

إيضاح الفوائد

في شرح اشكالات القواعد

لمؤلفه

الفتية الأعظمية العلامة الفاضلة
أبو طالب محمد بن الحسين بن أبي بكر

قدس سره سنة ١١٨١



موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان
گرافیک، چاپ، نشر صحافی و جلدسازی
ایران - قم - تلفن ۲۵۲۱۲

Provided by the
Library of Congress
PL 488 Program,

31

IR-AR-86-930316

V.3,



PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

JUN 15 2008

Ibn al-Mutahhar al-Hilli

ايضاح القوليد

في شرح اشكالات القواعد

لمؤلفه :

الشيخ العلامة السيد محمد باقر المجلسي
ابن طالب محمد بن الحسن بن يوسف المطهر الحلي

قدس سره ٦٨٢ / ٧٧١

وفي اعلى كل صفحة منه ما يخصها من المتن المذكور
نمقه وعلق عليه واشرف على طبعه (السيد حسين الموسوي الكرمانى)
و(الشيخ على يناه الاشتها ردى) و(الشيخ عبدالرحيم البروجردى) عفى عنهم

الجزء الثالث

طبع بامر آية الله العظمى السيد محمود الشاهرودى مدظله
على نفقة المحتاج الى عفور به الغفور الحاج محمد حسين كوشانپور رحمه الله
بهمة ولده الارشد البار بابيه الحاج عباس آقا كوشانپور زيدتوفيقه

الطبعة الاولى - ١٣٨٩

مؤسسة اسماعيليان

(RECAP)

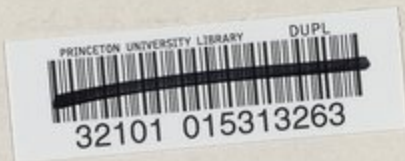
2271

.409367

.3482

1984

ju2' 3



فروع الكافي - باب ما يلحق الميت بدموته

(١) محمد بن اسماعيل ، عن الفضل بن شاذان ، عن صفوان بن يحيى عن معاوية بن عمار ، قال قلت لابي عبد الله عليه السلام ما يخلف الرجل بعد موته قال : سنته سنّها يعمل بها بدموته فيكون له مثل اجر من عمل بها من غير ان ينقص من اجورهم شيء ، والصدقة الجارية تجري من بعده ، والولد الصالح (الطيب خ) يدعو لوالديه بدموتها ويحج ويتصدق عنهما ويعتق ويصوم ويصلي عنهما فقلت اشركهما في حجي قال نعم .

وفيه ايضاً

(٢) عدة من اصحابنا ، عن احمد بن ابي عبد الله ، عن يعقوب بن يزيد ، عن محمد بن شعيب ، عن ابي كهمس ، عن ابي عبد الله عليه السلام قال : ستة تلحق المؤمن بدموفاته ، ولديستغفر له ، ومصحف يخلفه ، وغرس يفرسه ، وقلب يحفره وصدقة يجريها ، وستة يؤخذ بها من بعده .

ايضاح القوليد

في شرح اشكالات القواعد

لمؤلفه:

الفتية الأعظم العلامة المير المعظم فخر المحققين الشيخ
ابن طالب محمد بن الحسين بن يوسف بن المطهر الحلبي

قدس سره ٦٨٢
٧٧١

وفي اعلى كل صفحة منه ما يخصها من المتن المذکور
نمقه وعلق عليه واشرف على طبعه (السيد حسين الموسوي الكرمانی)
و(الشيخ علي پناه الاشتهاردی) و(الشيخ عبدالرحيم البروجردی) عفى عنهم

الجزء الثالث

طبع بامر آية الله العظمى السيد محمود الشاهرودي مدظله

على نفقة المعنّاج الى حضور به الفقور

الحاج محمد حسين كوشانپور زيدتوفيقه

الطبعة الاولى - ١٣٨٩ هـ - ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النكاح

وفيه ابواب (الاول) في المقدمات وهي سبعة مباحث

(الاول) النكاح مستحب ويتأكد في القادر مع شدة طلبه وقد يجب اذا خشى الوقوع في الزنا سواء الرجل والمرأة ، والا قرب انه افضل من التخلي للعبادة لمن لم تتق نفسه اليه (١) وينبغي ان يتخير الولود البكر العفيفة الكريمة الاصل، وصلاة ركعتين وسؤال

بسم الله الرحمن الرحيم

بعد حمد الله واجب الوجود وواهب وجود كل موجود مفيض الخير و الجود و الصلوة على الذوات القدسية خصوصا على محمد خاتم الانبياء وعلى آله خير البرية .
(يقول محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر) قدس الله سره (لما فرغت) من تحرير الجزء الاول من كتاب القواعد (شرعت الآن) في تحرير الجزء الثاني منه فنسأل من الله حسن التوفيق واصابة الحق بالتحقيق .

كتاب النكاح

وفيه ابواب

الاول في المقدمات

قال قدس الله سره : والا قرب انه افضل من التخلي للعبادة لمن لم تتق نفسه اليه .

اقول : نذكر هنا مقدمة ومساائل ثلاث (اما المقدمة) فنقول لفظ النكاح حقيقة

شرعية في العقد وهو عقد لفظي مملوك للوطى ابتداء لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا

اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية (٢) ومجاز شرعي

الله تعالى ان يرزقه من النساء اعفهن فرجا واحفظهن له في نفسها وماله وأوسعهن رزقا واعظمهن بركة وغيره من الادعية، والاشهاد والاعلان والخطبة قبل العقد وايقاعه ليلا، ويكره والقمر في برج العقرب (الثاني) يستحب عند الدخول صاوة ركعتين والدعاء وأمر المرأة بذلك ووضع يده على ناصيتها والدعاء وطهارتهما والدخول ليلا والتسمية عند الجماع وسؤال الله تعالى الولد الصالح الذكر السوي والوليمة عند الزفاف يوما أو يومين واستدعاء المؤمنين ، ولا يجب الاجابة بل يستحب وكذا الاكل وان كان صائما ندبا.

في الوطى (قيل) لم يرد في الكتاب العزيز لفظ النكاح بمعنى الوطى خاصة الا في قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره (١) (وقيل) حقيقة في الوطى لانه حقيقة لغوية والاصل عدم النقل ، قال صاحب الصحاح . النكاح الوطى (وقد يقال) العقد (وقيل) بالاشتراك لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم (٢) على القول بدخول العقد و الوطى فيه (واما المسائل) فالاولى - النكاح قد يجب اذا خشى من تركه الوقوع في الزنا لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء (الى قوله تعالى) ذلك لمن خشى العنت منكم (٣) (قالوا) امر استحباب كقوله تعالى مثنى وثلاث ورباع (٤) وذلك ليس بواجب اجماعا فالواحدة مثلهن (قلنا) ممنوع بل هو بيان افراد الكلى وحصره فيها والامر بالكلى تخير بين الجزئيات وبيان للعدد الجائز الذي هو موضوع للنكاح الكلى المأمور به وانما يجوز في عدد معين (قالوا) قال الله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم (٥) والامر للوجوب (واجاب) قوم بوجوب الكفاية وهو تحكّم والحق الاستحباب لما ياتي (الثانية) انه مستحب امن تاقت نفسه اليه واجمعت الامة على ترجيح فعله حينئذ ومن لم يتق نفسه قال المصنف وكثير من العلماء يستحب له ايضا لقوله ﷺ تناكحوا تكثروا الحديث (٦) وهو عام وقال الشيخ في المبسوط تركه له مستحب لقوله تعالى سيداً

(١) البقرة ٢٢٩ (٢) النساء - ٢٢

(٣-٤) النساء ٣ (٥) النور ٣٢

(٦) لم نعثر عليه بهذا اللفظ نعم قد ورد ما هو بمضمونه .

ويجوز اكل نثار العرس لا اخذه الا باذن اربابه نطقا وبشاهد الحال ويملك حينئذ
 بالاخذ على اشكال (الثالث) يكره الجماع في ليلة الخسوف ويوم الكسوف ، وعند
 وحسوراً (١) مدحه على الترك وكل ممدوح عليه راجح (واعلم) ان موضوع هذا البحث
 القادر عليه وذهب ابن حمزة الى انه كلما اجتمعت القدرة على النكاح والشهوة له
 للرجل او المرأة استحب لهو كلما فقد ما عاكره وان افرقا لم يكره ولا يستحب (الثالثة) على القول
 بانه مستحب لمن لم يتق نفسه اليه (هل) هو له افضل من التخلي للعبادة او التخلي للعبادة افضل
 ولا فائز بالمساوات فالمصنف على الاول لعموم الامر في قوله تعالى **وانكحوا** (٢) وعموم
 الخبر وقول الصادق **عليه السلام** ركعتان يصليهما متزوج افضل من سبعين ركعة يصليها عزب
 الحديث (٣) ولانه اصل للعبادة وسبب لها مع كونه عبادة (ولاشتماله) على بقاء النوع
 معها بخلاف باقى مندوبات العبادات (ولقول) **ابن النبی** **عليه السلام** شرار موتاكم العزباء (٤) وهو
 يتناول المتخلي العزب وقال **عليه السلام** ار اذل موتاكم العزباء (٥) ولما رواه عبدالله بن ميمون
 القداح عن ابي عبدالله **عليه السلام** قال قال رسول الله **صلى الله عليه وسلم** ما استفاد امرؤ فائدة بعد الاسلام
 افضل من زوجة مسلمة تسره اذا نظر اليها وتطيعه اذا امرها وتحفظه اذا غاب عنها في
 نفسها وماله (٦)

**قال قدس الله : سره ويجوز اكل نثار العرس (الى قوله) ويملك حينئذ
 بالاخذ على اشكال .**

**اقول : ينشأ (من) عدم السبب الناقل عن ملكه فان اسباب نقل الملك عن مالكه
 شرعا مذكورة محصورة وليس هذا منها (ولان) الاصل بقاء ملك المالك عليه (ومن
 صيرورته مباحا بالاعراض عنه والاذن في اخذه فيملك بالاستيلاء كسائر المباحات (وفيه نظر)
 لان المباح مشترك بين معنيين ما لا يملك ويحل الاتفاح به ومملوك اباح الشارع التصرف
 فيه باباحة المالك او بسبب شرعي (فان) عنى بصيرورته مباحا الاول فهو ممنوع (وان)**

(١) آل عمران ٣٤ (٢) النور ٣٢ (٣) ثلث ٢ خبر ١ من ابواب مقدمات النكاح

(٤) المستدرک ب ٢ خبر ٧ من ابواب مقدمات النكاح .

(٥) ثلث ٢ خبر ٣ من ابواب مقدمات النكاح .

(٦) ثلث ٩ خبر ٥ من ابواب مقدمات النكاح .

الزوال والغروب الى زهاب الشفق ، وفي المحاق ، وفي ما بين طلوع الفجر والشمس ، وفي اول ليلة كل شهر الأرمضان وليلة النصف وسفرا مع عدم الماء وعند هبوب الريح السوداء والصفراء والزلزلة ، وعاريا ومحتلما قبل الغسل والوضوء ، ويجوز مجامعا من غير تخلل غسل ومع حضور ناظر اليه والنظر (١) الى فرج المرأة مجامعا واستقبال القبلة واستدبارها وفي السفينة والكلام بغير ذكر الله .

(الرابع) يجوز النظر الى وجه من يريد نكاحها وكفيها مكرراً واليهاقائمة وماشية وان لم يستأذنها وبالعكس (وروى) الى شعرها ومحاسنها وجسدها من فوق الثياب ، والى عنى الثاني لم يتم فالغلط من اشتراك اللفظ واختار المصنف في المختلف عدم تملكه بالاخذ واختار الشيخ في المبسوط انه يملك بالاخذ وسياتي وجه كل واحد .

قال قدس الله سره: (د) ويجوز النظر الى وجه من يريد نكاحها وكفيها (الى قوله) وروى الى شعرها ومحاسنها وجسدها من فوق الثياب .

اقول: لا نعلم خلافا بين علماء الاسلام في جواز النظر الى وجه امرأة يريد نكاحها وكفيها مكرراً - فشرط جواز النظر المذكور ارادة نكاحها وامكانه عادة بالنظر الى حالها وحاله وخلوها من موانع النكاح حال النظر كالعدّة بالا جماع ووقته عند اجتماع هذه الشرائط (وقيل) عند تحريم الخطبة على الخطبة والاول اصح ولا يشترط اذنها عندنا لاطلاق الخبر بالجواز لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ من تاقّت نفسه الى نكاح امرأة فلينظر منها الى ما يدعوه الى نكاحها (٢) وهو مجمل ثم بيّنه عَلَيْهِ السَّلَامُ بقوله لصحابي خطب امرأة - انظر الى وجهها وكفيها (٣) والمراد بقوله يجوز - الا باحة - لا اعم الشامل لها وللندب (قالوا) فلينظر - امر فيستحب لاتقاء الوجوب اجماعا (قلت) هذا مثل **فاصطادوا** (٤) ولا

(١) اى يكره النظر الى الخ .

(٢) المستدرك باب ٢٩ خبر ٣ من ابواب مقدمات النكاح .

(٣) المستدرك باب ٢٩ خبر ٤ من ابواب مقدمات النكاح .

(٤) المائة - ٤

أمة يريد شرائها والى شعرها ومحاسنها دون العكس ، والى اهل الذمة وشعورهن
 الالتذذ اوربية ، وان ينظر الرجل الى مثله الا العورة وان كان شابا حسن الصورة الآ
 لريبة او تلذذوكذا المرأة، والملك والنكاح يبيحان النظر الى السوءتين من الجانبين على
 يجوز النظر الى غير ذلك لقوله تعالى **قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم (١)** و الرواية
 بالنظر الى الشعر مارواه عبدالله بن سنان قال قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يريد ان يتزوج
 المرثة - فيجوز ان ينظر الى شعرها قال نعم انما يريد ان يشتريها باعلا الثمن (٢)
 والرواية بالنظر الى المحاسن رواية غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام انه
 سأل عن رجل نظر الى محاسن امرأة يريد ان يتزوجها قال لا بأس انما هو مستام (٣)
 اى يريد شراءها من السوم .

قاعدة فى تحريم النظر و اباحتها

وهنا مقامان (الاول) فى تحريمه وهو اقسام اربعة (الاول) نظر الرجل الى المرأة، فنقول
 كل اجنبية لا يريد نكاحها ولا حاجة الى النظر اليها يحرم النظر الى ما عدا الوجه والكفين
 منها باجماع علماء الاسلام (واما الوجه والكفان) فيحرم بتلذذا وخوف الفتنة اجماعا لقوله تعالى
قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم (٤) وان لم يخف الفتنة، قال الشيخ يكره ولا يحرم
 لقوله تعالى **ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها (٥)** وهو مفسر بالوجه والكفين وقال
 والدى فى التذكرة، يحرم النظر اليهما كسائر جسدها وهو الاصح عندى لعموم الآية ولانه
 مظنة الشهوة والفتنة (لان) الختمية اتد رسول الله والله اعلم بمنى وهو فى حجة الوداع تستقيه
 فى الحج وكان ابن عباس رديف رسول الله والله اعلم فأخذ ينظر اليها وتنظر اليه فصرف
 رسول الله والله اعلم وجه الفضل عنها وقال رجل شاب وامرأة شابة فخشيت ان يدخل الشيطان
 بينهما (٦) (لا يقال) لادلالة فيه لانه صريح بخوف الفتنة ولاشك فى تحريمه معه
 والمدعى عدم الخوف (لانا) نقول علل بشبابها وهو مظنة الشهوة وخوف الشيطان وهو

(١) النور ٣٠ (٢) ثلث ٣٧ خبر ٧ من ابواب مقدمات النكاح .

(٣) ثلث ٣٧ خبر ٨ من ابواب مقدمات النكاح .

(٤) النور ٣٠ - (٥) النور ٣١ .

(٦) المستدرك ب ٨٠ خبر ٧ من ابواب مقدمات النكاح .

كراهية ، ويجوز النظر الى المحارم عدا العورة وكذا المرأة ولا يحسد النظر الى الاجنبية
اللاضرورة كالشهادة عليها ويجوز الى وجهها وكفسيها مرة لا يزيد وكذا المرأة، وللطبيب
النظر الى ما يحتاج اليه للعلاج حتى العورة، وكذا لشاهد الزنا النظر الى الفرج لتحمل

لازم لعدم العصمة في مثلهما ثم الكلام هنا في صور خمس (الف) الطفل الذي لم يظهر
على عورات النساء اى الذى لم يبلغ مبلغا يحكى ما يرى وحضوره كغيته لاحجاب منه ولا
يجب عليهن الاستار عنه لقوله تعالى **او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء (١)**
ولو بلغ هذا المبلغ فان لم يكن فيه ثوران شهوة او تشوق احتمل جواز نظره كما
ينظر الرجل الى محارمه كما ان له الدخول من غير استيذان الا في الاوقات الثلاثة قال
الله تعالى **ليستأذنكم الذين ملكت ايما نكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات**
الآية (٢) والاصح عندى التحريم لظهوره على عورات النساء (ب) الممسوح وهو الم محبوب
الخصى الاصح عندى انه كالفحل فلا يحل له النظر الى الاجنبية وان كانت مالكة له وقتواه
الشيخ فى المبسوط وعليه يستقر رأى والذى رحمه الله لعموم قوله تعالى **قل للمؤمنين**
يغضوا من ابصارهم (٣) وقال بعض علمائنا يجوز ان ينظر الى مالكته لقوله تعالى
او التابعين غير اولى الاربعة من الرجال (٤) والجواب المراد بغير اولى الاربعة
الشيخ الهرم الذى عدت شهوته وشوقه بالكلية لما رواه احمد بن اسحاق عن الكاظم
عليه السلام قال قلت له يكون للرجل الخصى يدخل على نساءه فيناولهن الوضوء فيرى شعورهن
فقال لا (٥) وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال اما الوجوب مع
سلامة خصيته او بالعكس فحكمه كالفحل اجماعا (ج) المملوك الفحل لا يجوز له النظر
الى مالكته اذالم يكن محرما لعموم الآية ولتنبيهه عليه في قضية الختمية على العلة
وهى متحققة هنا وقال بعضه كالمحرم لها التحريمها عليه ولقوله **او ما ملكت ايما نهن (٦)**
ومارواه اسحاق بن عمار أنه سأل الصادق عليه السلام اينظر المملوك الى شعر مولاته قال نعم

(١) النور - ٣١ (٢) النور ٥٧ (٣) النور ٣٠ (٤) النور ٣١

(٥) ثل ب ١٢٥ خبر ٢ من ابواب مقدمات النكاح وفيه محمد بن اسحاق .

(٦) النور ٣١

الشهادة عليه ، وليس للخصي النظر الى المالكة ولا الاجنبية ، ولا للاعوى سماع صوت الاجنبية ، ولا للمرأة النظر اليه وللصبي النظر الى الاجنبية .

والى ساقها (١) (والجواب) ان التحريم قد يزول بعقده وتحريم المحرم دائم والآية المراد الجارية او المملوك الصغير لعموم قوله تعالى **قل للمؤمنين** (٢) وتقرير النص اولى (د) النظر الى الصبية الصغيرة التي ليست في مظنة الشهوة الاجنبية جائز لانتهاء دواعي الشهوة لكن لا يجوز النظر الى فرجها (هـ) العجوز التي بلغت في الكبر الى انتفاء الشهوة اليها يجوز النظر اليها لقوله تعالى **والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا** الآية (٣) وقيل يحرم لاختلاف الشهوات وليس بجيد لانه خلاف التقدير .

القسم الثاني ، نظر المرئة الى الرجل كنظر الرجل الى المرئة لقوله تعالى **قل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن** (٤) ولما روتها سلمة قالت كنت انا وميمونة عند النبي ﷺ فاقبل ابن ام مكتوم فقال احتجبا عنه فقلنا انه اعمى فقال ﷺ افعميا وان اتما (٥) .

القسم الثالث نظر الرجل الى الرجل لا يجوز بشهوة توربية لقوله تعالى **قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم** (٦) وان خلا عن الريبة والشهوة جازله ان ينظر اليه والى جسده عاريا ما عدا العورة وهي القبل والذبر خاصة عنداكثر علمائنا وعند آخرين ما بين السرة والركبة عورة وليس بجيد .

القسم الرابع نظر المرئة الى المرئة هو كنظر الرجل الى الرجل فيحرم لريبة وتلد نوي يجوز النظر اليها من وراء الثياب ومجردة مع امن الفتنة .

فرع

هل يجوز للذمية النظر الى المسلمة للشيخ قول بالمنع وان كان الى الوجه والكفين

(١) ثلث ١٢٤ خبر ٦ من ابواب مقدمات النكاح .

(٢) النور ٣٠ (٣) النور ٥٩ (٤) النور ٣١ .

(٥) ثلث ١٢٨ خبر ٤ من ابواب مقدمات النكاح . (٦) النور ٣١

والعضو المبان كالم متصل على اشكال واللمس في المحارم كالنظر (الخامس) الخطبة

لقوله تعالى **او نسأتهن (١)** وليست الذميمة منهن قال والدى والاقوى الجواز وهو الاصح عندى كنظر المسلمة الى الذميمة والى المسلمة .

المقام الثانى فى اباحة النظر ومحلله قسمان

(الاول) الاجانب وقد تقدم فى ماضى (الثانى) المحرم وهى كل امرأة ملك وطيبها او حرم مؤبدا بنسب او رضاع او مصاهرة بعقد او ملك يمين لا غير (مسألة) يباح النظر الى الوجه والكفين والقدمين من المحارم المذكورين باجماع الامامية ومن غير من حرم بالمصاهرة منهن باجماع الاممة ويحرم النظر الى القبل والدير من المحارم فى غير الضرورة باجماع الاممة واما الضرورة كمباشرة العلاج وشهادة الايلاج فيجوز واما غير ذلك من البدن فاقسام ثلاثة (الف) الثدي حال الارضاع وهو ملحق بالوجه لشدة الحاجة اليه ومشقة الاحتراز عند اختاره والدى وبه افتى انا (ب) الثدي لافى حال الارضاع (ج) سائر البدن غير ما ذكرناه وفى هذين القسمين خلاف (قيل) بالاباحة لقوله تعالى **ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او آبائهن او آباء بعولتهن** الاية (٢) (وقيل) بالتحريم لعموم قوله تعالى **قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم** (٣) واختار والدى فى التذكرة الاول وهو الاباحة وهو الاقوى عندى وفى المطلب الثالث فى الرضاع من كتاب القواعد الثانى وهو التحريم.

تذييب

كلما يحرم النظر اليه يحرم لمسه وما يباح من الاجنبية يحرم اختياراً لمسه اجماعاً لانه اقوى فى التلذذ والاستمتاع من النظر ولذا لا يبطل الصوم بالانزال المستند الى النظر ويبطل لو استند الى الملامسة واما المحارم فيجوز مس الوجه والكفين والقدمين منهن واما غير ذلك لالضرورة فعلى القول بالاباحة فى تحريم لمسه قولان (احدهما) يحرم لانه ضرورة اليه (وثانيهما) لا يحرم وهو اختيار والدى فى التذكرة وهو الاصح عندى .

قال قدس الله سره: **والعضو المبان كالم متصل على اشكال.**

(١) النور ٣١ (٢) النور ٣١ (٣) النور ٣٠

مستحبة (اما) تعريضا كرب^١ راغب فيك أو حريص عليك أو انى راغب فيك أو انك على^٢ كريمة أو ان الله لسابق اليك خيراً أو رزقا ، ولو ذكر النكاح ابهم الخاطب كرب^٣ راغب في نكاحك ، ونهى الله تعالى عن المواعدة سرّاً إلا بالمعروف (١) - كأن يقول عندى جماع يرضيك وكذا ان اخرجته مخرج التعريض كان يقول رب^٤ جماع يرضيك لانه من الفحش (واما) تصريحاً - كأن يقول اذا انقضت عدتك تزوجت بك وكلاهما حرام لذات البعل وللمعتدة الرجعية وللمحرمة ابداً كالمطلقة تسعا للعدة وكالملا عنة و كالمرضعة وكبنت الزوجة ممن حرمت عليه ، ويجوز التعريض لهؤلاء من غيره فى العدة والتصریح بعدها والمطلقة ثلاثا يجوز التعريض لها من الزوج وغيره ويحرم التصريح منهما فى العدة ويجوز من غيره بعدها والمعتدة بائنا كالمختلعة ، والمفسوخ نكاحها يجوز التعريض لها من الزوج وغيره و التصريح من الزوج خاصة و الاجابة تابعة ، ولو صرح فى موضع المنع او عرض فى موضعه ثم انقضت العدة لم يحرم نكاحها . ولو اجابت خطبة زيد ففى تحريم خطبة غيره نظر الآ المسلم على الذمى فى الذمى

اقول: تقرير هذه المسألة ان ما لا يجوز النظر اليه وهو متصل (هل) يحرم النظر اليه بعد الانفصال قال المصنف فيه اشكال ينشأ (من) ثبوت التحريم قبل الانفصال والاصل بقائه وعموم النهى عن النظر الى اعضاء الاجنبية وعموم الآية بغض البصر (ومن) اندليس محل الشهوة (ولانه) جسم عديم الحيوه فكان كسائر الجمادات والاصح عندى الاول .
قال قدس الله سره: ولو اجابت خطبة زيد ففى تحريم خطبة غيره نظر .
اقول: وجه النظر ما روى عن النبى ﷺ لا يخطب الرجل على خطبة اخيه (٢) (ولانه) دخول فى سوم المؤمن وهو منهى عنه والنهى يقتضى الحرمة (واجيب) بمنع صحة السند والمقدمة الاولى والثالثة فى الثانى (واحتجوا) باصالة الاباحة .

تنبيه

الاجابة التى يحرم بها على القول بالتحريم هى بالتصريح بان تقول اجبتك الى ذلك

(١) مثال للمواعدة سرّاً .

(٢) لم نعثر عليه بهذا اللفظ نم قد ورد بهذا المضمون عن اهل البيت عليهم السلام

ولو عقد الغير صح (السادس) خص رسول الله عليه وآله بأشياء في النكاح وغيره - وهي
 ايجاب السواك عليه والوتر والاضحية وانكار المنكر و اظهار مو وجوب التخيير لنسائه
 بين ارادته ومفارقتة بقوله **يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا**
الاية (١) وهذا التخيير كناية عن الطلاق ان اخترن الحيوة الدنيا وقيام الليل وتحريم الصدقة
 الواجبة والمندوبة على خلاف - وخائنة العين وهو الغمز بها ونكاح الاماء بالعقد و
 الكتابيات والاستبدال بنسائه والزيادة عليهن حتى نسخ بقوله **انا احللتلك ازواجك**
الاية (٢) والكتابة وقول الشعر ونزع لأمته اذا بسها قبل لقاء العدو وايح له ان يتزوج
 بغير عدد وان يتزوج ويطأ بغير مهر - و بلفظ الهبة - وترك القسم بين زوجاته - والاصطفاء -
 والوصال - واخذ الماء من العطشان والحمى لنفسه - وايح لنا وله الغنائم - وجعل
 الارض مسجداً وترابها طهوراً - وجعلت ازواجه امهات المؤمنين بمعنى تحريم نكاحهن
 على غيره سواء فارقهن بموت او فسخ او طلاق لا لتسميتهن امهات ولا لتسميته **عليه السلام** ابا -
 وبعث الى الكافة - وبقيت معجزته وهي القرآن الى يوم القيمة - وجعل خاتم النبيين -

او تاذن لوليها ان يزوجه امنه ولو بالسكوت كما في البكر وهي ممن يعتبر انها واما التعريض
 كقولها لارغبة عنك فيكره (وقيل) يحرم لاطلاق الخبر وليس بجيد والاصح عندي
 الكراهة في الكل واجابة الولي في المولى عليها كاجابتها ولولم يعلم بالاجابة لم يحرم
 ولم يكره ايضا .

قال قدس الله سره : **والمندوبة على خلاف .**

اقول: تحرم الصدقة الواجبة على الرسول اجماعا ويشاركة او لوالقريب لكن التحريم
 عليهم بسببه **عليه السلام** ولهذا عدّها من خواصه ولتحريمها عليه من بني هاشم وغيرهم بخلاف
 اولي القريب عندنا فالتحريم الكلّي مختص به **عليه السلام** وهل يحرم المندوبة توقف الشيخ
 في المبسوط وجزم في الخلاف بالاباحة وليس هنا موضع بحثه .

ونصر بالرعب - وكان العدوي رهبه من مسيرة شهر - وجعلت امته معصومة - و(١) خص بالشفاعة - وكان ينظر من ورائه كما ينظر من قدومه بمعنى التحفظ والحس - وكان ينام عينه ولا ينام قلبه كذلك - وجعل ثواب نسائه مضاعفا وكذا عقابهن - وايح له دخول مكة بغير احرام - واذ اوقع بصره على امرأة و رغب فيها وجب على الزوج طلاقها (السابع) اقسام النكاح ثلاثة (دايم) و (منقطعة) و (ملك يمين) و لنبداً بالدائم وتتبعه بالآخرين انشاء الله تعالى .

الباب الثاني في العقد

وفيه فصلان (الاول) في اركانه وهي ثلاثة

(الاول) الصيغة ولا بد فيه من ايجاب وقبول. والفاظ الايجاب زوجتك وانكحتك ومتعتك والقبول قبلت النكاح او التزويج او المتعة ولو اقتصر على قبلت صح (النكاح - خ) وكذا لو تغيرا مثل زوجتك فيقول قبلت النكاح ولا بد من وقوعهما بلفظ الماضي .

الباب الثاني في العقد

وفيه فصلان الاول في اركانه

(مقدمة) كل عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة بالاستقراء والنكاح عقد لازم قد وضع الشارع له الفاظ خاصة واتفق الكل على صيغتين (زوجتك) لقوله الله تعالى **زوجناكها** (٢) و(انكحتك) لقوله الله تعالى **فانكحوا ما طاب لكم من النساء** (٣) و قوله تعالى **ولانكحوا ما نكح آباؤكم** (٤) ثم اختلفوا في غيرهما فذهب الشيخ في المبسوط والمرضى و ابن الجنيد و ابن ادريس و المصنف في المختلف الى انحصار الصيغة فيهما و منع غيرهما و جوز آخرون (متعتك) و قال ابن حمزة يجوز بغير العربية مما يؤدي معناه .

(١) اي عن وقوع العذاب عليهم في الدنيا من المسخ والخسف ونحوهما .

(٢) النساء ٢ (٣) النساء ٢٢ (٤) النساء ٢٦

ولو قصد بلفظ الامر الانشاء قيل يصح كما في خبر سهل الساعدي ولو قال أتزوجك بلفظ المستقبل منشأً فقالت زوجتك جاز على رأى ، ولو قال زوجت بنتك (١) من فلان فقال نعم بقصد اعادة اللفظ للانشاء فقال الزوج قبلت صح على اشكال ، ولو قصد الاخبار

قال قدس الله سره : و لو قصد بلفظ الامر الانشاء قيل يصح كما في خبر سهل الساعدي .

اقول : القائل بالصححة الشيخ رحمه الله في المبسوط والخبر المذكور عن سهل ابن سعد الساعدي ان الواهبة نفسها للنبي ﷺ لما لم يقبل النبي ﷺ نكاحها قام رجل فقال زوجنيها يارسول الله فقال زوجتكها بما معك من القرآن الحديث (٢) وهو يدل ايضا على جواز تقديم القبول وجواز كون تعليم القرآن مهراً وكون النبي ﷺ اولى بالمؤمنين من انفسهم وعدم وجوب تقديم الخطبة (قالوا) النبي ﷺ لا يترك المنسوب (قلنا) بل لبيان كونه مندوباً وقال المصنف في المختلف وابن ادريس لا يصح بلفظ الامر وهو الاصح لانه ليس بموضوع للانشاء والمجاز لا يكون سبباً في ما للحقيقة سبب فيه (قالوا) مشترك (قلت) المجاز خير منه.

قال قدس الله سره : و لو قال اتزوجك بلفظ المستقبل مندبياً فقال زوجتك جاز على رأى .

اقول : الاصح مذهب المصنف في المختلف انه لا يصح لبعده عن الانشاء واحتماله الوعد وهو اختيار ابن حمزة (وقيل) يجوز لمادل عليه خبر ابان بن تغلب في المتعة اتزوجك متعة فاذا قالت نعم فهي امراتك (٣) ونمنع صحة السند والدلالة.

قال قدس الله سره : و لو قال زوجت بنتك (الى قوله) على اشكال .

اقول : ينشأ (من) ان (نعم) صريحة في اعادة ما تقدم في السؤال بمعنى الماضي و هي صريحة في زوجت بنتي من فلان فكانه قال هذا (بعينه) لان التصريح في الصريح صريح (ومن) حيث ان العقد سبب شرعى فيتبع فيه النص و الالفاظ المجمع عليها ، زوجتك و انكحتك و متعتك على الخلاف فغيرها قياس في الاسباب والقياس عندنا مطلقاً باطل وفي

(١) بصيغة الخطاب

(٢) سنن ابي داود (٢ج) باب في التزويج على العمل يعمل .

(٣) تل باب ١٨ خبر ١ من ابواب المتعة .

كذبا لم ينقده ويصح مع تقديم القبول بان يقول تزوجتك فتقول زوجتك ولا يصح بغير العربية مع القدرة ويجوز مع العجز ولو عجز احدهما تكلم كل بلغته ولو عجزا عن النطق او احدهما اشار بما يدل على القصد ، ولا ينقده بلفظ البيع والالهبة والصدق ولا التمليك ولا الاجارة ذكر المهر او لا ، ولا الاباحة ولا العارية ولو قال اتزوجني بنتك فقال زوجتك لم ينقده حتى يقبل وكذا ان قال زوجتي ابنتك وكذا جئتك خاطبارا غبا في بنتك فيقول زوجتك ولا ينقده بالكتابة للعاجز الا ان يضم (اليهـخ) قرينة تدل على القصد و يشترط التنجيز فلو علقه (على شرطـخ) لم يصح واتحاد المجلس فلو قالت زوجت نفسي من فلان وهو غايب فبلغه فقبل لم ينقده وكذا لو اخر القبول مع الحضور بحيث لا يعد مطابقا للإيجاب ولو اوجب ثم جن او اغمى عليه قبل القبول بطل ولو زوجها الولي اقتقر الى تعيينها اما بالاشارة او بالاسم او بالوصف الراجع للاشتراك فلوزوجه احدى ابنتيه او هذا الحمل لم يصح ، ولو كان له عدة بنات فزوجه واحدة منهن ولم يذكر اسمها حين العقد فان لم يقصد معينة بطل وان قصد صح فان اختلفا في المعقود عليها ، فان كان الزوج قد رآهن كلهن فالقول قول الاب لان الظاهر انه وكّل التعيين اليه وعليه ان يسلم اليه المنويته ولو مات قبل البيان اقرع وان لم يكن رآهن بطل العقد.

(الثاني) المحل وهو كل امرأة يباح العقد عليها وسيأتي ذكر المحرمات انشاء الله تعالى (الثالث) العاقد وهو الزوج او وليه والمرأة او وليتها وكما يجوز للمرأة ان تتولى عقدها فكذا لها ان تتولى عقد غيرها وزوجا او زوجة ، ويشترط فيه البلوغ والعقل والحرية فلا يصح عقد الصبي ولا الصبية وان اجاز الولي ولا المجنون رجلا أو امرأة ولا السكران وان افاق واجاز وان كان بعد الدخول ، ولا يشترط في نكاح الرشيدة الولي ولا الشهود في شيء من الانكحة ولو توامرا الكتمان لم يبطل ويصح اشتراط الخيار في الصداق لافي النكاح ، ولو ادعى كل منهما الزوجية فصدقه الآخر حكم بالعقد وتوارثا ولو كذبه الآخر قضى على المعترف

الاسباب عند الكل ولا نسلم ان الصريح في الصريح سبب تام فيه ، والا قوى عندي انه لا يصح لان المعترف نفس الصيغة المخصوصة بمادتها وصورتها وكل ما عداها غير معتبر لان اقامة غير السبب مكانه من الاغلاط وهو اختيار المصنف في المختلف.

باحكام العقد خاصة ، ولوادعى زوجية امرأة وادعت اختها زوجيته واقاما بينة حكم لبينتها ان كان تاريخها اسبق او كان قد دخل بها والاحكم لبينته والاقرب الافتقار الى اليمين على التقديرين الامع السبق ، وفي انسحاب الحكم في مثل الام والبنت اشكال ولو ادعى زوجية امرأة لم يلتفت اليه الا بالبينه سواء عقد عليها غيره أولا .

قال قدس الله سره : والاقرب الافتقار الى اليمين على التقديرين الامع السبق .

اقول: هذا المسألة منصوصة فلذلك حكم بها وانما حكم لبينتها مع الدخول وتأخرها لشهادة الظاهر والاصل النص عليها وان لم يكن تاريخها اسبق ولا دخل بها فيه صورتان (الف) ان يكون تاريخها اسبق فيحكم له بلاشك (ب) ان يقترن التاريخان فتقدم بينته وهذا خلاف الاصل لكن النص عليه ففي تقديم البينة تقديران (احدهما) تقديم بينة المرأة (والثاني) تقديم بينة الرجل وياهما عنى بالتقديرين وعلى كل واحد من التقديرين (اما) ان يكون المقدم سابق التاريخ (اولا) وكلما كان المقدم سابق التاريخ لم يحتج الى اليمين قطعا (وانا) لم يكن سابق التاريخ كما في تقديم بينتها على تقدير الدخول بها واتحاد تاريخ البينتين أو حكمه او تقديم تاريخ بينتها وتقديم بينته مع اتحاد تاريخ البينتين وعدم الدخول (يحتمل) الاحتياج الى اليمين لان مقتضى القاعدة الكلية مع اتحاد التاريخ التساقط وسقوط متأخرة التاريخ فضعفت البينة واحتاجت الى اليمين لتقويتها والزوج منكرو لم يتقدم تاريخ بينتها فكان عليه اليمين جمعا بين النص والقاعدة الكلية المنصوصة (ويحتمل) عدم الاحتياج الى اليمين لان النص جاء على الحكم بالبينة ولم يشترط اليمين فلو شرطت اليمين لزم اقامة جزء السبب مقامه وهو ممنوع منه .

قال قدس الله سره : وفي انسحاب الحكم في مثل الام والبنت اشكال .

اقول: ينشأ (من) عدم النص عليه وكلما هو على خلاف الاصل يقتصر به على صورة النص (ومن) اتحاد صورة الدعوى ولامدخل للاخوة في هذا الحكم بل انما هو لتحريم الجمع وهو مشترك وهذا الاحتمال عندى في غاية الضعف لان تعدية الحكم من

الفصل الثاني في الاولياء و فيه مطالب

الاول في اسبابها، وهي في النكاح (اما القرابة) (او الملك) (او الحكم) اما القرابة فتثبت الولاية منها (فيها - خل) بالابوة والجدوة منها لاغير فلا ولاية لآخ ولا عم ولا ام ولا جد لها ولا ولد ولا غيرهم من الانساب قربوا او بعدوا وانما تثبت للاب والجد للاب وان علا، وهل يشترط في ولاية الجد بقاء الاب الاقرب لاوتثبت ولايتهما على الصغير ذكر أكان أو انثى بكر أو ثيبا وكذا على المجنون مطلقا وان بلغ واما الملك فتثبت للمولى ولاية النكاح على عبده وان كان رشيدا وعلى مملوكه كذلك ولا خيار لهما معه وله اجبارهما عليه وليس له اجبار المنصوص عليه الى غيره لمعنى مشترك هو القياس الممنوع منه ولان الاسباب لا يتعدى فيها النص.

الفصل الثاني في الاولياء

وفيه مطالب (الاول) في اسبابها

(مقدمتان) (الف) لما كان صحة النكاح في بعض الصور عندنا وفي الكل عند المخالف موقوفا على صدوره عن الولي كان البحث عن الولي من مقدمات النكاح فلذلك بحث عنه هنا (ب) شرط الولي على المسلم الاسلام وحكم المسلم عام مقدم على ولاية الذمي على الذمي والجد المسلم اولى بالولاية على الكافر والمسلم من الاب الكافر كما لو اسلم الجد وابنه وبنته البكر البالغان كافرين او كانت بنت الابن البالغ الكافر صغيرة ثم اسلم الجد وقلنا لا يتبعه في الاسلام بالعكس كما لو اسلم الابن وبنته البكر بالغه رشيدة باقية على الكفر وابوه كافر.

قال قدس الله سره : وهل يشترط في ولاية الجد بقاء الاب الاقرب لا.

اقول: ثبوت ولاية النكاح للجد للاب مع بقاء الاب لم نعرف فيه خلافا من الاصحاب

الابن ابي عقيل فان الظاهر من كلامه نفيده فانه قال الولي الذي هو اولى بنكاحهن هو الاب دون غيره من الاولياء وليس بجيد لقول الصادق (ع) الذي بيده عقدة النكاح هو ولي امرها (١) ثم اختلف لقائلون بالولاية في مقامين (الف) البكر البالغة الرشيدة (هل) عليها ولاية ام لا وليس هنا موضع بحثه (ب) هل يشترط في ولاية الجد بقاء الاب قال الشيخ الصدوق رحمهما الله نعم وهو

(١) كل باب ٦ خبر ٦ من ابواب عقد النكاح .

من تحرر بعضه للولي تزويج امة المولّى عليه ولافسخ بعد الكمال ، واما الحكم فان ولاية الحاكم تختص في النكاح على البالغ فاسد العقل او من تجدد جنونه بعد بلوغه ذكراً كان أو أنثى مع الغبطة ، فلا ولاية له على الصغيرين ولا على الرشيديين و تسقط ولايته مع وجود الاب او الجدله ولا ولاية للوصى وان فوضت اليه الأعلى من بلغ فاسد العقل مع الحاجة ، والمجبور عليه للسفه لا يجوز له ان يتزوج الامضطرّاً اليه فان تزوج من غير حاجة كان العقد فاسداً ومع الحاجة ياذن له الحاكم فيه مع تعيين الزوجة وبدونه وليس الاذن شرطاً ، فان زاد عن مهر المثل بطل الزايد وولاية القرابة مقدمة على ولاية الحاكم وولاية الملك مقدمة على الجميع ، و لو اجتمع الاب والجد واختلفا في الاختيار قدم اختيار الجد فان عقدا قدم السابق فان اقترنا قدم عقد الجد و لا ولاية عندنا بالتعصيب ولا بالعتق .

اختيار ابن الجنيد و ابي الصلاح وابن البراء وقال المفيد وسلاّر والمرضى وابن ادريس لا وهو اختيار المصنف وهو الحق عندي (احتج) الاولون بما رواه ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام قال لا تزوج نوات الآباء من الابكار الا باذن ابيها (١) وما رواه محمد بن مسلم عن احدهما قال لا تستأمر الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الاب امر وقال يستأمرها كل احدهما عدا الاب (٢) (واحتج) الآخرون بما رواه عبيد بن زرارة في الموثق قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الجارية يريد ابوها ان يزوجه من رجل ويريد جدّها ان يزوجه من رجل آخر قال الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً ان لم يكن الاب زوجها قبله ويجوز عليها تزويج الاب والجد الحديث (٣) فقد ثبت بهذه الرواية ان ولاية الجد اقوى والاضعف ليس بشرط في الاقوى (واجابوا) عن حجة الشيخ بحمل الروايات على الكراهة جمعاً بين الاحاديث (ولقائل) ان يقول الصحيح مقدم على الموثق .

(١) ثل باب ٤ خبر ٣ من ابواب عقد النكاح .

(٢) ثل باب ٤ خبر ٣ من ابواب عقد النكاح . وفيه ما عدا الاب والجد

(٣) ثل باب ١١ خبر ٢ من ابواب عقد النكاح

المطلب الثاني في مسقطات الولاية

وهي اربعة (الاول) الرق فلا ولاية لمملوك على ولده حراً كان الولد او عبداً للمولى او لغيره ولو اذن له المولى صح وكذا المدبر والمكاتب وان تحرر بعضه ولو وكله غيره في الايجاب او القبول صح باذن السيد وغيره (وبدونه - خل) (الثاني) النقص عن كمال الرشد كالصبي والمجنون والمغمى عليه والسكران ولوزال المانع عادت الولاية (الثالث) الكفر وهو يسلب الولاية عن ولده المسلم صغيراً أو مجنوناً ذكراً أو انثى ولا تسلب ولايته عن الكافر ولو كان الجد مسلماً تعيّنت ولايته على الكافر والمسلم دون الاب الكافر وبالعكس (الرابع) الاحرام وهو يسلب عبارة العقد ايجاباً وقبولاً ولا يمنع من الانعقاد بشهادته اذ الشهادة عندنا ليست شرطاً ، لكنه فعل محرماً ولا يمنع من الرجعة وشراء الاماء والطلاق فان زال المانع عادت ولايته ولا تنتقل الولاية عنه الى الحاكم حالة الاحرام والعمى والمرض الشديد اذ بقي معه التحصيل ، والغيبه والسق غير مانعة .

المطلب الثالث في المولى عليه

لا ولاية في النكاح الاعلى ناقص بصغرا وجنون اوسفه اوراق والاب ان يزوج المجنون الكبير عند الحاجة ولا يزيد على واحدة ، وله ان يزوج من الصغير اربعا ، وان يزوج المجنون الصغير وان لم يكن ذلك للحاكم ، ويزوج المجنونة الصغيرة والبالغة وكذا الحاكم مع المصلحة بكر اكانت اوثيباً ولا يفترق الحاكم الى مشاوره اقاربها ولا الحاجة بل تكفي المصلحة فيها والسفيه لا يجبر لانه بالغ ولا يستقل لانه سفيه لكن يتزوج باذن الولى مع الحاجة ولا يزيد على مهر المثل ، واذا ام يعين له المرأة لم ينكح على خلاف المصلحة شريفة يستغرق مهر مثلها ماله ، ولو تزوج بغير اذن الولى فسد فان وطىء وجب مهر المثل على اشكال .

المطلب الثالث في المولى عليه

قال قدس الله سره : ولو تزوج بغير اذن الولى فسد فان وطىء وجب مهر المثل على اشكال .

اقول : اذا تزوج السفيه بغير اذن الولى فسد وان وطىء قال المصنف هنا في وجوب مهر

ولولم ياذن له الولي مع الحاجة اذن له السلطان فان تعذر ففي صحة استقلاله نظر ، ولا يدخل تحت الحجر طلاقه ولا طلاق العبد ولا طلب الرقيق النكاح لم تجب الاجابة وامه المرأة تزوجها سيدتها ولا يحل نكاحها من دون اذنها سواء المتعة والدائم المثل اشكال منشأه (نا) انما ابطلنا العقد لثايجب عليه مهر بسببه فلو اوجبنا عليه المهر لانتفى المقتضى لبطلان العقد والحكم اذا رجع الى اصله بالابطال لم يصح (وفيه نظر) لان الحكم عدم الوجوب بالعقد والثابت هنا الوجوب بالجناية (ويحتمل) وجوب مهر المثل لان العقد لا يقصر عن الشبهة فقد استوفى منافع البضع استيفاء غير محرم مع بطلان العقد فيجب مهر المثل (ويحتمل) وجوب اقل الامرين لان المهر ان زاد عن المسمى لزم من ابطاله حفظاً للمال ضياع ذلك المال وازيد منه فتنتفى الحكمة ، وللاصحاب في هذه المسألة اقوال ثلاثة (الف) قال الشيخ قى المبسوط عليه مهر المثل (ب) لاشيء نقله الشيخ في المبسوط عن قوم ثم قال وهذا اقوى لانها هي المتلفة لبضعها بتسليمها نفسها (ج) ان كانت عالمة بحاله لم يكن لها عليه شيء وان لم تكن عالمة كان لها عليه مهر المثل وهو اختيار ابن البراج (واعلم) انه لا بد وان تكون جاهلة بتحريم الوطى فانها لو علمت يبطلان العقد وبتحريم الوطى كانت زانية فلا يثبت لها شيء قطعاً .

قال قدس الله سره : ولولم ياذن له الولي (الى قوله) ففي صحة

استقلاله نظر .

اقول : ينشأ (من) ان له النكاح ويتولاه غيره فاذا تعذر غيره وهو الذي له ان يتولاه كان له توليته بنفسه والالزم الضرر وهو منفي بقوله ^{بالتام} لا ضرر ولا اضرار (١) (ولانه) قديودى الى الزنا وحفظ الدين اولى من حفظ المال والى لزوم الحرج العظيم وهو منفي لقوله تعالى ما جعل عليكم في الدين من حرج (٢) (ومن) حيث انه ليس له ان يتولاه لسلب الشارع الولاية عنه وذكر الشيخ فيه الوجهين في المبسوط والاصح عندي جواز ان يتولاه بنفسه لما ذكرنا .

قا قدس الله سره : ولا يحل نكاحها من غير اذنها سواء المتعة او الدائم

على رأى، ولا يكفى سكوت البكر فى حق امتها ويكفى فى حقها ، و الاقرب استقلال المعتقة فى المرض بالتزويج فان رجعت او بعضها رقاً بطل العقد الا ان يجيز المولى ، ولا ولاية على البالغ الرشيد الحر اجماعاً ولا على البالغة الرشيدة الحرة وان كانت بكر أعلى الاصح فى المنقطع والدايم . ولو زوجها أبوها وجدّها هوقف على اجازتها كالاجنبى لكن على رأى .

اقول: هذا اختيار المفيد وابن ادريس خلافاً للشيخ فى النهاية حيث جوز المتعة بها بغير اذن المالكة لكن الافضل عنده استيذانها ثم رجع عن هذا القول (لنا) قوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن (١) (ولانه) تصرف فى ملك الغير بغير اذنه فلا يصح (احتج) الشيخ بمارواه سيف بن عميرة، عن على بن المغيرة فى الصحيح: قالت سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع بامة امرأة بغير اذنها : قال لا بأس به (٢) (والجواب) ان سيف بن عميرة اضطرب فى الواسطة وعدمها .

قال قدس الله سره: و الاقرب استقلال المعتقة فى المرض بالتزوج .

اقول: وجه القرب انه جعل لها جميع التصرفات التى للحرة فى نفسها فكان كاذنه صريحا فى النكاح لان دلالة العام على كل واحد من افراده مع عدم المخصص حجة كالنص (ويحتمل) العدم لانه معلول للحرية فى الكل والجهل بالعلّة يستلزم الجهل بالمعلول .

قال قدس الله سره : و لا على البالغة الرشيدة الحرة وان كانت بكر أعلى الاصح فى المنقطع والدايم .

اقول : للاصحاب هنا اقوال خمسة (الف) انه لا ولاية على البكر البالغة الرشيدة فى الدائم ولا فى المنقطع بل امرها بيدها وهو اختيار والدى المصنف والمرضى ، وابن الجنيد ، وسار ، واحد قولى المفيد (ب) الولاية على البكر البالغة الرشيدة للاب دونها اختاره الشيخ فى النهاية وابن بابويه وابن ابي عقيل (ج) الولاية مشتركة بينها وبين ابيها فليس لاحدهما الاستقلال به وهو احد قولى المفيد (د) الولاية مشتركة بينها وبين ابيها

(١) الحج - ٧٧ .

(٢) ثل باب ١٤ خبر ٢ من ابواب المتعة .

يستحب لها ان لا تستقل من دونهما بالنكاح وان توكل اخاهما مع عدمهما وان تغلد الى اكبر الاخوة وان تتخير خيرته لو اختلفوا ولو عضلها الولي وهوان لا يزوجه بالكفاءة مع رغبتها استقلت اجماعا .

المطلب الرابع

الكفائة معتبرة في النكاح فليس للمرأة ولا للولي التزويج بغير كفو والمراد بها التساوى في الاسلام والايمان فلا يصح تزويج المسلمة المؤمنة الا بمثلها ويجوز للمؤمن ان يتزوج بمن شاء من المسلمات وليس له ان يتزوج بكافرة حرة اجماعا وفي الكتابية وجدها وليس لاحدهم الانفراد به وهو اختيار ابي الصلاح (هـ) ان لها ان ينكح نفسها متعة بدون اذن ايها لكن لا يطاها في الفرج ذكره الشيخ رواية في النهاية واختاره ابن البراج ، والحق عندي اختيار والدي المصنف وهو عام في المدخول بها وغيرها ، ومارواه منصور بن حازم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال يستأمر البكر وغيرها ولا تنكح الا بامرها (١) ومارواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع وتشتري وتعق وتشهد وتعطى من مالها ماشئت فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن وليها فان لم يكن ذلك فلا يجوز تزويجها الا باذن وليها (٢) جعل ولاية المال مداراً لولاية النكاح وجوداً وعملاً (واحتج) الشيخ بمارواه ابن ابي يعفور في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال لا تزوج نوات الآباء من الابكار الا باذن أبيها (٣) ورواية زرارة لاتعارضها لان الصحاح مقدمة على غيرها (واحتج) من جمع بالجمع بين الروايات .

المطلب الرابع في الكفائة

قال قدس الله سره : وفي الكتابية خلاف اقر به جواز المتعة خاصة .
اقول : النص والاجماع على تحريم من عد الكتابيات من الكفار واما الكتابيات

(١) مثل باب ٩ خبر ١ من ابواب عقد النكاح

(٢) مثل باب ٩ خبر ٥ من ابواب عقد النكاح .

(٣) مثل باب ٦ خبر ٥ من ابواب عقد النكاح .

خلاف اقربه جواز المتعة خاصة وله استصحاب عقدهن دون الحريات والمجوسية كناية ولا يتزوج بالناصبية المعلنة بعداوة اهل البيت عليهم السلام ، ويستحب للمؤمن ان يتزوج بمثله ، وللحر ان يتزوج بالامة ، وللحرة ان تتزوج بالعبد و كذا شريفة النسب بالادون كالحاشمية والعلوية بغيرهما والعربية بالعجمى وبالعكس وكذا ارباب الصنائع

فقسمان (احدهما) اليهود والنصارى وللاصحاب هنا ستة اقوال (الف) تحريم نكاحهن بكل انواع النكاح وهو اختيار المرتضى ، والشيخ في كتابي الاخبار ، والظاهر من كلامه في الخلاف والمبسوط فانه جعله مذهب المحصلين من اصحابنا ، وهو احد قولى المفيد ايضا وقواه ابن ادريس (ب) انه يباح المتعة اختياراً والدوام اضطراراً و يحرم اختياراً وهو اختيار الشيخ فى النهاية ، وابن حمزة ، وابن البراج (ج) يجوز بملك يمين لا بعقد نكاح وهو احد قولى المفيد فى باب عقدا الماء (د) يباح متعة و بملك اليمين ويحرم الدائم وهو اختيار ابى الصلاح وسالار (هـ) يحرم نكاحهن مطلقا اختياراً ويجوز مطلقا اضطراراً وهو اختيار ابن الجنيد (و) صحة نكاحهن بكل انواع النكاح وهو قول ابنى بابويه وابن ابي عقيل والاول وهو التحريم مطلقا هو الصحيح عندى والذى استقر عليه رأى والدى المصنف فى البحث (لنا) وجوه (الف) انهن مشركات وكل المشركات نكاحهن حرام فنكاح اليهودية والنصرانية حرام (اما الصغرى) فلقوله تعالى وقالت اليهود عزيز ابن الله وقالت النصارى المسيح بن الله (الى قوله) سبحان الله عما يشركون (١) فسامم مشركين وقوله تعالى اتخذوا احبارهم و رهبانهم اربابا من دون الله والمسيح بن مريم (٢) (واما الكبرى) فلقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن (٣) والجمع المحلّى بلام الجنس للعموم (ب) ان النكاح تمسك بعصمة و هو ظاهر اذ بين الزوجين عصمة ، وكل تمسك بكل واحد واحد من عصم الكوافر حرام لقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر (٤) والجمع المضاف للعموم (ج) قوله تعالى لا يستوى اصحاب النار واصحاب الجنة (٥) والاستواء كلّى شامل للاستواء

(١) التوبة ٣٠ (٢) التوبة ٣١ (٣) البقرة ٢٢٠ .

(٤) الممتحنة ٦٠ (٥) الحشر ٥٩

الدنية بالاشراف وهل التمكن من النفقة شرط قيل نعم و الاقرب العدم .
 من كل وجه و نفى الكلى انما يصدق بنفى كل جزئياته ، و من جملتها الاستواء
 فى الكفاية (د) النكاح مستلزم للمودة لقوله تعالى : **وجعل بينكم مودة ورحمة (١)**
 و كل مودة لكل كافر حرام لقوله تعالى **لا تجدقوما يؤمنون بالله و اليوم الاخر**
يوادون من احادا و الله رسوله الاية (٢) (لا يقال) الكبرى ليست كلية لقوله تعالى
لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان
تبروهم و تقسطوا اليهم الاية (٣) (لانا) نقول هذه الاية منسوخة الحكم و لكل
 من باقى الاقوال حجج قد ذكرها و لدى المصنف فى المختلف و اجاب عنها .
 (القسم الثانى) المجوسية و اختلف فيها فكل من منع من اليهودية و النصرانية منع
 منها قطعاً و القائلون بالجواز ثمة اختلفوا فى المجوسية فمع بعضهم و اجاز آخرون و باتى
 تمام البحث فيها .

قال قدس الله سره : **وهل التمكن من النفقة شرط قيل نعم و الاقرب العدم .**

اقول : اختلف الناس فى التمكن من النفقة على اقوال ثلاثة (الف) انه شرط وهو

قول الشيخ فى المبسوط (ب) ليس بشرط وهو اختيار و لدى المصنف ، و الشيخ فى النهاية ،
 و ابن الجنيد ، و ابن البراج (ج) انه ليس بشرط لكن للمرثة خيار الفسخ مع عدم اليسار
 بنفقتها اختاره ابن ادريس و الاصح عندي اختيار و لدى لقوله تعالى **وانكحوا الايامى**
منكم و الصالحين من عبادكم و امائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله (٤)
 و لافائدة فى الامر هنا مع تسلط المرثة على الفسخ و لما روى عن النبى **ﷺ** اذا
 جائكم من ترضون دينه و خلقه فزوجوه (٥) و روى انه قال النبى **ﷺ** فى جواب رجل

(١) الروم ٢٠ (٢) المجادلة ٢٢

(٣) الممتحنة ٨ (٤) النور ٣٢

(٥) ثل باب ٢٨ خبر ١ من ابواب مقدمات النكاح .

ولو تجدد عجزه عنها فالاقرب عدم التسلط على الفسخ، ولو خطب المؤمن القادر وجبت اجابته وان كان اخفض نسبا ولو امتنع الولي كان عاصيا للعدول الى الاعلى، ويكره تزويج الفاسق خصوصا شارب الخمر ولو انتسب الى قبيلة فبان من غيرها فالاقرب انتفاء الفسخ، وكذا الافسخ

سأله قال يارسول الله لمن يتزوج ، قال الاكفاء قال : من الاكفاء؟ فقال المؤمنون بعضهم اكفاء بعض الحديث (١) ولا يجوز التعريف بالاعم بل بالمساوي في العموم والخصوص .
قال قدس الله سره : ولو تجدد عجزه عنها فالاقرب عدم التسلط على الفسخ .

اقول : على القول بان اليسار بالنفقة شرط في لزوم العقد فمع تجدد العجز يتسلط على الفسخ (واما على القول بالعدم فيحتمل ذلك لانه ضرر على المرثة ونقله ابن ادريس عن بعض علمائنا ، ونقل شيخنا نجم الدين بن سعيد عن بعض علمائنا ان الحاكم يفرق بينهما والاقرب عدم (لان) النكاح عقد لازم والاصل البقاء لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة (٢) وهو عام (واحتج) الأحزون بقوله تعالى فامسك بمعروف او تسريح باحسان (٣) والامسك مع تعذرا لافاق ليس بامسك بمعروف فتعين الآخر اذا تعذر صدوره من الزوج فسخ الحاكم لانه الولي وبما رواه ربيع والفضيل بن يسار جميعا عن ابي عبدالله عليه السلام قال ان انفق عليها ما يقيم ظهرها (حيوتها-خل) مع كسوة والافرق بينهما (٤) .

قال قدس الله سره : ولو انتسب الى قبيلة فبان من غيرها فالاقرب انتفاء الفسخ .

اقول : قال الشيخ في النهاية اذا اتى الرجل الى قبيلة وتزوج فوجد على خلاف ذلك بطل التزويج واختاره ان الجنيد ، وابن حمزة وجعله ابن البراج في كتابيه مفاد رواية ، وقال في المبسوط الاقوى انه لا خيار لها ومن الناس من قال لها الخيار وقد روى

(١) ثل باب ٢٣ خبر ٢ من ابواب مقدمات النكاح .

(٢) البقرة - ٢٨٠ (٣) البقرة ٢٢٩ .

(٤) ثل باب ١ خبر ١ من ابواب النفقات وفيه نقل عن الشيخ ما يقيم صلبها

لو ظهر لمن تزوج بالعقيدة انها كانت قد زنت ولا رجوع على الولي بالمهر ولو تزوجها الولي بالمجنون او الخصي صح ولها الخيار عند البلوغ وكذا لو تزوج الطفل بذات عيب يوجب الفسخ ، ولو تزوجها بمملوك لم يكن لها الخيار اذا بلغت وكذا الطفل لو تزوج بالامة ان لم يشترط خوف العنت .

المطلب الخامس في الاحكام

اذا زوج الاب او الجد له احد الصغيرين لزم العقد ولا خيار له بعد بلوغه وكذا المجنون او المجنونة ولا خيار له بعد رشده لو تزوج احدهما ، وكذا كل من له ولاية على النكاح الا الامة فان لها الخيار بعد العتق وان زوجها الاب على اشكال .

ذلك في اخبارنا ، وقال ابن ادريس ليس لها الفسخ لاصالة البقاء لقوله تعالى **اوفوا بالعقود (١)** ثم قال انه تدليس يرده من حيث التدليس بالشرط ، وفرق بين التدليس والعيب بان العيب يرده وان لم يشترط السلامة منه في حال العقد بل بمجرد العقد يرده بعيب الخلقة - واما التدليس فاذا شرط في نفس العقد وخرج بخلافه فانه يرده بالنكاح وقال المصنف في المختلف اذا انتسب الى قبيلة فبان من ادنى منها بحيث لا يلايم شرف المرثة كان لها الخيار في الفسخ (واحتج) بما رواه الحلبي في الصحيح قال رجل تزوج المرثة فيقول انا من بني فلان فلا يكون كذلك قال تفسخ النكاح او قال ترد (٢) و الاقوى عندي انه لا فسخ ان لم يشترط في نفس العقد و ان شرط كان لها الفسخ لان الاصل بقاء النكاح .

قال قدس الله سره : وكذا كل من له ولاية على النكاح (الى قوله)

على اشكال .

اقول: المسألة هي ان الجارية المملوكة الصغيرة اذا زوجها ابوها الحر باذن مولاه ثم اعتقت بعد بلوغها (فهل) لها الفسخ ام لا ، قال والدى فيه اشكال ينشأ (من) انها صغيرة تزوجها ابوها فتدخل تحت عموم عدم الفسخ (ولان) الفسخ انما هو لعقد عقده

ولكل من الأب والجد له تولى طرفي العقد وكذا غيرهما على الأقوى إلا الوكيل فإنه لا يزوجه من نفسه إلا إذا اذنت له فيصح على رأى ، ولو وكيل الجد عن حافديه تولى طرفيه وكذا الوكيل المالك و هنا عقده الأب (ومن) ان الأب قد ارتفعت ولايته بولاية المولى وقدرتها نيابة عن المولى فلا تؤثر الأبوة في ثبوت الولاية (والتحقيق) ان نقول هذه المسألة مبنية على مسألتين (احديهما) ان ولاية الأب هل هي مسلوقة عن المملوكة او ممنوعة بحق المولى (فعلى الاول) لها الفسخ (وعلى الثاني) يحتمل ، لان باذن المولى زالت مانعته بالاذن لان المقضى للمانعة الرقية وهي لم تزل (ولان) الرقية سبب مؤثر في ثبوت الولاية والأب انما عقد نيابة ووكالة عن المولى وهي توجب خيار الفسخ بعد العتق. (وثانيتها) ان الاسباب الشرعية هل هي علل مؤثرة او علامات (فعلى الاول) لها الفسخ لامتناع اجتماع التأثير في معلول واحد فلو كانت الأبوة مؤثرة ايضا لزم اجتماع علتين على معلول واحد شخصي وهو محال (وعلى الثاني) الصحة لصحة اجتماع العلامتين ودلالة كل واحدة منهما دلالة تامة مجامعة للآخرى ، والحق عندي ان لها الفسخ لانه لا اعتبار بالأبوة حال العقد

قال قدس الله سره : لكل من الأب والجد (الى قوله) على رأى.

اقول: هنا مسألتان (الاولى) هل لشخص واحد ان يتولى طرفي عقد النكاح بوكالة عن الزوج والزوجة او بوصية عن اييهما او بالتفريق الاصح عند والدى المصنف وعندى الجواز اذا الاصل عدم مانعة احدى الوكالتين للآخرى اذا المانعة هنا حكم شرعى لا يثبت الا بالنص كالسبية والشرطية (ونقل) عن بعض علمائنا المنع (الثانية) لو وكلته في ان يزوجه من نفسه قال والدى المصنف يصح وهو الاصح عندى وهو اختيار ابن الجنيدي للاصل (ولانه) عقد صدر من اهله في محله فكان لازما كغيره ولقوله تعالى **اَوْفُوا بِالْعُقُودِ** (١) ونقل عن بعض علمائنا المنع لما رواه عمار الساباطى قال سألت ابا الحسن **عَلَيْهِ السَّلَامُ** عن امرأة تكون في اهل بيت فتكره ان يعلم بها اهل بيتها هل يحل لها ان توكل رجلا يريد ان يزوجه فتقول له قد وكلتك فاشهد على تزويجي قال لا قلت جعلت فداك فان كانت ايمماً قال وان كانت ايمماً ، قلت فان وكلت غيره فتزوجها منه قال نعم (٢) (ولانه) يلزم ان يكون

الرشيدين ولوزوج الولي بدون مهر المثل فالاقرب ان لها الاعتراض ، و يصح للمرأة ان تعقد على نفسها وغيرها ايجابا وقبولا ولوزوج الفضولي وقف على الاجازة من المعقود عليه ان كان حراً رشيداً او من وليه ان لم يكن ولا يقع العقد باطلاً في اصله على رأى ،

موجبا قابلا (والجواب) ضعف السند وعدم دلالتها على المنع لان المنفى الاكتفاء بقولها وكتلك فاشهد ومنع امتناع اللازم في الثاني.

قال قدس الله سره : ولوزوج الولي بدون مهر المثل فالاقرب ان لها الاعتراض .

اقول : لانه معاوضة واضرار (ونقل) عن بعض الفقهاء عدم الاعتراض لانه ليس معاوضة محضة لجواز اخلاء العقد عن ذكر المهر (ولان) المقصود في النكاح النسل وكف النفس عن الشهوة والمهر تابع (ولانه) له العفو عنه لقوله تعالى الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح (١) والاقوى ما هو الاقرب عند والدي .

قال قدس الله سره : ولوزوج الفضولي وقف على الاجازة (الى قوله) على رأى .

اقول : اختلف الناس في ان عقد النكاح هل يقع موقو فاعلى الاجازة اولا على اقوال ثلاثة (الف) انه يقع موقوفا كما اذا زوج الفضولي فان اجاز من عقد عليه الفضولي صح والآفلا وهو قول المفيد ، والمرضى ، والشيخ في النهاية ، وابن ابي عقيل ، وسائر ، وابن البراج ، وابي الصلاح ، وابن ادريس ، ووالدي المصنف (ب) انه لا يقف على اجازة بل امان يقع لازما اى لا يتوقف اباحة الوطى على اجازة او يبطل فعقد الفضولي باطل من اصله وهو اختيار الشيخ في الخلاف والمبسوط (ج) قول ابن حمزة انه يقع موقوفا في تسعة مواضع وهي عقد البكر الرشيدة مع حضور الولي على نفسها ، وعقد الاب على ابنه الصغير ، وعقد الام ، وعقد الجد مع عدم الاب ، وعقد الاخ ، والام ، والعم على صبية ، وتزويج الرجل عبد غيره بغير اذنه ، وتزويج العبد بغير اذن سيده فان اجاز الولي والمعقود عليه اوله او سيده صح والا فانسخ (والذي) افتى به بطلان عقد الفضولي لان العقد سبب

ويكفي في البكر السكوت عند عرضه عليها ولا بد في الثيب من النطق ولو زوج الاب او الجد له الصغيرين فمات احدهما ورثه الآخر ، و لو عقد الفضولي فمات احدهما قبل البلوغ بطل العقد ولا مهر ولا ميراث ، ولو بلغ احدهما فجاز لزوم في طرفه فان مات الآخر فكالاول وان مات المجيز عزل للاخر نصيبه فان فسخ بعد البلوغ فلا مهر ولا ميراث فان اجاز احلف على عدم سببية الرغبة في الميراث للاجازة وورث فان مات بعد الاجازة وقبل اليمين فاشكال ، ولو جن عزل نصيبه .

الاباحة فلا يصح صدوره من غير معقود عليه او ولي^١ (ولان رضاء المعقود عليه او وليه شرط والشرط لا يتأخر عن الشروط (ولانه) يصدق هذه نكحت من غير اذن وليها اذا النكاح حقيقة في العقد اجماعا وكل نكاح موثى عليه بغير اذن الولى باطل لقول النبي ﷺ ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل (١) (احتج) والدى بما رواه ابن عباس ان جارية بكرة انت النبي ﷺ فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ (٢) وما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام عن رجل زوجته امه وهو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك الحديث (٣) (والجواب) عنهما معا المنع من صحة السند ولان الفرج اصعب من المال ويبطل عقد الفضولي في المال لان التصرف في مال الغير بغير اذنه قبيح عقلا فالفرج أولى .

قال قدس الله سره : فان مات بعد الاجازة وقبل اليمين فاشكال

اقول : ينشأ (من) اشتراط الميراث بالمجموع وهو يفوت بفوات احد اجزائه اذ عدم الجزء موجب لعدم الكل من حيث هو كل^{*} (ومن) انه قد حصل مقدمتان (الف) ان العقد اذا اجازه احدهما ومات لم يبطل مطلقا بل يكون مراعى فان اجازه الآخر حكمنا بصحته (ب) الميراث تابع للصحة لان العقد علة في الميراث بشرط الصحة وثبوت العلة يستلزم ثبوت المعلول فاذا حكم بصحته مع الاجازة حكمنا بالميراث لانه تابع للنكاح الصحيح وهذا انما يتأتى مع القول بكون الاجازة كاشفة ، وعندى ان هذه

(١) سنن ابي داود (ج ٢) باب في الولى من كتاب النكاح .

(٢) سنن ابي داود (ج ٢) باب في البكر الخ .

(٣) تل باب ٧ خبر ٣ من ابواب عقد النكاح .

ولو نكل ففي المهر وتوريثه منه اشكال وفي انسحاب الحكم في البالغين اذا زوجهما الفضولي اشكال اقر به البطلان ، ولو زوج احدهما الولي او كان بالغاً رشيداً وزوج الآخر الفضولي فمات الاول عزل للثاني نصيبه واحلف بعد بلوغه ولومات الثاني قبل بلوغه او قبل اجازته بطل العقد ، ولو تولى الفضولي احد طرفي العقد ثبت في حق

المسألة ليس فيها اشكال بل لا يرث قطعاً لان ارثه مع اليمين على خلاف الاصل وكل ما هو على خلاف الاصل فانه يقتصر فيه على موضع النص ولم يرد نص على الميراث مع عدم اليمين هنا فلا ميراث .

قال قدس الله سره : ولو نكل ففي المهر وتوريثه اشكال .

أقول : هنا مسألان (الف) ثبوت المهر في ذمته ومنشأ الاشكال اعترافه بثبوت النكاح فيحكم عليه به وبما يازمه وهو المهر ووقوف لزوم النكاح على اليمين ولم تحصل (ب) انه على تقديره هل يثبت ارثه منه اشكال ينشأ (من) انهما معلولان لعللة واحدة هي النكاح ولزومه وثبوت احدهما للمعلولين يستلزم ثبوت الآخر لاستحالة وجود المعلول بدون علته واستحالة تخلف المعلول عن علته فثبوت المهر وعدم ارثه منه لا يجتمعان (ومن) توقف الارث على اليمين بالرأية المذكورة ولم يحلف فلا يرث (ولانه) لو ورث منه لورث من كل التركة لعدم فرق الامة بينهما والاقوى سقوط قدر نصيبه منه عنه لان النكاح اما صحيح فيجب الارث فيسقط الكل فعلى كل تقدير يسقط قدر نصيبه ولو كان عيناً تحققنا ملكه قدر نصيبه لانه ان كان باطلاً لكل باق على ملكه وان كان صحيحاً ملك قدر نصيبه فقدر نصيبه مملوك له قطعاً وانما الاشتباه في سببه لا غير .

قال قدس الله سره : وفي انسحاب الحكم في البالغين اذا زوجهما الفضولي اشكال اقر به البطلان .

أقول : ينشأ (من) ان الحكم في الصغيرين باعتبار مباشرة الفضولي للعقد وهو هنا ثابت (ومن) عدم النص عليه والاصح عدم الانسحاب وبطلان العقد بموت احدهما بعد اجازته وقبل اجازة الآخر لانه على خلاف الاصل فلا يتعدى محل النص .

قال قدس الله سره : ولو تولى الفضولي احد طرفي العقد (الى قوله) الا اذا

المباشر تحريم المصاهرة فان كان زوجا حرم عليه الخامسة والاخت والبنت والام
الا اذا فسخت على اشكال في الام وفي الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم فلا يبيح المصاهرة

فسخت على اشكال في الام .

اقول: معناه لو عقد على البنت الفضولي عنها وباشر الرجل القبول ثم فسخت البنت
هل تحل الام بفسخها اشكال ينشأ (من) تحريمها بنفس العقد الصحيح اللازم وقد ثبت
من جهته فانه ليس له فسخه فيترتب احكامه عليه بالنسبة اليه (ومن) ان الفسخ هنا رفع
النكاح من اصله فكانه لم يوجد (وايضاً) فلانه انما يحرم اما بالدخول او بالعقد الصحيح
والاول منتف والثاني لا يتم الا بقبول وايجاب ولا يتم باحدهما قطعاً ، ومن شرط صحة
كل واحد منهما صدوره من المالك او وكيله او وليه او اجازته عند بعضهم ووقع في الايجاب
ضد الصحة فيكون باطلا فيكون وجوده كعدمه في ترتب الاحكام فلا اعتبار بالقبول
اذن وهو المطلوب خصوصا على القول بوجود تقديم الايجاب على القبول ، وهذا هو الاصح
عندي لان الاجازة اما شرط اوجزء على اختلاف القولين.

قال قدس الله سره : وفي الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم فلا يبيح

المصاهرة .

اقول : ينشأ النظر (من) ذكر المصنف وجهامنه وهو ان الطلاق يترتب على عقد
لازم ، لان دفع نكاح ثبت بصيغة انتطالق والنكاح لم يثبت فلا يصح الطلاق فلا يبيح
المصاهرة (ولان) الطلاق قطع لاستدامة النكاح الثابت وبمجرد عقد الفضولي لا يثبت
النكاح والالكان الفضولي وليسا هذا خلف (ولان) الطلاق لا يقع موقوفا على الاجازة ،
بل اما باطل في نفسه او لازم و لزومه لازم لصحته و شرطه ثبوت النكاح قبله و النكاح
معلول للاجازة على القول بها والاذن ابتداء و ثبوت المعلول من دون العلة محال (ومن)
انه لازم من جهته فلا طريق الى رفعه الا بالطلاق (لان) ثبوت نكاح و لزومه (١) و ليس
للزوج المكلف الطلاق منه قبل الدخول (لا يتصور) ولم يردبه الشرع (و على القول)
بان الاجازة لنكاح الفضولي كاشفة عن لزومه والفسخ كاشف عن فساده ويكون الطلاق

وان كان زوجة لم يحل لها نكاح غيره الا اذا فسخ والطلاق هنا معتبر، ولو اذن المولى لعبد في التزويج صح فان عين المهر والا انصرف الى مهر المثل فان زاد على التقديرين فالزائد في ذمته تتبع به بعد الحرية والباقي على مولاه (وقيل) في كسبه وكذا النفقة .

مراعى اذا طلق الزوج (حكمننا) بعدم النكاح بعده لانه اما ان يجيز من عقد عنه الفضولي اولا (وعلى الاول) يقع الطلاق للمقدمتين المذكورتين فتبين المرأة بهوان فسخ النكاح تبيناً بطلانه فحكمننا بعدمه في المستقبل ويلزم من ذلك اباحة المصاهرة بعده لكن المقدمتين المبني عليهما، هذا الدليل ضعيفتان (وعلى القول) بان الاجازة شرط اوسبب - هذا الدليل فاسد والالوقع الطلاق موقوفا وهو باطل (والتحقيق) انه لو صح الطلاق لزم احدا الامرين (اما) وقوف الطلاق على الاجازة (او) لزوم النكاح للمرثة من غيرولى ولا اجازتها واللازم بقسميه باطل فالملزوم مثله - بيان الملازمة ان صحة النكاح (اما) ان تكون موقوفة على اجازة المرثة (اولا) والاول يستلزم الاول لان الطلاق موقوف على صحة النكاح وصحة النكاح موقوفة على الاجازة والموقوف على الموقوف على الشيء موقوف على ذلك الشيء والثاني يستلزم الثاني وهو ظاهر واما بطلان اللازم فاجماعى وايضا لو صح الطلاق لتوقف استباحة نكاح الغير له اعليه لكن التالى باطل فكذا المقدم .

قال قدس الله سره : ولو اذن المولى لعبد (الى قوله) وكذا النفقة .

اقول : للاصحاب في هذه المسألة ثلاثة اقوال (الاول) لزوم المهر والنفقة للسيد وهو اختيار والدى المصنف في هذا الكتاب وقول ابن ادريس لانه اذن في شيء فلزمه (فيلزمه - خ ل) توابعه ولان وجوب النفقة لا يمكن ان يكون في ذمة العبد بعد عتقه قطعا وهو اجماع الامة ولا يمكن ان يقال انه من مال العبد لاستحالة ان يوجب الله تعالى على العبد شيئا في ماله ويسلبه اهلية التملك لانه يكون تكليفا بالمحال وهو محال فتعين ان يكون من مال السيد والوجوب عليه فيكون في ذمته يخرج من اين شاء وكذا المهر اذا فارق (الثاني) قول الشيخ في المبسوط وهو انه يجب في كسب العبد بمعنى انه يجب على العبد الاكتساب لاداء (لادائه - خ ل) النفقة والمهر قال فيه وان لم يكن مكتسباً قال قوم يتعلق برقبته لان الوطى في النكاح بمنزلة الجنابة ومنهم من قال يتعلق بذمته

ولوزوجها الوكيلان او الاخوان مع الوكالة صح عقد السابق وان دخلت بالثاني
فرق بينهما ولزمه المهر مع الجهل ولحق به الولد واعتدت وردت بعدها الى الاول ولو
اتفقا بطلا ولا مهر ولا ميراث (وقيل) يحكم بعقد اكبر الاخوين ، ولو كانا فضولين استحب

لانه حق لزمه باختيار من له الحق فكان في ذمته كالتقاضي والاول اليق بمذهبنا فمن قال
يتعلق برقبته على ما اخترناه قال (ان امكن) ان يباع منه كل يوم بقدر ما يجب عليه من
النفقة فعل (وان لم يمكن) يبع كله كما قيل في الجناية ووقف ثمنه فينفق عليها منه وقد
انتقل ملك سيده عنه الى سيده آخر هذا لفظه في المبسوط (وفيه نظر) لانه بعد البيع صار
لغير البايع فلا ينفق من ماله (الا - خ) عند اجازة الثاني واما يتصور ذلك في النفقة
السابقة الواجبة في ملكه ولفظه لا يعطى ذلك بل ينافيه (الثالث) قول ابن حمزة هو انه
ان كان العبد مكتسبا تخير سيده بين جعل النفقة في كسبه والافتاق من خالص ماله وان
لم يكن مكتسبا فعلى السيد واختاره والدى في المختلف والحق عندي قول ابن ادريس
قال قدس الله سره : ولوزوجها الوكيلان او الاخوان (الى قوله) وقيل
يحكم بعقد اكبر الاخوين .

اقول : اختيار والدى المصنف هنا هو اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف وابن
ادريس وهو الحق وقال في النهاية يحكم بعقد اكبر الاخوين وهو اختيار ابن البراج
وابن حمزة (لنا) ان الموجب للصحة الوكالة و هما يتساويان فيها وقد تعارضا فترجىح
احدهما يلزم ترجىح بلا مرجح فلا يصح ، واعتمد الشيخ على رواية وليد يباع الاسقاط
قال سئل ابو عبدالله عليه السلام وانا عنده عن جارية كان لها اخوان زوجها الاكبر بالكوفة و
زوجها الاصغر بارض اخرى قال الاول احق بها الا ان يكون الآخر قد دخل بها فان دخل
بها فهي امرأته ونكاحه جائز (١) وحملها الشيخ في كتابي الاخبار على وقوع العقدتين
معا وكانا وكيلين ، قال والدى فان لم يكن وليد هو ابن صبيح او غيره من الثقات فالخبر
صحيح و(اقول) السند مجهول ولادلالة للرواية على المطلوب (لان) قوله عليه السلام (الاول)
المراد به في العقد لافي السؤال هنا لانه موافق للاصول (ولانه) عليه السلام ربما علم بالعقد

(١) مثل باب ٧ خبر ٤ من ابواب عقد النكاح .

لها اجازة عقدا الاكبر ولها ان تجيز عقدا الآخر ولودخلت باحدهما قبل الاجازة ثبت عقده ولوزوجته الام فرضى صح وان رد بطل (وقيل) يلزمها المهر ويحمل على ادعاء الوكالة، ولو قال بعد العقد زوجك الفضولى من غير اذن وادعته حكم بقولها مع اليمين، ولو ادعى اذنها فانكرت قبل الدخول قدم قولها مع اليمين فان نكلت حلف الزوج وثبت العقد، وبعده

الاول ويمكن ان يكونا فضوليين لقوله عَلَيْهَا (الا ان يكون الآخر قد دخل بها فان دخل فهي امرأته ونكاحه جائز) وقوله عَلَيْهَا (الاول احق بها) اى انه يستحب لها اجازة عقد الاكبر .

قال قدس الله سره : ولو زوجته الام (الى قوله) وتحمل على ادعاء الوكالة.
اقول : اختيار المصنف هنا انه لا يلزمها المهر وهو مذهب ابن ادريس وهو الحق عندي ، والقائل بلزوم المهر الشيخ وتبعه ابن البراج (واحتج) الشيخ بما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام انه سأل عن رجل زوجته امه وهو غائب، قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه (١) (واجاب المصنف) بحمل الرواية على ادعاء الوكالة ولم يثبت فانها تضمن المهر لانها قد فوتت عوض البضع على الزوجة وغرّبها بدعوى الوكالة فضمنت عوضه (وفيه نظر) لان الرواية اعم ولادلالة للعام على الخاص لان ضمان البضع بالتفويت لمباشرة الوطى مع كونه غير محرم عليها لا لغير ذلك .

قال قدس الله سره : ولو ادعى اذنه (الى قوله) الاقرب تقديم قوله لدلالة التمكين عليه .

اقول : (من حيث انها منكرة وعموم قوله عَلَيْهَا واليمين على من انكر (٢) والاقوى عندي ما هو الاقرب عند المصنف .

(١) مثل باب ٧ خبر من ابواب عقد النكاح .

(٢) مثل باب ٢٤ خبر ٣ من ابواب كيفية الحكم .

الاقرب تقديم قوله لدلالة التمكين عليه ولكل ولى ايقاع العقد مباشرة وتوكيلا فان وكل عين
له الزوج وحله جعل المشيئة اليه الاقوى ذلك ، ولو قالت الرشيدة زوجني ممن شئت لم يزوج
الا من كفو ، ولتقل المرأة او وليها لو كبل الزوج او وليه زوجت من فلان ولا تقول منك
ويقول الوكيل قبلت لفلان ، ولو قال قبلت فالاقرب الاكتفاء ولو قالت زوجت منك فقال
قبلت ونوى عن موكله لم يقع للموكل بخلاف البيع ، ويجب على الولى التزويج مع الحاجة

قال قدس الله سره : ولكل ولى ايقاع العقد (الى قوله) الاقوى ذلك.

اقول : منع الشيخ في المبسوط من ذلك وقوى انه لا بد من تعيين الزوج ولا
يصح بدونه واختيار المصنف هو الصحيح للاصل والمراد بالولى هنا الولى الاجبارى
كالب والجد .

قال قدس الله سره : ولتقل المرأة او وليها (الى قوله) ولو قال قبلت

فالاقرب الاكتفاء .

اقول : يريد بقوله او وليها ، ولى المرثة والمراد بالولى هنا من لمباشرة النكاح
عنها شرعا ، اما اجباراً او اختياراً فاراد بالولى هنا المعنى المشترك (وقيل) استعمل المشترك
في كلامه معنييه ، وما قلناه اولى لان الاشتراك المعنوى اولى من الاشتراك اللفظي والمراد
بقوله (اوزوج وليه) الولى الاجبارى خاصة والالزم التكرار (واذا تقرر ذلك فنقول)
المسألة ظاهرة (ووجه القرب) ان القبول نسبة واطافة بين المقبول والقابل فهو قبول
لايجاب تقدم والايجاب كان للزوج فينصرف القبول اليه (ويحتمل) العدم (لان) تخصيص
النسب انما هو بتخصيص المنتسب اليه فلولم يذكره لم يتخصص به ، والفرق بين النكاح
والبيع ان المقصود في النكاح خصوصية المتناكحين وفي البيع هو المال لخصوصية المتعاقدين
(ولان) البيع يتعلق بالمخاطب دون من له العقد والنكاح يتعلق بمن له العقد دون
المخاطب : ولهذا لو قال زوجها من زيد فقبل النكاح لزيد وكيه صح ولو حلف ان لا ينكح
فقبل له وكيه حث ولو قال بع من زيد فباع من وكيه لزيد لا يصح ولو حلف ان لا يشتري فاشترى
له وكيه لم يحث .

ولونسي السابق بالعقد من الوليين على اثنين (احتمل) القرعة فيؤمر من لم تقع له بالطلاق ثم يجدد من وقعت له النكاح واجبار كل منهما على الطلاق ويشكل بطلان الطلاق مع الاجبار

قال قدس الله سره : و لونسى السابق بالعقد (الى قوله) ويحتمل

فسخ الحاكم .

اقول : اذا زوج المرثه وليان لها (فاما) ان يعلم الاقتران (اولا) (فان كان الاول) فان كان الوليان اباً و جداً صح عقد الجدة كما تقدم وان كان غيرهما بطلا لا امتناع صحتهما، وصحة احدهما ترجيح بلا مرجح (وان كان الثاني) (فاما) ان يعلم سبق احدهما (اولا) (فان كان الثاني) وهو ان يجهل الامران اعنى السبق والاقتران ، قال الشيخ الطوسى فى المبسوط: بطلا (لانهما) ان اقترنا تدافعا وان ترتبا لم يمكن العلم به ولا بخصوصية السابق فيتعذر امضاء العقد فيبطل والآزم التكليف بما لا يطاق وكل عقد تعذر امضائه بطل (ولان) الاصل فى البضع الحرمة الى ان يثبت السبب المبيح ولا يمكن ثبوته هنا. والاصل جواز العقد عليها الى ان يعلم ثبوت نكاح غيره ولا يمكن فيبطل (واقول) الاقوى امرهما بالطلاق (وان كان الاول) (فاماً) ان يعلم السابق بعينه ويستمر اولاً ، فان كان الاول فلا بحث لظهوره ، وان كان الثاني فاماً ان لا يعلم بعينه (١) او يعلم وينسى (فان كان) الاول قال الشيخ ببطلانه لتعذر الامضاء والاصح عندي و عند والدى انهما يؤمران بالطلاق كما يأتى اوفسخ الحاكم او المرثه للعلم بانها زوجة مسلم لا تحل لغيره الا بالبينونة مند (وان كان الثاني) وهو المبحوث عنه فى كلام المصنف هنا، وقد ذكر المصنف فى هذه المسألة احتمالات ثلاثة (الف) القرعة لانه امر مشكل للعلم بثبوت نكاح احدهما ولا اولوية لاحدهما على الآخر والترجى الى التذكر اضرار بالمرثه (لمنع) حقوقها مدة التربص (ولان) الاصل بقاء عدم العلم، وقول الشيخ بالتوقف مزيف .

(ب) اجبار كل منهما على الطلاق لانه لا طريق الى التخلص من هذه الشبهة وتحصيل العلم الآبه اذا النكاح مبنى على الاحتياط التام والقرعة اماره تفيد ظنا ولنا الى العلم طريق فلا يجوز ان نعدل فى ما بنى على الاحتياط التام عن طريق يفيد العلم الى ما يفيد الظن ،

(ويحتمل) فسخ الحاكم ، ولو اختارت نكاح احدهما فالاقرب انه يجدد نكاحه بعد فسخ الآخر فان ابت الاختيار لم تجبر، وكذا لو ابت نكاح من وقعت له القرعة لعدم العلم بانه

واختيار واحد بعينه ترجيح بلا مرجح، والاجبار على الطلاق هنا الزام بما امر به الشارع فلا يعد في الاكراه المبطل للطلاق المنهى عنه (ج) تسلط الحاكم على الفسخ والالزام (الاضرار) بالمرثة لمنعها حقوقها، او (الطلاق) بالاجبار كما في الاحتمال الثاني وقد اجمع الاصحاب على بطلان الطلاق بالاكراه، او (البناء) في الامور الكلية المهمة شرعاً المبنية على الاحتياط التام وهو النكاح والحاق النسب وتحريم المحرمات على امارة ضعيفة مفيدة للظن وهي القرعة .

(لا يقال) انما يلزم التمسك بما يفيد الظن في الامور الكلية لو حكمنا بمجرد القرعة لكن ليس كذلك بل القرعة لترجيح من تأمره بالطلاق منهما ثم يجدد الآخر النكاح وبطلان واحد وتجديد الآخر يحصل اليقين، ولو اقتصرنا على مجرد القرعة لزم التمسك في الامور الكلية المبنية على الاحتياط التام واليقين، بامارة مفيدة للظن مختلف فيها (لانا نقول) (اماً) ان يكون المأمور بالطلاق مختاراً من غير اجبار (واماً) ان يكون بالاجبار والاكراه (فان كان الاول) فلافائدة في القرعة (وان كان) الثاني لزم المحذور لان اجبار واحد على الطلاق لا يفيد العلم لبطلان الطلاق بالاكراه بل يلزم محذور آخر فيرجع الى اصله بالابطال والى هذه المباحث اشار المصنف بقوله فيؤمر من لم يقع له الى آخره والاقرب الى العدل وتخليص الحقوق الثاني والثالث، والثالث اقرب من الاول والثاني .

قال قدس الله سره : ولو اختارت نكاح احدهما (الى قوله) الاخر .

اقول : هذا تفريع على القول بالفسخ (وتقريره) ان يقال اذا فسخ الحاكم نكاح احدهما واختارت المرثة نكاح الآخر فالكلام فيه يقع في موضعين (الف) انه هل يحتاج من اختارته الى تجديد عقد ام مجرد اختيارها وفسخ الاخر كاف (يحتمل) ضعيفاً الثاني لانه علم بثبوت عقده ولم يعلم تأخره والآخر قد بطل فالمقتضى للنكاح موجود والمعارض قد بطل (ولتصادق) الزوجين على النكاح وليس بجيد (لان) شرط صحته سبقه ولم يعلم

زوج وكذا لوجهل كيفية وقوعهما أو علم ان احدهما قبل الآخر لابعينه وعليهما النفقة الى حين الطلاق على اشكال .

لاحتمال تأخره والنكاح لابديه من اليقين (ولان) ثبوت نكاح عليها معلوم و نكاحه مشكوك فيه فلايفيد اختيار هاشيثا(واقول) الحق عندى احتياجه الى تجديد عقد(لان) مع اقتران العقدين ببطلان قطعا من غير توقف وسبقه وعدمه يتساويان فلا ترجيح لصحة عقده اصلا ، وكل عقد يتساوى طرفا امكان صحته وعدمها لا يمكن الحكم بصحته .

(ب) انه (هل) يكفى فسخ غير المختار عن فسخ المختار نكاح نفسه الاقوى ذلك (لان) المختار اما ان يكون زوجا واولا ، وعلى كلا التقديرين فلاحاجة الى الفسخ (ويحتمل) احتياجه الى الفسخ ليعلم تأثير العقد الثانى قطعا ، والا لكان مشكوكا فيه كالاول فلا فائدة فيه وهو ضعيف لانه مع فسخ غيره وتجديد عقده يثبت نكاحه على كل من طرفى النقيض لانه اما ان يكون هو الزوج اولا وعلى كل واحد من التقديرين يثبت نكاحه (واعلم) ان هذا يحسن تفريعا على تأثير اختيارها و لوفى تعيين المخاطب بالفسخ و لم يذكره المصنف .

قال قدس الله سره: وعليهما النفقة الى حين الطلاق على اشكال.

اقول: اذا علم سبق احدهما وجهل بعينه هل تجب النفقة على الزوج ام لا (يحتمل) الوجوب لوجود العقد وبذلها التمكين للزوج لكن الامتناع لعذر شرعى لامن جهتها (ويحتمل) العدم لعدم الدخول وعدم تحقق التمكين وبذله (فعلى الثانى) لانه نفقة على احد منهما وهو ظاهر (وعلى الاول) يحتمل عليهما لعدم خروج الوجوب عنهما و تخصيص احدهما ترجيح بالمرجح فكان عليهما بالتوزيع ويرد عليه استلزامه وجوب النفقة على من ليس بزواج قطعا وهو باطل و بطلان اللازم يستلزم بطلان الملزوم ، وعلى التوزيع اذا ظهر السابق لاحدهما وتعين (هل) يرجع الآخر عليه (قيل لا) لانه وجب عليه بحكم الشارع ، والاقوى الرجوع لانه انفق على زوجته بالزوجية غير متبرع (ويحتمل) القرعة لانه امر مشكل ويشكل بالزام من لم يعلم ولم يحكم بكونه زوجا فيلزم الجزم بالمعلوم

ولو امتنعا من الطلاق احتمل حبسهما عليه وفسخ الحاكم او المرأة ، وعلى كل تقدير ففى ثبوت نصف المهر اشكال ينشأ (من) انه طلاق قبل الدخول (ومن) ايقاعه بالاجبار فاشبهه فسخ العيب فان اوجبناه افتقر الى القرعة فى تعيين المستحق مع الجهل بالعلة وهو محال قطعاً وعدم النفقة اضرار وقال عَلَيْهِ السَّلَامُ لا ضرر ولا ضرار (١) وقال بعض الفقهاء (الفضلاء - نخل) الاصوليين الوجوب عليهما على الكفاية على منع الجمع (وفيه نظر) لان الواجب على الكفاية واجب على كل واحد بالاصالة ثم يسقط بفعل واحد وهذا ليس كذلك ولا يمكن وجوب شرط فعل مكلف على غيره.

قال قدس الله سره : ولو امتنعا من الطلاق احتمل حبسهما عليه وفسخ الحاكم او المرأة :

اقول : انا امتنعا من الطلاق (احتمل) حبسهما عليه لوجوبه عليهما فقد امتنعا من حق لآدمى مضيّق مع مطالبة صاحب الحق فيحبسان عليه كسائر الحقوق (ويحتمل) فسخ الحاكم لعدم جواز الاجبار على الطلاق (ويحتمل) فسخ المرثة لانه يجوز لها الفسخ بالعيب كجب الزوج لمنع بعض حقوقها وهذا فيه منع الكل (واقول) يحتمل ان يكون لكل من الزوجين الفسخ كما يفسخ الزوج ذات العيب برتق الزوجة وبالعكس ، والاولى عندي فسخ الحاكم ، لانهولى الممتنع ولانها مسألة اجتهادية وفيها اشكال والتباس فتحتاج الى نظرو اجتهاد (واعلم) ان على قول الشيخ ببطالان النكاحين عند جهل الاقتران و الترتيب او السابق ابتداء يرتفع النكاح بغير رافع ، فلو تزوجت بآخر صح ولو ظهر السابق بعده لم يفسخ ، وعلى القول بالفسخ او الطلاق انما يرتفع برفع رافع ، ولو تزوجت قبله بطل نكاحه سواء ظهر السابق اولاً.

قال قدس الله سره : و على كل تقدير ففى ثبوت نصف المهر اشكال (الى قوله) فسخ العيب.

اقول : هذا تفرع على اجبارهما على الطلاق اذ على قول الشيخ ببطالان النكاحين لامهر وكذا على تقدير فسخها او فسخ الحاكم لامهر وقوله (على كل تقدير) اشارة الى تقدير الاجبار على الطلاق او الحبس وهى ثلاثة (الف) اجبارهما فيوقعان الطلاق دفعة

(١) ثلث ١٣. خبر ٣٢ من كتاب احياء الموات وفيه على مؤمن .

عليه ، و لو ادعى كل منهما سبق وعلمها ولا يثبت فان انكرت العلم حلفت على نفيه فيسقط دعوها عنها ويبقى التداعى بينهما ولو انكرت السابق حلفت ويحكم بفساد العقدين ولا يبقى بينهما فان نكلت ردت عليهما فان حلفا معا بطل النكاحان ايضاً وان حلف احدهما ونكل الآخر حكمتنا بصحة نكاح الحالف وان اعترفت لهما دفعة احتمال الحكم بفساد العقدين ، والا قرب مطالبتها بجواب مسموع لانها اجابت بسبق كل منهما وهو محال وان اعترفت لاحدهما ثبت نكاحه على اشكال ينشأ (من) كون الخصم هو الزوج الاخر ،

(ب) ان يسبق احدهما وتختار هي الآخر (ج) ان يحبس عليه ومنشأ الاشكال ما ذكره المصنف وعلى تقدير وجوبه يشكك محله ، لانه لا يمكن ايجابه عليهما لان احدهما ليس بزواج يقينا ولا على واحد بعينه لعدم العلم بانه زوج ولو علم سبق احدهما وقلنا بوجوده فحاله كما لو علم ان لزيد عند احد هذين ديناً واشتبهه سيأتى في كتاب القضاء وعلى تقدير وقوع الطلاق باختيارهما فاشكال ايضالما ذكرنا .

قال قدس الله سره : وان اعترفت لهما دفعة (الى قوله) وهو محال .

اقول : الصحيح هو الثاني لانها اجابت بالمحال عقلا لاستلزامه اجتماع النقيضين فلا يسمع وطلبت بجواب صحيح لان كل واحد منهما ادعى عليها دعوى متوجهة ممكنة فعليها الجواب بما يمكن عقلا وهي هنا اعترفت لكل واحد منهما بما يستحيل وقوعه . وهذه المسألة مبنية على المسألة الآتية لانها اعترفت لاحدهما بل ثبت نكاحه فان ثبت كان اقرارها موجبا لثبوته فقد وقع موجب ثبوت كل واحد منهما مع موجب ثبوت الآخر فكان كالعقد لتساويهما في علة الحكم بثبوت النكاح فمن هنا نشأ الاحتمال الاول .

قال قدس الله سره : وان اعترفت لاحدهما خاصة (الى قوله) هو

الزوج الآخر .

اقول : (ومن) انه ادعى عليها حقا وقد اعترفت له به فيحكم له كما لو ادعى ، اثنان عينا في يد ثالث فصدق احدهما والاقوى عندي انه لا يسمع بالنسبة الى الآخر بل يمضى في حقها لان اقرار العاقل لا ينفذ في حق غيره و لان الفرج مبنى على الاحتياط التام والاحتراز فيه واجب .

وهل تحلف للاخرفيه اشكال ينشأ (من) وجوب غرمها للمهر المثل للثاني لو اعترفت له وعدمه ، وكذا لو ادعى زوجيتها اثنان فاعترفت لاحدهما ثم للاخر فان اوجبنا اليمين حلفت على نفى العلم فان نكلت حلف الاخر (فان قلنا) اليمين مع النكول كالبينة انتزعت من الاول للثاني لان البينة اقوى من اقرارها (وان جعلناه) اقراراً ثبت نكاح الاول وغرمت للثاني على اشكال .

قال قدس الله سره : وهل تحلف للاخرفيه اشكال (الى قوله) وعدمه.

اقول : الضابط في استحقاق الاحلاف انه كلما ثبت المدعى او ملزومه بالنكول وحده اوبه وييمين الآخر المرودة على القولين استحق الاحلاف والآفلا ، لانتفاء الفائدة (اذا عرفت) ذلك (فنقول) على تقدير الاحلاف لو نكلت لم ترد اليه قطعاً لاعترافها للاول فان اوجبنا المهر عليها لضمان البضع باتلافها استحق اليمين وان لم يتوجه لانه لم يثبت المدعى ولا ملزومه والبحث في ضمان البضع المذكور في موضعه (ولقائل ان يقول) يلزم ان لاتسمع دعواه عليها لعدم الفائدة لانها ان اقرت لم يقبل بوجه فلا فائدة في سماعها بغير بينة .

قال قدس الله سره : وكذا لو ادعى زوجيتها اثنان فاعترفت لاحدهما ثم اعترفت للاخر .

اقول : المراد انه اذا ادعى كل واحد منهما انه عقد عليها مع فرض انه عقد (١) عليها عقد واحد لا غير فكل منهما ادعى انه العاقد والمسألة الاولى فرض وقوع العقدين و التداعي في السبق ، فاختلف موضوع المسألتين ومحمولهما اذ مدعى كل منها في هذه الواقعة عقده وفي المسألة الاولى ان المقدم عقده وهو مانع للاخر ، والاشكال هنا في موضعين (الف) هل يقبل تصديقها لاحدهما ويحكم به اولا ، وقد تقدم (ب) في غرمها المهر وهو مبني على ضمان البضع للزوج وسيأتي .

قال قدس الله سره : فان اوجبنا اليمين حلفت (الى قوله) على اشكال .

أقول هذه المسألة فرع على احتمالي المسألة السابقة وهو ثبوت اليمين عليها

الباب الثالث في المحرمات

التحريم امامؤبد اولافينا مقصدان: (الاول) في التحريم المؤبدوسببه امانسب اوسبب (القسم الاول النسب): وتحرم به الام وان علت وهي كل انثى ينتهى اليهانسبه بالولادة ولوبوسايط لاب اولام^١ والبنت وهي كل من ينتهى اليك نسبها ولوبوسايط وان تزلت ، وبنات الابن وان تزلن والاخت لاب اولام^٢ اولهما وبناتها وبنات اولادها وان تزلن (تزلوا - خ) وبنات الاخ لاب كان اولام اولهما وبنات اولاده وان تزلوا والعمة لاب كانت اولام اولهما وان علت و الخالة لاب كانت اولام اولهما وان علت ولا تحرم اولاد الاعمام والاخوال .

(والضابط) انه يحرم على الرجل اصوله وفروعه وفروع اول اصوله واول فرع من كل اصل وان علا ويحرم على المرأة ما يحرم على الرجل كالأب وان علا و الولد وان تزل والاخ وابنه وابن الاخت والعم وان علا وكذا الخال ، والنسب يثبت شرعا بالنكاح الصحيح والشبهة دون الزنا لكن التحريم يتبع اللغة ولو ولد له من الزنا بنت حرمت عليه

للاخر (وتقريرها) انها اذا حلفت فانما تحلف على نفى العلم لان الفرض ان العاقد الوليان فلا تحلف على نفى فعل الغير بل انما تحلف على نفى العلم فلونكلت عن اليمين احلف المدعى فاذا حلف هل ترد^٣ اليه ام لا وذلك مبني على ان اليمين المردودة هل هي كالبينة بالنسبة الى الخصم الاخر خاصة او بالنسبة اليه والى غيره او كالأقرار فعلى الاول والثالث لاترد^٤ الزوجة الى الثاني (وعلى الثاني) ترد^٥ اليه وتحقيق هذه المسألة يأتي في كتاب القضاء (فعلى عدم الرد) هل تغرم له المهراملا، مبني على غرم المهر وهو مذکور في موضعه فان قلنا لاترد^٦ ولا تغرم لاتحلف .

الباب الثالث في المحرمات

قال قدس الله سره : التحريم امامؤبد اولا (الى قوله) النسب

اقول : (مقدمة) النسب يوجب التحريم المؤبد في غير ولد العمومة والخولة .

قال قدس الله سره : والنسب يثبت شرعا بالنكاح الصحيح (الى قوله)

من توابع النسب .

وعلى الولد وطى امه وان كان منفيا عنهما شرعا وفي تحريم النظر اشكال وكذا فى العتق والشهادة والقود وتحريم الحليلة وغيرها من توابع النسب ، ولو ولدت المطلقة لاقبل من ستة اشهر من حين الطلاق فهو للاول ولسته اشهر من وطى الثانى فهو له ولو كان لاقبل من

اقول : يريد بلفظ النكاح هنا الوطى واقسامه ثلاثة (الاول) الصحيح وهو ماملك بسبب مملك له فى نفس الامر ولو لم يعلم به وقولنا (بسبب الخ) للتعميم للتمييز وقولنا (فى نفس الامر) ليدخل من زوج جهوليه قبل كماله او وكيله بعده ولم يعلم فوطىء بقصد الزنا ولا ينتقض بالتحليل لانه اما عقد او ملك لا يخرج عنهما اجماعا (الثانى) الشبهة والمراد به هنا وطى لم يملك ولم يقترن به علم تحريمه فيدخل فيه وطى الصبي والمجنون والنائم وشبهه وجعله بعضهم فى حكم الشبهة والمكلف (١) لتوهم الحل (الثالث) الزنا وهو وطى المكلف محرمة بالاصالة مع علم التحريم (اذا عرفت ذلك) فنقول اجمع الكل على ان النسب الشرعى يثبت بالاولين ولا يثبت بالزنا شرعا لكن يثبت تحريم الوطى تبعاً للغة باجماع الامامية وهل يحرم النظر اشكال ينشأ (من) انه ولد حقيقة لغة لان الولد حيوان يتولد من نطفة آخر من نوعه من حيث هو كذلك والاصل عدم النقل والشرايط الشرعية للارث لاتدل على النقل خصوصا على قول من نفى الحقيقة الشرعية (ولان) التحريم للبعضية وهى تحصل بالتولد من نطفته سواء كان بالتحليل او التحريم (ومن) انه مع تعارض التحليل والتحريم يقدم التحريم (ولان) خطاب الشارع انما يحمل على الحقيقة الشرعية ويعارضه اصالة عدم النقل والحق تحريم النظر لاشتمال النظر على الخوف من العقاب ورفع الخوف واجب واما فى العتق فسأتى واما الشهادة والقود وتحريم الحليلة وغير ذلك من توابع النسب فممنشأه (من) ان لفظ الابن مثلا هل نقله الشارع او لا لكن عدم تحريم نكاح الام شرط فى الارث (يحتمل) الاول لاشتراطهم اياه فى احوق النسب (ومن) اصالة عدم النقل والمجاز اولى منه والاصح عندى انه لا يلحقه شىء من الاحكام غير التحريم اى تحريم من يحرم على الانسان نكاحه من جهة النسب وكذلك النظر اليهن ، اما تحريم النكاح فثبتت النسب حقيقة لغة ، واما النظر لان الاصل تحريم النظر

سنة اشهر من وطى الثاني ولاكثر من اقصى مدة الحمل من وطى الاول انتفى عنهما ، ولو كان لسنة اشهر من وطى الثاني ولاقل من اقصى المدة من وطى الاول (قيل) (يعمل-خ) بالقرعة والاقرب انه للثاني واللبن تابع ولونفى الولد باللعان تبعه اللبن فان اقر به بعده عاد نسبه ولايرث هو الولد .

(القسم الثاني السبب) ويحرم منه بالرضاع والمصاهرة والتزويج والزنا و

شبهه واللعان والقذف فهنا فصول.

(الفصل الاول الرضاع) ويحرم به ما يحرم بالنسب فالأم من الرضاع محرمة

ولا تختص الام بمرضة الطفل بل كل امرأة ارضعتك او رجعتك نسب من ارضعتك او صاحب

الى سائر النساء الا الى من يثبت النسب الشرعى الموجب للتحليل بينهما ولم يثبت و الاصل بقاء ما كان على ما كان .

قال قدس الله سره : ولو كان لسنة اشهر (الى قوله) والاقرب انه للثاني .

اقول : وجه القرب انها فراش للثاني حقيقة (ولان) صدق المشتق على من وجد

فيه معنى المشتق منه حاله اولى ممن سبق مع التعارض و سيأتى البحث فى ذلك فى الحاق الاولاد .

قال قدس الله سره : (القسم الثاني السبب (الى قوله) الاول الرضاع .

اقول : (مقدمة) ثبت تحريم النكاح بالرضاع بالقرآن والسنة والاجماع قال الله

تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة (١) فقبل بدالاتها على

ما حرمه النسب لان تسميتها به امماً واختافيه تنبيه على تسمية صاحب اللبن ابا واخاً ويترد

فى الباقي (ويشكل بانه مجاز لقوله تعالى : ان امهاتهم الا اللاتي ولدنهم (٢) والمجاز

لا يترد كمتناع نخلة (نجله-خل) لغير الانسان (٣) وقول النبى ﷺ يحرم من الرضاع

ما يحرم من الولادة (٤) وقال فى رواية اخرى ان الله حرم من الرضاع ما حرم من النسب (٥)

(١) النساء ٢٣ (٢) المجادلة ٢- (٣) هكذا فى النسخ

(٤) سنن ابى داود (٢ج) باب ما يحرم من الرضاعة .

(٥) تل ٦ خبر ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع

اللبن اليها او ارضعت من يرجع نسبك اليه من ذكر او انثى فهي امك فاخت المرضعة خالتك واخوها خالك وكذا ساير احكام النسب ولو امتزجت اخت رضاع او نسب باهل قرية جازان ينكح واحدة منهن ولو اشتبهت بمحصور العدد عادة حرم الجميع وثبت بالرضاع المحرمية كالنسب، فللرجل ان يخلو بامه واخته وبنته وغيرهن بالرضاع كالنسب ولا يتعلق به التوارث واستحقاق النفقة وفي العتق قولان والنظر في الرضاع يتعلق باركانه وشروطه واحكامه .

المطلب الاول في اركانه وهي ثلاثة

(الاول) المرضعة وهي كل امرأة حية حامل عن نكاح صحيح او شبهة فلاحكم

فدل على تساوى تحريم النسب وتحريم الرضاع والاصح ان تحريم البنت منه بالتنبيه بالادنى وهو الاخت على الاعلى واجماع الامة واقع على التحريم بالرضاع بشرائطه .

قال قدس الله سره : ولا يتعلق به التوارث (الى قوله) وفي العتق قولان:

اقول : لاشك ان (من احكام) النسب ما لا يثبت بالرضاع بالاجماع كالتوارث واستحقاق النفقة والولاية والحضانة وتحمل العقل وسقوط القود والمنع من الشهادة (ومنها) ما يثبت اجماعا وهو المحرمية والتحريم (ومنها) ما اختلف فيه وهو العتق بالملك وسيأتي وقد سمى الله تعالى بالام ثلاثة اصناف من النساء (الوالدة) وتستوعب جميع احكام النسب (والمرضعة) وهي مقصورة على التحريم والمحرمية وعلى رأى العتق (وازواج الرسول) صلى الله عليه وآله وسلم ويشاركهما في التحريم اجماعا وفي المحرمية قولان الامامية على عدم المحرمية لقوله تعالى **ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى** (١) ولما ورد في خبر ابن ام مكتوم وقد تقدم ، وقال قوم من الجمهور بثبوت المحرمية لقوله تعالى **وازواجه امهاتهم** (٢) والمساوات انما ثبتت حقيقة مع التساوى في جميع الاحكام الممكنة والاصل في الاطلاق الحقيقية (والجواب) المساوات في جميع الاحكام محال فلا يدل على المطلوب لانتفاء العموم بل المراد التعظيم والاجلال والتكرمة .

اللبن البهيمية فلو ارتضعا من لبنها لم يحرم احدهما على الآخر ولا الرجل ولا الميتة وان ارتضع واكمل حال الموت باليسير، ولودر لبن امرأة من غير نكاح لم ينش حرمة سواء كانت بكرًا او ذات بعل صغيرة او كبيرة ولا يشترط وضع الحمل بل كون اللبن عن الحمل بالنكاح، ولو ارتضعت من لبن الزنا لم ينش حرمة، اما الشبهة فكالصحيح على الاقوى، ولا يشترط اذن المولى في الرضاع ولا الزوج ولو طلق الزوج وهي حامل منه او مرضع فارضعت من لبنه وولد أنش حرمة كما لو كانت تحته، ولو تزوجت بغيره، ودخل الثاني وحملت ولم يخرج الحولان وارضعت من لبن الاول نشر الحرمة من الاول، اما لو انقطع ثم عاد في وقت يمكن ان يكون للثاني فهو له دون الاول ولو اتصل حتى تضع من الثاني كان ما قبل الوضع للاول وما بعده للثاني، وتستحب ان تسترضع العاقلة المؤمنة العفيفة الوضيئة ولا تسترضع الكافرة فان اضطر استرضع الكتابية ومنعها من شرب الخمر واكل لحم الخنزير، ويكره ان يسلمه اليها لتحمله الى منزلها، واسترضاع من ولادتها عن زنا (وروى) اباحة الامة منه ليطيب اللبن، واسترضاع ولد الزنا ويتأكد الكراهية في المجوسية (الركن الثاني) اللبن

قال قدس الله سره : ولو ارتضعت من لبن الزنا (الى قوله) على الاقوى.

اقول: هذا قول الشيخ في المبسوط واكثر الاصحاب وقال ابن ادريس لبن الشبهة لا ينش حرمة ثم بعد ذلك بلا فصل قوى التحريم، ثم قال لى فى ذلك نظر وتأمل فقد تردد والحق الاول لعموم الخبرين المتقدمين .

قال قدس الله سره : وروى اباحة الامة منه لتطيب اللبن .

اقول : هذه الرواية رواها ، محمد بن يعقوب الكليني فى كتابه ، عن ثقات ، عن محمد بن مسلم ، عن ابي عبد الله عليه السلام : فى امرأة يكون لها خادم قد فجرت فيحتاج الى لبنها قال مرها فلتحللها ليطيب اللبن (١) ومثلها رواها البرزطى فى كتابه الجامع عن اسحاق بن عمار ، عن ابي عبد الله عليه السلام : قال سألته غلام لى وثب على جارية فاحبلها فولدت واحتجنا الى لبنها فان احللت لهما ما صنعنا يطيّب لبنها قال نعم (٢)

(١) ثلث ٣٩ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) ثلث ٧٤ خبر ٥ من ابواب احكام الاولاد .

ويشترط وصول عينه خالصا الى المحل من الثدي فلواحتلب ثم وجرفى حلقه او اوصل الى جوفه بحقنة او سعوط او تقطير في احليل او جراحة او جبن له (١) فاكله او القى في فم الصبي ما يع يمتزج باللبن حال ارتضاعه حتى يخرج من مسمى اللبن لم ينش حرمة (الركن الثالث) المحل وهو معدة الصبي حتى فلا اعتبار بالايصال الى معدة الميت فلو وجربن الفحل في معدته لم يصر ابنا ولا زوجته حليلة ابن ولا بالايصال الى جوف الكبير بعد الحولين .

المطلب الثاني في شرايطه

وهي ثلاثة (الاول) الكمية ويعتبر التقدير بامور ثلاثة (اما) ما انبت اللحم وشد العظم (او) ارضاع يوم وليلة (او) خمس عشرة رضعة، وفي العشر قولان ، ولا حكم لمادون قال قدس الله سره: ويعتبر التقدير باحد امور ثلاثة (الى قوله) وفي العشر قولان .

اقول : المصنف اختار في المختلف اختيار المفيد وهو التحريم بالعشر وهو اختيار سائر وابن البراج وابي الصلاح وابن حمزة وابن أبي عقيل وقال الشيخ في النهاية و المبسوط وكتايب الاخبار لا يحرم اقل من خمسة عشر رضعة وكلا القولين لابن ادریس (احتج المصنف) في المختلف بقوله تعالى **وامها تكم الاثلاثي ارضعنكم (٢)** وهو يصدق على القليل والكثير ثم خص بما روى الفضيل بن يسار في الصحيح عن الباقر **عليه السلام** قال لا يحرم من الرضاع الا المخبور، قال الفضيل قلت وما المخبور قال ام تربى او ظئر تستأجر او امة تشتري ثم ترضع عشر رضعات يروى الصبي وينام (٣) واوردان في طريقهما محمد ابن سنان وفيه قول (قلنا) ذكر شيخنا والدى المصنف في كتاب الرجال رجحان العمل بروايته (ولان) العشر ينبت اللحم و كل رضاع انبت اللحم فهو محرم فالعشر محرمة (اما الصغرى) فلما رواه عبيد بن زرارة في الصحيح عن الصادق عليه السلام الى

(١) تجبن اللبن ما رجينا و الجين بشقيل الزهر الجين الذي يؤكل اقرب الموارد.

(٢) النساء ٢٧ (٣) ثلث ب ٢ تجبن ١١ عن ابواب ما يحرم من الرضاع

العشر ويشترط كمالية الرضعات وتواليها والارتضاع من الثدي فلو ارتضع رضة ناقصة لم يحاسب من العدد والمرجع في كمالية الرضة الى العرف (وقيل) ان يروى ويصدر من قبل نفسه فلو لفظ الثدي ثم عاوده فان كان قد اعرض اولاً فهي رضة وان كان للتغيب او الالتفات الى ملاعب او الانتقال الى ثدى آخر كان الجميع رضة ولو منع قبل استكمالها لم يحاسب ، ولو لم يحصل التوالى لم ينشر كما لو ارضعت امرأة خمساً كاملة ثم ارتضع من اخرى ثم اكمل من الاولى العدد لم ينشرو بطل حكم الاول وان اتحد الفحل و لو تناوب عليه عدة نساء لم ينشر ما لم يكمل من واحدة خمس عشرة رضة كاملة ولاء ، ولو ارتضع من كل واحدة خمس عشرة رضة كاملة متواليه حرمن كلهن ولا يشترط عدم تخلل المأكول والمشروب بين الرضعات بل عدم تخلل الرضاع وان كان اقل من رضة (الثاني)

قوله قال قلت : وما الذى ينبت اللحم والدم فقال كان يقال : عشر رضعات (١) (واما الكبرى) فباجماع المسلمين (احتج) الشيخ بما رواه زياد بن سوقة قال قلت لابي- جعفر عليه السلام ، هل للرضاع حد يؤخذ به فقال لا يحرم من الرضاع اقل من رضاع يوم وليلة او خمسة عشر رضعات متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يقصل بينهما رضاع امرأة غيرها (٢) و الجواب اذا تعارض التحريم والتحليل قدم التحريم والاصح عندي التحريم بمجرد العشر (تنبيهه) لا يعتبر في اليوم والليلة عدد معين بل المعتبر ارضاعاً وروياً في طول هذه المدة .

قال قدس الله سره : والمرجع في كمالية الرضة (الى قوله) من قبل نفسه .
اقول : ضبط الشارع الرضاع المحرم بثلاثة انواع (الف) الاثر و هو ما انبت اللحم وشدا العظم (ب) الزمان وهو يوم وليلة (ج) العدد وفيه الخلاف المتقدم وكل واحد من هذه سبب تام فايها تحقق لم يعتبر الاخر . ثم ذكر للعدد ثلاثة شرائط (الف) ان يكون كل رضة من الثدي (ب) ان يكون العدد متواليا (ج) ان يكون كل رضة كاملة لاقصة و المرجع في كمالها الى العرف (وقيل) ان يروى ويصدر عن رى وهو الاقوى والقولان للشيخ ولا اختلاف في المعنى .

(١) ثلث ٢ خبر ١٩ من ابواب ما يحرم بالرضاع

(٢) ثلث ٢ خبر ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع

ان يكون الرضاع في الحولين وان كان بعد فطامه و يعتبر في المرتضع اجماعا دون ولد المرضعة على الاقوى ، ولو اكمل الاخيرة بعد الحولين لم ينشر وينشروا تمت مع تمام الحولين (الثالث) اتحاد الفحل وهو صاحب اللبن فلو تعدد لم ينشر كما لو ارضعت بلبن فحل صيا وبلبن آخر صبية لم تحرم الصبية على الصبي ولو ارضعت بلبن فحل واحدا حرم بعضهم على بعض ولو ارضعت منكوحاته وان كن مائة صغارا كل واحدة واحدا حرم بعضهم

قال قدس الله سره : ويعتبر في المرتضع اجماعا دون ولد المرضعة على الاقوى .

اقول : اشترط كون في الحولين بالنسبة الى المرتضع باجماع الامة اي لو ارضعت بعدان كمل له حولان لم ينشر الحرمة لقوله تعالى حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة (١) وقال النبي (ص) لارضاع بعد فصال (٢) والفصال هو الحولان لقوله تعالى وفصاله في عامين (٣) واما بالنسبة الى ولدا المرضعة وهو الذي حصل اللبن من ولادته ففي اشراطه خلاف اي يكون حصول اللبن بعد ولادته وقبل انتهاء الحولين فلوارضعت مرتضع بعد هذا هل ينشر حرمة ام لا قال ابو الصلاح لا ينشر حرمة فانه جعل من شرائط الرضاع ان يكون الرضاع والمرتضع من لبنه ينقص سنهما عن حولين واختاره ابن زهرة وابن حمزة وقال ابن ادريس ينشر الحرمة ولا يشترط نقص سن ولد المرضعة عن سنتين و شرط الشيخان ان يكون في الحولين ولم يتعرضا لولدا المرضعة الذي ارضعت من لبنه ولا للمرتضع وكذا قال اكثر علمائنا (احتج) ابو الصلاح ، بقوله تعالى لمن اراد ان يتم الرضاعة (٤) فدل على ان ما خرج عن ذلك ليس بمعتبر ولا يسمى رضاعا شرعيا ، ولقوله ^{تعالى} لارضاع بعد فطام (٥) وهو عام شامل لهما معا (واحتج) ابن ادريس بعموم الآية وتوقف والدى المصنف في المختلف لقوة حجتي ابن ادريس وابى الصلاح (قالوا) الاحتياط يغلب التحريم اذا تعارض هو والتحليل ، والاقوى عندي اختيار ابن ادريس .

(١-٤) البقرة ٢٣٣ (٢) (٥) ثل ب ٥ خبر ١-٢-٥-٩-١٢ من ابواب

ما يحرم بالرضاع وفيها بعد فطام (٣) لقمان ١٣-

على بعض ، و لو ارتضع خمساً من لبن فحل ثم اعتاض بالغذاء وفا رقت و نكحت آخر فأكملت العدد من لبن الثاني و لم يتخلل رضاع اخرى لم يصراً ولم تحرم هي ولا اولادها عليه .

المطلب الثالث في الاحكام

اذا حصل الرضاع بشرايطه نشر الحرمة ولو شككنا في العدد فلا تحريم ولو شككنا في وقوعه بعد الحولين تقابل اصلاً البقاء والاباحة لكن الثاني ارجح، ولو كان له خمس عشرة مستولدة فارضته كل واحدة رضعة لم تحرم المرضعات ولا الفحل للفصل ولا يصير اباً ولا المرضعات امهات ولو كان بدلهن خمس عشرة بنتاً لم يكن الاب جداً.

والاصول في التحريم ثلاثة : المرضع والمرضعة والفحل فيحرم المرضع عليهما وبالعكس وتصير المرضعة امماً، والفحل اباً وآبائهما اجداداً وامهاتهما جدات واولادهما اخوة واخوات واخوتها اخوالا واعماما فكما حرمت المرضعة على المرضع حرمت عليه امهاتها واخواتها وبناتها من النسب وكذا اولاد الرضيع احفاد المرضعة وكل من ينسب الى الفحل من الاولاد ولادة ورضاعاً يحرمون على المرضع وبالعكس ولا يحرم عليه من ينسب الى المرضعة بالبنوة رضاعاً من غير لبن هذا الفحل بل (يحرم - خ)

قال قدس الله سره : ولو شككنا في وقوعه بعد الحولين تقابل اصلاً البقاء والاباحة لكن الثاني ارجح .

اقول : الرجحان لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء (١) وهو عام خرج منه ما علم انه قبل انتهاء الحولين فيبقى الباقي على الاصل (ولان) اصل الاباحة متحقق قبل الرضاع والشك حصل في حصول السبب المحرم (لان) مطلق الرضاع ليس بمحرم بل يشترط كونه في الحولين و الاصل عدمه (ولان) الاصل البقاء كما هو متحقق في الحولين فهو متحقق في اباحة النكاح ومع تعارض اصل بقاء اباحة النكاح واصل بقاء الحولين ترجح الاباحة للعلم بثبوتها بعموم الآية ولم يحصل علم بثبوت السبب المحرم في زمان اصلاً الاقوى عندي ما هو الا ارجح عند المصنف .

كل من ينسب إليها بالولادة وان نزل، ولا تحرم المرضعة على اب المرتضع ولا على اخيه. ويحرم اولاد الفحل ولادة ورضاعا واولاد زوجته المرضعة ولادة لارضاعا على اب المرتضع على رأى ، ولاولاد هذا الاب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح فى اولاد

قال قدس الله سره : يحرم اولاد الفحل (الى قوله) على رأى :

اقول : الخلاف هنا فى اخوة الولد من الرضاع فكل موضع يتحقق فيه الاخوة تحقق فيه ولما كان نسبة اولاد الفحل بالولادة والرضاع اليه موجبة لـ اخوة الولد (اما الولادة فظاهر) (واما الرضاع) فلا تحاد اللبن وهو السبب فى تحقق الاخوة كان الخلاف فيه (واما اولاد المرضعة) فنسبة الولادة موجبة لتحقق الاخوة فكان محل الخلاف ايضا (واما الرضاع) وحده اذا لم يكن من لبن الفحل لم يوجب الاخوة فلم يحرم اجماعا : اذا تقرر ذلك (فنقول) ذهب الشيخ فى المبسوط الى عدم تحريم اولاد الفحل واولاد المرضعة على اب المرتضع لانهن اخوات ابنه وانما يحرم من بالمصاهرة لا بالنسب والنص جاء على تحريم ما يحرم بالنسب واختيار والذى هنا هو مذهب ابن ادريس وهو التحريم المذكور هنا : لما رواه على بن مهزيار فى الصحيح ، قال سأل عيسى بن جعفر ابا جعفر الثانى عليه السلام عن امرأة ارضعت لى صبياً هل يحل لى ان أتزوج بنت زوجها : فقال لى ما جود ما سألت من هيئنا تؤتى ان يقول الناس حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل وهذا هو لبن الفحل لا غيره فقلت له ان الجارية ليست بنت المرثة التى ارضعت لى هى بنت زوجها فقال: لو كن عشرأ متفرقات ما حل لك شىء منهن وكن فى موضع بناتك (١) فقد حكم عليه السلام هنا بتحريم اخت الابن من الرضاع وجعلها فى منزلة البنت والبنت تحرم بالنسب فكذا من ينزل منزلتها، قال والذى فى المختلف لولا هذه الرواية لقلت بمقالة الشيخ لقوتها (وانا قول) روى ابن ابى يعفور فى الصحيح عن عبدالله بن جعفر قال كتبت الى ابى محمد عليه السلام ان امرأة ارضعت ولد الرجل هل يحل لذلك الرجل ان يتزوج ابنة هذه المرضعة ام لا فوقع عليه السلام لاحتل له (٢) فهذه الرواية تدل على التحريم وهى صحيحة فيجب العمل بها .

قال قدس الله سره : و لاولاد هذا الاب (الى قوله) ولادة ورضاعا

(١) ثلث ٦ خبر ١٠ من ابواب ما يحرم بالرضاع

(٢) ثلث ١٦ خبر ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع .

المرضعة واولاد فحلها ولادة ورضاعا على رأى ، ولاخوة المرضع نكاح اخوة المرضع الآخر اذا تغاير الاب و ان اتحد اللبن ، وكما يمنع الرضاع النكاح سابقا كذا يبطلد لاحقا فلوارضعت امه او من يحرم النكاح بارضاعه كاخته وزوجة أبيه من لبن الاب زوجته فسد النكاح و عليه نصف المهر و لولم يسم فالتمتع و يرجع به على المرضعة ان تولت الارضاع وقصدت الافساد وان انفردت المرضعة به بان سعت وامتصت من ثديها من غير شعور المرضعة سقط المهر .

ولو ارضعت كبيرة الزوجتين صغيرتهما حرمتا ابدأ مع الدخول بالكبيرة والآ الكبيرة، وللكبيرة المهر مع الدخول والا فلا وللصغيرة النصف او الجميع على اشكال و

على رأى .

اقول : ما اختاره هنا مذهب ابن ادريس وهو الاقوى عندي خلافا للشيخ (لنا) ان اخ الاخ اذا لم يكن اخا يحل من النسب فكيف لا يحل من الرضاع وهو تابع (احتج) الشيخ بمارواه ايوب بن نوح فى الصحيح قال كتب على بن شبيب الى ابي الحسن عليه السلام امرأة ارضعت بعض ولدى هل يجوز لى ان أتزوج بعض ولدها فكتب لا يجوز ذلك لان ولدها صارت بمنزلة ولدك (١) وهذا التعليل يعطى صيرورة ولدها اخوة لاولاده فتشر الحرمة .
قال قدس الله سره : ولو ارضعت كبيرة الزوجتين صغيرتهما (الى قوله) او الجميع على اشكال .

اقول : اذا ارضعت كبيرة زوجتيه صغيرتهما بلبن غيره الرضاع المعتبر ، فالكلام فى اباحات ثلاثة (الف) فسخ النكاح واجمعت الامامية على فسخ نكاحهما لثبوت الامية والبنية مع الاستحالة تقدم احدى الاضافتين على الاخرى ضرورة فيصير جامعا بين الام و بنتها فى النكاح فينفسخ (ب) التحريم المؤبد (فنقول) تحرم الكبرى مؤبداً دخل بها اولا لانها ام زوجته وهى تحرم بنفس العقد ، واما الصغرى فيعتبر تحريمها بحال الكبرى فان كان قد دخل بالكبرى حرمت الصغرى مؤبداً والا فانفسخ نكاحها من غير تحريم مؤبد لانها من ربائبه والربائب انما يحرم بالدخول بالامهات (ج) الكلام فى المهر (فاما

(١) ثلث ١٦ خبر ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع .

يرجع به على الكبيرة مع التفرد بالارضاع ولو ارضعت الكبيرة الصغار حرمن جمع ان دخل بالكبيرة والآ الكبيرة ، ولو ارضعت الصغيرة زوجته على التعاقب فالاقرب تحريم الجميع لان الاخيرة صارت ام من كانت زوجته ان كان قد دخل باحدى الكبيرتين والآ حرمت الكبيرتان مؤبداً و انفسخ عقد الصغيرة ولا فرق بين الرضاع قبل الطلاق لهما او

الكبيرة) فان كان قد دخل بها استحقت المهر كله لاستقراره بالدخول والآ فلا شيء لان الفسخ من جهتها كالردة (واما الصغيرة) ففي ثبوت كل المهر او نصفه لها اشكال ينشأ (من) انه فسخ قبل الدخول من غيرها فاشبهه الطلاق (ومن) ان العقد موجب للمهر والاصل البقاء و موجب التشطير الطلاق ولم يوجد وغيره لم يثبت سببته (واعلم) ان مبنى هذه المسألة على ان المهر ، هل يجب كله بالعقد و يتشطر بالطلاق او يستقر النصف بالعقد والنصف الآخر بالدخول او الموت خلاف يأتي تحقيقه (فعلى الاول) يجب جميع المهر (وعلى الثاني) يجب نصفه (و من) ان الفسخ من جهة المرثة قبل الدخول هل يستقر بشطر كالطلاق (اولا-خ) .

قال قدس الله سره : ولو ارضعت الصغيرة زوجته (الى قوله) الكبيرتين

اقول : تحرم المرضة الاولى والصغيرة مع الدخول باحدى الكبيرتين بالاجماع واما المرضة الاخيرة ففي تحريمها خلاف ، واختار والدى المصنف ، و ابن ادریس تحريمها لان هذه يصدق عليها انها ام زوجته لانه لا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه فكذا هنا (ولان) عنوان الموضوع لا يشترط صدقه حال الحكم بل لو صدق قبله كفى فيدخل تحت قوله تعالى **و امهات نساكنكم (١)** (ولمساوات) الرضاع النسب وهو يحرم سابقا ولاحقا فكذا مساويه ، وقال الشيخ في النهاية وابن الجنيد لا يحرم : لما رواه على بن مهزيار عن ابي جعفر عليه السلام قال قيل له ان رجلا تزوج بجارية صغيرة فارضعتها امرأته ثم ارضعتها امرأة اخرى الى قوله فقال عليه السلام حرمت عليه الجارية وامرأته التي ارضعتها اولاً واما الاخيرة فلم تحرم عليه (٢) (والجواب) المنع من صحة سند الرواية .

لاحديهما اوبعده وينفسخ نكاح الجميع للجمع والمؤبد على ما فصل .
ولو ارضعت امته الموطوثة زوجته حرمتا و عليه المهر او نصفه ولا رجوع الا ان
تكون مكاتبه ولو كانت موطوثة بالعقد تبعت به على اشكال (ويحتمل) قويا عدم التحريم
بالمصاهرة فلاب المرتضع النكاح في اولاد صاحب اللبن وان يتزوج بام المرضعة نسبا
وباخت زوجته من الرضاع وان ينكح الاخ من الرضاع ام اخيه نسبا بالعكس ، والحرمة
التي انتشرت من المرتضع الى المرضعة و فحلها بمعنى انه صار كابن النسب لهما والتي
انتشرت منهما اليه موقوفة عليه وعلى نسله دون من هو في طبقته من اخوته واخواته او اعلى
منه كآبائه وامهاته ، فللفحل نكاح ام المرتضع واخته وجدته .

قال قدس الله سره : ولو ارضعت امته الموطوثة (الى قوله) تبعت به

على اشكال .

اقول : منشأه (من) انه هل يضمن منفعة البضع بالتفويت للزوج كفسخ نكاحه ولا
يقبل) نعم لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا جئكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن
الى قوله وآتوهن ما انفقوا (١) واراد بذلك المهر (ولانه) جنائية ظلما على
ماله قيمة شرعا وكل ما كان كذلك فهو مضمون (ومن) ان منفعة البضع لا تضمن الا بالوطى
الغير المحرم عليها ظاهرا لان الاصل براءة الذمة وهو ليس بمال ولا جنائية على طرف ،
والاقوى الضمان لانه وجب المهر عليه مع اتلاف عوضه فيضمنه .

قال قدس الله سره : ويحتمل قويا عدم التحريم بالمصاهرة .

اقول : وجه القوة عموم قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء (٢) خص
بادلة الرضاع وهي من الكتاب والسنة والاجماع كما تقدم والمصاهرة ليست من النسب
فلا دلالة على تحريمها بالرضاع والقول من غير دليل تحكّم (ووجه التحريم) الرواية المتقدمة
وتعليل التحريم بتنزيل اخوة الابن منزلة اولاده فتنزّل امهم منزلة زوجته وامها بمنزلة
ام اولاده من النسب لتلازم الاضافات .

فروع

(الف) لو زوج أم ولد بعد اوبحر ثم أرضعته من لبنه حرمت عليها (ب) لو فسخت نكاح الصغير لعيبا ولعتقها ثم تزوجت وأرضعته بلبن الثاني حرمت عليهما وكذا لو تزوجت بالكبير أو لا ثم طلقها ثم تزوجت بالصغير ثم أرضعته من لبنه .

(ج) لو أرضعت زوجته الكبيرة زوجته الصغيرة بلبن غيره دفعة بان أعطت كل واحدة ثديا من الرضعة الأخيرة انفسخ عقد الجميع وحرمت الكبيرة مؤبداً والصغيرتان ان كان قد دخل بالكبيرة فان أرضعت زوجة ثالثة حرمت مؤبداً ان كان قد دخل بالكبيرة والأبقيت زوجة من غيرفسخ ولو أرضعت واحدة ثم الباقيتين دفعة حرمن جمع ان كان قد دخل بالكبيرة والأفسد نكاح الصغار وله العقد على من شاء ولو أرضعتهم على التعاقب فان كان قد دخل حرمن مؤبداً وان لم يكن دخل انفسخ نكاح الأولى دون الثانية لان الكبرى قد بانت فلم يكن جامعاً بينها وبين بنتها، فاذا أرضعت الثالثة احتمل فساد نكاحها خاصة (لان) الجمع بين الاختين تم بها فاختصت بالفساد كما لو تزوج باخت امرأته ، وفساد نكاحها مع الثانية (لان) عند كمال رضاعها صارتا اختين فانفسخ نكاحهما كما لو كان ارضاعهما دفعة .

(د) لو أرضعت امته زوجته بلبن غيره حرمت الامة مؤبداً ولم يزل ملكها وكذا الزوجة ان كان قد وطئ الامة والأفهي على الزوجية من غيرفسخ ولا تحريم .

(هـ) لو أرضعت ثلاث بنات زوجته ثلاث زوجاته كل واحدة زوجة دفعة حرمن جمع ان كان قد دخل بالكبيرة والآ الكبيرة وانفسخ عقد الصغار وله تجديده جمعا لانهن بنات خالات ولكل صغيرة نصف مهرها ويرجع به الزوج على مرضعتها وللكبيرة المهر ويرجع به على البنات بالسوية ، ولو أرضعتن بانفسهن بالاستقلال فلا ضمان وفي تضمن الصغار مهر الكبيرة نظراً ، ولو أرضعتن على التعاقب تعلق بالأولى مهر الكبيرة او نصفه

قال قدس الله سره : لو أرضعت ثلاث بنات زوجته ثلاثة زوجاته (الي قوله) وفي تضمن الصغار مهر الكبيرة نظراً .

اقول : هذه المسألة مبنية على تضمن منفعة البضع (فان قلنا) بعدهم فلا ضمان

ونصف الصغيرة وعلى كل من الباقيتين نصف مهر من ارضعتها مع الدخول والافلا رجوع لبقاء النكاح بحاله فان نكاح الكبيرة فنزال قبل الارضاع فلا جمع .

(و) لو ارضعت ام الكبيرة او جدتها او اختها على اشكال فيهما الصغيرة ولم يدخل انفسخ النكاح لان المرضعة ان كانت الام فالكبيرة اخت وان كانت الاخت فخالة وان كانت الجدة فالصغيرة خالة .

(ز) لو تزوج كل من الاثنين زوجة صاحبه ثم ارضعت احديهما الاخرى حرمت الكبيرة عليهما مؤبداً والصغيرة على من دخل بالكبيرة وكذا لو تزوجتا بواحد ثم بأخر .
(ح) لو ارضعت جدة الصغيرين احدهما انفسخ النكاح لان المرضع ان كان هو الزوج فهو اما عم زوجته او خال وان كانت الزوجة فهي عمه او خالة لزوجها (ط) لو ارضعت من لبن الزوج بعد موته نشر الحرمة الى اقاربه .

(ي) لا تحرم ام المرضعة من الرضاع على المرضع ولا اختها منه ولا عمته منه ولا خالتها ولا بنات اختها ولا بنات اخيها وان حرمن بالنسب لعدم اتحاد الفحل ولو ارضعت ذات الابن ذات الاخت لم تحرم الاخت على الابن .

(يا) حرمة الرضاع تنشر الى المحرمات بالمصاهرة فليس للرجل نكاح حلائل آباءه من الرضاع ولا حلائل ابناؤه منه ولا امهات نسائه ولا بناتهن منه .

هنا (وان قلنا) بالضمان فيه هنا نظرينشاً (من) عدم القصد وعبارة الاصحاب تؤمى الى اشتراطه (ومن) حيث انه اتلاف للبضع والحق عندى الضمان هناكما تقدم لانه اتلاف للمهر فيتعلق بمال الصغيرة بالنص .

قال قدس الله سره : لو ارضعت ام الكبيرة او جدتها او اختها على اشكال فيهما (الى قوله) فالصغيرة خالة .

اقول : ينشأ (من) قوله لا ينكح المرثة على عمته ولا على خالتها (١) وهى عامة (ومن) ان هذه النسبة ليست علة في التحريم بانفرادها بل مع عدم اذن العمه والخالة ولا يعتبر هنا لان هذه النسبة تجددت بعد لزوم العقد فلا يتحقق ادخال بنت الاخ والاخت على العمه والخالة والاصل بقاء الاباحة .

(يب) لو ارضعت من يفسد النكاح بارضاعه جاهلة بالزوجية اوللخوف عليها من التالف ولم تقصد الافساد وقلنا بالتضمن فيه (هنا-خ) اشكال ينشأ (من) كون الارضاع سببا فاذا كان مباحا لم يوجب الضمان كحفر البئر في ملكه .

(بيج) لو سعت الزوجة الصغيرة فارضعت من الزوجة الكبيرة وهي نائمة رجعت في مال الصغيرة بمهر الكبيرة او بنصفه على اشكال فان ارضعتها عشر رضعات ثم نامت فارضعت خمسا احتمل الحوالة بالتحريم على الاخيرة فالحكم كما لو كانت نائمة في الجميع،

قال قدس الله سره : ولو ارضعت من يفسد النكاح (الى قوله) كحفر البئر في ملكه .

اقول : الاقوى الضمان على تقدير ضمان البضع لانه اتلاف ما يضمن لالمصلحة من اتلف عليه فيوجب الضمان كسائر الاتلافات (ويحتمل) عدم الضمان (لما) ذكره المصنف (ولانه) احسان الى الغير مجرد اعز: قصد الضرر فيدخل تحت قوله تعالى ما على المحسنين من سبيل (١) ولا يشابه هذا الضمان ضمان الاموال المحضة التي لا يعتبر فيها القصد (لان) منافع البضع قد لا تضمن مع مباشرة الاتلاف لها كالزنا (ولان) ظاهر كلام الاصحاب يلوح منه اعتبار القصد هنا .

قال قدس الله سره : لو سعت الزوجة الصغيرة (الى قوله) او بنصفه على اشكال .

اقول : اما ان يكون الارضاع بعد الدخول او قبله فان كان بعد الدخول فلا اشكال في الضمان وعدمه يبني على المسألتين السابقتين وهما ان البضع هل يضمن اولا، والثانية ان قلنا بضمانه هل يشترط فيه قصد افساد النكاح اولا، وقد تقدمتا ويكون الواجب على تقدير الضمان كل المهر لانه الذي يغرمه وان كان قبل الدخول فلا اشكال في موضعين (احدهما) اصل الضمان وقد تقرر (وثانيهما) في كميته انه هل يضمن الكل او النصف وقد تقدم .

قال قدس الله سره : فان ارضعتها عشر رضعات (الى قوله) وبعده اشكال

والتقسيم فيسقط ثلث مهر الرضیعة بسبب فعلها ونصف المهر لوجود الفرقة قبل الدخول ويسقط ثلثا مهر الكبيرة فان كانت غير مدخول بها سقط الباقي (لانه) اقل من النصف الساقط بالفرقة ويغرم للصغيرة سدس مهرها ويرجع به على الكبيرة (ويحتمل) سقوط سدس مهر

اقول : هذا فرع على مسألتی ضمان البضع وانه لا يشترط في ضمانه بالارضاع

قصد الافساد اذا تقرر ذلك فاذا ارضعتها الكبيرة عشر رضعات ثم نامت او اغمى عليها فسعت الصغيرة وارضعت بنفسها خمسا انفسخ النكاح لحصول الرضاع المحرم وضمن فاعل السبب فيحتمل هنا وجهان (الف) كون السبب في النكاح هو الخمس رضعات الاخيرة لانه قبلها لم يحصل التحريم وحصل عندها مع صلاحيتها للسببية وكون ما تقدم شرطا ، وانما كان كذلك بسبب اختلاف الفاعل وهذا كما اذا كان الصيد يمتنع بشيئين: عدوه و طيرانه فابطل واحد طيرانه ثم آخر عدوه كان للاخير وهذا انسب (اشبه - خ ل) بقول من قال ان الاسباب الشرعية علامات فيضمن الصغيرة لا الكبيرة فيسقط مهر الصغيرة لانه فسخ قبل الدخول جاء من المرثة وتضمن مهر الكبيرة ، وهل تضمن الكل او النصف تقدم حكمه (وهذا عندی فيه نظر) لانهم نصوا على ان المحرم خمس عشرة رضعة والعدة المركبة لا بد وان يكون المعلول حاصلًا عند الجزء الاخير منها ولا يصلح للعلية التامة .

(ب) ان المجموع هو السبب في الضمان وهذا السبب قد صدر من فاعلين فيسقط الضمان

عليهما فالكلام هنا في مقامين (الاول) في تقسيم مهر الصغيرة وفيه الاحتمالان المتقدمان: (الاحتمال الاول) سقوط ثلث مهرها بفعلها لانها فعلت ثلث السبب فببرء الزوج منه و يسقط نصف مهرها للفرقة قبل الدخول على القول بان المضمون من المهر قبل الدخول بفسخ الرضاع النصف خاصة على ما تقدم فيبقى السدس يغرمه للصغيرة ويرجع به على الكبيرة (الاحتمال الثاني) ان ما سقط بالفرقة قبل الدخول غير مضمون والمضمون هو النصف والسبب في اتلافه الخمس عشرة رضعة وقد صدر من الكبيرة ثلثاها فتغرم ثلثي النصف ويسقط بفعل الصغيرة ثلث النصف لانها فعلت ثلث السبب ، واما على احتمال تضمين الكل قبل الدخول فلا اشكال لسقوط الثلث بفعلها وغرم الكبيرة الثلثين (الثاني) في تقسيم مهر الكبيرة فاما ان يكون قبل الدخول او بعده (فان كان الاول) (فاما)

الصغيرة ويغرم الكبيرة ثلثه وسقوط ثلث مهر الكبيرة وتغرم الصغيرة سدسه ان كان قبل الدخول وبعده (على-خ) اشكال .

خاتمة

الاقرب قبول شهادة النساء منفردات فلا بد من الاربع ويكفي الشاهدان والشاهد

ان نقول بضمان الجميع قبل الدخول كما هو بعده لوجوب الكل على الزوج (او بنصفه) و قد تقدم البحث فيه (فان قلنا) بضمان الجميع فقد تلف ثلثاه بفعلها وثلثه بفعل الصغيرة فيسقط ثلثاه بفعلها ويضمن الصغيرة ثلثه (وان قلنا) بضمان النصف يحتمل وجهين (الاول) سقوط ثلثي مهر الكبيرة بفعلها والباقي بالفرقة قبل الدخول لانه اقل من النصف (الاول-خ) الثاني ان يسقط النصف بالفرقة قبل الدخول ويسقط ثلثا الباقي بفعلها وعلى الزوج سدس مهرها ويرجع به على الصغيرة (وان كان الثاني) وهو ان يكون وقوع الرضاع بعد الدخول فهل تضمن المرضعة المهر للزوج اولا (يحتمل الثاني) لانه قد استقر بمجرد الدخول على زمة الزوج ولا اعتبار في الوجوب والاستقرار بالاستدامة فلا يضمن له لانه انما فوتت عليه الاستدامة ولا شيء في مقابلتها من المهر (ويحتمل الاول) لانها فوتت ماملكه بعوض مالي فتضمنه له بعوضه (فعلى عدم الضمان) لا يجب وعليه ، ان كانت الكبيرة قبضته رجع عليها بثلثيه وعلى الصغيرة بثلثه لانه بسبب فعلهما ، وان لم تكن قبضته سقط عنه ثلثاه ووجب عليه ثلثه ويرجع به على الصغيرة (ويحتمل) اعتبار عددا للقاعلين لا للفعل كما لو جرحه واحد مائة جرح وآخر جرحا واحدا ضمنا بالسوية .

(واعلم) انه مع اتلاف الاعيان يعتبر قيمتها اى عوضها (اما) في عقل المعاش وهي المسماة بالقيمة السوقية (واما) في الشرع وهو المقدر شرعا او بالعقد وهو المعبر عنه بالمسمى ولا يعتبر اعواض المنافع بالانفراد هنا فقد لا يضمن كالمهر مع قتل المرثة وقد يندرج في قيمة العين كالعبد والدا بة فغلط من قاس الرضاع بعد الدخول بالقتل بعده ولا طراه قبل الدخول .

قال قدس الله سره : الاقرب قبول شهادة النساء منفردات .

أقول : اختلف الاصحاب (الناس-خ) في قبول شهادة النساء منفردات في الرضاع ،

والمرأتان ولا يقبل في الاقرار به الا شاهدان ويفتقر الى التفصيل فلا تسمع الشهادة به مطلقاً وتسمع في الاقرار به ويتحمل الشاهد باربع شرايط - ان يعرفها ذات لبن وان يشاهد الصبي قد التقم الثدي وان يكون مكشوفاً ثلاثاً لا يتقم غير الحلمة وان يشاهد امتصاصه للثدي وتحريك شفثيه والتجرع وحركة الحلق ، ثم يشهد على القطع بان بينهما رضاعاً محرماً وان شهد على فعل الارضاع فليذكر الوقت والعدد .

والاقرب انه ليس عليه ذكر وصول اللبن الى الجوف ، ولا يكفي حكاية القران بان يقول رأيتُه قد التقم الثدي وحلقه يتحرك ويقبل شهادة امها وجدتها وام الزوج وجدته سواء ادعى الزوج او الزوجة .

ولو شهدت ام الزوجة وبناتها وام الزوج وبنته سمعت مالم يتضمن شهادة على الوالد ولو شهدت المرضعة ان بينهما رضاعاً قبلت ولا تقبل لو شهدت مع ثلاثاتها ولدته

فقال الشيخ في الخلاف لا يقبل واختاره ابن ادريس ، وقال المفيد وسالروا بن حمزة تقبل ، ويظهر من كلامه في موضع من المبسوط وهو اختيار المصنف لانه امر خفي لا يطلع عليه الا النساء غالباً وهو من احوالهن فتسمع فيه شهادتهن منفردات كسائر امورهن الخفية على الرجال ، ولما رواه عبدالله بن بكير عن بعض اصحابنا عن الصادق عليه السلام في امرأة ارضعت غلاماً وجارية قال يعلم ذلك غيرها؟ قلت لا ، قال لا تصدق ان لم يكن غيرها (١) دل بمفهومه على قبوله اذا كان معها غيرها وهو يعم الرجال والنساء (وفيه نظر) فانه لا يدل على قبول شهادتها مع غيرها لجواز ان يكون المراد غيرها البينة التامة بل هو اظهر لانها مدعية وسياتي تمام البحث في الشهادات .

قال قدس الله سره : والاقرب انه ليس عليه ذكر وصول اللبن الى الجوف .

اقول : وجه القرب انه ليس بمحسوس ومستند الشهادات الحس فاذا شهد بالامتصاص من ثدى امرأة ذات لبن فقد شهد بالسبب الموجب للتحريم وهو الاقوى عندي لان الاصل ترتب المسبب وهو وصول اللبن الى الجوف على سببه وهو الامتصاص (ويحتمل) ان يكون عليه ذكره لانه المحرم .

لترتب النفقة و الميراث هنا ، ولو شهدت بانى ارضعته فالاقرب القبول مالم تدع اجرة .
ولو ادعى بعد العقد انها اخته من الرضاع او امه وامكن فان صدقته قبل الدخول
بطل العقد ولا مهر ولا متعة وان كان بعد الدخول فلها المسمى مع الجهل ولا شىء مع العلم
بالتحريم (ويحتمل) مع الجهل مهر المثل.

قال قدس الله سره : ولو شهدت بانى ارضعته فالاقرب القبول

مالم تدع اجرة

اقول : المراد انه اذا قالت المرأة: انا ارضعته متبرعة بغير اجرة او قبضت اجرى
(ووجه القرب) وجود المقتضى وهو العلم فان علمها بحصول الرضاع المحرم اقوى من
علم غيرها لانه من قبيل الضروريات من المحسوسات ، وعدم المانع اذ لم تدع شيئاً
اصلاً فالاتهمة هنا لانها لم تستجلب بها نفعاً ولم تستدفع بها ضرراً (ويحتمل) عدم القبول
لوجهين (الف) لما تقدم من دلالة رواية ابن بكير على انها اذالم يعلم غيرها لم تصدق
(ب) انها شهادة على فعلها وشهادة الفاعل على فعله اقرار فلا يقبل فى حق الغير (ولانها)
ثبتت له ولها المحرمية وهى دعوى (وفيه نظر) لان السبب هو امتصاص الثدي ووصول
اللبن به الى الجوف والفاعل هو المرتضع وهى قابلة والاصل فى المشهود عليه انما هو الفاعل
للقابل والشهادة انما هى على فعله لا على فعلها لانه قد يصدر منه حال نومها او اغماؤها الرضعات
كلها ولا فعل لها حينئذ ويثبت حكم الرضاع من الطرفين واما المحرمية فتابعة كباقي
احكامه وهذا فارق بين هذه الشهادة وشهادة الحاكم او القاسم بما حكم به او قسم ويفرق
ايضاً بان شهادة الحاكم بما حكم به والقاسم بما قسم تدلان على تزكيته ولا تقبل تزكية
الانسان نفسه والرضاع ليس تزكية .

قال قدس الله سره : ولو ادعى بعد العقد انها اخته (الى قوله) ويحتمل مع

الجهل مهر المثل .

اقول : الاول قول الشيخ رحمه الله تعالى لان العقد هو سبب ثبوت المهر لانه
السبب فى عدم المؤاخذه بالوطى وبه ضمن فكان كالصحيح المقتضى لتضمن البضع بما ملك
به وهنا بما ابيح به ، والاصل فى ذلك الآية المتقدمة فى المهر (والثانى) وهو ثبوت مهر

وان كذبته قبل الدخول ولاينة حكم عليه بالحرمة ونصف الصداق (ويحتمل) الجميع وبعده الجميع ولو ادعت هي سمعت وان كانت هي التي رضيت بالعقد لجواز جهلها به حالة العقد وتجدد العلم بخبر الثقات فان صدقها الزوج وقعت الفرقة وثبت المهر مع الدخول وجعلها والآفلا ، ولو كذبها لم تقع الفرقة وليس لها المطالبة بالمسمى قبل الدخول وبعده (ويحتمل) المطالبة بمهر المثل بعد الدخول ولها احلافه على نفى العلم فان نكل حلفت على البت

المثل مع الجهل هو الاقوى لان الموجب للمهر هو مباشرة الوطى فقد اتلف المنافع المملوكة مباشرة باستيفائه ايها فيضمن قيمتها ولا اعتبار بالمسمى لبطلان العقد ومعناه عدم ترتب اثره عليه كما يبين في الاصول (ولانه) انما وجب عليه هنا بمباشرة الاتلاف والاستيفاء فلا تاثير للعقد في وجوبه وكل ما وجب بالاتلاف والاستيفاء فانما هو المقدر باصل الشرع لا بعقد او القيمة، والاول منتف فثبت الثاني (وهي هنا ضابط) وهو كل وطى لم تؤخذ المرثة عليه شرعا حصل عقيب عقد فاسد يوجب مهر المثل، وكل عقد يتعقبه الفسخ بعد الدخول فانه بالمسمى ، والآية انما دلت على الثاني لاعلى ما ذكره اولاً .

قال قدس الله سره : وان كذبته قبل الدخول (الى قوله) ويحتمل الجميع

اقول : اما الحرمة عليه لاعليها فلان اقرار العاقل على نفسه جائز وعلى غيره لا: واما نصف الصداق فلانها فرقة حصلت قبل الدخول من جهة الزوج فاشبهت بالطلاق ، ومبناه ان بالعقد يستقر نصف المهر وبالذخول او الموت الكل (ووجه الجميع) ان الجميع وجب بالعقد والاصل بقاء ما كان على ما كان فلا يقبل قول الزوج في سقوط بعضه وهو الاصح عندي .

قال قدس الله سره : ولو ادعت هي سمعت (الى قوله) بعد الدخول .

اقول : الاول قول الشيخ لما تقدم والثاني قول المصنف (وتقرير ذلك) انه اذا ادعت الجهل فلها المطالبة بمهر المثل ومعنى قوله ليس لها المطالبة بالمسمى اي ليس لها الدعوى به لانها تدعى ببطلان العقد فليس لها الدعوى بالمسمى لانه اثره وبطلان العقد يستلزم عدم ثبوت اثره فاذا ادعت هي مهر المثل وهو يعترف بالمسمى فان تساوى قدرهما وجنساً فلا خلاف بينهما وان اختلفا ثبت في ذمته اقل الامرين من مهر المثل وقيمة المسمى

فيحكم بالفرقة والمهر مع الدخول لاقبله ولو نكحت او كان قد حلف الزوج او لافان كان قد دفع الصداق لم يكن له مطالبتها به والالم يكن لها المطالبة وكان العقد ثابتاً، والاقرب انه ليس لها مطالبته بحقوق الزوجية على اشكال في النفقة ولورجع بعد اقراره بالرضاع عنه بعد الفرقة لم يقبل رجوعه فيه وان ادعى الغلط ولو اعترف قبل العقد بالرضاع لم يجز له العقد عليها وكذا المرأة سواء صدقه الآخر او لا ولورجع المعترف منهما لم يقبل رجوعه ولو اقر برضاع ممتنع لم يلحق به حكم قبل العقد وبعده .

الفصل الثاني في المصاهرة

كل من وطئ بال عقد الصحيح الدائم او المنقطع او الملك حرم عليه ام الموطوءة وان علت ، وبناتها وان تزلن سواء تقدمت ولادتهن او تأخرت وان لم يكن في حجره تحريماً مؤبداً ، واخت الزوجة جمعاً ، وكذا بنت اختها ، وبنت اخيها الا ان ترضى الزوجة وله ادخال العممة والخالة عليهما وان كرهن المدخول عليها (وهل) يلحق الوطئ بالشبهة

او نفسه ان مائله وحلف على نفى الزائد عنه وهذا هو الصحيح .

قال قدس الله سره : والاقرب انه ليس لها مطالبته بحقوق الزوجية على اشكال في النفقة .

اقول : وجه القرب ان الحقوق معلولة مساوية للعقد وانتفاء العلة يستلزم انتفاء المعلول وهي قد اعترفت بنفي العلة فليس لها المطالبة بالمعلول (ويحتمل) ان يكون لها المطالبة لاقراره بالزوجية ولزوم حقوقها واقرار العقلاء على انفسهم جائز وليس بجيد لاستحالة نفى اللازم واثبات الملزوم ومعنى مطالبتها بالمطالبة لا بما يحرم كالوطئ ومشاهدة ما يحرم على غير الزوج فانه ليس لها ذلك قطعاً بل بما لا يستلزم ذلك كما لو اوصى مورثه لزوجاته او نذر وكالكنف وغير ذلك ، واما الاشكال في النفقة من حيث انه اقرار باستحقاق المال ومنعها عن التزويج وتعطيلها هنا من حيث اقرارها بنفي العلة وقد تقدم ولاتها غير ممكنة بل مانعة ، والاصح عندي انه ليس لها المطالبة بشيء من ذلك كله .

الفصل الثاني في المصاهرة

قال قدس الله سره : وهل يلحق الوطئ بالشبهة والزنا بالصحيح خلاف .

والزنا بالصحيح خلاف ، ولا يحرم الزنا المتأخر عن العقد ان قلنا بالتحريم بهمع السبق

اقول : هنا مسألتان (الاولى) اختلف الاصحاب في سببية الوطى بالشبهة

لحرمة ما يحرم بسبب الوطى الصحيح من المصاهرة وهو تحريم امهات الموطوثة وان علون وبناتها وان تزلن وتحريم منكوحة الابن على الاب وان علا وبالعكس لاغير ، قال الشيخ في النهاية بالتحريم ، وتبعه ابن ادريس ، والحق عندى التحريم لما ياتى فى تحريم الزنا و لوجود احكام الوطى الصحيح بهمن لحقوق النسب ووجوب المهر فيحصل التحريم بهانوجود احد المعلولين يستلزم وجود الآخر (قالوا) لم توجد المحرمية وهى من احكام الصحيح (قلنا) مع التعارض بين التحليل والتحريم يغلب التحريم لانه احتراز عن الضرر المظنون ولان المحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطى لانها اباحة (ولان) الموطوثة بالشبهة لم يستبح النظر اليها فالى امها اولى .

(الثانية) اختلف الاصحاب فى ان الوطى بالزنا هل يحرم ما يحرمه الصحيح

من المصاهرة كما فسرناه فى الشبهة فجزم الشيخ بالتحريم ، وابوالصلاح ، وابن البراج ، وابن زهرة ، وابن حمزة : وقال المفيد والسيد المرتضى وابن ادريس بعدمه فتحل ام الموطوثة بالزنا وبنتها على الزانى بعقد ، والاقوى الاول وهو اختيار والدى المصنف فى المختلف (لنا) قوله تعالى **وامهات نسائكم (١)** والاضافة تصدق بادننى ملابسة وملامسة ، ومارواه محمد بن مسلم فى الصحيح عن احدهما **عليهما السلام** انه سئل عن رجل يفجر بامرأة ايتزوج ابنتها قال لا ولكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بابنتها او اختها لم تحرم عليها لى عنده (٢) ولانه كلما حرم الزنا لام من الرضاع حرّمها من النسب والمقدم حق والتالى مثله ، بيان الملازمة انه انما حرّم الرضاع بتبعية النسب وكلما وجد التابع من حيث انه تابع وجد المتبوع بطريق اولى ، اما حقية المقدم فلما رواه محمد بن مسلم فى الصحيح عن احدهما **عليهما السلام** قال سألت عن رجل فجر بامرأة ايتزوج بامها من الرضاة او بنتها قال لا (٣) احتج الآخرون بقوله تعالى **واحل لكم ما وراء ذلكم (٤)** وقوله تعالى **فانكحوا ما طاب**

(١) النساء ٢٧ (٢) ثلث ٨ خبر ٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة

(٣) ثلث ٧ خبر ١-٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة (٤) النساء ٢٨

أما النظر واللمس بما يحرم على غير المالك والقبلة فلا (وقيل) أنها تحرم على اب اللامس والناظر و ابنه خاصة في ما يملكه دون أم المنظورة والملموسة و ابنتهما و اختهما

لكم من النساء (١) (والجواب) القول بموجب الآيتين (أما الاولى) فلان المنازع عندنا داخل في المنصوص على تحريمه قبل ذلك (وأما الثانية) فلان الإباحة تناولت ما طاب أى ما أبيض لا ما توهمه ابن ادريس من الشهوة الحيوانية .

تفصيله

تحرم من زنا بها الاب على الابن وبالعكس والخلاف كما تقدم (لنا) على التحريم الاجماع المركب فانه كل من قال بتحريم ام الموطوءة بالزنا قال بتحريم موطوءة الاب على الابن وبالعكس وكل من قال بالتحليل ثم قال بالتحليل هنا فالقول بالفرق احداث قول ثالث وهو باطل لما تقرر في الاصول وقد ثبت تحريم ام الموطوءة بالزنا في ما تقدم فيثبت هنا (واحتج بعضهم بقوله تعالى **ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء (٢)** والنكاح حقيقة في الوطى لغة اجماعا فكذا شرعا للاستعمال في قوله تعالى **فانكحوا ما طاب لكم من النساء (٣)** وغير ذلك من الايات والآثار والاصل في الاستعمال الحقيقة ولا صلة لعدم النقل (قيل) حقيقة شرعية في العقد لقوله تعالى **اذا نكحتن المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان نمسوهن (٤)** والاصل في الاستعمال الحقيقة (واجيب) بانه اذا تعارض المجاز والاشراك فالمجاز خير لما سبق في الاصول (ووجه المناسبة) السببية وكون النكاح حقيقة شرعية في الوطى تحريم منكوحة الابن بالزنا اذ لا فرق بينهما من الامة اجماعاً واحداث قول ثالث باطل خصوصا عند الامامية والآتقى المعصوم في وقت اوجاز خلافه و اجمعت الامامية على بطلان اللازم بقسميه .

قال قدس الله سره : **أما النظر واللمس (الى قوله) والاقرب الكراهية.**

اقول: هنا مسائل (الاولى) اذا ملك جارية ونظر المالك اولمس منها ما يحرم

(١) النساء - ٣ (٢) النساء ٢٦

(٣) النساء ٣ (٤) الاحزاب - ٤٩

والاقرب الكراهية ، ولاخلاف في انتفاء التحريم بما يحل لغير المالك كنظر الوجه ولمس الكف .

على غيره لمسه والنظر اليها كالنظر الى فرجها ولمسه (هل) تحرم على ابنه وايبه كما يحرم وطئها عليه في هذه المسألة اقوال ثلثة (الف) عدم التحريم بهما وهو اختيار والدى المصنف هنا وابن ادريس لاصل الاباحة ولقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم (١) وقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء (٢) وما ملكت ايمانكم (٣) (ب) التحريم بهما كالوطي وهو اختيار الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة وعدا ابو الصلاح في المحرمات امة الاب المنظور اليها بشهوة وجعله سلار رواية ، واستدل الشيخ بقوله تعالى وحلائل ابنائكم (٤) خرج الملك المجرى عن الوطي والنظر واللمس اجماعا فبقى الباقي على العموم وبما رواه محمد بن اسماعيل في الصحيح ، عن ابي الحسن عليه السلام : قال سألت عن الرجل يكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده فقال بشهوة ؟ قلت نعم ، قال ما ترك شيئا اذا قبلها بشهوة ثم قال ابتداء منه ان جردها فنظر اليها بشهوة حرمت على ابيه وابنه قلت اذا نظر الى جسدها ؟ فقال اذا نظر الى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه (٥) (واعلم ان والدى قدس الله سره اختار في المختلف وتذكرة الفقهاء هذا القول (وباحته) لما قرأت عليه التهذيب في الاخبار بان هذا خبر واحد فلا يعارض الكتاب (فاجاب) بان خبر الواحد يخص الكتاب وهذا من الباب ، والاقوى عندي هذا القول (واجاب) عن ادلة ابن ادريس بان الاصل حجة مع عدم النص الناقل و ادلة التحريم نقلت عنه (ج) النظر بشهوة يحرم على ابن الناظر دون ابيه وهو اختيار المفيد .

(المسألة الثانية) النظر واللمس المذكوران من المعقود عليها او مملوكته هل يحرم بنت الزوجة او المملوكة من نسب كانت اورضاع كما يحرم وطؤها : قال ابن الجنيد نعم وهو اختيار الشيخ في الخلاف وجزم بتحريم ام المنظورة وان علت و بنتها وان نزلت وقال في مسألة اخرى النظر الى فرجها يتعلق به تحريم المصاهرة (واحتج) الشيخ باجماع

(١) النساء - ٢٨ (٢) النساء ٣ (٣) النساء ٢٩ (٤) النساء ٢٧

(٥) ثل ب ٣ خبر ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

واما العقد المجرد عن الوطى فانه يحرم ام الزوجة وان علت تحريما مؤبداً على
الفرقة والاحتياط ويماروى عنه عليه السلام انه قال لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة و
بنتها (١) و الاقوى عندي عدم التحريم (لنا) قوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا
جناح عليكم (٢) والنظر واللمس ليس شيء منهما دخولا والتقريب بعد ذلك ان نقول
لم يفرقوا حدين البنت وام الامة وقد ثبت في البنت الاباحة فكذا ام الامة. وبما رواه عيص
ابن القاسم في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل باشر امرأة وقبل غير انه لم يفض
اليها ثم تزوج ابنتها قال ان لم يكن افضى فلا بأس وان كان افضى فلا يتزوج (٣) (احتج)
الآخرون بما رواه محمد بن مسلم في الصحيح ، عن احدهما عليه السلام قال : سألت عن رجل
تزوج امرأة فنظر الى رأسها او الى بعض جسدها ايتزوج ابنتها قال اذا رأى منها ما يحرم
على غيره فليس له ان يتزوج ابنتها (٤) (واجاب) عنه في الاستبصار بانها محمولة على
الكره لان عليه السلام علق التحريم على الدخول وليس.

(المسألة الثالثة) النظر بشبهة هل يحرم ام الام وان علت و البنت وان تزوت؟ قال
الشيخ في الخلاف نعم واستدل باجماع الفرقة والاقوى عندي عدم الاصل .
(المسألة الرابعة) النظر المحرم الى الاجنبية هل يحرم ام الام والبنت كل من قال لا يحرم
الوطى بالزنا قال لا يحرم هنا واختلف القائلون بالتحريم بالوطى بالزنا في تحريمه هنا على
قولين والاقوى عندي عدم التحريم به للاصل .

قال قدس الله سره : اما العقد المجرد (الى قوله) على الاصح

اقول : هذا اختيار الشيخ و ابي الصلاح وسائر ، وقال ابن ابي عقيل تحريم جمع
وانما تحرم مؤبداً بالدخول بالبنت (والحق) الاول لعموم قوله تعالى وامهات نسائكم (٥)
والجمع المضاف للعموم والمراد به التحريم المؤبد لانه عطف على قوله امهاتكم النج
فيتشتر كان في الحكم (قالوا) عطف عليه قوله وامهات نسائكم و ربائبكم اللاتي

(١) مستدرک ب ١٨ خبر ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة (٢) النساء ٢٧

(٣) كل ب ٦ خبر ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

(٤) كل ب ١٩ خبر ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة (٥) النساء ٢٧

الاصح (وهل) يشترط لزومه مطلقا او من طرفه او عدمه مطلقا نظر ، فلو عقد عليه الفضولي عن الزوجة الصغيرة فقي تحريم الام قبل الاجازة او بعد فسخها مع البلوغ نظر، وتحريم المعقود عليها على اب العاقد وان علا وابنه وان نزل ولا تحرم بنت الزوجة على العاقد عيناً بل جمعاً فلو فارقها قبل الدخول حل له العقد على البنت وكذا اخت الزوجة وبنت اخيها واختها الآن ترضى العمة والخالة ، ويحرم وطى مملوكة كل من الاب وان علا

في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن (١) والشرط والصفة المتعقبة للمعقوف يرجع الى الكل تساوية بين المعطوف والمعطوف عليه الاماخص الدليل (قلنا) قد بينا في الاصول عود الشرط والصفة المتعقبين للجمل المتعاقبة الى الاخيرة (ولان) قوله (من نسائكم) يدل على انه للربائب، لان الربائب من النساء: لا الامهات

قال قدس الله سره: وهل يشترط لزومه (الى قوله) نظر .

اقول : (هل يشترط) في تحريم ام المعقود عليها او بنتها من غير دخول بل بمجرد العقد لزوم العقد من الطرفين او من طرف الزوج (او لا يشترط) مطلقا فيه نظرا لانه يحتمل الاول لعموم آية الاباحة خرج المعقود عليها عقداً لازماً من الطرفين فيبقى الباقي على الاصل (ولان) معنى اللزوم هو وجوب ترتب الاثر على العقد وعدمه عدم ذلك و التحريم ان لم يجب لموضوعه لم يثبت وهو من آثار العقد (ولان) عدم اللزوم مع ثبوت الصحة معناه التأثير بالامكان وهو لا يستلزم الفعل والالتقدم وجود المعلول بالفعل على ثبوت العلة (ويحتمل) الثاني لان اللزوم في طرفه يقتضى وجوب ترتب اثره عليه في طرفه و التحريم من اثره فيثبت في حقه والالزم تخلف المعلول عن علته هذا خلف (ويحتمل) الثالث لقوله تعالى وامهات نسائكم (٢) والاضافة تصدق بادنى ملابسة ومناسبة (ولان) الاحتياط يقتضى التحريم والحق الاول (لان) الامكان لا يستلزم الفعل .

قال قدس الله سره: فلو عقد عليه الفضولي (الى قوله) مع البلوغ نظر

اقول : هذا فرع على ما تقدم من اشتراط اللزوم وعدمه .

والابن وان نزل على الآخر بالوطى لا بالملك ولا يحرم الملك مع الوطى ولو وطى واحدهما مملوكة الآخر زنا او شبهة ففي التحريم نظر، وليس لاحدهما ان يظاً مملوكة الآخر الا بعقد او ملك او اباحة وللاب التقويم مع الصغر ولو وطىء الاب او الابن زوجة الآخر او مملوكة الموطوءة بزنا او شبهة فالصاح انه لا يوجب التحريم ولا حد على الاب في الزنا بمملوكة ابنه ويحد الابن مع انتفاء الشبهة ولو حملت مملوكة الاب بوطى الابن لشبهة عتق ولا قيمة على

قال قدس الله سره : ولو وطىء احدهما مملوكة الآخر زنا او شبهة ففي التحريم نظر .

اقول : المراد اذ انى بها او وطئها بشبهة قبل وطى المالك ، و منشأ النظر ما تقدم (من الاية) الدالة على التحريم وهى قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم (١) والمراد به الوطى وهو اعلم من ان يكون حراما او حلالا (ومن) حيث انها مخصصة بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ لا يحرم الحرام الحلال وانما يحرم ما كان بنكاح (٢) وهذا نص (ولاصالة) بقاء الحل وهو اختيار ابن ادريس ، والاقوى عندى التحريم ، وهو اختيار الشيخ فى النهاية وابن الجنيد وابن البراج (واحتجوا) بما رواه عمار الساباطى عن الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ فى الرجل يكون له الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل ان يظأها الجد او الرجل يزنى بالمرثه هل يحل لابنه ان يتزوجها ؟ قال : لا انما ذلك اذا تزوجها فوطئها ثم زنى بها ابنه لم يضره لان الحرام لا يفسد الحلال وكذلك الجارية (٣) وهى ضعيفة السن دلكن يعضدها روايات اخر .

قال قدس الله سره : لو وطىء الاب او الابن (الى قوله) والاصح انه لا يوجب التحريم .

اقول : هذه المسألة هى انه اذا وطىء الاب او الابن زوجة الآخر مطلقا سواء دخل الزوج اولاً ووطىء جارية الآخر بعد وطى المالك لها جزم الشيخ فى النهاية بعدم التحريم وهو اختيار ابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس لما تقدم (وقيل) يحرم

(١) النساء ٢٦ .

(٢) ثل فى غير واحد من اخبار باب ٤ - ٥ - ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة و لكن لم نعثر على ذيل الخبر فيما بايدنا .

(٣) ثل ب ٤ خبر ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

الابن ولاعتق مع الزنا ولو حملت مملوكة الابن بذكر لم ينعتق وعلى الاب فكهم مع الشبهة ولو حملت بانثى عتقت على الابن ولا قيمة ومع الزنا لاعتق وعلى كل من الاب والابن مهر المثل لو وطئ عزوجة الاخر للشبهة فان حرمنابها فعاودها الزوج وجب عليه مهر الآخر والأفلا والرضاع في ذلك كله كالنسب .

الفصل الثالث

في باقى الاسباب وفيه مسائل

(الف) من لاعن امرأته حرمت عليه ابدأ وكذا لو قذف زوجته الصماء او الخرساء بما يوجب اللعان لولا الآفة .

(ب) لو تزوج امرأة في عدتها عالما حرمت عليه ابدأ دون ابيه وابنه وان جهل العدة او التحريم فان دخل فكذلك في حقه وحقهما والابطل واستأنف بعد الانقضاء ويلحق به الولد مع الجهل ان جاء لسته اشهر فصاعداً من حين الوطئ ويفرق بينهما وعليه المهر مع جهلها لاعلمها وتعدت منه بعد اكمال الاولى ، ولو كانت هي العالمة لم يحل لها العود اليه ابدأ ، ولو تزوج بذات بعل ففى الحاقه بالمعتدة اشكال ينشأ (من) عدم التنصيص (ومن) اولوية التحريم ولا فرق في العدة بين البايين والرجعي وعدة الوفاة .

لعموم الآية المتقدمة والاقوى عندى الاول لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحرم الحرام الحلال (١) .

قال قدس الله سره : ولاعتق مع الزنا .

اقول : جزم هنا بما استشكله في غير هذا الموضوع وهو عدم العتق مع الزنا اي لو زنا الاب بجارية ابنه فولد له ولد كان الولد رقاً لاب الواطئ (وهل) ينعتق عليه من حيث انه ولد لغيره ام لا ، جزم هنا بعدم عتقه وكذا لو زنا الاب بمملوكة الابن فولدت له بنت او كان ذلك بجارية الغير ثم انتقل الى احد هما الولد اختار هنا انه لا ينعتق و سيأتي في باب العتق .

قال قدس الله سره : ولو تزوج (الى قوله) ومن اولوية التحريم .

اقول : الاولى عندى الاقتصار على موضع النص ،

(١) ثلث ٤ خبر ٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

(وهل وطى الامة في الاستبراء كالوطى في العدة اشكال ، ولو تزوج بعد الوفاة المجهولة قبل العدة فالاقرب عدم التحريم المؤبد ويحتمله وان زادت المدة عن العدة وفي المسترابة اشكال.

قال قدس الله سره : وهل و طى الامة في الاستبراء كالوطى في العدة اشكال .

اقول : ينشأ (من) انه عدة الامة (من) اختصاصه باسم لم يتناول النص والاصل عدم ، والحق عندى الثانى فلا اشكال فيه لان وصف السببية الشرعية انما ثبت فى موضع النص لا غير .

قال قدس الله سره : لو تزوج بعد الوفاة (الى قوله) على العدة .

اقول : وجه القرب انه لم يتزوج بامرأة ذات بعل ولا فى عدتها لانه لم يدخل فى العدة بعد ولا مقتضى غيرها للتحريم هنا لانه الفرض (ومن) حيث انه اذا كان حراما بعد هذا الزمان واقضى هذا التحريم عقوبة التحريم المؤبد فقبلها اولى ، والاقوى عندى عدمه للاصل ولعدم النص .

قال قدس الله سره : وفي المسترابة اشكال .

اقول : تقرير هذا المسألة انا طلق المسترابة ثم رأت الحيض قبل انقضاء الشهر الثالث (قيل) تصبر تسعة اشهر ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة اشهر فاذا تزوجها قبل انقضاء التسعة الاشهر عالما بالتحريم او دخل بها كذلك ففى التحريم المؤبد اشكال ينشأ (من) انه وطى فى غير زمان العدة لانهم قالوا تعتد بعد ذلك بثلاثة اشهر فقد وطى قبل العدة وليس بعدة (ومن) اولوية التحريم كما قلناه فى الوفاة المجهولة (ولان) عدة الطلاق من حين وقوعه وانما يحكم بالانقضاء بانقضاء المدة كلها قبله (ولان) معنى العدة زمان يلزم فيه حرمة النكاح وتحريم آخر بالاصالة حتى تنقضى ، والفرق بين هذه المسألة والوفاة المجهولة: ان المدة التى تجدد الحيض فيها كانت عدة من الاشهر ثم صارت قرء لان القرء طهر بين حيضتين او طهر حتى ينتهى بالحيض وظهر بطلان كونها عدة بالاشهر لا بالاقراء فهى عدة والمدة التى بعد الحيض لا تظار الحيض فهى فى حكم القرء ايضا (ولان) القائل بان القرء هو الحيض فالطهر قبله وبعد الحيض جعله فى حكم العدة فى التحريم المؤبد وكذا ايام الحيض

(ج) لوزنى بذات بعل اوفى عدة رجعية حرمت عليه ابدأ ولولم يكن احديهما لم تحرم سواء كانت ذات عدة بائن اولا وان كانت مشهورة بالزنا ، و لو اصرت امرأته على الزنا فالاصح انها لا تحرم وهل الامة الموطوءة كذات البعل نظر .

عند من جعل القرء الطهر فقد تبين هنا ان ما قبل العدة وما بينها وان لم يكن منها حكمه حكمها هنا بخلافه فى الوفاة المجهولة فانه لم يرد فيه شيء من الاصحاب (واعلم) انه لا كلام فى التحريم المؤبد لو وقع فى الثلاثة الاشهر الاخيرة لانها عدة .

قال قدس الله سره : ولو اصرت امرأته على الزنا فالاصح انها لا تحرم .

اقول : قال المفيد وسالار بالتحريم والمصنف بالكرهية وهو الاصح لقوله عَلَيْهَا لا يحرم الحرام الحلال (١) (قالوا) نهى عن اجتماع المائتين فى الرحم ولان تحريم النكاح لحفظ الانساب من الاختلاط (والجواب) ان ماء الزنا غير محترم والولد للفراش (ولهم) ان يقولوا قال الله تعالى والزانية لا ينكحها الا اذن او مشرك وحرم ذلك على المؤمنين (٢) واذا دخلت (الآ) عقيب الفعل المنفى على الفاعل دل على الحصر، وحمل ذلك على الزنا الخاص تأكيد وعلى النكاح العام تأسيس فيقدم بالوجهين على الاول لما بين فى الاصول (ويجاب) بان المهملة جزئية فانه لو سلم ان اللام للجنس لم يسلم عمومها ، و المطلقة لا تستلزم الدائمة .

قال قدس الله سره : وهل الامة الموطوءة كذات البعل فيه نظر .

أقول : ينشأ (من) عدم النص (ومن) مساواته فى الاباحة وتحريم المصاهرة (ولانه) من باب اتحاد طريق المسألتين اذ الزنا بذات البعل حرام عقوبة لحفظ النسب من الاشتباه فكذا هنا ، والحق عندى الاول لانه ليس من جزئيات موضوع المسألة المجمع عليها وهى ذات البعل والعلة ليست منصوصة ولا معلومة بالضرورة واشترط احدهما فى اتحاد طريق المسألتين كما قرر فى الاصول .

(د) لو اوقب غلاماً او رجلاً حياً او ميتاً على اشكال، حرم عليه ام الغلام او الرجل واخته وبنته مؤبداً من النسب، وفي الرضاع والفاعل الصغير اشكال، ويتعدى التحريم الى الجدات وبنات الاولاد دون بنت الاخت ولوسبق العقد لم يحرم وكذا دون الايقاب لا يحرم، ولو اوقب خنثى مشكل او اوقب فالاقرب عدم التحريم وحد الايقاب ادخال بعض الحشفة

قال قدس الله سره : ولو اوقب غلاماً (الى قوله) وبنته من النسب .

اقول : الاشكال في الميت ومنشأ عموم النص وخروجه عن محل مظنة الاستمتاع لانه كالجماد ، والحق الاول .

قال قدس الله سره : وفي الرضاع والفاعل الصغير اشكال .

اقول : هنامسألتان الاولى الام والاخت من الرضاع ومنشأ الاشكال انها م لقوله تعالى **وامهاتكم اللاتي ارضعنكم** (١) فسمانهن امهات والاصل في الاستعمال الحقيقية لان استدلال نقلة اللغة على الحقيقة بمجرد الاستعمال كعلم ابن عباس بالفاطر والدهاق ولقوله **عَلَيْهِمْ** يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة (٢) ويروى ما يحرم من النسب (٣) (ومن) حيث ان الاستعمال اعم من الحقيقة والمجاز والادالة للعام على الخاص فالمرجع الترجيح والحق ترجيح المجاز لما تقرر في الاصول ، (ولهم) ان يقولوا الفهم عند التجرد عن القرائن من ارباب اللسان من خواص الحقيقة (الثانية) الفاعل الصغير من حيث العموم المتناول له لان (من) في المجازات والاستفهام للعموم (ومن) انه حال الوطى لا اثر لان التحريم تكليف وبعده لامؤثر، والحق عندي الاول لانه من باب الاسباب والتكليف على الولي كما لو زوجه ابوه فانه يحرم عليه ام زوجته يعني انه يحرم على الولي انكاحه امها وبعده بالبلوغ يتعلق به فحال الفعل وجد الاثر .

قال قدس الله سره : ولو اوقب (٤) خنثى مشكل او اوقب فالاقرب

عدم التحريم .

(١) النور ٢٩ (٢) سنن ابي داود (ج٢) باب ما يحرم من الرضاة

(٣) ثل في غير واحد من اخبار باب ١ ن ابواب ما يحرم بالرضاع

(٤) الاول بالبناء للمعلوم والثاني المجهول .

ولوقليلا اما الغسل فانما يجب بغيوبة الجميع ولا يحرم على المفعول بسببه شيء .
 (هـ) لو عقد المحرم فرضا او نفلا احرام حج او عمرة بعد افساده او لا على امرأة
 عالما بالتحريم حرمت ابدأ وان لم يدخل وان كان جاهلا فسد عقده و جازله العود بعد
 الاحلال، فان دخل (قيل) تحرم عليه مؤبداً ولا تحرم الزوجة بوطيها في الاحرام مطلقا .
 (و) المطلقة تسعا للعدة ينكحها بينها رجلان تحرم مؤبداً ولا يشترط التوالى فلو
 تخلل التسع طلاقات للسنة وكملت التسع للعدة حرمت ابدأ .

اقول : السبب الموجب للتحريم الايقاب وذكورية الموقب و الجهل بالجزء
 يستلزم الجهل بالكل و الجهل بالسبب يستلزم الجهل بالمسبب فالحكم بالتحريم هنا
 مع جهل سببه قول على الله بما لا يعلم وهو منهي بنص القرآن ، ولا يصح القلب لان الاصل
 الاباحة ، ومن ثم حكم باقرية عدم التحريم (ويحتمله) لان الاحتياط يقتضى التحريم،
 ولاغلبة التحريم عند التعارض ، و لان الزوجة المشتبهة بالاجنبية يحكم بتحريمها و
 الاقوى عدم التحريم .

قال قدس الله سره : لو عقد المحرم (الى قوله) فان دخل قيل يحرم مؤبداً .

اقول : مفهوم كلام الشيخ في النهاية التحريم مؤبداً بالعقد مع العلم بالتحريم
 دخل او لا ومع الجهل بالتحريم يفرق بينهما ويجدان العقد بعد الاحلال ولم يتعرض
 بالدخول وعدمه وتبعه ابن البراج ، وقال سائر يحرم بالعقد عليه ابدأ واطلق ولم يقيد
 بالعلم ولا بالدخول ، وقال في الخلاف اذا تزوجها في حال احرامها جاهلا فدخل بها فرق
 بينهما ولم تحل له ابدأ وان كان عالما ولم يدخل بها فرق بينهما ايضا ولم تحل له ابدأ ،
 وقال والدى قدس الله سره في المختلف والذى بلغنا في هذا الباب ما رواه زرارة ، عن
 الصادق عليه السلام : والمحرّم اذا تزوج وهو يعلم انه حرام عليه لا تحل له ابدأ (١) ومقتضى
 هذه الرواية التحريم مع العلم سواء دخل او لا وعدمه مع الجهل سواء دخل او لا عملاً بالمفهوم .
 هذا آخر كلامه ولهذا اشار بقوله (وقيل) والاقوى عندى التحريم المؤبد مع العلم بالتحريم
 مطلقا او الدخول مع عدمه :

(١) كلب ٣١ خبر ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

وفي الامة اشكال اقربه التحريم في التسع اذا نكحها بعد كل طلقتين رجل .

تنبيهه: اطلاق الاصحاب كون التسع للعدة مجاز لان الثالثة من كل ثلاث ليست منها بل هي تابعة للاولين فلو وقعت الثانية للسنة فالذى (التي - خ) للعدة الاولى لاغير ، ولو

قال قدس الله سره : وفي الامة اشكال اقربه التحريم في التسع

اقول : النص على انه اذا طلق الحرة تسعاً للعدة ينكحها بينهما رجلان يحرم عليه ابدأً والامة اذا طلقها للعدة يحتمل وجوها ثلاثة (الف) عدم تحريمها لا بالتسع ولا باقل ولا باكثر لعدم تناول النص اياها ، والقول بلا نص تحكّم (ب) تحريمها في السادسة لان كل طلقتين قائمة مقام ثلاث طلقات فالست مقام التسع (ج) يجوز تحريمها في التاسعة لانه اولى لان محرم الامة اقل من محرم الحرة ولورود النص بصيغة العموم ، وقيد ينكحها بينها رجلان يتناول الحرة والامة فانه اذا نكح الامة اكثر من رجلين بينهما فقد نكحها رجلان لان النص لم ينف الزيادة وعندى في هذه المسألة اشكال .

قال قدس الله سره : تنبيهه : اطلاق الاصحاب (الى قوله) فكذلك على الاقوى

اقول : سألت والدى المصنف قدس الله سره عن قول الاصحاب (اذا طلق الحرة تسعاً للعدة ينكحها بينها رجلان حرمت ابدأً) انه يستلزم احد امرين (اما) عدم الاكتفاء بنكاح رجلين بينها (او استحالة) كون التسع للعدة (فاجاب) بان المحال انما يلزم لو ارادوا بالتسع للعدة حقيقة وليس كذلك بل المراد منه المجاز فان ثالثة كل ثلاث يطلق عليها انها للعدة بطريق المجاز للمجاورة او تسمية كل الثلاث طلاق العدة تسمية للكل باسم اكثر اجزائه ثم فرغ المصنف قدس الله سره على هذه القاعدة مسألتين (الف) انه لو كانت الاولى للعدة والثانية للسنة فالثالثة ليست للعدة حقيقة قطعاً ولا مجازاً . لاقتفاء المعنيين المحتملين في صورة النص (ب) انه لو كانت الاولى للسنة والثانية للعدة (فهل) يتبع الثالثة الثانية في التسمية (اولاً) قال المصنف الاقوى لا : فالتى للعدة الثانية لاغير (لان) الوارد في النص انما هو تبعية الثالثة للاولين فالمعتبر تسمية الكل باسم اكثر اجزائه (ولان) المجاز من خواصه عدم اطراده لان الاطراد من خواص الحقيقة (ويحتمل ضعيفاً تبعيتها الثانية ان كان المعبر في نظر الاصحاب المجاورة ، والحق عندى

كانت الاولى فكذلك على الاقوى ، اما الامة فان قلنا بتحريمها في الست فالاقوى تبعية الثانية للاولى (ز) من فجر بعتمه او خالته قريبا وبعد تا حرمت عليه بنتاهما ابدأ ، ولو وطى و شبهة فالاقرب عدم التحريم .

