاق السنة﴾ والمراد به هنا ما يقابل البدعة، ويقال له: طلاق السنة بالمعنى الاعم، والايخص هو أن يطلق على الشرائط ثم يتركها حتى يخرج من العدة الرجعية لا البائنة، كما يستفاد من النصوص^(١)، وليس فيها اعتبار التزويج بها ثانياً بعد الخروج من العدة، كما ذكره جماعة.

والاول ﴿ثلاثة: بائن، ورجعي، و﴾ طلاق ﴿للعدة﴾.

﴿فالبائن: ما لا يصح معه الرجعة﴾ بلا عقد: اما لعدم العدة بالردة ﴿ودو﴾ أقسام ثلاثة:

أحدها: ﴿طلاق اليائسة﴾ عن المحيض ﴿على﴾ الأشهر ﴿الظاهر﴾ كما يأتي.

﴿ثانيها:﴾ من لم يدخل بها ﴿مطلقا﴾.

﴿ثالثها:﴾ الصغيرة ﴿ولو دخل بها، بلا خلاف في الاول، وعلى الأشهر في الثانية مع الدخول بها كما يأتي.

وأما لعدم امكان الرجوع في العدة وان أمكن في الجملة ﴿ودو اثنان: طلاق﴾ المختلعة والمباراة ما لم ترجعا في البذل ﴿المعتبر فيهما أو طلقا﴾ هو في ﴿المطلقة ثلاثاً بينهما رجعتان﴾ أو عقدان، أو عقد ورجعة.

﴿والرجعي:﴾ هو ﴿ما يصح معه الرجعة﴾ في العدة ﴿ولو لم يرجع﴾ ويكون فيما عدا الاقسام الستة المتقدمة في البائن، وعلى هذا وما تقدم يكون

(١) وسائل الشيعة ١٥/٣٤٤، ب ١ من أقسام الطلاق.

طلاق المختلفة تارة من القسم الاول، وهو مع الشرط المتقدم فيه، وأخرى من هذا القسم مع عدمه .

﴿وطلاق العدة﴾ وهو على ما فسره 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^(١) .

والمستفاد من قوله في تفسيره : انه ﴿ما يرجع 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^(٢) وجماعة أن الطلاق الواقع بعد المراجعة والمواقعة يوصف بكونه عدياً وان لم يقع بعده رجوع ووقاع ، لكن الطلاق الثالث لا يوصف بكونه عدياً الا اذا وقع بعد الرجوع والوقاع .

وظاهر القولين الاولين اتصاف الطالقين الاولين بالعدوي دون الثالث ، وينعكس الامر على القول الثالث فيتصف الاخيران بالعدوي دون الاول .

﴿فهذه﴾ أي المطلقة للعدة ﴿تحرم في﴾ المطلقة ﴿التاسعة تحريماً . وابدأ﴾ اذا كانت حرة .

﴿وما عداها﴾ من أقسام الطلاق الصحيح ، وهو ما اذا رجع في العدة وتجرد عن الوطء ، أو بعدها بعتد جديد وان وطئ ﴿تحرم﴾ المطلقة ﴿في كل ثلاثة﴾ 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 الشريعة ٣٤٨/١٥ ، ب ٢ .

(٢) النهاية ص ٥١٤ .

العدي خاصة دون غيرها، فلا تحريم فيه أبداً ولو بلغ العدد الى مائة بعد حصول المحلل بعد كل ثلاثة .

(وهنا مسائل :)

﴿ الاولى : لا يهدم استيفاء العدة ﴾ وانقضائها وعدم رجوع الزوج فيها في كل مرة ﴿ تحريم الثالثة ﴾ حتى تنكح زوجاً غيره ، وكذا لو استوفت العدة في احدي الطلقات خاصة اجماعاً منا ، كما في كلام جماعة ، بل من العلماء كافة كما في كلام بعض ، وخلاف ابن بكير نادر لا يعبؤ به وان وافقه الصدوق في الفقيه (١) .

﴿ الثانية : يصح طلاق الحامل ﴾ المستبين حملها مرة اجماعاً وزائداً عليها مطلقاً ولو كان ﴿ للسنة ﴾ بالمعنى الانسي ﴿ كما يصح للعدة ﴾ بالمعنى المقابل له وغيره ﴿ على الاشبه ﴾ الاشتهر في المقابن ، بل عاين الاجماع في الاخير في كلام جماعة .

خلافاً للصدوقين فمنعوا عن الزائد عن الواحدة مطلقاً استناداً الى الصحاح المستفيضة (٢) ، وحملها على الفضيلة أو غيرها متعين جمعاً بين الادلة ، وللنهاية (٣) وجماعة ممنعوا عن طلاقها المسنة ، بمعنى أن يطلقها بعد الرجوع من غير وقاع ، وجوزوا طلاقها للعدة بالمعنى المقابل له ، ولا يخلو عن قوة .

﴿ الثالثة : يصح أن يطلق ﴾ الزوجة طلقه ﴿ ثانية في الطهر الذي طلق فيه ﴾ أولاً ﴿ وراجع فيه ﴾ الحال أنه ﴿ لم يبطأ ﴾ وكذا في غير ذلك الطهر

(١) من لا يحضره الفقيه ٣/٣٢٠ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٣٨٠ ، ب ٢٠٠ .

(٣) النهاية ص ٥١٧ .

على الاظهر الاشهر، خلافاً للعماني فاشترط في الطلقة الثانية بعد الرجعة الوقاع للاخبار حملها على الاستحباب طريق الجمع بينها وبين ما هو أقوى منها .
 ﴿لكن لانقح﴾ الطلقة الثانية في الصورة المفروضة ﴿المعدة﴾ اجماعاً ،
 لاشتراطها بالمواقعة المفقودة في مفروض المسألة .

﴿الرابعة: لو طلق﴾ حال كونه ﴿غائباً﴾ بائناً أو رجعيّاً ﴿ثم حضر ودخل بها﴾ بعد البينونة ﴿ثم ادعى الطلاق لم يقبل دعواه﴾ فيما يتعاق بحق الزوجة خاصة ﴿ولا بينته﴾ التي أقامها بنفسه دون غيره، فتقبل في الثاني لو ورخت بما ينافي فعله ، ويحكم عليه بالفرقة في مفروض المسألة ، وهو الدخول بعد البينونة، والا فيعد فعله رجعة .

﴿و﴾ يتفرع على عدم قبول دعواه وبينته أنه ﴿أو أولدها ألق 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 ربما أشعر بكون مبدأ التسعة من حين المواقعة، وبإفادة التعليل ذلك صرح بعض الاصحاب، والاحوط الاول عملاً بظاهر الصحيحة ^(١) التي هي مستند الحكم في المسألة، وان كان فيها ما يشعر بالثاني .
 والحكم في المسألة مختص بالمستراية بالحمل كما قيدنا به العبارة ، وأما غيرها فعدتها ثلاثة اقرء أو أشهر ثلاثة .

(النظر الثالث - في اللواحق :)

﴿ وفيه مقاصد ﴾ أربعة :

﴿ المقصد الاول : يكره الطلاق للمريض ﴾ على الاظهر الاشهر ، بل كاد أن يكون اجماعاً ، وقيل : بالتحريم ، وهو أحوط .
 ﴿ ويقع لو طلق ﴾ والحال هذه اجماعاً .
 ﴿ ويرث زوجته ﴾ المطلقة ﴿ في العدة الرجعية ﴾ اجماعاً دون العدة البائنة على الاظهر الاشهر ، وفي الخلاف ^(١) الاجماع .
 ﴿ وترثه هي ﴾ أي الزوجة المطلقة في المرض في العدة وبعدها مطلقاً ﴿ ولو كان الطلاق بائناً ﴾ ولكن ﴿ الى سنة ﴾ خاصة ، فلا ترث بعدها ولو لحظة بلا خلاف .

ثم ان الحكم بارتها منه بعد العدة مشروط بـ ﴿ ما ﴾ اذا ﴿ لم تتزوج ﴾ فلو تزوجت حرمت الميراث اجماعاً ﴿ أو ييراً 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 ^(٢) والعبارة يقتضي عدم الفرق في الايراث مع الشرطين بين صورتى الطلاق بقصد الاضرار بالزوجة وعدمه ، وهو الاشهر الاظهر ، خلافاً لجماعة فقيدوها بالاولى ، ولا يخلو عن قوة ، فلاحتمياط لا يترك 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 ، ب ٢٢٢ .

﴿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 مطلقاً 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 حات لزوجها، وحينئذ يسهل الخطب في تحليل
 المحلل ان خيف عدم طلاقه أو إبطائه ، فيحتمل بتزويجها من العبد ثم نقله الى ملكها
 فانه كطلاقها .

﴿وهل يهدم﴾ المحلل بشرائطه ﴿ما دون﴾ الطلاقات ﴿الثلاث﴾ فيكون
 معه كالعدم أم لا، بل يحسب من الثلاث؟ ﴿فيه روايتان﴾^(١)، أشهرهما: أنه يهدم ﴿بل
 ربما أشعر كثير من العبارات بالاجماع .
 ﴿ولو ادعت أنها تزوجت﴾ المحلل ﴿و﴾ أنه ﴿دخل﴾ بها ﴿وطلق﴾ ،
 فالمروي^(٢) صحيحاً ﴿القبول اذا كانت ثقة﴾ الآن المشهور القبول مع الامكان
 مطلقاً، 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 أنصح .
 ﴿وتصح﴾ بكل ما دل على قصد الرجوع في النكاح، بلا خلاف بين العلماء
 اذا كان ﴿نظماً﴾ كقوله: راجعت ﴿ورجعت وارتجعت متصلاً بضميرها ، فيقول :
 راجعتك وارتجعتك ورجعتك. وهذه الثلاثة صريحة غير محتاجة في بيان الرجعة

(١) وسائل الشريعة ٣٦٣/١٥ ، ح ٢١٠٢ .

(٢) وسائل الشريعة ٣٧٠/١٥ ، ب ١١٠ .

الى ضميمه ولو مثل « اليّ » أو « الى نكاحي » بلاخلاف الا أنه ينبغي اضافتهما ويستحب كما قيل وبها تصير أصرح .
وفي معناه رددتك وأمسكتك، فلا يحتاج الى قرينة، وقيل: يفتقر اليها فيهما .
وهو أحوط .

﴿و﴾ بيننا اذا كان ﴿فعلا ، كالوطىء والقبلة واللمس بشهوة﴾ مع قصد الرجعة ، فلا عبرة بها سهواً، أو غفلة، أو مع قصد عدم الرجعة ، أو لامعه مع عدم قصدها، فان ذلك لا يفيد الرجوع ، وان فعل حراماً في غير الاول، ولاحد عليه وان استحق التعزير ، الامع الجهل بالتحريم .

نعم لو فعل أحد الامور المتقدمة خالياً عما يدل على أحد القيود المتقدمة كان الاصل فيه الرجوع، تبعاً لاطلاق النص^(١) والعبارة ، خلافاً للروضة فقيده بقصد الرجوع لابعدم ظهور قصد غيره .

﴿ولو أنكر الطلاق كان﴾ انكاره ذلك ﴿رجعة﴾ بلاخلاف ، بل قيل : اتفاقاً ولا فرق في ذلك بين أن يضم اليه ما يدل على قصد الرجوع أولاً . نعم لو انضم اليه ما يدل على عدم قصد الرجوع وأن الباعث على الانكار انما هو عدم التفطن الى وقوع المنكر ولو ذكره لم يرجع ، فالظاهر عدم حصول الرجوع به، وعلى ذلك ينزل اطلاق النص^(٢) والفتوى جمعاً .

﴿ولا يجب في﴾ تحقق ﴿الرجعة الاشهاد بل يستحب﴾ بلاخلاف .

﴿ورجعة الاخرس بالاشارة﴾ المفهمة كسائر تصرفاته على الاشهر الاظهر ، وقيل: بالقاء القناع عنها . وهو أحوط، وفي قول المصنف: ﴿وفي رواية^(٣)﴾ بأخذ

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ٤٠٠ ح ١ .

(٢) وسائل الشريعة ١٥ / ٣٧٢ ، ب ١٤ .

(٣) وسائل الشريعة ١٥ / ٣٠٠ ، خ ٣ ، وراجع فقه الرضا ص ٣٣ .

القناع ﴿عنها اشارة الى وجود رواية بصريحها فيه ، ولم نقف عليها .
 ﴿ولو ادعت﴾ المطلقة ﴿انقضاء العدة في الزمان الممكن﴾ ويختلف أقله
 باختلاف أنواع العدة ، فهو من المعتدة بالاقراء ستة وعشرون يوماً واحظتان في
 الحرة ، وثلاثة عشر يوماً ولحظتان في الامة، وقد يتفق نادراً انقضاؤها الحرة بثلاث
 وعشرين يوماً وثلاث لحظات، وفي الامة بعشرة وثلاث ، ومن المعتدة بالوضع
 تاماً ستة أشهر ولحظتان من وقت النكاح لحظة للوطيء واحظة للولادة ، وسقطاً
 مصوراً مائة وعشرون يوماً ولحظتان، ومضغاً ثمانون يوماً ولحظتان، وعلقة أربعون
 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^(١) والاكثر، وربما قيد
 بالاول، وهو أحوط سيما مع التهمة وكذا اذا كان لها منازع، فيقبل قولها في انقضاء
 العدة بالحيز 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 لو انعكس الفرض فادعت البقاء لطلب النفقة
 مثلاً، ولاريب فيه، ويشكل في أصل الفرض، والوجه تقديم قولها مع اليمين تبعاً
 لاطلاق النص^(٢).