الاول لان تبعية المطلقة لغيرها على خلاف الاصل (ولان) الاصل الاباحة فالتحريم المؤبد على خلافه (ولان) الاسباب الشرعية يقتصر بها على محل النص هذا تقرير المصنف لى في رمضان سنة تسع وسبعمائة فى السلطانية فى صحبة السلطان غياث الدين خدا بنده محمد رحمه الله .

قال قدس الله سره : اما الامة (الى قوله) تبعية الثانية للاولى .

اقول : هذا تفريع على تحريم الامة فى الست (فان قلنا به) فاما ان نقول ان الثالثة فى طلاق الحرية يتبع ما قبلها بالمجاورة او يتبع الاكثر فان قلنا بالاول تبعت الثانية الاولى فى الامة والالم يتبع فيقع الستة للمعدة فى اثني عشر طلقة .

تبيينه

اختار المصنف فى الحرية عدم تبعية مطلق المجاورة بل اعتبر الاغلب وجعله اقوى وفى الامة اعتبر المجاورة وجعله اقرب والفرق بينهما من وجهين (الف) ان كل طلقتين من الامة مقام ثلث فى الحرية و الثالثة تابعة للسابقة فتكون الاولى فى الامة مساوية للطلقتين فى الحرية لاتحادهما فى النوع وهو كونها للمعدة والثالثة التى هى مخالفة لها بالنوع وهى كونها مجازا مساو للثالثة (ب) ان فى الحرية يحصل الاكثرية حقيقة وفى الامة يمتنع ذلك ولانافى بين قوله الاقوى فى المسألة الثانية والاقوى فى المسألة الاولى لان : فى الثانية ثبوت القوة على تقدير وهو على القول بتحريمها فى الست: وفى الاولى مطلقا ولا تنافى بين الذى على تقدير وبين ما هو مطلق .

قال قدس الله سره : من فجر بعتمه او خالته (الى قوله) فالاقرب عدم التحريم .

اقول : وجه القرب عدم تناول النص اياه ولا قياس فى الاسباب باجماع الامة (واعلم) انه على القول بان الوطى بالشبهة ينشر تحريم المصاهرة فهنا يحرم قطعاً بالخصوصية

ولوسبق العقد الزنا فلا تحريم ، وفي بنتيهما مجازاً اورضاعاً اشكال .

(ح) لا يحل وطى الزوجة الصغيرة قبل ان تبلغ تسعافان فعلم تحرم على الاصح العمة او الخالة بل بمجرد الوطى بالشبهة واما على عدم التحريم بوطى الشبهة في غير هذه الصورة هل يحرم هنا يحتمله للنص على الزنا فاذا قام الزنا مقام الوطى الصحيح في تحريم المصاهرة فالشبهة اولى (ويحتمل) العدم لان المحرم بالنص هو النكاح الصحيح والزنا في هذه الصورة وكلاهما منتف هنا وهذا هو المبحث هنا .

قال قدس الله سره : وفي بنتيهما مجازاً اورضاعاً اشكال .

اقول : هنا مسألتان (الف) بنت البنت و منشأ الاشكال فيها (من) تنزله منزلة الصحيح في التحريم بالنص فيتعدى الى بنت البنت وهكذا كالصحيح (ومن) انها ليست ببنت حقيقة واللفظ انما يحمل على حقيقته لامجازه (ولان) الاصل الاباحة وانما قال (في بنتيهما مجازاً) اشارة الى فائدة هي ان الناس اختلفوا في ان بنت البنت هل هي بنت حقيقة اولا ، فعلى القول بانها بنت حقيقة لاشك في تحريمها ، واما على القول بانها ليست ببنت حقيقة بل مجازاً ففيه اشكال ومنشأه ما ذكر (ب) البنت من الرضاع وفي تحريمها اشكال منشأه (من) ان الرضاع يحرم بهما يحرم من النسب وبنتها نسباً تحرم فكذا رضاعاً (ومن) انها ليست ببنت حقيقة والرضاع يشابه النسب بالنسبة الى المحرم عليه وبنت المنكوحه انما تحرم بالمصاهرة .

قال قدس الله سره : ولا تحل وطى الزوجة الصغيرة (الى قوله)

الام مع الافضاء .

اقول هنا مسألتان (الف) لو وطى عزوجته قبل بلوغها تسعا (قيل) تحرم مطلقاً سواء افضاها اولا وهو قول الشيخ في النهاية (وقال) ابن حمزة ان افضاها حرمت ابداً (احتج) الشيخ بما رواه يعقوب بن يزيد عن بعض اصحابنا ، عن الصادق عليه السلام : قال اذا خطب الرجل المرثه فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرق بينهما ولم تحل له ابداً (١) (والجواب) انها مرسله ، والحق ان التحريم منوط بالافضاء : قال والدى في المختلف الظاهر ان مراد الشيخ في النهاية ذلك (ب) انه اذا افضاها حرمت عليه ابداً اجماعاً .

(١) ثل ب ٣٣ خبر ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

الامع الافضاء وهو صيرورة مسلك البول والحيض واحداً او مسلك الحيض والغايط على رأى ، فتحرم مؤبداً (قيل) ولا تخرج من حباله وفيه نظر .

قال قدس الله سره : وهو صيرورة مسلك البول (الى قوله) على رأى .

اقول : الافضاء صيرورة مسلك البول ومسلك الحيض وهو مدخل الذكر واحداً وهذا هو الصحيح ، وقال بعضهم مسلك الحيض والغائط واحداً وهو بعيد لبعدهما بين المسلكين وهذه المسألة ليست من هذا العلم بل (اما) من علم التشريح ان نظر الى المعنى (واما) من علم اللغة ان نظر الى وضع اللغوى فالفقيه يتسلمه تسليماً ثم يرتب عليه الحكم .
قال قدس الله سره : فتحرم مؤبداً قيل ولا تخرج من حباله وفيه نظر .

اقول : اذا وطىء زوجته الصغيرة اعنى دون تسع فافضاء به حرمت مؤبداً (وهل) تخرج من حباله اى تبين منه من غير طلاق او لابل الزوجية باقية و لا بدفى البينونة من طلاق فيه للاصحاب ثلاثة اقوال (الف) انها لا تخرج من حباله وهو قول ابن ادريس ويظهر من كلام الشيخ فى النهاية لاصالة بقاء النكاح ولا يجب عليه الطلاق بل يكون مخيراً :
لما رواه يزيد العجلي ، عن الباقر عليه السلام : فى رجل افترض جاريتته يعنى امرأته فافضاءها قال عليه السلام عليه الدية ان كان دخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين ، قال فان امسكها ولم يطلقها فلا شىء عليه الحديث (١) وهو يدل على انها لا تبين بذلك وانه مخير فى طلاقها (وفيه نظر) لان معنى ملك البضع اباحة الوطى فاذا خرج عن الاباحة زال الملك و هو معنى البينونة (ب) انها تبين منه بمجرد ذلك بغير طلاق و هو قول ابن حمزة و يظهر من كلام المفيد : لما رواه يعقوب بن يزيد ، عن بعض اصحابنا ، عن الصادق عليه السلام : قال اذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرق بينهما ولم تحل له ابداً (٢) وهذه صيغة بطلان النكاح (ج) التوقف وهو قول المصنف لان كل ما حرم مؤبداً منع ابتداء النكاح وهو اقوى من الاستدامة (ولان) . التحريم المؤبد ينافى غاية العقد الذاتية التى هى اثره بالذات والباقى بالتبعية واذ اثبت احداً المتنافيين انتهى الاخر واذ انتهى اثر الغائى

(١) ثلث ٣٣ خبر ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة

(٢) ثلث ٣٣ خبر ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة.

ويجب عليه الانفاق عليها إلا ان يموت أحدهما وان طلقها وتزوجت بغيره على اشكال (وهل) تثبت هذه الاحكام في الاجنبية الاقرب نعم، وفي النفقة اشكال .

بطل السبب لانه معناه (ومن) حيث ان العقد ثبت ابتداء وقد ثبت اثره في زمان والاصل البقاء (ولانهم) لم يعدوه في اسباب الفسخ ، والاصح عندي انها تخرج من حباله .

قال قدس الله سره : ويجب عليه الانفاق (الى قوله) على اشكال .

اقول : ينشأ (من) عموم النص الدال على الانفاق عليها دائماً المتناول لصورة النزاع فان الحلبي روى عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل تزوج جارية فوقع بها فافضاها قال عليه الاجراء عليها مادامت حية (١) و (من) حيث ان المرأة لا يمكن ان يجب نفقتها بالزوجية على اثنين بغير اشتباه (ولان) العلة خروجها عن صلاحية الزوجية عادة فلا تحصل لها نفقة من غيره فوجبت النفقة عليه وقد اتفتت العلة بتزويجها . بالثاني - خ

قال قدس الله سره : وهل تثبت هذه الاحكام في الاجنبية الاقرب نعم

اقول : هذه الاحكام اشارة الى احكام ثلاثة (الف) التحريم المؤبد (ب) وجوب الانفاق دائماً اذا لم تزوج (ج) انه لو تزوجت بغيره هل يجب عليه النفقة اولا (يحتمل) في الكل العدم لعدم النص ، والاقرب في الاول المساوات لانه اذا حرّم الزوجة فالاجنبية اولى بالتحريم (ولان) النكاح سبب تام للتحليل فلا يصلح ان يكون سبباً ولا جزءاً مسبب في بطلان نفسه وفي التحريم ، فتعين الصغر والافضاء لسببية التحريم وهما موجودان في الاجنبية فهو من باب التنبيه بالادنى على الاعلى .

(واما الثاني) فيحتمل وجوب الانفاق لوجود العلة وهو الافضاء للصغيرة وعدم رغبة الأزواج فيها غالباً فهو من باب اتحاد طريق المسألتين لا القياس والنكاح لا يصلح ان يكون سبباً ولا جزءاً سبب ولا شرطاً والآل لم يوجد مع عدمه (وفيه نظر) لجواز كونه من الاسباب المعدة كما في الطلاق والملك والعتاق ومنه ينشأ احتمال العدم هنا (ومن) اصالة البرائة (ولان) الاسباب الشرعية يقتصر فيها على محل النص من غير تعدية .

(واما الثالث) فان قلنا بعدم وجوب الانفاق على الاجنبية مع عدم التزويج فمعه

(وهل) يشترط في التحريم المؤبد في طرف الاجنبى نقص السن عن تسع فيه نظر ينشأ (من) كون التحريم المؤبد مستندا الى تحريم الوطى في طرف الزوج وهو هنا ثابت في التسع، والاشكال في الاجنبى قبل التسع اضعف، والاقر ب عدم تحريم الامة والمفضاة بالاصبع ولو كان الافضاء بعد بلوغ الزوجة لم يكن على الزوج شىء ان كان بالوطى .

اولى ، وان قلنا بوجوب الانفاق عليها مع عدم التزويج فمع التزويج (يحتمل) وجوده لان سبب وجوب الانفاق الصغر والافضاء وقد حصل (ولانه) عقوبة (ويحتمل) عدمه لان علة الانفاق عدم صلاحيتها للزواج وقد اتقى فينتفى فيه (واعلم) ان الشيخ في الخلاف اوجب الانفاق حتى يموت احدهما في النكاح الصحيح والشبهة خاصة وكلام المصنف مشعر بوجوب الانفاق في الشبهة والزنا وابن ادريس منع من وجوده في الشبهة وقصره على النكاح الصحيح وهو الاصح عندى .

قال قدس الله سره : وهل يشترط في التحريم المؤبد (الى قوله) في التسع .

اقول : قد ذكر المصنف وجه التحريم ، والاقوى عندى عدم التحريم في البالغة لعدم النص واصالة الاباحة (ولان) الاجنبية محمولة على الزوجة اما باتحاد طريق المسألتين او بالتبنيه بالادنى على الاعلى والزوجة التى هي الاصل لا تحرم مع بلوغ التسع بالافضاء فالمحمول اولى ولعموم قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء (١) خص بما دل النص عليه فيبقى الباقي على حكم العام وبهذا افتى .

قال قدس الله سره : والاشكال في الاجنبى قبل التسع اضعف .

اقول : لانه قد قوى التحريم في الاجنبى قبل التسع فاذا ترجح احد الطرفين كان احتمال الآخر وهو عدم التحريم هنا اضعف واياه عنى بقوله (والاشكال اضعف) و اعترض بان الاشكال هو تكافؤ الاحتمالين فمع ترجيح احدهما ينتفى الاشكال (واجيب) بأنه استعمل الاشكال هنا في مجازه كما تقدم لان الترجيح هنا غير مانع من النقيض .

قال قدس الله سره : والاقر ب عدم تحريم الامة والمفضاة بالاصبع .

اقول : لعدم تناول النص اياه لان موضوع هذه القضية ليس بجزئى من جزئيات

المقصد الثاني في التحريم غير الموبد

وفيه فصول : الاول في المصاهرة وفيه مسائل

(الف) تحرم بنت الزوجة و ان نزلت اذالم يكن قد دخل بالام تحريم جمع بمعنى انه اذا ابان الام بفسخ او طلاق او موت حلت له البنت و مع الدخول تحرم بناتها و ان نزلن مؤبداً ، و الاقرب مساواة الوطى في الفرجين و عدم اشتراط البلوغ و العقل في الواطى و الموطوثة و لا الاباحة كالوطى في الاحرام و الحيض و لا دوام النكاح و العقد و الملك واحد .

موضوع المنصوص عليها و الاصل الاباحة (ويحتمل) التحريم لانها مساوية للزوجة و الافضاء هو المقضى للتحريم و هو موجود و ليس بجيد لانه اخذ غير السبب مكانه .

المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد

قال قدس الله سره : و الاقرب مساوات الوطى في الفرجين .

اقول : الدخول بالزوجة في القبل يحرم نكاح البنت اجماعاً و المذكور هنا الوطى في الدبر هل ينزل منزلة الوطى في القبل في التحريم اولاً ، الاقرب نعم لانه يثبت به الحد و يستقر المهر و تجب العدة في الطلاق و يلحق النسب فثبوت احد المعلولين لعدة واحدة يستلزم ثبوت الآخر و هو برهان ، انى (ويحتمل) ضعيفاً لعدم ثبوت الاحصان ، و الحق عندي الاول و به افق .

قال قدس الله سره : و عدم اشتراط البلوغ (الى قوله) و لا دوام النكاح

اقول : المطلوب انه لا يشترط في الدخول المحرم لبنت الزوجة هذه الاشياء التي ذكرها لان الدخول صادق في الكل وهو الوصف الذي علق عليه الحكم في الآية فيثبت الحكم (ويحتمل) ضعيفاً لعدم لان قوله تعالى و ربائبكم الى قوله دخلتم بهن (١) خطاب فلا يتناول غير المكلف و هذا الاحتمال انما هو في الواطى اما المرأة فلا يشترط فيها العقل قطعاً و لا البلوغ من غير احتمال و اما خلوها من محرّم عارض يجامع الزوجية كلاحرام

(ب) تحرم اخت الزوجة بالعقد دائماً ومنقطعاً تحريم جمع سواء دخل بالاخت أولاً وسواء كانت لاب أو لام أولهما ولا تحرم اخت الاخ إذا لم تكن اختاً ولا تحرم الجمع بينهما في الملك ولو طلق رجعيًا حرمت الاخت حتى تخرج العدة ولو طلق بائناً أو فسخ لعيب (لسبب-خ) حلت في الحال على كراهية حتى تخرج العدة.

(ج) تحرم بنت اخت الزوجة معها وبنت أخيها وان نزلتا على أشكال تحريم جمع ان لم تجز الزوجة فان اجازت صح ، وله ادخال العمّة والخالة على بنت الاخ وبنت الاخت وان كرهتا ، والاقرّب ان للعمّة والخالة فسخ عقدهما لو جهلنا لا المدخول عليها.

(د) لا يجوز نكاح الامّة لمن عنده حرة الا باذنها .

والحيض والصوم فلا شك في عدم اشتراطه وكذا لاشك في عدم اشتراط دوام النكاح فان المنقطع وملك اليمين تحرم كالدوام قطعاً .

قال قدس الله سره : تحرم بنت اخت الزوجة معها وبنت أخيها وان نزلتا على أشكال !

اقول : الاشكال في قوله وان نزلتا لان التحريم لحرمة الخالة او العمّة وتنزيلهما منزلة الام ولهذا سمّت العرب الخال اباً وورد في القرآن في آذر وهو خال ابراهيم عليه السلام فيتعدى الى بنت البنت بل هو اولى لانه اذا كانت امها التي حرمتها اكثر منها لا يجوز ادخالها لاعلى عمتها ولاعلى خالتها لاجل تعظيم العمّة والخالة فيكون عدم جواز ادخال بنتها التي هي اقل حرمة منها اولى لانه من باب التنبيه بالادنى على الاعلى (ويحتمل) عدمه للاصل وبنت البنت بنت مجازاً واللفظ لا يحمل على مجازه عند الاطلاق ولا المجموع من الحقيقة والمجاز .

قال قدس الله سره : والاقرّب ان للعمّة (الى قوله) المدخول عليهما .

اقول : اذا تزوج العمّة او الخالة على بنت الاخ او الاخت من غير علم العمّة او الخالة ، فليس لهما فسخ نكاح بنت الاخ او بنت الاخت (لان) نكاحهما قد ثبت ولزم والاصل البقاء ، وهل لهما فسخ نكاح انفسهما الاقرّب عند المصنّف ذلك وهو مبني على مقدمتين (الف) تحريم الجمع بين العمّة والخالة وبين بنت الاخ وبنت الاخت من غير رضا العمّة او الخالة ، سواء تقدم نكاح العمّة او الخالة على عقد البنين او تأخر او قارن

(هـ) لا تحل ذات البعل او العدة لغيره الا بعد مفارقتها والعدة ان كانت من اهلها .
 (و) لو تزوج الاختين نسبا او رضاعا على التعاقب كان الثاني باطلا سواء دخل بها
 اولاوله وطى زوجته في عدة الثانية فان اشتبه السابق منع منهما فالاقرب الزامه بطلاقهما
 ويجوز مع رضی العمّة او الخالة مطلقا (اما) تحريم الجمع (فلما) رواه ابو الصباح الكناني
 عن الصادق عليه السلام قال : لا يحل للرجل ان يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة و
 خالتها (١) و(اما) توقف جواز الجمع على رضی العمّة والخالة خاصة : (فلما) رواه محمد
 ابن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام : قال : لا تزوج ابنة الاخت على خالتها الا بأذنها
 وتزوج الخالة على ابنة الاخت بغير اذنها (٢) ولم يفرق الامّة بين العمّة والخالة ولم يقل
 احد باعتبار رضاء البنّتين بل برضاء العمّة والخالة واجمعوا على انه ليس لبنت الاخ ولا لبنت
 الاخت فسخ نكاح العمّة والخالة وان تأخر عقد العمّة او الخالة، والضمير في قوله (وتزوج
 الخالة على بنت الاخت بغير اذنها) راجع الى بنت الاخت : و(لما) رواه محمد بن مسلم
 عن الباقر عليه السلام قال : لا تزوج الخالة والعمّة على بنت الاخ وبنت الاخت بغير اذنها (٣)
 والضمير في قوله (بغير اذنها) راجع الى العمّة والخالة باجماع اصحابنا (ب) انه ليس
 للمتأخّرة فسخ نكاح المتقدمة سواء كانت المتأخّرة العمّة او الخالة او البنّتين للزوم المتقدمة
 والاصل بقائه ، اذا تقرر ذلك تعين فسخ العمّة او الخالة نكاح انفسهما مع عدم رضاهما
 (ويحتمل) بطلان عقدهما من الاصل كما تقدم في رواية ابي الصباح الكناني .
 قال قدس الله سره : ولو تزوج الاختين (الى قوله) والاقرب الزامه
 بطلاقهما .

اقول : اما تحريمهما فلان احديهما محرمة عليه وقد اشبهت ولا يتم اجتناب

(١) ثلث ٣٠ خبر ٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

(٢) ثلث ٣٠ خبر ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

(٣) كذا في النسخ ولكن في (الكافي) باب المرأة تزوج على عمّتها او خالتها (التهذيب)

باب نكاح المرأة وعمّتها الخ (تزوج بغير لفظة (لا) وهو الصحيح .

فيثبت لهما ربع المهرين مع اتفاقهما واختلافهما على اشكال .

المحرمة الآباجتنا بهما وما لا يتم الواجب الابه فهو واجب واما وجوب الطلاق فلوجبين (الف) انه يجب حقوق الزوجية ويجب تحصيل برائة الذمة من الواجب والواجب لا يتم الآب الطلاق وما لا يتم الواجب المطلق الابه فهو واجب (ب) ان نكاح احديهما صحيح قطعاً ويجب عليه ايفاء حقها وابطانها لقوله تعالى: فامسك بمعروف او تسريح باحسان (١) والاول متعذر فيجب الثاني ولا يتيقن بينوتهما منه الآب طلاقهما جميعاً و (اما) الزام الحاكم اياه بالطلاق فلان كل من وجب عليه شيء يجبره الامام على فعله ان تركه اختياراً لانه من باب اللطف (ويحتمل) عدمه لبطان الطلاق مع الاكراه وعموم رفع حكم ما استكرهوا عليه (وفيد نظر) لان الاكراه الشرعي لا يبطل حكم الفعل والالزام لا يجبر الامام على فعل واجب فيبطل فائدة الامامة او استلزام جواز الاكراه (الاجبار - خل) نفيه اذا الشارع لا يلزم بالباطل و الاقوى عندي الزامه بالطلاق لان القول بالتوقف اضرار بالمرأة وخرج عليها والقرعة ظنية لا يباح بها ما يبني على الاحتياط كالفروج واستباحتها وعندى انه لا يجب مواجهة كل واحدة بالطلاق بل لو قال زوجتى منها طالق كفاه فتعدت ان له وله العقد بعد العدة على من شاء منهما (لا يقال) يشترط في الطلاق التعيين على الاصح (لانا نقول) ذكره بكونها زوجته صفة معينة لها في نفس الامر مشخصة، لانها ليستا بزوجتيه بل احديهما ثبتت لها هذه الصفة وانتفت عن الاخرى في نفس الامر وهو كاف في التعيين بخلاف ما لو قال لزوجتيه احديكما طالق .

قال قدس الله سره : فيثبت لها ربع المهرين مع اتفاقهما واختلافهما

على اشكال .

اقول : امام اتفاق المهرين جنساً وقدرأ وعدم تعيينهما او تعيين احدهما شخصاً

فوجب ربع المهرين ظاهر لاشك فيه لان احديهما زوجته في نفس الامر وقد طلقها قبل الدخول فلها نصف المهر وهو ربع المهرين و(اما) مع اختلافهما جنساً او شخصاً وقدرأ فالاشكال فيه ، ومنشأه ان ربع المهرين ليس نصف ما فرضتم فانه اذا كان احدهما ذكراً والآخر فوضة كان النصف الواجب من احد الجنسين وماهية المركب مخالفة لماهية اجزائه

(ويحتمل) القرعة في مستحق المهر، والايقاف حتى تصطلحا، ومع الدخول يثبت المهران مع الجهل فليس له حينئذ تجديد عقد الأبعد العدة، ولو اوجبنا في الفاسد مهر المثل واختلفت فالقرعة قطعاً (ولانه) يستلزم وجوب ما لم يجب وسقوط بعض ماوجب في نفس الامر لنفي احد الجنسين في نفس الامر قطعاً (فعلى هذا) يحتمل القرعة والايقاف (ومن) ان نصف احدهما مستحق وانحصاره في واحد ترجيح من غير مرجح فكان منهما (ولانا) نجمع بين دعوييهما في نصف المهر المستحق فكل منهما تدعى الجميع فيقسم بينهما ويعطى كل واحدة الواقع لها وهو الربع في ما وقع عليه عقدها وكذا لو تشخص كل واحد من المهرين او احدهما او اختلفا قدرأ واتحدا جنسا .

قال قدس الله سره: ويحتمل القرعة في مستحق المهر والايقاف حتى تصطلحا

اقول: وجه القرعة انه امر مشكل وكل امر مشكل ففيه القرعة بالنص (ووجه الايقاف حتى تصطلحا) امكان ارتفاع الاشتباه لان التذكر ممكن (ولانه) يشتمل على رضاء الزوجة في نفس الامر بما وصل اليها والى الاخرى فهو مبرىء للذمة يقينا (واعلم) ان القرعة و الايقاف على تقدير جهل الكل بالسبق وعدمه او على دعوى كل من الزوجين السابق و نكولهما عن اليمين وعدم تصديق الزوج لاحديهما لجهله اما لو ثبت سبق احديهما بعينها على الاخرى ثبت مهرها والبحث عن شعب هذه المسألة وفروعها لانطوّل بذكره و لا يمكن تحصيل يقين البرائة (واعلم) ان هذه تصلح اصلا للاولى فانه على القرعة ثبت مهر من خرجت زوجة من غير قسمة وعلى الايقاف تجيء الاحتمالات الاول فاذا بان السابق ردت الاخرى ما اخذته واخذت من ظهرت التتمة .

قال قدس الله سره: ومع الدخول ثبت المهر (الى قوله) فالقرعة .

اقول: اذا تزوج الاختين على التعاقب واشتبه السابق و دخل بهما وطلقهما وجب عليه مهران لاستقرار المهر بالدخول فهنا مباحث (الف) الاقوى عندي و عند والدى انه يجب في العقد الفاسد بالوطى مهر المثل خلافا لبعضهم كالشيخ في بعض اقواله فانه اوجب المسمى وسيأتى البحث فيه فيجب عليه مهر المثل بفاسدة العقد والمسمى لصحيحته وان اتفق المسميان ومهر المثل فلا اشكال (لان) المدفوع الى كل واحد منهما يصلح

ولو اتحد العقد بطل (وقيل) يتخير .

ان يكون مهر المثل لها ويصلح ان يكون مسماهها وان كانت زوجة فهلها بالتسمية وان كانت اجنبية فهلها بمهر المثل ولولم يتفق المسميان و مهر المثل (فنقول) كلما حصل اختلاف بين المهرين المسميين او مهرى المثل او مسمى احديهما ومهر مثلها فالقرعة او الايقاف حتى تصطلحا والاقوى القرعة (ب) المراد بالجهل في قوله (مع الجهل) الجهل الراجع لتحريم الوطى على المرأة بحيث لا يكون بغيا ويتحقق بجهلها بتأخر عقدها و بالتحريم فلامهر لها (ج) قوله (وليس له تجديد العقد الا بعد العدة) تقريره انه اذا طلق فاما ان يطلق زوجته منهما او يواجه بالطلاق كل واحدة منهما وعلى كلا التقديرين (فان كانتا) بائنتين كان له نكاح ايتهما شاء من حين الطلاق ولو كان طلاق احديهما بائنة كان تكون يائسة دون الاخرى فله نكاح غير البائنة بمجرد طلاق البائنة وليس له نكاح البائنة الا بعد انقضاء عدة غير البائنة لا احتمال كونها هي الزوجة (وان كانتا) ذاتى عدة فان انقضت عدتهما معا كان له نكاح ايتهما شاء وان انقضت عدة احديهما قبل الاخرى صح نكاحه على من لم ينقض عدتها دون الاخرى ان قلنا ان عقد النكاح على الرجعية رجعة او اردفه بالرجعة والافلا يجوز العقد على احديهما الا بعد خروج عدتيهما .

قال قدس الله سره : ولو اتحد العقد بطل وقيل يتخير

اقول : الاول اختيار المصنف هنا ابن حمزة وابن ادريس (والثاني) وهو التحخير اختيار الشيخ في النهاية وابن الجنيد وابن البراج (احتج) الشيخ بما ورد في الحسن، عن جميل بن دراج ، عن الصادق عليه السلام : في رجل تزوج خمسا في عقد : قال يخلني سبيل ايتهن شاء ويمسك الاربع (١) ومارواه جميل بن دراج ايضا ، عن بعض اصحابنا ، عن احدهما عليه السلام في رجل تزوج اختين في عقد واحد قال هو بالخيار في ان يمسك ايتهما شاء ويخلني سبيل الاخرى (٢) (احتج) ابن ادريس بانه عقد منهي عنه والنهي يدل على الفساد وهذا هو الاصح عندى وعند والدى لان العقد على كل واحدة محرّم لنكاح الاخرى

(١) تل ب ٤ خبر ١ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد .

(٢) تل ب ٢٥ خبر ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

ولو وطىء امته بالملك حرمت عليه اختها به حتى يخرج الاولى عن ملكه ببيع او هبة او غيرها، وفي اشراط اللزوم او الاكتفاء بالتزويج او الرهن او الكتابة اشكال.

ويبطل للعقد عليها ونسبته اليهما واحدة فيلزم بطلانه بالنسبة الى كل واحدة منهما والالزم الترجيح من غير مرجح (وان) اثر العقد الاباحة فلو اثر فاماً لهما واحداً بينهما بعينها ولا بعينها والكل باطل (اما الاولان) فبالضرورة و (اما الاخير) فلان الاباحة امر معين فلا تحل في محل غير معين في نفس الامر فاذا لم يؤثر العقد بطل .

قال قدس الله سره : ولو وطىء امته بالملك (الى قوله) او الكتابة اشكال .
اقول : اجمع علماء الاسلام على جواز الجمع بين الاختين في الملك فلو اشترى جارية فوطئها لم يحرم شراء اختها اجماعاً لان الغرض الذاتي من الملك التمويل دون الاستمتاع ولهذا حل له شراء المجوسية والوثنية والمعتدة والمزوجة والمحرمة عليه بالمصاهرة وانما المحرم الجمع بينهما في النكاح : لقوله تعالى الاعلى ازواجهم او ما ملكت ايماهم (١) ولا يدخل الجمع في ملك اليمين وان تناوله بظاهره لانه غير مراد باجماع علماء الاسلام اذا تقرر ذلك (فنقول) اذا حرمت الاولى بخروجها عن ملكه خروجاً لازماً كعتقها او بيعها بغير خيار اجمع علماء الاسلام على حل الاخرى ولكن هنا مسألان (الف) هل يشترط في العقد الناقل عن ملكه اللزوم او يكفي مجرد العقد الناقل فيه اشكال فيحتاج الى بيان مبناه ومنشأه (فنقول) مبناه على ان الملك ينتقل بنفس العقد قبل انقضاء الخيار ومنشأه (من) حيث ان النص المتفق عليه جاء بانه حرمت الاخرى الى ان تخرج الاولى عن ملكه فهو نهاية التجريم وقد حصل (ولان) الغاية لو كان الخروج اللازم لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة واخذ غير السبب مكانه وهو لا يجوز (ومن) حيث ان المقصود بالخروج عدم تمكنه من العود اليها ولم يحصل وفي الصغرى منع (ب) هل يكفي عقد محرّم للوطى عليها للغير لازم من جهته غير مخرج عن الملك كالتزويج والرهن او يقطع التصرف ويحرم الوطى ويؤل الى اخراج الملك و حكمه حكم المخرج عن الملك كالكتابة المطلقة (ام لا) اشكال ينشأ (من) حيث ان (الى) لانتهاى الغاية

فان وطىء الثانية ايضا قبل اخراج الاولى (قيل) ان كان عالما بالتحريم حرمت الاولى حتى تموت الثانية او يخرجها عن ملكه للعود الى الاولى فان اخرجها لذلك لم تحل الاولى ، و الاقرب انه متى اخرج احديهما حلت له الاخرى سواء كان للعود اولا وسواء علم بالتحريم اولا وان لم يخرج احديهما فالثانية محرمة دون الاولى .

وذوالغايه هنا التحريم والغاية الخروج عن الملك (لما) روى عن مير المؤمنين عليه السلام انه قال من وطىء احدى الاختين فلا يطأ الاخرى حتى يخرج الاولى عن ملكه (١) فقبلها لا ينقطع والآلم تكن هي الغاية (ومن) حيث ان المقصود التحريم وقد حصل ، و الاقوى عندي انه لا بد من خروج الرقبة عن ملكه خروجا لازما للنص و اضعف التحريم تحريم الرهن وجزم المصنف فى التذكرة انه لا تحل له برهنها لان المنع لحق المرتهن لا لتحريمها و لهذا تحل باذن المرتهن فى وطئها (ولانه) يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه واما التزويج والكتابة المطلقة فسبب التحريم لا يقدر على رفعه .

قال قدس الله سره : فان وطىء الثانية (الى قوله) محرمة .

اقول : قوله وان كان عالما (الى قوله والاقرب) هو قول الشيخ رحمه الله فى النهاية وتبعه ابن البراج وابن حمزة ووالدى المصنف فى المختلف وقوله (والاقرب الخ) قول ابن ادريس ، والاقوى عندي الاول لما رواه الحلبي فى الحسن ، عن الصادق عليه السلام قال: سئل عن رجل كان عنده اختان مملوكتان فوطىء احديهما ثم وطىء الاخرى قال اذا وطىء الاخرى فقد حرمت عليه الاولى حتى تموت الاخرى قلت ارأيت ان باعها اتحل له الاولى قال ان كان يبيعها للحاجة و لا يخطر على قلبه من الاخرى شيء فلا يرى بذلك بأسا ولو كان انما يبيعها ليرجع الى الاولى فلا ولا كرامة (٢) ونحوه روى ابو الصباح الكنانى فى الصحيح عن الصادق عليه السلام : وعن على بن ابي حمزة ، عن الكاظم : قال سألته عن رجل ملك اختين ايطأهما جميعا فقال يطأ احديهما فاذا وطىء الثانية فقد حرمت عليه الاولى التى وطأها حتى تموت الثانية او يفارقها وليس له ان يبيع الثانية من اجل

(١) لم نثر عليه بهذا اللفظ نعم قد ورد ما هو بمضمونه فى غير واحد من الاخبار .

(٢) ثلث ٢٩ خبر ٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

ولو وطىء امة بالملك (قيل) جاز ان يتزوج باختها فتحرم الموطوءة مادامت الثانية زوجة (ز) لو تزوج بنت الاخ او الاخت على العمة او الخالة من النسب او الرضاع حرتين او امتين لاملك يمين على اشكال فان كان باذنهما صح والآبطل على رأى ووقع موقوفا

الاولى ليرجع اليها الا ان يبيع لحاجة او يتصدق بها او تموت (١) (قالوا) فيلزم فى الجاهل (قلنا) روى الحلبي عن الصادق عليه السلام: قال قلت له الرجل يشتري الاختين فيطأ احديهما ثم يطأ الاخرى بجهالة قال اذا وطىء الاخرة بجهالة لم تحرم عليه الاولى وان وطىء الاخرة وهو يعلم انها عليه حرام حرمتا جميعا (٢) قال الشيخ اى مادامت فى ملكه فاذا زال ملك احديهما حلت الاخرى (احتج) ابن ادريس بان علة تحريم نكاحهما الجمع للاختين وقد زال بزوال الملك فيبقى النكاح مباحا بالاصل وبقوله تعالى: **او ما ملكت ايمانهم** (٣) قوله (ولو لم تخرج احديهما فالثانية محرمة) هذا اختيار المصنف نص عليه ابن ادريس لان وطىء الاولى حلال ووطىء الثانية حرام والحرام لا يحرم الحلال لقول النبي صلى الله عليه وسلم: لا يحرم الحرام الحلال (٤) وعند الشيخ محرمتان عليه .

قال قدس الله سره : ولو وطىء امة (الى قوله) زوجة

اقول : قوله (قيل) اشارة الى قول الشيخ فى المبسوط والخلاف واختاره المصنف فى التحرير فان النكاح اقوى من الوطى بملك اليمين فاذا اجتمعا وجب تقديم الاقوى و لان الاستفراش بالنكاح اقوى لانه يتعلق به الظهار والطلاق والايلاء واللعان والميراث وسائر الاحكام فاذا كان فراش النكاح اقوى لم يندفع بالاضعف والمصنف لم يجزم به هنا (لان) الوطى يصير امة فراشا للحقوق الولد به فلم يجز ان يرد النكاح على فراش الاخت كالوطى (ولانه) فعل فى الاخت ما ينافى اباحة اختها المقترشة فلم يجب كالوطى والاقوى عندى الاول .

قال قدس الله سره : لو تزوج بنت الاخ (الى قوله) على رأى .

(١) ثلث ٢٩ خبر ١٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

(٢) ثلث ٢٩ خبر ٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

(٣) المؤمنون - ٦

(٤) ثلث فى غير واحد من اخبار باب ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة عن الائمة عليهم السلام

على رأى فان اجازت العمه او الخالة لزم ولا يستأنف آخر فان فسخته بطل ولا مهر قبل الدخول (وهل) للعممة او الخالة فسخ عقدهما والاعتزال (قيل) نعم وفيه نظر فتقع العدة حينئذ باينة .

اقول : منشأ الاشكال ان النص انما ورد على تحريم العقد فلا يتعدى الى ملك يمين (ومن) حيث قوله (لا ينكح) فهى عن النكاح مطلقا سواء كان ملك يمين او عقد وهو الاقوى عندي (واما المسألة الثانية) فالاول قول ابن ادريس والثاني قول الشيخين وسار ومنشأ القولين ان الاذن هل هو شرط في اباحة العقد او في تأثيره بالفعل للإباحة (فعلى الاول) يقع باطلا لانها محرمة (وعلى الثاني) يقع صحيحا كعقد الفضولي (احتج الاولون بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها (١) والنكاح حقيقة في العقد فالنهي عن العقد وبما رواه ابو الصباح الكنانى فى الصحيح عن الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: لا يحل للرجل ان يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها ولا على اختها من الرضاة (٢) واجمعت الامامية على تخصيصه بعدم الاذن لما رواه محمد بن مسلم فى الصحيح، عن الباقر عَلَيْهِ السَّلَامُ قال لا تزوج ابنة الاخت على خالتها الا بذنها و تزوج الخالة على بنت الاخت بغير اذنها (٣) فالاذن يبيح العقد (قالوا) النهى فى العقود لا يدل على الفساد (قلنا) مقتضاه مانعية السبب وعدم الاذن فى الاباحة فهى من باب المحرمات بدون الاذن .

قال قدس الله سره : هل للعممة او الخالة (الى قوله) وفيه نظر .

اقول : قال الشيخ والمفيد وسار: اذا عقد على بنت الاخ والاخت والعمه والخالة فى نكاحه يتخير العمه او الخالة (بين) فسخ نكاح البنت المذكورة (وبين) فسخ عقدهما انفسهما والاعتزال عنه ، وعند المصنف فيه نظر (ووجهه) ان عقد العمه او الخالة صح ولزم والاصل بقاء ما كان على ما كان والمنهى عنه هو عقد بنت الاخ او الاخت على ما ورد

(١) ثل ب ٣٠ خبر ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

(٢) ثل ب ٣٠ خبر ٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة (الى قوله) وخالتها وذياها

فى خبر ٨ منه عن ابي عبيدة .

(٣) ثل ب ٣٠ خبر ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

(ح) لو عقد على الامة من دون اذن الحره بطل او كان موقوفا على رأى، ويتخير الحره في فسخه وامضائه (وهل) لها فسخ عقدها السابق (قيل) نعم ولو تزوج الحره على
 في الخبر عن النبي ﷺ فهو الموقوف او الباطل ولتنا فيهما ، والاول ثابت فينتفى
 الثاني و(لما) رواه على بن جعفر في الصحيح ، عن اخيه موسى عليه السلام انه قال في حديث
 ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمه والخالة الا برضا منهما فمن فعل فنكاحه باطل (١)
 قال المصنف كلام الاصحاب ليس يبعد لانه على تقدير وقوع العقد في نفسه صحيحا و
 يقف على اذنها و هو مذهبهم يتساوى نسبة العقدين في الصحة الاصلية فكما كان لها
 فسخه كان لها فسخ نكاح نفسها وانا اقول يمنع تساوى النسبتين فان عقد العمه والخالة
 السابق ثبت له اللزوم .

قال قدس الله سره : لو عقد على الامة (الى قوله) في فسخه وامضائه :

اقول : الاول اختيار ابن ابي عقيل وابن الجنيد وابن ادريس والثاني قول الشيخين
 وابن البراج وسلاّر وابن حمزة (احتج) الاولون بما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق
عليه السلام قال تزوج الحره على الامة ولا تزوج الامة على الحره ومن تزوج امة على حره
 فنكاحه باطل (٢) (احتج) الآخرون بما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام عن رجل تزوج
 امة على حره فقال ان شئت الحره ان تقيم مع الامة اقامت وان شئت ذهبت الى اهلها
 الحديث (٣) (والجواب) سند الاولى قوى وتوقفوا في سند الثانية فتقدم الاولى وانا
 اقول الحق الاول .

قال قدس الله سره : وهل لها فسخ عقدها السابق قيل نعم .

اقول : هذا القول قول الشيخين وابن البراج وسلاّر وابن حمزة (ويحتمل)
 المنع كقول ابن ابي عقيل وابن ادريس والتقريب من الطرفين كما في العمه والخالة .

(١) ثلث ٣٠ خبر ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

(٢) ثلث ٤٦ خبر ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

(٣) ثلث ٤٧ خبر ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

الامة مضى العقد وتخير مع عدم العلم في امضاء عقدها وفسخه لاعقد الامة ولو جمع، بينهما صح عقدا لحرية وكان عقدا لامة موقوفا او باطلا، ولو عقد على من يباح نكاحها ويحرم دفعة صح عقد الاولى دون الثانية (ط) قيل يحرم على الحر العقد على الامة الا بشرطين عدم الطول وهو المهر والنفقة وخوف العنت وهو مشقة الترك (وقيل) يكره فعلى الاول تحريم الثانية ولا خلاف في تحريم الثالثة .

قال قدس الله سره : ولو جمع بينهما (الى قوله) او باطلا .

اقول: الوقف قول الشيخين واتباعهما والبطان اختيار ابن الجنيد وابن ابي عقيل وابن ادريس قال والدى المصنف في المختلف الاقرب عندي ان الحرية لها هنا فسخ نكاح نفسها لان العقد واحد وهو متزلزل ولا اولوية ، والاقوى عندي بطلان عقد الامة فيصح نكاح الحرية لمارواه ابو عبيدة في الصحيح ، عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرة وامتين مملوكتين في عقد واحد قال اما الحرية فنكاحها جائز وان كان قد سمي لها مهراً فهولها واما المملوكتان فان نكاحهما في عقد مع الحرية باطل يفرق بينه وبينهما (١) .

قال قدس الله سره : قيل يحرم (الى قوله) في تحريم الثالثة .

اقول: اتفق علماء الاسلام على اباحة نكاح الامة بالدائم مع تحقق الشرطين وهما عدم الطول وخوف العنت، والصبر عنها افضل لقوله تعالى: **وان تصبروا خير لكم** (٢) و امامع عدم احدهما فقيه القولان المذكوران (الاول) قول الشيخ في النهاية والمصنف في المختلف وبعض اصحابنا قول ثالث وهو انه لا يحل الا بشرط واحد وهو ان لا يكون عنده حرية فان كانت تحته حرية لم يحل . نقله الشيخ عنه في الخلاف لان المانع من النكاح وجود نكاح بالفعل لا القدرة عليه كنكاح الاخت والخامسة : لمارواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام : قال تزوج الحرية على الامة ولا تزوج الامة على الحرية ومن تزوج امة على حرية فنكاحه باطل (٣) (و من) فيها معنى الشرط (احتج) الا ولون بقوله تعالى:

(١) ثل ب ٤٨ خبر ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة (٢) النساء - ٣٠

(٣) ثل ب ٤٦ خبر ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة

الفصل الثاني

في استيفاء عدد الطلاق والموطآت

اما (الاول) فمن طلق حرة ثلاث طلاقات يتخللها رجعتان حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره وان كان المطلق عبداً ، وتحرم الامة بطليقتين بينهما رجعة حتى تنكح زوجا غيره وان كان المطلق حراً .

واما (الثاني) فالحرانا تزوج دائماً اربع حراير حرم عليه ما زاد غبطة حتى تموت واحدة منهن او يطلقها بائنا او يفسخ عقدها بسبب ، فان طلق رجعيًا لم تحل له الخامسة

فمن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات الى قوله ذلك لمن خشي العنت منكم (١) فشرط (اولا) في نكاح الاماء بالعقد احد الشرطين المذكورين اذ (من) فيها معنى الشرط (و ثانيا) قوله (ذلك) اشترط للآخر وبما رواه محمد بن مسلم قال سألت ابا جعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج المملوكة قال اذا اضطر اليها فلا بأس (٢) و (اذا) للشرط و الاضطرار قد فسر في الآية (احتج) الآخرون بعموم قوله تعالى: **وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم** (٣) وقوله تعالى: **ولامة مؤمنة خير من مشركة** (٤) والاصح عندي الكراهة واختاره والدى المصنف في المختلف (واجاب) عن حجة الاولين بان المعلق بالشرط الامر بالنكاح وهو اما للوجوب او الندب على اقوى الاقوال وقديين في الاصول ونفيهما لا يستلزم نفي الجواز لان نقيض الخاص اعم من نقيض العام مطلقا ، وتظهر فائدة الخلاف انهم حصلوا شرطي الجواز يجوز نكاح الواحدة قطعا وتحرم الثانية لانتفاء احد الشرطين (على الاول) وعلى الكراهية تكره وهو الثاني (وعلى الثالث) اذا انتفى خوف العنت ووجد الطول وليس له زوجة حرة عنده يجوز له نكاح الامة لان شرط التحريم ان يكون عنده زوجة حرة وهو منتف والأجماع على تحريم الثالثة.

(١) النساء - ٢٩ (٢) ثلث ٤٥ خبر ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

(٣) النور ٣٢ (٤) البقرة ٢٢٠

حتى تخرج العدة ، ولو كان الطلاق بائنا حلت في الحال على كراهية ، ولو تزوج اثنتين

فدييات

(الاول) الطول (لغة) السعة (وشرعا) مهر الزوجة الحرة ونفقتها ووجودها وامكان وطبها قبلا شرطان فيه عندنا (والعنت) (لغة) المشقة الشديدة (وشرعا) الزنا لانه سبب المشقة بالحد في الدنيا والعقوبة بالنار في الآخرة و خوف العنت يتحقق بقوة الشهوة و ضعف التقوى (الثاني) يقبل قوله في خوف العنت وفي عدم الطول ولو كان في يده مال وادعى انه ليس له او ان عليه ديننا بقدره ولا يملك غيره قبل (الثالث) تجدد ارتفاع الشرطين لا يرفع النكاح السابق ولو كان العقد ولا يمتنع الرجعة في الرجعية (الرابع) التحريم هنا راجع الى الوطى والعقد يتبعه وهو قول الشيخ في المبسوط وابن ابي عقيل ، وقال المفيد التحريم راجع الى العقد ولا يبطل العقد وهو اختيار ابن البراج وليس بجيد.

قال قدس الله سره : ولو تزوج اثنتين (الى قوله) يبطل .

اقول : القائل بالتخيير هو الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج وهو اختيار ابن الجنيد لانه لو جمع بين الاختين في عقد يتخير فكذا بين الاثنتين (اما المقدمة الاولى) فلما رواه جميل ابن دراج (في الحسن -خ) عن بعض اصحابنا عن احدهما ^{ثلاثا} في رجل تزوج اختين في عقد واحد قال هو بالخيار ان يمسك ايتهما شاء ويخلّي سبيل الاخرى (١) و (اما المقدمة الثانية) فالاتفاق الامة على عدم الفرق بينهما (ولانه) لو جمع خمسا في عقد يتخير اربعا فكذا هنا (اما المقدمة الاولى) فلما رواه جميل بن دراج في الحسن ، عن الصادق ^{عليه السلام} : في رجل تزوج خمسا في عقد قال يخلّي سبيل ايتهن شاء ويمسك الاربع (٢) (واما المقدمة الثانية) فلنص الامة على عدم الفرق وهو ضروري ، والقائل بالبطلان ابن حمزة وابن ادریس لانه عقد منهي عنه والنهي يدل على الفساد (ولان) نسبة العقد اليهما على السوية فلا يصح في احديهما دون الاخرى والالزم الترجيح من غير مرجح (واجاب) والذي (عن الاول) بان النهي في غير العبادات لا يدل على الفساد (وعن الثاني) بان المرجح اختياره مع العقد كما ذكر في الرواية ، والاقوى عندى البطلان .

(١) ثلث ٢٥ خبر ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة

(٢) ثلث ٤ خبر ١ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد .

دفعة حينئذ (قيل) يتخير (وقيل) يبطل فلو تزوج الحر حرة في عقدواثنتين في عقدواثلاثا في عقد واشتبه السابق صح نكاح الواحدة على الثاني ، ويحل له بملك اليمين والمتعة

قال قدس الله سره : فلو تزوج الحر حرة (الى قوله) على الثاني .

اقول : هذا فرع على المسألة المتقدمة (وتقريره) انه اذا تزوج الحر حرة في عقد واثنتين في عقد وثلاثا في عقد فان قلنا يبطلان العقد اذا اشتمل على محرمة و اليه اشار المصنف بقوله (على الثاني صح نكاح الواحدة) لان احدا العقدين في غيرها باطل والآخر صحيح فهي اما ثالثة اورابعة (وتفصيله) انه (اما) ان تكون سابقة على العقدين الآخرين فيصح قطعاً و (ان) تأخرت عن العقدين معاً صح لبطلان احدا العقدين الآخرين فهي اما ثالثة اورابعة و (ان) كانت بينهما فهي اما ثالثة اورابعة ايضاً فيصح نكاحها و اما العقدان الباقيان فاحدهما باطل ولانعلم ايتهما هو فحكمه كما سبق في المشتبه .

واما على التخيير (فنقول) واحدة من الثلاث: نكاحها صحيح على كل تقدير من التقادير التي يمتنع الخلو عنها لانه (ان كان) عقداً الثلاث سابقاً على الكل صح في الكل و (ان كان) متأخراً عن الكل صح في واحدة ويتخير و (ان وقع) بينهما ، فان كان السابق عقد الثنتين تخير من الثلاث اثنتين فيدخل فيه اختيار الواحدة وبطل عقد المنفردة ، وان كان السابق عقداً المنفردة صح عقداً الثلاث فيهن كلهن وبطل عقد الثنتين ، فقد انحصرت التقادير الممكنة في عقد الثلاث - في صحة العقد في الكل - وفي صحة العقد في اثنتين - وفي صحة العقد في واحدة ويتخير ، فوقع الواحدة لازم لكل واحد من النقيضين ولما امتنع ارتفاعهما وجب وقوع ذلك اللازم قطعاً فواحدة من الثلاث عقدها صحيح ، ثم الاشتباه في تعيينها وفي كونها بالتخيير اولاً ، والواحدة المنفردة بعقد لا يتخير فيها بل الاشتباه في صحة نكاحها جزماً وبطلانه كذلك واللذان في عقد واحد الاشتباه في صحته فيهما و بطلانه فيهما و في احديهما فالتخيير على هذا التقدير ، والاثنتان من الثلاث كذلك فظهر من ذلك ان له التخيير في تعيين واحدة من الثلاث اللواتي في عقد قطعاً وليس له التخيير في غير ذلك للزوم ثلاث من البواقي و بطلان اثنتين و حصول الاشتباه فثبت حكمه وقد تقدم البحث فيه .

ماشاء مع الاربع وبدونهن ولا تحل له من الاماء بالعقد الدائم اكثر من امتين من جملة الاربع ولا تحل له ثلاث اماء وان لم تكن معه حرة ولا امتان مع ثلاث حراير، واما العبد فيحرم عليه بالدائم اكثر من حرتين وتحل له حرتان او اربع اماء او حرة وامتان وله ان يعقد متعة ماشاء مع العدد وبدونه وكذلك بملك اليمين، ولو تجاوز العدد في عقد واحد ففي التخيير او بطلان العقد اشكال كالحر والمعتق بعضها كالامة في حق الحر* وكالحره في حق العبد في عدد الموطآت ، اما في عدد الطلاق فكالامة معهما والمعتق بعضه كالحر في حق الاماء وكالعبد في حق الحراير .

تفريع يبنى على القولين :

اما على صحة المنفردة جزماً فلها ربع ميراث النسوة وهو الربع او الثمن لامكان صحة الثلاث معها فلا يستحق الا الربع ويمكن صحة نكاح الاثنتين فلها الثلث فتوقف ما بين الثلث والربع وهو نصف سدس بين المنفردة والثلاث - لاحقاً للاثنتين فيه ويوقف الثلثان من نصيب النسوة بين الاثنتين والثلاث - لاحقاً للمنفردة فيه ، ويترتب الصلح قبل البيان فالصلح في نصف السدس بين الواحدة والثلاث لاحاجة الى رضاية اثنتين فيه وفي الثلثين بين الاثنتين والثلاث لاحاجة الى رضاء المنفردة فيهما على التخيير فيوقف نصيب الزوجية الربع منه يوقف بين الثلاث والباقي بين الكل .

قال قدس الله سره: ولو تجاوز العدد (الى قوله) اشكال .

اقول : العبد اذا تجاوز في عقد العدد المباح له كأن يعقد على خمس اماء دفعة او على ثلاث حرائر او يكون عنده حرة ويعقد على حرتين او ثلاث اماء ويعقد على امتين وشبه ذلك (يحتمل) التخيير كالحر* لعموم رواية جميل بن دراج المتقدمة (والبطلان) لان العقد لو ترتب عليه اثره لزم المحال واللازم باطل فالملزوم مثله بيان الملازمة ان العقد لو اثر فاما في الكل وهو محال اجماعاً او في بعض معين وهو ترجيح من غير مرجح وهو محال ايضاً او في بعض غير معين وهو محال ايضاً لانه يكون بمنزلة زوجتك احدى هايتين وهو لا يصح اجماعاً (ولان) حقوق الزوجية امر معين في نفس الامر فلا يثبت على محل غير معين في نفس الامر واحترزنا بقولنا في نفس الامر عن المشتبه ، والاقوى عندي البطلان .

الفصل الثالث في الكفر

وفيه مطالب (الاول) في اصناف الكفار، وهم ثلاثة:

(الف) من له كتاب وهم اليهود والنصارى ، اما السامرة فقبيل انهم من اليهود و الصابئون من النصارى ، والاصل انهم ان كانوا يخالفون القبيلتين في فروع الدين فهم منهم وان خالفوهم في اصله فهم ملحدة لهم حكم الحريين ، ولا اعتبار بغير هذين كصحف ابراهيم وزبور داود عليه السلام لانها مواظ لا احكام فيها وليست معجزة ، ومن انتقل الى دين اهل الكتاب بعد مبعث النبي ﷺ لم يقبل منه ولم تثبت لاولادهم حرمة ولم يقرأوا عليه وان

الفصل الثالث في الكفر

قال قدس الله سره : اما السامرة (الى قوله) فهم ملحدة لهم حكم الحريين
أقول : هذا فرع على جواز نكاح اليهودية و النصرانية للمسلم دواماً اختياراً
 (فرعان) (الف) السامرة (١) : اختلفوا في نكاحها فباحه بعضهم ونفاه آخرون و اصل
 القولين ان السامرة ان خالفوا اليهود في اصول دينهم حرم نكاحهن لانهم كفار خرجوا
 عن اليهود والنصارى وان وافقوهم في الاصول وخالفوهم في الفروع فهم منهم (ب) الصابئون (٢)
 قال الشيخ انهم غير النصارى لانهم يعبدون الكواكب السبعة وهو الظاهر من كلام
 المفيد ، وقال بعضهم انهم قبيلة من النصارى ولهذا يقرؤون على دينهم ، والحق انهم
 ان خالفوهم في اصول دينهم لم ياحقوا بهم والا الحقوا (واعلم) ان الصابئين جمهورهم
 يقولون بوحدانية الصانع ومنهم من يجعل معه هينولى (٣) في القدم صنع منها العالم فكان
 عندهم الاصل ويعتقدون في الفلك والكواكب الحيوية والنطق وانه المدبر في هذا العالم
 والدال عليه وعظموا الكواكب السبعة وعبدوها وسمّاهم ملائكة و جعلها بعضهم
 آلهة و بنوا لها بيوتاً للعبادات لعنهم الله و هؤلاء لا تحل مناكحتهم وان قلنا بجوازه في
 اليهودية و النصرانية .

(١) منسوبون الى السامري وهو صاحب العجل -

(٢) هو من صباقلان خرج من دينه الى دين آخر وصبات النجوم خرجت من مطالعها - مجمع

(٣) هو في اصطلاحهم المحل الذي يقبل الاتصال والانفصال - شرح التجريد

كان قبله وقبل التبديل قبل واقر اولادهم عليه وثبت لهم حرمة اهل الكتاب ، واهل اليهود بعد مبعث عيسى عليه السلام كهو بعد مبعث النبي ﷺ اشكال ، وان كان بينهما فان انتقل الى دين من بدل لم يقبل والاقبل ، ولو اشكل هل انتقلوا قبل التبديل او بعده او دخلوا في دين من بدل اولاً فالاقرب اجراؤهم بحكم المجوس (ب) من له شبهة كتاب وهم المجوس . (ج) من عدا هؤلاء كالذين لا يعتقدون شيئاً وعباد الاوثان والشمس والنيران وغيرهم (اما الاول) ففي تحريم نكاحهم على المسلم خلاف اقربه تحريم المؤبد دون المنقطع وملك اليمين (وكذا الثاني) و (اما الثالث) فانه حرام بالاجماع في اصناف النكاح

قال قدس الله سره : **وهل اليهود (التهود-خ) (الى قوله) اشكال .**

اقول : ينشأ (من) انه دخل في دين منسوخ بعد نسخه فلا يقر ، ولان الاصل بقاء الحكم الذي كان عليه و لانه خرج من دين يعتقد بطلانه و دخل في دين كان يعتقد بطلانه والاعتقادان مطابقان لما في نفس الامر الآن (ومن) عموم النص باقرار اليهود النصراني على دينهم خرج ما اذا انتقل بعد مبعث النبي ﷺ فيبقى الباقي على الاصل والتحقيق ان هذا مبنى ان الكفر هل هو ملة واحدة او هو ملل مختلفة (فعلى الاول يقر) (وعلى الثاني) لا يقر ، وهو الحق عندى لقوله تعالى : **ومن يبتغ غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه (١) .**

قال قدس الله سره : **ولو اشكل (الى قوله) بحكم المجوس .**

اقول : لانهم تمسكوا بالتورية ولم نعلم تقدم تبديلها والاصل عدمه فهم اقرب من المجوس لان لهم شبهة كتاب وهؤلاء لهم كتاب حقيقة (ومن) حيث ان شرط كونه يهودياً مقرأ على دينه تمسكه بالتورية (قبل التبديل-خ) وهو غير معلوم والجهل بالشرط يستلزم الجهل بالمشروط والمجوس انما اقرّوا بالنص ولولا له لم يقرّوا ، والاصح الاول .

قال قدس الله سره : **اما الاول (الى قوله) وملك اليمين .**

اقول : البحث في هذه المسألة تقدم .

قال قدس الله سره : **(وكذا الثاني)**

الثلاثة ولا تحل المسلمة على احد من اصناف الكفار الثلاثة و ان سوغنا الدائم على الكتابية ثبت لها حقوق الزوجية كالمسلمة الا الميراث و (القسمة) فلها نصف المسلمة الحرّة و(الحد) ففي قذفها التعزير ، و عقد اهل الذمة ان كان صحيحا عندهم اقرّ و اعليه و الا فلا و كذا اهل الحرب الآفي شيء واحد و هو ان الحربى اذا قهر امرأة من الحربيات و اسلم اقرّ عليها ان كان يعتقد ذلك نكاحا و لو قهر الذمى ذمية لم يقر عليها بعد الاسلام لان على الامام الذب عنهم و دفع من قهرهم و لو نكح الكتابى وثنية و بالعكس لم يفسخ (لم يفسخ - خ ل) النكاح و الاقرب الحاق الولد باشرهما كالمسلم .

اقول : الثانى من له شبهة كتاب وهم المجوس فقال بعضهم يحرم نكاحهن مطلقا و هو اختيار المفيد و سلاز و ابى الصلاح و المرتضى و ابن ادريس و كل من حرّم الكتابية مطلقا و قال على بن بابويه رحمه الله: يجوز بملك اليمين لا بعقد ، و ذهب ابن البراج الى كراهية و طى المجوسية بملك اليمين و المتعة ، و جوز الشيخ فى النهاية و طى المجوسية متعة و بملك اليمين ، و الحق عندى الاول لان ثبوت كتابهم غير متيقن ان قول النبى ﷺ سنوا بهم سنة اهل الكتاب (١) يشعر بانهم ليسوا باهل الكتاب (من اهل الكتاب - خ ل) و الذين قالوا به قالوا رفع و لان الآيات الدالة على تحريم نكاح الكفار عامة خصت عند بعضهم بقوله تعالى: **والمحصنات من الذين اتوا الكتاب** (٢) و اذا خص الحكم بوصف فلا يحكم الآفى صورة علم الوصف (قالوا) قال النبى ﷺ سنوا بهم سنة اهل الكتاب (٣) و تساوى السنتين لعموم الحكمين (قلنا) لو سلم صحة السند لم يسلم العموم .

قال قدس الله سره : و الاقرب الحاق الولد باشرهما كالمسلم .

اقول : يبنى على ان الكفر ليس بملة واحدة و على ثبوت الشرف لا حدهما على الآخر ليم دخوله تحت العموم فى قولهم الولد يتبع اشرف الطرفين (و وجه القرب) ان الكتابى يعزّر و يحترم بخلاف الحربى فيكون له مزية تقتضى علوه عليه و لا معنى بالشرف الا ذلك و كذلك الناسخ ابطال المنسوخ فيعلو عليه (قالوا) (اشرف) افعال التفضيل فلا بد من

و اذا تحاكم اهل الذمة الينا تخير الامام بين الحكم بينهم وبين ردهم الى اهل ملتهم ان اتفق الغريمان فى الدين وكذا ان اختلفا على اشكال .

تشاركهما فى المطلق ثم زيادة احدهما على الآخر (قلنا): ممنوع ومنقوض (١) بالجنة والنار والمسلمين والكفار ، ويتفرع على ذلك انه لو تولد من وثنية او مجوسية ويهودى او بالعكس ولد (فان قلنا) يغلب اعلى الدينين نكح عند من يجوز نكاح الذمى و يمنع نكاح الآخر (والا) منع من نكاحه تغليبا للتحريم ويتبع ذلك باقى فروع التبعية وعدمها .
قال قدس الله سره : واذ تحاكم اهل الذمة (الى قوله) على اشكال .

اقول : اذا ترفع الذميان الينا فى نكاح وغيره من حقوق الأدميين فاما يكونا متفقى (الملة) او مختلفيها فهنا مسألتان (الف) ان يتقافى الملة فذهب الاكثر الى انه يتخير بين الحكم بينهم وبين ردهم الى ملتهم لقوله تعالى : **فان جاؤك فاحكم بينهم او اعرض عنهم (٢)** ولا يجوز تركهما على النزاع بل يحكم او يردهما الى حاكم ملتهم يحكم عليهما الاقرارهما بلزوم حكمه (وقال) بعضهم بوجوب الحكم عليه لقوله تعالى : **وان احكم بينهم بما انزل الله (٣)** ولانه يجب على الامام دفع المظلم عنهم فيجب ان يحكم بينهم لان ما لا يتم الواجب المطلق الآبه فهو واجب (والجواب) ان ردهم الى حاكمهم حكم بما انزل الله لقوله تعالى : **او اعرض عنهم (٤)** والمراد بالاعراض الرد ودفع ما يعتقدونه حقا عليهم لبعضهم بعضا مع اعتقادنا بطلانه لا يجب (ب) ان يختلف ملتهم فقال المصنف فيه اشكال ينشأ (من) عموم الآية الدالة على جواز الرد (ومن) ان جريان حكم المخالف فى الملة عليه غير لازم له من الزامه ولا فى نفس الامر (لانه) دائما اما ان يقر على دينه او يلزمه باحكام الاسلام لا يخلو الامر عن ذلك اجماعا (و لا اعتقاد) كل واحد بطلان حكم الآخر عليه فرده اليه غير اقرار على دينه ولا الزام له باحكام المسلمين ، والحق عندى وجوب الحكم بينهم فى هذه الصورة وانما قيدنا بحقوق الأدميين لان حقوق الله تانى

(١) يعنى يقال الجنة خير من النار والمسلم خير من الكافر

(٢) المائدة ٤٦ (٣) المائدة ٤٩ (٤) المائدة ٤٦

(فان قلنا) بالرداحتمل الى من يختاره المدعى او الحاكم او الناسخ لموافقته رأيه رأى الحاكم فى بطلان المنسوخ ، ولو تحاكم المستأمنان فكذلك ولو ارتفع مسلم وذمى او مستأمن وجب الحكم بينهما وكل موضع يجب الحكم لو استعدى الخصم اعداه ، واذا ارادوا ابتداء العقد لم يزوجهم الحاكم الا بشروط النكاح بين المسلمين فلا يصح على خمر او خنزير وان تزوجا عليه ثم ترافعا فان كان قبل القبض لم يحكم بوجوده واوجب مهر المثل (ويحتمل) قويا قيمته عند مستحليه ، وان كان بعده برىء الزوج .

وان كان بعد قبض بعضه سقط بقدر المقبوض ووجب بنسبة الباقي من مهر المثل او القيمة فان كان عشرة ازقاق خمر وقبضت خمسة فان تساوت برىء من النصف و ان اختلفت احتمل اعتبار العدد ، اذ لا قيمة لها والكيل ، والا قرب القيمة عند مستحليه وطلاق فى باب الحدود .

قال قدس الله سره : فان قلنا بالرداحتمل (الى قوله) فى بطلان المنسوخ

اقول : وجه الاول ان تعيين الحاكم حق للمدعى (ووجه الثانى) ان الحاكم هو المأمور باحد الامرين الرد او الحكم واليه الاختيار فى التعيين (ووجه الثالث) بطلان المنسوخ : فلا يتأتى هذا الفرع عندى لوجوب الحكم .

قال قدس الله سره : واذا اراد (الى قوله) عند مستحليه .

اقول : وجه الاول ان المسمى عندنا باطل فلا يحكم الحاكم الا ببطلانه للاية و اذا فسد المسمى تعين مهر المثل (ومن) حيث انه قد يزيد مهر المثل عن قيمة المسمى والمرأة تعترف بعدم استحقاق الزيادة فلا يحكم لها بالزيادة وان نقص فالمدعى يثبت الزيادة وانتفاعا على استحقاقها فيحكم لها وليس هو حكما بالخمر والحاكم قد يحكم بقيمة الخمر عند مستحليه كما اذا اتلف ذمى على ذمى محترم خمرأ (ولان) العقد وقع صحيحا وثبت عليه ما سماه وانما تعذر حكم الحاكم به فيعدل الى القيمة كما لو تعذر المسمى و مثله وله قيمة فانه يعدل الى قيمته .

قال قدس الله سره : وان كان بعد قبض بعضه (الى قوله) عند مستحليه .

اقول : اذا ترافعا الينا بعد قبض بعضه فاما ان يكون جنسا واحداً او شخصاً او هو

المشرك واقع فلو طلقها ثلاثاً لم تحل له حتى تنكح غيره و اذا تحاكموا اليها في النكاح اقر كل نكاح لو اسلموا اقر وهم عليه ، ولو طلق المسلم زوجته الذمية ثلاثاً تزوجت ذمياً ثم طلقها حلت للاول متعة ودواماً على رأى ويشترط الاسلام على رأى .

متساوي الاجزاء كزق خمر معين وقبضت نصفه او ثلثه (فان قلنا بوجوب مهر المثل كان عليه من مهر المثل بنسبة ما تخلف كالنصف او الثلث (فان قلنا) بالقيمة عند مستحليه وجب قيمة الباقي عند مستحليه فان تعدد الشخص واتحد الجنس و تساوت صفات الكل و الاجزاء كعشرة ازقاق خمر فان تساوت في القدر فقد برى بنسبة ما قبضته من الكل كما لو قبضت النصف خمسة ازقاق وجب عليه امان نصف مهر المثل او قيمة النصف عند مستحليه كما تقدم من الاحتمال وان اختلفت قدر الاحتمال ثلاثة اوجه (الف) اعتبار العدد اذ لا قيمة لها ولا يملك العين فاستوى كبيرها وصغيرها فاعتبر العدد (ب) اعتبار الكيل لانه معتبر في ما يتساوى اجزائه (ج) القيمة عند مستحليه لان تضمن الخمر بالقيمة عند مستحليه كما لو اتلفه المسلم على ذمى محترم مستر وهذا هو الاقرب عندي وعند المصنف (لانه) قبض محترم فيجب ولا يعتبر العين ولا المثل لانه لا يحكم الشرع به فيعتبر بالقيمة عند مستحليه (وان تعدد الجنس) كزقى خمر وثلاثة خنازير وقبضت احد الجنسين ففيه احتمالات (الف) ان ينظر الى عدد الاجناس فيقدر انه قد قبض نصف المهر (ب) ان ينظر الى العدد فيكون قد قبضت خمسى المهر او ثلاثة اخماسه (ج) ان يقوّم بتقدير ماليهما فيقوم عند مستحليه ، وهذا هو الاقرب عندي وعند المصنف (ووجه القرب) ان هذه المحرمات لا يحكم الشارع بغير اتلافها وانما يقع الحكم بالضمان في الذمى المحترم على القيمة عند مستحليه لانهاى المفروضة مالا ومحل للملكية لاغير .

قال قدس الله سره : و لو طلق المسلم (الى قوله) و يشترط الاسلام

على رأى .

اقول : فرض هذه المسألة على قول من يجوز نكاح المسلم دائماً للذمية او مراجعتها في الطلاق الرجعى ، واما على قول من يحرم الدائم ويمنع المراجعة فتقرير فرضها فيما اذا كانا ذميين ثم طلقها طلقين بينهما رجعة وكان في مذهبهما اعتبار العدد في

المطلب الثاني في الانتقال

إذا أسلم زوج الكتائية دونها بقى على نكاحه قبل الدخول وبعده دائماً ومنقطعاً
الطلاق كمذهب الإسلام ثم راجعها بعد الطلاق الثاني أو تزوجها إن كان بائناً أو خرجت
العدة ثم أسلم ثم طلقها وبقيت على دينها فإن حكم الثلاث يلزمه عند الإسلام وإن وقع
بعضها حال الكفر عند المصنف .

(إذا تقرر ذلك) فنقول إذا تزوجها ذمياً ودخل بها قبلاً ثم مات عنها أو طلقها ثم
انقضت عدة الثانية حلّت للأول أما متعة أو دواماً (وقيل) لا يصح إلا إذا أسلمت
وليس مراد المصنف بيان هذا الحكم الذي ذكرناه بالذات بل نبه على مسألة هي إن
الذمى يصلح محللاً للذمية على المسلم لو طلقها ثلاثاً كما فرضناه بعد إسلامها إن منعنا
نكاح الذمى للمسلم أو قبله متعة أو دواماً إن جوزنا أحدهما .

(ومبنى) هذه المسألة على أن نكاح الكفار حال كفرهم صحيح لقوله تعالى عن
أبي لهب: **وامرأته حمالة الحطب (١)** وقوله: **وقالت امرأة فرعون (٢)** فاهل الذمة
أولى بالصحة (ولتقريرهم) عليه بعد الإسلام والفاقد لا ينقلب صحيحاً بالإسلام والتقرير
على الفاسد محلل (وقيل) فاسد لأنهم لم يلتزموا بأحكام الشرع ولم يعتبروا شرائطه لكن
لا يفرق بينهما لوترافعا مراعاة للذمة ونقرهم أن أسلموا تخفيفاً وعفواً (ولأنه) لو كان
صحيحاً لزم أحد الأمرين أما اعتبار الشرائط فيه و يلزم منه التفحص عن كيفية وقوعه
حال الكفر بعد الإسلام أو اشتراط الإسلام في التكليف الشرعية وكلاهما باطل (أما
الأول) فظاهر (وأما الثاني) فقد ثبت في الأصول والتقرير عليه ظاهر إلا يستلزم صحته في
نفس الأمر : والأصح الأول (فعلى الأول) يكون محللاً (وعلى الثاني) لا لكن يجوز للأول
نكاحها متعة أو دواماً أو بعد إسلامها على الخلاف المتقدم لاعتبار المحلل بل من
حيث بطلان الطلاق الواقع حال الكفر لأنه مبني على النكاح الصحيح والتقدير خلافه .

سواء كان كتابيا او وثنيا ولو اسلمت دونه قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر ولو اسلما دفعة فلافسخ وبعده يقف على انقضاء العدة ان كان كتابيا فان مضت ولم يسلم ففسد العقد على رأى وعليه المهر اما المسمى او مهر المثل وان اسلم فيها فالنكاح بحاله واما غير الكتابيين فايهما اسلم قبل الدخول انفسخ النكاح فى الحال وان اسلما دفعة فالنكاح بحاله وان كان بعده وقف على انقضاء العدة فان اسلم صاحبه فالنكاح بحاله والابطل.

المطاب الثانى فى الاتقل

قال قدس الله سره : ولو اسلمت دونه (الى قوله) فسد العقد على رأى .
اقول: اذا اسلمت الزوجة دون زوجها وكانا زمينين بعد الدخول و مضت المدة ولم يسلم الزوج بطل النكاح عند والدى وعندى وهو اختيار الشيخ فى الخلاف وابن البراج ، وابن ادريس ، وقال الشيخ فى النهاية اذا كان الرجل على شرائط الذمة فانه يملك عقدها غير انه لا يمكن من الدخول اليها ليلا ولا من الخلوة بها ولا من اخراجها من دار الهجرة الى دار الحرب (لنا) ان كل زوج له على زوجته تسلط وسبيل ولا شيء من الكافر له تسلط على المسلمة ولا سبيل وذلك يستلزم صدق لاشيء من زوج المسلمة بكافر (اما المقدمة الاولى) فلقوله تعالى : **الرجال قوامون على النساء (١)** (واما المقدمة الثانية) فلقوله تعالى : **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (٢)** (احتج) الشيخ بما رواه محمد بن مسلم فى الحسن ، عن الباقر عليه السلام قال : ان اهل الكتاب وجميع من له زمة اذا اسلم احد الزوجين فهما على نكاحهما وليس لاهن يخرجها من دار الاسلام الى غيرها ولا يبيت معها و لكنه يأتيا بالنهار الحديث (٣) (والجواب) انه محمول على ايام العدة وقوله على نكاحهما اى على حكمه لما تقدم من الاية وما رواه محمد ابن ابي نصر فى الصحيح قال سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون له الزوجة النصرانية فتسلم هل يحل لها ان يقيم معه قال اذا اسلمت لم تحل له الحديث (٤) والتحريم هو ارتفاع اثر النكاح المستلزم لبطالانه لانه معناه (ووجه) الجمع ما ذكرناه وهذه من الصحاح ووجبتهم

(١) النساء ٣٤ (٢) النساء ١٤٠

(٣) ثلث ٥ خبر ٢ من ابواب ما يحرم بالكفر .

(٤) ثلث ٥ خبر ٥ من ابواب ما يحرم بالكفر

وإذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد العقد في الحال ولا مهر إن كان من المرأة والأفالنصف (ويحتمل) الجميع إن كان عن فطرة وبعده يقف على انقضاء العدة ويثبت المهر من أيهما كان الارتداد إلا إن يكون الارتداد من الزوج عن فطرة فإن النكاح يبطل في الحال وإن كان قد دخل ويجب المهر، ولو انتقلت الذميمة إلى ما لا يقر أهله عليه فإن كان قبل الدخول فسد وبعده يقف على الانقضاء، فإن خرجت ولم يسلم الزوجان فسد العقد وإن قلنا بقبول الرجوع كان العقد باقياً إن رجعت في العدة، ولو انتقلت إلى ما يقر أهله عليه فكذلك إن لم نقرها عليه والأركان النكاح باقياً.

ولو انتقلت الوثنية إلى الكتابية وأسلم الزوج فإن قلنا منها غير الإسلام فالنكاح باق والأوقف على الانقضاء بعد الدخول وقبله يبطل، وليس للمسلم إجبار زوجته الذميمة من الحسان والصالحات مقدمة على الحسان.

قال قدس الله سره : وإذا ارتد أحد الزوجين (إلى قوله) عن فطرة.

أقول : اتفق علماء الإسلام الأداود الظاهري على أنه إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخولين قبل الدخول انفسخ النكاح لقوله تعالى : **ولا تمسكوا بعصم الكوافر (١)** وقال تعالى : **لا ترجعوا هن إلى الكفار لانهن حل لهن ولا هم يحلون لهن (٢)** ثم ننظر فإن كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها، لأن الفسخ من قبلها وإن كان الرجل هو المرتد (فقيل) عليه نصف المهر (وقيل) كله (ووجه الأول) أنه فرقة قبل الدخول لا بالموت فكان كالطلاق (ووجه الثاني) أما إذا كان الارتداد عن فطرة فإنه كالوفاة ولهذا يقسم تركته ويعتد زوجته عنة الوفاة والوفاة موجبة لجميع المهر (وأما) إن كان عن غير هاتين المشطرتين للمهر هو الطلاق ولم يوجد، ومبنى هذه المسألة إن المهر هل يجب كله بالعقد أو نصفه وسيأتي البحث فيه والحق عندي وجوب المهر كله.

قال قدس الله سره : ولو انتقلت الوثنية (إلى قوله) يبطل.

أقول : لاشك في اختلاف الأصحاب في أن الوثنية إذا انتقل إلى الكتابية هل يقبل منه أولاً، اختار المصنف عدم القبول وقد تقدم البحث فيه وفرع المصنف رحمه الله على

على الغسل من حيض او جنابة وان حرمننا الوطى قبله او جنبناه ، وله الزامها بازاله المنفر كالنتن وشعر العانة وطول الاظفار، وله منعها من الكنايس والبيع وشرب الخمر واكل لحم الخنزير واستعمال النجاسات التى يستقذرها الزوج واكل الثوم والبصل والكراث وشبهه مما ينقص الاستمتاع وان كانت مسلمة .

فروع

(الف) لو اسلم فى العدة ثبت النكاح ولا يبحث الحاكم عن كيفية وقوعه بل يقررهما عليه مالم يتضمن محرما كما لو كانت تحته احدى المحرمات عليه .
 (ب) لا يقرهم على ما هو فاسد عندهم الا ان يكون صحيحا عندنا ويقرهم على ما هو صحيح عندهم وان كان فاسدا عندنا كما لو اعتقدوا اباحة الموقت من دون المهر .
 (ج) لافرق بين الذمى والحربى فى ذلك ، ولو اعتقدوا غصية المرأة نكاحا اقرها عليه على اشكال بعد الاسلام وقبله .

هذا الاصل هذا الفرع الذى ذكره هنا وذكر حكمه على كل واحد من القولين ، وتقديره ان الزوجين اذا كانا وثنيين ثم انتقلت الزوجة الى ملة اهل الكتاب فصارت يهودية مثلا ثم اسلم الزوج (فعلى القول) بقبول ذلك منها النكاح بينهما باق لاقرار نكاح الذمية بعد اسلام زوجها سواء كان ذلك قبل الدخول او بعده على القول المختار وهو عدم القبول فاذا اسلم الزوج انتظرت العدة فان اسلمت فيها استقر نكاحها والا انفسخ النكاح فقد ظهر من تقريرنا هذا : انه لامنافاة بين هذا الفرع وما ذكره المصنف فيما تقدم من انه اذا انتقل الى دين اهل الكتاب بعد مبعث النبى ﷺ فانه لا يقبل .

قال قدس الله سره : **ولو اعتقدوا (الى قوله) بعد الاسلام وقبله .**

اقول : ينشأ (من) اعتقادهم صحته وقرارهم على اعتقادهم (ولانه) ليس فيه الا اقامة الفعل مقام القول فاشبه سائر وجوه الفساد (ومن) حيث انه غصب للمحترم وهو ظلم قبيح عقلا بالضرورة ويستحيل ان يحسن الشارع فى ملة من الملل غصب المحترم فهو من المحرف (ولان) التمكين من الظلم والتقرير عليه قبيح عقلا ، وهذا الاشكال قبل الاسلام واما بعده (فمن) حيث ان دوام الغصب كابتدائه فى القبح (و من) حيث اقرارهم على

(د) لو شرط الخيار مطلقاً لهما أو لاحدهما لم يقرأ عليه بعد الإسلام لانهما لا يعتقدان لزومه حالة الكفر وان قيدها فان أسلم قبل انقضائه لم يقرأ عليه وان كان بعده أقرأ .
 (هـ) لو تزوجها في العدة ثم أسلم فان كان بعد الانقضاء أقرأ عليه والا فلا لان نكاح المعتدة لا يجوز ابتداءه حالة الإسلام ، اما بعد الانقضاء فانهما يعتقدان صحة هذا النكاح ويجوز ابتداء مثله في الإسلام على هذه الحال ولا اعتبار بالمتقدم فاندفع عنه اما لو تزوج حليلة ابنه أو أبيه أو المطلقة ثلاثاً فانهما لا يقران عليه بعد الإسلام .
 (و) لو أسلم ثم ارتد فانقضت العدة من حين إسلامه على كفرها تبيناً للفسخ من حين الإسلام وان أسلمت في العدة تبيناً لعدم الفسخ بالإسلام و نضرب لها عدة من حين الارتداد فان عاد فيها فهو باطل والآبات من حين رده وليس له العود إليها بذلك العقد حال رده وان كانت كافرة وكذا لو أسلم ثم ارتد ثم أسلمت ثم ارتدت لم يكن لها استحباب العقد وان كان في العدة.

(ز) لو طلق كل واحدة من الاختين ثلاثاً ثلاثاً (١) ثم أسلموا حرمتا إلا بالمحلل .

المطلب الثالث

في الزيادة على العدد الشرعي

إذا أسلم الحر على أكثر من أربع من الكتائيات بعقد الدوام اختار أربع حرا براو حرتين وامتين (أو ثلاث حرا يرأمة - نخ) والعبد يختار حرتين أو أربع اماء أو حرة وامتين واندفع نكاح البواقي سواء ترتب عقدهن أو لا سواء اختار إلا وأيل أو الأواخر وسواء

ما كانوا يعتقدونه والأصح عندي انهم لا يقرؤون (والتحقيق) ان هذا في حق اقرارهم أهل الحرب اما الذميون اذا فعلوا ذلك لم يقرؤا عليه لان على الامام ان يدفع قهر بعضهم عن بعض خصوصا مع ترافعهم اليها بخلاف أهل الحرب والمستأمنون ليسوا كأهل الذمة في ذلك ان ليس على الامام دفع بعضهم عن بعض بل يلزمه ان يمنع غيرهم ممن يجري عليه احكام الإسلام .

(١) كذا في النسخ والظاهر ان الثاني مستدرک .

دخل بهن اولا، ولا يشترط اسلامهن ولا ينتظر العدة، ولو اسلم معه اربع من ثمان فالاقرب ان له اختيار الكتابيات وليس للمرأة اختيار احد الزوجين بل يبطلان مع الاقتران والثاني مع الترتيب ولا مهر للزائد فان دخل فمهر المثل ان قلنا بعدم الصحة، و لو اسلم عن امرأة و بنتها بعد الدخول بهما او بالام حرمتا وقبله تحرم الام خاصة ولا اختيار، ولو اسلم عن امة و بنتها تخير ان لم يظأ أحديهما والآحلت الموطوءة خاصة ولو كان قد وطئهما حرمتا، و لو اسلم عن اختين تخير وان وطئهما وكذا عن العمة والخالة مع بنت الاخ او الاخت اذا اختارتا عدم الجمع او الحرة والامة، ولو اختارت الحرة او العمة او الخالة العقد على الامة او بنت الاخ او الاخت صح الجمع، ولو اخترت في حال الكفر لزمهن حكمه

المطلب الثالث في الزيادة على العدد الشرعي

قال قدس الله سره : و لو اسلم معه (الى قوله) الكتابيات.

اقول : وجه القرب ان الاسلام لا يمنع استدامة نكاح الكتابية السابق عليه اجماعا فلا يترجح المسلمات (ومن) حيث ان نكاح الكتابيات مختلف فيه و المسلمات متفق عليه فهو اقوى فيترجح (اما) على قول من شرط في نكاح الكتابيات الضرورة فلا اشكال في عدم جواز اختيار الكتابيات بل ينتظر بهن العدة بعد الاسلام، و منشأ هذه المسألة ان الاختيار هناهل هو كالاتداء اولا (قيل) بالاول لتضاد استدامة المسلمات و استدامة الكتابيات لزيادة العدد على العدد الشرعي فيرفع، اما الكل فيكون كالاتداء قطعاً واحداً الصنفين والمسلمة لا يرفع نكاحها بالكتابية فتعين العكس (وقيل) بالثاني لثبوت النكاح والاصل البقاء حتى يثبت الراجع شرعاً فلا يكون كالاتداء والاقوى عندي ان له اختيار الكتابيات فيثبت الاختيار.

قال قدس الله سره : و لامهر للزائد (الى قوله) بعدم الصحة .

اقول : مبنى هذه المسألة على ان الذمي انا تزوج ازيد من اربع كثمان مثلاً ثم اسلم وامرناه بمفارقة الزائد باختياره في التعيين (هل) يحكم بان العقد في اصله وقع على الزائد باطلا و الاختيار كشف عنه لان الكفار مخاطبون بفروع العبادات كما تقرر في الاصول (او) انه كان صحيحاً على الكل لانهم مقرر^{ون} (١) على دينهم وبالاختيار انفسخ

حال الاسلام .

ولو اسلم الحر على اربع اماء تخير اثنتين وكذا لو كان معين حريرا اذا رضيت الحريرا والاقرب اعتبار رضى جميع الحرير الاربع دون الخامسة ان فسخ نكاحها والاعتبر ، ولو كان احدى الخمس بنت الاخ او الاخت فاختارها مع ثلاث انفسخ نكاح العممة او الخالة ، ولو اسلم على حرة وثلاث اماء تخير مع الحرمتين اذا رضيت الحرة ولو لم ترض ثبت عقدها وبطل عقدا لاما ، ولو لحق به الاماء وخرجت العدة على كفر الحرة بطل نكاحها و تخير اثنتين ، ولو عادت في العدة ثبت عقدها خاصة ان لم ترض بالاماء ولو طلق الحرة في العدة قبل اسلامها فان اسلمت فيها صح الطلاق وبن الاماء ان قلنا يبطلان عقد الامة على الحرة من اصله ، وان خرجت ولما تسلم ظهر بطلان الطلاق وتخير في الاماء ، ولو اسلم الحر على اربع حرير او حرتين واثنتين او ثلاث حرير وامة او اسلم العبد على اربع اماء او حرة واثنتين ثبت العقد على الجميع لكن مع رضى

نكاح الزائد او بالاسلام (فعلى الاول) يجب مهر المثل (وعلى الثاني) المسمى .

قال قدس الله سره : ولو اسلم الحر (الى قوله) والاعتبر .

اقول : وجه القرب انه لزمه نكاح اثنتين من الحرائر انكاح الاماء اما مندفع او موقوف على اذن الحرائر ولا يحل منهن اكثر من اثنتين فحرتان لازمتان قطعاً بتخير في تعيينهما ، فيعتبر رضاء الحرتين في اختيار الاماء لان الاختيار هنا يشبه ابتداء النكاح فيلزم اعتبار الشرائط لانهم قبل الاسلام لم يلتزموا احكام الدين وافرهم الشارع في الدنيا على ذلك وهو حال العقد فلم يعتبر حينئذ الشرائط ثمة وباسلامهم التزموا احكام الدين فالزمهم الشارع بها في الدنيا حينئذ فيقام حال الاسلام مقام ابتداء العقد و يعتبر حصول الشرائط حينئذ ومن ثم قالوا لو نكح الكافر معتدة في عدتها ثم اسلم فان كان حال اسلامهما العدة باقية حكم يبطلان النكاح والا بصحته (فكما) يعتبر اذن الزوجات الحرائر في صحة نكاح الامة ابتداء على ما اختاره في هذه المسألة في موضعه (اعتبر) هنا حال الاسلام ولا يعرفان بعينهما وكان رضاء الكل مستلزما لرضا هما ولم يمكن العلم بحصوله الا بحصول رضا الكل اعتبر رضاء كل الحرائر قبل فسخ نكاح واحدة منهن ، ولو زدن على الاربع كالخامسة فلا يعتبر رضاء المفسوخة .

الحر اير اذا اجتمعن مع الاماء - هذا اذا كن كتابيات ولو اسلم على اكثر من اربع و ثنيات مدخول بهن انتظرت العدة فان خرجت ولم تسلم منهن واحدة بطل عقدهن ، وان اسلم فيها اربع فمادون و خرجت ولم تردن على الاربع ثبت عقد المسلمات وان زدن على الاربع في العدة تخير اربعا وله اختيار من سبق اسلامها ومن تأخر ويندفع نكاح البواقي وكذا لو اسلمن كلهن ولا يجبر على الاختيار اذا سبق البعض بل له التربص حتى تخرج العدة فان لحقن به او بعضهن ولم يزدن عن اربع ثبت عقده عليهن وان زدن عن اربع تخير اربعا ، ولو اختار من سبق اسلامهن وكن اربعا لم يكن له اختيار من لحق به ولو في العدة ، ولو اسلم عن اربع و ثنيات مدخول بهن لم يكن له العقد على خامسة ولا على اخت احديهن الا بعد انقضاء العدة مع بقائهن على الكفر او بقاء احدى الاربع او الاخت عليه . ولو اسلمت الوثنية فتزوج الكافر باختها فان انقضت العدة على كفره صح عقد الثانية ، ولو اسلمت في عدة الاولى تخير ، ولو تأخر اسلام الثانية حتى خرجت عدة الاولى وقد اسلم بانث (ويحتمل) انتظار العدة الثانية من حين اسلامه فان لحقت به تخير وان

ويحتمل توقف اختيار الاماء حتى يختار الاثنتين ثم بعد اختيارهما تأذنان في اختيار الامتين لانه امر معين فلا يصدر الا عن سبب معين فقبل تعيين الحرتين لاتصلحان للاذن (ويحتمل) ان لا يتوقف على رضا الحرائر وهو بناء على ان الاختيار كالاستدامة وهو قول لبعض الفقهاء لانه لا يشترط فيه صيغة النكاح وقبول المرأة ولانه استدراك عقد اشرف على الزوال فأشبهه الرجعة ولجوازه في الاحرام ، وعلى هذا القول (يحتمل) المسألة رابعا وهو حيث ان اختلاف الدين يوجب صيرورة كل واحدة بمنزلة المطلقة الرجعية فيكون قبل الاختيار كل واحدة كزوجة واستثنيت هذه الصورة من الحكم بتحريم اجتماع الزيادة لصيرورة الزائد الى بينونة كلية فتصير غير المختارة بعد اختيار غيرها بانثة فقبل الاختيار يشترط رضاء الكل لانهن في حكم الزوجات .

قال قدس الله سره : **و اذا اسلمت الوثنية (الى قوله) عدة الاولى .**

اقول : الاول قول بعض الاصحاب لانه قد اجتمع اسلام الزوج والزوجة الاولى في العدة ولا مانع اذ نكاح الاخت المتأخرة باختلاف الدين مفسوخ وانما يرجع بالاسلام

خرجت عدة الاولى ، ولو اسلم العبد على اربع حراير فصاعداً وثنيات ثم اعتق ولحقن به في العدة تخير اثنتين فاذا اختارهما انفسخ نكاح البواقي و كان له العقد على اثنتين آخرتين لانه حينئذ حر ولو اعتق اولا ثم اسلم ولحقن به تخير اربعا ، و اذا اسلم الحر عن اكثر من اربع حراير مدخول بهن و ثنيات انتظرت العدة فان لحق به اربع كان له الانتظار فان اختار المسلمات انقطعت عصمة البواقي ثم ان اسلمن قبل انقضاء العدة علمت البيئونة باختياره للاربع وكانت عدتهن من ذلك الوقت ، وان اقمنا على كفرهن الى الانقضاء علمت البيئونة منهن باختلاف الدين ، وان انتظر اسلام البواقي فان اقمنا على الكفر حتى خرجت العدة ظهرت البيئونة من حين الاختلاف وان عدتهن انقضت وان الاول قد لزمه نكاحهن بغير اختياره (لان) اختياره انما يكون بين عدد لا يجوز له جمعه وان اسلمن في العدة فان اختار اربعا انفسخ نكاح البواقي من حين الاختيار و يعتد من وقته فان طلق المسلمات انقطعت عصمة الباقيات ثم ان اقمنا على الكفر حتى انقضت العدة بن " باختلاف الدين وان اسلمن فيها بن " من حين الطلاق ولو اختار فسخ المسلمات لم يكن له الا بعد اسلام اربع لامكان ان لا يسلمن في العدة فيلزمه نكاح المسلمات، فلو

قبل حصول مانع منه ولم يحصل فلا يصلح لمانعية نكاح الاخت المسلمة المتقدمة لعدم المرجح للفسخ و هو اختلاف الدين فيستقر نكاحها فتبين اختها الكافرة بثبوت نكاح اختها الاولى المسلمة فلا ينتظر لها عدة ، والاصح الاخير لضرب العدة مع اختلاف الدين بين الزوجين بعد الدخول والثانية زوجة لوقوع نكاحها في حال كفرهما وهي مدخول بها وقد اسلم الزوج فيضرب لها العدة من حين اسلامه و لا يقع البيئونة الا مع خروج العدة المضروبة ولم يحصل بعد فلا يحكم بالبيئونة و اذا ضربت العدة للثانية فان اسلمت في عدتها تخير حينئذ ولا تعلق للثانية بعدة الاولى لان الاعتبار باسلام الثانية .

قال قدس الله سره : و اذا اسلم الحر (الى قوله) ان يختارها .

اقول : هذه المسألة مبنية على ان الفسخ لما خاطب به الاوائل هل وقع باطلا في اصله لان نكاحهن ثبت ولا يفسخ الا باختلاف الدين مع خروج العدة وليس ، اوزيادتهن على العدد واختيار غيرهن وليس ، ولانهن لم يزدن على العدد المحلل الآن او وقع

اختار الفسخ ولم تسلم الباقيات في العدة انفصل نكاحهن ولزمه نكاح من اختار فسخهن وان اسلمن فان اختار منهن اربعا انفسخ الزائد والاويل ، وان اختار الاويل احتمل الصحة لان فسخه الاول لم يكن صحيحا وقت وقوعه والبطلان لان بطلان الفسخ انما يتم لو اقام البواقي على الكفر لانا تبيين لزوم نكاح المسلمات فاما اذا اسلم البواقي فانا فسخ فيه نكاح من شاء جاز ولم يكن له ان يختارها .

ولو اسلم عن اربع اماء وحره فاسلمن وتاخرت الحره واعتقن لم يكن له اختيار واحدة منهن ان منعنا من نكاح الامة للقادر على الحره لجواز اسلام الحره وانما اعتبر

مراعي واسلام الباقيات كاشف عن صحته ، وفرق بين وقوعه موقوفا ومراعي للفرق بين وقفه والتوقف في الحكم به (ووجه الثاني) انه لا يخلو في نفس الامر اما ان يسلم البواقي في العدة اولا والاويل مستلزم لمملكه الفسخ وقد وقع من وقوع اسلام البواقي فعلمنا انه كان له الفسخ في علم الله تعالى والثاني لم يقع .

قال قدس الله سره : ولو اسلم عن اربع اماء وحره (الى قوله) الاسلاميين .

اقول : هذه المسألة مبنية على مقدمتين (الاولى) انه هل يحرم على الحران تزوج بالامة الآشرطين وهما عدم الطول وخوف العنت او يكره مطلقا (الثانية) ان الانسان اذا كان عند حره فتزوج بامة من غير اذن الحره هل يبطل نكاح الامة من الاصل او يكون موقوفا على اذن الحره ، اذا تقرر هاتان المقدمتان (فنقول) على القول بالتحريم في المقدمة الاولى الآب الشرطين فمع انتفائهما وانتفاء احدهما لا يجوز له ان يختار احديهن هنا سواء بقيت الحره على الكفر حتى خرجت العدة او اسلمت فيها واذنت او لم تأذن (وعلى القول) بالكراهة مطلقا او مع حصول الشرطين (فاما) ان نقول بالبطلان من الاصل في المقدمة الثانية (او بالايقاف) فان كان الاول فليس له حينئذ اختيار احديهن سواء اسلمت الحره في العدة واذنت اولا ، لبطلان العقد من الاصل (وان كان الثاني) و هو القول بالايقاف في المقدمة الثانية فليس له اختيار احديهن الا اذا خرجت العدة ولم تسلم الحره وحصل الشرطان على القول بالتحريم بدونهما فيختار واحدة لا غير (وعلى القول) بالكراهة مطلقا ان اسلمت الحره في العدة واذنت اختار اثنتين و ينفسخ نكاح

حالهن حال ثبوت الخيار وهو حال اجتماع اسلامه واسلامهن وقد كن حينئذ اماء فان اسلمت الحرة بن^١ وان تأخرت حتى انقضت بانث و كان له اختيار اثنتين لاغير اعتباراً بحال اجتماع الاسلامين (اسلامهن-خ ل) ولو اعتقن قبل اسلامه ثم اسلم واسلمن اواعتقن بعداسلامه على اشكال ثم اسلمن بعد اسلامه كان له اختيار الرابع (لان) حالة الاختيار حال اجتماع الاسلامين وهن حينئذ حراير فان اختارهن انقطعت الخامسة .

ولو اسلم على خمس فالحق به اربع فله اختيار ثلاث وانتظار الخيار في الرابعة حتى يخرج عدة الخامسة على الشرك وهل له انتظار الخيار في الجميع الاقرب المنع لانه يلزمه نكاح ثلاث منهن فيختار ثلاثا فان اسلمت الخامسة تخير والالزمه نكاح الرابعة ، و لو اسلم تحت العبد المشترك اربع اماء ثم اعتقن قبل اسلامه كان لهن الفسخ فان لم يسلم بن^٢ بالاختلاف من حين اسلامهن وظهر فساد الفسخ ويكملن عدة الحراير وان اسلم في العدة بن^٣ بالفسخ ولو اآخرن الفسخ حتى اسلم كان لهن الفسخ لانهن تركنه اعتمادا على الفسخ بالاختلاف

الباقيتين سواء حصل الشرطان اولا ، وان لم تأذن ليس له الاختيار اصلا وله العقد المستأنف على جميع المعتقدات في كل موضع ليس له اختيار احديهن او على الباقي بعد الاختيار اذا كان له الاختيار الآفي موضع يلزم نكاح الخامسة وذلك في موضع ثبت نكاح الحرة فيقتصر على ثلاث من المعتقدات حينئذ .

قال قدس الله سره : ولو اعتقن قبل اسلامه (الى قوله) حرائر .

اقول: مبنى هذه المسألة ان الشرط والمانع هل يعتبر عند اجتماع الاسلامين لانه وقت الاختيار او عند اسلامه لانه عند الترامه باحكام الدين (فعلى الثاني) ليس له اختيار اربع لان باسلامه وهن اماء انفسخ نكاح ما زاد على اثنتين فلا يعود بالعتق (و على الاول) ان الاعتبار في شرائط نكاح الحر للامة هو حال اجتماع الاسلامين وهن حينئذ حرائر .

قال قدس الله سره : لو اسلم عن خمس (الى قوله) نكاح الرابعة

اقول: وجه الاول انه لا بد وان يلزمه نكاح ثلاث منهن فلامعنى لانتظار الخامسة (ولان) الاختيار انما يكون عند الزيادة على الرابع ولم يوجد (ويحتمل) جواز التأخير

كالمطلقة رجعيا اذا اعتقت واخرت الفسخ وان اسلم في العدة فاخترن فراقه فعليهن عدة الحراير وان اخترن نكاحه اختار اثنتين وان اخترن المقام معه قبل اسلامه لم يصح ولم يسقط حقهن من الفسخ عند اسلامي على اشكال ، ولو اسلم قبلهن فاعتقن فان اخترن المقام لم يصح لانهن جاريات الى بينونة وان اخترن الفسخ فلهن ذلك ، ولو اسلم الكافر بعد ان زوج ابنه الصغير بعشر تبعه في الاسلام فان اسلمن اختار بعد البلوغ و يمنع من الاستمتاع بهن وتجب النفقة عليهن ، ولو اسلم اب المجنون فقي التبعية اشكال فان قلنا به تخيير الاب او الحاكم .

المطلب الرابع في كيفية الاختيار

الاختيار اما باللفظ او بالفعل (اما اللفظ) فصريحه اخترتك او امسكتك او ثبتتک او اخترت نكاحك او امسكته او ثبتته وشبهه منجز اعلى الاقوى ، ولو طلق فهو تعين للنكاح

لجواز التأخير لو اسلم معه واحدة لانه مادام في العدة لم يحكم بالبينونة فيجوز التأخير لاصالة البقاء والاقوى الاول لان لثلاث عليه حقوق الزوجية فلا يجوز تأخيرها كالمباينة قال قدس الله سره : ولو اسلم اب المجنون (الى قوله) او الحاكم .

اقول : سبب التبعية في الصغير النقص عن احكام التكليف وعدم اعتبار العبادة وهو هنا متحقق (ومن) اصالة عدم التبعية للغير في الاحكام خرج الصغير للاجماع فما عداه لم يقم دليل على تبعيته فيبقى على الاصل ويتفرع على التبعية انه اذا اسلم الاب و لابن المجنون ازيد من اربع نسوة فالخيار الى الاب على مذهب المصنف ومع فقد الاب بعد اسلامه فالى الحاكم لامتناع الانتظار للاضرار ولانه كالطلاق : وقد صرح المصنف في موضعين (احدهما) قبل هذا البحث (والثاني) في المطلب الثاني في المولى عليه ان الولاية للاب او الجد له (وقيل) لا ولاية في الاختيار هنا لانه اختيار شهوة ولا يشعر الحاكم ولا الولي ميله الى أبتين (منهن - خل) والحق الاول .

المطلب الرابع في كيفية الاختيار

قال قدس الله سره : اما اللفظ فصريحه اخترتك (الى قوله) على الاقوى
اقول : وجه القوة ان الاختيار سبب شرعي ولم يجعل الشارع سببا غيره في معناه

فلو طلق اربعا صح نكاحهن وطلقن وانفسخ نكاح البواقي وليس الظهار والايلاء اختياراً على اشكال ، فان اختارت التي ظاهر منها او آلى صح ويكون العود عقيب الاختيار ان لم يفارقها ومدة الايلاء من حين الاختيار ، ولو قذف واحدة فاختر غيرها وجب الحد وسقط بالبينة خاصة ، ولو اختارها اسقطه باللعان ايضاً ، ولو طلق او ظاهر او آلى او قذف بعد اسلامه حال كفرهن فان خرجت العدة عليه فلاحكم بل التعزير في القذف ويسقط بالبينة خاصة وان ولا شرطه بغير ما شرطه والاسباب والشروط الشرعية انما تستفاد من النص لا غير فلو علمت انه فالمعلق عليه اما ان يكون سبباً أو شرطاً ، وعلى كل تقدير يكون زيادة على الشرع وادخاله فيه ما ليس منه (وقيل) شاذاً بالصحة ، لاصالة الصحة ولانه تعليق لا يخالف الكتاب والسنة فكان جائزاً وليس بجيد لما تقدم .

قال قدس الله سره : وليس الظهار والايلاء اختياراً على اشكال .

اقول : الطلاق اختيار لانه لا يواجه الا الزوجة (ولانه) رفع النكاح الثابت في الزمان المستقبل بلفظ انت طالق فالنكاح جزء مفهومه اولازمه لزوماً بيننا بمعنى ان تصور الطلاق مستلزم لتصور النكاح فاثباته يستلزم اثباته ، فاذا طلق اثبت النكاح وهذا هو معنى الاختيار (ولان) ارادة ايقاع الملزوم لزوماً بيننا باللازمه ارادة للمحال ومناقضة (لا يقال) في قضية فيروز الديلمي قال النبي ﷺ له طلق ايتهما شئت (١) فلو كان الطلاق تعييناً للنكاح كان ذلك تفويتاً لنا كحكما معنا (لانا) نقول لو سلم السند كان قد استعمل لفظ الطلاق في الفراق مجازاً أو هو جائز (اذا عرفت) ذلك (فنقول) الظهار والايلاء كل واحد منهما هل هو اختيار ام لا . قال المصنف فيه اشكال منشأه (من) ان الظهار ووصف بالتحريم والايلاء حلف على الامتناع من الوطى وكل واحد من المعنيين بالاجنبية اليق منه بالمنكوحه (ومن) ان كل واحد منهما لا يقع الا بالزوجة فهما من خواص النكاح والاصل قصد العاقد الى الصحيح من الافعال واثبات خاصة الشيء يستلزم اثباته ، والاقوى عندي الاول ، لان اللزوم هنا شرعي وثمان عقلي بين وهنا غير بين (ولانه) قد يقصد بكل منهما مبالغة التحريم .

قال قدس الله سره : ولو طلق (الى قوله) فالاقرب وقوع الطلاق .

(١) سنن ابي داود (ج ٢) باب في من اسلم وعنده نساء

اسلمن فيها فالاقرب وقوع الطلاق، اما الظهار والايلاء فان اختار من اوقع عليها ذلك صح، واما القذف فان اختار المقدوفة فعليه التعزير ويسقطه باللعان او البينة وان لم يخترها اسقطه بالبينة (وهل) تنزل الكنايات منزلة الطلاق في الاختيار اشكال اقربه العدم وان قصد به الطلاق، وكذا لو اوقع طلاقاً مشروطاً فقال كلما اسلمت واحدة منكن فقد طلقتهما، ولو قال ان دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح او الفراق لم يصح للتعليق ولورتب الاختيار ثبت عقد الاول واندفع البواقي، ولو قال لما زاد على الرابع اخترت فراقكن انفسخ عقدهن وثبت عقد الرابع، ولو قصد الطلاق فان قلنا ان الكناية كالطلاق في الاختيار ثبت عقد المطلقات ولم يطلّقن والآفلا، ولو قال لواحدة طلقتك صح نكاحها وطلقت وكانت من الرابع .

(واما الفعل) فكا لو طى فلوطى اربعا ثبت عقدهن واندفع البواقي فان وطىء

اقول : هذا يبني على ان الاسلام هل هو كاشف عن بقاء النكاح او ارتجاع له

كالرجعة، اختار المصنف هنا الاول : (لان) الفرقه بسبب فقد شرط اباحة العقد ثابتة والاتفاق في الاسلام شرط الاباحة وكل فرقة بائنة لا بد فيها من استيناف النكاح (وقيل) لا يقع لانه طلاق معلق على شرط وهو تجدد اسلامها وكل طلاق معلق على شرط فهو باطل .
قال قدس الله سره : وهل تنزل الكنايات (الى قوله) وان قصد به الطلاق

اقول : ينشأ (من) حيث ان الطلاق انما كان اختياراً (لان) وجود الكل او

الملزوم مستلزم لوجود الجزء او اللزم وفي الكناية لا يوجد الطلاق فلم يوجد ما يدل على الطلاق باحدى الدلالات (ومن) حيث ان الاعتبار بقصده وقد قصد الطلاق فدل على انه قصد النكاح والحق الاول : لانه اما باعتبار ثبوت معنى الطلاق او باعتبار دلالة لفظه، والاول منتف والثاني باطل ايضاً لان الكناية في الطلاق مجاز، فلا يستعمل في ملزومه مجازاً والآلتجوز من المجاز وهو باطل باتفاق الاصوليين .

قال قدس الله سره : وكذا لو اوقع طلاقاً (الى قوله) فقد طلقتهما .

اقول : البحث في هذه كما مرفى المسألة السابقة .

الخامسة جاهلين فعليه مهر المثل (وهل) التقبيل او اللمس بشهوة اختيار اقربه ذلك كما انه رجعة ، ولو تزوج باخت احديهن لم يصح (وهل) يكون اختياراً لفسخ عقدها اشكال ،

قال قدس الله سره : وهل التقبيل واللمس بشهوة اختيار، اقربه ذلك كما انه رجعة .

اقول : وجه القرب انه يقتضى الرجعة اجماعاً فيقتضى الاختيار لان الرجعة و الاختيار معلولا لعللة واحدة، هي الفعل الصادر منه ، الدال على اختيار النكاح لفظاً كان او غيره ، ووجود احد المعلولين يدل على وجود المعلول الآخر وهذا برهان اثني ، ولما اقتضى اللمس والتقبيل بشهوة الرجعة اقتضى الاختيار لما ذكرنا (ويحتمل) العدم (لانهما) قد يوجدان في الاجنبية ، فهنا اعم من الاختيار، والعام لادلالة (د) على الخاص (ولان) دلالتهم ليس لذاتيهما بل باعتبار مقدمة اخرى: هي ان المسلم ، الاصل في افعاله الصحة والاباحة ولا يلزم من جعل الشارع اياه سبباً في حكم وهو الرجعة جعله سبباً في غير تلك الصورة مع اختلاف الموضوع والمحمول ، ولقد اوردنا ذلك على المصنف فاجاب : بان النص دل على ان الاختيار هو كل فعل يدل على الرضا بالنكاح واختيار بقائه، وان كلام من اللمس والتقبيل بشهوة دال على الرضا بالنكاح واختيار بقائه ، ولهذا جعلوه رجعة فتعدية الحكم هنا تعدية الحكم الكلي الى جزئياته او من باب اتحاد طريق المسألتين كآية اولى الارحام ، والا قوى عندي انهما اختيار (لان) الطلاق رفع قيد النكاح و ازالة له فاذا اقتضيا ابطاله وثبوت النكاح لاشتمالهما على الرضا به فاولى ان يدل على الاختيار لاستمرار النكاح ، لكن اقتضائهما الرجعة بالاجماع .

قال قدس الله سره : ولو تزوج باخت احديهن (الى قوله) اشكال .

اقول : ينشأ (من) ان نكاح الاخت مناف لنكاح الاخت الاخرى في الصحة : بمعنى انه لا يمكن اجتماعهما في الصحة في زمان واحد و ارادة احد المتنافيين يستلزم ارادة نفي الآخر (لان) ارادة الملزوم يستلزم ارادة اللازم (ولان) كل ضد يستلزم نقيض ضده ولهذا نافاه ، فلا فرق بين ان يأتي بلفظ يدل على النقيض بالمطابقة وبين ان يأتي بما يدل على الضد في الدلالة على النقيض (ويحتمل) عدمه لمنع الاستلزام في الارادة،

ولو قال حصرت المختارات في ست انحصرن ، ولو لحقه اربع وتخلف اربع فعين الاوائل للنكاح صح ، ولو عينهن للفسخ لم يصح ان كان الاواخر وثنيات والأصح (ويحتمل) فقد تبينت هذه المسألة في علم الكلام (ولان) العقد عليها قد يوجد مع عدم الاختيار وقد يوجد معه فهو اعم منه ولادلالة للعام على الخاص ، والاقوى عندى الاول لان العقود انما تحمل من المسلم على الصحيح .

قال قدس الله سره : ولو لحقه اربع (الى قوله) ويحتمل الوقف .

أقول : المراد بالوقف هنا ان يكون الفسخ مراعى واسلام الباقيات وعدمه كاشفان عن صحته او بطلانه ، فان اسلم الباقيات ظهر صحة الفسخ ، وان لم يسلمن ظهر بطلان الفسخ اذا الواقع امر صالح للتأثير في البينونة عند اسلام الباقيات (ووجه البطلان) ان الفسخ انما يصح في ما زاد على الاربع من المسلمات لقوله لَا يَحِلُّ : امسك اربعا وفارق سائرهن (١) ولم يحصل هنا (ولانه) لو صح الفسخ لزم امكان احدا مور ثلاثة (اما) فسخ المسلمات وبقاء الكافرات على النكاح (او انفساخ) نكاح الكل (او اعادة) الحكم الشرعى الذى عدم من غير سبب ، والكل محال .

(بيان الملازمة) : انه اذا صح وقع اثره وهو زوال النكاح ، لانه معنى صحة السبب فاذا لم يسلمن فاما ان يثبت نكاح الكافرات اولا ، والاوّل يستلزم الامر الاول ، والثانى (اما) ان يبقى زوال نكاح المسلمات وهو الامر الثانى (او يعود) فيلزم الامر الثالث (واما) استحالة الكل (اما الاول) فباجماع الامة (واما الثانى) فلانه يلزمه نكاح اربع منهن بالاجماع (واما الثالث) فظاهر لان اعادة الحكم الشرعى بعينه بعد زواله محال ومثله لا سبب له . واجاب المصنف بان صحته هنا صلاحية التأثير عند اسلام الباقيات او كون اسلام الباقيات كاشفا عن صحته وعدمه عن فساده ولا استحالة فيه وهو وجه احتمال الوقف : فان الله تعالى في هذه الواقعة حكما في نفس الامر وهو مشبه علينا وقد جعل الله تعالى عليه دليلا وهو بقاء الباقيات على الكفر الى خروج العدة على بطلانه و اسلامهن على صحته ومثل هذا جائز في حكم الشرع .

(١) سنن ابى داود (ج ٢) باب فيمن اسلم وعنده نساء وفيه اختر منهن اربعا

الوقف، ولو عين المتخلفات للفسخ صح وللنكاح لا يصح إلا إذا جوزنا الوقف، ولو أسلمت ثمان على الترتيب فخطب كل واحدة بالفسخ عند إسلامها تعين للفسخ الأرباع المتأخرات وعلى الوقف المتقدمات، ويجب الاختيار وقت ثبوته فإن امتنع حبس عليه فإن اضطر

قال قدس الله سره : ولو عين المتخلفات (الى قوله) الوقف

اقول : اذا عين المتخلفات للفسخ جازا جماعا لوجود المقتضى وهو الاختلاف و الشرط وهو الزيادة على الأرباع وعدم المانع لأنهن ان بقين على الكفر انفسخ نكاحهن و تعينت الأوائل للنكاح، وان أسلمن كان له فسخ نكاحهن، فاذا تحقق الفسخ على تقدير وملكه على تقدير ولم يدخل الأمر من التقديرين صح اختيار فسخه، وان عينهن للنكاح لم يصح لوجود المقتضى لبطلانه وهو الكفر، لان الاتفاق في الإسلام شرط في اباحة العقد واستمراره ولهذا ينفسخ النكاح مع عدمه و الاختيار يقتضى لزومه، فيتضاد اثرهما فيتنايان، ووجود احد المتنايين يستلزم انتفاء الآخر. قوله (الآ ان جوزنا الوقف) معناه ان جوزنا وقف الاختيار الى انتهاء العدة، فان أسلمن فيها حكمننا بصحة الاختيار وان بقين على الكفر حكمننا ببطلانه، هكذا قرر قد ماء الفقهاء، ومأخذ الاحتمالين منحصر في طريقين : (احدهما) الخلاف في وقف العقود (وثانيهما) ان اختيار النكاح هل هو كابتداء النكاح او استدامة له (فعلى الاول) لا يصح لان المسلم لا يمكن ان يبتدى النكاح على الكافرة الحربية ولا يكون موقوفا بليقع باطلا وان قلنا انه استدامة و قلنا بالوقف جاز ان يكون موقوفا كالأصل والآ فلا، والحق عندى البطلان في هذه المسألة والمتقدمة.

قال قدس الله سره : ولو أسلم ثمان (الى قوله) المتقدمات .

اقول : هذه المسألة تفريع على ما تقدم من الاحتمالين في فسخ المسلمة منهن قبل زيادتها على العدد (فنقول) على تقدير الوقف اى المراعاة بمجرد اسلام المتأخرات ظهر لنا وقوع فسخ المتقدمات ويلزمه نكاح اربع فیتعين للنكاح المتأخرات (وعلى البطلان) وقت صحة الفسخ هو وقت اجتماع اسلام ما زاد على العدد فلما أسلمت الخامسة كان هو وقت اختيار واحدة للفسخ فلما فسخها صح فسخها وكذا السادسة وعلى ذلك الى

عزّ رفان مات اعتدت كل واحدة با بعد الاجلين فالحايل بالا بعد من اربعة اشهر وعشرة ايام ومن ثلاثة اقراء والحامل بالا بعد من اربعة اشهر وعشرة ايام ومن الوضع . ويوقف لهن الربع او الثمن حتى يصطلحن فان طلبت احديهن منه شيئاً لم تعط ولو طلبت خمس دفع اليهن ربع النصيب والست نصفه ولو كانت احديهن مولى عليها لم يكن لوليها ان يأخذها اقل من الثمن (ويحتمل) القرعة او التشريك ، ولو كان فيهن وارثات وغير وارثات فلا يقاف كما لو كان معه اربع وثنيات واربع كتابيات فاسلم الوثنيات الاخيرة وهذا ظاهر وهو الاولي عندي .

قال قدس الله سره : ويوقف لهن الربع (الى قوله) والتشريك .

اقول : قوله (ويحتمل) قسيم لقوله (حتى يصطلحن) واعلم ان في هذا الكلام مسألتين (الف) انه اذا مات بعد اجتماع اسلامه واسلام الثمان قبل الاختيار يوقف نصيب الزوجية من تركته وهو الربع مع عدم الولد والثمن معه ثم ماذا يصنع به فيه وجوه ثلاثة ذكرها المصنف (ووجه الاول) انه لا يحصل يقين البرائة الآبه وهو مطلوب عقلا وشرعا فيقسم بينهن على حسب الاصطلاح بالتساوي او التفاضل (ولان) المستحق منحصر فيهن والاحتمال و الاشكال في الكل على التساوي وهن معترفات به ، والظهور غير متوقع ، فطريق الاحتياط الصلح (ووجه الثاني) وهو القرعة انه امر مشكل وكل امر مشكل فيه القرعة لماورد في الاخبار وهو ضعيف ، لان القرعة انما هي لكشف ما هو معين في نفس الامر وقد اشبهه علينا ، وهذه ليست معينة في نفس الامر .

(لا يقال) انه تعالى يعلم من كان يختار لو اختار (لانه نقول) السبب المقتضى للميراث هو وجود اختيار بالفعل لمعينة مشخصة ولم يوجد لانه التقدير بخلاف ما لوقال : والله لا تطلقن زينب ان كان هذا الطائر غرابا ، والله لا تطلقن عمرة ان لم يكن هذا الطائر غرابا لان الله تعالى يعلم حال الطائر ويعلم من هي معينة للطلاق في نفس الامر لانه تعالى عالم بكل معلوم على ما هو عليه (ووجه الثالث) وهو التشريك فيقسم بينهن على التساوي (انحصار) مستحق فيهن وعدم العلم به والظهور غير متوقع وهن جميعا معترفات بشمول الاشكال ولعدم اولوية واحدة منهن دون البواقي لانه ترجيح من غير مرجح فيكون بمنزلة الدعوى ،

ثم مات وكذا لو كن كتابيات فاسلم معه اربع ومات ، ولو اسلم الكتابيات بعد الموت قبل القسمة فالاقرب ايقاف الحصة ولو اسلمت واحدة فالموقف كمال الحصة وكذا لو كان معه كتابية ومسلمة وقال احديكما طالق ومات قبل التعيين .

وهذا ايضاً ضعيف لان توريث من ليست زوجة يقينا محال ، وهو لازم للتشريك وفرق بينه وبين الدعوى : لامكان الاشتراك في الدعوى فان كل واحد من اثنتين اذا ادعى كل الدارين يمكن في نفس الامر اشتراكهما فيها اما مع العلم بانها لاحدهما وانه لا اشتراك بينهما يمنع التشريك ، لانه تقدير باطل معلوم البطلان والاصح عندي الاول .

(ب) لو كان في الثمان واحدة مولى عليها كالصغيرة او المجنونة صالح الولي عنها ثم فيه احتمالان (الف) انه لا يصلح على مادون الربع اعنى من نصيب الزوجات لجواز ان يكون زوجة فلو نقص عن الربع كان تركا لبعض حقها ولا يجوز (ب) ان يقتصر على الثمن لانه لا يعرف ان لها حقاً لكن لا ينقص عن ثمن الموقوف لانه موقوف بين ثمان .

قال قدس الله سره : ولو اسلم الكتابيات (الى قوله) ايقاف الحصة :

اقول : المسائل المتقدمة متفرعة على ما اذا علم استحقاق الزوجات الميراث (اما) مع عدم العلم كما اذا اسلم على ثمان كتابيات واسلم معه اربع او كان تحته اربع و ثنيات واربع كتابيات واسلم معه الوثنيات ومات قبل البيان والاختيار (فنقول) القائل بعدم جواز اختيار نكاح الكتابيات يقول الميراث للمسلمات قطعاً و(اما) على القول بجواز اختيارهن (اما) لقوله بجواز ابتداء نكاح الكتابيات (او) لقوله بان الاختيار استدامة للنكاح لا ابتداء له (فيحتمل) هذه المسألة امرين (الف) انه لا يوقف شيء للزوجات بل يقسم التركة بين سائر الورثة لان استحقاق الزوجات للارث هنا غير معلوم ولا حاصل لان ثبوته معلول لاختيار المسلمات ولم يحصل ، و وجود المسبب مع عدم السبب محال (ب) ان يوقف حصة الزوجات (لان) الزوجية سبب الارث والمانع الكفر واختيار الكتابيات ولم يوجد ، فجازان يكون المسلمات هن الزوجات (ولان) استحقاق الورثة غير الزوجات قد نصيب الزوجات غير معلوم (ولان) الشك في اصل الاستحقاق لا يمنع الوقف كمسائل الحمل ونحوها . فالوقف هنا من الزوجات

المطلب الخامس في النفقة

اذا اسلم واسلمن وجب نفقة الجميع حتى يختار اربعا فتسقط نفقة البواقي وكذا لو كن كتابيات وجبت النفقة وان لم يسلمن وكذا لو اسلمن او بعضهن قبله وهو على كفره وان اتفى التمكين من الاستمتاع ويشترط عدم النشوز في ماله السلطنة فيه كالسكنى وحل نذرها موقوف ولولم يدفع النفقة كان لهن المطالبة بهاعن الحاضر والماضى سواء اسلم اولاً ، ولو اسلم دون الوثنيات لم يكن لهن نفقة لان تفويت الاستمتاع منهن ، ولو تداعيا سبق الى الاسلام قدم قول الزوج لاصالة برائته ، ولو ادعى سبقه بالاسلام قبل الوطى فالقول قولها لان الاصل بقاء المهر ،

ولو قالت اسلمنا معافا لنكاح باق قدم قوله لندور التقارن في الاسلام على اشكال

المسلمات وباقي الورثة ، لا الكتابات حتى يصطلحوا او يكون لمن يخرج به القرعة من باقي الورثة والمسلمات او بالتشريك لتصادم الدعاوى فيكون للزوجات المسلمات نصف نصيب الزوجات ولباقي الورثة النصف الباقي لان كلا من الزوجات المسلمات وباقي الورثة يدعى جميع حصة الزوجات فيقسم بينهما نصفين وينسحب الاحتمالات فيما اذا كان تحته مسلمة وكتابية وطلق باينا واحدة لابعينها وقلنا بوقوعه .

(واعلم) ان المصنف جزم بالاول ثم فرع عليه هذا الفرع : وهوانه اذا اسلم الكتابات بعد الموت وقبل القسمة فالاقرب الايقاف ، لان اسلام الزوجة الكتابة بعد الموت وقبل القسمة موجب لارثها فحينئذ الزوجات (اما) المسلمات اولاً قبل موته فيرثن قطعاً (واما) اللواتي اسلمن بعد موته قبل القسمة فيرثن قطعاً (ويحتمل) ان يقال انما ترث الزوجة قبل القسمة فيما يتحقق زوجيتها وان الزوجية موجبة للارث وهذان الوصفان ليسا بمعلومين واذالم يعلم السبب لم يعلم المسبب واما على الاحتمال الثاني فيوقف قطعاً .

قال قدس الله سره : ولو قالت اسلمنا معافا (الى قوله) على اشكال .

أقول : اذا اسلم الزوجان قبل الدخول واختلفا في النكاح فقالت الزوجة اسلمنا معافا لنكاح باق بحاله وقال الزوج بل اسلمنا على التعاقب فالنكاح مفسوخ فقى تقديم ايها اشكال منشأه اصالة عدم التقدم ، و الظاهر عدم الاقتران لندوره و الشارع بنسى

ولو قال اسلمت بعد اسلامي بشهرين فقالت بل بشهر او قال اسلمت بعد العدة فقالت بل فيها قدم قوله ولا يعد الفسخ في الطلقات وان ساواه في المهر فلو اسلم الوثنى قبل الدخول وجب نصف المسمى ان كان مباحا والآنصف مهر المثل (ويحتمل) المتعة ولو لم يسم مهراً فلها المتعة وان كان بعده وجب المسمى او مهر المثل على التفصيل ولو اسلمت قبل الدخول

الاحكام على الاغلب فالاشكال في تقديم الاصل او الظاهر اعني الاغلب عادة مع التعارض ومن ثم اختلفوا في حد المدعى والمدعى عليه فانه مستنبط من هذا الاصل وسيأتي كيفية استخراج من هذا الاصل في باب الدعاوى ، وجاء الاشكال في هذه المسألة وغيره من الفروع المتفرعة على هذا الاصل والاولى عندي تقديم الظاهر لان خلاف الاصل اذا عضده الدليل صار هو الاصل .

قال قدس الله سره : ولا يعد الفسخ في الطلقات (الى قوله) ويحتمل المتعة

اقول : من احكام الفسخ انه لا يعد في الطلقات لانه ليس بطلاق واذا كان الاسلام من الزوج قبلها وجب المهر ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله وكان المهر مباحا (وان كان) محرما كالخمر والخنزير (ففيه) احتمالان (احدهما) نصف مهر المثل لان مهر المثل هو الواجب مستقراً بالدخول هنا وكل مهر غير مفوض يجب مستقراً بالدخول يتشطر بالطلاق وشبهه ، لانه قد سمي مهراً وكل عقد سمي فيه مهر فهو غير مفوض ويوجب المسمى او مهر المثل والالكان مفوضا وهو خلاف التقدير فلو وجب كله بالطلاق وشبهه لوجب مستقراً قبل الدخول وهو باطل اجماعاً فتعين النصف وفي الكلية منع (وثانيهما) المتعة لان هذا المهر قد بطل ولم يذكر غيره فصار كالتفويض فلا يخلو من منع وهذا يتفرع على صحة انكحة الكفار .

قال قدس الله سره : و ان كان بعده وجب المسمى او مهر المثل

على التفصيل .

اقول : معناه لو اسلم الوثنى بعد الدخول فاما ان يكون المهر مباحا او محرماً وعلى كل تقدير (فاماً) ان يكون قبل قبض شىء منه (او) بعد قبض الكل (او) بعد قبض البعض دون البعض ، فالاقسام ستة : (الاول) ان يكون مباحا واسلم قبل قبض شىء منه

سقط وبعده لها المسمى ولو اعترفا بالسبق ولم يعلم ايهما السابق قبل الدخول لم يكن للمرأة المطالبة بشيء من المهر ان لم تقبض وان قبضته فللزواج المطالبة بنصفه خاصة ثم يوقف على التقديرين حتى يتبين ، وروى ان اباق العبد طلاق زوجته وانه بمنزلة الارتداد فان رجع في العدة فهو املك بها وان عاد وقد تزوجت بعد العدة فلا سبيل عليها والطريق ضعيف .

فيجب عليه تسليمه (الثاني) ان يسلم بعد قبض بعضه فيجب عليه تسليم الباقي (الثالث) ان يسلم بعد قبض الكل فلا كلام (الرابع) ان يكون المهر محرماً ويسلم قبل قبضه فيجب عليه مهر المثل لوجوب المهر بالدخول وفساد الخمر فيرجع الى مهر المثل (اورد) لو تزوج المسلم على زق خمر كان عليه قيمته عند مستحليه او مثله خلاً على قول شاذ ، فهنا اولي لثبوته في النكاح وتقرير الشارع عليه بخلاف المسلم (قلنا) لو قلنا به لانسحب لكن منعناه كمذهب امام المجتهدين والذى المصنف (الخامس) ان يكون المهر محرماً واسلم بعد قبضه فقد وقع القبض موقعه وبريء (السادس) ان يكون اسلم بعد قبض بعضه وقد مضى حكمه والى هذا التقسيم والتفصيل اشار بقوله على التفصيل .

قال قدس الله سره : وروى ان اباق العبد طلاق زوجته وانه بمنزلة الارتداد .

اقول: هذه رواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام: قال سألته عن رجل اذن لعبد في تزويج امرأة ، فتزوجها ثم ان العبد ابق ، فقال : ليس لها على مولاه نفقة وقد بانت عصمتها منه فان اباق العبد طلاق امرأته وهو بمنزلة المرتد عن الاسلام : قلت فان هو رجع الى مولاه أترجع اليه امرأته ؟ قال ان كان قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت زوجاً غيره فلا سبيل له عليها وان لم تتزوج ولم تنقض العدة فهي امرأته على النكاح الاول (١) والى هذا ذهب الشيخ في النهاية وخص ابن حمزة الحكم المذكور بعبد زوجته امه وتزوج باذن السيدين ومنع ابن ادريس ذلك وقال ان النفقة على السيد ولا تبين

(١) كل باب ٣٥ خبر ١ من ابواب اقسام الطلاق

خاتمة

يكره العقد على القابلة المربية وبناتها وتزويج ابنه بنت امرأته اذا ولدتها بعد مفارقتها ولا يكره قبل نكاحه بها والتزويج بضرة الام مع غير الاب وبالزانية قبل ان تتوب ولولم يعلم لم يكن له الفسخ ولا الرجوع على وليها بشيء ويحرم نكاح الشغار وهو جعل نكاح امرأة مهر اخرى قبطل الممهوره ، ولودار بطل ولوزوج كل من الوليين صاحبه على مهر معلوم صح ، ولو شرط كل منهما تزويج الاخرى بمهر معلوم صح العقدان وبطل المسمى لانه شرط معه تزويج وهو غير لازم والنكاح لا يقبل الخيار فيثبت مهر المثل وكذا لو زوجه وشرط ان ينكحه ابنته ولم يذكر مهراً ، ولو قال زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك على ان يكون نكاح بنتي مهراً لبنتك بطل نكاح بنت المخاطب ، ولو قال على ان يكون نكاح بنتك مهر البنتي بطل نكاح بنته ولا فرق بين ان يكون البضع مهراً او جزئه فلو قال زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك ويكون بضع كل واحدة مع عشرة دراهم صداقا للاخرى بطلا ، ولو قال زوجتك جاريتي على ان تزوجني بنتك ويكون رقبة جاريتي صداق لبنتك صح النكاحان لقبول الرقبة للنقل وليس تشريكا في ما تناوله عقد النكاح و يبطل المهر لانه شرط نكاح احديهما في الاخرى ويجب لكل منهما مهر المثل ، ولو زوج عبده من امرأة جعل رقبته صداقا بطل المهر لان الملك يمنع العقد فيبطل المهر ويثبت مهر المثل ويصح العقد ، ولو شرطت على المحلل رفع

من الزوج باباقه ، والرواية ضعيفة ، فان عمار الساباطي فطحى واليه اشار المصنف بقوله :
(والطريق ضعيف) وفي الحكم اضطراب فالاولى الاعتماد على الاصل وهو البقاء .

قال قدس الله سره : ولو شرطت (الى قوله) فالاقرب بطلان العقد .

اقول : هذا مبنى على ان الشرط الفاسد اذا لم يتضمن تجهيلا مبطلا ولا كون احد العوضين او جزئه غير قابل للملك هل يبطل العقد اولا . قال الشيخ لا (لان) كل مال م يشترطه الشارع في نفس العقد فاذا شرط فيه فالعقد يقتضيه وهو السبب فيه ، فان صلح شرعا لسببته بذكره فيه واشتراطه كان صحيحا ولزم . وان لم يصلح كان الشرط باطلا وكان وجوده كعدمه ولا يقتضى ذلك بطلان العقد (لان) العقد غير معلق عليه والابطل

النكاح بعد التحلل (التحليل - خل) فالأقرب بطلان العقد ، ولو شرطت الطلاق قيل صح العقد دون الشرط فلو دخل فلها مهر المثل ولو لم يصر حابه وكان في نيتهما صح العقد والمهر وتحل على المطلق في كل موضع يصح العقد مع الدخول ولا تحل مع بطلانه .

تتميمه

الوطى في الدبر مكروه وليس محرما وهو كالقبل في جميع الاحكام حتى ثبوت النسب وتقرير المسمى والحدومهر المثل مع فساد العقد والعدة وتحريم المصاهرة الآفي التحليل والاحسان واستنطاقها في النكاح ، والعزل عن الحرة اذا لم يشترط في العقد مكروه (وقيل) حرام وعلى كلا التقديرين يجب عليه للزوجة دية ضياع النطفة عشرة مطلقا سواء كان الشرط صحيحا اولاً ، لان العقد المعلق باطل (ويحتمل) ان يبطل العقد وهو قول المصنف لان التراضي انما وقع على هذا الوجه فلوصح لزم صحة العقد بغير تراض وهو محال وهذا هو الوجه عندي .

قال قدس الله سره : ولو شرطت الطلاق (الى قوله) مهر المثل .

اقول : هذا قول الشيخ في المبسوط فانه ذهب الى بطلان الشرط و صحة العقد وبطلان المسمى لانها انما رضيت به لاجل الشرط ولم يحصل وثبوت مهر المثل ، لانه لا دليل على ابطال العقد والاصح عندي بطلان العقد لان التراضي شرط وانما وقع على هذا الوجه المخصوص :

قال قدس الله سره : والعزل (الى قوله) وقيل حرام .

اقول : العزل عن المرأة الحرة المنكوحه بالدائم اذا جامعها في الفرج فيه قولان والقول بالكراهة هو المشهور بين الاصحاب واختاره الشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس والتحريم هو مذهب الشيخ في الخلاف وقواه في المبسوط ويظهر من كلام المفيد ، لمارواه : محمد بن مسلم في الصحيح ، عن احدهما عليهما السلام انه سئل عن العزل فقال اما الامة فلا باس واما الحرة فاني اكره ذلك الا ان يشترط عليها حين يتزوجها (١) (واحتج) الاولون بمارواه عبد الرحمن بن ابي عبدالله في الموثق ، عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن

دنا نير ويحرم على الرجل ترك وطى زوجته اكثر من اربعة اشهر والدخول بها قبل تسع سنين فان دخل فافضاها حرمت ابداً والأفلاويكره للمسافران يطرق اهله ليلاً .

الباب الرابع فى باقى اقسام النكاح

وفيه مقصدان (الاول) فى المنقطع وهو سائغ فى شرع الاسلام
وفيه فصلان (الاول) فى اركانه وهى اربعة

(الف) العقد والفاظ الايجاب كالدائم زوجتك و انكحتك و متعتك بكذا مدة كذا ولا ينعد بالتملك والهبة والاجارة والبيع والاباحة وغيرها والقبول كل ما يدل على الرضا كقبلت ورضيت مطلقاً او مقيداً بافظ الايجاب او بمعناه ولو قدمه فقال تزوجت فقالت زوجتك صح ، ولا بد من صيغة الماضى فى الطرفين (وقيل) لو قال اتزوجك بكذا مدة كذا منشياً فقالت زوجتك صح .

العزل فقال ذلك الى الرجل (١) وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال (والجواب) ان الرواية لاتدل على التحريم بل على الكراهة بالمعنى الاعم والاصل اتقاء التحريم فتعينت الكراهة بالمعنى الاخص (قالوا) نهى النبى ﷺ عن العزل عن الحرة الابانها (قلنا) نمنع السند والدلالة .

الباب الرابع فى باقى اقسام النكاح

وفيه مقصدان (الاول) فى المنقطع وفيه فصلان (الاول) فى اركانه
قال قدس الله سره : ولا بد من صيغة الماضى (الى قوله) صح .

اقول : الاول ماهو المشهور بين الاصحاب وهو اختيار ابن حمزة لان الانشاءات جميعها وضعت بصيغة الماضى لاشتراكها فى الثبوت الفعلى واذ كان اللفظ سبباً شرعياً لم يتعد الى غيره وان اتحد فى المعنى ، وقال ابن ابي عقيل وجماعة انه يصح المتعة لو قال الزوج اتزوجك بكذا متعة مدة كذا او قصداً لانشاء . صح لما رواه ابان بن تغلب فى المتعة اتزوجك متعة فاذا قلت نعم فهى زوجتك (٢) (وفيه نظر) لمنع صحة السند ولو صح لصح تقديم

(١) كل باب ٧٤ خبر ٢ من ابواب مقدمات النكاح

(٢) كل باب ١٨ خبر ١ من ابواب المتعة

(ب) المتعاقبان ويجب كونهما كاملين واسلام الزوجة او كونها كتابية فيمنعها من شرب الخمر وار تكاب المحرمات واسلام الزوج وايمانه ان كانت المرأة كذلك وتحرم الوثنية والناصية المعدنة بالعداوة، والامة على الحرية الا بانها فيقف او يبطل على الخلاف وبنت الاخ والاخت على العمة والخالة الامع اذنهما فيقف او يبطل ولو فسخت الحرية او العمة او الخالة بطل اجماعا وتكره الزانية فيمنعها لوفعل وليس شرطا وعدم استيذان الاب في البكر والتمتع بيكر ليس لها اب فلا يقتض لوفعل وليس محرما .

(ج) المهر وهو شرط في المتعة خاصة فاو اخل* به يبطل العقد ويشترط الملكية و العلم بقدره كيلا او وزنا او مشاهدة او وصفا و لاحد له قلة وكثرة ويجب دفعه بالعقد فان دخل استقر ان وقت بالمدة وان اخلت ببعضها وضع منه بنسبتها و لو وهبها المدة قبل الدخول لزمه النصف ، ولو ظهر فساد العقد اما بظهور زوج او بكونها اخت وزوجته او غيرهما فالقبول والايجاب بنعم والحق عندي انه لا يصح .

قال قدس الله سره: والامة على الحرية الا بانها فيقف او يبطل على الخلاف.

أقول : ما يتوقف عليه العقود على اقسام ثلاثة (احدها) ما يتوقف عليه محله (حكمه - خل) وقبول محله و ان كان تأثيره كتوقف عقد النكاح على انقضاء العدة (وثانيها) ما يتوقف عليه سببته بالفعل للحكم وان كان مترلزلا كان المالك في عقد الفضولي عند القائلين به (وثالثها) ما يتوقف عليه لزمه لاصحته كانقضاء الخيار في البيع اذا عرفت ذلك (فنقول) نكاح الامة موقوف على اذن الحرية فهل هذا التوقف من النوع الاول او من النوع الثاني فيدقولان وقد تقدم الخلاف والبحث فيه واتفق الكل على انه ليس من النوع الثالث ، والذي افتى به البطلان ، لرواية الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام قال ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل (١) وهذان الاحتمالان على مذهب من يذهب الى ان عقد النكاح يقع موقوفا ، اما من منع وقوعه موقوفا وهو قول الشيخ في الخلاف ، فانه يكون هنا اولي بالبطلان .

قال قدس الله سره: ولو ظهر فساد العقد (الى قوله) ويحتمل مهر المثل

(١) تلّ باب ٤٦ خبر ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة

مهران لم يدخل ولو قبضته استعاده وان دخل فلها المهران جهلت والآفلا (وقيل) تاخذ ما قبضت ولا تسلم الباقي (ويحتمل) مهر المثل .

(د) الاجل وذكروه شرط فيه ويشترط فيه التعيين بما لا يحتمل الزيادة والنقصان فلا يتقدر قلته وكثرة، ولو اخل به بطل (وقيل) ينقلب دائما ، وان عين المبدء تعين وان تأخر عن العقد والآقضى اتصاله به فان تركها حتى خرج خرجت من عقده ولها المسمى ولو قال بعض يوم فان عين كالزوال او الغروب صح والآفلا ولو قال مرة او مرتين قيد بالزمان ولا يجوز الزيادة والابطال .

اقول : اذا ظهر فساد العقد لم يجب به شيء بل بالدخول وماذا يجب، الحق مهر المثل لانه قيمة البضع وقال الشيخ في النهاية لها ما اخذت منه ولا يلزمه ان يعطيها ما بقي عليه لما رواه حفص بن البخترى عن الصادق عليه السلام قال اذا بقى عليه شيء من المهر وعلم ان لها زوجا فما اخذته فلها بما استحل من فرجها ويحبس عنها ما بقي عنده (١) وهو محمول على جهلها والآ كانت بغيا والنبي عليه السلام قد نهى عن مهر البغي (واجاب) والدى المصنف وابن حمزة بحمل قول الصادق عليه السلام (يحبس عنها ما بقي عنده) على ما اذا كان قد بقي عليها من الايام بقدره (وفيه نظر) لبطلان المسمى لبطلان سببه فلا يقسطن ومهر المثل يستحق بالوطى فلا يسقط ويمكن حمله على ان المقبوض هو قدر مهر المثل وقول المصنف (فلها المهر) المراد منه المسمى وهو عبارة اكثر الاصحاب وجزم به المصنف في المختلف .

قال قدس الله سره : فلو اخل به بطل وقيل ينقلب دائما .

اقول : اذا اخل بالاجل في عقد المتعة قال الشيخ الطوسي ينقلب دائما وتبعه ابن البراج وابن حمزة وابو الصلاح وابن زهرة ، وقال ابن ادریس ان كان الايجاب بلفظ التزويج او النكاح انقلب دائما وان كان بلفظ التمتع بطل، والحق عندى اختيار والدى وجدى وهو البطلان مطلقا لان الاجل شرط صحة عقد المتعة وعدم الشرط يستلزم عدم المشروط (اما المقدمة الاولى) فلما رواه زرارة في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال لا يكون متعة الا بامرين باجل مسمى واجر مسمى (٢) وللإجماع (والمقدمة الثانية) ظاهرة والدوام

(١) تل باب ٢٨ خبر ١ من ابواب المتعة (٢) تل باب ١٧ خبر ١ من ابواب المتعة

الفصل الثاني في الاحكام

لا ولاية على البالغة الرشيدة وان كانت بكرأ على الاقوى .

لم يقصده والعقود تابعة للقصد (احتج) الشيخ بما رواه عبدالله بن بكير في الموثق عن الصادق عليه السلام قال ان سمي الاجل فهو متعة وان لم يسم الاجل فهو نكاح باق (١) (والجواب) المراد ارادته والتقدير ارادة غيره (فاما الاول) فلان حمل اللفظ المشترك على احد معنييه مع ارادة المعنى الآخر المباين له باطل اجماعا (واما الثاني) فظاهر، ويلزم القائل بحمله على الدوام مع ترك الاجل حمله عليه مع ترك الاجل والمهر معا لان اهمال الاجل يصرفه الى الدوام ولا يشترط في الدائم ذكر المهر .

الفصل الثاني في الاحكام

قال قدس الله سره : ولا ولاية على البالغة الرشيدة وان كانت بكرأ على الاقوى .

اقول: (٢) المرأة البكر البالغة الرشيدة لا ولاية عليها في غير النكاح اجماعا بل البحث هنا في النكاح وهو يقع في مقامات ثلاثة هي - الولاية - وفيما فيه الولاية - وللمن الولاية - والمقصود بالبحث هنا الاول والباقيان كل مذكور في موضعه (فنقول) قال المصنف والدى ووالده قدس الله سرهما . لا ولاية عليها في شيء من الانكحة وهو مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد وسائر واحد قولي المفيد، وقال الشيخ في النهاية عليها ولاية ولا نفراد لها بل له وهو اختيار الصدوق وابن ابي عقيل وابن البراج ، والفرق بينها وبين الصغيرة اعتبار عبارتها ووقوف عقدها على اجازة الولي دون الصغيرة (وقيل) بالتشريك بين المرأة والولي فلا نفراد لها بالعقد على نفسها ولاله بل يشترط اذنهما معا وهو اختيار ابي الصلاح

(١) ثل باب ٢٠ خبر ١ من ابواب المتعة

(٢) وفي كثير من النسخ بعد قوله على الاقوى هكذا . اقول هذا اختيار الشيخ في النهاية وابن ادريس وتبعها بالصالح فقال : لا يجوز التمتع بالبكر الا باذن ابيها وهو ظاهر كلام ابن جعفر بن بابويه ، فانه قال : لا يتمتع بالابكار الا باذن آباءهن ، والاصح الاول لما ذكرناه من الروايات فيما تقدم .

ويلزم ما يشترط في متن العقد اذا كان سايقا ولو قدّمه واخره لم يعتد به ولا يجب اعادته بعده لوقر نه به على رأى، ولو شرط الاتيان في وقت دون آخر لم وكذا المرأة والمرات في المعين ويجوز الغزل

والاصح عندى الاول (لنا) قوله تعالى حتى تنكح زوجاً غيره (١) جعل النكاح عليها وهو عام شامل لصورة النزاع ، وما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع وتشتري وتعق وتشهد وتعطى من مالها ماشاءت فان امرها جائز تزوج لمن شاءت بغير اذن وليها فان لم يكن ذلك فلا يجوز تزويجها الا باذن و ليها (٢) (واحتج) الشيخ بما رواه ابن ابي يعفور في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال : لا تزوج نوات الاء من الابكار الا باذن ابيها (٣) وفي الصحيح عن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال لا تستامر الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الاب امر وقال يستامرهما كل واحد ما عدا الاب (٤) واجاب والدى المصنف بحمله على الكراهة .

قال قدس الله سره : ويلزم ما يشترط في متن العقد (الى قوله) على رأى .

اقول : متن العقد ما بين الايجاب والقبول فكل شرط سائغ لا ينافى العقد وذكر بين

الايجاب والقبول فانه يلزمه ما ذكره قبل الايجاب او بعد القبول لا يلزم و الشيخ فى النهاية شرط فى الشرط ذكره فى متن العقد وبعده على الفور معا ، فنذكر دليل قولنا ولا ثم البحث فى مراد الشيخ (اما الاول) فلان السبب الفاعلى فى لزوم الشرط العقد وحدث المسبب قبل السبب الفاعلى او بعد عدمه محال (احتج) الشيخ بما رواه بكير بن اعين عن الصادق عليه السلام قال اذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت بها و اوجبت التزويج فاررد عليها شرطك الاول بعد النكاح فان اجازته جازوان لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشروط قبل النكاح (٥) (اجاب) والدى المصنف قدس الله سره بان الصادق عليه السلام اشار الى ذكره بين الايجاب والقبول لانه عقب الايجاب بالشروط بلا فصل ولا تاخير لدلالة الفاعلية وقوله (فان اجازته) يشير الى القبول المتأخر والمراد بالنكاح فى قوله بعد

(١) البقرة ٢٢٨ (٢) ثل باب ٩ خبر ٥ من ابواب عقد النكاح

(٣) ثل باب ٤ خبر ٥ من ابواب عقد النكاح (٤) ثل باب ٤ خبر ٣ من ابواب عقد النكاح

(٥) ثل باب ١٩ خبر ١ من ابواب المتعة

وان لم تاذن ويلحق به الولد وان عزل ولو نفاها تنفى ظاهراً من غير لعان ولا يقع بها طلاق بل تبين بانقضاء المدة ولا ايلاء ولا لعان على رأى ويقع الظهار على رأى ، و لا توارث بين الزوجين به شرطاً سقوط التوارث اولاً ولو شرطاه فالاقوى بطلان الشرط ومع الدخول و

النكاح الايجاب تسمية للجزء ، باسم الكل مجازاً (واما الثانى) فنقول الظاهران الشيخ قصد ذلك وسمى الايجاب بالنكاح مجازاً تبعاً للرواية لانه اسبق واشبه بالعلة القاعلية والقبول بالقابلية وحكم ابن ادريس بان مراد الشيخ بقوله (بعد العقد) بعد تمام العقد وهو بعد القبول وحجة الشيخ على مفسره ابن ادريس مارواه عبدالله بن بكير فى الحسن عن الصادق عليه السلام قال ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز (١) والجواب ابن بكير لا يعمل على ما ينفرد بروايته خصوصاً مع قيام الدليل على نقيضه .

قال قدس الله سره : ولا يقع بها طلاق (الى قوله) على رأى .

اقول : قال المرتضى يقع بها اللعان والايلاء ، وقال الشيخ وابو الصلاح و ابن ادريس لا يقع وهو الصحيح وسيأتى .

قال قدس الله سره : ويقع الظهار على رأى .

اقول : هذا قول سيد المرتضى و ابي الصلاح و ابن زهرة وهو الاصح عندي وقال ابن ادريس لا يقع بها ظهار ويظهر من كلام ابن الجنيد والصدوق ذلك لانهما قالا لا يقع الظهار الا موقع الطلاق واختاره ابن ابي عقيل و اقول احد الامرين لازم اما ان المنقطع لا يقع او يقع بها اللعان والظهار والاول منتف اجماعاً منا ، ثبت الثانى بيان الملازمة انها ليست بملك يمين فان لم تكن زوجة حُرمت لانحصار المحلل فى الزوجة وملك اليمين لقوله تعالى **فمن ابتغى وراء ذلك فاوئئك هم العادون** (٢) وان كانت زوجة دخلت تحت عموم آيتى الظهار واللعان ولا يخص خصوص السبب (احتج) المانع بان الاصل بقاء الاباحة والنص انما جاء فى قضية الدوام فيبقى غيره على اصل بقاء الاباحة (والجواب) ان حقيقة النص عامة والاعتبار بعموم الصيغة والاعتبار بالسبب .

قال قدس الله سره : ولا توارث بين الزوجين (الى قوله) بطلان الشرط

(١) مثل باب ١٩ خبر ٢ من ابواب المتعة

(٢) المؤمنون ٧

انقضاء المدة تعدد بحيضتين وان لم تحض وهي من اهلها فبخمسة واربعين يوما ومن الوفاة باربعة اشهر وعشرة ايام وان لم يدخل وبابعد الاجلين مع الحمل، والامة في الوفاة بشهرين وخمسة ايام او بابعدهما ان كانت حاملا، ولو اسلم المشرك عن كناية فما زاد بالعقد المنقطع ثبت وان لم يدخل ولو اسلمت قبله بطل ان لم يكن دخل وان كان دخل انتظرت العدة او المدة فان خرجت احديهما قبل اسلامه بطل العقد وعليه المهر وان بقيتا فهو املك ولو كانت وثنية فاسلم احدهما بعد الدخول وقف على انقضاء العدة او المدة فايتهما خرجت ثبت المهر و انفسخ النكاح و لو اسلم وعنده حرة و امة ثبت عقد الحرة ووقف عقد الامة على رضاها .

اقول : اختلف الناس في توارث الزوجين بالعقد المنقطع على قولين الاول ان العقد يقتضى التوارث ثم اختلفوا (فقيل) المقضى هو العقد المطلق اى ماهية العقد من حيث هي هي مع انتفاء مانع النسب لان موانع النسب هي موانع السبب في الارث ، (فعلى هذا القول) لو شرط سقوطه بطل الشرط لان كلما يقتضيه ماهية من حيث هي هي يستحيل عدمه مع وجودها وهذا اختيار ابن البراج لانها زوجة والالم تحل للحصر في الآية وكل زوجة ترث وتورث بالزوجية لقوله تعالى **ولكم نصف ما ترك ازواجكم (١)** **ولهن الربع مما تركتم (٢)** والجمع المضاف للعموم (اورد) لارث الذمية والقائلة فليس بعام (قلنا) العام المخصوص حجة في الباقي (وقيل) المقضى اطلاق العقد اى العقد المجرد عن شرط يقتضيه اعنى ماهية بشرط لا شيء (فعلى هذا ثبت) الارث ما لم يشترطا سقوطه فينتفى حينئذ وهو اختيار المرتضى وابن ابي عقيل .

(القول الثانى) انه لا يقتضى التوارث لالعقد المطلق ولا اطلاق العقد ثم اختلف القائلون به على قولين (احدهما) انه يصح اشتراطه في العقد فيثبت مع اشتراطه ويسقط مع عدمه وهو اختيار الشيخ وابن حمزة وقطب الدين الكيدى (وثانيهما) انه لا يصح اشتراطه في العقد لان كلما لا يكون سببا للميراث شرعا لا يصير سببا له بجعل الجاعل وهو اختيار والدى المصنف، ووالده ، وابى الصلاح، وابن ادريس وهو الحق عندى (لان)

فروع

(الف) لا ينقص المهر بالمنع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض و لومنع عن الجميع كل المدة كالمرض المدنف فكذلك على اشكال وكذا لومنع هواهى بظالم
 الزيادة هنا على النص نسخ لان الله تعالى عين فروع ارباب الفروض بجزء معلوم النسبة الى كل التركة وكيفية قسمة غيرهم فلوزاد او نقص بخبر واحد لم نسخ القرآن بخبر واحد ولا يجوز ، ولما رواه سعيد بن يسار ، عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط التوارث قال ليس بينهما ميراث اشترط اولم يشترط (١) وفي رواية جميل بن دراج انه سأل الصادق عليه السلام عن المتعة ما حدتها : فقال حدودها ان لا تترك ولا ترثها الحديث (٢) فجعل نفى الميراث من مقتضى الماهية .

(احتج) الشيخ بما رواه احمد بن محمد بن ابي نصر في الحسن ، عن ابي الحسن الرضا عليه السلام : قال تزويج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث ان اشترطت الميراث كان وان لم يشترط لم يكن (٣) وما رواه محمد بن مسلم في الصحيح ، عن الصادق عليه السلام : قال في بقية حديث فان اشترطت الميراث فهما على شرطهما (٤) (واقول) لا مقتضى للميراث هنا الا الزوجية ولا يقتضى ميراث الزوجية الا الاية فان اندرجت هذه في الزوجة في الاية ورثت وان لم يشترط ثبوته وبطل شرط نفيه وان لم تندرج في الزوجة في الاية لم يثبت بالشرط قطعاً لانه شرط تورث من ليس بوارث وهو باطل اتفاقاً ومن هذا ظهر ضعف قول من يثبتونه او ينفيه بالشرط وانحصرت القوة في قول من يثبتونه او ينفيه مطلقاً ويبطل شرط نقيضه (نفيه - خ ل) .

قال قدس الله سره: فروع (الف) لا ينقص (الى قوله) اوهى بظالم .
 اقول : ينشأ (من) ان المرأة لومنع كل المدة سقط المهر وبعضها يسقط بنسبته فدل على انه بدل من الاستمتاع المباح بالعقد فينتفى باتفائه (ومن) وجود المقتضى وهو العقد اذ به يستحق الزوج الاستمتاع والمرثة المهر والاصل بقاء ما كان على ما كان
 (١) ثل باب ٣٢ خبر ٦ من ابواب المتعة (٢) ثل باب ٣٢ خبر ١ من ابواب المتعة
 (٣) ثل باب ٣٢ خبر ١ من ابواب المتعة والسند جميل بن صالح عن عبدالله بن عمرو عن الصادق
 (٤) ثل باب ٣٢ خبر ٥ من ابواب المتعة

والاقرب ان الموت هنا كالدايم (ب) لو عقد على مدة متأخرة لم يكن لها النكاح فيما بينهما ولاله ان ينكح اختها وان وقتت المدة بالاجل والعدة (ج) لومات فيما بينهما احتمال بطلان العقد فلالمهر ولاعدة ولاميراث ان او جنبناه مطلقا او مع الشرط و عدمه فيثبت النقيض .

والمانع منع الزوجة وهو منتف (واعلم) انه انما يصح الاستدلال هنا على ثبوت المهر وعدم سقوط شيء منه باصل بقاء الاستحقاق لثبوته بالعقد اولا في مقابلة استحقاق الاستمتاع ولا يصح الاستدلال على نفيه باصل البرائة لانه حجة مالم يثبت خلافه بالدليل فينتقل عنه فلا يبقى حجة وهو هنا كذلك لان بالعقد ثبت في الذمة اجماعا (والتحقيق) عندى ان كون المنع بالعذر مانعا لا يحتاج الى نص ولم يوجد او كون التمكن من الاستمتاع في نفس الامر بانتفاء الاعذار الاضطرارية للمرأة لو كان شرطا في استحقاق المهر لم يصح ابتداء النكاح على ذات العذر المانع كالمرض المدنف لان المهر شرط في المتعة فبطالانه يستلزم بطلانها .

قال قدس الله سره : والاقرب ان الموت هنا كالدايم .

اقول : وجه القرب ثبوت المهر بالعقد ولم يوجد سبب سقوطه وهو منع المرأة ولا نص على غيره والاسباب والموانع الشرعية انما ثبتت بالنص لا غير اجماعا والاصل البقاء (ويحتمل) عدمه ان قلنا بسقوطه بالعذر لان منع الاستمتاع لعذر يسقط فالموت اولى بالاسقاط (لان) الامتناع هنا أكد واقوى في وجوب سقوط المهر، وهذا الاحتمال ضعيف ، والحق عندى ثبوت المهر في صورتين لان المهر عوض ملك البضع وقد حصل والمرأة لم تمنع .

قال قدس الله سره : لو عقد على مدة متأخرة (الى قوله) فيثبت النقيض .

أقول : هذا فرع على صحة العقد على منة متأخرة عن زمان ايقاع العقد (وتقريره) انه اذا عقد على مدة متأخرة عن زمان ايقاع العقد ثم مات قبل حضور مبدء المدة (فيحتمل) هنا بطلان العقد من اصله (لان) هذا العقد صالح لان يؤثر عند حضور المدة لان اثره ملك النكاح بالفعل وابطاحته وهو مشروط بحضور المدة و يستحيل تحقق الشروط بالفعل

المقصد الثاني في نكاح الاماء

وانما تستباح بامرین العقد والملك ، فهنا فصول (الاول) العقد وليس للسيد ان ينكح امته بالعقد ولو ملك منكوخته انفسخ العقد ولا للحره ان تنكح عبدها لا بالعقد ولا بالملك ولو ملكت زوجها انفسخ النكاح ، وانما يحل العقد على مملوكة الغير بشرط اذنه وان الحره ان كانت تحته وان كانت رتقاء او كتابية او غايبه او هرمة او صغيرة او مجنونة او متمتعاً بهامالم يطلّقها ، ولا يشترط اسلام الامة وان كان الزوج مسلماً في المتمتع عندنا ومطلقاً عند آخرين ، و للعبدان ينكح الكتابية ان جوزناه للمسلم وكذا للكتابي ان يتزوج بالامة الكتابية .

وفي اشتراط عدم الطول وخوف العنت خلاف فان شرطناهما وقد رد على حرّ رتقاء او غايبه غيبه بعيدة او كتابية او من غلت في المهر الى حد الاسراف جاز نكاح الامة وفي ذات العيب اشكال ولو كان مفلساً ورضيت بالمؤجل اقل من مهر المثل لم ينكح الامة، وخوف

بدون شرطه فاذا مات بطل معنى زوال صلاحيته للتأثير (ويحتمل) صحته ابتداء بمعنى التأثير بالفعل وانما الموت يرفع استمراره لا ابتدائه كالدائم ويتفرع على ذلك المهر والعدة والميراث ان شرط أو مطلقاً على القول به (فعلى الصحة) بمعنى تأثيره بالفعل وانما اباحة الوطى مشروطة بحضور المدة (تثبت) هذه الاحكام (وعلى نفيها) تنتفى و الاصح عندي بطلان العقد مع تأخر مدته عنه من اصله لعدم النص على الصحة فان الاسباب انما تتلقى من النص وعلى قول القائل بصحته انه يكون له صلاحية التأثير عند حضور المدة واجتماع الشرائط فاذا مات قبلها لم يثبت شئ من آثاره .

المقصد الثاني في نكاح الاماء

فهنا فصول الاول العقد

قال قدس الله سره : ولا يشترط اسلام الامة (الى قوله) عند آخرين

اقول : تقدم الخلاف في جواز نكاح الكتابيات .

قال قدس الله سره : وفي اشتراط عدم الطول (الى قوله) اشكال .

العنت انما يحصل بغلبة الشهوة وضعف التقوى فلوانتفى احدهما لم ينكح الامة والقادر
اقول : قد تقدم الخلاف في جواز نكاح المسلم الحر^١ للامة المسلمة وهنا ذكره
 للتفريع عليه (وتقريره) انه على تقدير تجويزه بشرطين - عدم الطول - وخوف العنت
 يتفرع عليه فروع (الف) لو وجد الطول او تعذر نكاحها قبلا لكونها رتقاء وتعذر علاجه
 (هل) ينزل ذلك منزلة عدم الطول (ام لا) من حيث شرط العدم ولم يتحقق لحصول
 بعض الاستمتاع (ومن) حيث مشاركة العدم في المعنى وهو تعذر الوطى والعلة الذاتية
 الامن من خوف العنت ولا يحصل بالرتقاء خصوصا على القول بتحريم الوطى في الدبر
 (ولان) شهوة القبل لاتندفع الآبه (ولان) العلة الغائية من النكاح بقاء النوع ولا
 يحصل من الرتقاء وعدم الطول انما شرط بالعرض ، والاصح عندي انه يبيح نكاح الامة
 كعدم الطول .

(ب) لو قدر على نكاح حرة غائبة عن بلده وهى بعيدة عنه والمراد البعد الذى
 يلحق المشقة لذهابه اليها (جاز) (١) نكاح الامة والالزم الحرج (ج) لو قدر على حرة
 كتابية وامة مسلمة فان منعنا نكاح (حرمانا - خل) الكتابية جاز نكاح الامة قطعاً وان
 جوزناه غبطة احتمال عدم التحريم ايضاً لقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا
 ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايما نكح من فتياتكم المؤمنات
 الى قوله ذلك لمن خشى العنت منكم (٢) فشرط عدم استطاعته نكاح المؤمنات وقد
 حصل (ويحتمل) المنع على القول به لانه قادر على الحرية وانما ذكر المؤمنات بناء على
 الاغلب والاعم فان الغالب ان المؤمن لا يرغب الا فى نكاح المؤمنات والاصح عندي
 اختيار المصنف (د) لو غالت الحرة فى المهر بحيث يبلغ حد الاسراف وهو قادر عليه
 قال المصنف جازله نكاح الامة لان اتلاف المال سفه وحرج (ويحتمل) عدمه لانه
 واجد للطول فينتفى شرط الاباحة .

(واعلم) انه قد ورد فى الشرع مسالتان مثل ذلك ويمكن ردهذه الى تلك المسألتين

(١) فى بعض النسخ بدل قوله جاز الى قوله الحرج هكذا - والخلاف كما مر والاولى عندي الصحة

على ملك اليمين لا يخاف العنت فلا يترخص ولو ايسر بعد نكاح الامة لم تحرم الامة ولا يجوز للعبد وللالة ان يعقدا نكاحا بدون اذن المالك فان فعل احدهما بدون وقفه على (احديهما) اذا لم يحصل الماء الا باكثر من ثمن المثل (١) (فان له العدول الى التيمم ، ويفرق بان الحاجة الى الماء تتكرر فان الماء يتعلق به اغراض كلية لا يعد باذل الماء في مثلها مغلوبا) (وثانيهما) اذا لم يحصل الرقبة في المرتبة الا باكثر من ثمن المثل (هل) له العدول الى الصوم (فان قلنا) بالعدول لم يبيح و الاجاز ، والاصح عندي عدمه لانه واجد الطول فينتفى شرط الاباحة (هـ) لو وجد حرة ذات عيب تخير في الفسخ ولا يمنع الوطى كالبرص فيه اشكال ينشأ (من) وجود الطول فاتفى شرط اباحة نكاح الامة لاشترائط نفى وجدان الطول مطلقا (ومن) ان النكاح مبدأ الشهوة وهذه تحصل منه النفرة المضادة للشهوة فلا يتم به الغرض ومن ثم ثبت الخيار والاصح عندي انه يبيح .

قال قدس الله سره : ولا يجوز للعبد (الى قوله) على رأى .

اقول : القائل بان عقد النكاح لا يمكن وقوفه على اجازة غير المتعاقدين قال هذا النكاح باطل في نفسه ، وبه قال الشيخ في الخلاف والقائلون بان عقد النكاح قديق على اجازة غير المتعاقدين اختلفوا هنا ، فقال بعضهم هذا النكاح يصح و يقف على اجازة السيد ومعنى صحته صلاحيته للتأثير عند اجازة السيد وهو قول الشيخ الطوسي ايضا واختاره والذى قدس الله سره هنا وفي المختلف لمارواه زرارة في الحسن عن الباقر عليه السلام قال سألت عن مملوك تزوج بغير اذن سيده قال ذلك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما الحديث (٢) وقال ابن ادريس هذا العقد باطل لانه منهي عنه وكل منهي عنه فهو باطل وكلية الكبرى ممنوعة (قالوا) ورد عن النبي صلى الله عليه وآله ايما مملوك تزوج

(١) وفي عدة نسخ بعد قوله من ثمن المثل هكذا - وثانيهما اذا لم يحصل الرقبة في المرتبة الا باكثر من ثمن المثل هل له العدول في الاول الى التيمم وفي الثاني الى الصوم ام لا فعلى الاول له نكاح الامة هنا والا فلان علم اتحاد طريق المسئلتين .

(٢) تل ياب ٢٤ خبر ٢ من ابواب نكاح المبيد والحديث منقول الى المعنى فراجع

الاجازة على رأى وعلى المولى مع اذنه مهر العبد ونفقة زوجته وله مهرامته ، واجازة عقد العبد كالاذن المبتدأ فى النفقة وفى المهر اشكال ، ولو تعدد المالك افتقر الى اذن الجميع قبل العقد او اجازتهم بعده (ويحتمل) ثبوت المهر والنفقة فى كسب العبد ويرجى

بغير اذن مولاه فنكاحه باطل ويروى فهو عاهر (١) (واجيب) بمنع السند، ولو سلم لم نسلم الدلالة لجواز ارادة المجاز بان يراد بالبطلان عدم اللزوم او بغير الاذن سابقا ولاحقا.

قال قدس الله سره: واجازة عقد العبد (الى قوله) على اشكال .

اقول: هذا فرع على وقوع عقد العبد موقوفا على اجازة المولى اذالم يأذن فيه ابتداء (وتقريره) ان نقول ان اجازة السيد هنا كالاذن المبتدأ فى مواضع ثلاثة (الف) فى صحة العقد بمعنى صيرورته مؤثراً فى الاباحة بالفعل وذلك باجماع القائلين به (ب) فى النفقة والمشابهة فى شيئين (احدهما) ايجابها للمتجددة بعد الاجازة والتمكين لا قبل احديهما لان سببها تمكين من ابيح له نكاحها بالعقد الدائم وهى متجددة بتجدد الاوقات وذلك باجماع القائلين بوقوفه على اجازة المولى (وثانيهما) فى محلها ومحلها كما ذكر فى الاذن المبتدأ باجماع القائلين بانه يقع موقوفا لما قرنا (ج) فى المهر وفيه وجهان (احدهما) انه كالاذن المبتدأ اى فى محل وجوده هل هو زمة السيد او كسب العبد او رقبته فايما اختير من هذه الاقوال فى المبتدأ ثبت مثله فى الاجازة لاتحادهما فى التأثير والاثر والالاتنى طريق صحته فكان باطلا با لاصالة وهو خلاف التقدير (لان) البحث على تقدير صحته موقوفا (وثانيهما) انه فى زمة العبد هنا جزما (لانه) انما اجاز عقدا لم يوجب فى زمة المولى شيئا (ولان) الاجازة لاتدل على الالتزام بالالتزام والالامتنع نفيه وانتفاء الدلتين الباقيتين ظاهر (ولانه) الزام العبد بدين لم يصل الى المولى عوضه ولا يرجى حصوله للمولى فكان بمنزلة اتلاف العبد ما استدانه بغير اذن مولاه فان الاجازة هنا بعد الاتلاف لاتؤثر فى الزام السيد والاصح عندى الاول .

قال قدس الله سره: ويحتمل ثبوت المهر (الى قوله) ورجح تجارته

اقول: ذكر والدى قدس الله سره فى المطلب الخامس فى الاحكام من الفصل

(١) سنن ابى داود باب نكاح العبيد وفيه هكذا اذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فنكاحه باطل

تجارته ولا يضمن السيد بل يجب ان يمكنه من الاكتساب فان استخدمه يوما فاجرة
 الثالث في الاولياء من هذا الباب بهذه العبارة (ولو اذن المولى لعبده في الترويج صح فان
 عين المهر والا انصرف الى مهر المثل فان زاد على التقديرين فالزائد في ذمته يتبع به بعد الحرية
 والباقي على مولاه وقيل في كسبه وكذا النفقة) وقد ذكر في هذا الفصل هذا الكلام وهو بيان
 وتبيينه على عدم جزمه بان مهر العبد على مولاه وان ما ذكره فيما تقدم كان ترجيحاً من غير جزم به غير
 مانع من النقيض او رجوع عنه لما اداه اجتهاده ثانياً وهو ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد ، وهو
 اختيار الشيخ في المبسوط لان غاية كسب كل انسان انما هو ليصرفه في مؤتمه وفي ضرورياته ،
 ومن مهماته مؤنة النكاح لدفع الزنا ولما جعله الشارع ما كالمغير المكتسب علقه باذنه
 في السبب فلما حصل الاذن تعلق به مؤن نكاحه وهي النفقة والمهر وهذا من الحكمة الالهية ،
 ومن قال يجب على السيد قال لمّا ملك الشارع السيد كسبه اقتضت الحكمة الالهية وجوب
 مؤتمه ومؤن نكاحه على مولاه والالزام ثبوت الحرج العظيم على بعض الامّة في التكليف و
 هو منفي بالاية ، ثم ذكر المصنف هنا مسألة : وهي انه لو كان مأذوناً في التجارة تعلق ايضا
 المهر و نفقة زوجته برجه وهو اختيار الشيخ في المبسوط و اشار اليها بقوله (وربح تجارته)
 لانه من كسبه .

وهنا فوائد (الف) مراد المصنف بالكسب الذي يتعلق به المهر الحاصل بعد
 العقد والاذن او الاجازة لا قبل احدهما لانه خاص بالسيد كسائر امواله ، ولو كان مؤجلاً
 فالحاصل بعد حلوله هو محله ، واما النفقة فالحاصل بعد العقد و اجازته و التمكين
 التام وكذا في الربح (ب) معنى تعلقها به تقديم المرأة بهافيه لو حجر على السيد وعلى
 كونها عليه يضرب بهما مع الغرماء (ج) قوله ربح تجارته احترز به عن رأس المال لانه
 لا يؤخذ منه (د) سألت والدي قدس الله سره عن كيفية الصرف هنا فقال يصرف كسب كل يوم
 الى النفقة ففاضل فالى المهر وهكذا الى ان يتم المهر ثم يصرف الفاضل الى السيد ولا يدخر
 شيء من كسبه للنفقة المستقبلية (و تقتصر على هذا القدر من القوائد فانها زائدة على
 المائة لثلاً نخرج عن المطابقة بالشرح - خ) .

قال قدس الله سره : ولا يضمن السيد (الى قوله) و نفقة يومه .

المثل كالأجنبي (ويحتمل) أقل الأمرين من كسبه ونفقة يومه (ويحتمل) ثبوت النفقة في رقبته بان يباع كل يوم منه جزء للنفقة ، ولو قصر الكسب اولم يكن ذاكسب (احتمل) ثبوت النفقة في رقبته وفي ذمة المولى (وان) يتخير بين الصبر والفسخ ان جوزناه

اقول : لما بين تعلقها بكسبه وكسبه للمولى وتعلق حق انسان بمال غيره تعلق الاستيفاء على وجبين (احدهما) ان يتعلق مع ذلك بذمته كالضمان مع شرط الاداء من مال بعينه والرهن (وثانيهما) انه لا يتعلق بذمته فاحد جزئياته تعلق ارش الجناية برقبة العبد فارادان يبين المصنف قدس الله سره ان تعلق النفقة والمهر من النوع الثاني اى لا يتعلقان بذمته بل بنوع من ماله وهو كسب العبد (لان) المولى لم يلتزم بها تصريحاً ولا تعريضاً . اذا تقرر ذلك (فنقول) يجب على المولى تمكينه من اكتساب النفقة والمهر لاذنه في النكاح فان استخدمه يوماً مثلاً لزمه اجرة المثل لانه اتلف منفعة تعلق بها حق الغير فيجب ضمانها بقيمتها كما لو استخدمه الاجنبى وللإستظهار لجواز القصور عند الاداء والاصح انه يجب أقل الأمرين من اجرة المثل وكمال المهر ونفقة مدة استخدامه لانه (ان) نقص عن اجرة المثل فالفاضل للسيد لا يضمنه لنفسه و(ان) زاد فالذى استوفاه السيد قدر الاجرة لا غير فلا يضمن اكثر منها (لان) التعلق انما هو بكسبه لا بالسيد وكسبه هو قدر الاجرة.

قال قدس الله سره : ويحتمل ثبوت النفقة (الى قوله) للنفقة .

اقول : قيل بتنزيل الوطى في النكاح منزلة الجناية فيتعلق عوضه برقبته (ولو جوب) النفقة هنا جماعاً وليس (على السيد) للاصل بخلاف نفقته لانها لبقاء الشخص وهو المملوك للمولى لالنوع ونفقة الزوجة من توابع بقاء النوع لانه العلة الغائية في النكاح (ولا على كسب العبد) والأعلق الواجب المطلق بالممكن ، ولولم يجب لتضررت المرأة والعبد لعدم الرغبة وغلبة الشهوة وذمته ابعدهت عن رقبته فعلى هذا يباع في نفقة كل يوم منه جزء ان امكن .

قال قدس الله سره : ولو قصر الكسب (الى قوله) ان جوزناه مع العسر .

اقول : نفقة زوجة العبد عند المصنف والشيخ واجبة على كل تقدير ثم ذكر وجوب

مع العسر، ولو اشترته زوجته او اتبته قبل الدخول سقط نصف المهر الذي ضمنه السيد او جميعه فان اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء ان اسقطنا الجميع حذراً من الدور، ان سقوط العوض بحكم الفسخ يقتضى عراء البيع عن العوض، ولو اشترته به بعد الدخول صح، ولو جوزنا اذن المولى بشرط ثبوت المهر في ذمة العبد فاشترته به بطل العقد لان تملكها له يستلزم برائة ذمته فيخلو البيع عن العوض والولدق ان كان ابواه كذلك فان كان المالك فالولد له، ولو كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان الا ان يشترطه احدهما او يشترط الاكثر فيلزم ويتبع في الحرية احداً بويه الا ان يشترط المولى رقيته فيلزم ولا تسقط بالاسقاط بعده.

ولو تزوج الحر الامة من غير ان مالها وكها ووطى وقبل الرضا عالماً بالتحريم فهو زان وعليه الحد وفي المهر مع علمها اشكال ينشأ (من) انها زانية (ومن) ملكية البضع للمولى، ولو كانت بكرأ لزمه ارش البكارة ولو كان عبداً (فان قلنا) انه ارش جنائية تعلق برقبته

النفقة في كسب العبد احتمالاً عند المصنف ومذهباً عند الشيخ فاحتاج الى ذكر تقدير عدم الكسب او قصوره عن النفقة وقد ذكر له هنا احتمالات ثلاثة (الف) ثبوت النفقة في رقبته (ب) في ذمة المولى (ج) ان يتخير المرثة بين الصبر والفسخ ان جوزناه مع اعسار الزوج وقد تقدم وجه الاولين وحجة الاخرى اتي في موضعه.

قال قدس الله سره : ولو تزوج الحر (الى قوله) ومن ملكية البضع للمولى.

اقول : الاصح عندي الذي افتى به انه لا مهر لها لانها بغية وكل بغية منهي عن مهرها نهى فساد لرفع ماهيته في الخبر المتواتر عن النبي ﷺ، والبضع لا يثبت لمنافعه عوض الابعد او شبهة او اكراه لها ليخرج عن كونها بغية فلا وجه عندي لهذا الاحتمال الاخير واما ثبت على الزاني بامه الغير وعليها مع علمها اعراض اخرى للمالك لا دنياوية ولو علم التحريم دونها كان عليه المهر والعقاب الاخرى وان علمت دونه فعليها وعليه عوض اخرى خاصة للمالك وعلى العالم منهما العقوبة ايضاً.

قال قدس الله سره : ولو كانت بكرأ (الى قوله) بعد العتق

اقول : (وجه) كونه ارش جنائية على البكارة انه قد حصل جرح وتفريق اتصال

يباع فيه (وان قلنا) انه مهر تبع به بعد العتق والولد للمولى رقباً ومع جهلها فله المهر قطعاً ولو وطئء جهلاً او لشبهة فلا حد وعليه المهر والولد حرٌ وعليه قيمته لمولى الام يوم سقط حياً وكذا لو ادعت الحرية فعمد ويلزمه المهر (وقيل) العشر مع البكارة و

في اللحم ظلماً وهذا معنى الجنائية و به قال ابن البراج (ووجه) كونه مهرأً أن الشارع جعله تبعاً للموطئ و جعل العوض في الحرائر مهرأً و يستعيده الكافر اذا جاءت زوجته اليها من غير اسقاط عوض للبكارة ، وتظهر فائدة الخلاف في الزنا اذا كانت عالمة (فان) جعلناه مهرالم يثبت على المختار (وان) جعلناه ارشاً ثبت قطعاً ، وفي تعلق النذر واليمين والاصح عندى الاول لان هذا جنائية قطعاً على ملك الغير فلا تهدر (لا يقال) انه في الحرة مهر لا ارش لسقوطه بزناها وعدم اعتباره بعدمه بل يثبت مهر المثل (لا نأقول) سقوطه بزناها لانها او عقوبة ومهر المثل اذا اوجب بجهلها يتضمنه ان سلم عدم اعتباره منفرداً .

قال قدس الله سره: وكذا لو ادعت الحرية (الى قوله) ونصفه لامعها

اقول: قوله (وكذا) عطف على قوله (ولو وطئء جهلاً او بشبهة) ومعناه اذا ادعت الحرية فعمد عليها بمجرد دعويها فلا حد عليه كما ذكرنا في قوله (ولو وطئء جهلاً الخ) وقوله هنا يلزمه المهر مراده بالمهر هنا المسمى وثمة (اى) في قوله (ولو وطئء جهلاً الخ) مراده بقوله (وعليه المهر) مهر المثل قطعاً ثم ذكر هنا الخلاف فيه بقوله (وقيل)

واقول في تقرير هذه المسألة انه مع الوطئ هنا انه يلزمه عوض البضع باجماع المسلمين لانه وطئ ليس بزناً ولا عن ملك يمين فكان له عوض (لانه لو كان فاسداً من اصله لم يصح بعد الرضا (ولا نأ) نقد رضا المولى بنكاحه وفيه اقوال - خ) وفيه احد اقوال (الف) قال شيخنا عليه المسمى وهو اختيار ابن البراج لانه عمد صحيح قبض فيه العوضين فيجب الآخر وعروض الفسخ لا يوجب فساداً من اصله و به قال المفيد ان كانت قد قبضت هو كانت هي المدلّسة (ب) العشر ان كانت بكرأً ونصفه ان كانت ثيباً وهو اختيار ابن الجنيد (ج) يلزمه مهر المثل وهو قول الشيخ في المبسوط وابن حمزة لانها ملك للغير والنكاح موقوف على رضاها فاذا لم يرض ارتفع من اصله فكان كالفاقد من اصله

نصفه لامعها فان كان قد دفع المهر اليها استعاده فان تلف تبعها والولد رق وعليه فكه بقيمته يوم سقط حياً وعلى المولى دفعه اليه فان لم يكن له مال استسعى فيه فان امتنع قيل يفديهم الامام من سهم الرقاب .

قال قدس الله سره : والولد رق (الى قوله) من سهم الرقاب

اقول: لما ذكر حكم المهر شرع في ذكر حكم الولد وقد قال الشيخ رحمه الله اندرق وعلى ابيه قيمته يوم سقط حيا وعلى المولى دفعه اليه ومع اعساره يستسعى فيه فان امتنع فداهم الامام من سهم الرقاب وهو قول ابن البراج وابن حمزة وقال ابن ادريس لا يجوز فكهم من سهم الرقاب لانه مخصوص بالمكاتبين والعبيد والولد ليس احدهما لانه حر وقال ابو الصلاح الولد حر وعليه قيمته ويرجع به على من تولى امرها فان كانت هي التي عقدت على نفسها لم يرجع على احد شيء (احتج) الشيخ بما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام قال سألته عن مملوكة اتت قوما وزعمت انها حرة فتر وجهارجل منهم واولدها ولداً ثم ان مولاهم فاقام عندهم البينة انها مملوكة واقرت الجارية بذلك فقال تدفع الى مولاهم وعلى مولاهم ان يدفع ولدها الى ابيه بقيمته يوم يصير اليه قلت فان لم يكن لايه ما يأخذ ابنه به قال : يسعى ابوه في ثمنه حتى يؤديه و يأخذ ولده قلت فان ابى الاب ان يسعى في ثمن ابيه قال فعلى الامام ان يفديه و لا يملك ولد حر (١) .

والاصح عندي حرية الولد وعلى الاب قيمته لمولاه وينتظر مع اعساره يساره و يجوز للامام فكه من بيت المال لانه من المصالح وهو اختيار والدى المصنف في المختلف (والجواب) عن حجة الشيخ ضعف السند وعدم دلالتها على تمام دعواه فان الصادق عليه السلام لم يعين فدائهم من سهم الرقاب وقوله (فعلى الامام ان يفديه) لا يدل عليه لجواز ان يفديه من بيت المال لانه من المصالح وادعى برق الولد وقد قال الصادق عليه السلام (ولا يملك ولد حر) فجعله حراً (لا يقال) هذا يلزم لوجعل (حرة) صفة لولد وان جعلناه مضافاً ومضافاً اليه لا يلزم حرية الولد (لانا نقول) ان سلم لزم لان (يملك) فعل مستقبل دخل عليه حرف

ولو تزوج العبد بحرة من دون اذن فلامهر ولا نفقة مع علمها بالتحريم واولادها رق
ومع الجهل فالولد حر* ولا قيمة عليها ويتبع العبد بالمهر بعد عتقه ولو تزوج بامة فان
اذن المولى ان لم ياذن فالولد لهما ولو اذن احدهما فالولد لمن لم ياذن خاصة ولو
اشترك احدهما بين اثنين فاذن مولى المختص واحدهما فاشكال ، ولو زنى العبد بامة غير
مولاه فالولد لمولى الامة ولو زنى بحرة فالولد حر* ولو تزوج عبده امته ففى اشراط قبول
المولى او العبد اشكال ينشأ (من) انه عقد او اباحة وفى وجوب اعطائها من مال المولى شيئا خلاف

النفى فثبت مقابله وهو الحرية لعدم خلوه الموضوع عنهما هنا وجعله نهيا يستلزم
تكليف ما لا يطاق ان الملك هنا وعدم حكم من الشارع غير مقدوره و الاضرار
خلاف الاصل .

(واعلم) ان قول المصنف (والولد رق) عطف على قوله (العشر مع البكارة ونصفه
لامعها) فقوله هنا (والولد رق) تمام القول الذى حكاه بقوله (وقيل) لان المصنف
قال قبل ذلك (ولو وطئ جها او بشبهة فلا حد* وعليه المهر و الولد حر) ودعوىها هنا
الحرية هو شبهة.

قال قدس الله سره : ولو تزوج العبد (الى قوله) فاشكال .

اقول : ينشأ (من) عموم قولهم فالولد لمن ياذن فوجود اذن احدهما واتقاء اذن
الآخر سبب لملك من لم ياذن وهذا متحقق هنا (ومن) انه فى الحقيقة نماء الاب و الام معا
فاذا اتقى اذن مالك احدهما وثبت باذن الآخر اسقط الشارع اعتبار كونه نماء لمن اذن مولاه
ونسبه الى الآخر فكان نماء ملكه فكان له ولا يمكن ان يجعل نماء لنصف احدهما
(ولانه) خروج عن صورة النص فلا يتعدى الحكم اليه لانه خلاف الاصل .

قال قدس الله سره : ولو تزوج عبده امته (الى قوله) او اباحة .

اقول : (وجه كونه عقداً ما روى الصدوق فى كتاب من لا يحضره الفقيه فى الصحيح
عن العلاء ، عن محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام : قال سألته عن الرجل كيف ينكح
عبده امته : قال يجزيه ان يقول قد انكحتك فلانة ويعطيها ماشاء من قبله او من مولاه
ولا بد من طعام او درهم او نحو ذلك الحديث (١) سماه نكاحا والاصل الحقيقة و اوجب

(١) فى باب ٤٣ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد

عليه عطاء شيء وشرط بقوله (ولابد) ولا شيء من الاباحة يشترط فيها ذلك (ولانه) اما نكاح او اباحة مانعة خلو كلية اجماعا وليس باباحة لما رواه علي بن يقطين عن ابي الحسن الماضي عليه السلام قال سألته المملوك يحل له ان يطاء الامه من غير تزويج اذا احل له مولاه قال لا يحل (١) فتعين كونه عقداً ومن ثم قيل ان الاباحة تملك لا عقد لعدم جوازها في حق العبد وجواز عقد النكاح فالاباحة ليس بعقد وسبب اباحة النكاح محصور في العقد والملك لقوله تعالى الاعلى ازواجهم او ما ملكت ايما نهم فانهم غير مملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون (٢)

وعندي في دلالة رواية محمد بن مسلم على كونه عقداً نظر لان العقد انشاء وقد تكون مختصة بالافعال (ووجه) كونه اباحة انه لا يفتقر الى قبول لما تقدم من قوله في الرواية (يجزيه ان يقول قد انكحتك فلانة) جعله مجزيا ولم يذكر القبول فلو كان القبول شرطاً لما كان ما جعله مجزيا وكل عقد نكاح يفتقر الى قبول (ولان) رفع هذا النكاح بيد المولى ولا شيء من النكاح الحقيقي رفعه بيد المولى (اما الصغرى) فلما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سألته عن قول الله عز وجل والمحصنات من النساء الاما ملكت ايما نكم : قال هوان يأمر الرجل عبده وتحتة امته فيقول له اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسه (٣) (واما الكبرى) فلان رافع العقد اما الطلاق او الموت او تجدد ملك او عتق مع فسخ المالك او العتيق او ملة او نحلة او عيب كعنته على قول (وما) عدا الامل هنا منتف (والاول) ان جعل قوله (اعتزل امرأتك) طلاقاً لزم ان يكون الطلاق بيد غير الزوج وهو باطل لقوله عليه السلام الطلاق بيد من اخذ بالساق (٤) ولانه تغيير للصيغة المعينة وهو باطل باجماع اصحابنا وبالأول وهو كونه عقداً ، قال المفيد ويلوح من كلام الشيخ واتباعه والثاني وهو كونه اباحة قول

(١) مثل باب ٢٣ خبر ٢ من ابواب نكاح العبيد (٢) المؤمنون ٦

(٣) مثل باب ٤٥ خبر ٢ من ابواب نكاح العبيد والاية في سورة النساء ٢٧

(٤) مستدرک باب ٢٥ خبر ٣ من ابواب مقدمات الطلاق

ولو اعتقا فجازت قبل الدخول او بعده مع التسمية وعدمها فاشكال ، ولو مات كان للورثة الفسخ لالامة ، ولو تزوج العبد بمملوكة فاذن له مولاه في شرائها فان اشتراها ابن ادريس ، والاقوى عندي ان التحليل او الاباحة لا بد معهما من القبول لانحصار الاباحة في التمليك والعقد ومع كونه عقداً لا بد معهما من القبول ومع كونه تمليكا (يحتمل) اشتراط القبول (ويحتمل) عدمه فمع القبول يصح قطعاً ومع عدمه في صحته شك ، والنكاح مبنى على الاحتياط التام وقوله في الرواية (يجزيه) اى في الايجاب ولا يستلزم نفي القبول ويشكل بان الاصل عدم الاضرار .

قال قدس الله سره : وفي وجوب اعطائها من مال المولى شيئاً خلاف .

اقول : قال الشيخ في النهاية ، والمفيد ، و ابو الصلاح ، وابن حمزة ، وابن البراج بالوجوب للرواية المتقدمة وغيرها ، وقال ابن ادريس بعدم الوجوب للاصل و حمل الرواية على الاستحباب وفعل ذلك اباحة لا عقداً (واعلم) ان القول بالوجوب مبنى على مقدمات (الف) ان العقد سبب لوجوب المهر مع ذكره وبدونه مع الدخول فلا يمكن خلوه عقد مع الدخول عن مهر (-) ان المملوك لا يملك على المولى شيئاً بل يملك منه على قول الشيخ ويستحق على جهة الامتناع كما يستحق الزوجة الاخدان والمملوك النفقة وحكم الامتناع ككفن الزوجة وكفن المملوك فانحصرا للعبد من جهة مولاه في ما يملك او مستحقه عليه على جهة الامتناع او حكمه (ج) ان هذا المهر ليس للمولى لانه لو كان له (فاما) على العبد (او) على نفسه والثاني محال (لانه) لا يستحق في ذمته مالا لنفسه (ولا) على العبد لان مال العبد لمولاه فلو استحق على العبد لزم ان يملك ملك نفسه وهو محال فتعين ان يكون المهر للجارية لالمولى لانه في الرواية اشار الى انه من العبد او من مولاه اذا تقرر ذلك (فنقول) اذا سلمت هذه المقدمات وجب على المولى ان يعطى المهر اما منه او من كسب العبد ، ومتى منعت احدى المقدمات لا يتم ذلك وتحمل الرواية على الاستحباب وهو الاولى .

قال قدس الله سره : ولو اعتقا (الى قوله) فاشكال .