(المقصد الرابع - في العدد :)

جمع عدة، وهي: اسم لمدة معدودة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها
 أوللتعبد، أوللتفجع على الزوج ، وشرعت صيانة للانساب .

﴿والنظر﴾ هنا ﴿في فصول﴾:

﴿الاول: لاعدة على من لم يدخل بها﴾ اجماًءاً ﴿عدا المتوفى عنها زوجها﴾

فعلها العدة كما يأتي .

﴿ونعني بالدخول الوطيء قبلاً أو دبراً﴾ وطياً موجباً للغسل بلا خلاف . ولا

فرق في الداخل بين كونه كبيراً أو صغيراً لم يبلغ سنّاً يمكن التولد منه كما عن جماعة، وهو أحوط، كالحاق دخول المنى المحترم مع ظهور الحبل بالوطنيء، فتعتمد بالوضع ولكن لاعدة قبل الظهور، لعدم الموجب له من حبل أو دخول .

﴿ولانجب بالخلوة﴾ من دون واقعة على الاشهر الاظهر . ولا بوطيء العنصي

على رواية^(١) صحيحة، لكنّها مطرحة عند الاصحاب، معارضة بصحيحة^(٢) أخرى هي أقوى منها ، والعمل بها أحوط أيضاً وأولى .

ولا بمباشرة المبوب، أي المقطوع الذكر على الاشهر الاظهر . نعم لو ظهر

بها حبل منه لحقه الولد واعتدت منه بوضعه كما مر .

ونحوه الكلام في الممسوح الذي لم يبق له شيء ولا يتصور منه دخول، الا

أنه يزيد عليه بعدم الحاق الولد به والعدة مع ظهور الحبل كما عن الاكثر . وقيل:

حكّمه في هذا أيضاً حكم المبوب . وهو بعيد .

﴿الثاني : في﴾ عدة ﴿المستقيمة الحيض﴾ التي يأتيها حيضها في كل

شهر مرة على عادة النساء ، وفي معناها من كانت تعاد الحيض فيما دون الثلاثة

أشهر .

﴿وهي تعمد﴾ من الطلاق والفسخ ووطنيء الشبهة بل الزنا أيضاً، وفاقاً لجماعة

خلافاً للاكثر ﴿بثلاثة أطهار على الاشهر﴾ الاظهر، وفي كلام جماعة الاجماع ،

(١) وسائل الشيعة ٥٢/١٥ ، ب ٤٤٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٤٦٩/١٥ ، ب ٣٩٠ .

هذا ﴿ إذا كانت حرة ﴾ مطلقا ﴿ وان كانت تحت عبد ﴾ وأما اذا كانت أمة فتعتد بقرعين ولو كانت تحت حر كما يأتي .

﴿ وتحتسب بالطهر الذي طلقها فيه ﴾ قرءاً واحداً ﴿ ولو حاضت بعد الطلاق بلحظة ﴾ بلاخلاف ، ولو لم 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 ما تنقضي 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 لا تحيض وفي سنها من تحيض ، وعدتها ﴾ ان كانت حرة ﴿ ثلاثة أشهر ﴾ هلالية ان طلقت عند الهلال ، والا أكملت المنكسر خاصة ثلاثين بعد الهالين على الاشهر الاظهر ، والاظهر أنه لا فرق في عدم الحيض بين أن يكون خلقياً ، أو لعارض من حمل أو رضاع أو مرض .

﴿ وهذه ﴾ أي المسترابة ﴿ تراعي الشهور والحيض فتعتد بأسبغهما ﴾ الى الطلاق ، فتعتد بالاشهر ان مرت بها بعد الطلاق بلافاصلة خالية من الحيض ، وبالاقراء ان مرت بها كذلك . أما لو مر بها الاشهر بعد أن رأيت الحيض - ولو مرة بعد الطلاق - اعتدت بالاقراء .

﴿ وأما لو رأيت 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 ﴿وليس الأشهر التسعة المتقدمة من العدة، بل انما اعتبرت لتعلم أنها ليست من ذوات الاقراء .

﴿وفي رواية عمار^(١)﴾ الموثقة أنها ﴿تصبر سنة ثم تعد بثلاثة أشهر﴾ وأفتى بها الشيخ في النهاية^(٢)، لكن مقيداً لها بصورة تأخر الحيضة الثالثة، وهي مع شدوذا باطلاقها معارضة برواية^(٣) أخرى أقوى منها .

واطلاق النص والفتوى يقتضي عدم الفرق بين استراحتها بالحبل وعدهه في وجوب التربص تسعة أشهر ثم الاعتداد بالثلاثة بعدها، حتى لو كان زوجها غائباً عنها أو حاضر أو لم يقر بها مدة مديدة فحكمها كذلك، لكن عن الشهيد في بعض تحقیقاته الاكتفاء بالتسعة لزوجة الغائب، وحبته 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 فيما زاد عليها، بأن كانت ترى الدم في كل أربعة أشهر مرة أو مازاد عليها ومانتص، بحيث يزيد عن ثلاثة ولو بالحملة. ومتى رأت في الثلاثة دماً مطلقاً ولو قبل انقضائها بلحظة، فحكمها مافصل سابقاً من انتظار أقرب الامرين من تمام الاقراء ووضع الولد، فان انتفاها اعتدت بعد تسعة أشهر

(١) وسائل الشريعة ٤٢٢/١٥، ح ١٣ ب ١٣ .

(٢) النهاية ص ٥٣٢ .

(٣) وسائل الشريعة ٤٢٣/١٥، ح ٢٢ .

بثلاثة أشهر ، الا أن يتسم لها ثلاثة أقراء قبلها ولو مبنية على ماسبق . ولا فرق في اطلاق النص والفتوى بين أن يتجدد لها دم اخرى في 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 .

﴿ولا عدة على الصغيرة﴾ وهي التي لم تبلغ تسع سنين .
 ﴿ولا اليائسة﴾ التي لم تحض ومثلها لانحيض مع عدم الدخول اجماعاً ، وكذا معه ﴿على الأشهر﴾ الاقوى بل اجماعاً ، خلافاً للسيد بن فائنا لها حينئذ العدة ، وهو أحوط .

﴿وفي حد اليأس﴾ عن الحيض ﴿روايتان^(١)﴾ 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 ، ولا يخلو 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 ﴿لانحيض 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

بشبهة أو مطلقاً على قول قوي ﴿بالوضع﴾ للحمل بتمامه بشرط كونه من المطاق ﴿ولو بعد الطلاق بلحظة﴾ .

واطلاق الأدلة وصريح الجماعة يقتضي الاكتفاء بالوضع مطلقاً ﴿ولو لم يكن﴾ الولد ﴿تاماً﴾ لكن ﴿مع تحقق كونه حملاً﴾ أو مبدأ نشو آدمي قطعاً، ولا يكفي مجرد كونه نطفة اجماعاً ، والأشهر الأقوى 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 فجعلها العدة ، ولكن منعها عن التزويج قبله . وهما نادران .

﴿ولو طلقها فادعت الحمل تربص بها أقصى﴾ مدة ﴿الحمل﴾ اجماعاً ، وفي وجوب التربص بعد الأقصى بثلاثة أشهر قولان ، أجمعهما : الأول وفاناً لجماعة ، خلافاً لآخرين فأحوط وأولى .

﴿ولو وضعت توأماً بانته به﴾ أي بالاول ﴿على تردد﴾ واختلاف ، والأظهر عدم البيئونة الا بوضع الجميع ، وفي الخلاف^(١) الأجماع عليه من الجميع الا عن عكرمة .

﴿ولم﴾ يجز لها أن ﴿تنكح﴾ زوجاً غيره ﴿الى أن تضع الأخير﴾ بلا خلاف .

﴿ولو طلقها رجعيًا ثم مات﴾ عنها في العدة ﴿استأنفت عدة الوفاة﴾ أربعة أشهر وعشراً من حين الوفاة بلا خلاف .

ومقتضى الأصل واختصاص النص^(٢) بغير عدة المسترابة اعتدادها بالأشهر الثلاثة بعد الصبر تسعة أشهر أو سنة ، فلا اشكال فيه اذا بقي من المدة

(١) الخلاف ٥٣/٣ .

(٢) وسائل الشريعة ٤٦٣/١٥ ، ب ٣٦ .

ما يزيد على عدة الوفاة أو يساويها .

ويشكل في الناقص كما اذا صبرت التسعة أو السنة ثم مات عنها، والاحوط الحاقها بغير المسترابة، فتزيد على الثلاثة أشهر في المثل أربعين يوماً ليتم لها عدة الوفاة .

﴿ولو كان﴾ طلقها ﴿بائناً اقتصرت على اتمام عدة العلق﴾ بخلاف .
 ﴿الخامس : في عدة الوفاة ، تعدد الحرة﴾ المنكوحة بالعقد الصحيح من الوفاة ﴿بأربعة أشهر وعشرة أيام اذا كانت حائلاً﴾ اجماعاً .
 والحكم عام لكل امرأة ﴿صغيرة كانت أو كبيرة ، دخل بها أو لم يدخل﴾ ولكل رجل بالغ أكل أو غيره . ولا فرق أيضاً بين الدائمة والمتمتع بها على الاشهر الاقوى .

ويعتبر مدة العدة بالهلال ما أمكن، فان مات الزوج في خلال الشهر الهلاي 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 . وان كان الباقي عشرة أيام أو أقل منها، ضم اليها أربعة أشهر هلالية وتمام العشرة في الثاني . وفي عد المنتكسر ثلاثين أو الاكتفاء باتمام ما فات خلاف والاحوط الاول .

﴿وبأبعد الاجلين﴾ من المدة المزبورة ومدة الوضع ﴿ان كانت حاملاً﴾ باجماعنا .

﴿ويلزمها الحداد﴾ مادامت في العدة اجماعاً ﴿وهو ترك الزينة﴾ من الثياب والادهان والكحل والحناء والطيب وغير ذلك مما يسمى في العرف زينة ويختلف باختلاف العادات، فلز فرض عدم عد استعمال الامور المزبورة في بعض العادات زينة كان محللاً .

ولا يلزمها ترك التنظيف ودخول الحمام وتسريح الشعر والسواك وقلم الاظفار والسكنى في المساكن العالية واستعمال الفرش الفاخرة، وغير ذلك مما لا يعد مثله في العرف زينة .

والاشهر أنه لافرق بين الصغيرة والكبيرة والمسامة والذمية والمجنونة ، وهو أحوط وان كان في التعميم الى الصغيرة والمجنونة نظر .

والحداد واجب عليها تعبداً لا شرطاً ، فلوتركته أثمت واكن عدتها تامة على الاصح .

وهو مختص بالمتوفى عنها دون أقاربها و﴿دون المطلقة﴾ مطلقاً رجعيّاً أو بائناً .

﴿ولا حداد على الامة﴾ مطلقاً على الاشهر الاقوى ، وقيل : تحد . وهو أحوط .

﴿السادس : في المفقود، لاختيار لزوجته ان عرف خبره﴾ بحياته أو موته بل عليها الصبر في الاول الى مجيئه أو تحقق موته ، وعلى الحاكم الانفاق عليها من ماله ان أمكن الوصول اليه ، والاطالبه بالنفقة بالارسال اليه ، أو الى 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، أو اختص عنها بالجهل بها وبحالها أيضاً مع تعويله في الخلو عن الزوج بدعواها نكاحها .

﴿أو﴾ جهل خبره ولكن ﴿كان له ولي﴾ أو متبرع ﴿ينفق عليها﴾ فلا خيار لها هنا أيضاً بلاخلاف .

﴿ثم ان فقد الامران﴾ فجعل 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 لابعدها .
 ❖ فان وجده والا أمرها بعدة الوفاة ثم أباحها النكاح ❖ قيل : بلاخلاف
 للموثق^(١) . وظاهره كالمتمن 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 أمملك 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 حيثئذ للشيخ في
 النهاية^(٢) ، 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 اذا كانت ذات عادة مستقيمة .
 ❖ و ❖ أما ❖ لو كانت مسترابة ❖ بالحيض فلا تحيض ومثلها تحيض ❖ ف ❖
 عدتها ❖ خمسة وأربعون يوماً ❖ انطلقت في أثناء الشهر أو في أوله وكان الشهر
 تاماً ، وأما اذا فقد الامر ان كأن طلقت في الاول ونقص الشهر فأربعة وأربعون يوماً،
 ولكن الاحوط ما أطلقتها العبارة .
 ولو كانت مسترابة بالحمل فعليها الصبر بأشهر تسعة كالحرة على الاقرب ،
 وقيل : ثلاثة أشهر .