اقول : هذا الكلام يدل بالمطابقة على مسائل اربع لانه اذا اعتق فجازت فاما ان يكون قبل الدخول او بعده وعلى كل واحد من التقديرين اما ان يكون قد سمي شيئاً

لمولاه او لنفسه باذنه او ملكه اياها بعد الاتباع وقلنا انه لا يملك فالعقد باق والابطال اذا ملكها ، و لو تحرر بعضه واشترى زوجته بطل العقد و ان كان بمال مشترك ،

اولا (الف) ان يكن قدا عتقا قبل الدخول واجازت وقد سمي لها مهراً فالكلام في موضعين (احدهما) استمرار العقد (فان قلنا) انه اباحة بطل (وان قلنا) انه عقد لم يبطل بالعتق مع الاجازة (وثانيهما) في المهر (فان قلنا) انه اباحة فلا مهر قطعاً وكان وجود التسمية كعدمها لان استحقاق المهر اما بالوطى او بالعقد وكلاهما منتف (وان قلنا) انه عقد احتمل بطلان التسمية لان مهر المملوكة لمولاه ومهر العبد اما على المولى او في كسبه او في رقبته (وعلى الاول) يتحد المستحق والمستحق عليه والاستحقاق من باب النسبة فلا يتحقق مع اتحاد المنتسبين هنا (وعلى الاخيرين) فالاستحقاق للسيد ممتنع عن القن وهذا قن (ويحتمل) ان يقال ان العقد وقع بعبارة معتبرة فيكون صالحاً للتأثير عند العتق لانه ليس اقل من عقد الفسولى فلا يكون المهر هنا على السيد ولاله بل على الزوج للمرأة خصوصاً على قول والدى المصنف وابن ادريس انه لو كانا لاثنين او كان الزوج حرأ ثم باع مولى الامة الامة بعد العقد قبل الدخول، واجاز المشتري فان اجازته كالعقد المستأنف والمهر للمشتري (ويحتمل) الوجوب على السيد للجارية لثبوته عند العقد للرواية المتقدمة الثلاثة والاصل البقاء .

(ب) الفرض بحاله ولم يكن سمي لها مهراً فان قلنا انه اباحة بطل هنا ولا مهر وان قلنا انه عقد كالمفوضة البضع فان مات احدهما قبل الدخول فلا مهر وان طلق فالمتعة وان دخل فمهر المثل والمتعة او مهر المثل على الزوج هنا لان السبب التام للوجوب انما يتحقق بعد العتق منه في الموضعين .

(ج) ان يكون بعد الدخول وقد سمي (فان قلنا) انه اباحة بطل العقد ولا اعتبار بالتسمية (وان قلنا) انه عقد (فان قلنا) بوجوب اعطائها شيئاً من مال المولى وكان قد اعطاها فلا يستحق غيره وان لم يكن اعطاها شيئاً احتمل وجوب مهر المثل على السيد للوجوب قبل العتق فبعده اولى والتقدير قبل العتق اليه لانه وليها فبعده ليس له ولاية فيلزم مهر المثل (وان قلنا) بعدم وجوب اعطائها شيئاً فمبنى هذه المسألة على ان من اعتق امته

ولو اشترى الحرصة احد الشريكين بطل العقد وحرمت وطؤها فان اجاز الشريك النكاح

المزوجة لغير عبده بعد الدخول او باعها (فعلى) كون المهر له لامر هنا فيخلو العقد والوطى عن استحقاق عوض مع كونه بعقد صحيح وهو غير معهود فى الشرع (وان قلنا) بوجود اعطائها من كسب العبد فالمهر هنا عليه .

(د) ان يكون بعد الدخول وقبل التسمية ، والاشكال فيه كما سبق (واعلم) انه على القول بكون مهر العبد فى كسبه او فى رقبته (يحتمل) انتقاله بعد العتق الى ذمته فى كل الصور المذكورة الامع عدم التسمية وموت احدهما قبل الدخول ، وانما قلنا بثبوته هنا على العبد لان النكاح سبب لثبوت مهر قبل العتق وجد مانع وهو ملكية المولى للعبد والمهر وقد زال هذا المانع بالعتق فائثر السبب ، وهذه المسألة وامثالها تسمى بها الفقهاء من المسائل المسلسلة واشكالها لتكافؤ الاحتمالات فيها وكثرة اصولها وفروعها وكل اصل يبتنى عليه لا يخلو من اشكال والاقوى عندى فى هذه المسائل انه عقد وكل مالم يسلم مهر كمفوضة البضع قبل الدخول او بعده وكلماسمى يلزم بعد العتق ويكون للمرأة على الزوج .

قال قدس الله سره: ولو اشترى الحرصة احد الشريكين (الى قوله) خلاف
اقول: اذا تزوج الحرامه مشتركة بين اثنين باذنها ثم اشترى الزوج نصيب احد الشريكين من زوجته بطل العقد اى عقد النكاح وحرمت وطئها ثم (نقول) هل يحل له وطئها فى حال الشركة بسبب ما ام لافيه لاصحابنا قولان (احدهما) لامطلقا وهو قول ابن الجنيد لان البضع لا يتبع بعض اجماعا ولقوله تعالى **والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايما نهم (١)** والتفصيل قاطع للشركة (وفيه نظر) لصدقه فى منع الخلو خاصة لامنع الجمع والمطلوب الثانى ولادلالة للعام على الخاص (وثانيهما) الاباحة بسبب ما اثم اختلفوا فيه على اقوال ثلاثة (الف) انها مباح باباحة الشريك لغير لانها تمليك فاتحد السبب وهو ملك المنفعة ويؤيده رواية محمد بن مسلم ، عن ابي جعفر **عليه السلام** فى جارية بين رجلين دبها جميعا ثم احل احدهما فرجها لصاحبه قال

بعد البيع ففي الجواز خلاف وكذا لو حلّ لها ، ولو ملك نصفها وكان الباقي حراً لم تحل بالملك ولا بالدايم (وهل) تحل متعة في ايامها قيل نعم (و هل) يقع عقد احد الزوجين الحرة العالم بعبودية الاخر فاسد أو موقوف على اذن المالك الاولي الثاني فحينئذ لو اعتق قبل الفسخ لزم العقد من الطرفين .

هوله حلال (١) وهذا قول ابن ادريس (ب) انها تحل بالعقد وهو اختيار ابن البراج و نقل عن الشيخ فانه قال في النهاية حرمت عليه الا ان يشتري النسيب الآخر أو يرضى مالك نصفها بالعقد فيكون ذلك عقداً مستأنفاً (اورد) ان اراد بالعقد عقداً لنكاح الاولي بطل لبطالانه بالشراء فلا يصير صحيحاً بالاجازة ولانه وقع اولاً برضاء ولم يتجدد له ملك فلم يقف على اجازته بسبب بيع الشريك ثانياً (وقال) الفاضل المحقق ابو القاسم بن سعيد: المراد بالعقد عقد البيع على النصف الثاني قال وكأنه يقول الا ان يشتري النصف الآخر من البايع ويرضى مالك ذلك النصف بالعقد ويكون الاجازة له كالعقد المستأنف ويكون الالف في قوله (او) سهواً من الناسخ او يكون بمعنى الواو وهذا آخر كلامه ، وفيه تعسف وبعد واعتراف بانه لا يمكن وطى احد الشريكين المشتركه حال اشتراكهما (ج) قول ابن حمزة تباع بعقد المتعة بشرط ان يكون بين الشريكين مهياة ويعقد في نوبة سيدها باذنه والاصح عندي قول ابن الجنيد وانما طولنا الكلام في هذه المسألة لانها موضع اشكال فاجبت استيفاء الاقوال فيها .

قال قدس الله سره : ولو ملك نصفها (الى قوله) قيل نعم .

اقول : الجواز قول الشيخ في النهاية لانها في ايامها كالحرة كلها تملك فيها بحسبها والاصح عندي انه لا يصح فان المهياة تتناول الخدمة خاصة لا منفعة البضع .

قال قدس الله سره : وهل يقع عقداً احد الزوجين (الى قوله) من الطرفين .

اقول : البحث هنا كالمسألة المتقدمة فلانكرها وانما ذكرها هنا لفائدتين (الف) ليتفرع عليها ما لو اعتق قبل الفسخ فانه على القول بالبطالان لا يصححه العتق و لم يخرج الى الفسخ واحتاج في النكاح الى عقد مستأنف وعلى الوقف يصح ويلزم النكاح لتحقق الشرط وانتفاء المانع (ب) الفرق بينه وبين ما اذا باع مال الغير بغير اذنه ثم اشتراه من

الفصل الثاني في مبطلاته

وهي ثلاثة : العتق والبيع والطلاق (المطلب الاول) في العتق

اذا اعتقت الامة وكان زوجها عبداً كان لها الخيار على الفور في الفسخ والامضاء سواء دخل اولاً الا اذا زوج نوالمائة امته في حال مرضه بمائة وقيمتها مائة ثم اعتقها لم يكن لها الفسخ قبل الدخول والا لسقط المهر فلم تخرج من الثلث فيبطل عتق بعضها فيبطل خيارها فيدور ، و لو كانت تحت حر ففى خيار الفسخ خلاف ، واذا المالك فان الذى ثبت هنا وهو الحرية شرط مجامع للنكاح وفي بيع مال الغير اذا اشترى البايع الموجود ضده لتضاد ملكى شخصين وهو سبب معد لحصول العقد بالفعل ولا يجامعه بل يشترط سبقها وان جامع ابتداء العقد وضد الاسباب المعدة للتأثير ضد للمسبب فمن ثم كان لزوم النكاح اولى بالصحة من لزوم البيع ثم وهذه المسألة من دقائق علم الفقه.

الفصل الثاني في مبطلاته

وهي ثلاثة : العتق والبيع والطلاق (المطلب الاول) في العتق

قال قدس الله سره : اذا اعتقت (الى قوله) ففى خيار الفسخ خلاف .

اقول : انا تجدد عتق الامة بعد تزويجها بعد كان لها الخيار اجماعاً لان بريرة عتقت

وهي تحت عبد فخيرها النبي ﷺ واما اذا كانت تحت حر فتمحرت هل لها خيار الفسخ ام لا اختلف الاصحاب فيه فابته والدى المصنف و والده رحمة الله عليهما و الشيخ في النهاية والمفيد وابن البراج وابن الجنيد وابن ادريس ونفاه بعض اصحابنا وقواه الشيخ في المبسوط والخلاف و الاصح عندي اختيار والدى لما رواه ابو الصباح الكنانى في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال : ايما امرأة اعتقت فأمرها بيدها ان شئت اقامت وان شئت فارقت (١) وهو عام شامل لصورة النزاع وعن زيد الشحام عن الصادق عليه السلام قال اذا اعتقت الامة ولها زوج خيرت (٢) وان كانت تحت حر او عبد (قيل) قال النبي ﷺ لبريرة

(١) مثل باب ٥٢ خبر ٨ من ابواب نكاح العبيد (٢) مثل باب ٥٢ خبر ١٣ من ابواب نكاح العبيد

اختارت الفراق فى موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر وثبت بعده .
ولو أخترت الفسخ لجهالة العتق لم يسقط خيارها ، ولو كان لجهالة فوريدة الخيار
أواصله احتمال السقوط - وعدمه - والفرق ، ولو اختارت المقام قبل الدخول فالمهر
ملكيت بضعك فاختارى (١) جعل ملك البضع علة فلامدخل لعبودية الزوج لان اخذ
جزء السبب مكانه غير جائز وهو متحقق هنا وهو ضعيف لانه غير صورة النزاع لان صورة
النزاع كونها تحت حر وهن ليس كذلك (احتج) الشيخ فى المبسوط بان المقضى للزوم
العقد وجد والاصل بقاء ما كان على ما كان .

قال قدس الله سره: ولو أخترت الفسخ (الى قوله) والفرق .

اقول: الخيار هنا على الفور لما تقدم من قوله وَاللَّيْسُ لِبَرِيرَةَ ملكت بضعك
فاختارى (٢) والفاء للتعقيب من غير تأخير (قالوا) استشفع بالنبي وَاللَّيْسُ فشفع ولم يقبل
وهو يستلزم التأخير (قلنا) ممنوع ولو سلم فتأخيرها الفسخ لجهلها بالخيار لقولها اشافع
انت ام آمر فقال بل شافع فلما علمت فسخت (ثم) فرع على فوريته فروعا ثلاثة (الف)
لو أخترت الاختيار لجهل العتق لم يبطل خيارها اجماعا (ب) لو علمت العتق وأخترت
لجهل اصل الخيار احتمال السقوط لان جاهل الحكم لا يعذر (ويحتمل) عدمه لانه حكم
خفى فالو لم يعذر فيه لزم الحرج (واعلم) انه لامنافاة بين قولهم جاهل الحكم لا يعذر
وقولهم تكليف الغافل محال لان المراد بقولهم تكليف الغافل محال اى الغافل الذى
لم يعلمه الشارع بالحكم ولا نصب عليه دليلا ولا اماراة ومعنى جاهل الحكم لا يعذر اى بعدان
نصب على الحكم دليلا ولا اماراة ويعلم ان الله فى تلك الواقعة وفى كل واقعة حكما فيكون تحصيل
العلم مقدورا له فتركه باختياره وقدرته فمن ثم لا يعذر بل يجب عليه ان يسأل الامام عَلَيْهِ
ومع غيبته يجتهدان كان من اهله والآقدا المجتهد فى الحكم فاذا كان الخيار على الفور يعذر بقدر
ما يجتهدا ويقلد المجتهد مع التعذر (ج) لو علمت العتق والخيار وأخترت لجهل فوريته
احتمل مساواته لجهل اصل الخيار لاتحاد طريق المسألتين فانه انما عذرت ثمة لجهل

(١ - ٢) قدورد بهذا المضمون اخبار كثيرة فراجع كل باب ٥٢ من ابواب نكاح البيد

للسيد ان اوجبناه بالعقد والافلا و بعده للمولى ، ولولم يسم شيئاً بل زوجه مفوضة
البضع فان دخل قبل العتق فالمهر للسيد لوجوبه في ملكه وان دخل بعده او فرضه بعده
(فان قلنا) صداق المفوضة يجب بالعقد وان لم يفرض لها (مهر - خ) فهو للسيد (وان قلنا)
بالدخول او بالفرض فهو لها لوجوبه حال الحرية .

ولو اعتقت في العدة الرجعية فلها الفسخ في الحال فتسقط الرجعة ولا تفتقر الى
عدة اخرى بل تتم عدة الحرة ولو اختارته لم يصح لانه جار الى بينونة فلا يصح اختيارها
للنكاح فان لم يراجعها في العدة بانت وان راجعها كان لها خيار الفسخ فتعد اخرى عدة
حرة و ان سكتت لم يسقط خيارها و اذا فسخت فزوجها بقيت على ثلاث ، و لو اعتقت
الصغيرة اختارت عند البلوغ و المجنون عند الرشد و للزوج الوطى قبله و ليس للمولى
الاختيار عنها لانه على طريقة الشهوة و لا خيار لها لو اعتق بعضها فان كملت اختارت حينئذ
ولو لم تخترح حتى يعتق العبد (فان قلنا) بالمنع من الاختيار تحت الحراحتل ثبوته هنا
لانه ثبت سابقاً فاليسقط بالحرية كغيره من الحقوق و السقوط كالغيب اذا علمه المشتري

الحكم فالفورية كذلك فانه اخفى وان لم يعذر لجهل الحكم سقط في المسألتين و لانه
على الفور و ثبوت الحكم لو كان مشروطاً بالعلم به لتقدم الشرط لكن العلم تابع متأخر فيدور
(فعلى تقدير المساوات) يحتمل السقوط في المسألتين و عدم السقوط (ويحتمل) الفرق
بين جهل اصل الخيار و جهل فوريته و لا يسقط خيارها ان جهلت اصل الخيار و يسقط ان
جهلت الفورية لان بتأخيرها مع جهل الخيار لا تعد مهملة مقصرة بترك الخيار بخلاف
ما اذا علمت اصل الخيار و ان جهلت فوريته (ولان) التأخير مع علم الخيار يدل على الرضا
عرفافي الاغلب (ولان) معنى كون الخيار على الفور ثبوته في اول اوقات القدرة على
الاختيار ففي اول اوقات العلم بالبيع و ثبوت الخيار مع عدم مانع خارجي ثبت الخيار وهو
غير باق شرعاً فيسقط، اما مع جهل الخيار فهو غير مقدور لان شرط تعلق القدرة بالشئ العلم
به و الى هذا الاحتمال اشار المصنف بقوله والفرق .

قال قدس الله سره : ولولم تخترح حتى تعتق (الى قوله) بعد زواله .

اقول : على تقدير عدم الخيار في الحر الاقوى عندى الثانى (لان) سبب الخيار

بعد زواله، ولو اعتقت تحت من نصفه حر فلها الخيار (وان منعنا) الخيار في الحر، ولو طلق قبل اختيار الفسخ احتمل (ايقافه) فان اختارت الفسخ بطل والواقع (ووقوعه) ولا يفتقر فسخ الامة الى الحاكم، و لو اعتق الزوج وتحت امة فلا خيار له ولا للمولود ولا لزوجته حرة كانت او امة ولا للمولاه، ولو زوج عبده امته ثم اعتقت او اعتقها اختارت، ولو كانا لاثنين فاعتق امة او سبق عتقها او مطلقا على رأى اختارت .

حريتها وعبوديته وقد زال جزء السبب فيبطل سببته ولا يردان اشتراطه رقه في الحدوث لا يستلزم اشتراطه في البقاء لان الاصل بقاء الشريعة ولانه شرط الوجود لا من حيث هو حادث والاصل فيه ان نص النبي ﷺ انما جاء في قضية بريرة وكانا مملوكين و تعديتها على خلاف الاصل .

قال قدس الله سره : ولو طلق (الى قوله) ووقوعه .

اقول : اذا اعتقت فطلق عقيبه بالافضل قبل اختيار الفسخ او بجعلها بالعتق ومراده بالطلاق هنا البائن (فيحتمل) هنا ان يكون الطلاق مراعى فان فسخت النكاح ظهر بطلان الطلاق وان لم تفسخ بان وقوعه لان تنفيذ الطلاق في الحال جزماً يبطل حتماً من الفسخ وابطال الطلاق من رأس مع مصادفته النكاح الدائم ووقوع من اهله في محله غير جائز فعين الحكم بكونه مراعى والفسخ وعدمه كاشف عن البطلان والصحة كالطلاق في الردة (ويحتمل) وقوع الطلاق لانه صادف نكاحاً دائماً وهو من اهل الطلاق فيبطل الخيار (واعلم) ان الانفساخ بالردة يستند اليها وظهور فساد الطلاق فيها لانه لم يصادف النكاح واما الانفساخ هنا فلم يستند الى ما قبله وهو العتق بل هو الى فسخها قبله النكاح موجود فيصادفه الطلاق فافترق الطلاق في الردة وهنا (واعلم) ان مراد المصنف بقوله (احتمل ايقافه) كونه مراعى لا موقوفاً كبيع الرهن .

قال قدس الله سره : ولو كانا لاثنين (الى قوله) اختارت .

اقول : قوله مطلقاً اي سواء كان عتقها سابقاً على عتقه او متأخراً عن عتقه او مقارناً فهنا مسائل (الف) اعتقاد فعة ومبناه على اختيارها مع حرية زوجها لان عتقها لم يصادف عبوديته بل صادف حريته لانها مع سببه وما مع السبب متقدم على المسبب وفيها الخلاف

ويجوز ان يجعل عتق امته مهرأها ويلزم العقد ان قدم النكاح ، فيقول تزوجتك واعتقتك وجعلت مهرك عتقك ، وفي اشراط قبولها او الاكتفاء بقوله تزوجتك وجعلت كما مضى (ب) سبق عتقها على عتقه فاما ان تكون قد فسخت قبل عتقه او لان كان الاول فلا بحث وان كان الثاني وهوان لا يكون قد فسخت فمبنى هذه المسألة على انه اذا تجدد عتق الزوج قبل فسخها وقدمضى البحث فيه (ج) انه لا يعتبر سبق احدهما بل نقول بتخير متى اعتقت وفيه الخلاف لانه مبنى على المسألين المتقدمين اعنى عتقها تحت حر وتجدد عتقه وقدمضى الخلاف فى الكل .

قال قدس الله سره: يجوز ان يجعل عتق امته مهرأ (الى قوله) اشكال .

اقول : الاصل فى هذه المسألة ان النبي ﷺ لما اسرت (١) صفية بنت حى ابن اخطب من ولد هرون بن عمران عليه السلام اصطفاها للنبي ﷺ لنفسه من الغنيمة فى فتح خيبر ثم اعتقها و تزوجها وجعل عتقها صداقها بعد ان حاضت حيضة (٢) فاجمع اصحابنا على أنها من السنن المشروعة العامة و هو ان يجعل عتق امته صداقها و قال كثير من الجمهور انها من خصائص النبي ﷺ وهنامسألان (الف) هل يشترط قبولها ام لا ، يحتمل الاول (لان) النكاح عقد لفظى وكل عقد لفظى لا بد فيه من القبول لفظاً (ولان) حريتها مقدرة حال النكاح لامتناع تزويج الانسان بجاريته فالحرية شرط النكاح والشرط متقدم بالطبع فاعتبر قبولها (ولان) الصادر من المولى قبول النكاح فيعتبر ايجابها و القبول منها وان كان فى اللفظ قبولاً فهو ايجاب فى الحقيقة وقبولها كاشف عن صحة العتق وصحة قبول السيد (ويحتمل) عدمه لان سبب الحرية تزويج السيد والمسبب لا يتقدم على السبب ونكاح الامة بيد السيد فقولته تزوجتك لفظ يدل تصريحاً بصيغة شرعية على رضا من اعتبر رضاه فى قبول النكاح وايجابه فاجتمع فيه الوجهان باعتبارين وصح تزويج الامة فى هذه الصورة بالنص و اجماعنا لانها تؤلى الى الحرية بلا فصل (ولان) سبب العتق جعله مهرأ وسببه العقد فيتقدم العقد عليه بالعلية و هو شرط اعتبار قبولها فيتأخر عنه

(١) بالبناء للمجهول

(٢) سنن ابي داود (ج ٢) باب فى الرجل يعتق امته الخ مقطوعاً

مهر ك عتقك عن قوله اعتقتك اشكال ، ولو قدم العتق كان لها الخيار (وقيل) لا خيار لانه بالطبع فلو شرط فيه دار (واجيب) بانه كاشف فهو اماره (ولان) النبي ﷺ اصطفى صفيه وتزوجها وجعل عتقها مهرها (١) ولم ينقل قبولها ولو قبلت لنقل لانه من السنن (قالوا) من خصائصه (قلنا) فيجب بيانه والالوجب التأسى به للاية (ب) هل يكفى قوله (وجعلت مهر ك عتقك) عن قوله (اعتقتك) يحتمل ذلك وهو المفهوم من عبارة الاصحاب ، وصرح ابو الصلاح والمفيد به لان ثبوت المهر يكفى فيه ذكره فى العقد فلا يحتاج الى صيغة اخرى صريحة فى العتق و ضل من استدل بانه تملك الجارية رقبته لانه اضافة لا بد فيها من تغاير المضافين هنا بالذات (والحق) ان المهر هنا فك ملك لا تملك (ويحتمل) عدم الاكتفاء به لان العتق لا يصح الا بالصيغة الصريحة وهى التحرير او الاعناق على القول به ولا صالة بقاء الملك الى علم السبب .

قال قدس الله سره : ولو قدم العتق (الى قوله) لانه تتمه الكلام .

اقول: كلام الشيخ فى النهاية تصريح بثبوت الخيار لها فى الرضا بالعقد والامتناع عن قبوله وتبعه ابن البراج وابن ادريس وقال ابو الصلاح يلزم النكاح ولا يعتبر رضاها لان الكلام لا يتم الا باخره كما لو قال اعتقتك عليك كذا وهو اختيار والذى المصنف فى المختلف (احتج) ابو الصلاح بما رواه عبيد بن زرارة ، عن الصادق عليه السلام : قال قلت له رجل قال لجاريته اعتقتك وجعلت مهر ك مهر ك قال فقال جائز (٢) (اورد) المطلوب للزوم والجواز اعم منه (واجيب) المسؤل عنه للزوم فيلزم تاخير البيان عن وقت الحاجة (قالوا) ممنوع بل عن وقت السؤال (قلت) كلاهما حذر عنه فى الاصول ونمنع ان المسؤل عنه للزوم اذا الصيغة مشتركة بينهما ، والاقوى عندي قول ابي الصلاح لما تقدم (احتج) الشيخ بما رواه على بن جعفر ، عن اخيه موسى عليه السلام قال : سألته عن رجل قال لامته اعتقتك وجعلت مهر ك عتقك فقال عتقت وهى بالخيار ان شئت تزوجته وان شئت فلا فان تزوجته فليعطها شيئا وان قال قد تزوجتك وجعلت مهر ك عتقك فان النكاح واقع ولا يعطيها شيئا (٣) (والجواب)

(١) تقدم آفا (٢) مثل باب ١١ خبر ٦ من ابواب نكاح العبيد

(٣) مثل باب ١٢ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد

تمة الكلام (وقيل) يقدم العتق لان تزويج الامة باطل ، ولو جعل ذلك في امة الغير فان انفذنا الطريق الى علي ان صح فلا دلالة له على مطلوبكم (لانه) لم يتقدم قوله تزوجتك ولا يصح ذكر المهر بدون لفظ النكاح (ولانه) يدل على وجوب شيء آخر ويكون هو المهر او جزئه وليس مطلوبكم .

قال قدس الله سره : وقيل يقدم العتق لان تزويج الامة باطل .

اقول: قوله (وقيل) اشارة الى قول المفيدواي الصلاح واختاره الشيخ في الخلاف (واحتجوا) بان نكاح الامة باطل (واجيب) بان تقدم العتق على ثبوت النكاح يمنع كونه مهراً للنكاح المتأخر عنه (واجابوا) بان الكلام لا يتم الا بآخره فمع تقدمه لفظاً هو متأخر بالذات ويلزمهم عدم وجوب تقديم العتق لانه وان تأخر لفظاً فهو في حكم المقارن لان الكلام لا يتم الا بآخره .

قال قدس الله سره: ولو جعل ذلك (الى قوله) فالاقرب هنا الصحة .

اقول: الكلام هنا في موضعين (الف) في صحة النكاح وهو مبني على صحة عقد الفضولي للنكاح اذ لا تعلق لصحته بصحة المهر اذ لو بطل المهر هنا وقف النكاح على الاجازة وكانت كمفوضة البضع (ب) في صحة المهر وهو مبني على مقدمتين (احديهما) انه هل المجمعول عتقها مهراً - المهر (١) هو العتق ابتداءً او يكون هو تملكها رقبته ويتبعه العتق كما لو تزوج جارياً غيره وجعل اب ذلك الغير المملوك للزوج مهراً لها فانه يقتضى تملك سيد الجارية اباه فان اجاز انعتق الاب (وثانيهما) ان عتق المرتبهن هل يبطل من رأس او يقف بمعنى المراعاة على الاجازة (اذ اقرر ذلك) فنقول ان قلنا بالثاني في المقدمة الاولى صح هنا ووقف على الاجازة وان قلنا بالاولى في المقدمة الاولى فان قلنا يبطلان عتق المرتبهن من رأس بطل المهر هنا قطعاً وان قلنا بصحته وتعديته صح هنا والابطل وان قلنا بصحته و الاقتصار عليه فان كان مرتبهنا صح والابطل والحق عندي في هذه المسألة انه لا يصح العتق فيبطل المهر لانه من قبيل الاسباب والشروط ويقتصر بها على مورد النص، ومن ثم جعله المخالف من خصائصه لَا يَبْطُلُ ولم يرد الآفي جارياً الانسان نفسه

عتق المُرتهن مع الاجازة فالاقرب هنا الصحة والافلا ، والاقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهر أو يسرى العتق خاصة ، ولو كان بعضها حراً فجعل عتق نصيبه مهر اصح ويشترط هنا القبول قطعاً ، ولو كانت مشتركة مع الغير فتزوجها وجعل عتق نصيبه مهرأ فالاقرب الصحة ويسرى العتق ، ولا اعتبار برضا لشريك وكذا لا اعتبار برضا لو جعل الجميع

وهذا هو الذي استقر عليه رأى والذى المصنف رحمه الله وقوله (فالاقرب) ليس بترجيح للصحة هنا بل على تقدير اجازة عتق المُرتهن وتعديته و الترجيح على تقدير لا يستلزم الترجيح فى نفس الامر وهذا التقدير باطل عندى وعند المصنف و انما اورده ليظهر ما يتفرع على قول القائل ليتمهر المجتهد فى الاستدلال و اما عقد النكاح فلا يفسد بفساد المهر بل ان وقع بايجاب وقبول من معتبرى العبارة وقف على الاجازة مع القبول لوقوع النكاح موقوفاً على الاجازة .

قال قدس الله سره : والاقرب (الى قوله) العتق خاصة .

اقول : وجه القرب صحة عتق البعض وصحة المعاوضة عليه وجعل بعض رقبته مهرأ فعلى قول من يقول ان جعل العتق مهرأ هو جعل رقبته بالحقيقة يصح هنا اولاً لانه لا فرق بين البعض والكل (ويحتمل) عدم الصحة لانه ليس بصورة النص وهذا هو الاقوى عندى لانه كل ما خالف الاصل يقتصر فيه على محل النص وبنى المصنف ذلك على ان المهر هو العتق فعلى هذا يسرى العتق فى جميعها على المالك لقوله بالتام من اعتق شقفاً من عبد عتق عليه كله (١) وقوله (خاصة) اشارة الى ان السراية انما هى فى العتق دون المهر فلا يزيد على النصف فعلى هذا لو طلقها قبل الدخول رد ربعها رقاعاً عند بعضهم وعند ناسعى بقيمة الربع من نفسها وعلى قول من يقول ان المهر هو تملك الجارية رقبته يملك نصف رقبته وينعتق عليها ولا سراية هنا على المالك بل تسعى هى فى قيمة نصفها فان طلقها قبل الدخول تسعى فى ثلاثة ارباع قيمتها .

قال قدس الله سره : ولو كانت مشتركة (الى قوله) برضا الشريك .

(١) سنن ابى داود (ج٤) باب فيمن اعتق نصيباً ولفظ الحديث هكذا من اعتق مملوكاً بينه وبين آخر فعليه خلاصه به ، وفى لفظ آخر ان رجلاً اعتق شقفاً من غلام فاجاز النبي (ص) عتقه وغرمه بقيمة ثمنه .

مهرأ أو جعل نصيب الشريك خاصة ، ولو اعتق جميع جاريته وجعل عتق بعضها مهرأ أو بالعكس صح الجميع ، وليس الاستيلاء عتقا وان منع من بيعها لکن لومات مولاها عتقت من نصيب ولدها فان عجز النصيب سعت في الباقي (وقيل) يلزم الولد السعي فان مات ولدها وابوه حتى عادت الى محض الرق وجاز بيعها .

اقول : هذا البحث تفريع على ان المهر هو العتق وعلى تقدير السراية يعتق نصيبه كما اذا كان موسراً بالقيمة وقتلنا بعدم توقف السراية على الاداء او بالاداء فادى (ووجه القرب) ان عتق نصيبه والمعاوضة عليه جائز ونكاح امة الغير موقوف على رضاه ان لم ينتقل عنه قبل فسخه وقد انتقلت عنه فلم يعتبر رضاه (وهل) يعتبر رضاها (نقول) كل من اعتبر رضا مملوكه اذا زوجه او جعل مهرها عتقها اعتبره هنا ومن لم يعتبره ثمة لم يعتبره هنا لان العتق بالسراية ينتقل اليه حصه الشريك ثم يعتق عليه فصارت كلها له ثم اعتقت فلم يعتبر رضاها (قالوا) اما ان يعتبر رضاها او تكون صحة النكاح سبب العتق ومسببه فيدور لان العتق هنا ان كان بمجرد الصيغة من غير اعتبار كونه مهرأ لزوم الاول والآلثاني (قلنا) بالمجموع من صيغة العتق والعقد ثبت في حصه المالك العتق وملكية حصه الشريك وهما سبب نفوذ العتق فيها فلا دور والاصح عندى البطلان وهذه الفروع كلها ساقطة لخروجها عن محل النص .

قال قدس الله سره : ولو اعتق جميع جاريته (الى قوله) صح الجميع .

أقول : هنا مسألتان (الاولى) اذا اعتق جارية وجعل عتق بعضها مهرأ فاما ان يقدم العتق او التزويج فعلى القولين صح لانه لما جاز ان يكون الكل مهرأ جاز ان يكون البعض مهرأ (الثانية) لو جعل كل عتقها بعض المهر بان جعل عتقها وشيأ آخر من ماله مهرأ صح لانه كل ما صح ان يكون مهرأ صح ان يكون مهر لعدم فرق الامه بينهما واليه اشار بقوله او بالعكس .

قال قدس الله سره : وليس الاستيلاء (الى قوله) وقيل يلزم الولد السعي .

اقول : اختيار المصنف هنا هو اختيار الشيخ المفيد وابن ادريس ، والقول بلزوم الولد السعي قول ابن حمزة ، وقال الشيخ في المبسوط يجب على الولد فكها من ماله والحق الاول ، ومأخذ الأقوال ان قوله عَلَيْهِ من اعتق شقصا من عبد عتق عليه كله (١) هل

ويجوز ايضاً بيعها في ثمن رقبتها اذا لم يكن لمولاها سواها (وقيل) لو قصرت
التركة عن الديون بيعت فيها بعد موت مولاها وان لم يكن ثمنها ، ولو كان ثمنها ديناً فاعتقها
وجعل عتقها مهرها وتزوجها واولدها وافلس به ومات صح العتق ولا سبيل عليها ولا على ولدها
على رأى ، وتحمل الرواية بعد الرق على رقبته في المرض .

يتناول من ملك بعض من ينعق عليه بغير اختياره ويصدق عليه انه اعتقه لانه السبب في مسبه
قال بعضهم نعم وقال بعضهم لا وسياتي تحقيقه في باب العتق .

قال قدس الله سره : وقيل لو قصرت (الى قوله) ثمنها .

اقول : هذا قول ابن حمزة وليس بشيء وقد تقدم البحث فيه .

قال قدس الله سره : ولو كان ثمنها ديناً (الى قوله) على وقوعه في المرض

اقول : اختار المصنف هنا مذهب ابن ادريس وهو الصحيح عندي واختاره جدى ،

وقال الشيخ في النهاية يبطل العتق وتعود الى بايعها و ولدها رقباً ايضاً وهو اختيار ابن

الجنيد وابن البراج محتجاً برواية هشام بن سالم ، عن ابي بصير الصحيحة : قال سئل ابو عبد الله

عليه السلام وانا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكذا الى سنة فلما قبضها المشتري

اعتقها من الغد وتزوجها وجعل مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر . فقال ابو عبد الله عليه السلام

ان كان الذى اشتراها الى سنة له مال او عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته

فان عتقه ونكاحه جائز وان لم يملك مالا ، يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته فان

عتقه ونكاحه باطل لانه عتق مالا يملك وأرى انها رق لمولاها الاول قيل له فان كانت

قد علقت من الذى اعتقها وتزوجها ما حال ما فى بطنها فقال الذى فى بطنها مع امه

كهيئتها (١) (واجاب) والذى يحمل الرواية على وقوع العتق فى مرض الموت لانه حينئذ

يكون العتق مراعى فاذا مات ظهر بطلان العتق وحكم للمشتري بالملك التام وسماء

المصنف عوداً فى الامم مجازاً لان العود حقيقة فيما ثبت ثم زال ثم عاد اعنى نوعه لا الشخص

الذى عدم وهنالم يعدم الملك فى نفس الامر لان العتق وقع مراعى وموته واستيعاب

(١) ثل باب ٢٥ خبر ١ من كتاب العتق وفيه هشام بن سالم عن ابي عبد الله (ع)

المطلب الثاني في البيع

اذا بيع احد الزوجين تخيرا للمشتري على الفور في امضاء العقد وفسخه سواء دخل اولو سواء كان الآخر حراً اولو سواء كانا لملك واحد او كل واحد لملك ويتخير مالك الاخر ان كان مملوكاً لو اختار المشتري الامضاء فيده وفي الفسخ على الفور ايضاً سواء كان هو البائع او غيره ، (وقيل) ليس لمشتري العبد فسخ نكاح الحرة ولو تعدد المالك فاختار بعضهم الفسخ قدم اختياره على اختيار الراضي ولو باعهما المالك الواحد على اثنين تخير كل منهما ولو اشتراهما واحد تخير ومهر الامة لسيدتها فان باعها قبل الدخول وفسخ المشتري سقط وان اجاز فالمهر للمشتري ولو باع بعد الدخول فالمهر للبائع سواء اجاز المشتري اولاً ،

الدين التركة كاشف عن بطلانه ، واما الولد فلم يمسه الرق ولم يحكم برقه ظاهراً فلا يصدق العود في عقبه لاحقيقة ولا مجازاً والرواية لاتدل على رقه (لان) قول الصادق عليه السلام (مع امه كهيتها) لا يدل على الرق بشيء من الدلالات لانه صادق حال الحكم بحرية امه ظاهراً والحر المسلم لا يصير رقاً .

المطلب الثاني في البيع

قال قدس الله سره: وقيل ليس لمشتري العبد فسخ نكاح الحرة

اقول: هذا القول لابن ادریس ، وقال الشيخ في النهاية و ابن البراج و ابن حمزة و المصنف في المختلف للمشتري الفسخ (احتج) ابن ادریس بانه عقد لازم و الاصل البقاء و لتعلق حق الحرة به تعلقاً شرعياً و لا دليل على زواله (واحتج) المصنف بما رواه محمد بن علي ، عن ابي الحسن عليه السلام : قال اذا تزوج المملوك حرة فللمولى ان يفرق بينهما (١) و ليس بغير البيع اجماعاً و التفريق هنا بمعنى زوال اللزوم تسمية للشيء بما يؤل اليه ولو ثبتوته في زوج الامة لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال طلاق الامة بيعها او بيع زوجها (٢) و لا فارق بينهما لانه نكاح لازم في صورتين ، و الاقوى عندي اختيار المصنف .

(١) تل باب ٦٤ خبر ٥ من ابواب نكاح العبيد

(٢) تل باب ٤٧ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد

ولو باع . عبده فللمشتري الفسخ وعلى المولى نصف المهر للحرّة ومنهم من انكرهما ، ولو باع امه وادعى ان حملها منه فانكر المشتري لم يقبل قوله في فساد البيع ، وفي قبول الالتهاق به نظري نشأ (من) انه اقرار لاضرر فيد (ومن) امكان الضرر بشرائه قهر المومات ابوه عن غير وارث .

المطلب الثالث في الطلاق

طلاق العبد بيده اذا تزوج باذن مولاه ولا اعتراض لمولاه سواء كانت زوجته حرة او امة لغير مولاه وليس له اجبار عليه ولا منعه منه الا ان تكون امة لمولاه فان طلاقه بيد المولى وله التفريق بغير طلاق مثل فسخت عقدكما او بأمر كلا منهما باعتزال صاحبه وليس بطلاق فلا تحرم في الثاني لو تخلل رجعة ، ولو استقل العبد بالطلاق وقع على

قال قدس الله سره : ولو باع عبده (الى قوله) ومنهم من انكرهما .

اقول: هنا حكمان (الف) ان للمشتري الفسخ وقد تقدم البحث فيه (ب) ان على المولى نصف المهر وهو يشمل على حكيمين (احدهما) ان المهر يضمنه المولى وقد تقدم البحث فيما يناسب ذلك و يظهر حكمه منه (وثانيهما) ان الواجب على المولى نصف المهر وهو اختيار الشيخ في النهاية وابن حمزة وابن البراج وانكره ابن ادریس ووجب كل المهر لان المهر يجب بالعقد ويتشطر بالطلاق وحمل الفسخ عليه قياس ونقل صاحب شرح رسالة سالار من اصحابنا بانه وجد بعض فتاوى المفيد بان العقد وحده لا يوجب كل المهر بل انما يجب كل المهر بالعقد والدخول او الموت فعلى هذا لا يتوجه كلام ابن ادریس والحق عندي اختيار والدى المصنف .

المطلب الثالث في الطلاق

قال قدس الله سره : ولو استقل العبد بالطلاق وقع على اشكال .

اقول: اذا استقل العبد المزوج بامه سيده بانه بالطلاق هل يقع ام لا (يحتمل) العدم (لما) رواه ليث المرادى : قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه فقال ان كانت امتك فالان الله يقول عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وان كانت امة قوم آخرين او حرة جاز طلاقه (١) (ولما) رواه زرارة عن الباقر والصادق عليهما السلام قالوا المملوك

اشكال ، ولو امره بالطلاق فالاقرب انه فسخ ان جعلناه اباحة والآ فاشكال ،

لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا باذن سيده قلت فان السيد كان زوجه ييد من الطلاق قال ييد
السيد ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء فشيء الطلاق تم الحديث (١)
والمطلق يحمل على المقيد (ويحتمل) وقوعه لقوله ﷺ الطلاق ييد من اخذ بالساق (٢)
والتحقيق انه ان كان عقداً وقع طلاقه لعموم الخبر وان كان اباحة يكفي فيها وفي رفعها قول
المولى ولم يقع الطلاق لامتناعه ولا يوجب فسخالانه لانه لا تأثير لقدرة العبد في ثبوت الاباحة
فلا تأثير لها في رفعها .

قال قدس الله سره : ولو امره بالطلاق (الى قوله) والافاشكال .

اقول : الضمير في قوله (انه) راجع الى الامر لالى الطلاق ولا يصح عوده الى
الطلاق لان البحث في طلاق العبد ياتي في قوله (وكذا الاشكال لو طلق العبد) وتحرير
المسألة ان المولى اذا زوج عبده امته كان له رفع النكاح من غير اختيار العبد فعلى هذا
لو امر السيد العبد بالطلاق هل يكون هذا الامر بمجرد فسخام لا ، هذا مبني على مسألة هي
ان هذا الترويج هل هو اباحة وعقد (فان قلنا) انه مجرد اباحة كان فسخالانه يتضمن الامر
بالاعتزال والنهي عن ان يقربها والامر بالاعتزال فسخ فالامر بالطلاق فسخ (اما الصغرى)
فظاهرة (واما الكبرى) فلما رواه محمد بن مسلم في الصحيح ، عن الباقر عليه السلام : قال سألته
عن قول الله عز وجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم قال هو ان يامر
الرجل عبده وتحت امته فيقول له اعتزل امرأتك ولا يقربها ثم يجسها حتى تحيض ثم
يمسها (٣) (وان قلنا) انه عقد احتمل ان يكون فسخا لما تقدم (ويحتمل) عدمه لانه لو
كان فسخا لبطل الامر لامتناع المأمور به حينئذ واذا بطل الامر لم يحصل به الفسخ (لان)
معنى البطلان عدم ترتب اثره عليه (ولانه) جعل رفع النكاح اليه بصيغة منه ولم يفعل
(ولان) الامر بالطلاق يقرر للنكاح فلو كان فسخا لاجتمع النقيضان (اما الاولى) فلما
روى في الحسن ، عن علي بن جعفر ، عن الكاظم ، عن آباءه عليه السلام ، عن علي عليه السلام : انه قال

(١) ثل باب ٤٤ خبر ١ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) مستدرک باب ٢٥ خبر ٣٠ من ابواب الطلاق

(٣) باب ٤٥ خبر ١ من ابواب نكاح المبيد والاية في سورة النساء ٢٧

وكذا الاشكال لو طلق العبد ، ولو طلق الامة زوجها ثم بيعت اكملت العدة وكفت عن الاستبراء على رأى .

الفصل الثالث فى الملك

وفيه مطلبان

(الاول) ملك الرقبة ، ويجوز ان يطأ بملك اليمين ماشاء من غير حصر فان زوجها

لمولى عبد تزوج بغير ان يفرق بينهما فامر المولى عبده بالطلاق . فقال امير المؤمنين عليه السلام للعبد الآن فان شئت فطلق وان شئت فامسك الى قول امير المؤمنين عليه السلام للمولى لانك حيث قلت له طلق اقررت له بالنكاح (١) (واما الثانية) فظاهرة (وفيه نظر) لانه اقرار بابتداء النكاح وبحثافى استدامته .

قال قدس الله سره : وكذا الاشكال لو طلق العبد .

اقول : اذا امره بالطلاق فطلق العبد (فان قلنا) ان الامر فسخ لم يصح طلاق العبد (وان قلنا) انه ليس بفسخ (فان قلنا) ان العقد باحة لم يقع طلاق العبد لما مر من الروايات انه لا يملك شيئاً (ولان) رواية محمد بن مسلم دلت على انحصار الفرقة فى قوله اعترل امرأتك (ولان) الطلاق تابع للعقد فاذا انتفى انتفى (ويحتمل) ان يكون صيغة الطلاق من العبد هنا فسخا لان المولى استنابه بامر به بالطلاق فى ايقاع هذه الصيغة فيكون بمنزلة صدورهما من المولى وطلاق المولى فسخ فيكون طلاق العبد فسخا لان الصيغة الصادرة من العبد كالصيغة الصادرة من المولى (وان قلنا) ان العقد نكاح صح طلاق العبد لعموم الطلاق بيد من اخذ بالساق .

قال قدس الله سره : ولو طلق الامة (الى قوله) على رأى .

اقول : قال الشيخ فى المبسوط وابن البراج وابن ادريس تجب العدة والاستبراء ولا يحل للمشتري الا بعدهما لانهما حكمان لمكلفين فتداخلهما على خلاف الاصل ، و قال والذى قدس الله سره فى المختلف : الوجه سقوط الاستبراء لسقوطه مع استبراء البايع فكذا بعد العدة (وهو الاقوى عندى - خ) .

(١) باب ٢٧ خبر ١ من ابواب نكاح المبيد وصد الخبر منقول الى المعنى - فراجع

حرمت عليه حتى النظر اليها بشهوة او الى ما يحرم على غير المالك الى ان يطلقها وتعد ان كانت ذات عدة وليس لمولاها فسخ العقد الا ان يبيعها فيتخير المشتري وله الجمع بين الامة وبنيتها في الملك دون الوطى وكذا بين الاختين فان وطىء احديهما حرمت الام والبنات مؤبداً او الاخت جمعاً فان اخرج الموطوءة ولو بعقد مترززل حلت اختها ولكل من الاب والابن تملك موطوءة الآخر لاوطيها ولا تحل المشتركة على الشريك الا باباحة صاحبه لا بالعقد وتحل لغيرهما بهما مع اتحاد السبب ولو اجاز المشتري للامة النكاح لم يكن له الفسخ وكذا لو علم وسكت ولو فسخ فلا عدة وان دخل (بها - خ) بل يستبرئها بحيضة او بخمسة واربعين يوماً ان كانت من نوات الحيض ولم تحض ولا يحل له وطؤها قبل الاستبراء، وكذا كل من ملك امة باى وجه كان حرم عليه وطؤها قبل استبرائها الا ان تكون يائسة او حايضا على رأى ظاهراً (١) لا من خصص حيضها بالتخيير أو حاملاً او لامرأة على رأى او لعدل أخبر باستبرائها او اعتقها مع جهل وطى محترم

الفصل الثالث فى الملك

وفيه مطلبان الاول ملك الرقبة

قال قدس الله سره : وكذا كل من ملك (الى قوله) بالتخيير

اقول: الخلاف فى الحائض فقال فى النهاية يسقط استبراءها ويحل للمشتري عند طهرها من الحيض واختاره والدى المصنف هنا وفى المختلف وقال ابن ادریس لا بد من استبرائها بقرئين ولا تحل للمشتري بدونها (احتج) المصنف بما رواه الشيخ فى الصحيح، عن الحلبي، عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل اشترى جارية وهى حائض قال انا طهرت فليمسسها ان شاء (٢) (احتج) ابن ادریس بعموم الامر بالاستبراء (والجواب) الرواية مخصصة.

قال قدس الله سره : او لامرأة على رأى .

اقول: اسقط الشيخ فى النهاية الاستبراء هنا واختاره والدى المصنف هنا وفى المختلف، وقال ابن ادریس لا تحل الا باستبراء المشتري (احتج) الشيخ والمصنف

(١) قوله ظاهراً صفة مصدر محذوف أى حيضاً ظاهراً

(٢) كل باب ١٣ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد

والاستبراء افضل ، ولو اعتقها بعد وطئها حرمت على غيره الا بعد عدة الطلاق ويجوز ابتياع نوات الأزواج من اهل الحرب وبناتهم وما يسيه اهل الضلال منهم .

المطلب الثاني ملك المنفعة

يجوز اباحة الامة للغير بشروط، كون المحل مالكا للرقبة جازا التصرف وكون الامة مباحة بالنسبة الى من حملت عليه فلو اباح المسلمة للكافر لم تحل وكذا المؤمنة للمخالف ويجوز العكس الا لو ثبتت على المسلم والناصية على المؤمن ولو كانت ذات بعل او عدة

بان سبب الاستبراء احتمال وطئ البايع ويكفي في الحكم بسقوطه ظن عدم وطئ البايع باخباره مع كونه ثقة وكلما كفي في الحكم الظن كفي العلم باي سبب كان وهي بديهية اجماعية (اما المقدمة الاولى) فلما رواه ابن سنان في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلام الرجل يشتري الجارية لم تحض : قال يعتزلها شهراً ان كانت قد مسّت قلت أفرأيت ان ابتاعها وهي طاهرزعم صاحبها انه لم يطأها منذ طهرت فقال ان كان عندك امينا فمسّها (الحديث) (١) والمراد بقوله (مسّت) من البايع والاكْتفاء في عدمه بعدم فعله كما ذكره في هذه الرواية فلو اعتبر غيره لكان قد اخذ العام مكان الخاص في السبب او الدلالة وهو من الاغلاط فيمتنع على المعصوم ولما ثبت الاستبراء بوجوده ونفاه بعدمه من غير اعتبار غيره دل على انه سبب تام في ثبوت الاستبراء وانما اكتفى باحتمال المس لان اباحة الفروج مبنية على الاحتياط ولا بد فيها من العلم او من ظن نص الشارع عليه والاجماع على عدم اشتراط العلم بالمس (واحتج) ابن ادريس بان سبب وجوب الاستبراء انتقال الملك مطلقاً من غير تفاوت الى غيره وقد حصل هنا ثبت المسبب (اما الاولى) فلما رواه عبدالله بن القاسم؛ عن عبدالله بن سنان . عن ابي عبد الله عليه السلام ان الذين يشترون الاماء ثم يأتوهن قبل ان يستبرؤهن فاولئك الزناة باموالهم الحديث (٢) (والمقدمتان الاخيرتان) ظاهرتان (واجاب) والذى بان العمل بالرواية الاولى اولى لانها من الصحاح او تحتمل الثانية على الكراهة جمعاً بين الاخبار ومختارى مختار ابن ادريس في المسائل الثلاث لان الاحتياط في الفرج اولى .

(١) مثل باب ١٦ خبر ٢ من ابواب نكاح العبيد (٢) مثل باب ١١ خبر ٥ من ابواب بيع الحيوان

لم يحل تحليلها ، والصيغة وهو لفظ التحليل مثل احللت لك وطؤها او جعلتك في حل من وطئها والاقرب الحاق الاباحة به ، ولو قال اذنت او سوغت او ملكت فكذلك ولا يستباح بالعارية ولا بالاجارة ولا يبيع منفعة البضع ويوكل الشريكان ثالثا او احدهما الاخر في الصيغة ، فلو باشرا فقال كل منهما احللت لك وطأها صح ولو قال احللت حصتي فاشكال ، وهل هو عقد او تمليك منفعة خلاف ، ولو اباح امته لعبده فان قلنا انه عقداو تمليك وان العبد يملك حلته والاولا والاولى لانه نوع اباحة والعبد اهل لها ويجوز تحليل المدبرة

المطلب الثاني ملك المنفعة

قال قدس الله سره : والصيغة (الى قوله) و الاقرب الحاق الاباحة به

أقول : المصنف هنا اختار مختارا بن ادريس خلافا للشيخ وابن زهرة و ظاهر كلام المرتضى (احتج) المصنف باتحاد معناهما و الاقرب عندي عدم الاستباحة باباحة المولى لان الاصل بقاء التحريم الاسبب نص الشارع عليه ولم يحصل .

قال قدس الله سره : فلو باشرا (الى قوله) فاشكال

أقول : يحتمل الصحة لان تصرف كل منهما انما هو في حصته فاذا قال احللت لك و طئ هذه الجارية فقد دل على حصته بالتضمن و اذا صحت الدلالة عليها بالتضمن فبالمطابقة اولى بالصحة (والاقوى) عندي انه لا يصح لانه لا يصح افرادها بالنكاح فان النكاح لا يقع الاعلى الكل لفظا لاعلى كل واحد .

قال قدس الله سره : وهل هو عقد او ملك منفعة فيه خلاف

أقول : جواز التحليل يستلزم كونه احدهما لقوله تعالى فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون (١) واختلف الاصحاب في ذلك ونقل ابن ادريس عن المرتضى انه عقد والتحليل او الاباحة عبارة عنه وذهب ابن ادريس الى انه ملك منفعة وهو اختيار الشيخ في المبسوط و شرط في المبسوط تعيين المدة .

(تذنيب) يلزم من ذينك اشتراط القبول وهو الاقوى عندي .

قال قدس الله سره : ولو اباح امته (الى قوله) والعبد اهل لها .

وام الولد دون المكاتبه وان كانت مشروطة والمرهونة ، ولوملك بعضها فباحته لم تحل ولواحل الشريك حلت على رأى و لو باح الوطى حلت مقدمات الاستمتاع ولواحل المقدمات او بعضها لم يحل الباقي ولاستباح الخدمة باباحة الوطى وبالعكس ولو وطىء من غير اذن كان زانيا ان كان عالما وعليه العقران اكرهها ووجهلت والولد للمولى ولو جهل فالولد حر وعليه القيمة، وولد التحليل حر شرط الحرية واطلق ولاشى على الاب على رأى.

اقول : هذا فرع على اباحة الامة لغير المالك بالتحليل من المالك (وتقريره)

ان نقول اختلف الناس في جواز اباحة امته لعبده فمنعه الشيخ في النهاية . قال فان اراد ذلك عقده عليها عقداً واختاره والدى المصنف في المختلف وهو المختار عندى و به افتى ، وجوزه ابن ادريس (احتج) الشيخ برواية على بن يقطين فى الصحيح ، عزه ابي الحسن الماضى عليه السلام المذكورة فى المسألة المتقدمة وهى قوله لوزوج عبده امته (١) (احتج) ابن ادريس بقوله تعالى **فانكحوهن باذن اهلهن** (٢) (والجواب) النكاح حقيقة فى العقد اجماعا ودعواه كونه حقيقة فى الوطى ايضا يعارضها ترجيح المجاز على الاشتراك ولو سلم لم نسلم الدلالة لان اللفظ المشترك لا يصح الاستدلال على احد معنييه بعينه بلا قرينة (واعلم) ان والدى المصنف بنى هذه المسألة فى هذا الكتاب على مسألتين (احديهما) ان هذه الاباحة هل هى تمليك او عقد فان قلنا انها عقد صح وان قلنا انها تمليك وقلنا ان العبد يملك صح والابطل ثم اختار الصحة بقوله والاول أولى و اشار بالاول الى قوله (حلت) عند قوله (وان العبد يملك) (والثانى) قوله (والآ فلا) ثم علل بانها اباحة والعبد اهل لها ومعنى هذا الاستدلال انه (ان قلنا) انه عقد فالعقد يقتضى الاباحة والعبد اهل لها (وان قلنا) انه تمليك فالمراد بالملك فى البضع ما افاد الاباحة والتحرير على الغير والعبد اهل لها فيكون اهلا للملك فعلى كل واحد من التقديرين يصح

قال قدس الله سره : ولوملك بعضها (الى قوله) على رأى .

اقول: هذه المسألة قد تقدمت .

قال قدس الله سره: وولد التحليل حر (الى قوله) على رأى.

الفصل الرابع في بقايا مسائل متبددة

يكره وطى الفاجرة ، والمولودة من الزنا ، وان ينام بين حرتين ، وان يطأ حرة و
في البيت غيره ولا بأس بهما في الاماء ، وللسيد استخدام الامة نهاراً و عليه تسليمها الى
زوجها ليلا (وهل) له اسكانهما في بيت في داره او للزوج اخراجها ليلا نظر اقربه الاخير ،

اقول : هذا اختيار المرتضى والشيخ في الخلاف وابن ادريس والدي في
المختلف وقال الشيخ في النهاية الولد لمولاها وعلى ابيه ان يشتريه بماله ان كان له مال
وان لم يكن له مال استسعى في ثمنه وان شرط ان يكون الولد حراً فهو على ما شرط وقال
في المبسوط يكون الولد رقاً إلا ان يشترط الحرية ولو كان عقداً فعلى التحليل الحق
بالحرية على كل حال ذكر ذلك في معرض الاستدلال على ان التحليل نوع تمليك والحق
اختيار والدي المصنف في هذا الكتاب (لانه) لا يخلو اما ان يكون تمليكا او عقداً وعلى كل
تقدير يكون الولد حراً (اما المقدمة الاولى) فاجماعية بالاية (واما الثانية) فلما روى في
الحسن ، عن زرارة قال قلت لابي جعفر عليه السلام : الرجل يحل جاريتة لآخيه قال لا بأس قال قلت
فان جاءت بولد قال يضم اليه ولده وترد الجارية على صاحبها (١) (واحتج) الشيخ بما رواه
ضريس بن عبد الملك قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يحل لآخيه فرج جاريتة قال
هوله حلال قال قلت فان جاءت بولد منه فقال هو لمولى الجارية الا ان يكون قد اشترط
على مولى الجارية حين احلها ان جاءت بولد فهو حر (٢) (والجواب) الرواية الاولى
اصح طريقاً من الثانية ولا تصلح لمعارضتها .

الفصل الرابع في بقايا مسائل متبددة

قال قدس الله سره : وللسيد استخدامهما (الى قوله) اقربه الاخير .

اقول : اعلم ان السيد يملك منفعتين من امته منفعة الاستمتاع ومنفعة الاستخدام
فاذا زوجها عقد على احدى منفعتيها وبقيت المنفعة الاخرى فيستوفيهما في وقتها وهو النهار
ويسلمها الى الزوج وقت الاستراحة والاستمتاع وهو الليل وعليه التعويل في القسم بين

(١) مثل باب ٣٧ خبر ٢ من ابواب نكاح العبيد (٢) مثل باب ٣٧ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد

ولو كانت محترفة (١) وامكنها ذلك في يد الزوج ففي وجوب تسليمها اليه نهار الاشكال،
وللسيد ان يسافرها وليس له منع الزوج من السفر ليصحبها ليلاً .

النساء غالباً ولهذا لو اراد السيد العكس لم يكن له ذلك ويتفرع على اجتماع الحقين عليها
انه لو اراد السيد ان يسكنها في بيت في داره يفرده لها و اراد الزوج اخراجها فاختيار ايها
يقدّم الاصح عندو الذي وجد في تقديم اختيار الزوج لان الزوجة لا تستحق على الزوج تبعيته لها
بل بالعكس ولان الحياء والمرءة يمنعان عن دخول دار السيد ولو جوب تسليمها الى الزوج فكان
تخصيص المسكن اليه (ويحتمل) ضعيفا ترجيح اختيار السيد لاستحقاقه دوام يده على ملكه
مع وصول الزوج الى حقه ففيه جمع بين الحقين (ولان) الواجب عليه التمكين من الوطى
وانواع الاستمتاع وهو يحصل ببذل المسكن في داره فلا يجب عليه اخراجها منه (وفيه
نظر) لمنع المقدمة الاولى والحق عندى الاول لقوله تعالى **الرجال قوا امون على**
النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم (٢) وهو عام
في الحرية والامة ومعنى القوام على الشخص الذي هو اولى بامرّه وذلك نقله من موضع
الى آخر فاذا كان ذلك بسبب النفقة لان الباء للسببية فلو لم ينقلها معه لم تستحق النفقة
عليه (ولان) التمكين لا يتم الا بامر ين (الف) تمكنه من الاستمتاع بها (ب) تمكينها من
النقله معه في زمان يستحق فيه الاستمتاع الى حيث شاء مع الامن لانه لا يجب عليه السكن
الا في مكان يختاره هو لافي مكان يختاره مولى الزوجة فاذا عدم الثانية لم يحصل التمكين
الذي هو مناط وجوب النفقة .

قال قدس الله سره: ولو كانت محترفة (الى قوله) نهارا اشكال

اقول: ينشأ (من) ان تسليمها اليه نهارا لا يمنع حق السيد منها بل يستوفى منافعتها
بالتمام وفيه جمع بين الحقين (ومن) حيث ان الشارع علق حق السيد بالنهار وحق
الزوج بالليل ولم يعتبر بالنادر كصانع البزارة (٣) فانه لا يعمل الا ليلا ولم يقدح في
الحكم المعلق بالاغلب كالسفر الضابط للمشقة (ولان) السيد قد يبذوله في الحرفة
ويريد ان يستخدمها .

و انما تجب النفقة بالتسليم ليلا ونهاراً فاولسالمها ليلا فالاقرب عدم وجوب نصف النفقة ويسقط مع سفر السيد بها .

قال قدس الله سره : وانما تجب النفقة بالتسليم (الى قوله) فالاقرب عدم وجوب نصف النفقة .

اقول : هنا مقدمتان (الف) المستحق بالزوجية الدائمة في حياة الزوجين من حقوق الاموال شيئا :المهر والنفقة ،والاول يجب في غير المفوضة بالعقد والثاني و هو النفقة لا يجب بالعقد والاول يجب في العقد الواحد عوضان وهو محال لسقوطها بالنشوز وانما تجب بالتمكين التام في العقد الدائم (ب) الاقسام في هذه المسألة ثلاثة (اما) ان يجب كل النفقة (او) لا يجب شيء (او) يوزع على ماسلمها وعلى ما لم يسلمها وقد انحصرت اقوال علماء الاسلام في هذه الاقسام .

اذ اعرفت ذلك (فنقول) رجع المصنف عدم التوزيع لان عدم التمكين في البعض اما ان يمنع شيئا من النفقة الواجبة اولا فان منع الكل وان لم يمنع شيئا منها وجب الكل قطعاً ولا ثالث اجماعاً مثاله ان الحرية لا يسقط نفقتها ايام مرضها ولا حيضها ولا شيء من نفقتها بل يجب الكل لان الشارع سوغ لها المنع ولو استحق على الحرية خدمة النهار بسبب كاجارة قبل العقد عليها لم يكن عذراً وسقطت النفقة به فالنهار المستحق للسيد ان منع الكل كما في الحرية اذ لا فرق بين الحرية والامة في الاستمتاع بالعقد وعدمه واذالم يفرقافي الموجب لم يفرق في الحكم (ويحتمل) ضعيفا التوزيع كما لو مكنت من نفسها في اول الليل بعد نشوز النهار فانه لا يسقط نفقة زمان التمكين بزمان عدمه (والجواب) انما وجبت بالتمكين هنا لانه تمكين تام ليس مقصورا على زمان دون زمان ولا فعل دون فعل بخلاف هذه الصورة (والتحقيق) ان الموجب لكل جزء من اجزاء النفقة هو الموجب لكل من حيث هو وكل والموجب لكل هو مجموع التمكين التام من حيث هو المجموع اذ لو منعت من البعض سقط كل النفقة وكل واحد من اجزاء النفقة وكل شيء يعدم بعدم اى جزء كان منه كانت العلة في ذلك الشيء الكل و لم يحصل مجموع التمكين فلا يجب شيء من اجزاء النفقة فوجب كل النفقة وجزئها متلازمان اذا تقرر ذلك (فنقول) لما

ولو قتلها السيد قبل الوطي ففي سقوط المهر نظر اقر به العدم كما لو قتلها اجنبي او قتلت الحرة نفسها
 ابطل المصنف القسم الثالث بقى احد القسمين الآخرين (فيحتمل) وجوب كل النفقة لان
 التمكين التام بالتمكين في التسليم الواجب وقد حصل هنا وما لا يوجب الشرع و لم
 يجعله مستحقا للزوج فعدم التسليم فيه عذر لا يسقط شيئا من النفقة كايام الحيض والمرض
 (ويحتمل) عدم وجوبها وهو مذهب الشيخ في المبسوط لان التمكين التام لم يحصل لانه
 انما يحصل بالتسليم ليلا ونهاراً لان كلا منهما صالح للاستمتاع شرعا (واعلم) ان التوزيع
 جعله المصنف وجماعة من الفقهاء على الزمان بالتقسيم وهو المشهور وقيل على الزوج
 العشاء وعلى السيد الغداء ومن الكسوة على الزوج ما يدثرها ليلا ويصالح للباس الليل وعلى
 السيد ما يلبسه نهاراً.

قال قدس الله سره: ولو قتلها السيد (الى قوله) او قتلت الحرة نفسها .

اقول : منشأ النظر (امتناع) النكاح قبل الدخول من قبل مستحقه فاسقط المهر
 كالردة وكالفسخ قبل الدخول بسبب من المرأة فانه يسقط المهر (ولان) استحقاق السيد
 بالمعاوضة على ملكه وقد اترف هو عوضه الذي عليه قبل القبض فيسقط الاخر كالمعاوضة
 المالية المحضة (ومن) انها فرقة حصلت بالموت فكانت كما لو ماتت حتف انفها (والتحقيق)
 ان يقال ان هذه المسألة مبنية على مسألة في الكلام (وهي) ان المقتول لو لم يقتل قال
 بعضهم كان يعيش قطعاً وقال بعضهم يموت قطعاً (فعلى الثاني) لا يسقط كالموت حتف انفه
 لانه بانتهاء العمر والاشكال انما هو على الاول (والحق) انه لا يسقط ثم ذكر المصنف مسألتين
 (احديهما) انه لو قتلها اجنبي لم يسقط شيء من المهر ولم يضمن الاجنبي لان ضمان
 ما عدا النفس يدخل فيها (الثانية) الحرة لو قتلت نفسها لم يسقط مهرها لان الاصل البقاء
 وتخالف الامة بان ملك الحرة المهر لا بالمعاوضة المالية بخلاف الامة كما تقدم (ولان)
 الحرة مسلمة الى زوجها بالعقد ولهذا كان له منعها من السفر والسفر بها بغير اختيارها والامة
 لاتصير مسلمة بالعقد فانه للسيد ان يسافر بها لا الزوج (واعلم) ان الاحتمالين في قتل
 المولى بالنقل والتخريج ولهذه الفوائد ذكر الحرة لاثبوت الاحتمال في سقوطه بقتلها نفسها

وإذا عقد لشهادة اثنين لها بالحرية و اولدها فعليهما ما اتلفاه عليه من مهر وقيمة الولد لتزويرهما و في تضمينهما ما زاد عن مهر المثل اشكال، ولا يشترط في التحليل تعيين المدة على رأى ، و اذا اشترى جارية موطوءة حرم عليه وطؤها قبلا الا بعد الاستبراء ، و يجب على البايع ايضاً استبرائها فيكفى عن استبراء المشتري و يصدقه المشتري مع عدالته على رأى ، ولو اشترى حاملا كره له وطؤها قبلا قبل الوضع او مضى

قال قدس الله سره : و اذا عقد بشهادة اثنين (الى قوله) اشكال .

اقول : منشأ (من) انه التزام بالزيادة باختياره وفعله لا بسبب الشهادة (ومن) انهما غير آمنان امهرها ذلك بحريتها عنده ، و الاصح عندي انهما لا يضمنان الزيادة لان الضمان انما يتحقق بسبب الاتلاف و الشهادة ليست بسبب له بل هو مستقل بالا مهور باختياره و فعله .

قال قدس الله سره : و لا يشترط في التحليل تعيين المدة على رأى .

اقول : هذا ظاهر قول ابن ادريس وهو الاصح و اختاره والدى المصنف في اكثر كتبه فانه اطلق القول بجواز اباحة الرجل جاريته لغيره بلفظ الاباحة و التحليل و لم يتعرض لذكر المدة و شرط الشيخ في المبسوط تعيين المدة - فانه قال فيه و اما تحليل الرجل جاريته لغيره من غير عقدة فهو جائز عند اكثر اصحابنا (ومنهم) من منع منه (والاول) اظهر في الروايات و من اجازة اختلفوا (فمنهم) من قال هو عقد و التحليل عبارة عنه (ومنهم) من قال هو تمليك منفعة مع بقاء الاصل و هو الذى يقوى في نفسى و يجرى ذلك مجرى اسكان الدار و اعمارها و لاجل ذلك احتاج ان تكون المدة معلومة هذا آخر كلامه رحمه الله و قال في النهاية و يحل له منها بمقدار ما يحل له مالها ان يوما فيوما و ان شهراً فشهراً على حسب ما يريد الى قوله و ينبغي ان يراعى فيما ذكرنا لفظ التحليل و هو ان يقول الرجل المالك للامة لمن يحلها له جعلتك في حل من وطى هذه الجارية او احللت لك وطئها .

قال قدس الله سره : و يجب على البايع ايضاً (الى قوله) على رأى .

اقول : هذا قول الشيخ في النهاية خلافاً لابن ادريس فانه اوجب على المشتري الاستبراء قال و لا يسقط باستبراء البايع و ان علم به و قد تقدم .

اربعة اشهر وعشرة ايام ان جهل حال الحمل لاصالة عدم اذن المولى بالوطى فان علم اباحتها ما بعقد او تحليل حرم الوطى حتى تضع وان علم كونه عن زنا فلا بأس ولو تقايا لا البيع وجب الاستبراء مع القبض لابدونه .

واذا طلق المجمعول عتقها مهرا قبل الدخول رجع نصفها رقاً المولاها تستسعى فيه فان ابت كان لها يوم وله يوم فى الخدمة ويجوز شراؤها من سهم الرقاب والا قرب نفوذ العتق والرجوع بنصف القيمة وقت العقد كما لو اعنت المهر (١) قبل الدخول ومملك كل من الزوجين صاحبه يوجب فسخ العقد فان كان المالك الرجل استباح بالمملك وان كانت المرأة حُرمت عليه فان ارادته اعنته او باعته ثم جدت العقد ، ولا يجوز العقد على المكاتبه الا باذن مولاها وان كانت مطلقة ولو علق المولى عتق جاريته بموت زوجها قيل يبطل (وقيل) يصح فتعدد عدة الحرة ولا ميراث والا قرب ثبوته مع تعدد الورثة ،

قال قدس الله سره : واذا طلق المجمعول عتقها (الى قوله) قبل الدخول .

اقول : الاول قول الشيخ وابن حمزة ، والثانى اختيار والدى المصنف وابى جعفر ابن بابويه فى المقنع وابن الجنيد و ابن البراج وابن ادريس وهو الحق عندى (لان) ، بالعتق عدم المملك والمعدوم لا يعود ولا سبب لتجدد الرق ، ويؤيده ما رواه عبد الله بن سنان ، عن الصادق عليه السلام : قال قلت لدرجل اعنت مملوكه وجعل عتقها صداقها ثم طلقها قال مضى عتقها ويرد على السيد نصف قيمتها يسعى فيه ولا عده عليها (٢) (احتج) الشيخ بما رواه يونس بن يعقوب ؛ عن الصادق عليه السلام ، فى رجل اعنت امة له وجعل عتقها صداقها ثم طلقها قبل ان يدخل بها قال يستسعيها فى نصف قيمتها فان ابت كان لها يوم ولديوم فى الخدمة الحدبث (٣) والجواب ضعف السند .

قال قدس الله سره : ولو علق المولى (الى قوله) مع تعدد الورثة .

اقول : اذا علق المولى عتق جاريته : بموت زوجها قال الشيخ صح و تبعه ابن البراج

(١) اى لو اعنتت العبد الذى هو مهرا

(٢) ثل باب ١٥ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد

(٣) ثل باب ١٥ خبر ٢ من ابواب نكاح العبيد

ولوملك المكاتب زوجة سيده ففي الانفساخ نظر .

في المذهب واختار ابن ادريس البطلان (احتج) الشيخ بما رواه محمد بن حكيم ، قال سالت ابا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل زوج امته من رجل آخر قال لها اذامات الزوج فهي حرة فمات الزوج فقال عليه السلام اذامات الزوج فهي حرة تعتدعة المتوفى عنها زوجها ولا ميراث لها منه لانها انما صارت حرة بعد موت الزوج (١) (و احتج) ابن ادريس بانه ليس بتدبير لانه تعليق عتق المملوك بموت سيده دون موت غيره لانه بغير خلاف عندنا انه بمنزلة الوصية والآ ما كان يصح ذلك ايضا لولا الاجماع المنعقد عليه هذا آخر كلامه .

وهنا مسالتان (الف) عدتها عدة الحرة وهذه يتفرع على حريتها عندنا حيث قلنا ان عدة الامة بوفاة زوجها الحر ليست عدة الحرة و اما عند القائلين بان عدة الامة بوفاة زوجها الحر عدة الحرة فليست متفرعة عليها والى هذه الفائدة اشار بالفاء في قوله فتعدت (ب) هل ترث من زوجها ام لا، قال الشيخ في النهاية لا ترث للرواية التي احتج بها ، و الحق انها ترث مع تعدد الورثة وعلى عدم صحة العتق لا ترث قطعاً فهذه متفرعة على الحرية وعدمها وسياتي تحقيقه .

قال قدس الله سره : ولو ملك المكاتب زوجة سيده ففي الانفساخ نظر .

اقول : ينشأ (من) ان الكتابة هل تقتضي استقلال المكاتب بالملك و يستقر بعقده او يتسلط على التصرف فيه بالاداء والاكتساب والانفاق لا غير فيكون الملك للمالك (يحتمل) الاول لانه يصح معاملته مع مولاه بالبيع والشراء و سائر المعاضات و يضمن له المولى (ولانه) لولاه لكانت الكتابة معاوضة على ماله بماله (ولان) المكاتب يملك فلا يملك مولاه مملكه والالكان المال الواحد بالشخص مملوكا لكل واحد من الاثنين وهو محال لاستحالة اجتماع ملكي مالكين في موضوع واحد في زمان واحد (ويحتمل) الثاني لان المكاتب قبل الاداء مملوك والالكان الكتابة عتقا في الحال وهو محال و كل مملوك لا يملك للاجماع على عموم قوله تعالى **ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر**

الباب الخامس في توابع النكاح

وفيه مقاصد : (الاول) العيب والتدليس وفيه فصول (الاول)

في اصناف العيوب وينظمها قسمان

(الاول المشتركة) ، وهي الجنون وهو اختلال العقل ولا اعتبار بالسهوا السريع زواله ولا الاغماء المستند الى غلبة المرة بل المستقر الذي لا يزول فانه كالجنون ، ولا فرق بين الجنون المطبق وغيره ولكل من الزوجين فسخ النكاح بجنون صاحبه مع سبقه على العقد وان تجدد بعده سقط خيار الرجل دون المرأة سواء حصل الوطى اولا .

(الثاني المختصة) اما الرجل فثلاثة الجب والخصاوعنة (اما) الجب فشرطه الاستيعاب فلو بقي معه ما يمكن الوطى ولو قدر الحشفة فلا خيار ولو استوعب ثبت الخيار مع سبقه على العقد او على الوطى ، وفي الفسخ بالمتجدد اشكال فان اثبتناه وصد منها فالاقرب

على شيء (١) وفي كلية الكبرى منع (فعلى الاول) لا يفسخ (وعلى الثاني) يفسخ .

الباب الخامس في توابع النكاح وفيه مقاصد

(الاول) في العيب والتدليس وفيه فصول (الاول) في اصناف العيوب

(الاول) قال قدس الله سره : وفي الفسخ بالمتجدد اشكال

اقول : اى الجب المتجدد الموجب للخيار وهو ما لم يبق من الذكر ما يمكن الجماع به بعد العقد والوطى هل يفسخ به المرأة ام لا ، اختلف الاصحاب فيه ، فقال الشيخ في موضع من المبسوط لها الخيار وادعى عليه الاجماع وتبعه ابن البراج لفوات الاستمتاع وليس بيدها طلاق ولا خيار فيلزم الحرج وهو منفي بالآية ، و قال في موضع آخر من المبسوط وفي الخلاف لا خيار لها لاصالة بقاء صحة العقد واختاره ابن ادريس والارجح عندي ثبوت الخيار لها لليأس من الوطى معه .

قال قدس الله سره : فان اثبتناه وصد منها فالاقرب عدم الفسخ .

اقول : اذا صدر منها جب الرجل اختياراً فالاقرب انه لا فسخ لها (لانها) ارادته ورضيت به والرضا بالعيب يسقط الخيار (ولانها) اعدمت نفسها هذه المنفعة وادخلت عليها

عدم الفسخ (واما) الخصاص فهو سل^١ الاثنيين وفي معناه الوجاء وتفسخ به المرأة مع سبقه على العقد وفي المتجدد بعده قول (واما) العنة فهو مرض يعجز معه عن الايلاج ويضعف الذكر عن الانتشار وهو سبب لتسلط المرأة على الفسخ بشرط عدم سبق الوطى وعجزه عن وطئها ووطى غيرها فلو وطئها ولومر^٢ واحدة (او) عن^٣ عنها دون غيرها (او) عن^٤ قبلا لا دبراً فلا خيار، ويثبت الخيار لو سبق العقد وتجدد بعده بشرط عدم الوطى لها ولغيرها ولو بان خنثى فان امكن الوطى فلا خيار على رأى والآبث ولا يرد الرجل بعيب سوى ذلك.

(واما المرأة) فالمختص بها سبعة - الجذام - والبرص - والقرن - والافضاء - والعمى - والعرج - والرتق (اما الجذام) فهو مرض يظهر معه تناثر اللحم ويبس الاعضاء ولا بد^٥ وان يكون بينا فلو قوى الاحتراق او تعجر الوجه او استدارت العين ولم يعلم كونه منه لم يوجب فسخا (واما البرص) فهو البياض الظاهر على صفحة البدن لغلبة البلغم ولا اعتبار بالبهق (١) ولا بالمشببه به (واما القرن) (فقيل) انه عظم ينبت فى الرحم يمنع

الضرر (ويحتمل) الفسخ بحصول السبب .

قال قدس الله سره : واما الخصاص (الى قوله) وفي المتجدد بعده قول.

اقول : للشيخ قول بانه يفسخ بالمتجدد بعد العقد وهو قول ابن البراج لان به انقطاع النسل وفيه ضرر عظيم (ووجه) العدم اصالة بقاء اللزوم .

قال قدس الله سره : ولو بان خنثى (الى قوله) والاثبت.

اقول : القولان فى ثبوت الخيار وعدمه للشيخ فى موضعين من المبسوط ونفى فى الخلاف الخيار وهو الوجه عندى لانه زيادة آلة كالاصبع الزائدة .

قال قدس الله سره : واما القرن (الى قوله) والافلا .

اقول : الغالب فى عبارة الفقهاء فتح الرأى وفى لسان اهل اللغة بسكونها اذا عرفت ذلك (فنقول) القول الاول للشيخ فى المبسوط والثانى حكاية فى المبسوط قولاً لبعضهم (واقول) انه ان اعتبر الوضع اللفظى فهو مسألة من علم اللغة وان اعتبرت الحقيقة فهى مسألة من علم التشريح والفقهاء يتسلمها ويبحث عن القدر المشترك وهو كل ما منع الوطى

(١) البهق بياض فى الجسد لا من برص (اقرب الموارد)

الوطى (وقيل) انه لحم ينبت في الرحم يسمى العفل فان منع الوطى اوجب الفسخ والا فلا (واما الافضاء) فهو زهاب الحاجز بين مخرج البول والحيض (واما العمى) فلا يظهر من المذهب انه موجب للخيار ولا اعتبار بالعود والعش وقلة النظر لبياض وغيره و العمى يوجب الفسخ وان كانتا مفتوحتين (واما العرج) فان بلغ الاقعاد فالاقرب تسلط الزوج على الفسخ به و الا فلا (و اما الرتق) فهو ان يكون الفرج ملتحما ليس فيه

ثبت به خيار الفسخ لفوات غاية النكاح والافلا ويبحث عن وجه التغير من حيث انه لورضى باحدهما دون الاخر

قال قدس الله سره : واما العمى فالظاهر من المذهب انه موجب للخيار .

اقول : وجه الخيار اذا كان في المرأة مع جهل الزوج به مارواه داود بن سرحان في الصحيح ، عن الصادق عليه السلام ، في الرجل يتزوج المرثة فيؤتى بها عمياء او برصاء او عوجاء (عرجاء - خجل) قال ترد على وليها ويكون لها المهر على وليها الحديث (١) وروى ابن بابويه في كتاب من لا يحضره الفقيه ، عن محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام قال ترد العمياء والبرصاء والجذام والعرجاء (٢) وهذا اختيار الشيخ في النهاية والمفيد والسيد المرتضى وابن الجنيد وابن البراج وابي الصلاح وسلاوا بن حمزة وابن ادريس وهو الاصح عندي ولم يجعله الصدوق في المقنع من العيوب الموجبة للخيار (احتج) المانعون من الخيار بما رواه الحلبي في الصحيح ، عن الصادق عليه السلام قال انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل (٣) ولفظة انما للحصر (والجواب) دلالتها بالمفهوم فلا تعارض الاولى الدالة بالمنطوق .

قال قدس الله سره : واما العرج (الى قوله) والافلا .

اقول : اطلق الاصحاب ايجاب العرج خيار الفسخ للرجل لروايتي داود بن سرحان ومحمد بن مسلم المتقدمتين ، واختاره الشيخ في النهاية وابن الجنيد وسلاوا و ابو الصلاح وابن البراج في الكامل وابن حمزة ولم يفت به الصدوق في المقنع وانما

(١) ثل باب ١ خبر ٨ من ابواب العيوب (٢) ثل باب ١ خبر ٧ من ابواب العيوب

(٣) ثل باب ١ خبر ٦ من ابواب العيوب

مدخل للذكر ويوجب الخيار مع منع الوطى ولم تمكن ازالته او امكن فامتنعت وليس له اجبارها على ازالته ولا ترد المرأة بعيب سوى ذلك (وقيل) المحدودة بالزنا ترد (وقيل) بل يرجع على وليها العالم بحالها بالمهر ولافسخ .

جعله رواية ولم يذكره الشيخ فى المبسوط فى عيوب المرئة (واحتج) المانع برواية الحلبي المتقدمة ووالدى المصنف فصل هنا: فقال ان بلغ حد الاقعداد كان موجبا لخيار الفسخ وهو الاصح عندى ، واختاره شيخنا نجم الدين بن سعيد لقول الصادق عليه السلام فى رواية داود بن سرحان فى الصحيح ، عن الصادق عليه السلام فى الرجل يتزوج المرئة فيوتى بها عمياء او برصاء او جذماء قال ترد على وليها ويكون لها المهر على وليها وان كان بهازمانه لا يراها الرجال اجيز شهادة النساء عليها الحديث (١) وان لم يبلغ حد الاقعداد لم يوجب الفسخ لرواية الحلبي .

قال قدس الله سره : وقيل المحدودة فى الزنا (الى قوله) ولافسخ

اقول : الاول اختيار المفيد وسار وابن البراج وابى الصلاح وابن الجنيد و قطب الدين الكيدرى ، والثانى اختيار الشيخ فى النهاية وابن ادريس و اختار والدى المصنف فى المختلف عدم الرد به ولم يتعرض للمهر لان المهر عوض ملك البضع فلا يبقى مع استعادة عوضه (واورد) على الشيخ بان الرجوع بالمهر و عدم الخيار اثبات لاحد المعلولين مع نفي الآخر مع اتحاد العلة و هى التدليس تناقض (احتج) المفيد باشماله على العار فكان موجبا للتسلط على الفسخ (وبما) رواه عبد الرحمن بن ابى عبدالله ، عن الصادق عليه السلام ، قال سألت عن الرجل يتزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها انها قد كانت زنت قال ان شاء زوجها اخذ الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها و ان شاء تركها الحديث (٢) (واحتج) المصنف فى المختلف برواية الحلبي فى الصحيح، عن

(١) كل باب ١ خبر ٨ من ابواب العيوب

(٢) كل باب ١ خبر ١ من ابواب العيوب

الفصل الثاني في احكام العيوب

خيار الفسخ على الفور فلو سكت صاحبه عالماً مختاراً بطل خياره وكذا خيار التدليس وليس الفسخ طلاقاً فلا يعد في الثلاث ولا يطرد معه تنصيف المهر ولا يفترق الى الحاكم وفي العنة يفترق اليه لافي الفسخ بل في ضرب الاجل وتستقل المرأة بعده عليه ولا يفسخ الرجل بالمتجدد بالمرأة بعد الوطى ، وفي المتخلل بينه و بين العقد اشكال اقر به التمسك بمقتضى العقد ، ولا يمنع الوطى من الفسخ بالسابق على العقد مع الجهل فيجب المهر ويرجع به على المدلس ان كان والا فلا رجوع ، ولو كانت هي المدلسة رجع عليها الابما يمكن ان يكون مهراً ولو كان العيب فيه لزمه المهر في خاصة اذا فسخت بعد الوطى ، ولو فسخ الزوج قبل الدخول سقط المهر وكذا المرأة الآ في العنة فيثبت لها النصف ، ولو وطىء النخى فلها المهر كاملاً والفسخ والقول قول منكر العيب مع يمينه وعدم البينة ولا تثبت العنة الا باقراره او البينة على اقراره او نكوله

الصادق عليه السلام : قال انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل (١) (وانما للحصر، وعن رفاة بن موسى ، عن الصادق عليه السلام قال سألته عن المحدود والمحدودة هل ترد من النكاح قال لا) (٢) والاصح عندى اختيار المصنف .

الفصل الثاني في احكام العيوب

قال قدس الله سره : ولا يفسخ الرجل بالمتجدد (الى قوله) بمقتضى العقد
اقول : منشأ اختلاف الاصحاب فائت الشيخ في المبسوط و الخلاف الخيار مطلقاً وخصه ابن البراج بالجنون الذى لا يعقل معه صاحبه اوقات الصلوات ، والجب و الخشاء والعنة ونفاه ابن ادريس وابن حمزة مطلقاً وهو اختيار شيخنا والذى المصنف وهو الاصح عندى (واحتج) الشيخ بعموم الاخبار وشيخنا بلزوم العقد فى الابتداء واصل البقاء.

قال قدس الله سره : ولا تثبت العنة الا باقراره (الى قوله) على خلاف
اقول : الخلاف فى القضاء بمجرد النكول او مع يمين المدعى وسياتي فى باب القضاء .

(١) كل باب ١ خبر ٦ من ابواب العيوب

(٢) كل باب ١ خبر ٢ من ابواب العيوب

(اما مع يمين المرأة (او) مطلقا على خلاف فلو ادعت العنة من دون الثلاثة حلف (وقيل) ان تقلص في الماء البارد فصحيح وان استرخى فعنين ، ولو ادعى الوطى قبلا او دبراً او وطى غيرها بعد ثبوت العنة صدق مع اليمين (وقيل) في دعوى القبل ان كانت بكرة صدق مع شهادة النساء بذهابها والا حشى قبلها خلوقا و امر بوطيتها فيصدق مع ظهوره على العضو .

و اذا ثبت العنة و صبرت لزم العقد والا رفعت امرها الى الحاكم فيؤجله سنة من حين المرافعة فان واقعا او غيرها فلافسخ والا فسخت ان شئت ولها نصف المهر ،

قال قدس الله سره : فلو ادعت العنة (الى قوله) فعنين .

اقول : قوله وقيل اشارة الى قول ابني بابويه وابن حمزة وانكره ابن ادریس والمصنف والاصح اختيار المصنف وابن ادریس .

قال قدس الله سره : ولو ادعى الوطى قبلا او دبراً (الى قوله) مع ظهوره على العضو .

اقول : ما اختاره المصنف هو اختيار ابن ابي عقيل ، والشيخ في النهاية لكنه قال وقدرى بانها تؤمر بان تحشوق قبلها خلوقا الى آخره وكذا قال ابن البراج والصدوق في المقنع وابن ادریس وقال علي بن بابويه عليه اليمين وعليها البينة لانها تدعيه وقوله (وقيل) اشارة الى قول الشيخ في الخلاف فانه افتى به وتبعه الكيدري والحق اختيار المصنف لما رواه ابن حمزة في الصحيح ، عن ابي جعفر عليه السلام قال القول في ذلك قول الزوج وعليه ان يحلف بالله لقد جامعها لانها المدعية الحديث (١) (احتج) الشيخ في الخلاف بما رواه عبدالله بن الفضل الهاشمي عن بعض مشيخته قال قالت امرأة لابي عبدالله عليه السلام اوسأله رجل ، عن رجل تدعى عليه امرأته انه عين وينكر الرجل قال تحشوها القابلة بالخلوق ولا يعلم الرجل ويدخل عليها الرجال فان خرج وعلى ذكره خلوق صدق وكذب والاصدقت (٢) (والجواب) انها ضعيفة مرسله .

(١) مثل باب ١٥ خبر ١ من ابواب العيوب . صدر الخبر اذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي

تزوجت زوجها غيره فزعمت انه لم يقربها منذ دخل فان القول الخ

(٢) مثل باب ١٥ خبر ٢ من ابواب العيوب

ولو قيل بان للمرأة الفسخ بالجذام في الرجل امكن لوجوب التحرز من الضرر فانه
 عَلَيْهِ السَّلَامُ قال فر من المجذوم فرارك من الاسد ، وبثت العيب باقرار صاحبه او شهادة عدلين
 عارفين ، وفي العيوب الباطنة للنساء بشهادة اربع منهن مؤمنات .
 ولو كان بكل منهما عيب يثبت لكل منهما الخيار وفي الرق الممتنع الازالة مع
 الجب اشكال ولو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب لم يسقط عنهما وجب بالطلاق و كذا
 بعنه وليس له الفسخ ولا بعد الرجعة مع العلم قبلها فاذا فسخ احدهما بعد الدخول وجبت
 العدة ولا نفقة فيها الامع الحمل وعلى الزوجة البينة لو انكر الولي علمه بالعيب فان
 فقدتها فله اليمين فاذا حلف رجع الزوج على المرأة لانها غرت حيث لم تعلم الولي فان
 ادعت اعلامه حلف .

ولو سوغنا الفسخ بالمتخلل بين العقد والوطى فرضى ببرص سابق ثم اتسع في
 ذلك العضو فالاقرب ثبوت الخيار ، ولو حصل في غيره ثبت الخيار قطعا ويسقط حكم العنة
 بتغيب الحشفة ومقطوعها بقدرها وبالوطى في الحيض والنفاس والاحرام ولا فرق في لزوم
 العقد باختيار المقام معه في اثناء السنة او بعدها واذا علمت بعنته قبل العقد فلا خيار ،
 ولو وطئها وسقط عنه دعوى العنة ثم بانث ثم تزوجها فادعتها سمعت ولو تزوج باربع

قال قدس الله سره : ولو كان بكل منهما (الى قوله) اشكال .

اقول : ينشأ (من) ان كل واحد سبب الخيار ولم يثبت منع احدهما الآخر (ومن) حيث
 ان الفسخ لا يقتضى وصول فاعله الى غايته المقصودة من الفسخ فلا فائدة فيه فانه لو كان
 الآخر صحيحا لامتنع الوطى من جهة صاحبه والاصح عندى الاول .

قال قدس الله سره : ولو سوغنا الفسخ (الى قوله) ثبت الخيار قطعا .

اقول : وجه القرب ان الزائد لم يكن موجوداً ثم حدث ولم يرض به ولا يشك
 انه لو انفرد لاوجب فمثله لا يمنعه بل يؤكده وانما رضى بالسابق وهو الاقوى
 عندى (ومن) حيث انه عيب واحد نومادة واحدة بخلاف البرص في العضوين
 لاختلاف محلها .

وطلقهن فشهدن عليه بالعنة لم تسمع (وهل) يثبت للاولياء الخيار الوجه ذلك مع مصلحة المولوي عليه زوجا كان او زوجة ، ولو اختار الامضاء لم يسقط خيار المولوي عليه بعد كماله في الفسخ .

الفصل الثالث في التدليس

ويتحقق باخبار الزوجة او وليها او ولي الزوج او السفير بينهما على اشكال بالصحة او الكمالية عقيب الاستعلام او بدونه .

(وهل) يتحقق لو زوجت نفسها او زوجها الولي مطلقا اشكال ، ولا يتحقق

قال قدس الله سره : وهل يثبت للاولياء (الى قوله) وزوجة .

اقول : الكلام هنا في مسألتين (الف) هل للاولياء الخيار في العيب المتقدم على العقد ام لا ، الاقرب ذلك مع مصلحة المولوي عليهم لان للاولياء تعمل كل المصالح غير الطلاق لان النص اخرجه (ويحتمل) عدمه لان النكاح يتعلق بالشهوة وهي مختصة بالزوجين والاصح الاول (ب) في العيب الحادث بعد العقد الوجه ذلك ايضا لما تقدم (ويحتمل) عدمه لان حقهم في الكفاية انما يراعى في ابتداء العقد لاستد امته لان المرأة البكر لورغبت في نكاح عبد كان لا وليا لها منعه ان قاننا عليها ولاية ولو عتقت امة تحت عبور ضيت بالمقام معه ثم جنت لم يكن للاولياء الفسخ .

الفصل الثالث في التدليس

قال قدس الله سره : ويتحقق باخبار الزوجة (الى قوله) او بدونه .

اقول : الاجنبى لا تعلق له بالنكاح فالتفريط ممن قبل قوله ولان اخباره لا يسمى تدليسا (ومن) حيث انه غير موالصح الاول .

قال قدس الله سره : وهل يتحقق لو زوجت (الى قوله) اشكال

اقول : كل تقدير مقرون بالعقد على سبيل الاشتراط فهو مؤثر وكذا ما عدا عيبا وان لم يشترط وكذا الحرية اذا تزوجها على انها حرة فهنا مسألتان (الف) لو زوجت نفسها مطلقا من غير شرط الحرية (ب) لو زوجها وليها مطلقا من غير شرط ومنشأ الاشكال فيهما ان العبودية تنقص الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح لان لزوجها الليل خاصة ولانه

بالاخبار لا للتزويج اوله لغير الزوج ولو شرط الحرية فظهرت امة فله الفسخ وان دخل فان فسخ قبل الدخول فلاشئ وبعده المسمى للمولى (وقيل) العشر او نصفه ويرجع بما غرمه على المدلس فان كان هى تبعت بعد العقد ، ولو كان قد دفعه اليها استعاد ما وجده و تبعها بما بقى ، ولو كان مولاها فان تلفظ بما يقتضى العتق حكم عليه بحريتها وصح العقد وكان المهر للامة والافهى على الرق ولاشئ له ولالها على الزوج اذا فسخ وان كان بعد الدخول فالاقرب وجوب اقل ما يصلح ان يكون مهراً للمولى ؛ ولو كان قد دفعه اليها وتلف احتمال تضمنين السيد لغروره وضعف المباشرة والرجوع فى كسبها والتبعية بعد العتق ،

بناء على ان الاصل الحرية (ومن) حيث ان العبودية ليست عيبا و الحرية لم يشرطها .
قال قدس الله سره : ولو شرط الحرية (الى قوله) او نصفه .
اقول: قوله (وقيل) اشارة الى قول ابن الجنيد ومحمد بن بابويه وابن حمزة وقد تقدم الكلام فيه .

قال قدس الله سره : ولو كان مولاها (الى قوله) ان يكون مهرا للمولى
اقول: اذا دلس الامة مولاها بالحرية فان تلفظ بما يقتضى الاقرار بالحرية وهواهل لذلك حكم بحريتها فالمهر لها ان كانت اذنت او اجازت على القول به وان لم يحصل ذلك فان فسخ قبل الدخول فلالمهر و ان كان الفسخ بعد الدخول اختار شيخنا انه يجب عليه اقل ما يمكن ان يكون مهراً لانه وطؤ غير زنا ولا مجرد اباحة وكل وطى كذلك يجب له عوض لاستحالة هبة البضع وهذا هو اختيار الشيخ فى المبسوط (وقيل) لاشئ عليه والاصح الاول .

قال قدس الله سره: ولو كان قد دفعه اليها (الى قوله) والتبعية بعد العتق
اقول : اذا كان تدلس الامة بالحرية مولاها بما يوهم الحرية ولم يلزمه فزوجها على انها حرة وكان قد دفع اليها المهر بناء على الحرية ثم تلفه ثم علم ففسخ النكاح بعد الدخول فله الرجوع (اما) بكل المهر او بما زاد على اقل ما يسمى مهرا ففى الرجوع عليه احتمالات ثلاثة (الف) المولى لانه غار وكل غار ضامن كمن قدم لغيره طعاما لذلك الغير فان المباشرة تضعف بالغرور ويصير السبب اقوى منها (ب) يجب الرجوع

ولولم يشترط الحرية بل تزوجها على انها حرة فخرجت امة فكما تقدم ، و لو تزوج لاعلى انها حرة ولا شرطها فلا خيار ويثبت الخيار مع رقية بعضها ويرجع بنصيبه من المهر خاصة (فان) كانت هي المدتسة رجع بنصيبه معجلا وتبع بالباقي مع عتقها اجمع و لو تزوجته على انه حرفان عبداً فلها الفسخ وان كان بعد الدخول ولها المهر بعده لاقبله و كذا لو شرطت الحرية ولو ظهر بعضه مملوكا فكذلك ولو ظهر معتقاً فلا خيار.

ولو تزوجها على انها بنت مهيبة فخرجت بنت امة قيل كان له الفسخ والوجه ذلك مع الشرط لامع الاطلاق ولا مهر قبل الدخول وبعده يرجع على المدتس اباً كان او غيره ولو كانت هي المدتسة رجع عليها بما دفعه منه الا باقل ما يمكن ان يكون مهراً ، ولو خرجت بنت معتقة فاشكال ؛ ولو ادخل بنته من الامة على من زوجه بنت مهيبة ففرق

في كسبها اى يلزم بالاكتساب للاداء جمعا بين ضمان الغار حيث الكسب للمولى وبين ضمان المباشر حيث هي باشرت الاتلاف من غير استحالة فانه في صورة الحرين (١) لا يجتمعان (ج) ان يضمن المباشر خاصة ولا يمكن حال العبودية لانها لا تملك وكسبها لغيرها ولا يضمن الانسان في مال غيره و يستحيل تكليف ما لا يطاق فيتبع به بعد العتق ككل عبد ضمن لامن جهة مولاه .

قال قدس الله سره : ولو تزوجها (الى قوله) لامع الاطلاق .

اقول : قوله قيل اشارة الى قول الشيخ في النهاية و ابن البراج و ابن ادريس وقطب الدين الكيدى و اختيار والذى المصنف رحمه الله وهو الصحيح اما مع الشرط فظاهر كما مر . و اما مع عدمه فلا صلة صحة العقد ولا عيب ولا شرط و نمنع سببية ما ذكره وهو ظنه كونها بنت مهيبة للخيار (احتج) الشيخ برواية محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام قال سألته عن رجل خطب الى رجل بنتاً له من مهيبة فلما كانت ليلة دخولها على زوجها ادخل عليه بنتاً له اخرى من امة قال ترد على ابيها و يرد عليه امرأته الحديث (٢) (والجواب) انه غير صورة النزاع لانها تدل على انها زوج بنت المهيبة فادخل عليه بنت الامة .

قال قدس الله سره : ولو خرجت بنت معتقة فاشكال .

بينهما ولها مهر المثل ويرجع به على السابق ويدخل على زوجته وكذا كل من ادخل عليه غير زوجته فظنها زوجته سواء كانت اعلا او اداون، ولو دخل مع العلم لم يرجع على احد . ولو شرط البكارة فان ثبت سبق الثبوبة فالاقرب ان له الفسخ ويدفع المهر ويرجع به على من دلّسها فان كانت هي رجع الا باقل ما يمكن ان يكون مهراً وان لم يثبت فلا فسخ لاحتمال تجدده بسبب خفي وقيل له نقص شيء من مهرها وهو ما بين مهر البكر والثيب

اقول : ينشأ (من) انها بنت حرة فلا نقص (ومن) انها بنت امة في الاصل و هو نقص (و التحقيق) ان هذا الاشكال يرجع الى ان المعتقد هل تسمى مهيرة حقيقة اولا (والحق) الاول ، قال الجوهرى المهيرة الحرة فقد حصل الشرط لانه لم يقيد الحرة بقوله في الاصل بل اطلق فلا خيار .

قال قدس الله سره : ولو شرط البكارة (الى قوله) والثيب عادة .

اقول : هنامسألتان (الف) في ثبوت خيار الفسخ نص ابوالصلاح على نفيه وهو مشهور بين الاصحاب ، وقال المصنف ونعم ما قال انه ان ثبت شرعا بينة او تصديق منها كان له الفسخ لفوات الشرط والا فلا (لان) كلما شرط بين الايجاب والقبول من صفات الكمال ثبت بعدمه حال الشرط التدليس والغرور فكان له الفسخ لانه من معنى صحة الشرط والا كان باطلا اذ بعدمه لا يبطل العقد ولا يثبت خيار الفسخ فكان وجوده وعدمه سواء وهذا معنى البطلان (وعلى) بعض القدماء بانها غير المعقود عليها وهو غلط لاستزامه تحريمها او المصادرة على المطلوب اذا النكاح لا يقع الا على معين بالشخص فالمغايرة التي يستدل بها ان كانت بالشخص اقتضى تحريمها لانه لم يقع عليها العقد وان عين المغايرة بصفة فكانه قال لا يصح لانه لم يكن على الصفة التي ذكرها وهو نفس الدعوى (ب) في نقصان شيء من مهرها اختلف الاصحاب فيه على قولين (الف) انه لا ينقص شيء وهو اختيار ابن البراج لثبوته بالعقد والاصل البقاء (ب) انه ينقص من مهرها شيء . واختلّفوا فيه على ثلاثة اقوال (الف) انه ينقص شيء مطلقا ولم يعين قدره ، و

هو قول الشيخ في النهاية ، وابن البراج تعويلا على رواية محمد بن جزك : قال كتبت الى ابي الحسن عليه السلام عن رجل تزوج جارياً بكرة فوجدها ثيباً هل يجب لها الصداق

عادة ، ولو تزوج متعة فبانت كتابية اودواماعلى رأى من سوغه فلافسخ الا ان يطلق اويهب
المدة ولايسقط من المهرشئء ، ولو شرط الاسلام فله الفسخ ولو ادخلت امرأة كل من
الزوجين على صاحبه فوطئها فلها المسمى على زوجها ومهر المثل على واطيها وترد كل
منهما على زوجها ولا يطأها الا بعد العدة و لو ماتتا فى العدة اومات الزوجان ورث كل
منهما زوجته وبالعكس .

ولو اشتبه على كل منهما زوجته بالآخرى قبل الدخول منع منه والزم الطلاق
ولا تحسب فى الثلاث ويلزم بنصف المهر فيقسم بينهما بالسوية ان تداعته او يقرع فيه
او يوقف حتى تصطلحا ويحرم على كل واحد منهما ام كل واحدة منهما ويحرم كل واحد

واقيام ينقص قال ينقص تم الحديث (١) ولا بد من اضرار شئء لصدقه على كل ما يمكن اضراره
(ب) قول الراوندى انه ينقص السدس لان الشئء فى عرف الشرع السدس (وفيه) نظر لان اللازم
اضماره المنكر الكلى الصادق على الكثير والقليل بالا شراك المعنوى فلا يصلح هذه
الرواية للدلالة عليه لان الاعم لا يدل على الاخص ، و صرف الشئء فى الوصية الى
السدس لا يطرد لعدم لزومه فى الاقرار والامر و يبطله ايضا قوله تعالى : **ولا يحل لكم**
ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا (٢) وليس المراد السدس (ج) انه ينقص ما بين
مهرها بكر او ثيبا وهو اختيار ابن ادريس (واورد) ربما استغرق فخلا النكاح من
مهر (واجاب) عنه والدى فى ذرسه بان المراد ان هذا المسمى هو مهر البكر فينظر فماذا
ينقص منه بسبب عدمها فى نظر العقلاء فتسقط ذلك او نسبته نقص مهر مثلها الثيب عن
مهر مثلها البكر (و الاول) هو الارجح فى التفسير لان قيمة المثل يعتبر فى المعاوضة
المحضة و النكاح ليس منها ، واستحسن نجم الدين بن سعيد احالة تقدير ذلك
الشئء الى نظر الحاكم فان اللفظ المجمل اذا عرى عن تفسير شرعى اولغوى رجع فيه
الى نظر الحاكم .

قال قدس الله سره : و لو اشتبه على كل منهما (الى قوله) ويحتمل
القرعة ابتداء .

منهما على اب الزوج وابنه والميراث كالمهر ويحتمل القرعة ابتداءً ويثبت المسمى في كل وطي عن عقد صحيح وان انفسخ بعيب سابق على الوطي او العقد ومهر المثل في كل وطي عن عقد باطل في اصله لا المسمى .

اقول : الاشتباه بالمحرمة محرّم اجماعاً لوجوب الاجتناب ووجوب ما لا يتم الواجب الآبه لكنه لا يقتضي رفع النكاح بل تعدى تحريم جميع انواع الاستمتاع والنظر (وبالجملة) جميع ما اباحه النكاح للرجل من المرأة و تعدى تحريم المصاهرة من الزوجة الى الاجنبية فتحرم كل واحدة منهما واختهما (وبالجملة) جميع ما يحرم لتحريمه ان كان جمعا او عينا فكذلك، وكذا يحرم كل منهما على اب كل منهما وعلى ابنه للعلة المذكورة ويتفرع على ذلك مسائل (الف) الزام كل منهما بالطلاق بمعنى وجوب الطلاق على كل واحد منهما لان الواجب في كل نكاح احدا المرين، اما امسك بمعروف او تسريح باحسان (١) ولا يجوز اخلاء زمان ما منها لثبوت العلة واقتضاء الفاء للتعقيب بلا فصل والاول متعذر هنا فيجب الثاني وهو عبارة عن الطلاق فيجب الطلاق وهو معنى الازام ، فان حملة على الواجب لا يقتضى بطلانه وصيغة الطلاق ان يقول زوجتي طالق او يطلق كل منهما فيقع الطلاق على الزوجة ويبطل في الاجنبية ومعنى قوله (ولا يحسب في الثلاثة) اى باعتبار كل واحدة بعينها اى ايها تزوج منهما لم يحسب في الثلاث بالنسبة اليها لعدم العلم بوقوعها عليها ولو جاز له جمعها وتزوج بهما ثم طلق كل واحدة منهما اثنتين فقد وقع على واحدة منهما ثلاث واشتبه فتحرم ان الآ بالمحلل كما لو اشتبهت المطلقة ثلاثاً بالمطلقة اثنتين .

(ب) يلزم نصف، المهر لانه طلاق قبل الدخول فان تساوى المهران جنسا وقدرًا فالواجب على كل نصف ولكل نصف ذلك القدر (ولو كان) مختلفا جنسا او قدرًا اوهما معا (فاما) ان يعلم كل واحد من الزوجين الذي عليه لكن جهل لمن هو منهما فيؤدى كل واحد منهما نصف ما عليه (ثم نقول) اما ان يقتسم دعويهما الجنسين فلا نزاع بينهما بل يعطى كل واحدة مدعاها حيث لاتنازعها الاخرى فيها وان تصادمت دعويهما في جنس واحد

فروع

(الاول) لو شرط الاستيلاء فخرجت عقيماً فلا فسخ لامكان تجدد شرطه في الشبخوخة وعدم العلم بالعقم من دونه وجواز استناده اليه (الثاني) كل شرط يشترطه في العقد يثبت له الخيار مع فقده سواء كان دون ما وصف او اعلى على اشكال، نعم لو تزوجها متعة او دواما على رأى بشرط انها كتابية فظهرت مسلمة فلا خيار له (الثالث)

فذلك الجنس حكمه يأتي في باب تصادم الدعاوى (وخلصته) اما ان يقسمامنه (او) يقرع بينهما (او) يوقف حتى يصطلحا على ما ياتي ومتى تصادم الدعويان في جنس فقد انصرفا عن الآخر فيوقف عنه الحاكم كسائر الاملاك المشبهة الملاك (والاصل فيه) ان المقر له اذا نفي المال كان له العود اليه ومتى ادعته احديهما دفعت ما اخذته من الاولى الى الاخرى ولو ادعته اقسمتا ولم ترد احديهما الى الاخرى شيئا ومنه يظهر حكم ما اذا اختلفا جنسا وقدرًا ، ولو قالت كل واحدة لا اعلم الذي لي قسم كل نصف بينهما نصفين او يقرع بينهما او يوقف الحال في كل نصف حتى تصطلحا (ولو) اتفق الجنس واختلف القدر قسم الاقل بينهما ويبقى التداعي في الزائد فيقسم او يقرع او تصطلحان .

(ولو) (١) لم يعلم كل واحد ما عليه (فان اتفق) الجنس واختلف القدر دفعا النصف من الاقل كل نصفه وبقي الزائد ان تبرع احدهما به فلا كلام (والآ) بقي حق معلوم الثبوت مجهول المحل والمستحق وهو محصور بين اثنتين لا غير فالاقوى القرعة (ج) الكلام في الميراث كالمهر اى ان مات احد الزوجين او فريق واحد او الفريقان فالكلام في الميراث كما قررنا في المهري تساوى فيهما واختلف على ما تقرر قوله (ويحتمل القرعة ابتداء) اى ويحتمل القرعة عند الاشتباه فكل من تعينت له واحدة بعينها بالقرعة ثبتت له ولو احكام الزوجية وتوابعها لانه امر مشكل وكل امر مشكل ففيه القرعة .

قال قدس الله سره : و كل شرط يشترطه في العقد (الى قوله) فلا خيار .

اقول : الاشكال في الاعلى ومنشأه ان الاسباب بوضع الشارع ووضع الشارع

النقص سببا للخيار وهذا كمال فلا يلزم شرط نقيضه (ومن) انه شرط لم يخالف الكتاب ولا

(١) هذا عطف على قوله فاما ان يعلم كل واحد الخ فلا تنفل

لو تزوج العبد على انها حرة فظهرت امة فكالحر فان فسخ قبل الدخول فلا شيء وبعده المسمى على سيده او في كسبه ويرجع به على المدلس ويكون للمولى ، ولو اعتق قبل الفسخ فالاقرب ان المرجوع به للعبد ثم ان كان الغار الوكيل رجع بالجميع و ان كانت هي

السنة ولا مقتضى العقد واستثنى من ذلك انه لو شرط كونها كتابية في نكاح يجوز له نكاح الكتابية فظهرت مسلمة فلا خيار له لان الخلاف في جواز نكاح الكتابية ووقع اتفاق المسلمين على عدم تحقق وجوبه بوجه ما و الاقرب عندي عدم الخيار في هذه المواضع كلها و بطلان هذه الشروط لبعث النكاح عن قبول الخيار و انما يصح شرط النسب والحرية والبكارة وما يؤثر في الكفارة للنص .

قال قدس الله سره : لو تزوج العبد (الى قوله) ان المرجوع به للعبد .

اقول : وجه القرب ان من دفع عوضا عما ملكه غيره (فاما) ان يكون قد تحمّل للوجوب والاداء (فالاول) كالأب اذا زوج ابنه الصغير المعسر (والثاني) كما لو تبرع انسان باداء ثمن ما اشتراه غيره في الذمة عنه (والاول) لا بد من تقدير ملكه لاستحالة ان يملك الانسان شيئا وعوضه ابتداء على غيره فعلى هذا لو طلق الابن بعد بلوغه قبل الدخول رجع النصف من المهر الى ملك الابن فبهين لما استحق على السيد او على ماله في كسب العبد وملك العبد المعوض عنه ظهر ملك العبد للمعوض او لا ثم ينتقل عنه في مقابلة ملك المعوض فاذا فسخ العقد بعد عتقه يرجع العوض الى العبد المعتقد لانه ملكه او لا وملك العبد هناك ملك المكاتب ولا استبعاد فيه (وعلى قول) من ملكه ملكه ظاهر ولانه خرج عن ملك المولى بالعقد والفسخ موجب لابتداء ملك من رد المعوض عنه الذي كان ملكه من حين الفسخ و هو العبد بعد عتقه او نقول العقد سبب لملك الزوج وقد زال المانع فترتب اثر السبب عليه (ويحتمل) ان يعود الى المولى (لان) سبب انتقاله عند العقد وهو غير لازم ومعنى عدم لزومه جواز زوال اثره الذي آثره او لا فلم ينتقل عن المولى انتقالا لازما فيعود اليه (ولان) العبد لم يملك لانه لا يصلح للملك فيعود بالفسخ العوض الى مالكه او لا وهو المولى ولا يتم الا بمنع استحالة ان يملك الانسان معوضا وعوضه على غيره ابتداء وهذا المنع مكابرة فهذا الاحتمال ضعيف في الغاية .

فكذلك تتبع به لانه ليس برجوع في المهر لان المهر استحققه السيد ورجوعه يكون في ذمتها ، ولو حصل منها رجوع بنصفه على الوكيل حالاً ونصفه عليها تتبع به ولو اولد كان الولد رفا لمولاه ان كان المدلس سيدها واذن لها مطلقاً وفي التزويج به او باى عبد كان (الرابع) لو غرته المكاتبه فان اختار الامساك فلها المهر وان اختار الفسخ فلا مهر قبل الدخول وبعده ان كان قد دفعه رجع بجميعة او به الا باقل ما يمكن ان يكون مهراً وان لم يدفع فلا شيء او يجب الاقل ولو غره الوكيل رجع عليه بالجميع ولو اتت بولد فهو حر لانه دخل على ذلك ويغرم قيمته ويتبع في الاستحقاق ارش الجنائية على ولد المكاتبه

قال قدس الله سره : لو غرته المكاتبه (الى قوله) او يجب الاقل .

اقول : هاتان المسألتان فيهما الخلاف المذكور في العيوب اى المرجوع به الكل لان الغرور موجب لضمان ما غرمه الغار كلاجنبى او الزائد على اقل ما يكون مهر اذا فسخ بعد الدخول لامتناع خلو الوطى غير المحرم بغير ملك اليمين عن مهر .

قال قدس الله سره : ولو اتت بولد (الى قوله) على ولد المكاتبه .

اقول : كل ولد حر لانه عن وطى علم تحريمه لانه لم يمسها ملكه حر اعلى الاصح عندى وعند ابن ادريس و يشترط عدم اشتراط رقيته في عقد عند آخرين ، فولد الحر المغرور (المغرور - خ) بحرية امه قبل ظهور الحال حر لظنه الحرية كما لو وطى امه الغير على ظن انها امته او زوجته الحرة ولا فرق بين ان يجيز العقد او يفسخ فانه يغرم القيمة و يرجع به على الغار قولاً واحداً لانه لم يدخل في العقد على انه يضمنها و فرق بينها وبين المهر لان المهر عوض البضع الذى اتلفه هو مباشرة و قد دخل على انه يضمنه (ومن ثم) اختلف في المهر .

والمستحق للقيمة التى يغرمها هو المولى في الامة القن واما في المكاتبه فاستحقاق قيمة الولد تابع لاستحقاق ارش الجنائية على ولد المكاتبه كما اذا قتله جان او جرحه (فان قلنا) ان القيمة او الارش للسيدة هي قيمة الولد لها (وان قلنا) ان قيمة الجنائية او ارشها للمكاتبه فيكون قيمة الولد لها ايضا لان القيمة هنا وفي الجنائية عوض الولد فكانت لمستحقه ولانها قيمة لولد قدر فيه الرقية وفوت ملكه على مستحقه لو ثبت الخيار هنا

ولو ضربها اجنبى فالقته لزمه دية جنين حر لايه فان كان هو الضارب فللاقرب اليه دونه والا فللامام وعلى المغرور للسيد عشر قيمة امه ان قلنا ان الارش له (الخامس) لا يرجع بالغرامة على الغار الا بعد ان يغرم القيمة او المهر للسيد لانه انما يرجع بما غرمه وكذا لو رجع الشاهد ان باتلاف مال او جناية بعد الحكم لم يرجع المحكوم عليه عليهما الا بعد الغرم وكذا الضامن يرجع بعد الدفع و للمغرور مطالبة الغار بالتخليص من مطالبة

فعلمها لكن لامع تلف العين فاشتر كافي وجه العلية وهو التفويت على المستحق و البحث في مستحقها يأتي في موضعه ويتفرع على هذا ما اذا كانت هي المدلّسة (فان قلنا) ان القيمة لها فلا شيء لها (و ان قلنا) انها للسيد كان على الزوج ان يدفع قيمة الولد و يرجع بها عليها .

قال قدس الله سره : ولو ضربها اجنبى (الى قوله) ان قلنا ان الارش له .

اقول: البحث الذي تقدم من غرامة قيمة الولد على تقدير ان ينفصل الجنين حياً فاذا انفصل ميتاً (فاما) بغير جنانية او بجنانية (فان) كان الاول لم يلزمه شيء فانه لاقيمة للميت ولا يعلم جنانية قبل الوضع (وان) كان بجنانية جان فله صور ذكر فيها صورتين (الف) ان تصدر الجنانية من اجنبى فعليه دية جنين حر وسياتي بيانها لان عقاده حراً ، و اذا انفصل مضمونا ضمنه المغرور لانه يضمن له فيضمن عليه كما اذا قتل العبد الجاني تعلقت الجنانية بقيمته ولومات لم يكن على السيد شيء فعلى المغرور عشر قيمة الام لانه ضمان رقه والرق يضمن بهذا القدر (وقيل) باقل الامرين من الدية والعشر لانه انما غرم الميت ليقومه بالجنانية فلا يزيد عليها وهذا بناء على جواز زيادة جنين الامه على دية جنين الحره او وجوب العشر (ب) ان تصدر الجنانية من المغرور نفسه فعليه دية جنين حر لاقرب الناس اليه فان لم يكن فللامام لانه لا يغرم لنفسه كما لو قتل ابنه عمداً وعليه عشر القيمة و فيه مامر ، فان كانت الامه قنّاً كان العشر للسيد وان كانت مكاتبه (فان قلنا) ان ارش جنانية ولدا المكاتبه للسيد كان العشر هناله (وان قلنا) انه لابنه يكون للامه واهمله المصنف هنالانه قال في ماسبق (يتبع في الاستحقاق ارش الجنانية على ولدا المكاتبه).

المرأة او السيد كما ان الضامن يطالب المضمون عنه بالتخليص (السادس) لو انتسب الى قبيلة فبان من غيرها اعلى او ادون فالاقرب انه لافسخ وكذا المرأة، نعم لو شرط احدهما اعلى الاخر نسباً فظهر من غيره كان له الفسخ لمخالفة الشرط وكذا لو شرط يابيضاً او سواداً او جمالاً

المقصد الثاني في المهر وفيه فصول

(الاول) في الصحيح وهو كل مملوك يصح نقله عينا كان او منفعة وان كانت منفعة حر كتعليم صنعة او سورة او عمل محلل او اجارة الزوج نفسه مدة معينة على رأى سواء كانت

قال قدس الله سره : لو انتسب الى قبيلة (الى قوله) لمخالفة الشرط.

اقول : الكلام في موضعين (الاول) فيما اذا لم يشترط في نفس العقد لكن ذكر الرجل الانتساب قبله وفيه اقوال (الف) قول الشيخ في النهاية انه يبطل التزويج واختاره ابن الجنيد وابن حمزة و ابن البراج جعله رواية (ب) نفى البطلان والخيار اختاره ابن ادريس لعموم قوله تعالى : **او فوا بالعقود (١)** وهو اختيار والدى المصنف وهو الحق عندى (ج) ان للمرأة خيار الفسخ حكاه الشيخ في المبسوط وهو الاقرب عند المصنف في المختلف (د) ثبوت الخيار لها ان بان ادنى لاعلى ، وهو الاقرب عند المصنف في المختلف وتمسك للشيخ بما رواه الحلبي في الصحيح ، عن الصادق عليه السلام : قال في رجل يتزوج المرأة فيقول انما من بنى فلان فلا يكون كذلك قال تفسخ النكاح او قال ترد (٢) الموضوع الثاني اذا شرط ذلك في نفس العقد ثبت له الخيار فولا واحداً.

المقصد الثاني في المهر وفيه فصول الاول في الصحيح

قاعدة : المهر مال يجب بوطى غير زنا منها ولا ملك يمين او بعقد النكاح وله تسعة اسماء الصداق - والصدقة - والمهر - والنحلة - والفريضة - والاجر - والعلايق - والعقر - والحباء .

قال قدس الله سره : او اجارة الزوج نفسه مدة معينة على رأى .

(١) المائدة ١

(٢) ثل باب ١٦ خبر ١ من ابواب الميوت

معينة أو مضمونة ولو عقدا الذميان على خمر او خنزير صرح فان اسلم احدهما بعد الدفع برىء الزوج وقبله تجب القيمة عند مستحليته سواء كان معينا او مضمونا ولا يتقدر المهر قلة و كثرة على رأى مالم يقصر عن التقويم (التقوم - خل) كحبة حنطة ، وليس ذكره شرطا

اقول : اختلف اصحابنا في جواز جعل اجارة الزوج نفسه مدة معينة بحيث تكون متعلقة بعينه بمعنى انه لا يقبل النيابة مهراً ، فمنع الشيخ منه في النهاية و ابن البراج في الكامل ، وجوزه المفيد و ابن الجنيد و سلار و ابن ادريس و والدى المصنف وهو الحق عندى (لما) رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال جاءت امرأة الى النبي صلى الله عليه وآله الى قوله: زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها اياه (١) (احتج) المانع بانه يستلزم امكان خلوه البضع عن عوض و اللازم محال و كل ما استلزم امكان المحال فهو باطل (اما الاولى) فلجواز موته (واما الثانية) و (الثالثة) فظاهران و بما رواه احمد ابن محمد في القوي عن ابي الحسن عليه السلام قال سألت عن الرجل يتزوج المرأة و يشترط اجارة شهرين فقال ان موسى عليه السلام قد علم انه سيتم له شرطا فكيف لهذا بان يعلم انه سيبقى حتى يفى الحديث (٢)

قال قدس الله سره : ولا يتقدر المهر قلة و لا كثرة على رأى .

اقول : لاختلاف عندنا في عدم تقدره في القلة الا باقل ما يملك و الخلاف في الكثرة، و الذى اختاره و الذى المصنف هنا هو المشهور بين الاصحاب و اختاره الشيخان و ابن ابى عقيل و سلار و ابوالصلاح و ابن البراج و ابن ادريس و قال السيد المرتضى لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم جيادا قيمته خمسون دينارا فمأزاد على ذلك رد الى هذه السنة و هو الظاهر من كلام ابن الجنيد و الاصح عندى الاول لقوله تعالى : **وان اردتم استبدال زوج مكان زوج و آتيتهم احديهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا** (٣) و عموم قوله تعالى فنصف ما فرضتم (٤) و **آتوا النساء صدقاتهن نحلة** (٥)

(١) من باب ٢ خبر ١ من ابواب المهور (٢) مثل باب ٢١ خبر ١ من ابواب المهور

(٣) النساء ٢٤ (٤) البقرة ٢٣٧ (٥) النساء ٤

فلو اخل به او شرط عدمه صح العقد فان دخل فلها مهر المثل وانما يفيد ذكره التعيين والتقدير فيشترط في صحته مع ذكره التعيين (اما) بالمشاهدة وان جهل كيله او وزنه كقطعة من ذهب وقبة من طعام (او) بالوصف الرافع للجهالة مع ذكر قدره ان كان ذا قدر فلوا بهم فسد وصح العقد.

ولو تزوجهن بمهرو احد صح وبسط على مهور الامثال على رأى .

ومارواه الوشا في الصحيح عن الرضا عليه السلام قال سمعته يقول لو ان رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين الفا وجعل لايها عشرة آلاف كان المهر جائزاً والذي جعله لايه فاسداً (١) ولان مهرام كلثوم بنت علي عليه السلام اربعون الف درهم (٢)

احتج المرتضى بالاجماع على صحة كون القدر المدعى مهراً واذا ذكر في العقد ثبت احكامه ولاجماع على الزائد ولادليل شرعى عليه فيجب فيه (و الجواب) انه ضعيف في الغاية ان نفى الاجماع لا يدل على النفي وعدم وجدان الدليل لا يدل على العدم ثم كيف نفى الدليل مع دلالة الآيات المذكورة (لا يقال) روى المفضل بن عمر قال دخلت على ابي عبدالله السلام فقلت له اخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمن ان يجوزه قال فقال السنة المحمدية خمسمائة درهم فما زاد على ذلك رد الى السنة ولا شيء عليه اكثر من الخمسمائة (٣) (لانا نقول) راوى هذه الرواية محمد بن سنان وقد نص الشيخ على انه مطعون فيه ضعيف جداً و ما يتفرد به لا يعمل عليه هذا كلام الشيخ رحمه الله فلا عمل بهذه الرواية .

قال قدس الله سره : ولو تزوجهن على مهر (بمهر - خ ل) واحد صح و

قسط (بسط - خ ل) على مهور الامثال على رأى .

اقول : قال الشيخ في المبسوط يكون بينهما بالسوية وتبعه ابن البراج عملاً بالاصل لان النكاح ليس معاوضة حقيقية ولا يعتبر فيه قيمة البضع ولهذا جعل بعضهم مهر

(١) ثل باب ٩ خبر ١ من ابواب المهور

(٢) ثل باب ٩ خبر ٢ من ابواب المهور (٣) ثل باب ٨ خبر ١٤ من ابواب المهور

ولوتزوجها على خادم او بيت اودار ولم يعين ولا ووصف قيل كان لها وسط ذلك، ولوتزوجها على كتاب الله وسنة نبيه ﷺ ولم يسم مهر أمهرها خمس مائة درهم ولو اصدقها تعليم سورة لم يجب تعيين الحرف (١) ولقنها الجائز على رأى ولا يلزم غيرها لو طلبت وحدها ان تستقل بالتلاوة ولا يكفي تبسّع نطقه . ولو نسيت الآية الاولى عقيب تلقين الثانية لم يجب اعادة التعليم على اشكال ، ولو لم يحسن السورة صح فان تعذر تعلمها او تعلمت من غيره فعليه الاجرة وكذا الصنعة ، ولو عقد مرتين على مهريين فالثابت الاول سرّاً كان اوجهرأ ، والمهر مضمون في يد الزوج الى ان يسلمه (فان تلف) قبله بفعل المرأة برىء وكان قبضاً ، (وان تلف) بفعل اجنبى السنة واحداً في الكل وقال بعض الاصحاب يقسط على مهور الامثال كما لو تزوج واشترى بعوض واحد واختاره والذى المصنف في هذا الكتاب والمختلف وهو الاقوى عندي .

قال قدس الله سره : ولو تزوجها على خادم (الى قوله) لها وسط ذلك

اقول : قوله (قيل) اشارة الى قول الشيخ الطوسي في النهاية وتبعه ابن ادريس

(وقيل) الاقل والاقوى بطلان المهر والرجوع الى مهر المثل .

قال قدس الله سره : ولو اصدقها (الى قوله) على رأى

اقول : هذا قول الشيخ في المبسوط (النهاية - خل) وقيل ولا بد من التعيين

لا تفتاء الفرع معه والحق الاول .

قال قدس الله سره : ولو نسيت الآية الاولى (الى قوله) على اشكال .

اقول : انما فرض الكلام في آية لانه لو علمها اقل من آية لم يعتد بذلك نص

عليه في المبسوط ومنشأ الاشكال (من) وجوب تعليم كل واحدة من الآيات عليه فان علمها آية

فقد برئت ذمته من تلك الآية فلا يعود وجوبه عليه بغير سبب وقال الشيخ في المبسوط وهو

الاقوى وذكر فيه وجهان انما لاتكون قابضة لاقل من ثلاث آيات لان اقل ما يقع به

الاعجاز ثلاث آيات لقوله تعالى **فأتوا بسورة من مثله (٢)** و اقل سورة وجدت في

القرآن ثلاث آيات وهي سورة الكوثر (ومن) ان الصورة التركيبية للمجموع لم يحصل

(١) اى احدى القراءات السبع

(٢) البقرة ٢٣

تخيرت بين الرجوع على الاجنبى أو الزوج ويرجع الزوج عليه (وان تلف) بفعل الزوج او بغير فعل احد رجعت عليه بمثله فان لم يكن مثليا فالقيمة فيحتمل اكثر ما كانت من حين العقد الى حين التلف لانه مضمون في جميع الاحوال وحين التلف لانه مضمون بغير تعد منه اما لو طالته بالتسليم فمنعها (فعلى الاول) يضمه باكثر ما كانت قيمته من حين العقد الى حين التلف (وعلى الثانى) باكثر ما كانت قيمته من حين المطالبة الى حين التلف لانه غاصب ، و لو تعيب فى يده (قيل) تخيرت فى اخذه او القيمة ، والاقر ب اخذه واخذ ارشه ، ولها ان تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها حتى تقبض المهر سواء كان الزوج موسراً او

لها وهو المطلوب لان الاعجاز بالصورة التركيبية والاقوى عندى الثانى .

قال قدس الله سره : وان تلف بفعل الزوج (الى قوله) بغير تعد منه .

اقول : اصل هذه المسألة ان هذا الضمان عند اصحابنا ضمان يد لاضمان عقد و ضمان اليد يرجع فيه بالقيمة او المثل (اما المقدمة الاولى) فلان الصداق نحلة لقوله تعالى **وآتوا النساء صدقاتهن نحلة (١)** ولا يفسد النكاح بفساده ولا يفسخ برده ولا يسقط بمنعها نفسها الى موتها ولا يضمن له البضع ولا شئ من الاعراض كذلك (قالوا) هذا لا يضمن والنحلة لا تضمن (قلنا) نمنع الكلية فان الاصل فى مال الغير الضمان باليد الآ بمزيل وليس وللنص (قالوا) يرد بالعيب وهو من خواص المعاوضة (قلنا) نمنع الاختصاص (واما المقدمة الثانية) فاجماعية اذا عرفت ذلك (فنقول) وجه الاحتمالين المبنيين على انه ضمان يد مذكور هنا فلا تطول بذكره .

قال قدس الله سره : ولو تعيب فى يده (الى قوله) واخذ ارشه .

اقول : (الاول) قول الشيخ فى المبسوط لانه انما اصدقها العين سليمة وهى مضمونة فى يده فهى بالخيار بين ان تقبضه ناقصا او ترد فان اختارت الرذكان كتلف الصداق المعين قبل القبض والضمان ضمان يد (ووجه) اختيار المصنف ان عين ما تناوله العقد موجود والنقص مضمون عليه فيرده مع الارش .

قال قدس الله سره : ولها ان تمتنع (الى قوله) خلاف .

معسراً (وهل) لها ذلك بعد الدخول خلاف .

ولو كان مؤجلاً لم يكن لها الامتناع فان امتنعت وحل لم يكن لها الامتناع على رأى لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول ، وانما يجب تسليمه لو كانت متهيأة للاستمتاع فان كانت محبوسة أو ممنوعة بعذر لم يلزم ، ولو كانت صبية فالاقرب وجوب التسليم مع

اقول : قال الشيخ في النهاية للمرأة ان تمتنع من زوجها حتى تقبض منه المهر فاذا دفعه لم يكن لها الامتناع فان امتنعت بعد استيفاء المهر كانت ناشراً ولم يكن لها عليه نفقة واطلق ولم يفصل الى ما قبل الدخول وبعده وتابعه على الاطلاق ابن البراج في كتابه معا وهو قول المفيد رحمه الله وقوى في المبسوط ان لها الامتناع بعد الدخول حتى تقبض المهر وقال في الخلاف اذا سمى الصداق ودخل بها قبل ان يعطيها شيئاً لم يكن لها الامتناع من تسليم نفسها حتى يستوفى بل لها المطالبة بالمهر ويجب عليها تسليم نفسها و هو اختيار ابي الصلاح وقال ابن ادريس ليس لها الامتناع بعد الدخول بل لها المطالبة بالمهر ويجب عليها التمكين وهو اختيار والدي المصنف في المختلف وهو الاقوى عندي لان البضع حقه والمهر حق عليه وليس اذا كان عليه حق جاز ان يمنع حقه و جاز ذلك قبل الدخول اجماعاً فبقى بعده (ولانه) في المعاوضة المالية المحضة و هو البيع المجمع عليه اذا سلم احدهما ما عليه من العوض قبل قبض العوض الآخر لم يكن للآخر الامتناع و كذا في الاجارة .

قال قدس الله سره : ولو كان مؤجلاً (الى قوله) قبل الحلول .

اقول : تقرير هذه المسألة انه اذا كان المهر مؤجلاً لم يكن لها الامتناع قبل الحلول وقبل الدخول اجماعاً فان امتنعت و فعلت محرماً ولم تدخل حتى حل فهل لها الامتناع قيل لها ذلك لعموم النص ان لها الامتناع قبل الدخول ولان المانع هو الدخول ولم يحصل ورده المصنف باستقرار وجوب التسليم قبل القبض و الاصل الاستصحاب وهو الاقوى عندي .

قال قدس الله سره : وانما يجب تسليمه (الى قوله) مع طلب الولى .

اقول : لا يجب تسليم الصبية غير البالغة الى الزوج لان امسك الصغيرة حضنة و امسك الزوج للاستمتاع التام للحضنة وليست اهلاله ولودفعوها اليه لم يجب عليه

طلب الولي . ولومنت من التمكين لا للتسليم ففى وجوب التسليم اشكال ، ولومكنت
كان لها الطلب وان لم يطأ فان رجعت الى الامتناع سقط طلبها الا اذا وطئها فان المهر
يستقر بالوطى مرة . ولودفع الصداق فامتنعت من التمكين اجبرت وليس له الاسترداد
وانا سلم الصداق فعليه ان يمهلها مدة استعدادها بالتنظيف والاستجداد ولا يمهلها لاجل
تهيئة الجهاز وللأجل الحيض لامكان الاستمتاع بغير القبل . ولو كانت صغيرة لا تطيق
الجماع او مريضة وجب الامهال .

وانما يتقرر كمال المهر بالوطى او موت احد الزوجين لا بالخلو على الاقوى .

ويستحب تقليله ويكره ان يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم وان يدخل بالزوجة

تسلمها اذا تقرر ذلك (فهل) يجب عليه تسليم المهر مع طلب الولي (اختار) والذى المصنف
الوجوب لانه حق حال (مالى-خ) للمرأة فيجب تسليمه اليها و النكاح ليس معاوضة
حقيقية و قال فى المبسوط الاقوى انه لا يجب تسليمه كما لا يجب تسليم النفقة لان
الاستمتاع غير ممكن وجزم ابو الصلاح بعدم وجوب التسليم والاقوى عندى اختيار والذى
المصنف رحمه الله .

قال قدس الله سره : ولو منعت من التمكين لا للتسليم ففى وجوب

التسليم اشكال .

اقول : ينشأ (من) ان وجوب التمكين موقوف على تقدم التسليم فلا يتوقف عليه

التسليم والادار (ومن) انها منعت العوض لا لقبض عوضه بل غصبا فلا يستحق تسليمه اليها

والاقوى عندى الاول .

قال قدس الله سره : وانما يتقرر (الى قوله) على اشكال .

اقول : المهر الواجب بالنكاح او الفرض يستقر عند الذى المصنف باحد امور

ثلاثة (الف) الوطى ولو كان حراما كما فى الاحرام والحيض لانه يوجب ابتداء فى الشبهة

فتقريره فى الصحيح اولى (ب) موت الزوج وحكمه كالارتداد عند الاكثر خلافا للصدوق

(والحق) مذهب والذى لان الموت لا يبطل آثار النكاح لانها يتوارثان فآثار النكاح

ثابتة بعد الموت ومن جعلتها المهر وعدم بقائه بعده لان الموت نهاية له واتهاء العقد

قبل تقديمه او بعضه او غيره ولو هدية ولا فرق بين موت الزوج قبل الدخول او المرأة في
يستحق به استيفاء المعقود عليه (ج) موت الزوجة وسياتي (بقي هنا مسألة) وهي ان الخلوة
هل لها اثر في المهر ام لا، فيه اقوال ستة (الف) قال قوم انها تقرر كالوطى قال الشيخ فى
الخلاف والمبسوط قال به قوم من اصحابنا لما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال اذا تزوج
الرجل المرأة ثم خلاها فاعلق عليها بابا او ارضى سترأ ثم طلقها فقد وجب الصداق و
خلائه بهادخول (١) ولضعف سندها ردّها المصنف ونزلها ابن أبى عمير على حكم الحاكم
به ظاهراً ولا يحل للمرأة من غير دخول (ب) ان اثرها وجوبه ظاهراً ويحكم به الحاكم ولا
يحل عليها ان لم يكن قد دخل بان تأخذ اكثر من نصفه وان اثبت الزوج بكارتها لم يلزمه
اكثر من النصف لانه يدل على عدم الدخول وهو قول الشيخ فى النهاية وابن البراج وقطب
الدين الكيدرى للرواية المتقدمة وتنزيلها (ج) وجوب المهر معها اذا نزل الماء بلمس
او نظر اليها وهو قول ابن الجنب (د) اثرها تقديم قولها مع اليمين اذا ادعت الوطى فى
الخلوة وانكره واعترف بالخلوة ولا يسنه على نفيه فان امكنه اقامة بينة ثبت به عدم الوطى
ضمنا لم يلزمه اكثر من النصف والاحلفت و لزمه الكل وهو قول ابن حمزة و استحسنة
والدى فى المختلف (هـ) قال الصدوق رحمه الله اثرها وجوب حكم الحاكم بالوطى و ان
اعترف بنفيه لانها تنفى العدة وينفى هو المهر (فان) قصد بذلك وجوب تمام المهر عليه
فليس بجيد لان المهر فى هذه الصورة اما ان يجب بالخلوة او بالوطى او بمجموعهما ولا رابع
ونفى الاول بقوله (لانه ينفى المهر) فجعل نفي الوطى علة فى نفي المهر وكل ما عدمه علة
فى عدم ثبوته علة فى الثبوت والثانى قد اقرت المستحقة للمهر بنفيه ونفى السبب كنفى
المسبب وكذا الثالث مع بطلانه اجماعاً (وان قصد) وجوب العدة عليها لانها حكم شرعى
ولها الدعوى بالمهر كالمقر له اذا انفاه ثم ادعاه فله تمشية .

و قال قول لا اثر للخلوة البتة حكاها الشيخ فى الخلاف والمبسوط قال وهو الظاهر
من روايات اصحابنا فيثبت نصف المهر وتنفى العدة وهو الاصح عندى وعند والذى وجدى
لتوله تعالى: وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف

استقرار جميع المهر، لكن يستحب لها اذا مات الزوج ترك نصف المهر (وقيل) لو ماتت قبل الدخول كان لاوليائها نصف المهر وليس بجيد. ويكره للوارث المطالبة بالمهر مع الدخول اذا لم تكن قد طالبت به .

ما فرضتم (١) ولا ميسس للاصل ولان الخلوة اعم منه والعام لا يستلزم الخاص وما رواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال سمعته يقول لا يوجب المهر الا الوقاع في الفرج (٢) (قالوا) الخلوة سبب لوجود الداعي وانتفاء الصارف للاصل فيحكم بالمسبب فيحكم بمعلوله او مظنة حكم الشارع باقامتها مقام الاصل ولما روى عن امير المؤمنين عليه السلام اذا اغلق بابا وارخى ستراً فلها الصداق كاملاً وعليها العدة (٣) (قلنا) ان غنيتم السبب الشرعى فهو نفس المدعى وان غنيتم العقبى فما لم يوجد لم يوجد مسببه بمجرد وجوده لما ثبت في الكلام والمظنة عندنا بلا حكم الشارع باقامتها مقام الاصل لا اعتبار بها لانها من باب القياس في الاسباب ومنع اقامة الشارع لها مقام ما هي مظنة له في السببية والحديث المذكور ضعيف السند جداً (واعلم) انه ينبغي على القول بالخلوة اشتراط عدم المانع الشرعى كالصوم والحيض والاحرام ولم يذكر ذلك وعدلنا عن لوازم الاحكام المذكورة لثلايخرج عن حد الشرح .

قال قدس الله سره : وقيل لومات (الى قوله) وليس بجيد .

اقول : قوله (وقيل) لومات الخ اشارة الى قول الشيخ في النهاية وابن البراج في الكامل وقطب الدين الكيدى لما تقدم في رواية يونس وليس بجيد لما تقدم من وجوب المهر بالعقد والاصل البقاء وحمل شيخنا نجم الدين ابو القاسم كلام الشيخ الطوسي رحمه الله على انها ماتت ولا ولد لها فكان للزوج النصف بالميراث قال لان المستقر في المذهب وهو واضح الروايتين ان المهر تملكه المرأة بنفس العقد فاذا مات احديهما كان

(١) البقرة ٢٣٧ (٢) كل باب ٥٥ خبر ١ من ابواب المهور

(٣) كل باب ٥٥ خبر ٥ من ابواب المهور ولفظ الخبر هكذا من اجاف من الرجال على

اهله بابا او ارخى ستراً فقد وجب عليه الصداق .

الفصل الثاني في الصداق الفاسد

ولفساده اسباب (الاول) عدم قبولية الملك كالخمر والخنزير مع اسلام احد الزوجين
 وكالحرق وما لا قيمة له ولا منفعة مباحة فيه ، فلو تزوج المسلم على خمر او خنزير او حر
 بطل المسمى وقيل العقد وهل تثبت قيمة المسمى او مهر المثل قولان الاقرب الثاني،
 المهر ثابتا بما جمعه فاذا كان الميت هي ، ورث الزوج النصف وكان الباقي لباقي ورثتها
 واليه اشار بقوله لا وليا لها لكن الافضل ان لا يأخذوا الا نصفه وحصه الزوج في النصيب معهم
 وهذا التأويل بعيد لانه يحتاج الى اضرار عدم الولد وليس في اللفظ قرينة دالة عليه
 والحق عندي انها تملك جميع المهر بالعقد ويكون ميراثا لورثتها بعد الديون
 والوصايا اذا ماتت واستحقاق الزوج بالميراث النصف مع عدم الولد تابع لملكها متأخر
 عنه كسائر الورثة .

الفصل الثاني في الصداق الفاسد

ولفساده اسباب (الاول) عدم قبولية الملك

قال قدس الله سره : فلو تزوج المسلم (الى قوله) اقر به الثاني

اقول : ذكر في هذا الفصل بيان جهات الفساد في الصداق ورتبها على انواع ستة
 النوع الاول ان لا يكون المذكور ما لا وفيه مسائل (الف) ان لا يكون ما لا من حيث
 الاسم ولا من حيث الاشارة وقد ذكره في هذا الكلام (وتقريره) انه اذا عقد المسلم على
 خمر او خنزير بان تقول زوجتك نفسي على كذا رطل خمر او على هذا الخنزير او على
 هذا الحر قال الشيخ في النهاية والمفيد في المقنعة وابن البراج و ابو الصلاح يبطل العقد
 وقال الشيخ في الخلاف يصح العقد ويبطل المسمى كقول ابن الجنييد وهو اختيار المصنف
 ههنا وهو الاصح لان الصداق ليس ركنا في النكاح وانما الركن فيه الزوجان ولهذا شرط
 تعيينهما في العقد كالعوضين في البيع ولم يشترط ذكر المهر في العقد ولا ينسخ النكاح
 يبطل لانه لو خرج مستحقا ولانه نحلة للآية ولا شيء من العوض بنحلة لان معناها التبرع و
 هو نافي معنى العوض (قالوا) النحلة هي التدين (التبرع- خل) والعطية من الله (قلنا)

ولو تزوجها على ظرف خل فخرج خمراً صح العقد وثبت مهر المثل (وقيل) مثل الخل مجاز اذ هو اولى من الاشتراك ولانه كلما لم يتوقف ثبوته على ثبوت الآخر لم يكن نفي ذلك الآخر مقتضياً لنتيجه (احتج) الشيخ بانه عوض لانه اجر لقوله تعالى اجورهن (١) ولان الصيغة زوجتك بكذا كبعتك بكذا ولان العقد تابع لوجه التراضي واما تراضيا بذلك فنفي غيره واذا متمول (والجواب) هو بالنحلة اشبه منه بالعوض لان العوض يبطل المعوض ببطلانه والثاني منقوض بالمغصوب اذا جعل مهرا اذا تقرر ذلك (فنقول) على القولين يبطل المسمى والخلاف فيما يجب بالوطى وكل من قال يبطلان النكاح قال بوجود مهر المثل واختلف القائلون بصحة العقد على اقوال ثلاثة (الف) انه يجب مهر المثل اختاره الشيخ فى الخلاف وابن حمزة ويظهر من كلام ابن ادريس (و لان) بطلان المسمى يوجب بطلان التسمية فيجب بالوطى مهر المثل لانه اذا بطل احد العوضين وجب رد الآخر فاذا تعذر وجب قيمته وقد اتفقت الصداق و بصحة عقد النكاح تعذر رد عوضه فوجب قيمته وهى مهر المثل (ب) تقدّر المالية فيه فيقوم الحر لو كان عبداً والخمر عند مستحليته اختاره بعض الاصحاب لانه لما ذكر عوضا كان قصدهما ذلك العوض دون قيمة البضع وهى مهر المثل وللمذكور خصوص وهو عينه وعموم وهو المالية بتقديرهما لانهما قدرتا مالا فاذا لم يكن للعين اعتبار الذكر فى المالية فلا يلغو التقدير بذلك القدر فى القيمة المقدرة (ورد) بان تقدير المالية فيما يمتنع فيه تقدير للمحال فيلغو التقدير كما يلغو التعيين ويفيد الذكر قصد العوض وعدم الرضا بالتفويض (ومن ثم) فرق الشيخ بين الحر والخمر فان الخمر ماليتها منفية للمسامح اعليه للذمى وعليه لمثله فجعل فى الحر مهر المثل وفى الخمر قيمته وهو الثالث من الاقوال .

قال قدس الله سره : ولو تزوجها (الى قوله) وقيل مثل النخل

اقول : هذه المسألة الثانية وهى ان يكون مالا من حيث الاسم وليس بمال من حيث الاشارة وفى هذه المسألة اقوال ثلاثة (الف) وجوب مهر المثل لانه سمي هذا الشخص من حيث هو شخص وقد بطل ولا مالية له ولا مثل (ولانه) جمع بين الشخص والصفة

وكذا لو تزوجها بعبد فبان حراً أو مستحقاً ولو تزوجها على عبد بن فبان أحدهما حراً لم ينحصر الصداق في الآخر بل يجب بقدر حصته الحر من مهر المثل أو قيمته لو كان عبداً، ولو اصدقها عينا فخرجت مستحقة فان كانت مثلية فالمثل والا فالقيمة ويحتمل مهر المثل.

وهما لا يجتمعان وترجيح احدهما لا يقتضيه العقد بل الإشارة ارجح لانها على الذات فيرجع الى مهر المثل وهو اختيار بعض الاصحاب و فرق بين هذه المسألة والمتقدمة (لان) تلك عقدا مع علمهما بكونه خمراً واما هنا فلم يعلما بذلك (ب) انه ثبت تقديره خلا لانهما ذكرا التقدير للخل ولم يذكر الخمر فيبطل الشخص و بقي تعيين القدر و الوصف المذكور وهو الخل واختاره ابن الجنيدي وابن ادريس (ج) قول الشيخ في الخلاف والمبسوط انه يلزمه قيمته عند مستحليه تغليبا للشخص على الوصف وهنا لا يحتمل بطلان العقد لانها قصدا المالية .

قال قدس الله سره : ولو اصدقها (الى قوله) ويحتمل مهر المثل .

اقول : هذه المسألة الثالثة من المسائل وهي ان لا يكون مالاً للمصدق بل لغيره و فيها احتمالان ذكرهما (ووجه الاول) ان العقد تناول ملك العين وقد تعذر ايصالها لغير الغير فوجب المثل في المثلية والقيمة في غيرها لقيام المثل او القيمة مقام العين مع تعذرهما كما لو تلفت بعد العقد وقبل قبض المرأة (ومن) انه لا يصح ان يصدق مال الغير بغير اذنه فيكون المهر فاسداً فالتسمية في العقد توجب المسمى مع صحتها ومهر المثل مع فسادها ولا يكون بمنزلة من لم يسم كما توهمه متوهم (وفي الاول نظر) لان التعذر الموجب للمثل او القيمة هو تعذر ما استحق شخصه وملكه وهنا ليس كذلك (والتحقيق) ان مبنى هذه المسألة هو القاعدة المتقدمة (من) ان المهر هل هو عوض حقيقة او لا (فعلى الثاني) يجب مثله ان كان مثلياً او الأقيمته لانه ليس بركن ولا عوض وانما افاد ذكره التقدير بذلك القدر وان لغي التعيين ولا يلزم تقدير المالية فيما لا مالية فيها لتحقق المالية وانما ارفعنا الاضافة المخصوصة وتقديره بالمثل او بالقيمة (وعلى الاول) ثبت مهر المثل لانه اذا فسد العوض وتعذر الرجوع الى عين العوض الآخر لصحة النكاح فيرجع الى قيمته وهو مهر المثل .

(الثاني) الجهالة - فلو تزوجها على مهر مجهول بطل المسمى و ثبت مهر المثل لتعذر تقويم المجهول ولوضمه الى المعلوم احتمال فساد الجميع فيجب مهر المثل واحساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي فلو زاد عن مهر المثل لم يجب الزيادة

قال قدس الله سره : فلو تزوجها (الى قوله) دون الثاني .

اقول : هذا الفرع الثاني من اسباب الفساد و هو الجهالة والمجهول كأن يقول زوجتك بشيء ففساد المسمى لا يوجب فساد التسمية لان اثر التسمية عدم التفويض وثبوت المالية بنفس العقد قيل والتقدير وقيل بل هو اثر صحة المسمى (ومن ثم) اختلف في وجوب مهر المثل او قيمته او مثله عند فسادها واما التعيين وهو تابع للمسمى اذا تقرر هذا (فنقول) مع كون المهر مجهولا ينبغي التقدير والتعيين ولا يبطل العقد فيجب مهر المثل لان التقدير اما بالمسمى او بقيمة البضع لان التقدير باحد العوضين فاذا ضم المعلوم الى المجهول ففيه احتمالان (احدهما) فساد المسمى في الكل لان الكل هو المهر وجهالة الجزء تستلزم جهالة الكل وجهالة المهر المسمى موجبة لبطلانه (ولا امتناع العلم) بنسبة المعلوم الى الكل والى المجهول وكونه كل المهر لان التسمية اقتضت كونه جزء فكونه كلاً يضاد مقتضى التسمية فيبطل لانه لم يحصل الرضا به فعلى هذا الاحتمال يفسد المعلوم ولا اعتبار به حينئذ لانه لا يجب دفعه فلا اعتبار بزيادته على مهر المثل ولا نقصانه لوجوب مهر المثل من غير التفات اليه .

(وثانيهما) احتساب المعلوم من مهر المثل لانه اقرب الى متناول العقد من عوضه ولتعلق الغرض بخصوصيات الاموال (وفيه نظر) فان علة وجوب مهر المثل فساد عقد المسمى فيرد عين معوضته فاذا تعذر لصحة النكاح وجبت قيمة العين ووجوب المعين تابع لصحة عقده اى صحة تسميته فوجوب مهر المثل والمعين يستلزم اجتماع النقيضين وهو محال فعلى احتسابه يحتمل وجهان (احدهما) ان يكون اداء لمهر المثل كمن سمي مقداراً من احد النقيدين وشرط ان يعطيها عيناً معينة بحساب قيمتها منه وعلى هذا الاحتمال ينسب المعلوم المذكور الى مهر المثل فاما ان ينقص عن مهر المثل او يساويه او يزيده عليه (فان) كان الاول ووجب الباقي (وان) كان الثاني تعين و(ان) كان الثالث لم تجب الزيادة والى هذا الاحتمال اشار

على الاول دون الثاني ، ولو تزوج واشترى واستاجر بسط على مهر المثل و ثمنه واجرته ولو تزوج به جارته و باعها منه بطل النكاح وسقط من المسمى بنسبة مهر المثل ولو تزوج بها واشترى منها ديناراً بدينار بطل البيع ووجب مهر المثل والا قوى ما يقتضيه التقسيط من المسمى ، ولو اختلف الجنس صح الجميع .

المصنف بقوله (على الاول) في قوله (فلوزادت قيمته عن مهر المثل لم تجب الزيادة) .
 (وثانيهما) انه يجب لكونه جزء من المسمى فيكون جزء من مجموع هو عوض وقد انسخ عقده في الجزء الآخر لمعنى فيه دون هذا الجزء فيسقط دون هذا الجزء الآخر ولا يمكن بطلان جزء من معوضه الذي هو البضع لصحة النكاح فيجب عليه جزء من قيمة معوضه و هو مهر المثل فنسبة جزء القيمة اليها كنسبة الجزء الباطل الى مجموع المسمى فاما ان يقسّم باعتبار العدد لعدم اعتبار قيمة الجزء المجهول كما لو تزوج على عبدوزق خمر على ما تقدم من الاحتمال فيجب من مهر المثل مع المعلوم النصف عوضاً عن المجهول المطلق لانه جزء فيه مالية فكان اولى من الحر والخمر باعتبار نفس الاثنية واما ان يقسط باعتبار المالية والمثل او القيمة فينزل المجهول على اقل ما يملك لثبوت مطلق الملكية و عدم التقدير فثبوت الاقل متعين والاصل عدم الزيادة فيقسم المعلوم على اجزاء اقل ما يملك ويضاف الى المجموع واحداً اخر هو اقل ما يملك عوضاً عن المجهول ويقسم مهر المثل على تلك العدة ويجب قسط جزء واحد منه مع المعلوم عوضاً عن الجزء المجهول فلو كان عدد المعلوم اذا قسم على اقل ما يملك عشرة اجزاء انضاف اليها واحد ويقسم مهر المثل على احد عشر جزء فيؤخذ منه جزء واحد يضم الى المعلوم ويكون هو المهر الواجب عليه والى هذا الاحتمال اشار المصنف بقوله (دون الثاني) في قوله لم تجب الزيادة في الاول دون الثاني فانها تجب .

قال قدس الله سره : ولو تزوج (الى قوله) التقسيط من المسمى .

اقول : اذا تزوج امرأة و اشترى منها ديناراً بدينار مع اتحاد الجنس فقد اشتمل هلى الربا فقد قيل يبطلان العقد لانه عقد واحد فلو صح في بعض ولزم في بعض لزم اتصاف عقد واحد بالصحة و البطلان في زمان واحد فيجتمع المتنافيان فيبطل

(الثالث) الشرط ولو شرط في العقد ما لا يخل بمقصود النكاح وان كان غرضاً مقصوداً في الجملة لم يبطل النكاح بل الشرط ان خالف المشروع مثل ان يشرط ان لا يتزوج عليها او لا يتسرى او لا يمنعها من الخروج او لا يقسم لضرتها فالعقد والمهر صحيحان ويبطل الشرط خاصة وكذا لو شرط تسليم المهر في اجل فان لم يسلمه كان العقد باطلاً فانه يبطل الشرط خاصة وفي فساد المهر وجه (١) فان الشرط كالعوض المضاف الى

عقد المهر والبيع لا النكاح واذا بطل المسمى وجب مهر المثل (والاقوى) اختيار والذى المصنف هنا ان لا مانع من صحة المهر فانه معلوم وهو ما يقتضيه القسمة على النسبة فلو كان مهر مثلها عشرة مثلاً قسم الدينار على احد عشر جزءاً لا تفاهما على جعله في مقابلة احد عشر وكان المهر عشرة اجزاء من احد عشر جزءاً من دينار ولزم فيه وبطل البيع في جزء من احد عشر جزءاً من دينار وهذا القدر من العلم كاف في كل مختلفين جمعاً في عقد واحد بعوض واحد ولا يلزم الرباء فيه فالمقتضى للصحة موجود و المانع منتف و يمتنع اتحاد العقد لاختلاف الايجابين واتحاد المختلفين في احد الجزئين لا يوجب الاتحاد في الماهية والعقد الواحد قد يكون سبباً لآخر وليس بسبب لآخر فالصحة والبطالان باعتبار اضافتين الى مضافين فلا ينافي وانما ذكر هذه المسألة ههنا لان بعضهم ابطل المسمى من حيث الجهالة .

قال قدس الله سره : ولو شرط في العقد (الى قوله) مهر المثل .

اقول : كل شرط لا يخل بالمقصود من النكاح بالذات فان لم يخالف المشروع صح ولو خالف المشروع بطل و لم يبطل النكاح بطلانه لان فساد العوض لا يؤثر فيه ففساد الشرط اولى واما الصداق فلا يبطل به ايضا لانه في مقابل الوطى خاصة ولا اعتبار بالشرط (ويحتمل) فساد المهر لما ذكره المصنف ولان الشرط ان كان لها فانما رضيت بالمسمى مع تلك الضميمة التابعة له ولم تحصل لها وان كان عليها فانما رضى الزوج ببذل المسمى ليحصل ذلك الوفق مع البضع ولم يحصل له قيمة يرجع اليها فوجب الرجوع الى مهر المثل (فعلى اطلاق) المصنف لافرق بين ان يزيد على مهر المثل او

(١) اى في فساد المهر في المسائل المذكورة وجه .

الصداق ويتعذر الرجوع الى قيمة الشرط فيثبت مهر المثل ، ولو شرط ان لا يقضها لزم الشرط فان اذنت بعد ذلك جاز وعندى فيه اشكال (وقيل) يختص بالمؤجل و لو شرط

ينقص او يساوى (واقول) يحتمل انه ان زادوا الشرط لها فالواجب المسمى لانه فدرضى يبذله مع المسامحة بترك حق فاذا لم تلزمه المسامحة فالرضا به اولى وكذا ان قصر وا الشرط عليها لانها قد رضيت مع ترك حق لها فلا معه اولى ولم يترجح عندى فى هذه المسألة شىء لعدم النص (وان اخل) بمقصود النكاح كأن شرط تسليم المهر فى اجل فان لم يفعل كان العقد باطلا و بطل الشرط اجماعا قيل والنكاح لانه اتى بلفظ يثبت النكاح و بآخر يرفعه وينافى صحته وليس ترجيح سبب الصحة على البطلان اولى من العكس فيتعارضان فيرجع الى اصل بقاء عدم النكاح والاولى صحة النكاح فقيل تاتى الشرط فى افساد الصداق لا نهما انما تراضيا به على هذا الوجه فيثبت مهر المثل واليه اشار المصنف بقوله ايضا (وفى فساد المهر وجه) وقيل لا يفسد المهر بل الشرط خاصة لانه عقد و شرط لا بشرط والا لكان باطلا (ولان) الموجب لثبوت الشرط العقد فلو كان الشرط شرطا فى صحته لزم الدور فاذا لم يصلح العقد لسببية ايجاب الشرط بطل الشرط ولم يؤثر فى العقد وهو الاقوى عندى و ان لم يخل الشرط بالمقصود من النكاح ولم تخالف المشروع صح الشرط .

قال قدس الله سره: ولو شرط ان لا يقضها (الى قوله) وقيل يختص بالمؤجل

اقول : الاول قول الشيخ فى النهاية والثانى قوله فى المبسوط قال ويبطل فى الدائم النكاح والشرط وتبعه ابن حمزة وقطب الدين الكيدى واختاره والذى المصنف قدس الله سره فى المختلف وابطل ابن البراج الشرط خاصة فيهما واختاره ابن ادريس و هو الاقوى عندى لما تقدم (احتج) الشيخ على قوله فى النهاية بما رواه اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال قلت لرجل تزوج بجارية عاتق على ان لا يقضها ثم اذنت له بعد ذلك فقال اذا اذنت له فلا باس (١) شرط فى الجواز الاذن والمشروط ينتفى باتقاء شرطه لان قضية الشرط ذلك وفيه دلالة على صحة النكاح والشرط وما رواه سماعة بن مهران عن

(١) تلمب ٣٥ خبر ٢ من ابواب المهور .

الخيار في النكاح بطل العقد وان شرطه في المهر صرح العقد والمهر والشرط فان اختار بقائه لزم والا يثبت مهر المثل ولو سمي لها شيئاً ولا يبيها شيئاً لزم مسمماً ها خاصة ، ولو امرها شيئاً وشرط ان يعطى اباها منه شيئاً (قيل) لزم الشرط. ولو شرط ان لا يخرجها من

الصادق عليه السلام قال قلت له رجل جاء الى امرأة يسألها ان تزوجه نفسها فقالت زوجتك نفسي على ان تلمس منى ما شئت من نظر اولمس وتنال منى ما ينال الرجل من اهله الا انك لا تدخل فرجك في فرجي وتلدز بما شئت فاني اخاف القضيحة قال ليس له منها الا ما اشترطت (١) (والجواب) ضعف سند الروايتين والاقوى عندي بطلان الشرط (ووجه الاشكال الذي ذكره المصنف الرواية وقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (٢) (ومن) ان وطى الحرة لا يستباح الا بالعقد والعقد الصحيح اللازم سبب تام في الاباحة وهاتان المقدمتان اجماعيتان فان لم يستبح بالعقد لم يستبح بغيره وان استبح به لم يتوقف على غيره .

قال قدس الله سره : ولو امرها شيئاً (الى قوله) لزم الشرط .

اقول : هذا قول بعض الاصحاب لانه شرط لا يخالف المشروع و يظهر من كلام ابن الجنيد انه ان شرطته الزوجة في نفس العقد لزم لانه جعله بعض الصداق ولقصة شعيب مع موسى عليه السلام وقال الشيخ في النهاية لو عقد على امرأة وسمى لها شيئاً ولا يبيها ايضاً شيئاً كان المهر لازماً له وما سماه لا يبيها لم يكن عليه منه شيء قال والدى في المختلف ان كان قد جعل للواسطة بلفظ الجعالة شيئاً في مقابل فعله لزم لانه جعل على فعل مباح و فعله المجهول له فلزم وان لم يكن على سبيل الجعالة لم يلزم وهذا هو الاصح عندي (والجواب) عن حجتهم اما الاول فلان الشرط من جملة المهر فهو للمرأة او للرجل فلا يصح لغيرهما وعن الثاني انها منسوخة فان المهر في تلك الشريعة كان للاب ثم نسخ بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن فريضة (٣)

قال قدس الله سره : ولو شرط ان لا يخرجها من بلدها قيل لزم للرواية

(١) تل ٣٥ خبر ١ من ابواب المهور .

(٢) تل ٣٩ خبر ٢ من ابواب المهور وفيه المسلمون الخ . (٣) النساء ٢٨

بلدها قيل لزم الشرط للرواية، وهل يتعدى الى منزلها اشكال ولو شرط لها مهراً ان لم يخرجها من بلدها وازيدان اخرجها فان اخرجها الى بلاد الشرك لم يلزمها احتبته ولها الزيادة وان اخرجها الى بلاد الاسلام كان الشرط لازماً وفيه نظر ولو شرط عدم الاتفاق بطل الشرط

اقول : هذا قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة وقال في الخلاف وابن ادريس لا يصح الشرط وهو الاصح عندي ولو رضيت بعد ذلك باخراجها جاز اجتماعاً وتمسك الشيخ في النهاية بما رواه ابو العباس في الصحيح عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج امرأةً وشرط لها ان لا يخرجها من بلدها قال يفي لها بذلك او قال يلزمه ذلك (١) (والجواب) المراد الاستحباب لان مقتضى النكاح تسلط الرجل على المرأة بالاستمتاع والاسكان وغير ذلك .

قال قدس الله سره : وهل يتعدى الى منزلها اشكال

اقول : هذا فرع على صحة اشتراط ان لا يخرجها من بلدها فانه على القول ببطلانه يبطل هذا الشرط قطعاً ومنشأه ان النكاح سبب بنص الشرع في ملك الزوج نقل الزوجة واسكانها اين شاء فلا يخالف الابنص ولم يرد في المنزل (ومن) عموم المؤمنون عند شروطهم والاصح الاول .

قال قدس الله سره : ولو شرط لها مهراً (الى قوله) وفيه نظر .

اقول : ما ذكره هنا قول الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج وابن حمزة لما روي في الحسن عن علي بن رثاب عن الكاظم عليه السلام قال: سئل وانا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على ان تخرج معه الى بلاده فان لم تخرج معه فمهرها خمسون ديناراً ارايت ان لم تخرج معه الى بلاده قال فقال ان اراد ان يخرج بها الى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك ولها مائة دينار التي اصدقها اياها وان اراد ان يخرج بها الى بلاد الاسلام ودار الاسلام فلهما اشترط عليها والمسلمون عند شروطهم وليس له ان يخرج بها الى بلاده حتى يؤدي لها اصدقها وترضى من ذلك بما رضيت وهو جائز له (٢) (واعلم ان

(١) ثلث ٣٩ خبر ١ من ابواب المهور .

(٢) ثلث باب ٣٩ خبر ٢ من ابواب المهور

(الرابع) استلزام ثبوته نفيه كما لو قبل نكاح عبد جعل رقبته صداق لحره اول من انعتق بعضها فان النكاح يبطل اما لو زوج ابنه من امرأة واصدقها ام ابنه او اخته من مال نفسه فسد الصداق (لأنها) لا تدخل في ملكها مالم يدخل في ملكه فيعتق عليه فيصح النكاح دون المهر .

(الخامس) ان زوج الولي بدون مهر مثلها فيصح العقد وفي صحة المسمى قولان، وكذا لو زوجه باكثر من مهر المثل فان المسمى يبطل وفي فساد النكاح اشكال ينشأ (من) التمسك بالعقد الذي لا يشترط فيه المهر ولا ذكره (ومن) بعد الرجوع الى مهر المثل دون

منشأ النظر انه شرط خالف مقتضى العقد فلا يصح (ومن) عموم الخبر (ولانه) يتعلق به غرض صحيح والاصح عندي قول ابن ادريس وهو انه لا يصح هذا الشرط .

قال قدس الله سره : الخامس ان زوج الولي (الى قوله) قولان .

اقول : هذا النوع الخامس من اسباب فساد المهر المسمى (فنقول) اما صحة العقد فلان المهر ليس بشرط في صحة النكاح لجواز اخلائه عنه وكل ما لا يتوقف ثبوته على ثبوته لا يؤثر عدمه في عدمه وفيه وجهان يأتیان في المسألة التي بعده واما المسمى فقال الشيخ في الخلاف يثبت لانه يصح معه العفو فعقده على الاقل اولي (اما الاولى) فلقوله تعالى **أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح** (١) (واما الثانية) فلان له اسقاط ما وجب فالاقصر على بعض مالم يجب اولي (ولان) المصلحة منوطة بنظر الولي فقد يكون تقليل المهر على هذا ترغيبا له اصلح له من مهر المثل او الزيادة عليه لغيره وقد يثبت في جزئيات الامور مالا يثبت في كلياتها وليست هذه بمعاوضة حقيقية وقيل يفسد التعويض (المسمى - خ ل) لوجوب مراعات القيمة في اموالها ومنافع املاكها ففي منافع بعضها اولي ومع فساد (المسمى - خ ل) يثبت مهر المثل بنفس العقد (اورد) زوج النبي ﷺ بنته بخمس مائة ومعلوم ان مهر بنته ﷺ لا يكون هذا القدر (واجيب) ان نظر النبوة يقيني والولاية اجتهادي وجاز ان يكون باذنها ولان النبي ﷺ اولي بالمؤمنين من انفسهم بخلاف الولي .

قال قدس الله سره : وكذا لو زوجه باكثر من مهر المثل (الى قوله) وامضائه

رضاهما وماقنعا به والاقوى ان مع فساد المسمى يثبت الخيار فى فسخ العقد وامضائه نعم
لواصدق ابنه اكثر من مهر المثل من مال الهجاز وان دخل فى ملك الابن ضمنا .
(السادس) مخالفة الامر فاذا قالت زوجنى بالف فزوجها بخمس مائة لم يصح العقد
(ويحتمل) ثبوت الخيار ، ولو قالت زوجنى مطلقا فزوجها باقل من مهر المثل فالاقرب

اقول : الكلام هنا فى موضعين (الف) فى المسمى فنقول انما رجع هنا بطلان
المسمى لان الزيادة على مهر المثل تشتمل على اضاعة مال المولى عليه لا بعوض يساويه
بخلاف نقصانه عن مهر المثل لان المقصود فى النكاح الاستمتاع والمهر تابع بالعرض
(ب) فى النكاح فقيل يفسد لان الزوجة لم ترض الا بالزائد على مهر المثل و الزوج
لم يرض الا بالاقل فاذا لم يحصل ما عليه التراضى لم يكن النكاح مرضيا به فلا يصح
لان العقود تابعة للقصد وهذا معنى قوله (من بعد الرجوع الى مهر المثل بدون رضاهما
وبدون ماقنعا به) فان ما تراضيا عليه لم يحصل وما اثبتوه لم يتراضيا عليه (قلنا) منقوض
بما لو اصدقها خمرا او مجهولا على الاصح وهو الصحة والاصح عندى انه يصح النكاح
لوجود المقضى وهو العقد وانتفاء المعارض اذ ليس الافوات المسمى وهو ليس بشرط
فى العقد فلا يصير شرطا لان الشرطية لا تكون بجعل غير الشارع اتفاقا ، وذكر المصنف
وجها ثالثا ، وهو انه يتخير من زاد عليه او نقص عنه لفوات وجه التراضى فلا يلزم ولا
يبطل لما مر (ولانه) ليس اقل من عقد الفضولى وهذا هو الاصح وهذه الوجوه آتية فى
المسألة المتقدمة فقوله (وفى فساد النكاح) اى مع بطلان المسمى فى المسألتين .

قال قدس الله سره : السادس مخالفة الامر (الى قوله) ويحتمل ثبوت الخيار .
اقول : هذا هو النوع السادس من اسباب فساد المهر وهو مخالفة الوكيل ما عينه
الموكل (ووجه البطلان) ان امرها بالعقد بالف يستلزم النهى عن الاقل فيبطل المنهى
عنه كما لو صرحت بالنهى (ووجه الاحتمال) انه بالنسبة الى غير المأمور به فضولى و
عقد الفضولى يقف على الاجازة على القول بوقوفه وعلى القول ببطلانه يبطل .

قال قدس الله سره : ولو قالت زوجنى مطلقا (الى قوله) الى مهر المثل .

اقول : المراد بقوله مطلقا اى اطلقت قولها زوجنى وليس تماما لقولها زوجنى بان

الرجوع الى مهر المثل ، ولولم يذكر مع الاطلاق المبراحتمل الصحة للامثال والفساد
اذ مفهومه ذكر المهر عرفا ومع التقييد يحتمل الفساد والخيار فيثبت مهر المثل ولو قالت
تصرح وتقول زوجنى واطلق اى النكاح من ذكر المهر وعدمه (ووجه القرب) انها اذنت
فى العقد ولم تقدّر المهر وتقدير المهر وذكره حينئذ ليس بشرط شرعا ولا بحسب امرها
فلا يتوقف عليه الرضا ولا العقد فصح العقد وانما يرجع الى مهر المثل لان اطلاق الامر
يقضى عدم النقصان عن مهر المثل لانه ينصرف الى الغبطة وهى مهر المثل او ازيد (ويحتمل)
ضعيفا فساد العقد لان الاطلاق ينصرف الى مهر المثل فكان بمنزلة مالوعين (فان قلنا) فى
صورة التعيين بعدم فساد العقد فهنا اولى (وهو ظاهر) وان قلنا بفساد العقد ثم احتمله هنا
تنزيلا للتحوى منزلة الصريح وهو ضعيف جداً لان دلالة المفهوم يشترط فيها كون
المسكوت عنه اولى من المنطوق وليس هنا (ولان) الامر بالكلى تخيير بين الجزئيات
ومنع القرينة ظنى لانه اعم ولا دلالة للعام على الخاص والقرينة العرفية ظنية واللفظية
أقوى منها ولا يرد النقص بالبيع لانه معاوضة محضة بخلافه هنا .

قال قدس الله سره : ولولم يذكر مع الاطلاق (الى قوله) ذكر المهر عرفا .

اقول : الضمير فى قوله (يذكر) راجع الى الوكيل اى اذا اطلقت المرأة الاذن
بالعقد فاخلاه الوكيل عن ذكر المهر والحق عندى الاول لان المأتم به مطابق للاذن فاذا
كان المطلق يقضى مهر المثل كان اطلاق العقد كذكر مهر المثل فان اذنها فى النكاح
والسكوت عن المهر ليس بتفويض لاقتضاء الاذن المهر لانه عقد معاوضة اعتبار والاذن فى
مطلق المعاوضة ينصرف الى مهر المثل .

قال قدس الله سره : ومع التقييد (الى قوله) مهر المثل .

اقول : اى لو قيدت الاذن فى العقد بالمهر فزوجهما مطلقا من غير ذكر المثل (يحتمل)
فساد العقد للمخالفة كما تقدم وثبوت خيار الفسخ لها لانه لا ينقص مرتبة عن عقد الفضولى
ومع الصحة يثبت مهر المثل (لا يقال) اطلاق العقد تفويض فاذا رضيت به لم يثبت مهر المثل
بمجرد العقد لانه حكم التفويض (لانا نقول) لا نسلم ان اذنها فى النكاح بمهر واهمال
الوكيل ذكر المهر تفويض لما تقدم (ولان) النكاح يعقد بالمهر فى الغالب فيحمل

زوجة جنى بما شاء الخاطب فهو تفويض يأتي ولو عرف ماشاء فقال زوجتك بما شئت صح وليس تفريق الصفقة سببا للفساد فلو اصدقها عبداً يساوي الفين على ان ترد عليه النصفه صدق ونصفه في حكم مبيع فلوارادت افراد الصداق او المبيع بالرد بالعيب جاز بخلاف رد نصف المبيع .

الفصل الثالث في التفويض وهو قسمان

(الاول) تفويض البضع وهو اخلاء العقد من ذكر المهر بامر من يستحق المهر وليس مبطلا مثل زوجتك نفسى او فلانة فيقول قبلت سواء نفى المهر او سكت عنه ، فلو قالت على ان لامر عليك صح العقد ولو قالت على ان لامر عليك في الحال ولا في ثانيه (احتمل) الاذن على العادة الغالبة فيكون قول الوكيل زوجتك بمنزلة زوجتك بمهر وفيه كلام يأتي في التفويض او نقول مراد المصنف (يثبت مهر المثل) بالدخول و الاول هو الاصح لان الوكيل لا يملك التفويض الا بالنص عليه منها فمع عدم نصها عليه يبطل التفويض و يبطلانه يقتضى ثبوت مهر المثل فيثبت مهر المثل و الاصح عندى بطلان العقد .

الفصل الثالث في التفويض

وهو قسمان (الاول) تفويض البضع

قال قدس الله سره : فلو قالت على ان لامر عليك (الى قوله) لا نه جعلها موهوبة .

اقول : تفويض البضع اخلاء العقد عن ذكر المهر بامر مستحقة وله صورتان (الاولى) ان تقول زوجتك نفسى ولا تذكر مهراً فيقول قبلت (الثانية) ان يقول زوجتك نفسى ولا مهر عليك اى بنفس العقد في الحال ثم فرع المصنف على ذلك انه لو قالت زوجتك على ان لامر عليك في الحال ولا في ثانيه اى بعد الدخول ، قال المصنف احتمل الصحة (لانه) معنى ان لامر عليك لان (مهر) نكرة والنكرة في معرض النفي تعم (وفيه نظر) لان نفي النكرة تعم الافراد الا زمان والآله يبق فرق بين الدوام والاطلاق العام (ويمكن) ان يقال يلغو المنفى في المستقبل ويصح النفي في الحال (اما) في المستقبل فظاهر (واما) صحته في الحال فلانه نص على التفويض (ووجه الثاني) وهو بطلان النكاح ان النكاح

الصحة لانه معنى ان لامر عليك (والبطلان) لانه جعلها موهوبة، ويصح التفويض الى البالغة الرشيدة دون من اتقى عنها احدا الوصفين نعم لو زوج الولى مفوضة او بدون مهر المثل صح (قيل) ويثبت مهر المثل بنفس العقد (وفيه اشكال) ينشأ (من) اعتبار المصلحة المنوطة بنظر الولى فيصح التفويض وثوقا بنظره (فعلى الاول) لو طلقها قبل الدخول فنصف مهر المثل و (على الثانى) المتعة و للسيد تزويج امته مفوضة فان باعها قبل الدخول فجاز المشتري كان التقدير الى الثانى والزوج ويملكه الثانى ، ولو اعتقها قبله فرضيت فالمهر

بغير مهر فى الحال ولا فى المستقبل هبة من المرأة نفسها ونكاح الموهوبة مخصوص بالنبي ﷺ وقد ذكر المصنف وجهين ان يكون تفويضا صحيحا (ب) فساد النكاح (وبقى) هنا وجه آخر انه تفويض فاسد واذ افسد التفويض وصح النكاح وجب مهر المثل ، و الاقوى عندى بطلان العقد لان التفويض نفي شرط المهر أو شرط نفيه فى الجملة ولا ينافى مقتضى العقد لانه ثبت المهر بالوطى ونفى المهر دائما بالعقد والوطى ينافى مقتضى العقد وكل شرط ينافى مقتضى العقد يبطل العقد (مسألة) مفوضة البضع لا يجب لها مهر بالعقد لما رواه منصور بن حازم قال قلت لابي عبدالله عليه السلام فى رجل يتزوج امرأة و لم يفرض لها صداقا قال لاشيء لها من الصداق فان كان دخل بها فلها مهر نساءها (١) قال قدس الله سره: ويصح التفويض الى البالغة (الى قوله) وثوقا بنظره.

اقول : هنا مسألتان (الف) اذا زوج الولى المجرى مفوضة صح النكاح لانه ليس من شرطه ذكر المهر والبحث فى التفويض قال الشيخ لا يصح لانه تملك بعقد معاوضة فلا يجوز للولى اخلاؤه عن العوض كسائر المعاوضات قوله (وقيل يثبت مهر المثل) اشارة الى قول الشيخ انه اذا افسد التفويض وصح النكاح ثبت مهر المثل بنفس العقد والا لزم صحة التفويض لانه معناه (ويحتمل) صحة التفويض بما ذكره المصنف ، و يتفرع على الاحتمالين ما اذا طلقها قبل الدخول فانه يجب على وجوب مهر المثل بنفس العقد - نصف مهر المثل وعلى صحة التفويض - المتعة (ب) اذا زوجها بدون مهر المثل وقد مضى البحث فيه .

لها والتقدير اليها واليه ثم المفوضة تستحق عند الوطى مهر المثل وان طلقها قبله بعد فرض المهر ثبت نصف المفروض وقبله المتعة ولا يجب مهر المثل ولا المتعة بنفس العقد فلومات احدهما قبل الدخول والطلاق والفرض فلا شيء وبعد الدخول مهر المثل وبعد الفرض المفروض ، ولو تراضيا بعد العقد بالفرض وهو تقدير المهر وتعيينه صح سواء زاد على مهر المثل او ساواه او قصر عنه وسواء علما مهر المثل او احدهما او جهلا.

والاعتبار في مهر المثل بحال المرأة في الجمال والشرف وعادة اهلها مالم يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم فان تجاوزت ردت اليها وهل المعتبر العصباء او الاقارب مطلقا اشكال اما الام فليست من نسبها فلا يعتبر بها نعم يعتبر في اقاربها (ان يكونوا) من اهل

قال قدس الله سره : والاعتبار في مهر المثل (الى قوله) اشكال .

اقول : هي هنا مقدمة ، وهي ان الفقيه يجب عليه ان يعرف مهر المثل على وجه كلي قانوني لانه يبحث عنه في مواضع (منها) وطى الشبهة ، ووطى المكروهة ، ومفوضة البضع ؛ والتفويض والتسمية الفاسدان (ومنها) التقييط عليه ، فلذلك ذكره المصنف وهو القدر الذي يقضى عقل المعاش ببذله في مقابلة نكاح مثل المرأة من غير زيادة ونقصان وقد ذكر المصنف لضابطه امورا .

(الف) الجمال (ب) الشرف واقتصر عليهما المفيد رحمه الله ، وقال ابو الصلاح السن والجمال والتحسين (ج) النسب والاجود انه الركن الاعظم فيه ، ثم اختلف الاصحاب في النسب المعتبر ، فقال الشيخ في الخلاف والمبسوط المعتبر الاقارب مطلقا كلام والاخت ومن هو في جهتهم ، وقال ابن حمزة يعتبر نساء اهلها من كلا الطرفين الاقرب فالاقرب ، وقال ابن البراج المعتبر قرابة الاب من الاناث على ترتب العصباء (احتج) الشيخ برواية عبدالرحمن بن ابي عبدالله عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقها ثم دخل بها قال لها صداق نساها (١) والنساء شامل للعصباء وغيرها (د) قال الشيخ في المبسوط كل امر يختلف المهر لاجله فانه يعتبر به ، وقال ابن حمزة يعتبر كلما يختلف المهر لاجله من العقل والحق والجمال والديانة واليسار والاعسار و

بلدها فان البلاد تتفاوت في المهور (وان يكونوا) في مثل عقلها وجمالها ويسارها وبكارتها
وصراحة نسبها وكل ما يختلف لاجله النكاح.

والاقرب عدم تقديره بمهر السنة في ما شبه الجنابة كالنكاح الفاسد ووطى الشبهة
والاكراه ، والمعتبر في المتعة بحال الرجل فالغنى يمتع بالدابة والثوب المرتفع او عشرة
دنانير والمتوسط بخمسة او الثوب المتوسط والفقير بدينار او خاتمه وشبهه ولا يستحق المتعة
الا المطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها ، ولو اشترى زوجته فسد النكاح ولا مهر
ولامتعة وللمفوضة المطالبة بفرض المهر لمعرفة ما يستحق بالوطى او التشطير بالطلاق و
ولها حبس نفسها للفرض والتسليم .

ولو اتفقا على الفرض جاز ، وان اختلفا ففي فرض الحاكم اذا ترافعا اليه نظر اقر به انه

البكارة والثبوة وصراحة النسب وضدها (هـ) السن واعتبرها الشيخ في المبسوط وابن
البراج و ابو الصلاح وهو حسن لاختلاف الاغراض في زيادة المهر بنقصانها و نقصانه
بزيادتها (و) اعتبر بعض علمائنا البلدة ولم يعتبرها آخرون وهو الاقوى .

قال قدس الله سره : والاقرب عدم تقديره (الى قوله) والاكراه

اقول : في هذه المسألة اقوال ثلاثة (الف) انه يعتبر فيرد مهر المثل الى مهر

السنة ان زاد عليه مطلقا وهو اختيار اكثر الاصحاب لما رواه ابو بصير عن الصادق عليه السلام :

قال سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم ان يسمى صداقها حتى دخل بها . قال السنة والسنة

خمس مائة درهم (١) قال والدى في المختلف وهو غير دال على المطلوب صريحا (ب) انه

لا يعتبر مطلقا لمادلت الاخبار المطلقة عليه (ج) اختيار المصنف هنا (ووجهه) ان هذا

في الحقيقة قيمة متلف فلا يتقدر بمهر السنة لان المتقدر المهر وهذا ليس بمهر في الحقيقة

وكل متلف مضمون ليس بمثل فمضمانه بقيمته هذا وجه القرب (و يحتمل) ضعيفا ان

لا يتجاوز مهر السنة لعموم الرواية (قلت) السند ضعيف و المتفق عليه في المفوضة .

قال قدس الله سره : ولو اتفقا على الفرض (الى قوله) مهر المثل .

اقول : منشأ النظر (ان) النكاح يتعلق بالزوجين فلا مدخل لغيرهما فيه (ولانه)

لا يجب المهر بالعقد لانه لو مات احدهما لم يجب شيء ولا يتقدر الا بالتراضي وتقدير

يفرض مهر المثل ولو فرضه اجنبى ودفعه اليها ثم طلقها احتمل المتعة فترد على الاجنبى لان فرض الاجنبى يوجب على الزوج مالا وليس وليا ولا وكىلا فكان وجود فرضه كعدمه والصحة لانه يصح قضاؤه عنه فصح فرضه ويرجع نصفه اما الى الزوج لانه ملكه حين قضى به ديننا عليه او الى الاجنبى لانه دفعه ليقضى به ما وجب لها عليه وبالطلاق سقط وجوب النصف فيرد النصف اليه لانه لم يسقط به حق عن قضاء عنه ، و لو لم ترض بما فرضه الزوج بطل الفرض فان طلقها قبل الدخول فالمتعة ولم يكن لها نصف ما فرضه وان كان قد رضى به لانها لم تقباه ويقبل فرضه اذا كان بقدر مهر المثل فصاعداً و ان كان محجوراً عليه للفلس و يلزمه و ان زاد عن مهر السنة لكن تضرب المرأة مع الغرماء بمهر المثل فى المحجور عليه وتتبع بالزيادة بعد فكها اما لو فرض اقل فان كان بقدر السنة فالاقوى للزوم.

الحاكم قهرى فلا يتحقق فيما لا يثبت الا بالتراضى (ومن) حيث ان الحاكم نصب لرفع النزاع لانه به يتم نظام النوع (ولانه) ولى الممتنع فرضه كفرضهما مع التعاسر وقد اختار والدى المصنف قدس الله روحه فى هذا الكتاب انه يفرض بقدر مهر المثل لا يجوز الزيادة والنقصان كما فى قيم المتلفات نعم الزيادة و النقصان بقدر يسير يقع فى محل الاجتهاد وهو كما يتغابن بمثله فى المعاملات .

قال قدس الله سره : و لو فرضه اجنبى (الى قوله) فيصح فرضه .

اقول : الحق عندى انه لا يصح فرض الاجنبى و قوله (يصح قضاؤه عنه) ممنوع

لانه انما يصح قضاء ما وجب عليه ولا يجب بالعقد وانما يجب بالتراضى .

قال قدس الله سره : اما لو فرض اقل فان كان بقدر السنة فالاقوى للزوم .

اقول : من احكام تفويض البضع تقدير المهر بالتراضى الا ان يفرض الزوج

مهر المثل قدراً و جنساً فيلزم ولا يعتبر رضا المرأة لعدم اجابتها الى الزيادة و النقصان

هبة وكذا لو فرض ازيد من مهر المثل اما لو فرض اقل (فاما) ان ينقص عن مهر السنة

اولا (والاول) لا يصح الا بالتراضى اجماعاً (والثانى) يحتمل لزومه فيرد مهر المثل الى السنة

والزيادة تبرع من الزوج ولانها لو كان التقدير اليها لم يجز لها التجاوز عن مهر السنة

فلا يجوز لها طلب الزيادة مع فرض الزوج (ويحتمل) المنع للمعين لان الزوج ملك

وينبغي ان لا يدخل بالمفوضة الأبعد الفرض و لو وطىء المفوضة بعد سنين وقد تغيرت صفتها وجب مهر المثل معتبراً بحال العقد و مهر المثل حالاً ، ولو كان الزوج من عشيرتها والعادة في نساؤها تخفيف المهر للقريب وخفف وكذا لو خفف عن الشريف ، و يجوز اثبات الاجل في المفروض والزيادة على مهر المثل سواء كان من جنسه او لا ولو ابرأته قبل الوطى او الفرض والطلاق من مهر المثل او المتعة او منهما لم يصح ، ولو قالت اسقطت حق طلب الفرض لم يسقط و لو كان نساؤها ينكحن بالف مؤجلة لم يثبت الاجل لكن ينقص بقدره منها ولو سامحت واحدة من العشيرة لم يعتبر بها و الاعتبار في الوطى في النكاح الفاسد بمهر المثل يوم الوطى و اذا اتحدت الشبهة اتحد المهر وان تعدد الوطى و لو لم يكن شبهة كالزاني مكرها وجب بكل وطى مهر و اذا وجب الواحد بالوطى المتعدد اعتبر ارفع الاحوال ، و لو دخل ولم يسم شيئاً وقدم لها شيئاً قيل كان ذلك مهرها ولا شيء لها بعد الدخول الا ان يشارطه قبل الدخول على ان المهر غيره و لو فرض الفاسد طولب بغيره .

بضعها لامجانا لا استحالة هبة البضع و لا تقدير بالتسمية فيملك ان يملك مهر المثل و الفرض عوض عنه فلا يلزمها النقيصة و الاصح الاول (وقولهم) يملك ان يملك مهر المثل (قلنا) بل يملك مهرأ و لا يتقدر في نفسه عند التسمية فكذا عند الفرض لانه ليس اولى منها .
قال قدس الله سره: و لو دخل ولم يسم شيئاً (الى قوله) على ان المهر غيره
اقول: هذا القول قول الشيخين ، وابن البراج ، وسار ، وابن ادريس اعتماداً
 على رواية ابي عبيدة والفضيل في الصحيح عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة فدخل بها واولدها ثم مات عنها فادعت شيئاً من صداقها على ورثة زوجها فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث قال فقال اما الميراث فلها ان تطلبه واما الصداق فان الذي اخذت من الزوج قبل ان تدخل عليه فهو الذي حل للزوج به فرجها قليلا كان او كثيراً اذهى قبضته منه و قبلته ودخلت عليه فلا شيء لها بعد ذلك (١) وقال ابن حمزة ان ادعت المرأة انه هدية و الزوج انه مهر فالقول قول الرجل مع اليمين فان حلف سقطت دعواها وان نكل لزم لها مهر وان رد اليمين كان له ذلك ، قال والدى قدس الله سره كانت عادة العرب

(الثاني) تفويض المهر وهو ان يذكر المهر على الجملة مبهما ويفوض تقديره الى احد الزوجين او اجنبى على اشكال مثل زوجتك على ان تفرض ما شئت او ما شئت او ما شاء زيد فان كان تقديره الى الزوج لم يتقدر قلة وكثرة بل يلزم ما يحكم به سواء زاد عن مهر المثل او نقص وان كان الى الزوجة لم يتقدر قلة واما الكثرة فلا تزيد على خمسمائة درهم ولوطلقها قبل الدخول الزم من اليه الحكم به و يثبت لها النصف ما لم تزد المرأة عن مهر السنة ولومات الحاكم قبله وقبل الدخول فلها مهر المثل (ويحتمل) المتعة بخلاف مفوضة البضع حيث رضيت بغير مهر (وقيل) ليس لها احدهما .

في القديم انه مع تقديم شيء وعدم التقدير يكون المقدم مهرا فان اعتاد قوم ذلك حمل على العادة ، والاقوى عندي انه تفويض (تعويض-خل) فان قصدا لدفاعه انه مهر كان فرضا فله حكم الفرض .

الثاني تفويض المهر

قال قدس الله سره : وهو ان يذكر المهر (الى قوله) على اشكال

اقول : ينشأ (من) انه نوع توكيل اذ هما قد تراضيا عليه وقد شرطاه في عقد لازم والاصل الصحة ولقوله بِإِذْنِ اللَّهِ المؤمنون عند شروطهم (١) (ومن) حيث ان المهر يتعلق بالزوجين ولجواز اجفافه باحدهما ولانه حكم شرعى لم يرد النص عليه .

قال قدس الله سره : ولومات الحاكم قبله (الى قوله) وقيل ليس لها احدهما .

اقول : يريد بالحكم احد الزوجين (ووجه الاول) انه استحق عليه بالعقد المهر ولم يعين الحاكم فيرجع الى قيمة المعوض وهو مهر المثل (والثاني) قول الشيخ في النهاية اجراء للموت مجرى الطلاق (ولما) رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة على حكمها او حكمه فمات او ماتت قبل الدخول فقال لها المتعة والميراث ولا مهر لها (٢) (ووجه الثالث) انه انما يستحق بالحكم او الدخول

(١) تقدم غير مرة .

(٢) مثل ب ٢١ خبر ٢ من ابواب المهور

الفصل الرابع فى التنصيف والعفو

اذا دخل الرجل بالوطى قبلا او دبراً استقر كمال المهر وتملك الجميع بالعقد فالنماء والزيادة لها سواء طلقها قبل الدخول اولا ولها التصرف فيه قبل قبضه ، ولا يجب بالخلوة وان كانت تامة على رأى فان كان قد سلمه والا كان ديناً عليه لا يسقط بالدخول طالبت المدة او قصرت فان طلق قبل الدخول وجب عليه نصف المسمى والفسخ كالطلاق الا ما يكون لعب غير العنة فانه يقتضى سقوط جميع المهر ثم المطلق ان كان قد دفع ولم يحصل والحصر ممنوع، وقال ابن ادريس ان كان تزوجها على حكمها او ماتت قبله فلا يلزم شيء وان تزوجها على حكمه لزم جميع ما يحكم به، والاصح عندى قول الشيخ فى النهاية

الفصل الرابع فى التنصيف والعفو

(مقدمة) التنصيف ملك الزوج نصف المهر الواجب بالعقد او القرض كالمسمى ومهر المثل مع فساد التفويض وكما لو طلق مفوضة المهر بعد فرضه بالطلاق (قيل) او ما لزمه الشارع به قبل الدخول (وتحته دقيقة) وهى ان النكاح ليس بمعاوضة محضة لان ارتفاع المعاوضة المحضة قبل تسليم احدا العوضين يسقط العوض الآخر ولا يوجب البعض ويسقط البعض والاصل فيه قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم (١) وقولنا بالطلاق لانه عقب استحقاق نصف ما فرضتم بالطلاق بالفاء وهو ايماء الى العلة (خلافاً) لبعض الشافعية، قال ان الطلاق يثبت له خيار الملك كالشفعة.

قال قدس الله سره : ولا يجب بالخلوة وان كانت تامة على رأى

اقول : قد تقدم البحث فى هذه المسألة .

قال قدس الله سره : ثم المطلق ان كان (الى قوله) او نصف قيمته .

اقول : بل الاولى عندى قيمة نصفه لانه فرق بين نصف قيمته وقيمة نصفه لان

الشيء اذا بيع كملا كانت قيمته اكثر مما اذا بيع مناصفة .

المهر استعاد نصفه فان كان قد تلف فنصف مثله ونصف قيمته فان اختلفت في وقت العقد والقبض لزمها الاقل من حين العقد الى حين التسليم وان تعيب قيل يرجع في نصف القيمة ، والا قرب في نصف العين مع الارش ، اما لو نقصت قيمته لتفاوت السعر فان له نصف العين قطعاً وكذا لو زادت لزيادة السوق ويضمن النقص مع التالف دون الزيادة وان زادت منفصلة فالزيادة لها خاصة وان كانت متصلة تخيرت بين دفع نصف العين الزائدة او دفع نصف القيمة من دونها ، ولو زادت ونقصت باعتبارين كتعليم صنعة ونسيان اخرى تخيرت في دفع نصف العين او نصف القيمة فان اوجبتنا عليه اخذ العين اجبر عليها والا تخيرنا ايضا . ولو تعيب في يده لم يكن له الا نصف المعيب فان كان قد دفع ارشاً يرجع بنصفه ايضا ولا يشترط في الزيادة زيادة القيمة بل ما فيه غرض مقصود وحمل الامة زيادة من وجه ونقصان آخر ، وفي البهيمة زيادة محضة الا اذا اترفي افساد اللحم والزرع للارض نقص والطلاق مقتض لملك الزوج لان يملك باختياره فلوزاد بعد الطلاق قبل الاختيار فله نصف الزيادة ، ولو زال ملكها بجهة لازمة كالبيع والعق والهبه لزم مثل النصف او قيمته فان عاد بعد الدفع سقط حقه وقبله يرجع في العين ولو تعلق به حق لازم كالرهن والاجارة تعين البدل فان صبر الى الخلاص فله نصف العين ولو قال انا ارجع فيها واصبر

قال قدس الله سره : فان اختلف في وقت العقد (الى قوله) مع الارش .

اقول : منشأ القولين قوله تعالى فنصف ما قرضتم (١) (و ما) بمعنى الذي ، فهل المراد الماهية او مع جميع الاوصاف التي تتفاوت القيم بها فالثاني على الاول والاو على الثاني ، وانما وجب الارش لكونه مضمونا عليها لانه قبضته على انه لها ، وفي هذه المسألة غير ما ذكر المصنف قولان (الف) قوله في المبسوط فانه قال يتخير بين اخذ نصف العين وبين نصف القيمة ولم يذكر الارش (ب) قول ابن البراج انه ان كان النقص من فعلها او بامر سماوي يتخير بين اخذ نصفه ناقصا وبين تضمينها نصف قيمته وان كان العيب من قبل اجنبي لم يكن له سبيل على المهر ويضمنها نصف القيمة يوم قبضته .

قال قدس الله سره : ولو تعلق به (الى قوله) فله ذلك .

حتى تنقضى الاجارة احتمل عدم الاجابة واجباره على اخذ القيمة اذا دفعتها لانه يكون مضمونا عليها ولها ان تمتنع منه الا ان يقول انا اقبضه وارده الى المستاجر امانة او تسقط عنها الضمان على اشكال فله ذلك ، ولو كان البيع بخيار لها اولم تقبض الهبة او دبرت على اشكال فيهما تخيرت في الرجوع ودفع نصف العين وفي دفع نصف القيمة فان

اقول: هنا مسألتان (الف) ان يقول انا ارجع واصبر الى الخلاص فقيه احتمالا ان (احدهما) عدم الاجابة لانه مضمون على المرأة لا بعد وان ولا يخلص من الضمان الا بقبضه او قبض عوضه فلا بد من جعل طريق الى ابراء ذمتها والالزم الحرج في شرعية الحكم وهو باطل بالآية وتعذرت العين فينتقل الى القيمة واليه اشار بقوله (ولها الامتناع) اي الامتناع من بقاء حق حال غير مؤجل في ذمتها مع وجود المستحق غير محجور عليه فلما كان كذلك فللمستحق عليه الزام صاحب الحق بقبضه لبراءة ذمته و هذا كاف في الدليل (ويمكن) ان يقال جازان يزيد القيمة فيضمنها فيريد التخلص وهو ضعيف لانه ضمان للزيادة ليس بسببه بل هو بسببها وهي المانعة للعين مع وجوبها له و ضمانها اياها (والثاني) الاجابة لانه لامنافاة بين تجدد ملك العين وانتقالها الى الغير واستمرار الاجارة. فاذا رضى بفوات المنافع اجيب لوجود العين فيتناولها الآية ولا مانع .

(ب) لو قال انا ارجع بالعين واسقط الضمان ففي صحة اسقاط الضمان اشكال منشأ (انه) هل يصح الابراء من الاعيان المضمونة قبل القبض ام لافيه اشكال منشأ دوام السبب الموجب للضمان وهو دوام تصرفها (ومن) حيث انه رضى بكونه في يد المستأجر والضمان هنا مخفف بخلاف الغاصب فصح اسقاطه ، والاقوى عندي عدم الصحة لان الاسقاط شيء ثابت في الذمة والضمان يتجدد آناً فآناً .

قال قدس الله سره: ولو كان البيع بخيار لها (الى قوله) لم يكن له اخذ العين
اقول: الاشكال في الهبة مع عدم الاقباض والتدبير ومنشأ الاشكال في الهبة (من) حيث ان الهبة لا تتم الا بالقبض فهي كلا تصرف (ومن) حيث انها تصرفت تصرفاً شرعياً فلا يجوز لغيرها ابطاله وكون الهبة مشروطة بالقبض بالنسبة الى المالك ومنشأ في التدبير (ان) التدبير وصية ليس بلازم (ومن) حيث انه طاعة مقصودة فليس للزوج تفويتها

دفعت القيمة ثم رجعت لم يكن له اخذ العين ويقوى الاشكال في الوصية بالعتق .
ولو كان الصداق صيداً فاحرم ثم طلق احتمل رجوع النصف اليه لانه ملك قهري

كالزيادات المتصلة (ولان) ابطالها ضرر عليها (وتعلق) حق الحرية به ولا عوض للعبد
عنه والمولى له عوض عنه فكان تقديم الاول اولى ، والحق عندى استحقاقه العين في
الصورتين (لان) المعتبر في الوصية ملك الميت عند الوفاة (ولزوال) التدبير بخروج الملك
اختياراً فاستحقاقه قهراً اولى .

قال قدس الله سره : ويقوى الاشكال في الوصية بالعتق

اقول : فرق بين التدبير والوصية بالعتق لان التدبير (قيل) عتق معلق (ولانه)
ينعتق بنفس الموت من غير احتياج الى ايقاع صيغة (ولان) التدبير لا يبطل بزوال ملك
المدير وتجدد ملك غيره بعده بخلاف الوصية بالعتق في ذلك كله عند الشيخ واذا احتمل
بطلانه فاحتمال بطلان الوصية بالعتق اولى وان قلنا انه لا يبطل التدبير يحتمل ابطال
الوصية لضعفها ويضعف احتمال تقديمها (ووجه) الاحتمال تعلق حق لازم بالنسبة الى غير
الموصى (ووجه) ضعفه تجدد ملك غيره قهراً و (وجهه - خ) انه لم يخرج عن ملكه
ولم يتعلق به حق لازم على الموصى وحق الزوج لازم عليه متعلق بالموصى بعته فيقدم
حق الزوج وهو الاصح عندى .

قال قدس الله سره : ولو كان الصداق صيداً (الى قوله) وعليه قيمة نصيبها .

اقول : اعلم ان هذه المسألة مبنية على اصلين (احدهما) ان عود نصف الصداق
الى الزوج بنفس الطلاق وهو مذهب شيخنا و كثير من الاصحاب لقوله تعالى فنصف ما
فرضتم (١) اى فلكم نصف ما فرضتم بالطلاق كقوله تعالى **ولكم نصف ما ترك اذوا اجكم (٢)**
ولانه عقب الطلاق بملك النصف بالفاء فلا يتأخر عنه (وثانيهما) ان اختيار السبب
هل هو اختيار المسبب فقال بعض المتكلمين لا وقيل بلى (فعلى الاول) يرجع نصف الصيد
الى ملك المحرم لانه ملك قهري فكان كالأرث لان الطلاق لا ينشأ لاجتلاب الملك بل

كالارث فان غلبنا حق الله تعالى وجب ارساله وعليه قيمة نصف نصيبها ولو امهر المدبرة ثم طلق قبل يتحرر بموته و(قيل) (قبله - خل) بينهما نصفان ، و الحق بطلان التدبير بالاصداق ، و اذا كان الصداق ديناً او اتلفه صح ان يبهبه بلفظ الهبة والابراء والعفو و لا يقتصر الى القبول ، ولونلف في يدها فعفا الزوج او وهبها او ابرأها بعد الطلاق صح . ولو عفا الذى عليه المال لم ينتقل عنه الا بالتسليم ولو كان المهر عيناً لم يزل الملك بلفظ العفو والا براء فان وهب افتقر الى القبول والا قباض وفي اجراء العفو مجرى الهبة نظر .

القصد الفراق و عود النصف الى الزوج حكم رتبته الشارع عليه قهراً فساوى الارث (وعلى الثانى) ليس له اختيار تملك الصيد مادام محرماً فينتقل الى القيمة لوجود المانع (والاقوى) عندى الاول (لان) ايجاب القيمة على المرأة مع وجود العين من غير سببها ولا تصرف منها ضرر عظيم عليها (ولانه) كما لو ظهر فى ثمنه المعين عيب بعد احرام بايعه فرد الثمن كان للمشتري رد العين اذ ليس للبايع سواها فكذا هنا (ولانه) لا يمنع من عود الكل بالردة فلان لا يمنع النصف اولى (وفيه نظر) للفرق بعدم القدرة هنا على السبب ويتفرع على عود العين اليه وجوب ارساله عليه ولا يمكن الا بارسال الكل فيتعارض حقها وحق الله تعالى ويجب تغليب حق الله تعالى هناك كما لو احرم ويده صيد مغصوب فانه يجب ارساله ويضمن فكذا هنا فيرسله ويضمن نصف قيمته لها وهذا هو الاصح عندى و (لما) لم يذكر المصنف حكم تغليب حق الأدمى وحكم تساويهما (ومسائل فيهما - خ) وما يلزمها ويتفرع عليها (اعرضنا) نحن عنها مخافة التطويل .

قال قدس الله سره : ولو امهر المدبرة (الى قوله) بالاصداق

اقول : الاول قول الشيخ فى النهاية و ابن البراج و اتباعهما بناء على مذهبه من ان التدبير لا يبطل بتجدد ملك بعده (ووجه الثانى) استقرار ملك المرأة على النصف وعود النصف اليه (ووجه الثالث) بطلان التدبير بالتصرفات الناقلة للملك و هو الاصح واختاره ابن ادريس .

قال قدس الله سره : وفي اجراء العفو مجرى الهبة نظر

اقول : اذا كان المهر فى ذمة احدهما صح من الآخر بلفظه و بلفظ الابراء

واذا عفا احد الزوجين عن حقه الدين او العين مع الاقباض صح عفوهُ و الذى بيده عقدة النكاح وهو الاب او الجد العفو عن بعض حقها لاجمعيه (قيل) ولمن توليه امرها وليس لولى الزوج العفو عن حقه مع الطلاق .

وبلفظ الاسقاط و بلفظ الهبة ولا يشترط قبول من عليه و اما ممن فى ذمته فلا يصح بلفظ واحد منهما فالطريق ان ينقده ويملكه بصيغة صحيحة ويقبل صاحبه ويقبضه فانه ابتداء هبة منه وان كان المهر عينا فالتبرع فيها هبة (فان) كانت فى يد المتبرع فلا بد من الايجاب والقبول والقبض (وان) كانت فى يد الآخر فهو هبة ممن المال فى يده (فالكلام) هنا فى صيغة الايجاب - واعتبار القبول والقبض (اما الاول) فيصح بلفظ الهبة اجماعا ولا يصح بلفظ الابراء اجماعا (وهل) يصح بلفظ العفو وينزل منزلة الهبة الاصح (لانه) لا مجال له فى الاعيان كلفظ الابراء (وقيل) يصح لقوله تعالى فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذى بيده عقدة النكاح (١) وهو عام فى الدين والعين (وفى وجه الدلالة نظر) اذا المراد فعل المعنى وهو حصول المالك للمعفو عنه ولم يقصد بهذه العبارة المعينة والآلتعينت اجماعا وسماه عفواً اشارة الى حصول الفضيلة من العفو والمدح والفعل له صيغة شرعية فالمراد على وجه يصح كما لو قال ملكه كذا (واعلم) انه الى هذا المعنى اشار المصنف قدس الله سره فى قوله اذا عفى احد الزوجين عن حقه الدين او العين (و اما الثانى) فلا بد من القبول (و اما الثالث) فاما ان يكون فى يد الواهب او الموهوب منه ، و البحث فى كل واحد كما هو فى الهبة فليُنظر فى موضعه من كتاب القواعد وغيره من مصنفات امام المجتهدين والذى قدس الله سره والبحث فيما يلزمه ويتفرع عليه يطول وليس يليق بهذا الكتاب .

قال قدس الله سره : **والذى بيده عقدة النكاح (الى قوله) مع الطلاق.**

اقول : ليس الذى بيده عقدة النكاح الزوج خلافا لاحمد واصحاب الرأى و سعيد بن المسيب لانه تعالى ذكر عفو النساء عن نسيبهن فينبغى ان يكون عفو الذى بيده عقدة النكاح عن مولى النساء ليكون المعفو عنه فى الموضعين واحداً (ولانه) تعالى بدء بخطاب

فروع

(الف) لو اصدقها نخلا فائمر في يدها فطلقها قبل الجذاذ لم يكن له الثمرة فان

الازواج على المواجهة بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن (١) ثم قال او يعفو الذي بيده عقدة النكاح (٢) وهذا خطاب لغير الحاضر فتغايروا (وفيه نظر) لان العدول عن خطاب الحاضر الى خطاب الغائب والمعبر عنه واحد جاء في فصيح اللغة و يؤكد قوله تعالى : حتى اذا كنتم في الفلك وجرين بهم يريح طيبة (٣) وغير ذلك من الآيات .

اذا عرفت ذلك (ف نقول) اختلف الاصحاب في الذي له العفو عن المرأة على قولين ذكرهما المصنف (فالاول) هو المشهور بين الاصحاب وهو اختيار الشيخ الطوسي في الخلاف وادعى فيه الاجماع واختاره ابن ادريس والمصنف في المختلف لان الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح وهو الاب والجد (والثاني) قول الشيخ ايضا في النهاية وابن البراج ومنشأ القولين ان قوله تعالى او يعفو الذي بيده عقدة النكاح (٤) هل المراد به الذي بيده بالاصالة او مطلقا لان المرأة اذا كانت بالغة رشيدة يكون معلقا بعفوها هذا اذا كانت الوكالة مطلقة ولو نصت في الوكالة على ذلك جاز قطعاً.

قال قدس الله سره: فروع (الاول) لو اصدقها نخلا (الى قوله) على الاشكال.

اقول : اذا اصدقها نخلا حوايل ثم تجددت ثمرته في يدها فطلقها قبل الدخول وقبل الجذاذ فهنا مسألتان (الف) طلاقها قبل التأبير فليس له اخذ نصف الطلع قهر اجماعاً لانه زيادة تجددت على ملكها (بقي) هنا مسائل ذكر المصنف هنا مسألة منها وهي انه لو دفعتم مجموع نصف العين مع نصف الثمرة هل يلزمه القبول اوله العدول الى غيره . قال الشيخ في المبسوط يلزمه القبول (لانها) زيادة متصلة كالسمن (ولزوال) العيب وهو استحقاق الغير حقا عليه واختار والدى المصنف عدم الاجبار لاشتماله على منة لا يجب قبولها و يقوى الاول ان تكليف المرأة القيمة مع وجود العين خروج عن نص القرآن بغير موجب

بذلت نصف المجموع لزمه قبوله على اشكال ، وكذا لو قطعت الثمرة و بذلت نصف العين ، ولا عيب بالقطع او دفعت الارش اجبر (ويحتمل) قويا الرجوع فى العين مشغولة بالابقاء ولو طلب قطع الثمرة قبل الادراك ليرجع فى العين او يقول انا صبر الى الجذان وارجع لم تجب اجابته و لو طلبت منه الصبر لم يجبر عليه وكذا الارض لو حرسها او زرعها الا انه لا يجبر على القبول لو بذلت نصف المجموع ولو ولدت الجارية او نتجت

اذ المانع وهو تعلق حق الغير قد زال يبذلها وسؤالها (ب) بعد التأير لم يكن له اخذ الثمرة قهراً اجماعاً ايضالكن فيه صور ذكر المصنف منها تضمننا واحدة و هى انه لو دفعت اليه العين مع الثمرة هل يلزمه القبول؟ قال الشيخ فى المبسوط المذهب انه يجبر عليه (لانها) زيادة متصلة بالنخيل فهى كالطلع قبل ان يؤبر (ولما) تقدم و قال شيخنا لا يجبر (لانه) منفصل ولهذا لا يدخل فى بيع الاشجار (ولاشتماله) على المنة وهذا هو الحق عندى.

قال قدس الله سره : و كذا لو قطعت الثمرة (الى قوله) او دفعت

الارش اجبر .

اقول : قوله (وكذا) عطف على قوله (لزمه قبوله خاصة من غير اشكال) لان هذه

المسألة اجماعية قطعية وعدم حصول العيب اى النقصان فى الاشجار او الاغصان .

قال قدس الله سره : ويحتمل قويا الرجوع فى العين مشغولة بالابقاء .

اقول : هذه مسألة اختلف فيها الاصحاب (وتقريرها) انه بعد تجدد الثمرة هل

له ان يرجع قهراً فى عين الاشجار بعد تجدد النماء وبعده العقد وقبل الطلاق مشغولة بالابقاء

الى وقت الجذان (قيل) لالانها قد لا ترضى بيده ودخوله البستان ، والاصح ان له الرجوع

مشغولة كما ذكر لان المقتضى موجود وهو وجود نصف ما فرض فيدخل تحت الآية و انتفاء

المانع ان لا ضرر على المرأة فى ابقاء الثمرة الى الجذان وحكم هذه فى اليد كسائر الاملاك

الشائعة وليس للمرأة اجباره على اخذ نصف الاشجار دون الاثمار و ابقائها الى الجذان

لان حقه فى الاشجار الخالية فلا يلزمه تاخير الرجوع ولا الصبر على الابقاء مجافا لانه

انقص مما فرض .

قال قدس الله سره : ولو ولدت الجارية او نتجت (الى قوله) اولم تطالب

الشاة فى ىدالزوج فالولدلها خاصة فان تلف الولد بعد المنع من التسليم و المطالبة او نقص ضمن والآ احتمال الضمان لانه تولد من اصل مضمون فاشبه ولد المغصوبة وعدمه لانه امانة ولو نقصت الام اخذت النصف وارشه سواء كانت قد طالبت وامتنع اولم تطالب ولوارتدت قبل الدخول رجع بما سلمه اليها فان نمت فالزيادة لها ولو اصدقها امة حاملا فولدت رجع بنصف الولد (ويحتمل) عدمه لانه زيادة ظهرت بالانفصال .

(ب) لو اصدقها حلياً فكسرتة فاعادت صنعة اخرى فهو زيادة ونقصان فلهما الخيار فان

اقول : وجه كونه امانة ان اليد ليست عادية ولا هو معقود عليه منه كالمبيع قبل

قبضه فصار كمالو اطارت الريح ثوباً فى منزله وهذا هو الاصح عندى .

قال قدس الله سره : ولو اصدقها امة (الى قوله) بالانفصال

اقول : اذا اصدقها امة حاملا و دخل الحمل باحد الامرين اما بشرط دخوله

كمذهب والذى المصنف قدس الله سره او بعدم اشتراط خروجه كالاتفاق كمذهب الشيخ الطوسى ثم طلقها قبل الدخول (فان) كان قد طلقها وهى حامل بعد فله نصفها حاملا قطعاً (وان) طلقها وقد ولدت فالكلام فى الولد وفى الام فوالذى المصنف لم يذكر حكم الام لما يأتى واما الولد فقد ذكر فيه احتمالين (احدهما) رجوعه بنصف العين لانه امهرها رقتين لانه يضمن الحمل ويفرد بالملك كمالو اذن مولى الامة فى النكاح دون مولى العبد فانه يكون الولد لمولى الاب فله نصف الام ونصف الولد لانهما معاً المفروض وقال تعالى فنصف ما فرضتم (١) و(ثانيهما) انه زيادة ظهرت بالانفصال على ملكها لانه قبله لم يفرد بالتقويم قال الشيخ ولم يعرف (لم يفرد - خ) ملكيته ولم يقابله قسط من الثمن فالزيادة على القولين ظهرت فى ملكها فيكون للزوج ارش ما بين كونها حاملا و مجهضا لانه قيمة الحمل اذ لا يقوم بانفراده وهذا هو الاصح عندى والى هذا اشار بقوله (ويحتمل عدمه) لالى انه لاشىء للزوج بسبب الولد واما الام فله نصف عينها عند الكل فان حرمتا التفريق غرمت له نصف القيمة والا فلا.

قال قدس الله سره : الثانى لو اصدقها حلياً (الى قوله) وقيمة الصنعة

اعادت تلك الصنعة احتمل اعتبار رضاها لانها زيادة حصلت باختيارها فان ابت فله نصف قيمته مصوغا (ويحتمل) مثل وزنه ذهباً وقيمة الصنعة ولو اصدقها قطعة من فضة فصاغتها

اقول : اذا اصدقها حلياً فكسرتة ثم اعادته حلياً ثم طلقها الزوج قبل الدخول (فاما) ان يكون قد صاغته على صورة مخالفة للاولى او مماثلة ، فالقسم الاول قد ذكر المصنف حكمه ، ومبنى المسألتين وامثالها على قاعدة هي ان كلما نقص المهر تخير الزوج في نصف العين والقيمة وكلما زاد صفة تخيرت المرأة في نصف العين والقيمة و ان زاد و نقص بوجهين قدم مع التعارض في اختيار العين المرأة و في اختيار القيمة الرجل و لانه في اختيار احدهما العين والآخر القيمة (والى هذا) اشار بقوله (فلهما الخيار) . واما القسم الثاني وهو ما اذا اعادت مثل تلك الصنعة التي كانت فقولان (احدهما) انه يرجع الزوج الى نصف العين وان لم ترض الزوجة لانه بالصفة التي كان عليها يوم الاصداق والتسليم اليها (وثانيتها) انه لا يرجع الا برضاها لان الصنعة المعادة حدثت عندها والموجود قبلها كان مثلها لاعتينها والزيادات الحادثة عند الزوجة تمنع الرجوع القهري (قالوا) لو هزلت الجارية التي جعلت مهراً في يدها ثم سمت يرجع الى نصفها و ان لم ترض وهذه متفق عليها فكذا هنا اذا لافارق (قلنا) الحكم في الاصل ممنوع والاتفاق غير مسلم ولو سلم فالفرق ظاهر فان السمن لافعل لها فيه و الصنعة اعدت بفعلها و التزامها المؤنة والى هذا الفرق اشار والدى المصنف بقوله (لانها زيادة حصلت باختيارها) .

و (انا اقول) اختلف المتكلمون في امكان اعادة المعدوم فالقائل بالامكان يذهب الى ان الحاصل ليس الا الاول لاتحاد الماهية واللوازم والعوارض ان سبب اختلافها الموضوع فلو كان الموجود مثلها امتنع الامتياز بوجه ما بينها وبين مثلها فلا يعتبر رضاها (وعلى القول) بامتناع الاعادة فان الموجود مثلها (فيحتمل) عدم اعتبار رضاها لان ضمان نوات الامثال بالمثل و اقرب الامثال ما اتحدت فيه الاجزاء المادية وتساوت الصور و المقادير والاشكال ، والاقوى اعتبار رضاها لما تقدم ولان الصنعة من نوات القيم وكلما كان الجزء ليس من نوات الامثال فالكل كذلك ثم فرغ على اعتبار رضاها انها لو ابت دفع العين فماذا يجب عليها ؟ فيه احتمالان (احدهما) نصف قيمة الحلي مصوغا لانها كالتالفة

تخيرت في دفع نصف العين فيجبر على قبوله ودفع نصف القيمة ولو كان ثوباً فخطته لم يجبر على قبول نصف العين إلا أن يكون مفصلاً على ذلك الوجه .

(ج) لو اصدق الذميان خمرًا فطلق قبل الدخول بعد القبض والاسلام وقد صار خلاً يرجع بنصفه (ويحتمل) عدم الرجوع بشيء للزيادة في يدها فسقط حقه من العين وله اقل القيم من حين العقد الى حين القبض وقد كان خمرًا لقيمة له (فعلى الاول) لو تلف الخل قبل الطلاق احتمل ان يرجع بمثله وعدمه لانه يعتبر بذله يوم القبض ولا قيمة له حينئذ

لعدم وجوب دفعها، وفي التقويم بحث ذكره والدى في كتبه في باب الربا (وثانيهما) مثل وزنه من جنسه لان الجزء المادى من ذوات الامثال فيضمنه بمثله والصورى من ذوات القيم فيضمنه بقيمته وهى اجرة مثله اوتفاوت ما بين قيمته مصوغا وغير مصوغ ولو ازم هذه المسألة وما يتفرع عليها كثيرة تركناه لعدم مناسبتها لهذا الموضوع .

قال قدس الله سره : (ج) لو اصدق الذميان (الى قوله) لاقيمة له .

اقول : (وجه الاول) ان عين الصداق باقية و انما تغير بعض صفاتها وهذا ظاهر على مذهبين للمتكلمين (احدهما) مذهب ابي على و ابنه حيث قالوا بتساوى الذوات و اختلافها بالصفات (والمذهب الثانى) مذهب من نفى الصور النوعية واثبت تساوى الاجسام فجعل اختلافها بالصفات وهم كثير من المتكلمين (ووجه الثانى) ما ذكره المصنف (وعندى) فى الوجه الاول (نظر) لان المالية حدثت فى يدها فهى كزيادة منفصلة حصلت عندها لان العين كانت فى حكم المعدوم (ولانه) لو غصبها غاصب من المسلم فتخللت عنده ملكها (ولان) مع الزيادة المتصلة المتقومة ليس له الرجوع قهراً الى العين وقد تقدم ذلك فهنا اولى لان الحادثة هى المتقومة وكلما رجع الى قيمته فانه ينظر الى قيمتى يوم الاصدار و يوم القبض ويرجع الى نصف الاقل منهما وهما لم يكن الصداق ما لا عند الاصدار ولا عند الاقباض فيمنع الرجوع الى بدل الصداق وقد بان اولاً عدم الرجوع الى عينه فهذا تقرير كلام المصنف فى وجه الاحتمال الثانى .

قال قدس الله سره : فعلى الاول لو تلف الخل (الى قوله) حينئذ .

اقول : (وجه الاول) انه لو بقى لرجع فى نصفه فاذا تلف كان الرجوع الى بدله (ووجه

ولورجع خلا بعلاجها فعدم الرجوع اظهر لحدوث المالية باختيارها ولوصارت خلافي يده ثم طلقها فلها النصف منه (ويحتمل) نصف مهر المثل لانتفاء القبض و قد ترافعوا قبله (١) فيظل ووجب مهر المثل (د) لو اصدق تعليم سورة فطلق قبل الدخول فان علمها رجع بنصف الاجرة والارجعت به وكذا تعليم الصنعة .

(هـ) كل موضع يثبت الخيار بسبب الزيادة او النقصان لاملك قبله وهذا الخيار ليس على الفور فان كان لها الخيار وامتنعت حبست عنها عين الصداق كالمرهون (و) لو وهبته المهر المعين او الدين عليه ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف القيمة وكذا لو خلعها (الثاني) انه انما يعتبر بدله يوم القبض لانه يأخذ اقل قيمتي يوم الا صداق و القبض واليه اشار بقوله يوم القبض وفي الحالتين لاقيمة له لانه ليس بمال في الحالتين فيمتنع الرجوع الي بدله .

قال قدس الله سره : ولورجع خلا (الي قوله) باختيارها .

اقول : انقلابه من نفسه انقلاب طباعي (طبيعي-خ ل) واما بفعلها فهي احدثت المالية بعد ان لم يكن ماليا فكان كسباً لها فمن ثم كان عدم الرجوع فيه اظهر ، واما وجه الرجوع فلما تقدم .

قال قدس الله سره : ولوصارت خلافي يده (الي قوله) مهر المثل .

اقول : اذا صارت خلافي يد الزوج ثم اسلم او احدهما ففيه احتمالان (احدهما) ان لها النصف من الخل لان الزوجة تملك الصداق بالعقد و يكون يد الزوج بدأ عنها فكان كما لو قبضته خمرأ فصار خلا في يدها والزيادة حصلت على ملكهما (ويحتمل) ان لها نصف مهر المثل (لانتفاء) القبض و قد ترافعوا قبل القبض فلا يحكم الحاكم بالخير ووجب مهر المثل (ولان) الخمر لا تصلح عوضا فلا تصلح صداقا ولا اعتبار لذكرها اذالم يتصل بها القبض قبل الاسلام و لهذا لو اسلم او احد هما قبل صيرورته خلا يحكم بوجود مهر المثل .

قال قدس الله سره : ولو وهبته المهر المعين (الي قوله) لم يفرما .

اقول : اذا ابرئته بلفظ الابراء ثم طلقها قبل الدخول ففيه احتمالان (احدهما)

(١) اي ترافعوا الينا واسلموا قبل القبض

به اجمع (ويحتمل) في البراء عدم رجوعه لانه اسقاط لا تملك ولهذا لو شهدا بدين
فقبضه المدعى ثم وهبه من المدعى عليه ورجع الشاهدان غرما ولو ابرئا لم يغرما (ز)
اذا وهبته المهر ثم ارتدت قبل الدخول ففي الرجوع بالجميع او النصف نظر

يرجع بنصف المهر لتصرفها فيه لان البراء تصرف في الدين واتلاف له لانه قبل البراء
يوصف بالثبوت في ذمته ويضاف بـ (له) الى مالك معين وهذه الاضافة ثابتة في نفس
الامر لا بمجرد فرض فارض فلو لان يكون له تحقق ما للاستحالة اضافته بـ (له) الى غيره
لاستحالة تحقق الاضافة بدون المضافين فقد تصرفت فيها ما بنقل ان تصدور (تصرف - دخل)
واتلاف لزوال ذلك الثبوت ولا يثبت له غيره (وثانيهما) عدم الرجوع لانه لم تأخذ منه مالا
ولانقلت اليه الصداق ولا تلقت عليه فلا يضمن (والاول) ظاهر (واما الثاني) فلاستحالة ان
يستحق الانسان في ذمة نفسه شيئا فلا يتحقق نقله اليه، واليه اشار بقوله (لا تملك) (واما الثالث)
فالانه لم يصدر منها الا ازالة استحقاقها في ذمته لا غير وهو ليس باتلاف عليه قطعاً .

وينبئ عليه شيئان (الف) لورجع الشاهدان بدين في ذمة زيد لعمر و بعد حكم
الحاكم عليه وقبل الاستيفاء وكان قد ابرء المشهود عليه لم يرجع على الشاهدين بشيء فلو
كان البراء اتلافا على من في ذمته غرما له (ب) الاستحقاق في الذمة سبب لاتلاف المستحق
على المستحق عليه وهو ظاهر فازالته اى اعدامه سبب لعدم الاتلاف واستدل بانه لا يضمن
بالعدوان كرجوع الشاهدين بالدين بعدم البراء فلا يضمن بغيره (واجيب) بعدم الثبوت
اصلا فالبراء مستمرة ولا اثر للبراء وهنأ ثبت وازيل (١) .

قال قدس الله سره : (ز) اذا وهبته المهر (الى قوله) نظر .

اقول : فرض هذه المسألة ان يكون المهر عينا سواء وهبته قبل القبض او بعده
ومنشأ النظر (من) انها ملكت كل المهر بالعقد عندنا لما تقدم وزال ملك الزوج عنه ثم
ملكه ملكا متجددا لازما ببيتها فكان كهية الاجنبى (ومن) ان ملكها للنصف غير مستقر
ولم يوجد فيه مانع لملكه بل عجلت له ما يستحقه بالفرقة قبل الدخول وهو ازالة استحقاقها
وكما لو عجل الدين قبل الحلول (ولانه) لو باعه بخيار للبايع ثم وهبه من البايع ولما يعلم

(١) وفي نسخة بعد قوله للبراء وهنأ ثبت زوال ما ثبت بالعقد لولا الطلاق

(ح) لو وهبته النصف ثم طلقها احتمل رجوعه بالنصف الباقي و بنصفه وقيمة الربع ولو خالته على النصف انصرف الى ما تملكه (ط) لو تلف الصداق في يدها بعد الطلاق بغير تفریط رجوع ان جعلناه كالمبيع وان جعلناه كالموهوب بعد الرجوع فلا ولو تلف في يدها بعد رجوع الكل بالفسخ فهو مضمون لان ذلك تراد العوضين .

انها عينه لم يفرم لورجع البايع والعين موجودة فكذا هنا (ويرد) ان في الثاني الجهة متحدة ومختلفة في مسألتنا ومنع حكم الاصل في الثالث ولو سلم لم يسلم من الفارق وعلى القول بان الزوجة لا تملك الجميع بالعقد بل النصف فحينئذ هبة الزوج ازالة لاستحقاقها لان تملك النصف الاخر بالوطى او الموت لا تمليك للزوج لاستحالة ان يملك الانسان ملك نفسه ولا يضمن بازالة الاستحقاق كما تقدم والاقوى عندى الرجوع بالجميع .

قال قدس الله سره : (ح) لو وهبته النصف (الى قوله) ما تملكه

اقول : هذه المسألة فرع على المسألة الاولى وهى هبة الكل فانا قررنا ان هبة الكل لا تمنع الرجوع فهبة النصف اولى بان لا تمنع ثم نقول الى م يرجع؟ فيه احتمالان (الف) ان له النصف الباقي لانه استحق نصف العين بالطلاق وقد وجدته في اخذه وتنحصر هبتها في نصيبها ولانه كلما ثبت استحقاق العين وانتقل منها الى بدلها في الاداء فلا انتقال بالتراضي او انتفاء العين او وجود مانع والكل هنا منتف فثبت الرجوع فى النصف (ب) الرجوع الى نصف النصف الموجود وبديل النصف الموهوب لان الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع فيه (وفيه نظر) لادائه الى تبعض حقه وهو ضرر عليه فيلزم ثبوت احتمال آخر وهو تخيره بين اخذ النصف الموجود وبين التشطير المذكور والاصح عندى الاول ولا يحمّل تخيرها لان الائلاف منها مباشرة فيجب عليها وهذا الفرع انما هو فيما اذا كان الصداق عينا اما اذا كان فى الذمة برىء من الكل وجها واحداً ولهذا اورد المصنف فى الدين بلفظ الابراء وفى العين بلفظ الهبة وهذه المسألة تناسب ما اذا حال الحول على مهرها فى ملكها وهو نصاب ثم طلقها قبل الدخول فان الزكوة على خاصها .

قال قدس الله سره : (ط) لو تلف الصداق (الى قوله) تراد العوضين .

اقول : هنا مسألتان (الاولى) الصداق فى يد المرأة قبل الدخول بعد الطلاق

(ي) لو اعطى عوض المهر شيئاً ثم طلقها قبل الدخول رجوع بنصف المسمى لا بالمدفوع (يا) لو طلقها بائناً ثم تزوجها في عدته ثم طلقها قبل الدخول فعليه النصف (يب) لو اصدقها عبيدين فمات احدهما رجوع بنصف الموجود ونصف قيمة الميت (بيج) لو كان المهر مشاهداً غير معلوم الوزن فتلف قبل قبضه فابراؤه او تزوجها بمهر فاسد فابراؤه من مهر المثل او بعضه صح وان لم يعلم الكمية ولو ابرأته من مهر المثل قبل الدخول لم يصح وان دخل لم يسقط.

هل هو مضمون او امانة فيه وجهان (احدهما) انه مضمون (لان) القبض او لا كان بعقد معاوضة فاذا انقطع عقدها وارتفع فيضمنه كما اذا بقي المبيع في يد المشتري بعد الاقالة والفسخ بالعيب واليه اشار بقوله (ان جعلناه كالمبيع) ويشبه المبيع ايضاً من وجه آخر وهو انه اجر لقوله تعالى **وآتوهن اجورهن** (١) (ويحتمل) عدم الضمان لان عود الصداق الى الزوج ليس بفسخ معاوضة (اما على القول) بعدم ملكها الجميع بالعقد ابتداء فظاهر (واما على القول الآخر) فلانه لو عاد بالفسخ لعاد الكل لان العوض لم يتبعض كما في البيع والاجارة لكنه ابتداء ملك حصل للزوج بسبب حادث وهو الطلاق ويوصف بالصحة فيملكه وبالطلاق فلا يملكه لابعوض وهذا حكم الموهوب ويدها ليست عادية فتكون امانة ويشبه الموهوب من وجه آخر وهو انه في الآية حكم بكونه نحلة في قوله تعالى **وآتوا النساء صدقاتهن نحلة** (٢) والى هذين الوجهين اشار بقوله (وان جعلناه كالموهوب) (الثانية) اذا رجع كل الصداق الى الزوج بالفسخ بالعيب او بردها وهوفي يدها فهو مضمون عليها لان رجوعه هنا بفسخ معاوضة اقتضى تراد العوضين فحصل الفرق (بين) رد المهر هنا (وبين) عود النصف في الطلاق لان عوده بالفسخ معلل بعدم المعلوم وهو ملك المهر بعدم علمه وهو العقد، واماعة ملك نصفه بالطلاق فامر وجودى حادث مبني على صحة العقد الاول فليس من عدم العلة في شيء، ويتفرع على الاحتمالين - ما لو ادعت التلف بعد الطلاق وقال الزوج قبله (فعلى الثاني) تعارض اصلا بقاء العين وبقاء الضمان لكن بقاء الضمان

(يد) لوزوج الاب او الجدله الصغير صح والمهر على الولدان كان موسراً والآكان
المهر في عهدة الاب او الجد فان مات اخرج المهر من صلب تركته سواء بلغ الولد و
ايسر اولاً ولودفع الاب المهر مع يسار الولد تبرعا او اعساره للضمان ثم بلغ الصبي فطلق
قبل الدخول رجع النصف الى الولد لانه كالهبة وكذا لو دفع عن الكبير تبرعا او عن
الاجنبى على اشكال ولو ارتدت انفسخ النكاح ورجع الصداق الى الولد وكذا لو فسخ
الولد العقد لعيب بعد الدخول وقبله على اشكال ، واذا دفع عن ولده الصغير ثم عاد الى

مشروط بزائد وهو سبق التلف على الطلاق والاصل عدمه وتأثير اصل البقاء بنفسه فيرجع
على اصل بقاء الضمان (لانه) ليس بمؤثر بنفسه فيقدم قولها ، ولا اصل لاصل البرائة هنا
لان السابق على القبض انتقض بوجود نقيضه والحادث له سبب حادث والاصل عدمه .

قال قدس الله سره : ولو دفع الاب المهر (الى قوله) على اشكال .

اقول : مبناه على مسألتين (الف) ان قضاء دين الغير هل يستلزم دخوله في
ملكه اولاً (ب) انه اذا دخل كان هبة والهبة للاجنبى اذا تصرف فيها الموهوب هل
للوهاب الرجوع (فان قلنا) ليس له الرجوع فهناولى ان لا يكون له الرجوع لانه
هو الذى نقله نقلاً لازماً فهو اقوى من نقل الموهوب (وان قلنا) ان للواهب الرجوع مع تصرف
الموهوب يحتمل عدم الرجوع هنا لان المباشرة لاتفاه هو الواهب هذا فى توجيه الاشكال
فى الاجنبى واما فى الولد الكبير فمنشأه الاشكال فى المسألة الاولى .

قال قدس الله سره : ولو ارتدت انفسخ النكاح (الى قوله) على اشكال .

اقول : هذه المسائل المذكورة هنا بنى على مقدمة - هى انه اذا عقد نكاحاً لابنه
الصغير المعسر على امرأة بمهر معين فانه يكون قد ملك ابنه الصغير ذلك القدر ثم جعله
مهرأً بولايته عليه فيكون باول جزء من العقد ملكه وبتمام المجموع اخرجته عنه
لاستحالة ان يتزوج الانسان والمهر من مال غير الزوج او على ذمة غيره ابتداء اى من غير سبق
استحقاق الزوج او ضمان ذلك الغير عنه وهكذا فى كل المعاوضات وكذا اذا قضى دين
غيره ملكه المقضى عنه اولاً .

اذا تقرر ذلك (فنقول) كان قد ذكر المصنف فيما تقدم رجوع نصف الصداق الى

الابن لم يكن له الرجوع فيه لان هبة الصغير لازمة (اما) الاجنبى فان رجع اليه بدله باتلافها او بالمصانعة لم يكن للدافع الرجوع لانه لا يملك الرجوع فى غير الموهوب وان عادت العين فكذلك لانه تصرف بدفع المتبرع عنه ولو قال الاب دفعت عن الصغير

الزوج قبل الدخول و اشار ايضاً الى رجوع مجموع الصداق وذكر سببه وهو الفسخ لكن ذكره ثمة بالعرض للفرق بينه وبين الطلاق ثم ذكره هنا مفصلاً فى صور ثلاث (الف) اذا ارتدت المرثة والمراد قبل الدخول ، وانما لم يذكره هنا لانه ذكره ثمة (ب) اذا فسخ الزوج النكاح لعيب بعد الدخول والمراد اذا كانت هى المدلّسة على القول برجوعه عليها بجميع المهر فانه قول كثير من اصحابنا . و اما عند امام المجتهدين والذى المصنف فانه يرجع الا باقل ما يمكن ان يكون مهراً (ج) ان يفسخ الولد النكاح لعيب فى المرأة قبل الدخول فانه يرجع بكل المهر (ويتفرع) على ذلك ما اذا كان المهر من الوالدى هذه الصور الثلاث رجوع الى الولد فى هذه كلها لانه ملكه وعروض عليه بعد ملكه فاذا بطلت المعاوضة رجع اليه ولا يقتضى بطلانها رجوعه الى الواهب المملّك او لا كما لو اشترى له سلعة بمال ملكه اياه ثم انفسخ البيع فانه يرجع الى الموهوب لا الى الواهب والمصنف رحمه الله استشكل فى الصورة الاخيرة رجوعه الى الابن و منشأه (ان)

الفسخ بالعيب قيل هو رفع للنكاح من اصله فكان كفساده من الاصل لان شرط صحة العقد رضاه به وهو على تقدير انتفاء العيب فان الفسخ كشف عن ذلك والثابت على تقدير يكون منفيًا كلما كان ذلك التقدير منفيًا لكن السلامة منتفية من الاصل فكذا الرضاء به وانتفاء الشرط يقتضى انتفاء المشروط فظهر ان الفسخ كاشف عن بطلانه ابتداء (ولانه) لولم يقتضى الاتجدد رفعه بعد ان لم يكن فقبله (ان ترتب عليه اثره) كان لازماً فى وقت لاسيلى الى فسخه اذ ليس الا الفسخ ولا يؤثر الا فيما بعد لافيهامضى مع وجود سبب عدم اللزوم التام وهو العيب وعدم الرضاء به وهو باطل قطعاً لان كلما تجدد تأثيره بعد وجوده وخلوه من التأثير فلتجدد سبب اقتضى ذلك وهذه مقدمة قطعية بديهية ولم يتجدد الا الفسخ وهو متأخر عن عدم اللزوم فلو كان علة فيه لزم الدور (وان لم يترتب عليه اثره) لم يملك الولد فيما سبق وهو المطلوب وقبل الفسخ رفع متجدد لفرق الاصحاب بين الذى بطل من اصله وبين الذى

لارجع به عليه قبل قوله لانه امين عليه ولوطلق قبل ان يدفع الاب عن الصغير المعسر سقط النصف عن ذمة الاب والابن و لم يكن للابن الصغير مطالبة الاب بشيء و لو كان الولد معسراً بالبعض ضمنه الاب خاصة ولو تبرأ الاب في العقد من ضمان العهدة صح ان علمت المرأة بالاعسار .

الفصل الخامس في التنازع

اذا اختلفا في اصل المهر قبل الدخول فالقول قول الزوج مع اليمين لا يمكن تجرد العقد عنه وكذا بعده (والتحقيق) انه ان انكر التسمية صدق باليمين لكن يثبت يتجدد فسخه وجعلوا الفسخ بالعيب من الثاني لا الاول فقد حصل بعد ملكه فسخ معاوضة عليه فيرجع اليه ، والفرق بين هذه المسألة والمسألتي الاوليين (اما الاولى) وهو الفسخ بالردة (فنقول) الفسخ بالردة يتجدد والعقد قبلها صحيح لازم اليها اجماعا فاقضى ملك الولد لان كلما هو شرط في نفس وقوع العقد اولازمه فانه ثبت في ابتداء ثبوت العقد و يستحيل تخلفه عنه وملك الابن شرط في صحة وقوع عقد المهر هنا فثبت في ابتداءه قطعاً والعلة في ملك الابن ابتداء العبد والملك شرط في تمامه فلا دور فاذا بطلت المعاوضة عليه رد اليه كالباع (واما الثانية) فلانه دخل و الدخول مقرر للمهر وهو مسبوق بملك الولد وتدليسها اطلاق له وعوده بغيرها فيكون له لا للواهب ولان هذا الدخول ليس بشبهة فهو بالعقد فقد ترتب عليه اثره فيترتب الاثر الآخر وهو المهر لانه عوضه فلهذا لم يستشكل المصنف في هاتين الصورتين واستشكل في الثالثة .

الفصل الخامس في التنازع

قال قدس الله سره : اذا اختلفا في اصل المهر (الي قوله) فالاقرب عدم سماعه .

اقول : هذه المباحث مبنية على مقدمة هي ان مجرد العقد لا يستلزم ثبوت المهر لان ذكر المهر ليس بشرط في صحته لقوله تعالى لاجنح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضا لهن فريضة (١) ومع صحة التفويض يصح العقد واذا

عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعة ومع الدخول مهر المثل ، و الأقرب ان دعواها ان مات قبل الدخول لم يجب لها شيء و كلما انفك عن الشيء فليس بلازم له اذا تقرر ذلك (فنقول) هنا مسالتان (الف) اذا انكر الزوج اصل المهر قبل الدخول و ادعته المرأة فالقول قوله مع اليمين لا تنفاه احد السببين و هو الدخول و عدم العلم بسببه الآخر هو العقد و الاصل البرائة (ب) اذا جرى هذا الاختلاف بعد الدخول اطلاق الاصحاب يقتضى ان القول قول الزوج ايضا لان الدخول بالعقد قد يتخلف عنه وجوب المهر على الزوج كما اذا زوج الاب ولده الصغير المعسر فانه وان ملكه الولد او لا لكنه لم يجب في زمة و لم يستقر في ماله المستقر و كما اذا زوج العبد مولاه ثم اعتقه على القول بان المهر في زمة المولى ولا ينتقل الى زمة العبد بعد العتق و كما لو كانت الزوجة هي المدايسة على قول بعض الاصحاب يرجع بكل المهر بمجرد الدخول اعم من ثبوت المهر على زمة الزوج و لادلالة للعام على الخاص .

(وفيه نظر) لان الدخول مقتضى لاستقرار مهر مطلقا عندنا و مع عدم عيب او عدم تدليسها آخرين و ثبوت المهر في زمة غيره على خلاف الاصل فلا يحكم به ما لم يعلم سببه و الا لكان خلاف الاصل اصلا من غير اعتضاده بدليل و هو باطل قطعا و لاجل ذلك عدل المصنف عن كلام الاصحاب و فصل فقال اما ان ينكر التسمية و الاستحقاق فان كان الاول صدق مع اليمين لانه منكر و لان العقد و الدخول لا يستلزمان التسمية لا مكان خلوهما عنها فاذا حلف ثبت عليه بالطلاق قبل الدخول المتعة لقوله تعالى و للمطلقات متاع بالمعروف و حقا على المتقين (١) و اللام للملك و وصفه بانه حق تصريح بالاستحقاق و لقوله تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضا الهن فريضة و متعهن على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين (٢) و لا يرد تعليقه على المحسنين و (تعليق) الحكم على وصف لولا اعليته لخلا عن الفائدة (دليل العلية) و لا شيء من الواجب كذلك و لانه لو وجب لم المحسن وغيره لان ذكر بعض افراد

قصرت عنهما ثبت ما ادعته ، ولو انكر الاستحقاق عقيب دعواها اياه او دعواها التسمية ،
العام لا يقتضى التخصيص ونمنع انحصار الفائدة في التعليل وفاعل الحسن محسن والواجب
حسن وبالذخول مهر المثل لان يمينه حكم بنفى التسمية وحكمه ذلك .

واختار المصنف وجها حسنا وهوان دعواها ان قصرت عنهما اى عن المتعة قبل
الدخول و عن مهر المثل بعده ثبت دعواها ، وقال المصنف في الدرر المراد بدعواها
الكلية المماثلة جنسا وثبوت دعواها باحد الامرين وهو (اما) الطلاق (او) الدخول فای
التقديرين ثبت تثبت الدعوى المماثلة جنسا لما اوجبه التقدير امامع عدم احدهما
فلا يحكم بشوئها لجواز الموت قبل الدخول فلا يثبت شيء ولا يحتاج الى يمين لانه
اما ان يحلف او ينكل او يرد و اذا رد فاما ان يحلف او ينكل وعلى كل تقدير
ثبت دعواها لان اليمين او النكول من اى جهة كان حكم بنفى التسمية او
اثباتها وعلى كل واحد من التقديرين ثبت دعواها وقبل احدهما لها اليمين لجواز
نكوله او رده فتحلف فيثبت مدعاها بنفس العقد هذا تقرير المصنف من لفظه (وان
كان) الثانى وهوان ينكر استحقاقها المهر عقيب دعواها الاستحقاق او دعواها التسمية
فان اعترف بالنكاح قال المصنف اى بالوطى مع اعترافها بالعقد فالاقرب عدم سماعه
لان الوطى بالعقد موجب لمهر لقوله تعالى **ان تبتغوا بما هو لكم** (١) علق الحكم
على الابتغاء بالمال لان (ان) تتضمن معنى الشرط فلا يحل دونه (ولانه) لولاه لكان
تبرعا و اباحة و بضع الحرة لايجرى فيه البدل و الاباحة (ولان) النكاح بالامهر من خصائص
النبي **ﷺ** فانفك الوطى بعقد عن استحقاق مهر محال ، والاصل وجوب المهر على
الزوج الواطى لاستحالة ان يملك عوضا بعقد و عوضه على غيره ابتداء و انما خرج من
هذا العبد لصفة العبودية اذا زوجه مولاه و قلنا المهر على مولاه والولد الصغير المعسر
اذا زوجه ابو مولم يشترط المهر فى ذمة الولد و لانفاه عنه و هما على خلاف الاصل و
نادران ، مع ان الحق فيهما ان الابن يملك ما جعله ابوه مهرا او لا وعليه اجماع
محققى الاصحاب وان العبد يملك ايضا ما جعله مولاه مهرا او يكون تملكه لى هذه الصورة
وهو قول اكثر محققى الاصحاب .

فان اعترف بالنكاح فالاقرب عدم سماعه ، ولو اختلفا في قدره او وصفه او ادعى التسمية وانكرت قدم قوله ولو قدره بأرزوة مع اليمين، وليس يبيعد من الصواب تقديم من يدعى مهر المثل فان ادعى النقصان وادعت الزيادة تحالفا ورداليه .

اذا عرفت ذلك (فنقول) العقد والوطى به سبب موجب لمهر والاصل ان يكون على الزوج اوفى ماله (فعلى ما اخترناه) من تقدير ثبوت ملك الابن والعبد القضية كلية لامانع لها ولا يخلصه الاتحمل تجدد كالضمان او الاداء و على المذهب الضعيف يكون ذلك الوطى سببا موجبا لا يخرج عن ايجابه الا العبودية وصغر الزوج واعساره وتولي ابيه العقد عندهم عدم اشتراطه على الولد وهما شيان نادران على خلاف الاصل و كل سبب شأنه ذلك فمجرد وجوده يحكم باثره الا ان يثبت بدليل المانع ويكتفى في الاستدلال على عدم المانع باصالة عدمه و اذا اقر بالسبب المذكور حكم عليه بشوته و اذا حكم بشوته حكم بشوت اثره اذا لم يظهر دليل على المانع الموجب لتخلف الحكم والالكان خلاف الاصل اصلا و هو محال ، فاذا كان اقراره باطلاقه يوجب الحكم بشوت المهر عليه فلا يسمع مجرد نفيه لانه انكار بعد اعتراف (ولانه) مع اثبات السبب امان ينفي الاقتضاء او ثبت المانع (فالاولى) لا يسمع (لان) عدم الاقتضاء منحصر في وجوب سبب نفيه فلا يسمع قبله (والثاني) لم يدعه كما لو قال هذا اخي لا يرث من تركته ابي فلانه لا يسمع النفي بل ان ادعى مانعا احتاج الى نفيه وكان اليمين على منكره فكذا هنا . قال المصنف المراد بقولنا عدم سماعه انه لا يسمع منه النفي بل ان ادعى سبب زواله وسمع وكان عليه البينة والقول قولها مع اليمين وهذا هو الحق عندى ، واحتمال اسماع ضعيف (ووجهه) انه يجمع وجوبه على الزوج وعدمه وجوبه على الزوج في الصورتين المذكورتين وفي العادة القديمة تقديم المهر على الدخول و اذا جامع الايجاب وعدمه كان اعم منهما ولا دلالة للعام على الخاص وضعفه ظاهر ممامر والالم يمكن الاستدلال بالعمومات والظواهر السمعية . قال قدس الله سره : ولو اختلفا في قدره او وصفه (الى قوله) ومهر المثل .

اقول : هنا مسائل (الف) لو اختلف الزوجان في قدر المهر فالقول قول الزوج

مع اليمين وهو اختيار الاصحاب لان الزوج مدعى عليه (لان) الصداق ليس عوضا حقيقة

ولو ادعى الزيادة عليه المختلفة (احتمل) تقديم قوله لانه اكثر من مهر المثل ومهر

بل هو نحلة ، و اذا اختلفا فى قدر النحلة فالقول قول المنكر مع اليمين وتساوى المستنكر وهو ما لا يتزوج بمثله فى العادة من غير المستنكر وهو ما يتزوج بمثله فى الوقت فيلزم من هذا انه لو قدره بأرزة مع عدم تزوجه به عادة كان القول قوله مع اليمين و هو اختيار صاحب الشرايع ، وقال والدى المصنف رحمه الله ليس يبيعد من الصواب تقديم قول من يدعى مهر المثل بمعنى انه اذا ادعى الزوج اقله من مهر المثل و ادعت هى مهر المثل كان القول قولها مع اليمين . ولو ادعت هى ازيد من مهر المثل و ادعى هو مهر المثل فالقول قوله مع اليمين (ووجهه) ان من يدعى مهر المثل كلامه هو الظاهر ومن ينتقص عنه خلاف الظاهر لان الظاهر انها لا ترضى باقل منه ، والظاهر انه لا يرضى بالزيادة عليه و من وافق مدعاء الظاهر كان القول قوله لما ياتى فى باب الدعاوى (و لان) مهر المثل هو الواجب بالاصل لانه يحكم به فى كل و طى مع عدم تحريم الوطى وعدم التسمية اللازمة وعلى قول من قيد حرية الموطوءة (واقول) هذا مسلم مع الدخول واما قبله فلا يجب شىء الا بالتسمية ولا اعتبار بغيرها فتقديم دعواه لا يوجبها الا اصالة عدم التغاين وهذا فى المعاوضات الحقيقية والنكاح ليس كذلك .

ثم فرغ المصنف على هذا الاحتمال وهو تقديم قول مدعى مهر المثل فروعاً ثلاثة (احدها) اذا ادعى الزوج للأقل منه و ادعت الزوجة الزيادة عليه فكل منهما ادعى خلاف الظاهر وقد فسّر به المدعى فيحلف كل منهما على نفي ما ادعاه الآخر (ولانه) اختلاف فى صفة العقد فيتحالفان كالبيوع وغيرها و اذا تحالفا انفسخ عقد المهر لانه لا يبطل ببطلانه النكاح و اثر التحالف انفساخ عقد فقدّر الفقهاء للصدّاق عقداً فيبطل المسميان الذى يدعى كل منهما واحداً منهما وبطلان التسمية موجب لثبوت مهر المثل فقوله رحمه الله (فان ادعى النقصان) اى عن مهر المثل وقوله (و ادعت الزيادة) اى على مهر المثل (وثانيها) لو ادعى الزيادة على مهر المثل المختلفة كان يقول المهر مائة و تقول هى مائة و مهر المثل خمسون ذكر المصنف فيه وجهين (احدهما) تقديم قول الزوج لان القول قوله فى مهر المثل فى الزيادة عليه اولى وعليه اليمين على نفي الزيادة التى تدعيها

المثل (١) ولو ادعى النقصان (احتمل) تقديم قولها ، ومهر المثل (٢) ولو كان الاختلاف في التسليم قدم قولها مع اليمين سواء دخل اولاً .

ويثبت الزيادة التي اقرهوبها للزوم اقرار العقلاء على انفسهم ولا يحتاج الى يمين المرأة هنا (الوجه الثاني) ثبوت مهر المثل لان الاقرار اخبار عن حق سابق وليس الاقرار سبباً في ثبوت الحق بل سببه غيره ولا بد في ثبوت الحق من سبب فاذا حكم الشارع ببطلان سبب الاقرار بطل الاقرار وسبب ثبوت المسمى التسمية وقد حكم الشارع ببطلان التسميتين (احديهما) وهي مدعاها يمينه والأخرى باقرار الزوجة بعدم سببها وهو كونها مسمى في العقد ولا يحتاج الزوجة في اثبات مهر المثل الى يمين لانه ثابت على تقدير اي تسمية كانت من التسميتين وبطلانها فهو ثابت على واحد من طرفي النقيض ولا يرد اتفاقهما على ثبوت زيادة مدعى الزوج واتفاقهما على وجوب سبب لها وهو التسمية والاختلاف في تعيينها فالحكم ببطلانها باطل لما ذكرنا من ان الشارع حكم ببطلان سبب الاقرار كحكمه ببطلان كل واحدة من التسميتين ومع بطلان السبب يبطل المسبب (وثالثها) اذا ادعى النقصان عن مهر المثل كأن ادعت مائة وادعى خمسين ومهر المثل مائتان (احتمل) تقديم قولها وهو الاقوى لانها لو ادعت مهر المثل كان القول قولها فالانقاص اولى (واحتمل) مهر المثل لانهما اختلفا في العوض المعقود عليه فيتدافعان ويرجع الى مهر المثل كالبيع وانما لم يذكر التحالف هنا للاكتفاء بيمين الزوج في نفي مدعاها بالزيادة (وعلى) بعض القدماء بانه عقد لا يفسخ بالتحالف فلا يشرع فيه والاقوى عندي ان القول قول الزوج في كل هذه الصور (ب) اذا اختلفا في وصف المهر كالصحيح والمكسر والجيد والردى والحلول والتأجيل او تقدير الاجل فالقول قول الزوج مع اليمين (و يحتمل) ان يتحالفا لانه اختلاف في وصف عقد المهر فيؤثر في بطلان التسمية لافي النكاح فثبت مهر المثل مع الدخول ومع الطلاق قبله المتعة والحق الاول (ج) ان يدعى التسمية وتكرار المرأة فالقول قول الزوج .

ولو قال هذا ابني منها فالأقرب ثبوت مهر المثل مع انكار النكاح (او التسمية) (او)

قال قدس الله سره : ولو قال هذا ابني منها (الى قوله) او ان يسكت .

اقول : وجه القرب انه اقرار من حر بوطى يلحق النسب به بغير ملك يمين و كل و طى من حر بغير ملك يمين يلحق النسب به موجب للمهر فيلزم انه اقرب بوطى لغير ملك اليمين موجب للمهر والكبرى بينة (واما الصغرى) فلان تكوّن الولد من منيته في رحم المرأة من غير و طى محال عادة او بعيد نادر جداً فان استدخال المنى بغير مساحقة او بمساحقة توليده عادة محال او نادر جداً بل هو الى الاحالة عادة اقرب ، والاقرار بالمسبب يستلزم الاقرار بالسبب والنوادر لم يلتفت اليها الشارع (اذا) عرفت ذلك (فتقول) هذا الاقرار موجب لمهر المثل في صور اربع (الف) انكاره النكاح اى العقد (ب) انكار التسمية (ج) انكاره اصل المهر (د) ان يقتصر على هذا الكلام ويسكت .

وانما قلنا مهر المثل (لان) منافع البضع المستوفاة مع عدم التسمية تضمن به فهو الواجب في الاصل (ولان) التقدير بقدر معين سببه التسمية الصحيحة في عقد صحيح و الوطى اعم منه والعام لا يستلزم الخاص ، فالاقرار بالوطى لا يستلزم الاقرار بالعقد ولا بالتسمية ، ودعواها لا تقبل في حقه لو ادعت التسمية ولها عليه اليمين (و يحتمل) ثبوت اقل ما يمكن ان يكون مهراً لانه المتيقن والزائد عليه على خلاف الاصل .

(لا يقال) يحتمل ان يكون الوطى بعقد صدر من الأب حال صغر الواطى وعسره (وغيره - خل) او ان يكون قد وقع منه على اقل من مهر المثل ، (ولا يلزم) من انكاره الاقل او سكوته ثبوت الاكثر (لامكان) كذبه في انكاره التسمية ، ولا يجوز الزام الكاذب بزيادة وكذا الساكت (فانه) لم يصدر منه الا الاعتراف بملزوم الوطى و الوطى يمكن وقوعه عن عقد على اقل ما يمكن ان يكون مهراً كحبة مثلاً (لانا) نقول الجواب (عن الاول) الاقرار بالفعل يوجب ثبوت حكمه على فاعله لان ايجاب حكمه على غيره مع امكان ثبوته عليه خلاف الاصل نادر وخلاف الاصل لا يحكم به الا بدليل يقينى او حكم الشارع بصلاحية النقل عن الاصل ولا يتوقف في الحكم بسببه والالزام مساواة خلاف الاصل الاصل (ولانا) بينا ان ما ذكره سبب نادر على خلاف الاصل (وعن الثانى) ان كل مثبت

اصل المهر (او) ان يسكت ، ولو خلا فادعت المواقعة قبلا فاقام البينة بالبكارة بطلت الدعوى والاحلف للبرائة الاصلية (وقيل) تحلف هي لان شاهد حال الصحيح المواقعة

او ناف يثبت في حقه حكم ما قر به من نفي او اثبات ولا يعارض ذلك امكان كذبه اجماعا وبقوله عليه السلام اقرار العقلاء على انفسهم جائز (١) وهذا حكم اجماعى وحكم نفي التسمية ونفي العقد مع اثبات الوطى وجوب مهر المثل فقد وجد المقضى للحكم بوجوب مهر المثل وانتفى المعارض ان امكان الكذب لو قدح لم يلزم اقرار قط (قوله) ولا يجوز الزام الكاذب بزيادة (قلنا) اذا علم كذبه لم يلزمه شيء ونفس اقرار المؤاخذ به مع عدم علم الكذب سبب تام فى الحكم يلزوم مقتضاه وامكان الكذب كما قررنا غير موجب للتشكيك فكيف الجزم ، وامكان صدور الوطى عن عقد على اقل ما يملك كحبة مسلم - لكن لا يقدح هذا الامكان فى الحكم بوجوب مهر المثل فى المسألة المذكورة (لان) كل مهر غير مهر المثل انما توجب التسمية فى عقد شرعى واحترزنا بقولنا (كل مهر) ان المتعة و العشر او نصفه فى وطىء الامة لكن العقد على خلاف الاصل لانه حادث والاصل عدمه فلا يحكم به الا بدليل و يكفى فى نفيه الاصل فالوطى مع عدم العلم بعقد يوجب مقديرا يقتضى الحكم بوجوب مهر المثل (ولانه) كلما عارض دليلا واوقف حكمه ساواه ان لم يحكم بواحد منهما فان حكم بالمعارض ترجح عليه فلو عارض امكان ثبوت العقد من غير دليل دل عليه اصالة عدمه لزم احدا الامرين (اما) كون خلاف الاصل مساويا للاصل او ارجح وهما محالان (ولا يرد) يعارض الاصل البرائة (لانه) قد ثبت خلافه فان الوطى اقتضى ثبوت مال فى الذمة وزيادة مهر المثل على اقل ما يمكن العقد عايد وجبت بالاصل اذ كل من اتلف شيئا على غيره ضمنه بقيمته وانما ينقص عنها سبب حادث والاصل عدمه فمثل هذه الاسئلة لا يصدر عن له تحصيل .

قال قدس الله سره : و لو خلا فادعت المواقعة قبلا (الى قوله) مع الخلوة بالتحليلة .

اقول : ذكر المصنف مستند الوجهين و اقول ايضا (وجه الاول) انه انكر حدوث

مع الخلوة بالحليلة . ولو قالت علمنى غير السورة قدم قولها مع اليمين ولو اقامت بينة بعقدين فادعى التكرير فانكرت قدم قولها ، ويجب مهران (وقيل) مهرونصف .

الحادث والاصل بقاء عدمه المستند الى عدم علمته وهو متحقق ازلاً والاصل بقاءه ايضاً (ومستند الثانى) وجود القدرة والداعى وانتفاء الصارف اذا لاصل عدمه وانما رجح المصنف الاول لان حكم السبب الاول ذاتى و سبب الثانى اكثرى والسبب الذاتى اقوى و اولى بالحكم باثره من الاكثرى (ولان) الحكم ببقاء ما علم تحققه اقوى من الحكم بتجدد متجدد لم يعلم يقيناً وجود سببه التام و لم يدرك حساً و ان كان سببه الاكثرى معلوما فكيف اذا لم يعلم يقيناً ايضاً ووجود المقدور لابد فيه من ترجيح القادر و هو غير معلوم اذ قد يتساوى النسبة الى الداعى قوله (وقيل تحلف هى) هذا قول ابن حمزة و قد سبق الخلاف و تحقيق هذه المسألة .

قال قدس الله سره : ولو اقامت بينة بعقدين (الى قوله) مهرونصف

اقول : اذا ادعت الفين مثلاً فى عقدين وقعا فى وقتين متغايرين كيومين مثلاً و اقامت البينة بهما ثبت العقدان و لزم المهران ولا يحتاج الى التصريح بتخلل الفرقة للحكم بها بالعقد الثانى لانه موقوف عليها و ثبوت المشروط يستلزم ثبوت الشرط لاستحالة اجتماع وجود المشروط و عدم الشرط صدقا و الاول ثابت باقراره فينتفى الثانى فان ادعى الزوج التكرار قدم قولها حملاً للفظ العقد على حقيقته وهو السبب المبيح للنكاح لاعلى صورته لانه مجاز من باب الاستعارة وكذا لو اقر بعقد بيع عبد او ابتاعه عبداً فانه يكون اقراراً بملكيتيه فلا تسمع منه دعوى صورته العارية عن المعنى لانه مجاز من المستعار ولا يتعرض للوطى لان المسمى يجب بالعقد عنده والاصل بقاءه الى ان يدعى الخصم مسقطاً ، وهذا اختيار المصنف و ابو القاسم بن سعيد ، وقال جدى قدس الله سره يلزم مهرونصف اما عند من يوجب بمجرد العقد النصف فظاهر واما عند الاخرين فلاستلزام العقد الثانى تقدم الفرقة عليه من العقد الاول والاصل عدم الدخول و الاصل كونها منه لانه هو المالك لها وصدورها منها نادر على خلاف الاصل، واختار الشيخ فى المبسوط الاول وحكى الثانى ، ثم قال رحمه الله وهذا اقوى وهو الاقوى عندى .

ولو قال اصدقك العبد فقالت بل الجارية فالاقرب التحالف وثبت مهر المثل (ويحتمل) تقديم قوله مع اليمين ولو كان ابواها في ملكه فقال اصدقك اباك فقالت بل امي (فعلى الاول) يتحالفان ويرجع الى مهر المثل ويعتق الاب باقراره وميراثه موقوف اذ لا يدعيها أحدهما (وعلى الثاني) يعتق عليها ولا شيء لها وميراثه لها ، واذا (فرع) لو ادعى انه لم يصبها في النكاح الاول صدق بيمينه لان الاصل عدم الاصابة ولا يطالب من المهر الاول الا بالنصف ولو ادعى البطلان (الطلاق - خ) في الثاني قبل الاصابة صدق وقنع منه بنصف المهر الثاني .

قال قدس الله سره : ولو قال اصدقك العبد (الى قوله) مع اليمين

اقول : (وجه الاول) انه اختلاف في صفة العقد الموجبة لاختلافه لانهما اختلفا في العوض المستحق في العقد فكان كالمبيع فكل (وكل - خ) واحد منهما ينكر ما ادعاه الآخر (ووجه الثاني) انه ينكر ما ادعته فالقول قوله مع اليمين لانه غارم (واما) المرأة فلا يمين عليها لانها انكرت استحقاق ماقر لها به والاصل في ذلك انه ليس بعوض حقيقي بل هو واجب بحكم الشرع ، والاقرى عندى الثاني .

قال قدس الله سره : ولو كان ابواها في ملكه (الى قوله) وميراثه لها .

اقول : هذا فرع على المسألة المتقدمة وهي قول الزوج ان اصدق العبد وقالت المرأة بل الجارية (وتقريره) لو كان كل واحد ممن ادعياه يعتق عليها لو ثبت و مثاله كما ذكره هنا فالحكم في التحالف والرجوع الى مهر المثل وتقديم قول الزوج مع اليمين في الحكم لها بالاب كما تقدم من غير تفاوت لكن يتفرع الكلام هنا في موضعين (الف) العتق فذكر المصنف انه يعتق من يدعى الزوج اصدقه كالأب هنا على الاحتمالين معاً اي احتمال التحالف واحتمال قول الزوج واحلافه خاصة (اما) على تقدير التحالف فلانه اقربانه اصدقها الاب وهو يتضمن الاقرار باعتاقه عليها لانه اقرب العله الموجبة ان ملك الولد الحراباه علة موجبة للعتق لذاته فيكون متضمنا للاقرار بالمعلول ، واقرار العاقل على نفسه جائز وعلى غيره لا ، فمن ثم لم يحكم عليها به ملكيته بل عليه وهذا كما لو قال بعتك اباك فانكر الابن وحلف فانه يحكم بعتق الاب باقراره وحيث عتق باقراره

اختلف الزوج والولى (فكل موضع) قد منا قولها قول الزوج مع اليمين تقدم هنا ويتولى الولى احلافه (وكل موضع) قد منا قولها مع اليمين صبر حتى تكمل وتحلف اما لو ادعى التسليم الى الولى او الوكيل فان اليمين عليهما وورثة الزوجين كالزوجين الا ان يمين الورثة على نفى فعل مورثهم انما هي على نفى العلم ، ولو دفع مساوى المهر فادعت دفعه هبة قدم قوله مع اليمين ان ادعت تلفظه بالهبة والا قبل بغير يمين بان تدعى انه نوى بالدفع الهبة (لانه) لو نواه لم يصر هبة وبرء الزوج بدفع المهر الى الزوجة مع بلوغها ورشدها لامع زوال احدهما وبدفعه الى وليها لابدونه وبالذفع الى الوكيل فيه لافى العقد .

خاصة لم تفوت المرأة عليه شيئاً فلم تغرم (واما) على تقدير تقديم قول الزوج فلا قراره ، و بعد يمينه يحكم الحاكم بملكها اياه والحكم بعق الاب لا يقف على التحالف بل بمجرد دعواه يحكم بعقته فان حلف الزوج استقرق الام وان نكل وحلفت المرأة انعتقت الام ايضاً بيمينها لثبوت ملك الام لها بيمينها (ب) الكلام فى تركة الاب وتركة الام لو انعتقت كما ذكرنا فهنا مسألتان .

(الف) تركة العبد من يرثها؟ فرق المصنف بين الاحتمالين فذكر انه على احتمال التحالف يكون ميراثه موقافاً لان كلامهما ينفيه عن نفسه لنفى متبوعه (اما) الزوجة فترجم انه لم ينعق بل هو عبد فن للزوج والزوج يدعى انتقاله الى ابنته والتصرف فيه لو لم يكن ابا ولم يكن كسبه لها ولخلا النكاح عن مهر او حكم الشارع بالمضادين فى واقعة مع اتحاد الموضوع والزمان ، وقال بعض قداماء الاصحاب يكون موقفاً ايضاً (لان) علة ايقافه فى الصورة الاولى انكارها اياه وهى موجودة هنا ايضاً فيوقف (وفيه نظر) لانه انما وقف فى الصورة الاولى لعدم حكم الشارع بملكيتها اياه بخلاف هذه الصورة (ولان) كسبه فى الصورة الاولى لو لم يكن باً قبل التحالف موقوف ويمينه على تقدير تقديم قوله او نكولها كسبه لها فترقت صورتان .

(فرع) القدر الموقوف من ميراثه ما زاد على قيمة ما ادعته مهرأ فلها اخذ قيمة الجارية لاتفاقهما على استحقاقها اياه والاختلاف فى السبب (ب) الميراث من الام لو انعتقت للزوجة قطعاً وانما ينعق بيمينها المثبتة ونكوله او تصديق الزوج ولو بعد يمينه - وهذه من المسائل المتشعبة وفروعها كثيرة اعرضنا عنها لثلاثاً لظول بذكرها .

المقصد الثالث في القسم والشقاق

وفيه فصول (الاول) في مستحق القسم

لكل من الزوجين حق على صاحبه وكما يجب على الرجل النفقة والاسكان كذا يجب على المرأة التمكين من الاستمتاع وازالة المنفر والقسمة بين الأزواج حق على الزوج حراً كان أو عبداً مسلماً كان أو كافراً عاقلاً كان أو مجنوناً خصباً كان أو عنتيناً أو سليماً ، ويتولى الولي عن المجنون فيطوف به على نسائه بالعدل وهو حق مشترك بين الزوجين لاشترائك ثمرته فلكل منهما الخيار في قبول اسقاط حق صاحبه (وقيل) لاتجب القسمة الا اذا ابتدأ بها (فعلى الاول) لو كان له زوجة واحدة وجب لها ليلة من اربع والثلاث يضعها اين شاء ، ولو كان له زوجتان فلهما ليلتان وله ليلتان ، ولو كان له ثلاث فلهن ثلاث من اربع ، ولو كان اربعا وجب لكل واحدة ليلة ولا يحل له الاخلال بها الامع العذرا والسفرا واذنهن أو اذن بعضهن في ما يختص الأذنة (وعلى الثاني) لو كان له زوجة

المقصد الثالث في القسم والشقاق

وفيه فصول (الاول) في مستحق القسم

قال قدس الله سره : والقسمة بين الأزواج حق على الزوج (الى قوله) وقيل لاتجب القسمة الا اذا ابتدأ بها الزوج الى آخره (١)

اقول : المشهور وجوب القسمة بين الأزواج ابتداء لو ردد الامر بهامطلقا ، قال الباقر عليه السلام قسم الحرة الثلثان من ماله ونفسه وللامة الثلث من ماله ونفسه (٢) وقال الشيخ في المبسوط لا يجب الا اذا ابتدأ بها والاول اقوى لقوله تعالى وعاشروهن بالمعروف (٣) المأمور به هنا المعاشرة وكونها بالمعروف وليس هذا الامر للمرة بل هو للتكرار اجماعا وليس في كل الاوقات اجماعا فبقي ان يكون بحسب ما يقتضيه القسمة اذ لا قائل بثالث ولانه عليه السلام قسم بين نسائه بالعدل بينهن ، والتاسى واجب على ما قرر في الاصول .

(١) هكذا في الايضاح .

(٢) تلب ٨ ذيل خبر ٢ من ابواب القسم والنشوز فلاحظ صدره (٣) النساء - ٢٣

واحدة لم يجب قسمة ولو كن أكثر فان اعرض عنهن جاز ، وان بات عند واحد منهن ليلة
لزم فى الباقيات مثلها .

وتستحق المريضة - والرتقاء - والحائض - والنساء والمحرمة - ومن آلى منها
اظهاره (لان) المراد الانس دون الوقاع: وانما تستحق الزوجة بعقد الدوام سواء كانت حرة أو أامة
مسلمة او كفاية ولاقسمة بملك اليمين وان كن مستولدات ولا تمتع بها ولاقسمة للناشزة
الى ان تعود الى الطاعة ، ولو سافرت بغير اذنه فى المباح او المندوب فهى ناشزة ولو سافرت
بأذنه فى غرضه وجب القضاء ولو كان فى غرضها فلا قضاء ، ولو كان يجتن ويغيب لم يخص
واحدة بنوبة الافاقة ان كان مضبوطا وان لم يكن فافاق فى نوبة واحدة قضى للاخرى
ما جرى فى الجنون لقصور حقها ولو خاف من اذى المجنونة سقط حقها فى القسمة والاوجب .

الفصل الثانى فى مكانه وزمانه

(اما المكان) فانه يجب عليه ان ينزل كل واحدة منزلا بانفرادها ولا يجمع بين
ضرتين فى منزل الا مع اختيارهن او مع انفصال المرافق وله ان يستدعيهن على التناوب
والمضى الى كل واحدة ليلة و ان يستدعى بعضا ويمضى الى بعض ولو لم ينفرد بمنزل
بل كان كل ليلة عند واحدة كان اولى ولو استدعى واحدة و امتنعت فهى ناشزة لانفقة
لها ولا قسمة الى ان تعود الى طاعته (وهل) له ان يساكن واحدة و يستدعى الباقيات
اليها (فيه نظر) لما فيه من التخصيص .

الفصل الثانى فى مكانه وزمانه

قال قدس الله سره : وهل له ان يساكن (الى قوله) من التخصيص .

اقول: قوله (لما فيه من التخصيص) اشارة الى دليل حذف كبراه (تقديره) انه
تخصيص بغير عذر ، وكل تخصيص بغير عذر خروج عن العدل ينتج انه خروج عن العدل
لكن العدل واجب بنص الكتاب (ويحتمل) الجواز (لان) له ان يتخذ مسكنا له منفردا
عن كل واحدة ثم يدعو ذات كل ليلة اليه فى ليلتها فما المانع ؟ ان يسكن عنده احديهن مع
عدم اخلاله بزمان القسم وهو الليل .

(واما الزمان) فعماد القسم الليل واما النهار فلمعاشه (وقيل) يكون عندها ليلة ويظل عندها صبيحتها وهو مروى ولو كان معاشه ليلا كالوقاد والحارس والبزاز (١) قسم بالنهار والليل لمعاشه ، ولا يجوز ان يدخل في ليلتها على ضررتها الالعيادتها في مرضها فان استوعب الليلة (قيل) يقضى لعدم ايصالها حقها (وقيل) لا كما لوزار اجنبيا ، و له ذلك بالنهار لحاجة وغيرها لكن يستحب ان يكون نهار كل ليلة عند صاحبها ، و لو طال مكثه عند الضرة ليلا ثم خرج قضى مثل ذلك الزمان من نوبة الاخرى ، و لو لم يطل عصى ولا قضاء ، فان واقع الضرة ثم عاد الى صاحبة الليلة لم يقض الجماع في حق الباقيات لانه ليس واجبا في القسمة ، والواجب في القسمة المضاجعة لا الموافقة ولا

قال قدس الله سره : واما الزمان فعماد القسم الليل (الى قوله) وهو مروى

اقول : الاول هو المشهور لان المقسوم انما هو زمان الاستقرار وهو الليل لقوله تعالى هو الذي جعل لكم الليل لتسكنوا فيه (٢) وقال عز وجل وجعلنا الليل لباسا (٣) والثاني قول ابن الجنيد لما رواه ابراهيم الكرخي قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل له اربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في ليا لهن و يمسهن فاذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسه فهل عليه في هذا اثم فقال انما عليه ان يكون عندها في ليلتها ويظل عندها صبيحتها وليس عليه ان يجامعها اذا لم يرد ذلك (٤) والى هذه الرواية اشار المصنف بقوله وهو مروى (واعلم) انه لما كان الانسان يحتاج الى زمان الاستقرار وزمان آخر للانتشار والسعى في معاشه وكان الغرض الاقصى في القسم السكون والاستقرار عندها لانه مظنة الاستمتاع كان القسم زمان الاستقرار فقي الاغلب هو الليل للآية وكان هو المقسوم والنهار للانتشار والمعاش فلا يدخل في القسم و في بعض الناس معاشهم وانتشارهم في الليل واستقرارهم في النهار كالاتوني والحارس فينعكس الحكم فيجعل القسم في النهار لا غير ولا يجمع بينهما لما فيه من التعطيل واختلال نظام النوع .

قال قدس الله سره : ولا يجوز ان يدخل في ليلتها (الى قوله) اجنبيا .

اقول : الثاني قول الشيخ في المبسوط وهو الاقوى عندي .

(١) البزاز بالمعجمة ثم المهملة - العامل في البزارة وهو ما يستخرج منها بزرا الكتان او السمسم وهو دهنه . (٢) يونس - ٦٨ (٣) النبأ - ١٠ (٤) مثل ب ٥ خبر من ابواب القسم والنشوز

يقسم اقل من ليلة ولا يجوز تصنيفها لانه ينقص (ينغص - خ ل) العيش ولا تقدير
لاكثره. وهل يتبدىء بالقرعة او الاختيار بينى على الوجوب وعدمه .

الفصل الثالث فى التفاوت

واسبابه ثلاثة

(الف) الحرية ، للحررة ثلثا القسم وللامة الثلث فللحررة ليلتان و للامة ليلة ،
ولوبات عند الحررة ليلتين فاعتقت الامة فى اثناء ليلتها او قبله ساوت الحررة و كان لها
ليلتان فان اعتقت بعد تمام ليلتها استوفت حقها ولم يبت بيت عندها اخرى لكن يستأنف
التسوية ، ولوبدا بالامة فبات عندها ليلة ثم اعتقت قبل تمام نوبتها ساوت الحررة وان
اعتقت بعد تمام نوبتها وجب للحررة ليلتان ثم يستوى (يسوى - خ ل) بعد ذلك (و هل)
ينزل المعترك بعضها منزلة الحررة او الامة او يقسط اشكال (ب) الاسلام ، فالكتابية

قال قدس الله سره : وهل يتبدىء بالقرعة (الى قوله) وعدمه.

اقول : (ان قلنا) تجب القسمة ابتداء وجبت القرعة لمن يتبدىء بها للتساوى و
عدم جواز الترجيح بالمرجح (وان قلنا) لا تجب الا اذا ابتداء بها تخير لانه مالم يبت عند
واحدة لم يلزمه لغيرها شىء هذا لفظ المصنف (و اعلم) ان الشيخ فى المبسوط لم
يوجب القسمة ابتداء ووجب القرعة ثم يتبدىء بها اذا اراد القسمة وحكى عدم وجوب
القرعة عن قوم .

الفصل الثالث فى التفاوت

واسبابها ثلاثة الاول الحرية

قال قدس الله سره: وهل ينزل المعترك بعضها (الى قوله) اشكال

اقول: العدل بين الزوجات واجب لقوله تعالى فان خفتم ان لاتعدوا فواحدة
او ما ملكت ايما نكم . (١) دل على ان العدل للزوجات (وانه) عبارة عن التسوية
بينهن لان الواحدة لها عليه العدل بمعنى ايفاء الحقوق فلا تصلح قسمة (وانه) ليس عليه
العدل فى ملك اليمين والدليل قياس مقسم بين طرفى النقيض ، و من محصلات العدل و

كالامة لها ليلة وللمسلمة الحرة ليلتان والبحث في الاسلام وتجده كالعتق ، و تساوى الحرة الكتابية و الامة المسلمة فللحرة المسلمة ليلتان ولكل واحدة منهما ليلة فلو بات عند الحرة ليلتين وعند الامة ليلة فاسلمت الذمية ساوت المساومة (ج) تجدد النكاح فمن دخل على بكر خصها بسبع وعلى ثيب خصها بثلاث ، حرة كانت او امة او كتابية ان سوغناه ثم لا يقضى للباقيات هذه المدة بل يستأنف القسم بعد ذلك ، ولوطلبت بعد المبيت ثلاثا الزيادة لم يبطل حقها من الثلاث ولوسيق اليه زوجات في ليلة ابتداء بمن شاء او أقرع .

اسبابه القسم فلا تفضل امرأة على اخرى الا في القسم الا باحد امور ثلاثة - الرق في الزوجة - والكفر - و تجديد النكاح ، وبحثنا هنا في الاول و هو مبنى على جواز الجمع بين الحرة والامة في النكاح الدائم وقد ذكر في موضعه اذا عرفت ذلك (فنقول) للحرة في القسم ضعف مال الامة (لما) رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليه السلام قال سألت عن الرجل يتزوج بمملوكة على الحرة قال لا فاذا كانت تحتها امرأة مملوكة فتزوج عليها حرة قسم للحرة مثلي ما يقسم للمملوكة (١) ولما كان اقل قدر قسمة ليلة لان تبعيضها ينغص العيش كان اقل مال الامة ليلة وللحرة ليلتان وهذا رأى كل من قال بالتفاضل من علماء الاسلام . اذا تقرر ذلك (فنقول) اذا كان بعض الزوجة حراً وبعضها مملوكا ذكر المصنف فيه احتمالات ثلاثة (الف) انها تنزل منزلة الحرة (لان) الآية دلت على وجوب المساوات بين الزوجات وانما خصص بالنسبة المملوكة كلها (اما) عندنا فبالرواية المذكورة (واما) عند الشافعية ومن تابعهم في هذه المسألة فلما روه ومن قول النبي صلى الله عليه وسلم وللحرة الثلثان وللامة الثلث الحديث (٢) فسبب التفاوت ملك الكل ولم يحصل فبقى على اصل التساوى لعموم الآية (ب) انها بمنزلة الامة لان سبب فضل الحرة حرية الكل ولم تحصل وقد كان قبل العتق انما يستحق الثلث ولم يحصل بسبب التساوى (ج) التقييد جمعا بين الادلة ولانها تمنع من المساوة بتمام الملك و تستحق كل الفضل بتمام الحرية فيؤثر كل واحد من الوصفين بقدره وهو اعدل .

(١) ثلث ب ٨ خبر ٢ من ابواب القسم والنشوز .

(٢) لم نثر عليه بهذا اللفظ نعم قد ورد بهذا المضمون روايات عن اهل البيت (ع) فراجع

باب ٨ من ابواب القسم والنشوز من الوسائل .

الفصل الرابع في الظلم والقضاء

لو جار في القسمة وجب القضاء لمن اخل بليتها ، فلو كان له ثلاث فبات عند اثنتين عشرين بات عند الثالثة عشراً ولاءً فان تزوج الرابعة فان بات عشراً ظلم الجديدة بل يقضى الحق للجديدة بثلاث او سبع ثم يبيت عند الثالثة ثلاث ليال وعند الجديدة ليلة ثم يبيت العاشرة عند المظلومة وثلاث ليلة عند الجديدة ثم يخرج (١) الى صديق او مسجد ثم يستأنف القسمة وكذا لو بات عند واحدة نصف ليلة فاخرجه ظالم بات عند الاخرى نصف ليلة ثم خرج الى صديق او مسجد ، ولو كان له اربع فنشزت واحدة ثم قسم خمس عشرة فبات عند اثنتين ثم اطاعت. وجب توفية الثالثة خمس عشرة و الناشز خمساً فبييت عند الثالثة ثلاثاً وعند الناشزة ليلة خمسة ادوار ثم يستأنف القسم (القسمة-خل) وكذا لو نشزت واحدة وظلم واحدة واقام عند الآخريتين ثلاثين يوماً ثم اراد القضاء فاطاعت الناشزة فانه يقسم للمظلومة ثلاثاً وللناشزة يوماً خمسة ادوار فيحصل للمظلومة خمس عشرة قضاء وخمسة اداء وخمسة للمطبعة ، ولو طلق الرابعة بعد حضور ليلتها اثم لانه اسقط حقها بعد وجوبه فان راجعها او بانت فتزوجها قضاه لانها كانت واجبة لها ، ولو ظلمها بعشر ليال مثلاً فأبأنها فات التدارك و بقيت المظلمة فان جدد نكاحها قضاه الا اذا نكح جديدات او لم يكن في نكاحه المظلوم بها فيتعذر القضاء و تبقى المظلمة ، ولو قسم لثلاث فحبس ليلة الرابعة فان امكنه استدعاؤها اليه وفاها والاقضاه و لو حبس قبل القسمة فاستدعى واحدة لزمه استدعاء الباقيات فان امتنعت واحدة سقط حقها .

ولو وهبت ليلتها من ضررتها فللزواج الامتناع فان قبل فليس للموهوبة الامتناع ولا

الفصل الرابع في الظلم والقضاء

قال قدس الله سره : ولو وهبت ليلتها (الى قوله) من تاخير الحق .
اقول : ومن اصالة الجواز ولان اللازم المقدرا ما الترتيب فلا نسلم لزومه والا قوى

عندي ما هو الاقرب عند المصنف .

(١) اي في الثلثين الباقيين

لغيرها وليس له المبيت عندغير الموهوبة او الواهبة ثم ان كانت ليلتها متصلة بليلة الواهبة بات عندها ليلتين والافقى جواز الاتصال نظر اقربه العدم لمافيه من تاخير الحق وان وهبت من الزوج كان له وضعها اين شاء منهن او ينزل عنهن ، ولو وهبتها للكل او اسقطت حقها من القسم سقطت ليلتها وقصر الدور في الاول ولها ان ترجع في ما تركته بالنظر الى المستقبل لا الماضى حتى لو رجعت فى بعض الليل كان عليه الانتقال اليها ويثبت حقها من حين علمه بالرجوع لامن وقته ، ولو عا وضها عن ليلتها بشيء لم يصح المعاوضة لان المعوض كون الرجل عندها وهو لا يقابله عوض فترد ما اخذته ويقضى لانه لم يسلم لها العوض ولاقسمة للصغيرة ولا المجنونة المطبقة ولا الناشئة بمعنى انه لا يقضى لهن ما فات .

الفصل الخامس فى السفر بهن

واذا اراد السفر وحده لم يكن لهن منعه و لو اراد اخراجهن معه فله ذلك ، وان اراد اخراج بعضهن استجبت القرعة فان خرجت لواحدة فهل له استصحاب غيرها (قيل) لاوله ان يسافر وحده حينئذ واذا اعتمد القرعة لم يقض للبواقي ولو استصحب واحدة من

الفصل الخامس فى السفر بهن

قال قدس الله سره : وان اراد اخراج بعضهن (الى قوله) حينئذ .
اقول : القائل بالمنع هو الشيخ فى المبسوط والالاتفت فائدة القرعة (وقيل) يجوز لانها ليست من الملزمات لان الاستصحاب تبرع اذا الزمان لا يستحق فيه الزوجات القسم والفرق بين تركها مع المخلفات فانه جائز اجماعا واستصحاب غيرها ان القرعة لا توجب بل تعين من يستحق (يستحب دخل) التقديم .

قال قدس الله سره : ولو استصحب واحدة من غير قرعة ففي القضاء اشكال .
اقول : لا قضاء مع القرعة لان النبي ﷺ كان اذا اراد السفر اقرع بين نسائه فاتيهن خرج اسمها خرج بها (١) ولم ينقل انه ﷺ كان اذا غاد من السفر قضا لمن لم يخرج اسمها ولو قضا لنقل مع ذكر سفره بمن خرج اسمها (واما) منع عدم القرعة (فيحتمل) عدم القضاء لان السفر لاحق للنساء فيه لجواز انفرادهن (ويحتمل) القضاء لانه ظلم بالفضل

غير قرعة ففى القضاء اشكال ، ولو سافر للنقلة واراد نقلهن فاستصحب واحدة قضى للبواقي وان كان بالقرعة (لان) سفر النقلة والتحويل لا يختص باحديهن فاذا خص واحدة قضى للبواقي بخلاف سفر الغيبة ، ولو سافر بالقرعة ثم نوى المقام فى بعض المواضع قضى للباقيات ما اقامه دون ايام الرجوع على اشكال ولو عزم على الاقامة اياما ثم انشأ سافراً آخر لم يكن عزم عليه او لا لزمه قضاء ايام الاقامة دون ايام السفر ، ولو كان قد عزم عليه لم يقض ايام السفر على اشكال ، ولو سافر باثنتين عدل بينهما فى السفر فان ظلم احدهما قضاهما فى السفر او الحضر وله ان يخلف احدهما فى بعض الاماكن بالقرعة وغيرها فان تزوج فى السفر خصها بسبع او ثلاث فى السفر ثم عدل بينهما ، ولو خرج وحده ثم استجد زوجة لم يلزمه القضاء للمتخلفات ولو كان تحت زوجتان فتزوج آخرتين وسافر باحديهما بالقرعة لم يندرج حقها من التخصيص فى السفر بل له مع العود توفيتها حصة التخصيص

والتخصيص مع وجوب العدل بينهما للاية ومنشأ الاحتمالين من دلالة قوله تعالى .
فلا تميلوا كل الميل (١) فاذا خص احديهن بالسفر من غير مرجح هو القرعة ولم يقض كان قد مال كل الميل (ومن) ان المسافرة وان فازت بصحبته لكن يحصل لها من المشقة بالسفر بازاء ذلك ولا تحصل لها المزية (الدعة - خل) (والقرعة - خ ل) معه كما يحصل بالحضر فلو قضى لهن كان حظهن اوفر وهو خلاف العدل او ميل كل الميل وكلاهما منهى عنه.

قال قدس الله سره : نفسه ولو سافر بالقرعة (الى قوله) على اشكال .

اقول : منشأه (من) حيث انه فى حكم السفر الواحد لان الخروج يعقبه الرجوع وقد افرغ له (و لان) السفر الذى لا يقضى سفر الغيبة والرجوع ليس سفر الغيبة (ومن) حيث ان السفر قد انقطع بالاقامة فيكون الرجوع سافراً مبتدئاً ولم يقرع له وفى قضائه الوجهان .

قال قدس الله سره : ولو عزم على الاقامة اياما (الى قوله) على اشكال .

اقول : ينشأ (من) انه كالسفر الواحد (ومن) انقطاع الاول بالاقامة فهو سفر مبتدئاً

من غير قرعة وفيه الوجهان .

لان السفر لا يدخل في القسم ثم يقضى حق المقيمة ، ولو كانت له زوجتان في بلدين فاقام عندواحدة عشرا اقام عند الاخرى كذلك اما بان يمضى اليها او يحضرها عنده .
ويستحب التسوية بينهما في الانفاق - واطلاق الوجه - وان يكون صبيحة كل ليلة عند صاحبته - وان يأذن لها في حضور موت ابويها وله منعها عن عيادتهما وعن الخروج عن منزله الا لحق واجب وليس له اسكان امرأتين في منزل واحد الا برضاهن فان ظهر منه الاضرار لها بان لا يوفيهما حقه من نفقة وقسمة وغيرها امره الحاكم ان يسكنها الى جنب ثقة ليشرف عليها فيطالبه الحاكم بما يمنعه من حقوقها فان اراد السفر بها لم يمنعه لكن يكتب حاكم ذلك البلد بالمراعاة و ليس للمولى منع امته من طلب حقه من القسمة ولا منعها من اسقاطه او هبته لبعض ضرايرها كما ليس له فسخ النكاح لورضية بعنته او جنونه .

الفصل السادس في الشقاق

وهو فعال من الشق كان كلا منهما في شق وهو قد يكون بنشوز المرأة فاذا ظهرت امارته للزوج بان تقطّب في وجهه او تتبرّم (١) بحوايجه او تتناقل وتدافع اذا دعاها او تغير عاداتها في آدابها وعظها فان رجعت والاهجرها في المضجع بان يحول ظهره اليها في

الفصل السادس في الشقاق

قال قدس الله سره : وهو قد يكون بنشوز المرأة (الى قوله) فراشها .
اقول : قال الله تعالى واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن
في المضجع و اضربوهن (٢) والكلام هنا في الهجران وهو معلوم بالنص والاجماع
والمعتبر هو الهجران في المضجع و اختلف في كيفيته ، فقال ابنا بابويه يحول ظهره
اليها في المضجع لتحقق الهجران به لان الامر المطلق بما يقبل الشدة والضعف انما يحمل
على اقل مراتبه وهو ما ذكره ، وقال الشيخ في المبسوط وابن ادريس يعتزل فراشها ،
والتحقيق عندي الرجوع الى العرف .

الفراش (وقيل) ان يعتزل فراشها ولا يجوز له ضربها حينئذ فان تحقق النشوز وامتنعت من حقوقه جازله ضربها باول مرة ويقصر على ما يرجو الرجوع به ولا يبرح (١) ولا يدمى ، ولوتلف بالضرب شيء ضمن ، ولومنعها الزوج شيئاً من حقوقها فهو نشوز منه و تطالبه و للحاكم الزامه ، ولها ترك بعض حقوقها من نفقة او قسمة وغيرهما استماله ويحل للزوج قبوله ولو قهرها عليه لم يحل ، ولومنعها شيئاً من حقوقها المستحبة أو أغارها فبذلت له مالا للخلع صح ولم يكن اكرامها .

ولو كان النشوز منهما وخشى الحاكم الشقاق بينهما بعث حكماً من اهل الزوج و حكماً من اهلها لينظرا في امرهما ويجوز من غير اهلها وبالتفريق تحكيماً لا توكيلاً فان اتفقا على الصلح فعلاه من غير معاودة وان رايها الفرقة استأذنا الزوج في الطلاق والمرأة في البذل ان كان خلعا ولا يستبدان بالفرقة ويلزم الحكم بالصلح وان كان احد الزوجين غايبا ، ولو شرط الحكمان شيئاً وجب ان يكون سايقاً والانقض ، ويشترط في الحكمين العقل والحرية والزكورة والعدالة وانما يتحقق نشوز المرأة بالمنع من المساكنة في ما يليق بها والاستمتاع وتسقط نفقة الناشز فان منعت غير الجماع من الاستمتاع احتمل سقوط بعض النفقة .

المقصد الرابع

في الولادة والحق الاولاد وكلام في الحضانة وفيه فصول (الاول) في الولادة

قال قدس الله سره : نفسه وتسقط نفقة الناشز (الى قوله) بعض النفقة .
 اقول : يحتمل سقوط كل النفقة (لان) شرط وجوبها التمكين التام ولم يحصل (و من) حيث ان مجموع النفقة في مقابلة مجموع الاستمتاع فيقابل البعض البعض (قيل) والاصل الوطى فبمنعه لا يجب شيء وبحصوله ومنع البعض لا ينبغي سقوط النفقة لان غيره مانع (تابع- خل) والاقوى عندي الاول .

المقصد الرابع في الولادة والحق الاولاد

وكلام في الحضانة وفيه فصول الاول

(١) يرح به الامر (من باب التفعيل) جهده وآذاه اذى شديداً (اقرب الموارد

و يجب عندها استبداد النساء او الزوج بالمرأة فان عدم النساء او الزوج جاز الرجال للضرورة وان كانوا اجانب مع عدم الاقارب والمحارم من الاقارب اولى فاذا وضعت استحباب غسل المولود: والاذان في اذنه اليمنى، والاقامة في اليسرى، وتحنيكه بماء الفرات وبترية الحسين عليه السلام فان تعذر ماء الفرات فبماء عذب فان تعذر مرس (١) في ماء ملح غسل او تمر وحنك به .

فاذا كان يوم السابع سماه و كناه مستحبا ، وافضل الاسماء ما شتمل على عبودية الله تعالى ثم اسم محمد عليه السلام او الائمة عليهم السلام ولا يجمع بين محمد وابي القاسم ولا يسميه حكما ولا حكيما ولا خالدا ولا مالا ولا حارثا ولا ضاررا ، ثم يحلق رأسه ويتصدق بوزن شعره ذهباً او فضة ويكره القنازع ، ثم يعق عنه فيه ويثقب اذنه مستحبا ويختنه ويجوز تاخيره فان بلغ ولم يختن وجب ان يختن نفسه والختان واجب وخفض الجوارى مستحب فان اسلم غير مختون وجب ان يختن نفسه وان طعن في السن ويستحب للمرأة .

ويستحب ان يعق عن الذكر بذكر وعن الانثى باثني (وقيل) العقيقة واجبة ولا يكفى الصدقة بثمانيتها ولا يسقط استحبابها بالتاخير لعذر وغيره ، ويستحب ان تجمع شروط الاضاحى وتخصيص القايلة بالرجل والورك فان لم تكن قابلة اعطيت الام تتصدق به ولو كانت ذمية اعطيت ثمنه ولو كانت ام الاب ام من هي في عياله لم تعط شيئا ولو اهمل عقيقة ولده استحباب للولد بعد بلوغه ان يعق عن نفسه ويسقط استحبابها لومات يوم السابع قبل الزوال لابعده ويستحب طبخها ودعاء جماعة من المؤمنين الفقراء اقلهم عشرة: كلما كثر عددهم كان افضل ، ويجوز ، تفريق اللحم ويكره للابوين الاكل منها وكسر عظامها بل تفصل اعضاء .

قال قدس الله سره: ويستحب ان يعق عن الذكر (الى قوله) واجبة.

اقول : الاول هو المشهور بين الاصحاب والثاني اختيار المرتضى و ابن الجنيد (لنا) اصل البرائة احتج المرتضى بما رواه على بن ابي حمزة عن العبد الصالح عليه السلام قال العقيقة واجبة الحديث (٢) والاقوى عندى الاستحباب وهو اختيار والدى المصنف.

(١) مرس (مبنيًا) للمفعول اى عجن

(٢) تل ب ٣٨ خبز من ابواب احكام الاولاد

الفصل الثاني في الحاق الاولاد بالآباء

ومطالبه ثلاثة (الاول) في اولاد الزوجات

اما الدائم فيخلق فيه الاولاد بالزوج بشروط ثلاثة (الدخول) (ومضى) ستة اشهر من حين الوطى (وعدم) تجاوز اقصى مدة الحمل و هو عشرة اشهر (وقيل) تسعة (وقيل) ستة فلوم يدخل او ولدته حيا كاملا لاقل من ستة اشهر من حين الوطى او لاكثر من اقصى الحمل باتفاقهما او بغيبته لم يجز الحاقه به وينتفى عنه بغير لعان، ومع اجتماع الشرايط لا يجوز نفيه لتهمة فجورها ولا لتيقنه فان نفاه لم ينتف الا باللعان، ولو وطى عزوجته ثم وطىها آخر بعده فجوراً كان الولد لصاحب الفراش لا ينتفى عنه الا باللعان فان الزانى لا ولد له سواء شابه الاب او الزانى فى الصفات، ولو وطىها غيره للشبهة اقرع بينهما والحق بمن تقع عليه، ولو اختلف الزوج والزوجة فى الدخول اوفى ولادته فالقول قول الزوج مع اليمين ولو اعتدت من الطلاق ثم اتت بولد ما بين الفراق الى اقصى مدة الحمل الحق به ان لم توطأ بعقد او شبهة .

وان تزوجت بعد العدة فان اتت به لسته اشهر من وطى الثانى فهو له وان كان لعشرة من وطى الاول . ويحتمل القرعة ، ولو كان الاقل من ستة اشهر فهو الاول وان لم يتجاوز الفراق اقصى الحمل فينتفى عنهما وكذا الامة اذا وطىها المشتري ولو اجبل من

الفصل الثانى فى الحاق الاولاد بالآباء

ومطالبه ثلاثة (الاول) فى اولاد الزوجات

قال قدس الله سره : و عدم تجاوز اقصى مدة الحمل (الى قوله) و قيل سنة .

اقول : (الاول) قول بعض الاصحاب و(الثانى) قول الشيخين و ابن الجنيد و المرتضى فى جواب المسائل الموصليات و ابن البراج و(الثالث) قول المرتضى فى الاتصار و ابن حمزة و ابى الصلاح و مستند الكل مفهوم الروايات .

قال قدس الله سره : و ان تزوجت بعد العدة (الى قوله) و يحتمل القرعة .

اقول : قوله (وان كان لعشرة من وطى الاول) يريد على القول بان اقصى مدة الحمل سنة

زنائهم تزوجها لم يجز الحاق الولد به وكذا لو زنا بامة فحملت ثم اشتراها ، ولو اتفقا على الدخول والولادة لاقل مدة الحمل لزم الاب الاعتراف به فان نفاه لم ينتف الا باللعان وكذا لو اختلفا في المدة ، وكل من اقر بولد لم يقبل نفيه عنه ولا يجوز له نفى الولد لمكان العزل فان نفاه لم ينتف الا باللعان ، واما المؤجل فان اجتمعت الشرائط الثلاثة لم يحل له نفيه عنه لكن لو نفاه انتفى من غير لعان على رأى .

المطلب الثاني في ولد المملوكة

وتقرير المسألة انه اذا طلق المدخول بها فاعتدت وتزوجت ودخل الثاني ثم آتت بولد لسته اشهر من وطى الثاني ولا قل من اقصى مدة الحمل من وطى الاول فهنا يمكن ان يكون من الاول ويمكن ان يكون من الثاني عن زنا والواقع في نفس الامر احدهما فايهما يرجح المجتهد؟ يحتمل ترجيح الثاني لان فراشه ثابت حقيقة الآن وقال عَلَيْهِ السَّلَامُ الولد للفراش (١) ويحتمل القرعة لاحتمال كل واحد منهما والا اعتبار بالفراش حال الوطى وهى فراش لكل واحد منهما حال وطيه والزمان صالح لكل منهما لانه لاقل مدة الحمل للثاني و لم يتجاوز اقصى مدة الحمل للاول فالزمان مشترك بينهما فلا - ترجيح الا بالقرعة وهذا الاحتمال الاخير مذهب الشيخ في المبسوط وهو الاقوى عندي و به افتى .

قال قدس الله سره : واما المؤجل (الى قوله) على رأى .

اقول : الشرائط الثلاثة كونها فراشا لانها موطوءة بعقد شرعى وعدم قصور الزمان المتخلل بين الوطى والوضع عن ستة اشهر وعدم زيادته عن اقصى الحمل اذا عرفت ذلك فنقول قال كثير من الاصحاب ينتفى بغير لعان لعلبة اطلاق لفظ الزوجة على الدائم شرعا ولهذا حمل عليه عند الاطلاق في آية الارث وكثير من الروايات فكذا في اللعان و قال المرتضى وابوالصلاح وابن ادريس انها إنما ينتفى باللعان لانها زوجة حقيقة والاحرمات لتوله تعالى فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون (٢) .

المطلب الثاني في ولد المملوكة

اذا رطىء مملوكته فجاءت بولد لسته اشهر فضا عدأ وجب عليه الاعتراف به فان نفاه اتفى من غير لعان فان اعترف به بعد ذلك الحق به وان اعترف به اولانم نفاه لم يصح نفيه والحق به ، ولو وطئها المولى والاجنبى فجوراً فالولد للمولى ، ولو وطئها المشتركون فيها فى طهرواحد وولدت فتد اعوه اقرع بينهم فمن خرج اسمه الحق به واغرم حصص الباقيين من قيمة امه وقيمته يوم سقط حيا ، ولو ادعاه واحد الحق به واغرم حصص الباقيين من القيمتين ولا يجوز نفي الولد لموضع الغزل فان نفاه اتفى من غير لعان، ولو انتقلت الى دوالى فوطئها كل واحد بعد انتقالها اليه من غير استبراء فالولد للاخير ان وضعت استة اشهر من وطئها والفلذى قبله ان كان لوطئها ستة اشهر والافلسابق عليه وهكذا ، ولو وطئها آخر فجوراً بعد وطئ المولى فالولد للمولى وان حصلت اماره انه ليس منه لم يجز الحاقه به ولا نفيه عنه (وينبغى) ان يوصى له شىء ولا يورثه ميراث الاولاد وفيه اشكال : وكذا فى تملكه او تملك الوارث له ولو اشترى حبلى فوطئها قبل مضى اربعة اشهر وعشرة ايام كره له بيع الولد وينبغى ان يعزل له قسطا من ماله ويعتقه الا ان يكون قد عزل عنها او وطئها بعد المدة .

قال قدس الله سره : ولو وطئها آخر (الى قوله) وفيه اشكال .

اقول : منشأ الرواية وعمل اكثر الاصحاب وقوله **للمولى** الولد للفراش ، ولانه لا اعتبار بامارة النفى مع العلم بوجود سبب الاثبات ، (و اعلم) ان السبب المقضى للاحاقه به اما ان يكون موجوداً اولاً و الاول يوجب عليه وجوب استلحاقه و تحريم نفيه والامارة لا تعارضه وان لم يوجد لم يجز الحاقه (و من) حيث الرواية فمن ثم استشكله المصنف (ولانه) ان لم يلتحق به لم ينعتق الا من الوصية ولم يذكروا ذلك قال قدس الله سره : وكذا فى تملكه او تملك الوارث له .

اقول : الاشكال هنا فى موضعين (الف) فى تملكه للمال (ولا يقال) انه لولم يكن حراً لم تصح الوصية له لان الوصية له من مالكه لولا الحرية وتصح الوصية من المالك للمملوك بل يقال لو كان مملوكا لاتفى لاستحالة تملك الابن لكن لم يجز نفيه للرواية فلان كان مملوكا لزم ان يكون قد حكم فى الواحد بحكمين متنافيين وهو

المطلب الثالث في اولاد الشبهة

وطى الشبهة كالصحيح في الحاق النسب فلوطن اجنبية زوجته او جاريته فوطيها فالولد له فان كانت امة غيره غرم قيمة الولد يوم سقط حيا ، ولو تزوج امرأة ظنها خالية وظنت موت زوجها او طلاقه ثم بان الخلاف ردت على الاول بعد العدة من الثاني و الاولاد للثاني ان اجتمعت الشرايط سواء استندت الى حكم حاكم او شهادة شهود او اخبر مخبر ولا نفقة لها على الزوج الاخير في عدته لانها لغيره بل على الاول لانها زوجته .

الفصل الثالث في الرضاع

افضل ما يرضع به الولد لبان امه وتجبر على ارضاع البلاء (١) لان الولد لا يعيش بدونها ولها الاجر عنه ، ثم ام الولد ان كانت مملوكة لابيها كان له اجبارها على ارضاعه وان كانت حرة او مملوكة لغيره لم تجبر مسلمة كانت او ذمية ومعتادة كانت لارضاع ولدها اولاً ، وللأم المطالبة باجرة رضاعه فان لم يكن للولد مال وجب على الاب بذل الاجر منه، وله استيجارها سواء كانت في حباله او اولولها ان ترضعه بنفسها و غيرها و لو كان للولد

باطل قطعاً (ولانه) يلزم احد الامرين اما اعتقه من الوصية او كونه حراً (لانه) اما ان يكون مملوكاً او لا والثاني هو الثاني والاول يستلزم الاول لكنه منتف لانهم لم يذكروا في الرواية ذلك فيلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ، ومن حيث انه نماء مملوكته ولم يلتحق به شرعاً فيكون مملوكاً له (فعلى تقدير الحرية) يملك المال و هو ظاهر و على تقدير الرقية ينعق من الوصية ان خرجت من الثلث ولم يعارضها الديون و يملك ما فضل عن قيمته (ب) في تملك الوارث له وقوله (او تملك الوارث) يريد به على تقدير كونه مملوكاً فينعق من الوصية ان صحت بان لا يكون مديوناً ولو كان مديوناً يستغرق دينه ما له لم يصح الوصية له او كان غير مديون ويخرج من الثلث فينعق كله والا فبقدر الثلث فلو لم يكن غيره يصح له ثلث رقبته (واعلم) ان الاشكال في هاتين الصورتين منشأ الحكم بحريته او لا .

(١) مهموداً وزان عنب اول اللبن عند الولادة وقال ابو زيد واكثر ما يكون تلك حلبات

واقله حلبة في التناج (مجمع البحرين) .

مال كان لها الاجر ومنه وهي احق من غيرها اذا طلبت ما يطلبه الغير فان طلبت زيادة كان للاب نزعها وتسليمه الي غيرها سواء كان ما طلبته الام اجرة الشل او اقل أو ازيد .
بل لو تبرعت الاجنبية بارضاعه فان رضيت الام بالتبرع فهي احق والافلا، وفي سقوط الحضانة اشكال ، ولو ادعى وجود متبرعة وانكرت صدق مع اليمين لانه يدفع وجوب الاجرة عنه ، ونهاية الرضاع حولان ولا يجوز نقصه عن احد وعشرين شهراً و يجوز اليها والزيادة على الحولين بشهر واثنين لكن لا يجب على الاب اجرة الزايد عن الحولين .

الفصل الرابع في الحضانة

وهي ولاية وسلطنة على تربية الطفل فاذا افرق الزوجان فان كان الولد بالغا رشيداً تخير في الانضمام الى من شاء منهما ومن غيرهما والتفرد ذكراً كان او انثى وان كان صغيراً كانت الام الحرة المسلمة العاقلة احق به مدة الرضاع وهي حولان كاملاً ان كان ذكراً

الفصل الثالث في الرضاع

قال قدس الله سره : بل لو تبرعت الاجنبية (الي قوله) اشكال .
اقول : ينشأ (من) انها حق لها لاتعلق له بالارضاع (ومن) حيث لزوم الحرج .
وما رواه داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام انه قال في حديث طويل : فان وجد الاب من يرضعه باربعة دراهم وقالت الام لارضعه الا بخمسة دراهم فان له ان ينتزعه منها الحديث (١) والاقوى عندي ان الحضانة للام .

الفصل الرابع في الحضانة

قال قدس الله سره : وان كان صغيراً (الي قوله) فالام احق بها .
اقول : وجه القرب وجود العلة في الانثى فيها فانه لما كانت مستورة دائماً والاب يحتاج الى التبرج اكثر الوقت ثبت تسليمها الى الام (ومن) عدم تحقق الانوثة والحق الاول (لان) حق الام ثبت والاصل بقاءه وحق الاب متجدد لا يحكم به الامع وجود سببه (ولان) الاصل بقاء وجود الباقي وبقاء عدم الحادث فانما لم يعلم سبب حدوثه حكم ببقاء عدمه (ولان) كلما علم وجود سببه فالحكم موجود واجب وما لم يعلم وجود سببه وهو ممكن (١) ثلث ٨١ خبر ١ من ابواب احكام الاولاد .

ويصير الاب بعد ذلك احق باخذه وان كانت انثى او خنثى على الاقرب فالام احق بها الى سبع سنين من حين الولادة (وقيل) الى تسع (وقيل) مالم تتزوج ثم يصير الاب اولي هذا اذا لم تتزوج الام ، فان تزوجت سقطت حضانتها عن الذكر والانثى ويصير الاب اولي فان طلقت عادت ولايتها ان كان بائناً والابعد العدة فان مات فالام احق بالذكر والانثى من كل احد وصيا كان او غيره الى ان يبلغا وكذا الام الحرة اولي من الاب المملوك او الكافر وان تزوجت الى ان يبلغا فان اعتق الاب او اسلم فكالحر المسلم.

فقد علم تحقق سبب العدم فيجب الحكم به الى ان يعلم وجود السبب (ولان) نسبة الباقي لمنسبة الوجوب لوجود سببه ومالم يجب الممكن لم يوجد ونسبة الحادث اذا لم يعلم وجود سببه نسبة الامكان ، والحكم بشبوته بمجرد الامكان غلط ويريدان الزيادة على الحولين سببها الاثوثة قطعاً ولم تعلم وكل غير محسوس وهو ذوسبب فانفكك العلم بوجوده دون وجود سببه محال وما قبل الحولين مشترك .

قال قدس الله سره : الى سبع سنين (الى قوله) الاب اولي .

اقول : قوله (الى) غاية لقوله (والام احق بها) اي بالبنات والضمير في قوله مالم تتزوج راجع الى الام اي مالم تتزوج الام فاذا تزوجت الام صار الاب احق بها فالاقوال هنا ثلاثة (الف) قول السبع وهو اختيار الشيخ في النهاية وابن البراج في الكامل (ب) قول التسع وهو اختيار المفيد وسار (ج) الام احق بالولد مطلقاً مالم تتزوج وهو يتناول الذكر والانثى وهو اختيار ابن بابويه وقوله (وقيل مالم تتزوج) ليس براجع الى الانثى بل الى الولد مطلقاً وهنا اقوال اخر ليست بمشهوره لايحتاج الى ذكرها ذكرها المصنف في المختلف ، والحق الاول واختاره والدي هنا وفي المختلف (لما) رواه الصدوق عن ايوب ابن نوح قال كتب اليه بعض اصحابه كانت لي امرأة ولي منها ولد وخلصت سبيلها فكتب لي المرأة احق بالولد الى ان يبلغ سبع سنين الا ان تشاء المرأة الحديث (١) وفي رواية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام فاذا فطم فالاب احق به من الام الحديث (٢) حمل

(١) لب ٨١ خبر ٦ من ابواب احكام الاولاد .

(٢) باب ٨١ خبر ١ من ابواب احكام الاولاد .

ولو فقد الابوان فالجد للاب اولى فان فقد فللاقارب على مراتب الارث و الاخت من الابوين او من الاب اولى من الاخت من الام اما لزيادة القرب او لكثرة النصيب وكذا ام الاب اولى من ام الام والجدة اولى من الاخوات لانها ام وتتساوى العمه و الخالة على اشكال ، ولو تعدد المتساوون اقرع ولو كانت الام كافرة او مملوكة فالاب المسلم او الحر اولى و لاحضانه للمجنونه والاقرب عدم اشتراط عدالتها ومهما امتنع الاولى او غاب انتقل حق الحضانه الى البعيد فان عا درجع حقه وثبتت الحضانه على المجنون لانه كالطفل .

الاول على الانثى والثانى على الذكر جمعا بين الاخبار ولم يجعل العكس للمناسبة وروايات آخر (احتج) الصدوق بقول الصادق عليه السلام حين سئل عن رجل طلق امرأته وبينهما ولدايهما احق به ؟ قال المرأة مالم تتزوج الحديث (١) وللشيخ فى الخلاف قول آخر وهوان الام احق الى سبع سنين ثم ان كان مميّزا فان كان ذكرا فالاب احق به والا فلا مالم تتزوج وهكذا الى حد البلوغ واختاره ابن الجنيد وشنع عليه ابن ادريس لعدم وقوفه على الاجماع والخلاف ومأخذ الاقوال .

قال قدس الله سره : وتتساوى العمه والخالة على اشكال .

اقول: منشأ تساويهما فى الدرجة ولهذا كانا فى مرتبة واحدة من مراتب الارث (ومن) حيث ان العمه اكثر نصيبا فيكون (الاولى) اولى والاول قول الشيخ فى المبسوط وجعل الاخت من الاب اولى من الاخت من الام .

قال قدس الله سره : والاقرب عدم اشتراط عدالتها .

اقول: وجه القرب ان الحنة (٢) والمحبة المعلولة للنسب علة فى تمام الشفقة (ولانها) حق ليست بولاية على ماله فلا يشترط فيه العدالة (ومن حيث) انها امانة فلا تناط بالفاسق .

(١) ثلث ٨١ خبر ٣ من ابواب احكام الاولاد .

(٢) حنا المرأة على اولادها حنواً : عطفت و اقامت عليهم ولم تتزوج بعدايبهم فهى

حانية (اقرب الموارد) .

المقصد الخامس في النفقات

واسبابها ثلاثة (النكاح) (والقراية) (والملك) فهنا فصول (الاول) في النكاح و فيه مطالب (الاول) في الشرط .

انما تجب النفقة بالعقد الدائم مع التمكين التام ولا تجب بالتمتع ولا غير الممكنة

المقصد الخامس في النفقات

(مقدمة) من لطف الله تعالى بعباده ايجاب نفقة نوى العجز عنها والحاجة اليها على الاغنياء لتحصيل الثواب بالانفاق للاغنياء ولذوى الحاجات بالابتلاء على حسب علمه تعالى وحكمته ولتأليف الخلق بوجود الكفاية فجعلها للاجانب صدقات كالزكوات وغيره من غير تعيين المستحق بالشخص لعمومها ولغير الاجانب معونة باسباب بتعيين من له وعليه بتعيين موجبها من نسب او سبب والسبب زوجية وملك (فهذا الفصل) مقصور على بيان هذه الأنواع الثلاثة الاخيرة اعنى القراية - والزوجية والملك ، وبدء بالنكاح لقوة ايجابه لوجوب قضاء الفاتئة ووجوبها للمرأة الغنية والفقيرة .

(واعلم) ان نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم (١) انفقوا على ان قوله (وبما انفقوا) على سبيل الوجوب وقال تعالى اسكنوهن من حيث سكنتمهن وجدكم الى قوله لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله (٢) فامر به بما في يساره واعساره لا بالجميع وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف (٣) فدل على وجوبها حال تشاغلها بولدها عن استمتاع الزوج فدلالته حال عدم اشتغالها بولادة وولداولى وقال تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن (٤) فاذا وجبت بعد

(١) النساء ٣٤ (٢) الطلاق ٦-٧

(٣) البقرة ٢٣٢ (٤) الطلاق ٦

من نفسها كل وقت في اى موضع اراد فلو مكنت قبلا ومنعت غيره سقطت نفقتها وكذا لو مكنته ليلا او نهارا او في مكان دون آخر مما يجوز فيه الاستمتاع (وهل) تجب النفقة بالعقد بشرط عدم النشوز او بالتمكين فيه اشكال ، فلو تنازعا في النشوز فعليه بينة النشوز على الاول وعلى الثانى عليها اقامة البينة بالتمكين ولولم يدخل ومضت مدة استحقت النفقة فيها على الاول ان كانت ساكنة اذ لانشوز دون الثانى اذ لا تمكين ولا وثوق بحصوله لو طلبه و لو كان غايبا فان كانت قد مكنت استحقت النفقة وان غاب قبل الدخول او قبل التمكين فحضرت عند الحاكم و بذلت التمكين و جعلناه شرطا او سببا لم تجب النفقة الا بعد اعلامه و وصوله او وكيهه ، ولو اعلم فلم يبادر ولم ينفذ وكيلا سقط عنه قدر وصوله والزم

الفراق قبله اولى وقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتن الاتعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم ذلك ادنى الاتعدلوا (١) معناه ان لا يكثر من تعولون فلولوا وجوب النفقة لما كان لخشية كثرة العيال تأثير (اعترض) بعض اهل اللغة بان معنى عال يعول جاريجور فاما كثرة العيال فيقال فيه اعال يعيل . فما ذكرتموه لا يوافق اللغة ولا مقدم الآية وهو فان خفتن ان لاتعدلوا فواحدة (والجواب) ان الفراء نقل عن الكسائي قال سمعت من العرب من يقول عال يعول معناه كثر عياله (واما السنه) فتواتر الاحاديث الدالة عليها ظاهر (والاجماع) ظاهر ايضا ولا يحتاج الى بيان .

واسبابها ثلاثة - النكاح - القرابة - والملك فهنا فصول .

الاول في النكاح وفيه مطالب الاول في الشرائط .

قال قدس الله سره وهل تجب النفقة بالعقد بشرط عدم النشوز او بالتمكين فيه اشكال .

اقول: ينشأ (من) عموم النص كما تقدم ولما منع النشوز بالسنة والاجماع كان عدم المانع شرطا (ومن) حيث انه قد روى ان النبي ﷺ تزوج ودخل بعد سنتين ولم ينفق الا بعد دخوله (٢) ولقوله ﷺ اتقوا الله في النساء فانهن عوار عندكم اتخذتموهن

بما زاد ولو نشزت و عادت الى الطاعة لم تجب النفقة حتى تعلم و ينقضى زمان يمكنه الوصول اليها او وكيله ، ولو ارتدت سقطت النفقة فان غاب و اسلمت عادت نفقتها عند اسلامها لوجود التمكين هنا بخلاف الاول و يستحق النفقة المسلمة و الكناينة و الامة اذا ارسلها مولاهما ليلا و نهاراً ، ولو كانت صغيرة يحرم وطؤها لم تجب النفقة وان كان الزوج صغيراً فان الاستمتاع بالصغيرة نادر لا عبرة به .

ولو كانت كبيرة و الزوج صغيراً (قيل) لانفقة و الوجه ثبوتها لتحقق التمكين من طرفها ، ولو كانت مريضة او رتقاء او قرءاء او كان عظيم الذكر و هي ضعيفة عنه او كانت ضئيلة (١) وهو عبل (٢) يضروطؤه بها و صدقها فانه يمنع من الوطى و تجب النفقة لظهور العذر بامانة الله و استحلتم فروجهن بكلمة الله و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف (٣) اوجب لهن اذا كن عند الرجال وهو يدل على التمكين (ولان) الاصل براءة الذمة من وجوب النفقة خرج منه حالة التمكين بالاجماع فبقى الباقي على الاصل (وفيه نظر) لان اصل البرائة انما يكون حجة مع عدم دليل ينقل عنه لكن قد وجد هنا العمومات الدالة على وجوب نفقة الأزواج و الاصل عدم التخصيص (واعلم) انه فرق بين عدم النشوز و وجود التمكين لان الاول اعم مطلقاً و عدم النشوز يكفي فيه اصل بقاء العدم الاصلى بخلاف التمكين ، و فرغ المصنف على القولين فروعا ، و ذكر من جملتها انه لو لم يدخل و مضت مدة استحقت النفقة فيها على الاول اذا كانت ساكنة اذ لا نشوز دون الثاني اذ لا تمكين ، و مذهب والدى المصنف ان التمكين هو الشرط او السبب مع العقد الدائم وهو الاصح عندى .

قال قدس الله سره و لو كانت كبيرة (الى قوله) من طرفها .

اقول الاول قول الشيخ فى المبسوط و ابن البراج فى المهذب لان الصبي ليس اهلا للاستمتاع فلا اثر للتمكين فى حقه فان التمكين شرطه الامكان و الالم يتحقق و لان الامتناع من جهة الفاعل اقوى منه من جهة القابل فاذا اسقط الثاني اسقط الاول (و الثاني)

(١) الضئيل - الصغير الدقيق الحقيق النحيف (اقرب الموارد) (٢) اى القوى.

(٣) المستدرك باب ٦٩ خبر ٤ من ابواب مقدمات النكاح (الى قوله) بكلمة الله و فيه بدل

اتقوا الله فى النساء استوصوا بالنساء خيرا الخ.

ورضاه بها ولو ادعت قرحة في فرجها افتقرت الى شهادة اربع من النساء ، ولو ادعت كبير آلتة وضعفها امر النساء بالنظر اليهما وقت الجماع ليقفن عليه للحاجة .

المطلب الثاني في قدر النفقة

ويجب في النفقة امور ثمانية (الف) الطعام ويجب سد الخلة ولا يتقدر بقدر (وقيل) مدلل للرفيعة والوضيعة من الموسر والمعسر ، وجنسه غالب قوت البلد - كالبر في العراق وخراسان - والارز في طبرستان - والتمر في الحجاز - والذرة في اليمن فان لم يكن فيما يليق بالزوج (ب) الا دم ويجب فيه غالب ادم البلد جنسا وقدرأ كالزيت والسمن والشيرج والخل وعليه في الاسبوع اللحم ولو كانت عادتها دوام اللحم وجب ولو تبرمت بجنس من الادم فعليه السعي في الابدال ، ولها أن تاخذ الادم والطعام و ان لم تاكل (ج) نفقة الخادمة ان كانت من اهل الاخدام و الأخدمت نفسها و نفقة الخادمة بما جرت عادة الخدم في البلد جنسا وكفايتها قدراً ، ولو كانت الزوجة امة تستحق الاخدام بجمالها استحقيقته (د) الكسوة لها ولخادمها ويجب في كسوتها اربع قطع - قميص - وسراويل - ومقنعة - ونعل او شمشك (١) ولا تجب السراويل في الخادمة ويزيد في الشتاء الجبّة ويرجع في جنسه الى عادة امثال المرأة فان كان امثالها تعتاد القطن او الكتان وجب وان كانت العادة لا امثالها الا برسم في وقت اودائماً وجب وان كانت من قول ابن الجنيدي لان الامكان من طرفها متحقق و انما تعذر من جهته فلم تسقط لو غاب (ولان) الشرط اما عدم النشوز او التمكين وكلاهما متحقق من طرفها هنا فيجب لها النفقة وهو الاقوى عندي .

المطلب الثاني في قدر النفقة

قال قدس الله سره : يجب سد الخلة (الى قوله) والمعسر
اقول : البحث هنا في موضعين (الف) تقدير قوت الزوجة و اختلف فيه على اقوال ثلاثة (الف) لا تقدير لكميته بل بسد خلتها ان تشبع جوعها وهو اختيار والدي و ابن ادريس (ب) انه مد وهو رطلان و ربع وهو اختيار الشيخ في الخلاف (ج) مدان على

(١) بالفارسية كشف دم پائی .

نوات التجمل وجب لها زيادة على ثياب البذلة ثياب التجمل بنسبة حال امثالها (هـ)
 الفراش ويجب لها حصير في الصيف والشتاء فان كانت متجملة بالزلية (١) والبساط ويجب
 لها ذلك ليلاً ونهاراً ويجب لها ملحفة ولحاف في الشتاء ومضربة ومخدة ويرجع في
 جنس ذلك الى عادة امثالها في البلد (و) آلة الطبخ والشرب مثل كوز وجرة (٢) وقد
 ومغرفة اما من خشب او حجر او خرف او صفر بحسب عادة امثالها .

(ز) آلة التنظيف وهي المشط والدهن ولا يجب الكحل او الطيب ويجب المزيل
 للسنان (٣) وله منها من الثوم والبصل وكل ذي رائحة كريهة ومن تناول السم و
 الاطعمة الممرضة ولا تستحق عليه الدواء للمرض ولا اجرة الحجامة ولا اجرة الحمام الا
 مع البرد ، ولا تستحق الخادمة آلة التنظيف ويجب ما يزيل الوسخ كالمصابون (ح) السكنى
 ويجب عليه ان يسكنها داراً تليق بها اما بعارية او اجارة او ملك .

المطلب الثالث في كيفية الانفاق

(اما الطعام) فيجب فيه تمليك الحب ومؤنة الطحن و الخبز ولا يجب الدقيق
 ولا الخبز ولا القيمة فان عدل احدهما الى شيء من ذلك برضى صاحبه جاز والا فلا
 (واما) الادم فان افتقر الى اصلاح كالحلم وجب ولها ان تصرف بان تزيد في
 الادم من ثمن الطعام و بالعكس وتملك نفقة كل يوم في صبيحتهم وليس عليها الصبر الى

المسرور مد^د ونصف على المتوسط ومد على المعسر وهو قول الشيخ في المبسوط وابن البراج
 (ب) في جنسه قال امام المجتهدين المصنف انه غالب قوت البلد فان لم يكن فما يليق
 بالزوج وقال ابن الجنيد وحق المرأة على زوجها ما يسد جوعتها ويستر عورتها هذا في الاقتار
 وبالمتوسط ان يكون يطعمها اللحم في كل ثلاثة ايام .

المطلب الثالث في كيفية الانفاق

قال قدس الله سره : وتملك نفقة كل يوم (الى قوله) على اشكال

(١) بكسر الزاء وتشديد اللام والماء البساط مبر بظلو بالفارسية (اقرب العوارد).

(٢) بالفارسية - سبو (٣) بالضم - ذفر الاط (اقرب) .

الليل فان ماتت في اثناء النهار لم تسترد وكذا لو طلقها ، ولو نشزت استرد على اشكال
وليس له ان يكلفها المواكلة معه ، ولو منعها النفقة مع التمكين استقرت وان لم يحكم
بها حاكم اولم يقدرها .

(واما) الأخدام فان كانت من اهله تخير بين ان يخدمها بنفسه او بحرة يستاجرها
او مملوكة لغيره بالاستيجار او العارية او يشترى خادما يخدمها وينفق على خادمها ان
كان لها خادم ولا خيار لها ولا يجب اكثر من خادم واحد وان كانت في بيت ايها بخادمين
واكثر للاكتفاء بالواحد والزاييد لحفظ المال ولا يجب عليه حفظ مالها ولا القيام فيه، ولو
اختارت خادما و اختار زوجها غيره او اختار الزوج الخدمة بنفسه و طلبت غيره قدم
اختياره ومن لاعادة لها بالأخدام يخدمها مع المرض للحاجة وله ابدال خادمها المألوفة لربية
وغيرها وان يخدم بنفسه بعض المدة او بعض الحوايج ويستاجر للباقي وله اخراج ساير خدمها
سوى الواحدة ان ليس عليه سكانهن بل له منع أبويها واقاربها من الدخول اليها ومنعها
من الخروج للزيارة ، ولو قالت انا اخدم نفسي ولي نفقة الخادم لم يجب اجابتها ، و
لو تبرعت بالخدمة لم يكن لها المطالبة بالاجرة ولا نفقة الخادم .

(واما) الكسوة والفراش وآلة الطبخ والتنظيف فان الواجب دفع الاعيان و لو
نراضيا بالقيمة جاز (وهل) الواجب في الكسوة الامتاع او التمليك اشكال اقربه الثاني
فلوسلم اليه كسوة لمدة جرت العادة ببقائها اليها فتلفت في الاثناء لم يجب البديل (البذلخل)
(وان قلنا) انه امتاع وجب وكذا لو اتلفتها لكن يجب عليها القيمة ان قلنا انه امتاع ،

اقول : ينشأ (من) اشتراط التمكين (او) عدم النشوز في جميع الزمان ولم يحصل
في ذلك اليوم (ومن) حيث استحقاقها باوله ولهذا لومات او طلقت استحققت ، و الفرق
انه لم يصدر منع في الموت والطلاق منها وهو الشرط وهو كلام على المستند .

قال قدس الله سره : وهل الواجب في الكسوة الامتاع والتمليك اشكال
اقربه الثاني .

اقول : ينشأ (من) ان الغاية من وجوب الكسوة الستركالسكنى وهو يحصل
بالامتاع كالسكنى (ولاصالة براءة الذمة) من وجوب التمليك لقوله تعالى او كسوتهن و

ولو انقضت المدة و الكسوة باقية استقر ملكها و كان لها المطالبة بغيرها لما يستقبل (ولو) قلنا بالامتناع لم يجب وكذا لولبت غيرها في المدة كان لها المطالبة بغيرها ولو طلقها قبل انقضاء المدة المضروبة للكسوة بان له استعادتها لا بعدها ، ولو انقضى نصف المدة سواء لبستها او لا ثم طلقها احتمل على التملك التشارك واختصاصها وكذا لومات ولو دفع اليها طعاما لمدة فاكلت من غيره و انقضت المدة ممكنة ملكته وكذا لو استفضلت فان طلقها في الاثناء استعاد نفقة الباقي اليوم الطلاق ولو نثرت اومات او مات هو استرد الباقي ولها بيع ما يدفعه من الطعام والادم (اما الكسوة) فان قلنا بالتمليك فكذلك والا فلا ولو استاجر لها ثيابا لتلبسها (فان اوجبنا) التملك فلها الامتناع (والا) فلا، ولو دخل فاستمرت تاكل معه على العادة لم يكن لها مطالبة (لته -خل) بمدته مواكلته

هي للمال ويتم بالامتناع و ايجاب التملك يستلزم زيادة اضرار من غير ضرورة (ومن) ان الامتناع لها متلف فكانت كالطعام ، واختار امام المجتهدين والدى المصنف الثاني و هو التملك و هو الاقوى عندي لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن (١) عطفها على الرزق فيكون الواجب فيهما - واحداً لان قضية العطف التسوية في الحكم المتقدم وهو في الرزق التملك فكذا في الكسوة ولقوله لِلرِّجَالِ و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف (٢) واللام للتملك .

قال قدس الله سره : ولو انقضى نصف المدة (الى قوله) واختصاصها .

اقول : على القول بانها امتناع له اخذها لانها مملوكة له وثبت لها حق اللبس بسبب الزوجية وقذال وزوال السبب يوجب زوال المسبب (اما) على القول بالتملك فيحتمل التشارك لانها في مقابلة مجموع زمانين ماض ومستقبل والمستقبلات الاستحقاق لقوات سببه فيسقط قسطه وهو الاقوى عندي (ويحتمل) اختصاصها به كما لو دفع نفقة يوم اليها ثم طلقها في نصفه (ولانها) ملكته والاصل بقاء ما كان على ما كان (ولانه) دفعها بعد ما وجبت عليه دفعة لانها صلة لازمة اتصل بها القبض .

والقول قولها مع اليمين فى عدم الانفاق او عدم المواكلة وان كانت فى منزله على اشكال وكذا الاشكال فى الفراش (اما) آلة الطبخ والتنظيف فالواجب الامتاع (واما) الاسكان فلا يجب فيه التمليك بل الامتاع ويجب بحسب حالها ولو كانت من اهل البادية كفاه بيت شعر يناسب حالها ولها المطالبة بمسكن لا يشاركها غير الزوج فى سكنه ولو سكنت فى منزلها ففى وجوب الاجرة نظر.

قال قدس الله سره : والقول قولها (الى قوله) على اشكال.

اقول : ينشأ (من) تعارض الاصل وهو عدم الانفاق والظاهر وهو انه اذا كانت فى منزله انه ينفق عليها وانه يواكلها وهو ظاهر كلام الشيخ فى الخلاف والاول اختيار ابن ادريس و سأتى فى كتاب القضاء تحقيق ذلك فى تفسير المدعى (واعلم) ان الاستدلال بالمساكنة استدلال بما يصاحب الانفاق غالباً مع تخلفه عنه فى بعض الوقت عليه وهو غير صحيح لانه استدلال بالاعم من وجه (فان قلت) امارة (قلت) الحكم بوجود النفقة معلوم فلا يعارضه الظن .

قال قدس الله سره : وكذا الاشكال فى الفراش (الى قوله) الامتاع.

اقول : قوله (وكذا) عطف على قوله (وهل الواجب فى الكسوة الامتاع الى اخره) ومنشأه هنا (ان) الغاية تحصل بالامتاع وهو الحق عندى (ومن) وجوبه دائماً وجواز العارية وقلة حصولها او مساواته للاصولها فلا يعلّق الواجب بمثل ذلك ، والفرق بينه وبين آلة الطبخ عدم وجوبها عينا لانه لو جأها بالطبخ لم يجب الآلة وقلة الاحتياج اليها واعتياد استعارتها كثيراً وهذا هو الفرق بين آلة التنظيف وبين الفراش.

قال قدس الله سره : ولو سكنت فى منزلها ففى وجوب الاجرة نظر .

اقول ينشأ (من) ان السكنى من النفقة لزوجة غير ناشز وكل نفقة على زوجة غير ناشز يجب قضائها فهذه يجب قضائها (اما الصغرى) فظاهرة (واما الكبرى) فلمعوم النص على وجوب قضاء نفقة الزوجة ومن حيث ان الظاهر تبرعها به حيث سكنت فى منزلها من غير مطالبة بها .

المطلب الرابع في مسقطات النفقة

وهي اربعة (الف) النشوز فاذا نشرت الزوجة سقطت نفقتها وكسوتها ومسكنها الى ان تعود الى التمكين و يندرج تحت النشوز المنع من الوطى و الاستمتاع من (فى-خل) قبل او دبر فى اى وقت كان وفى اى مكان كان اذا لم يكن هناك عذر عقلى كالمرض - وشرعى كالحيض والخروج بغير اذنه فى غير الواجب و الامتناع من الزفاف لغير عذر ، ولو سافرت لطاعة مندوبة او فى تجارة فان كان معها وجبت النفقة وان لم يكن (فان كان) بغير اذنه فلا نفقة (وان كان) باذنه فالاقرب النفقة ، اما لو سافرت فى حاجة له باذنه فان النفقة تجب قطعاً وكذا الاعتكاف ، ولو ارسل المولى امته بعض الزمان كالليل دون الباقي (احتمل) سقوط الجميع وما قبل زمان المنع وكذا لو نشرت الحرة بعض اليوم .

(ب) العبادات فلوصامت فرضاً لم تسقط النفقة وان منعها ان كان رمضان او قضاؤه وتضييق شعبان (اما) لو كان غير مضيق كالنذر المطلق والكفارة فالاقرب ان له منعها

المطلب الرابع في مسقطات النفقة

قال قدس الله سره : ولو سافرت (الى قوله) فالاقرب النفقة .

اقول : وجه القرب ان السفر باذنه فى حكم تمكينه ولوجوبها بالتمكين ثم لا تسقط الا بالنشوز ولم يحصل (ومن) حيث ان التمكين لم يوجد حقيقة والحق عندى الاول .

قال قدس الله سره : ولو ارسل المولى امته (الى قوله) بعض اليوم .

اقول : هذه المسألة قد تقدمت والحق عندى الاحتمال الاول وهو سقوط

جميع النفقة .

قال قدس الله سره : اما لو كان غير مضيق (الى قوله) الى ان يتضييق عليها

اقول : وجه القرب ان حقه مضيق والآخر موسع والمضيق مقدم على الموسع عند

التعارض (ومن) حيث انه مستثنى بالاصل عن حقه وتعيينه منوط باختيارها والالم يكن

موسعاً والتقدير خلافه والحق عندى الثانى (واعلم) انه فرق بين الصلوة والصوم فانه ليس له

منعها عن الصلوة فى اول الوقت كما اختاره المصنف وله منعها عن الصوم الموسع عند

المصنف وذلك من وجوه (الف) ان وقت الصلوة معين مستثنى بنص القرآن لقوله تعالى

الى ان يتضيق عليها ، ولو نذرت قبل حباله او بعده باذنه زمانا معيننا فكرمضان وان كان بغير اذنه او كان مطلقا كان له المنع فان طلقها قبل حضور المعين فالاقوى الوجوب وان عادت اليه بعقد جديد ولو كان بعده ومنعها لم يجب القضاء ، ولو كان الصوم ندبا كان له منعها ، وكل موضع قلنا ان له المنع لو صامت فالاقرب سقوط النفقة ان منعه الوطى والا فلا وليس له منعها من الصلوة الواجبة في اول الوقت ولا الحج الواجب في عامها . (ج) الصغر فلو تزوج صغيرة لم تجب النفقة ان شرطنا التمكين ولو دخل لانه غير مشروع نعم لو افضاها وجبت النفقة من حين الافضاء الى ان يموت احدهما والمريضة معذورة اذا كان الوطى يضرها في الحال او فيما بعده ولا يؤتمن الرجل في قوله لا اطأها ،

اقم الصلوة لدلوك الشمس الى غسق الليل (١) وهو عام فصار كالصوم المعين (ب) ان الصلوة قيل بوجوبها في اول الوقت ولا يجوز التأخير الا لعذر فعلى هذا القول الفرق ظاهر (وعلى قولنا) اول الوقت افضل اجماعا لقوله عَلَيْكُمْ اول الوقت رضوان الله وآخِر الوقت عفو الله (٢) وهذا عام بخلاف الصوم غير الموقت (ج) ان زمان الصلوة يسير لا يستوعب اليوم بخلاف الصوم .

قال قدس الله سره : لو نذرت قبل حباله (الى قوله) الوجوب .

اقول : وجه القوة وجود السبب وزوال المنع فيؤثر (ويحتمل) عدمه (لان) اذنه شرط ولم يحصل والاقرب عندى ما هو الاقوى عند المصنف .

قال قدس الله سره : وكل موضع قلنا ان له المنع (الى قوله) والا فلا .

اقول : لاشك في سقوط النفقة ان منعه الوطى بل الكلام فيما اذا لم يطلب فلم يتحقق المنع فلم يوجد النشوز ولانه لو كان الصوم مانعا لزم الدور (ومن) حيث ان الصوم عبارة عن توطين النفس على الامتناع عن المفطرات ومن جعلتها الوطى ونيتها هي العزم على منع الزوج عن الوطى وهذا هو النشوز واعلم ان المصنف اختار انه ان منعه الوطى او نوعا من انواع الاستمتاع سقطت نفقتها وان عصته في ترك الاكل والشرب لا غير لم

ولو انكر التضرر بالطوى رجع الى اهل الخبرة من النساء او الرجال (د) الاعتداد ، و تجب النفقة للمطلقة رجعيا الا اذا حبلت من الشبهة وتأخرت عدة الزوج وقلنا لارجعة له في الحال فلا تجب النفقة على اشكال ولو قلنا له الرجعة فلها النفقة (واما البائنة) فلا نفقة لها ولا سكنى الامع الحمل والفسخ كالطلاق ان حصل برده وان استند الى اختيارها او الى عيبها قبل الدخول سقط جميع المهر الا في العنة والنفقة وبعده لا يسقط المهر بل تسقط لانه لا يتعلق حقه بذلك والضابط ان كلما يعد من التمكين منعه مسقط للنفقة وغيره لا، وهذا هو الاصح عندي .

قال قدس الله سره : و تجب النفقة للمطلقة (الى قوله) على اشكال .

اقول : بنى المصنف هذه المسألة على مسألة اخرى هي انه هل له الرجوع في مدة الحمل ام لا (فان قلنا) له الرجوع فالاقوى ان عليه النفقة لان النفقة عوض التمكين المباح بالعقد وهو متحقق هنا (وان قلنا) ليس له الرجوع ففي وجوب النفقة الاشكال المذكور منشأه (من) انها مطلقة ليست في عدة رجعية وسبب النفقة التمكين في النكاح الدائم او العدة الرجعية و كل منهما قد انتفى فينتفى وجوب النفقة (اما الصغرى) (فنقول) اما الاول فبالطلاق فانه مزيل للنكاح والرجعة هي جواز ان يرجع فالتكاح حينئذ بالقوة المحضة (واما الثاني) فظاهر (واما الكبرى) فظاهرة ولانه ممنوع من وطئها بسببها فصارت كالناشر (ومن) حيث انها لا تبين عن حكم الزوجية الموجبة للنفقة الا بخروج العدة ولم تخرج فهي في حكم الزوجية .

قال قدس الله سره : والفسخ كالطلاق (الى قوله) النفقة للحمل .

اقول : اذا استند الفسخ الى اختيارها (فاما) لحريتها او لعب الرجل (فان) كان لحريتها (فاما) ان يكون قبل الدخول (او بعده) وكذا ان كان للعب فالاقسام اربعة (الف) ان يفسخ لحريتها قبل الدخول فلا نفقة لها ولا مهر وان كان بعد الدخول (فاما) ان تكون حاملا اولاً فان لم تكن حاملا سقطت النفقة خاصة و ان كان حاملا فلها المهر و النفقة ان قلنا ان النفقة للحمل والا فاشكال ينشأ (من) عموم النص بوجود نفقة الحامل (ومن) ان الفسخ صيرها اجنبية فلا نفقة لها ولا للحمل لان البحث على هذا التقدير (ب)

النفقة ان كانت حايلا او حاملا على اشكال الا اذا قلنا النفقة للحمل ، و فرقة اللعان كالبابن ولو انفقت على الولد المنفى باللعان ثم كذب نفسه ففي رجوعها بالنفقة اشكال، والمعتدة عن شبهة ان كانت في نكاح فلا نفقة لها على الزوج على اشكال وان كانت خلية ان تفسخ لعيبه قبل الدخول فلالمهر لها الآفى العنة فلها النصف ولا نفقة لها اجماعا (ج) ان تفسخ لعيبه بعد الدخول فلها المهر ثم ان كانت حاملا فلها النفقة ان قلنا انها للحمل و الآفاشكال ينشأ مما تقدم (د) اذا استند الفسخ الى عيبها فلا يخلو اما ان يكون قبل الدخول او بعده (فان كان) قبل الدخول فلا نفقة لها اجماعا ولالمهر (وان كان) بعد الدخول (فان) لم تكن حاملا فلها المهر مع عدم تدليسها ومعها ممر (وان) كانت حاملا فلها المهر والنفقة ان قلنا انها للحمل والآفاشكال منشأ ما تقدم فقوله (على اشكال) الاشكال في هذه الصور كلها.

(وانا اقول) على قول الشيخ في المبسوط ان النفقة للحمل في المطلقة البائنة يجب النفقة في هذه الصور لوجود المستحق وهو الحمل وان قلنا ان النفقة للحامل لم تجب هنا لان وجوب النفقة على خلاف الاصل لحصول البينونة فانتهى النكاح والتمكين فيه فانتهى سبب الوجوب وانما تجب النفقة للمطلقة البائن بالنص فلا يتعدى لان كل ما هو خلاف الاصل يقتصر فيه على محل النص .

قال قدس الله سره : و فرقة اللعان كالبائن (الى قوله) اشكال.

اقول : قال الشيخ في المبسوط لها الرجوع عليه بالنفقة لانه السبب في حكم الحاكم بوجوب النفقة عليها لان اللعان شهادة للآية فمع تمامه قد حكم الحاكم بشهادته بوجوب النفقة عليها كالدين ثم اكدنا به نفسه كالرجوع في الشهادة بعد الحكم والحكم والرجوع في الشهادة بعد الحكم موجب للضمان (ويحتمل) العدم لان نفقة القريب لا تنقض (ولانه) اما ان يكون ولده اولا فكلما تحقق الثاني لم يجب القضاء و كلما تحقق الاول لم يجب القضاء ايضا لانها انفقت من غير امره ولا اذنه فلا يجب القضاء لها ولا للولد لعدم وجوب قضاء نفقة القريب

قال قدس الله سره : والمعتدة عن شبهة (الى قوله) على اشكال :

اقول : منشأ (من) ان منع الوطى من جهتها ان هي الموطوءة فانتهى سبب النفقة

عن النكاح فلا نفقة لها على الواطى الامع الحمل فتثبت النفقة ان قلنا انها للحمل، و
يجب تعجيل النفقة قبل الوضع بظن الحمل فان ظهر فساده استرد ولو اخر الدفع و
مضى زمان علم فيه الحمل وجب القضاء الا اذا قلنا انه للحمل فانه يسقط بمضى الزمان،
وفي المتوفى عنها زوجها مع الحمل روايتان الاشهر انه لانفقة لها و الاخرى ينفق من
نصيب ولدها ولا تجب على الزوج الرقيق اذا تزوج حرة او أمة و شرط مولاه الا انفراد برك
الولد ولا على الحر في المولود الرقيق وان قلنا للحامل وجب عليهما.

وهو التمكين (ومن) حيث انها معذورة في الشبهة و لهذا يسقط الحد و وجب المهر
ولحق الولد فكانت العدة كمرضها (واعلم) انه ذكر فيما تقدم ان المعتدة الرجعية اذا
وطئت بالشبهة و قلنا بجواز رجوعه يجب لها النفقة و استشكل هيئنا و تلك بحكم
الزوجية وهيئنا الزوجية حقيقة ثابتة بالفعل لان الرجعة هي ملك ان يملك ذلك النكاح
والزوج ملك النكاح بالفعل وانما ذكر هيئنا تنبيهاً على ان تلك المسألة لم يجزم بها بل
هي مبنية على وجوب النفقة هنا هكذا قرر المصنف هذه المسألة في درسه والحق عندي
انه لانفقة لها هيئنا ولا في المسألة السابقة .

قال قدس الله سره : و في المتوفى عنها مع الحمل (الى قوله) من
نصيب ولدها .

اقول : الرواية الاولى - هي رواية رواها ابو الصباح الكنانى ، عن الصادق
عليه السلام : في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة قال لا (١) و في الحسن
عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال في الجبلى المتوفى عنها زوجها انه لانفقة لها (٢)
والرواية الثانية هي رواية ابى الصباح ايضا عن الصادق (ع) قال المرأة الجبلى المتوفى
عنها زوجها ينفق عليها من نصيب ولدها الذى فى بطنها (٣) (واعلم) ان الحق عندي
انه لانفقة لها .

(١) ثلث ٩ خبر ٢ من ابواب النفقات (٢) ثلث ٩ خبر ١ من ابواب النفقات

(٣) ثلث ١٠ خبر ١ من ابواب النفقات

المطالب الخامس في الاختلاف

لوادعى الانفاق وانكرته فان كان غايباً فعليه البيّنة فان فقدت حلفت وحكم لها وان كان حاضر أمعها فكذلك على اشكال ، ولو كانت الزوجة أمة و اختلفا في النفقة الماضية فالغريم السيد ان صدق الزوج سقطت والا حلف وطالب (اما الحاضرة) فالحق لها لانها حق يتعلق بالنكاح فيرجع اليها كالايلاء والعنة ولو ادعت انه انفق نفقة المعسر فكذبها فالقول قولها كما في الاصل ، ولو صدقها وانكر اليسار فالقول قوله ان لم يثبت له اصل مال وكذا لو ادعى الاعسار عن اصل النفقة ، ولو دفع الوثنى نفقة لمدة ثم اسلم وخرجت العدة استرجع من حين الاسلام، فلو اسلمت فيها استرجع ما بين الاسلامين فان ادعت الدفع هبة قدم قوله مع اليمين ، ولو ادعت الاذن في السفر فانكره قدم قوله مع اليمين وكذا لو انكر التمكين (اما) لو ادعى النشوز قدم قولها مع اليمين ولو ثبت فادعت العود الى الطاعة قدم قوله مع اليمين ولو ادعت انها من اهل الاخدام او الاحتشام لم يقبل الآبالبينة ولو ادعت البان انها حامل دفع اليها نفقة كل يوم في اوله فان ظهر الحمل والآ استعيدت وفي الزامها بكفيل اشكال ، ولو قذف الحمل بالزنا واعترف بالولد فعليه النفقة

المطالب الخامس في الاختلاف

قال قدس الله سره : ولو ادعى الانفاق (الى قوله) على اشكال .

اقول : قد تقدمت هذه المسألة .

قال قدس الله سره : ولو ادعت البان انها حامل (الى قوله) اشكال .

اقول : ينشأ (من) انها استولت على مال الغير بسبب لم يثبت بعد وانما حكم

الشارع لها بالنفقة لتعذر اثبات موجبها ولا يعلم الآ بعد الوضع فلواخرناها الى الوضع لزم الاضرار بالمرأة ويسقط على قول من يقول انها للحمل فجمع بين الحقين بان دفعت اليها (وتكفل- خ) بكفيل والوضع كاشف عن استحقاقها وعدمه عن عدمه (ومن) حيث عدم ثبوت استحقاق الرجوع عليها به و مبنى القولين ان دعوى الحمل موجبة بشرط عدم ظهور الكذب او بشرط الحمل وتصديقها لتعذر اثباته (فعلى الاول) لا يلزم بالكفيل (وعلى الثاني) يلزم . والحق عندي الدفع اليها بكفيل (والله اعلم) .

وان لاعنها، ان جعلنا النفقة للحمل ولو كان ينفي الولد فلا نفقة الا ان يعترف به بعد اللعان ولو طلق الحامل رجعيًا فادعت ان الطلاق بعد الوضع وانكر فالقول قولها مع اليمين ويحكم عليه بالبينونة ولها النفقة .

المطلب السادس في الاعسار

لوعجز عن القوت بالفقر ففي تسلط المرأة على الفسخ روايتان الاشهر العدم، ولو تعذر

المطلب السادس في الاعسار

قال قدس الله سره : لوعجز عن القوت (الى قوله) الاشهر العدم .

اقول: الرواية المشهورة هي ما رواه عبدالله بن المغيرة عن السكوني عن جعفر ابن محمد الصادق ، عن ابيه ، عن علي عليهم السلام : ان امرأة استعدت على زوجها انه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فابى ان يجبسه وقال ان مع العسر يسراً (١) و هذا قول الشيخ في المبسوط والخلاف و ابن حمزة وابن ادريس عملاً بالاستصحاب و الرواية الاخرى هي رواية حماد بن عثمان وخلف بن حماد عن ربيع و الفضيل بن يسار جميعاً عن ابي عبدالله عليه السلام قال اذا انفق عليها ما يقيم خلتها على كسوة والافرق بينهما (٢) وما روى عن ابي عبدالله عليه السلام اذا كسى الرجل امرأته ما يوارى عورتها و اطعمها ما يقيم خلتها اقامت معه والاطلقها او فرق بينهما ولو ايسر ولم يخرج عدتها كان احق بها (٣) والفسخ بالاعسار اختيار ابن الجنيد و الالزم الاضرار وهو منفي و لقوله تعالى فامسك بمعروف او تسريح باحسان (٤) والامسك مع عدم الانفاق ليس امسكاً بمعروف فيتعين التسريح (ولانه) اذا ثبت بالفسخ بالعنة او الجب وهو عجزه عن الوطى و يقوم البدن بدونه فالعجز عما لا يقوم البدن بدونه اولى ، والاقوى الاول لاصالة بقاء النكاح (ولان) النفقة ليست بركن فيه .

(١) يب باب من الزيادات في فقه النكاح خبر ٢٥

(٢) تل ب ١ خبر ١ من ابواب النفقات باختلاف في المتن فراجع

(٣) تل ب ١ خبر ٤ من ابواب النفقات باختلاف في المتن فراجع

(٤) البقرة ٢٢٨

بالمنع مع الغنى فلافسخ والقادر بالكسب كالقادر بالمال ولو قلنا بالفسخ مع العجز (فهل) تفسخ بالعجز عن الادم او الكسوة او المسكن او نفقة الخادم (اشكال) ولافسخ بالعجز عن المهر ولا عن النفقة الماضية فانهادين مستقروان لم يقدرها ويفرضها القاضي وهذا الفسخ ان قلنا به كفسخ العيب واذا فسخت بعد علم العجز انفسخ ظاهراً وباطناً فان انكر الاعسار افتقرت الى البينة به او باقرار الزوج به ولافسخ الآ بعد انقضاء اليوم ، ولو رضيت بالاعسار (فهل) لها الفسخ بعد ذلك كالمولى منها اولا كالعيب اشكال ، وحق الفسخ للزوجة دون المولى وان كانت صغيرة او مجنونة والامة المجنونة لا خيار لها ولا لسيدها ، و ينفق المولى عليها والنفقة في ذمة الزوج ان سلمها اليه كل وقت فاذا ايسر وعقلت وطالبت وقبضتها كان للمولى اخذها وان لم تطالبه كان للمولى مطالبته ، ولو كانت عاقلة كان لها الفسخ فان لم تختر الفسخ قال لها السيد ان اردت النفقة فافسخي النكاح و الافلا نفقة لك بخلاف المجنونة فانها لا تملك المطالبة بالفسخ وهذا كله انما يتاتي لو قلنا بالخيار مع الاعسار ولو صبرت المرأة على الاعسار لم تسقط نفقتها بل تبقى دنيا عليه والعبء اذا طلق رجعيًا فالنفقة لازمة اما في كسبه او على مولاه او في رقبة كما لو لم يطلق ولا نفقة في

قال قدس الله سره : ولو قلنا بالفسخ (الى قوله) اشكال

اقول : هذا تفريع على القول بالفسخ بالعجز عن النفقة ، و منشأ الاشكال (انه) انما جوزنا الفسخ بالعجز عن النفقة لاستلزام وجوب النفقة تكليف الزوج بما لا يطاق وعدمه تعريض نفسها للاتلاف وهيئنا لاستلزام فلا يوجب (ومن) حيث الرواية الدالة على الفسخ بالعجز عن الواجب بالنفقة والعجز عن المركب يتحقق بالعجز عن بعض اجزائه والحق الاول (لصاله) البقاء وعدم العلم بوجود الراجع .

قال قدس الله سره : ولو رضيت بالاعسار (الى قوله) اشكال.

اقول : منشأ (ان) استحقاق النفقة متجدد فلا يسقط بالاسقاط الا ماوجب لا ما يستحب كالمولى منها فانه لا يصح اسقاط حقها في المستقبل لتجدده (ومن ان) الاعسار من باب العيوب فهو عيب واحد كالعنن فانه مع رضاها به يسقط الخيار (والى) هذين الوجهين اشار المصنف بقوله (كالمولى منها اولا كالعنن) والاقوى عندي الثاني .

البابن الامع الحمل (ان قلنا) ان النفقة للحامل (وان قلنا) للحمل فلا نفقة لان نفقة الاقارب لا تجب على العبد ، ولو انتق نصفه فالنفقة في كسبه ان قلنا بالكسب في العبد والفاضل يقسم بينه وبين مولاة ، ولوملك بنصفه الحر ما لا وجب عليه نصف نفقة الموسر وبنصفه المملوك نصف نفقة المعسر وكذا يجب عليه نصف نفقة اقاربه و لو كان مكاتباً مشروطاً لم تجب نفقة ولده من زوجته عليه بل على امه ويلزمه نفقة ولده من امته و كذا المطلق اذا لم يتحرر منه شيء ، ولو تحرر بعضه كانت نفقته في ماله بقدر ما تحرر منه على ولده من زوجته ولو كانت زوجة المشروط امة او مكاتبه فالنفقة تابعة للملك ولودافع الملى بالنفقة اجبره الحاكم فان امتنع حبسه و لو ظهر له على ما يباعه فيها و لو غاب ولا مال له حاضرت الحاكم من يطالبه فان تعذر لم تفسخ الزوجة ان قلنا بالفسخ مع الاعسار ، ولو كان له على زوجته دين جاز ان يقاصها يوماً فيوما ان كانت

الفصل الثاني في نفقة الاقارب

مقدمة القرابة الموجبة للنفقة هي قرابة البعضية ومضايها فتجب بكل اصل و فرع لاشيء له و عندي (١) ولا قدرة له على كسب ، و دليل وجوبها الكتاب و السنة و الاجماع (اما الكتاب) فقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف (٢) فدللت على وجوب نفقة الاولاد على الآباء أولاً لان العلة في وجوب النفقة على الامهات حملهن لانه المفهوم من تعليق الحكم على هذا الوصف ، ولما لم تكن النفقة على الحمل الا بالنفقة على الحامل وجب الاتفاق عليهن وقال تعالى : فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن (٣) يعني المطلقات اذا ارضعن اولادهن وجبت لهن اجرة الرضاع فلما لزم اجرة الرضاع فالنفقة اولى ودل على وجوبها على الآباء دون الامهات مع تمكن الآباء و قال تعالى ولا تقتلوا اولادكم خشية املاق نحن نرزقهم واياكم (٤) فلولا وجوب النفقة لما قتله خشية الاملاق من النفقة واما السنة فالاحاديث المتواترة والاجماع ظاهران

(١) يعني عندي ان عدم قدرته على كسب شرط ايضاً (٢) البقرة - ٢٣٢

(٣) الطلاق ٦ - (٤) الاسراء ٣١

موسرة ولا يجوز مع عسارها لان قضاء الدين فيما يفضل عن القوت فان رضيت جازوا نفقة الزوجة مقدمة على نفقة الاقارب فان كان معسراً فالفاضل عن قوته يصرف في نفقة زوجته فان فضل شيء عن واجب النفقة لها صرف الى الاقارب .

الفصل الثاني في نفقة الاقارب

وفيه مطلبان الاول من تجب النفقة عليه

انما تجب النفقة على الابوين وان علوا والاولاد وان نزلوا سواء كانوا ذكوراً او أناثا وسواء كان الجد للاب اوللام وسواء كان الولد لابن المنفق او لبنته ولا تجب على غيرهم ممن هو على حاشية النسب وليسوا على قطبه كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات والاخوال والخالات واولادهم علوا او نزلوا وان كانوا ورثة على رأى (نعم)

وفيه مطلبان الاوّل من تجب النفقة عليه

قال قدس الله سره : ولا تجب على غيرهم (الى قوله) على رأى

اقول : هذا هو المشهور و قال الشيخ تجب نفقة الوارث لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف (الى قوله) وعلى الوارث مثل ذلك (١) يعنى مثل ما كان على الاب من النفقة وليس للمطلقات اجماعاً فهو على المولود والعلقة الارث فيقتضى وجوب النفقة من الطرفين لتساويهما في الارث (والجواب) المراد بقوله مثل ذلك ان لاتضار والدته بولدها قاله ابن عباس و قوله في التفسير حجة (واعلم) ان اقوال اهل العلم منحصرة في نفقة الاقارب في اقوال ثلاثة (الاول) البعضية ومضايقتها وهو قول الامامية والشافعية (الثاني) كونه وارثاً وهو قول الشيخ واحمد بن حنبل (الثالث) كونه ذارحاً وهو قول ابي حنيفة ولم يقل به احد منا (واحتج) بقوله تعالى **واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض** (٢) ولما رواه جابر عن النبي **ﷺ** انه قال اذا كان احدكم فقيراً فليبدء بنفسه فان فضل فعلى عياله فان كان فضل فعلى قرابته و القرابة ذو الرحم (٣) و

(١) البقرة ٢٣٢ (٢) الانفال ٧٦

(٣) لم نثر عليه بهذا اللفظ نعم قد ورد ما هو بمضمونه عن اهل البيت عليهم السلام

يستحب وتؤكد على الوارث فيجب على الوالد نفقة ولده ذكراً كان او انثى واولاد ابنه واولاد بنته وان نزلوا و على الولد نفقة ابويه واجداده لاب اولام و ان علوا ، و على المرأة نفقة اولادها الذكور والاناث وان نزلوا ويستوى اولاد البنين والبنات و لا يجب على الولد نفقة زوجة ابيه ولا ولده الصغير، ولو انفقت الام لاعسار الاب ثم ايسر لم يكن لها الرجوع ويشترط في المنفق اليسار وهو من فضل عن قوته شيء و يباع عبده وعقاره فيه . ويلزمه التكسب لنفقة نفسه وزوجته (وهل) يجب لنفقة الاقارب اشكال وفي

الجواب عن الاول انه لا يدل على وجوب الانفاق بشيء من الدلالات الثلاث فانه في الارث ولا تلازم ولا قياس (وعن الثاني) بمنع السند ومع صحته بمنع الدلالة فان قوله لَا يَجِبُ فان كان فضل فعلى قرابته للاستحباب و الا لكان في عياله لان العيال من تجب نفقته عليه لكنه متأخر عن العيال (فائدة) المانع من الارث كالرق والكفر والقتل مانع من وجوب الانفاق .

قال قدس الله سره : ويلزمه التكسب (الى قوله) اشكال .

اقول : ذكر المصنف في درسه في منشأ الاشكال وجهين (الف) وجوب الانفاق هل هو واجب مشروط بحصول المال ا: مطلق منوط بالقدرة يحتمل الثاني لقوله تعالى **وعلى الموؤدة له رزقهن وكسوتهن** (١) فلم يشترط في الوجوب المال وانما شرطنا القدرة لاستحالة تكليف ما لا يطاق و انتفائه هنا باجماع الامة وكذا آية وجوب اجرة الرضاع مطلقة تدل على الوجوب المطلق و شرط القدرة لما ذكرنا وهي انفاق على الولد (ويحتمل الاول) لقوله تعالى **لينفق ذو سعة من سعته** (٢) اوجب من السعة ولان الاصل عدم وجوب نفقة الغير ، خرج عنه ما دل النص والاجماع عليه فبقى الباقي على اصله (ب) ان النفقة من باب المواساة ولا تحقق في الفقير (ومن) ان القدرة على الكسب كالغنى لقوله لَا يَجِبُ ولا ذى قوة (مرة-خل) سوى (٣).

(١) البقرة-٢٣٢ (٢) الطلاق-٧

(٣) ثلث ب ٨ خبر ٣ من ابواب المستحقين للزكاة

المنفق عليه الحاجة وهو الذي لاشيء له ، والاقرب اشترط عدم القدرة على التكسب ولا يشترط نقصان الخلقة ولا الحكم بل تجب النفقة على الصحيح الكامل في الاحكام العاجز عن التكسب ولا يشترط الموافقة في الدين بل تجب نفقة المسلم على الكافر وبالعكس وتسقط نفقة المملوك عن قريبه بل تجب على مولاه وكذا لا تجب على المملوك نفقة قريبه ولا على مولاه ولا يجب اعفاف من تجب النفقة عليه وان كان ابا ولا النفقة على زوجته ولا النفقة على اولاديه فانهم اخوة وتجب على اولاد ولده .

ولا قدر لها بل الواجب قدر الكفاية من الطعام (الاطعام - خل) والكسوة والمسكن وما يحتاج اليه من زيادة الكسوة في الشتاء للتدثر بقطعة ونوما ولا تجب نفقة الخادم الآ مع الزمانة ولا تقضى هذه النفقة وان قدرها الحاكم ولا تستقر في الذمة اما لو أمره الحاكم بالاستدانة عليه لغيبته او لمدافعته فاستدان وجب القضاء ولو دافع بالنفقة فاستدان من غير اذن الحاكم لم يرجع عليه وكذا لو استغنى عن نفقة اليوم بان اضافه انسان سقطت ولو اعطاه النفقة فهلكت في يده لم يستحق ثانيا واذا دافع بالنفقة اجبره الحاكم عليها فان امتنع حبسه ولو كان له مال ظاهر جازان يأخذ من ماله قدر النفقة وان يبيع عقاره ومتاعه ولو كان للولد الصغير او المجنون مال لم يجب على الاب نفقته بل ينفق عليه من ماله وكذا لو صار قادراً على التكسب امره الولي به وسقطت عن الاب نفقته سواء الذكر والانثى ويجب على القادر على التكسب النفقة كما تجب على الغنى على اشكال .

قال قدس الله سره : وفي المنفق عليه الحاجة (الى قوله) على التكسب .

اقول : وجه القرب ان التمكّن من الاكساب كالغنى لانه في الحديث ساوى بين الغنى وذى المروة السوى (ولانه) غير محتاج (ولان) الاصل عدمه (و يجرى) الوجوب لانه فقير والاقوى عندي اشترط العجز عن التكسب والمراد بالتكسب هنا التكسب الاثوبه

قال قدس الله سره : ويجب على القادر (الى قوله) على اشكال .

اقول : هذه المسألة تقدمت وتزيدنا فنقول القدرة على السبب هي قدرة على المسبب اما اختلف المتكلمون فيموت تحقيقه قد ذكر في الكلام .

المطلب الثاني في ترتيب الاقارب في النفقة

وفيه بحثان (الاول) في ترتيب المنفقين

اذا كان للمحتاج ابوام موسران وجبت نفقته على الاب (ولو فقد) الاب فعلى الجد للاب فان فقدا وكان فقيراً فعلى اب الجد وهكذا (فان فقد) الاجداد او كانوا معسرين فعلى الام ، ولولم تكن او كانت فقيرة فعلى ابيها وامها وان علوا الاقرب فالاقرب ، فان تساوا اشتركوا في الانفاق فعلى ابوى الام النفقة بالسوية ، ولو كان معهما ام اب شاركتها اما لو كان اب الاب معهم فالنفقة عليه وان علوا لو كان له اب وابن موسران لو كانت نفقته عليهما بالسوية ولولم يكن له اب كانت نفقته على ولده ولو كان ابن وام فالنفقة على الابن ، ولو كان له اب وجد موسران كانت نفقته على ابيه دون جده . واو كان له ام وجدة من قبل الاب او الام فالنفقة على الام دون الجدة ، ولو كان جد الاب فالنفقة عليه دون الام . ولو كان له اولاد موسرون تشاركوا في الانفاق ان كانوا ذكوراً او اناثا فلو كانوا ذكوراً واناثا احتمل التشريك (اما) بالسوية (او) على نسبة الميراث و اختصاص

المطلب الثاني في ترتيب الاقارب في النفقة

وفيه بحثان (الاول) في ترتيب المنفقين

قال قدس الله سره : ولو كان له اولاد موسرون (الى قوله) واختصاص الذكور
اقول : الكلام هنا في موضعين (الف) هل تجب نفقة الاب على كل الاولاد الذكور والانات او على الذكور خاصة ، وما أخذ الاحتمالين ان الخطاب بصيغة المذكور مع الاطلاق (هل) يختص بالذكور ام يتناول الذكور والانات قد تحقق في الاصول (وايضاً) السبب الموجب للنفقة علة كون كل واحد ولداً والولد مقول بالتواطى على الذكور والانات و التساوى في العلة يقتضى التساوى في المعلول اى الحكم الصادر عنه (ومن) حيث ان الذكر مقدم في الابوة فكذا في الولد (ب) اذا قلنا بالوجوب على الكل وهو الاصح عندى (هل) يجب على التساوى او على مراتب الارث يحتمل الثاني لانهم متفاوتون فيما يستحقون بها فكذا فيما يستحق عليهم بها ولقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك (١) رتب النفقة

الذكور ، ولو كان له ابن موسر وأخر مكتسب فهما سواء على أشكال ولو كان بعضهم غايبا
أمر الحاكم بالآخذ من ماله أو بالقرض عليه بقدر نصيبه و لو كان له بنت و ابن ابن
فالنفقة على البنت ولو كان له أم و بنت احتمل التشارك واختصاص البنت بالنفقة .

البحث الثاني في ترتيب المنفق عليهم

ويبدأ المنفق بنفسه فان فضل شيء صرفه في نفقة زوجته فان فضل فللا بويين و
الأولاد فان فضل فللاجداد واولادالأولاد وهكذا اذا فضل عن الأدنى ارتقى الى الأبعد ولو

على الأثر فيترتب في الكمية ، والأصح الأول لما تقدم .

قال قدس الله سره : و لو كان له ابن موسر وأخر مكتسب فهما سواء
على أشكال .

أقول : هذا فرع على وجوب الانفاق على الفقير بالمال الغني (١) بالقدرة على
التكسب (وتقريره) انه لو اجتمع ذوالمال والقادر على التكسب (هل) يقدم في وجوب
الانفاق ذوالمال (اولا) بل يتساويان : قال امام المجتهدين والذى المصنف فيه أشكال
ومنشأه (وجوب) الانفاق على كل واحد فيجب عليهما اذا اجتماع عدم منع احدهما الآخر
والاصل البقاء (ولمساواة) القدرة الغني في السببية لانبحث على هذا التقدير ولو جامع
الغني غنيا لوجب عليهما فكذا لو اجتمع الغني ومساويه (ومن) ان وجوبها على المكتسب
لضرورة عدم غيره وهي منفية هنا .

قال قدس الله سره : ولو كان له أم و بنت (الى قوله) بالنفقة

أقول : وجه الأول تساويهما في السبب وهو القرابة فيتساويان في الأثر (ولان)
كونه ولداً مساو لكونه والدأ في إيجاب الانفاق في الذكورة فكذا في الأنوثة (لانه)
لامدخل الآ للتوليد له ومنه ، و يرد لو اعتبر التوليد والغنى وصف الذكورية و الأنوثة
لتساوى الابن والام وهو باطل (ووجه) الثاني ان البنت تقدم على جدالاب والام متأخرة
عنه فتقدم البنت عليها .

كان له ابوان ومعه ما يكفي احدهما تشاركا فيه وكذا لو كان له اب وابن او ام وابن او ابوان و ابن او ولدان او ابوان وولدان ولولم ينتفع به احدهم مع التشارك لكثرتهم فالوجه القرعة فان فضل من الغذاء شيء احتمل القرعة بين الجميع وبين من عدا الاول ولو تعددت الزوجات قدمت نفقاتهن على الاقارب فان فضل عنهن شيء صرف اليهم ولو كان احدا الاقارب اشد حاجة كالصغير مع الاب احتمل تقديم الصغير، ويُقدم الاقرب على الابد فلو كان اب وجد معسر ان قدم الاب ثم الجد ثم ابوالجد ثم جد الجد ويتساوى الاجداد من الاب مع الاجداد من الام وولد ابوالولد وان نزل مع الجد وان علا يتشاركان والذكور

البحث الثاني في ترتيب المنفق عليهم

قال قدس الله سره : ولو كان له ابوان (الى قوله) من عدا الاول

اقول : وجه القرعة في المسألة الاولى استحالة الترجيح من غير مرجح و التشارك يناقض الغرض من تسريع الحكم (ومن) حيث تساويهم في سبب الاستحقاق و القرعة كاشفة للمستحق من غيره و الكل هنا مستحقون ليس فيهم من لا يستحق (و وجه) القرعة في الثانية ان الاول مستحق ايضا لوجود القرابة التي هي العلة في وجوب النفقة والحاصل له دفع الضرورة الحالية وهو قوت بعض يوم فلا يبقى استحقاق نفقة باقى اليوم (ومن) حيث انه فضل فليس بمحتاج فيصير غيره اولى (لان) سبب النفقة الحاجة وغيره احوج (ولانه) حصل للاول ما يمسك رفقته دون الباقي فلا يشاركهم في الفاضل و هو الاقوى عندي .

قال قدس الله سره : ولو كان احد الاقارب (الى قوله) على الابد .

اقول : (وجه المسألة) الاولى (ان) علة وجوب الانفاق الحاجة وكلما كانت العلة اقوى كان تأثيرها اقوى وكان محلها اولى بالحكم (ومن) حيث ان العلة النسب مطلق الحاجة وهما متساويان في المطلق من حيث هو (ووجه المسألة الثانية) ان الاقرب مقدم في الارث واطلاق اسم الاب او الابن عليه حقيقة وعلى الآخر مجاز فالاقرب اولى بالتقديم (ويحتمل) تساويهما لان قرابة كل واحد موجبة لنفقته وقد وجدت العلتان فيتشاركان .

والاناث في الاولاد متشاركون بالسوية كما في الابوين والاجداد .

الفصل الثالث في نفقة المماليك

وفيه مطلبان (الاول) في نفقة الرقيق

تجب النفقة على ما (من-خل) يملكه الانسان من رقيق صغير او كبير منتفع به وغيره بقدر الكفاية سواء كان الرقيق ذكراً او انثى قنناً او مديراً او اموماً او ولد في المأكل والملبوس والمسكن ويرجع في جنس ذلك الى عادة ممالك امثال السيد من اهل بلده ، ويتخير في الاتفاق عليه من ماله او من كسبه ذكر انثى او انثى فان امتنع اجبره الحاكم على الاتفاق او البيع فان لم يكن له مال وكان ذاكسب اجبره على التكسب والاتفاق منه وعلى البيع فان لم يرغب فيه راغب اجبره الحاكم على الاتفاق ولا تقدير للنفقة بل قدر الكفاية من طعام وادام وكسوة ومسكن ، ولو جعل النفقة في كسبه ولم تكفه اجبر على الاتمام ولو ضرب عليه ضريبة يؤد بها والفاضل له ورضى المملوك جاز فان كان الفاضل قدر كفايته صرفه في النفقة و الا اكمله ولا يجوز ان يضرب عليه ما يعجز عنه ولا ما لا يفضل معه قدر كفايته الا ان يقوم بمؤتته .

ولو عجز عن الاتفاق على ام الولد امرت بالتكسب فان عجزت اتفق عليها من بيت المال ولا يجب عتقها ولو كانت الكفاية بالتزويج وجب ، ولو تعذر الجميع ففي البيع اشكال ولو ملك المكاتب عبداً او امة وجب عليه النفقة عليهما وكذا لو اتهب او اوصى له بانيه او ابنه وللسيد الاستخدام في ما يقدر عليه المملوك والمداومة عليه واما الافعال الشاقة الشديدة فله الامر بها في بعض الاوقات ولا يكلفه الخدمة ليلاً ونهاراً وليس له ان يضرب مخارجه (١) على مملوكه الا برضاه.

الفصل الثالث في نفقة المماليك

قال قدس الله سره : ولو عجز عن الاتفاق (الى قوله) ففي البيع اشكال .

اقول : ينشأ (من) عموم النهي عن بيع ام الولد (ومن) انه به تحفظ نفسها

من الهلاك .

(١) المخارجه - ان يقاطع المملوك على شيء يوصله الى السيد والفاضل من كسبه له

المطلب الثاني في نفقة الدواب

تجب النفقة على البهائم المملوكة اكل لحمها اولا و سواء انتفع بها اولا بقدر ما تحتاج اليه فان اجتزأت بالرعى كفاه والاعلفها ، ولو امتنع من الانفاق فان كانت مما يقع عليه الزكاة اجبر على علفها او بيعها او تذكيته فان لم يفعل باع الحاكم عليه عقاره فيه فان لم يكن له ملك او كان يبيع الدابة انفع بيعت عليه و لو لم تقع عليها الزكاة اجبر على الانفاق او البيع وهل يجبر على الانفاق في غير المأكولة اللحم مما يقع عليه الزكاة للجلداو عليه او على التذكية الاقرب الثاني .

وكل حيوان ذى روح كالبهائم فيجب عليه القيام في النحل ودود القز ولو لم يجد ما ينفق على مملوكه او على الحيوان ووجد مع غيره وجب الشراء منه فان امتنع الغير من البيع كان له قهره واخذه اذا لم يجد غيره كما يجبر على الطعام لنفسه ولو كان للبهيمة ولد وفر عليه من لبنها ما يكفيه فان اجتزأ بغيره من علف او رعى جاز اخذ اللبن ولو كان اخذ اللبن يضر بالدابة بان تكون السنة مجدبة لا يجدها علفا يكفيها لم يجزله اخذه و لو

المطلب الثاني في نفقة الدواب

قال قدس الله سره : وهل يجبر على الانفاق (الى قوله) الاقرب الثاني .
 اقول : اذا تعذر البيع اولم يبيع قيل يجبره الحاكم على الانفاق لان الغاية الذاتية من خلق هذه الدواب منافع اخرى غير الذبح للآية و بها يتم نظام النوع فلا يتعرض به الحاكم بل يجبره على الانفاق فان تخلص هو بالذبح جاز (وقيل) يخيره الحاكم بين الانفاق وبين الزكاة وهو الاقرب عند المصنف لان كل واجب يقوم غيره مقامه اختياراً لا يكون واجباً على التعيين بل على التخيير وهي هنا وجوب الانفاق يقوم الذبح مقامه فيكون مخيراً بينهما فعلى هذا يخيره الحاكم بين البيع والزكاة والانفاق (والتحقيق) ان وجوب الانفاق وجوب مشروط بابقائها على ملكه ، فعلى هذا التقدير يجبره على الانفاق قطعاً ولا منافاة بين هذا و ما اختاره المصنف (لان) اختيار المصنف على تقدير عدم اختيار بقاء الملكية بعينه فاما اذا اختار الابقاء بعينه دون البيع و دون الزكاة تحقق شرط وجوب الانفاق فيلزمه الحاكم به .

ملك ارضالم بكره له ترك زراعتها و لو ملك زرعاً او شجراً يحتاج الى السقى كره له تركه لانه تضييع ولا يجبر على سقيه لانه من تنمية المال ولا يجب على الانسان تملك المال فلا تجب عليه تنميته .

كتاب الفراق

وفيه ابواب (الباب الاول) في الطلاق وفيه مقاصد (المقصد الاول) في اركانه وفيه فصول .

(الاول) المطلق، ويشترط فيه امور اربعة (الف) (البلوغ) فلا يصح طلاق الصبي و ان كان مميزاً ولو بلغ عشرأ الاعلى رواية ضعيفة ولو طلق وليه لم يصح نعم لو بلغ فاسد العقل صح طلاق وليه عنه، ولو سبق الطلاق لم يعتد به (ب) العقل فلا يصح طلاق المجنون المطبق ولا السكران ولا المغمى عليه بمرض او شرب مرقد ولو كان المجنون يفيق في وقت فطلق فيه صح ويطلق عنه الولي فان لم يكن له ولي طلق عنه السلطان ولا يطلق

كتاب الفراق

وفيه خمسة ابواب (الباب الاول) في الطلاق وفيه مقاصد

المقصد الاول في اركانه وفيه فصول الاول المطلق

قال قدس الله سره: ويشترط فيه امور اربعة (الى قوله) على رواية ضعيفة. اقول: هذه رواية ابن بكير، عن ابي عبدالله عليه السلام، قال يجوز طلاق الصبي اذا بلغ عشرين (١) واجاب المصنف بضعف السند فان ابن بكير ضعيف (واعلم) ان الشيخ في النهاية عمل بهذه الرواية وافتي بصحة طلاقه وهو اختيار المفيد في المقنعة وعلى بن بابويه في الرسالة و ابن البراج و ابن حمزة وما ذكره المصنف هنا اختيار ابن ادريس و ابي الصلاح وهو الاصح عندى لما رواه ابو الصباح الكنانى عن الصادق عليه السلام قال: ليس طلاق الصبي بشيء (٢) .

(١) باب ٣١ خبر ٧ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) ثل باب ٣٢ خبر ١ من ابواب مقدمات الطلاق

الولي ولا السلطان عن السكران ولا النائم وان طال نومهم ولا المغمى عليه ولا من يعتوره الجنون ادواراً نعم لو امتنع من الطلاق وقت افاقته مع مصلحته الطلاق ففي الطلاق عنه اشكال .
(ج) الاختيار فلا يقع طلاق المكره وهو من توعد القادر المظنون فعل ما توعد به لو لم يفعل مطلوبه بما يتضرر به في نفسه او من يجري مجرى نفسه كالأب والولد وشبههما من جرح او شتم او ضرب او اخذ مال وان قل او غير ذلك ويختلف بحسب اختلاف المكرهين في احتمال الاهانة وعدمها ولا اكراه مع الضرر اليسير، والاكراه يمنع ساير التصرفات الاسلام الحربي ، ولو ظهرت دلالة اختياره صح طلاقه بان يخالف المكره مثل أن يأمره بطلقة فيطلق اثنتين او بطلاق زوجة فيطلق غيرها او هي مع غيرها او بطلاق احدي زوجتين لبعينها فيطلق معينة او يأمره بالكناية فيأتي بالصريح ، ولو ترك التورية بان يقصد بقوله انت طالق اي من وثاقي او يعلقه بشرط في نيته او بالمشية مع علمه بالتورية واعترافه بانه لم يدعش بالاكراه لم يقع .

(د) القصد فلا يقع طلاق الساهي والغافل والغالط وتارك النية وان نطق بالصريح ومن سبق لسانه من غير قصد ولو كان اسمها طالقا فقال يا طالق او انت طالق وقصد الانشاء وقع والآفل ولو كان اسمها طارقا فقال يا طالق او انت طالق ثم ادعى انه التف لسانه قبل ولو نسي ان له زوجة فقال زوجتي طالق لم يقع ، ويصدق ظاهراً في عدم القصد لو ادعاه و

قال قدس الله سره : نعم لو امتنع من الطلاق (الى قوله) اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه مجنون طلق عنه الولي لمصلحته (ومن) التزامه بالنكاح وقت الافاقة وجنونه يزول فكان كالصبي الذي يتوقع البلوغ فيه (ولان) الاصل بقاء النكاح ولعموم قوله عليه السلام الطلاق بيد من اخذ بالساق (١) وهو من صيغ الحصر فطلاق الولي على خلاف الاصل جاز في المجنون المطبق بالاجماع فيبقى الباقي على العموم.
قال قدس الله سره : (د) القصد (الى قوله) وللحاضر على رأى .

اقول : هذا اختيار ابن ادريس و المصنف و هو الاقوى عندي و ذهب الشيخ في النهاية الى انه لا يصح توكيل الحاضر في الطلاق وتبعه ابن البراج وابن حمزة (لنا)

ان تأخر مالم تخرج العدة ودين بنته باطنا ، ولو قال لزوجته انت طالق لظنه انها زوجة الغير لم يقع ويصدق في ظنه ، ولو قال زوجتي طالق بظن خلوة وظهر ان وكيله زوجته لم يقع ولولقن الاعجمي الصيغة وهو لا يفهمها فنطق بهالم يقع ، وكما يصح ايقاعه مباشرة يصح التوكيل فيه للغايب اجماعا وللحاضر على رأى ، ولو وكلها في طلاق نفسها صح على رأى و لو قال طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة او بالعكس صحت واحدة على رأى .