(١) وسائل الشريعة ٣٩١/١٤، ب ٤٥ .

(٢) النهاية ص ٥٣٨ .

وعلى المختار فهل يجب عليها الصبر شهراً ونصفاً بعد التسعة أم لا؟ ظاهر
الأصحاب الثاني .

ولو كانت حاملاً فعدتها بالوضع كالحرّة ، وفقاً لجماعة .
ولا يتفاوت الحكم في جميع ذلك باختلاف الأزواج بالحرية والرقية بل عام
﴿تحت عبد كانت أو تحت حر﴾ بلاخلاف ، للعمومات ، ومقتضاها أيضاً عموم
الحكم لكل أمة قنناً كانت أومدبرة أومكاتبة أو أم ولد زوجها مولاهما فطلقها الزوج ،
وأما المبعوضة فتعتد عدة الحرّة .

﴿ولو اعتقت﴾ الأمة ﴿ثم طلقت لزمها عدة الحرّة﴾ اجماعاً ﴿وكذا لو
طلقها رجعيّاً ثم اعتقت في العدة أكملت عدة الحرّة﴾ .

﴿ولو طلقها بائناً أتمت عدة الأمة﴾ بلاخلاف .

﴿وعدة الذمية﴾ التي ليست بأمة ﴿كالحرّة﴾ المسلمة ﴿فسي﴾ كل مسن
﴿الطلاق والوفاة على الأشبه﴾ الأشهر ، بل قيل : اتفاقاً .

﴿وتعتد الأمة﴾ غير ذات الولد من مولاهما ﴿من الوفاة﴾ أي وفاة زوجها
وان لم يدخل بها ﴿بشهرين وخمسة أيام﴾ عند أكثر القدماء والمتأخرين ، خلافاً
لجماعة فكالحرّة ، وهو في غاية القوة ، هذا اذا كانت حائلاً .

﴿ولو كانت حاملاً اعتدت مع ذلك﴾ وهو العدد شهران وخمسة أيام
﴿بالوضع﴾ بأن تجعل العدة بعدهما اجماعاً .

﴿و﴾ أما ﴿أم الولد﴾ من المولى ف﴿تعتد من وفاة الزوج﴾ مطالقات
ذات ولد منه أم لا ، دخل بها أم لا ﴿كالحرّة﴾ على الأشهر الاظهر ، خلافاً لاكثر
القدماء كما حكى فكثير ذات الولد ، كل ذا في عدة الأمة من وفاة الزوج .

وأما من وفاة المولى ففيها خلاف ، والأشهر الاقوى أنها ان كانت ذات ولد
منه فعدتها كالحرّة أربعة أشهر وعشرة أيام ، والافعلها الاستبراء ان كان يطأها ، والا

فلاشيء عليها مطلقاً . كل إذا لم تكن حين وفاته مزوجة ، والا فلا عدة 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 الموفاة﴾ 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 ﴿تغليياً لجانب الحرية﴾ .

﴿ولو وطئ 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 أعتقها بعد وفاته كأن دبرها ثم توفي عنها ، اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام على الاشهر الاظهر ، خلافاً له .

والاحوط الحاق العتق المنجز - وهو فرض المتن - بالمعلق على الموت ، أعني التدبير في وجوب الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام ، وان كان الأشهر مافي المتن . ﴿ولو كانت زوجة الحر أمة فابتاعها﴾ كلا أو بعضاً ﴿بطل نكاحه﴾ السابق اجماعاً ﴿وله وطؤها﴾ مع شراء كلها ﴿من غير﴾ احتياج السى ﴿استبراء﴾ اجماعاً ، وأما مع شرائها بعضاً ، فليس له وطؤها الامع تحليل الشريك له اذا كان غيرها على الاقوى ، وان كان الاحوط المنع مطلقاً كما هو الأشهر . واذا كانت هي الشريك ، فلا يحل وطؤها بتحليلها اجماعاً .

(تتمة :)

﴿لايجوز لمن طلق رجماً أن يخرج الزوجة﴾ المطلقة ﴿من بيته﴾ الذي طلقها فيه اذا كان مسكن أمثالها . وان لم يكن مسكنها الاول ، فان كان دون حقها فلها طلب المناسب والخروج اليه أو فوفقه فله ذلك ، ويحتمل العموم فليس لهما ذلك في المقامين ، وهو أحوط . ولا فرق بين الحضرية والبدوية والبحرية .

﴿الا أن تأتي بفاحشة ، وهو﴾ وفاقاً لجماعة ﴿ما يجب به الحد﴾ .
 ﴿وقيل :﴾ ان ﴿أدناه أن تؤذي أهله﴾ بقول أو فعل ، والقائل الاكثر ، حتى ان في الخلاف^(١) الاجماع ، فلا بأس وان كان الاحوط الاول .

﴿و﴾ كما ﴿لا﴾ يجوز له اخراجها من بيته ، كذا لايجوز لها أن ﴿تخرج هي﴾ بنفسها من دارها التي طلقت فيها ، سواء خرجت باذن زوجها أم لا ، على ما يقتضيه اطلاق العبارة ونحوها ، وبه صرح جماعة ، خلافاً لآخرين فقيد المنع بالصورة الثانية ، ولا يخلو عن قوة ، وان كان الاول أحوط .
 وعليه فلو كانت في سفر مباح أو مندوب ، ففي وجوب العود ان أمكن ادراكها جزءاً من العدة ، أو مطلقاً ، أو تتخير بينه وبين الاعتداد في السفر أو جه ، أقواها الاخير . وان لم يمكن الرجوع فلا يجب قطعاً .

﴿فان اضطرت﴾ الى الخروج ﴿خرجت﴾ اجماعاً لكن ﴿بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر﴾ وجوباً على الاشهر الاظهر ، هذا ان ارتفع به وبغيره الضرورة ، وان كان ارتفاعها منحصراً في الغير جاز قولاً واحداً .

﴿ولا يلزم ذلك﴾ أي المنع في كل من الخروج والاخراج ﴿في﴾ عدة الطلاق ﴿البائن﴾ مطلقاً حائلاً كانت المطلقة أو حاءلاً ﴿ولا﴾ في عدة ﴿المتوفى عنها زوجها﴾ مطلقاً كذلك .

﴿بل تبیت كل واحدة منهما﴾ وتعنت ﴿حيث شاعت﴾ بلاخلاف الامن 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 حاملاً الا أنه في الاخيرة ليس على اطلاقه، بل مقيد بما اذا أخرجها الى مسكن آخر لامطلقاً . والفرق بينها وبين المطلقة رجماً حينئذ هو عدم جواز اخراجها مطلقاً ولو الى مسكن آخر دون هذه فيجوز اخراجها اليه .

﴿وتعنت المطلقة من حين الطلاق﴾ مطلقاً ﴿حاضراً كان المطلق أو غائباً﴾ عنها اجماعاً في الاول، وعلى الاشهر الاقوى في الثاني .

هذا ﴿اذا عرفت الوقت﴾ الذي طلقت فيه ولو بالبينة الشرعية، والا فلتعنت من يوم يبلغها مطلقاً ولو حصل القطع بتقدم الطلاق عليه يوماً فصاعداً على الاحوط، وان كان التقييد بصورة احتمال وقوع الطلاق فيه - ولو بعيداً - غير بعيد، فتعنت بالمتيقن سبقه وتممه بالملحق به .

﴿و﴾ تعنت الزوجة ﴿في الوفاة﴾ من حينه مع حضوره ﴿من حين يبلغها الخبر﴾ مع الغيبة على الاشهر الاظهر، وفي المسألة قولان آخران .

ولافرق على الاشهر الاظهر فتوى ونصاً^(١) في المتوفى عنها بين الحرة والامة، ولافي الخبر الذي تعنت 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، وأمام 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 ٤٤٦/١٥، ب ٢٨ .

كتاب الخلع والمباراة

كتاب الخلع والمباراة

الخلع: بالضم من الخلع بالفتح ، وهو النزاع كأن كلا منهما ينزع لباس الآخر، لقوله تعالى « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » (١) .
والمباراة: بالهمزة، وقد تغلب ألفاً، وهي المفارقة. وكل منهما طلاق بعوض لازم لجهة الزوج .

ويشترط فيهما ما يشترط في الطلاق وزيادة شرط فيهما، وهورضاها بالبذل وآخر في الخلع وهو كراهتها له ، وآخرين في المباراة هما كراهة كل منهما لصاحبه وعدم زيادة العوض عن المهر .

ولا يشترط الوقوع عند المحاكم على الأشهر الاظهر، وان كان اعتباره - كما عليه الاسكافي - أحوط .

﴿والكلام﴾ في الكتاب يقع ﴿في العقد ، والشرائط، والموالحق :﴾
﴿وصيغة الخلع﴾ الصريحة فيه ﴿أن يقول : خلعتك﴾ أو خلعتك أو أنت ﴿أوفلانة مختلفة على كذا﴾ والظاهر وقوعه بـ « أنت طالق على كذا » من غير لفظ الخلع أصلاً، وادعى جماعة الاتفاق عليه، ويمكن الاحوط الاتيان بلفظ الخلع. ولا بد من قبول المرأة عقيبه بلا فصل معتد به، أو تقدم سؤالها قبله كذلك على

ما ذكره الاصحاب ويقتضيه الاحتياط .

﴿وهل يقع﴾ الخلع بكل من الالفاظ المذكورة ﴿بمجردده﴾ من غير احتياج الى اتباعه بالطلاق ؟ ﴿قال﴾ المرتضى ﴿علم الهدى : نعم﴾ وعليه الاكثر، وفي الناصريات^(١) عليه الاجماع ﴿وقال الشيخ : لا﴾ يقع ﴿حتى تتبع بالطلاق﴾ وهو أحوط وان كان الاول أظهر .

﴿ولو تجرد كان طلاقاً عند المرتضى﴾ والاكثر ﴿وفسحاً عند الشيخ لو قال بوقوعه مجرداً﴾ والاول أظهر . ومظهر الثمرة عدة من الطلقات الثلاث المحرمة ، فيعد منها على الاول ولا على الثاني .

﴿وماصح أن يكون مهراً صح﴾ أن يكون ﴿فدية في الخلع﴾ اجماعاً . ﴿ولا تقدير فيه﴾ أي في المجعول فدية في طرفي الزيادة والنقصان بعد أن يكون متمولاً ﴿بل يجوز أن يأخذ منها﴾ ما تبذله 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 مثلاً بلاخلاف .

ولا يعتبر في الوصف كونها رفعاً للجهاالة ، بل يكفي منه ما يحصل به التعيين ، فلو بذلت مالها في ذمته من المهر جاز وان لم يعلم قدره ، لتعيينه في نفسه وان لم يكن معلوماً لهما . واعتبر المصنف في الشرائع^(٢) 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 ص ٢٥٠ مسألة : ١٦٥ .

(٢) شرائع الاسلام ٣/٥٠٠ .

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 فسحاً.

﴿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^(١) المعتبرة عدم الاكتفاء بكراهتها مطلقاً، بل لا بد من الوصول الى تعديها معه في الكلام، كأن تقول له: والله لأبرك قسماً ولا أطيع لك أمراً ولا أغتسل لك من جنابة، ولا وطن فراشك من تكرهه، ولا وذن عليك بغير اذنك، ونحو ذلك مما يدل على خوف وقوعها في الحرام، وهو ظاهر الآية 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 لا يعتبر ما قدمناه من العبارات وان وردت بها النصوص^(٢) اجماعاً.

ويتفرع على هذا الشرط فساد الخلع مع عدمه ولو اتبع بالطلاق، فانه حينئذ يكون رجعيّاً لا بائناً.

﴿ولا يجب﴾ الخلع ﴿لو قالت: لا دخلن عليك من تكرهه﴾ على الاشهر الاظهر ﴿بل يستحب﴾ خروجاً عن شبهة القول بالوجوب، كما عليه الشيخ

(١) وسائل الشيعة ٤٨٧/١٥، ب ١.

(٢) نفس المصدر.

وجماعة .

﴿ويصح خلع الحامل مع﴾ رؤيتها ﴿الدم و او قبل انها تحيض﴾ على
الاشهر الاظهر ، لصحة طلاقها معه اجماعاً ، وقيل : بالعدم . وهو احوط .
﴿ويعتبر في العقد حضور شاهدين عدلين﴾ اجماعاً حتى من القائل بأنه
فسخ ﴿وتجريده من الشرط﴾ ومافي معناه اجماعاً .
﴿ولابأس بشرط يقتضيه العقد، كما لو شرط الرجوع ان رجعت﴾ بلاخلاف .
﴿وأما اللواحق فمسائل :﴾

﴿الاولى : لو خالعا والاخلاق ملتزمة 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
أم لا 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 رجعت ان شاء﴾ بلاخلاف .

وظاهر النص^(١) جواز رجوعها مطلقاً ولو مع عدم الشرط والرضاء ، وأنه
حيث يتمكن الزوج من الرجوع لو رجعت فيه ، كما هو الأشهر الأقوى فيهما ،
خلافاً لبعضهم في الاول فاشترط أحد الأمرين ، ولاطلاق المتن في الثاني ، وهو

قوله :

﴿ويشترط رجوعها في العدة ، ثم لارجوع بعدها﴾ فإن العدة فيه يشمل البائنة ، مع أنه لارجوع لها فيها ، كما لارجوع لها في العدة الرجعية بعد انقضائها ولو رجعت فيها مع الامكان ، الا أنها ما علمت الزوج حتى انقضت ، فالاقرب - وفاقاً لجمع - عدم الصحة .

ثم أنها حيث ترجع في البذل بالشرط تصير العدة رجعية ، سواء رجعت أم لا ، لكن في ترتب أحكام عدة الرجعية عليها مطلقاً كوجوب الاسكان والنفقة وجهان . والعدة قبل رجوعها بائنة اجماعاً ، فيصح له التزويج بأخت المختلة والرابعة ، ومتى تزوج بهما امتنع رجوعها ، الا اذا طلقها بائناً في العدة ، فيجوز لها الرجوع حينئذ .

﴿الثالثة: لو أراد مراجعتها وام ترجع﴾ هي ﴿في البذل أفقر﴾ تزويجها ﴿الى عقد جديد في العدة﴾ كان التزويج ﴿أو بعدها﴾ بلاخلاف .
﴿الرابعة: لانوارث بين المختلين﴾ مطلقاً ﴿ولومات 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 المخلع من الافتقار الى استدعاء المرأة مع الكراهة أو القبول كذلك .

واللفظ الدال عليه من قبل الزوج ﴿هو أن يقول: بارأئك﴾ بالهمزة ﴿على كذا﴾ من المبلغ فأنت طالق .

او قال بدل من بارأئك: 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 تماز 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 الاماوقع 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 مطلقاً
 ولولم يرض ولم تشترطه كما مر في الخلع .

ويكفي هنا الكراهة المطلقة من كل منهما واولم تبلغ الحد الذي يخاف منه
 الوقوع في الحرمة قطعاً .

﴿ويجوز أن يفاديهما بقدر ما وصل اليها منه﴾ من تمام المهر ﴿فمادون﴾ على
 الاشهر الاظهر ﴿ولا يحل له ما زاد عنه﴾ بلاخلاف .

كتاب الظهار

(كتاب الظهر)

وهو فعال من الظهر، اختص به الاشتقاق لانه محل الركوب في الركوب والمرأة مراكوب الزوج .

والمراد به هنا تشبيه المكلف من يملك نكاحها بظهر محرمة عليه أبدأ بنسب وأرضاع ، وهو محرم 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^(١) ، ولا يخلو عن وجه ، الا أن الاول أحوط .

﴿وكذا يقع لوشبهها بظهر﴾ امرأة ﴿ذي رحم﴾ مطلقاً ﴿نسباً﴾ كان ﴿أرضاعاً﴾ على الاشهر الاقوى ، بل ظاهر الصحيح^(٢) يشمل المحرمات الابدية ولو بالمصاهرة ، وبه أفتى جماعة ولا يخلو عن قوة خلافاً للاكثر .

﴿ولو﴾ شبهها بكلها ، كأنت مثل أمي ، أو بغير الظهر من الاعضاء ، ف ﴿قال﴾ : أنت كظهر أمي أويدها ﴿أوشبه عضو أمنها بكلها ، كأن يقول : يدك كأمي أو بأحد

(١) التحرير ٦١/٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٥١١/١٥ ، ج ١٣ .

أعضائها ﴿لم يقع﴾ على الاظهر الاشهر، وفي الانتصار^(١) الاجماع. ﴿وقيل :
يقع به﴾ سبب ﴿رواية^(٢)﴾ فيها ضعف ﴿ولكنه أحوط وان كان في تعينه نظر .
﴿ويشترط﴾ فيه ما يشترط في الطلاق ، فيعتبر فيه ﴿أن يسمع نطقه شاهدا
عدل﴾ بلاخلاف ، وفي الانتصار^(٣) وعن الحلبي الاجماع .

﴿وفي صحته مع﴾ التعليق على ﴿الشرط﴾ كأن يقول: أنت علي كظهور أي
ان فعلت كذا. غير قاصد للزجر أو البعث ، فانه مع القصد اليهما يمين لم يقع به
باجماعنا فتوى ونصاً^(٤) ﴿روايتان﴾ الآن ﴿أشهرهما: الصحة﴾ بعد تحقق الشرط
والثانية عدم الصحة^(٥) مطلقاً، وعليه الاجماع في الانتصار^(٦)، وهو الاقوى ولكن
الاول أحوط وأولى .

﴿ولا يقع في يمين﴾ أي اذا جعل جزاءً على فعل أو ترك قصداً للزجر أو
البعث اجماعاً .

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ يقع اذا قصد به ﴿اضرار﴾ الزوجة وفاقاً لجماعة، خلافاً
لاخرين وهو أحوط ﴿ولا﴾ في ﴿حال غضب﴾ مطلقاً وان لم يرتفع معه القصد
أصلاً ﴿ولاسكر﴾ بلاخلاف .

﴿ويعتبر في المظاهر البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد﴾ بلاخلاف
ولا يشترط الحرية، فيقع من العبد اجماعاً. ولا الاسلام، فيصح من الكافر وفاقاً للاكثر
خلافاً للشيخ .

(١) الانتصار ص ١٤٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥ / ٥١٧ ، ج ٢ .

(٣) الانتصار ص ١٤٢ .

(٤) وسائل الشيعة ١٥ / ٥٠٩ ، ج ١ .

(٥) في « خ » : التحقق .

(٦) الانتصار ص ١٤٢ .

﴿وفي المظاهرة﴾ وقوعه في ﴿طهر لم يجامعها فيه اذا كان زوجها حاضراً﴾
 أو في حكمه ﴿ومثلها تحيض﴾ بلاخلاف ، بل في كلام جمع الاجماع .
 ﴿وفي اشتراط الدخول﴾ بها ﴿تردد﴾ واختلاف ﴿و﴾ لكن ﴿المزوي﴾
 في الصحيحين^(١) ﴿الاشتراط﴾ وهو أظهر وفقاً للاكثر .
 ﴿وفي وقوعه بالمتنع بها قولان، أشبههما﴾ وأظهرهما ﴿الوقوع . وكذا﴾
 القولان في وقوعه ﴿بالموطوءة بالملك﴾ والاشهر الاظهر أنه كالاول وفي قوله:
 ﴿والمزوي﴾^(٢) أنها كالحرة ﴿سيما بعد الحكم بالوقوع صريحاً في السابق نوع
 ايماء الى التردد ، وليس في محله .

(وهنا مسائل :)

﴿الاولى : الكفارة تجب بالعود﴾ لا بمجرد الظهار اجماعاً ﴿وهو﴾ أي
 العود ﴿ارادة الوطى﴾ على الاظهر الاشهر، وقيل: بامساكها بالعقد الاول زماناً
 وان لم يرد الوطى .
 ﴿والاقرب﴾ الاشهر ﴿أنه لا استقرار لوجوبها﴾ بمجرد الارادة بحيث تلازمه
 مع انتفائها، بل وجوبها شرطي بمعنى تحريم الوطىء بدونها، خلافاً للتحريم^(٣)
 وظاهر العبارة عدم وجوب الكفارة بارادة مقدمات الوطىء من اللمس والقبلة ،
 وهو أصح القولين في المسألة وأشهرهما ، وعن الخلاف^(٤) نفي الخلاف عنه .
 واعلم أن الوطىء انما يحرم بالظهار عليه لاعليها، الا اذا تضمن الاعانة على
 الاثم فيحرم لذلك للظهار، فلو تشبهت عليه على وجه لا تحرم عليه أو استدخلته

(١) وسائل الشريعة ٥١٦/١٥ ، ب ٨ .

(٢) وسائل الشريعة ٥٢٠/١٥ ، ب ١١ .

(٣) التحرير ٦٢/٢ .

(٤) الخلاف ١٦/٣ .

وهو نائم مثلاً لم يحرم عليها .

﴿الثانية : لو طلقها وراجع في العدة لم تحل ﴿مجامعتها﴾ حتى يكفر ﴿اجماعاً﴾ .

﴿ولو﴾ طلقها بائناً أو رجعيّاً وقد ﴿خرجت﴾ من العدة ﴿فاستأنف﴾ النكاح ﴿فانه﴾ فيه روايتان^(١)، أشهرهما ﴿وأظهرهما﴾ : ﴿أنه لا كفارة﴾ عليه ، والرواية الثانية باثبات الكفارة، وعليها الديلمي والحلي، والاجود حملها على الاستحباب أو على صورة ارادة الفرار عنها بالطلاق كما في الخبر^(٢)، لكنه مع ارساله شاذ .

﴿الثالثة: لو ظاهر من أربع﴾ نسوة ﴿بلفظ واحد﴾ فقال: أنتن عاي كظهر أمي ﴿لزمه أربع كفارات﴾ على الأشهر الاظهر .
﴿وفي رواية^(٣)﴾ موثقة أن عليه ﴿كفارة واحدة﴾ عمل بها الاسكافي، وحمات على الوحدة الجنسية ، ولا بأس به جمعاً بين الأدلة .

﴿وكذا البحث لو كرر ظهار﴾ المرأة ﴿الواحدة﴾ فيلزمه بكل مرة كفارة على حدة ، والأشهر الاظهر أنه لا فرق في الحكم بين تراخي أحدهما عن الآخر أو تواليهما، بقصد التأكيد كان أم لا، تعدد المشبهة بها أم لا ، تحلل التكفير بينهما أم لا ، اتحد المجلس أم تعدد . وفي المسألة أقوال آخر .
﴿الرابعة : يحرم الوطى قبل التكفير﴾ اتفاقاً .

﴿فلو وطىء عامداً لزمه كفارتان﴾ احدهما للظهار، والاخرى للمواقعة بلا خلاف الامن نادر . واحترز بالعامد عن الجاهل والناسي ، فيقتفر في حقهما التعدد .

(١) وسائل الشيعة ٥١٨/١٥ .

(٢) وسائل الشيعة ٥١٩/١٥ ، ج ٦٤ .

(٣) وسائل الشيعة ٥٢٤/١٥ ، ج ٦٤ .

﴿ولو كرر﴾ الوطيء ﴿لزمه بكل وطيء كفارة﴾ مطلقاً كفر عن الاول أم لا على الأشهر الأقوى .

﴿الخامسة : إذا أطلق الظهار حرمت مجامعتها حتى يكفر﴾ اجماعاً .
﴿ولو علقه بشرط﴾ من غير وجه يمين ﴿لم تحرم حتى يحصل الشرط﴾ فتحرم حينئذ ان قلنا به وفقاً للاكثر .

﴿وقال بعض الاصحاب :﴾ وهو الشيخ في النهاية^(١) ﴿أوبواقع﴾ 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 الواقعة^(٢) قبل الكفارة، ولا تجب قبله وان طالت مدته على أصح القولين .

﴿السادسة : إذا عجز عن الكفارة﴾ وخصالها الثلاث وابدائها ان قلنا بها سوى الاستغفار ﴿قيل﴾ والقائل الاكثر ﴿بحرم وطؤها حتى يكفر، وقيل﴾ والقائل الحلبي ﴿تجزى بالاستغفار، وهو أشبه﴾ ولكن الاول أحوط بل وأظهر.
﴿السابعة﴾ اذا لم يرد الوقاع وصبرت المظاهرة فلم ترافعه الى الحاكم أولم 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 انفصالها﴾ مع عدم اختياره أحد الامرين يحبس و﴿يضيق قلبه﴾ في المطعم والمشرب ، بأن يمنع عما زاد على سد الرق ﴿حتى يفسى﴾ أي يرجع ﴿أو يطلق﴾ ويختار أحد الامرين، ولا يجبر على أحدهما بل يخير بينهما، بلاخلاف في شيء من ذلك، وفي كلام جماعة الاجماع .

(١) النهاية ص ٥٢٥ .

(٢) في « ن » : المعاودة .

كتاب الايلاء

(كتاب الايلاء)

وهو مصدر ألى يؤاي ، اذا حلف مطلقاً، هذا لغة . وأما شرعاً فهو: الحلف على ترك وطىء الزوجة الدائمة المدخول بها قبلاً، أو مطلقاً أبداً، أو مطلقاً من غير تقييد بزمان ، أو به مع زيادته على أربعة أشهر الاضرار بها ، فهو فرد من أفراد الايلاء الكلي أطلق عليه . وحيث اختلف 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 تخبيراً مع الكفارة دون اليمين المطلقة وعدم اشتراط انعقاده مع تعلقه بالمباح بأو يئسه ديناً أو دنياً أو تساوي طرفيه ، بخلاف مطلق اليمين فيشترط فيها ذلك. واشتراطه بالاضرار بالزوجة كما علم من تعريفه، بخلاف مطلق اليمين فلا يشترط فيها ذلك. واشتراطه بدوام عقد الزوجة كما عرفته ، بخلاف اليمين المطلقة . وانحلال اليمين على ترك وطئها بالوطىء دبراً مع الكفارة دون الايلاء، الى غير ذلك من الاحكام المختصة بالايلاء المذكورة في بابه .