ما رواه سعيد الاعرج في الصحيح ، عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل امرأته الى رجل فقال اشهدوا اني قد جعلت امر فلانة الى فلان فيطلقها أيجوز ذلك للرجل قال نعم (١) وترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال يدل على العموم في المقال (احتج) الشيخ بما رواه زرارة ، عن الصادق عليه السلام قال لا تجوز الوكالة في الطلاق (٢) وحملها الشيخ على الحاضر جمعاً بين الأدلة لاستحالة حملها على الغائب اجماعاً (والجواب) ان روايتنا اصح فلا تعارضها هذه الرواية .

قال قدس الله سره : ولو وكلها في طلاق نفسها صح على رأى .

اقول : قال الشيخ لا يصح لان القابل لا يكون فاعلا ولاقتضاء قوله عليه السلام الطلاق

بيد من اخذ بالساق (٣) عدم صحة التوكيل مطلقا خرج وكالة غير المرأة برواية سعيد الاعرج بقى الباقي على العموم والوجه الصحة لان كلما قبل النيابة لم يعتبر فيه خصوصية النائب (واستدل) بان النبي صلى الله عليه وآله وسلم خير نساءه بين المقام معه و بين مفارقتة لما نزل قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك الآية (٤) و التي بعدها (واجيب) بانها من خصائصه عليه السلام ونسخت .

قال قدس الله سره : فلو قال طلقى (الى قوله) على رأى

اقول : وجه الصحة في الاول ان الامر بالمجموع امر بكل واحد ضمنا (فان قلنا)

الطلاق المرسل يصح منه واحدة صح (والا) فللانه وكلها في طلاق باطل لا يصح منه

(١) كل باب ٣٩ خبر ١ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) كل باب ٣٩ خبر ٥ من ابواب مقدمات الطلاق

(٣) مرآة ٢٨ (٤) الاحزاب ٢٨

الفصل الثاني المحل

وهي الزوجة ، ولها شروط ينظمها قسمان (الاول) العامة وهي ان يكون العقد دائما والتعيين على رأى ، والبقاء على الزوجية (فلا) يقع الطلاق بالتمتع بها (ولا) الموطوءة بالشبهة (ولا) بملك اليمين (ولا) بالتحليل ولو طلق الاجنبية لم يصح وان علقه بالتزويج سواء عينها او اطلق مثل كل من اتزوجها فهي طالق (واما التعيين) فان يقول فلانة طالق او هذه ويشير الى حاضرة او زوجتي وليس له سواها ولو تعددت ونوى واحدة وقع والا فلا على رأى ويقبل تفسيره ولو طلق واحدة غير معينة لانية ولا لفظا (قيل) يبطل (وقيل) يصح لاكله ولا جزئه ، والطلقة المنفردة تصح فلم يتضمنها الوكالة لان الصحة مشروطة بكون الطلقة لامع شيء والذي تضمنه الوكالة طلقة مع شيء فتغايرا (ووجه الصحة) في الثاني انها اذا اتت بالثلاث فقدات بالواحدة فامتثلت ما امرت به على القول بوقوع الواحدة في المرسل وقال الشيخ في الخلاف لا يقع في المسألتين للمخالفة وهو الاقوى عندي (اما الاولى) فانه وكلها في صيغة دالة على الواحدة بالتضمن ، وفي وقوعها خلاف فأتت بما يدل على الواحدة مطابقة وليس في وقوعها خلاف فلا تقع الواحدة لتحقق المخالفة (واما في الثانية) فلانه وكلها في صيغة تدل على الواحدة بالمطابقة و تقع بالاجماع و فعلت ما فيه خلاف فلا يقع لتحقق المخالفة .

الفصل الثاني المحل وهي الزوجة

ولها شروط ينظمها قسمان الاول العامة

قال قدس الله سره : وهي ان يكون العقد دائما (الى قوله) وهو اقوى

اقول: اختلف الاصحاب في اشتراط تعيين المطلقة في الطلاق (فقيل) باشرطه

وهو اختيار والدى المصنف في المختلف والسيد المرتضى والمفيد والشيخ في احد قوله

وهو الاقوى عندي (وقيل) لا يشترط وهو احد قولي الشيخ اختاره في المبسوط وافتي به

ابن البراج والمصنف هنا (احتج) الاولون بان الطلاق امر معين فلا بد له من محل معين

لاستحالة حلول المعين في المبهم ولان نوابع الطلاق كالعدة وغيرها لا بد لها من محل

معين (واحتج) الآخرون بعموم النص ولان احديهما زوجة وكل زوجة يصح طلاقها

ويعين للطلاق من شاء وهو اقوى فان مات قبله اقرع ، ولو قال هذه طالق او هذه و هذه قيل طلقت الثالثة ويعين للطلاق من شاء من الاولى والثانية وهو حق ان قصد العطف على احديهما ولو قصد على الثانية عين الاولى او الثانية والثالثة .

ولو مات قبل التعيين اقرع ويكفي رقتان مع المبهمة على القولين وعلى ما اخترناه

(وفيه نظر) لمنع الكبرى (واعلم) ان هذه مسألة اصولية اختلف فيها الاصوليون فقال بعضهم بالصحة وبعضهم بالبطلان ثم اختلف القائلون بالصحة في ان الواقع هل هو سبب مؤثر في البينونة في الحال ام له صلاحية التأثير عند التعيين (فعلى الاول) يحرم الكل حتى يعين (وعلى الثاني) الكلل زوجات يباح نكاحهن الى ان يعين فالتحريم بعد التعيين ويتفرع على ذلك فروع كثيرة ليس هنا موضع ذكرها .

قال قدس الله سره: ولو قال هذه طالق او هذه وهذه (الى قوله) والثالثة.

اقول: في اصل هذه المسألة نظرا ان الصيغة ليست موجودة في المعطوفين فعلى

تقدير الصحة اختلف الفقهاء في عطف الثالثة ، فقال بعضهم انها معطوفة على احديهما اعني المطلقة ، وهو قول الشيخ لانه عدل عن لفظ الشك الى واو العطف فلا تشاركهما الثالثة في الشك وتكون معطوفة على الجملة وقال بعضهم الثالثة معطوفة على الثانية لقربها وهو ظاهر واختاره ابن ادريس (وعلى القول الاول) تطلق الثالثة لانها معطوفة على المطلقة ويقع الترديد بين الاولى والثانية (وعلى الثاني) للثالثة حكم الثانية ان طلقت طلقت وان لم تطلق لم تطلق فيكون الترديد بين الاولى وحدها وبين مجموع الثانية والثالثة وهذا تفريع على عدم اشتراط تعيين المطلقة وهذا الترديد حينئذ مانع من الجمع والخلو وقال المصنف طاب ثراه هذا يرجع الى قصده ان قصد عطف الثانية على المطلقة ثبت حكم القول الاول وان قصد عطفها على الثانية ثبت حكم القول الثاني و لم يقل احد ان الثالثة معطوفة على الاولى خاصة .

قال قدس الله سره : ولو مات قبل التعيين (الى قوله) لا بد من ثالثة .

اقول: القولان قول الشيخ وقول ابن ادريس (اما) على قول الشيخ رحمه الله

من ان الثالثة معطوفة على المطلقة وهي احديهما مطلقاً سواء كانت الاولى او الثانية فظاهر اذا الثالثة مطلقاً قطعاً والترديد انما هو بين الثانية والاولى فيقرع بينهما فيكفي رقعتان مع المبهمة (واما) على قول ابن ادريس فلتلازم طلاق الثانية والثالثة لكونها معطوفة عليها لقربها والتعاند في الوقوع بين طلاق الاولى والثانية لانه اوقعه في احديهما بدلا عن الاخرى فتكتب الاولى في رقعة والباقيتان في رقعة او الثانية وحدها لانها ان خرجت طلقت الثالثة (واما) على ما اختاره والدى المصنف رحمه الله لا بد من رقعة ثالثة للاشتباه الحاصل في الثالثة من احتمال عطفها على المطلقة او الثانية فتكتب الاولى في رقعة و الثانية والثالثة في رقعة والثالثة وحدها في رقعة .

ثم تخرج على الطلاق (فان) خرجت الاولى حكم بطلاقها وبقاء زوجية الثانية لكن يبقى الرقعة التي فيها الثانية والثالثة والرقعة الثالثة والرقعة المبهمة فتخرج واحدة لتحقق حال الثالثة هل هي معطوفة على الثانية او المطلقة (فان) خرجت الرقعة التي فيها الثانية والثالثة حكم بعطفها عليها وهي باقية على النكاح فتكون الثالثة باقية على النكاح (وان) خرجت الثالثة وحدها حكم بانها معطوفة على المطلقة (وان) خرجت او لارقعة الثانية والثالثة حكم بطلاقها وبقاء الاولى على النكاح وانما كتبنا الثانية والثالثة في رقعة لانه كلما طلقت الثانية طلقت الثالثة قطعاً لانها اما معطوفة على الثانية او على المطلقة فان كان الثابت في نفس الامر الثاني فهي مطلقه قطعاً وان كان الثابت في نفس الامر هو الاول لزم من طلاق الثانية طلاق الثالثة ومن بقائها بقائها ، فمحال ان يطلق الثانية والثالثة لم تطلق . (وان) خرجت او لارقعة الثالثة حكم بطلاقها وبقي الاشتباه بين الاولى والثانية فتخرج اخرى (فان) خرجت الاولى صح طلاقها وبقيت الثانية زوجة (وان) خرجت الثانية والثالثة حكم بطلاق الثانية ايضاً وبقيت الاولى على النكاح او تكتب الاولى وحدها في رقعة والاولى والثالثة في رقعة والثانية والثالثة في رقعة فان خرجت الاولى وحدها (قيل) فالثالثة معطوفة على الثانية والاولى اخراج رقعة اخرى (فان) خرجت الاولى مع الثالثة حكمنا بطلاق الثالثة ايضاً والافهى معطوفة على الثانية (وان) خرجت الاولى والثالثة فالثالثة معطوفة على المطلقة (وان) خرجت رقعة الثانية

لا بد من ثالثة ، ولو قال للزوجة والاجنبية احديكما طاق وقال اردت الاجنبية قبل ، ولو قال سعدى طالق واشتركتا فيه قيل لا يقبل لو ادعى قصدا لاجنبية ، ولو قال للاجنبية انت طالق لظنه انها زوجته لم تطلق زوجته لانه قصد المخاطبة ولو قال يا زينب فقالت سعدى لييك فقال انت طالق فان عرف انها سعدى ونواها بالخطاب طلقت وان نوى زينب طلقت زينب ولو ظنها زينب وقصد المجبية فالاقرب بطلانه لانه قصد المجبية لظنها زينب فلم تطلق ولا زينب لعدم توجه الخطاب اليها (واما البقاء) على الزوجة فان لا تكون مطلقة سواء كان الطلاق رجعيا او باينا ولا مفسوخة النكاح برده او عيب او لعان او رضاع او خلع ويقع مع الظهار والايلاء لانهما يوجبان تحريما لافسحا .

والثالثة علم عطفها على الثانية ايضا وقوله (فيكفي رقتان مع المبهمة) المبهمة صفة الرقعة وهي الرقعة المبهمة في سائر صور القرعة ، ويجوز ان يجعل صفة للمطلقة اعنى الثالثة لانها مبهمة لانا نعلم هل هي معطوفة على الثانية او المطلقة لكن الاول اولى (لانه) قال يجب على القولين - اعنى قول الشيخ وليست الثالثة بمبهمة على قوله لعطفها على المطلقة فلا ابهام فيها وعلى قول ابن ادريس هي مساوية للثانية .

قال قدس الله سره : ولو قال للزوجة والاجنبية (الى قوله) قصدا لاجنبية .

اقول : الفرق بينهما ان احديهما متواط وسعدى مشتركة بالاشترك اللفظي (والاول) صريح في ارادة الكلى والابها م (واما الثاني) فلا بد وان يكون المراد واحدة بعينها لان الاصل في الاطلاق الحقيقة فلا يحمل المشترك على المعنيين ولا على القدر المشترك فيتعين المعين في نفس القابل وهو ما دلت الفرقة عليه والزوجة قرينة ظاهرة لصحة تصرف المسلم هنا فمن ثم قيل لا يقبل تفسيره بغير الزوجة وهو قول بعض الاصحاب (وقيل) يقبل لانه اعرف بنيت به قال الشيخ في المبسوط فانه قال لافرق بين المسألين وحكم في الاولى بقبول قوله بارادة الاجنبية فيلزم من قوله انه يقبل في الثانية .

قال قدس الله سره : ولو قال يا زينب (الى قوله) لعدم توجه الخطاب اليها .

اقول : و يحتمل طلاق المخاطبة لانه خاطبها بالطلاق وهي زوجة ، والاقوى

عندى عدم الوقوع .

فروع على القول بالصحة مع عدم التعيين

(الف) اذا طلق غير معينة حرمتا عليه جمعا حتى يتعين وبطالب به وينفق حتى
تعيين ولا فرق بين البايين والرجعى (ب) لوقال هذه التى طلقها تعينت للطلاق . ولوقال
هذه التى لم اطلقها تعينت الاخرى ان كانت واحدة والا عين في البواقى .
(ج) لوقال طلقت هذه بل هذه طلقت الا ولى دون الثانية لان الاولى اذا تعين
الطلاق فيها لم يبق ما يقع على الثانية (د) هذا التعيين تعيين اختيار فلا يقتقر الى القرعة
بل له ان يعين من شاء.

(هـ) هل يقع الطلاق بالمعينة من حين الايقاع او من حين التعيين الاقرب الثانى

قال قدس الله سره : هل يقع الطلاق بالمعينة (الى قوله) حين التعيين

اقول : هذا تفريع على القول بصحة الطلاق مع عدم تعيين المطلقة (و تقريره)
ان نقول اختلف الاصوليون في الواقع عند التلطف ف قيل هو امر صالح للتاثير فى البينونة
ويؤثر بالفعل بالتعيين فيكون التعيين سببا لسببته بالفعل (و قيل) الواقع هو الطلاق
حقيقة باحديهما لابعينها والبيان كاشف وهو اختيار الشيخ الطوسى فى المبسوط (فعلى
الاول) يقع الطلاق بالمعينة من حين التعيين وهو اختيار المصنف لان الطلاق لو وقع فاما
على الكل او على واحدة معينة او غير معينة والكل باطل (اما) غير الاخير فلمناقته للفظ
(و اما) الاخير فلان الطلاق امر معين فلا يحل فى غير المعين لان المطلقة موجودة فى
الخارج ولا شىء من غير المعين بموجود فى الخارج (واورد) النقص بالكفارة (وعلى
الثانى) يقع من حين الايقاع وهذا اختيار الشيخ نص فى المبسوط عليه لانه جزم بالطلاق
ونجزه فلا يجوز تاخيره الا ان محله غير معين فيؤمر بالتعيين (ولان) التعيين يبين الذى
اختارها للنكاح فيكون اندفاع نكاح الاخرى باللفظ السابق كما ان التعيين فيما اذا اسلم
على اكثر من اربع لما بين به من يختارها بالنكاح كان اندفاع الاخرى بالاسلام السابق
(ورده) المصنف بان الطلاق يلزمه امور لا يتحقق الامع شخصية المحل فلا يصلح ان يحل
فى المسهم ويتفرع على القولين ابتداء العدة (فان قلنا) بوقوعه حين الايقاع فمنه يتبدى
العدة (وان قلنا) بوقوعه عند التعيين لاقبله فمنه ابتداء العدة .

فتجب العدة من حين التعيين (و) لو وطىء احديهما وقتنا يقع الطلاق باللفظ كان تعييناً (تعييناً - خ) وان قلنا بالتعيين لم يؤثر الوطى والا قرب تحريم وطيهما معا و اباحة من شاء منهما (ز) يجب عليه التعيين على الفور ويعصى بالتاخير ، ولو ماتت احديهما لم

قال قدس الله سره : (و) لو وطىء احديهما (الى قوله) لم يؤثر الوطى .

اقول: هذا فرع على عدم اشتراط تعيين المطلقة (وتقريره) انه اذا قال احديكما طالق ولم يعين بالنية واحدة بعينها بل ابهم لفظا ونية وكان الطلاق باثنا ثم وطىء احديهما هل يكون الوطى تعييناً ام لا (نقول) ان كان الطلاق يقع باللفظ اعنى بالايقاع ولا نعنى به انه يقع على واحدة معينة فى نفس الامر بل يقع الطلاق على واحدة لا بعينها كان الوطى تعييناً لانه دليل لا اختيار نكاح الموطوءة وهو صالح لسببية ثبوت النكاح بعد زواله ولهذا كان رجعة واختيار نكاح احديهما بعينها يعين الاخرى للطلاق (فان قلنا) ان الطلاق لا يقع الا بالتعيين لم يصلح الوطى للتعيين لان التعيين يكون موقعا للطلاق او له مدخل فى ايقاع الطلاق والفعل لا يصاح لهما اما الاولى فاجماع الكل و اما الثانية فاجماع الامامية .

قال قدس الله سره : والاقرب تحريم وطيهما معا و اباحة من شاء منها .

اقول: هذا فرع على صحة الطلاق المبهم (وتقريره) ان نقول اختلف الناس فى تحريم الوطى قبل التعيين فكل من قال ان الطلاق يقع عند التلغظ بالصيغة جزم بتحريم الوطى ، ثم اختلفوا فى كيفيته فقال بعضهم يحرم كل واحدة منهما قبل التعيين لان الطلاق اثر تحريم لانه معنى الوقوع والمحرمه مشتبهة بالمحللة فيلزم تحريمهما كما لو اشتبهت الزوجة باجنبية ولانه لو حرمت بالتعيين لم يطالب به (ورد) بمنع اللازم وقال بعضهم بتحريم وطيهما معا بمعنى تحريم الجمع فى الوطى وبتخير فى وطى ايها شاء لانه تحريم اختيار فىه على التخيير وهو يستلزم تحريم الجمع والتخيير بين المعينين وهذا هو الحق عند المصنف .

(واعلم) انى اوردت على المصنف انه اختار فيما تقدم وقوع الطلاق من حين التعيين فيلزم من ذلك انه لا يحرم احدهما قبل التعيين لعدم وجود سببه فان الطلاق لم يقع

يتعين الاخرى للطلاق وله تعيين من شاء فان عين الميِّتة فلا ميراث ان قلنا ان الطلاق يقع من وقت وقوعه ، ولوماتا معا كان له تعيين من شاء وليس لورثة الاخرى منازعته و لا تكذيبه ويرثهما معا ان قلنا بوقوع الطلاق بالتعيين ، ولومات قبلهما ولم يعين فالاقوى انه لا تعيين للوارث ولا قرعة بل توقف الحصة حتى يصطلحن ، ولومات واحدة قبله

قبله اى لم يؤثر البينونة لاستحالة تقدم المسبب على السبب وهي هنا قد اختار تحريم الجمع قبل التعيين وهذان الحكمان متنافيان صدقا لا يجتمعان (فاجاب) رحمه الله بوجوه (الف) ان القروج مبنية على الاحتياط التام فيكفى في الحكم بالتحريم الاحتمال فالحكم بالتحريم يستند الى احتمال الوقوع والحكم بالطلاق مبنى على القطع ولا يحصل الا بعد التعيين ولا منافاة في الحكمين ولا في العلتين اذ تحريم الزوجة قديثت مع بقاء الزوجية كما في الاشتباه وعدم القطع بالوقوع مع احتمال الوقوع غير متنافيين (ب) الحكم باصل او نص وبآخر في ضد لازم الحكم الاول لزوما شرعيا غير متنافيين شرعا كما في تقرير النصين و وجد في مسائل كلقيط دار الاسلام المحكوم بحرمة لافي القصاص (ج) الاحتياط تقوى وقدمدح الله تعالى المتقين في القرآن كثيراً ، وقديقتضى الاحتياط الحكم بشيء و بصد لازمه الشرعى بل اكثر احكامه كذلك وفي هذه المسألة احتمالان الوقوع بالايقاع و بالتعيين ففي الحكم اشتباه و على الاول في المطلقة فلا ينفك هذه المسألة عن اشتباه فالاحتياط يقتضى ما ذكرناه .

قال قدس الله سره : ولومات قبلهما (الى قوله) حتى يصطلحن .

اقول : هنا مسائل (الف) انه هل التعيين للوارث ام لا (فنقول) على القول بانه يقع بالتعيين يكون التعيين طلاقا وكل طلاق فهو لا يقع من غير الزوج (ولانه) اخراج لبعض من شأنه انه يرث وليس لبعض الوارث ذلك كما لا يملكون نفى السبب وعلى القول بالوقوع بالايقاع فانما يقع بالمطلقة لا المعينة واما وقوعه بالمعينة فسيبه التعيين وكان كالطلاق بالنسبة الى المعينة فلا يقع من غير الزوج لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ الطلاق بيد من اخذ بالساق (١) (ب) نفى القرعة وذلك لان القرعة تبين ما هو معين في نفس الامر فهي دالة على المعينة لاسبب (فعلى القول) بوقوعه بالايقاع فليست بمعينة في نفس الامر (واما على وقوعه) بالتعيين

وواحدة بعده فان قال الوارث ان الاولى هي المطلقة والثانية زوجة ورثت الثانية ولم يرث من الاولى لانه اقر بما يضره ولوعكس وقف ميراثه من الاولى وميراث الثانية منه حتى يصطلح الورثة جميعهم ، ولو كان له اربع فقال زوجتى طالق لم يطلق الجميع بل فالولى ان لا يثبت (ويحتمل) ان يعين الوارث لانه حق للميت خيرته الوارث لعموم الآية (ويحتمل) القرعة لانه امر مشكل وكل امر مشكل ففيه القرعة وهو ضعيف (ج) فى ايقاف الميراث قد اختاره المصنف هنا لاشتباه المستحق منهن هل الكل او البعض او البعض غير المعين فالاشتباه هنا فى الحكم والمطلقة ولعدم القطع ببراءة الذمة فى اصال الكل الى احديهما والايقاف هو الحق عندى .

(لا يقال) قد رجح المصنف ان الطلاق يقع بالتعيين قبله لا يقع ولم يحصل التعيين قبل موته فكانتا زوجتين له حال الموت فترثان ولا معنى للايقاف (وايضاً) فان المصنف قد ذكر قبل هذه المسألة انه لو ماتا ورثهما معاً على القول بوقوع الطلاق بالتعيين وهيناً قد رجح ايقاف ارثهما منه لومات حتى يصطلحن وهذا ان الحكمان لا يجتمعان (لانه) اما ان نقول بالوقوع بالايقاع او بالتعيين او يشبه الحكم (فعلى الاول) لا ترث منهما ويوقف (وعلى الثانى) ترث منهما وترثان منه بلا ايقاف (وعلى الثالث) يوقف، ارثه منهما قبل التعيين و ارثهما منه للتعيين فالحكم بارثه منهما و ايقاف ارثهما لا يجتمعان لاتحاد السبب فى الارث منه ومنهما (لانا نقول) عدم الاجتماع ممنوع وسنده (وجهان) (الف) (خ) انه رحمه الله ذكر ارثه منهما على تقدير القول بوقوعه بالتعيين جزماً ولكن المصنف رحمه الله لم يجزم به و ذكر الايقاف ، هنا لاحتمال وقوعه بالايقاع ولا ينافى ترجيحه القول بالتعيين لان الترجيح عنده غير مانع من النقيض فالحكم بارثه منهما على تقدير الجزم لا ينافى الحكم بالايقاف على تقدير عدم الجزم (ب) (ان الواقع اما الطلاق فى الخارج وهو القول بوقوعه بالايقاع او فى الذمة بمعنى وجوب الطلاق على القول بوقوعه بالتعيين والموت ينقل ما فى الذمة الى المحل القابل له كما ينقل الدين الى المال فينقل الطلاق الى احدى الزوجات لابعينها ، فالتعيين موجب لوقوع الطلاق بالمعينة ، والموت يوجب وقوعه بغير المعينة وهى الزوجة المطلقة لانه لولا ذلك لزم

واحدة كما لو قال احديكن طالق او واحدة منكن طالق (ح) لو طلق واحدة معينة ثم اشكلت عليه منع منهما وطولب بالبيان وينفق عليهما الى ان يتبين (بين خل - يعين - خ ل) فان عين واحدة للطلاق او النكاح لزمه ولهما اجلافه لو كذبته ، ولو قال هذه بل هذه طلقاً معا لانه اقر بطلاق الاولى ورجع عنه فلم يقبل رجوعه ويقبل اقراره في الثانية ، ولو قال هذه بل هذه او هذه طلقت الاولى واحدى الآخرتين وطولب ببيانها ، و لو قال هذه او هذه بل هذه طلقت الاخيرة واحدى الاولين ، ولو قال هذه او هذه بل هذه او هذه طلقت واحدة من الاولين وواحدة من الآخرتين وطولب بالبيان فيهما ، و هل

بطلان الطلاق بالموت ولم يقبل احد من ارباب هذا القول بذلك (ولانه) لو اوصى آخر ان يعين فعين حكماً بوقوع الطلاق في آخر جزء من حياته لامتناع انشاء الطلاق بعد الموت ، فقد ظهر ان القول بالتعيين انما هو في حياة المطلق لابعد وفاته فظهر ايضاً الفرق بين موتين وارثه منهن وموته وعدم ارثهن منه ومتوهم المنافات في المسئلة السابقة وهذه المسئلة قد عمش بصيرته عن ادراك الاصول (خ) .

(ووجه الصلح) ان المستحق مشتببه ولا يمكن بيانه فصار كدعوى اثنين داراً ويعلم صدق احدهما وانها لواحد منهما خاصة ويدهما خارجه وهذا من باب اتحاد طريق المسائلتين وانما طولنا الكلام في هذه المسائل لانها موضع اشتباه .

قال قدس الله سره: لو طلق واحدة معينة (الى قوله) اقر به ذلك .

اقول : معنى كونه بياناً (تعييناً - خل) انه يكون بمنزلة اقراره بان غير الموطوءة هي التي كنت طلقتها لانه يقبل قوله في الذكر فينزل ويطيه بمنزلة اختياره ومنشأ الاشكال (من) انه بيان تذكر (و من) حيث انه اعم ولادلالة للعام على الخاص (ووجه القرب) ان تعيينه مقبول والاصل صيانة فعل المسلم عن المحرم ويحمل على المحلل وذلك يستلزم البيان ثم قال ههنا (ولو ماتا قبله وقف نصيبه من كل منهما ثم يطالب ببيان الفح) وهنا جزم بالايقاف لوقوع الطلاق بواحدة هنا جزماً لانه اوقع بواحدة معينة ثم اشتبهت وفي تلك المسئلة على القول بانه لا يقع الا بالتعيين فاذا ماتا مائتاً زوجتين على هذا الاحتمال فورث منها فافترقت المسائلتان .

يكون الوطى بيانا لشكال اقربه ذلك (وعلى العدم) لوعينه في الموطوءة فقد وطئها حراما ان لم تكن ذات عدة او قد خرجت و عليه المهر وتعد من حين الوطى ، ولو ماتا قبله وقف نصيبه من كل منهما ثم يطالب بالبيان فان عين وصدقه ورثة الاخرى ورثوا الموقف وان كذبوه قدم قوله مع اليمين لاصالة بقاء النكاح فان نكل حلفوا وسقط ميراثه عنهما معا ولو مات الزوج خاصة ففي الرجوع الى بيان الوارث اشكال والاقرب القرعة (ويحتمل) الايقاف حتى يصطلحا .

القسم الثاني الشرايط الخاصة

وهي امران (الاول) الطهر من الحيض والنفاس ، وهو شرط في المدخول بها الحايض الحاضر زوجها او من هو بحكمه وهو الغائب اقل من مدة يعلم انتقالها من القرء

قال قدس الله سره : ولو مات الزوج خاصة (الى قوله) حتى يصطلحا .
 أقول: كل هذه فروع في المطلقة المعينة اذا اشتبهت بياقي الزوجات (وتقريره)
 انه اذا طلق واحدة معينة و اشتبهت يقبل قوله في التعيين لانه اخبر بنيته فالتعيين في المسائل المتقدمة سبب وهي هنا كاشف فهو فيما سبق انشاء، (اما) للتعيين خاصة ان قلنا بوقوعه بالايقاف (او) للتعيين والسببية الصيغة لوقوع الطلاق في المعينة اذ قبل التعيين لا تؤثر الصيغة واما هي هنا فالتعيين اقرار، ولو قال لم اعلم ولكني اُنشاء اختيار تعين هذه لم يصح وقد ذكر المصنف فيه احتمالات (الف) الرجوع الى تعيين الوارث لانه قائم مقام مورثه (ومن) حيث انه انما قلنا يعين الزوج لانه المتلفظ بالانشاء فكان اعرف بمدلول لفظه لانه مالك لانشاء الطلاق وكل من ملك شيئا ملك الاقرار به و الوارث يخالفه في صورتين ولانه اقرار في حق الغير فلا يسمع (ب) القرعة لان محل الطلاق معين في نفس الامر غير معين عندنا ولا طريق الى التعيين الا بها وهذا هو اختيار المصنف (ج) الايقاف حتى يصطلحن لان المستحق له مجهول وتعيين المرأة يحصل بالصلح لا بغيره اذا لقرعة تفيد الظن والظن لا يجوز العمل به مع القدرة على اليقين لقوله تعالى وان الظن لا يغني عن الحق شيئا (١) وهذا الاخير هو الاقوى عندي .

الذى وطئها فيه الى آخر ، فلو طلق الحائض والنفساء قبل الدخول او مع الحمل او مع الغيبة مدة يعلم انتقالها من القراء الذى وطئها فيه الى آخر صرح وقد رقوم الغيبة بشهر وآخرون بثلاثة ولو طلق احديهما بعد الدخول وعدم العجل والحضور او حكمه فعل حراما وكان باطلا سواء علم بذلك اولم يعلم ، ولو خرج مسافراً فى طهر لم يقربها فيه

القسم الثانى فى الشرائط الخاصة

وهى امران (الاول) الطهر من الحيض والنفساء

قال قدس الله سره : فلو طلق الحائض او النفساء (الى قوله) و
آخرون بثلاثة .

اقول : اختلف الناس فى من غاب عن زوجته فى طهر الواقعة وهى تحيض متى يطلقها ؟ على اقوال خمسة (الف) اختيار والذى المصنف قدس الله سره هنا و هو انه يطلقها بعد مضي مدة يعلم انتقالها من طهر الى آخر بحسب عاداتها اى تحيض بعد طهر الواقعة ثم بتدى الطهر بعده سواء استمر اولاً ، والمراد هنا بالعلم الظن الغالب المستند الى العادة وهو اختيار ابن ادريس فهذه يصح طلاقها وان كانت حائضاً حال الطلاق وان علم بحيضها حال الطلاق بعد الطهر الثانى لانه جمع بين الاخبار لما ياتى (ب) مدة شهر فصاعداً وهو قول الشيخ فى موضع من النهاية وابن حمزة لرواية اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام قال. الغائب اذا اراد ان يطلق امرأته تركها شهراً (١) (ج) مدة ثلاثة اشهر وهو اختيار ابن الجنيد ووالدى المصنف فى المختلف لرواية جميل بن دراج فى الصحيح ، عن الصادق عليه السلام قال الرجل اذا خرج من منزله الى السفر فليس له ان يطلق حتى يمضى ثلاثة اشهر (٢) .

(د) قال الشيخ فى موضع آخر من النهاية وابن السراج لا يطلق حتى يمضى ما بين شهر الى ثلاثة اشهر ثم يطلقها واول الشيخ فى ثالث الاستبصار (٣) بان وجه الجمع ان

(١) مثل باب ٢٦ خبر ٣ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) مثل باب ٢٦ خبر ٧ من ابواب مقدمات الطلاق

(٣) اى الجزء الثالث

صح طلاقها وان صادف الحيض ولا يشترط الانتقال حينئذ الى قرء آخر ولو كان حاضراً وهو لا يصل اليها بحيث يعلم حيضها فكا الغائب (الثاني) الاستبراء فلو طلق في ظهر واقعها فيه لم يصح الا ان تكون يائسة اولم تبلغ المحيض او حاملاً او مسترابة وقد مضى لها ثلاثة اشهر لم تردماً معتزلاً لها فان طلق المسترابة قبل مضى ثلاثة اشهر من حين الوطى لم يقع فاذا حاضت بعد الوطى صح طلاقها اذا طهرت .

الفصل الثالث الصيغة

ويشترط فيها امور (الاول) التصريح وهو قوله انت او هذه او فلانة او زوجتي

المراد بعمل بما يعلم من عاداتها فاذا علم انها لا تحيض المرأة في كل شهر جازان يطلق بعد الشهر وان علم انها لا تحيض المرأة في ثلاثة اشهر لم يجزان يطلقها الا بعد مضى ثلاثة اشهر فمن ثم حصل القول بالعلم باتتقالها من طهر الى آخر وهو الاقوى عندى ان علم به والا فتلاثة اشهر (هـ) قال ابن عقييل له ان يطلق متى شاء من غير انتظار . لرواية محمد بن مسلم في الصحيح ، عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل يطلق امرأته وهو غائب قال يجوز طلاقه على كل حال وتعد امرأته من يوم طلقها (١) (والجواب) انه مطلق فيحمل على المقيد المتقدم .

الفصل الثالث في الصيغة

(مقدمة) عبر في القرآن المجيد عن الطلاق بالفاظ ثلاثة الطلاق والفرقاق والسراح قال الله تعالى الطلاق مرتان فامسأك بمعروف او تسريح باحسان (٢) وقال تعالى وسرحوهن سراح جميلاً (٣) وقال تعالى او فارقوهن بمعروف (٤) وقال عز من قائل (وان يتفرقا) (٥) وروى عنه انه عليه السلام سئل عن قوله تعالى الطلاق

(١) كل ب ٢٦ خبر ١ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) البقرة ٢٢٩ (٣) الاحزاب - ٤٨

(٤) الطلاق - ٢ . (٥) النساء - ١٢٩

طالق ، ولو قال أنت طلاق او من المطلقات او مطلقة على رأى او طلقت فلانة

مرتان واين الثالثة فقال او تسريح باحسان فسمى التسريح طلاقاً (١) .

قال قدس الله سره : ولو قال أنت طلاق او الطلاق (الى قوله) لم يقع

اقول: (مقدمة) الطلاق لفظ انشائي وضعه الشارع سبباً لازالة قيد النكاح

ابتداءً اى من غير اعتبار غيره فخرج الفسخ بخيار كعيب او عتق ، و الصريح لفظ منفرد و

هو حقيقة شرعية دال بالمطابقة على ازالة قيد النكاح ابتداءً وقيل الصريح هو الذى

لا يتوقف وقوع الطلاق به على النية اى لا يتوقف على علامة غيره دالة على نية الطلاق

به (وقيل) ما يحكم بوقوع الطلاق بمجرد وقوعه من مكلف مختار عالم بوضعه على

زوجته التى يصح ايقاع الطلاق بها حاله وهو اسد من الثانى ويقابله الكناية اذا عرفت

ذلك (فنقول) هنا مسائل (الف) اذا عين الزوجة بلفظ يدل على الشخص وعقبه بطالق

كقوله أنت طالق فهو صريح باتفاق الكل (ب) القول بان لفظ الطلاق وكلما يشتق منه

صريح ليس بصحيح لان لفظ الطلاق وبعض ما يشتق منه ليس بانشاء بالضرورة وكلما هو

صريح انشاء (ج) لو قال أنت طلاق او الطلاق لم يقع وان قصد به الطلاق لانه مصدر و

الذوات لا توصف بالمصادر فكان مجازاً أو اللفظ لا يدل على معناه المجازى الابنية وقرينة

فكان كناية ولاشئ من الكنايات يقع بها الطلاق (د) لو قال أنت من المطلقات او أنت

مطلقة الاصح انه لا يقع وهو اختيار المصنف والشيخ فى الخلاف (لانه) ليس بصريح لعدم

الاشتهار فى عرف الشرع فيه (ولانه) اخبار لغة والنقل الى الانشاء على خلاف الاصل ،

وقال الشيخ فى المبسوط أنت مطلقة اخبار عما مضى فقط فان نوى به الايقاع فى الحال

فالاقوى انه يقع به وليس بجيد لان هذا اعتراف منه بانه كناية (ولان) الاصل بقاء

النكاح فلا يزول الا بما ثبت شرعاً تأثيره فى زواله (هـ) لو قال طلقت فلانة نقل عن الشيخ

انه قال يقع وقال المصنف انه حقيقة فى الاخبار عن الماضى والنقل على خلاف الاصل

(قالوا) الانشاء بلفظ الماضى فهو اولى بالوقوع من قوله أنت طالق (قلنا) نعم الانشاء فى

(قالوا) الانشاء بلفظ الماضى فهو اولى بالوقوع من قوله أنت طالق (قلنا) نعم الانشاء فى

(١) كل باب ٤ من ابواب اقسام الطلاق. فى غير واحد من اخبار هذا الباب ولا يحظ

على رأى لم يقع ، ولو قيل طلقت فلانة فقال نعم قيل يقع ولو قال كل امرأة لى طالق وقع ، وفي النداء اشكال .

غير الطلاق باللفظ الماضى واطراده فى الطلاق قياس ، ونمنع الاولوية فان الرواية دلت على قوله طالق ولم تدل على هذه اللفظة .

قال قدس الله سره : ولو قيل طلقت فلانة فقال نعم قيل يقع .

اقول: القائل بالوقوع الشيخ فى النهاية وابن حمزة و ابن البراج و قال ابن ادريس يكون اقراراً منه بطلاق شرعى وهو اختيار الشيخ فى المبسوط (احتج) الشيخ على قوله فى النهاية برواية السكونى عن الصادق عن الباقر عن على عليهم السلام فى الرجل يقال له طلقت امرأتك فيقول نعم قال قد طلقها حينئذ (١) (ولان) قوله نعم صريح فى اعادة لفظ السؤال على سبيل الانشاء والصريح فى الصريح صريح (ولان) نعم صريح فى الجواب تابع للفظ السؤال فاذا كان صريحا كان الجواب صريحا فيما السؤال صريح فيه ولهذا اذا قال المحاكم لزيد فى ذمتك مائة فقال نعم حكم عليه (اجاب) المصنف فى المختلف بان السكونى ضعيف عندى لا يعول على ما يفتقر دبه وقدرى احمد بن محمد بن ابي نصر فى كتاب الجامع عن محمد بن سماعة عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام فى رجل قال لامرأته انت حرام او بائنة او برة فقال هذا ليس بشىء انما الطلاق ان يقول لها فى قبل عدتها قبل ان يجامعها انت طالق و يشهد على ذلك رجلين عدلين (٢) والاصح عندى انه لا يقع بذلك .

قال قدس الله سره وفي النداء اشكال

اقول: ينشأ (من) تلفظه بطالق وقيام (با) مشيراً الى معينة مقام (انت) (و من) رواية احمد بن محمد بن ابي نصر (ومن) ان صحة النداء بوصف متأخر عن ثبوت ذلك الوصف للموصوف فلا يكون سبباً فى ثبوته والادار (واعلم) ان الشيخ فى موضع من المبسوط حكم بوقوع الطلاق به .

(١) فى باب ١٦ خبر ٦ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) فى باب ١٦ خبر ٣ من ابواب مقدمات الطلاق

ولا يقع بالكنايات جمع وان نوى بها الطلاق كقوله انت خلية أو برية أو حبلك على غاربك أو الحقى باهلك أو باين أو حرام أو بتة أو بتلة أو اعتدى وان نوى به الطلاق على رأى ، أو خيرها وقصد الطلاق فاختارت نفسها فى الحال على رأى ، ولا يقع الا بالعربية

قال قدس الله سره : ولا يقع بالكنايات جمع (الى قوله) على رأى .

اقول: قد عرفت تفسير الكناية فيما تقدم وعندنا لا يقع الطلاق بالكناية لان السبب هنا ما وضعه الشارع لازالة قيد النكاح فمالم يثبت نص الشارع عليه لم يزل عصمة مستفادة من الشرع وهى النكاح وذلك مثاله سرحتك أو فارقتك (قالوا) قال الله تعالى وسرحوهن سرا حاميلا (١) واشباهه كما تقدم فقد استعمله فى الطلاق فيكون حقيقة فيه لانهم استدلوا به مجرد استعمال العرب على الحقيقة كاستدلال ابن عباس باستعمال لفظ الفاطر على معناه (قلنا) ما ذكر ليس لبيان اللفظ بل للفعل كقولهم حق الضيفان بكرم أو سرح لا بمعنى ان يقال سرحتك اذا عرفت ذلك (فنقول) اختلف الاصحاب فى قوله اعتدى اذا نوى به الطلاق هل يقع به ام لا ، فقال الاكثر لا يقع به طلاق وقال ابن الجعيد يقع محتجا بما رواه فى الحسن عن الحلبي عن الصادق عليه السلام : قال الطلاق ان يقول لها اعتدى او يقول لها انت طالق (٢) (اجاب) الشيخ بان (اعتدى) معلول للطلاق فانه بانفراده لا معنى له لان لها ان تقول (لم اعتد) فيقول (لاني طلقتك) فتمام اعتدى بتقديم الطلاق فهو كاشف عن لزوم حكم الطلاق فلا يكون هو والآدارو كلام ابن الجعيد لا يلتفت اليه ورواية واحد لا تعارض القرآن .

قال قدس الله سره : أو خيرها (الى قوله) على رأى .

اقول : اذا تأخر اختيارها نفسها لم يقع اتفاقا وان اختارت عقيب قوله بلا فصل فالأكثر كالشيخ انه لا يقع به طلاق ، وقال ابن الجعيد وابن ابى عقيل يقع الطلاق محتجين بما رواه حمران فى الصحيح . قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول . المخيرة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهما لان العصمة منها قد زالت ساعة كان ذلك منها ومن

مع القعدة ولا يقع بالاشارة الاصح العجز عن النطق كالاخرس وفي رواية يلقي القناع عليها ولا بالكتابة وان كان غايبا على رأى ولو عجز عن النطق فكتب ونوى صح .

الزوج (١) (والجواب) انه يجوز ان يكون التخيير بسبب كتدليس او عيب فلفظ المخيرة لا يدل على مطلوبهم (واعلم) ان التخيير من خصائص النبي ﷺ وهذه الرواية معارضة بانكار الصادق عليه السلام لذلك حيث قال ﷺ وما للناس وللخيار انما هذا شيء خص الله به رسول الله ﷺ (٢) (والحق) عندي ان الطلاق لا يقع بشيء من هذه الالفاظ والقول بخلاف ذلك قول ساقط ومن ثم لم نفرع عليه .

قال قدس الله سره ولا يقع بالاشارة (الى قوله) القناع عليها

اقول : الاشارة من الاخرس معتبرة في وقوع الطلاق منه وهو اختيار المصنف والشيخ وابن الجنيد وابن البراج وابن ادریس وهو الاصح عندي (لانه) بها يدل على كل ما في ضميره وتقوم الاشارة مقام النطق في الناطق في جميع العقود والاقارير والدعاوى وسيأتي الشهادة في موضعها (وتنقسم الى صريحة تعني عن النية وهي ما يحصل الجزم بدلالاتها وتقابلها النكائية وهي التي تحتاج الى النية الصريحة خ) (وفي رواية) يقع الطلاق بالقائه القناع على رأسها وهي رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال طلاق الاخرس ان يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ثم يعتزلها (٣) وهذا قول علي ومحمد ابني بابويه وكذا روى السكوني (٤) والجواب المنع من صحة السند وجاز جعله مع الاشارة

قال قدس الله سره : ولا بالكتابة (الى قوله) ونوى صح

اقول : المشهور انه لا يقع بالكتابة واختاره المصنف والشيخ في المبسوط والخلاف وابن ادریس وقال في النهاية يقع، وقال ابن حمزة يقع بالكتابة من الاخرس والغائب باربعة شروط - ان يكتب بخطه - ويشهد عليه - ويسلمه من الشاهدين - ولا يفار قهما حتى

(١) مثل باب ٤١ خبر ١١ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) مثل باب ٤١ خبر ١٣ من ابواب مقدمات الطلاق

(٣) مثل باب ١٩ خبر ٥ من ابواب مقدمات الطلاق

(٤) مثل باب ١٩ خبر ٣ من ابواب مقدمات الطلاق

(الثاني) التنجيز فلو علقه على شرط او صفة لم يقع كقوله انت طالق ان دخلت الدار او اذا جاء رأس الشهر او ان شئت ولو قالت شئت ولو فتح (ان) وقع في الحال و لو قال انت طالق لرضى فلان فان قصد الغرض صح وان قصد الشرط بطل ولو قال انت طالق الان ان كان الطلاق يقع بك فان جهل حالها لم يقع وان كانت طاهراً وان علم طهرها وقع في الحال ولو قال انت طالق الان يشاء زيد لم يصح وكذا لو قال انشاء الله. (الثالث) عدم التعقيب بالمبطل ، فلو قال للطاهر المدخول بها انت طالق للبدعة، فالاقرب البطلان (لان) البدعى لا يقع وغيره ليس بمقصود ، و لو قال انت طالق نصف يقيما الشهادة ويعلم المطلقه، والشيخ لم يشترط ذلك كله (احتج) ابن حمزة برواية ابي حمزة الثمالي في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لرجل اكتب يافلان الى امرأتى بطلاقها او اكتب الى عبدى بعته يكون ذلك طلاقا او عتقا فقال لا يكون طلاق ولا عتق حتى ينطق به لسانه (بلسانه - خ ل) او يخطه بيده وهو يريد به الطلاق او العتق ويكون ذلك منه بالاهلة والشهور ويكون غائبا عن أهله (١) (والجواب) المراد حالة الاضطراب ولفظة (او) للتفصيل لا للتخير (ولمعارضته) برواية زرارة في الحسن قال قلت لابي جعفر عليه السلام رجل كتب بطلاق امرأته او بعث غلامه ثم بداله فمحاها قال ليس ذلك طلاق ولا عتاق حتى يتكلم به (٢) نفى سببية الكتابة واثبت سببية التلفظ بالصيغة (ولان) لفظه (حتى) دلت على ان نهاية الملك والنكاح التلفظ به فلو كان الكتابة سببا ايضا لزم تاخير البيان عن وقت السؤال (ولانه) يكون قد اخذوا احداً بعينه مكان كل واحد وهو غاط ولصمته عليه السلام استحال عليه ذلك وحيث كان الشرط الثاني وهو التنجيز متفقا عليه عندنا لم نذكره هنا وعقبنا الاول بالثالث .

الثالث عدم التعقيب بالمبطل

قال قدس الله سره . فلو قال للطاهر المدخول بها (الى قوله) ليس بمقصود اقول: وقال الشيخ في الخلاف يقع ويلغو الضميمة ، و الاقوى عندى البطلان

(١) ثل باب ١٢ خبر ٣ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) ثل باب ١٢ خبر ٢ من ابواب مقدمات الطلاق

طلقة او ربع طلقة لم يقع وكذا لو قال نصف طلقتين (اما) لو قال نصفى طلقة او ثلاثة اثلاث طلقة فالاقرب الوقوع ، ولو قال انت طالق نصف وثلاث وسدس طلقة وقعت طلقة ، ولو قال نصف طلقة وثلاث طلقة وسدس طلقة لم يقع شيء .

ولو قال انت طالق ثم قال اردت ان اقول طاهر قبل منه ظاهراً ودين في الباطن بنيت ، ولو قال انت طالق قبل طلقة او بعدها او قبلها او معها لم يقع وان كانت مدخولا بها (ويحتمل) الوقوع لو قال مع طلقة او قبل طلقة او بعدها او عليها دون قبلها طلقة لانه لم يقصد الطلاق الراجع للنكاح ودلالة اللفظ تابعة للقصد والارادة فاذا تحققنا ارادة الالفاظ لمعنى لانحمله على غيره .

قال قدس الله سره : اما لو قال نصفى طلقة (الى قوله) فالاقرب الوقوع اقول : وجه القرب ان قوله (انت طالق) موجب للطلاق و الضميمة بعد تمام الكلام لا اعتبار بها وبه قال نجم الدين ابوالقاسم بن سعيد رحمه الله وقال الشيخ في المبسوط لا يقع لانه قصد طلاقاً بتصرف ولا يمكن ذلك وهو الاقوى عندي .

قال قدس الله سره : ولو قال انت طالق (الى قوله) او بعد طلقة .

اقول : هنا مسائل (الف) اذا قال انت طالق قبل طلقة او بعدها طلقة : قال بعض علمائنا لا يقع لانه طلاق معلق بما بعده لانه لم يقصد الطلاق مطلقاً بل قصد طلاقاً موصوفاً بكونه قبل طلقة فغير الموصوف لم يقع لعدم قصده اليه والموصوف من حيث انه موصوف موقوف على شرط وهو باطل عندنا (ولانه) لم يقصد باللفظ الطلقة المنفردة (ولان) الكلام لا يتم الا باخراه ، والاقوى وقوع طلقة لان قوله (انت طالق) يكفي في الطلاق وتبطل الضميمة (ولانه) بمنزلة اول مولود تلده (أمتى - خ) فهو بحر يتحرر الاول ولم يشترط (الولد - خ) الثاني حصل اولاً (ولان) قوله قبل طلقة او بعدها قصد طلقة اخرى منضمة فتصح المنجزة وتبطل المنضمة (ب) اذا قال انت طالق قبلها طلقة (قيل) لم يقع لما مر (وقيل) يقع لانه قصد طلقتين منجزة ومنضمة فتبطل المنضمة وتصح المنجزة والاصح هنا انه لا يقع لان الدور في الطلاق باطل سواء كان دور معية او دور تقدم باجماع علمائنا وهذا دور (لانه) شرط في الطلقة المنجزة كونها بعد طلقة وفي المنضمة كونها متعقبه بطلقة

او بعد طلقة ، ولو قال انت طالق ثلاثا او اثنتين (قيل) بطل (وقيل) يقع واحدة ، و
المخالف يلزمه ما يعتقدوه ولو قال انت طالق ثلاثا الاثلاثا صحت واحدة وبطل الاستثناء
وكذا لو قال طلقة الا طلقة ، ولو قال انت طالق غير طالق فان قصد الرجعة صحا معافان
انكار الطلاق رجعة وان قصد النقض لزم الطلاق .

(ولانه) قصد طلاقا مسبوقا بطلقة قبله فان وقعت الاولى المنضمة لم تقع المسبوقه لعدم
محلها وهو الزوجة لانها بانث بالاولى وان لم تقع الاولى المنضمة لم تقع المسبوقه لعدم
الشرط (ولانه) قصد طلاقا باطلا لان الطلاق المسبوق بآخره هو طلاق المطلقة فهو باطل
وهذه المسألة كقوله لله على أن اعترق ثاني ولد تله امتي، ومن ثم فرق المصنف بين هذه
وبين قوله بعدها طلقة (ج) لو قال طلقة معها احتمال البطلان لانه دورمعية ، والاولى
الصحة هنا وبطلان الضميمة .

قال قدس الله سره : ولو قال انت طالق ثلاثا (الى قوله) واحدة .

اقول: الاول اختيار السيد المرتضى وابن ابي عقيل وابن حمزة وظاهر قول سائر،
والثاني اختيار الشيخ في النهاية وابن البراج وابن زهرة وابن ادريس والمصنف في
المختلف ، وهو الحق عندى (لنا) وجود المقضى وهو قوله انت طالق وانتفاء المانع اذ
ليس الا الضميمة و هي تؤكد لانتافيه (و لما) رواه جميل بن دراج في الصحيح عن
احدهما عليهما السلام قال سألته عن الذى يطلق في حال طهر في مجلس ثلاثا قال هي
واحدة (١) وفي الصحيح عن بكير بن اعين عن الباقر عليه السلام قال ان طلقها للعدة اكثر من
واحدة فليس الفضل على الواحدة بطلاق (٢) احتج المرتضى بما رواه ابن ابي عقيل في
الصحيح عن الصادق عليه السلام قال من طلق ثلاثا في مجلس فليس بشيء من خالف كتاب الله
رد الى كتاب الله (٣) (والجواب) قوله ليس بشيء اشارة الى الثلاث ولا شك في عدم
وقوع الثلاث .

(١) تل باب ٢٩ خبر ٢ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) تل باب ٢٩ خبر ١٢ من ابواب مقدمات الطلاق

(٣) تل باب ٢٩ خبر ٨ من ابواب مقدمات الطلاق وفيه ابي بصير عن الصادق (ع)

ولو قال زينب طالق ثم قال اردت عمرة قبل ان كانتا زوجتين، ولو قال زينب طالق بل عمرة طلقنا جميعا على اشكال (ينشأ) من اشتراط النطق بالصيغة ، وكذا لو قال لاربع اوقعت بينكن اربع طلاقات ولو قال انت طالق اعدل طلاق او احسنه او اقبجه او اخسه (احسنه-خل) واقبجه او ملاء مكة او ملاء الدنيا او طويلا او عريضا او صغيراً وقع ولم تضر الضمايم (الرابع) اضافة الطلاق الى المحل فلو قال يدك طالق او رجلك او رأسك او صدرك او وجهك او ثلثك او نصفك او انا منك طالق لم يقع .
(الخامس) الانشاء فلو قصد الاخبار لم يقع ويصدق في قوله لو قصد .

الفصل الرابع الاشهاد

وهو ركن في الطلاق ، ويشترط فيه سماع شاهدين ذكرين عدلين النطق بالصيغة فلو طلق ولم يشهد ثم اشهد لم يقع وقت الايقاع ووقع حين الاشهاد ان قصد الانشاء واتى بلفظه والا فلا ، ويكفي سماعهما وان لم يامرهما بالشهادة ولا يقبل شهادة الفاسق و ان

قال قدس الله سره : ولو قال زينب طالق (الى قوله) بالصيغة

اقول: هذا الذي ذكره المصنف مقدمة مسلمة مجمع عليها عندنا ولازمها هو كبرى الدليل (وتقريره) ان هذا لم ينطق في الثانية بالصيغة ، وكل من لم ينطق بالصيغة فطلاقه باطل ، ينتج طلاق هذه العمرة باطل (اما الصغرى) فلان زينب مبتداء و طالق خبره فقد تم الكلام وقوله (بل عمرة) لم يعقبه بقوله طالق بل هو مضمرفيها ولا اعتبار بالاضمار في الطلاق (واما الكبرى) فلانها لازم المقدمة المسلمة لان عدم الشرط يستلزم عدم المشروط فهذا احد وجهي الاشكال ، والوجه الاخران العطف ينزل منزلة النطق بالمعطوف عليه (والتحقيق) على تقدير صحة طلاق المعطوف بالواو انه فرق (بين) قولنا زينب طالق وعمرة (وبين) قولنا زينب طالق بل عمرة لان طالق صريح في الطلاق ولا يجب تعدده لفظا مع العطف بالواو لان الواو يقتضى الجمع بين المعطوف والمعطوف عليه في الحكم المذكور بمعنى انه يقدر في المعطوف مثل حكم المعطوف عليه بخلاف (بل) فانه يقتضى ابطال الطلاق الذي وقع في زينب واثباته بعينه في عمرة فشرط في وقوعه بعمرة ابطاله في زينب ولم يحصل والاقوى عندي عدم وقوع الطلاق بعمرة .

تعدد ولا مع انضمامه الى عدل ؛ ولو شهد فاسقان ثم تابا سمعت شهادتهما ان انضم اليهما في السماع عدلان والا فلا ولا بد من اجتماعهما حال التلطف، فلو انشأ بحضور احدهما ثم انشاء بحضور الآخر لم يقع ، ولو انشأ بحضور احدهما ثم انشأ بحضورهما معاً وقع الثاني ، ولو قصد في الثاني الاخبار بطل ؛ ولو شهدا بالاقرار لم يشترط الاجتماع ، ولو شهد احدهما بالانشاء والاخر بالاقرار لم يقبل ولا يشترط اجتماعهما في الاداء ولا في تحمل الاقرار-خ) بل في التحمل للانشاء ولا تقبل شهادة النساء وان انضمن الى الرجال ، ولو اشهد من ظاهره العدالة وقع وان كانا في الباطن فاسقين او احدهما وحملت عليهما على اشكال، اما لو كان ظاهراً على فسقهما فالوجه البطلان ؛ ولو كان احدهما الزوج ففي صحته ايقاع الوكيل اشكال فان قلنا به لم يثبت.

الفصل الرابع في الاشهاد

قال قدس الله سره : لو اشهد من ظاهره العدالة (الى قوله) على اشكال.

اقول : يشترط شهادة العدلين اجماعاً من اقله تعالى واشهدوا ذوى عند منكم (١) (فهو) شرط العدالة في الظاهر وفي نفس الامر (يحتمل) الاول والا لزم تكليف ما لا يطاق ولعدم العلم بالعدل في نفس الامر فيلزم عدم الحكم بصحة الطلاق البتة (وقيل) في نفس الامر لانه العدل حقيقة ، والاصح عندي انه لا تحل لهما لان الاكتفاء بالعدالة في الظاهر اما هو في حق غيرهما لا امتناع العلم اليقيني منه اما هما فعلم كل واحد بحاله ضروري له وهو يعلم بطلان ما دل عليه الظاهر فلا يجزى ظن غيرهما في حقهما مع علمهما بكونه غير مطابق لما في نفس الامر ضرورة .

قال قدس الله سره : اما لو كان ظاهراً على فسقهما فالوجه البطلان.

اقول : لانهما فاسقان عنده وفي نفس الامر فلا يصح الطلاق بشهادتهما (ومن) ان الاعتبار في الظاهر والا لزم احداً الامرين (اما) كون الطلاق صحيحاً بالنسبة الى بعض المكلفين وباطلاً بالنسبة الى بعض (او) تكليف ما لا يطاق والا لزم بقسميه باطل فالملزوم مثله والملازمة وبطلان التالي ظاهران فانه قول المصوبة وقد بين بطلانه في الاصول (ولانه) لو اصبحت له حصل الحرج والاضرار بالمرئثة اذ قد يعاندها ويشهد فاسقين عنده

المقصد الثاني في اقسام الطلاق

وهو (اما) واجب كطلاق المولى والمظاهر فانهما يجب عليهما اما الطلاق والفتنة وهما عدلان في الظاهر ويعسر عليهما اثبات فسقهما والخرج والضرر منفيان بالآية وبالخبر المتواتر (والحق) عندى البطلان لامر الشارع الزوج باشهاد عدلين لقوله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم (١) وهو يعلم عدم هذا الوصف الذى هو شرط فلم يمثل الامر ولم يحصل الشرط ، والاقوى عندى ان العدالة فى نفس الامر هى الشرط ولهذا لو حكم بشهادتها ثم شهدت البينة بفسقهما حال الحكم حكم بابطاله و لكن جعل الشارع له علامات وحكم بالعدالة عندها ظاهراً لعمس الاطلاع على ما فى نفس الامر واذا ظهر بخلاف العلامات غير حكمه وحكم بان حكمه غير مطابق .

قال قدس الله سره : ولو كان احدهما الزوج (الى قوله) لم يشبت .

اقول : ينشأ (من) العموم (ولان) المأمور بالاشهاد هو مباشر الطلاق والمباشر هو الوكيل وقد اشهد عدلين (ومن) ان الموكل فى الحقيقة هو المباشر لان الوكيل نائب عنه فى ايقاع الصيغة فالزوج هو المأمور بالاشهاد وهو يقتضى المغايرة بين المشهد والمشهد (٢) وهذا هو الاقوى عندى ، ثم فرع على القول بالوقوع فى نفس الامر انه لم يشبت عند الحاكم فى صور (منها) ان ينكر الزوج فيبقى لها شاهد واحد فلا يشبت به ولا يحل للزوج الانكار ويكون معاقبا على ذلك وهذا ظاهر (ومنها) بالنسبة الى نفى الولد لو ادعى الولد انه ولد عن نكاح الزوج فادعت الطلاق بحيث لا يلحق معه وشهد الزوج لا يسمع بالنسبة الى الولد ولو كان غيره ثبت (ومنها) ثبوت النذر المعلق به على (من-خل) الغير ونفيه (ومواضع اخرى) وقد ثبتت كالبينونة بالنسبة اليه مع دعواها لذلك وخروجه عن الظهار والايلاء .

(١) الطلاق ٢ (٢) الاول مبنى للفاعل والثانى للمفعول من باب الافعال

فأيهما أوقعه كان واجبا (واما) مندوب كما في حالة الشقاق اذا لم يمكن الاتفاق (واما) مكروه كما في حالة التيام الاخلاق (واما) محذور كطلاق الحايض والنفساء والموطوءة في مدة الاستبراء .

(وأيضاً) الطلاق اما بدعي او شرعي (فالاول) طلاق الحايض والنفساء مع الدخول والحضور وعدم الحمل والموطوءة في طهر المواقعة اذا كانت غير يائسة ولا صغيرة ولا حامل والطلاق ثلاثا والكل باطل الا الاخير فانه يقع واحدة .

(واما الشرعي) فاما طلاق عدة او سنة (فالاول) يشترط فيه الرجوع في العدة والمواقعة ، (وصورته) ان يطلق على الشرايط ، ثم يراجع في العدة ويواقع ، ثم يطلقها في غير طهر المواقعة ، ثم يراجعها في العدة ويطأها ، ثم يطلقها في طهر آخر فتحرم عليه حتى تنكح (زوجا - خ) غيره فاذا فارقت ثم عادت اليه ففعل كالاول ثم تزوجت بالمحلل ثم فارقت وعادت الى الاول فصنع كما تقدم حرمت عليه ابدأ في التاسعة (واما) طلاق السنة فان يطلق على الشرايط ، ثم يتركها حتى تخرج من العدة ويعقد عليها ثانيا عقدا جديداً بمهر جديد ، ثم يطأها ، ثم يطلقها في طهر آخر ويتركها حتى تخرج من العدة ، ثم يتزوجها بعقد جديد ومهر جديد ، ثم يطأها ، ثم يطلقها في طهر آخر فتحرم عليه حتى تنكح غيره ولا تنهدم عدتها تحريمها في الثالثة ولا تحرم هذه مؤبداً .

وقد يراد بطلاق السنة ما يقابل البدعي وهو الشرعي فيكون اعم . ولوراجع في العدة وطلق قبل المواقعة صح ولم يكن طلاق عدة ولا سنة بالمعنى الاخص وكذا لو تزوجها وطلق قبل الدخول .

ولو طلق الحامل وراجعها جاز أن يطأها ويطلقها ثانية للعدة اجماعاً وفي السنة

المقصد الثاني في اقسام الطلاق

قال قدس الله سره : ولو طلق الحامل (الى قوله) وفي السنة قولان .

اقول : في هذه المسألة اقوال اربعة (الف) قول علي بن بابويه في رسالته وابنه

في المقنع وهو انه اذا راجع الحبلي قبل ان تضع ما في بطنها او يمضي لها ثلاثة اشهر ثم اراد طلاقها فليس له ذلك حتى تضع ما في بطنها وتطهر ثم يطلقها ولم يفصلاً

قولان فان راجعها بعد طلاق العدة ثم طلقها ثالثا للعدة حرمت بنون المحلل ولو طلق

(ب) شرط ابن الجنيدي في الطلاق الثاني قبل الوضع وبعد الرجعة والمواقعة مضي شهر من حال الواقعة وكذا في الثالث فتحرم بعده حتى المحلل (ج) قول الشيخ الطوسي في النهاية واذا طلق الحبلي وهي مستبين حملها فليطلقها اي وقت شاء فاذا طلقها واحدة كان امك برجعتهما لم تضع مافي بطنها فاذا راجعها واراد طلاقها للسنة لم يجزله ذلك حتى تضع مافي بطنها فان اراد طلاقها للعدة واقعها ثم طلقها بعد الواقعة وتبعه ابن البراج وابن حمزة (د) قول والدي المصنف قدس الله سره انه يجوز طلاقها للسنة كما يجوز للعدة وهو اختيار الفقيه الفاضل محمد بن ادريس رحمه الله وهو الاقوى عندي ،
(احتج) ابن بابويه بما رواه اسماعيل الجعفي في الصحيح ، عن الباقر عليه السلام :
قال طلاق الحامل واحدة فاذا وضعت مافي بطنها فقد بان منه (١) وفي الصحيح عن ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال الحبلي تطلق تطليقة واحدة (٢) وما رواه منصور الصيقل عن الصادق عليه السلام في الرجل يطلق امرأته وهي حبلي قال يطلقها قلت في راجعها قال نعم يراجعها قلت فان بداله بعد ما راجعها أن يطلقها قال لا حتى تضع (٣) اجاب الشيخ عن الروايتين الاولتين بان المراد بقوله واحدة الوحدة الصنفية والمراد بالطلاق طلاق العدة اي لا يقع بها الا صنف واحد من الطلاق وهو طلاق العدة (لما) رواه اسحاق بن عمار قال قلت لابي ابراهيم عليه السلام الحامل يطلقها زوجها ثم يراجعها ثم يطلقها ثم يراجعها ثم يطلقها الثالثة فقال تبين منه ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره (٤) وهو الجواب عن الثالثة .
(احتج) ابن الجنيدي بما رواه زيد الكناسي قال سألت ابا جعفر عليه السلام عن طلاق الحبلي فقال يطلقها واحدة للعدة بالشهور والشهود قلت فله ان يراجعها قال نعم وهي امرأته قلت فان راجعها ومسها واراد ان يطلقها تطليقة اخرى قال لا يطلقها حتى يمضي لها

(١) ثل باب ٢٠ خبر ١ من ابواب اقسام الطلاق

(٢) ثل ب ٢٠ خبر ٣ من ابواب اقسام الطلاق

(٣) ثل باب ٢٠ خبر ٧ من ابواب اقسام الطلاق

(٤) ثل باب ٢٠ خبر ٥ من ابواب اقسام الطلاق

الحايل ثم راجعها فان واقعها وطلقها في طهر آخر صرح اجماعا ، وان طلقها في طهر آخر

بعد ما مسحها شهر الحديث (١) وجعل في تمام الحديث الطلقة الثالثة بعد شهر ايضاً (والجواب) بمنع صحة السند .

(واحتج) المصنف بعموم الآيات كقوله تعالى فان طلقها (٢) والطلاق مرتان (٣)

قال نجم الدين بن سعيد الوجه الاعراض عن اخبار الاحاد والالتفات الى ما دل القرآن عليه من جواز طلاقها مطلقا قال المصنف في المختلف طلاق السنة والرجعة واحد وانما يصير للسنة بترك الرجعة والمواقعة والعدة بالرجعة في العدة والمواقعة فاذا طلقها لم يظهر اي بالطلاق انه لا يتبهما هو وانما يظهر باحد امرين اما بالرجوع قبله والمواقعة وهو علامة العدى او بالوضع قبل الرجوع وهو علامة السنن هذا مراده ولم يرد انه لا يظهر واحد منهما الا بعد الوضع كما قد يقع في اوهام بعض العوام وبعد الوضع يكون قد ظهر كل منهما (ثم قال المصنف في المختلف) ان اراد الشيخ ذلك فهو حق وعليه تحمل الاخبار (قوله) جازان يطأها ويطلقها بائنة للعدة اجماعا المراد به اجماع اهل العصر الثالث اي بعد عصرى ابن بابويه وابن الجنيد لانقرض المخالف فيه واجماع اهل العصر حجة خصوصاً على مذهب الامامية فلهذا اطلق القول بالاجماع (واقول) على قول الشيخ يلزم احداً مورثاً ثلاثة (اما) ان يجعل حصول وصف السنن والعدى بالبينه او الرجعة سبباً للصحة او كاشفة (بيان الملازمة) ان الطلاق حين وقوعه قدر مشترك بين سننهما اعنى العدى والسنن بالمعنى الاخص فالتمييز له بحصول احداً الوصفين (اما) النية (او) الرجعة والمواقعة في العدة (او) غيرها وهي كاشفة والحصر لا تنفاه غيرها اجماعاً ، (والاولان) بهيدان لعدم النص على النية ولم يقل به احد (والثاني) يستلزم الدور فتعين الاخير ، وانما طولنا الكلام في هذه المسألة لانها موضع اشتباه على متفقي العوام .

قال قدس الله سره : ولو طلق العايل (الى قوله) فاصح الروايتين الوقوع

اقول : الروايتان المذكورتان (احديهما) رواية عبد الحميد بن هاشم ومحمد بن

(١) ثل باب ٢٠ خبر ١٠ من ابواب اقسام الطلاق وفيه يزيد الكناسي

(٢) البقرة ٢٣٠ (٣) البقرة ٢٢٨

من غير موافقة فاصح الروايتين الوقوع فان راجع وطلقها ثالثا في طهر آخر حرمت عليه ولم يكن طلاق عدة ولا سنة بالمعنى الاخص ، وكذا لو وقع الطلاق قبل الموافقة في الطهر الاول بعد طلاق آخر فيه على اقوى الروايتين لكن الاولى تفريق الطلاق على الاطهار ،

مسلم في الصحيح قال سالنا ابا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته واشهد على الرجعة ولم يجامع ثم طلق في طهر آخر على السنة اثبت الطلقة الثانية بغير جماع ؟ قال نعم اذا هو اشهد على الرجعة ولم يجامع كانت التطليقة ثابتة (١) فهذه الرواية دالة على الوقوع و اليها اشار بقوله فاصح الروايتين وهو قول معظم الاصحاب (والرواية الثانية) وهي الدالة على عدم الوقوع رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال المراجعة في (هي-خل) الجماع و الافانما هي واحدة (٢) و الاولى اصح في السند ولاعتضاها برواية احمد بن محمد بن ابي نصر في الصحيح : قال سألت الرضا عليه السلام عن رجل طلق امرأة بشاهدين ثم راجعها ولم يجامعها بعد الرجعة حتى طهرت من حيضها ثم طلقها على طهر بشاهدين ايقع عليها الطلقة الثانية وقد راجعها ولم يجامعها قال نعم (٣) وهذا القول هو الصحيح عندي وعند والدي وجدى وبعدم الوقوع قال ابن ابي عقيل (لنا) انها زوجة وكل زوجة يصح طلاقها (اما الاولى) فاجماعية (ولانه) لولاه لم تفد الرجعة رفع الطلاق وعود الزوجية ولم تصح (واما الثانية) فلمعوم الآية (والجواب) عن الرواية الثانية ان المراد بقوله (المراجعة في الجماع الى آخره) في طلاق العدة لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سألته عن الرجعة بغير جماع تكون رجعة قال نعم (٤).

قال قدس الله سره : وكذا لو اوقع الطلاق (الى قوله) على الاطهار .
اقول : (الرواية) الاولى وهي الاقوى رواية اسحاق بن عمار ، عن ابي الحسن عليه السلام قال قلت لمرجل طلق امرأته ثم راجعها بشهود ثم طلقها ثم بداله فراجعها بشهود ثم طلقها بشهود تبين منه؟ قال نعم قلت كل ذلك في طهر واحد قال تبين منه (٥) و (الرواية

(١) كل باب ١٩ خبر ١ من ابواب اقسام الطلاق

(٢) كل باب ١٧ خبر ١ من ابواب اقسام الطلاق

(٣) باب ١٩ خبر ٢ من ابواب اقسام الطلاق

(٤) كل باب ١٨ خبر ٢ من ابواب اقسام الطلاق

(٥) كل باب ١٩ خبر ٦ من ابواب اقسام الطلاق

ولو وطىء ورجح التفريق ان وجب الاستبراء والافلا.

(وايضاً) الطلاق اما باين اورجعى (فالاول) مالارجعة فيه للزوج الابعدمستأنف وهو ستة اقسام (الف) طلاق غير مدخول بها فى قبل اودبر دخولا موجبا للغسل (ب) اليائسة وهى من بلغت خمسين اوستين على ماتقدم وان دخل بها (ج) من لم تبلغ المحيض وهى من لها دون تسع سنين وان دخل بها .

(د) المختلعة مالم ترجع البذل فان رجعت فى العدة انقلب رجعيًا بمعنى ان للزوج الرجوع فى البضع ، وهل يتبعه وجوب الانفاق وتحريم الرابعة والاخت الاقرب

الثانية) رواية عبدالرحمن بن العجاج: قال قال ابو عبدالله عليه السلام فى الرجل يطلق امرأته لانه يراجعها قال لا يطلق الطلقة الاخرى حتى يمسه (١) وانما كانت الاولى اقوى من حيث السند ومن حيث اعتضاها بعموم القرآن والخبار الصحاح .

(واعلم) ان الطلاق لفظ مشترك لا يلزم من ورود الاثبات والنفى عليه تناقض لجواز اختلاف المعنيين واذا كان الجمع بين الاخبار لا يتم الا بهوجب حمل كل لفظ على معنى غير المعنى الذى حمل عليه اللفظ الآخر وحمل بعضهم الطلاق الممنوع منه على طلاق العدة لانه المشروط فيه الوطى قال نجم الدين ابوالقاسم بن سعيد وهو تحكم لان شرط العدى الوطى بعده وبعد الرجعة منه فى العدة وهي هنا شرط سبق الوطى وليس بشرط فى طلاق العدة فيلزم هذا القائل انه اخذ غير الشرط مكانه قوله (لكن الاولى تفريق الطلاق على الاطهار) المراد به الترجيح غير المانع من النقيض وذلك لارتفاع الخلاف فيه .

قال قدس الله سره : (د) المختلعة لم ترجع (الى قوله) مع العلم .

اقول: ملك الزوج الرجعة الى النكاح بعد رجوعها اجماعى (لكن) بقى الاشكال (هل) يثبت ما فى احكام الطلاق الرجعى كتحريم الرابعة والاخت الاقرب ذلك مطلقا اى سواء علم برجوعها اولا ولا يرد كيف تحرم ان لم يعلم لاستحالة تكليف الغافل (قلنا) بمعنى بطلان العقد عليها لو ظهر انه وقع بعد رجوعها لان ملك الرجعة هو اقرب

(١) ثل باب ١٧ خبر ٢ من ابواب اقسام الطلاق

ذلك مطلقا وفي النفقة مع العلم (هـ) المباراة ما لم تزج في البذل فان رجعت في العدة انقلب رجعا كالمختلعة (و) المطلقة ثلاثا بينها رجعتان (والثاني) ما للزوج فيه رجعة سواء راجع اولا، وهو كل ماعدا الاقسام الستة ، وكل امرأة استكملت الطلاق ثلاثا بينها رجعتان حرمت حتى تنكح زوجا غير المطلق ، سواء كانت مدخولا بها اولا، سواء كانت الرجعة بعقد مستأنف اولا ولوشك في ايقاع الطلاق لم يلزمه ايقاعه وكان النكاح باقيا ، ولو شك في عدده لزمه اليقين وهو الاقل ، ولو طلق الغائب لم يكن له التزويج بالرابعة ولا بالاخت الا بعد مضي سنة لاحتمال الحمل، ولو علم الخلو كفاه العدة ولو حضر ودخل ثم ادعى الطلاق لم يقبل دعواه ولا يئنته فلو اولد لحق به الولد .

مراتب الامكان الاستعدادى في تحقق نكاحها بالفعل ولهذا لا يتوقف على رضاها ولا على شيء الاعلى قوله رجعت في النكاح فيحصل بعده الوجود بالفعل بلا فصل وهذه المرتبة مشروطة بنفى جميع المنافيات للفعل ونكاح الخامسة من جملته ووجود المشروط يقتضى امتناع منافي الشرط (ولان) معنى الطلاق الرجعى ما يملك الزوج فيه الرجعة وهذا يملك فيه الرجعة فيكون رجعا (ويحتمل) العدم لان المحرم الجمع في النكاح بالفعل لقوله تعالى **و ان تجمعوا بين الاختين (١)** وجواز الرجعة ليس بنكاح حقيقة (ولان) الطلاق الرجعى هو ما يملك الرجعة فيه بنفس ماهية الطلاق لا بامر آخر وهذا ليس كذلك فان ثبوت جواز الرجوع حكم شرعى حصل بسبب آخر متأخر عن الطلاق وبنص آخر فلا يكون هو (لان) ما بالذات لا يكون بالغير قطعاً وهذا الاحتمال ضعيف جداً لا اعتبار به (واما) النفقة فشرط وجوبها اعلامه بالرجوع لاشراط التمكين فيه ولا يحصل الا بالاعلام قبله ليست بممكنة فلا تستحق النفقة (اما المقدمة الاولى) فلا شرطه في الزوجة حقيقة ففى الرجعية اولى (واما الثانية) فظاهرة لانه بالطلاق البائن انقطع النكاح وتوابعه من التمكين ولم يعلم برجوعها والا صح عندي ما اختاره المصنف هنا من تحريم الخامسة والاخت اما النفقة والتوارث في العدة فلا لان المقضى له قد زال بالطلاق ولم يوجد سبب ثبوته (بخلاف الرجعة فانه لم ترتفع النكاح الموجب - خ) بخلاف نكاح الاخت مثلا فانه يحرم بملك النكاح .

المقصد الثالث في لواحقه

وفيه فصول (الاول) في طلاق المريض وهو مكروه ويتوارثان في العدة الرجعية وترثه في البائن ان مات في مرضه الى سنة مالم تنزوج ، وفي الامة والكافرة اشكال اذا اعتقت واسلمت، ولا ميراث مع اللعان والفسخ للردة وتجدد التحريم الموبد المستند

المقصد الثالث في لواحقه

وفيه فصول الاول في طلاق المريض وهو مكروه

قال قدس الله سره : ويتوارثان في العدة (الى قوله) اشكال .

اقول: يعنى الامة لو اعتقت والذمية لو اسلمت بعد الطلاق في العدة وينشأ الاشكال (من) عموم النص (ومن) عدم العلة فان الميراث انما يثبت للتهمة و هو انه اراد اخراجها من الارث و مشاركة الوارث فقابله الشارع بنقيض مطلوبه والتهمة منتفية (والحق) عندي انه لا ارث لهما لان النكاح الحقيقي لم يوجب لهما الميراث فكيف الطلاق و الاحتمال عندي ساقط .

قال قدس الله سره : ولا ميراث مع اللعان (الى قوله) نظري

اقول : البحث هنا في مقامين (الف) كيف يتحقق الفسخ بتجدد اللواط و انما يتأتى على القول بانه يحرم لاحقا او يقول التحريم المؤبد بعد الطلاق و يكون قوله او تجدد التحريم ليس بمعطوف على الردة بل على الفسخ. (تقديره) ولا ميراث مع اللعان ولا الفسخ المتجدد بالردة ولا تجدد التحريم المؤبد بعد الطلاق بالرضاع او باللواط (لان) اللواط قبل الطلاق لا يحترم على قول اما بعد الطلاق البائن فيحرم اجماعا (ومنشأ) النظر (على التقدير الاول) وهو انه يكون قد فسخ نكاحها باللواط على القول به والنص انما جاء في الميراث في صورة الطلاق وهذه خارجة عنها فلا يتناولها النص والاصل عدم الميراث بعد البينونة لانتهاء السبب فيلزم نفي المسبب خرج عنه صورة النص بالاجماع فبقى الباقي على الاصل (ومن) وجود العلة في الطلاق و عندي ان الحق على تقدير الفسخ المتجدد ان لا ارث لانه بصورة النص والقياس باطل لكن هذا التقدير لا يتم عندي (وعلى التقدير الثاني) من وجود علة الارث وهو الطلاق و التهمة و عدم المانع اذا الاصل عدم مانعية

اليها برضاع ، وفي المستند اليه باللواط نظر ، وفي العيب اشكال ان كان من طرفه ولو اسلم واسلمن فاختر اربعمائة ترثة البواقي ولو اقر مريضاً بالطلاق ثلاثاً في الصحة لم يقبل بالنسبة اليها ؛ ولو ادعت الطلاق في المرض وادعى الوارث في الصحة قدم قوله مع اليمين ، ولو ارتدت المطلقة ثم مات في السنة بعد عودها او ارتد هو فالقرب الارث .

اللواط (ومن) حيث ان التحريم المؤبد حاصل باللواط وهو منافي للنكاح لذاته فلا تارة اولى والارث من آثاره فيرفعه والطلاق مع التهمة غير مانع من الميراث بالنكاح السابق لاموجب له (١) (ولان) ارث المطلقة بعد البيئونة على خلاف الاصل كما قلناه وهذا عندي ضعيف ، والاقوى الاول على التقدير الاخير .

قال قدس الله سره : وفي العيب اشكال ان كان من طرفه .

اقول : المراد ان كان في المرأة عيب ففسخ الزوج المريض النكاح هل ينزل منزلة الطلاق في ارثها الى سنة ؟ استشكله والدى المصنف (قدس الله سره) من حيث وجود العلة في الطلاق وهو التهمة (ومن) حيث انه ليس بصورة النص والحق عندي انه لا ارث به (اما اولا) فللفرق لرجحان التهمة في الطلاق ورجحان العيب في الفسخ وعدم رجحانها هنا (واما ثانيا) فلان كلما هو خلاف الاصل يقتصر فيه على موضع النص وارث المطلقة خلاف الاصل (واما ثالثا) فلان الشارع اذا علق حكما بوصف وان كان مظنا لحكمة لم تعتبر تلك الحكمة بل الوصف ان ثبت ثبت الحكم وان اتفى اتفى ولا اعتبار مع اتفائه بشبوت الحكم .

قال قدس الله سره : ولو ارتدت المطلقة (الى قوله) فالقرب الارث .

اقول : وجه القرب في ارتدادها وجود المقضى و زوال المانع وهو الردة واما في ردته فلان فعله لا يقطع الميراث (ويحتمل) عدم الارث لان الردة قاطعة للميراث فلا يعود الابنكاح ولم يوجد والاقوى عندي انها ان رجعت الى الاسلام في العدة ورثت والا فلا واما ارتدادها فلا يمنع من الميراث .

الفصل الثاني في الرجعة

ويصح لفظا مثل راجعتك وانكار الطلاق وفعلا كالوطى والتقبيل واللمس بشهوة والاخرس بالاشارة الدالة عليها (وقيل) باخذ القناع من رأسها ، ويشترط في الوطى

الفصل الثاني في الرجعة

(مقدمات) (الف) الرجعة رد نكاح دائم زال بطلاق يملك الزوج رفعه في العدة
 (ب) الاصل في الرجعة الكتاب والسنة والاجماع، فاما الكتاب فقوله تعالى وبعولتهن
 احق بردهن (١) وقال تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن
 بمعروف (٢) وقال تعالى فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن (٣)
 فدل سياق الآيتين على اختلاف معنى البلوغين واحدهما حقيقة والآخر مجاز فالمراد
 بالبلوغ الاول مقارنة البلوغ اى مقارنة انقضاء العدة فانه يسمى بلوغا مجازا كما يقول
 القاصد للبلد اذا قاربه بلغته وهو مشهور في لسان العرب والمراد بالثاني انقضاء العدة
 وهو حقيقة (واما السنة) فالاخبار المتواترة في هذا القن كثيرة (واما الاجماع) فاجماع
 الامة عليه (ج) الرجعة جائزة بشرطين (الف) ان لا يكون الطلاق باثنا لانه ان كان
 ثلاثا فلقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره (٤) واما الطلاق
 الذى لا عدة له فلان الرجعة انما هي في العدة لقوله تعالى فبلغن اجلهن (٥) اى
 قاربين باجماع العلماء فاذا لم تكن عدة لم يكن رجعة وان كان الطلاق بعبوس فلما
 يأتي في باب الخلع (ب) ان يكون العدة باقية فلوا نقضت عدتها فلا رجعة له لانه يحل
 نكاحها للازواج لقوله تعالى فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن الاية (٦)
 فالضابط كل طلاق يستعقب عدة ولا عوض فيه ولم يستوف به عدد الطلاق فان الرجل
 يملك به الرجعة في العدة

قال قدس الله سره: والاخرس بالاشارة (الى قوله) عن رأسها .

(١) البقرة ٢٢٨ (٢) الطلاق ٢ (٣) البقرة ٢٣٠

(٤) البقرة ٢٣٢ (٥) البقرة ٢٣٢

والتقبيل واللمس صدوره عن قصد فلو وطئ نائماً او ظن انها غير المطلقة لم تحصل الرجعة، ولا بد من التجريد عن الشرط فلو قال را جعتك ان شئت لم يصح وان قالت شئت ويستحب الاشهاد وليس شرطاً لكن لو ادعى بعد العدة وقوعها فيها لم تقبل دعواه الا بالبينة، و لو راجع بعد الطلاق فانكرت الدخول قدم قولها مع اليمين .

ولو ادعت انقضاء العدة بالحيز مع الاحتمال وانكرت مع اليمين، ولو ادعت بالاشهر فان اتفقا على وقت الايقاع رجع الى الحساب فان اختلفا فيه بان تقول طلقت في رمضان ويدعى هو في شوال قدم قول الزوج مع اليمين، ولو ادعى الزوج الانقضاء قدم قولها مع اليمين، ولو كانت حاملاً فادعت الوضع صدقت ولم تكلف احضار الولد حتى لو ادعت الانقضاء بوضعه ميتاً او حياً ناقصاً او كاملاً صدقت مع اليمين، ولو ادعت الحمل فانكرت فاحضرت ولداً وانكرت ولادتها له قدم قوله لامكان البينة هنا، ولو ادعت الانقضاء فادعى الرجعة قبله قدم قولها مع اليمين ولو راجع فادعت بعد الرجعة الانقضاء قبلها قدم قوله مع اليمين لاصالة صحة الرجعة ولو كذبها مولاهما في تصديق زوجها على وقوع الرجعة في العدة توادعى المولى خروجها قبل الرجعة لم يقبل منه ولا يمين على الزوج لتعلق النكاح بالزوجين على اشكال.

اقول: الاول هو المشهور وهو اختيار المصنف، والشيخ، وابن الجنيدي، وابن البراج، وابن ادريس - والثاني قول علي بن بابويه في رسالته وابنه الصدوق في المقنع لان طلاق الاخرس ان يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ثم يعتزلها فسد العلامة علامة الضد (اما الاولى) فلما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام قال طلاق الاخرس ان يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ثم يعتزلها (١) (واما الثانية) فظاهرة والمقدمتان ممنوعتان .

قال قدس الله سره : ولو كذبها مولاهما (الى قوله) على اشكال .

اقول: ينشأ من اصالة البقاء في زمان العدة والطلاق، وتقرير ما قاله المصنف ان الزوج يملك الرجعة من غير اعتبار رضی المولى لقوله تعالى **وبعولتهن احق بردهن في ذلك** (٢) فلا تقبل دعوى المولى في ذلك فلا يمين على الزوج للمرأة لتصادقهما ولا

ولو ارتدت بعد الطلاق ففي المنع من الرجعة اشكال (ينشأ) من كون الرجعية زوجة (ومن) عدم صحة الابتداء فكذا الرجعة فان رجعت رجعت في العدة ان شاء وكذا للمولى لعدم اعتبار رضاه (وفيه نظر) (لان) مع بقاء العدة لا يعتبر رضی المولى والكلام فيه ، والحق انما هو للمولى لا للمملوكة (ولان) النكاح في الابتداء حق للمولى لا تملكه الجارية ولا العبد فاذا زوج السيد جاريته ملك الزوج البضع وتعلق النكاح بالزوجين و انقطع حق المولى لان (١) ليس له فسخه بوجهه و انما ملك منافع البضع بسبب ملك الرقبة وقد زالت سببيتها بالنكاح فاذا طلقها رجعيًا لم يرجع حق السيد في النكاح فكان قول الزوج مقديما وانما لم يكن عليه يمين (لان) دعوى البضع لا تسمع الا بدعوى سببه اما العقد او ملكه الرقبة ، ودعواه ابتداء من غير سبب لا تسمع (والاول) منتف هنا (والثاني) ليس محل النزاع (ولان) سببته قد انقطعت و شرط عودها عدم الرجعة فالدعوى في السببية لا غير وهو امر يجعل الشارع لا تعلق له بهما (وفيه نظر) لان الدعوى هنا في الرجعة وعدمها وهما من اسباب النكاح فدعوى البضع هنا تابعة لدعوى السبب (والتحقق) ان المولى يدعى ملكية البضع والزوج ينكره فعليه اليمين وهو الاقوى عندي .

قال قدس الله سره : ولو ارتدت بعد الطلاق (الى قوله) ان شاء

اقول : وينشأ ايضاً (من) ان الرجعة اثبات لما صار بالقوة بالفعل فان الطلاق ازال قيد النكاح بالفعل وصار بالقوة القريبة من الفعل اقرب مراتب الاستعداد و الرجعة سبب فاعلي* لحصوله بالفعل و يشترط في تحقق الاثر عن (من - خ ل) الفاعل قبول المحل و بالارتداد زال القبول بالكلية لانها تزيل النكاح الثابت بالفعل و تحرمة فإزالة اقرب مراتب الاستعداد اولى ولان الرجوع تهسك بعصمة الكافرة وهو منهي عنه نهى فساد لقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر (٢) (ومن) ان الارتداد يمنع ابتداء النكاح ولا يوجب زوال الاستدامة الا بعد خروج العدة (ولان) خروج العدة اما كاشف او سبب (وعلى الثاني) يصح (وعلى الاول) قد ظهر باسلامها عدم تأثير الردة ،

(١) هكذا في النسخ والصحيح لانه

(٢) الممتحنة . ١٠

الاشكال لو طلق الذمية، والاقرب جواز الرجوع ولو منعنا الرجعة افتقر الى اخرى بعد الاسلام، ولا يشترط علم الزوجة في الرجعة ولا رضاها فلولم تعلم وتزوجت بغير مردت اليه وان دخل الثاني بعد العدة ولا يكون الثاني احق بها ولولم يكن بينه حلفا الثاني على عدم علمه بالرجوع فان نكل حلف الاول ورددت اليه ولو صدقه الثاني خاصة قبل في حقه وتحلف هي على نفى العلم ولا ترد الى الاول وانفسخ نكاحها من الثاني باقراره فيثبت لها نصف المهر ومع الدخول الجميع ولو ادعى الرجعة عليها او لا فان صدقته لم يقبل على الثاني وفي الرجوع بالمهر اشكال ينشأ (من) انها اقرت (ومن) انها فوتت والاقوى عندي صحة الرجوع فان اسلمت في العدة والابطل لان المطلقة رجعية زوجة والرجعة استدامة الزوجية والردة لاتنا في الاستدامة الامع استمرارها الى بعد العدة (فعلى الصحة) تكون موقوفة فان اجتمعا في الاسلام قبل انتهاء العدة تبيننا صحة الرجعة والا لم تصح .

قال قدس الله سره : وكذا الاشكال لو طلق الذمية (الى قوله) بعد الاسلام
اقول: وجد القرب ان الرجعة استدامة لا ابتداء والممنوع منه الابتداء (ومن) حيث ان الطلاق ازالة قيد النكاح والرجعة تقتضي ثبوته (فاما) ان يثبت بالرجعة عين النكاح الاول او غيره (والاول) محال لاستحالة اعادة الحكم المعلوم (والثاني) يكون ابتداء لاستدامة والاصح عندي الاول لان الرجعية زوجة ولهذا يثبت لها احكام الزوجية (ولانه) يجوز الوطى ابتداءً من غير تلفظ بشيء ولا شيء من غير الزوجة كذلك اجماعا (ولجواز) الرجعة للمحرم ولا يجوز له ابتداء النكاح وتمنع ازالة النكاح بالكلية بل انما يزول بالطلاق وانقضاء العدة ولم يحصل الثاني ويتفرع على ذلك انه لو اسلمت قبل انقضاء العدة (فان قلنا) يبطلان الرجعة الاولى احتاج الى رجعة اخرى بعد الاسلام (وان قلنا) بصحتها لم يفتقر .

قال قدس الله سره : ولو ادعى الرجعة عليها (الى قوله) والافلا .
اقول: الاقوى عندي الرجوع لانها فوتت عليه ما يملكه بعوض مالي فيضمن ذلك العوض .

وان كذبتة حلفت ان قلنا بالغرم والافلا فان نكلت حلف الزوج وغرمت فاذا زال نكاح
الثاني وجب عليها تسليم نفسها الى الاول وتستعيد المهر .

فروع

(الف) لو اقرب بالرجعة في العدة قبل قوله لانه يملك الرجعة (ب) لو قال راجعتك
للمحبة او الالهانة فان فسّر بانى كنت احبها او اهيئها في النكاح فراجعتها اليه صح ،
ولو قال كنت احبها قبل النكاح او اهيئها فراجعتها اليه لم تصح الرجعة لانه لم يردها
الى النكاح (ج) لو قال راجعتك صح وان لم يقل الى النكاح (د) لو اخبرت بانقضاء
العدة فراجع ثم كذبت نفسها في اخبارها صحت الرجعة (هـ) صريح الرجعة راجعت و
رجعت وارتجعت والاقرب في رددتها الى النكاح و امسكت الصحة مع النية وفي

قال قدس الله سره : وصريح الرجعة راجعت (الى قوله) مع النية .

اقول : هنا مسائل (الف) قوله راجعت ورجعت و ارتجعت صريحة في الرجعة
بالاجماع (واعلم) ان مراده اذا اتصت هذه الالفاظ بمظهر او مضمّر كأن يقول راجعت
فلانة او راجعتك فاما بمجرد فلا لانه لا يخفى انها قد لا تغني (ب) رددتها هل هو صريح
ام لا قيل نعم لوروده في القرآن لقوله تعالى **وبعولتهن احق بردهن (١)** والرد مفسر
بالرجعة وقال النبي **صلى الله عليه وآله** ارددها اي راجعها الحديث (وقيل) لا، لانه لم يشتهر في الوضع
الشرعى ولم يتكرر فلم يساوى الرجعة (ج) في قوله امسكت قيل صريح لقوله تعالى
فامسك بمعروف او تسريح باحسان (٢) وفسر الامسك بالرجعة (د) هل تصح الرجعة
بقوله رددتها الى النكاح او امسكت نكاحها مع النية الاقرب عند والدى المصنف الوقوع
(اما) على القول بانهما صريحان فلا كلام (واما) على العدم فلانها كناية و تصح بالكناية مع
النية لدالتها على الرجعة (و لانها) تصح بالفعل فلا تعتبر صيغة معينة فجازت بالكناية
لانها انا صحت بالفعل لدلالته على الرضا فباللفظ اولى (وقيل) لا- لان الاسباب الشرعية
انما هي بوضع الشارع (ولان) الكناية اما ان يقترن بها قرينة يزول معها الاحتمال
اولا (فالاول) صريح (والثاني) يكون اعم ولا دلالة للعام على الخاص و (قيل) هنا

التزويج اشكال وكذا اعدت الحل ورفعت التحريم .

الامساك ليس فيه دلالة على الاستدراك مافات ولا اعادة مازال بل هو حقيقة في الاستدامة والاستصحاب الى ما هو متحقق و به فسر قوله تعالى **امسك عليك زوجك واتق الله (١)** والنكاح ليس بمتحقق لفعل والمتحقق هو عدم النكاح او عدم الملكة، والاقوى اختيار والدى .

قال قدس الله سره : وفي التزويج اشكال.

اقول: الاشكال في قوله تزوجتك او نكحتك فيحتمل كونه صريحا لانهما صالحان لابتداء العقد والحل فلان يصلحا للرجعة اولى (ولانهما) يصلحان سببا لاثبات النكاح في محل كان معدوما عنه ، فلان يصلحا لاثباته في محل هو فيه بالقوة القريبة من الفعل اعنى اقرب مراتب القوة بحيث يكون بعدها الفعل بلا فصل اولى (ويحتمل) عدمه لانهما صريحان في ابتداء النكاح وما هو صريح في شيء بانفراده لا يمكن ان يكون صريحا في غيره كذلك (ولان) الصريح هو المستعمل في معنى وضع له على سبيل الحقيقة ويعلم من اهل ذلك الاصطلاح ويعتاد ويشتهر استعماله بينهم في ذلك المعنى بحيث لا يحتمل النقيض ولم يعلم استعمال اهل الشرع لهذين اللفظين في الرجعة ولا اشتهر ذلك ولا اعتيد فلا يكون صريحا ولان الرجعة يلزمها عدم اشتراط رضا الزوجة لقوله تعالى **وبعولتهن احق بردهن (٢)** و ابتداء النكاح يلزمه اشتراط رضا الزوجة وتنا في اللوازم يدل على تنافي الملزومات فمعناها الحقيقية مناف للرجعية فلا يدل لفظه عليه ولا يساويه النية (ولانه) صيغة يخاطب بها الاجنبية فيكون تقريراً للطلاق لارجعة (واقول) الاحتمال قائم في العقد بايجاب وقبول يوجبان النكاح ابتداء او الاصح عندي صحة الرجعة بهذه الصيغة (الصيغ-خل) بل هو أكد .

قال قدس الله سره : وكذا اعدت الحل ورفعت التحريم .

اقول: هذا عطف على قوله (رددتها الى النكاح) والكلام في كونهما صريحين او كنايةتين وفي حصول الرجعة بهما مع النية (اما الاول) ففيه الاشكال لان اعادة الحل

(و) لو ادعى الرجعة في وقت امكان انشائها قدم قوله مع احتمال تقديم قولها فحينئذ لا يجعل اقراره انشاءً، ولو انكرت الرجعة ثم صدقت حكم بالرجعة و ان كان في انكارها اقرار بالتحريم لانها جحدت حق الزوج ثم اقرت ويرجح جانبه ولو اقرت بتحريم رضاع او نسب لم يكن لها الرجوع .

ليس من فعله ولا رفع التحريم لانه من فعل الشارع بل فعله في سببه ولم يثبت ان قوله هذا سبب لعدم استعماله شرعا واعتياده بينهم ، والاقوى عندي انه لو قال اعدت حل نكاحك الى ، فهو صريح وكذا رفعت تحريم نكاحك عنى والا فلا (واما الثاني) فالاقوى حصول الرجعة بهما مع النية لانهما ان كانا صريحين فلا بحث وان كانا كنايةتين فقد تقدم ان الكناية مع النية يحصل بها الرجعة .

قال قدس الله سره : لو ادعى الرجعة (الى قوله) اقراره انشاء

اقول : قوله في وقت امكان انشائها راجع الى قوله ولو ادعى (واعلم) ان هذه المسألة تبنى على مسألة وهي ان اقراره بالرجعة على تقدير عدم سبقها هل هو رجعة اولا فان قلنا ان الرجعة فلا نزاع بينهما ولا كلام في قبول قوله لان بهذا الكلام حصلت الرجعة تقدمت اولا وان قلنا ان ليس برجعة فيجىء هذا الاختلاف (ووجه) كونه رجعة ان يبدل على حصولها في الماضي واستمرارها في الحال والاستقبال فدل على ما دل عليه (رجعت) وزيادة (ووجه) عدم كونه رجعة ان الرجعة انشاء وسبب ولا يحتمل الصدق والكذب والاختبار لا يصلح للسببية ويحتمل الصدق والكذب ولان الاخبار عن الشيء لا يصلح ان يكون سببا موجداً له لان الاخبار عن الشيء متأخر عنه بالذات وان تقدم بالزمان فلو كان سبباً له لتقدم عليه بالذات ايضا فيلزم الدور وهما متضادان ولا يمكن ان يكون دالا على الخبر والانشاء معا لانه يقتضى عود الزوجية بغير هذا اللفظ ولا تأثير لهذا فيه والانشاء يقتضى عدم حصولها الآبه وتنا فيهما ظاهر (واجمع) الاصوليون على ان اللفظ المشترك اذا تضاد معناه لا يجوز حمله عليهما (ولان) مدلوله سببية غيره وانتفاء السببية عنه فلا يكون سببا لان دلالة الالفاظ تابعة للإرادة .

(اذا تقرر ذلك فنقول) على تقدير عدم كون الاقرار رجعة يحتمل تقديم قوله

ولوزعت منها لم ترض بعقد النكاح ثم رجعت فالاقوى القبول لحق الزوج.

الفصل الثالث في المحلل

والنظر في امور ثلاثة (الاول) من يقع به التحليل وهو كل امرأة طلقت ثلاثا ان كانت حرة وطلقتين ان كانت امة ممن يحل على الزوج الرجوع اليها بعد التحليل فلو لانه اخبر عن فعل له فعله بالاستقلال في زمان له فعله فكان قوله مقدا فيه (ويحتمل) تقديم قولها لانها منكرة ولاصالة عدم الرجعة ، فعلى هذا لا يكون اقراره انشاء بل يقتصر الى انشاء رجعة بعد ذلك (اورد) لولم يقدم قوله لامتنعت منه الرجعة (لان) على قوله كل رجعة تصدر عنه تكون باطلة لانها تحصيل للحاصل ورجعة لزوجة قد رجعت قبل ولاطلاق اقرار العقل على انفسهم جائز (الجواب) نمنع الامتناع لجواز الكذب (وصحة اقراره به-خ) ويحكم عليه بمقتضى اقراره ظاهراً مع عدم علم الكذب فلا يمتنع الرجعة حينئذ والاقوى عندي انه يحصل الرجعة بنفس فعله الدعوى لا باعتبار كونها اقراراً لان الفعل كاف في الرجعة .

قال قدس الله سره : ولوزعت انها لا ترضى (الى قوله) لحق الزوج

اقول: الاقرب القبول لانها اقرت له بحق (ويحتمل) عدمه من حيث تناقض الكلامين والاقوى الاول لعموم اقرار العقل على انفسهم جائز.

الفصل الثالث في المحلل

و النظر في امور ثلاثة

قال قدس الله سره : الاول من يقع به التحليل.

اقول: قاعدة الاعتبار في عدد الطلاق الذي يحرّم الزوجة ولا يجوز رجوع الزوج اليها الا بالمحلل انما هو بالمرأة عندنا فالعبد يملك ثلاث طلاقات للحرة والحريم ملك طلقتين للامة وعليه نص على "عَلَيْهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان (١) وهو للحرة لقوله تعالى: (ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن

تزوجت من طلقت تسعا للعدة لم تحل ، واذا طلقت مرة او مرتين ثم تزوجت ففي الهدم روايتان اقر بهما ذلك ، فلو تزوجت بعد طلقة ثم رجعت الى الاول بقيت على ثلاث مستأنفات وبطل حكم السابقة واذا طلقت الحرة ثلاثا حرمت على الزوج حتى تنكح غيره والامة تحرم بطلقتين ، ولا اعتبار بالزوج في عدد الطلاق ولوراجع الامة او تزوجها بعد طلقة و بعد عتقها بعيت معه على واحدة و لو سبق العتق الطلاق حرمت بعد ثلاث

شيئاً الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله (١) وليس الاعطاء للامة بل لمولاها فهو للحرة لان الآية الثانية مبينة لمن يقع عليه الطلقات الثلاث لرجوع الضمير في آيتهموهن اليهن ، وخلاف الشافعي حيث قال. ان الاعتبار في عدد الطلقات بالرجل يبطله رواية جريح عن مظاهر بن اسلم عن القاسم بن محمد عن عايشة عن النبي ﷺ قال: طلاق الامة طلقتان وعدتها حيصتان (٢) فجعل طلاقها معتبراً بها كالعدة (قالوا) خطاب (ولا يحل لكم ان تأخذوا) للزوج والأخذ انما هو للحر لا للبعد (قلنا) نمنع كونه خطاباً للزوج بل هو لمن الاداء من ماله ولا يمكن ذلك في جانب المأخوذ منه لمكان (آيتهموهن) وهو ضمير النساء ، ولانه يلزم حينئذ قصر الطلقات الثلاث في الحر والحرة ولم يقل به احد فيكون احداث قول ثالث وهو لا يجوز ، اذا عرفت ذلك فنقول . كلما اوقع الزوج ما يملكه من طلقات الزوجة بالتمام حرمت عليه الا بالمحل الا في تسع للعدة .

قال قدس الله سره: واذا طلقت مرة او مرتين (الى قوله) اقر بهما ذلك

اقول: (قاعدة) اذا راجع المطلقة الرجعية يعود اليه النكاح بما بقي من

الطلقات وكذا ان فارقتها بطلقة او طلقتين و بانت منه ثم تزوجها بعد خروج العدة قبل نكاح زوج آخر او بعده وقبل الاصابة (اما) لو نكحها زوج آخر بعقد دائم وطيا محلالا لو وقع بعد ثلاث فهي المسألة المختلف فيها وقد ذكر المصنف فيها روايتين (الرواية الاولى) رواية الهدم رواية رفاعة بن موسى النحاس : قال قلت لابي عبدالله عليه السلام . رجل طلق امرأته تطلقة واحدة فبين منه ثم يتزوجها آخر فيطلقها على السنة فبين منه ثم يتزوجها

(١) البقرة ٢٢٩

(٢) سنن ابي داود ج ٢ باب في سنة طلاق المبد وفيه ابن جريح عن مظاهر .

(الثاني) المحلل ويشترط فيه اربعة (الف) البلوغ فلا اعتبار بوطنى الصبى وان كان
مراهقا على اشكال (ب) الوطى قبلا حتى تغيب الحشفة ولا يشترط الانزال بل لو اكسل
حلّت (ج) استناد الوطى الى العقد الدائم فلو وطىء بالملك او الاباحة او المتعة لم
تحل على الزوج (د) انتفاء الردة فلوتزوجها المحلل مسلما ثم وطئها بعد ردته لم
تحل لانفساخ عقده (اما) لو وطئها حراما مستنداً الى عقد صحيح باق على صحته كالمحرم
اوفى الصوم الواجب اوفى حال الحيض (فاشكال) ينشأ (من) كونه منهياعنه فلا يكون
مراداً للشارع (ومن) استناد النكاح الى عقد صحيح .

الاول على كم هي عنده : قال على غير شىء ثم قال يارفاعة كيف اذا طلقها ثلاثا ثم تزوجها ثانية
استقبل الطلاق فاذا طلقها واحدة كانت على اثنتين (١) وبعض هذه الرواية رواية عبد الله
بن عقيل بن ابي طالب ان عمر قضى انها تبقى على ما بقى من الطلقات فقال امير المؤمنين عليه السلام
سبحان الله ايهدم ثلاثا ولا يهدم واحدة (٢) وبعضها ايضا الشهرة فانه بهذا افتى الشيخ
في النهاية والمبسوط والخلاف وابن البراج و ابن حمزة وابن ادريس ووالدى المصنف
(والرواية الثانية) رواية الحلبي في الصحيح قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق
امرأته تطليقة واحدة ثم تركها حتى مضت عدتها وتزوجت غيره ثم مات الرجل او
طلقها فراجعها زوجها الاول قال هي عنده على طلقتين باقيتين (٣) وحمل الشيخ هذه
الرواية وماورد مثلها على احد امور ثلاثة ، ان يكون الزوج الثاني لم يدخل بها او يكون
غير بالغ (او) تكون متعة ، قال شيخنا في المختلف لا بأس بهذا الجمع لاعتضاده باصالة الاباحة
قال قدس الله سره : و يشترط فيه اربعة الاول البلوغ (الى قوله)
على اشكال .

اقول : جوز ابن الجنيد و الشيخ في المبسوط و الخلاف تحليل المراهق و
هو الذى بلغ زمانا يقارب سن البلوغ و يمكن فيه عادة البلوغ بغير السن و حده قوم
بعشر سنين و شرط ابن حمزة فى المحلل البلوغ وهو الاقوى عندى (احتج) الاولون

(١) ثل ب ٦ خبر ٤ من ابواب اقسام الطلاق

(٢) ثل ب ٦ ذيل خبر ٣ من ابواب اقسام الطلاق .

(٣) ثل ب ٦ خبر ٤ من ابواب اقسام الطلاق .

الثالث في الاحكام

لو انقضت مدة فادعت التزويج والمفارقة والعدة (قبل) مع الامكان وان بعد وفي رواية ان كانت ثقة، ولو دخل المحلل فادعت الاصابة فان صدقها حلت للاول و ان كذبها فالاقرب العمل بقولها لتعذر البينة عليها (وقيل) يعمل بما يغلب على الظن من صدقه وصدقها فان رجعت قبل العقد لم تحل عليه والالم يقبل رجوعها، و لو طلق

بعموم قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره (١) (لنا) ان الصبي لا اعتبار بافعاله و لقول الرضا عليه السلام حين سئل رجل طلق امرأته الطلاق الذي لا يحل له حتى تنكح زوجا غيره فيزوجها غلام لم يحتمل قال لا حتى يبلغ (٢) ولقول النبي صلى الله عليه وسلم للمرأة التي طلقها رفاة ثلاثا أتريدين ان ترجع الى رفاة لا حتى تذوق عسيلته و يذوق عسيلتك (٣) ولا يتحقق ذلك الا في البالغ اذا وطئ في القبل مغيبا للمشفة والعسيلة قال عبيد بن القاسم بن سلام انها لذة الجماع وذهب آخرون انها الانزال وقيل على الاول اجماع الصحابة .

الثالث الاحكام

قال قدس الله سره : لو انقضت مدة (الى قوله) ثقة .

اقول: قوله وفي رواية : اشارة الى رواية الحسين بن سعيد ، عن حماد ، عن ابي عليه السلام : في رجل طلق امرأته ثلاثا فبانث منه و اراد مراجعتها قال لها اني اريد ان اراجعك فتزوجي زوجا غيري قالت قد تزوجت زوجاً غيرك و حملت لك نفسى افيصدتها و اراجعها كيف يصنع قال اذا كانت المرأة ثقة فقد صدقت في قولها .

قال قدس الله سره : ولو دخل المحلل (الى قوله) وصدقها .

اقول : الاول اختيار المصنف وهو الاقوى عندي لانها تصدق في شرطه وهو انقضاء العدة فتصدق في سببته ولانها لو لم يكن القول قولها لزم احد الامرين (اما) عدم سماع

(١) البقرة ٢٢٨ (٢) ثل باب ٨ خبر ١ من ابواب اقسام الطلاق .

(٣) سنن ابي داود ج ٢ باب المبتوتة لا يرجع اليها الخما هو بضمونه .

الذمية ثلاثا فتزوجت بعد العدة زميا ثم بانث منه واسلمت حلت للاول بعقد مستأنف وكذا كل مشترك ، ولو وطىء الامة مولاها لم تحل على الزوج اذا طلقا مرتين ولو ملكها المطلق لم تحل عليه الا ان تنكح زوجا غيره ولا تأثير للوطى المستند الى العقد الفاسد او الشبهة في التحليل ، والمحبوب اذا بقى من ذكره ما يغيب في فرجها قدر الحشفة حلت بوطيه وكذا الموجوء والخصى ولا فرق بين ان يكون المحلل حراً او عبداً عاقلاً او مجنوناً وكذا الزوجة ولو كانت صغيرة فوطئها المحلل قبل بلوغ التسع فكالوطى في الحيض ،

المقصد الرابع في العدد وفيه فصول

(الاول) في غير المدخول بها لا عدة على من لم يدخل بها الزوج من طلاق او

قولها بالكلية وهو حرج عظيم لجواز موت الزوج قبل استعلامه او عناده ولانه اجنبى لاتعلق له لانقضاء حقه بانقضاء العدة او كون البينة عليها ولكنه متعذر في الاغلب وهو اعظم حرجا والثاني قول الشيخ في المبسوط لان الظن مناط الاحكام الشرعية .

المقصد الرابع في العدد

وفيه فصول الاول في غير المدخول بها

قال قدس الله سره : لا عدة على من لم يدخل بها الزوج من طلاق او فسخ

اقول : مقدمات (الف) العدة بكسر العين وفتح الدال غير المعجمتين وتشديد

الدال . مدة مقدرة باصل الشرع بالاشهر او الاقراء او الحمل يوجبها رفع النكاح بعقد

بالموت مطلقا وبعد الدخول بغيره او وطى غير محرّم لاجنبية يحرم فيها على المرأة

نكاح غير من هي عنه ويملك الزوج فيها الرجعة في الرجعية (ب) الاصل فيها الكتاب

والسنة والاجماع (اما السنة) فكثيرة مشهورة متواترة (والاجماع) ياتي (واما الكتاب)

ف قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء (١) وهي اول ما نزل من العدد

فسخ ، والدخول يحصل بغيوبة الحشفة او ما ساواها في قبل او دبر انزل او لم ينزل و سواء كان صحيح الانثيين او مقطوعهما ولو كان مقطوع الذكر خاصة (قيل) وجبت العدة لامكان الحمل بالمساحقة ، ولو ظهر حمل اعتدت بوضعه . وكذا لو كان مقطوع الذكر

وقوله تعالى واللائئ يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائئ لم يحضن و اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن (١) و نزلت عدة الوفاة مخالفة لعدة الطلاق في قوله تعالى و الذين يتوفون منكم و يذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج (٢) ثم نسخ بقوله تعالى و الذين يتوفون منكم و يذرون ازواجا يتر بصن بانفسهن اربعة اشهر وعشراً (٣)

(ج) العدة على اربعة اضرب (احدها) ما هو تعبد واستبراء والاستبراء فيه اقوى من التعبد وهو بالحمل (وثانيها) وهو اوسطها ويستوى فيها الاستبراء والتعبد وهو الاقراء (وثالثها) الشهور وهو اضعفها وان كانت مدخولاً بها ممن يجوز حملها ويستوى فيها التعبد والاستبراء (ورابعها) عدة غير المدخول بها للوفاة وهو تعبد محض (د) اجمعت الامة على وجوب العدة في الجملة وانما اختلفوا في انواع منها واجمعت الامة ايضاً على ان المطلقة قبل المسيس لعدة عليها لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فتمتعوهن و سر حوهن سر احملاً جميلاً (٤) (هـ) اتفق العلماء على دلالة قوله من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة على ان بعد المس العدة للزوج مع التعبد (للتعبد - خل).

قال قدس الله سره : والدخول يحصل (الى قوله) بوضعه .

اقول : قوله قيل هو قول الشيخ في المبسوط قال : فان حملت منه اعتدت بوضع الحمل فان لم تكن حاملاً اعتدت بالشهور لبالاقراء لان عدة الاقراء انما تكون عن طلاق بعد دخول وهو متعذر من جهته .

(١) الطلاق ٤ . (٢) البقرة ٢٤١

(٣) البقرة ٢٣٤ (٤) الاحزاب ٤٨

والانثيين على اشكال ، ولا تجب العدة للخلوة المنفردة عن الوطى وان كانت كاملة ، و لو اختلفا حينئذ في الاصابة فالقول قوله مع يمينه ، ولو دخل بالصغيرة وهى من نقص سنهاعن تسعة اواليائسة وهى من بلغت خمسين اوستين ان كانت قرشية او نبطية فلا اعتبار بهو لا يجب لاجله عدة طلاق ولافسخ على رأى اما الموت فيثبت فيه العدة وان لم يدخل و ان كانت صغيرة اويائسة دخل اولا .

قال قدس الله سره : وكذا لو كان مقطوع الذكر والانثيين على اشكال .

اقول : ينشأ (من) قوله عليه السلام الولد للفراش (١) وايضا يمكن الحمل بالمساقحة لان محل المنى الصلب (ومن) عدم آلات تكوّن المنى (ولانه) بعيد عادة والعلوم العادية ضرورية ، وقول الشيخ فى المبسوط لاتعد عنه بالاقراء لايدل على انها تعد بالاشهر .
قال قدس الله سره : ولو دخل بالصغيرة (الى قوله) على رأى .

اقول : الخلاف فى الصبية التى لم تبلغ واليايسة اذا طلقت بعد الدخول اوفسخ نكاحها بعد الدخول هل عليها عدة الطلاق ام لا ، قال الشيخان وابنا بابويه و ابو الصلاح و سلار وابن البراج وابن ادريس لاعدة عليهما وهو اختيار المصنف وهو الحق عندى ، و قال السيد المرتضى وابن زهرة عليهما العدة (لنا) ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج فى الموثق ، عن الصادق عليه السلام : قال ثلاث يتزوجن على كل حال التى لم تحض ومثلها لاتحيض قال قلت وماحدها قال اذا اتى بها اقل من تسع سنين التى لم يدخل بها والتى قد يشت من المحيض ومثلها لاتحيض . قلت وماحدها قال اذا كان لها خمسون سنة (٢) وفى الحسن عن زرارة ، عن الصادق عليه السلام فى الصبية التى لاتحيض مثلها والتى قديشت من المحيض : قال ليس عليهما عدة وان دخل بها (٣) ولان كلا من هاتين المطلقتين انتفى سبب الاعتداد فيهما وكل ما انتفى سبب الاعتداد انتفى الاعتداد (والثانية) ظاهرة (واما الاولى) فلان سبب الاعتداد استعمال فراغ الرحم من الحمل (لما) رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال التى لايجبل مثلها لاعدة عليها (٤) وفى هذا الحديث ايما الى ما ذكرنا والحمل هنا

(١) سنن ابى داود ج ٢ باب الولد للفراش . (٢) ثل باب ٢ خبر ٤ من ابواب العدد

(٣) ثل باب ٢ خبر ١ من ابواب العدد وفيه حماد بن عثمان عن الصادق عليه السلام

(٤) ثل باب ٣ خبر ٢ من ابواب العدد

الفصل الثاني في عدة الحائل من الطلاق

وفيه مطلبان (الاول) في ذوات الاقراء

الحرمة المستقيمة الحيض تعدد بثلاثة اقراء وهي الاطهار في الطلاق والفسخ سواء كان زوجها حراً او عبداً وتحسب الطهر بعد الطلاق ولو كان لحظة ، ولو حاضت مع انتهاء لفظ الطلاق لم يحسب طهر الطلاق قرءاً وافتقرت الى ثلاثة اقراء مستأنفة بعد الحيض ،

ممنوع بالنظر الى العادة لقوله تعالى حكاية عن زوجة ابراهيم عليه السلام **انا عجزوز** وهذا بعلي شيخا (١) وقرأها عليه ثم اجابوا بقدره الله تعالى وخرق العادات للاعجاز لا يقتضى الوجود (احتج) المرضى بقوله تعالى **واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائى لم يحضن (٢) (و الجواب)** ان العدة معلقة بالرربة في اليأس وعدم البلوغ وقوله تعالى **واللائى يئسن يدل على ان اليأس في نفس الامر لا اعتبار به في الحكم بل بالعلم ، لانفاء الحكم بالرربة .**

الفصل الثاني في عدة الحائل من الطلاق

وفيه مطلبان الاول في ذوات الاقراء

(مقدمة) لفظ القرء اختلف اهل اللغة فيه على اقوال اربعة (الف) انه اسم للحيض حقيقة ويستعمل في الطهر مجازاً لانه لا تسمى المرأة من ذوات الاقراء الا اذا حاضت (ب) انه للطهر حقيقة ويستعمل في الحيض مجازاً (ج) انه اسم مشترك بالاشتراك اللفظي بين القرء والطهر كسائر الاسماء المشتركة (د) انه اسم للانتقال من معتاد الى معتاد فيتناول الانتقال من الحيض الى الطهر والانتقال من الطهر الى الحيض (واما الفقهاء) فقد اتفقوا على ان اقراء العدة احدا الامرين من الحيض او الطهر (واختلفوا) في النص الالهي فيهما (فقيل) المراد بالقرء الحيض دون الطهر وهو اختيار جماعة من الصحابة و التابعين و الفقهاء المتأخرين ، وقال بعضهم المراد بالقرء : الطهر وهو الاقوى عندي و عند السدى

وإذا رأت الدم الثالث خرجت من العدة وأقل زمان تنقضي به العدة ستة وعشرون يوماً ولحظتان - الأخيرة دلالة على الخروج لأجزاء فلا يصح فيها الرجعة ، ولو اتفق عقد الثاني فيها صح ، ولو اختلفت عاداتها صبرت في الثالث إلى انقضاء أقل الحيض والمرجع في الطهر والحيض إليها فلو قالت كان قد بقي بعد الطلاق زمان يسير من الطهر فأنكر قدم قولها وان

لقوله تعالى **ثلاثة قروء** (١) فأثبت الهاء في العدد وهو مختص بالمذكور والطهر المذكور الحيض مؤنث فوجب أن يكون المراد الطهر دون الحيض وقال تعالى **يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن** (٢) أي في وقت عدتهن لقوله تعالى ونضع الموازين القسط ليوم القيمة (٣) أي في يوم القيمة والطلاق في الحيض ليس بما مور به لتحريمه إجماعاً ولأن قوله تعالى (لعدتهن) يقتضي اتصال العدة بالطلاق (لأن) دخول اللام على الشرط يقتضي اتصاله بالمشروط كقول القائل اطعم زيداً ليشبع (فعلى القول) بأن القراء هو الطهر إذا طلقها في الطهر اعتدت ببقية الطهر الذي وقع فيه هذا الطلاق قراءاً ومن جعله حيضاً لم يعتد ببقية الطهر ففصل بين العدة والطلاق على الثاني لا الأول (احتج) القائل بأن القراء هو الحيض بقوله تعالى **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** (٤) وهو عام ولو جعل القراء هو الطهر لكان إذا طلق ثم حاضت بعد يوم أقيم مقام القراء عند القائل بالاطهار فلا يكون عدتها ثلاثة أقراء فيلزم التخصيص أو النسخ لأن الآية تقتضي تمام الثلاثة أقراء وهي هنا لم يتم بقوله تعالى **واللائئ يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر** (٥) فنقلها عما يئست منه إلى بدله والبدل غير المبدل فلما كان اليأس من الحيض دل على أنه القراء (وبما روى) أن النبي ﷺ قال لفاطمة بنت أبي حبيش: أفعدي عن الصلوة أيام أقرائك (٦) والمراد الحيض (والجواب) عن الأول بأن القراء طهر انتهى بالحيض فما ذكره

(١) الطلاق ٤ (٢) الطلاق ٣ (٣) النساء ٤٧

(٤) البقرة ٢٢٧ (٥) الطلاق ٤

(٦) تل باب ٣ خبر ٤ من أبواب الحيض

تضمن الخروج من العدة المخالف للاصل ، ولو ادعت الانقضاء قبل مضي أقل زمان ينقضى
 به العدة لم يقبل دعواها فان صبرت حتى مضى زمان الاقل ثم قالت غلطت والآن انقضت
 عدتي قبل قولها وان اصررت على الدخول ففي الحكم بانقضاء عدتها اشكال ينشأ (من)
 ظهور كذبها (ومن) قبول دعواها لو استأنفتها فتجعل الدوام كالاستيناف ، ولا يشترط في
 القرء ان يكون بين حيزتين فلو طلقها قبل ان ترى الدم ثم ابتدأت بالحيز احتسب
 الطهر بين الطلاق وابتداء الحيز قرء وزمان الاستحاضة كالطهر ولو استمر الدم مشتبها
 رجعت الى عاداتها المستقيمة فان لم تكن رجعت الى التميز فان فقدته رجعت الى عادة
 نساءها فان اختلفن اعتدت بالاشهر و لو كان حيزها في كل ستة اشهر او خمسة اعتدت
 بالاشهر ، ولو اعتدت من بلغت الحيز ولم تحض بالاشهر ثم رأت الدم بعد انقضاء العدة
 لم يلزمها الاعتداد بالاقراء ثانياً ولورأته في الاثناء اعتدت بالاقراء وتعتمد بالطهر السابق
 قرءاً ولورأت الدم مرة ثم بلغت سن اليأس اكملت العدة بشهرين .

ولو كان مثلها تحيض اعتدت بثلاثة اشهر ، وتراعى الشهور والحيز ايهما سبق
 خرجت العدة (اما) لورأت الدم في الثالث و تأخرت الحيضة الثانية او الثالثة صبرت

قرء تام لابعضه (وعن الثاني) ان القرء بمعنى الطهر مقدر بالحيز ايضاً لانه ليس مطلق
 النقاء بل هو نفاء ينتهي الى الحيز فنقلها من طهر مقيس بالحيز الى طهر مقيس بالشهور
 (وعن الثالث) في قوله ايّام اقراءك قال بعض الرواة انه زيادة في الخبر ولم يثبت (ولان)
 القرء يطلق على الحيز خصوصاً مع القرينة والقرينة هنا ثابتة (ولان) البحث في لفظ
 القرء في العدة لامطلقاً وبمنع السند .

قال قدس الله سره : ولو ادعت الانقضاء (الى قوله) كالاستيناف .

اقول : الاقوى عندي الاول .

قال قدس الله سره : و لو كان مثلها تحيض (الى قوله) احتباس

الدم الثالث .

اقول : قوله (ايهما سبق خرجت العدة) مستنده رواية زرارة في الحسن ، عن

الباقر عليه السلام قال . امران ايهما سبق بانث المطلقة المستراية ، تستريب الحيز

تسعة اشهر لتعلم براءة رحمها ثم اعتدت بعد ذلك بثلاثة اشهر وفي رواية تصبر سنة ثم تعتد بثلاثة ونز لها قوم على احتباس الدم الثالث .

ان مرت بها ثلاثة اشهر يرض ليس فيها دم بانت منه وان مرت لها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة اشهر بانت بالحيض (١) والمقصود بالبحث هنا اذا تأخرت الحيضة الثانية او الثالثة لكن نورد اولاً ما يبنى عليه هذه المسألة ثم نذكرها (فنقول) هنا قاعدتان (الف) المرأة التي لا تحيض ومثلها تحيض تعتد بثلاثة اشهر اجماعاً لقوله تعالى **واللأئي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللأئي لم يحضن (٢)** فقوله (واللأئي لم يحضن) عطف على قوله (واللأئي يئسن) فيكون المراد فعدتهن ثلاثة اشهر (ب) الاصل في عدة الحامل الاقراء ونبه عليه تعالى باطلاق (والمطلقات) وشرط الاشهر بفقدها ونبه عليه تعالى بقوله (واللأئي)

اذا عرفت ذلك (فنقول) هذه تراعى الاشهر والحيض لتناول الآيتين لها في الحالتين فايهما سبق خرجت العدة ويتفرع على ذلك انها اذا ابتدئت العدة بالاشهر فرأت في آخر الثالث دم الحيض واليه اشار المصنف بقوله (اما لورأت الدم) لان اللام هنا للعهد لا للجنس بطلت العدة بالاشهر لفقد شرطها وتحسب الماضي قرءاً لان القرء طهر نهايته الحيض ولا يتركب من الاقراء والاشهر فهنا عدة واحدة اجماعاً ولان الواجب الواحد لا يؤدي ببعض الاصل وبعض البديل الاضطراري المشروط بتعذر الاصل الابنص شرعي* ولم يثبت هنا فتعين بطلان حكم ماضى من الاشهر واستيناف العدة بالاقراء ويتفرع على هذا الفرع فرع آخر وهو ان هذه التي رأت في الثالث حيضة ثم استأنفت العدة بالاقراء اذا تأخرت الحيضة الثانية او الثالثة ففيها للاصحاب اقوال ثلاثة (الف) اختيار المصنف هنا وهو مذهب ابن ادريس ومن تبعهما انها تصبر مدة يعلم براءة رحمها من الحمل وهو تسعة اشهر من حين الطلاق لانه اقصى مدة الحمل عندهم فان ظهر فيها حمل خرجت لوضعه وان لم يظهر فيها حمل علم براءة الرحم ظاهراً فاعتدت بثلاثة اشهر وكان بمنزلة الثلاثة الاقراء

المطلب الثاني في ذوات الشهور

الحرّة التي لا تحيض وهي في سنّ من تحيض المدخول بها تعتد من الطلاق والفسخ لان العدة لعلم برأثة الرحم ونسبه عليه في القرآن بقوله تعالى ان ارتبتم (ب) قيل انها تصبر سنة لانه اقصى مدة الحمل وهذا بناء على ان اقصى مدة الحمل سنة فان ظهر في اثناء السنة حمل اعتدت بوضعه والاعتدت بعدها بثلاثة اشهر (واستدل) على هذا القول برواية عمار الساباطي : قال سئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل عنده امرأة شابة وهي تحيض في كل شهرين او ثلاثة اشهر حيضة واحدة كيف يطلقها زوجها: فقال امر هذه شديد هذه تطلق طلاق السنة طلقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيضات متى ما حاضتها فقد انقضت عدتها : قلت له فان مضت سنة فلم تحض فيها ثلاث حيضات ، قال تربصت بعد السنة ثلاثة اشهر ثم قد انقضت عدتها : قلت فان ماتت او مات زوجها. قال فايهما مات ورثه صاحبه ما يندوين خمسة عشر شهراً (١) وهذه الرواية هي التي اشار المصنف اليها بقوله: (وفي رواية تصبر سنة الى آخره) ونزلها الشيخ في النهاية على ما اذا تاخرت الحيضة الثالثة بعد ان رأت الدم في اثناء التسعة اشهر ثانيا فلتصبر تمام السنة ثم تعتد بثلاثة اشهر تمام الخمسة عشر شهراً (اورد) الفاضل نجم الدين بن سعيد عدم دلالة الرواية عليه فهو تحكّم (قلت) الرواية مطلقة ليس فيها ما ينا فيه والادلة غيرها تنفي ما عدا هذا التاويل فتنزل عليه (ولان) التحكّم القول من غير دليل وابطال دلالة امر معين وعدم الوقوف على غيره لا يوجب الحكم بالبطلان فان عدم وجدان واحد لا يدل على العدم (ج) قول ابن البراج انه (ان كان) انقطاع الدم لعارض كمرض ورضاع لم تعتد بالشهور بل تصبر حتى يمضي ثلاثة اقراء وان طالت مدتها (وان لم يكن) لعارض فان مضى ثلاثة اشهر بيض لم تردما فيها فقد انقضت عدتها وان رأت الدم قبل ذلك ثم ارتفع حيضها لغير عذر اضافت اليها شهرين وان كان لعذر صبرت تمام تسعة اشهر ثم اعتدت بعدها بثلاثة اشهر فان ارتفع الدم الثالث صبرت تمام السنة ثم اعتدت بثلاثة اشهر بعد ذلك وانما طولنا الكلام في هذه المسألة لانه موضع اشتباه .

وان كان الوطى عن شبهة بثلاثة اشهر فان طلقت في اول الهلال اعتدت بالاهلة نقصت او كملت ، وان طلقت في اثناء الشهر اعتدت بهلالين ثم اخذت من الثالث كمال ثلاثين على رأى ولو انقضت العدة ونكحت آخر فارتابت بالحمل من الاول لم يبطل النكاح وكذا لو لم تنكح جاز نكاحها ، ولو ارتابت قبل الانقضاء لم تنكح وان انقضت العدة والاقرب جواز نكاحها الامع يقين الحمل وعلى كل تقدير لو ظهر حمل يبطل نكاح الثانى .

المطلب الثانى فى ذوات الاشهر

قال قدس الله سره : وان طلقت فى اثناء الشهر (الى قوله) على رأى .

اقول : انحصرت آراء المسلمين فى هذه المسألة فى اقوال ثلاثة (الف) اعتبار الجميع بالاهلة الاول وما بعده ويقضى من الرابع ما فات من الاول فلو كان الاول تسعة وعشرين يوماً وطلقها وقدمضى عشرون يوماً تحسب تسعة ويقضى عشرون يوماً من الرابع وقبواه الشيخ لقوله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس و الحج (١) (ب) سقوط اعتبار الهلال فى الاول وتكميل ثلاثين من الرابع ويعتبر ما بعده بالاهلة وهو اختيار ابن ادريس وقول الشيخ لاشتراك الشهر لفظاً وتعذر الهلالى فيبقى العدد وهو ثلاثون وهو الاصح عندى (ج) سقوط اعتبار الاهلة فى الجميع وانكسار الكل بانكسار الاول فيعتبر كل شهر بثلاثين (فائدة) يتصور انطباق الطلاق على اول الشهر بان يبتدى باللفظ ويقترن آخر جزء منه باول جزء من الشهر هذا باجماع المسلمين وعند المخالفين بتعليق الطلاق بانسلاخ الشهر او بأول الشهر الذى يليه .

قال قدس الله سره : ولو انقضت العدة (الى قوله) نكاح الثانى .

اقول : المرتابة بالحمل هي التى يحصل لها ما يصلح ان يكون امارة للحمل بحيث يحصل لها معه شك فى الحمل كحركته او ثقل ونحوه اذا عرفت ذلك (فنقول) كل عدة عن وطى غير وضع الحمل فهى بدل اضطرارى عن الحمل لان العدة للدلالة على برائة الرحم وغير الحمل وهى الاشهر والاقراء يدلان على البرائة ظاهر الامكان ظهور الخلاف فهى دلالة ظنية ووضع الحمل بدل عليها دلالة قطعية واكتفى بالظاهر عن القطع لتعذر تحصيله

الفصل الثالث في عدة الحامل من الطلاق

وتنقضى العدة من الطلاق والفسخ بوضع الحمل في الحامل وان كان بعد الطلاق بلحظة وله شرطان (الاول) ان يكون الحمل ممن له العدة او يحتمل ان يكون منه كولد اللعان اما المنفى قطعاً كولد الصبي او المنتزح (١) فلا تنقضى به عدة ، و لو اتت زوجة البالغ بولد لدون ستة اشهر لم يلحقه فان ادعت انه و طيء قبل العقد للشبهة احتمل انقضاء العدة به ، والاقرب العدم لانه منفى عنه شرعاً نعم لو صدقها انقضت به ، ولو طلق فاذا حصل الاصل بطل البديل الا اضطرارى فاذا اعتدت بغير الحمل ثم ظهر الحمل بطلت العدة على كل حال بالاجماع (اما الريبة) بالحمل لامارة توجبها (اما) ان يكون بعد انقضاء العدة نكاح آخر او قبل ذلك (فان كان) الاول لم تبطل العدة ولا النكاح اجماعاً (وان كان) الثاني فاما ان يكون بعد انقضاء العدة وقبل نكاح آخر فقد حكم المصنف بعدم بطلانها وجواز نكاحها لانه قد حكم بانقضاء العدة شرعاً فلا ينقض الحكم بمجرد الشك فيجوز لها النكاح لصحة الحكم بالانقضاء وهذا اثره (واما) ان يحصل الريبة قبل انقضاء العدة فلا يجوز لها نكاح آخر قبل انقضاء العدة قطعاً لبقاء العدة ، وهل يجوز بعد انقضائها مع بقاء الريبة : قال المبسوط لا يجوز وان نكحت فالنكاح باطل لان النكاح مبني على الاحتياط التام ، وقال الشيخ في المصنف بل يجوز لوجود المقتضى وهو خروج العدة لان سبب الظن الراجح حاصل و لهذا يقطع النفقة ولم يجز الرجعة في الرجعية و انتفاء المانع اذا الريبة وهم وهو مرجوح الظن فلا يعارض الظن الراجح والاقرب عندي ما هو الاقرب عند المصنف .

قال قدس الله سره : ولو اتت زوجة البالغ (الى قوله) انقضت به .

اقول : وجه الاحتمال انها زوجة حامل بحمل يمكن ان يكون له وكل زوجة كذلك فان عدتها وضع الحمل (اما الصغرى) فلا يمكن صدقها في دعوى وطئها قبل العقد (واما الثانية) فلا خلاف فيه (ولان) هي هنا قاعدة مقررة ان القول قول المرأة في انقضاء العدة بما منها (٢) مع تحقق الامكان وقد اتفق عليها الكل ، ويمكن ان (١) وقد تزح بفلان اذا بعد عن دياره غيبة بعيدة وتقول انت بمنزح من كذا اي يبعد (صحاح) (٢) اي بشيء لا يعلم الامن قبها كالحيض

الحامل من زمانه او من غيره اعتدت بالاشهر لا بوضع الحمل ولو كان الحيض يأتيها اعتدت بالاقراء لان حمل الزنا كالمعدوم (الثاني) وضع ما يحكم بانه حمل علماً أو ظناً فلا عبرة بما شك فيه وسواء كان الحمل تاماً او غير تام حتى العلقه اذا علم انها حمل ولا عبرة بالنطفة ، ولو وضعت احد التوأمين بانت من الاول ولم تنكح الا بعد وضع الاخير ، والاقرب تعلق البيئونه بوضع الجميع واقصى مدة بين التوأمين ستة اشهر ولا تنقض بانفصال بعض الولد فلومات بعد خروج رأسه ورثها ولو خرج منه قطعة كيده لم يحكم بالانقضاء حتى تضع الجميع .

يكون الامر كما تزعمه والولادة من فعلها ، والاقرب عند المصنف عدم الانقضاء به لانه منفي عنه شرعاً والاصل عدم الوطى والتحاق الولد به شرعاً شرط الامكان ولم يثبت هنا فانزاتفي الامكان وفرق بين هذه المسألة وبين اللعان لان المنفى باللعان اتفى بمجرد اقراره وفي هذه اتفى بسبب شرعى غير صادر منه وهو اتقاء شرط الالحاق (ولان) سبب الالحاق شرعاً وهو الفراش في اللعان موجود وحكم الشارع بنفيه عندهم ثبوت الامكان الشرعى و هي هنا السبب منفي لانه لم يعلق في فراشه قطعاً (ولا يرد) انه يلزم الحكم في قضية واحدة بمتنافين (لان) انقضاء العدة سببها امكان كونه منه وامكان الحاقه في نفس الامر ونفى الميراث لنفيه في الظاهر لافي نفس الامر والمختار عندي ما هو الاقرب عند المصنف اما لو صدقها على دعواها فانه ينقض العدة بوضعه ويتوارثان .

قال قدس الله سره : ولو وضعت احد التوأمين (الى قوله) بوضع الجميع

اقول : الاول قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة والثاني قوله في الخلاف

والمبسوط وابن ادريس وهو الاقوى عندي (ووجه القرب) قوله تعالى **واولات الاحمال**

اجلهن ان يضعن حملهن (١) وحملها مجموع الولدين فحال وضع الاول لم تضع حملها

بتمامه (ولان) العدة موضوعة لاستبراء الرحم وخلوه من ولد مظنون فكيف يصح ان ينقض

مع بقاء ولد موجود .

ولو خرج ما يصدق عليه اسم الأدمى ناقصا كيد علم بقاءها فالأولى الانقضاء، ولو طلقت فادعت الحمل صبر عليها أقصى الحمل وهو سنة على رأى ثم لا يقبل دعواها (وقيل) تسعة أشهر. ولو طلق رجعيًا ثم مات في العدة استأنف عدة الوفاة وإن قصرت عن عدة الطلاق كالمستراية على أشكال، ولو كان بائنا اتمت عدة الطلاق ولو كان البائن مبهما ومات قبل التعيين اعتدت الحامل بأبعد اجلي الطلاق كالمستراية والوفاة.

قال قدس الله سره : ولو خرج ما يصدق (الى قوله) الانقضاء

اقول : وجه الأولوية انه يصدق عليه اسم الأدمى فيصدق وضع الولد ويحتمل عدمه لأنها لم تضع كل الحمل ولم تحصل براءة الرحم وفراغه من الحمل وهو الأقوى عندى و يتفرع على ذلك بقاء الرجعة في الرجعية ووجوب الانفاق والتوارث.

قال قدس الله سره : ولو طلقت فادعت الحمل (الى قوله) تسعة أشهر.

اقول : الكلام في مقامين (الف) في كمية أقصى مدة الحمل وقد ذكر فيه القولين و الأول منهما قول السيد المرتضى في الانتصار وأبى الصلاح والثاني مذهب المفيد، و الشيخ في الخلاف و المبسوط، وابن الجنيد، وابن البراج، وسائر، وابن ادریس و سيأتى تمام البحث في موضعه (ب) انه اذا انقضت أقصى مدة الحمل حكم بانقضاء عدتها ولم يحتج الى اعتداد زائد وهو مذهب ابن ادریس للعلم بكذب دعواها ووقوع العدة موقعها، وقال الشيخ في النهاية تعدد بعد تسعة أشهر بثلاثة أخرى لما رواه عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح : قال سمعت ابا ابراهيم عليه السلام يقول اذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلا انتظر تسعة أشهر فان ولدت والا اعتدت ثلاثة أشهر ثم قد بانت منه (١) و شيخنا والدى المصنف اختار في المختلف اختيار الشيخ في النهاية و هو الأقوى عندى .

قال قدس الله سره : ولو طلق رجعيًا (الى قوله) على أشكال.

اقول قوله (استأنفت عدة الوفاة) المراد به ان الماضى لا يحسب في اعتدادها بأبعد الاجلين والضمير في قوله (وان قصرت) راجع الى عدة الوفاة ومنشأ الاشكال

فروع

(الف) لو اتت بولد لاقل من ستة فان لم تنكح زوجها غيره لحق به وان كانت رجعية حسبت السنة من وقت الطلاق لامن وقت انقضاء العدة على اشكال (ب) لو نكحت ثم

عموم قوله تعالى و الذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يترصن بانفسهن اربعة اشهر وعشراً (١) ومن حيث كون المسترابة تعتد بثلاثة اشهر لتعلم برائة رحمها من الحمل وربما تعتد بتسعة اشهر او سنة فحينئذ تعتد المتوفى عنها زوجها بابعدا الاجلين لحكمة برائة رحمها .

قال قدس الله سره : لو اتت بولد لاقل من سنة (الى قوله) على اشكال .

اقول: ينشأ (من) ان الطلاق هو المزيل للنكاح فيحرم وطبها بغير الرجعة فتكون كالبائنة في النكاح والولد نتيجته فتكون كالبائنة فيه (ومن) ان الرجعية كالزوجة لانهما يتوارثان و يباح له الوطى ويكون رجعة ويقع الظهار منه والايلاء وهما معلولا النكاح ووجود المعلول دليل وجود العلة (والتحقق) ان الرجعية هل هي فراش ام لا لزوال النكاح بالفعل و ان بقى بعض لوا زمه لان اللازم اعم (فان قلنا) انها فراش فالاعتبار بالمدة من انقضاء العدة (و ان قلنا) انها ليست بفراش فالاعتبار من الطلاق والاول اختيار الشيخ الطوسي في المبسوط وهو الاقوى عندي ثم فرغ الشيخ على ذلك في الرجعي انه اذا مضى قدر العدة من الاقراء او الاشهر ثم اتت بولد لاكثر من سنة من انقضاء المدة لم يلحقه لان تبييننا ان الحمل لم يكن موجوداً حال الاقراء والاشهر فتبين بانقضائها فتكون كمالوبات بالطلاق البائن او الفسخ ثم اتت بولد لاكثر من سنة من البيئونة وان اتت به لاقل من سنة وبالجملة لاقل من اقصى مدة الحمل تبييننا انها حملت بدفي حال العدة وهي فراش حينئذ فيلحق به .

(واعلم) ان هيئنا فوائد (الف) النكاح الدائم مع الدخول فراش موجب لالتحاق النسب بمجرد امكان كونه منه ويبقى هذا الايجاب بعد زوال النكاح ببقاء الامكان

(١) وفي نسخة بدل قوله عموم قوله تعالى الخ عموم النص والنظر الى المعنى والحكم انتهى

انت بولد لزمان يحتمل من الزوجين لحق بالثاني ان كان النكاح صحيحا اذ لاسبيل الى بطلان الصحيح وان كان فاسداً اقرع و مدة احتمال الثاني تحتسب من الوطى لامن العقد الفاسد، وعدة النكاح الفاسد بتدئ بعد التفرق بانجلاء الشبهة لا بعد آخر وطيته على اشكال (ج) لو وطئت للشبهة ولحق الولد بالوطى لبعده الزوج عنها ثم طلقها الزوج اعتدت بالوضع من الواطى ثم استأنفت عدة الطلاق بعد الوضع (د) لو اتفق الزوجان على زمان الطلاق واختلفا في وقت الولادة هل كان قبله أو بعده قدّم قولها مع اليمين لانه اختلاف في فعلها ، ولو اتفقا على زمان الوضع واختلفا في وقت الطلاق هل كان قبل الوضع او

بالامعارض ارجح ومن ثم حكم الشارع بالتحاقه ولم يقبل منه ففيه باللعان (ب) لا بد من امكان العلوق منه في وقت الفرائش فيمكن لحوقه به في الفرائش (ج) ان امكان كونه منه باق الى اقصى مدة الحمل فينتفى الامكان فينتفى الولد منه بغير لعان وهذه القواعد اجماعية وانما الخلاف في موضعين (احدهما) في كمية اقصى مدة الحمل وقد تقدم (وثانيهما) في ابتداء هذه المدة مع الطلاق وشبهه فاما ان يكون الطلاق بائنا او رجعيًا فان كان الطلاق بائنا قال الفقهاء المبدء من وقت الطلاق (وفي هذه العبارة نظر) لانه يلزم ان يكون اقصى مدة الحمل اكثر مما فرض انه اقصى مدة الحمل لتقدم العلوق على الطلاق لانه لا بد وان يكون العلوق في الفرائش وهو وقت قبل الطلاق لان الطلاق البائن سبب البينونة وسبب زوال الفرائش .

(والحق) انه وقت هو آخر امكان العلوق قبل الطلاق وشبهه في البائن واما في الرجعي فيكون ذلك الوقت قبل الطلاق او انقضاء العدة على اختلاف الرايين كما تقدم وهذه العبارة هي القويمة التي اختارها اخيراً المصنف .

قال قدس الله سره : وعدة النكاح الفاسد (الى قوله) على اشكال .

اقول: ينشأ (من) ان العدة للوطى خاصة لان النكاح ليس بصحيح وكل عدة من مجرد الوطى خاصة فان مبدئها الفراغ منه (ومن) حيث انها كالنكاح وهذا الاخير اختيار الشيخ في المبسوط لان الاستيلاء به ينقطع والفرائش في ظنه يزول .

قال قدس الله سره : ولو اتفقا على زمان الوضع (الى قوله) مقدما .

بعده قدّم قوله لانه اختلاف في فعله وفيه اشكال من حيث ان الاصل عدم الطلاق والوضع فكان قول منكرهما مقدما (هـ) لواقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لسته اشهر منذ طلقتها (قيل) لا يلحق به (ويحتمل) اللاحاق ان لم يتجاوز اقصى الحمل اولم تكن ذات بع (و) لو ادعت تقدم الطلاق فقال لأدرى فعليه يمين الجزم او النكول ولوجزم الزوج فقالت لادري فله الرجعة ولا تقبل دعواها مع الشك (ز) لورأت الدم على الحبل لم تنقض عدتها من صاحب الحمل بتلك الاقراء لان المقصود من الاقراء براءة رحمها وهذه الاقراء لم تدل عليها (ح) لو وضعت ما يشبهه حكم بقول اربع من القوابل الثقات فان حكمن بانه حمل انقضت العدة والافلا .

اقول: هنا اصل يتفرع منه مسألان ، وهو انه اذا اتفقا على زمان الوضع بان كان يوم الخميس كذا من الشهر مثلثم اختلفا في وقت الطلاق فهنا مسألان (الف) ان يدعى الزوج تقدمه كيوم الاربعاء في المثال المذكور فيثبت انقضاء العدة ويبقى توابعها وتقول هي بل يوم الجمعة في المثال فينعكس نفيه واثباته فيقدم قول الزوج لان الطلاق من فعله ، ويعارضه ان الاصل عدم الطلاق يوم الخميس والاصل بقاء حقوقها ، والاصح عندى الاول (لان) الطلاق بيده ويصدق في اصله فيصدق في وقته (ب) عكس الاولى فتقول طلقنى يوم الاربعاء فيقول هو الجمعة فتنفى حقه ويشبهه هو وهيننا قوله مقدم قطعاً (لان) الطلاق من فعله وهو ينفيه وقوله (والوضع) عطف على الطلاق اى الاصل عدم الوضع واشارة الى انه لو اتفق الزوجان على زمان الطلاق واختلفا في زمان الوضع فانه يحتمل ان يكون القول قول نافية لان قوله يوافق الاصل وهذا معنى المنكر (ويحتمل) تقديم قولها لانه من فعلها .

قال قدس الله سره : لواقرت بانقضاء العدة (الى قوله) ذات بع .

اقول: قوى الشيخ في المبسوط عدم اللحوق (لان) قول المرأة مقبول في انقضاء العدة بما يمكن صدقها فيه لقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله فى ارحامهن (١) فلولا قبول قولهن لما حرم كتمانهن عليهن ويمكن تجديده بعدها (لان)

الفصل الرابع في عدة الوفاة

تعد الحرة لوفاة زوجها بالعقد الدائم ان كانت حايلا باربعة اشهر وعشرة ايام صغيرة كانت او كبيرة مسلمة او ذمية دخل بها الزوج او لصغيرا كان او كبيراً حراً او عبداً سواء كانت التقدير مضي اقل الحمل وهو ستة اشهر من حين الطلاق فلا يقبل منها دعوى تنافي اقرارها (ولان) اقرارها بانقضاء العدة صحيح ظاهراً فلا يبطله بامر محتمل كما اذا حكم الحاكم بالاجتهاد ثم تغير اجتهاده فانه لا ينقض الاول (ويحتمل) اللاحق بشرطين (احدهما) ان لا يتجاوز اقصى مدة الحمل (وثانيهما) ان لا تكون ذات بعل وفي معناه المولى اى لا تكون ذات بعل ولا مولى يطأها (ووجه هذا الاحتمال) ان هذا الولد يمكن ان يكون من فراشه وليس معه من يساويه ولا من هو اولى فوجب ان يلحق به والا قوى عندى الثانى ولا ينافي هذه القاعدة السابقة لان تلك لم يقر احدهما بخروج العدة وهيهنا قد اقرت بخروج العدة لتوهمها عدم الحمل .

الفصل الرابع في عدة الوفاة

مقدمات

(الف) اجمع علماء الاسلام على ان عدة الوفاة للحامل اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يترصن بانفسهن اربعة اشهر وعشراً (١) ودلت السنة المتواترة عليه وكانت في صدر الاسلام سنة لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعاً الى الحول غير اخراج (٢) وكان لها النفقة في العدة فنسخت النفقة بالميراث ونسخت السنة باربعة اشهر وعشرة ايام لتأخرها عن آية الحول في التنزيل اجماعاً من الصحابة ولا يضر تلاوتها فان الاعتبار في النسخ بالتأخر في التنزيل (ب) العشر المعتبرة في العدة هي عشر ليالى مع ايامها (لا يقال) اسقط التاء في العشرة وهو يطلق على الليالى دون الايام لانها للمؤنث ولو اراد الايام لقال عشرة لقوله تعالى سخرها عليهم سبع ليال وثمانية ايام (٣) (لانا نقول) (الايام فيما قبل العاشر فلم يمنع دخولها في العاشر لان المراد بجميع العدة واحد خ) ولان اطلاق الليالى يقتضى دخول الايام معها واطلاق الايام يقتضى دخول

من ذوات الاقراء اولا ولا يشترط ان تحيض حيضة في المدة والشهور تعتبر بالا هلة ما امكن ولا تعتبر بالا ايام الا ان ينكسر الشهر الاول بان يكون الباقي من الشهر اكثر من عشرة ايام وتبين بغروب الشمس من اليوم العاشر، ولو كانت عمياء ولم يتفق لها من يخبرها اعتدت بمائة وثلاثين يوما والحامل تعتد بابعد الاجلين من وضع الحمل و مضى اربعة اشهر وعشرة ايام .

ويجب عليها الحداد حاملا كانت او حايلا صغيرة او كبيرة مسلمة او زمنية ، و في

الليالي معها وعليه اجماع الامة هنا وايضاً قال ابن الاعرابي ان التاء تدل على المذكر و عدمها يدل على المؤنث اذا كان العدد مفسراً فيقال عشرة ايام وعشر ليالي واما مع اطلاق العدد وعدم التفسير فلا يدل على ذلك (ويحتمل) ان يتناول المذكر والمؤنث كما روى عنه عنه من صام رمضان واتبعه بست من شوال فكانت صام الدهر كله (١) (ج) عدة الحامل للوفاة بابعد الاجلين و عليه اتفاق الامامية و هو مذهب ابن عباس و نص عليه على عليه السلام (٢) لقوله تعالى يتربصن الآية وقوله تعالى **واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن** (٣) فيجب الجمع بينهما (ووجهه) ما ذكرناه (د) الحداد واجب على الحرة في عدة الوفاة مدة العدة والحداد هو ترك التحلي والتطيب والتزين في البدن و الثياب (اما وجوبه) في عدة الوفاة فباجماع فقهاء الاسلام (ولا اعتبار) بخلاف الشعبي و الحسن البصري (لاجماع) من كان قبلهما ومن بعدهما (واما كونه) تمام العدة فلقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث ليال الاعلى الزوج اربعة اشهر وعشراً (٤) متفق عليه (ولما) روته ام سلمة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قالت جاءت امرأة الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقالت يا رسول الله ان بنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها فاكلها فقال (لا) مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول (لا) ثم قال انما هي اربعة اشهر وعشراً الحديث (٥) **قال قدس الله سره : ويجب عليها الحداد حاملا (الى قوله) وفي الامة اشكال اقول: ذهب الشيخ في المبسوط الى وجوب الحداد عليها واختاره ابن ادريس**

(١) سنن ابي داود ج ٢ باب في صوم ستة ايام من شوال وليس فيه لفظة (كله)

(٢) كل باب ٣١ خبر ٣ من ابواب العدد (٣) الطلاق ٤

(٤ - ٥) سنن ابي داود ج ٢ باب احداث المتوفى عنها

الامة اشكال وهو ترك الزينة فى الثياب والبدن والادهان المقصود بها الزينة والتطيب مثل الطيب فى البدن و الثوب و الصبغ فى الثوب الا الاسود والازرق لبعدهما عن الزينة ولا تمس طيبا ولا تدهن بطيب كدهن الورد والبنفسج وشبههما ولا غيره فى الشعر ويجوز فى غيره ولا تختضب بالحناء فى يديها ورجليها ولا بالسواد فى حاجبيها ولا تختضب رأسها ولا تستعمل الاسفدياج فى الوجه ولا تمكحل بالسواد ولا بما فيه زينة ويجوز بما ليس فيه زينة كالتوتيا (١) ولو احتاجت لليلة جازيلا فان تمكنت من مسحها بالنهار وجب ولا تحلى بالذهب ولا بالفضة ولا تلبس الثياب الفاخرة (كالابريسم - خ) وكل ما فيه زينة ولا يحرم التنظيف ولا دخول الحمام ولا تسريح الشعر ولا السواك ولا قلم الاظفار ولا السكنى فى أطيب المساكن ولا فرش احسن الفرش ولا تزين اولادها وخدمها.

فروع

(الف) لومات الزوج فى عقد فاسد لم تعد عدة الوفاة بل تعد مع الدخول بالوضع او بالاقراء او بالاشهر والافلا عدة (ب) لو طلق المريض باينا ثم مات فى العدة ورثت واكملت عدة الطلاق ولا تنتقل الى عدة الوفاة بخلاف الرجعى (ج) لو طلق احدى امرأته ومات قبل التعيين او عينه واشتبه فان لم يكن دخل اعتدنا معا للوفاة وان كان قد دخل وحملنا اعتدنا بابعد الاجلين وان لم تحملا اعتدنا عدة الوفاة ولو كانتا من ذوات الاقراء اعتدنا بابعد الاجلين من مضى الاقراء وعدة الوفاة ، و لو كان الطلاق رجعيًا اعتدنا للوفاة و اذا اعتدنا بابعد الاجلين فابتداء عدة الوفاة من حين الموت وعدة الطلاق لمعوم الحديث المروى عن النبي ﷺ المتقدم (٢) وقال الشيخ فى النهاية وابن الجنيدي وابن البراج والمصنف فى المختلف انه لاحداده عليها وهو الاقوى عندى للاصل ولرواية زرارة الصحيحة عن الباقر عليه السلام ان الحرة والامة كليهما اذا مات عنها زوجها سواء فى العدة الا ان الحرة تحده والامة لاتحد (٣)

(١) التوتيا حجر يكتحل به معرب (اقرب الموارد)

(٢) سنن ابى داود ج ٢ باب احداث المتوفى عنها

(٣) كل باب ٤٢ خبر ٢ من ابواب العدد

من وقته (و- خ) ان كانت قدطلق معينة ثم اشبهه حتى لومضى من وقت الطلاق قراء اعتبر وجود قرئين في عدة الوفاة ، وان كان الموت عقيب الطلاق اعتبر ثلاثة اقراء فيها وان كان قدطلق واحدة غير معينة ومات قبله (فان قلنا) الطلاق من حين وقوعه فكالاول (وان قلنا) من حين التعيين اعتبر ابتداء الاقراء من وقت الموت لعدم التعيين ، ولو عين قبل الموت انصرف الطلاق الى المعينة (د) لاحداد على غير المتوفى عنها (زوجها-خ) كالمطلقة بائنا ورجعيا والامة وان كانت ام ولد من مولاه وان اعتقها ولا الموطوءة بالشبهة ولا بالنكاح الفاسد ولا المفسوخ نكاحها (هـ) لو تركت الحداد في العدة احتسبت بعدتها وفعلت محرما (و) لا يجب في موت غير الزوج ولا يحرم عليها اكثر من ثلاثة ايام ولا مادونها .

الفصل الخامس في المفقود عنها زوجها

اذا غاب الرجل عن امرأته فان عرف خبره بانه حي وجب الصبر ابدأ وكذا ان انفق عليها وليه ولو جهل خبره ولم يكن من ينفق عليها فان صبرت فلا كلام والارفعت امرها الى الحاكم فيؤجلها اربع سنين ويبحث عنه الحاكم هذه المدة فان عرف حيوته صبرت ابدأ وعلى الامام ان ينفق عليها من بيت المال وان لم يعرف حيوته امرها بالاعتداد عدة الوفاة بعد الاربع ثم حلت للازواج ، ولو صبرت بعد الاربع غير معدة لانتظار خبره جاز لها بعد ذلك الاعتداد متى شئت .

فروع

(الف) ضرب اربع سنين الى الحاكم فلوم ترفع خبرها اليه فلا عدة حتى يضرب لها المدة ثم تعد ، ولو صبرت مائة سنة وابتداء المدة من رفع القضية الى الحاكم وثبوت الحال عنده لامن وقت انقطاع الخبر فاذا انقضت المدة لم يفترق الي غير الامر بالعدة . ولولم يأمرها الحاكم بالعدة فاعتدت فالاقرب عدم الاكتفاء (ب) لوجاء الزوج

الفصل الخامس في المفقود عنها زوجها

قال قدس الله سره : ولولم يأمرها الحاكم (الى قوله) عدم الاكتفاء .

وقد خرجت من العدة ونكحت فلا سبيل له عليها وان جاء وهي في العدة فهو املك بها ، ولو جاء بعد العدة قبل التزويج فقولان الاقرب انه لا سبيل له عليها (ج) لو نكحت بعد العدة ثم ظهر موت الزوج كان العقد الثاني صحيحا ولا عدة سواء كان موته قبل العدة او بعدها لسقوط اعتبار عقد الاول في نظر الشارع (د) هذه العدة كعدة الموت لانفقة فيها على الغائب

اقول: الاقرب عندي هو الاقرب عند والدي المصنف قدس الله سره (لانه) منوط بحكم الحاكم لمعرفة بمواقع الاحكام لانها من المسائل الاجتهادية فلا تناط باجتهاد غير الحاكم (ولا صالة) بقاء الزوجية ولعدم الاسباب الموجبة لازالتها شرعا غير الموت والموت لا يعلم (ويحتمل) الاكتفاء لان عدم الظهور بعد الطلب هذه المدة علامة على الموت (وفيه نظر) لان الامارة تفيد الظن والمعتبر هو ظن الحاكم ولانها بخروج العدة لو لم تبين وتحل للازواج لم يكن فيها فائدة .

قال قدس الله سره : ولو جاء بعد العدة (الى قوله) لا سبيل له عليها .

اقول: اذا جاء الزوج وقد خرجت من العدة قبل ان تزوج قال الشيخ في النهاية والخلاف هو اولي بها وقوى في المبسوط انه لا سبيل له عليها بل بانته منه وهو مذهب المفيد وسار وابن ادريس واختيار المصنف هنا (لان) حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق والآلم يتميز حال البينونة عما يقابلها (ولان) الحكم بعد قطع السلطنة بالتسلط يحتاج الى دليل وليس ، والاقوى عندي الاول .

قال قدس الله سره : هذه العدة كعدة الموت (الى قوله) على اشكال .

اقول: ينشأ (من) انها عدة الوفاة وعدة الوفاة يلزمها الحداد وهو الاقوى عندي (ومن) حيث انه لم يتحقق (ولان) قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم الدال على الحداد انما هو على الميت ولم يعلم بموته وانما حكم الشارع بالبينونة لانتهاء الضرورة والحرج كفسخ العيب ولهذا لو صبرت كان النكاح باقيا ولا صالة براءة الذمة (ولانه) لو كانت الموت لا بسبب حكم الحاكم شرعا لبطلت البينونة وما يترتب عليها بمجيء الزوج بعدها لانه حكم اجتهادي ظهر انه خالف دليلا قطعيا وكل حكم اجتهادي ظهر انه خالف دليلا قطعيا نقض .

وعليها الحداد على اشكال ، ولو حضر قبل انقضائها في عدم الرجوع عليه بالنفقة اشكال (هـ) لو طلقها الزوج او ظاهر منها أو آلى فاتفق في العدة صح لبقاء العصمة ولو اتفق بعدها لم يقع (و) لو اتت بولد بعد مضي ستة اشهر من دخول الثاني لحق به ولو ادعاه الاول وذكر الوطى سراً لم يقبل (وقيل) يقرع وليس بجيد (ز) لا توارث بينها وبين الزوج لو مات احدهما بعد العدة ويتوارثان في العدة (ح) لو غلط في الحساب فامرها بالاعتداد فاعتدت وتزوجت قبل مضي مدة التربص بطل الثاني ، والا قرب انها تحرم عليه مؤبداً مع الدخول ، ولو تبين موت الزوج الاول قبل العدة فالاقرب صحة الثاني ولو عاد الزوج من سفره فان

قال قدس الله سره : ولو حضر قبل انقضائها (الى قوله) اشكال .

اقول: ينشأ (من) انها في عدة بينونة فكانت بمنزلة الناشز (ومن) انها في حباله ولو لم يوجد منها نشوز والاقرب عندي انه لانفقة لها .

قال قدس الله سره : لو اتت بولد (الى قوله) وليس بجيد

اقول: القائل بالقرعة الشيخ الطوسي في المبسوط لامكانه والحق اختيار المصنف هنا وهو انه للثاني لانها فراش له حقيقة وفراش الاول زال وقال وَالْمَهْرُ وَالْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ (١)

قال قدس الله سره : لو غلط في الحساب (الى قوله) مع الدخول .

اقول : وجه القرب انها في العدة ظاهراً اذ مدة التربص كالعدة والدخول بعقد دائم على المعتدة محرماً ابداً اجماعاً (ويحتمل) عدمه لانها ليست معتدة في نفس الامر ، ولم يحصل منه زنا بذات بعل فخرج من صورة النص على التحريم المؤبد والاصل الاباحة ، والاقوى عندي الاول وانما رجحنا الاول لان التحريم مقدم مع التعارض لقوله وَالْمَهْرُ وَالْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ ما اجتمع الحلال والحرام الاغلب الحرام الحلال (٢) خصوصاً فيما بنى على الاحتياط التام والنكاح مبنى على الاحتياط التام .

قال قدس الله سره : ولو تبين موت الزوج الاول قبل العدة فالاقرب

صحة الثاني .

(١) سنن ابى داود ج ٢ باب الولد للفراش

(٢) لم نثر عليه بهذا اللفظ نعم قد ورد ما هو بمضمونه

لم يكن قد تزوجت وجب لها نفقة جميع المدة وان كانت قد تزوجت سقطت نفقتها من حين التزويج لانها ناشز فاذا فرق بينهما فان لم يكن دخل بها الثاني عادت نفقتها في الحال وان دخل فلا نفقة على الثاني لانه شبهة ولا على الاول لانها محبوسة عليه لحق غيره ولو رجع بعد موتها ورثها ان لم تخرج مدة التريص والعدة وتطالب الثاني بمهر مثلها ، ولو بلغها موت الاول اعتدت له بعد التفريق وان مات الثاني فعليها عدة وطى الشبهة ، ولو ماتا فان علمت السابق وكان هو الاول اعتدت عنه باربعة اشهر وعشرة ايام او لها يوم موت الثاني لان العدة لا تجتمع مع الفرائش الفاسد وفراشه قائم الى وقت موته وان سبق الثاني فان كان بين المدتين ثلاثة اقراء مضت عدة الثاني فتعتد عن الاول وان كان اقل اكملت العدة ثم اعتدت من الاول ولو لم تعلم السابق او علمت المقارنة اعتدت من الزوج ثم من وطى الشبهة (ط) الاقرب ان الحاكم بعدمدة البحث يطلقها للرواية الصحيحة والعدة عدة الوفاة للاحتياط من غير منافات .

اقول: وجه القرب انها عدة قد حكم الشارع بصحتها ووافقت ما في نفس الامر فصحت (ويحتمل) ضعيفا عدمه لان الموت في نفس الامر لم يعلم ومستند حكم الحاكم غير صحيح فالحكم خطأ .

قال قدس الله سره : الاقرب ان الحاكم (الى قوله) من غير منافات .

اقول: لم يذكر الشيخان وابن البراج وابن ادريس الطلاق وقال ابن الجنيد يامر السلطان الولي بايقاع الطلاق فان لم يطلق امرها الحاكم بالعدة وقال ابن بابويه وابن حمزة يأمر السلطان الولي بالطلاق فان لم يطلق طلقها الحاكم ، والاصح ما قاله المصنف والرواية هي رواية بريد بن معاوية العجلي في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف تصنع امرأته فقال ما سكت عنه وصبرت فخل عنها وان هي رفعت امرها الى الوالي اجلها الى اربع سنين ثم يكتب الى الصقع الذي فقد فيه فيسأل عنه فان خبرت عنه بحياة صبرت وان لم تخبر بحياة حتى تمضي الاربع سنين دعاولي الزوج المفقود فقبل له هل للمفقود مال فان كان له مال انفق عليها حتى يعلم حيوتها من موته وان لم يكن له مال انفق عليها فان فعل فلا سبيل لها الى ان تتزوج ما انفق عليها وان ابى ان ينفق عليها اجبره

الفصل السادس في عدة الامة والاستبراء

وفيه مطلبان (الاول) في العدة عدة الامة في الطلاق قرآن وان كان زوجها حراً وافل ما يقعان فيه ثلاثة عشر يوماً ولحظتان الثانية دلالة الخروج وهل حكم الفسخ للبيع حكم الطلاق الاقرب ذلك وكذا الفسخ للعب ، وان كانت من ذوات الحيض ولن تحض الوالى على ان يطلق تطليقة في استقبال العدة وهي طاهر فيصير طلاق الوالى طلاق الزوج فان جاء زوجها قبل ان تنقضى عدتها من يوم طلقها الوالى فبداله ان يراجعها فهي امرأته وهي عنده على تطليقتين وان انقضت العدة قبل ان يجيء ويراجع فقد حلت للازواج ولا سبيل للاول عليها (١) .

قوله (والعدة عدة الوفاة الى آخره) اشارة الى جواب عن احتجاج الشيخ على عدم الاحتياج الى الطلاق وتقرير الاحتجاج ان عدة الوفاة من خصائص الوفاة فلا تجامع الطلاق (وتقرير الجواب) ان عدة الوفاة وجبت احتياطاً لاحتمال الموت ولا منافاة لان الاحتياط يعمل فيه بالاحتمالات و ان كانت مرجوحة بحيث يحصل يقين البرائة .

الفصل السادس في عدة الامة والاستبراء

(مقدمة) الاستبراء هو التبرص الواجب بسبب ملك اليمين حدوثاً او زوالاً وانما خص بهذا الاسم لان هذا التبرص مقدر باصل ما يدل على البرائة من غير تكرار وتعدّد فيه وخص التبرص الواجب بسبب النكاح باسم العدة اشتقاقاً من العدد لما يقع فيه من العدد والاصل في الاستبراء ان منادى رسول الله صلى الله عليه وآله نادى بعد منى او طاس لا توطيء حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض (٢) ومن ثم كان الاستبراء بالحيض واما العدة فبالاطهار .

قال قدس الله سره : وهل حكم الفسخ للبيع حكم الطلاق الاقرب ذلك .

اقول : وجه القرب انه رفع تعقيب النكاح الدائم بعد الدخول فوجبت العدة

لاستبراء الرحم كالطلاق (ويحتمل) الاستبراء لعدم النص على العدة ولانه بسبب زوال ملك

(١) ثلث ٢٣ خبر ١ من ابواب اقسام الطلاق .

(٢) سنن ابى داود ج ٢ باب في وطى السبايا .

فعدتها خمسة واربعون يوماً ، ولو كانت حاملاً فعدتها وضع الحمل ، وفي الوفاة شهران وخمسة أيام والحامل ابعد الاجلين ولو كانت ام ولد لمولها فعدتها من موت زوجها اربعة اشهر وعشرة ايام .

والذمية كالحرّة في الطلاق والوفاة (وقيل) كالامة ولو اعتقت ثم طلقت فكالحرّة

وهذا ضعيف لان الاستبراء موجب حدوث ملك او زوال ملك خاصة لازوال النكاح الدائم والاصح المعتمد عليه الاول .

قال قدس الله سره: والذمية كالحرّة في الطلاق والوفاة وقيل كالامة.

اقول : هذه المسألة تبنى على مقدمة هي بيان عدة الامة في الوفاة وقد اختار المصنّف انها شهران وخمسة ايام ولم يعتبر بالخلاف لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال الامة اذا توفيت عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة ايام (١) وفي الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال عدة الامة اذا توفيت عنها زوجها شهران وخمسة ايام (٢) وهذا هو اختيار المفيد وقال الصدوق وابن ادریس عدتها اربعة اشهر وعشرة ايام ، قال ابن ادریس سواء كانت ام ولد لمولها اولا وقد رجح شيخنا في كتاب التبيان عما قاله في النهاية لعموم الاية ولرواية زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام المذكورة في الحداد واجاب المصنّف ان العام يخص بالاحاديث الخاصة والكتاب يجوز تخصيصه بالسنة و المساوات تصدق بالمساوات في مطلق العدة وقال الشيخ في النهاية ان كانت ام ولد لمولها فعدتها مثل عدة الحرّة اربعة اشهر وعشرة ايام وان كانت مملوكة ليست ام ولد فعدتها شهران وخمسة ايام وتبعه ابن البراج (لما) رواه سليمان بن خالد في الصحيح . قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الامة اذا طلقت ما عدتها : قال حيضتان او شهران : قلت فان توفيت عنها زوجها ، فقال ان عليا عليه السلام قال في امهات الاولاد لا يتزوجن حتى يعتدن اربعة اشهر وعشراً و هن اماء (٣) وفي الصحيح عن وهب بن

(١) ثلث ٤٢ خبر ٩ من ابواب العدد .

(٢) ثلث باب ٤٢ خبر ٨ من ابواب العدد .

(٣) ثلث باب ٤٢ خبر ١ من ابواب العدد .

ولو طلقت رجعيًا ثم اعتقت اكملت عدة الحرة ولو كان بائنا اكملت عدة الامة ولو طلق الزوج ام ولد المولى رجعيًا ثم مات في العدة استأنفت عدة حرة ولو لم تكن ام ولد استأنفت عدة امة ولو كان بائنا امت عدة الطلاق ، ولومات زوج الامة ثم اعتقت اكملت عدة حرة ولودبر المولى موطوءة اعتدت لوفاته باربعة اشهر وعشرة ايام ، ولو اعتقها في

عبد ربه عن الصادق عليه السلام ، قال سألته عن رجل كانت له ام ولد فزوجها من رجل فاولدها غلاما ثم ان الرجل مات فرجعت الى سيدها له ان يطأها قال تعتد من الزوج اربعة اشهر وعشراً ثم يطأها بالملك بغير نكاح (١) .

اذا تقرر ذلك (فنقول) هنا مسألتان (الف) هل الذمية الحرة كالحرمة المسلمة في كمية العدد او كلامة (فنقول) الذمية كالحرمة المسلمة في كمية العدة في الطلاق والوفاء وفي الحداد وهو المشهور بين الاصحاب ونقل المصنف قولاً انها كلامة ولا اعلم من قائله لكن به رواية هي رواية محمد بن يعقوب في الصحيح ، عن علي بن ابراهيم ، عن ايده . عن ابن محبوب ، عن ابن رثاب وابن بكير ، عن زرارة ، عن ابي جعفر عليه السلام قال سألته عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها هل عليها عدة مثل عدة المسلمة فقال لا الى قوله قلت فما عدتها ان اراد المسلم ان يتزوجها قال عدتها عدة الامة حيثان او خمسة واربعون يوماً الحديث (٢) وقد بين في الحديث عدتها في الطلاق وفي الوفاة (والجواب) انه لم ينص على انها حرة فهي محمولة على المملوكة (ب) هل هي كالحرمة المسلمة في الحداد المشهور ذلك ومن قال انها كلامة في العدة ولا حداد على الامة يمكن ان يقول انه لا حداد عليها ولا اعلم به قائل من اصحابنا (واعترض) بان الخطاب مختص بالمؤمنات في قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله الحديث (٣) وبانها اقرت على ترك الايمان فعلى ترك الاحداد اولى (والجواب) بعموم رواية ام سلمة عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال ان المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر ولا الممشق ولا الحلبي

(١) ثلث ٤٢ خبر ٣ من ابواب العدد .

(٢) ثلث ٤٥ خبر ١ من ابواب العدد .

(٣) سنن ابي داود (ج ٢) باب احداد المتوفى عنها .

حيوته اعتدت بثلاثة اقراء ولا اعتبار بحرية الزوج ورقه في جميع ما تقدم والمعتمق بعضها كالحره والمكاتبه المشروطه والتي لم تؤد كالأمة ولو اذنت في الاثناء فكالحره ، ولو اعتقت بعد مضي قرئين او شهر ونصف خرجت من العده و لو التحقت الذميه بعد الطلاق بدار الحرب فسيبت في اثناء العده فالاقرب اكمال عده الحره .

المطلب الثاني في الاستبراء

وهو التربص الواجب بسبب ملك اليمين عند حدوثه وزواله - فمن ملك جاريه موطوءة يبيع او غيره من استغنام او صلح او ميراث او اى سبب كان لم يجز له وطؤها الا بعد الاستبراء فان كانت حبلى من مولى او زوج أو وطى شبهة لم ينقض الاستبراء الا بوضعه او مضي اربعة اشهر وعشرة ايام فلا يحل له وطؤها قبل اقبل ذلك ويجوز في غير القبل ويكره بعدها ، ولو كانت من ذوات الاقراء استبرئت بحيضة و ان بلغت سن الحيض ولم تحض فبخمسة واربعين يوما وكذا يجب على البائع الاستبراء ويسقط استبراء المشتري باخبار الثقة بالاستبراء او اذا كانت لامرأة او كانت صغيرة أو يائسة او حاملا او حائضا ولو كان له زوجة فاشترها بطل النكاح وحل له وطؤها من غير استبراء واستبراء المملوك كاف للمولى ، ولو فسخ كتابه امته لم يجب الاستبراء ولو عاد المرتد من المولى او الامه حل له الوطى من غير استبراء ولو طلق الزوج لم تحل على المولى الا بعد العده و يكفى عن الاستبراء ، ولو اسلمت الحرية بعد الاستبراء لم يجب استبراء ثان وكذا لو استبرأها في حال الاحرام ، ولو مات مولى الامه المزوجة واعتقها ولم يفسخ لم يجب الاستبراء على الزوج ولا تكتحل ولا تختضب (١) ولان قوله لا يحل لامرأة تؤمن بالله دليل على لزوم التكليف به التكليف بالايمان .

قال قدس الله سره : و لو التحقت الذميه (الى قوله) عدة الحره .

اقول : وجه القرب وجوبها ابتداء فلا تسقط بالرق المتجدد لاصالة البقاء (ومن)

انها امة والحق الاول .

ولوباعها من رجل ولم يسلم ثم تقايلا اورد بعبء لم يجب الاستبراء ، و هل يحرم في مدة الاستبراء غير الوطى من وجوه الاستمتاع اشكال ولو وطىء المشتري في مدة الاستبراء او استمتع بغيره وحرمانه لم يمنع ذلك كون المدة محسوبة من الاستبراء ولا يمنع وجوب الاستبراء من تسليم الجارية الى المشتري ويجوز بيع الموطوءة في الحال ولا يجوز تزويجها الا بعد الاستبراء وان اعتقها أو باعها .

المطلب الثاني في الاستبراء

قال قدس الله سره : و هل يحرم في مدة الاستبراء (الى قوله) اشكال
اقول: منشأ (من) انها كالمعتدة وكالاجنبية (ومن) حيث ان الاستبراء لمنع اجتماع المائتين في رحم واحد فيمنع الوطى خاصة ولان الاصل عدم التحريم والاصح الاول .

الفصل السابع في اجتماع العدتين

(مقدمة) معنى اجتماع العدتين اتحاد زمانهما فان زاد زمان احديهما تداخلتا اي دخل الاقل في الاكثر اذا عرفت ذلك (فنقول) اذا اجتمع على المرأة عدتان قال الشيخ في الخلاف وابن ادريس كل موضع يجتمع على المرأة عدتان لا تتداخلان بل تأتي بكل منهما على الكمال ، وقال الصدوق في المقنع اذا نعى الى المرأة زوجها فاعتدت وتزوجت ثم قدم زوجها فطلقها وطلقها الاخر فانها تعتد عدة واحدة ثلاثة قروء وقال ابن الجنيد اذا نعى الى المرأة زوجها او اخبرت بطلاقه فاعتدت ثم تزوجت بعد العدة فجاء الاول وانكر الطلاق ولم تقم به بينة فهو احق بها من هذا الزوج الثاني دخل بها اولاً ثم قال بعد كلام طويل وان طلقها الزوج بعد دخول الثاني فان عدتها واحدة فيهما جميعاً ، احتج الشيخ في الخلاف على قوله باجماع الفرقة وبانه قد ثبت وجوب العدتين عليها وتداخلهما يحتاج الى دليل ، وروى سعيد بن المسيب و سليمان بن يسار ان طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها بتهة فنكحت في آخر عدتها ففرق عمر بينهما وضربها بالمخضفة ضربات وزوجها ثم قال ايما رجل تزوج امرأة في عدتها فان لم يكن قد دخل بها وزوجها الذي تزوج بها ففرق بينهما وتأتي ببقية عدة الاول فان شاء زوجها وان كانت قد دخل

الفصل السابع في اجتماع العدتين

لو طلق بائنا ووطيء في العدة للشبهة استأنفت عدة كاملة وتداخلت العدتان و لو
وطيء المطلقة رجعيا بظن انها غير الزوجة وجب استئناف العدة (فان) وقع في القرء
الاول او الثاني او الثالث فالباقي من العدة الاولى يحسب للعدتين ثم تكمل الثانية و
له ان يراجع في بقية الاولى دون الثانية ، ولو وطيء امرأة بالشبهة ثم وطئها ثانيا
تداخلت العدتان ولا فرق بين كون العدتين من جنس واحد او جنسين بان يكون احديهما
بالاقراء والثانية بالحمل ، ولو طلق رجعيا ووطئها بظن انها غيرها بعد مضى قرء فحملت
وانقطع الدم كان له الرجعة قبل الوضع لان الحمل لا يتبعض فيكون محسوبا من بقية الاولى
وجميع الثانية ولو طلقها رجعيا ثم راجعها ثم طلقها قبل الوطى استأنفت عدة كاملة .
ولو فسخت النكاح في عدة الرجعي ففي الاكتفاء بالاكمال اشكال .

بها فرق بينهما وتأتى ببقية عدة الاول ثم تستأنف عدة الثاني ثم لاتحل له بدأ (١) وعن
علي عليه السلام مثل ذلك (٢) ولا مخالف لهما في الصحابة (احج) الصدوق بماروا مزرارة
في الصحيح عن الباقر عليه السلام في امرأة تزوجت قبل ان تنقض عدتها قال يفرق بينهما و
تعتمد عدة واحدة منهما جميعا (٣) وعن زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام في امرأة
فقد زوجها او نعى اليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال تعتمد منهما جميعا
ثلاثة اشهر عدة واحدة وليس للاخير ان يتزوجها بدأ (٤) و اجاب الشيخ بالحمل على
ان الثاني لم يدخل بها واختار والذى المصنف ان العدتين ان كانتا من واحد تداخلتا وان
كانتا من اثنتين لم تتداخلتا وهو الاصح عندي .

قال قدس الله سره : ولو فسخت النكاح (الى قوله) اشكال .

اقول : ينشأ (من) انها تفرقة قد تاكدت فلا تستأنف العدة (ومن) حيث ان الطلاق
بطل فيبطل حكمه وتستأنف عدة الفسخ ولان الفسخ ليس من جنس الطلاق فلا يبنى

- (١) (٢) لم نثر عليه فيما بايدينا من كتب الاحاديث نعم قدورد ماهو بمضمونه عن
اهل البيت عليهم السلام فراجع باب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة من الوسائل .
(٣) ثل باب ٧١ خبر ١٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .
(٤) ثل ب ١٦ خبر ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

ولو خالعه بعد الرجعة قبل لاعدة وليس بجيد ، اما لو خالعه بعد الدخول ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول فلا عدة على رأى .

ولو تزوجت المطلقة في العدة بغير المطلق لم يصح ولم تنقطع عدة الاول فان وطئها الثاني عالما بالتحريم فهي في عدة الاول وان حملت فلا عدة للثاني ولو كان جاهلا ولم تحمل اتمت عدة الاول لسبقها واستأنفت اخرى للثاني (وهل) الاول ان يتزوجها عدة احدهما على عدة الاخر والاول قول الشيخ في المبسوط واعلم ان الفسخ هنا في العدة لكن لم تسبقه رجعة .

قال قدس الله سره : ولو خالعه بعد الرجعة (قيل) لاعدة وليس بجيد
اقول : قوله (قيل) اشارة الى قول نقله الشيخ في المبسوط عن قوم وقواه فانه قال فيه ، اذا طلقها ثم راجعها ثم خالعه قبل الدخول : قال قوم تبني . وقال آخرون تستأنف وهو الصحيح عندنا . وقال قوم لاعدة عليها هي هنا وهو الاقوى والاول احوط هذا آخر كلامه (ووجه الاول) ان الطلاق بطل ايجابه للعدة بالرجعة ولم يمسه في النكاح المستجد والحل المستحدث فاشبهه ما اذا ابانها ثم جدد نكاحها وطلقها قبل ان يمسه (ووجه الثاني) وهو الاصح انه خلع في نكاح وجد فيه المباشرة وكل خلع كذلك تجب فيه العدة (اما الاولى) فلانها بالرجعة عادت الى النكاح الذي مسها فيه (والثانية) اجماعية (تفريع) على القول الاصح تستأنف العدة كما لو طلق بائنا بعد الرجعة لتباين العدين والطلاقين وعلى القول بان الخلع فسخ والفسخ يوجب استئناف العدة يجب هنا استئناف العدة .

قال قدس الله سره : اما لو خالعه بعد الدخول (الى قوله) على رأى

اقول : هذا اختيار الشيخ في الخلاف والمصنف في المختلف وقال ابن البراج في المهذب تستأنف العدة (احتج) الشيخ بقوله تعالى ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها (١) والاقوى عندي اختيار المصنف .

قال قدس الله سره : ولو تزوجت المطلقة (الى قوله) طريق الاستدامة
اقول : ويحتمل في الاول الجواز لانها في عدته (ولان) عدة الثاني عدة وطئ

ان كان باينا فى تمة عدته الاقرب المنع (لان) وطى الثانى يمنع من نكاحها بعد امتداد الزمان فمع القرب اولى (ولان) التزويج يسقط عدته فيثبت حكم عدة الثانى فيمتنع عليه الاستمتاع وكل نكاح لم يتعقبه حل (١) الاستمتاع كان باطلا ، ولو كان رجعيا جاز له الرجعة (لان) طريقها طريق الاستدامة ولهذا جوزناها فى الاحرام ، و لو حملت فان كان الحمل من الاول اعتدت بوضعه له وللثانى بثلاثة اقراء بعد الوضع ولا يتداخل وان كان من الثانى اعتدت بوضعه له واكملت عدة الاول بعد الوضع و له الرجعة فى الاكمال دون زمان الحمل ولو انتفى عنهما اكملت بعد وضعه عدة الاول واستأنفت عدة للاخير ولو احتمل ان يكون منهما (قيل) يقرع فتعد بوضعه لمن يلحق به ، والاقرب انه للثانى لانها فراشه و لو نكحت فى الرجعية فحملت من الثانى اعتدت له بوضعه ثم اكملت بعد الوضع عدة الاول وللاول الرجعة فى تمة العدة لا زمان الحمل ولا يتداخل العدتان اذا كانتا لشخصين والحد يسقط مع وطى الشبهة وتجب العدة وان كانت المرأة عالمة ويلحق به الولد وتحد المرأة ولا مهر مع علمها بالتحريم .

شبهة فلا ينافى النكاح كما لو وطئها وهى فى نكاح آخر للشبهة فانها تعتد من وطئه ولا تنافى العدة للشبهة النكاح ، والاصح عندى والذى افتى به المنع من جواز التزويج ولا اعتبار عندى باحتمال الجواز .

قال قدس الله سره : ولو حملت (الى قوله) لانها فراشه

اقول : اذا تزوجت المطلقة بغير المطلق فى العدة ودخل الثانى جاهلا فحملت بولد يمكن ان يكون من كل واحد منهما بان يكون لاقل من اقصى مدة الحمل من الاول ولم يقصر عن اقله من الثانى قال الشيخ فى المبسوط يقرع بينهما لانه يحتمل ان يكون من كل منهما فهو امر مشكل وكل امر مشكل ففيه القرعة للرواية واختيار المصنف هو الصحيح انه للثانى لانها فراش له بالفعل والاول فراشه سبق وزال وصاحب الفراش الثابت بالفعل حال الحمل اولى لقوله عَلَى الْفَرْشِ وَالْأُولَى الولد للفراش (٢) .

(١) بكسر الحاء وضم اللام المشددة فاعل .

(٢) سنن ابى داود ج ٢ باب الولد للفراش .

ولو كانت الموطوءة امة وجب عليه قيمة الولد لمولاه يوم سقط حيا ولحق بدو عليه المهر لمولاه (و قيل) العشاو نصف العشر، وعدة الطلاق من حين وقوعه حاضر اكان الزوج او غايبا والوفاة من حين بلوغ الخبر للحداد فيشكل في الامة وتعتدون اكان المخبر

قال قدس الله سره : ولو كانت الموطوءة امة (الى قوله) ونصف العشر .

اقول : الاول وهو لزوم مهر المثل قول ابن ادريس وهو احد قولى الشيخ والثانى قول آخر للشيخ (احتج) القائلون بالاول بانه عقد فيه مسمى وقد بطل فيجب مهر المثل لانه قيمة البضع (واحتج) القائلون بالثانى بما رواه الوليد بن صبيح ، عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج حرة فوجدها امة دلست نفسها له قال ان كان الذى زوجها اياه من غير مواليها فالنكاح فاسد قلت كيف يصنع بالمهر الذى اخذت منه قال ان وجدما اعطاها شيئا فليأخذه وان لم يجد شيئا فلا شيء له عليها وان كان زوجها اياه ولى لها ارتجع على وليها بما اخذت منه ولمواليها عليه عشر قيمتها ان كانت بكرأ وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها (١) وجه الاستدلال ان التدليس اعم من ان يكون باخفاء كونها جارية او كونها فى العدة والاقوى عندى وجوب مهر المثل .

قال قدس الله سره : وعدة الطلاق من حين وقوعه (الى قوله) فيشكل في الامة

اقول : ان عدة الطلاق من حين وقوعه لرواية محمد بن مسلم فى الصحيح عن الباقر عليه السلام قال اذا طلق الرجل وهو غائب فليشهد على ذلك فاذا مضى ثلاثة اقراء من ذلك اليوم فقد انقضت العدة (٢) واما عدة الوفاة فانها من حين بلوغ الخبر على الاشهر خلافا لابن الجنيد فيما اذا قامت البينة بتقدم موته (افاد المفيد) بانه لاجل الحداد (واحتج) بما رواه فى الحسن عن ابن ابي نصر، عن ابي الحسن الرضا عليه السلام : قال المتوفى عنها زوجها تعتد من حين (يوم - خل) يبلغها لانها تريد ان تحمله (٣) وفى الصحيح، عن زرارة عن الباقر عليه السلام : قال ان امات عنها يعنى وهو غائب فقامت البينة على موته

(١) ثلث ٧ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) ثلث ب ٢٨ خبر ١١ من ابواب العدد .

(٣) ثلث ب ٢٨ خبر ٤ من ابواب العدد .

فاسقاً إلا أنها لا تنكح إلا بعد الثبوت ولولم تعلم وقت الطلاق اعتدت من حين البلوغ ولو تزوجت بعد عدة الطلاق ولم تعلم بالطلاق صح النكاح إذا صادف خروج العدة وكذا الأمة المتوفى عنها زوجها إن لم نوجب الحداد إذا لم تعلم بوفاة بخلاف الحرة .

الفصل الثامن في السكنى

وفيه مطالب (الاول) في المستحق لها المطلقة ان كانت رجعية استحققت السكنى والنفقة مدة العدة حاملاً كانت او حايلاً يوماً فيوماً وان كانت بائنة لم تستحق نفقة ولا سكنى سواء بانث بطلاق او خلع او فسخ ان كانت حايلاً وان كانت حاملاً استحققت النفقة فعدتها من يوم يأتيها الخبر اربعة اشهر وعشراً لان عليها ان تحدد عليه في الموت اربعة اشهر وعشراً الحديث (١) وفي الصحيح ، عن محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام : قال اذا طلق الرجل المرأة وهو غائب فلا تعلم الا بعد ذلك بسنة او اكثر او اقل فاذا علمت تزوجت ولم تعد والمتوفى عنها زوجها وهو غائب تعدت يوم يبلغها الخبر ولو كان قدمات بسنة او سنتين (٢) اذا تقرر ذلك (فنقول) على هذا التعليل يشكل حكم الأمة من حيث انه لا حداد عليها فتنتفى علة تأخر العدة الى بلوغ الخبر فينتفى المعلول (ومن) عموم رواية محمد ابن مسلم في الصحيح ، عن الباقر عليه السلام . قال في المتوفى عنها زوجها وهو غائب تعدت يوم يبلغها الخبر ولو كان قدمات قبل ذلك بسنة او سنتين (٣) (احتج) ابن الجنيد بما رواه عبيد الله الحلبي في الصحيح ، عن الصادق عليه السلام : قال قلت له امرأة بلغها نعي زوجها بعد سنة او نحو ذلك قال فقال ان كانت حبلى فاجلها ان تضع حملها وان كانت ليست بحبلى فقد مضت عدتها اذا قامت لها البينة انه مات في يوم كذا وكذا وان لم يكن لها بينة فلتعد من يوم سمعت (٤) (اجاب) الشيخ رحمه الله بان خبر شان نادر عارضه اخبار كثيرة فالعمل عليها دونها الاقوى عندي ان عدة المتوفى عنها زوجها امة كانت او حرة من حين بلوغ الخبر .