﴿ولا ينعقد الا باسم الله سبحانه﴾ المختص به أو الغالب فيه كاليمين المطلقة

بلاخلاف بيننا .

﴿و﴾ عليه فـ ﴿لو حلف﴾ على ترك وطئها ﴿بالطلاق أو العتاق لم يصح﴾
بلاخلاف بيننا، ومثله ما لوقال: ان أصبتك فعلي كذا. بل أولى بعدم الوقوع، لانه
كناية لا يقع به عندنا وان ذكر اسم الله تعالى .

﴿ولا ينعقد الا في اضرار﴾ بلاخلاف ﴿فلو حلف لصلاح لم ينعقد﴾، كما لو
حلف لاستضرارها بالوطيء أو لصلاح اللبث .

﴿ولا ينعقد﴾ 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، فلا يقع من الصبي والمجنون والمكره والساهي والنائم والعاتب به،
ونحوهم ممن لا يقصد الايلاء .

﴿وفي المرأة الزوجية﴾ فلا يقع بالاجنبية ولا الموطوءة بالملك ﴿والدخول﴾
بها فلا يقع بغير المدخول بها .

﴿وفي وقوعه بالمتنع بها قولان، والمروي﴾ في الصحيح ^(١) ﴿أنه لا
يقع﴾ وهو أقوى وأشهر، والقول الثاني للتمي . وحيث لم ينعقد انعقد يميناً ان
اجتمع شرائطها كما مر .

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 ^(٢)
عليه الاجماع، خلافاً للشيخ فلا كفارة عليه .

﴿وإذا﴾ لم تصبر بترك وطئها و﴿رافعته﴾ الى الشرع ﴿أنظره الحاكم

(١) تهذيب الاحكام ٨/٨، ح ٢٢٢ .

(٢) الخلاف ٩/٣ .

أربعة أشهر ﴿ من حين الايلاء، فان فاء بعد الانظار فلا بحث .
 ﴿ وان أصر على الامتناع ثم رافعه بعد المدة ، خيره الحاكم بين الفیئة
 والطلاق ﴿ بلاخلاف للمعتبرة (١) وظاهرها كالعبارة وصريح الجماعة عدم جواز
 اجباره على أحد الامرین على التعین . وينبغي تقييده بما اذا حصل أحدهما
 بتخييره ، والا فلو امتنع من أحدهما كالفیئة مثلاً أمكن اجباره على الملاق
 للصحيح (٢)، وهو اجبار بحق .

ثم الفیئة تتحقق في القادر على الوطء به ولو بمسماه، بأن تغيب الحشفة
 وان لم ينزل، وفي العاجز عنه باظهار العزم عليه في أول أوقات الامكان .
 ﴿ فان امتنع ﴿ عن الامرین ﴿ حبسه ﴿ الحاكم ﴿ وضيق عليه في المطعم
 والمشرب حتى يكفر ويفيء أو يطلس ﴿ بلاخلاف الا في الكفارة ففيها الخلاف
 كما عرفته .

﴿ واذا طلق وقع ﴿ الطلاق ﴿ رجعياً ﴿ حيث لا سبب للبينونة ﴿ وعليها العدة
 من يوم طلقها ﴿ اجماعاً في لزومها، ووفقاً للاكثر في الاول ، وقيل : يقع بائناً
 وهو شاذ .

﴿ ولو ﴿ اختلفا ف ﴿ ادعى ﴿ المولى ﴿ الفیئة وأنكرت ﴿ هي ﴿ فالقول
 قوله مع يمينه ﴿ بلاخلاف .

﴿ وهل يشترط في ضرب المدة المرافعة ﴿ فلان تحتسب 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 الامرین متخيراً .

(١) وسائل الشيعة ١٥/٥٤٣، ج ١٣ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٥٤٤، ج ٣ .

[في بيان الكفارات]

﴿ولنتبع ذلك﴾ أي بحث الایلاء 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:

﴿ف. 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 الأشهر الاقوى، وعن المبسوط^(١) وفي المسالك نفي الخلاف عنه. وقيل: مخيرة. ولاريب في ضعفه.

ومثلها كفارة الجماع في الاعتكاف الواجب عند الصدوق وجماعة، خلافاً للاكثر فمخيرة، وهو أظهر ولكن الاول أحوط. ومثلها 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 الأشهر الاظهر، وفي الانتصار^(٢) والغنية^(٣) الاجماع، وفي المسألة أفعال 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 ٢٤٥/٧.

(٢) الانتصار ص ٦٩.

(٣) الغنية ص ٥٠٩.

مطلقاً على الأشهر الأقوى وفي الانتصار والغنية الاجماع، وفي المسألة أقوال أخر ضعيفة الا القول بأنها كفارة جمع في الافطار بالمحرم ، فان فيه قوة .

﴿ومثلها﴾ في الخصال والتخير ﴿كفارة من أفطروا منذوراً على التعيين﴾ من غير عذر على الاظهر ، وفي الانتصار الاجماع .

﴿و﴾ مثلها في الامرين ﴿كفارة خلف العهد على التردد﴾ من الخبرين ^(١) بذلك ، ومن الاصل مع ضعف سندهما، فيلزم الاقتصار على القدر المتيقن وهو كفارة اليمين ، والاصح الاول وفقاً للاكثر وفي الغنية الاجماع .

﴿وأما كفارة خلف النذر ففيه﴾ أقوال كثيرة، ولكن ﴿قولان﴾ منهما مشهوران أظهرهما وأشهرهما : انها كفارة الافطار في شهر رمضان، وفي الانتصار والغنية الاجماع ﴿وأشبههما﴾ عند جماعة ﴿أنها﴾ كفارة ﴿صغيرة﴾ أي كفارة يمين . ﴿و﴾ أما ﴿ما فيه الامران﴾ التخير والترتيب فـ ﴿كفارة اليمين﴾، وهي عتق رقبة ، أو اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم ، فان لم يجد ﴿شيئاً من ذلك﴾ صام ثلاثة أيام متتابعات ﴿بالنص﴾ ^(٢) والاجماع .

ومثلها كفارة خدش المرأة وجهها حتى أدمت، وبتفها شعر رأسها في المصاب على المشهور كما يأتي .

﴿و﴾ أما ﴿كفارة الجمع﴾ فـ ﴿قتل المؤمن عمداً عدواناً﴾، وهي عتق رقبة ، وصيام شهرين متتابعين ، واطعام ستين مسكيناً اجماعاً . ومثلها كفارة من أفطر على محرم في شهر رمضان على قول قديم ، ولا يدخلو عن وجه .

وهنا ﴿مسائل ثلاث﴾ :

(١) وسائل الشيعة ٥٧٦/١٥ ، ب ٢٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٥٦٠/١٥ ، ب ١٢ .

﴿الاولى: قيل:﴾ كما عن الشيخين وجماعة من القدماء ﴿من حلف بالبراءة﴾
 من الله تعالى ورسوله والائمة الميامين من آل الله ﷺ على الاجتماع أو الانفراد
 ﴿لزمته كفارة ظهار﴾ فان عجز فكفارة يمين اما بمجرد أو بعد الحنث على الخلاف
 بينهم، والاقوى وفاقاً للحاي وأكثر المتأخرين أنه لا كفارة فيه مطلقاً، وفي الخلاف
 الاجماع، ولكن الاول أحوط. وفي المسألة قولان آخران، هذا ولا ريب في تحريمه
 بل ويحتمل الكفر في بعض صورته .

﴿ومن وطئ﴾ المرأة ﴿في الحيض عامداً لزمه دينار في أوله ونصف في
 وسطه وربيع في آخره﴾ على قول مشهور ، وهو أحوط لولم يكن أقوى، وقد
 مضى البحث هنا في بحث أحكام الحيض .

﴿ومن تزوج امرأة في عدتها فارقه او كفر بخمسة أصواع من دقيق﴾ وجوباً
 عند جماعة ، وكذا التزويج بذات البعل، ولا فرق في العدة بين الرجعية والبائنة
 ولا في التزويج بين العالم والجاهل. وقيل: لا تجب الكفارة هنا مطلقاً . وعليه أكثر
 المتأخرين ، والمسألة محل توقف ، ولا ريب 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^(١)
 والغنية^(٢) الاجماع ، خلافاً للحلي وأكثر المتأخرين فاستحباً ، والاول أقوى .
 ولا فرق بين النائم كذلك عمداً أو سهواً .

ولا يلحق ناسي غير العشاء بناسيها. وفي الحاق السكران بالنائم قول ضعيف
 وكذا المتعمد لتركها ، والناسي لها من غير نوم .

ولو أظفر ذلك اليوم، فالاقوى عدم الكفارة. ولو سافر فيه لضرورة أو غيرها

(١) الانتصار ص ١٦٥ .

(٢) الغنية ص ٥٠٩ .

مطلقاً أظفره ولاقضاء على الأقوى، لكن يجب ترك السفر غير الضروري تحصيلاً للواجب، وكذا لمرض 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 ما عرفت .
 ﴿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^(١) وغيره الاجماع ، وهو أحوط ان لم نقل بكونه أظهر .
 ويظهر من العبارة عدم الخلاف في أصل وجوبها ، وفي الغنية^(٢) الاجماع عليه، فلا ريب فيه وان تأمل فيه بعض المتأخرين . وليس في النص^(٣) وكلام بعضهم التقييد بالمصاب، بل الحكم فيهما مطلق، وهو أحوط وان كان للتقييد وجه .
 والاحوط بل الأقرب عدم فرق بين جز كل الشعر والبعض . وفي الحاق الحاق والاحراق بالجز اشكال، ولكنه أحوط .

﴿وفي نفيه﴾ وهو قلعه، بخلاف الجز فانه قرضه ﴿في المصاب كفارة يمين وكذا في خدشها وجهها، وكذا في شق الرجل ثوبه لموت ولده أو زوجته﴾ على الأشهر الأظهر ، بل صرح جمع بعدم الخلاف ، وفي الانتصار^(٤) والسرائر^(٥) الاجماع ، والامر في التقييد بالمصاب كما مر .

(١) الانتصار ص ١٦٦ .

(٢) الغنية ص ٥٠٩ .

(٣) وسائل الشيعة ٥٨٢/١٥ ، ب ٣١ .

(٤) الانتصار ص ١٦٦ .

(٥) السرائر ص ٣٦٢ .

والاقوى تقييد الخدش بالادماء وفاقاً لجماعة، خلافاً لاطلاق العبارة وغيرها
والمعتبر منه مسماه ، فلا يشترط استيعاب الوجه، ولا شق جميع الجلد. ولا يلحق به
خدش غير الوجه وان أدمى ، ولالطمه مجرداً .

ويعتبر في الثوب مسماه عرفاً، قيل: ولا فرق فيه بين الملبوس وغيره، ولا بين
شقه ملبوساً ومنزوعاً، ولا بين استيعاب الشق وعدمه . وهو أحوط وان كان التعميم
للاخيرين من الشقين الاولين نظر .

ولا فرق بين الولد للصلب وولد الولد وان نزل ذكراً أو أنثى لذكر، وفي ولد
الانثى قولان ، أجودهما : عدم اللحق ، ولكن اللحق أحوط .

وظاهر الزوجة في النص^(١) والفتوى هو الدائمة، فلا يعم الحكم المتمتع بها
خلافاً لجماعة فساوا بينهما، وهو أحوط وأولى . ولا الموطوءة بالملك وان كانت
سرية أو أم ولد .

ثم مقتضى الاصول حرمة شق الثوب مطلقاً لسو على الاب والاخ ، خلافاً
لجماعة فأجازوه فيهما، والاحوط الاولى ما قدمناه. ولا كفارة في شق المرأة على
الميت مطلقاً ولداً كان أو زوجاً ، وان حرم قولاً واحداً .

﴿الثالثة: من نذر صوم يوم﴾ معين ﴿فعجز عنه، تصدق باطعام مسكين مدين
من طعام﴾ عند الشيخ في النهاية^(٢)، لرواية^(٣) ضعيفة لاتصلح مخصصة لاصل البراءة
وعليه هنا جماعة، وهو في غاية القوة وان كان الاحوط ما في النهاية .

﴿فان عجز عنه تصدق بما استطاع ، فان عجز﴾ أصلاً ﴿استغفر الله تعالى﴾
ولم أقف على مستنده ان أريد به الوجوب والا فالاستحباب لا بأس به .

(١) وسائل الشيعة ٥٨٢/١٥ ، ب ٣١ .

(٢) النهاية ص ٥٧١ .

(٣) وسائل الشيعة ١٩٥/١٦ ، ب ١٢ .

﴿المقصد الثاني : في﴾ بيان ﴿خصال الكفارة﴾ وأحكامها .
 ﴿وهي﴾ كثيرة إلا أن المهم الذي يجب التعرض لذكره هنا هو الخصال الأربع المشهورة ، أعني : ﴿العتق ، والاطعام ، والكسوة ، والصيام﴾ .
 ﴿أما العتق : فيتعين على الواجد في﴾ الكفارة ﴿المرتبة﴾ دون المخيرة .
 ﴿ويتحقق﴾ الوجدان ﴿بملك الرقبة﴾ مع عدم الاحتياج إليها لضرورة كالخدمة ﴿و﴾ ملك ﴿الثلث﴾ لها كذلك ﴿مع إمكان الاتباع﴾ .
 ﴿ولا بد من كونها مؤمنة أو مسلمة﴾ إذا كانت كفارة عن القتل مطلقاً ولو كان عمداً أجمعاً .

والأكثر على اشتراط الإسلام في مطلق الكفارة، وفي الانتصار^(١) وغيره الأجماع خلافاً لجماعة فلا يشترط ، والأول أظهر وأحوط .

والمولود المتولد من المسلمين أو أحدهما مخير فيما عدا القتل قولاً واحداً وكذا فيه عند الأكثر خلافاً للاسكافي فالبالغ ، وهو أحوط ان لم نقل بكونه أظهر .
 وظاهر المصنف والأكثر عدم اشتراط الايمان بالمعنى الاخص ، بل قيل :
 اجمعاً ، فان تم والافاشتراطه لا يخلو عن وجه وفقاً لجمع مع أنه أحوط .
 وفي جواز عتق المسيبي من أطفال الكفار ان انفرد به السابي المسلم عن أبويه قولان ، المشهور كما قيل الثاني ، وهو أحوط ان لم نقل بكونه أظهر . ولا يجزي عتق الحمل اجمعاً .

﴿و﴾ يعتبر ﴿أن تكون سليمة من العيوب التي تعتق بها﴾ قهراً ، وهي الاععاد والعمى ، والجذام ، والتنكيل الصادر من المولى بلاخلاف . ولا يشترط السلامة من غيرها على الأشهر الأقوى ، فيجزئ الأعور ، والأعرج ، والأقرع ، والخصي ، والأصم ، ومقطوع الأذنين واليدين ولو مع إحدى الرجلين ، والمريض وان مات في مرضه .

﴿وهل يجزي المدبر؟ قال﴾ الشيخ ﴿في النهاية^(١): لا﴾ يجزي ﴿و﴾ قال ﴿في غيرها﴾ وهو المبسوط^(٢) ﴿بالجواز ، وهو أشبه﴾ وأشهر . كل ذامع عدم نقض التدبير أولاً ، والافجزي قولاً واحداً . ويجزىء اعتناق المكاتب المشروط قبل الايفاء ، والمطلق الذي لم يؤد شيئاً على الأشهر الأقوى ، أما المؤدي - ولو بعضاً - فلا قولاً واحداً .

﴿و﴾ كذا ﴿يجزىء الابن ما لم يعلم موته﴾ وفقاً للاكثر ، وعن الحلبي الاجماع ، وفي المقام قولان آخران .

﴿و﴾ كذا ﴿أم الولد﴾ مطلقاً مات ولدها أم لا اجماعاً في الاول ، وكذا في الثاني الا من الاسكافي .

وكذا ولد الزنا بعد بلوغه واسلامه على الأشهر الأقوى ، 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 ولعيله الواجبي النفقة ، ووفاء دينه وان لم يطالب به .

وهل المعتبر في النفقة الكفاية على الدوام ، بأن يملك ما يحصل من نمائه ما يقوم بكفايته في كل سنة أوقوت السنة أو اليوم واللياة فاضلاً عما يحتاج اليه في الوقت الحاضر من الكسوة والامتعة ؟ أوجه ، خيرها أوسطها وان كان الاخير أحوطها . وابتكاف العادم العتق أجزأ مطلقاً .

﴿ولاتباع ثياب البدن ولا المسكن في الكفارة ، اذا كان﴾ كل منهما ﴿قدر

(١) النهاية ص ٥٦٩ .

(٢) المبسوط ٦/٢١٣ .

الكفاية ﴿ اللاتقة 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 فكالحره عليه شهران .
 ثم ان المتتابع هنا ليس المراد به معناه ائمة وعرفاً ﴿ فاذا صام الحر شهر أو من الثاني شيئاً ولو يوماً أتم ﴾ اجماعاً ، والاكثر على جواز التفريق بعد ذلك اختياراً ، خلافاً لجماعة من أعيان القدماء فيأثم ، وفي الانتصار^(١) والغنية^(٢) الاجماع ، وهو أحوط وأولى .
 وفي تحقق المتتابع 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 المتتابع ، ولو كان صائماً بعده بلاخلاف .
 فلا يجوز له أن يتدعى زماناً لا يسلم فيه ﴿ الا ﴾ اذا كان عدم السلامة ﴿ لعذر ﴾ شرعي ﴿ كالحيض ، والنفاس ، والاعماء ، والمرض ، والجنون ﴾ فيجزىء حينئذ بلاخلاف . وكذا الحكم في غير ما ذكر من الاعذار العارضة في الاثناء بغير اختيار مع عدم العلم بعروضها ، كالسفر الضروري .
 وانما اعتبرنا عدم العلم بالعروض ، لانه معه يكون في ترك المتتابع كالمختار ، وليس ذلك شرطاً في الحيض ، الا اذا اعتادته فيما زاد على شهرين فيعتبر مع احتمال

(١) الانتصار ص ١٦٧ .

(٢) الغنية ص ٥١٠ .

العدم مطلقا ، ولكن الاحوط مراعاة الاستثناء .

ولا كذلك النفاس ، فلا يجوز للمرأة الابتداء بزمان تقطع بعدم السلامة منه فيه ، وان ابتدأت بالصوم في زمان لاتعلم بحدوثه جاز وان احتمل . والاصح وجوب المبادرة بعد زوال العذر، وفيه قول بالعدم ضعيف . والمراد بالوجوب هنا هو الشرطي بمعنى توقف التتابع عليه ، والافالشرعي لادليل عليه .

﴿وأما الاطعام : فيتعين في﴾ الكفارة ﴿المرتبة مع العجز عن الصيام﴾ بالمرض المانع منه ، وما حصل به مشقة جديدة وان رجا براءه ، وما خيف عن زيادته ونحو ذلك ، لالسفر الامع تعذر الإقامة . وحيث انتقل الفرض اليه يتخير فيه بين التسليم الى المستحق وبين أن يطعمه بلاخلاف .

﴿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^(١) والنهاية^(٢) وتبعه ابن حمزة ، وهو أحوط . ويستحب أن يزيد على المد حفنة لمؤونة نحو طحنه وخبزه ان توقف عليه ، وأوجه الاسكافي .

وعلى الثاني قدر في الاشهر الاظهر بالاشباع ولو مرة ، كأن يطعموا ضحى أو عشية .

﴿ولايجوز اعطاؤه لمادون العدد﴾ بلاخلاف .

﴿ولايجوز التكرار﴾ عليه بقدر العدد ﴿في الكفارة الواحدة مع التمكن﴾ من تمام العدد بلاخلاف .

﴿و﴾ هل ﴿يجوز مع العذر﴾ لفقد العدد في البلد مع تعذر الايصال اليه

(١) المبسوط ١٧٧/٥ .

(٢) النهاية ص ٥٦٩ .

من غيره ؟ قولان ، أشهرهما وأظهرهما : ذلك ، بل لم أفق فيه على مخالف . واحترز بالواحدة عن المتعددة ، لجواز التكرار فيها بقدرها بلاخلاف .
 ﴿و﴾ الواجب في الجنس أن ﴿يطعم ما يغلب على قوته﴾ وفقاً لجماعة ، خلافاً للخلاف فكل ما يسمى طعاماً مدعياً عليه لوفاق ولا بأس به ، والاولى الاقتصار على اطعام المد من الحنطة والشعير كما في الصحيح^(١) وغيره .
 ﴿ويستحب﴾ أيضاً ﴿أن يضم اليه اداماً﴾ ولا يجب وفقاً للاكثر ، وان كان الوجوب - كما عن المفيد والديلمي - أحوط . والراد بالادام ماجرت العادة بأكله مع الخبز ، مائماً كان كالدبس أو جامداً كالجبين واللحم ، وهو مختلف بحسب الجنس نفاسة ورداءة .

﴿وأعلاه اللحم ، وأوسطه الخل﴾ والزيت ﴿وأدناه الملح﴾ .
 ﴿ولا يجزىء اطعام الصغار﴾ اذا كانوا ﴿منفردين﴾ بعدد الستين بلاخلاف ﴿ويجزىء﴾ اطعامهم اذا كانوا ﴿منضمين﴾ مع الكبار ، كما عليه الشيخ في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) نافياً عنه الخلاف ، فهو الحجة ان تم لا الصحيح^(٤) المسوي بينهم وبين الكبار ، لانه ظاهر في صورة التسليم لا الاشباع ، ولا خلاف فيها كما في المسالك وغيره ، مع أن في الموثق : لا يجوز اطعام الصغير في كفارة اليمين ، ولكن صغيرين بكبير^(٥) . وهو مطلق اصورتى الانفراد والاجتماع ، الا أنهم حملوه على الاولى فقالوا :

﴿ولو انفردوا احتسب الاثنان بواحد﴾ جمعاً ، وهو حسن الآن العمل باطلاق

(١) وسائل الشيعة ٥٦٦/١٥ ، ج ٨٣ .

(٢) المبسوط ١٧٨/٥ .

(٣) الخلاف ٢٧/٣ .

(٤) وسائل الشيعة ٥٧٠/١٥ ، ج ٣٣ .

(٥) وسائل الشيعة ٥٧٠/١٥ ، ج ١٣ .

الموثق أحوط وأولى، فيعد الصغيران بأكبر مطلقاً وفقاً لابن حنزة، وهو ظاهر إطلاق الاسكافي والصدوق في المقنع^(١)، لكن في كفارة اليمين خاصة، وظهرهما كالموثقة وغيرها جواز اطعام الصغار فيما عداها وأنهم كالكبار، لكن الإطلاق أحوط وأولى، وأحوط منه عدم اطعام الصغار مطلقاً كما عليه المفيد وإن 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﴾ مطلقاً ﴿وهو أشبه﴾ وأشهرين من تأخر، ولكن الاول أحوط، وأحوط منه القول بالثوبين مطلقاً كما عليه جماعة من القدماء .

والمعتبر من الكسوة ما يحصل به ستر العورة مع صدق الكسوة عليه عرفاً، كالجبة والقميص والسراويل دون الخف والقلنسوة، بلاخلاف ولاشكال الا في السراويل ففيه اشكال وقول بالعدم، وظاهر الاصحاب جواز اعطاء الكسوة للصغار مطلقاً، ويستحب الجديد خاما كان أو مقصوراً، ويجزىء غيره إذا لم يكن منخرقاً ولا منسحقاً، وهما لا يجزيان .

وجنسه ما اعتيد لبسه، كالقطن والكتان والصوف والحريز الممتزج أو المحض للنساء دون الخنثي والكبار، والفرو والجلد المعتادين، والقنب والشعير إن اعتيد لبسهما .

﴿وكفارة الايلاء مثل كفارة اليمين﴾ بلاخلاف .

(١) المقنع ص ١٣٦ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥ / ٥٦٨ ، ب ١٥ .

﴿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 واوحظة، 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 ما يقتضيه اطلاق العبارة والادلة﴾ ﴿فمعجز﴾ 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 الظاهر ورضان والنذر ، فرتضى الحكم الاول في الاولين لكن بعد العجز عن الخصال الثلاث وفاقاً لجماعة، على اشكال في ثانيهما فيحتمل قوياً فيه بدل صوم الثمانية عشر التصدق بما يطبق، كما هو ظاهر الكليني والشيخ في التهذيبين^(١) 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 قوليهِ في الثلاثة ، وان لم يمكنه شيء منه فلا شيء عليه حتى التصدق بمد عن كل يوم والاستغفار مع العجز ، اذ لم أقف على ما يدل عليهما فيه، بل ولا في الاولين عدا الاستغفار في ثانيهما، فقد ورد به النص الصحيح^(٢) وفيه نفيه في أولهما وحرمة المظاهرة الى أن يجد ما يكفر ، والموثق^(٣) المثبت

(١) تهذيب الاحكام ٣٢١/٨ ، الاستبصار ٥٢/٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٥٥٤/١٥ ، ج ١٣ .

(٣) وسائل الشيعة ٥٥٨/١٥ ، ج ٨ .

له فيه عن معارضة قاصر .

والمعتبر من الاستغفار مرة واحدة بالنية عن الكفارة ، مضافاً الى اللفظ الدال على الندم على مافعل والعزم على عدم العود ان كان عن ذنب .

وفي وجوب الكفارة مع تجدد القدرة وجهان . ثم في وجوب التابع في الثمانية عشر قولان، أحوطهما في المقامين ذلك .