(١) ثلث ٢٩ خبر ١ من ابواب العدد.

(٢-٣) ثلث ٢٧ خبر ١ وب ٢٨ خبر ٨ من ابواب العدد .

(٤) ثلث ٢٨ خبر ١٠ من ابواب العدد .

والسكنى الى ان تضع ، ولا فرق بين الذمية والمسلمة في الاستحقاق وعدمه (اما الامة) فلا يجب على السيد تسليمها الى الزوج دايما لان له حقا في خدمتها ولكن لانه يستخدمها في وقت الخدمة ويسلمها الى الزوج في وقت الفراغ فان سلمها الى الزوج دايما استحققت النفقة والسكنى في زمان النكاح والعدة الرجعية ، و لو رجعت المختلعة في البذل استحققت النفقة والسكنى من حين علم الزوج و الموطوءة للشبهة لاسكنى لها ولا نفقة

الفصل الثامن في السكنى

(قاعدة) المطلقة الرجعية تستحق السكنى كما تستحق النفقة لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم (١) وقال تعالى ولا تخرجنوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة (٢) والمراد بيوت ازواجهن وانما اضافها اليهن لاستحقاق السكنى لا البائن للاصل ولقوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امراً (٣) يعنى الرجعة ولانه ^{لهما} لم يجعل لفاطمة بنت قيس لما بنتها زوجها نفقة ولا سكنى وقال انما النفقة والسكنى لمن ملك زوجها رجعتها بفرقة (٤) .

قال قدس الله سره : الموطوءة بالشبهة لاسكنى لها (الى قوله) على اشكال اقول : هذه مسألة مبنية على ان النفقة هل هي للحمل في الطلاق البائن او للحامل فقال الشيخ انها للحمل لوجودها بوجوده وانتفائها بانتفائه كالزوجية فانها لما ثبتت بنت النفقة ولما انتفت فكانت كالزوجية وقال ابن زهرة انها للحامل لانها لو كانت للولد لسقطت عن الاب بيساره كما لو ورث من اخيه لايه وابوه قاتله ولا وارث له سواء

(١) الطلاق ٦ (٢-٣) الطلاق ١

(٤) سنن ابي داود ج ٢ باب في نفقة المبتوتة الى قوله ولا سكنى - نعم في صحيح مسلم ج ٤ في باب المطلقة ثلاثا لانفقة لها استدلت بنت قيس على مروان لما انكر الحديث مستدلا (بقوله) تعالى (لاتخرجنوهن من بيوتهن) (بقولها) - هذا لمن كانت لمراجعة انتهى فيظهر منه ان جملة انما النفقة الخ ليست من كلام النبي (ص) .

وكذلك المنكوحة نكاحاً فاسداً وأم الولد إذا اعتقها سيدها أمالو كانت احديهن حاملاً فانها تستحق النفقة والسكنى على اشكال ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ولا سكنى فان كانت

ولوجبت على الجدمع فقد الاب لكن التالى فى القياسين باطل فالمقدم مثله (واجاب) والذى بمنع بطلان التالى فيهما فعلى هذه القاعدة اذا قلنا انها للحمل تجب وان قلنا للحامل لا تجب .

قال قدس الله سره : ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها (الى قوله) والاقرب

السقوط.

اقول: هنا مسألتان الف لانفقة للمتوفى عنها زوجها اذا كانت حاتلاً اجماعاً لزوال السبب وان كانت حاملاً فكذلك لانفقة لها على المتوفى (وهل) يجب على نصيب الولد اختلف الاصحاب فيه فقال الشيخ فى النهاية يجب واختاره ابن الجنيد ومحمد بن بابويه و ابو الصلاح وابن البراج وابن حمزة وقال ابن ادريس لا ينفق عليها واختاره المصنف وهو مذهب ابن ابي عقيل وهو اختيار الشيخ فى الاستبصار وصد ربه الباب و ادعاه (احتج) الاولون بوجوده (الف) قوله تعالى و ان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن (١) وهو عام (ب) مارواه محمد بن مسلم فى الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذى فى بطنها (٢) (ج) نفقة الحامل هنا نفقة الحمل ونفقة الحمل من ماله (اما الصغرى) فلما تقدم (واما الكبرى) فظاهرة ان المال قد انتقل الى الوارث وليس عليه نفقة الحمل (والجواب) عن الاول ان الخطاب فى الاية للازواج ولا يتوجه الى الميت فالمراد المطلقات (وعن الثانى) بانه معارض بما رواه العلاء فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن المتوفى عنها زوجها ألها نفقة ؟ قال لا- ثم قال ينفق عليها من مالها (٣) و ترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يدل على العموم فى المقال (وعن الثالث) ان الحمل لا يجب عليه شىء

(١) الطلاق ٦ (٢) مثل ب ١٠ خبر ١ من ابواب النفقات ولكن الخبر عن ابي الصباح

الكنانى عن الصادق (ع) .

(٣) مثل ب ٩ خبر ٦ من ابواب النفقات.

حاملًا قيل ينفق عليها من نصيب الحمل والاقرب السقوط ، ولو طلقها رجعيًا ناشزًا لم تستحق سكنى لانها في صلب النكاح لاستحقها الا ان تكون حاملًا وقلنا النفقة للحمل ولو اطاعت في اثناء العدة استحققت وكذا لو نشزت في اثناء العدة سقطت السكنى فان عادت استحققت ، ولو فسخت نكاحه لردته عن غير فطرة استحققت ولو فسخ نكاحها لردتها لم تستحق

المطلب الثاني في صفة السكنى

لا يجوز للمطلقة رجعيًا ان تخرج من بيتها الذي طلقت فيه ما لم تضطر ، ولا يجوز للزوج اخراجها الا ان تاتي بفاحشة مبينة ، وهو ان تفعل ما يوجب حدًا فتخرج لاقامته ، وادنى ما تخرج له ان تؤذى اهل الزوج و تستطيل عليهم بلسانها ، و لو كان منزلها في طرف البلد وخافت على نفسها جاز نقلها الى موضع مأمون وكذلك اذا كانت بين قوم فسقة او خافت انه دام المنزل او كان مستعاراً ارمستأجرأ وانقضت مدته جاز له اخراجها ، ولها ايضاً الخروج لو طلقت في مسكن دون مستحقها فان رضيت بالمقام فيه والواجب لها

ولا يحكم بملكه الامع انفصاله حياً كما قال الشيخ المفيد انه قبل خروجه حيا الى الارض لا مال له وكيف ينفق على الجبلى من مال من لا مال له (احتج) الآخرون بما رواه ابو الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها لها نفقة قال لا (١) وفي الحسن عن الحلبي عن الصادق عليه السلام انه قال في الجبلى المتوفى عنها زوجها انه لا نفقة لها (٢) وهذا هو الاصح عندى للاصل ولقوله عليه السلام انما النفقة للتي يملك زوجها رجعتها (٣) (ب) لاسكنى للمتوفى عنها زوجها ان كانت حائلا قولاً واحداً وان كانت حاملًا قال بعض الجمهور ولها السكنى وقال الشيخ لها من نصيب ولدها والاقوى انه لا سكنى لها (احتج) القائلون بالوجوب بقوله تعالى **والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج (٤)** نسخ بعض المدة وبقي باقيها على الوجوب (والجواب) انها منسوخة والحمل لا يجب عليه شيء قبل خروجه.

(١) ثل ب ٩ خبر ٢ من ابواب النفقات .

(٢) ثل ب ٩ خبر ١ من ابواب النفقات

(٣) قدمر الكلام على هذا الحديث آنفاً (٤) البقرة ٢٤١

الخروج والمطالبة بمسكن يناسبها ، ولو تمكن الزوج من ضم بقعة اخرى اليها يصير باعتبارها مسكنا يمثلها لزمه ذلك ، ولو كان مسكن امثالها لكنه يضيق عنها وعن الزوج وجب عليه الارتحال عنها واذا سكنت في مسكن امثالها بعيدة عن الزوج واهله فاستطالت عليه وعليهم لم تخرج منه بل يؤد بها الحاكم بما تنزجر به ، و لو اتفقا على الانتقال من مسكن امثالها الى غيره مثله او ازيد او ادون لم يجوز منعها الحاكم من الانتقال (لان) حق الله تعالى تعلق بالسكنى بخلاف مدة النكاح ، ولو طلقت في مسكن ازيد من امثالها بان يكون دارين تنفرد كل واحدة بمراقبتها جاز للزوج بناء حاجز بينهما ، ولو اراد الزوج ان يساكنها فان كانت الطلقة (المطلقة - خل) رجعية لم يمنع وان كانت باينة منع الا ان يكون معها من الثقات من يحتشمه الزوج .

فروع

(الف) اذا اضطرت الى الخروج خرجت بعد نصف الليل وعادت قبل الفجر
 (ب) لا تخرج في النجفة المندوبة الا باذنه وتخرج في الواجب وان لم يأذن وكذا ما تضطر اليه ولا وصلة لها الا بالخروج وتخرج في البائنة ابن شائت وان كانت حاملا والمتوفى عنها زوجها تخرج ابن شائت وتبيست اي موضع ارادت (ج) لو ادعى عليها غريم احضرها مجلس الحكم ان كانت برزة والافلا ولو وجب حد او قصاص او امتنعت من اداء دين جاز للحاكم اخراجها لاقامته وجسبها حتى تخرج من الدين (د) البدوية تعتد في المنزل الذي طلقت فيه وان كان بيتها من وبر او شعر فلو ارتحل النازلون منه ارتحلت معهم وان بقي اهلها فيه اقامت معهم ان امت .

ولو رحل اهلها وبقي من فيه منعة وتامن معهم فالاقرب جواز الارتحال مع الاهل

المطلب الثاني في صفة السكنى

قال قدس الله سره : ولورحل اهلها (الى قوله) بالتفرد عنهم .
 اقول (ومن) عموم قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة (١) والاقوى عندي اختيار المصنف .

دفع الضرر الوحشة بالتفرد عنهم اما لو هربوا عن الموضع لعدّ و فان خافت هربت معهم والا اقامت لان اهلها لم ينتقلوا (ه) لو طلقها وهي في السفينة فان كانت مسكنها اعتدت فيها والا اسكنها حيث شاء، وهل له اسكانها في سفينة تناسب حالها الاقرب ذلك (و) لو طلقت وهي في دار الحرب لزمها الهجرة الى دار الاسلام الا ان تكون في موضع لا تخاف على نفسها ولا دينها (ز) لو حجر الحاكم بعد الطلاق عليه كانت احق بالعين مدة العدة ولو سبق الحجر ضربت مع الغرماء باجرة المثل والباقي من اجرة المثل في ذمة الزوج وتضرب باجرة جميع العدة بخلاف الزوجة فانها تضرب باجرة يوم الحجر وكذا تضرب بالاجرة لو كان المسكن لغيره ثم حجر عليه (ح) اذا ضربت باجرة المثل فان كانت معتدة بالاشهر فالاجرة معلومة وان كانت معتدة بالاقرء او الحمل ضربت مع الغرماء باجرة السكنى اقل الحمل او مدة العادة فان لم يكن عادة فاقل مدة الاقرء فان لم تضع اولم تجتمع الاقرء اخذت نصيب الزايد تضرب به ايضا لو فسد الحمل قبل اقل المدة رجعت عليها بالتفاوت (ط) لو طلقها غايبا او غاب بعد الطلاق ولم يكن له مسكن مملوك ولا مستأجر استدان الحاكم عليه فدراجرة المسكن وله ان يأذن لها في الاستدانة عليه

قال قدس الله سره : وهل لها اسكانها (الى قوله) الاقرب ذلك .

اقول : اذا طلقها وهي في السفينة فان كانت تلك السفينة مسكنها تعيّن للعدة فيها وان لم تكن مسكنها لها بل مسكنها المعتاد السفن لا غيرها فان نقلها الزوج الى بيت كان له ذلك وهل له اسكانها في سفينة يناسب حالها ام لا ، قال المصنف الاقرب ذلك (ووجه القرب) ان التقدير ان السفينة مسكن معتاد لها وليس لها مسكن غيرها فيجوز له اسكانها نظرا الى العادة الشخصية (ويحتمل) وجوب اسكانها في بيت لان اطلاق الشارع انما يحتمل على الاغلب لا على النادر والاقرب الاول .

قال قدس الله سره : لو طلقها غائبا (الى قوله) فالوجه رجوعها عليه .

اقول : لانها مطلقة رجعية وكل مطلقة رجعية فنفتها و سكنها كالدين (اما الصغرى) فظاهرة (واما الكبرى) فاجماعية ويحتمل عدم الرجوع اذ لم يأذن لها هو و هو ظاهر ولاوليه مع القدرة عليه ان وليه الحاكم فانه ولي الغياب فكانت متبرعة و

ولو استأجرت من دون اذنه فالوجه رجوعها عليه (ى) لو سكنت في منزلها ولم تطالب بمسكن فليس لها المطالبة بالاجرة (لان) الظاهر منها التطوع ولو قالت قصدت الرجوع ففيه اشكال ، ولو استأجرت مسكنا فسكنت فيه لم تستحق اجرته لانها تستحق السكنى حيث يسكنها لايحيث يتخير ولو طلقت وهي في منزلها كان لها المطالبة بمسكن غيره او باجرة مسكنها مدة العدة .

(يا) لو مات بعد الطلاق الرجعى سقط حقها في بقية العدة الامع الحمل على رأى (يب) لا تسلط للزوج في غير الرجعى بل لها ان تسكن حيث شاءت (يج) لو طلقها ثم باع المنزل فان كانت معتدة بالاقراء لم يصح البيع لتحقق الجباله وان كانت معتدة بالاشهر صح والحمل كالاقراء .

المطلب الثالث في اذن الانتقال

لو كانت تسكن منزلا لزوجها او استأجره او استعاره فاذن لها في الانتقال ثم طلقها وهي في المنزل الثاني اعتدت فيه ، ولو طلقها وهي في الاول قبل الانتقال اعتدت فيه ولو طلقت في طريق الانتقال اعتدت في الثاني والانتقال انما هو بالبدن لا بالمال فلوا انتقلت الى الثاني ولم تنتقل رحلها سكنت فيه ، ولو نقلت رحلها ولم تنتقل بعد سكنت في الاول ، ولو انتقلت الى الثاني ثم رجعت الى الاول لنقل رحلها او لغرض آخر فطلقت فيها اعتدت الاقوى الاول .

قال قدس الله سره : لو سكنت في منزلها (الى قوله) ففيه اشكال .
اقول: ينشأ (من) انها اعرف بقصدها ولان سكنها في منزلها و عدم مطالبته مع تمكنها من المطالبة تكون قاضية لدينه بغير اذنه و لا اذن شرعى فلا ترجع كمن قضى دين غيره بغير اذنه ولا اذن شرعى (ومن) اصالة البرائة و الحق عندى رجوعها لان حق السكنى لها ثابت فلا يسقط الا بادائه اليها او اسقاطها صريحا او علم التبرع و ليس شيء من هذه ثابت هنا .

قال قدس الله سره : لو مات بعد الطلاق (الى قوله) على رأى .

اقول: قد تقدم الخلاف في ان الحامل المتوفى عنها زوجها هل ينفق عليها ام لا

في الثاني ، ولو اذن لها في السفر ثم طلقها قبل الخروج اعتدت في منزلها سواء نقلت رحلها وعيالها الى البلد الثاني اولا .

ولو خرجت من المنزل الى موضع اجتماع القافلة او ارتحلوا فطلقت قبل مفارقة المنازل فالاقرب الاعتداد في الثاني ، ولو كان سفرها للتجارة او الزيارة ثم طلقت فالاقرب انها تتخير بين الرجوع والمضى في سفرها ولو نجزت حاجتها من السفر ثم طلقت رجعت الى منزلها ان بقي من العدة ما يفضل عن مدة الطريق والآفلا ، ولو اذن لها في الاعتكاف

المطلب الثالث في اذن الانتقال

(مقدمة) المعتدة المستحقة للسكنى تسكن في المسكن الذي كانت فيه عند الفراغ الا ان يمنع مانع على ما يسنه المصنف وليس لها الخروج منه ولا للزوج الاخراج ولا لهما ما ورد في القرآن العزيز ولو اتفقا على النقلة منع الحاكم لان فيه حق الله تعالى كما ان في العدة حقا له تعالى وتفارق سكنى النكاح لتمحضها للزوجين فان انتقلت من مسكن الى آخر ثم طلقت اعتدت في الثاني ولا اعتبار بنقل رحلها خاصة .

قال قدس الله سره : ولو خرجت من المنزل (الى قوله) في الثاني .

اقول : وجه القرب انها فارقت الاول باذن الزوج قاصدة الى الثاني باذن الزوج قبل الطلاق فكان كما لو طلقت في الطريق فتعدت في الثاني (ومن) حيث انها ليست في هوى في حكم الاول فترجع اليه والاول اقوى .

قال قدس الله سره : ولو كان سفرها للتجارة (الى قوله) في سفرها .

اقول : لما بين المصنف حكم سفر الانتقال ذكرهنا سفر غيره وهو نوعان مباح محض كالتيجارة وطاعة كالزيارة فاذا طلقت بعد استقرارها في السفر فيه احتمالات ثلاثة (الف) انها تتخير في الرجوع والمضى في سفرها لانها غير مستوطنة لواحد منهما ولان الاول مسكنها لم تنتقل عنه فجاز الرجوع اليه ولانها صارت الى الموضع الذي اذن لها فيه وهو السفر فجاز لها المضى فيه ولان عليها مشقة في الرجوع (ب) اعتدادها في السفر (ج) الرجوع لانه منزلها والاقوى عندي اختيار المصنف .

قال قدس الله سره : ولو اذن لها في الاعتكاف (الى قوله) على اشكال اولا .

ثم طلقها خرجت وقصته ان كان واجبا سواء تعين زمانه على اشكال اولاً، ولو اذن لها في الخروج الى منزل آخر ثم طلقها في الثاني ثم اختلفا فقالت نقلتني فانا اعتد في الثاني فقال ما نقلتك احتل تقديم قولها (لان) الاذن في المضي اليه للنقلة وتقديم قوله (لانه) اختلاف في قصده وهو اقرب .

الباب الثاني في الخلع وفيه مقصدان

(الاول في حقيقته) وهو ازالة قيد النكاح بفدية ويسمى خلعاً لان المرأة تخلع لباسها من لباس زوجها قال الله تعالى **هن لباس لكم وانتم لباس لهن**

اقول: الاشكال فيما اذا تعين زمانه ومنشأه (من) تعارض الواجبين المضيئين المعينى الزمان (فان قلنا) بوجود الخروج هل يجب القضاء ، فيه اشكال ينشأ (من) ان العذر ليس باختيارها وعدم قبول الزمان له فلم ينعقد النذر وكذا اذا قلنا بوجود اليوم الثالث بعد اعتكافها يومين فانه في نفس الامر لم يكن اعتكاف اليومين صحيحاً لتعذر الثالث فلا يجب القضاء (ومن) انه قد وجب عليها بالنذر اليوم الثالث ولم تفعل فيجب القضاء لاصالة صحة النذر كالحيض في رمضان .

قال قدس الله سره : ولو اذن لها في الخروج (الى قوله) وهو اقرب

اقول : اذا اذن لها في الخروج الى منزل آخر ثم طلقها واختلفا فقالت نقلتني الى هذا الموضع و قال ما نقلتك احتل تقديم قولها وهو قول بعض الفقهاء لان اذنه لها في المضي الى هذا الموضع ظاهره الانتقال فكانت دعواها توافق الظاهر لانه في الحال في المنزل الثاني فهو كشيء في يد انسان يدعيه غيره فخرج بعض الخلاف من تعارض الاصل والظاهر فان الاصل عدم الاذن في النقلة و اختار المصنف تقديم قوله لانه اختلاف في ارادته وقصده فالقول قوله في ذلك كما لو خاطب بلفظ محتمل لمعنيين حقيقة ثم اختلف القائل والمخاطب في قصده فان القول قول المتكلم هذا اذا كان الاذن في المضي اليه من غير ذكر شيء آخر اما لو ادعت انك قلت اخرجني للنقلة فانكر فالقول قوله ولو ادعى اني قد قلت اخرجني لحاجة او للنزهة فانكرت فالقول قولها والحق عندي الثاني .

وفي وقوعه بمجرد من غير اتباع بلفظ الطلاق قولان

الباب الثاني في الخلع

مقدمة الخلع بفتح الخاء النزع ومنه خلع الرجل ثوبه وبضمها ازالة قيد النكاح بعوض منها وكراهتها للزوج دونه بلفظ خلعت وعرفه المصنف بانه ازالة قيد النكاح بفدية والمراد فدية لازمة لماهيته فلا يرد النقص بالطلاق بعوض وسمى خلعا استعارة من نزع الثوب لقوله تعالى **هن لباس لكم وانتم لباس لهن (١)** فكان كل واحد منهما بمفارقة الآخر نزع لباسه ويسمى الخلع اقتداء لان المرأة تفقد نفسها من زوجها بيذله والاصل فيه قوله تعالى **فان خفتن الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به (٢)** وحبيبة بنت سهل خالعتها زوجها ثابت بن قيس على حديقة كان اصدقها اياها بين يدي رسول الله ﷺ باذنه (٣) وهو اول خلع وقع في الاسلام .

قال قدس الله سره : وفي وقوعه بمجرد (الى قوله) قولان .

اقول: قال المفيد، والمرضى ، وابن الجنيد يقع بمجرد من غير اتباع بلفظ الطلاق وهو الظاهر من كلام ابن ابي عقيل والصدوق وسالروا ابن حمزة، وقال الشيخ في المبسوط لا يقع بمجرد بل لابد من التلفظ بالطلاق وهو مذهب ابن البراج في المذهب وابن ادريس ويظهر من كلام ابي الصلاح واختار شيخنا في المختلف وقوعه بمجرد وهو الاقوى عندى (لنا) مارواه محمد بن اسماعيل بن بزيع في الصحيح قال سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارى زوجها او تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك او هي امرأته ما لم يتبعها بالطلاق فقال تبين منه فان شاء ان يرد لها ما اخذ منها فتكون امرأته فعل، قلت له قد روى انها لا تبين منه حتى تتبعها بالطلاق قال ليس ذلك اذن خلع فقلت تبين منه فقال نعم (٤) وهو نص في الباب (احتج) الشيخ بما رواه موسى

(١) البقرة ١٨٧ (٢) البقرة ٢٢٩ (٣) سنن ابي داود (ج ٢) باب في الخلع

(٤) ثلث ٣ خبر ٩ من كتاب الخلع

(وهل) هو فسخ او طلاق فينقص به عدده قولان، و هو (اما حرام) كان يكرهها لتخالعه
ويسقط حقها فلا يصح بذلها ولا يسقط حقها ويقع الطلاق رجعيان تبع به والابطل وكذا
لو منعها حقها من النفقة وما استحقه حتى خالعه على اشكال

ابن بكر عن ابي الحسن الاول عليه السلام قال المختلعة يتبعها الطلاق مادامت في عدتها الحديث (١)
والجواب - موسى بن بكر واقفي وفي الطريق ايضا علي بن فضال وفيه قول.

قال قدس الله سره : وهل هو فسخ او طلاق فينقص به عدده قولان .

اقول: الخلع يقع به البينونة اجماعا والخلاف في انه هل فسخ او طلاق قال
المرضى وابن الجنيد انه طلاق وينقص من عدد الطلاق و اختاره والدى في المختلف
وقال الشيخ فريعا على القول بوقوعه بمجرد، الاولى انه فسخ لا طلاق والآلان كناية
في الطلاق لا صريحا والطلاق لا يقع بالكناية (احتج) الشيخ بقوله تعالى **الطلاق**
مرتان ثم قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به (٢) ثم قال فان طلقها فلا تحل له
من بعد حتى تنكح زوجا غيره (٣) فذكر تطليقتين والخلع و تطليقة بعدها فلو كان
الخلع طلاقا لكان اربعا (ولانها) فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسحا
كسائر الفسوخ والاقرب عندي اختيار المرضى لانها بذلت عوضا عن التفرقة التي يملكها
الزوج والفرقة التي يملك الزوج ايقاعها هو الطلاق دون الفسخ (ولان) ثابت بن قيس لما
خلع زوجته بين يدي النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يأمره بلفظ الطلاق بل لما خالعا قال لها رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم اعتدي ثم التفت الى اصحابه فقال هي واحدة (٤) (ولان) الزوجين لا يملكان
فسخ النكاح بالتراضي لان المقصود منه الدوام والتاكيد وينقر ع على ذلك انه هل ينقص
به عدد الطلاق (فان قلنا) انه فسخ لم ينقص به (والا) نقص وعلى انه فسخ يجوز
تجديد النكاح والخلع من غير حصر ولا احتياج الى محلل في الثالث وبخلاف ذلك
على انه طلاق .

قال قدس الله سره : وهو اما حرام (الى قوله) على اشكال .

(١) مثل باب ٣ خبر ١ من كتاب الخلع

(٢) البقرة ٢٢٩ (٣) البقرة ٢٣٠ (٤) قد مر آنفاً

(واما مباح) بان تكره المرأة الرجل فتبذل له ما لا يخلعها عليه (واما مستحب) بان تقول لادخلن عليك من تكرهه (وقيل) يجب ، ولو خالعتها والاخلاق مثقلة لم يصح الخلع ولا يملك الفدية ، ولو طلقها حينئذ بعوض لم يملكه ووقع رجعيًا .

ولواتت بالفاحشة جاز عضلها لتفتدى نفسها (وقيل) انه منسوخ فلوضر بها لنشوزها

اقول: ينشأ (من) انه اكره اولاً لان منع فوائد النكاح وحقوقه ينفي فائدته فكان اكرها (ومن) ان عدولها عن طلب حقها من النفقة وما تستحقه الى طلب الخلع يدل على اختيارها له فلا يعد اكرها والاقوى عندي انه لا يصح لقوله تعالى **فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً (١)** شرط في حل الفدية اختيارهن وطيبة نفوسهن وهو منتف لقوله تعالى **ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً (٢)** .
قال قدس الله سره : واما مستحب (الى قوله) وقيل يجب .

اقول: الاول هو المشهور والثاني اختيار الشيخ في النهاية وابي الصلاح وابن البراج في الكامل وابن زهرة والاول هو الحق للاصل (واحتج) الشيخ بوجوب النهي عن المنكر ولا يتم الا بهذا الخلع وما لا يتم الواجب الآبه فهو واجب (و الجواب) المنع من المقدمة الثانية قال و الذي في المختلف و الظاهر ان مراد الشيخ بذلك شدة الاستحباب .

قال قدس الله سره : ولواتت بالفاحشة (الى قوله) منسوخ .

اقول: وجه الاول قوله سبحانه وتعالى **ولا تعضلوهن لتذهبن** و بعض ما آتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة (٣) والاستثناء من النهي اباحة (ولانها) اذا زنت لم تأمن ان تلحق به ولداً من غيره فتفسد فراشه فلا تقيم حدود الله تعالى في حقه فيدخل في قول الله تعالى **فان خفتن الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به (٤)** (ووجه الثاني) لما تقدم وقوله تعالى **فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً (٥)** والمشروط عدم عند عدم الشرط - واجاب بعضهم عن

(١) النساء ٤ (٢) البقرة ٢٢٩ (٣) النساء ٢٣

(٤) البقرة ٢٢٩ (٥) النساء ٤

جاز حينئذ خلعها ولم يكن اكرها ويجوز الخلع بسطان وغيره وليس له الرجعة سواء امسك العوض او دفعه نعم لورجعت هي في البذل جازله الرجوع في العدة وليس له ان يتزوج باختها ولا برابعة بعد رجوعها في البذل (وهل) له ذلك قبله اشكال (منشأ من حيث البيئونة ومن حيث انها مترلز لـخ) فان جوزناه فرجعت في العدة فالاقرب جواز رجوعها وليس له حينئذ ان يرجع ولو كانت ثالثة فالاقرب انه لارجعة لها في بذلها ولورجعت و لما حجة الاولين بان الآية الاولى التي استدلوا باستثنائها منسوخة قال الشيخ في المبسوط ما معناه ان النسخ خلاف الاصل يحتاج الى دليل ولم يثبت واختار رحمه الله الاول و هو الاقوى عندي .

قال قدس الله سره : نعم لورجعت هي (الى قوله) اشكال .

اقول: ينشأ (من) حيث البيئونة (ومن) حيث انها مترلزة وايضاً من انه في حكم الرجعي (ومن) انه بائن قبل الرجعة والاقوى عندي انه لا يجوز لانه يستلزم امكان ان يجتمع الاختان او اكثر من العدد في حباله ورجعته شرعا وهو محال .

قال قدس الله سره : فان جوزناه (الى قوله) ان يرجع ،

اقول : وجه القرب وجود المقتضى وعدم المانع لانه لا مانع لها وعدم رجوعه لمانع ولم يثبت في حقها (ومن) حيث ان تمكنه من الرجوع لازم لرجوعها واللازم منتف فينتفي الملزوم .

قال قدس الله سره : ولو كانت ثالثة فالاقرب انه لارجعة لها .

اقول: وجه القرب هنا مبني على مقدمتين (الف) ان الخلع طلاق (ب) انما يكون لها الرجوع في البذل في كل موضع يمكن رجوع الزوج في النكاح بالنظر الى الخلع لا بسبب ادخارجي يمكن زواله فانه او خالعه اتم تزوج باختها او بالخامسة قبل رجوعها وقلنا بصحته فان الاقرب عند المصنف ان لها الرجوع لان منع رجوعه انما هو لعارض يمكن زواله كأن يطاق الاخت او الخامسة بائنا في العدة فان له الرجوع حينئذ لزوال المانع بخلاف ما اذا كانت ثالثة فان هذا الخلع لا يمكن معه الرجوع لذاته وايضا فقد قيل ان رجوعها يصير الطلاق رجعيًا وهذا لا يمكن ان يصير رجعيًا البتة

تعلم حتى خرجت العدة فالاقرب صحة رجوعها ومنع رجوعه ولو رجع ولما يعلم برجوعها فصادف رجوعها فى العدة صح ولا يصح طلاقها قبل الرجوع فى البذل ولا بعده ما لم يرجع فى النكاح بعد رجوعها .

المقصد الثانى

فى اركانه وفيه مطالب

(الاول الخالع) ويشترط فيه البلوغ، والعقل، والاختيار، والقصد؛ (فلا يقع) من الصغير وان كان مرافقا ولا من المجنون المطبق، ولو كان يعتوره ادواراً صح حال افاقته، ولو ادعت وقوعه حال جنونه وادعى حال الافاقة او بالعكس فالاقرب تقديم مدعى الصحة (ولا من المكره) الامع قرينة الرضا كأن يكرهه على الخلع بمائة فيخلعها بمائتين او بفضة فيخلعها بذهب، ولو ادعى الاكراه لم يقبل الامع البينة وتكفى القرينة فانه من الامور الباطنة (ولا يقع) مع السكر الراجع للقصد ولو لم يرفع قصده صح ويقبل قوله مع اليمين فلا يمكن رجوعها (ويحتمل) ضعيفاً جواز رجوعها للعموم وهذا الاحتمال لا اعتبار به عندى .

قال قدس الله سره : ولو رجعت (الى قوله) ومنع رجوعه

اقول: وجه القرب لوجود المقتضى وعدم المانع كما تقرر (ويحتمل) عدم صحة رجوعها لانه مستلزم لتخييره فى الرجوع ولم يحصل لانه موقوف على علمه و عدمه منها (اى عدم الرجوع من الزوجة لانه لم تعلم الرجوع على البذل به - خ) (واعلم) ان كلام الاصحاب كالشيخ يظهر منه تلازم جواز رجوعها .

المقصد الثانى فى اركانه

وفيه مطالب (الاول الخالع)

قال قدس الله سره : ولو ادعت (الى قوله) مدعى الصحة

اقول: لعموم النص على تقديم قول مدعى الصحة فى الواقع مع امكانها (ومن) حيث الجهل بالشرط فان التقدير ان الجنون يعتوره ادواراً فخرج عن مقتضى الطبيعة

(ولا يقع) مع الغضب الراجع للقصد (ولا) مع الغفلة والسهو ، ولو خالع ولي الطفل بمهر المثل صح ان قلنا هو فسخ والافلا ، ولو خالع بدونه لم يصح الامع المصلحة ولو خالع السفية بعوض المثل صح ولا يقبضه بل وليه فان سلمته اليه لم تبرأ فان كان باقيا اخذه وليه وبرئت وان اتلفه كان للولي مطالبتها به لا بمهر المثل وليس لها الرجوع على السفية بعد فك الحجر لانها سُلطت على اتلافه بتسليمه اليه ، ولو اذن لها الولي في الدفع الاصلية وهو العقل وتساوى احتمال جنونه واحتمال عقله حال وقوع الخلع والعقل شرط في صحته فقد تساوى احتمال حصول الشرط واحتمال عدمه ولا شك ان المشروط لا يمكن تحققه الا بعد تحقق الشرط ولم يحكم به مع احتمال وجوده وعدمه احتمالا متساويا بخلاف ما لو لم يعتوره لان جنونه على خلاف الاصل اذ مقتضى الطبيعة الانسانية العقل فجنونه مرجوح وهنا مساو (وانا) في هذه المسألة من المتوقفين .

قال قدس الله سره : ولو خالع ولي الطفل (الى قوله) والافلا .

اقول: صحة خلع ولي الطفل موقوف على مقدمات اربع (الف) انه فسخ (ب) انه لا يحتاج الى ان يتبع بالطلاق (ج) ان يكون بمهر المثل او باقل مع مصلحة الطفل ولا بد من اعتبار المصلحة في الصورتين (د) ان الولي يملك فسخ النكاح وعلى القول بان الخلع طلاق او يتوقف على اتباعه بالطلاق فانه لا يقع من الولي .

قال قدس الله سره : ولو خالع السفية (الى قوله) برائة ذمتها .

اقول: كل من صح استقلاله بالطلاق صح استقلاله بالخلع ويتفرع على ذلك صحة الخلع من السفية وذكره والدي عليه منى السلام هنا بعوض المثل ولا شك في صحته بعوض المثل لكن ان كان قصده الصورة الاجماعية واعرض عن غيرها وهو حكم ما نقض فلا شك فيه وان قصدا شراطه فعندي فيه نظر لانه لا يزيد عن الطلاق مجانا وطلاقه مجانا نافذ خصوصا على القول بان طلاق وعلى القول بصحة النكاح لوزوج الولي الصغيرة بدون مهر المثل فصحة الخلع هنا اولى واطلق والدي في التحريم صحة خلع السفية ولم يشترط عوض المثل وهذا هو الصحيح عندي ، ويتفرع على صحة خلع السفية ملكه للعوض وضمانها له الى ان يصل الى مستحق القبض والسفية لا يستحق قبضه فلا تبرء بتسليمه

اليه فالاقرب برائة ذمتها ، وفي الصبي لو اذن لها الولي اشكال وكذا المجنون اقربيه
عدم البرائة ، وهل لها الرجوع على الولي مع جهلها اقربيه ذلك لانه سبب ، وهل للعبد
الخلع بغير اذن مولاه اشكال اقربيه ذلك ان جعلناه طلاقا او فسحا على اشكال والعوض

اليه فاذا سلمته اليه كان في ضمانها وقدم السبب هنا على المباشر (لانها) بتسليمها اليه
سلطته عليه فصار السبب اقوى ولا ترجع على السفيه بعد رشده وترجع على العبد بعد
عتقه (لانه) كلما كان نفى الضمان للحجر لحق الغير نفى الحجر ما بقي حق الغير
وكلما كان لحفظ ماله لنقص فيه اقتضى نفى الضمان حالا وما لا والالم يحصل حفظ ماله
فانفتت فائدة الحجر فيرجع بالابطال على الاصل هذا اذا كان التسليم بغير اذن الولي فان
اذن الولي لها في التسليم فالاقرب برائة ذمتها (ووجهه) انه تسليم ما ذون فيه ممن
له الولاية فكان ميرثا لذمتها (ويحتمل) العدم لانه اذن فيما لا يصح والاصح الاول
وانما طولنا في هذه المسألة لانها موضع اشتباه .

قال قدس الله سره : وفي الصبي (الى قوله) اقر به عدم البرائة

اقول : منشأ الاشكال (من) امر الولي (ومن) عدم اعتبار قبضتهما وهذا هو الاقرب
والاصح عند والدي وعندى والفرق بينهما وبين السفيه ظاهر لانه مكلف .

قال قدس الله سره : وهل لها الرجوع (الى قوله) لانه سبب .

اقول : ويحتمل العدم ايضاً لفساد الاذن وتفريطها بتسليمها الى من لا يصح قبضه
باذن فاسد وجاهل الحكم لا يعذر والحق الاول لان اذنه سبب للاتلاف والمباشر ضعيف
والولي غيرها بالتسليم الى الصبي و المغرور يرجع على من غره لانه هنا هو المتلف بأمره
وكان يمكنه الحفاظ بقبضه فان امتنع رجوع الصبي بعد بلوغه على المرأة رجوع على الولي
كما لو سلمه الولي شيئاً من ماله فاتفقه والحق الاول .

قال قدس الله سره : وهل للعبد الخلع (الى قوله) على اشكال

اقول : وجه احتمال وقوفه على اذن الولي انه معاوضة لانه اقتداء لقوله تعالى
فلا جناح عليهما فيما افتدت به (١) وكل اقتداء معاوضة مآ والعوض يملكه المولى

لمولاه و عوض المكاتب له و لو دفعت الى العبد فاتفقه رجعت عليه بعد عتقه بخلاف المحجور عليه لانه حجر عليه لحفظ ماله فلو جعلنا عليه رجوعا بعد الحجر لم يفد الحجر شيئاً ، و يصح الخلع من المريض وان كان بدون مهر المثل و يصح خلع المحجور عليه للقلس و خلع المشرك ذمياً او حربياً فان تعاقدا الخلع بعوض صحيح ثم ترافعا امضاء الحاكم وان كان فاسداً كالخمر و الخنزير ثم ترافعا بعد التقابض فلا اعتراض وان كان قبله لم يامر به باقباضه و اوجب القيمة وان تقابض البعض اوجب بقدر الباقي من القيمة ولو اسلما ثم تقابضا ثم ترافعا ابطال القبض و اوجب القيمة .

المطلب الثاني المختلعة

ويشترط فيها ما تقدم في الخالع وان تكون طاهراً طهراً لم يقربها فيه بجماع ان كانت مدخولاً بها غير يائسة وكان الزوج حاضراً معها وان تكون الكراهية منها و يصح خلع الحامل وان رأت الحيض وغير المدخول بها معه واليائسة و ان وطئها في طهر المخالعة ، و لو وطئ الصغيرة جاز له خلعها اذا بذل الولي و للولي الخلع عن المجنونة و يبذل مهر مثلها فما دون ، و لو خالعت المريضة بمهر المثل صح من الاصل ولوزاد فالزيادة من الثلث فلو خالعت على مائة مستوعبة ومهر مثلها اربعون صح له ستون .

فيقف على اذنه والحق انه (ان قلنا) انه طلاق والطلاق بيده فكان هذا الخلع بيد العبد لا المولى (وان قلنا) انه فسخ قال المصنف فيه اشكال ومنشأه ان هذا فسخ بعوض فكانت معاوضة محضة من الطرفين كالنكاح والبيع الا ترى انه لا يشترط وروده على عوض النكاح بل يجوز ايراده على عوض جديد ويشترط فيه التوصل والتطابق بين طرفيهما (طرفيهما - خ ل) كالبيع والنكاح ولانه يأخذ مالا في مقابلة ما يخرج عن ملكه و لبطلانه يبطلان العوض (ويحتمل) عدم الحاقه بالمعاوضات المحضة لانها انما تكون مع كون العوضين مالين وقد ظهر من ذلك الفرق بين الطلاق والفسخ وانما ذكر المصنف الاشكال في الفسخ لانه لا يتوقف على القولين و هو اختيار المصنف في التحرير .

ولو خالعت الامة فبذلت باذن مولها صح فان اذن في قدر معين فبذلته تعلق بما في يدها ان كانت مأذوناتها في التجارة وان لم تكن مأذوناتها في التجارة تعلق بكسبها ولولم تكن ذات كسب تعلق بذمتها تتبع به اذا اعتقت وايسرت ولوقيل يتعلق بالسيد مع الاذن مطلقا كان حسنا ولوبذلت عينا باذنه استحقها وكذا لوبذلتها فجاز ولو اطلق الاذن انصرف الى مهر المثل ومحلّه ما تقدم ولولم ياذن صح الخلع وتعلق العوض بذمتها دون كسبها تتبع به بعد العتق وكذا لو اطلق فزادت على مهر المثل او عيّن قدراً فزادت عليه كانت الزيادة في ذمتها تتبع به ولو خالعت على عين من مال سيدها وقع الخلع بعوض فاسد ان لم يجز المولى وعليها مثلها او قيمتها تتبع به بعد العتق والمكاتبه ان خلعت نفسها فكالقن ان كانت مشروطة بتعلق بما في يدها مع الاذن وبذمتها مع عدمه وان كانت مطلقة فلا اعتراض للمولى وبذل السفهية فاسد لا يوجب شيئا وكذا الصبية ولو اذن لها المولى

المطلب الثالث في الصيغة

وهو ان يقول خلعتك (خالعتك خل) على كذا او فلانة مختلعة على كذا ولا يقع بفاديتك مجرداً عن لفظ الطلاق ولا فاسختك ولا ابنتك ولا بنتك ولا بالتقاييل ويقع بلفظ الطلاق ويكون باينا مع القدية وان تجرد على لفظ الخلع واذا قال خلعتك على كذا فلا بد من القبول ان لم يسبق السؤال فان سق وجب ان يقع عقيبه بلا فصل ولا بد من سماع شاهدين عدلين لفظه كالطلاق ولو افرق لم يقع وبشروط تجريده عن شرط لا يقتضيه الخلع ولو شرط ما يقتضيه صح مثل ان رجعت رجعت او شرطت هي الرجوع في القدية اما لو قال خالعتك ان شئت لم يصح وان شاءت او ان ضمننت لي الفا وان اعطيني (الفا - خ) وما شاكله وكذا متي او مهما او اي وقت او اي حين ولو قال خلعتك على الف على ان لي

المطلب الثاني المختلعة

قال قدس الله سره : ولو خالعت الامة (الى قوله) كان حسنا
اقول : الاول قول الشيخ في المبسوط والآخر اختيار المصنف لانه لم يحصل العوض وباذنه فعلت فكان العوض عليه وهذه المسألة تبني على انه لو اذن السيد لعبده في النكاح هل يكون المهر على السيد او في كسبه .

الرجعة لم يصح وكذا لو طلق بشرط الرجعة بعوض ، ولو نوى بالخلع الطلاق ففى وقوعه اشكال ، ولو نوى (بفسخت) اذا فسخ لعيب الطلاق لم يقع وهل يلزم النكاح الاقرب ذلك كما لو طلقها لكن هنا تطلق لاهناك ولو طلبت منه طلاقا بعوض فجعلها مجرداً عن لفظ الطلاق لم يقع على القول بانه طلاق ولا على الآخر ولو طلبت منه خلعا بعوض فطلق به وقع الطلاق رجعياً ولم يلزم البذل ان قلنا انه فسخ ويلزم على انه طلاق او مفترق اليه ، ولو

المطلب الثالث الصيغة

قال قدس الله سره : ولو نوى بالخلع الطلاق ففى وقوعه اشكال
اقول : اذا اتى بلفظ الخلع وقصد به الطلاق ولم يتبعه بالطلاق لفظاً (فنقول) هذه المسألة مبنية على ان الخلع هل هو فسخ او طلاق (فان قلنا) بالاول لا يقع لانه يكون كناية فى الطلاق حينئذ (لانه) مجاز فيه ولا يقع عندنا بالكناية (وان قلنا) انه طلاق فعلى القول باشتراط اتباعه بالطلاق لم يقع لانه حينئذ كناية ولا يصح بالكناية عندنا (وان قلنا) انه لا يشترط فيه كان صريحا ووقع وقد بينا الخلاف ووجه كل قول فى المسألتين فيما تقدم والاقوى عندي انه طلاق لقوله عليه الصلاة والسلام فى قضية ثابت بن قيس هى واحدة ، حكم بالتالي بانه طلاق وانه يقع بمجرد بالتالي لحكمه بالتالي فى قضية ثابت بالبينونة ولم يتبع بلفظ الطلاق .

قال قدس الله سره : ولو نوى (بفسخت) (الى قوله) الاقرب ذلك .

اقول : وجه القرب ان ارادة الطلاق تدل على الرضا بالنكاح لانه لو طلق ذات العيب كان اختياراً للنكاح فاذا اراد بالفسخ الطلاق فقد اراد ازالة النكاح بعد ثبوته بغير فسخ لكن لم يقع الطلاق لعدم الاتيان بالصيغة المعتبرة شرعا واختيار النكاح لا يتوقف على صيغة مخصوصة بل يحصل بكل شىء يدل على اثباته (ويحتمل) عدمه لعدم وقوع الطلاق والالتزام بالنكاح تابع له واذا لم يقع المتبوع لم يقع التابع (وفيه منع) لجواز كون التابع اعم والاقرب عندي لزوم النكاح .

قال قدس الله سره : ولو طلبت منه طلاقاً (الى قوله) او مفترق اليه .

اقول : اللفظ الدائر بين الزوجين سؤالاً من جانب المرأة واجابة من جانب الزوجة

ابتدأ فقال انت طالق بالف او وعليك الف صح الطلاق رجعيا ولم يلزمها الالف ، ولو تبرعت بعد ذلك بضمانها لانه ضمان ما لم يجب ، ولو دفعتها فهي هبة ولا يصير الطلاق باينا ، ولو قالت طلقنى بالف فالجواب على الفور فان اخر فالطلاق رجعى ولا عوض ويصح الايقاع منه ومن وكيله (وهل) يتولى البذل والايقاع وكيل واحد عنهما الاقرب الجواز

اما ان يكون واحداً من الجانبين اولا فان كان الاول ثبت حكمه وان كان الثانى فيه مسألتان (الف) ان تسأل الطلاق فيجيبها بالخلع مجرداً عن لفظ الطلاق لم يقع الخلع لان سؤالها طلاق وبذلها عليه والطلاق صريح فى معناه يقيناً متفق على الزامه حكمه والخلع فيه قولان (فعلى القول) بانه فسخ ولم يعقبه بالطلاق لم يأت بما سألت وما بذلت عنه فلا يكون له العوض ومتى بطل العوض بطل الخلع (وان قلنا) انه طلاق فعلى قول من يجعله كناية لم يجبهها بما سألت وبذلت لانها سألت الصريح فاجابها بكناية (وعلى القول) بانه صريح لم يجبهها بما سألت ايضاً لانها سألت صيغة صريحة بالاتفاق يقينا فاجابها بمسألة اجتهادية مختلف فيها فلذلك قال على القولين (ب) ان تسأله خلعا بعوض فيطلقها به فبهنا (على القول) بانه فسخ لم يجبهها بما بذلت فى مقابلته فبطل العوض فيقع الطلاق رجعيا ولم يلزم العوض (وان قلنا) انه طلاق وقع الطلاق بعوض وكان له العوض لانها سألت بينونة بكناية فاجابها بصريح وهو آكد (وعلى القول) بانه مقتصر الى الطلاق واتى بالطلاق يكون له العوض لان القائل بهذا القول يجعله كناية عن الطلاق والكناية لاتقع بها وانما يقع بالطلاق الذى يتعقبه ولا اعتبار حينئذ بالخلع (وفيه نظر) لاستحالة خلوه شرع الشارع حكما عن الفائدة وانه لا يؤثر شيئا واعلم ان المصنف صدر المسألة الاولى بانه خلعه مجرداً عن الطلاق وفى الثانية سألت خلعا مطلقا .

قال قدس الله سره : وهل يتولى البذل (الى قوله) الاقرب الجواز

اقول : هذه المسألة مبنية على البيع والنكاح وسائر العقود (فان قلنا) ثمة بالجواز فهنا اولى لان البذل جمالة والمؤثر فى بينونة الصيغة الصادرة من الزوج فهو ليس من قبيل العقود (وان قلنا) ثمة بالمنع كابن ادريس فالاقوى هنا الجواز لانه ايقاع (ويحتمل) المنع ان قلنا ان هذا عقد وقلنا بامتناعه فى العقود والاقوى عندى

المطلب الرابع في الفدية

وهي العوض عن نكاح قايم لم يعرض له الزوال لزوما ولاجوازاً فلا يقع الخلع بالباينة ولا بالرجعية ولا بالمرتدة عن الاسلام وان عادت في العدة ، ويشترط في الفدية العلم والتمول وكل ما يصح ان يكون مهرأصح ان يكون فدية ولا تقدير فيه بل يجوز ان يكون زائداً عما وصل اليها من مهر وغيره ولو بذلت ما لا يصح تملكه مطلقاً ولا يصح تملكه للمسلم كالخمر فسد الخلع وان اتبعه بالطلاق كان رجعيًا ، ولو خلعها على عين مستحقة اما مغصوبة او اذ فان علم فسد الخلع ان لم يتبعه بالطلاق وان اتبعه كان رجعيًا وان لم يعلم استحقاتها قيل يبطل الخلع ويحتمل الصحة ويكون له المثل او القيمة ان لم يكن مثليًا ، ولو خلعها على خُلِّفبان خمرأصح وكان له بقدره خُلِّف ولو خلعها على غير معين القدر او الجنس او الوصف او حمل الدابة او الجارية بطل ، وكذا لو قال خلعتك ولم يذكر شيئاً ولا ينصرف الي مهر الجواز فعلى القول بعدم الجواز نقول الممنوع منه ليس التوكيد بل مباشرة البذل و الخلع من واحد اما الوكالة فصحيحة فعلى هذا يتخير الوكيل في تولي من شاء من الطرفين مع الآخر او وكيله .

(فائدة) توكيل المرأة (انما هو - خ) في مالها وهو اربعة استدعاء الخلع ، او الطلاق ، وتقدير العوض ، • بذله في مقابلة ما استدعته من الخلع او الطلاق ، وتسليمه فلا يخرج توكيلها عن هذه الامور والرجل يوكل في ماله وهو شرط العوض وايقاع الطلاق او الخلع في مقابلة البذل وقبض العوض ولا يخرج توكيل واحد منهما عن ماله .

المطلب الرابع في الفدية

قال قدس الله سره : ولو خلعها على عين مستحقة (الي قوله) ان لم يكن مثليًا .
 اقول: قال الشيخ في المبسوط يبطل الخلع ويمكن الاحتجاج له بان العوض لازم لماهية الخلع وبطلان اللازم يستلزم بطلان الملزوم (ووجه) احتمال الصحة ان المعاوضة هنا ليست حقيقية كما في البيع والاصل في العقود الصحة فلا يؤثر بطلان عين العوض في بطلانه بل تضمن المرأة المثل ان كان مثليًا او القيمة ان لم يكن كذلك ، والاقوى عندي بطلان الخلع .

المثل ولو كان غايبا فلا بد من ذكر جنسه وقدره ووصفه بما يرفع الجبالة وتكفي المشاهدة في الحاضر عن معرفة القدر فلورجعت فالقول قوله مع اليمين و اطلاق النقد و الوزن ينصرف الي غالب البلد، ولو عيّن انصرف اليه .

ويصح البذل منها ومن وكيلها او وليها عنها وممن يضمنه باذنها (وهل) يصح من المتبرع الاقرب المنع ، اما لو قال طلقها على الف من مالها وعلى ضمانها او على عبدها هذا وعلى ضمانه صح فان لم ترض بدفع البذل صح الخلع وضمن المتبرع على اشكال، ويصح جعل الارضاع فدية بشرط تعيين المدة و المرتضع وكذا النفقة بشرط تعيين المدة ،

قال قدس الله سره : ويصح البذل منها (الي قوله) الاقرب المنع .

اقول: قوله (وهل يصح) الضمير فيه (يحتمل) ان يكون راجعا الى الضمان فيكون البحث في انه اذا قال خالع زوجتك على مائة و على ضمانها فان هذه الصيغة اعتبرها الشارع في الضمان في موضع بالاجماع وهو قوله الق متاعك في البحر وعلى ضمانه ، وفي ضمان ما يحدثه المشتري من بناء وغرس على قول جماعة وقد ره الشارع في البراء منه في قوله - من تطب او تبيطر فليأخذ البرائة من وليه والافهو ضامن (١) والبراء انما يكون عن ضمان وليس بثابت وقدره الشارع وصحح البراء منه (به-خل) وعلى هذا الاحتمال هل يصح هنا الاقرب لا وهو اختيار المصنف هنا (لانه) ضمان ما لم يجب (لانه) عوض عن ملك البضع ليرجع الى المرأة ولا يصح ان يملك احد عوضا وعوضه على غيره (ولانه) على خلاف الاصل فيقتصر فيه على محل النص (و وجه) الجواز انه افتداء للآية والافتداء يصح من الاجنبي (ويحتمل) رجوع الضمير في (يصح) الى البذل و اختار المصنف عدم الصحة وهو الاصح فيهما معا وسيأتي البحث فيه .

قال قدس الله سره : اما لو قال طلقها (الي قوله) على اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه ضمان ما لم يجب (ومن) ان الضرورة قد تدعو الى ذلك كالق متاعك في البحر وعلى ضمانه .

قال قدس الله سره : ويصح جعل الارضاع فدية (الي قوله) نظر .

وقدرها من الماكول والملبوس فان عاش الولد استوفاه وان كان زهيداً فالزيادة للزوج وان كان رغيباً فالزيادة عليه . ولومات استوفى الاب قدر نصيبه من الباقي فان كان رضاعاً رجع باجرة المثل وان كان نفقة رجع بالمثل او القيمة ان لم يكن مثلياً ولا يجب دفعه معجلاً بل ادراراً في المدة ، ولو خلعها على ان تكفل بولده عشرين جاز اذا يتنامدة الرضاع من ذلك حولا او حولين ان كان فيه رضاع ولا يحتاج الى تقدير اللبن بل مدته و يقتصر الى تعيين نفقة باقى المدة قدراً وجنسا في الطعام والادام والكسوة فاذا انقضت مدة الرضاع كان للاب ان يأخذ ما قدر من طعام والادام كل يوم ويقوم هو بما يحتاج اليه الصبي وله أن يأذن لها في انفاقه ، ولومات في مدة الرضاع لم يكن له أن يأتي بغيره للرضاع ولولم يحمل الصبي اليها للرضاع مع امكانه حتى انقضت المدة ففي استحقاقه العوض نظر ولوتلفت الفدية قبل القبض لزمها مثله او قيمته ان لم يكن مثلياً و لو كانت مطلقة موصوفة فوجدها دون الوصف كان له الرد والمطالبة بما وصف و لو كانت معينة فبانة معينة فله الرد والمطالبة بالمثل او القيمة ان لم يكن مثلياً او الامساك بالارش، ولو شرط كون العبد حبشياً فبان زنجياً او بان الثوب الابيض اسمر فكذلك ولو شرط كونه ابريسماً فبان كسأنا فله قيمة الابريسم وليس له امساك الكتان لمخالفة الجنس ولو خالعت اثنتين بفدية واحدة صح وكانت عليهما بالسوية .

المطلب الخامس في سؤال الطلاق

لوقالت طلقني بالف فالجواب على الفور فان تأخر فالطلاق رجعي ولا فدية ، ولو

اقول: يصح جعل النفقة الواجبة عليه كنفقته او نفقة من تجب عليه نفقته فدية بالشرائط المذكورة لان الفدية له حينئذ (اما) مع عدم وجوبها عليه (فقيه نظر) من حيث انه عوض عن ملكه فيجب ان يكون له واذا لم تجب النفقة عليه فالعوض لغيره (و من) انه مقصود مرغّب فيه فيصح ويملكه اولاً باول جزء وينتقل منه الى من شرط له بتمامه كاعتق عبدك عنى (ووجه النظر) من انه اذا لم يحمله اليها انه لم يحصل له العوض الذى وقع عليه الصلح (الخلع - خل) وتعذر بانقضاء المدة فيجب عليها عوضه (و من) انها قد بذلت له ذلك وممكنته وهو امتنع من استيفائه فلا يضمن عوضه .

قالت طلقني بها متى شئت لم يصح البذل وكان الطلاق رجعيا ولو قالتا طلقنا بالف فطلاق واحدة كان له نصف الالف فان عقب بطلاق الاخرى كان رجعيا ولا فدية لتأخر الجواب ولو قال انما طالقنا طلقنا واستحق العوض اجمع .
ولو قالت طلقني ثلاثا على الف اطلقها (قيل) لا يصح لانه طلاق بشرط

المطلب الخامس في سؤال الطلاق

قال قدس الله سره : ولو قالت طلقني ثلاثا (الى قوله) فلا يعد شرطاً .
اقول: البحث هنا في مقامين (الف) في نفس هذه الصيغة وهي قوله طلقتك على ان لي عليك الفاً من غير التفات الى عدد الطلقات فانه لو قالت طلقني واحدة على ان لك الفاً فقال طلقتك واحدة على ان لي عليك الفاً كان الخلاف جاريا في صحته وفساده (وتقريره) ان نقول اختلف الاصحاب فيه ، فقال الشيخ انه طلاق بشرط لان (على) التي تعقبها (ان) من ادوات الشرط والطلاق بشرط لا يصح (واحتج) على الصغرى بانه ورد في القرآن استعمالها في الشرط في قوله تعالى قال له موسى هل اتبعك على ان تعلمني مما علمت رشداً (١) والاصل في الاستعمال الحقيقة وهذه الصيغة مشهورة في العرف انها للشرط (واجاب) المصنف عنه بمنع كونها من ادوات الشرط حقيقة بل هي للعوض وقد ورد في القرآن في قوله تعالى هل نجعل لك خراجا على ان تجعل بيننا وبينهم سدا (٢) و في قوله تعالى اني اريد ان انكحك احدي ابنتي هاتين على ان تأجرني ثمانى حجج فان اتممت عشرا فمن عندك (٣) فجعلها عوض البضع (اورد) فيكون مشتركا فلا يجزم بالصحة لاحتمال ارادة الشرط و كل عقد كذلك فهو باطل (والجواب) انه اذا تعارض المجاز والاشترك فالمجاز ارجح واستعماله في العوض اكثر وكثرة الاستعمال دليل الحقيقة (ولان) الاصل الصحة وعد اهل اللغة ادوات الشرط ولم يذكروا (على) فيها ، و الاصح عندي اختيار المصنف والفرق بين هذه الصيغة وبين طلقني ثلاثا بالف ان الباء للعوض اتفاقا (ب) من حيث جعل

(والوجه) انه طلاق في مقابلة عوض فلا يعد شرطاً فان قصدت الثلاث ولاء لم يصح البذل وان طلقها ثلاثاً مرسلًا لانه لم يفعل ما سأله (وقيل) له ثلث الالف لوقوع الواحدة وفيه نظر، الالف في مقابلة الثلاث وهذه المسألة هي المذكورة في هذه المقالة المتعقبة وما بعدها .
قال قدس الله سره : فان قصدت الثلاث (الى قوله) وفيه نظر .

اقول: هذه المسألة الثانية ومعنى قوله (ولاء) هو ان يقول انت طالق انت طالق
انت طالق والمرسل هو ان يقول انت طالق ثلاثا .

(مقدمة) اذا سألت المرأة الطلاق، والتمسته يبذل فاجابها الزوج فان هذا معاوضة من وجه وجعالة من وجه (اما) انها معاوضة فلانه يحصل بذلك (به - خ ل) ملك البضع للمرأة ويزول عنه بما تبذله من العوض (واما) مشابهته للجعالة (فلانها) جعلت المال في مقابلة ما يستقل الزوج بفعله وهو الطلاق فاذا اتى به وقع الموقع وحصل مقصودها الذي هو غاية لها في بذل المال .

(اذا تقرر ذلك) فنقول هنا مسائل (الف) ان تقصد الثلاث ويوقع الثلاث ولاءاً (ب) ان لا يتغير قصدتها ولكن يوقعها مرسلًا ، وقد اختلف الفقهاء في هاتين المسألتين فقال كثير من الامامية يبطل البذل ولا شيء له (اما في الاولى) فلا تمنع الغاية المجمعول عليها عندنا وعند كثير من المخالفين (لان) الطلاق الثاني اوقعه على الطلقة (واما في الثانية) فلانه لم يات بما سألت (وقيل) في المسألتين له ثلث الالف لانها جعلت في مقابلة عدد وقد حصل لها ثلثه فيكون له ثلث الالف توزيعاً للمسمى على العدد المسؤول قال والدى قدس سره (وفيه نظر) منشأ قول الشيخ في المبسوط ، فانه قال ان له الثلث لما ذكرنا ، والاصح عندي انه لا شيء له لانه انما بذلت في مقابلة المجموع و لم يحصل ولدلالة على التوزيع بشيء من الدلالات الثلاث (ولان) الطلاق في نفسه غير متقوم ولا عوض له الا ما يبذل عنه وقوبل بايقاعه على الوجه الذي طلب جامعا للشرائط و لم يحصل منها البذل الا على المجموع من حيث هو مجموع فلا يكون له شيء على الواحدة (والضابط) انه كلما حصل للمجموع حكم مطلوب لم يحصل لواحد من اجزائه ولم تكن الاجزاء متقومة في نفسها فان بذل العوض عن المجموع من حيث هو مجموع لا يستلزم تقسيطه على

ولو قصدت ثلاثا برجمتين صح فان طلق ثلاثا فله الالف وان طلق واحدة (قيل) له الثلث (وفيه نظر) لان مقابلة الجميع بالجملة لا تقتضى مقابلة الاجزاء بالاجزاء ، ولو قالت طلقنى واحدة بالف فطلقها ثلاثا ولاء (فان) قال الالف فى مقابلة الاولى فله الالف ووقعت باينة ولغت الباقيتان (وان) قال فى مقابلة الثانية فالاولى رجعية ولا فدية والباقيتان الباطلتان ، ولو قال فى مقابلة الجميع وقعت الاولى (قيل) وله ثلث الالف ولو (قيل) له الف كان وجها حيث اوقع ما طلبته ، ولو قالت ان طلقتنى فانت برىء من الصداق لم يصح الاجزاء الامع النص على مقابلة الاجزاء بالاجزاء .

قال قدس الله سره : ولو قصدت ثلاثا (الى قوله) بالاجزاء

اقول: الفرق بين هذه المسألة والمتقدمة عليها (ان) التى قبلها طلبت (طلقت خيل) ثلاثا من غير رجوع اليها والبذل على هذا الوجه فاسد عند المصنف (واما) هذه المسألة فانها بذل على الثلاث برجمتين .

اذا عرفت ذلك (فنقول) القول بان له الثلاث للشيخ (ووجه النظر) ما ذكره المصنف ومستنده ما ذكرناه فيما قبل (واعلم) ان ههنا اشكالا وهو اتصال الطلاق بالبذل بلا فصل شرط فى صحته فاذا جعل الالف فى مقابل الثلاث والطلاق الثانى لا يتصل بالبذل لتخلل زوال النكاح بالطلاق الاول والرجعة (واجيب) عنه بان ذلك من مقدمات الطلاق ومصححاته فلا بعد فضلا والاتصال فيما هو بالتدرج انما هو بالجزء الاول واتصال الباقي به (وعندى فيه نظر) فان البذل ليس على الاول وبعده يكون بذلا على طلاق يحصل فى نكاح آخر فلا يصح المبتدء فكذا الباقي وتنزيل الرجعة منزلة البقاء مجاز بخلاف الاصل فلا يكون له حكمه من كل وجه (وايضا) لو كان الطلاق الاول يبذل لكان باثنا فلا تصح الرجعة ولا يتحقق البذل على ما بعده بنكاح متجدد ولا يصح لانه لم يرد الطلاق عقب البذل بلا فصل ولو كان الاول بغير بذل لكان رجعيًا ويكون فصلا بين البذل وطلاقه .

قال قدس الله سره : ولو قالت طلقنى واحدة بالف (الى قوله) ما طلبته

اقول: قال الشيخ فى المبسوط له ثلث الالف لانه جعل الالف فى مقابلة الكل فيكون فى مقابلة كل واحدة ثلث الالف ، وقال المصنف له تمام الالف لانها جعلت الالف

الابراء لوقوعه مشروطا وكان الطلاق رجعيا ، ولو قالت طلقني على الف فقال انت طالق ولم يذكر الالف فله ان يقول لم اقصدا الجواب ليقع رجعيا .

ولو كانت معه على طلقة فقالت طلقني ثلاثا بالف فطلق واحدة كان له ثلث الالف (وقيل) له الالف مع علمها لان معناها كمثل لى الثلث لتحصل البيئونة والثلث مع

فى مقابلة طلقة واحدة ففعل ما جعل له عليه وكل من فعل ما جعل له عليه شيء استحق ذلك المعين (ينتج) ان هذا يستحق الالف (والصغرى) ظاهرة لانه التقدير (و اما الكبرى) فلانه عندنا لا يقع الثلاث وانما يقع واحدة فتلغوا الضميمة و الفرق بين هذه وبين ما لو قالت شريت منك هذا العبد بالف فقالت بعته مع هذين العبدين الآخرين بالف وقلنا بصحة تقديم القبول ان البيع يبطل قولاً واحداً عندنا (لان) البيع معاوضة محضه والخلع شبيه بالجعالة من وجه وانما قيد بقوله (ولاءاً) احترازاً عن ان يطلقها ثلاثا برجتين فانه ليس له شيء قطعاً لان المسئول الطلقة البائنة لان الطلقة فى مقابلة عوض فهو بائن وانما سئلته طلقة فى مقابلة عوض والبائن هي الثالثة ولم يتعقب السؤال بل تأخرت فلا عوض له عنها .

قال قدس الله سره : لو كانت معه على طلقة (الى قوله) قدم قولها مع اليمين

اقول : وجه قول المصنف انه جعل فى مقابلة عدد وكل جعل على عدد يوزع عليه (لانه) مقتضى الجعالة والقائل بالتفصيل المذكور هو الشيخ فى المبسوط (ووجهه) انه اذا كانت عالمة لم تبذل فى مقابلة الثلاث مبتدأ به لعلمها بانها لا تحصل والعاقلة لا ينزل كلامه الأعلى الصحيح بل يكون مقصودها الحرمة الكبرى لانها الغاية المقصودة من الثلاث فكانها قالت كمثل لى الثلاث فاما مع جهلها فمقصودها صورة العدد المسئول فيوزع عليه (واعترض) على الاول بانها لا تبين بتلك الطلقة وانما تبين بها وبما قبلها فيكون حكمها حكم الاولى والثانية وكذا الجزء الاخير فى كل علة مع معلولها وقد ذكرت ان الاقوى عندي انه كلما كان البذل على مجموع لم يقسط مع وقوع بعضه خاصة فلا وجه عندي للثلاث بل (التحقيق) انه ان قصدت بقولها ثلاثا كمثل لى الثلاث ليحصل لى التحريم الحاصل من الثلاث فله الالف والا فلا شيء له .

جهلها بانه لم يبق لها الاطلقة واحدة فان ادعى علمها قدم قولها مع اليمين وكذا لو قالت بذلت في مقابلة طلقة في هذا النكاح وطلقتين في نكاح آخر ولو كانت على طلقتين فطلقها اثنتين مع علمها استحق الجميع ومع جهلها الثلثين وان طلق واحدة استحق الثلث مع جهلها ومع علمها النصف لانها بذلت الالف في تكملة الثلاث (ويحتمل) الثلث لان هذه الطلقة لم يتعلق بها من تحريم العقد شيء (ولو قالت طلقني عشرا بالف فطلقها واحدة فله عشر الالف فان طلقها ثانية فله خمسها فان طلقها ثالثة فله الجميع على اشكال .

فرع

لو ادعى علمها بانها معه على طلقة واحدة فانكرت كان القول قولها في عدم العلم مع اليمين لانها منكرة وهناقاعدة كلية في ان كل من ادعى عليه بالعلم بشيء وانكره مع احتمال الانكار فالقول قوله مع اليمين اجماعا .

قال قدس الله سره : وكذا لو قالت بذلت (الى قوله) في نكاح آخر .

اقول : البحث هنا كما مضى لكن هنا (يحتمل) ان يقال انه نص على جعل في مقابلة هذه الطلقة والفرق بين هذه المسألة والمتقدمة الاجمال والتفصيل (فان) في الاولى يحتمل ان يكون الجعل في مقابله تكميل الثلاث بخلافه هنا فانها نصت على ان يكون العوض على طلقة في هذا النكاح وطلقتين في غيره فلا يحتمل جعل الكل في مقابلة تكميل الثلاث لو سبقها طلقتان في هذا النكاح (ويحتمل) ان يكون الثلاث في مقابلة هذه الطلقة الواقعة في هذا النكاح .

قال قدس الله سره : ولو كانت على طلقتين (الى قوله) من تحريم

العقد شيء .

اقول : الاقوى عندي على تقدير الصحة ما ذكرته في المسألة السابقة .

قال قدس الله سره : ولو قالت طلقني عشرا بالف (الى قوله) على اشكال .

اقول : منشأ (من) انها بذلت في مقابلة العشر ولم تحصل فيبطل البذل و تقع

الاولى رجعية (ويحتمل) ان يكون له بالثلاث ثلاثة اعشار (ومن) حيث ان مقصودها

ولو قال طلقني ثلاثا بالف فقال انت طالق واحدة بالف واثنين مجانا فلا قربان الاولى لاتقع لانه مارضى بها الا بالف وهى ما قبلت الا بثلاثها واثنان بعدها لاتقعان الا ان ياتى بصيغة الطلاق الشرعى فتقع الثانية (ويحتمل) ان يكون له بالاولى ثلث الالف (ويحتمل) بطلان الفدية ووقوع الاولى رجعية ، ولو قال انت طالق واحدة مجانا واثنين بثلاثي الالف وقعت الاولى رجعية وبطلت الثنتان ولو قالت طلقني نصف طلقة بالف او طلق نصفى به الحرمة الكبرى والعدد للتاكيد فيكون له الجميع والتقسيط عندي بعيد لما ذكرته وصرف المجهول الى بعض المسئول بعيد ايضا ، وهذه الفروع كلها لا اعتبار بها عندي بل الضابط عندي ان العدد المسئول ان ملكه الزوج كله و اجابها فله المال المسمى وان اجابها الى بعضه خاصة اولم يملكه فليس له شيء .

قال قدس الله سره : ولو قالت طلقني ثلاثا (الى قوله) رجعية .

اقول : وجه بطلان الاول ان كلامه ليس جوابا عن سؤالها لعدم مطابقتها ان سؤالها ان اقتضى التوزيع فقد سألت كل واحدة بثلاث الالف وهو لم يرض الا بالالف والآ فلم تسأل الواحدة بعوض ، وعلى كل تقدير يكون مبتديا بالمجانا بل بعوض فلا يقع (لان) الطلاق بعوض جواب لسؤال لايجاب لقبول عندنا (فعلى هذا الوجه) وهو انه لا يقع الاولى فلا يخلو اما ان يأتى فى كل من الباقيتين بالصيغة الشرعية اولا (فان) كان الاول وقعت الثانية (وان) كان الثانى فان اتى بالصيغة الشرعية فى احديهما وقعت ولغت الاخرى و الالف (ووجه) احتمال ان تصح الاولى بثلاث الالف بناء على انه جعلالة (لانها) لم ترض بواحدة الا بثلاث الالف حيث سألت الثلاث بالف بلا زيادة عليه كما فى سائر الجعالات وهذا الاحتمال الثالث الذى ذكره المصنف هو الاصح عندي ، وهو ان الفدية تبطل لما تقدم ولا يلزم من بطلان الفدية بطلان الطلاق بصيغته الشرعية لانها بذلت الالف فى مقابلة الاولى وقوله (لا اعتبار به فى البذل فوقعت الاولى من غير بذل) لانه ليس تعليقا للمطلاق على الفدية بل هو ايجاب للفدية فيقع الطلاق رجعيا وهذا هو الذى استقر عليه رأى والدى قدس الله سره وقوله فى وجه الاحتمال الاول (لانه مارضى بها الا بالف وهى ما قبلت) اشارة الى فائدة وهى مشابهته للمعاوضة وعليه بناء هذا الاحتمال .

بالف فطلق (بالف -خ) وقع رجعيًا وفسدت القديّة ولو قال ابوها فطلقها وانت برىء من صداقها فطلق صح الطلاق رجعيًا ولم يلزمها الابراء ولا يضمنه الاب ولو كانت معه على طلقه فقالت طلقنى ثلاثا بالف واحدة فى هذه النكاح واثنتين فى غيره لم يصح فى الاثنتين فاذا طلق الثالثة استحق ثلث الالف .

المطلب السادس

فى بقايا مباحث الخلع والتنازع

لو قال طلق زوجتك وعلى الف لزمه الالف مع الطلاق ولا يقع الطلاق بايضا
(اما) لو قال خالعا على الف فى ذمتى ففى الوقوع اشكال ، ولو اختلع (١) بوكالتها

قال قدس الله سره : ولو كانت معه على طلقه (الى قوله) ثلث الالف .
اقول : مراده بالثالثة هنا الاولى التى فى هذا النكاح لان كل واحدة من ثلاث فهو
ثالث بالنسبة الى الاثنتين .

المطلب السادس

فى بقايا مباحث الخلع والتنازع

قال قدس الله سره : لو قال طلق زوجتك (الى قوله) اشكال .
اقول : هنا مسألان (الف) لو قال طلق زوجتك وعلى الف على سبيل الجعالة صح
ولزمه الالف مع الطلاق لان الطلاق امر مستقل به الزوج فجازت الجعالة عليه من الاجنبى
لامكان اشتماله على غرض مقصوده بقوله (وعلى) (ب) لو قال خالعا زوجتك على الف
فى ذمتى قال المصنف فيه اشكال ومنشأه (من) انه معاوضة فلا يصح ان يملك واحد عوضا
وعوضه على غيره (ومن) حيث انه اقتداء للآية والاقتداء يصح من الاجنبى والشيخ فى
المبسوط قوى المنع ومأخذ القولين ان الخلع هل هو معاوضة او اقتداء (ويمكن) ان
يقال المبني هل الخلع فسخ بالتراضى او طلاق والبذل جعل (وعلى الثانى) يصح من كل
منهما (وعلى الاول) من كل منهما لا يصح ، والفرق بين الفسخ هنا والطلاق ان الفسخ
هنا بعوض بالتراضى فلا يصح ان ينفرد به الاجنبى ، والفرق بين هذه المسألة والمسألة

(١) اى ادعى وكالتها فى البذل .

ثم بان انه كاذب بطل ولاضمان ، ولو كان المختلع أباهاً وهي صغيرة صح بالولاية لا بالوكالة
ولو اختلفا في اصل العوض قدم قولها مع اليمين وحصلت البيئونة من طرفيها المطالبة
بحقوق العدة و لو اتفقا على القدر و اختلفا في الجنس فالقول قول المرأة ، و لو اتفقا
على ذكر القدر و اهمال الجنس و اختلفا في الارادة (قيل) يبطل (و قيل) يقدم قولها
و هو اقرب .

ولو اتفقا على ذكر القدر و نية الجنس الواحد صح الخلع و لو قالت سألتك ثلاث
تطبيقات بالف فاجبتني فقال بل سألت واحدة فقد اتفقا على الالف و تنازعا في مقدار
العوض فيقدم قولها في جعل الالف في مقابلة الثلاث فان اقام شاهداً واحداً حلف معه
(لان) قصده اثبات المال و قوله في عدد الطلاق فان اقامت المرأة شاهداً واحداً على
عدده لم تحلف معه ولم تقبل شهادته ، ولو ادعى عليها الاختلاع فانكرت و قالت اختلعتني
اجنبى قدم قولها مع اليمين في نفي العوض و بانت بقوله ولا شيء له على الاجنبى
لاعترافه وكذا لو قال خالعتك على الف في زمتك فقالت بل في ذمة زيد ، اما لو قالت
خالعتك بكذا و ضمنه عنى فلان او يزنه عنى لزمها الالف ما لم يكن بيئنة ، و لو اتفقا
على ذكر القدر و اختلفا في ذكر الجنس بان ادعى الف درهم فقالت بل الفامطلقا فان
صدفته في قصد الدرهم فلا بحث و الاقدم قولها و بطل الخلع ، ولو قال خالعتك على
الف في زمتك فقالت بل على الف لي في ذمة زيد قدم قولها ، و لو قال خالعتك على الف لك
في ذمة زيد فظهر برائة زمته لزمها الالف وكذا لو خالعتها على الف في منزلها فلم يكن فيه

المتقدمة في المطلب الرابع في الفدية حيث قال قدس الله سره (ويصح البذل منها الخ
وممن يضمنه باذنها الى قوله وهل يصح) المراد به وهل يصح الخلع ممن يضمنه معتبرعا
(واما) في هذا الموضوع فالمراد به ما ذكرناه . والاصح عندي انه لا يصح في الموضعين .
قال قدس الله سره : **ولو اتفقا على ذكر القدر (الى قوله) وهو اقرب .**

اقول: القائل بالبطلان هو الشيخ في المبسوط وقال بعض اصحابنا يقدم قولها
واختاره المصنف وهو الاصح عندي لانه اختلاف في ارادتها ولا يطالع عليها من البشر الا هي
فكان قولها مقدما .

شئ . ويصح التوكيل في الخلع (من الرجل) في شرط العوض وقبضه وإيقاع الطلاق (ومن المرأة) في استدعاء الطلاق وتقدير العوض وتسليمه ويصح التوكيل من كل منهما مطلقا ويقتضى ذلك مهر المثل .

فإذا اطلقت المرأة اقتضى الخلع بمهر المثل حالاً بنقد البلد فان خالغ بدونه أو مؤجلاً أو بأدون من نقد البلد صح ، وان زاد فالأقرب بطلان الخلع ، ولو كان التوكيل في الطلاق بعوض أو ليتبعه بالطلاق (قيل) يقع رجعياً ولا فدية ولا يضمن الوكيل (وفيه نظر) وكذا البحث لو عيّنت له قدرأ فخالغ عليه أو دونه أو أكثرأماً لو خالغ على شئ من

قال قدس الله سره : فإذا اطلقت المرأة (الى قوله) بطلان الخلع

أقول: وجه القرب ان الزوج لم يرض الا بالزيادة و اذنها لا يقتضيها و الخلع لا يقع موقوفاً فلا يلزمها فيبطل البذل (فيبطل الخلع) يبطلان البذل (ولان) الخلع اما معاوضة على قول أو تعليق من الزوج بالعوض كمنهـب كثير من المخالفين و على كل تقدير منهما يبطل بطلان البذل (و يحتمل) الصحة فيحتمل ثبوت مهر المثل كفساد عوض الجعالة (ويحتمل) انه ان اضاف اليها كمن (١) مالها او عليها بطل الخلع وان اضاف اليه فاما بالضمان عنها او لابان يقول على أو من مالى فيترتب على مسألة الاجنبى (فعلى القول) بالصحة منه فهنا يصح لانه حينئذ عقد يستقل فيه الاجنبى بالتزام المال فيجوز وان لم يصف اليها ولا اليه احتمال الزامه لانه جعالة او اقتداء وعدمه فيبطل الخلع لانه معاوضة والاصح عندى انه يبطل الخلع فان اتبعه بالطلاق وقع رجعياً والافلالان فعل النبي ﷺ في امرأة ثابت بن قيس كان بذل العوض منها وكذا الاخبار الواردة عن الائمة عليهم السلام .

قال قدس الله سره : ولو كان التوكيل في الطلاق (الى قوله) وفيه نظر

أقول: اى لو وكلته في الطلاق بعوض او فى خلع يتبعه بالطلاق بعوض معين او مطلق فزاد على ما عيّنته او على مهر المثل، قال الشيخ يقع رجعياً ويبطل البذل قال والدى (وفيه نظر) النظر في موضعين (الف) في عدم الفدية فانه يحتمل ثبوت مهر المثل كفساد عوض سائر الجعالات فان فدية الطلاق جعالة اذا الطلاق لا يقع معلقاً على العوض ولم يوقع

(١) مركبة من كاف التشبيه ومن الجادة .

مالها وضمن فان الضمان عليه اذا لم ترض ويصح الخلع ولو بذل خمراً او خنزيراً فسد البذل مع اسلام احدهما وصح الطلاق رجعياً ان اتبع به ولو اطلق الزوج فطلق بمهر المثل حالاً من نقد البلد صح وكذا ان كان اكثر او اجود نقداً ولو كان دون مهر المثل او مؤجلاً او أدون من نقد البلد بطل الخلع وكذا ان كان طلاقاً او اتبع به وكذا لو عين له قدراً فطلق او خالع باقل منه او أدون ولو قال له طلقها يوم الخميس فطلق يوم الجمعة فالاقرب البطلان ولو طلقها يوم الاربعاء بطل .

واذا خالها او بارأها ثبت عوض المسمى و لم يسقط ما لكل واحد منهما من حق لاماض ولا مستقبل سواء كان الحق من جهة النكاح كالصداق او غيره او من غير

الطلاق مجاناً وانما التمسته بعوض و اوقع هو بعوض ايضاً فلا يقع له مجاناً (ب) في عدم ضمان الوكيل (ويحتمل) ضمانه لانه المباشر لبذل الزيادة وانما ازال ملكه عن البضع بفعله (ويحتمل) عدمه للاصل هذا اذا لم يصف اليها ولا اليه اما لو اضاف اليها كقوله عليها او من مالها او اضاف اليه كقوله من مالي او على فالحكم ماتقدم (واعلم) انه قال ولو كان التوكيل في الطلاق بعوض تنبيهاً على الفرق بين الخلع المجرد عن الطلاق وبينه وبين ما اذا اتبعه بالطلاق فان الخلع يحتمل البطلان واما الطلاق فلا يحتمل بطلانه (لان) الطلاق ليس بمعلق على عوض والابطال بل هو ملزم للعوض المبذول في مقابلته (لا يقال) الطلاق بعوض لم يقع وبغير عوض ليس بمقصود (لانا) نقول الطلاق هو المقصود والعوض تابع له والتحقيق انه ليس بعوض حقيقة .

قال قدس الله سره : ولو قال له طلقها (الى قوله) بطل .

اقول: وجه القرب ان الاذن لم يتناول الا يوم الخميس ولم يتناول يوم الجمعة غير مأذون فيه (ويحتمل) الوقوع لانه رضى بحصول اثره في يوم الجمعة وهو البينو نوقد اذن له في السبب الموجب لذلك والاصح عندي البطلان واما لو اوقع الطلاق يوم الاربعاء فانه باطل قطعاً لانه لم يرض بوقوعه ولا بوقوع اثره فيه .

قال قدس الله سره : واذا خالها او بارأها (الى قوله) اشكال .

اقول : هذه المسألة تقدم حكمها .

جهته سوى النفقة المستقبلية ما لم يرجع في العوض ففي استحقاق النفقة حينئذ اشكال ولو خالها على نفقة عدتها لم يصح (لاستلزام) الثبوت النفي وان كانت حاملا لتجدد استحقاق نفقة كل يوم فيه ولو خالها على نفقة ماضية صح مع علمها جنسا وقدرأ ، ولو قالت بعني عبدك وطلقتني بالف صح وبسطت على مهر المثل وقيمته ولو خالها قبل الدخول بنصف مهرها فلا شيء له عليها اذا لم تقبضه ولو خالها بالجميع لزمها دفع النصف وان لم تكن قبضته .

المطلب السابع في المباراة

وصيغتها بارتثك على كذا فانت طالق ولو قال عوض (بارثك) فاسختك او ابنتك او بنتك او غير ذلك من الكنايات صح لان الاعتبار انما هو بصيغة الطلاق وهي العلة في البيونة ولو حذف هذه الالفاظ واقتصر على قوله انت طالق على كذا او بكذا صح وكان مباراة اذ موضوعها الطلاق بعوض ويشترط فيها ما يشترط في الخلع من بلوغ الزوج و عقله وقصده واختياره وكذا المرأة وان تكون طاهراً طهراً لم يقربها فيه بجماع ان كانت مدخولاً بها غير يائسة وكان الزوج حاضراً وان تكون الكراهية من كل منهما لصاحبه وأن تكون الفدية بقدر المهر أو أقل فتحرم عليه الزيادة بخلاف الخلع .

واتباعها بلفظ الطلاق اجماعاً وفي الخلع خلاف ويقع الطلاق بائناً ما لم يرجع في الفدية في العدة وليس للرجل عليها رجعة فان رجعت في العدة كان له الرجوع ومباحث الرجوع هنا كالخلع واذا خرجت العدة ولم ترجع او كانت الطلقة ثالثة او اعادة فيها لم يكن لها الرجوع وجميع مباحث الخلع آتية هنا .

المطلب السابع في المبارات

قال قدس الله سره: واتباعها بلفظ الطلاق اجماعاً ، وفي الخلع خلاف

اقول: قد تقدمت الاشارة الى الخلاف فيه .

الباب الثالث

في الظهار وفيه مقصدان

(الاول) في اركانها وهي اربعة (الاول) الصيغة

وهي انت على كظهر امي او هذه او زوجتي او فلانة ((وبالجمله) كل لفظ او اشارة تدل على تميزها عن غيرها ، ولا اعتبار بالاختلاف الفاظ الصلوات (الصفات - خ ل) مثل انت منى او عندي او معي ولو حذف حرف الصلة فقال انت كظهر امي وقع ولو حذف لفظة الظهر وقال انت على كأمي او مثل امي فان نوى الكرامة او التعظيم او أنها كأمه في الكبر

الباب الثالث في الظهار

(مقدمات) (الف) الظهار شرعا تشبيه الزوج المكلف منكوحته و لو مطلقة رجعية في العدة وقيل بالعقد الدائم بظهرامه (وقيل) تشبيه من يملك نكاحها بعقد دائم بظهر محرمة عليه أبدأ بنسب او رضاع او مصاهرة والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع (اما الكتاب) فقوله تعالى **والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا الآية (١)** واما السنة فلما يأتي (واما الاجماع) فظاهر فان اجماع الامة واقع عليه (ب) الظهار محرم لقوله تعالى **وانهم ليقولون منكراً من القول و زوراً (٢)** و يجب عليه الكفارة بالظهار في عود الوطى لقوله تعالى **والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة (٣)** والعود عندنا هو العزم على الوطى (ج) لا يقع من الصبي لان الظهار المعتبر هو المنكر والزور للآية ولا يتحققان في ظهار الصبي لعدم تكليفه واتفق اللزوم يوجب اثبات الملزوم ولان عبارته غير معتبرة شرعا ولا استلزامه وجوب الطلاق او الكفارة واللزوم منتفب في حق الصبي فينتفى الملزوم .

قال قدس الله سره: **ولو حذف حرف الصلة (الى قوله) وفيه اشكال**

اقول: قال الشيخ في المبسوط هو كناية و لم يتعلق الحكم بمجردا الا بنيته

والصفة لم يكن شيئاً وان قصد الظهر (قيل) وقع (و فيه) اشكال ولو قال جملتك او ذاتك او بدنك او جسمك او كلتك على كظهر امي وقع ولو قال انت امي او زوجتي امي فهو بلاخلاف واقول ان كان قوله (بلاخلاف) راجعا الى قوله لم يتعلق الحكم بمجردا فهو مسلم وان كان راجعا الى الحكمين المستثنى منه والمستثنى فيكون تقديره يقع بنيته بلاخلاف فهو في موضع المنع وقال ابن الجنيد لا يكون ظهاراً وهو الحق (لان) لفظ الظهر شرط في صحة الظهار وكل شرط في صحة الظهار اذا فقد بطل الظهار (اما الاولى) فلان انت على كظهر امي هو الظهار الذي وردت الاية فيه (لان) خويلة بنت مالك بن ثعلبة قال لها زوجها اوس بن الصامت انت على كظهر امي فانت الى النبي ﷺ لتشكو عليه و رسول الله يجادلها و يقول لها اتقى الله فانه ابن عمك فلم تبرح حتى نزل قوله تعالى : قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الآية (١) ولما رواه زرارعة في الصحيح عن الباقر عليه السلام انه سئل عن الظهار كيف هو فقال يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في غير جماع انت على حرام مثل ظهرا امي الحديث (٢) ولان الظهار مشتق من الظهر وصدق المشتق يستلزم صدق المشتق منه (احتج) الشيخ بان تشبيهها بشعر الام او كفها او بطنها قاصداً بها الظهار ظهار وكلما كان كذلك فتشبيهها بالام مع قصد الظهار ظهار (اما المقدمة الاولى) فلما رواه سدير عن الصادق عليه السلام قال قلت له الرجل يقول لامرأته انت على كظهر امي او ككفها او كبطنها او كرجلها قال ما عني ؟ ان اراد به الظهار فهو الظهار (٣) و (اما المقدمة الثانية) فلدلالة عليه بطريق التنبيه بالادنى على الاعلى فان الاولوية ضرورية (والجواب) بمنع المقدمتين (اما الاولى) فان سندها ضعيف فان في طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف ولم يعتمد والدي على شيء من رواياته وغيث بن ابراهيم وهو بترى (٤) (واما

(١) سنن ابي داود (ج ٢) باب في الظهار والاية في اول سورة المجادلة .

(٢) ثلث ٢ خبر ٢ من كتاب الظهار .

(٣) ثلث ٩ خبر ٢ من كتاب الظهار

(٤) البترية بضم الموحدة فالسكون فرق من الزيدية قبل نسبوا الى المغيرة بن سعيد

ولقب الابتر (مجمع البحرين) .

كقوله انت كامي ولو قال امي امرأتى او مثل امرأتى لم يكن شيئاً .

ولو شبه عضواً من امرأته بظهرامه فالأقرب عدم الوقوع كان يقول يدك على كظهرامى او فرجك او ظهرك او بطنك او راسك او جلدك ، و لو عكس فقالت انت على كيدامى او شعرها او بطنها او فرجها فالأقرب عدم الوقوع ايضا وكذا لو قال كروح امي او نفسها فإن الروح ليست محلاً للاستمتاع . ولو قال انت على حرام فليس بظهار و ان نواد وكذا انت على حرام كظهرامى على اشكال اها لو قال انت على كظهرامى حرام او انت حرام انت كظهرامى او انت طالق انت كظهرامى للرجعية (١) او انت كظهرامى طالق وقع .

الثانية (فلانا نمنع الاولوية والحق عندى ان الاسباب الشرعية انما تستفاد من نص الشرع لامن غيره والذى وقع الاجماع و دل عليه الكتاب والسنة المتواترة انت على كظهرامى وغيره لم يرد فيه الاخبار آحاد ضعيفة السند فلا تعارض القرآن .

قال قدس الله سره : ولو شبه عضواً (الى قوله) او فرجك .

اقول : قال الشيخ فى المبسوط يقع وقال ابن الجنيد لا يقع وهو الاصح عندى

دليلنا ما تقدم .

قال قدس الله سره : ولو عكس فقال انت على (الى قوله) عدم الوقوع ايضا .

اقول : قال الشيخ فى الخلاف والمبسوط يقع اذا نوى به الظهار وتبعه ابن البراج

فى المذهب وابن حمزة وقال المرتضى وابن ادریس وابن زهرة لا يقع وهو الظاهر من كلام المفيد والحق عندى عدم الوقوع لما تقدم .

قال قدس الله سره : ولو قال انت على (الى قوله) على اشكال .

اقول : قال الشيخ فى المبسوط والخلاف لا يقع وتبعه ابن البراج واستشكله

المصنف هنا من حيث قول الشيخ لان هذه الصيغة غير الصيغ المتفق عليها شرعاً والاصل بقاء الحل ومن حيث ان قوله حرام تأكيد لغرضه فلا ينافى فيه فان قوله انت على كظهرامى لا بد وان ينوى به التحريم فاذا نطق به كان اولى واختار فى المختلف وقوعه

(١) انما قال للرجعية لانه اذا طلقت اولاً (بانت طالق) وكانت بائناً لم يقع الظهار بعده

فقوله للرجعية متعلق بالقول اى قال للرجعية كذلك .

ولو قال انت طالق كظهرامى وقع الطلاق (رجعياً - خ) ولغى الظهار وان قصدهما (وقيل) ان قصدهما والطلاق رجعى وقعا فكانه قال انت طالق انت كظهرامى ، وفيه نظر فان النية غير كافية من دون الصيغة ويقعان معا لو قال انت كظهرامى طالق على اشكال ولو قال انا مظاهر او على الظهار لم يصح ولو ظاهر من واحدة ثم قال لاخرى اشركتك معها اوانت شريكها او كهي لم يقع بالثانية سواء نوى به الظهار او اطلق .

لرواية زرارة المتقدمة وهذا هو الحق عندى والعجب ان الشيخ رحمه الله جاوز الكنايات غير هاوما هو ابعد من هذه ومنع هذه الصيغة .

قال قدس الله سره : ولو قال انت طالق (الى قوله) على اشكال .

اقول : هنا مسألتان (الف) ان يقول انت طالق كظهرامى فان لم ينوهما معاً وقع الطلاق لانيانه بلفظ الصريح ولا يصح الظهار لان قوله كظهرامى لا استقلال له وقد انقطع عن قوله انت بالفاصل الحاصل بينهما فخرج عن الصراحة لاحتمال ان يكون قوله (كظهرامى) صفة مؤكدة لتحريم الطلاق ولم يقصد به الظهار فلا يقع وهذا اجماع منا واما ان نواههما معاً بان ينوى بقوله انت طالق والطلاق وبقوله (كظهرامى) الظهار ، قال المصنف لا يقع الظهار واختاره ابن البراج (واحتج) المصنف بان قوله انت طالق كظهرامى الجار والمجرور متعلق بطالق وقوله (انت طالق) جملة تامة من مبتداء هو (انت) وخبر هو (طالق) وكظهرامى جار ومجرور وهو صلة زائدة على الجملة لا يتوقف الحكم عليها بل يفيد وجه الشبه وتأكيد الطلاق لانفس الظهار وهذا هو المفهوم عند الاطلاق فاذا اراد جملة اخرى قدر انت المسند اليه قبل قوله (كظهرامى) فيبقى تقديره انت كظهرامى حتى يتم الكلام فيكون صيغة الظهار بعضها مقدر منوى وهوانت وبعضها مذكور ولا يقع بذلك الظهار واليه اشار بقوله (النية غير كافية من دون الصيغة) اى النطق بكل الصيغة وقال الشيخ الطوسى فى المبسوط ان كان الطلاق رجعياً وقع الظهار وان كان بائناً لم يقع لانه ظهار للمطلقة البائن فلا يقع لانها اجنبية حينئذ (ب) ان يقول انت كظهرامى طالق: قال الشيخ يقع الظهار والطلاق (لان) طلاق المظاهر منها صحيح سواء كان الطلاق بائناً او رجعياً وقال شيخنا فيه اشكال منشأه ان صيغة الطلاق لم يأت بها وهى قوله انت

الركن الثاني المظاهر

ويشترط بلوغه ورشده واختياره وقصده فلا يقع ظهار الصبي وان كان مميزاً ولا المجنون المطبق ولا من يناله ادواراً الاوقت صحته ولا المكروه ولا فاقد القصد كالسكران والمغمى عليه والغضبان غضباً يرفع قصده والنائم والساهى والعاث به ولو ظاهر ونوى به الطلاق او بالعكس لم يقع احدهما ويصح من العبد والكافر على رأى طالق ونيته المسند اليه لا تكفي في السبب الشرعي بل لابد من التلفظ ولمنع الكوفين من تعدد خبر المبتداء الا ان يمكن اتحادهما في ثالث كقولنا الماء بارد حار فانه يمكن اجتماعها في القاتر (ومن) انه في العرف تعدد الخبر مستعمل ظاهراً وقد اجازاه البصريون والاصح عندى الاول .

الركن الثاني المظاهر

قال قدس الله سره : ويصح من العبد والكافر على رأى

اقول : هنا مسألتان (الف) العبد يصح ظهاره باتفاق علمائنا خلافاً لبعض العامة

(لنا) عموم الآية (قالوا) لازم الظهار ايجاب تحرير الرقبة لقوله تعالى (فتحرير رقبة) (١) والمفهوم منها اللزوم والعبد لا يملك الرقبة (قلنا) قال تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا (٢) والعبد غير واجد (ب) الكافر والخلاف في صحة الظهار منه فقال الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن الجنيد لا يصح الظهار من الكافر وقال ابن ادريس والدي المصنف قدس الله سره وهو الاصح لعموم الآية (احتج) الشيخ بان كل من يصح ظهاره يصح الكفارة منه لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة (٣) والكافر لا تصح منه الكفارة لافتقارها الى النية لانها عبادة ولا تصح من الكافر (ولان) الظهار يفيد تحريماً يصح ازالته بالكفارة وهو لا يتحقق في حق الكافر فلا يترتب اثر الظهار عليه فيبطل (والجواب) عن الاول والثاني بمنع المقدمة الثانية فان الكافر يصح ان ياتي بالكفارة بان ياتي بشرطها و

والخصى والخنثى والمحبوب ان حرمنا ضروب الاستمتاع ولا يصح من المرأة .

هو الايمان ثم يأتي بها (وأجاب) بعضهم بان الكافر يصح عتقه واطعامه فلا يمنع لمنع نوع منها وليس بجيد اذ عتق الكفارة عبادة وكذا اطعامها ولا يصح من الكافر عبادة .

قال قدس الله سره : والخصى والخنثى (الى قوله) الاستمتاع

اقول: مبنى هاتين المسألتين على تحريم ضروب الاستمتاع كافة فان قلنا به وقع

منهما وان اقتصرنا على تحريم الوطى لم يقع منهما لاستحالته (اما) في الخصى فظاهر

والمراد بالخصى هو الخصى المحبوب او الخصى الذي لا يتمكن من الايلاج (واما) في

الخنثى فان المراد الخنثى المشكل فجاز ان تكون امرأة وآلة الرجال لها زائدة فلا يتحقق

الوطى الصادر من الرجال منها وهو مناط الظهار فلنبحث عن مقتضى الظهار من التحريم

(فنقول) تحريم الوطى اجماعى ويمتد الى فعل الكفارة او ما يقوم مقامها كالاستغفار في

المفلس لقوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا (١) ثم قال فصيام شهرين متتابعين

من قبل ان يتماسا (٢) وكذا الحكم لو كان يكفر بالطعام وان لم يتعرض له في الآية

بل قال فاطعام ستين مسكينا (٣) حملا للمطلق على المقيد مع اتحاد الواقعة (واما)

تحريم ضروب الاستمتاع فذهب بعضهم اليه لقول النبي ﷺ لرجل ظاهرا لامرأته لا تقربها

حتى تكفر وروى اعترافها حتى تكفر (٤) ويفهم منه النفي العام كالاجنبية ولان الاستمتاع

يدعو الى الوطى ويفضى اليه ولان قوله تعالى من قبل ان يتماسا حقيقة لغوية في سائر

الاستمتاع والاصل عدم النقل وذهب آخرون الى عدم تحريمه لها واقتصره على تحريم

الوطى لانه لا يحل تملك الوطى بل انما هو لعارض كالصوم والحيف (ولان) الاصل بقاء

التحليل الى ان يثبت سبب التحريم والاصل عدمه وقوله تعالى من قبل ان يتماسا

محمول على الوطى كقوله تعالى من قبل ان تمسوهن والاقوى الاول .

(١) المجادلة - ٤ (٢) المجادلة - ٥ (٣) المجادلة - ٥

(٤) لم نعثر الى الآن على الاول نعم قد ورد الثاني كما في سنن ابي داود (ج ٢) باب

الركن الثالث المظاهرة

ويشترط ان تكون مملوكة الوطى له فلا يقع بالاجنبية وان علقه على النكاح وان تكون طاهراً طهراً لم يقربها فيه بجماع ان كان زوجها حاضراً وهي ممن تحيض مثلها وقت الايقاع لا الشرط ولو كان غائبا صح وكذا لو كانت يائسة او صغيرة وان كان حاضراً (وهل) يشترط العقد فيه نظر والمرى انه يقع بالموطوءة بملك اليمين

الركن الثالث المظاهرة

قال قدس الله سره : وهل يشترط العقد (الى قوله) بملك اليمين

اقول: اختلف الاصحاب في اشتراط العقد في المظاهر منها فابتنه بعض ونفاه آخرون ويتفرع على ذلك (هل) يصح ظهار الموطوءة بملك اليمين اختلف الاصحاب في ذلك فقال الشيخ في النهاية والخلاف انه يقع سواء كانت امته مملوكة او مدبرة او ام ولد وهو اختيار ابن ابي عقيل وابن حمزة وقال المفيد بعدم وقوعه واختاره ابو الصلاح وسلاح وابن البراج في كتابيه والصدوق وابن ادريس ونقله عن المرتضى وقال ابن الجنيد لا يقع الظهار الا على موقع الطلاق واختار والدى قدس الله سره في المختلف الاول (احتج) الاولون بوجوه (الف) الامة بعض النساء وكل النساء يصح ظهارهن فالامة يصح ظهارها اما الاولى فلقوله تعالى **و امهات نساكنكم (١)** و اتفق الكل على شمول هذا اللفظ للامة و اما الثانية فلقوله تعالى **و الذين يظاهرون من نساكنهم (٢)** و الجمع المضاف للعموم (ب) ما رواه اسحاق بن عمار في الموثق عن الكاظم عليه السلام قال سألته عن رجل يظاهر من جاريته فقال الامة و الحرة في هذا سواء (٣) (ج) ما رواه محمد بن يعقوب في الصحيح باسناده عن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال سألت عن الظهار على الحرة والامة فقال نعم (٤) (احتج) الآخرون بما رواه حمزة بن حمران قال سألت

(١) النور ٢ (٢) المجادلة ٤

(٣) مثل باب ١١ خير ١ من كتاب الظهار .

(٤) مثل باب ١١ خير ٢ من كتاب الظهار .

(و هل) يشترط كون العقد دائماً خلاف اقربه الوقوع بالمستمتع بها ، وهل يشترط الدخول المروى اشتراطه (وقيل) لا- للعموم وعلى الاشتراط يقع مع الوطى دبراً أوفى حال صغرها او جنونها ويقع بالرتقاء والمريضة التي لا توطأ ولا فرق في الوقوع بين ان ابا عبدالله عليه السلام عن رجل جعل جاريته عليه كظهرامه قال يأتيها وليس عليه شيء (١) واجاب والدى قدس الله سره عنه بضعف السند فان في طريقها الحسن بن علي بن فضال وابن بكير وهما ضعيفان قال وحزمة بن حمران لا اعرف حاله .

قال قدس الله سره : وهل يشترط كون العقد دائماً خلاف اقربه الوقوع بالمستمتع بها .

اقول: اختلف الاصحاب في وقوع الظهار بالمستمتع بها قال الصدوق وابن الجنيد لا يقع واختاره ابن ادريس و قال المرتضى وابو الصلاح و ابن زهرة بوقوعه و اختاره المصنف هنا وفي المختلف (احتج) الاولون بما رواه ابن فضال عن اخبره عن الصادق عليه السلام قال لا يكون الظهار الا على مثل موقع الطلاق (٢) واجاب عنه المصنف بضعف السند وكونها مرسله (احتج) الآخرون بقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم (٣) والمتمتع بها من النساء والآ لحرمت لقوله تعالى والذينهم لفر وجهم حافظون الا على ازواجهم او ماملكت ايما نهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون (٤)

قال قدس الله سره : وهل يشترط الدخول (الى قوله) للعموم .

اقول: منع الشيخ من ظهار غير المدخول بها في النهاية والمبسوط والخلاف وجعل الدخول شرطاً وهو قول الصدوق والظاهر من كلام ابن الجنيد وابن البراج في كتابيه واعتمد عليه والدى في المختلف والذي ورد في الروايات اشتراط الدخول في المظاهر منها ولنذكر منها روايات ثلاثاً (الاولى) رواية الشيخ في الصحيح عن محمد بن

(١) ثلث ١١ خبر ٦ من كتاب الظهار .

(٢) ثلث ٣ خبر ٣ من كتاب الظهار :

(٣) المجادلة ٤ (٤) المؤمنون ٦ .

تكون حرة أو أمة مسلمة أو ذمية ، والاقرب اشتراط التعيين .

الركن الرابع المشبه بها

لاخلاف في صحته اذا شبه بالام بلفظ الظهر، و هل يقع لوشبهها بغيرها من المحرمات نسبا ورضاعا كالاختوالعمة والخاله و بنت الاخ و بنت الاخت والام من الرضاعة و غيرها خلاف اقربه الوقوع ان جاء بصيغة الظهر، ولو شبهها بعضو غيره من غير الام كيد مسلم عن البائر و الصادق عليهما السلام في المرأة التي لم يدخل بها زوجها قال لا يقع عليها ايلاء ولاظهار (١) (الثانية) ما رواه الفضيل بن يسار في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل مملوك ظاهر من امرأته قال لا يلزمه وقال لي لا يكون ظهار ولا ايلاء حتى يدخل بها (٢) (الثالثة) روى مثل رواية الثانية بعينها محمد بن يعقوب باسناده في الصحيح عن الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام (٣) وقال المفيد و سائر ابن زهرة و ابن ادريس انه يقع و نقله عن السيد (و احتجوا) بعموم قوله تعالى **والذين يظاهرون من نسائهم (٤) المتناول للمدخل بها وغيرها وهو الاصح عندي.**
قال قدس الله سره : **والاقرب اشتراط التعيين**
اقول: وجه القرب ان الظهار يستلزم احكاما لا يمكن تعلقها الا بمشخص لا يبيهم كالمرافعة و ضرب المدة و غير ذلك من احكام الاشخاص (ويحتمل) عدمه كما قرناه في الطلاق و الاصح الاول .

الركن الرابع المشبه بها

قال قدس الله سره : و هل يقع لوشبهها بغيرها (الى قوله) بصيغة الظهر
اقول : في المشبه بها اقوال (الف) انها الام خاصة وهو اختيار ابن ادريس (ب)
انها كل محرمة على التأيد بالنسب خاصة وهو اختيار ابن البراج لان التحريم لازم لوجودها لم يتخلف عنه بخلاف الرضاع فان تحريمه مسبوق بالاباحة بالعقد في بعض ازمته

(١) مثل ب ٨ خبر ٢ من كتاب الظهار . (٢) مثل ب ٨ مثل خبر ١ من كتاب الظهار.

(٣) مثل ب ٨ خبر ١ من كتاب الظهار (٤) المجادلة ٤

الاخت وزوجها لم يقع قطعا ولوشبهها بمحرمة بالمصاهرة على التأيد كما زوجته وبناتها مع الدخول وزوجة الاب والابن لم يقع وكذا لوشبهها بمحرمة لا على التأيد كاخت الزوجة وعمتها وخالتها .

وجودها وقبله التحريم عرضي يمكن ان يزول بالفعل ثم يعرض لها التحريم و يسدوم فالتشبيه بها اعم من التشبيه في الحال الاولى والاخيرة فلا يحرم ولما رواه جميل بن دراج في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال قلت له الرجل يقول لامرأته انت علي كظهر عمته او خالته قال هو الظهار (١) و لم يفرق الامة بين العممة والخالة و بين باقى المحرمات ابدا بالنسب (ج) كل محرمة بنسب او رضاع وهو اختيار الشيخين وابن الجنيدي وابن حمزة . (احتج) الاولون بما رواه سيف التمار في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال قلت له ان الرجل يقول لامرأته انت علي كظهر اختي او عمتي او خالتي قال فقال انما ذكر الله الامهات وان هذا الحرام (٢) اجاب والذى بانه لا يدل على عدم الوقوع باحدى الدلالات (وفيه نظر) فانه لو لم يدل لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة والسؤال (احتج) الشيخان (بقول) النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (٣) (وبما) رواه زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سألته عن الظهار فقال هو من كل ذى محرم امما او اختا او عممة او خالة الحديث (٤) فقوله كل ذى محرم نص على العموم (و فيه نظر) اما او لافلان التحريم بالظهار سببه التشبيه بالنسب لانفس النسب فلا يلزم من كون التشبيه بالنسب سببا في التحريم كون التشبيه بالرضاع سببا فيه (واما ثانيا) فانه ليس بعام بل يشابهه في بعض الاحكام فلا يدل على صورة النزاع (واما ثالثا) فانه عليه السلام فصّلها بالام والاخت الى آخره وهو في النسب حقيقة فلا يعم المجاز وما رواه جميل بن دراج في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال قلت له الرجل يقول لامرأته انت علي كظهر عمته او خالته قال هو الظهار (٥) والاقوى عندي اختيار المصنف هنا. اعترضت والذى فيه في الدرس بقوله تعالى والذين يفتاھرون

- (١) ثلث ٤ خبر ٢ من كتاب الظهار . (٢) ثلث ٤ خبر ٣ من كتاب الظهار .
 (٣) ثلث ١ خبر ٣ من ابواب ما يحرم بالرضاع نقل عن السدوق ومرسلا عن رسول الله (ص)
 (٤) ثلث ٤ خبر ١ من كتاب الظهار . (٥) ثلث ٤ خبر ٢ من كتاب الظهار .

وهل تدخل الجدة تحت الام ان اقتصرنا عليها اشكال و لو شبهها بظها رايه او اخيه او ولده لم يقع وكذا الوشبهها بالاجنبية او بزوجة الغير او الملاعنة وان تأبدت حریمها من نسائهم الى قوله ما هن امهاتهم - الضمير راجع الى الذين يظهرون من نسائهم نفى بقوله ما هن امهاتهم (١) ما اثبتوا فدل بصيغته على ان الصيغة بالام (اجاب) بان عود الضمير الى بعض ما يتناوله العام لا يقتضى التخصيص وهذه المسألة قد تقررت فى الاصول (ولانه) اخبار عن الذى ظاهر بالام و هو نوع من الظهار ولا يقتضى انحصاره فيه (د) كل محرمة حال ايقاعه بنسب او رضاع او مصاهرة للاشتراك فى العلة والاقوى عندى اختيار ابن ادریس .

قال قدس الله سره : وهل تدخل الجدة (الى قوله) اشكال

اقول : ينشأ (من) انها هل هى ام حقيقة او مجازاً (قيل) بالاول لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم (٢) و اتفق الكل على دخول الجدة والاصل فى الاستعمال الحقيقة (لان) ناقلى اللغة اقتصروا عليه قال ابن عباس ما كنت اعرف الفاظ حتى تحاكم الى اعرابيان فقال احدهما استاجرته ليفطر لى بئراً (٣) وقال ما كنت اعرف الدهاق حتى سمعت بعض بنات العرب تقول اسقنى دهاقا (٤) فاستدل بمجرد الاطلاق على الحقيقة فلولم يدل لكان من الاغلاط (وقيل) بالثانى لقوله تعالى ان امهاتهم الا اللاتى ولدنهم (٥) وهى من صيغ الحصر ونسبة النفى فانه يصدق هذه ليست امى بل ام ابى او ام امى وهو خاصة مطلقة للمجاز وليس على الفقيه تحقيق ذلك بل يتسلمها اما من صاحب اللغة او صاحب العرف .

(١) المجادلة ٤ (٢) النساء ٢٧ .

(٣) نهاية ابن الاثير فى مادة فطر لكن لفظه هكذا - ما كنت ادرى ما فاطر السموات و الارض حتى احتكم الى اعرابيان فى بئر فقال احدهما ان افطرتها اى انا ابتدأت حفرها انتهى .

(٤) تفسير الفخر ج ٨ فى سورة عم لكن لفظه هكذا دعا ابن عباس غلامه فقال اسقنا دهاقا ف جاء الغلام بهاملاء فقال ابن عباس هذا هو الدهاق .

(٥) المجادلة ٤

المقصد الثاني في احكامه

الظهار حرام لاتصافه بالمنكر (وقيل) لاعتقابه فيه لتعقبه بالعتو ، و يشترط في صحة حضور شاهدين عدلين يسمعان نطق المظاهر - ولا يقع يمينا ولا معلقا ولا في اضرار على رأى فلو حلف به او غلقه بانقضاء الشهر او دخوله او قصد به الاضرار لم يقع ، وهل يقع موقوفا على شرط الاقرب ذلك فلو قال انت كظهرامى ان دخلت الدار (او)

المقصد الثاني في احكامه

قال قدس الله سره : الظهار حرام (الى قوله) بالعتو

اقول: اتفق الاصحاب على تحريم الظهار لقوله تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا (١) وكل منكر حرام وكذا كل زور ثم اختلفوا فقال بعضهم انه يعنى عنه ولا يعاقب عليه في الاخرة لقوله تعالى وان الله لعفو غفور (٢) فعقبه بالعتو وهو يستلزم نفي العقاب (وقيل) لابل حكم العفو تفضل في الاخرة .

قال قدس الله سره : ولا يقع يمينا ولا معلقا ولا في اضرار على رأى

اقول: قيل لا يقع في اضرار لقوله عليه الصلوة والسلام لا ضرر ولا اضرار (٣) فانتفى كلما هو علة تامة فيه او في علة التامة لدلالة نفي المعلول على نفي العلة خرج منه الايلاء بالنص فبقى الباقي على الاصل وقيل يقع في الاضرار لعموم الآية .

قال قدس الله سره : وهل يقع موقوفا على شرط الاقرب ذلك .

اقول: قال الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف يقع موقوفا على الشرط ، وهو اختيار الصدوق في المقنع وابن حمزة ، وقال السيد المرتضى في الانتصار ، وابن البراج ، و سائر اباو الصلاح ، وابن زهرة لا يقع بشرط ويظهر من كلام ابن الجنيد ، واختار المصنف الاول وهو الاصح عندي (لنا) عموم الآية و ما رواه حريري في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال الظهار ظهاران احدهما ان يقول انت على كظهرامى ثم يسكت فذلك الذي يكفر قبل ان يواقع فاذا قال انت على كظهرامى ان فعلت كذا وكذا ففعل وجبت عليه الكفارة حين

(١) -٢- المجادلة ٤

(٢) -٣- ثلث ١٢ خبر ٣ من كتاب احياء الموات

ان شاء زيد فدخلت او شاء وقع وفي الفرق بينه وبين المعلق نظر، و لو علقه بظهار الضرة ثم ظاهرها وقعا ، ولو علقه بظهار فلانة الاجنبية فان قصد المواجهة باللفظ والنطق به صح الظهار مع المواجهة به للاجنبية وان قصد الشرعى لم يقع وكذا لو قال اجنبية و لو قال فلانة من غير وصف فتزوجها فظاهرها وقعا معاً ولو علقه بمشية الله وقصد الشرط لم يقع وان قصد التبرك وقع .

يحث (١) (احتج) الآخرون بما رواه القاسم بن محمد الزيات قال قلت لابي الحسن الرضا عليه السلام انى ظاهرت من امرأتى فقال كيف قلت فقال قلت انت على كظهر امي ان فعلت كذا فقال لاشيء عليك ولا تعد (٢) (اجاب) والدى قدس الله سره بان في طريق هذه الرواية ابا سعيد الآدمي يروى عن القاسم بن محمد الزيات ولا عبرة به والفرق بين اليمين والشرط مع اتحاد صورتهما ان اليمين المقصود بها الكف وزجر النفس والالزام بالتزامه على تقدير المخالفة والمقصود من الشرط التعليق بالمشروط ووقوعه عند وقوعه. قال قدس الله سره : وفي الفرق بينه وبين المعلق نظر.

اقول: المراد بالمعاق هو المعلق بالزمان المستقبل كقوله انت على كظهر امي اذا جاء رأس الشهر (واعلم) ان هذا فرع على المشروط فكل من قال بعدم وقوعه مشروطا قال بعدم وقوعه معلقا بالزمان المستقبل والقائلون بوقوعه مشروطا اختلفوا هنا- فقال بعضهم لا يقع معلقا لان النص انما جاء على الشرط الممكن وقوعه في الحال و عدم وقوعه واما المعلق على الزمان فينتفى وقوعه في زمان ايقاعه ثم يتحتم ايقاعه (وقوعه خ-ل) في الزمان المستقبل قطعاً - وقال الشيخ في المبسوط يقع معلقا كما يقع منه مشروطا ، والمصنف قال (في الفرق نظر) ووجهه وجود التعليق فيهما (ومن) عدم كونه صورة النص وايضا ففي صلاحية ما ذكره فرقا للفارقية نظرا فانه وصف طردى .

(١) ثل ب ١٦ خبر ٦ من كتاب الظهار .

(٢) ب ١٦ خبر ٣ من كتاب الظهار .

ولو قال انت على كظهرامى ان لم يشأ الله فان كان عدليا وقع ان عرف التحريم وان كان اشعريا فاشكال ولو علق بالنقيضين وقع في الحال اوفى الزمان المقيده، ولو علق

قال قدس الله سره : ولو قال انت (الى قوله) فاشكال .

اقول: هذه المسألة فرع صحة تعليق الظهار بشرط وتقريرها انه اذا قال انت على كظهرامى ان لم يشأ الله فله صورتان (الف) ان يكون المراد بقوله ان لم يشأ الله ظهاري اياها وهذه المسألة متفرعة على قواعد (احدها) ان الظهار قبيح حرام للآية و الاجماع (وثانيهما) ان مشية الله تعالى هل تتعلق بايجاد القبيح حالته المعتزلة و الامامية وجوزته الاشاعة وتحقيقه في علم الكلام و(ثالثها) انه هل يمكن ان يقع خلاف مشية الله فحالته الاشاعة وجوزته المعتزلة والامامية (ورابعها) هل مشية الله تعالى هي السبب في وقوع كل ما يقع من الموجودات والاحكام وغيرها قالت الاشاعة نعم و قالت المعتزلة والامامية لا .

اذا تقرر ذلك (فنقول) يقع الظهار في هذه الصورة عند المعتزلة والامامية لان التعليق على شرط وصحته تصير تحقق الشرط ملزوما لوقوع المشروط وهو ظاهر وقد تحقق الشرط المعلق عليه وقوع الظهار وهو عدم مشية الله له فيتحقق المشروط و اما الاشاعة فقد اختلفوا فقال بعضهم لا يقع للجهل بالشرط مع عدم امكان العلم به عادة ان مشية الله تعالى له و عدمها لا يمكن العلم بها عادة لانقطاع الوحي بوفاة الرسول ﷺ والعلم العادي بانتفاء الالهام لمثله بمثله وقال بعضهم يقع لاندكلما وقع الشرط المعلق عليه الظهار وقع الظهار وكلما وقع السبب الموجب لثبوت الظهار وهو المشية وقع الظهار والمقدمتان ظاهرتان (والتقريب) ان نقول وقوع الظهار لازم للنقيضين فيكون واقعا والآ ارتفع النقيضان او انفك اللزوم واللازم بقسميه باطل اما لزومه للنقيضين لانه لا يخلو اما ان يتعلق المشية بالظهار اولا (فان) كان الاول وقع لوجود سببه لما تقدم في القاعدة الرابعة (وان كان الثاني) وقع لوجود شرطه المعلق عليه واما باطلان اللازم اما ارتفاع النقيضين وفرضي واما انفكك اللزوم فلغرض نقيضه (والجواب) ان هذه مغالطة وحلها يمنع لزومه للنقيضين (اما) على قواعد الاشاعة فعدم لزومه لعدم مشية الله تعالى

باهرين على الجمع لم يقع مع احدهما ويقع على البديل، واذا كان منجزاً او وقع شرطه افاد تحريم وطى الزوجة حتى يكفر، والا قرب تحريم غيره من ضروب الاستمتاع لا تحريمه ظاهر لانه كلما لم يشأ الله تعالى وقوعه يستحيل وقوعه فلا يجتمع مع عدم المشية فكيف يلزم فهذا التعليق باطل (لانه) قد علق وجود المعلول على عدم العلة فلوصح التعليق لزم من وجوده اجتماع النقيضين (لان) وجود المعلول يستلزم وجود علته وهي المشية هنا ووجود الشرط المعلق عليه لاستحالة وجود المشروط بدون الشرط و الشرط هو عدم المشية فيلزم من وقوع الظهار وجود المشية وعدم المشية في وقت واحد بالنسبة الى شخص واحد وامرأة واحدة وظهار واحد فلا يصح هذا التعليق عند الاشاعرة ولا يقع الظهار (ب) ان يكون المراد بقوله ان لم يشأ الله ايقاع الصيغة موجبة للظهار (فعلى قول العدلية) يقع الظهار لان هذه الصيغة منكرو زور وكذب فهي قبيحة ولا تتعلق مشية الله تعالى بالقبيح فقد تحقق الشرط المعلق عليه و هو عدم مشية الله تعالى اياه وكلما تحقق الشرط المعلق عليه تحقق المشروط لانه ملزوم له لانه المراد هنا (و اما على قول الاشاعرة) فوقوعه يدل على مشية الله تعالى فانفتق الشرط و هو عدم تعلق المشية به فينتفى المشروط فلا يقع منه الظهار و لا يلزم من مشية الله تعالى لهذا اللفظ مشيته للظهار لان هذا اللفظ انما يصلح سببا للظهار اذا انتفت مشية الله تعالى لامع مشيته (تفريع) لو علقه بمشية الله تعالى لم يقع اتفاقا اما عند المعتزلة فلما تقدم و اما عند الاشاعرة فللجهل بالمشية .

قال قدس الله سره : واذا كان منجزا (الى قوله) لا تحريمه عليها .

اقول: هنا مسائل (الف) حكم و قوع الظهار تحريم الجماع تحريما ممتداً الى التكفير لقوله تعالى فتحرير رقبة قبل ان يتماسا (١) ثم قال: فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا (٢) وحمل اطلاق الاطعام عليه لان المطلق يحمل على المقيد عند اتحاد الواقعة ولقول النبي ﷺ الرجل ظاهراً امرأته - لا تقربها حتى تكفر و روى اعترلها حتى تكفر (٣) ومنه ينشأ قول من حرم ضروب الاستمتاع (ب) تحريم

عليها ، ولا يحل الوطى حتى يكفر بالعتق او الصيام أو الاطعام على الترتيب ، ولو وطىء غيره من ضروب الاستمتاع التي يحصل بتلاقى شيء من بدنها وشيء من بدنه كالقبلة و العناق والضم لا بمجرد النظر ، واختلف الاصحاب فيه (فقال) بعضهم بالتحريم و هو اختيار الشيخ فى المبسوط والخلاف (وقال) بعضهم بالاباحة و هو اختيار ابن ادریس وقواه والدى المصنف فى المختلف (احتج) الشيخ بان كل ذلك مسيس و كل مسيس حرام قبل التكفير (اما الاولى) فظاهرة اذ هو حقيقة فى تلاقى الابدان لغة والاصل عدم النقل والاشراك (واما الثانية) فلآية ووجوب حمل اللفظ على الحقيقة عند الاطلاق (اعترض) بان الميسس الوطى لقوله تعالى من قبل ان تمسوهن (١) والاصل فى الاطلاق الحقيقة (والجواب) بانه لو كان حقيقة فى الوطى لزم الاشراك او النقل بل هو استعمال اللفظ فى بعض افراد المتواطى وهو اولى منهما ومن المجاز ايضا (احتج) ابن ادریس بان سبب الملك ثابت وهو يقتضى الاباحة الا بما نعت يثبت بالنص ولم يثبت مانعية الظهار والاصل عدم غيره (والجواب) ان التحريم يثبت بالحديث المتقدم وظاهر الآيقوا اقوى عندى اختيار الشيخ فى المبسوط للآية و الخبر (ولانه) ينزلها منزلة المحرمة المؤبدة فيحرم منها ما يحرم منها (ج) لا يحرم الرجل على المرثة فلو تشبهت عليه واستدخلت ذكره من غير شعوره لم يحرم عليها لثبوت الحل والاصل بقائه (ولان) المخاطب بمزيد التحريم هو الزوج .

قال قدس الله سره : ولو وطىء خلال الصوم (الى قوله) ليلا

اقول : اجمع كل اهل العلم على وجوب التتابع فى الصيام فى كفارة الظهار لورود لفظ التتابع فى الكتاب والسنة ومعنى التتابع هنا وشبهه المواتل بين صيام ايامها و اجمع الكل ايضا على ان من افطر صوم يوم قبل مضي شهر ويوم لغير عذر ابطل (بطل - خل) جميع الصوم الذى تقدم ووجب عليه استيناف الشهرين - و انما الخلاف فى موضعين (الف) انه اذا وطىء عمداً خلال الشهرين ليلا ، قال الشيخ فى المبسوط والخلاف يبطل التتابع لانه عبارة عن اتباع يوم بيوم فيبطل ما تقدم من الصوم ويستأنف الشهرين ، وقال

خلال الصوم استأنف (وقيل) لا يبطل التتابع لو وطىء ليلاً، (وهل) يكفى الاستيناف عن كفارة الوطى قبل اكمال التكفير اشكال، والاقرب ان الوطى ان وقع ليلاً وجب الاتمام مطلقاً والتكفير ثانياً وكذا ان وقع نهاراً بعد ان صام من الثاني شيئاً وان كان قبله استأنف وكفر ثانياً .

ابن ادريس لا يبطل التتابع لانه عبارة عن اتباع صوم يوم لاحق بصوم يوم سابق من غير فارق وهذا متحقق وان وطىء ليلاً فلا يستأنف الكفارة (لانه) لم يبطل من الصوم شيء فلا يجب عليه الاستيناف بل يتم صومه وعليه كفارة اخرى للوطى وان كان الوطى نهاراً من غير عذر قبل ان يصوم من الشهر الثاني شيئاً وجب عليه الاستيناف للكفارة التي يوجبها الظهار وكفارة اخرى للوطى عقوبة والاصح عندى الاستيناف مطلقاً وهو اختيار والدى لقوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا (١) فامر بهما خالين عن وطىء ولم يات بهما على ما امر فلم يجزه (ولان) تحريم الوطى لا يختص بالنهار بل يشترك فيه كلاهما فاستوفى فيه كالاغتفاب (والجواب عن حجة ابن ادريس ان بطلانه ليس بتبعية بطلان التتابع بل بالعكس لان المأمور به الصوم الموصوف فى الشهرين بكونه قبل التماس هنا-خ) فظهر انه لافرق بين العمد والنسيان فى ذلك (ب) اذا وطىء نهاراً قبل ان يمضى من الثاني شيء بطل ما تقدم من الصوم عامداً كان او ناسياً عندى وعند والدى وجدى للآية كما تقدم فى المسألة السابقة، وقال الشيخ فى المبسوط ان تعمداً الوطى بطل التتابع حقيقة وان كان ساهياً مضى فى صومه ولم يلزمه شيء لقوله وَاللَّهِ شَهِيدٌ رفع القلم عن أمتى الحديث (٢) .

قال قدس الله سره : وهل يكفى الاستيناف عن كفارة الوطى (الى قوله) وكفر ثانياً .

اقول : ذكرهنا امرين (الف) انه هل يكفى الاستيناف عن كفارة الوطى قبل اكمال التكفير ذكر فيه اشكالاً ينشأ (من) انه يصدق عليه انه كفر فيكفى عن كفارة الوطى

(١) المجادلة ٥ (٢) لعله اشارة الى حديث الرفع المعروف وهو قوله صلى الله عليه وآله رفع او وضع عن امتى تسعة واما قوله رفع القلم عن امتى فلم نثر عليه فى حديث .

ولو عجز عن الكفارة وما يقوم مقامها كفاه الاستغفار وحل الوطى على رأى ولا يجزئه الحاكم على التكفير بل اذا رفعت المرأة امرها اليه خيره بين التكفير والرجعة وبين الطلاق وينظره للتكفير (للفكر - حل) ثلاثة اشهر من حين الترافع فان خرجت ولم يخرت احدهما وعن كفارة الظهار (و لانه) لم يطق قبل التكفير لانه في اثنا عشر سنة و الكفارة الثانية انما تجب على من وطى قبل التكفير (و من) انه لم يكفر بعد ، و لتعدد السبب والا صل عدم التداخل .

(واعلم) انه جزم فيما بعد بوجود كفارة ثانية بالوطى قبل اتمام التكفير و تردد هنا والاقوى عندي ما جزم به (ب) قوله والاقرب وهو انه اذا وطى في خلال الصوم (فان) وطى ليلا وجب الاتمام ولم ينقطع التابع وتكون هذه مجزية عن كفارة الظهار وتجب اخرى للوطى قبل التكفير وكذا ان كان نهاراً و قد صام من الثاني شيئاً (و ان) وطى نهاراً قبل أن يصوم من الثاني شيئاً بطل التابع واستأنف كفارة الظهار ووجب اخرى للوطى سواء كان الوطى عمداً او سهواً (ووجه القرب) اما عدم الاستيناف اذا وطى ليلا فلما مر من حجة ابن ادريس و اما اذا وطى بعد ان صام من الشهر الثاني شيئاً لحصول التابع بين الشهرين بصوم الاول و شئ من الثاني وقد حصل و الاصح ما اخترناه فيما تقدم وهو الاستيناف ووالدى قدس الله سره في المختلف اختار اختيار الشيخ في المبسوط .

قال قدس الله سره : ولو عجز عن الكفارة (الى قوله) على رأى .

اقول: المراد هنا بكفارة العتق والصيام والاطعام اذا عرفت ذلك (فنقول)

البحث هنا في مسائل ثلاث (الف) اذا عجز عن هذه الخصال الثلاث (هل) لها بدل يقوم مقامها في حل الوطى بعدهم لا قال المفيد وابن الجنيد لا، بل يحرم عليه وطئها الى ان يؤدي الواجب (لان) نص القرآن انما جاء على هذه الخصال الثلاث فلا يجزى غيرها وهو قول الشيخ رحمه الله قال ويفرق بينهما الحاكم ، وقال كثير من الفقهاء نعم لها بدل (ب) اختلف القائلون بالبدل ما هو فقال الشيخ في النهاية ايضا اذا عجز عن اطعام ستين مسكينا صام ثمانية عشر يوماً فان عجز عن ذلك ايضا كان حكمه ما قدمناه من انه يحرم عليه وطئها الى ان يكفر وقال ابن بابويه في رسالته عقيب قوله (فاطعام ستين مسكينا لكل مسكين

حبسه الحاكم وضيق عليه فى مطعمه ومشربه حتى يتخير احدهما ولا يجبر على الطلاق بعينه ولا يطلق عنه فان صبرت لم يعترض (لها - خ) ولو كان الظهار مشروطا جاز

ممن طعام) فان (١) لم يجد تصدق بما يطيق وكذا قال ابنه فى المقنع ثم قال فيه وروى فى حديث آخر انه اذا لم يطبق اطعام ستين مسكينا صام ثمانية عشر يوما ، وقال ابن البراج يصوم ثمانية عشر يوما ، وقال ابن حمزة اذا عجز عن صوم شهرين متتابعين صام ثمانية عشر يوما فان عجز تصدق عن كل يوم بمدين من طعام (ج) اذا عجز عن البذل الذى هو الصيام والاطعام على اختلاف الاقوال فيه - اختلف اقوال الفقهاء هنا فقال المفيد والشيخ وابن البراج وابن بابويه لا يحل له وطبها ولا يقوم الاستغفار مقام الكفارة وبدلها ، وقال ابن حمزة وابن ادريس يكفيه فى ذلك الاستغفار فى حل الوطى ولا يجب عليه قضاء الكفارة وهو اختيار والدى قدس الله سره .

(احتج) الاولون بالآية واثبات بدل للواجب بنص متأخر نسخ (واجيب) بالمنع وقد حقق فى الاصول (احتج) والدى باصالة برائة الذمة واباحة الوطى ويجاب الكفارة مع العجز تكليف بغير المقدور فيكون مدفوعا وبما رواه اسحاق بن عمار فى الموثق عن الصادق عليه السلام فى الظهار اذا عجز صاحبه عن الكفارة فليستغفر الله و لينو ان لا يعود قبل ان يواقع ثم ليوافق وقد اجزاء ذلك عنه عن الكفارة الحديث (٢) والاقوى عندى تحريمها الى ان يكفر باحدى الخصال الثلاث المذكورة فى القرآن (لما) تقدم و مارواه ابوبصير عن الصادق عليه السلام قال كل من عجز عن الكفارة التى تجب عليه من عتق او صوم او صدقة فى يمين او نذر او قتل او غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفارة فالاستغفار له كفارة ما خلا يمين الظهار فانه اذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه ان يجامعها و فرقت بينهما الا ان ترضى المرأة ان تكون معها ولا يجامعها (٣) (احتج) الشيخ على الاكتفاء بثمانية عشر يوما عند العجز عن الخصال الثلاث بما رواه ابوبصير عن الصادق عليه السلام قال سئلته عن رجل ظاهر من امراته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق ولا يقوى على الصيام قال يصوم ثمانية عشر يوما لكل

(١) مقول قوله قال ابن بابويه . (٢) ثلث ٨ خبر ١ من ابواب الكفارات .

(٣) ثلث باب ٦ خبر ١ من ابواب الكفارات .

الوطى مالم يحصل الشرط ولا كفارة قبله، ولو كان الوطى هو الشرط ثبت الظهار بعد فعله ولا تستقر الكفارة حتى يعود (وقيل) تجب بنفس الوطى وليس بجيد (وقيل) يجب تقديم الكفارة على الوطى فى المطلق وما وقع شرطه مع نية العود ولا يجب الكفارة بالتلفظ بل بالعود وهو ارادة الوطى وليست مستقرة بل معنى الوجوب تحريم الوطى حتى يكفر فان وطىء قبل التكفير لزمه كفارتان وتكرر الكفارة بتكرار الوطى ، ولو وطىء ثانيا بعد ان ادى كفارة واحدة عن الاول او عن أحدهما على اشكال وجبت ثلاثة فان نواها عن الظهار فلاشئ عن الثانى ، ولو طلق رجعا وفاها حقها فان راجعها فى العدة لم تحل له عشرة مساكين ثلاثة ايام واقول فى السند ضعف .

قال قدس الله سره : ولو كان الوطى هو الشرط (الى قوله) وليس بجيد .
اقول: قوله (وقيل الى آخره) القائل بذلك هو الشيخ رحمه الله بناء على ان الاستمرار وطى ثان (ووجه) ضعفه ان الوطى من ابتدائه الى النزح واحد عرفا و الاطلاق انما يحتمل على العرف والمشروط انما يقع بعد وقوع الشرط لاقبله .

قال قدس الله سره : فان وطىء قبل التكفير (الى قوله) من الثانى .
اقول: هنامسائل (الف) الوطى قبل التكفير عن الظهار موجب لكفارة اخرى غير كفارة الظهار مطلقا وهو المشهور وذهب اليه شيخنا والدى والشيخان و المرتضى و ابن البراج وقال ابن الجنيد ان كان ممن يكفر بالعتق او بالصيام لقد رتته على احمدهما لا بالاطعام فعجز عن الاولين فانه لا يجب عليه كفارة اخرى فى الاخير و الفرق التقييد فى الآية قبل التماس فى الاولين لا الاخير و الحق الاول لما ياتى (ب) هل تتكرر الكفارة بتكرار الوطى ام لا اختلف الاصحاب هنا فقال الشيخ نعم كل و طى قبل التكفير عن الظهار موجب لكفارة اخرى مطلقا وهو اختيار شيخنا وقال ابن حمزة تتكرر ان كفر عن الاولى لان لم يكفر عنها او كفر عن الظهار و الحق الاول (لما) رواه ابو بصير فى الحسن عن الصادق عليه السلام قال اذا وقع المرة الثانية قبل ان يكفر فعليه كفارة اخرى الحديث (١) و لوجود المقتضى و هو الوطى قبل التكفير وانتفاء المانع (اما الاول) فلما رواه الحلبي فى الصحيح عن الصادق

حتى يكفر ولو خرجت من العدة ثم تزوجها او كان الطلاق باينا وتزوجها في العدة فلا كفارة لو وطئها ولوماتا او أحدهما سقطت الكفارة ، والارتداد كالطلاق الرجعي ان كان عن غير فطرة او كان من المرأة تجب الكفارة مع العود في العدة ولو ظاهر ولم ينو العود ثم اعتق لم يجزئه لانه كفر قبل الوجوب فلو اشترى زوجته بطل العقد وحل له وطؤها قبل الكفارة ولو اشترى غير الزوج ففسخ ثم تزوجها الزوج بعقد آخر سقطت الكفارة ولو قال اتن على كظهر امي فعليه عن كل واحدة كفارة وكثر الظهار من واحدة وجب عليه

عَلَيْهَا قَالَ لَا يَمْسُهَا حَتَّى يَكْفُرَ قُلْتُ فَإِنْ فَعَلَ عَلَيْهِ شَيْءٌ غَيْرَ الْأُولَى قَالَ نَعَمْ يَعْتَقُ إِضَارِقَبَةَ (١) (واما الثاني) فظاهر للاصل (ج) اذا وطئ قبل التكفير عن الظهار وجبت عليه كفارتان فكفر واطلق ولم يعين في نيته كفارة الظهار ولا كفارة الوطئ او نوى احديها لابعينها ذكر المصنف فيه اشكالا ينشاء (من) انه يصدق انه وطئ بعد التكفير لا يجب فيه الكفارة ولاصلة براءة الذمة (ومن) ان حكم الظهار انما يسقط اذا كفر عن الظهار وانما يتخصص الكفارة بالظهار بنية التكفير عنه واصل البرائة انما تكون حجة اذا لم ينتقض وقد انتقض بالظهار وثبوت حكمه والاصل بقائه.

قال قدس الله سره : ولو كرر الظهار (الى قوله) على راي .

اقول: المراد بالتفريق ان يكون الثاني متراخيا عن الاول وقيل في مجلس آخر غير المجلس الاول والمراد بالمتابعة التوالى والبحث هو انه اذا كرر الظهار ولم يظهر انه اراد بالثاني تأكيد الاول وفيه خلاف بين الاصحاب فقال الشيخ و ابن حمزة وابن ابي عقيل يلزمه بكل مرة كفارة و قال ابن الجنيد ان تغاير المحرمة المشبه بها فيهما كأن ظاهر مرة بامه واخرى باخته تكررت الكفارة وان كرر الظهار بواحدة كامه مثلا ولم يكفر عن المرة الاولى لم تعدد الكفارة ولو كرر الظهار والحق الاول لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ ظَاهِرَ مِنْ امْرَأَتِهِ خَمْسَ مَرَّاتٍ أَوْ كَثْرًا قَالَ قَالَ عَلِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ مَكَانَ كُلِّ مَرَّةٍ كَفَّارَةٌ (٢) وفي الحسن عن الحلبي عن الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ

(١) ثل ب ١٥ خبر ٤ من كتاب الظهار .

(٢) ثل ب ١٣ خبر ١ من كتاب الظهار .

بكل مرة كفارة سواء فُرق الظهر او تابعه على رأى ولو وطئها قبل التكفير عن (على - حل) الجميع وجب عليه عن كل وطئ كفارة واحدة ويصح الظهر مطلقاً او مقيداً بمدة على رأى فان قصرت المدة عن زمان التربص وقع على اشكال ويحرم عليه وطؤها في تلك المدة قبل الكفارة ولو وطئ ناسياً للظهر فكفارة واحدة .

قال سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات قال يكفر ثلاث مرات (١) (احتج) ابن الجنيد بما رواه عبدالرحمن بن الحجاج في الصحيح عن الصادق عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته اربع مرات في كل مجلس واحدة قال عليه كفارة واحدة (٢) (اجاب) الشيخ بان المراد الاتحاد جنساً فلا يمنع التكرار بالنوع (في الافراد - خل) او يكون المراد بالثاني التاكيد (ولقائل) ان يقول على الاول الخبر يدل على تكرار الظهر و البحث في تكرار الصيغة ولا يتم الدليل الا مع القول بايجاب كل مرة ظهاراً او تكون الصيغة هي نفس الظهر وليس في الخبر دليل عليها .

قال قدس الله سره : ويصح الظهر مطلقاً ومقيداً بمدة على رأى .

اقول : هذا اختيار ابن الجنيد لعموم الاية (ولانه) منكر من القول وزور فكان كالمطلق خلافاً للشيخ في الخلاف والمبسوط فانه قال لا يكون ظهاراً وتبعه ابن البراج وابن ادريس و اختار شيخنا في المختلف الصحة ان زاد عن مدة التربص والافلا (احتج) الشيخ بما رواه سعيد الاعرج في الصحيح عن الكاظم عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته يوماً قال ليس عليه شيء (٣) والاقوى عندي اختيار الشيخ لان الظهار حكم ولازمه التحريم بغير كفارة دائماً مادام موسراً الى التكفير ومع الاعسار الى الاستغفار دائماً وهذا لا يلزم منه ذلك لانه لم يؤيد التحريم فاشبه تشبيهاً بالحرمة لاعلى التأييد كالا جنسية واخت الزوجة وقيل مبنى القولين انه هل يتبع في الظهار المعنى او المعهود في الجاهلية .

قال قدس الله سره : فان قصرت المدة (الى قوله) على اشكال

(١) مثل ب ١٣ خبر ٢ من كتاب الظهار .

(٢) مثل ب ١٣ خبر ٦ من كتاب الظهار .

(٣) مثل ب ١٦ خبر ٩ من كتاب الظهار .

اقول : ينشأ (من) العموم (ومن) ان الظهار يلزمه التربص مدة ثلاثة اشهر مع الترافع وعدم الطلاق وذلك يدل بالافتضاء على ان مدة الظهار تزيد عن مدة التربص (واعلم) ان هذا ليس باختيار المصنف و امر باسقاط هذا الاشكال من النسخة فأسقط في بعض النسخ وبقى بعضها ولاوجه له عندي وهذه الفروع ساقطة عندي بل يتبع نص الكتاب.

الباب الرابع في الأيلاء

وفيه مقصدان الاول في اركانها وهي اربعة

الاول الحالف (مقدمات) (الف) الأيلاء لغة الحلف وشرعا الحلف على ترك وطى الزوجة اكثر من اربعة اشهر للاضرار والاصل فيه قوله تعالى للذين يؤولون من نساءهم تربص اربعة اشهر فان فآؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم (١) وكان طلاقا في الجاهلية فنسخ حكمه وبقى محله (ب) لا يقع الأيلاء الا بالحلف بالله تعالى لقوله تعالى ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم (٢) ثم قال لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم (٣) يعنى بالله ثم قال للذين يؤولون من نساءهم تربص اربعة اشهر (٤) فعطف به على اليمين بالله فاقضى ان لا يكون موليا الا بالله (ولان مطلق اليمين محمولة عرفا وشرعا على اليمين بالله تعالى ولا يحمل على غيره الا ان يقيد به ولقول النبي ﷺ من كان حالفا فليحلف بالله اولي صمتن (فليصمت - خ ل) و (لقوله تعالى) فان فآؤا فان الله غفور رحيم وغفران المآثم يتوجه الى الايمان بالله تعالى دون غيره كالتعق والطلاق (قالوا) الحلف بالتعق مثلا يقال له حلف ويمين والاصل في الاطلاق الحقيقة واطلاق العام يقتضى حمله على عمومه (قلنا) مجاز لما تقدم (ولانه) خير من الاشتراك (ج) انحصر اقوال اهل العلم في المدة التي يقع بها الأيلاء في اقوال ثلاثة (الاول)

الباب الرابع في الايلاء

وفيه مقصدان

الاول في اركانه وهي اربعة

(الف) الحالف ويعتبر فيه البلوع والعقل والاختيار والقصد ويقع من الملوك سواء كانت زوجته حرة او امة ومن الذمي والخصي والمجبوب على اشكال فيكون فيه كالعاجز ومن المطلق رجعيا ويحتسب زمان العدة من مدة التربص وكذا لو طلق رجعيا بعد الايلاء ثم راجع ومن المظاهر (ب) المحلوف عليه وهو ترك جماع زوجته ويشترط كونها منكوحه بالعقد الدائم (فلا يقع) بالمستمتع بها على الاقوى (ولا) بالموطوءة بالملك وان تكون ان لا يتقدر مدة بل من حلف على الامتناع من الوطى في اى زمان كان قل او اكثر صح وهو مذهب ابن ابي ليلى (الثاني) لا يكون موليا حتى يحلف على الامتناع من وطئها على الابد فان قدره بزمان وان طال لم يكن موليا وهو مذهب ابن عباس (الثالث) انه مقدر باربعة اشهر فصاعداً لا يقع على انقص ويقع على ازيد وهو مذهب الامامية و الشافعية و ابي حنيفة ومالك لقوله تعالى تربص اربعة اشهر.

قال قدس الله سره: ويقع من المملوك (الى قوله) على اشكال .

اقول المجبوب اما ان يبقى من ذكره شيء يمكن الوطى به اولا فان كان الاول صح ايلائه اجماعا وان كان الثاني اختلف الاصحاب فيه فقال الشيخ في المبسوط يصح لعموم الآية (وقيل) لا يصح لامتناعه كما لو حلف ان لا يصعد الى السماء وهو اختيار والذى المصنف في المختلف والاقوى عندي انه لا يصح لانه لا يقع الا للاضرار ولا يتصور هنا والاولى اجماعية والثانية بديهية .

قال قدس الله سره: (ب) المحلوف عليه (الى قوله) على الاقوى .

اقول: وجه القوة قوله تعالى وان عزموا الطلاق (١) وعود الضمير الى بعض العام يقتضى تخصيصه والآ لزم الاضرار وهو خلاف الاصل (ولان) الاصل الاباحة ولا تتفاء

مدخولاً بها ، ويقع بالحرّة والامة والمرافعة لها للمولى وكذا طلب حقوق الزوجية بعد المدة ويقع بالذمية كالمسلمة والرجعية (ويحتسب زمان العدة من المدة ، وكذا لو طلقها رجعيًا بعد الايلاء وراجع --خ) ولفظه الصريح تغييب الحشفة في الفرج والايلاج والنيك (١) (اما) الحماح والوطى فانه يقع معه الايلاء ان قصد .

وفي المباضة والملاسة والمباشرة مع النية اشكال اقربه الوقوع ولو قال لاجمع رأسى ورأسك مخدة اولا ساقفتك اولا طيلن غيبتي عنك (قيل) يقع مع القصد ولو قال لازمه وهو استحقاق الزوجة المطالبة بالوطى وضرب المدة والكل منتف في المستمتع بها وانتفاء اللزوم يقتضى انتفاء الملزوم (ويحتمل) شاذاً وقوعه بها للعموم والاصح عندى الاول .

قال قدس الله سره : وفي المباضة (الى قوله) اقربه الوقوع .

اقول : منشأ الاشكال اختلاف الاصحاب قال الشيخ في المبسوط يقع والمصنف في المختلف اختار الوقوع وكذا هنا لانها الفاظ تستعمل عرفاً فيما نواه وقصده فتحمل عليه كثيره من الالفاظ ولدلالة الخبر عليه روى بريد بن معاوية في الحسن عن الصادق عليه السلام قال سمعته يقول في الايلاء اذا آلى الرجل لا يقرب امرأته ولا يمسه الحديث (٢) وقيل لا يقع للاصل ولما رواه ابو بصير في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال سألت عن الايلاء ما هو فقال هو ان يقول الرجل لامرأته والله لاجامعتك كذا وكذا الحديث (٣) والمقول في جواب ما هو نفس الماهية فلا يصح بغير ماهيته لانه لو صح لغيره لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة او وقت السؤال وكلاهما حذر الاصولى عنه ولاصالة بقاء الحل وهو الاقوى عندى .

قال قدس الله سره : ولو قال لاجمع رأسى (الى قوله) مع القصد .

اقول : قال الشيخ في المبسوط يقع مع قصده الايلاء ولو لم يقصد سقط قوله ولم يتعلق به حكم واختاره والدى في المختلف وقال ابن ادريس لا يقع وان نوى به

(١) ناك المرأة نيكاً بالفتح كائيد آنرا - نياك كشداد بسيار كائنده (منتهى الارب)

(٢) ثل ب ١٠ خبر ١ من ابواب الايلاء .

(٣) ثل ب ٩ خبر ١ من ابواب الايلاء .

لاوطيتك في الحيض ولا في النفاس او في دبرك فهو محسن وليس بمولى (ج) الصيغة ولا تنعقد الا باسماء الله تعالى مع التلفظ باي لسان كان مع القصد ، ولو حلف بغير الله تعالى او بغير اسماء صفاته لم ينعقد كما لو حلف بالعتاق والظهار والصدقة والحرم (و التحريم -خل) والكعبة والنبى والائمة عليهم السلام او التزام صوم او صلوة وغير ذلك لم ينعقد وكذا لا ينعقد لو قال ان وطيتك فله على صلوة او صوم ، ولو قال ان وطيتك فعبدى حر عن الظهار لم يكن ايلاء لكن لو وطىء الزم بعق العبد (او غيره - خ) لاقراره (وهل) يلزم بعته معجلا الاقرب المنع ولو قال فهو حر عن ظهاري ان ظاهرت لم يقع شيء ولا يلزم بالعق وان ظاهرت لم ينعقد او عتق غيره .

الايلاء والاحكم له لاصالة برائة الذمة وهو اختيار الشيخ في الخلاف والاقوى عندي اختيار ابن ادريس .

الثالث الصيغة

قال قدس الله سره : ولو قال ان وطيتك (الى قوله) والاقرب المنع .
اقول: هذه المسألة فرع على قاعدة . وهي ان الاصحاب اتفقوا على ان الايلاء لا يقع الا باسماء الله تعالى وعند جماعة من المخالفين يقع بكل ما يقع به اليمين كالعتق والطلاق ولما ذكر هذه القاعدة فرع على القولين فرعا وهو انه اذا علق بالوطى عتق عبد عن الظهار فقال ان وطيتك فعبدى حر عن الظهار او ظهاري فالكلام هنا في مسائل (الف) انه يحكم عليه بالظهار لاقراره به ظاهراً ويدان بينه وبين الله تعالى بما في نفس الامر (ب) انه هل يكون ايلاء ام لا وهذا تفريع على الحكم بالظهار فاننا لو نحكم بالظهار ظاهراً لم يكن ايلاء باجماع المسلمين (فنقول) اتفق اصحابنا على انه لا يقع ولو كان بنذر و شبهه كقوله لله على او والله ان وطيتك فعبدى حر عن (عند دخل) الظهار لاتفاق الاصحاب على انه لا يصح الايلاء باليمين على التزام شيء بالوطى واما على القول الثاني للمخالف وهو انه يقع بالتزام محذور عنده وتعليقه بالوطى فيمتنع منه كما حكيناه عنهم في تلك العبارة (ج) وهي فرع على القولين اعنى القول بوقوع الايلاء والقول بعدم وقوعه لانه حيث اقر بالظهار حكم عليه به ظاهراً وبانه اذا وطىء الزم بعق عبد عن كفارة الظهار وهل

(وهل) يشترط تجريده عن الشرط قولان ولو آلى من زوجته وقال للاخرى شررتك معها لم يكن ايلاء في الثانية وان نواه، لعدم نطقه بالله تعالى ولا يقع الآلى في اضرار فلو حلف لصالح اللبن او للمرض لم يكن ايلاء بل كان يمينا ولو قال لاربع والله لا وطمئتكن لم يكن موليا في الحال وله وطى ثلاث فيتعين التحريم في الرابعة و يثبت لها الايلاء بعد يتعين هذا العبد فعندنا لو قرنه بنذر او يمين او لم يكن له غيره تعيين قطعاً والآ فلا بل يلزم بعق عبد ما وعلى قول المخالف انه يقع العتق المعلق بشرط عند وقوع الشرط ينعتق هذا العبد بالوطى لوقوع شرطه (د) في قوله وهل يلزم بالعتق معجلاً ليس المراد منه الزامه بالعتق قبل الوطى وقبل العزم عليه لعدم مقتضى له لان الاقرار بالظهار يثبت الظهار ظاهراً ولا يلزم من ثبوت الظهار لزوم العتق معجلاً لان حكمه ضرب المدة و التخيير بين الطلاق والتكفير والوطى ولاوجه لاحتمال نقيضه بل المراد بالتعجيل هنا العتق عند العزم على الوطى قبله (يحتمل) ذلك لانه مقتضى الظهار وانما حلف ليعتق عنه (ويحتمل) عدم التعجيل لتعليقه بشرط ولا يمكن في الايمان تقدم المشروط على الشرط لان الشرط المعلق عليه بسبب والمسبب لا يتقدم على السبب وهو الاقرب عند المصنف (ه) على التزامه بالظهار يلزمه جميع توابع الظهار- وانما طولنا الكلام في هذه المسألة لانها موضع اشتباه و الشيخ رحمه الله اوردتها في المبسوط على غير هذا الوجه وهو انه قال ان اصبتك فله على ان اعتق عبدى عن ظهارك او هذا العبد عن ظهاري فان كان نذر طاعة و برفتى و طوى لزمه الوفاء وان كان نذر لجاج يمنع به نفسه من وطئها لم ينعقد وتحقيق هذه المسألة ما ذكرناه نحن هنا .

قال قدس الله سره : وهل يشترط تجريده عن الشرط قولان .

اقول: شرط الشيخ في الخلاف تجريده عن الشرط في انعقاده واستدلاله باجماع الفرقة واخبارهم والاصل برائة الذمة و ثبوت الايلاء بشرط يحتاج الى دليل و تابعه ابن حمزة و ابن ادريس و ابن زهرة وقال في المبسوط يقع معلقاً على الصفة و الشرط واختاره المصنف في المختلف لعموم القرآن السالم عن المعارض والاقوى عندى الاول .
قال قدس الله سره : ولو قال لاربع و الله لا وطمئتكن (الى قوله)

وطيهن ولها المرافعة وتجب الكفارة بوطى الجميع ولو وطىء واحدة قرب من الحنث وهو محذور ولا يصير به موليا ولومات احديهن قبل الوطى انحلت اليمين بخلاف ما لو طلق احديهن او ثلاثا لان حكم اليمين ثابت في البواقي لامكان وطى المطلقات ولو بالشبهة ، ولو وطئهن حراما فالاقرب ثبوت الايلاء في البواقي بخلاف ما لو وطىء الميسته اذ لا حكم لو طئها على اشكال .

على اشكال .

اقول: لا بد من تقديم قاعدتين (الاولى) الايلاء عندنا يقتضى تعلق الحنث في اليمين بوطى الزوجة المولى منها المدة المشترطة كما مر وتحریم الوطى على المولى (الثانية) الوطى قد يكون موجبا للحنث وهو ظاهر وقد يكون مقربا من الحنث وهو محذور لكنه لا يحرم ولا يتعلق به حنث فلا يكون موليا فيه قولا واحداً منا لانه لم يتعلق به لزوم شيء فليس بمحرم وقد ذكر المصنف له صورتين .

(الاولى) اذا قال لاربع والله لا وطئتك جمع ويريد الكل من حيث هو كل لا كل واحدة واحدة فنقول قد تكلم المصنف رحمه الله في هذه المسألة في وقت حصول الايلاء ثم فيما يحصل به الحنث ثم فيما به يمتنع الحنث ثم فيما يجب بالحنث (اما الاول) فحكم بانه لا يحصل الايلاء في الحال لانه يجوز له وطى ثلاث منهن والتعيين موكول الى اختياره من غير حنث بل يصير بوطى ثلاث منهن موليا ع-ن الرابعة (اورد) منع نفسه من وطيهن باليمين بالله تعالى فكان موليا في الحال (و الجواب) انه متمكن من وطى كل واحدة منهن بغير حنث ولم تؤثر يمينه تحريما قبل وطى ثلاث ولا معنى بكونه غير مولى في الحال سوى ذلك (واما الثانى) فحكم رضى الله عنه بانه لا يحصل الحنث الا بجماعهن جميعا لان اليمين منعقد على الكل من حيث هو كل و لانه حلف لا يجمعهن في الوطى فبدون وطى الكل لا يحصل الحنث .

(واما الثالث) فقد ذكر هنا مسألتين (الاولى) انه لو ماتت واحدة قبل وطئها قيل انحلت اليمين لانه يمتنع الحنث لامتناع فعل المحلوف عليه لان متعلق اليمين ما يطلق عليه اسم الوطى حقيقة وهو ايلاج فرج آدمى حتى اصلى في فرج كذلك فان الايلاج

ولو قال لاوطئت واحدة منكن واراد لزوم الكفارة بوطنى اى واحدة كان (كانت-خز)

تعلق الايلاء بالجميع وضربت المدة لهن عاجلا فان وطىء واحدة حنت وانحلت اليمين فى البواقي ، ولو طلق واحدة او اثنتين او ثلاثا كان الايلاء ثابتا فى الباقي ، ولو

فى فرج الميتة كالايلاج فى نقبة فى جسم جمادى غير مشتهى طبعاً واستشكله المصنف ومنشأه ما تقدم (ومن) ورود النص بالعقوبة على وطى الميتة والاطلاق دليل الحقيقة (قالوا) يلزم الاشتراك والمجاز خير منه (قلنا) والمتواطى اولى من الكل وهو ايلاج فرج اصلى من آدمى فى فرج كذلك من غير اشتراط الحيوة فلما تعارضت هذه الوجوه ذكر المصنف فيه اشكالا (الثانية) اذا طلق احديهن او ثلاثا منهن لم تنحل اليمين لامكان وطى المطلقات فيحصل شرط تحقق اليمين فى الباقية لان الطلاق اما ان يكون رجعيًا او بائنا فان كان رجعيًا فهى كالزوجة ووطؤها كوطى الزوجة وان كان بائنا جاز و طؤها بالشبهة ثم فرع على تلك انه لو وطىء المطلقة البائن وطيا محرما بغير شبهة قال المصنف الاقرب ثبوت الايلاء فى البواقي لان الشرط الوطى وهو اعم من ان يكون محرما او محلا وقد حصل (ويحتمل) العدم لان الوطى المحرم لا يكون مقصوداً للشارع وانما يحمل اطلاق فعل المسلم على المحلل (و اما الرابع) فيجب بوطنى الجميع كفارة واحدة لان اليمين واحدة وهذا تحرير هذه المسألة .

قال قدس الله سره: ولو قال لاوطئت واحدة منكن (الى قوله) هى المعينة اقول: هذه الصورة الثانية وهى انه اذا قال لاربعة والله لاوطئت واحدة منكن ففيه مسائل قد ذكر المصنف منها هنا مسألتين (الاولى) ان يريد لزوم الكفارة بوطنى اى واحدة كانت منهن فيكون موليا عنهن جميعا وليس التعميم هنا كالتعميم فى قوله (والله لا اجمعكن) فان اللفظ فى قوله (لا اجمعكن) يتناول كلهن ولا يحصل الحنث بجماع بعضهن و هيئنا اليمين تتعلق بأحدهن ويتناول كل واحدة منهن على البدل فيكون موليا عنهن جميعا لتعلق حق الكفارة بوطنى اية واحدة وطئها لانه يوجد جميع المحلوف عليه ولهن المطالبة بعد المدة فان طلق بعضهن بقى الايلاء فى حق الباقيات وان وطىء بعضهن حصل الحنث لانه خالف يمينه بانه لا يجمع واحدة منهن فتنحل اليمين ويرتفع الايلاء فى

قال هنا اردت واحدة معينة قبل قوله ، ولو اراد واحدة مبهمه ففي كونه موليا اشكال فان اثبتناه كان له ان يعين واحدة فيختص الايلاء بها ويقول هي التي اردتها او انشأت تعيينها عن الابهام (ويحتمل) ان لا يكون موليا لان كل واحدة ترجوان لا تكون هي المعينة .

حق الباقيات (الثانية) ان يقول اردت الامتناع في حق واحدة معينة ممنه لا غير فيقبل قوله لاحتمال اللفظ (اورد) بان اللفظ يقع على كل واحدة ممنه على البدل وهو متهم في اخراج بعضه عن موجب اللفظ وظاهره (واجيب) بانه اعرف بنية واحتمال اللفظ - اذا تقرر ذلك (فنقول) قوله (واحدة) لا يخلو اما ان يقول اردت واحدة معينة او واحدة مبهمه (فان كان الاول) قبل قوله وكان موليا في حال ايقاعه وامر بالبيان (وان كان الثاني) وهو انه اراد واحدة مبهمه لا بعينها قال المصنف (ففي كونه موليا اي حال الايلاء او عند التعيين اشكال) ومنشأه كما مر في طلاق المبهمه ويتفرع على ذلك تحريم وطى الكل حتى يتبين فيطالبه بالتعيين لاداء الحقوق وابتداء المدة (فان قلنا) من حين الايقاع فمنه يتبدى المدة (وان قلنا) من حين التعيين فمنه يتبدى المدة (ويحتمل) ان لا يكون موليا - هذا الاحتمال في اصل صحة الايلاء فالاشكال الاول مبنى على صحة الايلاء لكن استشكل في وقت كونه موليا بالفعل وهذا الاحتمال يحتمل ان لا يصح الايلاء من اصله بل يكون باطلا لان المولى عنها يتحقق الامتناع عنها فيطالب بالنية و كل واحدة ممنه ترجو ان لا تكون هي المعينة اي المولى عنها فلا يتحقق الاضرار و وضع الايلاء على الاضرار (ويحتمل) وقوعه لاطلاق الآيه .

فائدة

اصطلاح الفقهاء على تخصيص اللفظ التعيين بما اذا كانت غير معينة في نفس الامر بل مبهمه وتخصيص لفظ التبيين بما اذا اراد واحدة بعينها او كانت معينة في نفس الامر ثم اشبهت فاستعمال كل من اللفظين في معنى الآخر مخالف لاصطلاح القوم (الثالث) ان يريد تحريم كل واحدة واحدة لان لاشيء ولا واحد من صيغ عموم السلب في تعلق الايلاء بكل واحدة واحدة لاعلى سبيل البدل .

ولو اطلق اللفظ فعلى اى الاحتمالين يحمل اشكال ولو قال لاوطيت كل واحدة
 منكن كان موليا من كل واحدة كما لو آلى من كل واحدة بانفرادها فمن طلقها وفاقها
 حقا ولم تنحل اليمين في البواقي وكذا لو وطئها قبل الطلاق لزمته الكفارة وكان الايلاء
 ثابتا في البواقي، ولو قال لاوطيتك سنة الامر لم يكن موليا في الحال اذ له الوطى (في الحال - خ)
 من غير تكفير فان وطئ وقت بقي اكثر من اربعة اشهر صح الايلاء وكان لها المرافعة
 والابطل حكمه وكذا لو قال لاجامعتك الا عشر مرة او ما زاد فاذا استوفى العدد صار موليا
 ان بقيت المدة، ولو قال والله لاجامعتك ان شئت فقالت شئت انعقد ان قلنا بالمشروط
 (وهل) يختص المشية بالمجلس اشكال .

(د) (المدة) الايلاء ان يحلف على الامتناع مطلقا او مودباً او مدة تزيد على اربعة
 اشهر او مضافا الى فعل لا يحصل الا بعد انقضاء مدة التربص قطعاً أو ظناً كقوله وهو بالعراق
 حتى امضى الى الهند واعد او ما بقيت ولو قال لاوطيتك اربعة اشهر او ما نقص او حتى
 ارد الى بغداد من الموصل وهو مما يحصل في الاربعة قطعاً او ظناً ومحملاً للامر بن على
 السواء لم يكن موليا ولو قال حتى ادخل الدار فليس بايلاء لامكان التخلص من التكفير
 بالدخول وهو مناف للايلاء ولو حلف (ان - خ) لا يطأها اربعة اشهر فما دون ثم اعاد

قال قدس الله سره : ولو اطلق اللفظ فعلى اى الاحتمالين يحمل اشكال
اقول: اذا اطلق قوله والله لاوطئت واحدة منكن ولم ينو التعميم اى لزوم الكفارة
 بوطى اى واحدة كانت ولا التخصيص بواحدة خاصة واليهما اشار المصنف بقوله (فعلى
 اى الاحتمالين يحمل قال فيه اشكال) منشأ ان اللفظ محتمل لكل منهما فترجيح
 احدهما على الاخر بغير مخصص ترجيح بلا مرجح (لا يقال) الاول اولى لاشتهاره عند الاطلاق
 والاستعمال (ولان) النكرة في سياق النفي للعموم (لانا) نقول الاصل الاباحة والتحرير
 حادث سببه الايلاء ولم يعلم وجوده والعلم بذى السبب موقوف على العلم بسببه .

قال قدس الله سره : ولو قال والله لاجامعتك (الى قوله) اشكال

اقول: ينشأ (من) انه المفهوم عرفا والمتيقن (ومن) انه من حيث المفهوم اعم

ولادلالة للعام على الخاص وقوى الشيخ في المبسوط اشتراط كونه في المجلس

اليمين في آخر الاشهر مرة اخرى ولم يزل يفعل كذلك لم يكن موليا ، ولو قال والله لا اجامعك اربعة اشهر فاذا انقضت فوالله لا اجامعك اربعة اشهر وهكذا لم يكن موليا فان المطالبة بعد المدة تقع بعد انحلال اليمين ؛ ولو قال والله لا اجامعك خمسة اشهر فاذا انقضت فوالله لا اجامعك سنة فهما ايلان ولها المرافعة لضرب مدة التربص عقيب اليمين فلو رافعته فماتل حتى انقضت المدة الاولى انحلت اليمين ويدخل وقت الايلاء الثاني ان قلنا بوقوعه معلقا على الصفة فان طلق في الخامس انحلت اليمين الاولى فان عقد ثانيا فيه رافعته بعد مضيئه للثاني .

ولو قال والله لا ويطيتك حتى ينزل عيسى من السماء او يخرج الدجال انعقد ، ولو قال حتى يلج الجمل في سم الخياط فكذلك ولو قال حتى يقدم زيد وهو يحصل في اقل من اربعة اشهر لم يكن ايلاء فان مضت اربعة اشهر ولم يقدم لم يكن لها المطالبة لانه ينتظر قدومه كل ساعة ولو قال الى ان يموت زيد فان ظن بقاءه ازيد من المدة انعقد والا فلا ولو كان الوطى يجب بعد شهر مثلا فحلف ان يطأها الى شهرين ففي انعقاده نظر .

المقصد الثاني في احكامه

اذا وقع الايلاء فان صبرت فلا بحث وان رفعت امرها الى الحاكم انظره اربعة اشهر لينظر في امره فان وطىء لزمته الكفارة وخرج عن الايلاء وليس للزوجة مطالبة بالفيئة في هذه المدة ولا فرق بين الحر والعبد ولا بين الحرة والامة في مدة التربص وهي حق للزوج فاذا انقضت لم تطلق بانقضائها وليس للحاكم طلاقها فاذا واقفته (رافعته - خ) .

الركن الرابع المدة

قال قدس الله سره : ولو كان الوطى (الى قوله) نظر

اقول: ينشأ (من) ان الايلاء انما انعقد لان للزوج ان يمتنع من وطى زوجته مدة يجب في اثنائها الوطى وهو هنا كذلك (ومن) تقديره باقل المدة المقدره شرعا والاقوى عدم الوقوع لانتهاء لزمه وهو انتهاء المدة و ثبوت الملزوم مع انتهاء اللازم الشرعى خلاف الاصل فيقف على النص وليس هنا فيصح يمينا ويعتبر فيه شرائط اليمين .

بعدالمدة تخير بين الفيئة والطلاق فان طلق خرج من حقها ويقع الطلاق رجعيا وكذا ان فاء ولو امتنع من الامرين حبس وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يفيء او يطلق ولا يجبر على احدهما عينا ولو آلى مدة ودافع بعدالمواقفة حتى انقضت سقط الايلاء ولا كفارة مع الوطى ولو اسقطت حقها من المطالبة لم يسقط لتجدده كل وقت .
(وقيل) والمدة المضروبة من حين الترافع لامن حين الايلاء وفيه نظرو فيئة القادر غيبوبة الحشفة في القبل والعاجز اظهار العزم على الوطى مع القدرة ويمهل ما جرت العادة بامهاله كخفة الماكول والاكل والراحة مع (من-خل) التعب، ولو ووطىء في مدة التربص عامدا لزمه الكفارة اجماعا وكذا بعدها على رأى ، ولو ووطىء ساهيا او مجنوناً او مشتبهاً بغيرها بطل الايلاء ولا كفارة لعدم الحنث. ولو اختلفا في انقضاء المدة

المقصد الثاني في احكامه

قال قدس الله سره : قيل والمدة المضروبة (الى قوله) وفيه نظر

اقول: اختلف الاصحاب في مبدء مدة التربص فقال الشيخان من حين الترافع واختاره ابو الصلاح وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس وقال ابن ابي عقيل وابن الجنيد من حين الايلاء واختاره المصنف في المختلف (احتج) المصنف بقوله تعالى للذين يؤثون من نسائهم تربص اربعة اشهر (١) ترتبت على الايلاء ومارواه بريدين معاوية في الحسن عن الصادق عليه السلام قال لا يكون ايلاء اذا آلى الرجل ان لا يقرب امرأته ولا يمسهها ولا يجمع رأسه ورأسها فهو في سعة ما لم تمض الاربعة الاشهر فاذا مضت اربعة اشهر وقف فاما ان يفيء (فيمسه-ئل) واما ان يعزم على الطلاق (٢) ووجه النظر ان ظاهر القرآن والروايات يدل على الثاني (ومن) حيث ان المشهور بين الاصحاب الاول و الاصح عندي اختيار والدى في المختلف .

قال قدس الله سره : ولو ووطىء في مدة التربص (الى قوله) على رأى .

اقول: المولى اذا ووطىء في مدة التربص وجبت عليه الكفارة اجماعا وان ووطىء بعدها فللشيخ قولان احدهما في الخلاف انه يجب عليه الكفارة وهو اختياره في النهاية و

صدق مدعى البقاء مع اليمين ويصدق مدعى تأخر الابلاء لو اختلفا في زمن وقوعه مع اليمين ، ولو انقضت مدة التربص وهناك ما يمنع الوطى كالحيض والمرض لم يكن لها المطالبة على رأى لظهور عنده (ويحتمل) المطالبة بفيئة العاجز، ولو تجددت اعذارها في الاثناء (قيل) تنقطع الاستدامة عدا الحيض ولا تنقطع باعذار الرجل ابتداء ولا اعتراضا ولا تمنع من الموافقة انتهاء و لو جن بعد ضرب المدة احتسب المدة عليه وان كان مجنوناً فان انقضت وهو مجنون تربص به حتى يفيق ، ولو انقضت وهو محرم اوصائم الزم بفيئة العاجز فان واقع حراء الكالوطى فى الحيض او الصوم الواجب اتى بالفيئة وائم

اختيار ابن البراج وقوى في المبسوط انه لا كفارة عليه لاصالة البرائة والحق الاول لقوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلقتهم (١) ولم يفصل. ومارواه منصور عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل آلى من امرأته فمرت به اربعة اشهر قال : يوقف فان عزم الطلاق بانته منه وعليها عدة المطلقة والاكفر يمينه وامسكها (٢) وهذا هو الذى استقر عليه رأى امام المجتهدين والذى المصنف قدس الله سره وبه اقتى .

قال قدس الله سره : ولو انقضت مدة التربص (الى قوله) بفيئة العاجز .

اقول : الاول قول الشيخ رحمه الله لان امتناع الوطى من جهتها قال المصنف يجب عليه فئة القادر فان لم يمكن فيجب عليه فئة العاجز ولا مانع منها هيها بل هي ممكنة وهو الاصح عندي .

قال قدس الله سره : ولو تجددت اعذارها (الى قوله) انتهاء .

اقول : قوله ينقطع الاستدامة معناه ان ايام العذر عدا الحيض لا تحسب من المدة فاذا زال العذر بنت على ما مضى من المدة قبل العذر والقائل بانقطاع الاستدامة باعذار المرأة عدا الحيض هو الشيخ الطوسى فى المبسوط اما الحيض فلا يقطع لانه لو قطع لم يتم مدة التربص فى اربعة اشهر غالبا لتكرره فى كل شهر مرة او مرتين غالبا واللازم باطل فالملزوم مثله وقال كثير من الاصحاب لافرق بين الحيض وغيره من الاعذار فى عدم قطع

ولو ارتد احتسب زمان الردة عليه على رأى لممكنه من الوطى بالرجوع، ولو ادعى الاصابة
 قديم قوله مع اليمين لتعذر البينة ولو ظاهر ثم آلى صحاماً أو يوقف بعد انقضاء مدة الظهار فان
 طلق خرج من الحقين وان امتنع الزم التكفير والوطى لانه اسقط حقه من التربص بالظهار
 وكان عليه كفارة الايلاء ولا تتكرر الكفارة بتكرر اليمين سواء قصد التاكيد او المغايرة
 مع اتحاد الزمان ولو اشترى الامة المولى منها واعتقها وتزوجها لم يعد الايلاء وكذا لو
 اشترته واعتقته ثم تزوج بها والذميان اذا توافقتا في الحكم في الحكم بينهما وفي الرد
 الى مذهبهما .

الباب الخامس في اللعان

ومقاصده ثلاثة

(الاول) السب وهو القذف وانكار الولد فهنا فصلان (الاول) القذف وانما يكون
 سباً في اللعان لو رمى زوجته المحصنة المدخول بها بالزنا قبل او دبراً مع دعوى المشاهدة
 الاستدامة لقيام فئة العاجز مقام الوطى من القادر وهذا في حكم العاجز لان عدم قبول المحل
 كعدم قدرة الفاعل وهو الاقوى عندي .

قال قدس الله سره : ولو ارتد (الى قوله) بالرجوع .

اقول : المراد بالردة هنا عن غير فطرة لان الردة عن فطرة كالموت يبطل معها
 التربص والخلاف مع الشيخ الطوسي في المبسوط فانه ذهب الى ان اعدار الرجل لا يمنع
 من ضرب المدة ابتداء ولا يقطعها استدامة الأمان (احدهما) الطلاق الرجعي لاختلال
 النكاح فان الطلاق رفع النكاح وجريانها الى البيئونة بمعنى انها في العدة اى في زمان
 يقتضى مضيّه البيئونة . فلا يجوز احتساب هذه المدة من مدة يقتضى مضيها المطالبة
 بالوطى وهو زمان التربص لتضاد الاثرين فيتضاد المؤثران (وثانيهما) الردة من ايها
 كانت لان الردة تؤثر في قطع النكاح كالطلاق فاذا عاد من ارتد منهما الى الاسلام قبل
 انقضاء مدة العدة استوفت مدة التربص قال المصنف قدس الله سره الردة يمكنه معها
 الوطى بالرجوع فلا تكون عذراً لانقضاء معناه الموضوع له فيه والفرق بين الردة والعدة
 ان المرتد اذا عاد الى الاسلام تبين ان النكاح لم ينخرم وبالرجعة الطلاق الماضي لا ينهدم

وعدم البيّنة فلورمى الاجنبية او المشهورة بالزنا او غير المدخول بها او رمى بغير الزنا اولم يدع المشاهدة فلا لعان ولفظه الصريح يازانية او قد زنت او زنت بك او زنى فرك دون عينك ويدك ولفظة النيك (١) وايلاج الحشفة صريح ولا لعان بكتنايات القذف مثل لست حرة واما نأفلست بزان ولو قال انت اذنى الناس (او اذنى القوم - خ)

الباب الخامس في اللعان وفيه مقاصد

الاول السب وهو القذف وانكار الولد فهنا فصلان

الاول القذف (مقدمة) اللعان ورد به الشرع في الأزواج بعد استقرار حد الزنا والقذف على العموم والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادت الا انفسهم فشهادة احدثهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين (٢) فبين بهذه الآية لعان الزوج ثم بين بعدها لعان الزوجة فقال تعالى ويدرؤنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين (٣) واما السنة ففي قضيتين (الاولى) قضية هلال بن امية فانه قذف زوجته بشريك بن السحماء فقال النبي صلى الله عليه وآله البيّنة والاحد في ظهرك فقال والذي بعثك بالحق اني لصادق ولينزل الله في امرى ما يبرىء ظهري من الجلد فانزل الله تعالى . والذين يرمون أزواجهم (الى قوله) ان كان من الصادقين (الثانية) بكر العجلاني اتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله ارايت رجلا وجد مع امرأته رجلا يقتله فيقتلونه ام كيف يفعل فقال رسول الله ﷺ قد انزل الله فيك وفي صاحبك فاذهب فأت بها فتلاعنا (٤) والآية وردت في قضية هلال وقوله عليه الصلوة والسلام في القضية انزل الله فيك وفي صاحبك اراد انه تعالى بيّن حكم الواقعة بما انزل في حق هلال والحكم على الواحد حكم على الجماعة كما ثبت في الاصول (واما الاجماع) فانه لا خلاف فيه بين الامة ولما كان اللعان يسبقه القذف قدم بالبحث عنه.

(١) قد مر معناه في اول الايلاء

(٢) النور ٦-٧ (٣) النور ٨ .

(٤) سنن ابي داود (ج ٢) باب في اللعان .

اوازنى من فلان لم يكن قاذفاً حتى يقول فى الناس زناة وانت ازنى منهم اوفلان زان
وانت ازنى منه ولو ثبت زنا فلان بالبينة والقاذف جاهل به لم يكن قاذفاً وان كان عالماً
فهو قاذف ولو قال لها يازان فهو قاذف ولو قال رأيتك تزنين فهو قاذف وان كان اعمى
نعم لا يثبت فى طرفه اللعان لتعذر المشاهدة فيتعين الحد ويثبت فى طرفه بنفى الولد
ولو كان بينة فلا حد ولا لعان ولو عدل عنها الى اللعان (قيل) يصح (وقيل) لا وهو
الاقرب ، ولو كان العقد فاسداً فاللعان بل وجب الحد ولو طلق رجعيًا ثم قذف فله
اللعان ولو كان بائناً فاللعان بل يحد وان اضافه الى زمان الزوجية ، ولو قذف الزوجة
ثم ابانها كان له اللعان . ولو قالت قذفتى قبل ان يتزوجنى فقال بل بعده او قالت قذفتى بعد
ما بنت (١) منه فقال بل قبله قدم قوله ، ولو قالت الاجنبية قذفتى فقال كانت زوجتى حينئذ
فانكرت الزوجية قدّم قولها ، ولو قذف اجنبية ثم تزوجها وجب الحد ولا لعان .
ولو تزوجها ثم قذفها بزنا اضافه الى ما قبل النكاح ففي اللعان قولان مأخذهما

قال قدس الله سره : ولو كان له بينة (الى قوله) وهو الاقرب .

اقول: اذا قذف الرجل زوجته بالزنا وكان له بينة فعدل عنها الى اللعان هل يسمع
منه ويصح اللعان منه ام لا قال الشيخ فى الخلاف نعم وكذا قال فى المبسوط قال فيه وقال بعضهم ليس
له ان يلاعن مع قدره على البينة وهو قوى لقوله تعالى **والذين يرمون ازواجهم ولم
يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله (٢) شرط فى اللعان**
عدم البينة واختار والذى المصنف قدس الله سره هنا انه لا يجوز للآية وهذا هو الصحيح
عندى لانه على خلاف الاصل (ولان) اللعان حجة ضعيفة فلا يعمل بها الامع عدم الحجة
القوية وهى البينة (اما الاولى) اما على القول بانها شهادات فلانه شهادة الانسان لنفسه
(واما) على انه ايمان فلما يأتى من ان اليمين حجة ضعيفة ولان حد الزنا مبنى على التحقيق
فناسب نفي اليمين فيه وفيهما دلالة على انه على خلاف الاصل (واما الثانية) فظاهرة .

قال قدس الله سره : ولو تزوجها ثم قذفها (الى قوله) والقذف

اعتبار حال الزنا او القذف ولا يجوز قذفها مع الشبهة ولا مع غلبة الظن و ان اخبره الثقة او شاع ولو قذف بالسحق فالحد واللعان وان ادعى المشاهدة ولو قذف المجنونة حد ولا يقيم عليه الا بعد مطالبتها مع الافاقة ولو افاقت صح اللعان وليس لوليها المطالبة بالحد مادامت حية وان ماتت فلوارثها المطالبة وكذا ليس للمولى مطالبة زوج امته بالتعزير الا بعد موتها ، ولو نسبها الى زنا هي مستكرهه عليه ففي كونه قذفا اشكال و لالعان وكذا لالعان لو كان وطى شبهة من الجانبين و لو قذف نسوة بلفظ واحد تعدد

اقول: القولان للشيخ قال في الخلاف اذا تزوج امرأة وقذفها بالزنا ان اضافه الى

ما قبل الزوجية وجب عليه الحد وليس له ان يلاعن لاسقاطه وقال في المبسوط يجب عليه الحد وليس له اسقاطه باللعان وقال بعضهم له ذلك وهو الاقوى لعموم الآية والاعتبار عند من قال بالاول بالحالة التي يضاف اليها القذف وعلى ما قلناه بالحالة التي يوجد فيها القذف (واحتج) على قوله في الخلاف بعموم قوله تعالى **والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم (١)** قال فان عارضونا بقوله تعالى **والذين يرمون ازواجهم (٢)** وخصوا به آيتنا (قلنا) لان سلم ان الآية التي ذكرها تناولت هذا القاذف فانها واردة فيمن قذف زوجته وهذا لا يقال انه قذف زوجته كما لا يقال لمن قذف مسلمة بالزنا حال كفرها قبل اسلامها انه قذف مسلمة (واجاب) والذى المصنف انه يصدق انه قذف زوجته واختار ما قواه في المبسوط وهو الاقوى عندي .

قال قدس الله سره : ولو نسبها الى زنا (الى قوله) ولالعان

اقول: اذا نسبها الى وطى محرم عليها لعدم سبب التحليل فهو قذف اجماعا ولو

نسبها الى زنا هي مكرهه عليه (احتمل) عدم كونه قذفا لانه نسبها الى ما هي غير ملومة فيه ولا مأثومة عليه (ويحتمل) ان يكون قذفا لمافيه من العار و هتك الاستار فاشبهه قذف المجنونة وانما سماء قذفاً مجازاً وهنا مسألتان (الاولى) انه لالعان هنا لان آية اللعان وردت في الرمي بالزنا والزنا موجب للانتقام من المرأة واشتهار حالها ولا تحل الكل هنا

اللعان ولا يتحد برضاهن بلعان واحد ولو قال زنيته وانت صغيرة وجب التعزير وان قال وانت مشركة او مجنونة فكذلك ان عهد لها ذلك و الا فالحد (ويحتمل) سقوطه اذا لم يعهد لانه جاء بمحال ولو ادعت القذف فانكره فاقامت شاهدين فله ان يلاعن ان اظهر لانكاره تاويلا والافلالعان ووجب الحد لانه يكذب نفسه فان انشأ قذفاً آخر فله اللعان واندفع عنه ذلك الحد ايضا الا اذا كان صورة انكاره ما قذفت ولا زنيته فان قذفه بعده يناقض شهادة الابراء الا ان يمضي مدة يحتمل فيها طريان الزنا ولو امتنعا عن اللعان فلما عرضا للحد رجعا اليه جاز ولو وحد فاراد ان يلاعن بعده ممكن ان كان لنفي الولد والا فلا فائدة فيه فلا يمكن منه .

الفصل الثاني في انكار الولد

وانما يثبت اللعان بنفي الولد اذا كان يلحقه ظاهراً بان تضعه الزوجة بالعقد الدائم لسته اشهر فصاعداً من حين وطيه ما لم يتجاوز اقصى مدة الحمل وكل ولد لا يمكن كونه منه في النكاح لم يلحقه نسبه ولم يحتج الى لعان كما لو ولدته تاماً لاقبل من ستة اشهر من حين وطيه او لاكثر من اقصى مدة الحمل لم يلحق به وانتفى بغير لعان ، و لو تزوج المشرقي مغربية وأتت بولد لسته اشهر لم يلحق به لعدم الامكان عادة ولا لعان ، ولو دخل وله اقل من عشرين فولدت لم يلحق به وان كان له عشر لحق لامكان البلوغ في حقه ولو نادراً ولو انكر لم يلاعن الى ان يبلغ رشيداً فان مات قبل البلوغ او بعده ولم ينكره والاقوى عندي انه ان كان هناك ولد يلاعن لنفيه لثلاثي يلحق بنسبه من ليس منه (الثانية) ان قلنا لاحد عليه فعليه التعزير لان فيه عاراً .

قال قدس الله سره : ولو قال زنيته وانت صغيرة (الى قوله) بمحال

اقول : هذه المسائل قررها والذى المصنف في الزوجتين وهي اعم موضوعاً منهما لان الكلام فيما اذا كان كل واحد من الكلامين في محل الاحتمال (فنقول) في قوله وانت مشركة او مجنونة تعارض اصل السلامة وبعضه الظاهر وبراءة الذمة فيخرج من تعارض الاصلين احتمالات ثلاثة (الف) تصديق القاذف مطلقاً (ب) تصديق المقذوف مطلقاً (ج) ان ثبت لها حالة جنون فالمصدق القاذف والا المقذوف وهذا الاخير هو الاقوى عندي .

الحق به وورثته الزوجة والولد ولا عبرة بالانكار المتقدم ولو تزوج وطلق في مجلس واحد قبل غيبته ثم مضت ستة اشهر فولدت لم يلحقه .

ويلحق ولد الخصى على اشكال وولد المجهوب دون ولد الخصى المجهوب على اشكال ، ولو وطئ دبراً او قبلاً وعزل لحق الولد ولم ينتف الآ باللعان ، ولو تصادقا على انها استدخلت منيه من غير جماع فحملت منه فالقرب عدم اللحق بها اذ لا منى لها هنا

الفصل الثاني في انكار الولد

قال قدس الله سره : ويلحق ولد الخصى على اشكال (الى قوله) على اشكال
اقول: لما كان اللعان لنفى ولد يلحقه ظاهراً شرعاً اختياراً في نكاح بعقد دائم (قيل) او منقطع كان اللعان مشروطاً بالامكان لانه اذا لم يمكن التحاقه به فهو منفي باللعان و لعدم الامكان في صور ذكر منها ثلاثاً مختلفاً فيها وهي من لم يسلم ذكره واثياه فاما ان يفقد الخصيتين خاصة او الذكر خاصة او يفقدهما (الاولى) الخصى الباقي الذكر هل يلحقه الوالد قال الشيخ في المبسوط نعم (ووجهه) ان معدن الماء الصلب للاية وينفذ في ثقبه الى الظاهر وهما باقيان (ولانه) قد يبلغ في الايلاج فبلتد وينزل ماء رقيقاً وجعل مدار الحكم الوطئ اولى من جعل الانزال مداراً لان الوطئ سبب ظاهر وذاك خفي (ولانه) سبب الفرائض (وقيل) لا، لان التولد موقوف على تولد المنى ولا يحصل مع عدم الخصيتين (الثانية) المجهوب غير الخصى يلحق به الولد قطعاً لوجود اوعية المنى وما فيها من القوة المحيطة للدم والذكر آلة توصل الماء الى الرحم بواسطة الايلاج وقد يحصل بغير الايلاج كالمساحة مع عدم وصول الهواء الى الماء (ويحتمل) العدم لانه خلاف العادة والمجرى الطبيعي (الثالثة) الخصى المجهوب هل يلحق به الولد قال الشيخ رحمه الله في المبسوط (لا) لان العادة جارية بانه لا يلحق بمثله ولد ولم ينقل في الازمنة الماضية في ذلك والعلوم العادية قد تعد في الضرورية (وقيل) نعم لما تقدم .

قال قدس الله سره : ولو تصادقا (الى قوله) هنا .

اقول : وجه القرب ان التوليد يحصل من اجتماع منى المرأة والرجل ومنى المرءة انما تدفعه الدافعة وتجذبه الجاذبة بالجماع ولم يحصل (ومن) حيث الامكان

وبالجملة انما يلحق الولد اذا كان الوطى ممكناً والزوج قادراً ولو اختلفا بعد الدخول في زمان الحمل تلاعنا ولو اعترف بتولده منه عن زنا بها وادعى الطلاق سراً احتمل اللعان لو كذبته ، ولو طلق وانكر الدخول (قيل) ان اقامت بينة انه ارخى سترها لاعتنيتها وحرمت عليه وكان عليه المهر وان لم تقم بينة كان عليه نصفه واللعان وعليها مائة سوط والاقرب انتفاء اللعان ما لم يثبت الوطى ولا يكفى الارخاء ولا حد عليه ان لم يقذف ولا انكر

وهو تعالى قادر على كل مقدور والاقوى الاول .

قال قدس الله سره : ولو اعترف (الى قوله) لو كذبته .

اقول : وجه الاحتمال انها زوجة ظاهراً نفى ولداً يلحقه منها ظاهراً وكل من كان كذلك فله اللعان لفيه (ويحتمل) عدمه لحزوجه عن صورة النص والاقوى الاول ولا اعتراضه بانه تولد من مائه والاصل عدم الطلاق .

قال قدس الله سره : ولو طلق وانكر الدخول (الى قوله) الاقرار به .