﴿الرابعة﴾ : يشترط في المكفر البلوغ ، وكمال العقل ، والايمان ، ونية القربة ﴿في جميع المخصال ولو كان اطعاماً أو كسوة﴾ ﴿والتعين﴾ السبب الذي يكفر عنه ، سواء تعددت الكفارة في ذمته أم لا، وسواء تغاثر الجنس أم لا ، كما يقتضيه اطلاق نحو العبارة ، وصرح به بعض الاصحاب .

وقيل : يشكل بأنه مع اتحادها في ذمته لا اشترك فتجزىء نيته عما في ذمته ، ولا بأس به .

ولو تعددت ما في ذمته مع اتحاد نوع سببه، كإفطار يومين من شهر رمضان وخلف نذرين، فكالمتمحد لا يعتبر فيه نية التعيين اجماعاً كما في الخلاف^(١) .

ولو اختلف أسبابه، توجه التعيين وان اتفق مقدار الكفارة .

ولو شك في نوع ما في ذمته، أجزاءه الاطلاق عن الكفارة، كما يجزيه العتق عما في ذمته لو شك بين كفارة ونذر، ولا يجزيء ذلك في الاول، فانه لا بد فيه من نية التكفير، كما لا يجزيء العتق مطلقاً في الثاني بدون قصد ما في الذمة .

كتاب اللعان

(كتاب اللعان)

وهو لغة : المباهلة المطلقة ، أو فعال من اللعن أو جمع له ، وهو الطرد والابعاد من الخير، والاسم اللعنة، وشرعاً: المباهلة بين الزوجين بكلمة مخصوصة في ازالة حد أو نفي ولد عند الحاكم .

﴿والنظر﴾ فيه ﴿في أمور أربعة :﴾

﴿الاول : السبب ، وهو أمران :﴾

﴿الاول: قذف الزوجة﴾ المحصنة ، أي رميها ﴿بازنا﴾ ولو دبراً على

الاطهر الاشهر، وفي الغنية^(١) والانتصار^(٢) الاجماع، وقيل : بانحصار السبب

في الثاني .

وعلى المختار انما يكون سبياً ﴿مع دعوى المشاهدة وعدم البينة﴾ على

الاشهر الاظهر، وفي الانتصار والغنية الاجماع كل منهما في أحدهما، خلافاً

للخلاف^(٣) في الثاني، وللشهيد الثاني في الاول فلم يعتبره بل اكتفى بالعلم ولو

بالقرائن .

(١) الغنية ص ٥٥٣ .

(٢) الانتصار ص ١٤٤ .

(٣) الخلاف ٣ / ٣١ .

﴿ولا يثبت﴾ اللعان ﴿اوقذفها في عدة بائنة، ويثبت لو قذفها في﴾ عدة
﴿رجعية﴾ اجماعاً كما في الغنية .

﴿الثاني : انكار من ولد على فراشه﴾ ممن يلحق به مطلقاً شرعاً لولا لعانه
كان يولد ﴿لسته أشهر فصاعداً﴾ من وطئه حال كون ذلك الولد ﴿من زوجة
موطوءة﴾ له ﴿بالعقد الدائم ما لم يتجاوز أقصى الحمل﴾ .

﴿وكذا لو أنكره بعد فراقها ولم تتزوج ، أو بعد أن تزوجت وولدت لاقل
من ستة منذ دخل﴾ الثاني ، فاذا ولد بدون الشرائط انتفى بغير لعان ، فالنفي
المحتاج الى اللعان انما هو بالولادة معها ، ولا يجوز النفي به الا مع العلم بانتفائه
عنه ، ومع عدمه يجب الحاقه بنفسه ، كما أنه يجب نفيه عنه مع العلم به ، بلا
خلاف في شيء من ذلك .

﴿الثاني : في الشرائط﴾ لصحة اللعان .

﴿ويعتبر في الملاعن﴾ وكذا الملاعنة ﴿البلوغ والعقل﴾ فلا عبرة بلعان
الصبي والمجنون اجماعاً .

﴿وفي﴾ اعتبار الاسلام فيهما ، فلا يصح ﴿لعان الكافر﴾ ولا الكافرة
﴿قولان ، أشبههما﴾ وأشهرهما : ﴿الجواز﴾ خلافاً للاسكافي فاعتبره مطلقاً ،
وللحلي فاعتبره للقذف خاصة .

﴿وكذا المملوك﴾ ففي صحة لعانه قولان ، والاشبه الا شهر الصحة ، خلافاً
للمفيد والديلمي فلا يصح مطلقاً ، وللحلي فكما مضى .

﴿و﴾ يعتبر ﴿في الملاعنة : البلوغ ، والعقل ، والسلامة من الصمم
والخرس﴾ .

﴿ولو قذفها مع أحدهما بما يوجب اللعان﴾ اولا الافة من رميها بالزنا مع
دعوى المشاهدة وعدم البيينة ﴿حرمت عليه﴾ مؤبداً ، من غير خلاف ولا اشكال

في قذفها مع الامرين أو الثاني، وكذا الاول على الاقوى. وتتمام الكلام في المسألة قد مضى في النكاح .

﴿وأن يكون عقدها دائماً﴾ فلا يجوز لعان المتمتع بها مطلقاً على الأشهر الاقوى كما مضى .

﴿وفي اعتبار الدخول﴾ بها ولو دبراً ﴿قولان، والمروي^(١)﴾ في المستقبضة ﴿أنه لا يقع قبله﴾ مطلقاً، وهو الأشهر الاقوى، وفي الخلاف^(٢) والغنية^(٣) الاجماع، والقول الثاني بعدم اعتباره مطلقاً اختاره الفاضل في القواعد^(٤).
﴿وقال ثالث﴾ وهو الحلبي ﴿بشوته﴾ أي اللعان بدون الدخول ﴿بالقذف دون نفي الولد﴾ وتبعه كثير من المتأخرين، وهو ضعيف .

﴿ويثبت﴾ اللعان ﴿بين الحر و﴾ زوجة ﴿المملوكة﴾ على الأشهر الاظهر ﴿وفيه رواية﴾ بل روايات^(٥) ﴿بالمنع﴾ لكنها ما بين ضعيفة السند أو الدلالة، ومع ذلك محتملة للحمل على النقية .

﴿و﴾ فيه أيضاً ﴿قول ثالث بالفرق﴾ بين لعان القذف فالثاني ونفي الولد فالاول، والقائل الحلبي .

﴿ويصح لعان الحامل﴾ في القذف مطلقاً، وفي نفي الولد بشرط تحقق الحمل على الاقوى، و﴿لكن لا يقام عليها الحد﴾ اللزوم بالنكول والاقرار ﴿حتى تضع﴾ الحمل، وقيل: لا تلاعن حتى تضع، لرواية^(٦) مع ضعفها محمولة على

(١) وسائل الشريعة ١٥/٥٩٠، ج ٢٢ .

(٢) الخلاف ٣/٣١١ .

(٣) الغنية ص ٥٥٣ .

(٤) القواعد ٢/٩٢ .

(٥) وسائل الشريعة ١٥/٥٩٥، ب ٥ .

(٦) وسائل الشريعة ١٥/٦٠٧، ب ١٣ .

ارادة عدم اقامة الحد فانه لا خلاف فيه ، أو صورة نفى الولد مع الاشتباه في الحمل .

﴿الثالث : في الكيفية﴾ والكلام الذي يتحقق به اللعان .

﴿وهو أن يشهد الرجل﴾ أولاً ﴿أربعاً بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به﴾ متلفظاً بما رما به ، فيقول : أشهد بالله أنني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا . وإن نفى الولد زاد : وأن هذا الولد من زنا وليس مني . كذا عبر في التحرير^(١) وزاد : أنه لو اقتصر على أحدهما لم يجز .

ويشكل فيما لو كان اللعان لنفي الولد خاصة من غير قذف ، فانه لا يلزم امتناده 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﴾ مبدلاً للضمير الغائب بياء المتكلم ﴿ان كان من الكاذبين﴾ فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد ، كما ذكر في الشهادات .

﴿ثم تشهد المرأة﴾ بعد فراغه من الشهادة والمعنة ﴿أربعاً أنه امن الكاذبين فيما رماها به﴾ من الزنا .

﴿ثم تقول : ان غضب الله تعالى عليها ان كان من الصادقين﴾ فيه مقتصر على ذلك في كل من القذف ونفي الولد ، ولا يحتاج الى ضم أمر آخر كما في الزوج ان نفى الولد .

﴿والواجب فيه النطق بالشهادة﴾ على الوجه المذكور فيهما ، فلو أبدات بمعناها كأحلف أو أقسم أو شهدت ، أو أبدل الجلالة بغيرها من أسمائه سبحانه تعالى أو أبدل اللعن والغضب والصدق والكذب بمرادفها ، أو حذف لام التأكيد ، أو علقه

على غير « من » كقوله : اني لصادق ونحو ذلك من التغييرات لم يصح .
 ﴿وَأَنْ يَبْدَأَ الرَّجُلَ بِاللَّفْظِ﴾ ثم المرأة على الترتيب المذكور ، فلو تقدمت
 المرأة لم يصح .

وَأَنْ يَعْنِيهَا وَيُمِيزُهَا عَنْ غَيْرِهَا تَمَيِّزاً يَمْنَعُ الْمَشَارَكَةَ ، أَمَا بِالذِّكْرِ لِاسْمِهَا أَوْ
 بِرَفْعِ نَسَبِهَا بِمَا يُمِيزُهَا أَوْ يَصِفُهَا بِهِ أَوْ بِالْإِشَارَةِ إِلَيْهَا إِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً .
 وَأَنْ يَكُونَ الْإِيرَادُ لِجَمِيعِ مَا ذَكَرَ ﴿بِاللَّفْظِ الْعَرَبِيِّ﴾ الصَّحِيحُ ﴿مَعَ الْقُدْرَةِ﴾
 وَالْإِفْجَازِ بِمَقْدُورِهِمَا مِنْهُ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ تَلْفِظُهُمَا أَصْلًا أَجْزَاءَهُ غَيْرَهُ مِنَ اللُّغَاتِ مِنْ
 غَيْرِ تَرْجِيحٍ ، وَكَمَا يَجِبُ التَّرْتِيبُ الْمَذْكُورُ كَذَا تَجِبُ الْمُوَالَاةُ بَيْنَ الْكَلِمَاتِ ، فَلَوْ
 تَرَخَى بِمَا يَعْدُ فَصْلًا أَوْ تَكَلَّمَ فِي خِلَالِهِ بَطُلٌ .

وَأَنْ يَكُونَ كُلُّ مِنْهُمَا قَائِمًا عِنْدَ إِيرَادِ الشَّهَادَةِ وَاللَّعْنِ عَلَى الْإِظْهَرِ الْأَشْهَرِ ، خِلَافًا
 لِجَمَاعَةِ فَأَوْجِبُوا قِيَامَ كُلِّ عِنْدَ تَلْفِظِهِ وَإِنْ جَلَسَ الْآخَرُ .
 ﴿وَيَسْتَحِبُّ أَنْ يَجْلِسَ الْحَاكِمُ مُسْتَدْبِرَ الْقِبْلَةِ﴾ وَيُقِيمُهُمَا مُسْتَقْبِلِينَ بِحِذَائِهِ .
 ﴿وَأَنْ يَقِفَ الرَّجُلُ عَنْ يَمِينِهِ وَالْمَرْأَةُ عَنْ شِمَالِهِ﴾ .
 ﴿وَأَنْ يَحْضُرَ مِنْ يَسْمَعُ اللَّعَانَ﴾ وَلَوْ أَرْبَعَةٌ عِدَدُ شُهُودِ الزَّانَا مِنْ أَهْيَانِ الْبَلَدِ
 وَصَلْحَائِهِ .

﴿وَوَعِظَ الرَّجُلَ بَعْدَ الشَّهَادَةِ قَبْلَ اللَّعْنِ ، وَكَذَا الْمَرْأَةَ قَبْلَ ذِكْرِ الْغَضَبِ﴾
 وَيَخُوفُهَا اللَّهُ تَعَالَى ، فَيَقُولُ لَهَا : إِنْ عَذَابُ الْآخِرَةِ أَشَدُّ مِنْ عَذَابِ الدُّنْيَا ، وَيَقْرَأُ
 عَلَيْهِمَا «إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا الْآيَةَ»^(١) وَأَنْ اللَّعْنَ وَالْغَضَبَ
 لِلنَّفْسِ يَوْجِبَانِ ذَلِكَ لَوْ كَانَا كَازِبِينَ .

وَالْأَكْثَرُ عَلَى اشْتِرَاطِ وَقُوعِهِ بَيْنَ يَدَيْ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ الْخَاصِّ أَوْ الْعَامِّ ، وَقِيلَ :
 عِنْدَ مَنْ يَتْرَاضَى بِهِ الزَّوْجَانِ .

﴿الرَّابِعُ : فِي الْأَحْكَامِ ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ : -﴾

﴿الاول : يتعلق بالقذف وجوب الحد على الزوج﴾ كلاجنبي ﴿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

﴿الثاني : 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﴾^(١) أشهرهما ﴿وأظهرهما :﴾ السقوط ﴿والرواية الثانية عمل بها المفيد وجماعة ، وفي الانتصار﴾^(٢) الاجماع ، ولاريب أن الاول أحوط .

﴿ولو اعترفت المرأة بالزنا بعد اللعان لم يثبت الحد﴾ بمجرده اجماعاً ﴿الأن تقر أربعاً﴾ فيجب ﴿على تردد﴾ من المصنف هنا وفي الشرائع^(٣) والفاضل في القواعد^(٤) ، من تعارض العمومين بالسقوط والثبوت ، والاكثر

(١) وسائل الشيعة ١٥ / ٦٠٠ ، ح ٦٩٢ .

(٢) الانتصار ص ١٤٥ .

(٣) شرائع الاسلام ٣ / ١٠٠ .

(٤) القواعد ٢ / ٩٤ .

على الاول والعدم أحوط ولو للشبهة الدارعة .

﴿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 كحلاً﴾ وفاقاً للنهاية^(١) عملاً برواية^(٢) 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^(٣)﴾ بعد ذلك : ﴿وان لم تقم بينة لزمه نصف المهر وضربت مائة سوط﴾ ولاشكال في المحكم الاول ﴿و﴾ لكن ﴿في ايجاب الحد اشكال﴾ لمخالفته الاصول السليمة عن المعارض فيه مطلقاً ، فنفيه أقوى عملاً بها .

﴿الرابع : اذا قذفها فماتت قبل﴾ صدور ﴿اللعان﴾ منهما ﴿فله الميراث وعليها الحد للوارث﴾ بسبب القذف الغير المصادف للمتقط وفاناً للاكثر ، وفي جواز اللعان حينئذ لاسقاط الحد قولان ، والاكثر على الاول ولعله أظهر ، كل ذا اذا ماتت قبل لعانه ، ولو ماتت بعده فينبغي القاطع بسقوط الحد به عنه .

﴿وفي رواية^(٤) أبي بصير﴾ عن أبي عبد الله عليه السلام ﴿ان قام رجل من أهلها﴾ مقامه ﴿فلاعه فلا ميراث له﴾ وان أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث. ونحوها رواية أخرى وعمل بهما جماعة من القدماء .

(١) النهاية ص ٥٢٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٥٩٠/١٥ ، ح ١٠ .

(٣) النهاية ص ٥٢٣ .

(٤) وسائل الشيعة ٦٠٨/١٥ ، ح ١٠ .

﴿قيل: لا يسقط الارث﴾ بهذا اللعان وان جوزناه لاسقاط الحد ﴿لاستقراره بالموت، وهو حسن﴾ فلا يرفع اللعان المتجدد، والروايتان ضعيفتا السند لا يصلحان لتخصيص الاصول، واعلمه أقوى .

الى هنا تم استنساخ الجزء الثاني من الكتاب وبه تم تحقيقه وتصحيحه والتعليق 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)

٧	فيما يكتسب به
٧	المكاسب المحرمة
١٦	المكاسب المكروهة
١٨	مسائل متفرقة
٢١	البيع وآدابه
٢٢	ما يشترط في البيع
٢٥	اشتراط تعيين العوضين
٢٨	ما يشترط في بيع العين الحاضرة
٣١	اشتراط تعيين الثمن
٣٣	ما يستحب في التجارة
٣٤	ما يكره في التجارة
٣٩	أقسام الخيارات
٣٩	الأول : خيار المجلس
٤٠	الثاني : خيار الحيوان
٤٠	الثالث : خيار الشرط
٤٢	الرابع : خيار الغبن

- ٤٣ الخامس : خيار التأخير
- ٤٥ السادس : خيار الرؤية
- ٤٦ أحكام الخيارات
- ٤٩ لواحق البيع
- ٤٩ أحكام النقد والنسيئة
- ٥٣ اذا باع مرابحة
- ٥٣ من اشترى أمتعة صفقة
- ٥٤ ما يدخل في المبيع
- ٥٦ أحكام القبض
- ٥٩ ما يصح اشتراطه في العقد
- ٦١ العيوب المجوزة للرد
- ٦٥ مسائل تتعلق بالعيب
- ٦٩ الربا
- ٧٦ أحكام بيع الصرف
- ٧٩ مسائل تتعلق بالصرف
- ٨٣ بيع الثمار
- ٩٠ بيع الحيوان
- ٩٣ مسائل تتعلق ببيع الحيوان
- ١٠٣ شرائط بيع السلف
- ١٠٦ أحكام بيع السلف
- ١١٠ أحكام دين المملوك
- ١١٢ أحكام القرض

(كتاب الرهن ١١٩ - ١٣١)

١٢١	أحكام الرهن
١٢٤	أحكام الحق المرهون
١٢٥	أحكام الراهن
١٢٦	أحكام المرتهن
١٣٠	أحكام المتخالفين في الرهن

(كتاب الحجر ١٣٣ - ١٣٩)

١٣٥	تعريف المحجور
١٣٥	أسباب الحجر
١٣٥	حجر الصغير

(كتاب الضمان ١٤١ - ١٥٠)

١٤٣	أحكام ضمان المال
١٤٤	ما يشترط في الضامن
١٤٥	الضمان المؤجل والمعجل
١٤٦	أحكام الحوالة
١٤٧	ما يشترط في صحة الحوالة
١٤٨	أحكام الكفالة
١٥٠	لو تكفل رجل برجل

(كتاب الصلح ١٥١ - ١٥٦)

١٥١	كيف يصح الصلح
-----	---------------

١٥٥

لو اصطلاح الشريكان على ...

(كتاب الشركة ١٥٧ - ١٦٤)

١٥٩

معنى الشركة

١٥٩

لاتصح الشركة في الاموال الا ...

١٦٠

لاتتعقد الشركة بالابدان والاعمال

١٦٠

لاصل لشركة الوجوه

١٦١

لاصل لشركة المفاوضات

١٦١

اذا تساوى المالان في القدر

١٦٢

لو شرط أحدهما في الربح زيادة

١٦٢

تصرف الشركاء

١٦٤

تبطل الشركة بالموت

١٦٤

كراهة مشاركة الذمي

(كتاب المضاربة ١٦٥ - ١٧٦)

١٦٧

معنى المضاربة

١٦٨

لايلزم في المضاربة اشتراط الاجل

١٦٩

مايشترط في صحة المضاربة

١٧٢

تبطل المضاربة بموت أحدهما

١٧٢

مايشترط في مال المضاربة

(كتاب المزارعة والمساقاة ١٧٧ - ١٨٨)

١٧٩

أحكام المزارعة

١٧٩	شروط المزارعة
١٨٤	أحكام المساقاة
١٨٥	لا تبطل المساقاة بموت أحدهما
١٨٦	ما يشترط في المساقاة
١٨٨	إذا اختل أحد شروط المساقاة

(كتاب الودیعة والعارية ١٨٩ - ٢٠٤)

١٩١	أحكام الودیعة
١٩١	ما يشترط في الودیعة
١٩٤	تبطل الودیعة بالفسخ والموت
١٩٥	لو كانت الودیعة دابة
١٩٧	لو تلفت الودیعة في يد المستودع
١٩٨	لو كانت الودیعة غصباً
٢٠٠	أحكام العارية
٢٠١	ما يشترط في المعير
٢٠٤	لو اختلفا في التلف أو التفريط
٢٠٤	لو اختلفا في الرد
٢٠٤	لو اختلفا في القيمة

(كتاب الاجارة ٢٠٥ - ٢١٨)

٢٠٧	تنفسخ الاجارة بالتقایل
٢٠٧	أقوال في بطلان الاجارة بالموت
٢٠٨	ما يشترط في صحة الاجارة

(كتاب الوكالة ٢١٩ - ٢٣١)

٢٢١	معنى الوكالة
٢٢٢	شروط وقوع الوكالة
٢٢٢	تبطل الوكالة بالموت والجنون
٢٢٤	ما تصح الوكالة فيه
٢٢٦	ما يشترط في الموكل
٢٢٨	ما يشترط في الوكيل
٢٢٩	مسائل تتعاق بالوكيل والموكل

(كتاب الوقوف والصدقات والهبات ٢٣٣ - ٢٦٠)

٢٣٥	معنى الوقف
٢٣٦	ما يعتبر في صحة الوقف
٢٣٧	ما يشترط في أصل الوقف
٢٤٠	ما يشترط في الموقوف
٢٤٠	ما يشترط في الواقف
٢٤٢	ما يشترط في الموقوف عليه وأحكامه
٢٤٩	مسائل في أحكام الوقف
٢٥٢	أحكام السكنى والعمرى
٢٥٦	أحكام الصدقة
٢٥٦	ما يشترط في الصدقة
٢٥٧	أحكام الهبة
٢٥٧	ما يشترط في الهبة

(كتاب السبق والرماية ٢٦١ - ٢٦٨)

٢٦٣	معنى السبق
٢٦٣	معنى الرماية
٢٦٦	شروط الرماية

(كتاب الوصايا ٢٦٩ - ٢٩٥)

٢٧١	روايات في فضل الوصية
٢٧١	مايعتبر في الوصية
٢٧٤	مايعتبر في الموصي
٢٧٥	مايعتبر في الموصى له
٢٧٩	مايعتبر في الاوصياء
٢٨٧	ما تصح الوصية به
٢٨٩	حكم الوصايا المبهمة
٢٩١	مسائل في الوصية

(كتاب النكاح ٢٩٧ - ٤٢٠)

٢٩٩	معنى النكاح
٢٩٩	أقسام النكاح
٢٩٩	الاول : النكاح الدائم
٢٩٩	صيغة العقد وأحكامه وآدابه
٣٠٨	مسائل في النكاح
٣١٢	بيان أولياء العقد

٣١٦	مسائل في أولياء العقد
٣٢٠	أسباب التحريم وموجباته
٣٥٠	القسم الثاني : في نكاح المنقطع
٣٥٤	أحكام النكاح المنقطع
٣٥٧	القسم الثالث : في نكاح الاماء والعييد
٣٧٢	العيوب المجوزة للفسخ
٣٧٢	عيوب الرجل
٣٧٣	عيوب المرأة
٣٧٥	الاحكام المتعلقة بالعيوب
٣٨١	ما يصح الامهار به
٣٨٤	التفويض في المهور
٣٨٧	الاحكام المتعلقة بالمهر
٣٩٣	القسم والنشوز والشقاق
٤٠٠	في أحكام الاولاد
٤١١	النفقات وأسبابها الموجبة لها
٤١٢	ما يشترط في نفقة الزوجية
٤١٥	نفقة القرابة
٤١٨	نفقة المملوك

(كتاب الطلاق ٤٢١ - ٤٤٩)

٤٢٣	معنى الطلاق
٤٢٣	ما يعتبر في المطلق

- ٤٢٥ ما يشترط في المطلقة
 ٤٢٧ صبغة الطلاق
 ٤٢٨ الاشهاد في صحة الطلاق
 ٤٢٩ أقسام الطلاق
 ٤٢٩ طلاق البدعة
 ٤٣٠ طلاق السنة
 ٤٣٢ مسائل في الطلاق
 ٤٣٤ يكره الطلاق للمريض
 ٤٣٤ لا يحل الطلاق للصغير
 ٤٣٥ كيف تصح الرجعة
 ٤٣٧ عدة المرأة
 ٤٣٨ لا عدة على من لم يدخل بها
 ٤٣٨ عدة المستقيمة الحيض
 ٤٣٩ عدة المسترابة بالحمل
 ٤٤١ عدة الحامل في الطلاق
 ٤٤٣ عدة المتوفى عنها زوجها
 ٤٤٤ عدة المفقود عنها زوجها
 ٤٤٥ عدة الاماء والاستبراء

(كتاب الخلع والمباراة ٤٥١ - ٤٥٨)

- ٤٥٣ ما يشترط في الخلع
 ٤٥٣ صبغة الخلع

٤٥٥ شرائط الخالغ

٤٥٧ صيغة المباراة

(كتاب الظهار ٤٥٩ - ٤٦٥)

٤٦٢ مايعتبر في المظاهر والمظاهرة

٤٦٣ الكفارة تجب بالعود

٤٦٤ لو طلقها وراجع في العدة

٤٦٤ لو ظاهر من أربع نسوة بلفظ واحد

٤٦٤ يحرم الوطىء قبل التكفير

٤٦٥ اذا أطلق الظهار

٤٦٥ اذا عجز عن الكفارة

٤٦٥ مدة التربص

(كتاب الايلاء ٤٦٧ - ٤٨٤)

٤٧٠ مايعتبر في المولي

٤٧٢ في بيان الكفارات

٤٧٢ أقسام الكفارات

٤٧٧ خصال الكفارة وأحكامها

(كتاب اللعان ٤٨٥ - ٤٩٤)

٤٨٧ أسباب اللعان

٤٨٨ شرائط صحة اللعان

٤٩٠ كيفية تحقق اللعان

٤٩١ أحكام اللعان



1766