اقول : تقرير هذه المسئلة ان رجلاً طلق زوجته وزعم انه لم يدخل بها فادعت الدخول والحمل منه ، فقال الشيخ في النهاية ما حكاه المصنف في قوله (قبل الخ) و اختيار المصنف هنا هو مذهب ابن ادريس (واقول) قد اثبت الشيخ على تقدير ارخاء الستر ثلاثة اشياء (الف) اللعان (ب) التحريم (ج) وجوب المهر عليه وذلك لما رواه علي بن جعفر في الصحيح عن اخيه الكاظم عليه السلام قال سئلته عن رجل طلق امرأته قبل ان يدخل بها فادعت انها حامل قال ان اقامت بينة انه ارخى سترها ثم انكر الولد لاعتنيتها ثم بانث منه وعليه المهر كاملاً (١) فدللت هذه الرواية على انها تصير فراشاً بالخلوة التامة (لان) الظاهر حصول الوطى عندها وعلى تقدير عدم ارخاء السترات ثبوت ثلاثة احكام (الف) وجوب نصف المهر لاصالة عدم الدخول (ب) انه لا لعان لعدم ثبوت الوطى والخلوة فلا يلزمه الحاق الولد فلا يحتاج الى اللعان في نفيه (ج) وجوب الحد عليها ولم نجد به رواية . قال ابو القاسم بن سعيد ولم يظهر لي مستنده ، ووجه ما ذكره المصنف - اما انتفاء اللعان فلان فائدته في الزوج (اما) نفى ولد يحكم بلحقه له شرعاً وهو موقوف على ثبوت الوطى

(١) ثلث ٢ خبر ١ من كتاب اللعان .

ولداً يلزمه الاقرار به ، ولو كان الزوج حاضراً وقت الولادة وسكت عن الانكار المقذور (قيل) لم يكن له انكاره بعد الآن يؤخر بما جرت العادة به كالسعي الى الحاكم وانتظار الصبح والاكل والصلوة واحراز ماله (ويحتمل) ان له انكاره ما لم يعترف به اما لو اعترف به لم يكن له انكاره اجماعاً ولو امسك عن نفي الحمل حتى وضعت جازله نفيه بعد الوضع اجماعاً لاحتمال استناد الامساك الى الشك في الحمل .

وكل من اقر بولد صريحا او فحوى لم يكن له انكاره بعد ، فالصريح ظاهر والفحوى ان يجيب المبشر بما يدل على الرضا مثل ان يقال له بارك الله لك في مولودك هذا فيقول آمين او انشاء الله ولو قال مجيباً بارك الله فيك او احسن الله اليك او رزقك الله مثله لم يكن اقراراً ولو قذف امرأته ونفى الولد واقام بينة سقط الحد ولم ينتف الولد الا باللعان ولو طلقها باينا فأتت بولد يلحق به في الظاهر لم ينتف الا باللعان ولو تزوجت بغيره وأتت بولد لدون ستة اشهر من وطى الثاني ولا اقصى مدة الحمل فما دون من فراق الاول لحق بالاول ولم ينتف الا باللعان ولو قال لم تزني وهذا الولد ليس مني فلاحد ووجب اللعان ولو قال هذا الولد من زناوزنت فأتت بهذا الولد منه وجب الحد ويثبت اللعان ولو قال ما ولدته وانما التقطته او استعرته فقالت بل هو لى منك لم يحكم عليه الا بالبينة لا مكان اقامتها على الولادة والاصل عدمها وتقبل شهادة النساء .

لتصير فراشاً ولم يحصل فلا تكون فراشاً فلا يثبت اللعان (واما) لنفى حد القذف عنه ولم يقذف (واما) لاثبات حد على المرأة وهونها منتف بالمشبهة لان قولها شبهة وكل حد ينتفى باللعان هو ما لوجه لنفيه الا اللعان واما نفي تمام المهر . فلما تقدم من عدم ايجاب الخلوة تمام المهر . قال المصنف في المختلف . ولو قيل بهذه الرواية كان وجهاً لصحتها واعتضاها بالظاهر والاقوى عندي اختيار المصنف هنا .

قال قدس الله سره : ولو كان الزوج حاضراً (الى قوله) اجماعاً

اقول : قوله قيل اشارة الى قول الشيخ في المبسوط ووجه الاحتمال الاخران

السكوت اعم من الاعتراف به ولادلالة للعام على الخاص والاقوى عندي الاول .

المقصد الثاني في اركانه

وفيه فصول

(الاول) الملاعن ويشترط كونه بالغاً عاقلاً ولا يشترط العدالة ولا الحرية ولا انتفاء الحد عن قذف عنه ولا الاسلام فيقبل لعان الكافر والاخرس ان عقلت اشارته قبل لعانه بالاشارة والا فلا ولو انقطع كلامه بعد القذف وقبل اللعان صار كالاخرس لعانه بالاشارة وان لم يحصل اليأس من نطقه ولا بد من الزوجية فلا يقبل لعان الاجنبى بل يجب حد القذف ، ولو ادعى عليه الولد للشبهة فانكره انتفى عنه ولم يثبت اللعان وان اعترف بالوطى ، اما لو اعترف بالوطى ونفى وطى غيره واستدخال المنى (سقط اللعان) (١) والحق به ولو ارتد فلاعن ثم عاد الى الاسلام فى العدة عرف صحته وان اصرّ ظهر بطلانه ، ولو ظن صحة النكاح الفاسد فلاعن لم يندفع الحد باللعان الفاسد

المقصد الثاني في اركانه وفيه فصول الاول الملاعن

قال قدس الله سره : ولو ظن صحة النكاح (الى قوله) على اشكال .

اقول : منشأه (انتفاء) شرط اللعان وهو الزوجية والظن الفاسد لا يقوم مقام العلم فينتفى صحة اللعان فلا يسقط الحد به ، لان الفاسد ما لا يترتب عليه اثره (ومن) قيام الظن مقام العلم فى الاحكام الشرعية (ولانه) يسقط به النسب لو نفاه به هنا لانه يسقطه فى النكاح الصحيح ففى النكاح الملحق به فى الحاق النسب اولى ، (ولان) مانع الاقوى مانع الاضعف فالحد اولى بالسقوط ، وفى سقوط النسب فى هذه الصورة منع والاقوى عندى انه لا يسقط لان اللعان انما يؤثر فى اسقاط الحد اذا لطمخت فراشه واحتاج الى الدفع عن

(١) وفى بعض النسخ بدل قوله سقط اللعان هكذا : ففى سقوط اللعان نظر . وفى

بعض نسخ الايضاح : اقول (من) حيث عدم الزوجية واللعان انما ورد فى الزوجة (ومن) حيث ان اقوى الاسباب فى الحاق الولد الوطى عن نكاح دائم واللعان ينفيه فى السبب الاضعف اولى وانما قيد بهذه القيود الثلاثة لانها تقوم مقام الوطى فى النكاح فى الحكم بلحقه به لانه اذا اعترف بانه وطى وينفى وطى غيره ودخول منى غيره لمساحقة وغيرها ولا تنخرق العادات حكم بانه من منيه وكونه للشبهة ويلحقه به فقد اثبت بهذه القيود ضابط اللعان وهو ان يكون الولد يلحقه ظاهراً ولا وجه لنفيه الا اللعان ولا بد من سبيل الى نفى الولد .

على اشكال وكذا لا يندفع عن المرتد الملعن على اشكال ولو قذف الطفل فلا حد ولا لعان وكذا المجنون ، ولو أتت امرأته بولد لحق به نسبه ولا سبيل الى نفيه مع زوال عقله فاذا عقل كان له نفيه حينئذ واستلحاقه ، ولو ادعى القذف حال جنونه صدق ان عرف منه ذلك والا فلا ، ولو لعن الاخرس ثم نطق فانكر القذف واللعان لم يقبل نفسه والانتقام منها فهي حجة ضرورية فيقتصر على محل الضرورة ولم يوجد هيننا تلطيف فراش
قال قدس الله سره : وكذا لا يندفع عن المرتد الملعن على اشكال .

اقول : تقرير هذه المسألة ان المرتد من غير فطرة اذا قذف زوجته المدخول بها بعد الولادة ولا عنها في العدة ثم اصر على الكفر وخرجت العدة وهو كافر (هل) يسقط الحد بلعانه (اولا) ذكر المصنف فيه اشكالا ينشأ (من) انها في وقت اللعان قبل خروج العدة لم يحكم بالبينونة فهي زوجة كالرجعية (ومن) انه باصراره تبين وقوعه في حال البينونة فكان لعانا لاجنبية وكل لعان لاجنبية لا يسقط الحد ، والحاصل ان مبنى هذه المسألة على ان الجارية في العدة لتبديل الدين (سبيلها) اذا تبين ارتفاع النكاح (سبيل الرجعية) او سبيل البائنتان بمعنى ان خروج العدة مع اصراره على الكفر هل هو كاشف عن ارتفاع النكاح كارتفاعه في الرجعية لا مكان الزوج من الرجوع الى نكاحها في العدة باسلامه او كاشف عن ارتفاع النكاح كارتفاعه في البائنة لان الكفر في حكم الموت واما اقتصر على الحد وكان ينبغي ان يوقف امر اللعان الى الاسلام او الاصرار لان عند كثير من الفقهاء ان الاقوى جواز نفي الولد لان ولده لا ينتفى بمجرد النفي فلا بد له من طريق الى نفي الولد لانه قد يعلم انتفائه عنه ولا طريق الى نفيه الا اللعان لانه عن نكاح دائم مدخول فيه ، فقيل ان نفيه للنسب وعدم اسقاطه للحد مما لا يجتمعان لان اللعان حجة يثبت به الزنا وبوسطه ينتفى النسب وثبوت الزنا وعدم اسقاط الحد عنه مما لا يجتمعان ولو قذفها قبل الردة كان له اسقاط الحد باللعان كما لو قذفها ثم ابانها .

قال قدس الله سره : ولو لعن الاخرس (الى قوله) اجيب

اقول : ويحتمل ضعيفا عدم الاجابة لانه قد حكم الشارع بلعانه ولهذا لا يرث هو الولد ولا يعود الزوجية .

انكار القذف ، ويقبل في اللعان في ما عليه فيطالب بالحد ويلحقه النسب بمعنى انه يرثه الولد ولا يرث هو الولد ولا تعود الزوجية فلو قال انا لاعن للحد ونفى النسب فالاقرب اجابته لانه انما لزمه باقراره انه لم يلاعن فاذا اراد ان يلاعن اجيب (ويحتمل انه ليس له ان يلاعن لانكاره القذف - خ) .

الفصل الثاني في الملاعة

ويتبرفيها البلوغ - وكمال العقل - والسلامة من الصم والخرس - وان تكون زوجة بالعقد الدائم ، والاقرب عدم اشتراط الدخول (وقيل) يشترط في نفى الولدون

الفصل الثاني في الملاعة

قال قدس الله سره : والاقرب (الى قوله) دون القذف

اقول : وجه القرب عموم قوله تعالى : والذين يرمون ازواجهم الآية (١) فان ازواجهم جمع مضاف والجمع المضاف للعموم كما بين في الاصول وشرط الشيء في النهاية الدخول وشرط في الخلاف امكان الوطى والتمكين منه ، والظاهر من كلام ابن الجنيد اشتراط الدخول لم يصرح به وابن البراج وافق الشيخ في النهاية وكذا ابن حمزة وابن زهرة ، وقال ابن ادریس ان كان اللعان للقذف بالزنا لينتفى عنه الحد لم يشترط الدخول لعموم الآية وان كان لنفى النسب اشترط فيه الدخول لانه ينتفى عنه قبل الدخول بمجرد النفي والقول قوله فيه واللعان لنفى النسب انما يثبت اذا لم يمكن نفيه الا باللعان قال والقائل من الاصحاب بالاشترط اراد به في نفى الولد ومن نفى الاشتراط نفى القذف والتفصيل حسن لكن نقله عن الاصحاب صلح من غير تراضى الخصمين (احتج) الشيخ بما رواه محمد بن مصادف قال قلت لابي عبدالله عليه السلام ما تقول في رجل لاعن امرأته قبل ان يدخل بها قال لا يكون ملاعنا حتى يدخل بها يضرب حداً وهي امرأته ويكون قاذفاً (٢) والاقوى عندي تفصيل ابن ادریس .

القذف ويثبت (اللعان-خ) بين الحر والمملوكة وروى المنع (وقيل) يثبت فى نفى الولد دون القذف ، ولو قذف طفله : لا يجمع مثلها فلا حد لتيقن كذبه لكنه يعزر للسبب للقذف ولو كانت بنت ثمان سنين ثبت القذف فيحد وليس لوليها المطالبة به ولا لها بل اذا بلغت طالبته وله اسقاطه باللعان ولو قذف المجنونة بزنا اضافته الى حال الصحة او قذفها صحيحة ثم جننت لم يكن لها ولا لوليها المطالبة بالحد فاذا افاقت طالبته وله اسقاطه باللعان وليس له اللعان حالة الجنون اذ لا نسب ولا حد ينفيهما فاما ان نفى ولدها فكذلك

قال قدس الله سره : ويثبت بين الحر (الى قوله) دون القذف .

اقول: اختيار المصنف هنا هو اختيار الشيخ فى النهاية والمبسوط والخلاف وهو اختيار ابن الجنيد والصدوق و نفاه المفيد مطلقا وفضل ابن ادريس فقال يثبت لنفى الولد لالابيات الزنا احتج المصنف بعموم الاية وما رواه فى الحسن ، عن جميل ابن دراج ، عن الصادق عليه السلام قال: سئلته عن الحر بينه وبين المملوكة لعان فقال نعم وبين المملوك والحررة وبين العبد وبين الامة وبين المسلم واليهودية والنصرانية ولا يتوارثان ولا يتوارث الحر والمملوكة (١) ، احتج المفيد بما رواه ابن سنان فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال لا يلاعن الحر الامة ولا الذمية ولا التى يتمتع بها (٢) وقول المصنف (وروى) اشارة الى هذه الرواية (و لان) اللعان شهادة لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم (٣) (والجواب) عن الاول انه محمول على المنكوحة بملك اليمين ويدل عليه رواية محمد بن مسلم فى الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سألته عن الحر يلاعن المملوكة قال نعم اذا كان مولاها زوجها اياها الحديث (٤) (و عن الثانى) بالمنع عن كونها شهادة والاستثناء من غير الجنس او المجاز لانه يصح من الفاسق ولا شىء من الشهادة تصح من الفاسق (ووجه) تفصيل ابن ادريس انه جمع بين الاخبار وهو الاصح عندى .

(١) تل ب ٥ خبر ٢ من كتاب اللعان .

(٢) تل ب ٥ خبر ٤ من كتاب اللعان (٣) النور ٦ .

(٤) تل ب ٥ خبر ٥ من كتاب اللعان .

لا يلاعن حالة الجنون بل اذا افاقت لاعنها و انتفى النسب والا كان النسب و الزوجية ثابتين ، ولو قذف زوجته الصماء او الخرساء حرمت (حرمتا-ح) عليه ابدأ ولا لعان وفي اللعان لنفى النسب اشكال ويصح لعان الحامل لكن لو اقرت وانكلت لم يقم عليها الحد الا بعد الوضع والامة ليست فراشا بالملك ولا بالوطى على اشهر الروايتين ولا يلحق ولدهابه الابقاره ولو اعترف بوطيها فكذلك ولو نفاه انتفى من غير لعان وتصير فراشا بالعقد الدائم وكذا المستمتع بها ليست فراشا بالعقد ولا بالوطى .

قال قدس الله سره: ولو قذف زوجته الصماء (الى قوله) اشكال .

اقول : ينشأ (من) عموم الاية المتناول لكل زوجة (ولامكان) كون الولد من نفيا عنه في نفس الامر فلا بد له من طريق الى نفى من ايس منه ولا يجوز ان يكون مجرد نفيه والالم يبق فرق بين النكاح الدائم وغيره و ليس سوى اللعان اجماعا (و من) ان الشيخ في الخلاف نقل الاجماع على انه لا لعان للصماء والخرساء بل بمجرد القذف تحرم عليه ابدأ ، والاجماع المنقول بخبر الواحد خصوصا مثل الشيخ حجة (لما) ثبت في الاصول (ولمساواة) القذف اللعان في التحريم المؤبد فيساويه في المعلول الآخر (وفيه) منع فان قيام القذف مقام اللعان في اسقاط الحد ، والبيئونة الدائمة لا تستلزم قيامه مقام سببية نفى الولدان الاسباب انما تثبت نص الشارع .

قال قدس الله : والامة ليست فراشا (الى قوله) الاباقراره .

اقول: معنى كون المنكوحه بالدائم بالوطى او بالخلوة التامة على قول الشيخ فراشا مجموع امرين (الاول) انه يلزمه الحاق ولد يمكن كونه منه ولا يتوقف على اقراره (الثاني) عدم انتفائه عنه الا باللعان ومعنى كون الامة فراشا بالوطى في الملك انه يلزمه الحاق ولديمكن كونه من وطيه من غير توقف على اقراره ، ولا يجوز له نفيه لكن ينتفى عنه بمجرد نفيه ولا يحتاج الى لعان ومعنى كونها ليست بفراش انه لا يلحق ولدهابه الاباقراره به ، او بوطيها وامكان لحوقه به (اذا عرفت ذلك) فنقول ذكر المصنف روايتين (احديهما) تدل على انها ليست فراشا (والاخرى) تدل على انها فراش (اما الاولى) فهي رواية عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام ان رجلا من الانصار اتى

الفصل الثالث في الكيفية

وصورته ان يقول الرجل اربع مرات اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما قدفتها به ثم يعظه الحاكم ويخوفه فان رجع حد ويسقط اللعان وان اصر قال له قل ان لعنة الله على ان كنت من الكاذبين فاذا قال ذلك قال للمرأة قولي اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به اربع مرات فاذا قالت ذلك وعظها و خوفها وقال لها ان عقاب الدنيا اهون من عقاب الآخرة فان رجعت او نكلت رجمها وان اصرت قال لها قولي ان غضب الله على ان كان من الصادقين .

ابا عبدالله عليه السلام فقال اني ابتليت بامر عظيم ان لي جارية كنت اطأها فوطئتها يوما و خرجت في حاجة لي بعدما اغتسلت منها و نسيت نفقة لي فرجعت الى المنزل لآخذها فوجدت غلاما لي على بطنها فعدت لها من يومي ذلك تسعة اشهر فولدت جارية قال فقال لي عليه السلام لا ينبغي لك ان تقر بها ولا تبيعها و لكن انفق عليها من مالك مادمت حيا ثم اوص لها عند موتك من مالك حتى يجعل الله عزوجل لها مخرجا (١) (واما الثانية) فرواية سعيد بن يسار قال سالت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع على جارية له تذهب و تجيء ولقد عزل عنها ولم يكن منه اليها شيء ما تقول في الولد قال ارى ان لا يباع هذا الولد يا سعيد فقال سالت ابا الحسن عليه السلام فقال اتهمها فقلت اما تهمة ظاهرة فلا فقال ايتهمها اهلك فقلت اما بشيء ظاهر فلا قال وكيف تستطيع ان لا يلزمك الولد (٢) و في معناها مارواه محمد بن الحسن الصفار عن يعقوب بن يزيد قال كتبت الى ابي الحسن عليه السلام في هذا العصر رجل وقع على جاريته ثم شك في ولده فكتب ان كان فيه مشابهة منه فهو ولده (٣) ومتى اتهم الرجل جارية له يطأها بالفجور ثم جاءت بالولد لم يكن له نفيه

(١) ثلث ٥٥ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) ثلث ٥٦ خبر ٥ من ابواب نكاح العبيد والاماء .

(٣) ثلث ٥٥ خبر ٥ من ابواب نكاح العبيد والاماء .

(ويجب فيه) امور (الف) ايقاعه عند الحاكم او من ينصبه لذلك ولو تراضيا برجل من العامة فلا عن بينهما جازو ثبت حكم اللعان بنفس الحكم (وقيل) يعتبر رضاهما بعد الحكم (ب) التلغظ بالشهادة على الوجه المذكور فلو قال احلف او اقسم او شهدت بالله او اناشاهد بالله او ماشابه ذلك لم يجز (ج) اعادة ذكر الولد في كل مرة يشهد فيها الرجل ان كان هناك ولد و ليس على المرأة اعادة ذكر (د) ذكر جميع الكلمات فلا يقوم بعضها ولزمه الاقرار به (١) والذي اختاره المصنف هنا هو اختيار الشيخ في المبسوط ونجم الدين بن سعيد في الشرايع وهو الاقوى عندي .

الفصل الثالث في الكيفية

قال قدس الله سره: ويجب فيه امور (الى قوله) بعد الحكم .

اقول: هنا مستلтан (الاولى) يشترط ان يلاعن الحاكم بينهما او من ينصبه لذلك لان النبي ﷺ امر هلال بن امية ان يستدعي زوجته اليه لما نزلت الآية عليه و لاعن بينهما (٢) ولانه ﷺ لاعن بين العجلاني وامرأته فتولت اللعان بنفسه ولم يقع في زمانه لعان غير ذلك (٣) ولانه اما ايمان او شهادات ولا يثبت حكم واحد منهما الا عند الحاكم (ولانه) قد يتعلق به احكام تتعلق لغير الزوجين كنفى الولد (لا يقال) اللعان موضوع للفرقة فكان ملحقا بالطلاق او الفسخ ولا يشترط فيهما الحاكم (لانا نقول) للفرقة تابعة ولا يحكم بها الا الحاكم ونمنع ان كل فسخ يمكن وقوعه لاعند الحاكم (ولان) الحد ونفى النسب لا يكون الا بحكم الحاكم (الثانية) اذا تراضيا بواحد من العامة ليلاعن بينهما وجمع شرائط الاجتهاد فلا عن بينهما جاز (وهل) يثبت حكم اللعان بنفس

(١) في حاشية نسخة من الايضاح ما لفظه (واعلم ان موضع الاستدلال من الرواية بزعم الشارح رحمه الله قوله ومتى اتهم الرجل جارية له يطأها بالفجور الخ وهو ليس من الرواية بل من كلام الشيخ رحمه الله في التهذيب فانه عنون هذه العبارة الخ واستدل عليه برواية سعيد بن يسار وغيرها واذا كان الامر كذلك ليس فيها ما يدل على مطلوبه رحمه الله وهذا او امثاله لا ينقص من علو شأنه ورفعة درجته وتبحره شيئا لان الجواد قد يكبو والصارم قد ينبوا انتهى ونقول والامر كما ذكره المحشى قده فراجع باب لحوق الاولاد بالاباء الخ من طلاق التهذيب خبر ٥٦ (٢-٣) سنن ابي داود (٢ج) باب في اللعان .

مقامها (هـ) ذكر لفظ الجلالة فلو قال اشهد بالرحمن او بالقادر لذاته او بخالق البشر فالاقرب عدم الوقوع نعم لو اردف ذكر الله تعالى بذكر صفاته وقع (و) يجب ذكر اللعن و الغضب فلو بدّل كلا منهما بمساويه كالبعد والطرّد والسخط او احدهما بالاخر لم يقع (ز) يجب ان يخبر بالصدق على ما قلناه فلو قال اشهد بالله اني صادق او من الصادقين من غير الايتان بلام التاكيد او اني لصادق او اني لبعض الصادقين او انها زنت لم يقع وكذا المرثة لو قالت اشهد بالله انه لكاذب او كاذب او من الكاذبين من غير لام التاكيد لم يجز وكذا لا يجوز لعنة الله على ان كنت كاذبا او غضب الله على ان كان صادقا (ح) النطق بالعربية مع القدرة ويجوز مع التعذر النطق بغيرها فيفتقر الحاكم الى مترجمين عدلين ولا يكفي الواحد ولا يشترط الزايد (ط) الترتيب على ما ذكرناه بان يبدأ الرجل بالشهادتين اربعا ثم باللعن ثم المرأة بالشهادتين اربعا ثم بالغضب (ي) قيام كل منهما عند لفظه (وقيل) يجب قيامهما معا بين يدي الحاكم (يا) بدأ الرجل اولاً بالشهادتين ثم اللعن ويعقب المرأة

حكمه من غير افتقار الى تراضيهما بعد الحكم او لا بد من تراضيهما فيه قولان مبنيان على ان المتداعيين اذا تراضيا بان يحكم بينهما غير من له الولاية الشرعية (هل) يمتنع الى تراضيهما بعد الحكم او لافي قولان للشيخ ففي المبسوط قوى اشتراط التراضى ، وفي الخلاف اختار لزوم بنفس الحكم من غير توقف على الترضاء واختاره المصنف في المختلف وسياتي تحقيقه في باب القضاء والاقوى عندي انه لا يجوز التحكيم في اللعان لما تقدم في المسألة الاولى من ثبوت احكامه في غير المتلاعنين ويلزم على قول من يشترط تراضيهما بعد الحكم انه لا يصح التحكيم لان لزوم حكمه بعد التمام موقوف على التراضى وحكم اللعان لا يقع موقوفا على التراضى لانه لازم لتمامه لزوما واجبا شرعا

قال قدس الله سره : (هـ) ذكر لفظ الجلالة (الى قوله) وقع .

اقول : وجه القرب انه غير الصيغة التي ورد بها القرآن (ويحتمل) ضعيفا الوقوع لقيام كل من المترادفين مقام الاخر كما تقرر في الاصول والاصح الاول لان غيره مخالف لنص القرآن اذا القرآن يبين كيفيته وفعل الرسول ﷺ ولم ينقل غير ذلك .

قال قدس الله سره : قيام كل منهما عند لفظه (الى قوله) يدي الحاكم .

فلو بدأت المرأة لم يجز (ب) تعيين المرأة بما يزيل الاحتمال أما بان يذكر اسمها واسم ابيها أو يصفها بما يميزها عن غيرها أو يشير اليها ان كانت حاضرة (يج) الموالاة بين الكلمات (يد) اتيان كل واحد منهما باللعان بعد لقائه عليه فلو بادربه قبل ان يلقيه الامام لم يصح كما لو حلف قبل الاحلاف .

(و اما) المستحب فامور (الف) جلوس الحاكم • استدبر القبلة ليكون وجههما اليها (ب) وقوف الرجل عن يمين الحاكم والمرأة عن يمين الرجل (ج) حضور من يسمع اللعان (د) وعظ الحاكم وتخوينه بعد الشهادة قبل اللعن وكذا المرئفة قبل الغضب (هـ) التغليظ بالمكان بان يلاعن بينهما في اشرف البقاع فان كان بمكة فيبين الركن والمقام وان كان بيت المقدس ففي المسجد عند الصخرة وان كان بالمدينة فعند منبر النبي ﷺ وان كان في الامصار ففي الجامع (و) التغليظ بالزمان بان يلاعن بعد العصر (ز) جمع الناس لهما .

اقول : الذي ذكره المصنف هنا اختيار ابي القاسم بن سعيد رحمه الله وهو وجوب قيام من يتلفظ بالشهادة حين تلفظه بها لا حال تلفظ الاخر وهو الظاهر من كلام الصدوق وايه رحمهما الله لما رواه الصدوق قال سأل البرزقلى ابا الحسن الرضا عليه السلام فقال له اصلحك الله كيف الملاعنة قال يقعد الامام و يجعل ظهره الى القبلة و يجعل الرجل عن يمينه والمرأة والصبى عن يساره (١) وفي خبر آخر ثم يقوم الرجل فيحلف اربع مرات الى ان قال ثم تقوم المرأة فتحلف اربع مرات (٢) و يحمل المطلق على المقيد ، وقال الشيخ في النهاية صفة اللعان ان يجلس الامام او من نصبه مستدبر القبلة و يوقف الرجل بين يديه والمرأة عن يمينه قائمين و لا يقعدان وكذا قال المفيد و ابو الصلاح وسالار و ابي ابي عقيل و ابن البراج و ابن حمزة و ابن زهرة ، وقال في المبسوط حال تلفظ الرجل بالشهادتين واللعن تكون المرأة قاعدة وهو اختيار ابن ادريس ، و اختار المصنف في المختلف اختيار الشيخ في النهاية وهو الاقوى عندي (لما) رواه محمد

(١) ثل ب ١ خير ٢ من كتاب اللعان .

(٢) ثل ب ٣ خير ٣ من كتاب اللعان .

المقصد الثالث في الاحكام

اذا قذف تعلق به وجوب الحد عليه و اذا لعن تعلق بلعانه سقوط الحد عنه و وجوبه في حق المرأة و يتعلق بلعانهما معاً احكام اربعة (الف) الفراق فلا تصير فراشا (ب) التحريم المؤبد فلا تحل عليه ابداً (ج) سقوط الحدين (د) انتفاء الولد عن الرجل دون المرأة ولو شرط مولاة رقية الولد من الحرة ففي حريته لولا عن الاب لفيه اشكال وكذا الاشكال في العكس بغير شرط ولا يفتقر الفرقة الى تفريق الحاكم بينهما بل تحصل بنفس اللعان ولا تحصل الفرقة بلعان الزوج خاصة ولو فرق الحاكم بينهما قبل اكمال لعانهما كان التفريق ابن مسلم في الحسن عن الباقر عليه السلام قال سألته عن الملاعن و الملاعنة كيف يصنعان قال يجلس الامام مستدبر القبلة فيقيمها بين يديه مستقبلاً بحدائنه و يبدأ بالرجل ثم بالمرأة (١) (ولما) رواه الشيخ في الصحيح ، عن عبدالرحمن بن الحجاج في قول ابي عبدالله عليه السلام . لما حكى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين اوقفهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال للزوج اربع شهادات الحديث. (٢)

المقصد الثالث في الاحكام

قال قدس الله سره : (د) انتفاء الولد (الى قوله) بغير شرط .

اقول: هنا مسألتان (الف) اذا زوج الشخص عبده بحرة و شرط في العقد رقية الولد و اتت بولد فنفاه العبد باللعان ففي حريته اشكال ينشأ (من) ان رقيته تبعا لكونه ولد العبد وقد انتفى عنه باللعان (ومن) حيث ان اللعان لا ينفى الا ما حكم بلحوقه به شرعا ظاهراً و لحوقه به شرعا يستلزم عبوديته و هي حق للمولى فلا ينتفى بلعان الأب لتعلقها بغير المتلاعنين (ب) اذا زوج المولى جاريته بحر و لم يشترط رقية الولد ، و الى هذا اشار بقوله (وكذا في العكس بغير شرط) فاذا نفاه الزوج باللعان انتفى عنه (وهل) يحكم بحريته اشكال ينشأ (من) انه ليجوز بالحر ظاهراً و الا لم يثبت اللعان و اللعان يفيد

(١) تل ب ١ خبر ٤ من كتاب اللعان.

(٢) تل ب ١ خبر ١ من كتاب اللعان والخبر هنا منقول الى المعنى و لفظه طويل فراجع.

لغواً وان كان بعد لعان ثلاث مرات من كل منهما او بعد اختلال شيء من الفاظ اللعان الواجبة ، وفرقة اللعان فسح لا مطلق ولا يعود الفرائض ان اكذب نفسه بعد كمال اللعان ولا يحل العقد عليها ولو اكذب نفسه في اثناء اللعان أو نكل ثبت عليه الحد ولم يثبت شيء من احكام اللعان الباقية ، ولو اكذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد لكن يرثه الولد ولا يرثه الاب ولا من يتقرب به وترثه الام ومن يتقرب بها ولم يعد الفرائض ولم يزل التحريم المؤبد وفي ثبوت الحد عليه روايتان اقر بهما الثبوت لما فيه من زيادة هتكها وتكرار قذفها وظهور كذب لعانه فان عاد عن اكذاب نفسه وقال لي بيّنة اقيمها أو لأعني لم يسمع منه لان

نفى الحكم بنسبه ظاهراً والحرية حَقَّ لله تعالى وللولد فلا ينتفى باللعان (ومن) حيث وجود المقتضى للرقية وهو كونه نماء مملوكته وانتفاء المانع وهو بنو الزوج الحر لا تنفائها باللعان والحكم بالرقية هنا اولي من المسألة الاولى .

قال قدس الله سره : ولو اكذب نفسه (الى قوله) لعانه .

اقول : قال الشيخ في النهاية لاحد عليه واختاره المصنف في المختلف (واحتج) الشيخ برواية الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل لاعن امرأته وهي حبلى ثم ادعى ولدها بعد ما ولدت وزعم انه منه فقال يرد اليه الولد ولا تحل له لانه قد مضى التلاعن (١) وهذا يدل على نفى الحد لانه لو وجب لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة او السئوال (ولان) قوله قد مضى التلاعن يدل عليه لان نفى الحد عنه من آثار اللعان ومضيه ونفونه وصحته وهو ترتب الأثر عليه خرج الولد بالنص عليه فبقى الباقي على الاصل وهو ترتب الأثر على المؤثر (واحتج) المصنف على ما اختاره هنا برواية الحسين بن سعيد عن محمد بن الفضل عن ابي الحسن عليه السلام : قال سألت عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم اكذب نفسه هل يرد عليه ولده قال اذا اكذب نفسه جلد الحد ورد عليه ابنه ولا ترجع عليه امرأته ابداً (٢) قال الشيخ في التهذيب المراد بهذا من اكذب نفسه قبل تمام اللعان اما بعده فليس عليه شيء ويلحق به الولد (و فيه نظر) اذ قوله (ولا ترجع عليه امرأته ابداً) ينافيه

(١) ثلث ٦ خبر ٢ من كتاب اللعان وفيه بدل قوله ولا تحل الخ ولا يجلد .

(٢) ثلث ٦ خبر ٦ من كتاب اللعان .

البينة واللعان لتحقيق ما قاله وقد اقر بكذب نفسه ولو اعترف بالولد بعد موته لم يرث منه لكن لو كان له ولد ورثه مع عدم الولد ولا يرث هو ابن الابن .

ولو اقام بيينة ثم اكدبها فمضى توجه الحد عليه نظر ولو لم يكذب نفسه ولا لعن ثبت الحد فان اقيم بعضه فبذل اللعان اجيب اليه ولو نكلت هي او اقرت رجعت ويسقط عنه الحد ولم يزل الفراش ولا يثبت التحريم ، ولو اعترفت بعد اللعان لم يجب الحد فان اقرت اربعاً فمضى وجوبه اشكال ، ولو اضاف زناها الى رجل فعليه حدان وله اسقاط حد

(واعلم) انه لما كانت الرواية الاولى لا تدل على نفى الحد لجواز اتفائه بسبب عدم تمكن الامام المقيم له فسكت عنه والرواية الثانية صريحة في اثبات الحد ولان في اللعان تأكيداً للحد وتكراراً واشتهاراً له فكان اولى بايجاب الحد لانه اقر بانه كذب فيه وهذا هو الاقوى عندى وهو اختيار المفيد وابن ابي عقيل .

قال قدس الله سره : ولو اقام بيينة (الى قوله) نظر .

اقول: (من) حيث ثبوتها عند الحاكم و لهذا يحد وكل قذف ثبت مقتضاه عند الحاكم لا يحد القاذف (ومن) حيث اقراره بكذب البينة واقرار العقلاء على انفسهم جائز وهذا هو الاصح عندى لان اللعان اقوى من الشهود (الشاهدين-خل) لان لللعان اثرين (احدهما) سقوط الحد عنه (والثاني) ايجابه عليها ولا يسقط الا باللعان ويبطل تأثيره في اسقاط الحد عنه باقراره بكذبها ففي الشاهدين اولى (وفيه منع) لترتب اللعان على فقد البينة لقوله تعالى : **ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم (١)** و كانت البينة اقوى والآ لتقدم الاضعف على الاقوى وهو غير جائز (ولان) اللعان اما شهادات او ايمان وشهادة الانسان لنفسه اضعف من شهادة الغير له واليمين اضعف من البينة كما يأتي في موضعه .

قال قدس الله سره : ولو اعترفت بعد اللعان (الى قوله) اشكال .

اقول: ينشأ (من) وجود المقتضى لسقوط الحد وهو اللعان لقوله تعالى **ويدرء عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات الآية (٢)** (ومن) وجود اقرارها اربعاً وعموم الدليل الدال على من اقر اربعاً بالزنا مع امكانه وجب عليه الحد، وقال عليه الصلوة والسلام

الزوجة باللعان ولا يسقط به حد الآخر ، ولو اقام بيّنة سقطا معا ، ولو قذفها و اقرت قبل اللعان سقط الحد عنه بالمرّة ولا يجب الحد عليها الا بابع مرّات ولو كان هناك نسب لم ينتف الا باللّعان وللزوج ان يلاعن لنفيه على اشكال اذ تصادق الزوجين على الزنا لا يوجب نفى النسب لثبوته بالفراش ، ولو قذفها فاعترفت ثم انكرت فاقام شاهدين على اعترافها ففي القبول بهما او بالاربعة اشكال اقربه القبول في سقوط الحد عنه لافى

اقرار العقلاء على انفسهم جائز (١) فقد تعارض العمومان والاقوى عندى السقوط للشبهة .
قال قدس الله سره : ولو قذفها و اقرت (الى قوله) على اشكال .

اقول كل قذف بالزنا موجب لحد القذف على القاذف ان لم يثبت ولحد الزنا على المقذوف ان ثبت فان سقوط الحد عن القاذف وعدم وجوب الحد على المقذوف مع عدم العفو او التوبة لا يجتمعان الا فى اللعان ومواضع اربع اخرى (الاول) تعارض البيّنتين اجماعا (الثانى) هذه المسألة (الثالث) اذا اقام البيّنة على اقرار المقذوف بالزنا سقط عنه الحد فان رجع المقذوف عن الاقرار سقط عنه حد الزنا ولا يقبل رجوعه فى حق القاذف ولا يلزمه الحد (الرابع) سيأتى انشاء الله تعالى آفا ، ومنشأ الاشكال (من) ان اللعان انما يكون مع التكاذب لان وضعه على ذلك ولا تكاذب (ومن) انه حق للولد فلا يقبل قولهما فى حقه ولا بد من طريق الى نفيه ولا سواء .

قال قدس الله سره : ولو قذفها فاعترفت (الى قوله) فى سقوط الحد عنه .

اقول: هنا مسألتان (الاولى) هل الاقرار بالزنا الموجب لحد يثبت بشاهدين ام لا بد فيه من اربعة . قيل بالاول لان الاربعة انما اعتبرت فى مشاهدة الزنا نفسه والاقرار بالزنا لنفسه ليس نفس الزنا فبقى الباقي على عموم النص على قبول شاهدين (و قيل) بالثانى لتحقق العلة وهى التخفيف والستر (٢) (الثانية) وهى فرع على الاولى (وتقريرها)

(١) المستدرك ب٣ خبر ١ من ابواب بيع الحيوان .

(٢) اى الحدود مبنية على التخفيف لانها تدرء بالشبهات وقوله والستر اى اقرت وهى مستترة لامتظاهرة بالزنا ولان الله اوجب الستر فى كتابه والستر والتخفيف علة تامة فى وجوب الحد بالاربعة فلا يجب الحد بالشاهدين لان الشاهدين علة ناقصة .

ثبوته عليها ، ولو قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان وورث وعليه الحد للوارث ولد دفعه باللعان (قيل) ولولا عنه رجل من اهلها فلا ميراث ولا حد والا قرب ثبوت الميراث ولو ماتت انا اذا قلنا بعدم ثبوت الاقرار بشاهدين في ثبوت حد الزنا عليها هل يسقط الحد عن القاذف ذكر المصنف فيه اشكالا ينشأ (من) دلالة قوله تعالى و الذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء ، فاجلدوهم ثمانين جلدة (١) على منع الخلو عن حكمه في حد القاذف واربعة شهداء و الثاني منتف هنا فالاول ثابت و هو المطلوب و(من) ان اقرارها مرة يسقط الحد عنه ويثبت بشاهدين بالنسبة الى اسقاط الحد لانه يثبت به المال و موجب القصاص في النفس ففى اسقاطه اولى لان الحدود مبنية على التخفيف وهو الاقوى فعلى هذا تكون هذه المسألة هي الموضع الرابع من سقوط الحد عن القاذف وعدم وجوبه على المقذوف .

قال قدس الله سره : ولو قذفها فماتت (الى قوله) ثبوت الميراث .

اقول : القذف موجب للحد على القاذف ولا يسقط مع عدم التصديق والعفو الا باحد امرين (اما) بالينة (او) باللعان فاذا لاغنها تعلق بلعان الرجل حكمان وهما رفع الحد عنه ووجوب الحد عليها وبلعانها حكم واحد وهو سقوط الحد عنها وبلعانها احكام اربعة (الاول) الفرقة الدائمة ظاهراً وباطناً (لقوله) صلى الله عليه وآله وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابداً (٢) ولانه لولا لكان الفراش باقياً فلا ينتفى الولد لقوله وَالْفَرْشُ وَالْوَلَدُ للفراش (٣) (الثاني) تأييد التحريم للحديث (الثالث) انتفاء النسب اذا نفى الولد باللعان (الرابع) نفى الارث بينهما فاذا ماتت المرأة امتنع لعانها وحكمه وبقى عليه الحد فاذا طالبه وارثها كان له دفع الحد عنه بلعانه وحده من غير احتياج الى لعان الوارث اما جواز لعانه فلمعوم الآية (ولانه) شهادات الالية والشهادة لا يشترط

(١) النور ٤ (٢) سنن ابى داود ج ٢ ب فى اللعان لكن اللفظ لسهل بن سعيد فقال

فمضت السنة بعد فى المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابداً .

(٣) سنن ابى داود ج ١ ب الولد للفراش .

بعد اكمال لعانه وقبل لعانها فهو كالموت قبل اللعان في الميراث ولومات حينئذ ورثته .
 ولو قذف ولم يلاعن فحدهم قذفها به (قيل) لاحد والاقر ب ثبوته وكذا الخلاف لوتلاعنا
 والاقر بسقوطها ما لو قذفها به الاجنبى فانه يحد ولو قذفها فاقترت ثم قذفها به الزوج او الاجنبى
 فيها حيوة المشهود عليه واما باقى احكام اللعان فلا تثبت ، وقال الشيخ فى النهاية
 اذا قام رجل من اهلها فلا عنه سقط الحد عنه ويسقط ارثه وهو مذهب ابن البراج و
 ابن حمزة (واحتج) الشيخ - بما رواه ابو بصير ، عن الصادق عليه السلام : قال ان قام رجل
 من اهلها فلا عنه فلا ميراث له وان ابى احد من اوليائها ان يقوم مقامها اخذ الميراث
 زوجها (١) وعن عمرو بن خالد عن زيد بن على بن آباءه عن على عليه السلام فى رجل قذف
 امرأته ثم خرج وجاء وقد توفيت قال يتخير واحدة من اثنتين يقال له ان شئت الزمت
 نفسك الذنب فيقام فيك الحد وتعطى الميراث وان شئت اقررت فلاغنت ادنى قرابتها
 ولا ميراث لك (٢) واجاب والذى المصنف بان الرواية الاولى مقطوعة السند والثانية
 ضعيفة الرجال لانهم زيدية ولا يلتفت الى ما يروونه ، وقال ابن ادريس هذه الرواية
 اوردها شيخنا فى نهايته ايراداً لا اعتقاداً كما اوردها امثالها ولم يوردها غيره من اصحابنا
 مع ان الشيخ قد تروح بل صرح بالرجوع هنا (لان) علة الميراث بقاء الزوجية الى
 الوفاة وعلة عدمه بعد ثبوته بها زوالها باللعان قبل الموت ولم يحصل ، والحق عندى
 انه لا لعان بعد موتها لوروده بين الزوجين فيثبت عليه الحد وله الميراث .
قال قدس الله سره : ولو قذف ولم يلاعن (الى قوله) سقوطه .

اقول: هنا مسألتان (الف) لو قذف ولم يلاعن فحدهم قذفها به (ب) اذا تلاعنا ثم
 قذفها به ذكر الشيخ فى المسألتين قولين (احدهما) فى المبسوط وهو سقوط الحد فى
 المسألتين (وثانيهما) فى الخلاف يثبت الحق فى الاولى ويسقط فى الثانية اما ثبوته فى
 الاولى فلوجود القذف وهو مقتضى الحد على القاذف ولم يثبت المسقط له وهو الزنا ولا اقرارها
 به وحكمه والحد به لا يصلح للمانعة لتغاير السببين وترتب المسبب على احدا السببين لا يمنع

(١) ثلث ١٥ خبر ١ من كتاب اللعان والحديث مقطوع صدراً فلاحظ .

(٢) ثلث ١٥ خبر ٢ من كتاب اللعان .

فلاحد ولو لاعن ونكلت ثم قذفها الاجنبى (قيل) لاحد كالبينة والاقرب ثبوته ولو شهد اربعة احدهم الزوج حد الجميع على رأى ، ويسقط حد الزوج باللعان (وقيل) بذلك ان اختلت من ترتب اثر السبب الآخر عليه لتماثل المسيبين (ولانه) وجب لهتك السترو الشناع ، (والشباع - خل) وقد حصل (واما) سقوطه فى الثانية فلان اللعان مساو للبينة والاقرار و النكول فى اسقاط الحد و اذا وجدت البينة او الاقرار او النكول لم يثبت حد باعادته فكذا فى اللعان (ويحتمل) فى الاولى عدم الحد لظهور كذبه وعدم هتكها به لان غاية الحد الستر للآية (ويحتمل) فى الثانية ثبوته لان اللعان انما اسقط الحد الذى وجب عليها بلعانه ولم يثبت زناها ولا اقربت به ولا نكلت فمع هذا القذف الثانى وجد موجب الحد لعموم الآية و اللعان المتقدم لا يصلح لاسقاطه لان اللعان انما يسقط حد قذف اقتضى ثبوت اللعان وهذا القذف لم يقتض ثبوت اللعان المتقدم لاستحالة تقدم المسبب على السبب والاقوى عندى اختيار المصنف فى المسألتين .

قال قدس الله سره : ولو لاعن ونكلت (الى قوله) والاقرب ثبوته .

اقول: وجه القرب انه لم يوجد منها اقرار بالزنا ولا قامت بينة به فلم يزل احصانها فيدخل فى عموم قوله تعالى : **والذين يرمون المحصنات الآية (١)** و كون النكول يلزم ما نكل عن الحلف عليه ظاهراً لا يقتضى مساواته للاقرار من كل وجه لانه حكم شرعى اذا المخلص لها عن الدعوى اليمين ولم توجد والالزام بعدم علة الخلاص للاقرار (ولان) اليمين محذورة والنكول قديكون لحقية المدعى وقديكون للحذر من اليمين والمزيد للاحصان الاول لا الثانى ولادلالة للعام على الخاص فلا يلزم من كونه ملزماً ظاهراً حقية المدعى وقال الشيخ الطوسى رحمه الله فى الخلاف لاحد عليه واختاره فى المبسوط لان النكول كالبينة والبينة مسقطه للحد فكذا النكول والصغرى مبينة فى كتاب الدعاوى و الكبرى مجمع عليها اذ هى مزيلة للاحصان (والجواب) بمنع المساوات من كل وجه فقد ظهر ان مأخذ القولين خروجها عن الاحصان بالنكول وعدمه والاقوى عندى اختيار المصنف .

قال قدس الله سره : ولو شهد اربعة (الى قوله) والاحد .

بعض الشرائط اوسبق الزوج بالقذف والاحداث واذا كان المرثة غير برزة انفذ الحاكم اليها من يستوفى الشهادات عليها في منزلها ولم يكلفها الخروج وكذا لو كانت حايضا و اللعان في المسجد ولا يشترط حضورهما معا فلو لاعن في المسجد وهي على باه جازوا للعان ايمان وليست شهادات فيصح من الاعمى واذا قذف الزوجة وجب الحد الا ان يسقطه باللعان ولا يجب اللعان عينا ولا يطالبه احد باحدهما الا الزوجة نعم لو ارثها المطالبة بالحد بعد موتها .

و لو اراد اللعان من غير مطالبة لم يكن له ذلك ان لم يكن نسب فان طلب نفى النسب (احتمل) ان يلاعن بينهما الحاكم بان يطلب المرأة للعان وعدمه .

اقول: الاول قول الصدوق و ابي الصلاح والثاني قول ابن ادريس وابن حمز تو هونا قول ثالث لابن الجنيد انها تقبل شهادة الزوج مع عدم الدخول ولا تقبل معه (احتج) الاولون بان للزوج حقا في اثبات الزنا لما فيه من التصرف في حقه وهتك ستره وعرضه فهو المدعى فلا تقبل شهادته لنفسه (واحتج) الآخرون بانه حق لله تعالى فتقبل شهادته على زوجته والاقوى عندى الاول .

قال قدس الله سره : ولو اراد اللعان (الى قوله) وعدمه

اقول: وجه احتمال اللعان انه لا بد من طريق الى نفى نسب يلحقه ظاهراً و هو منتف عنه في نفس الامر ولا طريق الا للعان فهو غرض مهم يقطع به النسب (ووجه) احتمال عدمه انه حق للمقدوفة فيتوقف على طلبها (ولان) اللعان خلاف الاصل فيقتصر به على محل النص (لا يقال) عريم العجلاني جاء الى النبي ﷺ فقال يا رسول الله ارايت الرجل يجد مع امرأته رجلا ايقتله فيقتلونه ام كيف يصنع فقال قد انزل الله فيك مع صاحبك فات بها فجاها فتلاعنا (١) فطلبها بلا طلبها (لانا نقول) محل النزاع مطالبتها بنفس اللعان والزواية تدل على طلبها الى مجلس الحاكم وهو لا يدل عليه (لان) الطلب لجواب دعواه عليها فانها لطخت فراشه وعرضت عرضه لذهتك فجعل الشارع له الانتقام ، وفي الخبر ايماء اليه وجواب الدعوى اعم من اللعان فانه قد يكون بالاقرار بالزنا واخذ

المقصد الرابع فى اللواحق

لوشهدا بقذفه الزوجة وقذفها لم تقبل للتهمة فان ابرياه ثم اعادها لم تقبل لانها ردت للتهمة فلانقبل بعد ولو ادعيا قذفها ثم ابرياه وزالت العداوة ثم شهدا بقذف زوجته قبلت لانهما لم يردا فى هذه الشهادة او لا ولو شهدا ثم ادعيا قذفها فان اضافا الدعوى الى ما قبل الشهادة بطلت لاعترافهما بانته كان عدواً لهما حين الشهادة وان لم يضيفاها فان كان ذلك قبل الحكم لم يحكم لانه لا يحكم شهادة عدوين وان كان بعده لم يبطل ، ولو شهدا انه قذف زوجته وامهما بطلت لانها ردت فى البعض للتهمة ، ولو شهد احدهما انه اقر بالقذف بالعربية والآخرانه اقر بالعجمية اوفى وقتين قبلت ولو شهدا بالقذف بطلت .

ولو ولدت توأمين بينهما اقل من ستة اشهر فاستلحق احدهما لحقه الاخر ولا يقبل نفيه ولو نفى احدهما وسكت عن الآخر لحقاه ولو ولدت الاول فنفاه باللعان ثم ولدت آخر لاقل من ستة اشهر افتقر الى لعان آخر على اشكال وان اقر بالثاني لحقه وورثه

الاتقام له منها وقد يكون باظهار برائتها بحجة تنظف عرضها عن ذلك واللعان كاليمين على المنكر ولا يلزم المنكر بنفس اليمين بل بجواب الدعوى ، والرواية لاتضمن طلبها لنفى نسب كان يلحق العجلانى ظاهراً فانه لم يذكر ذلك وهو البحث هنا بل ظاهر الرواية يدل على ان طلبها كان بمجرد القذف من غير طلبها واتم لاتقولون به (والتحقق) ان طلبها انما كان لتشريع الحكم المبتدأ طلبا او بيانه وجواب الدعوى والرواية ايضاً معارضة باستلزام طلبها مع عدم طلبها الحد فى القذف واللازم باطل (لايقال) يستحق الطلب وهو متوقع منهما فيحتاج الى دفعه (لانا) نقول هذا لا يثبت الضرورة وانما يثبت اللعان اذا دعت الضرورة .

المقصد الرابع فى اللواحق

قال قدس الله سره : ولو ولدت توأمين (الى قوله) اشكال .

اقول : قوله (ولو نفى احدهما) المراد به نفى احدهما باللفظ لا باللعان وهذه

المسائل مبنية على اصل وهو ان الله تعالى اجرى العادة واستمرت من اول خلق العالم انه

الاول وهو لا يرث الاول (وهل) يرث من الثاني اشكال ولو كان بينهما ستة اشهر فصاعداً فلكل حكم نفسه فان لاعن عن الاول واستلحق الثاني او ترك نفيه لحقه وان كانت قد بانت باللعان لامكان وطيه بعد وضع الاول ولولا عنهما - قبل وضع الاول فانت بآخر بعد ستة اشهر لم يلحقه الثاني لانها بانت باللعان وانقضت عدتها بوضع الاول ، ولومات احد التوأمين فله ان يلاعن لنفيهما ، والقذف قديجب بان يرى امرأته قدزنت في طهر لم يطأها فيه فانه يلزمه اعتزالها حتى تنقضي العدة فان أتت بولد لسته اشهر من حين

لا يتبعض التوأمين لحوقاً وانتفاءً فانه لن يجتمع ابداً في الرحم ولد من ماء رجل وولد آخر من ماء آخر وحكم الشارع بان الثبوت الى النسب اسرع من الانتفاء للحكم بثبوت النسب بالامكان ولا يحكم بانتفائه به ولا بالايمان ولثبوت النسب بالاقرار وبالسكوت المشعر بالاقرار والانتفاء لا يحصل الا بصريح النفي في الدائم باللعان فيلزم من هاتين القاعدتين تغليب جانب اللحوق ويتفرع على هذا الاصل وعلى القاعدة الكلية وهي ان اقل مدة الحمل ستة اشهر - انه اذا استلحق احدهما او نفاه (فاما) ان يستلحق الآخر (او) ينفيه (او) يسكت عنه وعلى كل تقدير (فاما) ان يكون بينهما ستة اشهر او دون ستة اشهر او ازيد من ستة اشهر فالاقسام ثمانية عشر وحكم المذكور في هذا الكلام الذي اورده والدي المصنف قدس الله سره منها خمس مسائل .

(الاولى) ان يكون بينهما اقل من ستة اشهر ويستلحق احدهما ويسكت عن الآخر فيلحقه الآخر (الثانية) المسألة بحالها وينفي الآخر لا يقبل نفيه (الثالثة) نفي احدهما ويسكت عن الآخر يلحق المسكوت عنه بسكوته ولحقه الآخر لامتناع التبعض وتغليب اللحوق على النفي وقد تقررا فيما تقدم (الرابعة) اذا نفي الاول بعد الولادة باللعان ثم اتت بالثاني لدون ستة اشهر هل يفتقر الى لعان آخر او لا ذكر المصنف فيه اشكالا يحتمل احتياجه لاحتياج نفي الولد الى التصريح بالنفي ولا يحكم فيه بالالتزام وهو اختيار الشيخ في المبسوط (ويحتمل) عدمه لتعذر التبعض وقد اتفى الاول شرعا وحكم الحاكم به فينتفى الثاني والاقوى عندي الاول لان اللعان لا يقطع لحوقه وارث الولد منه باقراره بعده فاذا كان كذلك في الصريح ففي اللازم غالبا اولى فيمكن ان ينكل فيلحقه الثاني ويرث الولد

الزنا ولا أكثر من أقصى من مدة الحمل من وطئه لزمه نفيه ليتخلص من اللاحق المستلزم للتوارث والنظر إلى بناته وأخواته ولو أقرت بالزنا وظن صدقها فالأقرب أنه لا يجب القذف ولا يحل له القذف بدون الرؤية وإن شاع أن فلانا يزني بها وإذا عرف انتفاء الحمل لاختلال بعض شرايط اللاحق وجب الإنكار ولا يحل الإنكار للشبهة ولا للظن ولا لمخالفة صفات الولد صفات الواطي ولو شاهد زناها في حباله جازله اللعان وإن لم يكن له ولد للتشفي ولو غاب عن زوجته سنين فبلغها وفاته فاعتدت وتزوجت وأولدها الثاني ثم قدم الأول ففسخ النكاح وردت إليه والأولاد للثاني لا للأول .

منه (الخامسة) إذا أقر بالثاني بعد لعانه عن الأول فأقراره به يستلزم إقراره بالأول لعدم التبويض فيرثه الأول ولا يرث هو الأول كما تقدم حكمه ويرثه الثاني قطعا (وهل) يرث هو من الثاني فيه أشكال ينشأ (من) استلزام نفى الأول نفيه وقد انتفى الأول باللعان فينتفى الثاني به فيكون حكمه حكم من لاعن عنه (ومن) أن نفى السبب لأبد فيه من التصريح ولا اعتبار بالالتزام وهذا هو الأولى عندى وباقي المسائل وفروعها تركناها هنا للاختصار وتجنبنا من الأكتار .

قال قدس الله سره: ولو أقرت بالزنا (إلى قوله) يزني بها.

أقول: الأصح عندى أنه لا يجب للأصل (ولأن) سببه المشاهدة ولم تحصل (ولأنه) أما شهادات أو إيمان وكل واحد منهما لا يجوز الأمع العلم بالمشهود عليه أو الملحوق به (ومن) حيث أن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز فهو يفيد الحكم الجازم وكلما كان كذلك وجب قذفها لقطع امتزاج المائتين بسبب حمل ربما يتجدد والروايات.

كتاب العتق وتوابعه

(مقدمتان) (الأولى) العتق إزالة الملك عن آدمي حى والأصل فيه الكتاب والسنة والأجماع (أما الكتاب) فقوله تعالى **واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه (١) قال المفسرون الذي أنعم الله عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالعتق وقوله تعالى**

كتاب العتق وتوابعه

وفيه مقاصد (الاول) العتق وفيه فصول

(الاول) في اركانه ، العتق فيه فضل كثير وثواب جليل فقد روى ان من اعتق مؤمناً اعتق الله له بكل عضو عضواً من النار واركانه ثلاثة (الاول) المحل و هو كل مملوك مسلم لم يتعلق به حق لازم فلا ينفذ عتق غير المملوك وان اجازها المالك ولو قال ان ملكتك فانت حر لم يكن شيئاً ولا ينعق مع ملكه نعم لو جعله نذراً وجب عليه عتقه عند ملكه ويختص الملك باهل الحرب خاصة وباهل الذمة وهم اليهود والنصارى والمجوس

فتحرير رقبة مؤمنة (١) واما السنة فتأتى (واما الاجماع) فلا خلاف فيه (الثانية) يحصل باسباب ثلاثة العتق - والملك - والاستيلاء وغير ذلك وقد ذكر المصنف كلاً في موضعه .

وفيه مقاصد الاول العتق وفيه فصول

الاول في اركانه

قال قدس الله سره : العتق فيه فصل (الى قوله) من النار .

اقول: الرواية المشار اليها رواها ابراهيم بن ابي البلاد عن ابيه رفعه قال قال رسول الله ﷺ من اعتق مؤمناً اعتق الله العزيز الجبار بكل عضو عضواً له من النار فان كانت اثنى اعتق الله العزيز الجبار بكل عضوين منها عضواً من النار لان المرأة نصف الرجل (٢) والروايات في ذلك كثيرة وهو من افضل القرب لانه تعالى جعله كفارة القتل والوطى في رمضان وجعله النبي ﷺ فكاً للمعتق من النار - وقال النبي ﷺ ايما رجل اعتق رجلاً مسلماً كان فكاً من النار الحديث (٣) ولانه تخليص الادمى المعصوم من ضرر الرق ويملكه مضافه ويكمل احكامه .

(١) النساء ٩٤ (٢) ثل ب ٣ خبر ١ من كتاب العتق .

(٣) سنن ابي داود (ج ٤) ب اي الرقاب افضل

إذا اخلوا بشرائط الذمة ثم يسرى الرق في اعقابهم وان أسلموا ولا فرق بين سبي المؤمنين والكفار ويجوز شراء ولد الحربى و بنته وزوجته وامه وغيرهم منه انهم فيء في الحقيقة وكل من جهلت حرية اذا اقر بالرق حكم عليه مع بلوغه ورشده وكذا الملتقط في دار الحرب اذا لم يكن فيها مسلم .

ولا يصح عتق الكافر مطلقا (وقيل) يجوز (ان كان -خ) مع النذر (وقيل) مطلقا ،

واركانه ثلاثة الاول المحل

قال قدس الله سره : ولا يصح عتق الكافر (الى قوله) مطلقا .

اقول: للاصحاب في عتق العبد الكافر اقول اربعة (الاول) انه لا يقع وهو مذهب المرتضى وسالار وابن ادریس، واختاره الشيخ في كتابي الاخبار واختاره المصنف هنا وقال ابو الصلاح لا يجوز عتق الكافر وقال ابن الجنيد لا يجوز للمسلم ان يعتق مشركا (الثاني) انه يقع مطلقا وهو اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف (الثالث) انه يقع مع النذر لا بدونه وهو اختياره في النهاية (الرابع) التوقف وهو قول والدى في المختلف والاقوى عندي اختيار المرتضى لقوله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون (١) وجه الاستدلال ان المملوك مال وعتقه انفاق في سبيل الله فاذا كان كافرا كان خبيثا فيدخل في عموم الآية وقولهم عليهم السلام لا تعتق الا من اريد به وجهه الله تعالى (٢) (احتج) المجوزون بما رواه الحسن بن صالح ، عن الصادق عليه السلام ان عليا عليه السلام اعتق عبدا له نصرانيا واسلم حين اعتقه (٣) (اجيب) ان سلم السند لان سلم الدلالة لجواز انه عليه السلام علم انه ان اعتقه اسلم (وفيه نظر) اذا لشرط متقدم (واحتج) القائلون بصحته مع النذر بما رواه سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام قال سألته أيجوز للمسلم ان يعتق مملوكا مشركا قال لا (٤) ووجه الجمع بين هذه الرواية والاولى حمل الاول على النذر وهذه على عدمه .

(١) البقرة ٢٦٩ (٢) ثلث ٤ خبر ١ من كتاب العتق .

(٣) ثلث ١٧ خبر ٢ من كتاب العتق .

(٤) ثلث ١٧ خبر ٥ من كتاب العتق

ويصح عتق ولد الزنا اذا كان مسلماً على رأى والمخالف دون الناصب ، وهل يصح عتق الجانى الاقرب ذلك ان كانت خطأ و ادى المال او ضمنه مع رضاه و الا فلا ولا يشترط

قال قدس الله سره : ويصح عتق ولد الزنا اذا كان مسلماً على رأى.

اقول : سوغ الشيخ عتق ولد الزنا واختاره ابن حمزة ، وقال ابن الجنيد لا يجوز للرجل المسلم ان يعتق ولد الزنا وقال ابن ادریس لا يصح و الحق الاول لعموم الامر بالاعتاق ، ومارواه سعيد بن يسار ، عن الصادق عليه السلام قال لا باس بان يعتق ولد الزنا (١) (احتج) ابن ادریس بان ولد الزنا كافر وكل كافر لا يصح عتقه اما الصغرى فلانه لا ينبج لقوله عليه السلام ولد الزنا لا ينبج (٢) وكل مؤمن ينبج لقوله تعالى **قد افلح المؤمنون** واما الكبرى فلقولهم عليهم السلام لا تعتق الامن اريد به وجه الله تعالى (والجواب) منع الصغرى و كلية الكبرى فى الاول واتحاد الوسط (فى الثانى-خ) .

قال قدس الله سره : وهل يصح عتق الجانى (الى قوله) والافلا.

اقول: فى عتق الجانى اقوال ثلاثة (الاول) ان كان عمداً نفذ العتق لان القود لا يبطل بالتحريم وان كان خطأ لا ينفذ لتعلقه برقبته كالرهن وهو قول الشيخ فى المبسوط وقال ابن ادریس يمكن القول به والاعتماد عليه (الثانى) قول الشيخ فى النهاية و هو انه اذا قتل عبد حراً خطأ جاز عتقه ولزمه دية المقتول لانه عاقلته و اختاره المصنف فى المختلف و استدل عليه بان العبد اذا جنى خطاء كان الخيار الى مولاه ان شاء فداءه و ان شاء سلمه الى اولياء المقتول ليسترقوه فاذا باشر عتقه فقد باشر اتلافه فكان عليه ضمان ما تعلق به ويؤيد ذلك ما رواه جابر عن الباقر عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام فى عبد قتل حراً خطأ فلما قتله اعتقه مولاه قال فاجاز عتقه وضمنه الدية (٣) والشيخ عنى بالعاقلة هنا الضامن لا المعنى المتعارف (الثالث) قول المصنف هنا وكلامه يحتمل وجهين (الف) انه اذا كانت الجناية خطأ وعد المولى المال وهو دية الجناية او الاقل منها ومن قيمة العبد

(١) ثلث ١٤ خبر ١ من كتاب العتق

(٢) لم نثر عليه بهذا اللفظ نعم قد ورد انه لا يفلح الى سبعة آباء

(٣) ثلث ١٠ خبر ١ من ابواب ديات النفس

التعيين على رأى ، فلو قال احد عبيدى حرص وعين من شاء ولا يجوز العدول والا قرب على اختلاف القولين ورضى ولى الدم ثم اعتق العبد صح وان كانت عمدا ولم ير المال او لا ولم يضمن فى الخطاء لم يصح لكن فى هذا الوجه نظر لانه مع سبق اداء المال او الضمان على العتق ورضى الولى يصح العتق اتفاقا فلا معنى لقوله الا قرب ذلك (ب) انه اذا كانت الجناية خطأ وقع العتق مراعى فان ادى المالك المال او ضمنه ورضى به مستحق الجناية ظهر صحة العتق لوجود المقتضى وعدم المانع وان تعذر الاداء لموته معسرا او كانت الجناية عمداً بطل لتعلق حق الغريبه وهو استرقاقه فى العمد مطلقا وفى الخطاء مع عدم الفداء وهو ينافى العتق كالرهن وثبوت احد المتنافيين يمنع الاخر والى هذين الحكمين اشار بقوله (والا فلا) وانما قال المصنف (الا قرب ذلك) نظرا الى فائدتين (احديهما) النظر الى قول من صحح العتق فى العمد بمجرد العتق مستدلا بان العتق لا يمنع القود لان حق ولى الدم ليس القود خاصة بل هو مخير بين القود والاسترقاق و العتق يمنع الثانى وابطله فى الخطأ مطلقا من غير تفصيل وقول من صححه فى الخطاء والزمه الضمان للارش بمجرد العتق من غير توقف على ضمانه (الثانية) فى وقوع العتق مراعى واختيار وقوعه لما تقدم ويحتمل بطلان العتق لانه لا يقع موقوفا (ولان) الصيغة حال وجودها لم تؤثر فبعد عدمها اولى والاقوى عندى ان الجناية ان كانت عمداً لا يصح العتق الا باذن ولى الدم وان كانت خطأ فكذلك الا اذا ادى المالك المال اولا او ضمن كذلك .

قال قدس الله سره : ولا يشترط التعيين على رأى .

اقول : هذه المسئلة ذكرها الاصوليون ، و اختلفوا فيها و اختلف الفقهاء تبعاً لهم فقال الشيخ فى المبسوط وابن حمزه و جماعة لا يشترط التعيين ويصح العتق من غير تعيين لان الابهام واقع فى الشرع والابطال عتق المريض لعدة عبيد وزاد الكل على الثلث و لم يجز الورثة فاذن لا ينافى العتق فلو شرط عدمه فيه نافاه و لعموم قوله فتحريه رقبه مؤمنة (١) وعموم ادلة العتق (احتج) المانعون بان العتق امر معين فلا بد له من محل معين وعندى فى هذه المسئلة توقف .

قال قدس الله سره : فلو قال احد عبيدى حر (الى قوله) او بيعه .

وجوب الانفاق على الجميع والمنع من استخدام احدهم اوبيعه قبله ، ولومات ولم يعين عين الوارث (وقيل) يقرع ولو عين ثم اشتبه اخر حتى يذكره ويعمل بقوله فان ادعى بعض المماليك انه المقصود دون من عينه فالقول قول المالك مع اليمين ولو عدل عن المعين لم يقبل في المنسى وحكم بعقهما وان لم يذكر لم يقرع الا بعد موته لرجاء تذكره الا ان يدعى الوارث العلم فيعمل بقوله مع اليمين لو نازعه غيره فان نكل قضى عليه ولو صدق احد الوارثين احد المدعين للتعين والاخر الآخر حكم بعق حصة كل منهما فيمن صدقه .

الركن الثاني المعتق

وشرطه البلوغ والعقل والاختيار والقصدونية التقرب الى الله سبحانه وتعالى

اقول: هنا مسائل ثلاث (الف) وجوب الانفاق على الجميع لثبوته قبل العتق فكذا بعده لاصالة البقاء ولان المزيل العتق ولم يتحقق بالنسبة الى كل واحد واحد ويحتمل العدم (لانه) مستلزم لوجوب الانفاق على الحر بسبب الملك واللازم منتف فينتفى الملزوم (واقول) مبني هذه المسألة على ان الواقع هل هو العتق في الحال والتعین كاشف او سبب يصلح للتأثير عند التعيين (فعلى الثاني) الكل رق قبل التعيين فتجب النفقة على الكل (وعلى الاول) الاقوى انه لا يجب لما تقدم (ويحتمل) الوجوب لانه منعه عن منافعه لعدم التعيين فكانت النفقة عليه (ب) المنع من استخدام احدهم لانه يحرم استخدام الحر وهو مشتبه واذا اشتبه المحرم بالمحلل اجتنبا وهو مبني ايضا على القاعدة المذكورة (فعلى القول) بعدم وقوع العتق قبل التعيين يجوز استخدام الكل وعلى وقوع العتق بالايقاع يحرم الاستخدام (ج) هل يجوز بيع احدهم يحتمل العدم لجواز أن يكون هو المعتق و يحتمل الجواز لان التعيين للحرية والرقية باختياره فاذا عين واحداً للبيع كانه عينه للرقية وحصر الحرية في غيره فيجوز والمبني القاعدة المذكورة .

قال قدس الله سره : ولومات ولم يعين عين الوارث وقيل يقرع .

اقول: الثاني قول الشيخ ومبنى القولين القاعدة المذكورة .

وجواز التصرف فلا ينفذ عتق الصبي و ان بلغ عسراً على رأى ولاعتق المجنون المطبق ولاغيره الاوقت افاقته ولاعتق المكره ولاالغافل والساهى والنائم والسكران والمغمى عليه ، ولاعتق الكافر على رأى لتعذرنية التقرب منه وان كان مرتداً ولاعتق المحجور-

الركن الثاني المعتق

قال قدس الله سره : ولا ينفذ عتق الصبي وان بلغ عسراً على رأى .

اقول: هذا اختيار اكثر الاصحاب ويخالف في ذلك الشيخ في النهاية فانه قال اذا اتى على الغلام عشرين جاز عتقه وصدقته اذا كان على جهة المعروف وقد حقق في موضعه (واعلم) ان بعض اصحاب الحديث ذهب الى ان بلوغ الصبي بعشرين فعلى هذا القول يظهر تقريب المسألة .

قال قدس الله سره : ولاعتق الكافر على رأى لتعذرنية القربة في حقه

اقول: اختلف الاصحاب في صحة صدور العتق من الكافر سواء كان لمسلم او لكافر فقال بعضهم لا يصح واختاره ابن ادريس لانه عبادة شرعية وشرط صحة العبادات الشرعية اسلام فاعلها و لانه قربة وكل قربة مشروطة بالنية وكلما هو مشروط بالنية لا يصح من الكافر والمقدمات باسرها بينة (ولان) العتق تبرعاً ملزوم للولاء ولايثبت ولاء الكافر على المسلم (اما الصغرى) فلقوله عليه الصلوة والسلام الولاء لمن اعتق (١) (واما الكبرى) فلانه سبيل وقال تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً (٢) وقال تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض (٣) دل بمفهومه على انه لا ولاية للكافر على المسلم و انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فلا يصح عتقه (والجواب) ان الكفر هنا مانع من الارث لامن مطلق الولاء كالعقل وذلك كالنسب ودليل الخطاب ليس بحجة (بصحيح - خ ل) عند الاكثر، وقال بعضهم يصح وهو اختيار الشيخ في المبسوط لانه ازالة ملك وفكته وملك الكافر اضعف من ملك المسلم فهو اولى بقبول الزوال ومنع

(١) ل ل ب ٣٧ خبر ١ من كتاب العتق (٢) النساء ١٤٠ .

(٣) التوبة ٢١

عليه لسفه او فلس ولا غير المالك ملكا تاما كالوقوف عليه والراهن ، والمريض المستلزم نفوذ عتقه في جزء مما التصرف في اكثر من الثلث على اشكال (ينشأ) من انه كالاتلاف ونقص السوق وثبوت (وتفويت - خل) مال له فلا يبطل تصرفه في ثلثه (ومن) وجود المقتضى كونه قرينة مطلقا بل هو فك تارة وتارة قرينة (واعلم) ان المصنف قال في المختلف ان كان الكفر باعتبار جهلده بالله تعالى وشرطنا في المشروط بنية القرينة معرفة الله تعالى من غير اكتفاء بالتقليد فالوجه اختيار ابن ادريس وان كان الكفر لا بهذا الاعتبار بل باعتبار جحد النبوة او بعض اصول الاسلام كالصلوة او قلنا بالاكتفاء في القصد بالتقليد صح (واقول) ان الذي يقر على دينه فاذا صح عنده العتق حكمنا به .

قال قدس الله سره : والمريض (الى قوله) على الثلث فيه .

اقول: استخراج المصنف قدس الله سره مسائل لم يسبقه اليها احد من العلماء و فرع على احدها هذا الفرع وعلى غيرها فروعا متقدمة وهي ثلاث مسائل (الاولى) انه اذا استلزم تصرف المريض في جزء ما من ماله نقصان قيمة المال ما تصرف فيه وما بقي بحيث يزيد على الثلث وان بطل تصرفه بالكلية عادت قيمته كما كانت ولم تنقص شيئا هل يعد ذلك تصرفا لحصوله به ولا سببه غيره فيتعلق به الحجر ويبطل ما يستلزمه او يستدرك بضمانه وباحتساب نقص ما نفذ التصرف فيه من الثلث من كسب يحصله العبد فيما بعد او تجدد مال او اتلاف يهدر كما لو اوصى بعق عبد من ثلثه كل الثلث ثم قتل آخر فانه يهدر المقتول ويعتبر الوصية من ثلث العبدين الباقيين لان نفعه لا يعود على الموصى له (الثانية) اذا لم يصح افراد جزء منه لا عينيا ولا قيمة كما لو وقف دكا ناضيقا لكتله قيمة ولا قيمة لجزئه اصلا المشاع والمعين والابقائه وصحة الوقف في ثلثه وتملك الورثة ثلثه لانه لا قيمة للاجزاء فرضا فهنا يبطل التصرف قطعا (الثالثة) اذا نذر انه اذا اعتق جزء من عبدة الكل في حال عدم الحجر ثم مرض واعتق هذا العبد فهنا عتق كله وجزءه متلازمان واشباه هذا كثيرة كما لو نذر في حال الصحة انه ان تصدق على الفقير بجزء من هذا العبد او المال تصدق عليه او على غيره بكتله .

ويتفرع على المسألة الاولى ما ذكره بينا - وهو مريض له عبد قيمته ثلاثون لا يملك

لبطلان المعتق في ما زاد على الثلث فيه ، فلو كانت قيمته ثلاثين ورجع بالتشقيص كل جزء الى ثلث قيمته ثم كسب ثلاثين قبل الموت فعلى الثاني يصح المعتق في شيء و له من كسبه ثلاثة اشياء وللورثة ستة اشياء لان المعتق منه في تقدير ثلاثة اشياء من قيمته الاولى لان العبد يحسب عليه نقصان الجزء لانه لمنفعته فكان كالواصل اليه ولا يحسب على الورثة نقصان جزئهم لعدم وصوله اليهم فالعبد وكسبه في تقدير عشرة اشياء فالشئ اربعة سواء اعتقه واستلزم نفوذ المعتق في جزءاً منه نقصان شيء قيمته الكل وكل جزء بحيث تبقى قيمة عشره عند التقويم وقيمة كل ثلث ثلثة وان بطل المعتق بالكلية عادت قيمة كل ثلث الى عشرة والكل الى ثلاثين ذكر المصنف فيه احتمالين (الاول) صحة المعتق في ثلثة لوجود مال المريض وعموم قوله **عَلَيْكَ** المريض محجور عليه الا في ثلث ماله (١) والاستثناء من الاثبات نفى ، ونفى الحجر يستلزم جواز التصرف في الثلث وكل مريض له مال تصرف فيه يمضي في ثلثه والناقص من القيمة معدوم حقيقة وحكما فصارت كالاتلاف ونقص قيمة السوق (الثاني) لبطلان المعتق لبطلان لازمه لانه كلما استلزم وجه الصحة وجه البطلان بطل وجه الصحة ايضاً لاستحالة بطلان اللازم وصحة الملزوم .

قال قدس الله سره : فلو كانت قيمته ثلاثين (الى قوله) وتتمته .

اقول: هذا فرع على المسألة الاولى التي فرض فيها استلزام تصرف المريض في جزءاً لنقص اكثر من ثلث التركة كما لو فرض في عبد قيمته ثلاثون فنقص بالتشقيص بالمعتق ورجع قيمته الى عشرة ، فذكر اولاً ان فيه احتمالين (الاول) الصحة وفرض الفأنت تالفا او كنقص السوق بهدر كما تقر (والثاني) في البطلان لما تقدم لكنه تصرف في المرض ولا يحكم بالصحة والبطلان الا بعد وفاة الموصى ولم يتجدد له مال فلو تجدد له مال في حال حيوته بعد الوصية بحيث يخرج عن الفرض المذكور وتزيد تركته ولا يستلزم التصرف في جزء ما تفويت اكثر من الثلث على الورثة فانتفى سبب البطلان وحكم بالصحة وفرض المصنف حصول الزيادة بسبب كسب العبد المعتق في حال حيوة مولاه وفرض انه كسب ثلاثين هي قدر قيمته الاولى فعلى كلا الاحتمالين هنا يصح المعتق في شيء قطعاً .

(فالبحت) هنا يقع في مقامين (الاول) حكم المسألة على الاحتمال الاول في

(١) تقدم مراداً انه مضمون الاخبار ولم نثر عليه بلفظه .

(ويحتمل) أن يقال عتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة ستة أشياء فالعبد وكسبه في تقدير ثمانية أشياء فالشيء خمسة لأنه يؤخذ من حصته من الكسب ما فوّت على الورثة من نصيبهم بالتشقيص وهو شيان فينبغي أن يكون للورثة من نفسه (رقبته - خ ل) و ضمان التفويت وكسبه مثلاما نعتق خاصة وهو كذلك هنالأنه قد نعتق منه خمسة وهي في تقدير خمسة عشرو فوّت عليهم عشرة من نصيبهم من رقبته فحصل لهم خمسة من نفسه وخمسة

المسألة الأولى على ما ذكره المصنف على الأصل من صحة العتق وفرض القاتل كالتألف باتلاف المريض ونقص السوق فيهدر وهذا الثاني جعلته أنا في أول المسائل الثلاث التي استسها أولاً وعلى هذا الاحتمال يكون بمنزلة مريض اعتق عبداً يساوي عشرة وكسب ثلاثة أمثاله فتدور المسألة إذا الكسب تابع وكلما عتق منه ملك من كسبه بقدره وليس للورثة في مقابلة ما ملك بالكسب شيء لأنه ملك بما فيه من الحرية ابتداءً لأعطية من الميت وكلما راق منه شيء فللورثة بقدره من كسبه يحسب عليهم من التركة فلا يعلم كمية قدر المعتق الأمع علم كمية التركة الأمع معرفة قدر ما يحصل للورثة من الكسب فلا يعلم ذلك الأمع معرفة قدر كمية المعتق وكمية قدر المشرق منه وهذا هو الدور المذكور في المسائل الدورية في الجبر والمقابلة (وايضاً) بحصول الكسب تزيد التركة وهو يستلزم حصول عتق جزء واستحقاقه مقابله من الكسب وهو مستلزم لنقص التركة المستلزم لنقصهما ونقصهما يستلزم زيادة التركة المستلزم لزيادتهما المستلزم لنقصانها وهكذا وهذا تسميه الفقهاء دوراً لاستلزامه الدور بالمعنى الأول.

(وطريق) التخلص من الدور ومعرفة قدر ما يعتق وما يحصل له من الكسب (ان تقول) عتق من شيء وله ثلاثة أشياء من كسبه (لان) كسبه ثلاثة أمثال قيمته ، وللورثة شيان فالعبد وكسبه في تقدير ستة أشياء ، فالشيء ستة وثلثان فيعتق منه ستة وثلثان وهي ثلثاء وله من كسبه ثلاثة أشياء عشرون وهي ثلثا كسبه ، وللورثة شيان ثلاثة عشرون ذلك ضعف ما نعتق منه (الثاني) حكم المسألة على الاحتمال الثاني الذي ذكره المصنف ثانياً وهو احتمال البطلان على تقدير عدم الكسب وهو الذي ذكرته في المسألة الأولى من المسائل الثلاث التي استسها أولاً (احتمالاً) فنقول على هذا الاحتمال يصح العتق في جزء هنالوجود

عشر من كسبه وعشرة مما فوت (ويحتمل) ضعيفان يجبر جميع النقص من كسبه لانه بتفويته وبعضه عبد والنقص عشرون فيجبرها من كسبه فيصير الكسب في تقدير عشرة هي ثلث القيمة (فنقول) عتق منه شيء وله من كسبه ثلث شيء وللورثة شيان فالعبد والكسب في تقدير ثلاثة اشياء وثلث فالشيء اثنا عشر فيعتق كله ويأخذ دينارين تنمة الشيء الذي له من نفسه وله من كسبه ثلث شيء (هو - خ) اربعة فيبقى للورثة اربعة وعشرون هي ضعف ما اعتق وتمتمه .

المقتضى وهو العتق وارتفاع المانع ان ليس الاستلزام وجه الصحة لوجه البطلان وقد اتفق هذا اللزوم لوجود مال للمريض غير العبد فيجب ان يحسب على العبد ما نقص عن قيمة ما نفذ من العتق واصلا اليه (لان) النقص لمنفعته بخلاف الورثة ان نقص جزئهم نقص عليهم (فنقول) عتق منه شيء وله من كسبه ثلاثة اشياء وللورثة ستة اشياء في مقابلة ما اعتق منه الآن وما نقص من قيمته الجزء الذي تحرر ، فالعبد والكسب في تقدير عشرة اشياء فالشيء اربعة وهي بالنسبة الى قيمته خمسان وله من كسبه اثنا عشر وللورثة اربعة وعشرون من نفسه ستة ومن كسبه ثمانية عشر، وهذا الاحتمال مبني على ان ما نقص من قيمة الجزء يفرض كالموجود في احتسابه عليه وفي تبعيته مقابله من الكسب .

(ويحتمل) ان يحسب عليه ولا يتبعه شيء من الكسب لانه معدوم (فنقول) على هذا الاحتمال يعتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة ستة اشياء في مقابلة ما اعتق منه فالعبد وكسبه في تقدير ثمانية اشياء فالشيء خمسة فيعتق منه خمسة وله من كسبه شيء خمسة وللورثة ثلاثون لان الشيء الذي اعتق منه في تقدير خمسة عشر (بقي احتمال آخر) وهو ان يضم العبد في كسبه جميع نقص قيمته ويضم الى قيمته النقص من الكسب فالمجموع هو العبد (لانه) لنفعه فيضم اليه عشرون دينارا وبقي من الكسب عشرة فنفرض هي الكسب فيقال عتق منه شيء وله من كسبه ثلث شيء وللورثة شيان (بازاء ما عتق - خ) فيكون العبد وكسبه في تقدير ثلاثة اشياء وثلث شيء فيسقط من جنس الكسب فيكون العبد وكسبه في تقدير عشرة والشيء اربعة فهوائي عشر فيعتق كله وله من كسبه تمام قيمته ديناران وله من كسبه اربعة بالتبعية يبقى اربعة وعشرون من الكسب للورثة وهذا الاحتمال ضعيف

وعلى الاول يحتمل ان يجبر من كسبه ما فوقته بالعتق فيجيبىء ماسبق من الاحتمالات وعدمه فيكون بمنزلة عبد كسب ثلاثة امثال قيمته ، ولو اجاز بعض الورثة مضى العتق في حقه (لان) عتق كل جزء يستلزم ملكه لمقابله من الكسب فلو عتق كله ملك كسبه كله (لان) هذا عتق سابق ظهر لا متجدد (ولان) نفوذ العتق في الرقبة و شىء من المال يكون له حكم لم يوجد في الشرع فهذا الاحتمال عندى لا اعتبار به والاقوى عندى هو الوجه الثانى وهو ان يجعل هو وكسبه فى تقدير ثمانية اشياء .

قال قدس الله سره : وعلى الاول يحتمل (الى قوله) ثلاثة امثال قيمته .

اقول : قوله وعلى الاول ، اى على الاحتمال الاول الذى جعله المصنف اولا وهو صحة العتق على تقدير عدم الكسب وفرض الفأنت بالعتق كالتالف والناقص بالسوق (واعلم) انه لما بين حكم المسألة مع حصول الكسب على الاحتمال الثانى الذى ذكره وهو بطلان العتق على تقدير عدم حصول الكسب اراد هنا ان يبين حكم هذه المسئلة على الاحتمال الاول وهو صحة العتق على تقدير عدم الكسب وقد ذكرنا حكمه فيما مضى وهو الحق وذكر المصنف هنا احتمالين فيه (احدهما) انه يجبر النقصان من الكسب (لانا) انما لم نجبره حال عدم الكسب للضرورة وهنا قد زالت بوجود مال وهذا ضعيف جدا (لانا) فرضنا النصف على النقص كالتالف فلا يجبر (وثانيهما) عدمه اى عدم الجبر وهذا هو الصحيح وعلى الجبريتأتى ما ذكر من الاحتمالات الثلاثة (الاول) ان نفرض نقص الجزء الذى نفذ فيه العتق موجوداً بالنسبة الى احتسابه على العبد لانه لنتفعه بالنسبة الى استحقاقه به مقابله من الربح وهو ما فرض فيه العبد والكسب عشرة اشياء (الثانى) نفرض موجوداً بالنسبة الى احتسابه عليه لاستحقاقه به شيئاً من الكسب وهو ما فرض فيه العبد وكسبه فى تقدير ثمانية اشياء (الثالث) ان يجبر جميع النقص من الكسب ويضم الى العبد ويفرض الكسب الباقي منه بعدم ضم ما نقص منه الى قيمته الآن وهه ما فرض فيه العبد وكسبه فى تقدير ثلاثة اشياء وثلك (ووجه) كل واحد ظاهر لكن الاقوى ما ذكرناه نحن وهو عدم الجبر على احتمال صحة العتق مع عدم الكسب بالكلية .

قال قدس الله سره : ولو اجاز بعض الورثة (الى قوله) لم يجب النقص

من الاصل وفي حق باقى الورثة من الثلث والنقصان كالتالف قطعاً فيصح العتق وان لم يكن سواء من الثلث في حق غيره ولو كان كسب اوله مال غيره لم يجبر النقص ، ويصح عتق مكاتبه ومدبره وام ولده ، وليس لولى الطفل العتق عنه الا مع المصلحة كما فى الكبير العاجز مع عدم رغبة المشتري تفصيلاً من النفقة ، ولو اعتق مملوك ولده الصغير بعد التقويم صح ولا يصح قبله ولا مملوك الكبير بعده .

ولو اعتق مملوكه عن غيره باذنه وقع عن الأمر (وهل) ينتقل اليه عند الأمر المقارن

اقول: كلما كان النقصان يحصل بتصرف غير المريض ولو فرض تصرف المريض مقصوداً حصل النقص بتمامه من تصرف ذلك الغير فان النقص كالتالف قطعاً ولا يحسب من الثلث لانه يحصل مع عدم تصرف المريض ، ولا شئ من معلول تصرف المريض كذلك قطعاً (لان) من حكم العلة انها اذا فرضت معدومة عدم المعلول كما لو كان له شريك واعتق حصته فحصل نقص بسبب عتق الشريك فانه يكون كالتالف وهذا حكم سيار فى كل شئ فاذا اجاز بعض الورثة العتق كان بمنزلة عتق الشريك فيصح العتق من الثلث وان لم يكن سواء وما من صورة يحصل صحة تصرف المريض المعتبر من الثلث بنقصان التركة كما يحصل صحة التصرف بزيادتها الا فى هذه الصورة لا غير ، ولو جنى المريض على العبد المستوعب الذى اعتقه فى مرضه وهو يساوى ثلاثين فصار بالجنابة يساوى عشرة ويعتق اى جزء كان ينقص قيمته الى عشرة ايضا ومع اجتماعهما يساوى العشرة ايضا صح العتق من الثلث ولم يضمنه المريض (لان) تضمينه ينفى العتق وهو يستلزم نفي الضمان فيلزم من ثبوت الضمان نفيه ويصح عتقه بهذه الجنابة وما معناه مثلها من الصور آت بجنابة المريض جنابة تنقص التركة تصح تصرفه ويتفرع على صحة تصرفه بعتق الشريك واجازة بعض الورثة وفرض النقص كالتالف انه لو كان كسب او كان له مال غير ذلك لم يجبر النقص منه .

قال قدس الله سره : ولو اعتق مملوكه عن غيره (الى قوله) كالمضغ .

اقول : هنا مسائل (الاولى) اذا اعتق عبده عن غيره باذنه (هل) يصح عن الأمر

لا قال ابن ادريس لا - لانقضاء شرط وقوع المعتق عنه وهو الملك لقوله مَنْ عَتَقَ رَجُلًا فَهُوَ كَالْمُضْغِ لا اعتق

للفعل ليتحقق العتق في الملك الاقرب ذلك (لانه) باول جزء من الايقاع ملكه اياه كالمضغ قبل ملك ولاطلاق قبل نكاح (١) وذلك الغير لم يملك لانه لم يحصل سبب ناقل اذ ليس الا العتق وهو فك لانقل قال ويصح عن المباشر والاصح الصحة عن الأمر وهو اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف (الثانية) ان الأمر ينتقل اليه الملك قبل ان يعتق (ودليلنا) في المسألتين مارواه الشيخ في الصحيح عن يزيد بن معاوية العجلي عن الباقر عليه السلام قال سألته عن رجل كان عليه عتق رقبة فمات من قبل ان يعتق فانطلق ابنه فابتاع رجلا من كسبه فاعتقه عن أبيه وان المعتق اصاب بعد ذلك مالا ثم مات وتركه لمن تكون تركته قال فقال ان كانت الرقبة التي كانت على أبيه في ظهار او شكر واوجب عليه فان المعتق سائبة لاسبيل لاحد عليه (الى قوله) وان كانت الرقبة التي على أبيه تطوعا وقد كان ابوه امره ان يعتق عنه نسمة فان ولاء المعتق هو ميراث لجميع ولد الميت من الرجال . قال ويكون الذي اشتراه فاعتقه بامر أبيه كواحد من الورثة اذا لم يكن للمعتق قرابة من المسلمين احرار يرثونه : قال فان كان ابنه الذي اشترى الرقبة فاعتقها عن أبيه من ماله بعد موت أبيه تطوعا منه من غير ان يكون قد أمره ابوه بذلك فان ولاءه وميراثه للذي اشتراه من ماله واعتقه عن أبيه اذا لم يكن للمعتق وارث من قرابته (٢) اذا عرفت ذلك (فنقول) كلما كان ولاءه للأمر كان قد انتقل اليه ملكه و صح عتقه عنه لكن المقدم حق بهذه الرواية فالتالي مثله والملازمة ظاهرة (الثالثة) متى يملك الأمر ؟ اختلف العلماء فيه فقيل بالامر ويكشف عن ذلك عتقه فالسبب الامر ولعتق كاشف عن ملكه بالامر وسبب في عتقه عنه بالان فان بالامر موكل في العتق وقيل بالعتق فانه سبب لملك الأمر ولا ثم للتحرير ثانيا (ورد الاول) بانه لا يعقل تملك الانسان ملك غيره بمجرد لفظ صدر منه (والثاني) بانه لا يصدر المتنافيان عن واحد ولان العتق وضع لازالة الملك لانقله والاصح عندي اختيار المصنف انه باول جزء من اللفظ الموجب للعتق ينتقل الملك الى الأمر ثم بكل اللفظ يتحرر العبد فكان الجزء علة لشرط العتق وهو ملك الأمر

(١) مثل ب ٥ خبر ١ من كتاب العتق .

(٢) مثل ب ٤٠ خبر ٢ من كتاب العتق .

واتلفه بالعتق نيابة عنه ، فلو كان المعتق اباً للامرئ صح عتقه في الكفارة على اشكال .
والكل سبب لزوال ملكه عنه بالاعتاق وقوله كالمضغ اشارة الى مسألة هي ان نثار العرس
والطعام الذي يحضره الانسان لآخر ويأمره باكله فانه يملك ذلك بالمضغ فاول جزء من
العتق كالمضغ هنا .

قال قدس الله سره : واتلفه بالعتق نيابة عنه .

اقول: هذا جواب عن سؤال يورد هنا (وتقريره) ان نقول ثبوت ملكه يستلزم عدمه
وكلاً ما يستلزم ثبوته عدمه فثبوته محال (اما الاولى) فلان ملكه يستلزم عدم اعتاقه لان
عتقه اما بوكالة منه او لا (والاول) محال لانه قد يكون وكله في عتق عبد غيره فلا يصح
ملكه لان الوكالة معلقة حينئذ (والثاني) محال لان العتق لا يقف على الاجازة ويبطل اذا
وقع في ملك الغير قبل اذنه وبطلان عتقه يستلزم عدم ملكه قطعاً (والجواب) ان عتقه باذنه
والاذن هنا يصح لان الملك مستلزم للعتق والاذن يصح ايقافه على شرط .

قال قدس الله سره: فلو كان المعتق بالامر صح عتقه في الكفارة على اشكال

اقول: يحتمل عدم الاجزاء لانه اما ان يكون قد ملكه قبل اعتاقه او لا واما ان كان
يلزم عدم الاجزاء (اما على الاول) فلان ملكه يستلزم عتقه قهراً بالنسب لا اختياراً فلا يصح
عتقه عن الكفارة (واما على الثاني) فلا يصح العتق فضلاً عن العتق في الكفارة لانه لا يعتق الا
في ملك (ولان) شرط العتق النية ولا يمكن تحققها لانها بعد تحقق الملك اذ قبل الملك
لا تصح نية العتق ويكون قبل تحقق العتق فيكون بينهما وهذا محال لانه لا فصل بينهما
يتحقق فيه النية (ويحتمل) الاجزاء لان الموجب للعتق هنا الصيغة التي وضعها الشارع
للعتق الصادرة اختياراً منه بالنية لا غيرها لان ذلك الغير اما الملك او النسب او هما او
حكم الشارع بشرط وجود الملك والنسب والظاهر انتفاء الاولين اذ الملك علة معدة
لوجود خاصيتها فيه ، وكذا النسب لاجتماعه مع الملك ابتداءً وعلة العدم لا تجامع
الوجود ابتداءً وليس هذا موضع تحقيقه ، ولو سلمناه فانه انما يقتضى مع عدم المانع
والمانع هنا من تأثير ذلك السبب موجود وهو الصيغة فان اقتضاءها للملك مشروط بكونها
صالحة لكونها مؤثراً موجبا للعتق لانها ان لم توجب هي ولا جزئها الملك لم توجب

الركن الثالث اللفظ

ويعتبر فيه لفظان التحرير والاعتاق دون ما عداهما من صريح مثل فك الرقبة وازالة قيد الملك او كناية مثل انت سايبه او لاسبيل لي عليك او لاسطان او اذهب حيث شئت او خيلتك او لارق لي عليك او لاملك او انت لله او لولاية لاحد عليك اولى عليك اولست عبدي ولا مملوكي او ياسيدي او يامولاي او قال لامته انت طالق او حرام سواء نوى بذلك كله العتق او لا ولا بد من الاثبات بصيغة الانشاء مثل انت حرا وعتيق او معتق ولو قال : يا حرا او يا معتق ففي التحرير اشكال ينشأ (من) عدم القطع بكونه انشاء ، ولو كان اسمها حرة فقال انت حرة فان قصد الاخبار بالاسم لم تعتق وان قصد الانشاء للعتق صح ، ولو جهل رجع الى نيته فان تعذر الاستعلام لم يحكم بالحرية ، ولا تكفي الاشارة مع القدرة (ولا) الكتابة (ولا) النطق بغير العربية معها ولا يقع الا منجزا فلو علقه بشرط او وقت لم يقع وان وجد الشرط ولو علقه بالنقيضين فالاقرب الوقوع ان اتحد الكلام ، ولو قال انت حرمتي شئت العتق وكونها سالحة للتأثير في ايجاب العتق يمنع من ايجاب الملك او النسب او حكم الشرع للعتق لا بسببها فيعتق بها لا بغيرها وهذا الملك لا يصلح للاعتاق بالنسب ولا لكونه شرطه وكذا النسب هنا لانه اعتاق بالنيابة ولا شيء من العتق النسبي كذلك و كل عتق بالصيغة الموضوعية للعتق شرعا تجزى عن الكفارة .

الركن الثالث اللفظ

قال قدس الله سره : ولو قال يا حرة (الى قوله) بكونه انشاء .
اقول: انشاء العتق وضع له الشارع صيغة الاخبار حقيقة وغيره كناية والكناية لا تصح العتق بها (ومن) حيث ان حرف الاشارة الى المملوكة لم يعتبره الشارع وانما الاعتبار بالتحرير والاعتاق واستعمال (يا) بمعنى (انت) او فلانة مع القصد جائز ، ورجح شيخنا ابو القاسم بن سعيد عدم الوقوع وهو الاقوى عندي لان هذه الصورة التركيبية لم يضعها الشارع لانشاء التحرير فلا يصح العتق بها .

قال قدس الله سره : ولا يقع الامنجزاً (الى قوله) ان اتحد الكلام
اقول : وجه القرب ان التعليق بالنقيضين كالا تعليق لانه واقع على تقدير كل

لم يقع ، ولا بد من اسناد العتق الى الذات او ابعاضها المشاعة بان يقول انت حر اوعبدى
او هذا او فلان ويذكر ما يميز به عن غيره او نصفك او ثلثك او ربك ، اما لو قال يدك حرة
او رجلك او وجهك او رأسك لم يقع ولو قال بدنك او جسدك فالاقرب الوقوع ، ولو جعل
العتق يمينا لم يصح مثل ان فعلت فانت حر .

الفصل الثاني في احكامه

العتق مع الصحة لازم لا يصح الرجوع فيه سواء اختار العبد ذلك او لا وعتق الحامل
ليس عتقا للحمل وبالعكس ، ولو شرط على العبد شرطا في نفس العتق مثل انت حر وعليك

واحد منهما واحدهما واقع قطعاً (ومن) حيث الاجماع منا على ان التعليق بالشرط مبطل
(ولان) للشرط مدخلا في العتق لانه جزء من العلة التامة فهو جعل سبب لما لا سبب له
(ولان) المعتبر الصيغة الموجبة لوقوع العتق في الواقع اعنى في نفس الامر مطلقا لا على
تقدير وفرق (بين) الواقع في نفس الامر (وبين) الواقع في التقدير (ولانه) ادخال في
الشرع ما ليس منه وهو منهي عنه قطعاً (ولبطلان) تعليقه بكل واحد منهما اجماعا فاذا علقه
عليهما معا فكل واحد واحد لا يوجب العتق بل يكون مشروطا بالتعليق على الاخر فيكون
معلقا بشرط ليس لازما للاول بل هو برأسه فصحة ايها كان مشروطا بالاخر فلا يقع وهو الاقوى
عندى وانما قيد بقوله (ان اتحد الكلام) لانه لو افر دكل واحد منهما بطل عيناً .

قال قدس الله سره : ولو قال بدنك او جسدك فالاقرب الوقوع .

اقول : وجه القرب ان الانسان اما ان يكون هو الجوهر المجرد كما زعم طائفة
من المحققين او اجزاء اصلية في البدن او هذا الهيكل المحسوس وعلى كل تقدير فالملك
انما يتعلق بهذا البدن المحسوس لا الجوهر المجرد او الاجزاء الاصلية و العتق ازالة
الملك بعد نبوته عما ثبت عليه الملك^١ (ويحتمل) ضعيفا عدمه لانه ليس هو الصيغة المنصوص
عليها شرعا .

قال قدس الله سره : ولو شرط على العبد (الى قوله) في الخدمة .

اقول : اذا شرط على العبد شرطا في نفس العتق وانما يتحقق (بكونه جزء منه)

الف اوخدمة سنة لزمه الوفاء به (وهل) يشترط رضى المملوك اشكال اقربه العدم فى الخدمة ، ولو شرط اعادته فى الرق ان خالف اعيد مع المخالفة (وقيل) لا .

(كونه شرطاً فى نفس الايقاع - خ ل) بارادة الالفاظ فانه اذا قصد بقوله (انت حر) فك الرقبة وغير المشترط من المنافع من الرق وبقاء المشترط فيه فقد جعل المجموع من التحرير والشرط صيغة واحدة وان الصيغة لاتستقل بنفسها فى الدلالة على الفك بل هى والشرط معاً دال على مجموع معين هوفك الرقبة وبقاء المشترط فى ملكية المالك .

اذا عرفت ذلك (فنقول) لو شرط على العبد شرطاً فى نفس ايقاع العتق (هل) يصح و يلزم سواء رضى به العبد او لا اولاد من رضى العبد فيه للفقهاء اقوال ثلاثة (الاول) القول بالاول لانه مالك للعبد مستحق لمنافعه كلها وكسبه وله الضريبة عليه وهى ايجاب مال من كسبه و يستحق فى ذمته الخدمة والسعى فى الكسب والعتق فك ملك الرقبة و استحقاق هذه الاشياء فاذا شرط عليه خدمة او شيئاً كانه قد استثنى من منافعه بعضها فله ذلك لقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (١) واصالة الصحة والاطلاق الاصحاب صحة الاشرط (الثانى) القول بالثانى لانه كالكتابة ولاقتضاء الاعتاق التحرير و الكل تابع للرقية فلا يصح شرط شىء الا بقبول العبد (الثالث) انه اذا شرط الخدمة صح بلا توقف على رضى العبد لاستحقاقه العبد والخدمة فاذا زال الملك عن الرقبة فاستثنى الخدمة صح واما غير الخدمة كشىء من المال فلا بد من رضى العبد لان المولى لا يملك اثبات شىء فى ذمة العبد (ولما) رواه حريز فى الصحيح قال سالت ابا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه انت حرولى مالك قال لا يبدء بالحرية قبل المال فيقول له لى مالك وانت حر برضى المملوك والمال للسيد (٢) وهذا اختيار والدى قدس الله سره وهو الاقوى عندى .

قال قدس الله سره : ولو شرط اعادته (الى قوله) وقيل لا .

اقول: اذا شرط عليه شرطاً فى نفس العتق وشرط فيه انه ان خالف رد فى الرق فيه اقوال ثلاثة (الاول) قول الشيخ فى النهاية انه يصح العتق والشرط وهو اختيار ابن البراج (الثانى)

(١) ثل ب ٦ خبر ١ من ابواب الخيار وسنن ابي داود (ج ٣) باب فى الصلح .
(٢) ثل ب ٢٤ خبر ٥ من كتاب العتق وفيه عن ابي حريز قال سالت ابا جعفر (ع)

الخ رواه المشايخ الثلاثة كذلك .

ولو ابق مدة الخدمة المشترطة لم يعد في الرق وله المطالبة باجرة الخدمة وكذا لورثته على رأى، ولا يجزى التدبير عن العتق الواجب ويستحب عتق من مضى عليه سبع سنين والمؤمن مطلقا الآن يعجز عن الاكتساب فيعينه لواعتقه ويكره عتق المخالف ويجوز عتق المستضعف ويصدق لو ادعى بقوله انت حرة العفيفة وانت حر الكريم الاخلاق فان ادعى العبد قصد العتق حلف له فان نكل حلف العبد وعتق .

قول والدى المصنف في المختلف انه يبطل العتق والشرط واختاره ابو القاسم بن سعيد (الثالث) قول ابن ادريس انه يبطل الشرط ويلوح من كلامه انه يصح العتق (احتج) الشيخ بما رواه اسحاق بن عمار وغيره عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يعتق مملوكه ويروحه ابنته ويشترط عليه ان هو اغارها ان يردّه في الرق قال له شرطه (١) (اجاب) عنه والدى المصنف بالظعن في السند فان في اسحاق قولاً سلمنا لكنه جاز حصول شرطه يبطلان العتق والحق (والاقوى - خل) عندى صحة العتق وبطلان الشرط المذكوران العتق مبنى على التغليب .

قال قدس الله سره : ولو ابق مدة الخدمة (الى قوله) على رأى .

اقول: قال الشيخ في النهاية ليس للورثة عليه سبيل وتبعه ابن البراج وهو اختيار ابن الجنيد ، وقال ابن ادريس ووالدى المصنف في هذا الكتاب ، وفي المختلف لهم اجرة المثل عن تلك المدّة لانها مستحقة عليهم وقد فاتت اوقاتها فيرجع عليه باجرة مثلها قال ابن ادريس فاما نفس الخدمة فليس لهم سبيل عليه ولاجل هذا قال شيخنا في نهايته لم يكن للورثة عليه سبيل يعنى في نفس الخدمة قال والدى وهذا تأويل حسن ويؤيده قول الصدوق (فليس لهم ان يستخدموها) ويدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن يعقوب ابن شعيب قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اعتق جاريتيه وشرط عليها ان تخدمه خمس سنين فابقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته ألهم ان يستخدموها قال لا (٢) ونفى الاستخدام لا يستلزم نفى الاجرة الثابتة عليها عوضا عن الخدمة المستحقة لهم وهذا هو الاقوى عندى

(١) مثل ب ١٢ خبر ٣ من كتاب العتق .

(٢) مثل ب ١١ خبر ١ من كتاب العتق

ولو نذر عمو اول مملوك يملكه او اول داخل فملك جماعة دفعة او دخلوا كذلك
(قيل) بطل (وقيل) يتخير (وقيل) يقرع (ويحتمل) حرية الجميع لان الاولية وجدت

قال قدس الله سره : ولو نذرتق اول مملوك (الى قوله) هناك .

اقول: (الاول) قول ابن ادريس لان (اول) افعال التفضيل فان اضيف الى العام افاد العموم و ان اضيف الى الخاص افاد الخصوص و (مملوك) نكرة لانعم فكانه قال اذا ملكت واحداً هو اول فاذا ملك جماعة لم يوجد الشرط فلا يعتق احد منهم و امتنع بالنسبة الى المستقبل فبطل هذا النذر لامتناعه لا باختياره (والثاني) قول ابن الجنيد فانه قال يتخير في عتق من شاء فان مات او منع عن بيان ارادته اقرع واعتق من اخرجه القرعة و قال الشيخ في النهاية اذا نذر الانسان ان يعتق اول مملوك يملكه فملك جماعة من العبيد في حالة واحدة اقرع بينهم فمن خرج اسمه اعتقه ، وقد روى انه يتخير في عتق ايهم شاء و الاول احوط (و الثالث) قول الصدوق لان الاول يعتبر فيه قيد سلبى و قيد ايجابى فالسلبى انه لم يسبقه غيره والايجابى انه يسبق على غيره و الاول يعتبر بالفعل و الثاني بالامكان اى سبق على آخر يمكن بان يملكه (ومملوك) نكرة فكل واحداً ولا يعتق الكل لعدم العموم فيتحرر واحد وليس احدهم اولى فوجبت القرعة والمختار عندي هو اختيار الشيخ في النهاية (لما) رواه الشيخ والصدوق معافى الصحيح، عن الحلبي عن الصادق عليه السلام ، قال سألته عن رجل قال اول مملوك املكه فهو حر فورث سبعة جميعاً قال يقرع بينهم ويعتق الذى خرج اسمه (١) (احتج) ابن الجنيد (بما) رواه الشيخ عن الحسن الصيقل ، عن الصادق عليه السلام . قال سألته عن رجل قال اول مملوك املكه فهو حر فاصاب ستة : قال ان كان نيته على واحد فليختر ايهم شاء فليعتقه (٢) (و الجواب) ان طريق الاولى صحيح وطريق الثانية مجهول و هو الحسن الصيقل - قال والذى لا اعرفه وضعيف فان في طريقها اسماعيل بن يسار الهاشمي وقال لى والذى قدس الله سره ذكره اصحابنا بالضعف (و وجه) ضعف الاحتمال الآخر ظاهر و ان (من) للعموم و (مملوك)

(١) ثلث ٥٧ خبر ١ من كتاب العتق .

(٢) ثلث ٥٧ خبر ٢ من كتاب العتق .

في الجميع كما لو قال من سبق فله عشرة وفيه ضعف لعدم العموم هناك اما لو نذر عتق اول ما تلده فولدت توأمين دفعة (مع-خل) عتقا ولو تر تبا عتق الاول ولو اشتباه اقرع ولو ولدت الاول ميتا احتمل بطلان العتق لان شرط النذر وجد في الميت وليس محلا للعتق والصحة في الحي لاستحالة تعلق العتق بالميت وكذا لو نذرت عتق اول من يدخل فدخل جماعة دفعة عتقوا او اول من يملك فملك جماعة دفعة ولو اعتق بعض مماليكه فقيل اعتقت

للخصوص ولا يصلح للعموم .

قال قدس الله سره : اما لو نذرت عتق اول ما تلده (الى قوله) بالميت .

اقول : نذر العتق انما هو نذر بازالة قيد الملك عن من هو ثابت عليه بصيغة شرعية اختيارية فهو يبدل على الحياة بالاتزام وكانه قال اول ما تلد من الاحياء اوحياً وهو ظاهر فمن ثم احتمل عتق الحي والظاهر عندي الاول .

قال قدس الله سره : ولو اعتق بعض مماليكه (الى قوله) والاقرب ذلك .

اقول : الاقرار ليس من الاسباب بل هو اخبار عما سبق فلا يصح اذا لم يكن مطابقا لخارج سبق عليه ولا بد لذلك السابق من سبب فان علم له سبب يمكن حمله على حقيقته صرف اليه واقتصر عليه ولا يتعدى لولم يعلم وجود ذلك السبب حمل على الاكثر كهذه الصورة لان الجمع المضاف الحق انه للعموم ولا يحمل هنا على العموم لانه اذا اعتق ثلاثة من مماليكه يصدق قوله هؤلاء مماليكى حقيقة فاذا قيل له اعتقت مماليكك فقال نعم و هي تقتضى اعادة السؤال وتقريره فيكون اقراراً بعتق الممالك الذين انعتقوا فلا يلزم بغيرهم لاصالة البرائة (ولان) الاقرار انما يحمل على التحقيق و المتيقن لاعلى ما فيه احتمال (وهل) يشترط في الاقتصار عليه كثرة بحيث يصدق عليه الجمع حقيقة (ام لا) قولان ومنشأ القولين ان اللفظ انما يحمل على الاقرار على اصل الحقيقة (ومن) حيث اصل البرائة (ومن) جواز التجوز به ويتفرع (على هذا - خ) الاكتفاء بالواحد وعدمه (فعلى الاشرط) يكتفى بالواحد (وعلى عدم الاشرط) لا يكتفى بالواحد ويلزم بعتق ما يصدق عليه الجمع حقيقة ويكون في الباقي كالمشبهه .

(واعلم) ان البحث هنا في مقامين (الاول) في الحكم على مجرد اقراره ظاهراً وقد

عبيدك؟ فقال نعم عتق ذلك البعض خاصة (وهل) يشترط الكثرة الاقرب ذلك ، ولو قيل اعتقت غانما فقال نعم وقصد الانشاء ففي الوقوع نظر ، ولو نذر عتق اهتد ان وطئها صح فان اخرجها من ملكه انحلت النذر ولو عاد الملك لم يعد الا ان يعتممه ولو نذرت عتق كل عبد له قديم او اعتقه انصرف الى من مضى عليه في ملكه ستة اشهر فصاعداً (فهل) ينسحب في الامة او الصدقة بكل ملك له قديم او الاقرار اشكال ، ولو

قررناه (الثاني) البحث عما في نفس الامر (فنقول) لا ينعقد بهذا اللفظ شيء اصلاً لانه اخبار وانما ينعقد في نفس الامر ما وقع عليه العتق بصيغة انشائية سابقة على هذا اللفظ وان حكم عليه باكثر في الظاهر لظاهر اقراره والاقوى عندي ما هو الاقرب عند المصنف .

قال قدس الله سره : ولو قيل له اعتقت (الى قوله) نظر .

اقول : ينشأ (من) ان نعم حقيقة في الصيغة التي هي حقيقة شرعية فكانت حقيقة (ومن) حيث المنع من كون ما هو حقيقة في الحقيقة في الشيء حقيقة في ذلك الشيء وهو ظاهر لتغاير اللفظ والمعنى (ولانه) لو كان حقيقة لكان مرادفا للصيغة فيلزم كونه مشتركاً بين الشيء الموضوع له الصيغة والصيغة وهو خلاف الاجماع .

قال قدس الله سره : ولو نذر عتق كل عبد (الى قوله) اشكال .

اقول : حمل الاصحاب لفظ القديم على ما مضى عليه ستة اشهر فصاعداً شرعاً فيمن حرّوا نذرت تحرير كل عبد له قديم في صورة واحدة ويؤيده ان ابوسعيد الحضرمي المكارى دخل على الرضا عليه السلام فقال رجل قال عند موته كل مملوك لي قديم فهو حر لوجه الله تعالى فقال نعم ان الله تعالى يقول في كتابه العزيز حتى عاد كالعرجون القديم فما كان من مماليكه اتى له ستة اشهر فهو قديم حر (١) فهل استعماله في هذا المعنى حقيقة او مجاز (يحتمل) الاول لتناوله باطلاقه من غير قيد و لهذا حملاه الاصحاب عليه عند اطلاقه وهذا من خواص الحقيقة ثم الاستدلال بالاستعمال في الآية من غير قرينة في صورة تباين المدعى يدل على ان الاستعمال حقيقة شرعاً (ويحتمل) الثاني لانه حقيقة لغوية فيما قدم زمانه مطلقاً وعرفية فيما لم يسبقه العدم والثاني غير مراد اجماعاً

قصرت مدة الجميع عن ستة اشهر فان ترتبوا فالاقرب عتق الاول والآالجميع (ويحتمل) والاصل عدم النقل فمنشأ الاحتمالين في هذه المسألة من تعارض المجاز والنقل (ويتفرع) على ذلك اطراده ان جعل حقيقة لانه من خواص الحقيقة وعدم اطراده ان جعل مجازاً فيحتاج على التقدير الثاني في تعديدة الحكم الى نص ثم يتفرع على هذا التفرع مسائل ثلاث (الاولى) هل يتعدى الى الامة (الثانية) لو نذر الصدقة بكل ماله قديم (الثالثة) لو اقر لغيره بكل ما في يده قديم فان قلنا باطراده ينسحب الحكم في هذه الثلاثة والا فلا (لا يقال) في خبر ابي سعيد المكارى كل مملوك وهو يتناول الامة فتكون منصوصاً عليها (لانا) نقول هذه الرواية ضعيفة لم يستند المصنف في قوله اليها بل الى اجماع الصحابة (الاصحاب-خ) وهو بلفظ العبدان صح سندها وتناولها لفظ المملوك كانت منصوصاً عليها لكن في المقدمتين شك فلاشكال واردة .

قال قدس الله سره : ولو قصرت مدة الجميع (الى قوله) فيهما .

اقول : اذا نذر عتق كل عبده قديم او تحرير كل عبده قديم وله اعبد قصرت مدة ملك كل واحد عن ستة اشهر فهنا مسألتان (الاولى) ان يرتبوا في ملكيته لهم بان يتقدم ملك بعضهم على بعض قال المصنف الاقرب انه يعتق الاول لان القديم يطلق على ما تقدم على غيره فان كان حقيقة عرفية حمل عليه وان لم يكن حقيقة عرفية (هل) يحمل على المجاز (قيل) نعم لاصالة صحة تصرف العاقل الرشيد واعتبار اقراره (وقيل) لا يحمل على المجاز لاجل صحة التصرف مع تعذر الحقيقة بل تبني هذه المسألة على مسألتين (الاولى) كونه حقيقة عرفية فيما ذكرنا هيئنا او مجازاً وليس من علم الفقه بل يتبع الفقيه علماء الوضع العرفي (الثانية) انه هل يحمل على المجاز لصحة التصرف بلا قرينة غيرها ام لا وهى من علم الفقه واختلف الفقهاء فيها ولما قوى المصنف كونه حقيقة عرفية فيها قال الاقرب عتق الاول (ويحتمل) البطلان لاصالة بقاء الملك (المسألة الثانية) لو ملكهم دفعة واحدة (يحتمل) عتقهم كلهم لوجود المعنى وهو عدم سبق غيرهم عليهم وسبقهم على من يتجدد ملكه لان في الثاني القوة كافية في الكل اى في كل واحد (ويحتمل) عدم لانتفاء القديم بالمعنى المتقدم والمعنى الاخر وهو الترتب والاصح

قويا عدم فيهما ، ولوعلق نذر العتق بعدم الدخول مثلا ولم ينو وقتا معيناً او بأخرهم دخولا عتق في آخر جزء من حياته وهل له يبيعه قبل ذلك اشكال ، ولوعلقه على الدخول عندى البطلان في صورتين لاصالة بقاء الملك .

قال قدس الله سره : ولوعلق نذرا لعتق (الى قوله) اشكال .

اقول : هنا مسثلتان (الاولى) اذا قال لله على عتق هذا العبد ان لم يدخل الدار المعينة ولم يعين وقتا فالشرط عدم الدخول من حين النذر الى آخر جزء من حياة المولى (اما) عموم عدم فلدلالة العرف عليه لحملهم عليه عند الاطلاق ولمناقضته بدخل الدار في لسانهم والايجاب جزئي والسلب كلي واللفظ عند اطلاقه انما يحمل على الحقيقة العرفية وانما جعل آخر جزء من حيوته غاية ليتحقق عتقه في ملكه وكذا لو نذر عتق آخر من يدخل من عبيده وهو منوط بظنه لتعذر العلم (الثانية) اذا علق نذرا لعتق على شرط ممكن عادة هل يمنع من اخراجه عن ملكه قبل حصول الشرط اولا (يحتمل) منعه لان الحكم بمنعه مقرب له الى الطاعة فانه يقربه من فعل المنذور الواجب ومبعدة من فعل المعصية وهو مخالفة النذريكون لظفا في الوفاء بالنذر الواجب وكلما هو لطف في واجب فهو واجب .

(ويحتمل) عدم المنع لان المانع هو الوجوب وهو مشروط بوقوع الشرط فيستحيل تقدم المشروط على الشرط فالمقتضى موجود والمانع منتف فصح التصرف والاقوى عندى انه لا يصح اخراجه عن ملكه لان النذر الواقع الصحيح عند الشرط يؤثر بالفعل وقبله له صلاحية التأثير والمحل عند الشرط يحصل فيه الاثر وهو وجوب الفعل بالفعل وقبله هو قابل لحصول ذلك فيه فاخراجه عن ملكه يزيل صلاحية التأثير ويبعده عنه بل يصير الى الامتناع اقرب ويزيل قبول المحل لانه سبب لامتناعه فقد ازال حكمين شرعيين وليس له ذلك لان هذين الحكمين لازمان لصحة النذر .

قال قدس الله سره : ولوعلقه على الدخول (الى قوله) نظر .

اقول : ينشأ (من) انه بالبيع ينحل النذر لعدم شرط العتق وهو الملك وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط بل الملك شرط صحة النذر فانه لو نذر ان يعتق مملوك

ثم باعه ثم عاد اليه ففي عتقه مع الدخول نظرو ويقوى الاشكال لودخل قبل عوده اليه ثم عاد زيد لم يصح (ومن) حيث انه قد وجد فيه شرط النذر ويمنع بطلانه بالبيع مطلقا (واعلم) ان هيئتنا فائدتين (الاولى) ان هذه المسألة فرع على عدم منعه من بيع من علق نذر عتق بشرط ممكن متوقع قبل حصوله (والثانية) انه فرق بين المسألة السابقة وهي قوله ان لم يدخل وبين قوله ان دخلت لان الاولى شرطها وهو عدم الدخول حاصل الآن والاصل البقاء فالدخول مانع والاصل عدمه كقوله لله على ان اعتق هذا العبد الا ان يدخل فهذه المسألة اقوى في المنع من التصرف ثم في قوله (ان لم يدخل) ثم في قوله (ان دخل).

قال قدس الله سره : ويقوى الاشكال (الى قوله) انحلت البيمين .

اقول : وهذه المسألة مبنية على مسألتين (الاولى) انه لا يمنع من بيعه (والثانية) ان بيعه لا يبطل النذر وقد ذكر المصنف احد احتمالي الاشكال (ووجه احتمال الاخر) ان الشرط انما هو الدخول حال كونه في ملكه (لان الشرط) هو آخر العلل المعدة لوجوب العتق لانه يحصل عقبيه بلا فصل ولا يمكن ذلك مع كونه في ملك الغير فالحاصل ليس هو الشرط والنذر باق على حاله للمقدمة الثانية وملك الغير مانع للحكم للسبب لان البحث على هذا التقدير فاذا زال المانع والمقتضى موجود ووجد الشرط وجب حصول الحكم ومبنى هذا الاشكال على قاعدتين (الاولى) ان الشرط المعلق عليه هو الدخول مطلقا والدخول في الملك (يحتمل) الاول (لانه) المفهوم في اللفظ لقبوله التقييد بكل منهما وصحة تقسيمه اليهما (الثانية) ان الشرط لا يتكرر في المرات بل اذا وجد مرة وحصل مانع من التأثير بطل النذر (ووجه الاحتمال الثاني) تقدم (ووجه البطلان) الذي ذكره المصنف ينشأ من الاحتمال الاول من القاعدة الاولى (والثانية - ح ل) والثاني من الثاني منهما وانما كانت هذه المسألة اقوى اشكالا لاستلزام البطلان في الاولى البطلان في الثانية قطعاً لوجود المقتضى للبطلان وهو البيع ان قلنا به واما على تقدير صحة الاولى يحتمل في المسألة الثانية البطلان والصحة كما ذكرناه ولا ابتداء الاولى على المسألتين المقدمتين لا غير واما هذه المسألة فمبنية على المسألتين اللتين ابني عليهما المسألة الاولى وعلى القاعدتين وفي الاولى منهما اشكال والاقوى عندي البطلان في هذه المسألة .

ودخل من حيث انه علق على شرط لا يقتضى التكرار فاذا وجد مرة انحلت اليمين فان شهد اثنان بالدخول الزمه الحاكم بالاعتاق فاذا اعتقه وظهر كذبهما بطل.

(ويحتمل) الصحة والتضمنين ولورجعا ضمنا وتم العتق (كذا - خ) ولو نذر عتق المقيد ان حل قيده وعتقه ان نقص وزن القيد عن عشرة ابطال فشهدا عند الحاكم بالنقص فحكم

قال قدس الله سره : فان شهدا اثنان (الى قوله) وتم العتق .

اقول: اذا نذر عتق عبدان دخل الدار مثلا ثم ادعى العبد الدخول فانكر المولى فاقام بينة بالدخول الذى هو شرط فى العتق فالزمه الحاكم بالعتق وقهره عليه فاعتق ثم ظهر كذب الشاهدين كأن ظهر ان العبد فى الوقت الذى ذكرنا انه دخل فيه كان فى موضع بعيد يمتنع الجمع بينهما وحصل رجحان ضد الدخول رجحانا أوجب بطلان شهادتهما والى هذا الرجحان اشار بقوله (فظهر كذبهما) فهل يبطل العتق او ينفذ ويغرم شاهدا الدخول (نقول) هذا مبنى على مسألة هى ان القهر الشرعى على الافعال لا يقتضى بطلانها والالاتى فائدة القهر الشرعى وهو نقض الغرض من شرع الاحكام ونصب الحكام والقهر غير الشرعى مبطل للفعل ورافع لحكمه لاستحالة التكليف بما لا يطاق .

اذا تقرر ذلك (فنقول) يحتمل هنا بطلان العتق لانه قد ظهر ان القهر غير شرعى لانه مبنى على شهادة كاذبة والمبنى على الفاسد فاسد (ويحتمل) الصحة وتغريم الشهود لان قهر حاكم الشرع المأمور به شرعا شرعى وهذا هكذا لاننا مأمورون بالظاهر وقال عنه نحن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر (١) والاقوى عندى الاول لانه لو كان حكم الحاكم بناء على شهادة الشاهدين صحيحا شرعيا فى نفس الامر لما حرم على من حكم له وعلم بطلان المحكوم به لكن اللازم باطل باتفاق علمائنا فالملزوم مثله (واورد) لو حرم لما غرم الشهود وملك المشهود له فى مواضع (واجيب) باختصاصه بما لم يعلم بطلانه وهنا علم واشار اليه بقوله ظهر اما لورجع الشاهدان غرما للسيد لاقرارهما على انفسهما ونفذ العتق والازم نفوذ اقرار غير الولى فى حق غيره وهو باطل .

قال قدس الله سره : ولو نذر عتق المقيد (الى قوله) على الشهادة الكاذبة

(١) لم نثر عليه بهذا اللفظ نعم قد ورد ما هو بمضمونه .

بعتقه وامر بحل قيده فظهر كذبهما عتق بحل القيد وظهر انه لم يعتق بالشرط الذي حكم
الحاكم بعتقه به وفي تضمينهما اشكال ينشأ (من) ان الحاكم لم يحصل بشهادتهما بل بحل
قيده ولم يشهدا به ولانه لو باشر الحل لم يضمن لعدم الضمان بشهادته اولى (ومن) ان
شهادتهما الكاذبة سبب سبب عتقه واتلافه (ولان) عتقه يحصل بحكم الحاكم المبني

اقول: تقرير هذه المسألة انه اذا عتق نذر العتق بكل واحد من شيئين وجعل
كل واحد منهما سبباً تاماً فايهما حصل حصل وجوب العتق به كما في المثال الذي ذكره
المصنف وهو يحتاج الى تقرير مسائل (الاولى) ان الزام الحاكم بالعتق بالقهر ان كان
مطابقاً لما في نفس الامر فهو ليس باكراه والعتق الصادر من المالك بالقهر المذكور صحيح
لانه قهر شرعي وانما يبطل التصرف بالاكراه اذا كان الاكراه غير شرعي فان كان شرعياً
في الظاهر وغير شرعي في نفس الامر لم يكن العتق صحيحاً في نفس الامر وان حكم به
الحاكم فاذا ظهر كون القهر غير شرعي في نفس الامر ظهر بطلان العتق (والثانية) انه
نذر عتقه ان كان قيده ناقصاً عن عشرة وعتقه ان حصل بضم الحاء المهملة وهو فعل ما لم
يسم فاعله من اي فاعل صدر ولومن غاصب وهكذا هو الاصل (الثالثة) ان الحاكم لا يأمر
بحل القيد بمجرد الحكم بوجوب العتق بل اذا وقع صيغة العتق الشرعية اما هو او
وكيله او الحاكم لو امتنع او غاب او مات من غير وارث بالغ قوله (فحكم بعتقه) اي بعد
ان الزم بالعتق فلما عتق احداً المذكورين حكم الحاكم بعتقه ثم امر بحل قيده ، قوله ينشأ
(من) ان الحكم يريد به هنا العتق فسمى المحكوم به حكماً مجازاً تسمية للشئ باسم متعلقه.

اذا تقرر ذلك (فنقول) شهادتهما الكاذبة سبب لحل القيد وحل القيد سبب
موجب لعتقه فانه بمجرد النذر لا يحصل الاسببية حل القيد للعتق لا للعتق نفسه فشهادتهما
الكاذبة سبب اتلافه وكلما اتلف شيئاً بسبب الشهادة الكاذبة ضمنا وعليه النص والاجماع
ولان سبب السبب موجب للضمان فان اوضاع الحجر في الطريق ظلماً اذا تعثر به غيره
فوقع في بئر حفرت ظلماً ضامن دون الحافر (وايضاً) فانه السبب الاول و قوله قدس الله
سره لو باشرا حله لم يضمن فهو اولى انما لم يضمن قيمة العبد لانهما سبب لوجوب العتق
عليه بجعله سبباً والاصل فيه حصول الثواب له على الله تعالى لانه فعل ما كلف به (لا يقال)

على الشهادة الكاذبة ، ولو حله اجنبى لم يضمن عالما كان بالنذر او جاهلا بنهائه المالك
اولا على اشكال ، ومال العبد لمولاه وان علم به حالة العتق ولم يستثنه على رأى اما
كيف يجامع عدم الضمان بالحل والضمان بالشهادة (لانا) نقول ان شهادة الزور يعاقب
عليها ولم يعاقب على الحل لتشديد الشارع فيها وفي عدم ضمانهما بالحل منع يأتى فى
حكم الاجنبى والاصح عندى انه لا ضمان عليهما .

قال قدس الله سره : ولو حله اجنبى (الى قوله) على اشكال .

اقول : انا حله اجنبى (فاما) ان يكون عالما بالنذر (اولا) وعلى كل تقدير (فاما)
ان يكون حله بامر المالك (او) مع نهي المالك (او) لامر امره ولامع نهييه فالمسائل
ست (الاولى) ان يكون عالما وامره المالك (الثانية) ان يكون جاهلا وامره المالك
ولاشك فى انه لا يضمن فى هاتين المسألتين قطعا (الثالثة) ان يكون عالما ونهائه المالك
فيحتمل هنا الضمان لان المتلف من اوجد السبب الموجب للتلف لامن جعله سببا والآ
لوصف بالقبح بل انما يوصف عند وصف التلف به فان من القى الغير الى النار لم يوصف
سببية النار بالقبح هنا بل انما يوصف باللقاء وهو فعل الملقى (ولانه) تصرف فى ملك
الغير بغير اذنه وحصل التلف بسببه فيضمن (ويحتمل) عدمه لان سبب العتق والنذر والحل
ليس بسبب عقلا ولا شرعا بنفسه (ولان) المالك يحصل له بالعتق الثواب الدائم ولو ضمنه
الغير لحصل للمالك العوض وزال باداء المال وليس كذلك (الرابعة) ان يكون جاهلا
ونهاه المالك والاشكال كما تقدم وجاهلا بالحكم لا يعذر فى حقوق الادمين (الخامسة)
ان يكون عالما ولا يوجد امر المالك ولا نهييه والاشكال كما تقدم والضمان فى الاولتين
اقوى (السادسة) ان يكون جاهلا ولا يامر المالك به ولا ينهائه (ووجه الاشكال ما تقدم)

قال قدس الله سره : ومال العبد لمولاه (الى قوله) على رأى .

اقول : البحث هنا فى مقامات ثلاثة (المقام الاول) ملك العبد (فنقول) هنا احكام
ثلاثة (الاول) ملك رقة المال لامستقراً (الثانى) ملك التصرف فى الجملة والثانى لازم
للاول دون العكس (الثالث) اباحة التصرف ، ولاشك فى حصول الثالث للعبد وعليه
اجماع المسلمين سواء كان من المولى او من غيره فينصرف تمليك المولى اياه الى هذا

مال المكاتب فله وان لم يعلم به المولى عند عتقه ، وعتق المريض يمضى من الثلث ان
 الثالث عند القائلين بمنع الاولين والخلاف في الاول والثاني فالشيخ ابو جعفر الطوسي
 رحمه الله تعالى في النهاية منع الحكم الاول واثبت الثاني فانه قال والعبد المملوك لا يملك
 شيئاً من الاموال مادام رقا فان ملكه مولاة شيئاً ملك التصرف فيه بجميع ما يريد وهو كذلك
 اذا فرض عليه ضريبة يؤديها اليه وما يفضل بعد ذلك يكون له جاز له ذلك فاذا ادى
 الى مولاة ضريبته كان له التصرف فيما بقي من المال وكذلك اذا اصيب العبد في نفسه
 بما يستحق به الارش كان له ذلك وحل له التصرف فيه وليس له رقبة المال على وجه من
 الوجوه فان تزوج من هذا المال او تسرى كان ذلك جائزاً وكذلك ان اشترى مملوكاً
 فاعتقه كان العتق ماضياً الا انه يكون سائبة لا يكون له مولاة ولا يجوز له ان يتوالى اليه
 لانه عبد لا يملك جريرة غيره وتبعه ابن البراج ومنعه شيخنا والدى رحمه الله تعالى هنا
 وفي اكثر كتبه وكذا ابن ادريس فانه قال (العبد لا يملك شيئاً) وهو الاقوى عندي لانه
 لاشيء من العبد بقادر على شيء من انواع الملك وكل من ملك شيئاً فهو قادر على شيء
 من انواع الملك فينتج لاشيء من العبد يملك شيئاً من انواع الملك وهو المطلوب (اما
 الاولى) فلقوله تعالى ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء (١) لانه تعالى جده
 ذكرها للمبالغة في نفى القدرة وانما يتم بعموم النفي لكل شيء واما قوله (عبداً)
 ان كان نكرة لكن المراد به العموم لان العلة صفة العبودية وكلما ثبت العلة ثبت المعلول
 (و لان) الامة بين قائلين قال (بعضهم) بان كل عبد يمكن ان يملك احد الثلاثة التي
 ذكرها الشيخ (وبعضهم) قال لا يمكن ان يملك عبداً شيئاً اصلاً والبتة فالقول بان عبداً
 يمكن ان يملك وعبد لا يمكن ان يملك قول ثالث باطل (لامتناع) احداث ثالث كما
 ثبت في الاصول (واما الثانية) فضرورية .

احتج الشيخ بعموم الاحاديث الدالة على اضافة الملك الى العبد (والجواب) الاضافة
 تصدق بادنئى ملابسة (وقال بعضهم) بيبوت الحكم الاول اعنى انه يملك الرقبة ويظهر من
 كلام الصدوق و ابن الجنيد فانهما اطلقا القول بان العبد يملك لما روى في الصحيح

من قول الصادق عليه السلام اذا أدى الى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك الحديث (١) ولغظة له حقيقة في الملك (ولانه) يصح صدقته من فاضل الضريبة بعين المال وكل من صحت صدقته بعين المال فهو مالك (ولانه) يصح عتقه من فاضل الضريبة وكل من صح عتقه فهو مالك ينتج ان العبد مالك (اما الصغرى) في الدليلين فلما روى في الصحيح من قول الصادق عليه السلام في جواب من سأله فما ترى المملوك ان يتصدق مما اكتسب ويعتق بعد الفريضة التي كان يؤديها الى سيده نعم واجيز ذلك له قال السائل وهو عمر بن يزيد قلت فان اعتق مملوكا مما اكتسب سوى الفريضة لمن يكون ولاء العتق فقال يذهب ويتولى من احب فاذا ضمن جريرته وعتقه كان مولاه وورثه قلت اليس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق فقال هذا سائبة لا يكون ولائه لعبد مثله قلت فان ضمن العبد الذي اعتقه جريرته وحدته أيلزم ذلك ويكون مولاه ويرثه فقال لا يجوز ذلك ولا يرث عبد حراً (٢) واعلم ان القائل بملكية الرقبة يصح منه القول بصحة عتقه واما الشيخ رحمه الله ففي قوله بصحة عتقه وانه لا يصح العتق الا من مالك الرقبة وان هذا لا يملك الرقبة تناقض ما لکنه رحمه الله اكبر قدراً من ذلك وهو اعلم بما قال منا وشيخنا والذى رحمه الله توقف في المختلف في هذه المسألة وهي ملك العبد نظراً الى هذه الرواية الصحيحة .

المقام الثاني في تبعية المال للعبد عند عتقه (فنقول) كل من منع ملك العبد للعين او التصرف قال لا يتبعه ماله ولا يحتاج الى استثنائه بل يكون للمولى ولا ينتقل الى العبد الا بعقد ناقل شرعا وهو اختيار والدى في هذا الكتاب وكثير من كتبه وابن ادريس وكل من قال بملك الرقبة والتصرف مطلقا فانه قال ان علم به حال العتق ولم يستثنه فهو للمملوك والافه للمولى ونص عليه الصدوق وابن الجنيد وابو الصلاح (واحتجوا) بما رواه زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سألته عن رجل اعتق عبداً له وللعبد مال

(١) ثل ب ٩ خبر ١ من ابواب بيع الحيوان .

(٢) ثل ب ٩ خبر ١ من ابواب بيع الحيوان .

مات في المرض وكان متبرعا ولو اشترى امة نسية فاعتقها وتزوجها ومات قبل الايفاء ولا تركة (قيل) بطل عتقه ونكاحه وترد على البايع رفاقان حملت كان الولد رقاً لرواية هشام بن سالم والاقرب عدم بطلان العتق وعدم رق الولد وتحمل الرواية على المريض

تتمة

اذا عمى العبد او جذم او اقعده او نكّل به مولاه عتق ولا ولاء لاحد عليه واذا اسلم المملوك في دار الحرب سابقا على مولاه وخرج اليها عتق واذا مات انسان وله وارث رقولا وارث له سواء دفعت قيمته من التركة واعتق .

لمن المال فقال ان كان يعلم ان له مالا تبعه ماله والافهوله (١) وقواه والذى في المختلف قال قول الشيخ قوى باعتبار الاحاديث الصحيحة الدالة عليه لكنه مشكل من حيث النظر ونحن في هذه المسألة من المتوقفين .

المقام الثالث في كيفية الاستثناء (نقول) على تقدير ان ماله له مع العلم وانّه لا يكون للمولى الا بالاستثناء هل يشترط تقديم الاستثناء على الحرية قال الشيخ نعم وقال والذى لا - واطلق الصدوق وابن الجنيد وابوالصلاح (احتج) الشيخ بمارواه حرير في الصحيح : قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه انت حرولى مالك قال لا يبدء بالحرية قبل المال يقول له لى مالك وانت حر برضا المملوك (٢) واحتج والذى المصنف بان الكلام لا يتم الا بآخره فلا فرق بين التقديم والتاخير (قلت) في الاستدلال بهذه الرواية نظر فانه شرط مع التقديم رضى المملوك والشيخ لم يقل به، والاقوى عندى قول الشيخ فان قوله انت حر موجب للتحرير فيقع الزائد بعد السبب الموجب ولهذه الدقيقة شرط المصنف في الشروط المشترطة في العقود ان يكون بين الايجاب والقبول .

قال قدس الله سره : ولو اشترى امة نسية فاعتقها وتزوجها الى آخره (٣)
اقول : قد تقدم ذكر هذه المسألة في كتاب النكاح وقررنا الخلاف فيها وتأويل الرواية .

(١) ثلث ٢٤ خبر ٢ من كتاب العتق .

(٢) ثلث ٢٤ خبر ٥ من كتاب العتق وفيه عن ابي جرير لاجريز .

(٣) كذا في نسخ الايضاح .

الفصل الثالث في خواصه وفيه مطالب

(الاول) السراية ، من اعتق شقفا مشاعا من عبدا وامة لهعتق عليه اجمع وان اعتق ، شقفا له من عبد مشترك قوم عليه باقيه وسرى العتق فيه اجمع بشروط اربعة (الف) ان يكون المعتق موسراً بان يكون مالكا قيمة نصيب الشريك فاضلا عن قوت

الفصل الثالث في خواصه

وفيه مطالب: الاول السراية

قاعدتان (الاولى) الخاصة وهي (اما مطلقة) وهي عرضي يثبت للشئ وينتفي عن كل ماسواه دائما (اواضافية) تثبت لشيئين وتنتفي عن ثالث فهي خاصة لكل منهما بالنسبة الى الثالث والى الاخر عرض عام فقوله قدس الله سره (في خواصه) يريد مطلق الخاصة ليعم المطلقة والاضافية وانما قدم السراية لانها عندنا خاصة مطلقة للعتق لا يشاركه فيها غيره (لان) معنى السراية عندى وعند المصنف كون الصيغة سببا موجبا لعتق الجزء الواقعة عليه ثم عتق الجزء سبب لعتق الباقي بعد اقتضاها ملكه ومن ثم قوم عليه وثبت له ولآئه في موضع ثبوته فالصيغة سبب السبب (وقيل) بالصيغة يقع عتق الكل معا اذ بول جزء منها يملك ملك الشريك وبكلاهما ينعق الكل وفيه قوة (فعلى هذا) يشاركه فيها الظهار على قول و سراية الاستيلاء مجازاً (القاعدة الثانية) السراية ثابتة بالسنة بالنص على حصة الشريك وبالاولوية في نصيبه قال النبي ﷺ من اعتق مشتركا له من عبد وله مال قوم عليه الباقي (١) فاذا كمل فالباقي لغيره فلان يكمل والباقي له اولى وفي رواية غياث بن ابراهيم الرازي عن الصادق عن الباقر عليه السلام ان رجلا اعتق بعض غلامه فقال على عليه السلام هو حر ليس لله شريك (٢) قال والدى نفى الشركة مشترك بين ان يكون

(١) سنن ابى داود (ج ٤) باب فيمن اعتق نصيبا الخ لكن لفظه هكذا من اعتق مملوكا بينه وبين آخر فعليه خلاصه (وفي باب فيمن روى انه لا يستعى) هكذا من اعتق شركا من مملوك له فعليه عتقه كله ان كان له ما يبلغ ثمنه وان لم يكن له مال اعتق نصيبه وفيه روايات بالفاظ آخر فلاحظ (٢) ثلث ٦٤ خبر ١ من كتاب العتق .

يومه وليله له ولعياله ودست ثوب وفي بيع مسكنه اشكال ولو كان معسراً عتق نصيبه خاصة وسعى العبد في فك باقيه بجميع السعي فليس لمولاه بنصيب الرقية شيء على اشكال ، ولو عجز العبد او امتنع من السعي كان له من نفسه بقدر ما عتق وللشريك ما بقي وكان العبد له او مشتركاً (اورد) وردان رجلا عتق شقصاله في مملوك فلم يضمّنه النبي ﷺ (١) (والجواب) انه محمول على المعسر جمعاً بين الاخبار .

قال قدس الله سره : وان عتق شقصاله (الى قوله) وفي بيع مسكنه اشكال

اقول : ليس المقصود من الموسر ان يعد من الاغنياء عرفاً بل المراد ان يملك من المال بقدر قيمة نصيب شريكه او بعضها فيقوم عليه ما يملك قيمته وان لم يملك غيره لعموم الخبر وبيع فيه ما يباع في الديون فيصرف فيه ما فضل عن قوت يوم وليله له وللمن يلزمه نفقته ودست ثوب (وهل) يباع مسكنه قال المصنف في هذا اشكال منشأ (عموم) الخبر الشامل لدار السكنى وغيرها فيعطى حينئذ اجرة مسكن يوم وليله (ومن) حيث انها لاتباع في الدين وهو الاقوى عندى .

قال قدس الله سره : ولو كان معسراً (الى قوله) على اشكال .

اقول : هنا مقدمات (الاولى) الاستسعاء قهرى (لان) نظر الشارع الى تكميل الحرية ولهذا عداه الى ملك الغير قهراً (ولما) رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام انه سئل عن رجلين كان بينهما عبد فاعتق احدها نصيبه الى قوله والّا استسعى العبد في النصف الاخر (٢) وصيغة استسعى دالة على قهره (الثانية) الكتابة والاستسعاء يتغايران فان الكتابة عقد بايجاب وقبول وعوض مقدر واجل واحد واكثر معلومين بالتراضي والاستسعاء ضمان ملك اتلف او وجد سبب تلفه على فاعله او قابله لانه له ومن ثم قدر العوض بالتراضي وفيه بالقيمة السوقية ووجب واستحبت واجل الوفاء بامكان الاداء ويقضى هولاهى التعجيل (٣) (الثالثة) الاستسعاء يشبه الكتابة المشروطة من وجه وهو

(١) سنن ابى داود (ج ٤) آخرباب (قيمن روى انه لا يستسعى) وفيه بدل قوله شقصاله نصيباً

(٢) ثلث ١٨ خبر ٢ من كتاب العتق .

(٣) اى الاستسعاء يقضى التعجيل والكتابة لاتقتضيه .

الكسب بينهما والنفقة والبطرية عليهما فانها ياه مولاه صح وتناولت المهابة المعتاد والنادر كالصيد والالتقاط ، ولو كان موسراً ببعض الحصة قوم عليه بقدر ما يملكه وكان حكم الباقي حكم مالو كان معسراً والمديون بقدر ماله معسراً ، والمريض معسر في ما زاد على الثلث والميت معسر مطلقاً ولو ايسر بعد العتق لم يتغير الحكم .

استقرار الملك وعجز العبد والمطلقة من وجه وهو عتق ما قابل المدفوع منه (الرابعة) المعنى المشترك بين الكتابة والاستسعاء فك العبد رقبته من الرقبة بمسال من كسبه ، ويفترقان فيما ذكرناه وفي ان الاستسعاء مسبوق بعتق شقص لا يتحقق ذلك في الكتابة . وانما لم يذكر المصنف هذه الاحكام لظهورها وذكر حكماً آخر - اختلف الفقهاء في انه هل هو مشترك بينهما او هو من خصائص الكتابة وذلك الحكم انه هل يفك بكل الكسب ان احتيج او بما قابل ما نعتق منه لانه ملكه يصرف في فك رقبته فهو له في الحقيقة (يحتمل) الاول (لما) رواه القاسم بن محمد عن علي بن الصادق عليه السلام قال سألته عن مملوك بين اناس فاعتق احدهم نصيبه قال يقوم قيمته ثم يستسعى فيما بقى وليس للآخر ان يستخدمه ولا يأخذ منه الضريبة (١) وهذا لاحد الامرين (اما) لانه عتق باعاقه اى بالصيغة (او) لزوال تصرفه عنه وعن كسبه كالمكاتب ، واياً ما كان صرف جميع السعى فيه (ويبدل) على التحرير بنفس الاعتاق رواية غياث بن ابراهيم الرازى عن الصادق عليه السلام عن ابيه ان رجلاً اعتق بعض غلامه فقال علي عليه السلام هو حر وليس لله شريك (٢) وترك الاستفصال منع قيام الاحتمال يدل على العموم في المقال (وفي السند) ضعف .

ويبدل على انقطاع تصرفه عنه بالكلية ما رواه سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام قال سألته عن المملوك يكون بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه قال ان ذلك فساد على اصحابه لا يستطيعون بيعه ولا مواجرته قال فيقوم قيمته فيجعل على الذى اعتقه عقوبة وانما جعل ذلك لما افسده (٣) فهذا يدل على انقطاع تصرف الشريك عن حصته (ويبدل) على انه

- (١) ثل ب ١٨ خبر ١١ من كتاب العتق .
- (٢) ثل ب ٦٤ خبر ١ من كتاب العتق .
- (٣) ثل ب ١٨ خبر ١٠ من كتاب العتق .

(وقيل) ان قصد الاضرار فكه ان كان موسراً وبطل عتقه ان كان معسراً وان قصد القربة لم يقوم عليه وان كان موسراً بل يستسعى العبد في قيمة الباقي (وقيل) مع اعساره بكل السعي . ولرواية الحلبي الحسنة عن الصادق عليه السلام المتقدمة من (قوله عليه السلام والآ استسعى العبد في النصف الاخر) فلولم يكن بكل السعي ازم تاخير البيان عن وقت الحاجة لانه سئل عما وقع (ويحتمل) قويا (الثاني) لان المامور بالقك بالسعي العبد فيكون في ماله الحاصل بقدر الحرية (ولانه) لو كان بكل السعي ازم عتق بعض حصة الشريك عليه مجانا بغير عوض (لان) كسب العبد لمولاه اجماعا فاذا ادى عوضا عن ماله من ماله يكون في الحقيقة كلا عوض ولهدا عدوا الكتابة في التبرعات وجعلها من الثلث بعض من جعل التبرعات من الثلث .

فائدة

السراية انما تحقق في الاشخاص لافي الاشخاص فاذا عتق الحامل تبعها الحمل عند الشيخ كالبيع لكن في البيع يصح استثنائه وفي العتق لا يصح الا بطريق السراية فانه لو افترقا في الملك لم يسر، ولو اشترك بين مالك الام وغيره تبعت حصة مالك الام في العتق وسرى الى نصف الاخر.

قال قدس الله سره : وقيل ان قصد الاضرار (الى قوله) في الباقي .

اقول: الكلام هنا في مسألتين (الاولى) في عتق الشريك الموسر (فنقول) شرط الشيخ في التقويم على الموسر ان يقصد المعتق بالعتق الاضرار بشريكه قال وان قصد القربة لم يقوم عليه بل يستحب له فان لم يفعل يستسعى العبد في قيمة الباقي ولم يكن لصاحبه الذي يملك ما بقي منه استخدامه ولاله عليه ضريبة بل له ان يستسعيه فيما بقي من ثمنه فان امتنع العبد من السعي في فك رقبتة كان له من كسبه قدر ما عتق ولمولاه قدر ما بقي (احتج) الشيخ على التقويم اذا قصد الاضرار وعدمه عند عدده بل يسعى العبد فيه (بما) رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام انه سئل عن رجلين كان بينهما عبد فاعتق احدهما نصيبه فقال ان كان مضارا كلف أن يعتقه كلفوا الا استسعى العبد في النصف الاخر (١).

(١) ثلث ١٨ خبر ٢ من كتاب العتق .

يستقر الرق في الباقي (ب) ان يعتق باختياره سواء كان يبيع او اتهاب أو غيرهما ولو وورث

(واعترض) ابن ادريس على الشيخ بالتزام التناقض في اشتراط قصد القرية بالعتق في صحته وصحته ان اقصده المزارعة قال وعدم لزوم الشراء في قصد القرية وثبوته في قصد المضارة غير واضح ولا مستقيم (اجاب) والذي المراد بالاضرار هنا تقويمه على الشريك قهراً ومنع المالك عن ملكه والرواية دالة عليه وهو حكم شرعى لازم على تقديرى قصد الاضرار وقصد القرية ، ومراد الشيخ قصده مع قصد القرية لا بمحض العتق له خاصة فقصد الحكم الشرعى بالسبب الشرعى اللازم من السبب مع قصد القرية لا يبطل .

(الثانية) الكلام في عتق المعسر نصيبه وفيه اقوال ثلاثة (احدها) انه يستسعى العبد فيه وهو اختيار المرتضى ، والصدوق ، وهو المشهور بين الاصحاب (لما) رواه محمد بن قيس في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال من كان شريكاً في عبد أو أمة قليل أو كثير فاعتق حصته وله سعة فليشتره من صاحبه فيعتقه كله وان لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم اعتق منه ما اعتق ثم يسعى العبد في حساب ما بقي حتى يعتق (١) (وثانيها) انه يستقر الرق على الباقي وهو اختيار الشيخ في المبسوط (لما) رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام في جارية كانت بين اثنين فاعتق احدهما نصيبه قال ان كان موسراً كاف ان يضمن و ان كان معسراً خدمت بالحصص (٢) (وثالثها) انه ان كان قصد الاضرار بطل العتق وان قصد القرية استسعى العبد في فك رقبة و ان امتنع العبد من السعى كان له من نفسه قدر ما اعتق ولم يولد الباقي وهو اختيار الشيخ في النهاية لرواية محمد عن ابي عبد الله عليه السلام قال و ان اعتق الشريك مضاراً و هو معسر فلاعتق له (لانه) اراد ان يفسد على القوم فيرجع القوم على حصتهم (٣) (والجواب) الحمل على قصد الاضرار خاصة دون التقرب جمعاً بين الاخبار .

قال قدس الله سره : (ب) ان يسعى باختياره (الى قوله) على رأى .

(١) ثل ب ١٨ خبر ٣ من كتاب العتق .

(٢) ثل ب ١٨ خبر ٧ من كتاب العتق .

(٣) ثل ب ١٨ خبر ١٣ من كتاب العتق

شقصا من ابيه لم يقوّم عليه على رأى ولواتهيب او اشترى سرى ، ولو قبل الولي هبة اب
الطفل عنه انعتق ولو قبل هبة البعض انعتق البعض وفي التقويم اشكال ينشأ (من) ان قبول
الولي كقبوله كالوكيل (ومن) دخوله في ملكه بغير اختياره (فان قلنا) بوجوب التقويم لم
يكن للولي قبوله للضرر ، وكذا لا تقبل الوصية ولا الهبة مع الضرر كما لو اوصى له بآبيه
الفقير العاجز ، ولو كان الطفل او المعنون معسرا جازان يقبل الولي هبة الشقص (ج) ان
لا يتعلق بمحل السراية حق لازم كالوقف .

والاقرب السراية في الرهن والكتابة والاستيلاء والتدبير ولو اعتقا دفعة لم تقوم

اقول: عتق الشقص (اما) ان يكون مباشرة بالصيغة وهذا قدمضى حكمه و(اما)

بالسبب وهو ملك القريب (فاما) ان يكون اختيارا او اضطراراً فالاول كسراء الشقص
او اتهايه او الصلح او الاصداق او غير ذلك ، الحق انه ينعتق عليه وهو اختيار الشيخ في
المبسوط وابن البراج وان كان قد خالف فيه شواذ ، والاصل فيه ان القدرة على السبب
(هل) هي قدرة على المسبب وفاعل السبب (هل) هو فاعل المسبب ام لا - اختلف المتكلمون
فيه واختار المصنف ان فاعل السبب هو فاعل المسبب والقادر عليه قادر عليه فلذلك
حكمم بالتقويم (والثاني) كأن يرث شقصا من ابيه او اخته وقد اختلف الاصحاب فيه على
قولين (احدهما) يسرى على الموسر اختاره الشيخ في الخلاف قال لاجماع الفرقه واخبارهم
وقال في المبسوط لا يسرى على الموسر وهو اختيار ابن البراج (لان) العتق ليس هو من
فعله واتفق الكل على انه لا يسرى على المعسر .

قال قدس الله سره : ولو قبل الولي (الى قوله) اختياره .

اقول: الاصح عندي الثاني .

قال قدس الله سره : والاقرب السراية (الى قوله) والتدبير .

اقول: وجه القرب ان حق المرتبهن ليس اقوى من ملكه لو كان مالكا وهو لا يمنع

السراية فالاولى ان يمنع الاضعف والكتابة تؤل الى العتق فلا تصلح ان تكون مانعة

لهوكذا الاستيلاء واما التدبير فضعيف كالوصية لا تمنع والحق عندي السراية لعموم الاخبار

المتقدمة وما روى عن النبي ﷺ ان رجلا اعتق شقصا من مملوك له فجاز النبي ﷺ

حصه احدهما على الآخر، ولو ترتب فكذلك ان شرطنا الاداء او كان الاول معسراً (د) تمكن العتق من نصيبه اولا فلواعتق نصيب شريكه كان باطلا ولواعتق نصف العبد انصرف الى نصيبه ولزم التقويم . ولواعتق الجميع صح ولزمه القيمة ، ومع الشرايط هل يعتق اجمع باللفظ او بالاداء او يكون مراعى فان ادعى بان العتق من وقت ايقاعه وان لم يؤد بان استقرار الملك فى نصيب شريكه لما لكه اشكال ويتفرع على ذلك مسائل (الف) للشريك عتق حصته قبل الاداء ان شرطناه والا فلا وليس له التصرف فيه بغير العتق على القولين (ب) تثبت الحرية فى الجميع قبل الاداء ان لم نشرطه فترثه او رثته فان فقدت فالعتق ولاشئ للشريك سوى القيمة وتثبت احكام الحرية من وجوب كمال الحد وغيره (ج) لو لم يؤد القيمة حتى افلس عتق العبد اجمع وكانت القيمة فى ذمته يضرب بها الشريك مع الغرماء ان لم نشرط الاداء والاعتق النصيب خاصة .

عتقه وقال ليس لله شريك (١) (ويحتمل) فى الرهن عدم السراية لتعلق حق الغير به حقا لازما وفى الكتابة للرومها وعدم صحة النقل فيها وفى الاستيلاء الى الغير وفى التدبير من حيث انه كالعق المعلق والاصح عندى الاول فى الكل ولا اعتبار بهذا الاحتمال خصوصا فى التدبير .

قال قيس الله سره : ومع الشرائط هل يعتق (الى قوله) اشكال .

اقول : لما اثبت تكميل العتق بالسراية بحث هنا عن كيفية التكميل (وتقريره) ان نقول اذا اضاف العتق الى الجزء الشايع هل يعتق الجميع بالاعتاق اعنى بالصيغة بلا توقف فى الحكم به او باداء القيمة الى الشريك جزما او يكون عند ايقاع العتق مراعى والاداء كاشف فاذا ادعى المعتق قيمة نصيب شريكه ظهر لنا انه انعتق بالاعتاق وان لم يؤد حتى مات احدهما او اعسر المعتق ظهر لنا ان نصيب الشريك لم يعتق بل هو باق على ملك مالكه ، فيه للاصحاب اقوال ثلاثة (الاول) وهو الاول من هذه قول ابن ادريس (الثانى) وهو الثانى من هذه الاحتمالات وهو قول المفيد (الثالث) وهو الثالث من هذه وهو قول الشيخ فى المبسوط واستشكل المصنف قدس الله سره هذه المسألة .

(د) لو اعتق حاملا فلم يؤد القيمة حتى وضعت فليس على المعتق الا قيمتها حين العتق وان شرطنا الاداء قوم الولد ايضا ان قلنا بالسراية في الحمل (هـ) لومات العبد قبل الاداء مات حراً وعليه القيمة ان لم نشترط الاداء والالم يلزمه شيء (و) لو ادعى ان شريكه اغتق نصيبه موسراً فانكر حلف وكان نصيب المنكر رقياً ونصيب المدعى حراً مجاناً ولو شرطنا الاداء بقى رقياً ايضا ولو نكل استحق المدعى باليمين المردودة قيمة نصيبه ولم يعتق نصيب المدعى عليه .

(احتج) الاولون بوجوه (الاول) رواية غياث بن ابراهيم المتقدمة حيث قال عنه في جواب ان رجلا اغتق بعض غلامه هو حر (١) الثاني ماروى عن النبي ﷺ انه قال اذا كان العبد بين اثنين فاعتق احدهما نصيبه وكان له مال فقد عتق كله (٢) عقب عتق النصيب بعق الكل بلا فصل (قد) للتحقيق فلا يتوقف على غيره ويروى (فهو حر كله) (ويروى من اغتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ قيمة العبد فهو عتيق) (٣) (الثالث) الخبر دال على ان يساره بالقيمة قائم مقام ملكه للباقي في السراية فيعتق باللفظ (الرابع) مارواه سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام انه قال افسد على صاحبه رقه (٤) وهو دال على الافساد بالاعتاق ومعنى الافساد العدم (احتج) القائلون بالثاني برواية محمد بن قيس الصحيحة عن الباقر عليه السلام قال من كان شريكاً في عبد او أمة قليل او كثير فاعتق حصته وله سعة فليشتره من صاحبه فيعتقه كله (٥) (واحتج) القائلون بالثالث بانه جمع بين الاخبار وعندى في هذه المسألة توقف.

قال قدس الله سره: لو اعتق حاملا (الى قوله) في الحمل.

اقول: قوله ان قلنا بالسراية في الحمل مجاز والمراد به ان قلنا بتبعية الحمل

- (١) ثلث ٦٤ خبر ١ من كتاب العتق .
- (٢) سنن ابى داود ج ٤ (باب فيمن روى انه لا يستعى) ولفظ الحديث هكذا من اغتق شركاً من مملوك له فعليه عتقه كله وان كان له ما يبلغ ثمنه وان لم يكن له مال عتق نصيبه .
- (٣) سنن ابى داود ج ٤ في هذا الباب ايضا وكذا خبر ٢ .
- (٤) ثلث ١٨ خبر ١٠ من كتاب العتق والخبر منقول الى المعنى .
- (٥) ثلث ١٨ خبر ٣ من كتاب العتق .

خاتمة

تعتبر القيمة يوم العتق ولومات اخذت من تركته ان لم نشترط الاداء ولوهرب
اوافلس اخر حتى يرجع اويوسر وتؤخذ القيمة ، ولو اختلفا في القيمة قدّم قول المعتق
مع يمينه (وقيل) الشريك لانه ينتزع منه ولو ادعى صناعة تزيد قيمته قدّم قول المعتق قطعاً
الا ان يكون العبد محسناً لها ولم يمض زمان يمكن تعلمه فيه فيقدم قول الشريك وان مضى
زمان احتمال قويا تقديم قول المعتق لاصالة البرائة وقول الشريك لاصالة عدم التجدد ،

للحامل في العتق كما قاله الشيخ رحمه الله (واحتج) على التبعية بما رواه السكوني عن
الصادق عن الباقر عليهما السلام في رجل اعتق امة وهي حبلى فاستثنى ما في بطنها قال الام
حرة وما في بطنها حر لان ما في بطنها منها (١) والجواب في السند ضعف - قال المصنف
قدس الله سره فعلى قول الشيخ لما اعتق نصف الحامل مثلاً تبعه نصف الحمل ثم يسرى
الى النصف الآخر فيقوم عليه والبحث في عتقه كالاصل هذا لفظ المصنف في درسه.

قال قدس الله سره : ولو اختلفا في القيمة (الى قوله) ينتزع منه.

اقول : تقديم قول المعتق اختيار المصنف وابن الجنيد لاصالة البرائة كما لو اختلف

الغاصب بعد تلف المغصوب والمغصوب منه في القيمة فالمصدق الغارم مع يمينه وكذا الجاني
وتقديم قول الشريك اختيار بعض الاصحاب ويظهر من كلام الشيخ في المبسوط لان المعتق
تملك عليه قهراً فيصدق المتملك عليه كما لو اختلف الشفيع مع المشتري في الثمن الماخوذ
(والتحقيق) ان مبنى هذه المسألة على ان السراية هل تتعجل بنفس الاعتاق او تتأخر
الى الاداء (فان قلنا) بالاول فالمعتق متلف لحصة شريكه فيصدق لانه غارم كالتلف
وعليه الرواية (وان قلنا) بالثاني فالمصدق الشريك لان ملكه باق ومال المسلم معصوم
فلا ينتزع عنه الا بما يقوله فان الاصل ان لا يستحق ملك الانسان الا بعوض يختاره .

قال قدس الله سره : ولو ادعى صناعة (الى قوله) عدم التجدد.

(١) ثلث ٧٠ خبر ١ من كتاب العتق .

ولو اختلفا في عيب قدم قول الشريك مع يمينه ولو كان موجوداً واختلفا في تجدده (احتمل) تقديم قول المعتق لاصالة البرائة وعدم التجدد (قول الشريك) لاصالة برائته من العيب حين الاعتاق ولو اعتق اثنان دفعة قوم مت حصه الثالث عليهما بالسوية اختلفت حصتهما او اتفقت ولو كان احدهما معسراً قوم على الموسر، ولو كان معسراً بالبعض قوم عليه بقدر ما يملكه وعلى الاخر بالباقي والولاء على قدر العتق ولا فرق بين ان يكون الشريك كان مسلمين او كافرين او كان المعتق كافراً ان سوغنا عتق الكافر او بالتفريق ولو اوصى بعتق بعض عبده او بعتقه وليس له سواء لم يقوم على الورثة باقيه وكذا لو اعتقه عند موته اعتق من الثلث ولم يقوم عليه والاعتبار بقيمة الموصى به (بعته - خ ل) بعد الوفاة وبالمنجز عند الاعتاق والاعتبار في قيمة التركة باقل الامرين من حين الوفاة الى حين قبض الوارث لان التالف بعد الوفاة غير معتبر والزيادة نمت على ملك الوارث .

اقول: قوله لاصالة عدم التجدد (فيه نظر) (١) لان اصل عدم التجدد يستدل به على استمرار العدم لاعلى تقدم الوجود لان اصل العدم ينافيه ولا يصح الاستدلال به على استمرار العدم هنا لان الاصل اذا ثبت خلافه لم يبق حجة ويمكن ان يقال ان هذا اختلاف في قدر القيمة كما في الصورة السابقة (فان قلنا) بتقديم قول الشريك قدم هنا ولا اعتبار بذكر السبب (وان قلنا) بتقديم قول المعتق قدم هنا وهو الاقوى (لان) الاصل عدم سبق الصنعة التي يدعيها الشريك وبرائة نهته عن الزيادة .

قال قدس الله سره : ولو اختلفا في عيب (الى قوله) حين الاعتاق.

اقول: قوله وعدم التجدد (فيه نظر) لما تقدم (ولان) الحكم بوجود الحادث في زمان سابق بمجرد وجوده في الزمان المتأخر غير صحيح فان الوجود في الزمان السابق يصلح دليلاً على الوجود في الزمان المتأخر اما العكس فلا ولهذا قال المصنف (قيل وعدم التجدد) فانه استضعفه والاقوى عندي تقديم قول الشريك .

(١) فيه دلالة على عدم حجية الاصل المثبت ولو على القول بحجية الاستصحاب من باب العقل كما هو مختار القدماء ومنهم العلامة وولده قدهما فما هو المعروف بين متأخري المتأخرين من ابتناء الحجية وعدمها على كونه حجة من باب العقل او من باب الاخبار فيه ما لا يخفى :

ولو ادعى كل من الشريكين الموسرين على صاحبه عتق نصيبه حلفا واستقر الرق بينهما (ان قلنا) انه ينعتق بالاداء (وان قلنا) بالاعتاق عتق ولو كانا معسرين عدلين فللعبد ان يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً او يحلف مع احدهما ويصير نصفه حراً ولو كان احدهما عدلاً كان له ان يحلف معه و على ما اخترناه من الاستسعاء خرج نصيب كل منهما عن يده فيخرج العبد كله ويستسعى في قيمته لاعتراف كل منهما بذلك في نصيبه .

قال قدس الله سره : ولو ادعى كل من الشريكين (الى قوله) نصفه حراً .

اقول : هذا قول بعض الفقهاء نقله المصنف (ويرد) عليه ان العتق لا يثبت بالشاهد واليمين نص عليه الفقهاء والمصنف قدس الله سره ذكر ذلك في كتاب القضاء في الفصل الخامس في اليمين والشاهد فانه قال ولا يثبت الخلع والطلاق والرجعة والعتق بالشاهد واليمين (واحتج) القائل بالشاهد واليمين هنا بأنه يدعى الحيلولة بينه وبين المولى واستحقاقه لكسبه بقدر نصيبه ومنفعته والاقوى عندي انه لا يمين هنا و على هذا القول لو كان الشريك المدعى عليه موسراً (هل) يحلف الشريك المدعى مع نكول المدعى عليه الاقوى ذلك لان على القول بالسراية بنفس العتق هو اتلاف لحصه الشريك وعليه دلت رواية سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام (١) وغيرها من الاخبار الصحيحة (او نقول) ينتقل الملك الى المعتق ويستحق الشريك قيمته وعلى الاداء هو معاوضة مالية لانه بيع ضمنى يتبعه العتق والاصح انه لا يحلف على كل تقدير ، والفرق بينه وبين الكتابة ان الكتابة توجب المال اولاً ثم يتبعه عتق الكل والبعض والاداء هنا تابع للعتق وفرق بينه وبين دعوى اشتراط العتق في البيع لان العتق هنا تابع للبيع والاقوى عندي ان لا يحلف في الكل .

فائدة

انما قيد بقوله معسرين عدلين (لان) اعتاق المعسر لا يوجب التقديم على شريكه ولا يثبت في نعمته ما لا ولا يوجب عند يسار ، فعلى هذا بنى المصنف هذا الكلام وانما اوجب سعى العبد عليه والعبد مقربه فحينئذ لا تكون هذه دعوى على الشريك بل لا

(١) وقد تقدم ذكر محلها .

وان اشترى احدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر الى النصف الذي كان له ولا يثبت له عليه ولاء ولو اكدب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه منه لم يقبل (اما) الولاة فله لان على العبد ولاء لا يدعيه سواه (وفيه اشكال) اقر به انتفاء الولاة عنه اذ ليس هو المعتق نعم يثبت له المال لاعتراف البايع له بالاستحقاق فلومات قبل العبد ورث العبد وارث المال لا الولاة فان اكدب البايع نفسه بعد اكداب المشتري

دعوى حقيقة اصلا .

قال قدس الله سره : وان اشترى احدهما (الى قوله) لا الولاة .

اقول: هذه فروع على ان الشريكين المعسرين اذا ادعى كل منهما على الاخر عتق نصيبه ثم اشترى احدهما نصيب صاحبه اعتق عليه ومراده بقوله اشترى الاقتداء من جهة المشتري ظاهراً وهو بيع من جهة البايع فقوله اشترى مجاز ، ومعنى قوله (اعتق عليه) انه يحكم عليه باقراره ظاهراً بعتقه والضمير في قوله عتق راجع الى النصيب الذي ابتاعه قوله (ولم يسر الى آخره) وذلك لان المباشر معسر والمقر ليس بمباشر للعتق بل هو مخبر عنه وعلل بانه عتق قهري (لان) سببه عتق الشريك المعسر كما لو ورث بعض قريبه والمسألة فرع على ان العتق من المعسر لا يجوز نصيب الشريك بل هو قبل السعاية مملوك . قوله (ولا يثبت له عليه ولاء) لانه ليس بمباشر لكن الحق عندي انه لومات ولا وارث له بالنسب فللمقر ان يأخذ منه قدر الثمن الذي دفعه لان البايع يزعم انه للمقر بالملك وهو يزعم انه للبايع بالولاة فقد ظفر لمن ظلمه بمال وتعذر الاستيفاء بحكم الحاكم فله ان يأخذ منه بقدره قوله (ولو اكدب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه منه لم يقبل منه) لمنافاة هذه الدعوى اقراره (قيل) والولاة له لان عليه ولاء لا يدعيه سواه و(لان) البايع يزعم ان ماله له وانكره هو ذلك ثم رجع في انكاره وادعى المال فيقبل كما لو قال ذواليد هذا المال لزيد فكذب بزيد ثم رجع وادعاه والغاية القصوى من الولاة المال وهذا (فيه نظر) لان المال تابع للولاة وهو في حالتى اقراره وانكاره منكر للولاة فكيف يحكم انه له ولانه ليس بمعتق ولا وارث للمعتق ولا يرث بالولاة الا احدهما ولا يقبل النقل بغير الارث (فقوله الولاة له) مدخول لكن يثبت له المال لانه مدع له

قدّم قول البايع ولو اشترى كل منهما نصيب صاحبه عتق اجمع ، ولاولاء لاحدهما عليه فان اعتق كل منهما ما اشتراه ثم اكذب نفسه في شهادته ثبت الولاة ، ولو اقر كل منهما بانه كان قد اعتق وصدق الاخر في شهادته بطل البيعان ولكل منهما الولاة على نصفه . ولو كان احدهما معسراً والآخر موسراً عتق نصيب المعسر وحده ان لم نشترط الاداء ولا تقبل شهادة المعسر عليه ويحلف الموسر ويبرء من القيمة والعتق معا ولاولاء لاحدهما في نصيب المعسر ، ولو اقام العبد شاهداً حلف معه وعتق نصيب الموسر ولو اعتق المعسر من الثلاثة نصيبه تحرر واستقررق الاخرين ان لم نقل بالاستسعاء فان اعتق الثاني نصيبه وكان موسراً سرى في حصة الثالث وكان ثلثا الولاة للثاني واذا دفع المعتق قيمة نصيب شريكه عتق بعد الدفع ليقع العتق عن ملك ان قلنا ينعتق بالاداء وكذا اذا دفع قيمة باقى قريبه ، ولو استسعى العبد ثم ايسر المعتق فلا رجوع للعبد عليه اما لو ايسر قبل الدفع فانه يضمن القيمة .

وعلى ما اخترناه من السعاية الاقرب انه قبلها مملوك في حصة الشريك (ويحتمل) ان يكون حراً والمال في ذمته فاذا مات اخذ مولاه بقية السعاية (وعلى الاول) يرث والبايع يصدقه والمال لا يخرج عنهما و(يتفرع على ذلك) انه لو مات المولى قبل العبد ورث مال العبد وارث المولى اعنى وارث المال لا وارث الولاة فيدخل الزوج والزوجة والبنات ومن لا يرث الولاة ككلاله الام فعلى ما اخترناه يرث وارث المال بقدر ما دفعه مورثه من الثمن والباقي لا يدعيه احد ويسلم الى الحاكم ليتصدق به وعلى عبارة المصنف يرث وارث المال جميع تركة العبد لاعتراف البايع باستحقاقه له .

قال قدس الله سره : ولو كان احدهما معسراً الى آخره .

اقول : هذا قسم من قسيم (اقسام - خ) قوله (ولو ادعى كل واحد من الشريكين الموسرين على صاحبه عتق نصيبه) اذ قسيمه ان لا يكونا موسرين وله قسمان (احدهما) ان يكونا معسرين وقد مضى وهذا الآخر فقوله (ولو كان احدهما معسراً) اخت لقوله ولو كانا معسرين .

قال قدس الله سره : وعلى ما اخترناه من السراية (الى قوله) بقدر الرقية

بقدر الرقية والساعي كالمكاتبة المطلقة وينعتق بقدر ما يؤدي فاذا اثبتنا السعاية فانه يستسعى حين اعتقه الاول فاذا اعتق الثاني لم يصح ان قلنا بتحريره بالاول، والآصح ولا سعاية عليه ولو اعتق المعسر حصّة فهاياه الثاني او قاسمه كسبه ثم مات العبد وفي يده مال لم يكن للمالك فيه شيء لانه حصل بجزئه الحر ، ولو كان له نصف عبيد متساوين ولا يملك غيرهما فاعتق احدهما سرى الى نصيب شريكه (لانه) موسر بالنصف من الاخر فان اعتق الاخر عتق (لان) وجوب القيمة لا يمنع عتقه ولم يسر لانه معسر ولو اعتق الثاني في مرضه لم يصح لان عليه ديننا .

اقول: وجه القرب رواية محمد بن قيس الصحيحة عن الصادق عليه السلام قال من كان شريكاً في عبدا وامة قليل او كثير فاعتق حصته وله سعة فليشتره من صاحبه فيعتقه كله وان لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم اعتق منه ما اعتق ثم يسعى العبد في حساب ما بقي حتى يعتق (١) جعل العتق بعد السعي فيما بقي والمراد بعد الاداء وهو ظاهر ولما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام في جارية كانت بين اثنين فاعتق احدهما نصيبه قال ان كان موسراً كلف ان يضمن وان كان معسراً خدمت بالحصص (٢) ووجه احتمال الحرية الرواية المتقدمة عن غياث بن ابراهيم في قوله ليس لله شريك .

المطلب الثاني في عتق القرابة

مقدمة الابوة وان علت كالجدودة والبنوة وان نزلت كولد الولد موجبان للعتق على احد المتضايقين منهما اذا استرق مضايغه (قال الله تعالى) و ما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا الاية (٣) وقال تعالى وقالوا اتخذوا الرحمن ولداً سبحانه بل عباده مكرمون (٤) دل على منافية الولادة والعبودية وتحرير الانثى نسبا اورضاعاً يوجب اعتاقهما اذا ملكها من حرمت عليه بذلك اجماعاً .

(١) ثلث ١٨ خبر ٣ من كتاب العتق .

(٢) ثلث ١٨ خبر ٧ من كتاب العتق (٣) مريم ٩٢

(٤) البقرة ١١٦ .

المطلب الثاني عتق القرابة

فمن ملك احد ابعاذه (١) اعنى اصوله وفروعه عتق عليه سواء دخل في ملكه باختياره او بغير اختياره وسواء كان المالك رجلا او امرأة وكذا لو ملك الرجل احدى المحرمات عليه نسبا اورضاعا ولا ينعق على المرأة سوى العمودين ، ولو ملك احد هما من الرضاع من ينعق عايه لو كان نسبا عتق عليه ويثبت العتق حين يتحقق الملك ومن ينعق عليه بالملك كله ينعق بعهه لو ملك ذلك البعض ولا يقوم عليه لو كان معسراً ولا مع يساره لو ملكه بغير اختياره ولو ملكه مختاراً موسراً فالاقرب التقويم وهل يقوم اختيار الوكيل او اختياره جاهلين مقام اختياره عالماً (فيه نظر) .

قال قدس الله سره : ولو ملك احدهما (الى قوله) فالاقرب التقويم .
اقول : قوله (احدهما) الضمير راجع الى الرجل والمرأة اذا عرفت ذلك (فنقول)
 قال الشيخ في المبسوط يقوم عليه واختاره المصنف لان تملكه اختياراً سبب موجب للعتق فكان كتلفظه بالصيغة لتساويهما بالسببية وليس بقياس بل هو تمثيل (لان) العلة دخوله تحت قوله من اعتق لانه يصدق حقيقة على من فعل اختياراً السبب الموجب للعتق (ويحتمل) العدم لانه انما اختار الملك لا العتق لان ارادة الشيء تستلزم كراهة ضده وليس الملك علة موجبة للعتق لتضادهما بل الشارع حكم بالعتق بعد الملك فالملك علامة والحق الاول (والتحقيق) انه ان كانت القدرة على السبب قدرة على المسبب قوم وكذا ان قلنا ان الفعل ينسب الى من صدر منه لا بقدرة بانه فعل فعلا وهو فاعل فان فاعل السبب هو فاعل المسبب قوم ايضاً فهذه المسألة واشباهها ترجع الى هاتين القاعدتين .
قال قدس الله سره : وهل يقوم اختياراً (الى قوله) فيه نظر .

اقول : هنا مسثلتان (الاولى) لو اشترى الوكيل بعض من ينعق على موكله جاهلاً بالنسب فالكلام هنا في موضعين (احدهما) هل يصح هذا الشراء ام يتوقف على اجازة المالك (فيه نظر) ينشأ (من) اطلاق الموكل الاذن في شراء مملوك وهذا مملوك فيصح الشراء (ومن) حيث ان الظاهر ان الموكل انما اذنه في شراء مملوك يستقر ملكه عليه (١) اطلق الابعاض على الابوين مجازاً واستعمل الابعاض في الاولاد واولاد الاولاد وان نزلوا حقيقة .

ولو اوصى له ببعض ولده فمات قبل القبول فقبله اخوه له سرى على الميت ان خرج من الثلث فكأنه قبل في الحياة، ولو اوصى له ببعض ابن اخيه فمات فقبل اخوه له لم يقوم على الاخ لان

وهذا ليس كذلك ففيه اتلاف المال لانه في مقابل ملك لا يستقر ويجاب نفقة ان كان ممن تجب نفقته فيقف على الاجازة ويتفرع على ذلك العتق فمتى صح الشراء انعتق فصحة الشراء و العتق هنا متلازمان . والاقوى عندي انه لا يصح الشراء الا اذا تضمنت وكالته شراء النسيب الذي ينعتق على الموكل (وثانيتها) على القول بعتقه (هل) يقوم عليه الباقي ام لا (فيه نظر) وجه النظر من انه ملك بعض قريبه بسبب اختياري لانه من وكيله وافعاله منسوبة الى اختيار موكله والالم بصح (ومن) حيث انه لو فعله الوكيل عالماً لم تنفذ الا باجازة الموكل فمع الجهل اولى (ولانه) غير مقصود للوكيل لان القصد مشروط بالعلم (ولان) الشراء في العالم اختيار للعتق لانه اختيار للسبب بخلاف الجاهل وعلى ما اخترناه وهو انه ان تضمنت الوكالة شراء القريب صح الشراء وانعتق وقوم عليه ايضاً والأفلا .

(الثانية) لو اشتراه وهو جاهل بالنسب انعتق وهل يقوم عليه (فيه نظر) منشأه مبني على مقدمتين (احديهما) ان اختيار السبب هل هو اختيار المسبب ام لا (وثانيتها) ان فاعل السبب هل هو فاعل المسبب ام لا وهذه مسألة كلامية اختلف المتكلمون فيها (فعلى الاولى) من كل واحدة من المقدمتين يقوم عليه والأفلا و (لما) رواه الشيخ في الحسن عن محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام قال قلت له رجل دفع اليه رجل آخر الف درهم مضاربة فاشترى اياه وهو لا يعلم فقال يقوم عليه فان كان درهما واحداً اعتق ويستسعى في مال الرجل (١) والضمير في اياه الظاهر انه راجع الى اب العامل وفي دلالة هذه الرواية على المطلوب (نظر) لجواز كون العامل معسراً فلا يقوم عليه ، والاقوى عندي انه ينعتق ويقوم عليه الباقي .

قال قدس الله سره: ولو اوصى له ببعض ابن اخيه (الى قوله) ويحتمل التقويم اقول: الضمير في قوله اخوه راجع الى الوالد (ووجه الاحتمال) انه ملكه باختياره فقد اوجد سبب العتق باختياره فكان مباشراً للعتق (واعلم) ان هذا البحث اذا قبل للميت

الملك يحصل للميت ثم له فكانه حصل له بغير اختياره (ويحتمل) التقويم وكذا الاحتمال لو رجع اليه بعض قريبه برد عوضه بالعيب ، ولو اشترى هو واجنبى صفقة قريبه عتق كل مع يساره وضمن قيمة حصة شريكه ، ولو اشترى الزوج والولد امه صفقة وهى حامل بينت قومت حصة الزوج على الابن وعتقت البنت عليهما معالانها بنت الزوج واخت الابن وليس لاحدهما على الآخر شىء وكذا لو وهبت لهما فقبلاها دفعة ، ولو قبلها الابن او لا عتقت هى وحملها وغرم القيمة (وهل) هى للزوج او للواهب اشكال اقر به الثانى فله اما اذا قبل لنفسه فقد احتمل الصحة فيعتق عليه ويقوم ان قلنا بالتقويم فى مثله ولا يقضى ديون الميت لو كان ممن لا ينعق عليه (ويحتمل) البطلان لانه لم يوص له .

قال قدس الله سره : وكذا الاحتمال (الى قوله) بالعيب .

اقول : تقرير المسألة ان الانسان اذا ملك بعض قريبه ممن لا ينعق عليه فباعه بعوض شخصى ثم مات البايع وورثه من ينعق هذا المبيع عليه كما لو باع بعض اخيه ثم مات البايع ولم يترك وارثا سوى ابن اخيه الحر الذى ابوه مملوك ثم بعد موته ظهر فى الثمن المدفوع الى البايع عيب قديم سابق على البيع ولم يتصرف البايع فيه فرده وارثه بعيب انفسخ البيع ورجع اليه بعض ابيه باختياره فينعق عليه الحصة المبيعة المردودة قطعا وهل يسرى الى باقيه ويقوم عليه احتمالا ان كما تقدم فى المسألة الاولى **قال قدس الله سره : ولو اشترى الزوج (الى قوله) نصف قيمة الام .**

اقول : المراد فى هذه المسألة انه يتأخر قبول الزوج تأخراً لا ينافى التواصل المشروط بين الايجاب والقبول كالتنفس او تم قبول الابن قبل تمام قبول الاب مع اتصاله وعدم انقطاعه والاشكال ينشأ (من) ان سبب ملك الزوج العقد المركب من الايجاب والقبول والمركب متأخر عن كل واحد من اجزائه والمسبب لا يتقدم على السبب فقبل القبول لا يملك الزوج واذا هلكت عين الموهوب قبل القبول بطلت الهبة فتكون القيمة للواهب وهذا هو الصحيح عندى (ويحتمل) ان يكون للموهوب (لان) القيمة قائمة مقام الغير وقد تعلق حق الزوج بالعين باستحقاق تملكها فيتعلق بالقيمة كذلك وهذا الاحتمال ليس له وجه عندى (لان) مستحق القيمة انما هو المالك حقيقة لامن يملك ان

نصف القيمتين والأفلزوج نصف قيمة الام ، ولوقبل الزوج اولا عتق عليه الولد كله ثم اذا قبل الابن عتقت عليه الام كلها ويتقاصان على الاول ويرد كل منهما الفضل على يملك ولا من ملكه مع السراية ووجوب القيمة بعدها ومبنى هذه المسألة على ان السراية بلفظ هو سبب العتق ، فعلى كونها للواهب يكون على الابن نصف القيمتين للواهب وعلى كونها للموهوب يغرم للزوج نصف قيمة الام وقد فهم منه انه لا يضمن من قيمة البنت شيئاً لان ضمان شيء من قيمة البنت له مسبق بملكه لمقابلته منها وهو مستلزم لعتقه عليه فلا يجتمع ضمان القيمة على غيره وكونها له (واجب) بان الضمان له لانه يملك ان يملك والعتق انما هو بالملك بالفعل لا بملك ان يملك ولذلك لم يصرح المصنف بذكر البنت وهذا البحث كله عندى ليس بمتوجه .

قال قدس الله سره : ولوقبل الزوج اولا (الى قوله) على صاحبه .

اقول : اذا قبل الزوج اولا عتق الولد عليه كله - نصفه بالملك والنصف

بالسراية ويضمن قيمة النصف للولد على الاحتمال فاذا قبل الابن ملك نصف الام و اعتقت عليه بالملك والسراية فيضمن للزوج نصف قيمة الام فيتقاصان ويرد من فضل عليه على صاحبه الفضل وهذا لا يخلو من نظر اذا التقاص مبنى على ان قيمة السراية للموهوب له ، و انه اذا كان الموهوب له ممن يعتق عليه المملوك الموهوب يغرم له من عتق عليه (ففى التقاص نظر) لان المصنف على تقدير ان تكون القيمة للموهوب له لم يوجب للزوج نصف قيمة البنت لانها تنعتق عليه وهو يقتضى ان لا يكون للولد مطالبة لقيمة نصف اخته لانها تنعتق عليه فلا تقاص فالحكم (باستحقاق الابن) الرجوع على الزوج بنصف قيمة البنت على الابن لو تقدم قبول الابن (والتقص) مما لا يجتمعان - لكن المصنف لم يصرح بعدم تقويم نصف البنت على الزوج اولا ، ولما كان الحق عندنا ان القيمة للواهب كما تقدم فاذا تقدم قبول الزوج كان نصف الام له وبطل نكاحه ولا تنعتق عليه ونصف البنت له ايضا وتنعتق عليه ويسرى ويغرم نصف قيمة البنت للواهب ومع قبول الابن يملك نصف الام وينعتق عليه ويسرى الى النصف الذى يملكه الزوج عليه قيمته للزوج وان تقدم قبول الابن انعتقا عليه وضمن نصف القيمتين للواهب .

صاحبه ، وكذا الوصية .

قال قدس الله سره : وكذا الوصية .

اقول: معناه الكلام في الوصية كالكلام في الهبة في المسائل وكون المضمون للموصى له يمكن توجيهه (توجيهه - خل) بخلاف الموهوب لان القبول في الهبة جزء من السبب اجماعا واما في الوصية فبخلاف قال بعضهم قبول الموصى له كاشف عن ملكه بالموت ورده يكشف عن عدم ملكه وبطلانها لان استحقاقه يتعلق بالموت فاشبه الميراث وقلوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين (١) اعتبر الوصية بمجرد الايضاء من غير الاعتبار القبول ولانه جعل الميراث بعد الايضاء فقبل القبول (اما) ان لا يكون ملكا للاحد وهو محال او يكون (فاما) للميت وهو محال لانه بالموت خرج عن صلاحية الملكية اذا الموت سبب تام لنقل الملك عنه ولا الوارث لان البعد لا يكون قبلا والادار ولا غيرهم اجماعا فتعين الموصى لهم فيكون القبول كاشفا (وقيل) القبول سبب وهو الاقوى عندي لانه تمليك بعقد فيتوقف على القبول كسائر العقود لان العقد مركب وجزء السبب التام سبب ناقص لاتام ويتفرع على القولين النماء المتجدد بين الايجاب والقبول .

المطلب الثالث القرعة

قاعدة من خواص العتق الاضافية القرعة، والفقهاء يبحث فيها في مقامين (احدهما) في محلها وقد تكلم المصنف فيه في هذا الفصل (وثانيها) في كفييتها ويبحث المصنف عنه فيما يأتي ثم المحل (اما) محل الايقاع (او) محل التنفيذ ومحل اشتباه ما هو في نفس الامر بغيره لبيانه.

(اما محل الايقاع) (فضابطه) ان يوقع الصيغة على واحد او اكثر معلوم القدر غير معين من جملة معلومة نسبتها الى افراد الجملة على السوية ولا يتناول الكل المجمع كقوله احد عبيدى حر .

(واما محل) التنفيذ فمختص بالمريض في المنجز على الاصح والمؤخر باجماع الكل (وضابطه) ان يعتق عبيداً في مرض موته دفعة واحدة نقص عنهم الثلث ولم تجزه

المطلب الثالث القرعة

ومحلها الكثرة اذا حصل العتق لبعضهم ، فمن اعتق احد عبيده ولم يعين ثم مات قبله (قيل) يعين الوارث (وقيل) القرعة ، ومن اعتق في مرض الموت ثلاثة اعبد لامل سواهم دفعة اخرج واحدا بالقرعة ولورث بديء بعتق الاول فان زاد على الثلث نفذ بقدره ولو نقص اكمل من الثاني بقدره وكذا لو اوصى على ترتيب ، ولو اشتبه او جمع اقرع و التديير كالوصية ، ولو قال الثلث من كل واحد منكم حرقى اجزاء القرعة اشكال ،

الورثة روى عمران بن الحصين ان رجلا من الانصار اعتق ستة مملوكين في مرضه ولا مال له غيرهم فجزأهم رسول الله ﷺ ستة اجزاء فاعتق اثنين ورق اربعة (١) وهذا نص في شيئين (احدهما) استعمال القرعة وجمع الحرية وهذا حديث مشهور وفي المؤخر ان يوصى بعتق الكل دفعة واحدة وغايتها اجتماع الحرية في بعضهم لينعتق بكامله او يقرب منه ويتحقق الدفعة بتناول الصيغة المقضية لعتقهم اما مطابقة او التزاما بواسطة السراية فالمطابقة ان يحمل الكل بلفظ دفعة ويحكم عليهم بالعتق بلفظ واحد كقوله هؤلاء كلهم احرار اوسمى كل واحد ويحكم عليهم بالعتق بلفظ واحد كقوله غانم وسالم وسعيد ومبارك احرار ، وكل من سالم وغانم ومبارك حر فهذه محل القرعة اجماعا ، و اما الالتزام بالسراية فذكره المصنف في قوله ، ولو قال الثلث من كل واحد منكم حر (واما محل الاشتباه) كأن يعتق بعضا معينا من عبيده كأحد عبيده بعينه ثم يشتبه بغيره او يعتق بالترتيب ثم يشتبه السابق فههنا القرعة كاشفة لما هو معين في نفس الامر (لان) الذي وقع عليه العتق هنا معين في نفس الامر وغير معين عندنا بعد ان كان معينا لاشتباه عرض لانه امر مشكل وكل امر مشكل فيه القرعة .

قال قدس الله سره : فمن اعتق (الى قوله) وقيل القرعة .

اقول: وقد تقدم الخلاف في هذه المسألة وان الشيخ وابن الجنيد اختارا القرعة

وهو الاقوى عندي .

قال قدس الله سره : ولو قال الثلث (الى قوله) اشكال .

(١) المستدرک باب ١٦ خبر ٣ من كتاب الوصية .

ولومات احدهم اقرع بين الميت والاحياء فان خرجت على الميت حكم بموته حر أو الأرقا ولا يحتسب من التركة ويقرع بين الحيين فيتحرر من تقع عليه القرعة ان وفي بالثالث من التركة الباقية ، ولو عجز اكمل الثلث من الآخر فان فضل منه شيء كان الفاضل رقبا ولو كان موته بعد قبض الورثة له احتسبه من التركة ، ولو دبرهم ومات احدهم قبل المولى بطل تدبيره واقرع بين الحيين فاعتق من احدهما ثلثهما .

ولو اعتق ثلاث اماء في مرض الموت ولا يملك سواهن اخرجت واحدة بالقرعة فان كان بها حمل تجدد بعد الاعتاق فهو حر اجماعا وان كان سابقا فالاقرب الرقية ، ولو

اقول: ينشأ (من) ان استعمال القرعة انما كان لانتفاء ضرر التشقيص وهو قد نص عليه ولانه قد حرر ثلث كل واحد بخصوصية فالجزء الحر لا يجوز استرقاقه (ومن) حيث ان العبيد له على الخصوص واعتاق بعض العبد الخالص كاعتاق كله فصار كما لو قال اعتقت هؤلاء او اعتقتكم وقد سبق مثل هذا في الوصايا ، وفرق بين المنجز هنا والمعلق على الموت كما لو قال ثلث كل واحد منكم حر بعد موتي او ثلث هؤلاء احرار بعد موتي عتق من كل واحد ثلثه ولا يقرع لانه لا سراية بعد الموت وانما يتنزل اعتاق الثلث منزلة اعتاق الكل مع السراية والاصح انه لا قرعة هنا لمنع السراية هنا لعدم اتساع الثلث لها ومع انتفاء المتبوع وهي السراية ينتفى التابع ، وانما قال ثلث كل واحد منكم حر حتى يكون الاعتاق دفعة فانه لورثب لبدء بالاول وتحققت السراية لا يساره باتساع الثلث المتقدم .

قال قدس الله سره : ولو اعتق ثلاثة اماء (الى قوله) فالاقرب الرقية

اقول : تقرير هذه المسئلة ان الثلاث اماء كل واحدة هي الثلث ولا يملك سواهن ومات وهن باقيات فتخرج التي تخرج قرعتها من الثلث ثم فرض حمل من اخرجتها القرعة فان كان تلفظه بالعتق قبل علوقها بالحمل فالحمل حر اجماعا وان كان قبل تلفظه بالعتق بعد الحمل فعندي وعند والدى الحمل رق لسبق رقه والاصل البقاء ، وقال الشيخ في المبسوط وابن الجنيد يعتق تبعها لانه كالجزء منها وقد سبق الكلام في تبعية الحمل للام في العتق وغيره ومراد الشيخ انها اذا خرجت هي وحملها من الثلث ومبنى القولين ان الحمل كالكسب عندنا وكالجزء عند الشيخ .

أوصى بعق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث اعتاقه فان امتنع اعتقه الحاكم ويحكم بحريته من حين الاعتاق لامن حين الوفاة فما اكتسبه بينهما (١) للوارث على رأى ، ولو اعتق المريض شقفا من عبده مات معسراً فلا تقويم فان لم يكن غيره عتق ثلثه ولو خلف ضعف قيمة الشقص الباقي قوم عليه وعتق على اشكال ينشأ (من) انتقال التركة الى الورثة فلا يبقى شيء

تذنيب

لا بد من تقويم الحمل (فعلى دخوله) لاعتباره من الثلث (وعلى عدم دخوله) فلاحتسابه على الورثة (فعلى الاول) يقوم حملا يوم الاعتاق نص عليه في المبسوط وابن الجنييد وكذا على الورثة ان لم يولد في حال حياة المعتق لان زيادة القيمة بانفصاله حيا حصلت في ملك الورثة فلا يحسب عليهم ولو ولد في حال حياة المعتق قوم على الورثة منفصلا باقل قيمة حين الوفاة وحين قبضهم اياه وما بينهما .

قال قدس الله سره : ولو اوصى بعق عبد (الى قوله) على رأى .

اقول : قوله اعتقه الحاكم لانه حق لله تعالى وحق العبد متعلق بماله وكل من وجب عليه حق لله اولادى قام الحاكم مقامه في ذلك مع امتناعه كالزكوة والديون وقوله على رأى اشارة الى خلاف الشيخ في المبسوط فانه قال بحكمين (احدهما) انه ينعتق حين الاعتاق لاجل الوفاة (وثانيهما) ان كلما اكتسبه بعد وفاة الموصى وقبل الاعتاق فهو للعبد لانه مال اكتسبه بعد استقرار سبب العتق بالوفاة فكان احق به قال فاذا ثبت انه يرجع اليه فانما يملكه بعد العتق لانه قبله رقيق لا يملك وانما كان احق به (اعترضه) والدى في المختلف بان سبب العتق ان كان تاما جامعا المشرائط ثبت العتق والملك لاستحالة انفكاك المعلول عن علته التامة ولم يقل به (لانه) حكم يرقه وانما يتحرر بالاعتاق، وان لم يكن تاماً لم يثبت شيء من معلولاته ولا معلول معلوله فيكون الكسب لمالك الرقية لوجود السبب التام فيه .

قال قدس الله سره : ولو اعتق المريض (الى قوله) للشريك .

اقول : (ومن) حيث ان المقضى موجود والمانع منتف (اما الاول) فلمعوم قوله

(١) اعميين الاعتاق والوفاة .

يقضى منه للشريك (ومن) ان التقويم كالدين ، اما لو اوصى فالاقرب عدم التقويم عليه الصلوة والسلام من اعتق شقفا من عبد عتق عليه كله (١) و(اما الثاني) فلان المانع الاعسار والشرط الايسار والمانع منتف و المقتضى موجود لوجود الايسار لانه يملك ضعف قيمة الشقص الذى يتحقق فيه السراية وانما يكون ذلك اذا خرج الجزء الذى عتق بالمباشرة من الثلث فيكون قد اخرج المباشر عتقه من الثلث وملك الورثة ضعفه وملكوا ايضاً ضعف الباقي بعد اخراج قيمة حصة الشريك من التركة لتحقق السراية .
قال قدس الله سره : اما لو اوصى فالاقرب عدم التقويم وكذا التدبير .

اقول: وجه القرب ان الوارث انما يعتق عن الميت والميت لا يملك شيئاً الا ما اوصى به فهو بمنزلة المعسر فانتهى شرط التقويم وهو الايسار وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط (ويحتمل) ضعيفا السراية لعموم الرواية ، والحق عندي انه لا يقوّم على الميت الا اذا اوصى بالتقويم وخرج من الثلث (وهل) يعتبر رضى الشريك الاقوى لانه بوصيته واحتمال الثلث له وكانت قيمة النصيب باقية على حكم ملكه فصار بمنزلة الموسر اذا اعتق (اورد) تقويم غير واجب فكان تبرعا بوصية بشراء ملك غيره وعتقه فاعتبر رضا الشريك (قلنا) علّة السراية الايسار بثمنه وبوصيته وخروجه من الثلث ملك وبقاء المال الى بعد وفاته ليخرج من الثلث كاشف عن سبق ملكه لا سبب فيبطل قول من قال ان الايسار متاخر عن العتق واذا كان حال العتق معسراً ثم ايسر فيما بعد فلا تقويم وكذا هنا - قوله (وكذا التدبير) انما ذكره متاخراً (لان) الوصية ان واجب فيها التقويم فالتدبير اولى (لان) فى الوصية يفتقر الى ايقاع الصيغة بعد الموت و التدبير يكفى فى العتق به الموت فهو يعتق بعتق المريض ولهذا قيل انه عتق معلق (وان قلنا) ان الوصية لا توجب التقويم (احتمل) مساواته للوصية لانه عتق بعد الموت (ويحتمل) التقويم لانه انعتق بمجرد الصيغة الموصى والوفاة خصوصا على قول من قال ان الموت كاشف عن عتقه فى آخر جزء من حياته وهذا القول ليس لنا و الاقوى عندي فى هذه كلها عدم التقويم ولا اعتبار بهذه الاحتمالات .

وكذا التدبير ، ولو ظهر دين مستغرق بعد الحكم بالحرية لحزوجهم من الثالث ظاهراً حكم ببطالان العتق فان قال الوارث نحن نقضى الدين ونمضى العتق فالاقرب نفوذه لان المانع الدين وقد سقط (ويحتمل) عدمه لان الدين مانع فوقع باطلا ولا يصح بزوال المانع بعده ، ولو وقعت القرعة على واحد من الثلاثة فاعتق ثم ظهر دين يستغرق نصف التركة (احتمل) بطالان القرعة لان صاحب الدين شريك والصحة ويرجع نصف العبد رقا ، ولو ظهر له مال بقدر ضعفهم بعد قرية اثنين اعتقوا اجمع ويكون كسبهم من حين الاعتاق لهم وان بيعوا بطل البيع وكذا لو زوجوا جوههم بغير اذنهم ولو تزوج احدهم بغير اذن سيده كان نكاحه صحيحا ، ولو ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثاهم فيقرع بين الاثنين الباقيين ولو علق نذر العتق بشرط وجد في مرضه اعتق من صلب المال ، ولو شهد بعض الورثة بعتق مملوك

قال قدس الله سره : ولو ظهر دين مستغرق (الى قوله) بزوال المانع بعده

اقول : العتق لا يمكن ان يكون موقوفاً بل على الاحتمال الاول يكون مراعى

والاصح عندى الاول .

قال قدس الله سره : ولو وقعت القرعة (الى قوله) شريك .

اقول : المراد بقوله (صاحب الدين شريك) اى مشارك للورثة فى الاقراع فاذا

حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة كالمرتبهن فانه لو قسم الراهن وشريكه دون المرتبهن لم يصح بدون اجازته وشركته للمرتبهن انما هو فى استحقاق التنفيذ وله حق المنع كما ان للورثة حق قابل على القول بان الورثة لا يملكون الا بعد قضاء جميع الدين يكون قد تعلق لهم حق الاستحقاق بدفع الدين وابقاء التركة لهم فاطلق عليه الشريك مجازاً و ليس مراده الحقيقة وهو ملك جزء من التركة (ووجه هذا الاحتمال) انه يمكن الجمع بين الحقوق اعنى حق العتق وحق الدين (لانه) يمكن امضاء القسمة وافرار حصة الدين من كل واحد من النصيبين (لان) القرعة لاجل العتق دون الدين لان متعلق الدين من التركة ما يقابله (لانه) قد تقدم ان تعلق الدين بالتركة هل هو بتعلق كل جزء منه بكل التركة او بتعلق كله بكل التركة على التسيط او بتعلق منها بقدر مقابله وقد تقدم البحث فى ذلك فى الوصايا وهذه المسألة المذكورة هنا مبنية على مسألة تعلق الدين بالتركة .

لهم مضي العتق في نصيبه فان شهد آخر وكانا مرضيين نفذ العتق فيه اجمع والامضى في نصيبهما ولا يكلف احدهما شراء الباقي ولو شهد اثنان على رجل بعتق شقص قوم عليه الباقي فان رجعا غرما قيمة العبد اجمع لانهما فو^ت تا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه .
ولو شهدا على المريض بعتق عبد هو ثلث تركته فحكم الحاكم بعتقه ثم شهد آخران

قال قدس الله سره : ولو شهدا على المريض بعتق عبد (الى قوله)

لم يرجعوا بشيء .

اقول: هنا مسائل (الاولى) ان تشهد البيئتان العادلتان المتساويتان في شرائط القبول كل واحدة بعتق عبد هو الثلث ويسبق تاريخ احديهما ويحكم الحاكم بالبيئنة السابقة التاريخ ثم بعد الحكم بها رجع الشاهدان اللذان سبق تاريخهما ولم يكذب الورثة رجوعهما ولا صدقوهما فيه ولم يتعرضوا لتصديق شيء من الشاهدين فالبحت هنا في مقامات :

(احدها) عتق الاول وهو اجماعى لعدم تأثير رجوعهما بعد الحكم بشهادتهما (وثانيها) في تغريم الراجعين قيمة المرجوع عنه للورثة وقد نفاه بعض الفقهاء (لان) شهادتي البيئتين انفسهما ليستا بمنافيتين فلا يستلزم صدق احديهما كذب الاخرى وعدم الحكم بهما لعدم تنفيذ فعل المشهود عليه لعدم اجازة الورثة فيحكم بصدقهما والمردود فعل المريض هنا فيما تغايرا فيه لافيما اتفقا عليه والذي اتفقا عليه اخراج المريض ثلث ماله واستقلال كل واحدة منهما باثباته ولو لم تكن الاخرى فلا تضمن الراجعة قدر الثلث كما لو شهد اربعة على زيد بشيء ثم رجع اثنان بعد الحكم فانهما لا يضمنان على احد القولين وهو مذكور في كتاب القضاء (لامتناع الخلوعنهما لفرض وقوعهما واخراج الميت الثلث لازم لكل واحدة منهما وكلما لزم كل واحد من امرين لا يخلوا الواقع عنهما فهو ثابت في نفس الامر والبيئنة كاشفة فلا يضمن الراجعة لثبوته مع فرض عدمها وانما تغايرا بخصوصية الشخص وهي الرجوع عنه لا اصل العتق وهي لا تضمن مع عدم ضمان اصل القيمة كما لو شهدا على زيد ببيع عين بثمانها او ازيد واخذها المشتري ودفع القيمة ثم رجعا والمشتري باق على دعواه وقد ذكر ذلك في كتاب القضاء .

بعق آخره وثلك ثم رجع الاولان (فان سبق) تاريخ شهادتهما ولم يكذب الورثة رجوعهما
عق الاول ولم يقبل رجوعهما ولم يفرما شيئاً (ويحتمل) الزامهما بشراء الثاني وعتقه
لانهما منعاه عتقه بشهادتهما المرجوع عنها وان صدقوهما في الرجوع وكذبوهما في شهادتهما

(لا يقال) قوله (ولم يكذب الورثة الشاهدين في رجوعهما) عام يشمل تصديقهما
وعدم تصديقهما وتكذيبهما واثبات حكم للعام يستلزم ثبوته لكل واحد من قسميه فيلزم
من صورة تصديقهما في الرجوع عق الاول وعدم الغرم لكنه مناقض لقوله فيما بعد وان
صدقوهما في الرجوع عق الثاني ورجعوا عليهما بقيمة الاول (لانه) يلزم ان يكون قوله
وان صدقوهما في الرجوع تكراراً (لان) عدم التكذيب في الرجوع يشمل التصديق
(ولانه) يلزم ان يكون قد اهل حكم تكذيبهما (لانا نقول) المراد بقوله ولم تكذب الورثة
ما ذكرناه وهو عدم تكذيبهما وتصديقهما في شيء البتة وبدل عليه قوله فيما بعد (وان
صدقوهما) وهي مهملة فلا تناقض بينهما وقوله (اهمل حكم تكذيبهما) ليس بصحيح (لان)
على القول بعدم تغريمهما كون حكم عدم تكذيبهما وعدم تصديقهما واحداً وفي بعض
النسخ وجد عوض (ولم يكذب الورثة) وكذب الورثة رجوعهما (فلم) في هذه النسخة من
سهو الناسخ، وقال في التحرير وكذبهما الورثة في رجوعهما وجزم في صورة عدم التكذيب
وعدم التصديق بتغريمهما وهو الاصح (لان) البينة المرجوع عنها هي السبب في اخراجها
رجعوا عنه عن ملك الورثة وكلما اخرج بالشهادة المرجوعة عنها غرم الشاهدان للذان
رجعا (لان) الحاكم رد الثانية ولم يحكم بها فالثلث المتلف انما تلف بالشهادة المرجوع
عنها لان شهادتهما بالتاريخ السابق سبب لرد الشهادة الثانية (وثالثها) تغريمهما للعبد
الثاني وهو الاصح لانهما العلة في الحكم بعبوديته بشهادتهما المرجوع عنها فيفرمان له
كفرم من باع عبداً ثم اقر بحريته فلزمهما تخليصه وعتقه بمهما كان من الاثمان وضمان
منافعه لما يرجع عليه بعد العتق كما يأتي .

(اعترض) بان بطلانه لم يلزم من شهادة الراجعين بل من قصور الثلث وعدم اجازة
الوارث لصحة عق الثاني مع اتقاء احدهما (والجواب) ان شهادتهما باستيفاء المريض
ماله التصرف فيه وهو مبطل كالشهادة بملك غير المتصرف .

عتق الثاني ورجعوا عليهما بقيمة الاول لانهما قوا تارقه عليهما بشهادتهم المرجوع عنها وان تأخر بطل عتق المحكوم بعتقه ولم يغرما شيئاً (ولو كانتا) مطلقتين او احديهما او اتفق التاريخان افرع (فان) خرجت على الثاني عتق وبطل الاول ولاغرم (وان) خرجت على الاول عتق ثم الورثة ان كذبوا الاولين في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا على الشاهدين بقيمة الاول لتفويت رقه بغير حق وان كذبوهما في رجوعهما لم يرجعوا بشيء .

خاتمة في كيفية القرعة

اذا اعتق ثلث عبده او اعتقهم اجمع مريضاً ولا مال غيرهم (فالفروض) ستة

(واقول) انهما يغرمان فان غرماً للورثة لزم عتق الثاني وكان كالغرم للعبد وان غرماً للعبد الثاني يبذل قيمته لزم الورثة عتقه ، وبالجملة فقه هذه المسألة مشكل .
 (الثانية) المسألة بحالها لكن صدقوهما في الرجوع وكذبوهما في الشهادة فيغرم الراجعان (لان) الورثة ادعوا عليهما باتلاف ثلث المال بشهادتهما الكاذبة وصدقهما الشاهدان على ذلك فيغرمان القيمة للورثة فاذا حصلت قيمة الاول حكم الشارع عليهم بعتق الثاني لحصول قيمة الثاني في يدهم من التركة والفرق بين هذه المسألة والاولى - ان في الاولى لم يعلم الورثة الصدق والكذب وحكم الشارع لهم بملكية الثاني وتحليل بيعه وعتقه واثبت لهم الولاء ان باشروه وبالجملة جميع توابع الملك ثابتة لهم في المسألة الاولى ولم يكلفهم تركها والالزم تكليف ما لا يطاق بخلاف ما اذا علموا صدق الرجوع وكذب الشهادة فان الله تعالى تعبدهم بضد هذه الاحكام كلها وان لم يحصل للورثة قيمة الاول لعسر الشاهدين مثلاً واعترفوا بان الميت اعتق الثاني كان الاول تالفاً من التركة ويعتق من الثاني بقدر ثلث الباقي من التركة بعد الاول (الثالثة) ان يكذبوهما في رجوعها ويصدقوهما في شهادتهما فهنا لا يغرمان للورثة شيئاً اجماعاً وهل يغرمان للعبد الثاني الاقوى عند الغرم كما تقدم وهو اختيار والدى قدس الله سره .

قال قدس الله سره : خاتمة في كيفية القرعة (الى قوله) في جميع الفروض

اقول: لما فرغ من البحث عن محل القرعة شرع في البحث عن كيفية القرعة و

التجزئة التي يترتب عليها القرعة وقد ذكرنا طريقتين (احدهما) ان يكتب اسماء العبيد في

(الف) ان يكون لهم ثلث صحيح كثلاثة أوستة او تسعة وقيمتهم واحدة ولا مال سواهم ، فيقسمون ثلاثة اقسام قسماً للحرية وآخرين للرقية ويكتب ثلاث رفاع في واحدة حرية وفي آخرتين رقية وتستر ، ثم يقال لرجل لم يحضر اخرج على اسم هذا القسم فان خرجت رقعة الحرية عتق وان خرجت رقعة الرق رقى ، واخرجت اخرى على آخر فان خرجت رقعة الحرية عتق ورق الثالث وان خرجت رقعة الرق عتق الثالث (او يكتب) اسم كل قسم في رقعة ثم يخرج رقعة على الحرية فيعتق المسمون فيها ويرق الباقيان وان اخرج على الرقية يرق المسمون فيها ثم يخرج اخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الثالث وان اخرج الثانية على الحرية عتق المسمون فيها ورق الثالث .

(ب) يمكن قسمتهم اثلاثاً وقيمتهم مختلفة يمكن التعديل فيها - كسته قيمة كل واحد من اثنين ثلاثة آلاف وكل واحد من الآخرين الفان وقيمة كل من الباقيين الف فنجعل الاوسطين جزءاً وواحداً من الاولين وآخر من الآخرين جزءاً وكذا الثالث ويعتمد القرعة كما تقدم (ج) ان يكون عددهم متساويا وقيمتهم مختلفة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم في العدد والقيمة معا بل بكل منهما منفرداً - كأن يكون قيمة احد الف - وقيمة

رقاع ثم يخرج على الرق او الحرية (والثاني) ان يكتب في الرفاع الرق والحرية ويخرج على اسماء العبيد والاول اخصر (لان) الثاني يحتاج فيه الى اعادة القرعة ثم ذكر للقسم الاول طريقين (الاول) ان يجمع بين اكثر من واحد في رقعة واحدة (والثاني) ان لا يجمع (اما الاول) فهو المذكور في هذا الكلام الى قوله (ويحتمل عدم التجزية) وذكر ههنا القرعة بالرفاع (لاطباق) الفقهاء عليها (ولانها) ابعد عن التهمة واقرب الى اظهار ما يخرج - مثال الفرض المذكور ان يكون قيمة واحد الفاً وثمانمائة والاخر الفاً ومائتين واليه اشار بقوله (واثنين ثلاثة آلاف) وآخر قيمته ثلاثمائة وآخر قيمته سبعمائة واليه اشار بقوله (وقيمة الاثنين الف) (والآخر قيمته الف - خ) فيجعل الذي قيمته الف وثمانمائة جزء والاخر وهو الذي قيمته الف ومائتان مع الذي قيمته ثلاثمائة جزء فمجموعهما الف وخمسمائة والذي قيمته سبعمائة مع الذي قيمته الف جزء فيحصل ثلاثة اقسام - قسم قيمته الف وثمانمائة - وقسم قيمته الف وسبعمائة - وقسم قيمة الف وخمسمائة (ووجه هذا الاحتمال) ان الشرع راعى فيما لا يمكن

آخرين الف - وقيمة ثلاثة الف - فالتعديل بالقيمة لبالعدد ، فنجعل الذى قيمته الف - جزءاً والذين قيمتهما الف - جزءاً والثلاثة الاخر - جزءاً ثم نقرع كما تقدم (د) ان يمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد كسبعة قيمة اقدم - الف وقيمة اثنين - الف وقيمة اربعة - الف ، فيعدلون بالقيمة ايضا .

(هـ) ان يمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة كسنة قيمة اثنين الف وقيمة اثنين سبعمائة وقيمة اثنين خمسمائة فنقسمهم اثلاثا بالعدد فنجعل كل اثنين قسماً فنجعل المتوسطين جزءاً و واحداً من الاقل مع واحد من الارتفاع جزءاً و نقرع (فان خرجت الحرية على جزء قيمته اكثر من الثلث اعيدت القرعة بينهما فيعتق من نخرجه و من الاخرتمة الثلث (وان خرجت) على اقل عتقا وامل الثلث من الباقيين بالقرعة (و) ان لا يمكن تعديلهم بالعدد ولا بالقيمة كخمسة قيمة واحد الف - واثنين الف - واثنين ثلاثة آلاف (فيحتمل) تجزيتهم ثلاثة الاكثر قيمة جزءاً ويضم الى الثانى اقل الباقيين

قسمة اثلاثا بالعتق القيمة (١) و راعى تكميل العتق فى واحدا واكثرهما يمكن فان جزى العتق فلعدم امكان نقيضه واحتيج الى تعيين محل الثلث الواقع عليه العتق ولا يحصل بواحد وهذا الاحتمال اخصر الطرق الى المساواة هنا ، والاحتمال الثانى هو عدم التجزية بل يخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفى الثلث لانه فى تقدير الجمع فى القرعة يجوز ان ينضم ما لانصيب له فى الحرية الى ماله نصيب فيها فالافراد احوط (وهذا الاحتمال) هو الصحيح عندى ، وهو الاقرب عند المصنف (لان) فيه اقتسام النقيضين بالنسبة الى كل واحد واحد من العبيد وهو اقرب الى الحق لانه لا يمكن ضم ما فيه العتق الى ما ليس فيه العتق فيوجب عتق من لا يجب او يمنع من يجب .

(لا يقال) روى عمران بن حصين ان رجلا من الانصار عتق ستة اعبدا مال له غيرهم

فجزأهم النبى ﷺ ثلاثة اجزاء فاعتق اثنين ورق اربعة (٢) فقد جمع بين اثنين فى رقعة

(١) مفعول لقوله راعى .

(٢) سنن ابى داود ج ٤ باب فىمن اعتق عبيداً الخ من كتاب العتق وفيه - ولم يكن

لعمال غيرهم فبلغ ذلك النبى (س) فقال له قولا شديداً ثم دعاهم فجزأهم الخ

قيمة ونجعلهما جزءاً والباقيين جزءاً ثم نقرع بسهم حرية و سهمى رق ونعدل الثلث بالقيمة كما تقدم (ويحتمل) عدم التجزية بل تخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفي الثلث فيكتب خمس رقاغ باسمائهم ثم يخرج على الحرية فان كان الخارج بقدر الثلث عتق وان زاد يستعى في الباقي وان نقص اكمل من البواقي بقدر الثلث بالقرعة والا قرب عندى استعمال الاخير في جميع الفروض . ولو كان له مال ضعف قيمة العبيد عتقوا وان كان اقل عتق قدر ثلث المال من العبيد فاذا كان العبيد نصف المال عتق ثلثهم وان كانوا ثلثيه عتق نصفهم وان كانوا ثلاثة ارباعه عتق اربعة اتساعهم .

(وطريقه) ان تضرب قيمة العبيد في ثلاثة ثم ينسب اليه مبلغ التركة فما خرج من النسبة عتق من العبيد مثلها ، فلو كانت قيمتهم الفا والباقي الف - ضربت قيمة العبيد في ثلاثة تكون ثلاثة آلاف . ثم تنسب اليها الالفين فيكون ثلثها فيعتق الثلثان ولو كان قيمتهم ثلاثة آلاف والباقي الف ضربنا قيمتهم في ثلاثة تصير تسعة آلاف ونسب اليها التركة اجمع يكون اربعة اتساعها فيعتق اربعة اتساعهم ، ولو كانت قيمتهم اربعة آلاف (والباقي الف . خ) عتق ربعهم وسدسهم ولو كان عليدين بقدر نصفهم قسموا نصفين وكتب رقعتان رقعة للدين ورقعة للتركة فيباع من يخرج للدين ويبقى الباقي جمع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة ولا يجوز القرعة بما فيه خطر (١) مثل ان طار غراب فقلان يتعين للحرية

وفعله حجة يجب اتباعه (لانا نقول) هذه الرواية مخالفة للاصول الثابتة بالبراهين القطعية من ان النبي ﷺ وسام لا يمكن ان يعقد في احكامه على العلامات والطرق الظنية ، والقرعة ظنية وعلى هذا اجماع الامامية فالاستدلال بها لا يتم عندنا مع ضعف السند وعدم الدلالة الا لزاما للخصم وذكر الشيخ في المبسوط الاحتمالين قولين وقال القولان معا قريبان واذا تقر بذلك فلنرجع الى المتن فنقول قوله (ويضم الى الثاني) المراد به الاكثر من الباقيين بعد الاول وهو الذى قيمته الف ومأتان والمراد باقل الباقيين هو الذى قيمته ثلاثمائة وقوله وان زاد استعى بناء على مذهبه وهو الاصح من تغليب الحرية .

قال قدس الله سره : ولو كانت قيمتهم (الى قوله) وسدسهم .

(١) الخطر بفتح الحين - عند الفقهاء ما يمكن ان يقع ويمكن ان لا يقع .

المطلب الرابع فى الولاء

ومباحته ثلاثة : (الاول) فى سببه ، وسببه التبرع بالعتق اذا لم يتبرأ من ضمان
الجريرة وان كان بعد الموت كالتدبير، فلو لم يتبرع بل اعتق فى واجب كالنذر والكفارة

اقول : اذا اعتق عبده فى مرض موته او وصى بعتقهم وقيمتهم اربعة آلاف وله
الف غيرهم عتق ربعهم وسدسهم و(طريقه) ان تضرب ثلاثة فى قيمتهم وهى اربعة آلاف
تكون اثني عشر الفائم ينسب اليه التركة وهى خمسة آلاف فهى ربع ذلك المقدار البالغ
بالضرب وسدسه . فينتق من العبد تلك النسبة بمعنى انه يقرع بينهم ويعتق ممن يخرج
القرعة بقدر ربعهم وسدسهم ، وليس المراد ان يعتق ربع المجموع وسدسهم على سبيل
الاشاعة لان مذهبنا جمع العتق فى واحد او اكثر بحيث يبلغ الثلث وعليه اجمع علمائنا .

المطلب الرابع فى الولاء

وفيه مباحث الاول فى سببه

مقدمة : الاصل فى الولاء قوله تعالى ادعوهم لابائهم هو اقسط عند الله فان
لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم (١) وقول النبى ﷺ انما
الولاء لمن اعتق (٢) وقال ﷺ الولاء لحمه كالحمة النسب (٣) اى قرابة وانتساج كانتساج
النسب فى الميراث (والعقوبة-خ) خاصة عندنا وروى بفتح لام (لحمه) وضمها قال صاحب
الصحاح يقال بينهما (ولاء) بالفتح ووجه المشابهة بينه وبين النسب ان الرقيق كالمفقود
لنفسه الموجود لسيده لانه لا يستقل ولا يملك ولا يتصرف لنفسه وانما يتصرف لسيده
وان ملك على القول به فلسيده ايضا فاذا اعتقه صار لنفسه وملك كل ذلك لنفسه فصار موجوداً
لنفسه فالمعتق صار سبباً لوجوده الحكيمى كما كان الاب سبباً لوجوده الحقيقى وكلما يصدر
منه من عتق وغيره فالمولى سبب السبب فيه فلا يكون العتق سبباً تاماً فيها .

قال قدس الله سره : وسببه التبرع (الى قوله) والاستيلاء على رأى

اقول : اختلف الفقهاء فى الولاء على المستولدة اذا اعتقت بغير سعيها ، فذهب الشيخ

(١) الاحزاب ٥ (٢) ثل باب ٣٥ خبر ١- ٢ من كتاب العتق .

(٣) ثل ب ٤٢ خبر ٦ من كتاب العتق .

والكتابة وشراء العبد نفسه والاستيلاء على رأى والعتق بعوض وعتق القرابة على رأى سقط ، وكذا لو تبرع بالعتق وشرط سقوط ضمان الجريرة ، والاقرب انه لا يشترط فى سقوطه الاشهاد بالبرائة ، ولو نكل به فانعتق فلا ولاء وحقيقة الولاء لحمه كلحمه النسب فى المبسوط وابن حمزة الى ثبوت الولاء، ومنع ابن ادريس من ذلك وهو اختيار المصنف هنا وهو الاصح عندى وبه افتى (لنا) ان الميت لم يعتق لانها تنعتق من نصيب ولدها وان الشارع حكم بعقوبتها من غير اختيار المولى فلا يدخل تحت قوله (من اعتق) وادعى الشيخ على قوله فى المبسوط الاجماع .

قال قدس الله سره : وعتق القرابة على رأى سقط .

اقول : قال الشيخ رحمه الله فى المبسوط اذا ملك من ينعتق عليه بعوض او بغير عوض عتق عليه وكان ولائه له وتبعه ابن حمزة وقال ابن الجنيد لا ولاء عليه لتقريبه واختاره المصنف وابن ادريس (واحتج) الشيخ بعموم الخبر وبما رواه الصدوق عن سماعة عن الصادق عليه السلام فى رجل تملك ذارحمه هل يصلح له - ان يبيعه او يستعبده قال لا يصلح له ان يبيعه و لان يتخذه عبداً وهو مولاه واخوه فى الدين وايهما مات ورثه صاحبه الا ان يكون له وارث اقرب اليه منه (١) وفى المستند ضعف ولا يدل على مطلوبهم فان ثبوت الميراث بينهما مع وجود الرحم لا يستند الى العتق (واحتج) ابن ادريس بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق (٢) وهذا لم يعتق وهذا هو الاصح عندى فعلى قول الشيخ هنا وفى المستولدة اذا عتقت بغير السعى كل من زال ملكه بالحرية عن رقيق لافى عتق وجب عليه شرعا قبله فانه مولاه وعندنا كل من اعتق تبرعا او اعتق عليه بسراية التبرع فهو مولاه .

قال قدس الله سره : والاقرب (الى قوله) بالبرائة .

اقول : اذا شرط المعتق المتبرع بالعتق سقوط ضمان الجريرة كان ذلك سبباً فى سقوط الولاء اجماعاً منا ثم اختلف الاصحاب فى اشتراط الاشهاد بالتبرى فى تأثير شرط التبرى فى سقوط الولاء فشرطه الشيخ والصدوق وجماعة من الاصحاب ومنعه ابن الجنيد والمصنف

(١) ثلث ١٣ خبر ١ من كتاب العتق .

(٢) ثلث ٣٥ خبر ١ من كتاب العتق .

فان المعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه كالأب والمولى اما المعتق او معتق الأب وان علا أو معتق الأم او معتق المعتق وهكذا ثم يسرى الولاء الى اولاد المعتق الا ان يكون فيهم من مسه الرق فلا ولاء عليه اصلا الا لمعتقه او عصبته او معتقه او كان فيهم من ابوه حرا صلى مامس الرق اباه . وكذا لو كانت امه حرة اصلية و لو تزوج المملوك بمعتقة فالولدها فالولاء لمولا الأم مادام الأب رقا ولو كان حرا في الاصل فلا ولاء ويثبت الولاء مع اختلاف دين السيد وعتيقه وللذكر على الانثى وبالعكس .

و لو سوغنا عتق الكافر فاعتق حربى مثله ثبت الولاء فان جاء المعتق مسلما فالولاء بحاله ، فان سبى السيد واعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على معتقه (وهل) يثبت لمولى السيد ولاء على معتقه الاقرب ذلك (لانه) مولى مولاه (ويحتمل) عدمه (لانه) لم يحصل منه انعام عليه ولا سبب لذلك فان كان الذى اعتقه مولاه فكل مولى

وهو المعتمد عندى وبه افتى للاصل (ولان) المراد من الاشهاد الاثبات عند الحاكم لا الثبوت (احتج) الشيخ بمارواه ابن سنان فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال من اعتق رجلا سائبة فليس عليه من جريرته شيء وليس له من الميراث شيء و يشهد على ذلك (١) و عن ابى الربيع قال سئل ابو عبد الله عليه السلام عن السائبة فقال الرجل يعتق غلامه ويقول له اذهب حيث شئت ليس لى فى ميراثك شيء ولا على من جريرتك شيء و يشهد على ذلك شاهدين (٢) اقول سئل الامام عليه السلام عن مفهوم اسم السائبة فلا يحسن فى الجواب ما لم يدخل فى مفهومه ولا اخرج شيء منه فيكون الاشهاد داخلا فى مفهومه (و الجواب) عن الاولى منع الدلالة اذا الامر لا يدل على الاشتراط وعن الثانية بمنع صحة السند .

قال قدس الله سره : ولو سوغنا عتق الكافر (الى قوله) لذلك .

اقول: وجه الاول عموم النص على ان مولى المولى له ولاء ومن حيث انه ليس سبب فى عتقه بخلاف معتق الرق بالاصالة فانه معتق المعتق لولاه لم يصح عتق المعتق والاقوى عندى الثانى .

(١) ثلث ٤١ خبر ٢ من كتاب العتق .

(٢) ثلث ٤٣ خبر ٢ من كتاب العتق .

صاحبه وان اسره مولاه واجنبى واعتقاه فولائه بينهما نصفان فان مات بعده المعتق الاول فلشريكه نصف ماله لانه مولى نصف مولاه على اشكال ولوسبى المعتق فاشترى رجل فاعتقه بطل ولاء الاول وصار الولاة للثانى وكذا لواعتق ذمى كافراً فهرب الى دارالحرب فاسترق . اما لواعتق مسلم كافراً وسوغناه فهرب الى دارالحرب وسبى فالاقرب جواز استرقاقه فان اعتق احتمال ثبوت الولاة للثانى لتساخره وللاول لثبوته اولا وهو معصوم

قال قدس الله سره : وان اسره مولاه (الى قوله) على اشكال .

اقول: هذا فرع على ان عتق الكافر يصح (وتقريره) ان كافرا - اسمه زيد اعتق عبداً - اسمه غانم ، ثم اسر غانم واجنبى زيدا معتق غانم واعتقاه تبرعا فولائه للاجنبى ولغانم بالسوية - لكل نصف ولزيد كل ولاء غانم فان مات زيد بغير قرابة ورث غانم نصف تركة زيد وورث الاجنبى النصف (فان قلنا) ان الولاة يورث فولاء غانم تركة زيد كما واه نصفه للاجنبى و نصفه لغانم فيكون نصف غانم سائبة (وان قلنا) ان الولاة يورث به ولا يورث (فهل) يرث الاجنبى نصف تركة غانم (يحتمل) ذلك لانه مولى نصف المولى فيدخل تحت عموم النص الدال على ان مولى المولى وارث (ويحتمل) عدمه لان كونه مولى متأخر عن عتق غانم فليس بسبب تام و ناقص في غانم ولاله انعام عليه بوجه فلا يكون له ولاء عليه وهذا الاشكال قد تقدم مثله في المسئلة السابقة بالافضل .

قال قدس الله سره: اما لواعتق مسلم (الى قوله) لعدم الاولوية .

اقول: وجه القرب وجود سبب تملكه وهو انه حربى في دار الحرب اسره المسلمون فيملكونه مطلقا او مع النية (ويحتمل) العدم لان عليه حقا للمسلم وهو حق الولاة والولاة وملكية الغير لا يجتمعان لان الولاة مشروط بالحرية الحاصلة بالاعتاق وملكية الغير تستلزم عدم الحرية وملزوم عدم الشرط منافع للمشروط ضرورة وثبوت احدا للمتنافين يستلزم نفى الاخر فيستحيل الرق والاقوى عندى الاول لانه كالنسب وهو لا يمنع استرقاق الكافر بسبب المسلم فهذا اولى (وفيه نظر) لان الولاة حق للمعتق على المعتق والنسب ليس كذلك والمشابهة في ارث المعتق لا تقتضى المساوات لاقتضاء النسب تعاكس الارث ويتفرع على جواز استرقاقه انه لواعتقه الثانى تبرعا (احتمل) ان يكون الولاة للاخير

فلا يزول بالاستيلاء وبينهما لعدم الاولوية ، و لو اشترى عبداً بشرط العتق فلا ولاء لمعتقه لوجوبه على اشكال ، ولا ولاء لو اعتق في زكاة او كفارة ، ولو ملك ولده من الزنا فالاقرب عدم استقرار الرق وعلى الرق (١) (فان) اعتقه تبرعاً فله ولاؤه ، ولو اعتق

لان سبب حق الاول عتقه وقد بطل وصار مملوكاً وازالت امواله عنه وبطلان السبب يستلزم بطلان المسبب والسبب في حريته الآن التي ملك بها الاموال هو الثاني (ويحتمل) الاول لثبوته واستحالة قهر المسلم على حقه (ويحتمل) بينهما لعدم الاولوية .

قال قدس الله سره : ولو اشترى عبداً (الى قوله) على اشكال .

اقول : اذا اشترى عبداً بشرط العتق (هل) يجب عليه عتقه (ام لا) يجب - حكى الشيخ في المبسوط الوجيهين ثم قوى رحمه الله الوجوب - قال فيه يجبر على ذلك (لانه) اتباعه بهذا الشرط واستشكله المصنف لدلالة الآية والخبر على الوجوب (اما الآية) فلقوله تعالى **اوفوا بالعقود (٢)** (واما الخبر) فلقوله **اذا اشترى المؤمنون عند شروطهم (٣)** (ومن) حيث ان الاصل عدم الوجوب بل فائدة الشرط توقف لزوم البيع عليه فان وفي المشتري بالشرط لزم والآ فلا (واعلم) انه على القولين ان اخل بالشرط كان للبايع الفسخ ويظهر فائدة الخلاف في مسألتين (الاولى) الاثم وعدمه فعلى القول بالوجوب يَأْتُم بالترك وعلى القول بعدمه لا يَأْتُم (الثانية) الزام الحاكم المشتري بالوفاء بالشرط ان امتنع على الوجوب كما قواه الشيخ في المبسوط وعدمه على عدمه والاصح عندي عدم الوجوب وثبوت الولاء للمعتق

قال قدس الله سره : ولو ملك ولده (الى قوله) فله ولائه .

اقول : ذكر المصنف هذه المسألة في هذا الكتاب في مواضع اربعة (الاول) في الباب الثالث في المحرمات قال بهذه العبارة وفي تحريم النظر اشكال وكذا في العتق (الثاني) في الفصل الثاني في المصاهرة حيث قال - ولو حملت مملوكة الاب بوطى الابن

(١) اى على القول بالرق :

(٢) المائدة ١

(٣) ثل في اخبار باب ٦ من ابواب الخيار وفيها المساون الخ .

عبده في كفارة غيره من غير اذنه فلا ولاء ، ولو اعنته تبرعا عنه باذنه فالولاء للآذن ان تبرع سواء كان بعوض او لا ، ولو قال للسيد اعنته عنك والتمن علي فالولاء للسيد على اشكال وعليه الثمن ولو اوصى بالعتق تبرعا فالولاء له ، ولا يثبت الولاء بالالتقاط ولا بالاسلام على يده .

لشبهة عتق ولاقيمة على الابن ولاعتق مع الزنا (الثالث) في هذا الفصل في هذه المسألة حيث قال ولو حملت بانثى عنتت على الابن ولاقيمة ومع الزنا لاعتق (الرابع) ههنا قال الاقرب عدم استقرار الرق (ووجه القرب) صدق البنوة او الاخوة وما شابهما من القرابة حقيقة لغة والاصل عدم النقل والشروط الشرعية في الميراث والنفقة لافي الحقيقة (ومن) حيث ان الخطاب الشرعي انما يحمل على الحقيقة الشرعية ولفظ الابن حقيقة شرعية في المتولد لغير الزنا فلا يكون ولداً شرعاً وكذا باقى الانساب وآيات الارث دالة على انه حقيقة في المعنى الشرعي لقوله تعالى **يوصيكم الله في اولادكم (١)** وقوله تعالى **فان لم يكن له ولد وورثه ابواه (٢)** فنفي اسم الولد عن غير الشرعي وصحة النفي تدل على انتفاء الحقيقة والاقرب عندي ما استقر به المصنف ولان تناقض لان العتق مبنى على التغليب والنكاح مبنى على الاحتياط التام فلا يتبع اللغة الآ في هاتين الصورتين لما ذكرناه - قوله (والشروط الشرعية في الميراث والنفقة لافي الحقيقة) ممنوع بل هي شرط في الحقيقة الشرعية ومع اطلاق الشارع انما يحمل على الحقيقة الشرعية ثم فرع المصنف على استقرار الرق انه لو اعنته تبرعاً صح عتقه وكان ولائه له فيرثه بالولاء لا بالنسب وهو ظاهر .

قال قدس الله سره : **ولو قال للسيد (الى قوله) وعليه الثمن .**

اقول: اذا قال شخص لغيره اعنتك عنك والتمن علي فاعتقه عن نفسه استحق الجعل لانه فعل ما جعل عليه فمن ههنا حصل الاشكال (من) حيث انه اعنت بعوض فلا يكون تبرعا والولاء تابع للتبرع بالعتق فمن حيث اتفى اتفى (ومن) حيث ان الجعل لا يوجب العتق ومعنى التبرع انه اعنت من غير وجوب العتق .

البحث الثاني في حكم الولاء

و حكم الولاء (حكم - خ) العسوبة فيفيد الميراث وتحمل العقل . ولا يثبت الولاء لامرأة على رأى الآ اذا باشرت العتق فلها الولاء عليه وعلى احفاده وعتيقه وعتيق

البحث الثاني في حكم الولاء

قال قدس الله سره : ولا يثبت الولاء (الى قوله) كالرجل .

اقول: الولاء يفيد العسوبة فهو احد اسبابها ويتعلق به / حكمان الميراث وتحمل العقل للمعتق لا العكس اما الميراث فكل من باشر العتق تبرعا ولا وارث له من جهة النسب وله معتق فكل ميراثه ما عدا نصيب الزوجة لمعتقه سواء كان رجلا او امرأة واما ارث المرأة بولاء لم تبأشرهى العتق ، للاصحاب فيه اقوال وضوابط - وقد ذكر المصنف ههنا ضابطا وهو انه لا ترث امرأة بولاء غير (عتيق - خ ل) لم تبأشر عتقه ولا انتهى ولائه او نسبه الى من باشرت عتقه وهذا الضابط على اختيار الشيخ فى النهاية وابن البراج واطلق ابن الجنيد رحمه الله القول بان المرأة لا ترث بولاء الغير، وقال ابن ادريس اذا كان المعتق رجلا فولاء مولاه له فان مات المنعم فولاء مولاه يجرى مجرى النسب وكل من يرث بالنسب يرث بالولاء الآ الاخوة والاخوات من الأم ومن يتقرب بها من الجد والجدة والخال والخالة واولادهما ثم قال فيما بعد وان كان المعتق امرأة فانها ترث ولاء موالها مادامت حية فاذا ماتت ورث ولاء موالها عصبته من الرجال دون اولادها سواء كان الاولاد ذكرا انا او اناثا (لان) اجماع اصحابنا منعقد على ذلك .

واختار المصنف هنا مذهب الشيخ فى النهاية وهو الاقوى عندى (لما) روى الشيخ فى الصحيح عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال قضى فى رجل حر رجلا فاشترط ولائه وتوفى الذى اعتق وليس له ولد الآ النساء ثم توفى المولى فترك مالا وله عسبة فاحتق فى ميراثه بنات مولاه والعسبة فقضى بميراثه للعسبة الذين يعقلون عنه اذا احدث حدثا يكون فيه عقل (١) (قالوا) روى عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام

عتيقه كالرجل ولا يصح بيع الولاء ولا هبته ولا اشتراطه في البيع وغيره (وهل) ينتقل عن المعتق بموته ويورث اشكال ينشأ (من) قوله عليه السلام (الولاء لحمة كلحمه النسب) والاقرب العدم نعم يورث به اجماعا ، ولو كان المعتق جماعة فالولاء بينهم بالحصص رجالا كانوا او نساءً وبالتفريق ولا يرث المنعم الامع فقد كل نسيب للمعتق فلو خلف المعتق وارثا بعيدا فافرض او غيره لم يكن للمنعم شيء وبأخذ الزوج والزوجة نصيبهما الاعلى

قال مات مولى لحمزة بن عبدالمطلب فدفعت النبي ﷺ ميراثه الى بنت حمزة (١) .

(قلت) قال والدى قدس الله سره حيث اعترضت عليه بهذه الرواية ان في طريقها الحسن بن محمد بن سماعة وهو واقفي ، والاقوى عندي والذي افتى به مذهب الشيخ في النهاية (واما) اذا باشرت المرثة العتق فانه يكون لها الولاء لعموم قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق (٢) ثم يسرى في عتقه ومن انتهى ولائه اليه كسراية ولاء الرجل .

قال قدس الله سره : وهل ينتقل عن المعتق (الى قوله) اجماعا .

اقول: وجد في عبارة بعض اصحابنا ان الولاء موروث كالمال ونص ابن الجنيد والشيخ في الايجاز على خلافه وهو اختيار المصنف لقوله ﷺ الولاء لحمة كلحمه النسب (٣) وكما لا يورث النسب فكذا لا يورث الولاء وهو مبنى على عموم المساواة والا لم يصدق نقيضها على شيئين البتة ولانه يفيد العسوبة كالنسب (حجة الاولين) انه حق تركه الميت فيدخل في عموم آية الارث (لا يقال) لو كان حقا يورث لجاز نقله من المستحق الى غيره واسقاطه كما يجوز اسقاط سائر الحقوق ونقلها وليس كذلك اجماعا (لانا نقول) هذا الكلام في غاية السقوط لانا نمنع ان كل حق يورث جاز نقله او يبيعه وما الدليل على ذلك والقياس باطل والحق عندي انه لا يورث والارث به اي بسببه اجماعي من الكل.

(١) ثلث ١ خبر ٩ من ابواب ميراث ولواء العتق من كتاب الميراث .

(٢) ثلث ٤١ خبر ١ من كتاب العتق .

(٣) بداهة المجتهد للقرطبي (ج ٢) باب الولاء - وثلث ب ٤٢ خبر ٦ من كتاب العتق

والباقي للمنعم مع فقد كل نسب (نسيب - نخ) ولو عدم المنعم قيل يـكون الولاء للاولاد ذكورا كانوا او اناثا (وقيل) ان كان رجلا (وقيل) للاولاد الذكور خاصة رجلا كان المنعم او امرأة (وقيل) ان كان رجلا فللاولاد الذكور خاصة وان كان امرأة فلعصبتها ادون اولادها وان كانوا ذكورا .

قال قدس الله سره : ولو عدم المنعم (الى قوله) وان كانوا ذكورا .

اقول: اذا عدم المنعم فالبحت هنا في مقامين (المقام الاول) في ميراث اولاده و فيه اقوال (الاول) ان الولاء لاولاد المعتق سواء كانوا ذكورا او اناثا و سواء كان المعتق امرأة او رجلا وهو اختيار الصدوق (واحتج) بعموم قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ الولاء لحمه كالحمة النسب (١) (الثاني) قول ابن ابي عقيل وهو ان من اعتق غلاما له فولائه له مادام حيا فاذا مات فولائه لعاقلته الذين يكون عليهم الدية اذا جنى جناية خطأ فان مات المعتق وترك وارثا من اولي ارحامه فلا ميراث للمولى معه لقوله تعالى **واولوا الارحام بعضهم اولي ببعض** (٢) (الثالث) انه ان كان رجلا فميراثه لاولاده ذكورا كانوا او اناثا وان كانت امرأة فميراثه لعصبتها دون اولادها وهو اختيار الشيخ في الخلاف وبعض اصحابنا (الرابع) انه للاولاد الذكور خاصة سواء كان المعتق رجلا او امرأة وهو اختيار الشيخ المفيد رحمه الله (الخامس) ان كان المعتق رجلا فالولاء لاولاده الذكور وان كانت امرأة فلعصبتها وهو اختيار الشيخ في النهاية ومن تابعه كابن حمزة (واحتج) بما تقدم وبما رواه يزيد بن معاوية العجلي قال سالت الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ عن رجل الى قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ الولاء المعتق هو ميراث لجميع ولد الميت من الرجال الحديث (٣) والميت هو الرجل المسؤل عنه فهذا يدل على انه لا يرث الولاء اذا كان المعتق رجلا الا اولاده الذكور قال والدى رحمه الله ويدل على ان المنعم اذا كان امرأة كان ولاتها لعصبتها دون ولدها رواية يعقوب بن شعيب في الصحيح عن الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ قال سألته عن امرأة اعتقت مملوكا ثم ماتت يرجع الولاء الى بنى ابيها (٤)

(١) بداية المجتهد للمقرطبي (ج ٢) باب الولاء - وثل ب ٤٢ خبر ٦ من كتاب العتق

(٢) الانفال (٣) ثل ب ٤٠ خبر ٢ من كتاب العتق .

(٤) ثل ب ٣٩ خبر ٢ من كتاب العتق .

ويرث الولاء الابوان والاولاد فان انفردوا لم يشركهم احد من الاقارب ويقوم اولاد الاولاد مقام آبائهم عند عدمهم ويأخذ كل منهم نصيب من يتقرب به كغيره فان عدم الابوان والاولاد واولادهم ورثة الاخوة وهل ترث الاخوات (قيل) نعم لانه لحمه كلحمه النسب ويشترك الاخوة والاجداد والجدات فان فقدوا اجمع فالاعمام والعمات واولادهم الاقرب يمنع الابد ولا يرث الولاء من يتقرب بالام خاصة من الاخوة والاخوات والاجداد والجدات والاخوال والخالات فان لم يكن للمنعم قرابة ورث الولاء لمولى المولى فان عدم قرابة مولى المولى لايه دون امه واب المنعم اولى من معتق الاب وكذلك معتق معتق المعتق اولى من معتق اب المعتق .

البحث الثالث في جر الولاء

وشروطه اربعة (الف) ان يكون الاب عبد احين الولادة فان كان حر الاصل وزوجته مولاة فلا ولاء على ولده وان كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتداء ولاجر (ب) ان تكون الام مولاة فلو كانت حرة في الاصل فلا ولاء (ج) ان يعتق الاب فلومات على الرق لم ينجر الولاء بحال فلو اختلف السيدان فقال سيد العبد مات حراً قدم قول مولى الام لاصالة بقاء الرق (د) ان لا يباشر بالعتق فلو ولدت المعتقة عبداً فاعتقه مولاه او اعتقوا حملاً مع امهم فلا جرو ولو حملت بهم احراراً بعد العتق من مملوك فولأؤهم لمولى امهم ولو كان ابوهم حراً في الاصل فلا ولاء ولو كان ابوهم معتقاً فولأؤهم لمولى ابيهم ، ولو اعتق ابوهم بعد ولادتهم او بعد الحمل بهم انجر الولاء من مولى امهم الى مولى ابيهم . (وهل) يشترط في الجر التحاق النسب اشكال واذا انجر الولاء الى موالى الاب

قال قدس الله سره : ويرث الولاء (الى قوله) كلحمه النسب .

اقول: هذا هو المقام الثاني وهو البحث في ميراث غير الاولاد وقوله (قيل نعم)

اشارة الى قول ابن ادريس وهو احد قولى الشيخ .

البحث الثالث في جر الولاء

قال قدس الله سره : وهل يشترط في الجر التحاق النسب اشكال .

اقول: منشأ الاشكال ان النص من الشارع هكذا ينجر من مولى الام الى مولى

ثم انقرضوا عاداً الولاء الى عصباتهم فان فقدوا فالى موالى عصباتهم وهكذا فان فقدوا فالى
ضامن الجريرة فان لم يكن رجوع الى بيت المال ولم يرجع الى موالى الام بحال ، ولولم
يعتق الاب لكن اعتق الجد انجر الولاء الى معتقه فان اعتق الاب بعد ذلك انجر الولاء
الى معتق الاب من معتق الجد وهذا جر الولاء ، ولو كان الجد بعيداً فاعتق انجر الولاء
اليه فان اعتق القريب انجر من معتق البعيد الى معتق القريب فان اعتق الاب انجر الى معتقه
وعلى هذا ، ولو كان الجد حرأفى الاصل والاب مملوك فتزوج بمولاة قوم فاولدها احتمل
ان يكون الولاء لمولى الام وسقوطه بجرية الجد .

الابواذا اطلق الشارع للفظ فانما يحمل على الحقيقة الشرعية ولا تصدق الحقيقة الشرعية
الامع الشرائط الشرعية الموجبة لالتحاق النسب (ومن) ان الاصل عدم النقل وبقاء الوضع
الاصلى والشرائط الشرعية فى الميراث والمحرمية لاغير خصوصاً عند من ينكر الحقائق
الشرعية (ولان) حقوق الملاك فى اولاد الممالك تتبع اللغة لانهم نماء الممالك .
قال قدس الله سره : ولو كان الجد حرأفى الاصل (الى قوله) لحرية الجد .

اقول: مثال صورة المسألة اب وابنه البالغ كافران ثم اسرا الابن واسترق ثم اسلم
الاب وتزوج ابنة المملوك بمعتقة عليها ولاء لغير مولاه فاولدها ولداً (وجه الاول) انه
متولد بين مملوك ومعتقة عليها ولاء وكل من كان كذلك فعليه ولاء (لعموم) نص الفقهاء
(ولان) سبب حرته ليس حرية الجد بل سببها مباشرة عتق الام اذ لولاه لم يكن حرأ
قطعا ولا اثر لحرية الجد اصلا فيها فمولى الام هو سبب عتقه فكان هو المنعم عليه (ولان)
قوله عَلَيْهِ الْوَلَاءُ لمن اعتق (١) لا يراد به المباشرة للعتق اجماعاً بل يعم السبب بعيداً كان
او قريباً ولهذا دخل فيه معتق الابوين ومعتق المعتق وان بعد واتفق الكل على الاستدلال بهذا
الحديث على ثبوت الولاء لمعتق الابوين ومعتق المعتق وهكذا (وجه الثانى) انه لو اعتق
الجد انجر الولاء من معتق الام الى معتق الجد فاذا كان حرأفى الاصل كان اولى بالمنع ،
وهذا الكلام نقلته من خط المصنف .

(وانا اقول) انما يجر الولاء الولاء (٢) لالحرية (لانه) لو حرر الاب فى كفارة

(١) غلب ٣٥ خبر ١ من كتاب العتق . (٢) بنصب الاول ورفع الثانى

ولو كان الابوان رقا فاعتقت الام ثم وضعت لدون ستة اشهر (فان) قلنا بالسراية الى الحمل لم ينجر الولاء لانهم عتقوا بالمباشرة ولوانت به لاكثر من ستة اشهر مع بقاء الزوجية لم يحكم برقه وانجر ولاؤه (لاحتمال) حدوثه بعد العتق فلا يمسسه الرق ولا يحكم برقه بالشك ، ولو انكر المعتق ولد زوجته المعتقة وتلاعنا فولد الولد لمولى

او نذر لم ينجر ولاء الابن من معتق الام الى معتق الاب ، والاصح عندى ثبوت الولاء لمولى الام فان اعتق الاب تبرعا انجر الولاء الى مولى الاب :

قال قدس الله سره : ولو كان الابوان (الى قوله) عتقوا بالمباشرة .

اقول: القائل بان عتق الام موجب لعتق الحمل اذا كان موجوداً حال القتل هو الشيخ الطوسي واتباعه كما تقدم و انما شرط وضعها لدون ستة اشهر لانه الدليل الدال على وجوده حالة العتق لعدم وضعه لدونها عادة غالباً .

قال قدس الله سره : ولو انكر المعتق (الى قوله) على اشكال .

اقول: منشأ الاشكال انه (هل) يشترط في استحقاق مولى الام الولاء ان يكون الاب مملوكا او انتفاء الجزم بان له ابا معتقا (فان قلنا) بالاول فلا ولاء لاحد عليه لان له باقطعا لانا لانحكم بان ولد الملاعنة ولدنا ولا حكمه حكم ولدنا اجماعا والاصل عدم رقيته (وان قلنا) بالثاني كان الولاء لمولى الام (واعلم) انه فرق بين ولد الملاعنة و ولد الزنا فانه قال في المسألة المذكورة في اول فصل انجرار الولاء هل يشترط في الانجرار التحاق النسب شرعا اشكال (ووجه الفرق) ان ولد الزنا علم انه خلق من مائه لكن الشارع لم يلحقه به فهو ولد لغة واما ولد الملاعنة فانه لا يعلم بانه خلق من مائه بل اللعان اقتضى الحكم بنفى خلقه من مائه وبهذا السبب انتفى النسب و اللعان نفى البنوة اللغوية وبتبعيتها انتفى النسب الشرعي ففي ولد الزنا البنوة اللغوية ثابتة (فعلى القول) بان الشارع لم ينقل اللفظ من معناه اللغوي دخل تحت النص الدال على انجرار الولاء الى مولى الاب وان ثبت النقل فالبنوة اللغوية ثابتة والشرعي منتهى و الاشكال في ولد الزنا من حيث انه تابع للحقيقة اللغوية او الشرعية واما ولد الملاعنة فكلا المعنيين منتف عنه فانه ليس ابنا لغة ولا شرعا فليس الكلام في ولد الملاعنة مبنيا على اشتراط

الام على اشكال ، وكذا لوزنا بها الاب جاهلة او عالمة مع قوة الاشكال فيه فان اعترف به ابوه بعد اللعان لم يرثه الاب ولا المنعم على الاب لان النسب وان عاد فان الاب لا يرثه ولا من يتقرب به ، ولو اولد مملوك من معتقة ابنا فولأؤه ولاء اخوته منها لمولى امه فان التحاق النسب في جر الولاء وهذا نقلته من خط المصنف (واعلم) ان ظاهر كلام المصنف ليس في انجرار الولاء لانه لم يقدر العلوق بالولد حال رقية الاب وحرية الام بل قدرهما معتقين ونفى الزوج الولد باللعان فالولاء هنا يجوز ان يكون لمولى الام وهو الاقوى (ويحتمل) ان يكون لمولى الاب لان حق مولى الاب ثابت قبل اللعان فلا يسقط بفعل الغير اما لو كان علوقه في حال رقية الاب وحرية الام وعليه الولاء لمولى الام ثم اعتق الاب ونفى الولد باللعان يحتمل الانجرار ان قلنا بانه لا يشترط في الانجرار التحاق النسب الشرعي وفيه ضعف .

قال قدس الله سره : وكذا لوزنا بها الاب (الى قوله) الاشكال فيه .

اقول : هنا مسألتان (الاولى) انه لو زنى الاب وهي جاهلة فالولد ملتحق بها قطعاً ومنتف عنه شرعاً فهل ينجر الى مولاه الولاء اولا هذه فرع على اشتراط الجبر بالتحاق النسب وعدمه وقد تقدمت هذه المسألة وانما كررها المصنف هنا والقاعدة التي ذكرها مأخذاً لمسألة ولد الملاعنة تصلح ان تكون مأخذاً لهذه المسألة فيتم بناؤها على هذه القاعدة المبنية على هذه القاعدة الدقيقة التي ذكرناها هنا (الثانية) لوزنا بها عالمة (ووجه) قوة الاشكال فيه ان هذه المسألة مبنية على مسألتين (احديهما) ان الولاء هل يتبع اللغة او النسب الشرعي (فان قلنا) بتبعيته للنسب الشرعي فالولاء عليه هنا لمولى الام ولا انجرار (وثانيتهما) ان الانجرار (هل) يتبع النسب الشرعي او اللغوي فلما كانت هذه المسألة مبنية على المسألتين (وفيها اشكال) كان اقوى اشكالا مما بينى على اشكال واحد وايضا فان حقوق الموالى على اولاد العبيد (هل) هو باعتبار كون الاولاد نماء لملكهم (او) من حيث البنوة والنسب .

قال قدس الله سره : ولو اولد مملوك (الى قوله) على اشكال .

اقول : ينشأ (من) ان ثبوت الولاء لمولى الام بشرط عدم حرية الاب فاذا حصلت

اشترى الولد اباه انعتق عليه وانجرو لاء اولاده كلهم اليه على اشكال (وهل) ينجرو لاء نفسه اليه فيبقى حراً لا لواء عليه اوبقى ولاؤه لمولى امه اشكال ينشأ (من) كون الولاء

حرية الاب زال ولاء مولى الام (ويحتمل) العدم لان الجار للولاء الولاء لا مجرد العتق فجزه موقوف على ثبوت الولاء ولا لواء عليه هنا والحق ان هذه المسألة موقوفة على مسألة هي ان من ملك من ينعق عليه فانه ينعق بملكه خصوصاً باختياره (هل) له عليه ولاء قال الشيخ فى المبسوط نعم وتبعه ابن حمزة لعموم الخبر (لما) رواه الصدوق ، عن سماعة ، عن الصادق عليه السلام : فى رجل يملك ذا رحمه هل يصلح ان يبيعه او يستعبده. قال لا يصلح له ان يبيعه ولا يتخذ عبداً وهو مولا واخوه فى الدين وايهما مات ورثه صاحبه الا ان يكون له وارث اقرب اليه منه (١) قال ابن ادريس وابن الجنيد ووالدى فى المختلف لا لواء عليه وهو الاقوى عندى (لان) الميراث بالولاء والنسب لا يجتمعان فان النسب يمنعه وعدمه شرط فيه (واجب) بان الخبر جاء (من اعتق) وهذا لم يعتق بل انعتق عليه قهر او الرواية تدل على الارث لا الولاء لوجود الرحم او الميراث بالرحم لا بالولاء .

(اذا عرفت ذلك فنقول) على قول الشيخ بثبوت الولاء له على ابيه ينجرو لاء الاولاد اليه (فان قلنا) لا يثبت له عليه ولاء لم ينجر اليه ويمكن ان يقال ان الجر هنا لا بمعنى انتقال الولاء من مولى الام الى معتق الاب بل بمعنى زواله عن مولى الام لان شرط ثبوت الولاء لمولى الام عدم حرية الاب اذ لو كان حراً قبل العلق به لثبته دونها .

قال قدس الله سره : وهل ينجرو لاء نفسه (الى قوله) او عليهما ولاء. اقول: هذا فرع على انجرار ولاء ابيه اليه وقد فسر الانجرار هنا بمعنىين (الاول) انتقال الولاء اليه بحيث يثبت له وهو لا يتصور فى الانسان نفسه (الثانى) زوال الولاء عن مولى الام وهذا يتصور فى الاب وفى نفسه والمراد فى هذه المسألة هذا المعنى واما فى الاب فقد تقدم انه يتأتى فى معناه وهذا اشارة الى ضابط كلى اتفق عليه الفقهاء ، وهو ان كل مولود ولد وابوا مرتان فى الاصل او جران وعليهما ولاء فعليه ولاء) فلو قلنا بانتقاله عن مولى الام لزال الولاء عنه فيكون الولاء ثابتاً على ابيه دونه وهو خرم للضابط

ثابتاً على ابويه دونه مع انه ولدوهما رقان في الاصل او عليهما ولاء ولو كان المشتري لايه ولد زنا واعتقه ان قلنا بعدم العتق في الزنا ثبت له الولاء قطعاً وانجر ولاء الاولاد وولائه اليه ، اما لو اشترى هذا الولد عبداً فاعتقه فاشترى العبد الاب فاعتقه - اذا الولاء (١) وصار الولد مولى المشتري لمباشرته العتق والمشتري مولى له لانه اعتق أباه فانجر ولاء الولد من مولى الام اليه وصار كل منهما مولى الاخر من فوق واسفل ويرث كل منهما الآخر بالولاء (فان) ماتا ولا مناسب لهما (قيل) يرجع الولاء الى مولى الام وفيه نظر المذكور وقوله (على ابويه) اما على الام فظاهر واما على الاب فعلى القول بانجرار ولاء الاب اليه فظاهراً ايضاً واما على القول بعدم الانجرار بمعنى انتفاء الولاء فلا يتأتى قوله على ابويه ولاء .

قال قدس الله سره : ولو كان المشتري (الى قوله) وولائه اليه .

اقول : هذا مبنى على اشتراط العتق عليه بالتحاق النسب شرعاً وقد مضى .

قال قدس الله سره : اما لو اشترى هذا الولد (الى قوله) للامام .

اقول : اذا اشترى ابن المعتقة وعليه ولاء لمولى امه عبداً فاعتقه تبرعاً كان ولائه

لمعتقه وهو ولد المعتقة ثم اشترى هذا العتيق اب المعتقه وهو اب ولد المعتقة واعتقه تبرعاً كان ولاء هذا الاب للمعتق وانجر ولاء ولده الى هذا العتيق فدار الولاء بينهما و صار لكل منهما الولاء على الآخر وكل منهما مولى لصاحبه من اعلى ومن اسفل فكل من مات منهما ولا وارث له ورثه الآخر فان ماتا ولا وارث لهما قال الشيخ في المبسوط يكون الميراث لمولى الام ويعود اليه الولاء لان الولاء لحمه كالحمة النسب فمعنى انجراره سيرورته اولى لان النسب لا يزول بوجود اولى منه . قال شيخنا والذى المصنف قدس الله سره هذا فيه نظر لانهم فسروا الانجرار بانقطاع الولاء عن مولى الام من حين عتق الاب لانهم حكموا بزوال ولاء مولى الام فلاوجه لعوده اليه فالاقرب ما اختار المصنف وهو ثبوت الولاء للامام .

أقربه العدم وميراثه للامام ، وهل يرث الامام الولاء فيه اشكال ، فان قلنا به لم يرد على الزوجين لوقلنا به ، ولو تزوج ولداً المعتقة معتقة فاشترى ولده منها جده عتق عليه وله ولأوه

قال قدس الله سره : وهل يرث الولاء الامام فيه اشكال .

اقول: هذا تفريع على القول بان الولاء يورث وقد تقدم البحث فيه وتقرير الفرع ان غير الامام من الوراث يرث الولاء فاذا لم يكن ممن يرث الولاء احد هل يرث الولاء الامام عليه السلام استشكله والدى المصنف (من) حيث انهم جعلوا ولاء الامامة قسيماً للولاء العتق فلا يكون قسماً منه (ومن) حيث ان الولاء من جملة الموروثات كالاموال ويرثه الوارث فيرثه الامام كسائر الاموال وكسائر الوراث والاقوى عندي ان قلنا انه يورث يرثه الامام.

قال قدس الله سره : فان قلنا به لم يرد (الى قوله) لوقلنا به .

اقول: هذا تفريع على ان الولاء يرثه الامام واليه اشار بقوله (فان قلنا به) و تقريره انا (اذا قلنا) ان الولاء يرثه الامام اذا مات المعتق ولا وارث له والمعتق موجود فينزل الامام منزلة وارث المعتق من النسب يصير الولاء للامام فاذا مات المعتق بعد ذلك وخلف زوجا او زوجة والامام كان للزوج او الزوجة النصيب الاعلى ويكون الباقي للامام (وان قلنا) ان الزوج او الزوجة في غير المولى عليه اذا لم يخلف الميت غيرهما يرد على الزوج او الزوجة الباقي ولا يرثه الامام والى هذا اشار المصنف بقوله (ان قلنا به) الاخير والضمير في به يرجع الى الرد على الزوج او الزوجة وانما كان هنا للامام لانه هنا يرثه بولاء العتق لا بولاء الامامة وولاء الامامة متأخر عن ولاء العتق مشارك لهما فلا يرد عليهما معاً (واما على القول) بان الزوج والزوجة في غير المولى عليه لا يرد عليهما الباقي للامام قطعاً لكنه لا يكون بولاء الامامة بل بولاء العتق.

(واما على القول) بان الولاء لا يورث بل يورث به فلا يرث به الا النسب مطلقاً او مخصوصاً فاذا مات المعتق بغير وارث من النسب يرث بالولاء انقطع الولاء وورث الامام بولاء الامامة وجاء الخلاف في الزوج والزوجة .

قال قدس الله سره : ولو تزوج ولد المعتقة (الى قوله) من الاحتمال .

اقول: البحث في هذه المسألة قد تقدم مثله فلا وجه لاعادته .

على اشكال وينجر اليه ولاء أبيه وسائر اولاد جده وهم عمومته وعماته و ولاء جميع معتقيهم ويبقى ولاء المشتري لمولى الام اويبقى حراً لا ولاء عليه على ما تقدم من الاحتمال ، ولو تزوج عبد بمعتقة فأولدها وولد أفولاء لمعتق امه فان تزوج الولد بمعتقة آخر فأولدها ولداً فالقرب ان ولاء الولد الثاني لمولى امه (لان) الولاء الثابت على ابيه من جهة امه ومثله ثابت في حق نفسه وما ثبت في حقه اولى مما يثبت في حق ابيه (ويحتمل) ان يكون لمولى ام الاب (لان) الولاء الثابت على الاب يمنع ثبوت الولاء لمولى الام (ولان) علة الانجرار الانعام على الاب بالعتق والمنعم على الاب ، هنا هو مولى ام الأب ولو تزوج معتق بمعتقة فأولدها بنتاً وتزوج عبد بمعتقة فأولدها بناقززوج الابن بينت المعتقين فأولدها ولداً فولاء هذا الولد لمولى ام أبيه (لان) له الولاء على أبيه ، فان تزوجت بنت المعتقين بمملوك فولاء ولدها لمولى ابيها (لان) ولاءها له فان كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى ام اب الام على الوجه الثاني (لان) مولى ام اب الام ثبت له الولاء على اب الام فكان مقدا على امها وثبت له الولاء عليها .

قال قدس الله سره: ولو تزوج عبد (الى قوله) مولى ام الاب .

اقول: الاقوى عندي الثاني لان المقتضى لانجرار الولاء انما هو عتق الاب و ثبوت ولاء عليه والمعتق للاب هو معتق امه فهو مساو للمباشر لعتقه قوله (في حق نفسه) اى الولاء من جهة الام وقوله (وما ثبت في حقه اولى) لكونه بغير واسطة .

قال قدس الله سره: فان تزوجت بنت المعتقين (الى قوله) الولاء عليها

اقول: هنا مسألان (الاولى) اذا تزوجت بنت المعتقين اى كل من ابويها عتق بالمباشرة بمملوك فولاء ولدها لمولى ابيها (لان) كلما تبع الولد في الحرية امه وعليها ولاء فعليها ولاء لمولى امه ومولى الام هنا مولى ابيها (الثانية) امرأة ابوها متولد من اب مملوك وام معتقة عليها ولاء فولاء ابيها (ابنها - خ) لمولى امه قطعاً وانما البحث في مسألتي (الاولى) ولاء هذه المرأة هل هو لمولى ابيها او لمولى امها فيه احتمالان تقدا (احدهما) ان يكون لمولى الاب لان جهة الابوة اقوى من جهة الام ولهذا ينجر من معتق الام الى معتق الاب .

ولو تزوج عبد بمعتقة فأولدها بنتين فاشترتا أباهما عتق عليهما ولهما عليه الولاء على اشكال والفايدة في العقل، فلومات الاب كان الميراث لهما بالتسمية والرد لبالولاء لانه لا يجتمع الميراث بالولاء مع النسب عندنا ولوماتنا أو أحديهما والاب موجود فالميراث له ولو لم يكن موجوداً كان ميراث السابقة لاحتها بالتسمية والرد ولا ميراث

(وتحقيقه) ان الولاء من جهة الابوة والامومة لا يجتمعان والولاء من جهة الامومة لا يزيد ولا ابوة في صورة اصلا بل ولا ابوة يزيد ولا ابوة لا يجتمعان ولا ابوة من جهة الابوة اصلا والولاء من جهة الابوة يجر الولاء لمولى الاب من موالى الام فكان ولاء الابوة اقوى (وثانيهما) ان يكون لمولى الام لان جهة الاب انما كانت اقوى اذا لم يكن اصله الامومة واما اذا كان اصله الامومة فممنوع بل هو اضعف من الامومة الثابتة بغير واسطة فان ولاء الاب بواسطة امه فيكون ولاء ام الاب قد أثر في ولاء هذه البنت بواسطة تأثيرها في الاب وهذه الام بغير واسطة فولاء الابوة هنا والامومة كلاهما من جهة الامومة لكن ذلك بوسط وهذا بغير وسط والذي بغير وسط اقوى ، والاصح عندى الاول (لان) علة الولاء هو حرية الاب وثبوت ولاء عليه وهو يتحقق هنا وهو الذي يمنع الولاء من جهة الام. (الثانية) البحث في ولاء اولادها التابعين لها في الحرية كما اذا تزوجت بمملوك واتت منه باولاد فنقول ولاء اولادها تابع لها (فعلى القول) بان ولائها لمولى ام ابيها كان ولاء اولادها لها ايضا (وعلى القول) بان ولائها لمولى امها فولاء اولادها له.

قال قدس الله سره : ولو تزوج عبد (الى قوله) في العقل .

اقول: هذا الاشكال ينشأ (من) اختلاف الاصحاب في ان من اشترى من ينعق عليه (هل) يثبت له عليه ولاء ام لا وقد تقدم البحث في هذه المسألة وحكي لنا قول الشيخ ومن تابعه وقول من خالفه ، قوله والفائدة في العقل اشارة الى تفسير الولاء الذي اثبتته الشيخ واتباعه بعق القربة (وتقريره) ان الولاء له حكمان - الميراث - وتحمل العقل ، فلا معنى بثبوت الولاء بثبوت الميراث (لان) الاجماع من اصحابنا على انه لا يمكن اجتماع الميراث بالنسب والولاء بل معناه ثبوت العقل فان المرأة لاتعقل بالنسب ولا باتقال الولاء اليها من غيرها بل تعقل بمباشرة العتق فلما لم تعقل للاب بالنسب فهل تعقله بمباشرة

بالولاء لوجود المناسبات ، ولومات الاخرى ولا وارث لها (هل) يرثها مولى امهافيه اشكال (ينشأ) من انجرار الولاء اليهما بعتق الاب او لاوا الاقرب عدمه (ان) لا يجتمع استحقاق الولاء بالنسب والعتق (فان قلنا) بالجر فكل واحدة منهما قد جرت نصف ولاء اختها اليها (لانها) اعتقت نصف الاب ولا ينجر الولاء الذى عليها فيبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى امها ، ولو اعتقت المرأة مملوكا فاعتق آخر فميراث الاول لمولاته والثانى للاول فان لم يكن الاول ولا مناسبه فميراث الثانى لمولاة المولى ، ولو اشترت اباها عتق عليها فان اشترى مملوكا فاعتقه ومات الاب ثم مات المعتق ولا وارث له سواها ورثت النصف بالتسمية والباقي بالرد لا بالتعصيب (ان قلنا) يرث الولاء ولد المعتق وان كن اناثا والآكان الميراث لها بالولاء (ان قلنا) بثبوت الولاء بالشراء . ولو اشترى احد الولدين مع ابيه مملوكا فاعتقاه ثم مات الاب ثم المعتق فللمشترى ثلاثة ارباع تركته ولاخيه الربع والمولود من حرين اذا كان اجداده عبيداً ثبت الولاء عليه المعتق ام الام اذا اعتقها العتق قال الشيخ نعم ومنعه المصنف وابن ادریس وقد تقدم .

قال قدس الله سره : ولومات الاخرى (الى قوله) بالنسب والعتق.

اقول : قد تقدم البحث فى انجرار الولاء فى مثل هذه الصورة (والتحقيق) ان معنى الانجرار ان يزول ولاء مولى الام لابعنى انه ينتقل الى المعتق .

قال قدس الله سره : والمولود من حرين (الى قوله) فينجر الى معتقه.

اقول : هنا مسألتان (الاولى) الذى خلق حراً من ابوين حرين اذا كان اجداده ارقاء وقد صورها المصنف لبعض فضلاء تلامذته وهو مولانا رشيد الدين على الآوجى فى صورة هى عبدلبكر اسمه يحيى - تزوج بامر مولاه بمعتقة خالد واسمها صافية - فاولدها بنتا اسمها فاطمة ، فولأئها لمولى امها وهو خالد ، فاذا تزوجت فاطمة لعبد عمر واسمها يوسف فاولدها ابنا اسمه حسن - فتزوج حسن بمعتقة عبدالله واسمها سكيئة فولد منها ابنا اسمه زكريا - فهذا زكريا مولود من حرين فامه معتقة مباشرة ، وابوه اصوله (من جهة) الابوة ارقاء (من جهة) الامومة احرار .

اذا عرفت ذلك (فنقول) ولاء زكريا لمولى ام ام ابيه وهو خالد فاذا اعتق بعد

اولاً ، ثم ينجر منه الى معتق الام ثم منه الى معتق ام الاب ثم منه الى معتق اب الاب ويستقر عليه الآن يكون الاب رقيقاً فينجر الى معتقه ، ولو اشترى ابن وبنت اباهما فاعتق فاشترى عبداً فاعتقه ثم مات الاب ثم العتيق ورثه الابن خاصة لانه العصبه بل لو خلف العتيق ابن عم المعتق والبننت كان الميراث لابن العم .

ذلك بكر اب ام اب زكريا وهو يحيى انجر الولاء من خالد وهو مولى صفيه ام ام زكريا الى بكر - وهو مولى يحيى اب ام اب زكريا (ثم نقول) يوسف اب اب زكريا له اب وام بالنسبة الى حسن جد وجدة اسمهما جعفر وزهرة ، و زهرة جارية لسليمان و جعفر مملوك لاحمد - ثم اعتق بعد ذلك سليمان جاريته وهى زهرة التى هى جدة حسن انتقل الولاء من معتق يحيى وهو بكر الى سليمان ، وهذا مراد المصنف بقوله (١) ينجر الولاء (منه) اى من معتق اب ام الاب (الى معتق ام اب الاب) لانه اقرب فاذا اعتق احمد بعد ذلك جعفرأ انتقل الولاء من سليمان اليه (لانه) مولى اب اب الاب وهو اشارة الى قول رحمه الله (ثم منه الى معتق اب الاب) ويستقر الولاء لاحمد عليه الآن يكون الاب رقيقاً فينجر الولاء الى معتقه (لان) يوسف عبد عمرو فاذا اعتق عمرو عبده - وهو يوسف - ينجر الولاء اليه وهو معتق اب الاب .

وهذا نقلته من خط الذى زعم انه كتبه من لفظ المصنف حرفاً حرفاً وهذا فرع على مسألتين (احديهما) ان جهة الابوة اقوى من جهة الامومة (و ثانيتهما) انه اذا كان الاب حراً عليه ولاء لمولى ام امه و الابن امه معتقة عليها ولاء فان ولاء الابن يكون تابعا لايه وان كان مثله ثابتا فى حق الابن وقد تقدم الكلام فى مثل هذه المسألة و (يمكن) توجيهه بوجه آخر وهو ان حسن الذى هو اب المولود من حرين تزوج بينت بنت معتقة عبدالله واسمها سكينه فحينئذ تكون هذه الصورة فرعاً على المسألة الاولى خاصة وهى ان جهة الابوة اقوى من جهة الامومة .

(المسألة الثانية) ان يكون مولوداً من حرين وهو تابع لاصوله فى الحرية و ابواه كذلك واجدادهم ايضاً معتقون عليهم ولاء والكل كفار ثم سبى الكل الا هذا المولود من

(١) يعنى فى قول المصنف - ثم منه الى معتق ام اب الاب الخ فلا تغفل .

المقصد الثاني في التدبير

وفيه فصول : (الاول) في حقيقته وصيغته

التدبير عتق المملوك بعد وفاة مولاه ، وفي صحة تدبيره بعد وفاة غيره كزوج الامه

حرين وقلنا لا يزول الولاء عنه وانه اذا اعتق السابي احد اصوله فانه يكون له الولاء ثم كلما اعتق من هو اولى ، ينجر اليه كالابتداء ثم يفرض هذا الترتيب الذي ذكره المصنف بل يفرض ايضاً بعد اصول الام عتق الام فينجر اليها ثم ينتقل الى اصول الاب الى ان يصل الى الاب (واعلم) ان هذه المسألة ذكرها المصنف لانها فرع يمكن رده الى المسئلتين اللتين ذكرنا ابتداء الصورة الاولى عليهما وقد ذكرهما المصنف ويمكن رده الى ان عتق الكافر يصح وانه اذا سبى المعتق ثم اعتق يكون لمعتقه الولاء وان تجددت مهزذهن الفقيه في رد الفروع الى الاصول المتعارضة لانها مذهب له .

المقصد الثاني في التدبير

وفيه فصول : (الاول) في حقيقته وصفته

(مقدمة) التدبير تعليق عتق المملوك بوفاة سيده فان الوفاة دبر الحيوة لانه اعتاق في دبر الحيوة قال لى والذى المصنف اجمع كل من نقل عنه العلم على ان كل كامل جائز التصرف دبر عبده او امته ولم يرجع عن ذلك حتى مات المدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دينه ان كان فيتحرر بموت السيد .

قال قدس الله سره : وفي صحة تدبيره (الى قوله) اقرب به الجواز .

اقول : وجه النظر اختلاف الاصحاب فان الشيخ رحمه الله جوزه في النهاية و

تبعه ابن البراج وابن حمزة وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد وصرح ابن ادريس بالمنع في الثاني قال . لان التدبير في عرف الشريعة عتق العبد بعد موت مولاه والميجعول له الخدمة غير مولاه واختار والذى اختيار الشيخ في النهاية وهو المختار عندي لما رواه الشيخ في الصحيح عن يعقوب بن شعيب قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم فقال هي لفلان تخدمه ما عاش فاذا مات فهي حرة فتأبى الامه قبل ان يموت

ومن يجعل له الخدمة نظراً قربه الجواز وصيغته انت حر بعد وفاتي او اذا مت فانت حر
 او عتيق او معتق ، ولو قال انت مدبر فالقرب الوقوع اما لو قال عقيبه فاذا مت فانت حر
 صح اجماعاً ولا عبرة باختلاف ادوات الشرط او الفاظ المدبر مثل اذا مت او ان مت او
 متى مت او اى وقت او اى حين وسواء قال انت حر او هذا او فلان ولو اتى باللفظ الدال على
 العتق بالكناية لم يقع .

الرجل بخمس سنين اوست سنين ثم يجدها ورثته المهم ان يستخدموها بعد ما اباقت فقال لا اذا
 مات الرجل عتقت (١) واذا صح في المجعول له الخدمة صح في الزوج اذا فارق بينهما
 من الامة (قالوا) التدبير وصية وكل وصية لا يصح تعليقها بغير موت الموصى (اجيب)
 بمنع الاولى بل هو تعليق للعتق (قالوا) فيبطل (قلنا) الا هنا بالنص .
قال قدس الله سره : وصيغته انت حر (الى قوله) الوقوع .

اقول : اجمع المسلمون على انه اذا علق صريح العتق بالموت صار مدبراً ، اما
 لو قال انت مدبر او دبرتك ففيه اقوال ثلاثة (الاول) انه يصح وهو صريح فيه وهو اختيار
 المصنف وجماعة من الاصحاب وهو الاصح عندى (لانهما) لفظان وضعا لهذا المعنى و
 استعمالاً واشتهراً فيه عند الخاص والعام من زمن الجاهلية واقره الاسلام ولا يستعملان
 في غير هذا المعنى فيحملان عليه عند الاطلاق ولا نالان معنى بالصريح الا ذلك كالبيع و
 الهبة (الثاني) انه يصح مع النية اى مع ارادة الالفاظ بهما استعمالهما في العتق بعد
 الوفاة وهو اختيار ابن الجنيد وابن البراج لاصالة بقاء الرقية وعدم زوالها الا بسبب
 معلوم (الثالث) انه لا يصح بهما منفردين عن صريح العتق وهو التحرير والاعتاق وهو
 اختيار الشيخ في الخلاف فانه قال اذا قال انت مدبر او مكاتب لم ينعقد به كتابة ولا تدبير
 وان نوى به ذلك بل لا بدوان يقول في التدبير فاذا مت فانت حر او انت حر اذا مت لانه عتق بعد
 الوفاة وكل عتق لا بد فيه من صريح العتق كما ذكرنا (اما الاولى) فاجماعية ولرواية جابر ان
 رجلاً يعتق مملوكه عن دبر الحديث (٢) (واما الثانية) فلما تقرر والفرق بين الصريح

(١) تلمب ١١ خبر ١ من ابواب التدبير .

(٢) سنن ابي داود (ج ٤) باب في بيع المدبر .

وهو اما مطلق كما تقدم او مقيد مثل اذامت في سفرى فانت حر اوفى سنتى اوفى مرضى هذا اوفى بلدى او شهرى او سنة كذا او شهر كذا على رأى ، ولا يقع الا منجزا فلو علّقه بشرط او صفة بطل مثل ان قدم المسافر فانت حر بعد وفاتى (او) ان اهل شوال مثلا فانت حر بعد وفاتى (او) انت حر بعد وفاتى ان شئت (او) ان دخلت الدار فانت حر بعد وفاتى سواء دخل اولاً (او) ان دخلت الدار بعد وفاتى فانت حر (او) انت حر بعد وفاتى بسنة او شهر (او) ان ادبت الى كذا او الى ابنى فانت حر ، و لو قال الشريك ان اذامتنا فانت حر انصرف قول كل منهما الى نصيبه و صح التدبير ولم يكن معلقاً على شرط وينتق بموتهما ان خرج نصيب كل واحد من ثلثه ولو خرج نصيب احدهما خاصة عتق و بقي نصيب الآخر ، ولو مات احدهما او لا تحرر نصيبه من الثلث و بقي الباقي مدبراً ينتق بموت مالكة اما لو قصدا عتقه بعد موتهما بطل التدبير ، وانما يصح لو قصدا توزيع الاجزاء على الاجزاء .

الفصل الثانى فى المباشر

وهو كل مالك بالغ عاقل قاصد مختار جازى التصرف ناو (فلا) يصح تدبير الصبى والكتابة ان الكتابة مجازى (ويحتمل) غير هذا المعنى فيحتاج فى الحمل عليه الى العلم بارادة المتكلم استعمال اللفظ فى هذا المعنى وذلك بقريئة الصريح بكون اللفظ حقيقة فى المعنى منفرداً اى ليس بمشترك بينه وبين غيره و شرط كثير من الناس فيه الاشتهار بين اهل اللسان قال قدس الله سره : وهو اما مطلق (الى قوله) على رأى .

اقول: جزم ابن البراج بالصحة واختاره الشيخ فى موضع من المبسوط ثم قال فيه ما يظهر منه البطالان لئانه شرط لا ينافى الكتاب والسنة فجاز لعموم قوله بالتام المؤمنون عند شروطهم (١) .

الفصل الثانى فى المباشر

قال قدس الله سره : وهو كل مالك (الى قوله) مميزاً على رأى .

اقول: خالف فى ذلك الشيخ حيث جوز وصية الصبى اذا بلغ عشرأ وعتقه و تديره (١) كل فى اخبار باب ٦ من ابواب الخيارات وفيها المسلمون الخ .

وان بلغ عشراً مميّزاً على رأى (ولا) المجنون (ولا) السكران (ولا) الساهى (ولا) المكروه (ولا) المحجور عليه لسفه او فلس (ولا) غير النأوى للتقرب على اشكال، فان شرطانية التقرب لم يقع من الكافر وان كان زميياً او مرتداً وان كان عن غير فطرة على اشكال، ولولم نشترط صح تدبير المرتد لاعتن فطرة فان تاب نفذ والأفلا والكافران اسلم العبد بيع عليه من مسلم سواء رجع في تدبيره اولا فان مات المولى قبل بيعه تحرر من ثلثه ان لم يكن قد رجع فان قصر الثلث تحرر بقدره وكان الباقي للوارث فان كان مسلم. استقر ملكه عليه والأقهر على بيعه من مسلم، ولو ارتد السيد بعد التدبير لم يبطل تدبيره فان مات مرتداً عتق المدبر من الثلث ان لم يكن عن فطرة وان كان عنها لم ينعتق بموته لخروج ملكه عنه بالردة، ولا يصح تدبير المرتد عن فطرة ويصح تدبير الاخرس ورجوعه بالاشارة ولو خرس بعد التدبير فرجع صح مع العلم باشارته.

قال قدس الله سره ولا غير النأوى للتقرب على اشكال .

اقول: هذه المسألة مبنية على مسألتين (احديهما) ان التدبير هل هو وصية بعتق او عتق معلق بالموت (فعلى الاول) لا يحتاج الى نية (وعلى الثانى) ان قلنا ان العتق يشترط فيه نية التقرب شرط هنا والأفلا وقد قال كثير من الاصحاب انه وصية وقال بعضهم انه عتق معلق ويظهر ذلك من كلام ابن البراج وابن ادريس (قيل) لو كان عتقا معلقا لم يصح الرجوع فيه (والتالى) باطل اجماعا فالمقدم مثله (قالوا) لو كان وصية لا يحتاج بعد الموت الى ايقاع صيغة وليس بالاجماع .

قال قدس الله سره : فان شرطنا نية التقرب (الى قوله) على اشكال.

اقول: هنا مسائل (الاولى) هل يصح تدبير الكافر فيه اقوال ثلاثة (احدها) يصح مطلقا وهو قول الشيخ (وثانيها) لا يصح مطلقا وهو قول ابن ادريس لانه شرط القربة فيه ولا تصح من الكافر (وثالثها) يصح تدبير الذمى دون الحربى (الثانية) تدبير المرتد عن غير فطرة قال الشيخ فى الخلاف يصح وقال فى المبسوط وهو باطل لانه محجور عليه بالردة (الثالثة) المرتد عن فطرة لا ملك له فلا يصح تدبيره .

الفصل الثالث المحل

وهو كل مملوك غير وقف فلا ينفذ تدبير غير المملوك وان علقه بالملك ولا الوقف ويصح تدبير الجاني وام الولد والمكاتب فان ادى مال الكتابة عتق بها والا عتق بموت المولى بالتدبير ان خرج من الثلث والا عتق بقدره وسقط من مال الكتابة بنسبته وكان الباقي مكاتباً ولودبره ثم كاتبه بطل التدبير اما لو قاطعه على مال ليعجل عتقه لم يبطل تدبيره قطعاً ، وهل يشترط اسلامه الاقرب ذلك (ان) شرطنا نية التقرب ومنعنا من عتق الكافر (والا) فلا ، ولا فرق بين ان يكون المدبر ذكراً او انثى صغيراً او كبيراً او حملاً فلا يسرى الى امه ويصح الرجوع فيه فان اتت به لاقل من ستة اشهر من حين التدبير صح والآفلا لاحتمال تجدده بعد ، وتوهم الحمل ، ولو ادعت تجددهم بعد التدبير والورثة سبقهم قدم قولهم (لان) الاصل بقاء الرقية ، ويصح تدبير بعض الجملة مشاعاً كالنصف والثلث ولا ينعقد عليه الباقي ولا يسرى التدبير اليه وكذا لودبره اجمع صح ان يرجع في بعضه ولا تقوم عليه حصة شريكه ، ولو دبر الشريك ان ثم اعتق احدهما لم تقوّم عليه حصة الاخر والوجه التقويم ولودبر احدهما ثم اعتق وجب عليه فك حصة شريكه .

قال قدس الله سره : وهل يشترط اسلامه (الى قوله) والافلا .

اقول : جوز الشيخ رحمه الله تدبير العبد الكافر ومنعه المرتضى (واعلم) ان مبنى هذه المسألة على مقدمات ثلاث (الاولى) عتق العبد الكافر هل يصح اولاً وقد سبق القول فيه (الثانية) هل يشترط في التدبير نية القربة اولاً (الثالثة) الكافر هل يصح التقرب به اولاً (فان قلنا) انه يصح عتق العبد الكافر ولا يشترط في التدبير نية القربة وان الكافر يتقرب به صح تدبير العبد الكافر (وان قلنا) لا يصح عتق الكافر وقلنا باسقاط نية القربة في التدبير وقلنا ان الكافر لا يتقرب به لم يصح تدبير الكافر .

قال قدس الله سره : ولودبر الشريك ان (الى قوله) فك حصة شريكه .

اقول : قال الشيخ في المبسوط لا يقوّم لان له جهة يعتق بها والحق اختيار والذى المصنف هنا وهو اختيار جدى انه يقوّم عليه لانه لم يخرج عن ملكه بالتدبير .

ولو عتق الشريك لم تفك حصة التدبير على اشكال ولودبير بعضا معينا كيداه ورجله اوراسه لم يصح ولودبير احد عبيده غير معين فالاقرب بالصحة ويعين من شاء فان مات قبله فالاقرب القرعة ويصح تدبير الأبق ولو ابق بعد التدبير بطل تدبيره وكان هو ومن يولد له بعد الاباق رقان ولد له من أمة واولاده قبل الاباق على التدبير ، ولو ارتد المملوك لم يبطل تدبيره الا ان يلتحق بدار الحرب ولومات مولاه قبل التحاقه عتق ، ولو جعل خدمته لغيره مدة حيوة الغير ثم هو حر بعد موت الغير لم يبطل تدبيره باباقه ويكون جعل الخدمة لازما

قال قدس الله سره : ولو اعتق الشريك (الى قوله) على اشكال .

اقول: ينشأ (من) قول الشيخ رحمه الله ان حصة التدبير لها جهة عتق والحق ما ذكرناه اولا من انه مالك ملكاً قابلاً للعتق فيسرى لعموم الاخبار.

قال قدس الله سره : ولودبير احد عبيده غير معين فالاقرب بالصحة.

اقول: قال الشيخ في المبسوط يصح لانه اما عتق معلق او وصية والعتق قد تقدم انه يصح مع عدم التعيين وكذا الوصية (وقيل) لا يصح وقد تقدم في العتق والاقرب عندي الصحة .

قال قدس الله سره : ويعين من شاء فان مات قبله فالاقرب القرعة .

اقول: هذا فرع على صحة عتق غير المعين وهذا اختيار الشيخ في المبسوط لانها اعدل (وقيل) يعين الوارث لان التعيين حق للميت فيكون للوارث (ولان) هذا من قبيل الواجب المخير ولا قرعة فيه (ولان) تعيين مثل هذا اختياري وتعيين القرعة قهري (ولان) القرعة تميز ما وقع عليه العتق عن غيره والاختيار هنا تعيين لمحل التدبير والاقوى عندي ما هو اختيار المصنف .

قال قدس الله سره : ولو جعل خدمته لغيره (الى قوله) فاشكال .

اقول: يحتمل كونه من الثلث لعموم قولهم التدبير من الثلث (ولانه) عتق حصل بعد الموت فكان كالوصية (ويحتمل) كونه من الاصل لان التدبير اما وصية او عتق معلق والاول هنا منتف فان تعليق الوصية بموت الغير باطل فتعين الثاني فيكون قد لزم في حال صحته فلا يخرج من الثلث .

له (لأنه) رقبى وينتق من الاصل ان بقى المالك حيا وان مات قبله فاشكال ولودبرامته لم تخرج عن الرقية وله وطئها ووطؤ بنتها فان حملت منه عتقت بعد موت مولايها من الثلث فان عجز عتق الباقي من نصيب الولد ولو حملت بمملوك من زنا او عقد او شبهة كان الولد مدبرا كامه فان رجع المولى فى تدبير الام (قيل) لم يكن له الرجوع فى تدبير الولد وليس يعتمد ولو اتى المدبر بولد بعد تدبيره فهو كايه مدبر ولورجع فى تدبيرها فأت بولد ستة اشهر فصاعداً من حين الرجوع لم يكن مدبراً لاحتمال تجده ولو كان لاقل من ستة اشهر فهو مدبر، ولودبر الحامل لم يكن تدبيراً للحمل وان علم به على رأى .

قال قدس الله سره : ولودبر امته (الى قوله) وليس يعتمد .

اقول: (مقدمة) يحل للمولى وطى المدبرة بعد تدبيرها اجماعا لكمال الملك ونفوذ التصرف فيها ولجواز وطى المستولدة وحق الغير فيها أكد والفرق بينها وبين المكاتبه ان المكاتبه انقطع تصرف المولى عنها و صارت احق بنفسها و اذا وطئت للشبهة او جنى عليها كان المهر وارش الجناية لها بخلاف المدبرة والمستولدة فان المهر وارش الجناية يكون للمولى (قوله) من زنا فيه نظر تقدم ولان المملوك اذا زنا كان الولد للمالكه فان كانت زانية ايضا كان الولد للمالكين (قوله) قيل لم يكن له الرجوع فى تدبير الولد هذا اشارة الى قول الشيخ فى النهاية والخلاف وتبعه ابن البراج وابن حمزة وقال ابن ادريس له الرجوع فى تدبير الولد وهو اختيار والذى المصنف رحمه الله (احتج) الشيخ باجماع الفرقه (واحتج) والذى بان التدبير وصية وكل وصية يجوز له الرجوع فيها والمقدمتان اجماعيتان والاقوى عندى اختيار المصنف لان الولد مدبر وكل مدبر فللمدبر الرجوع فى تدبيره والاولى اجماعية والثانية ياتى بيانها .

قال قدس الله سره : ولودبر الحامل (الى قوله) على رأى .

اقول: اختلف الفقهاء فى انه اذا دبر الامه الحامل و اطلق هل يكون تدبيراً للحمل او لا على اقوال ثلاثة (الاول) انه لا يكون تدبيراً للحمل مطلقا سواء كان عالما بالحمل او لا وهو اختيار الشيخ فى المبسوط والخلاف وابن ادريس والذى المصنف وهو الاصح عندى (الثانى) انه يتبعها مطلقا اي سواء كان عالماً او جاهلاً وهو قول بعض الاصحاب وقول

الفصل الرابع في الاحكام

التدبير كالوصية يمضى من الثلث بعد موت المولى وايفاء الديون فان قصر الثلث عتق منه بقدره ، ولولم يكن غيره عتق ثلثه ولو كان المال غايبا عتق ثلثه ثم كلما حصل من المال شيء عتق منه بنسبة ثلثه ، ولو كان هناك دين مستوعب بطل التدبير ويبع المدبر فيه ، ولو زادت قيمته يبع مساويه وتحرر ثلث الباقي وكان ثلثاه ميراثا سواء سبق التدبير الدين او تأخر ولودبر جماعة فان خرجوا من الثلث والاعتق من يحتمله ويبدأ بالاول فالاول (فان جهل او لم يرتب فالقرعة ولو حملت بعد التدبير فان خرجت هي والاولاد من الثلث عتقوا والاقسط عليهما فيعتق من كل واحد بقدر ما يحتمله الثلث من جميعهم وسعى في قسطه من الزيادة لانهم جميعاً بمنزلة عبد واحد لم يحتمله الثلث .

ويجوز الرجوع في التدبير قولاً او فعلاً فلو وهب وان لم يقبض او اعتق او وقف او

لابن البراج (الثالث) انه ان كان عالماً بالحمل تبعها الحمل والآ فلا وهو اختيار الشيخ في النهاية وابن حمزة ويظهر من كلام ابن الجنيد وهو قول آخر لابن البراج هكذا نقل عنه (لنا) رواية الشيخ في الموثق عن عثمان بن عيسى الكلابي عن الكاظم عليه السلام انه قال ان كانت المرأة دبّرت وبها حمل ولم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبرة والولد رق وان كان انما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبيره (١) (احتج) الشيخ بما رواه الحسن بن علي عن الرضا عليه السلام قال سألته عن رجل دبر جارية وهي حبلى فقال ان كان علم بحبل الجارية فما في بطنها بمنزلتها وان كان لم يعلم فما في بطنها رق (٢) ورواه الصدوق في الصحيح عن الحسن بن علي الوشا عن الرضا عليه السلام ، واجاب والدى المصنف قدس الله سره بالحمل على ما اذا دبر الحمل مع الام .

الفصل الرابع في الاحكام

قال قدس الله سره : ويجوز الرجوع (الى قوله) او مقيداً .

اقول: التدبير يقبل الرفع اجماعاً (لما) روى جابر ان رجلاً اعتق مملوكه عن

(١) تل ب ٥ خبر ٢ من ابواب التدبير .

(٢) تل ب ٥ خبر ٣ من ابواب التدبير .

أوصى به اوباعه على رأى اورهنه بطل التدبير مطلقا كان او مقيداً ، ويصح العقد وان
 دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ من يشتريه منى فباعه من نعيم بن عبدالله بثمانمائة درهم
 فدفعها اليه وقال عَلَيْكَ انت احوج منه (١) قوله عَلَيْكَ (انت احوج منه) يدل على انه
 يبطل والآلما كان يحتاج الى وجه الترجيح فانه لا يقع فى حياة المولى و ينحصر رافعه
 فى امرين (احدهما) لقول والآخر لفعل (الاول) القول كقوله رجعت فى التدبير
 او بطلته اورفته وما اشبهه وهو اجماع (الثانى) الفعل وهو امور (الاول) هبته فاذا وهب
 المدبر لغيره فانه يبطل وان لم يقبض المتبهب الهبة لان اللفظ الدال على الهبة دال على
 الرجوع لان ارادة الشيء تستلزم كراهية ضده و سبب وجود الضد سبب لبطان. الضد
 الآخر والآلزم اجتماع الضدين او بطلان احدا السببين وهذا هو اختيار الشيخ فى المبسوط
 والخلاف خلافا لابن حمزة فانه صرح بانه لا تصح الهبة الا بعد رجوعه فى التدبير لفظا و
 سيأتى افلاج حجته (الثانى) انه اذا اعتقه كان رجوعا فى التدبير وصح العتق لانه لم يخرج
 عن ملكه (ولانه) وصية بالعتق او تعليق له وكل وصية بالعتق وتعليق له يبطلان تنجزه
 (الثالث) اذا وقفه وان لم يقبض بطل التدبير وهو قول الشيخ فى المبسوط والخلاف وابطل
 ابن حمزة الوقف قبل الرجوع فى التدبير (لنا) ما تقدم (الرابع) الوصية به تصح و يبطل
 التدبير والخلاف كما تقدم (الخامس) يبيع رقبته لازم مزيل للتدبير عندنا .

والخلاف هنا فى موضعين (احدهما) فى صحة بيعه (قيل) لا يصح الآ بعد رجوعه
 وقال ابن ابي عقيل ليس للمدبر ان يبيع المدبر الآن يشترط على المشتري عتقه فاذا
 اعتقه المشتري فالولاء لمن اعتق وقال الصدوق ليس له يبعه الا ان يشترط على الذى
 يبيعه ايّاه انه يعتقه عند موته (لنا) مامر وما يجيء وقال الشيخ فى النهاية ومتى اراد
 المدبر يبعه من غير ان ينقض تدبيره لم يجز له الا ان يعلم المتباع انه يبيعه خدمته وانه
 متى مات هو كان حراً لاسبيل له عليه و (ثانيهما) على القول بالصحة هل يرفع التدبير-
 قال المفيد لابل متى مات البايع صار حراً لاسبيل عليه وبه قال الشيخ (لنا) التدبير

(١) سنن ابي داود ج ٢ باب فى بيع المدبر وفيه بعد قوله درهم - فدفعها اليه ثم قال
 اذا كان احدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فان كان فيها فضل فملى عياله فان كان فيها فضل فملى ذى قرابته
 او قال على ذى رحمته كان فضلاً فهينا وهينا .

لم يرجع في التدبير وسواء قصد بيعه الرجوع في التدبير اولا ، وهل يبطل التدبير بالعقود وصية وكل وصية تبطل باخراج الموصى به عن ملك الموصى في حياته وكل بيع مخرج للمبيع عن ملك البايع والاولتان اجماعتان والثالثة ظاهرة من مفهوم البيع (ولما روى محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام وقد سئل عن رجل دبر مملوكا ثم احتاج الى ثمنه قال فقال هو مملوكه ان شاء باعه وان شاء اعتقه وان شاء امسكه حتى يموت و اذا مات السيد فهو حر من ثلثه (١) شرط التحرير بالتدبير باسماكه حتى يموت وبموته فانه اتى بلفظة (ان) في قوله ان شاء وبلفظة (اذا) في قوله اذا مات وايضا فقوله (فهو حر من ثلثه) يدل على انه على تقدير عدم البيع لانه على ما زعم الشيخ رحمه الله اذا اخذ الثمن لم يعتبر قيمة المدبر من الثلث لانه اخذ عوضه ولم يتفاوت عليه عتقه وعدمه وسيأتي تمام البحث فيه (احتج) الصدوق برواية محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام في الرجل يعتق غلامه او جاريتيه عن دبر منه ثم يحتاج الى ثمنه ابيعه قال لا الا ان يشترط على الذي يبيعه اياه ان يعتقه عند موته (٢) احتج الشيخ بما رواه القاسم بن محمد عن علي قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اعتق جارية له عن دبر في حيوته قال ان اراد بيعها باع خدمتها في حياته فاذا مات اعتقت الجارية و ان ولدت اولاد افهم بمنزلتها (٣) ولما رواه السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام قال باع رسول الله صلى الله عليه وسلم خدمة المدبر ولم يبع رقبته (٤) .

قال قدس الله سره : وهل يبطل التدبير (الى قوله) بالرجوع .

اقول : هذا فرع على ان التدبير يبطل بالتبع بالعقود المذكورة اذا كانت صحيحة (فنقول) هل يبطل بهذه العقود مع فسادها ام لا (فنقول) اما ان يعلم فسادها اولا وعلى كلالا التقديرين اما ان يقصد بها الرجوع اولا فالاقسام اربعة (الاول) ان يعلم فسادها و

- (١) ثل ب ١ خبر ١ من ابواب التدبير .
- (٢) ثل ب ١ خبر ٦ من ابواب التدبير .
- (٣) ثل ب ٣ خبر ٣ من ابواب التدبير .
- (٤) ثل ب ٣ خبر ٤ من ابواب التدبير .

الفاصلة الاقرب ذلك ان لم يعلم فسادها او قصد الرجوع (وقيل) لا يبطل التدبير بالبيع اذا لم يرجع فيه بل يمضى البيع في خدمته دون رقبته بمعنى ملكية المشتري متزلزلة يقصد الرجوع فالاقرب انه يكون رجوعا كما اختاره المصنف لان له الرجوع ويحصل بكل لفظ او فعل يقصد به الرجوع (الثاني) ان لا يعلم بفسادها ويقصد الرجوع فيكون رجوعا لما تقدم (الثالث) ان يعلم بفسادها ولا يقصد به الرجوع فلا يكون رجوعا (الرابع) ان لا يعلم بفسادها ولا يقصد به الرجوع فيكون رجوعا لانه واقع عقداً وارا دصحته وارا دة احد الضدين ينفي الاخر (ويحتمل) ان لا يقضى البطلان لانها عقود باطله فلا يترتب شيء من آثارها عليها وبطلان التدبير من جملة آثار الصحة فلا يحصل ولانه موقوف على ان ارادة ايجاد احد الضدين تستلزم ارادة نفي الاخر وفيه منع لجواز الغفلة عنه .

قال قدس الله سره : وقيل لا يبطل التدبير (الى قوله) على اشكال .

اقول : قوله (على اشكال) الاشكال (في هذا الحمل) (وتقريره) انه لما قال الشيخ رحمه الله وكثير من الاصحاب ان المدبر يمضى البيع في خدمته وينصرف اطلاقه الى خدمته دون رقبته اورد المصنف عليهم اشكالا - وهو ان الاتفاق واقع على ان تغاير جنس المبيع يبطل البيع كما اذا اشترى ثوبا من كنان فخرج من صوف فانه يبطل فلو كان بيع المدبر ينصرف الى خدمته والمذكور في العقد رقبته لكان يباع باطلا من رأس لاصحيا في الخدمة بل البطلان هنا اولي من الكنان والصوف لاختلاف الكنان والصوف في النوع واتفاقهما في الجنس القريب واختلاف رقبة العبد وخدمته اختلاف بالجواهر والعرض وهو اختلاف بالمقولة (ثم اجاب عنه) بان المراد ان البيع يتناول الرقبة ويملك المشتري الرقبة ملكا متزلزلا كما لو باعه عبداً بشرط العتق ومعنى التزلزل انه يؤل الى الزوال بالعتق وجوباً مع حيوة العبد وموت المولى وقوله (كمشروط العتق) اشارة الى دققة هي ان انتقال الرقبة اليه مشابه لان انتقال العبد المشروط عتقه الى المشتري في منع سائر التصرفات سوى العتق ومباين له من وجه وهو عدم وجوب العتق على المشتري في المدبر بموت المولى (لانه) عتق على المولى وللمولى بخلاف مشروط العتق فانه على المشتري ويباح له الاستخدام وكلما لا يمنع من عتقه بالوفاة كالاجارة والرهن اذا قلنا بانه عند الوفاة يبطل الرهن وينتق عليه

كمشروط العتق بخلاف تغاير جنس المبيع على اشكال ، ويتحرر بموت مولاه فحينئذ يثبت للمشتري الجاهل بالتدبير او بالحكم على اشكال الخيار ان لم يتصرف ومعه الارش ولو (١) اعتق بموت المولى .

وقوله (على اشكال) اى فى هذا التأويل اشكال لانه يلزم من صرف المبيع الى رقبته وتملك المشتري الرقبة محاذير اربعة (الاول) مخالفة اصحاب هذا المذهب (لانهم) انصوا على عدم تناوله للرقبة بل يتناول الخدمة فلا يكون هذا التفسير قولاً لهم بل قولاً برأسه (الثانى) ما تقدم من زوال الملك وبقاء التدبير (الثالث) ان يكون البيع معلقاً بمدة الحياة (الرابع) انه انما يعتق على البايع وبدون انتقاله اليه يستحيل انعاقه عليه وانتقاله اليه لا يمكن ان يكون بعد الموت (لانه) لا يعقل تجدد ملك الميت على المذهب الحق بل ان كان فهو فى آخر جزء من حياته وهذا محال من وجهين (احدهما) انه اذا باعه بشرط ان ينقله اليه كان باطلاً فكيف بشرط ان ينتقل اليه ابتداءً بلا سبب ناقل مغاير لهذا البيع وهذا البيع محال فان البيع مقتضاه انتقاله عن البايع بالكلية ولا يقتضى نقله عنه واليه باجماع المسلمين (وثانيهما) ان يكون الشرط مجهولاً وهو باطل فقد ظهر انه لا يمكن القول بانعاقه بموت البايع مع انتقال الملك عنه بعبوس وانما قالوا بصرف البيع الى خدمته حينئذ من هذا المحذور وهذا تصريح بعدم تناول الرقبة وفى انصرافه الى الخدمة محاذير (احدها) ما ذكرنا من اختلاف الجنس (وثانيها) وقوع البيع على المنافع ولا يصح وقوع البيع على المنافع (وثالثها) جهل المبيع المقصود بالذات فان المنافع مجهولة وامتناع تقويم المبيع بانفراده .

قال قدس الله سره : ويتحرر بموت مولاه (الى قوله) ولو اعتق بموت المولى

اقول : هنا سؤالان (الاولى) اذا كان المشتري جاهلاً بتدبيره فاما ان يكون قد تصرف اولاً فان كان قد تصرف فللارش سواء كان علمه قبل تحرره بموت المولى او بعده واليه اشار بقوله (ولو اعتق بموت المولى) فان لم يكن قد تصرف فان لم يكن قد اعتق بموت المولى فله الرد ايضاً وان كان قد اعتق بموت المولى كان له الارش خاصة وقوله

(١) الواو وصلىة اى ومعه الارش ولو اعتق الخ

(وهل) له الرجوع اشكال (فان قلنا) به فلو باعه او امره ثم رجع ففي العود الى المشتري او الزوجة على هذا القول اشكال اقربه ذلك ان قلنا بالانتقال المترزل ، ولو (ولو اعتق بموت المولى) لا يرجع الى هذا القسم بل الى الارش (الثانية) ان جاهل الحكم هل يعذرهما ام لا فيه اشكال ومنشأه ان جاهل الحكم لو عذرا لترفعت الاحكام الشرعية وعموم النص على ان جاهل الحكم لا يعذر (ولان) قوله تعالى فلو لانقر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون (١) يقتضى وجوب علم الاحكام بالادلة على الكفاية وقوله تعالى فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون (٢) اوجب التعلم بالتقليد فلا يعذرو من انه حكم خفى لا يكلف بالعلم به قبل وقوعه .

قال قدس الله سره : وهل له الرجوع اشكال .

اقول : هذا الفرع وما بعده من الفروع الى آخر فصول التدبير استخرجها المصنف قدس الله سره في سنة ثمان وعشرو سبعمائة حين نزولنا ببلدة بسطام من ولاية خراسان في (صحبة السلطان العالم غياث الدين خدا بنده محمد رحمه الله) وتقرير هذا الفرع ان نقول قول الشيخ بصحة البيع والتدبير هل يلزم البيع يلزم التدبير فلا رجوع حينئذ للبايع فيه اولا يلزم بل للبايع الرجوع فيه اشكال ينشأ (من) ان البايع باعه بيعا لازما بالنسبة الى البايع ولا يزول الا بعتقه بموت المولى وهذا معنى تزلزه واخذ عوضه فلا رجوع له فيه ولان انتقاله الى المشتري انتقالا آيلا الى العتق بموت المولى فكان كالمشروط عتقه في بيع لازم ليس للبايع الرجوع فيه (ومن) انه قد كان له الرجوع والاصل البقاء (ولانه) بالبيع لا يخرج عن كونه مدبرا وكل تدبير فللمدبر الرجوع فيه وفي الكلية منع (واعلم) ان الضمير في قوله (وهل له) راجع الى البايع الذى صدر منه التدبير والمراد بالرجوع الرجوع فى التدبير .

قال قدس الله سره : فان قلنا به (الى قوله) بالانتقال المترزل .

اقول : الضمير فى قوله (فان قلنا به) راجع الى الرجوع اى ان قلنا للبايع الذى

اعتقه المشتري قبل الرجوع نفذ وبطل حق البايع منه ؛ ولودبره عتق بموت السابق منهما فان كان هو البايع عتق من الاصل لوصول العوض اليه والمشتري من الثلث.

صدر منه التدبير الرجوع في التدبير بعد نقله الى غيره بعقد لازم كالبيع والاصداق يتفرع عليه فرع وهو انه اذا رجع البايع او الزوج مثلا في التدبير بعديعه او جعله صداقا فهل ينتقل ملك الرقبة الى المشتري او الزوجة او يعود الى ملك البايع فيه اشكال ينشأ (من) انتقاله عنه الى من نقله اليه وانما هو متزلزل بقبوله للعتق بموت المولى لا بغيره بسبب التدبير لا بغيره (في حقه - خ) والتدبير قد يبطل فزال التزلزل بزوال سببه (ومن) انه باعه مدبراً وقد بقي حكم التدبير على حاله مع البيع والبيع منصرف الى خدمته وحكم التدبير ان للمدبر الرجوع فيه وابطاله فيرجع اليه .

(والتحقيق) ان نقول امان نقول البيع يتناول خدمته خاصة لارقبته او (نقول) يتناول الرقبة وينتقل الى المشتري متزلزلا (فعلى الاول) يرجع بالرجوع الى البايع بمعنى استقرار ملك الرقبة فان بالتدبير يتزلزل ملك المدبر و يبطلانه يستقر كما كان اولا (وعلى الثاني) الاقرب انه يعود الى المنتقل اليه كالمشتري او الزوجة لان البايع اخذ العوض عن العين بعقد لازم وابطل التدبير برجوعه فزال التزلزل واستقر ملك المشتري والعتق كان حقا للمدبر بسبب التدبير وقد زال فزال حقه (ويحتمل) عودة الى البايع ايضا لانه انما باعه على انه مدبر واحكام التدبير ثابتة فيه - ومن حملتها جواز رجوع المدبر فيه وعود ملكه اليه مستقراً كما في بيع الخيار فهنا فروع (الاول) انه على القول بصحة التدبير مع البيع او الاصداق وعدم رجوع المولى او بعدم نفوذ الرجوع ينعق المدبر بمجرد موت المولى وليس العتق فسخا للبيع سواء قلنا بالانتقال المتزلزل او بصرف البيع الى خدمته بل الثمن كله للبائع وينعق المدبر ويؤول حق المشتري عنه (الثاني) ان قلنا يبطلان التدبير برجوع المولى فيه وبقاء البيع (فان قلنا) بصرف البيع الى خدمته ورجوع الرقبة الى المولى كانت الخدمة مدة حيوته المولى للمشتري وبعده لورثة البايع (الثالث) على القول بانتقال الرقبة متزلزلا احتمال استقرار ملك المشتري على الرقبة ويستقر ملكه على الخدمة ايضا وليس للمولى في مقابلة

ولود بره البايع مريضاً ثم باعه بقيمته مديراً وقصر الثلث عن التفاوت كما لو كانت قيمته ثلاثين وباعه مديراً بعشرة هي قيمته مديراً وعاد قيمة الجزء بفسخ التدبير فيه دخلها ازالة التزلزل شيء واما على احتمال رجوع الرقبة الى المولى فتكون الخدمة مدة حيوته للمشتري لان الرقبة تابعة هناكما في ضم الأبق الى غيره في البيع واما بعد حيوة المولى فلوارثه (الرابع) انه على تقدير رجوعه الى المولى هل له ان يدبره مرة اخرى او يعتقه ام لا الاصح جوازهما لعدم المانع (وهل) يجزى عن الكفارة ام لا الاقوى انه لا يجزى والاصح عندي انه بمجرد البيع او الاضدق او ماشابههما يبطل التدبير وهذه الفروع ساقطة عندي .

قال قدس الله سره : ولود بره البايع (الى قوله) وطريقه مامر .

اقول : تقرير هذه المسألة ان نقول اذا دبر المريض عبداً يجتمع فيه قيود اربعة (الاول) قيمته قبل التدبير ثلاثون (الثاني) نقصت قيمته بسبب التدبير الى ان صارت الى عشرة فهذا النقص ليس للسوق لا غير بل بسبب نقص صفة هي استقرار الملك فان التدبير يزيل الاستقرار (الثالث) كل جزء يبطل التدبير فيه يعود قيمة ذلك الجزء الى ما كانت قيمته اولا وهي نسبة من الثلثين وكل جزء يصح تدبيره بقيمته نسبة من العشرة اى ينقص قيمته الاصلية الى نسبتته من العشرة (الرابع) ان التشقيص بالبيع لا ينقص القيمة (نقول) بيان هذه المسألة يتوقف على مقدمات (الاولى) كلما يصح فيه البيع يصح فيه التدبير وكلما يصح فيه التدبير يصح فيه البيع وهذا ان حكمان متلازمان لان كلما صح فيه البيع فقد وصل اليه العوض ويبطلان التدبير فيه يرجع الرقبة الى المشتري فالفائدة للبايع في ابطال تدبير ما صح فيه البيع (ولان) التدبير بالنسبة الى المشتري لازم كشرط العتق كما تقدم ليس للمشتري ابطاله وكلما صح فيه التدبير فقد بيع بقيمته بالامحابة وتزلزل البيع هو بالامحابة ان لم يخرج من الثلث ومعنى التزلزل ان اجازها الوارث صح والأفلا .

(الثانية) كلما نقص بالتدبير من القيمة يحسب على العبد المديراً لانه متبرع عليه به لانه لنفعه ونفرضه كالوجود بالنسبة الى العبد (الثالثة) ما صح فيه التدبير لا يحسب على

الدور عندنا وعند الشيخ لوقوع الشراء بالقيمة فلا يمكن فسخ البيع في جزئه مع بقاء المشتري بالقيمة الناقصة لان التدبير لازم بالنسبة اليه وهو من لوازم صحة البيع فيمضى بيعه من الاصل (الرابعة) الجزء الذي بطل فيه التدبير وعادت قيمته يحسب على الورثة بالقيمة الزائدة حيث رجعت اليهم (الخامسة) كلما حصل للورثة من ثمن الجزء الذي صح البيع فيه وما بطل فيه التدبير بقيمة الزائدة يكون مثلي ما نقص من قيمة الجزء الذي صح فيه التدبير لانه المحسوب في الثلث واما ما قابل العوض الذي جعل ثمنالجزء الذي صح البيع فيه وصح التدبير فان تدبيره يمضى من الاصل لوصول عوضه .

اذا تقررت هذه المقدمات (فنقول) هذه المسألة دورية لانه لا يمضى البيع والتدبير في الكل لانهما متلازمان وصحتهما تستلزم المحال (لاستلزامه) تصرف المريض في اكثر من الثلث وكلما استلزم المحال فهو محال وهو بديهي فهنا ثلاثة اشياء- ما صح فيه التدبير- وما بطل فيه التدبير- والتركة يتوقف العلم بكل منها على العلم بالآخرين وبالعكس فالدور لازم من وجوه ثلاثة (الاول) توقف معرفة كمية التركة على معرفة ما بطل فيه التدبير ومعرفة كمية ما بطل فيه التدبير موقوف على معرفة التركة (بيانه) اذا بطل من التدبير شيء عادت قيمة الاولى فيحسب على الورثة فيكون جزء من التركة فيتوقف العلم بالتركة على العلم بما يبطل فيه التدبير لتوقف العلم بالكل على العلم بالجزء .

ولكن معرفة ما بطل فيه التدبير موقوف على معرفة كمية التركة بحيث يعلم ان ثلثها ينقص عنه ولا يحتمله فيتوقف معرفة كل منهما على معرفة الاخر (الثاني) توقف معرفة كمية ما صح فيه التدبير على معرفة كمية التركة وهو ظاهر وتوقف معرفة التركة على معرفة ما صح فيه التدبير لانه لا يعلم كمية التركة حتى يعلم ما صح البيع فيه من الثمن للبايع واستقر ملكه عليه ولا يعلم ما صح البيع فيه من الثمن الا معرفة قدر ما صح فيه البيع من المبيع وذلك هو ما صح فيه التدبير فقد توقف كل منهما على الاخر (الثالث) لا يعلم قدما استقر فيه التدبير حتى يعلم استقرار ملك الورثة على ضعفه ولا يعلم هذا الوصف الا بعد معرفة قدر ما صح فيه فيدور .

(والجواب) ان هذا دور معية لا دور توقف (وطريق استخراج) ان نقول صح

ثمنه (لاشتماله) على غبن المشتري وطريقه مأمور .

البيع في شيء من العبد بشئ من الثمن فيكون الذي صح فيه البيع من العبد في تقدير ثلاثة اشياء لان الثمن ثلث (قيمة-خ) العبد ، وكلما صح فيه البيع صح فيه التدبير وقيمه الاصلية يحسب على العبد ويملك الورثة ضعفه واما الجزء الذي حصل لهم من الثمن ما اويه فلا يحسب تدبيره من الثلث كما تقدم فيكون للورثة من العبد وما صح لهم من الثمن اعني مقابلة ما صح البيع فيه من المثلث اربعة اشياء - منها من الثمن شيء يبقى ثلاثة اشياء من العبد لانه لا يملك المريض غير ذلك فيكون العبد باعتبار القيمة الاولى في تقدير ستة اشياء فالشئ خمسة (لان) الثلثين اذا بسطت على ستة خرج خمسة (فنقول) صح البيع في خمسة من العبد وهي بسبب النقص باستقرار التدبير نصفه بخمسة من الثمن وهي في تقدير خمسة عشر لان العشرة الناقصة بالتدبير حسبت على العبد ويملك الورثة ضعفها وبطل البيع في نصف العبد وهو يساوي خمسة لو صح فيه التدبير لكنه بطل فصار يساوي خمسة عشر فيحسب على الورثة العشرة الزائدة فيصح البيع في نصف العبد ويبطل من الثمن نصفه في مقابلة نصف العبد وهي خمسة هي قدر قيمته مدبراً (او نقول) بطل البيع في شيء من العبد وبطل من الثمن شيء في مقابله فصار لتركة البائع المدبر شيء من العبد وعشرة الاشيئاً من الثمن والشئ الذي من العبد في تقدير ثلاثة اشياء كما تقدم فتجبر العشرة بشئ من الثلاثة اشياء فيصير معه عشرة وشيئان هي مثلاً مافات من التدبير ولم يحصل في مقابله المورثة عوض وهو شيئان فيكون عشرة كاملة وشيئان يساوي اربعة اشياء يسقط شيان بمثلها يبقى شيئان يساوي عشرة فالشئ خمسة وهو المطلوب .

قوله (دخلها الدور عندنا وعند الشيخ) اشارة الى مذهب المصنف (من) انه اذا بطل البيع في جزء من المبيع وجب ان يبطل في جزء من الثمن ما يقابل الجزء الذي بطل فيه البيع من المبيع سواء كان ربويًا بجنسه او غيره ، واما الشيخ فان قوله ههنا كقول المصنف انه كلما بطل جزء من المبيع يبطل من الثمن مقابله (لان) البيع لم يشتمل على محاباة ههنا بل بيع بثمان المثل فلوفسخ البيع في جزء من الثمن مع بقاء جميع الثمن لزم الغبن على المشتري وهو لا يجوز فصار هذا المبيع كالربويات بخلاف غيرها

ولا يشكل بتقسيط الثمن بالسوية هنا مع تفاوت قيمة الجزئين (لانه) اذا بطل البيع في جزء يبطل من الثمن ما لو صح البيع في ذلك الجزء لكان الباطل من الثمن ثمناله
 في غير الربويات وغير هذا الموضوع كما اذا باعه عبداً يساوي ثلاثين بعشرة دنانير فان عنده يصح البيع في ثلثه بعشرة دنانير وهي مجموع الثمن والمحاباة تمضي من الثلث عشرة اخرى وهي ثلث آخر فيصح البيع في ثلثيه بجميع الثمن وهيئنا لا يمكن ذلك ، ومن توهم ان قوله (عند الشيخ) اشارة الى مذهب الشيخ (من) ان البيع يمضي في خدمته دون رقبته فقد اخطأ في وهمه (فانه) لا تعلق له بهذا الموضوع قوله (وطريقه مامر) اشارة الى مامر في استخراج هذه المسائل الدورية وامثالها وقد مضى في تصرفات المريض في باب الوصايا وقد ذكرنا نحن الطريق هيئنا .

قال قدس الله سره : ولا يشكل بتقسيط الثمن (الى قوله) بطلان البيع

اقول: اما قسم الثمن على ما صح التدبير فيه وعلى ما بطل فيه بالسوية ورد عليه اشكال وهو ان هذا بيع قد صح في بعض اجزائه وبطل في بعضها والاجزاء مختلفة القيمة في الكمية وكل مبيع صح البيع في بعض اجزائه وبطل في بعضها والاجزاء مختلفة القيمة في الكمية وجب ان يقسط الثمن على قيمة الاجزاء لاعلى عددها او نسبتها اليه (اما الاولى) فلانها التقدير المفروض (واما الثانية) فاجمع المسلمون عليها واللازم منهما انه يجب تقسيط الثمن على ما صح وبطل على نسبة القيمتين لاعلى نسبتها ولم يفعل ذلك (اجاب المصنف) عن هذا بوجهين (الاول) ان الثمن يتقسط على اجزاء المبيع على تقدير صحته بمعنى انه اذا بطل البيع في جزء من المبيع بطل من الثمن في جزء لو صح البيع في ذلك الجزء الذي يقابله من المبيع لكان ذلك الجزء من الثمن ثمناً له وهنا قد قسط كذلك فانه لو صح البيع في نصف العبد الذي حكمنا ببطلان البيع فيه لكانت الخمسة دنانير ثمناله والذي بطل فيه من الاجزاء لو صح فيه لكان ما حكمنا ببطلانه من الثمن في مقابلته ثمناً له وهذه القاعدة الكلية اجمع عليها المسلمون وقوله (يقسط الثمن على قيمة الاجزاء) قلنا هذا صحيح وهو هناك ذلك فعل لانه انما يعتبر القيمة حال البيع على تقدير صحته والجزء ان اعنى الذي صح فيه التدبير وبطل على تقدير

وهو هنا كذلك فان الزيادة حصلت هنا باعتبار بطلان البيع ، ولولم تعد قيمة الجزء فان قلنا بصحة التدبير و اجرائه مجرى الاتلاف صح التدبير والبيع فى الجميع لعدم عود ازيد من العشرة وقد حصلت بالبيع وان قلنا يبطلانه فان لم تعد القيمة مع التشقيص بالبيع

صحة البيع فيهما قيمتهما متساويتان (الثانى) انه انما يقسّط على اجزاء المبيع بالصفة التى كانت متصفة بها حال البيع التى لها تأثير فى نقص القيمة ولا يقسّط على تقدير زوال تلك الصفة وحصول صفة اخرى توجب زيادة قيمته . وهذه قاعدة كلية اجمع المسلمون عليها وهو قد قسّط هنا كذلك وذلك (لانه) انما باعه مدبراً وهو كالعيب المنقّص لقيّمته فاذا بطل التدبير فى بعض بعد البيع وبطل البيع حصل فى ذلك الجزء الذى بطل البيع فيه زيادة صفة وهى استقرار الملك وزالت الصفة التى كانت موجبة للنقص عنه فهى زيادة حصلت بعد البيع فالتقسيط يكون باعتبار تلك الصفة التى باعه عليها لا باعتبار الصفة المتجددة (اذا عرفت ذلك) فقد ظهر انه راعى ظاهر هذه القاعدة المجمع عليها ولم تنخرم القاعدة الاولى لانه انما يقسّط باعتباره قيمة الاجزاء بالصفة التى وقع عليها البيع وهى والبيع متلازمان وكلما صح البيع حصلت تلك الصفة وبالعكس ولو قسّط على القيم هنا لزم خلاف الاجماع وظهر من هذا دقيقة وهى ان نصفى العين الواحدة المشاعين غير المعينين مختلفا القيمة بسبب حصول عيب اوصفة تنقص القيمة لاحد النصفين ولم يحصل للنصف الاخر الصفة الموجبة للنقص بل حصل صفة موجبة لزيادة قيمته .

قال قدس الله سره : ولولم تعد قيمة الجزء (الى قوله) بطلاماً .

اقول : اذا لم تعد قيمة الجزء يبطلان التدبير فيه بل اى جزء صح فيه التدبير نقصت قيمة الكل باعتبار تشقيصه بالتدبير ففيه احتمالان (احدهما) انه منزل منزلة الاتلاف كما قلنا فى العتق لانه نفى محض للناقص من القيمة لم يحصل لاحد ملكه او استحقاقه لانهما نسبتان تستدعيان وجود المنتسبين لا يمكن تحققهما للمعدوم فكان كاتلاف العبد (وثانيهما) انه انما نقص لنفع العبد فيحسب نقصه عليه كارش عيب حدث بسببه وقد تقدمت هذه المسألة فى العتق المنجز ويتفرع على ذلك البيع (فان قلنا) بصحة التدبير صح البيع فى كلما صح فيه التدبير كما تقدم (وان قلنا) يبطلان التدبير

بطلانها ، وان عادت بتشقيص البيع دون التديير فالاقوى اجراؤه مجرى تديير الشريك (ويحتمل) بطلانها معان قلنا برّداً للملك الى المشتري مع رجوع المالك في التديير لا تنقله الى المشتري مدبراً فيلزم من صحة البيع صحة التديير وان قلنا بعود الملك الى البايح احتمل (فاما) ان تعود القيمة بتشقيص البيع (اولاً) فان لم تعد القيمة بتشقيص البيع كما لم تعد بتشقيص التديير بطل البيع والتديير معاً .

قال قدس الله سره: وان عادت بتشقيص البيع (الى قوله) حال حيوة المولى

اقول: اذا كان وقوع التديير في جزء ما يوجب النقص الذي يوجب وقوع التديير في الكل يتساوى الجزء والكل في اقتضاء النقص المذكور، واما البيع فانه سواء وقع في الكل او في البعض لا ينقص من القيمة بسبه شيء اصلاً (فنقول) هنا احتمالات ثلاثة .
 (الاول) صحة التديير والبيع (اما صحة البيع) فلان البيع (لماً) لم يكن له تأثير في نقص القيمة سواء وقع في الجميع او في البعض (ولم يستلزم بنفسه التصرف في جزء ما التصرف في اكثر من الثلث) (١) ووجد مال للمريض (كان) المقتضى لصحة البيع موجوداً والمانع منتف فوجب القول بصحته (واما التديير) فلانه اذا صح البيع في جزء ما نفذ التديير فيه (لانه) انما باعه مدبراً فالتديير في الجزء المبيع لازم للمشتري كمشروط العتق ويلزم بالنسبة الى البايح لانه اخذ عوضه ، ولا يمكن ان يجمع بين العوض والمعوض فاذا بطل التديير فيه لا يرجع اليه الرقبة واذا صح التديير في جزء ما نقصت القيمة واذا نقصت القيمة انتفت المحاباة فكان البيع في الجزء الآخر بالقيمة فصح البيع فيه فصح فيه التديير (والى هذا التقرير) اشار المصنف بقوله (فالاقوى اجراؤه مجرى تديير الشريك)
 (الثاني) بطلانها معاً اي بطلان التديير وبطلان البيع (اما التديير) فلا يستلزمه المبطل له (لان) التقدير انه يستلزم صحته في جزء ما التصرف في اكثر من الثلث (واما بطلان البيع) فلان التديير لازم للبيع والمبطل لازم للتديير ولازم اللازم لازم فيكون المبطل لازماً للبيع وكلما لزمه المبطل فهو باطل (اما المقدمة الاولى) فمبناها على انه مع بطلان

(١) وفي بعض النسخ بعد قوله في الجميع : اوفى البعض في جزء ما ولم يستلزم بنفسه

التصرف في اكثر من الثلث الخ.

بطلان التدبير وصحة البيع في خدمته من الثلث مع المحاباة (١) فيها يرجع الى الورثة بعد الموت لانصراف البيع الى خدمته حال حيوة المولى .

التدبير برجوع المالك يستقر ملك المشتري على الرقبة وهو بناء على القول بالانتقال المتزلزل وقد تقدم ان سبب تزلزله التدبير لا غير واذا بطل زال التزلزل لزوال سببه فاستقر ملك المشتري - اذا تقرر ذلك (فنقول) لا يمكن بطلان التدبير مع صحة البيع (لانه) انما انتقل الى المشتري مديراً ورضى به فكان - كمشروط العتق (ولانه) لافائدة للورثة في البطلان التدبير في المبيع فاذا صح التدبير في البيع صح في الباقي لانه - يكون بمنزلة تدبير الشريك (لا يقال) نمنع استلزام صحة البيع لصحة التدبير (لانا نقول) انما وقع التراضي بالمبيع على هذه الصفة وهي كونه مديراً واما المقدمة الثانية فظاهرة (الثالث) يبطل التدبير ويصح البيع في رقبته فتثبت المحاباة فيصح البيع بطريق

الجبر في نصفه بنصف الثمن على قاعدة المصنف وفي ثلثي العبد بجميع الثمن على قاعدة الشيخ وعلى قول الشيخ يصح البيع في خدمته مع بطلان التدبير فيعتبر من الثلث مع المحاباة فيها وهذا الاحتمال مبني على ان يبيع المدبر انما هو يبيع لخدمته مدة حيوة المولى لالرقبته بمعنى الانتقال المتزلزل فاذا مات المولى زال حق المشتري بالكلية فعلى هذا التقدير لا تلازم بين صحة البيع والتدبير بل المصاحبة اتفاقية (فنقول) التدبير باطل لانه لو صح في جزء ما لزم تصرف المريض في اكثر من الثلث كما تقدم وهو باطل وقد تقدم البحث فيه (واما البيع) فاذا نسب الثمن المسمى الى الخدمة فان كان فيه محاباة صح من الثلث ويستخرج بالجبر كما في غيره ويرجع ما بطل البيع فيه الى الورثة وفرض المبيع بقيمته مديراً لينا في زيادة قيمة الخدمة مدة حيوته المعلومة الكمية بموته على ذلك لانه فرق في التقويم بين ما يحتمل النقصان والزيادة وما هو معلوم القدر قطعاً فالبيع بقيمته مديراً بحسب الظاهر ثم ظهر كمية المدة بموته فعلمت القيمة تحقيقاً فزادت لذلك ولا يشترط في المحاباة علم الفاعل بها (واعلم) ان قوله (فيرجع الى الورثة) لانه بحث على احتمال بطلان التدبير من اصله فيرجع العبد كله الى الورثة .

(١) اي ان تحقق محاباة والافمن الاصل .

تنبيه

الولاء على قول الشيخ للبايع ، فان اعتقه المشتري فالولاء له ولو دبره فالولاء لمن
اعتق بموته ، ولو انكر التديير لم يكن رجوعا وان حلفه العبد المدعى وكذا انكار
الوصية والوكالة والبيع الجائر بخلاف انكار الطلاق ولو ضمه المريض مع العتق قدّم
العتق ، وان ضمه مع الوصية بالعتق ، (احتمل) تقديمه لتوقف العتق على الاعتراف بعد
الموت وحصول العتق فيه بالموت (وتقديم) السابق ، ولو قال له المولى اذا ادّيت الى

قال قدس الله سره: تنبيه الولاء على قول الشيخ للبايع .

اقول: البيع اما ان نقول هو مبطل للتديير كقول المصنف رحمه الله (اولا) كقول
الشيخ (فعلى الاول) يتحقق الرق فيه فان اعتقه المشتري او من ينتقل اليه عنه فالولاء
له وان لم ينعق فلا ولاء (وعلى الثاني) اما (ان نقول) ينصرف البيع الى خدمته ورقبته
للبايع (او نقول) ينتقل رقبته الى المشتري متزلزا (وعلى كلا القولين) فالولاء للبايع
(اما على الاول) فظاهر (واما على الثاني) فلاننا بموت البايع عرفنا انتقاله اليه قبل موته
بان وهو آخر جزء من حيوته ثم ينعق عنه بعد موته ليكون العتق عن ملك فالولاء له ولا
وجه لكونه للمشتري لانه لا يمكن ان ينعق على شخص عبده بتديير غيره (لا يقال) هو
كمشروط العتق (لانا نقول) مشروط العتق بعتق بمباشرة المشتري لا بفعل غيره .

قال قدس الله سره: فان اعتقه المشتري (الى قوله) بموته

اقول: هنا مسألتان (الاولى) اذا اعتقه المشتري (فان قلنا) يبطلان التديير فلا كلام
في ان الولاء له (وان قلنا) ببقاء التديير (فان قلنا) بانصراف البيع الى خدمته وبقاء الرقبة
على ملك البايع فلا يصح عتق المشتري اياه (وان قلنا) بالانتقال المتزلزل صح عتق المشتري
وكان الولاء له (الثانية) اذا دبره المشتري فان قلنا بانصراف البيع الى خدمته لم يصح
التديير (وان قلنا) بالانتقال المتزلزل صح التديير ان فمات منها او لا اعتق بموته
والولاء لو ارثه (وان قلنا) يبطلان التديير بالبيع اعتق بموته لا غير .

قال قدس الله سره: وان ضمه مع الوصية (الى قوله) وتقديم السابق .

اقول: كل واحد من الوصية بالعتق والتديير المتبرع بهما يعتبر من الثلث فمع

ورثتى كذا فانت حر كان رجوعا وليس الرجوع فى تدبير الحمل رجوعا فى تدبير الحامل وبالعكس واذا استفاد المدبر مالا فى حيوة مولاه فهو لسيدته وان كان بعده فان خرج المدبر من ثلث التركة سوى الكسب فالكسب له والا كان له منه بقدر ما تحرر منه والباقي للورثة .

ولو ادعى الوارث سبق الكسب على الموت والعبء تاخره قدم قوله فان اقام بينة قدمت بينة الوارث هذا ان خرج من الثلث ، ولو لم يخلف سواء وكان الكسب ستين

قصور الثلث فيه قولان (الاول) تقديم التدبير (واختلفوا) فى العلة على قولين (احدهما) انه عتق معلق (وثانيهما) انه يحصل بنفس الموت من غير توقف على فعل الوارث فكان كالمنجز بخلاف الوصية فانها موقوفة على فعل الوارث (ولان) اثره متقدم على اثر الوصية فكان حكم سببه متقدما على حكم سبب اثر الوصية (الثانى) تقديم السابق منهما لان الاصحاب قالوا التدبير وصية ونمنع كونه كالمنجز والعتق فى الوصية فعل الوارث والحاكم والفعل واجب ووجوب السبب كوجوب المسبب والاصح عندى الاول لانه اذا علق الموصى وصيتين (احديهما) بسبب سابق على سبب الاخرى بالزمان وبالذات (والاخرى) بسبب متاخر بهما فماسببها متقدم متقدم وهو ظاهر والعتق بالتدبير سببه الموت لا غير والعتق بالوصية سببه الموت وفعل الوارث والموت متقدم على المجموع المذكور بالزمان وبالذات (لان) الجزء متقدم على الكل بالذات .

قال قدس الله سره : ولو ادعى الوارث (الى قوله) مجرى الاجازة اولا .

اقول : وجه اجراء الاقرار مجرى الاجازة ان الاقرار اخبار عن ثبوت ملك للميت

وهو سبب موجب لعتق ما يقتضيه ذلك الملك و الاجازة توجب ذلك العتق بعينه فكل منهما سبب مؤثر فى لعتق محكوم به على الورثة لكن الثانى منهم تفضل والاول واجب عليهم فكونه من منزلة الاجازة اى فى اقتضاء الحكم عليهم بالعتق متحقق بل الاقرار اولى (ووجه العدم) ان الاجازة لفظ يدل على رضا مصدرها بفعل المورث والاقرار لا يدل على ذلك بشىء من الدلالات والاقوى الثانى لان الحكم بان للعبء بالجزء الذى انعتق باقرارهم شيئا من الكسب مبنى على اجتماع المتنافيين وهو محال والمبنى على

ضعف قيمته قدم قول العبد ايضا وبحسب على الورثة ما يصل اليهم بالكسب باقرارهم (وهل) للعبد بالجزء الذي انعتق باقرارهم مقابله من كسبه اشكال ينشأ (من) اجراء

المحال محال (اما المقدمة الاولى) فلان انعتاق جزء باعتبار اقرارهم موقوف على تقدم الكسب على الموت وتبعية شيء من الكسب لذلك الجزء موقوف على تاخر الكسب عن الموت (لان) الكسب انما يملكه المعتق اذا تاخر عن عتقه وعتقه متأخر عن الموت و المتأخر عن المتأخر عن الشيء متأخر عن ذلك الشيء فتبعية الكسب للجزء موقوف على تاخر الكسب عن الموت (واما الثانية) فظاهرة ولنهي النبي صلى الله عليه وآله عنه (ولان) الوارث يدعى جميع الكسب لتقدمه على الموت والعبد يدعى ثلثه لا غير لانه يزعم ان نفسه مجموع التركة وان الكسب ليس منها بل هو متأخر عن الموت فاتباع ما انعتق منه فهو له وما تبع ما لم ينعتق منه للورثة لانه كسبه في ملكهم فالوجه الاول ضعيف .

(واعلم) ان المصنف بحث هذه المسألة على تقديرين (الاول) ان يخلف غير العبد بحيث يخرج العبد من الثلث وانما قدم قول العبد هنا لانه صاحب يد والوارث خارج واختيار المصنف ان صاحب اليد مقدم على الخارج وهو قول المرتضى رحمه الله فيكون البينة بينة الخارج فاذا حلف العبد لعدم بينة الوارث كان الكسب كله له وان اقام الوارث البينة كان الكسب كله له .

(التقدير الثاني) ان لا يملك الميت سوى العبد ويقع هذا الاختلاف ، فاوارث يزعم ان الكسب كله تركة والعبد ينكر كونه تركة فعلى زعم الوارث ان كل ما وصل اليهم جزء من الكسب حسب عليهم وانعتق من العبد بحسابه والعبد يزعم ان كل ما وصل اليهم فهو غصب لا يحسب عليهم ولا ينعتق منه بحسابه فيحكم على الورثة بانعتاق جزء ولا يلتفت الى العبد في نفي العتق لان العتق حق لله تعالى فلا يقبل من العبد نفيه ويقبل من الوارث ويظهر فائدة اختلاف العبد والورثة فيما لو نقصت قيمة المدبر بعد الموت كما لو نقصت حتى صارت خمسة عشر فانه يفك ثلثيه بعشرة ويبقى معه عشرة بعد تحرره باجمعه وجزا زيادة الكسب ونمائه فتحصل الفائدة للعبد في تقدم الكسب على الموت وفائدة الوارث في التأخر وللتنبية على هذه الفوائد خصص المصنف هذا القدر بالبحث دون غيره .

اقرار الورثة مجرى الاجازة ام لا (فعلى الاول) يدخلها الدور (فنقول) عتق منه شيء وله من كسبه شيان وللورثة شيان من نفسه وكسبه فالعبد وكسبه في تقدير خمسة اشياء فالشيء ثمانية عشر فله من نفسه ثمانية عشر ومن كسبه ضعف ذلك وللورثة من نفسه وكسبه ستة وثلاثون (وعلى الثاني) يعتق سبعة اتساعه وله من كسبه عشرون .

قال قدس الله سره : فعلى الاول يدخلها الدور (الى قوله) عشرون .

اقول : على الاحتمال الاول وهو استحقاق العبد بجزئه المعتق باقرار الوارث ما يقابله في الكسب تصير المسألة دورية (لان) العلم بقدر ما يستحقه العبد من الكسب بجزئه المعتق بالاقرار يتوقف على العلم بقدر ذلك الجزء المتحرر والعلم بقدر الجزء يتوقف على العلم بقدر ما يستقر عليه ملك الورثة من الكسب بعد اخذ العبد قدر ما يستحقه بالجزء المعتق منه بالاقرار لانا انما نحكم بتحرر مثل نصف ما يفضل مع الوارث لكن العلم بقدر ما استقر عليه ملك الورثة من الكسب يتوقف على العلم بما استحقه العبد بجزئه المتحرر باقرارهم فقد توقف العلم بهذا القدر على نفسه بمراتب (وطريقه) ما ذكره المصنف هنا وهو ان يقال عتق منه شيء وله من كسبه شيان لان الكسب ضعف القيمة وللورثة شيان ضعف ما اعتق فصار المجموع من العبد وكسبه وهو تسعون في تقدير خمسة اشياء فالشيء ثمانية عشر فيعتق منه هذا القدر وهو ثلاثة اخماسه وله ثلاثة اخماس كسبه ستة وثلاثون وللورثة من نفسه اثنا عشر وهي خماسه ومن كسبه اربعة وعشرون وهي خمسا الكسب ومجموع ذلك ستة وثلاثون وهي ضعف ما اعتق منه (واما على الاحتمال الثاني) وهو ان لا يكون للعبد بالجزء المتحرر بالاقرار شيء من الكسب (فنقول) لما قدمنا قول العبد في تأخر الكسب عن العتق مع اليمين وحلف عليه لم يملك العبد سوى ثلث الكسب بقي ثلثا اربعون للورثة وهم يزعمون انها تركة بل يزعمون ان العشرين التي اخذها العبد من كسبه تركة ايضا لكن لما لم تمل اليهم لم يحسب عليهم فتكون التركة سبعين لان التركة ثلثا الكسب وهو اربعون والعبد بتمامه وهو ثلاثون فينتعق منه بقدر ثلث التركة وهي ثلاثة وعشرون وثلث وهي سبعة اتساع العبد وله ثلث كسبه عشرون بقي للورثة ستة واربعون وثلثان وهي ضعف ما اعتق منه .

ومنه يستخرج حكم ما لو قصر الكسب فيه عن ضعفه او خلف شيئا معه واذا جنى

قال قدس الله سره : ومنه يستخرج (الى قوله) شيئا معه .

اقول: اى من معرفة الاصل الذى ذكره المصنف وذكر فيه احتمالين - يستخرج حكم ما لو كان كسب العبد اقل من ضعف قيمته او ترك السيد مالا مع العبد اقل من ضعفه كما لو كان كسب العبد مثل قيمته كأن تكون قيمته ثلاثين وكسب ثلاثين (فعلى الاحتمال الاول) عتق منه شىء وله من كسبه شىء وللورثة شيئا ن فالتركة فى تقدير اربعة اشياء فالشىء خمسة عشر فاعتق من العبد خمسة عشر نصفه وله من كسبه خمسة عشر وللورثة من نفسه وكسبه ثلاثون وهى ضعف ما اعتق (وعلى الاحتمال الثانى) للعبد ثلث كسبه عشرة ويبقى عشرون ياخذها الورثة وهى مع قيمته خمسون فيعتق من العبد ثلث الخمسين وهى ستة عشر وثلثان وهى خمسة اتساع العبد وله ثلث كسبه عشرة فللورثة من نفس العبد ثلاثة عشر وثلث ومن كسبه عشرون ومجموعهما ثلاثة وثلثون وثلث وهى ضعف ما اعتق منه ولو كان الكسب ثلاثة امثال العبد (فعلى الاحتمال الاول) وهو استحقاق العبد بالجزء الذى اعتق باقرار الورثة مقابلته من الكسب (نقول) عتق منه شىء وله من كسبه ثلاثة اشياء وللورثة شيئا ن فى مقابل ما اعتق فيكون العبد وكسبه وهو امة وعشرون فى تقدير ستة اشياء فالشىء عشرون فيعتق ثلثا العبد وله ثلثا كسبه وذلك ستون يبقى للورثة من العبد عشرة ومن الكسب ثلاثون والمجموع اربعون وهو ضعف ما اعتق منه (وعلى الاحتمال الثانى) له ثلث كسبه ولا يحسب على الورثة لانه لم يصل اليهم فهو كالتالف قبل قبضهم اياه يبقى ثلثا الكسب وهى ستون والعبد ثلاثون فالتركة تسعون فيعتق العبد كله .

ولو كسب العبد مثل قيمته وخلف السيد مثل القيمة ايضا (فنقول) (على الاحتمال الاول) عتق منه شىء وله من كسبه شىء وللورثة من العبد وكسبه وما تركه المولى شيئا ن ضعف ما اعتق فالكل يعدل اربعة اشياء فاذا كانت قيمة العبد عشريين وكسب مثلها وترك السيد مثلها يكون شيتين يعدل اربعة اشياء فالشىء خمسة عشر فيعتق منه خمسة عشر وله من كسبه خمسة عشر يبقى من نفسه وكسبه عشرة وعشرون تركها المولى غير ذلك يكون المجموع ثلاثين للورثة وهى ضعف ما اعتق (وعلى الثانى) يأخذ العبد ثلثى الكسب ثلاثة عشر وثلث يبقى

على المدير بما دون النفس فالارش للمولى والتدبير باق ولو قتل بطل وياخذ المولى قيمته مدبراً ، ولو قتل عبد عمداً قتل به ان ساواه او قصر عنه ولا يقتل الحر ولا من تحرر بعضه به ، ولو جنى المدير وتعلق ارش جنائمه برقبته وللمولى فكاه بارش الجناية والا قرب باقل الامرين فيبقى على التدبير ، ولو باعه فيها او سلمه الى المجنى عليه او وليه انتقض تدبيره ان استغرقت قيمته والابطل ما خرج عن ملكه منه (قيل) ولمولاه ان يبيع خدمته ان ساوت الجناية فيبقى على تدبيره وله ان يرجع في تدبيره ويبيعه فيبطل التدبير وكذا لو باعه ابتداءً ولومات المولى قبل افتكاكه وقبل تملك المجنى عليه له انعتق ويثبت ارش الجناية في رقبته لافي تركه مولاه وان كانت خطأ ولودبر عبد من وله دين بقدر ضعفهما عتق ممن تخرجه القرعة قدر ثلثهما وكان الباقي والاخر موقوفاً فاذا استوفى من الدين شىء كمل من عتق من اخرجه القرعة قدر ثلثه وما فضل عتق من الاخر وهكذا حتى يمتقا معا ومقدار الثلث منهما : ولو تعذر استيفاؤه لم يزد العتق على قدر ثلثهما ، ولو خرج من وقعت القرعة له مستحقاً بطل العتق فيه وعتق من الاخر ثلثه ، ولودبر عبداً وله دين بقدره عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثه ولو كان له ائبان على احدهما ضعف قيمته عتق من المدير

من الكسب ستة وثلثان نضمها الى الاربعين قيمة العبد والمتروك فيعتق ثلثها وهو خمسة عشر وخمسة اشباع يبقى مع الورثة احد وثلاثون وتسع وهي ضعف ما انتعق .

قال قدس الله سره : ولو جنى المدير (الى قوله) باقل الامرين .

اقول : الخلاف هنا يرجع الى ان العبد الجاني خطأ (هل) يفكه مولاه بارش الجناية (او) باقل الامرين من الارش والقيمة واختيار المصنف الثاني وقد حقق في موضعه وقال ابن الجنيد للمولى دفعه الى اولياء المقتول يخدمهم حتى يموت الذى دبره ثم يستسعى في قيمته .

قال قدس الله سره : ولو باعه فيها (الى قوله) على تدبيره .

اقول : قوله (قيل) اشارة الى قول الشيخ رحمه الله فى المبسوط (وفيه نظر) لان البيع لا يقع على المنافع وانما يقع على الاعيان فيملك المشتري العين ويتبعه المنافع وقد تقدم البحث فى ذلك .

ثلاثه (لان) حصة المديون من الدين كـ المستوفى وسقط عنه من الدين نصفه (لانه) قدر حصته من الميراث ويبقى للاخر النصف وكل ما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه ، ولو كان الضعف ديناً عليهما بالسوية عتق ولو تفاوتا فيه (منهـ خ) فبالنسبة الى كل منهما ولو قتل مولاه احتمل بطلان تدبيره مقابلة له بنقيض مقصوده كالوارث ولانه ابلغ من الاباق و امام الولد فلا لانيها تعتق من نصيب ولدها .

تنبيه

قيمة المدبر تعتبر من الثلث حين الوفاة سليماً من التدبير فيحسب نقصه ان الجزء الذي يبطل التدبير فيه بالتشقيص لو فرض عليه على اشكال ، ولو لم يملك سواء وكانت قيمته سليماً ثلاثين ومدبراً عشرة ولو لم يرجع قيمة الجزء (احتمل) بطلان التدبير (لاستلزامه) التصرف بالوصية في اكثر من الثلث بل البطلان فيه اظهر من العتق (الصحة) في فرض النقص

قال قدس الله سره : ولو قتل مولاه (الى قوله) من الاباق .

اقول : ويحتمل عدمه لعدم النص عليه ومنع القياس عندنا .

قال قدس الله سره : تنبيه (الى قوله) على اشكال .

اقول : الضمير في قوله (عليه) راجع الى المدبر اى لو نقص قيمة الجزء الذي بطل التدبير فيه بسبب تشقيصه بالعتق (هل) يحسب النقص على المدبر فيضمنه (اولاً) قال المصنف فيه اشكال منشأه (ان) النقص لمنفعته وهو العتق فصار كالواصل اليه (ومن) انه كالاتلاف ونقص القيمة السوقية لان الجزء الذي بطل فيه التدبير عينه باقية لم ينقص شيء منه (وفيه نظر) لان التشقيص عيب ولهذا يردبه المبيع (لا يقال) لم يجعل الشارع في مقابلته ارشأفليس بمتقوم (لانا) نمنع ذلك لانه عيب نقص القيمة .

قال قدس الله سره : فلو لم يملك سواء (الى قوله) الان .

اقول : هذا تفريع على احتساب نقص قيمة الجزء الذي بطل فيه التدبير بسبب التشقيص على العبد (وتقريره) انه على هذا التقدير لو لم يملك سواء وكانت قيمته سليماً من التدبير ثلاثين ديناراً واذا صح التدبير في جزءاً منه ولو اقل جزء صارت قيمته عشرة احتمل بطلان التدبير لاستلزامه التصرف بالوصية اى بمجرد الوصية من غير استحقاق

كالاتلاف فيعتق ثلثه الآن ومع ، البطلان لو اجاز بعض الورثة نفذ في حقه من الاصل و في حق باقى الورثة من الثلث والنقص كالتالف كما لو دبر احد الشريكين وهو اقوى من ابتداء التدبير لنفوذ من الاصل بالنسبة اليه ان كان صحيحا ولتأثيره في العتق معجلا ويعتبر خروج قيمته مدبرا من الثلث في حق غير المجيز لاسليما فلو كان للميمت عشرون انعتق كله باجازه بعض الورثة ولو كان مريضا فاجازته كابتداء تصرفه فلو لم يكن سواء

الموصى به قبلها شرعا وبغير اجازة الوارث في اكثر من الثلث و انما قيد بالوصية لان تنفيذ الوصية في الشرع في اكثر من الثلث بغير اجازة الوارث محال اجماعا بخلاف ما فيه الخلاف كالمنجزات والاقرار ومن ثم كان البطلان فيه اظهر من العتق (لان العتق) منجز والتدبير معلق على الموت كالوصية والعتق لازم ليس للمعتق الرجوع فيه بخلاف التدبير (ولانه) مبنى على التغليب والقهر (فان قلنا) بالبطلان في العتق المنجز فبطلان التدبير اولى (ويحتمل) الصحة في ثلثه الآن لانه كالاتلاف اى كالاتلاف المريض فانه اذا اتلف بعض ماله لم يحسب عليه من الثلث المطلق الذى له التصرف فيه شرعا ولا يمنع شيئا من تصرفات يتصرفها بعده وكنقص السوق فانه كذلك .

قال قدس الله سره : ومع البطلان (الى قوله) معجلا .

اقول: هذا الفرع ظاهر وفيه اشارة الى فائدتين (الاولى) ان التصرف المتبرع به في الزائد على الثلث من المريض مطلقا ومن الصحيح في الوصية لا يحكم ببطلانه قبل الموت مطلقا اى سواء رده الورثة قبل الموت او لا وبعد الموت قبل رد جميع الورثة اياه بل اذا رده جميع الورثة بطل فقبله يكون موقوفا (الثانية) ان في قوله لتأثيره في العتق معجلا اشارة الى فائدة وهي ان العتق اقوى من التدبير لدليلين (الاول) ان المعجل اقوى من المعلق على الموت ولهذا يقدم المنجزات على الوصايا وقد دل لفظه عليها مطابقة (الثاني) ان كلما اثر في العتق معجلا فهو لازم اى ليس لفاعله الرجوع فيه بخلاف التدبير لانه لا يلزم فاعله .

قال قدس الله سره : ولو كان مريضا (الى قوله) على تدبير البطلان.

اقول: اذا كان الوارث المجيز مريضا فاجازته كابتداء تصرفه اى انما يصح من

بطلت على تقدير البطلان ولو كان له ما يزيد على قدر التالف بسبب الاجازة بجزء ما صحت اجازته من الثلث ويعتبر قيمته الاولى لكونها سبب البطلان على اشكال ينشأ (من) من الدور اذ باجازته ينفذ في حصة الاخر من الثلث فيعتق جزء ما من حصة الاخر فيسقط اعتبار القيمة الاولى بالنسبة الى غير المعجز واليه ايضاً (ومن) ان اعتبار الاولى اصل ترتب

الثلث فاذا لم يكن له سوى حصته من المدير واقتضت صحة اجازته تلف اكثر من الثلث فان قلنا ببطلان ابتداء تصرفه المستلزم لذلك بطلت الاجازة وان قلنا انه بمنزلة الاتلاف كانت الاجازة كذلك فلو كان للمدير ابنان فاجاز واحد منهما وقلنا ان الناقص كالاتلاف وكان المعجز مريضاً ايضاً عتق من العبد بالتدبير ثلثة وباجازة الوارث تسعه فيكمل المتحرر منه اربعة اتساعه ولغير المعجز ثلثه ولورثة المعجز تسعا وانما اهمل ذكر الاخير هنا لانه يفهم مما تقدم في ابتداء التصرف فلم يحتاج الى تكريره .

قال قدس الله سره : ولو كان له (الى قوله) من الثلث .

اقول : هذا فرع على بطلان الاجازة مع تفويتها اكثر من ثلث التركة (وتقريره)

انه لو خلف المعجز مع حصته من المدير بقدر ماتلف باجازته وزيادة عليه جزء ما وان قل صحت اجازته فلنفرضه في العبد المذكور وهو الذي قيمته ثلاثون وبصير بنفوذ العتق في جزء ما عشرة دنانير فالقدر التالف عليه بالاجازة خمسة عشر فاذا ملك غير نصف العبد خمسة عشر وجزء ما كدينار مثلاً صارت تركته احداً وثلاثين فينبغي ان يتحفظ على الورثة ثلثاها وهو عشرون وثلثان وينفذ تصرفه في عشرة وثلث فالعشرة هي التالفة وثلث دينار ينعتق من العبد فيبقى من العبد اربعة وثلثان ينضم الى ستة عشر فيكمل الجميع عشرين وثلثين فهي للورثة فقد انحفظ عليهم ضعف ما فاتهم وهو عشرة وثلث ولو لم يزد ما خلفه على خمسة عشر لم ينفذ اجازته لان تركته على ذلك التقدير ثلاثون وهي نصف العبد وما خلفه فيجب ان يتحفظ على الورثة ثلثا ذلك وهو لا يحصل هنالان باجازته تفوت عشره وينفذ في جزء فينقص مامع الورثة عن عشرين وثلثين فلا تصح الاجازة .

قال قدس الله سره : ويعتبر قيمة الاولى (الى قوله) هذه الاحكام .

اقول : هل يعتبر في الجزء الذي نفذت فيه الاجازة قيمة العبد الاولى الزائدة

هذه الاحكام (ويحتمل) اذا لم يكن له مال على تقدير البطلان الصحة اذ نفون اجازته في ثلث حصته يستلزم نفوذ العتق في جزء مآمن حصة الاخر المستلزم لعدم اعتبار القيمة الاولى في حق المجيز. على اشكال ينشأ (من) استلزامه توقف الشيء على نفسه ان الصحة متوقفة على عدم اعتبار القيمة الاولى المتوقف على نفوذه في جزء من حصة الاخر المتوقف على الصحة اما لو اجاز الاخر صحت اجازة المريض من الثلث بقيمته الآن قطعاً

كالثلثين في الفرض المذكور او الثانية اى التى بعد النقص وهى في هذا الفرض عشرة (يحتمل) كل منهما (اما الاولى) لانا نبحت على تقدير بطلان التدبير لولم يخلف المولى شيئاً غيره وبطلان الاجازة اذا لم يكن للمجيز سوى الشقص الموروث وسبب البطلان في الصورتين انما هو اعتبار القيمة الاولى اذ لولا اعتبارها لمضى العتق في ثلث العبد بموت مولاه وفي ثلث حصته المجيز المريض المنتقلة اليه بالارث فهذه الاحكام كلها مترتبة على اعتبار القيمة الاولى (واما الثانية) فلاستحالة اعتبار القيمة الاولى لاستلزام ثبوته نفيه وكلما استلزم ثبوته نفيه فهو منتف فاعتبار القيمة الاولى منتف وكلما استحال اعتبار القيمة الاولى وجب اعتبار الثانية لامتناع خلوا اعتبار القيمة عنهما (اما المقدمة الاولى) فلان الاجازة تصح على كلا التقديرين في شيء مآمن حصة المجيز فان هذه المسألة فرع على ذلك (لان) التقديران المجيز ملك مما فات باجازته بحيث يحصل للورثة ضعف مما فات من القيمة وما نعتق منه باجازته واذا نعتق شيء باجازته من حصته نفذ العتق في حصة الشريك وان النقص بالنسبة الى الشريك كالاتلاف لا يحسب من التركة فيسقط اعتبار القيمة الاولى بالنسبة الى المجيز وكلما سقط اعتبارها بالنسبة الى احد الشريكين سقط بالنسبة الى الاخر واستلزام ثبوت الشيء لنفسه يسميه المصنف وغيره من الفقهاء ذوراً (واما المقدمة الثانية) فبديهيية (والثالثة) بينة جماعية لاتزاع فيها قال قدس الله سره : ويحتمل اذا لم يكن له مال (الى قوله) قطعاً .

اقول: تقرير هذه المسألة انه اذا كان المجيز مريضاً ولم يخلف سوى ما يحصل بالارث من هذا العبد (نقول) اما ان نحكم بصحة تدبير المريض المورث الاول من ثلث تركته بقيمته الثانية اى الناقصة ويكون النقص كنقص السوق او الاتلاف (او نقول) يبطلانه

المقصد الثالث في الكتابة

وفيه فصول الاول في ماهية الكتابة

وهي معاملة مستقلة بنفسها ليست يباع للعبد من نفسه ولا اعتقا بصفة فلو باعه نفسه

وقد تقدم البحث في هذه المسألة وان فيها احتمالين فعلى صحة التدبير تصح اجازة هذا الوارث في ثلث نصيبه بلا كلام وعلى القول ببطالان التدبير ذكر المصنف فيه احتمالين الاول البطلان وقد تقدم (الثاني) الصحة وهو المذكور في هذا الكلام لان اجازته تقتضى شيئين (احدهما) النقص عليه (وثانيهما) صحة التدبير في حصة شريكه ونقصها وهذا الثاني لا يمكن ان يقال انه من الثلث لان النقص على الشريك في ماله ليس نقصا على وارثه فيصح الاجازة بالنسبة الى نفوذ تدبير الشريك لان معنى الصحة هنا ترتب اثر الاجازة عليها لانها من باب الاسباب وينتق بنسبة نصيب الشريك من ثلث تركة الميت الموروث الاول فينقص قيمة العبد بسبب يمكن العتق في حصة الشريك وذلك يستلزم عدم اعتبار القيمة الاولى في حصته لانها كلما سقط اعتبارها في حصة بعض الشركاء سقط اعتبارها في حصة الباقيين فيصح اجازته ، ثم استشكل المصنف هذا الاحتمال ، ومنشأ الاشكال هذا الوجه المذكور واستلزام الصحة الدور وهو محال واستحالة اللازم تستلزم استحالة الملزوم فيكون صحة الاجازة محالا (بيان) استلزام الصحة الدور ان صحة اجازته في جزء من حصته موقوف على عدم اعتبار القيمة الاولى - اذ لو اعتبرت لبطلت اجازته لاستلزامها التصرف في اكثر من الثلث ، وعدم اعتبارها موقوف على صحة العتق في جزء مما من حصته الاخر الموقوف على الصحة اى على نفوذ العتق في شىء من حصة المجيز (لان) علة صحة العتق في نصيب غير المجيز صحته في المجيز فيكون ثبوت الصحة موقوفا على ثبوتها وهو دور .

المقصد الثالث في الكتابة

وفيه فصول الاول في ماهية الكتابة

قال قدس الله سره : وهي معاملة مستقلة (الى قوله) ففي الصحة نظر .

بشمن مؤجل ففي الصحة نظر، و هي عقد لازم من الطرفين الا اذا كانت مشروطة و عجز العبد (وقيل) ان كانت مشروطة كانت جائزة من جهة العبد (لان) له تعجيز نفسه وليس بمعتمد ان يجب عليه السعى ويجبر عليه ولو اتفقا على التقايل صح ولو ابرأه من مال

اقول: هنا مسائل (الاولى) الكتابة عقد مستقل بنفسه لنص الكتاب عليها قال الله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايما نكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً (١) (الثانية) الكتابة ليست عتقا بعوض ولا يباع للعبد من نفسه للاصل ولرجحان التأسيس على التاكيد وقال بعض الفقهاء الكتابة اعناق السيد عبده على مال في ذمته يؤديه مؤجلا وقال ابو الصلاح هي بيع للعبد من نفسه وتبعه ابن ادريس في ذلك والاول اختيار الشيخ وهو الاقوى (والثالثة) الكتابة تشارك العتق بعوض وبيع العبد من نفسه من وجه وهو ان كل واحد منهما تضمن العتق بعوض ويفارقهما في الشروط والاحكام والتوابع (الرابعة) لوباع السيد عبد نفسه بشمن مؤجل قال الشيخ في المبسوط صح وانعتق وكان الولاء للإمام واستشكله المصنف هنا وفي التحرير من حيث ان الاصل الجواز و من حيث ان البيع عين مملوكة من شخص الى آخر فلا بد وان يتحقق اضافة الملك بين المشتري و المبيع لتوقف الاضافة على تغاير المضافين و هنا ليس كذلك (ولان) العبد يتوقف تملكه على حرته وحرته موقوفة على تملكه فيدور (تنبيه) لولم يؤجل الثمن قال الشيخ بطل الثمن ويعتق العبد (وفيه نظر) من حيث ان بطلان الثمن يستلزم بطلان البيع

قال قدس الله سره : و هي عقد لازم (الى قوله) ويجبر عليه

اقول: اختلف الفقهاء هنا في مقامين (الاول) في لزوم الكتابة بجوازها (الثاني) في تفسير جوازها اما (المقام الاول) فالاقوال فيه اربعة (الاول) انها لازمة من الطرفين مطلقا في المطلقة ومع قدرة الاداء في المشروطة بمعنى انه ليس لاحدهما فسخا مطلقا في المطلقة ومع قدرة الاداء في المشروطة وهو اختيار شيخنا وشيخه ابي القاسم بن سعيد قدس الله روحهما (الثاني) قال الشيخ في الخلاف الكتابة لازمة من جهة السيد جائزة من جهة العبد واطلق والظاهر انه يريد الكتابة المشروطة و اطلق قوم القول بانها لازمة

الكتابة برىء وانعقق بالابراء ، ولا يثبت فيها خيار المجلس وليست واجبة بل مستحبة مع الامانة والاكتساب ويتأكد مع سؤال المملوك ولو فقد الاول لان واحدهما صارت مباحة ، ولا تصح من دون الاجل على رأى ، ولا بد من ايجاب و قبول و عوض وهي اما مطلقة او من جهة السيد وجائزة من جهة العبد .

(الثالث) قول ابن حمزة ان المشروطه عقد جائز من الطرفين والمطلقة عقد لازم من جهة السيد جائزة من جهة المكاتب (الرابع) قال الشيخ في المبسوط المطلقة لازمة من الطرفين والمشروطة لازمة من جهة السيد جائزة من جهة العبد وهو قول ابن ادريس والحق عندى الاول لقوله تعالى **او فوا بالعقود (١)** والجمع المحلى بلام الجنس للعموم وهذه عقد (ولا يرد) العارية والوديعة وامثالها لتخصيصها بالنص فبقى الباقي على الاصل (المقام الثاني) فيه قولان (الاول) اطلق ابن حمزة القول بالجواز ولم يفسر (الثاني) قال الاكثريلىس معنى جوازها من جهة العبد انه يملك الفسخ كما فى عامل القراض ثم اختلف هؤلاء فى معنى جوازها من جهته على قولين (الاول) ان للعبد الامتناع من اداء ما عليه وتعجزه فاذا امتنع منه كان سيده بالخيار بين البقاء على العقد والفسخ وهو قول الشيخ فى الخلاف وقال فى المبسوط له الامتناع من اداء ما عليه مع القدرة عليه فاذا امتنع تخير سيده (الثاني) قوله فى المبسوط ايضا - الذى يقتضيه مذهبنا ان العبد ان عجز لم يجبر على الاكتساب وان لم يعجز وكان معه وامتنع اجبر على الاداء كمن عليه دين وهو موسر والحق اختيار والذى ووالده ان العبد ان قدر على الاكتساب وجب عليه المسارعة اليه فان امتنع اجبر عليه لانه قضاء دين وجب عليه فان عجز عن الاكتساب كان للمولى الفسخ ولا يفسخ بمجرد العجز .

تنبيه

قال المصنف معنى لزومها من الطرفين انه ليس لواحد منهما بافراده فسخها ولو تقايلاها معا انفسخت وذلك هو معنى قوله (ولو اتفقا على التقايل فسخت) .
قال قدس الله سره : **ولا تصح من دون الاجل على رأى .**

اقول : قال الشيخ فى المبسوط الكتابة لا تنعقد الا باجل ومتى كانت بغير اجل كانت

مشروطة فالمطلقة ان يقتصر على العقد مثل كاتبك على ان تؤدى الى كذا فى شهر كذا
فيقول قبلت فيقتصر على العقد والاجل والعوض والنية و المشروطة ان يضيف الى ذلك
قوله فان عجزت فانت رد في الرق وكلما يشترطه المولى على المكاتب فى العقد لازم
اذالم يخالف المشروع

الفصل الثانى فى الاركان

وهى اربعة (الاول) العقد

وهوان يقول كاتبك على الف مثلاً فى نجم فصاعداً فيقول قبلت (وهل) يفتقر مع
ذلك الى قوله فان ادبت فانت حر فيه نظر، ولا بد فيه من نية ذلك ان لم يضمه لفظاً واذا

باطلة وقال ابن ادريس الكتابة تصح حاله ومؤجلة وليس الاجل شرطاً فى صحتها والمختار
الاول لانه لم ينقل من زمن النبى ﷺ ولان زمن الصحابة مع انهم كاتبوا ان احداً
عقدها حالة وانفاق الصحابة على تركها اجماع (واحتج) بعضهم بما روى عنه عليه السلام انه
قال الكتابة على نجمين والاياء من الثانى (١) وفيه نظر للمنع من صحة السند (احتج)
ابن ادريس بان الاصل هو الجواز .

الفصل الثانى فى الاركان وهى اربعة

قال قدس الله سره : وهى ان يقول كاتبك (الى قوله) نظر .
اقول: قال الشيخ بشرط ان يقول فاذا ادبت فانت حر وقال ابن الجنيد لا يشترط
وهو ظاهر كلام ابن ابي عقيل (احتج) الشيخ بان الكتابة لا يعرفها الا العلماء فلا يحكم
عليه بالعتق بمجرد لفظها من دون تعليق العتق بالاداء (واحتج) ابن الجنيد بان لفظ
الكتابة صريح فى معناها وهو العتق عند الاداء فتعليق العتق به نطق بما يدل عليه
العقد صريخاً فيكون تكراراً غير محتاج اليه واستحسنه والدى فى المختلف وقول الشيخ
عندى اقوى .

قال قدس الله سره : ولا بد من نية ذلك (الى قوله) على رأى

اقول: الخلاف تقدم .

ادى اعتق وان لم يتلفظ بالضميمة على رأى ، واذا عجز المشروط كان للمولى رده فى الرق وحد العجز ان يؤخر نجما الى نجم أو يعلم من حاله العجز عن فك نفسه (وقيل) ان يؤخر نجما عن محله واذا اعاده كان له ما اخذه منه ويستحب للمولى الصبر عليه .

الركن الثانى العوض

وشروطه اربعة (الف) ان يكون ديننا فلا تصح على عين لانها ليست ملكاله اذا

قال قدس الله سره : واذا عجز المشروط (الى قوله) عن محله .

اقول : قال الشيخ فى النهاية حد العجز ان يؤخر نجما الى نجم او يعلم من حاله انه لا يقدر على فك رقبة وتبعه ابن البراج (والثانى) قول المفيد وابن ادريس والمصنف فى المختلف لانه اخلال بالشرط فكان للمولى الفسخ قضية للاشتراط وهو المختار عندى لما رواه معاوية بن وهب فى الصحيح عن الصادق عليه السلام فى حديث (الى ان قال) ليس له ان يؤخر نجما عن اجله اذا كان ذلك من شرطه (١) (احتج) الشيخ بما رواه اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام ان عليا عليه السلام كان يقول اذا عجز المكاتب لم يرد مكاتبته فى الرق ولكن ينتظر عاما او عامين فان اقام بمكاتبته والارد مملوكا (٢) وقال الصدوق ينتظر ثلاثة انجم فان هو عجز رد رقبا (واحتج) بما رواه جابر عن الباقر عليه السلام قال سألته عن المكاتب يشترط عليه ان عجز فهو رد فى الرق فعجز قبل ان يؤدى شيئا فقال ابو جعفر عليه السلام لا يرد فى الرق حتى يمضى له ثلاث سنين يعتق منه بمقدار ما دى فاما اذا صبروا فليس لهم ان يردوه فى الرق (٣) وقال ابو عبدالله عليه السلام لهم شرطهم (٤) وقال عليه السلام ينتظر بالمكاتب ثلاثة انجم فان هو عجز رد رقبا (٥) والجواب الحمل على الاستحباب وضعف السند .

(١) ثلث ٥ خبر ١ من ابواب المكاتبة

(٢) ثلث ٣ خبر ١٥ من ابواب المكاتبة

(٣) ثلث ٣ خبر ١٦ من ابواب المكاتبة وفيه بدل قوله (فاما اذا صبروا) فاذا ادى ضرباً

(٤) ثلث ٣ خبر ١٠ من ابواب المكاتبة

(٥) ثلث ٣ خبر ١١ من ابواب المكاتبة

العبد لا يملك شيئاً وان ملكه مولاه (ب) ان يكون منجماً على رأى والاقرب عندى جواز الحلول ، ولو شرطناه لم نوجب ازيد من نجم واحد ولاحد في الكثرة واذا شرطناه وجب ان يكون معلوما فلو ابهما الاجل كقدوم الحاج وادراك الغلات لم يصح ، ولو قال كاتبك على ان تؤدى كذا في شهر كذا على ان يكون الشهر ظرفاً للاداء لم يصح على اشكال الا ان يعين وقته واذا تعددت النجوم جازتساويها واختلافها وكذا يجوز اختلاف المقادير فيها مختلفة ومتساوية ، وفي اشتراط اتصال الاجل بالعقد اشكال والاقرب المنع فلو كاتبه على اداء دينار بعد خدمة شهر صح ولا يلزم تأخير الدينار الى اجل آخر فان مرض

الركن الثاني العوض وشروطه اربعة

قال قدس الله سره : (ب) ان يكون منجماً (الى قوله) جواز الحلول .
اقول: قد اختار هيئتنا جواز كون مال الكتابة حالاً وهو اختيار ابن ادريس لعموم قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً (١) وزيادة شرط خلاف الاصل (قيل) نسخ ولا يصح نسخ القرآن بخبر الواحد (وقيل) ولا بالسنة مطلقاً وقال الشيخ في المبسوط الكتابة لا تنعقد الا بأجل ومتى كانت بغير أجل كانت باطلة وتبعه ابن حمزة (احتج) الشيخ بان ما في يده العبد لمولاه ولا يصح المعاملة عليه وانما يقع على ما يتوقع حصوله بالكسب فلا بد من ضرب الاجل تحفظاً من تطرق الجهالة .

قال قدس الله سره : **ولو قال كاتبك (الى قوله) الا ان يعين وقته .**
اقول: منشأ الاشكال اختلاف الاصحاب فان الشيخ قال في المبسوط لا يصح وقال ابن الجنيد يصح والاقوى الاول لان وقت الاداء مجهول وكلما كان وقت الاداء مجهولاً بطل وابن الجنيد منع الصغرى وسند منعه الواجب المخير فانه يصح والاداء واجب فصح ان يكون مخيراً ولو عين وقته كأن يقول يؤدى في يوم كذا صح .

قال قدس الله سره : **وفي اشتراط اتصال الاجل (الى قوله) المنع .**
اقول: ينشأ (من) اختلاف الاصحاب فان الشيخ في المبسوط ذهب الى الاشتراط (وقيل) لا يشترط وهو الاقرب عند المصنف والاصح عندى لوجود شرائط الصحة وضبط

العبد شهر الخدمة بطلت الكتابة لتعذر العوض ، ولو قال على خدمة شهر بعد هذا الشهر صح على الاقوى ، ولو كاتبه ثم حبسه فعليه اجرة مدة حبسه (وقيل) يجب تعجيل مثلها ولو اعتقه على ان يخدمه شهراً عتق في الحال وعليه الوفاء ، فان تعذر فالاقرب قيمة المنفعة لقيمة الرقبة ولو دفعه قبل النجم لم يجب على السيد قبضه واذا دفعه بعد الحلول وجب عليه القبول او البراء فان امتنع من احدهما قبضه الحاكم فان تلف فمن السيد (ج) ان يكون معلوم الوصف والقدر فلو كان احدهما مجهولاً لم يصح ويجب ان يذكر في الوصف كلما ثبت الجهالة بتركة فان كان من الاثمان وصفه كما يصفه في النسبة وان كان من العروض وصفه بوصف السلم ولا يتعين قدره قلة وكثرة نعم يكره تجاوز قيمته ويجوز ان يكون عيناً ومنفعة وهما معا بعد وصف المنفعة بما يرفع الجهالة ويتقدر (اما) الاجل والمال وايقاع الصيغة المشترطة (احتج) الشيخ باصالة بقاء الملك وعدم النقل بغير المنقول شرعاً ولم يرد النص على هذا .

قال قدس الله سره : ولو قال على خدمة (الى قوله) على الاقوى .

اقول: هذا فرع على اشتراط اتصال الاجل بالعقد فمن اثبت الاشتراط نفى الصحة

واثبتها من نفاه .

قال قدس الله سره : ولو كاتبه (الى قوله) مثلها .

اقول : رجع في المبسوط (الاول) وقوى فيه ايضاً الثاني والاول اصح لانه اذا

حبس المكاتب ضمن منافعه والمنافع انما تضمن بالقيمة ووجه الثاني بانه يجب امهاله تلك المدة ولا قيمة له فيضمنه بمثله وهو حسن .

قال قدس الله سره : ولو اعتقه (الى قوله) لاقيمة الرقبة .

اقول: وجه القرب ان الذي ثبت في ذمة المعتق الخدمة شهراً فاذا تعذرت فعليه

قيمتها وقيل يلزمه قيمة رقبته لان العتق بعوض عقد ، اوفى حكمه لا يلحقه الفسخ لو تعذر

فيه العوض وكل عقد اوفى حكمه تعذره فيه العوض فلصاحب العوض الاخر اخذ قيمة عوضه

(اما الاولى) فظاهرة (واما الثانية) فلان كل التصرفات الاختيارية مقصورة على ما وقع عليه

الرضا وانما وقع على العوض المعين ولم يحصل .

بالعمل كخياطة هذا الثوب (او) بالمدة كالخدمة (او) السكنى سنة ولو جمع بين الكتابة وغيرها من المعاوضات كالبيع او الاجارة او النكاح صح وان اتحد العوض ويقسط العوض عليهما ، ولو كاتبه المولى بعوض واحد صح وقسط على حصصهما ولو اختلف عوضاهما صح اختلفت حصصهما واتفقت وليس له الدفع الى احدهما دون الآخر فان فعل شاركه الآخر الا ان يأذن احدهما لصاحبه ، ولو كاتب عبدين له في عقد صح وقسط العوض على القيمتين يوم العقد وايهما ادى عتق من غير ارتقاب صاحبه وايهما عجز رقيق خاصة ، ولو شرط كفالة كل منهما لصاحبه جاز ولو شرط الضمان (١) تحول ما على كل منهما على صاحبه وانعتقا (د) ان يكون مما يصح تملكه للمولى فلا يصح على ما لا يصح تملكه كالخمر و الخنزير ولو كاتب الذمي مثله عليه صح فان تقابضا قبل الاسلام عتق وبرىء ولو تقابضا البعض برىء منه خاصة فان اسلموا واحدهما قبل التقابض او بعدا لتقابض البعض لم تبطل الكتابة وكان على العبد القيمة عند مستحليه .

فروع

(الف) لو ادعى المالك تحريم العوض او غصبه وامتنع من قبضه فان اقام بينة لم يلزمه قبوله وان لم يكن بينة حلف العبد والزم المولى القبض او البراء فان قبض امر بالتسليم الى من عزاه اليه ان كان قد عينه او لا والا ترك في يده (وفي انتزاعه نظر) فان امتنع من القبض قبضه الحاكم وحكم بعتق العبد (ب) لو شرط اعوضا معيننا لم يلزمه قبول

قال قدس الله سره : فروع (الف) لو ادعى المالك (الى قوله) بعتق العبد

اقول : ينشأ (من) انه مال لغيره ولم يثبت تسليط المالك اياه عليه وولى مثله الحاكم فيسلم اليه (ومن) انه لم يثبت ان يده عادية والاصل في فعل المسلم الصحة و اختار الشيخ في المبسوط تقريره في يده (واعلم) ان قول المصنف فان اقام بينة لم يلزمه قبوله (اورد) عليه ان اقامة السيد البينة على انه غصب اقامة البينة لاثبات مال الغير بغير ولاية شرعية (واجاب) المصنف عنه بان له مصلحة فيه ولا يمكن تحصيلها الا باقامة البينة .

(١) اي شرط المولى على كل منهما ضمان صاحبه .

غيره الألاجود (ج) لوقبض احد السيدين كمال حقه باذن الاخر عتق نصيب القابض ولا يقوم عليه نصيب الأذن ولا يسرى العتق وله نصف الولاء وبأخذ الأذن مما في يده بقدر ما دفع الى الآخر والباقي بين العبد وسيدته الثاني ان بطلت كتابة الثاني بموت او عجز (وقيل بين العبد وسيدته القابض لان نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصة ماعتق بالكتابة للعبد وحصة ماعتق بالسراية للمولى (ويحتمل) ان يكون الجميع للعبد لانقطاع تصرف المولى عنه فكان له كما لو عتق بالاداء - خ) (د) لو ظهر استحقاق المدفوع بطل العتق (وقيل) له ان دفعت الآن والأفسخت الكتابة ولومات بعد الاداء مات عبداً .

قال قدس الله سره : لوقبض احد السيدين (الى قوله) بموت او عجز .

اقول : اذا كان للمالكين جائزى التصرف عبد بالسوية فكاتباه معا باتحاد النجوم والمال لم يجز ان يفضل احدهما على الآخر في قدر المدفوع (ولا) ان يقدم احدهما على الآخر بغير اذن لانهما سواء فيه وهما مستويان في كسبه وحقهما متعلق بما في يده تعلقا واحداً (ولانه) ربما عجز فيعود الى الرق ويجوز باذنه لوجود المقتضى له وانتفاء المانع لان المنع لحقه فجاز باذنه ولان الحق منحصر فيهما فاذا تراضيا جاز فاذا دفع الى احدهما حصته من مال الكتابة باذن الآخر عتق نصيب القابض لاداء جميع مال الكتابة اليه (وهل) يسرى الى نصيب الآخر الذي لم يعتق بعديه اقوال ثلاثة (الاول) قيل لامطلقا وهو اختيار شيخنا (الثاني) قيل نعم مطلقا وهو اختيار الشيخ في المبسوط لان العتق مبني على التغليب (ولان) الكتابة مقربة الى العتق لامانعة منه ولعموم قوله (من اعتق) وفاعل السبب فاعل المسبب .

(الثالث) انه ان عجز عن اداء مال الشريك سرى العتق الى حصة الشريك والأفلا اذا تقرر ذلك (فنقول) هنا مسألتان (الاولى) لماذا دفع الى الاول مال كتابته بأذن الشريك وعتق نصيبه بقى نصيب الآخر فاما ان يبطل الكتابة بعجزه وتعجزه وفسخ الكتابة (اولا) فان كان (الاول) اخذ مما في يده بقدر ما دفع الى شريكه في الكتابة والفاضل بين العبد وسيدته اعنى الذي بطلت كتابته والى هذا اشار بقوله والفاضل بين العبد وسيدته الثاني وقوله (ان بطلت الكتابة) شرط في قوله والباقي بين العبد وسيدته الثاني لان الكتابة لو كانت صحيحة ولم

ولو ظهر معيبتا تخير بين الارش والرّد فيبطل العتق على اشكال ، ولو تجدد في العوض عيب عند السيد لم يمنع من الرد بالعيب الاول مع ارش الحادث وقال الشيخ يمنع ولو تلف يعرض لها الفسخ كان الباقي للبعد (ويحتمل) ان يكون الشرط راجعا الى المسألتين اعني قوله (ويأخذ الأذن الى آخره) وقوله (والباقي الى آخره) (اما الثانية) فظاهرة (واما الاولى) فلانه اطلق القول بانه يأخذ بقدر ما دفع ولم يشترط تساوى المالكين في الكتابة مع تساوى النصيبين (ولانه) الظاهر لانه لو لم تنفسخ كتابته لاخذ ذلك باعتبار كونه مال كتابته ولم يعتبر القدر اصلا وعرضه على المصنف فاستحسنه (ويحتمل) ان يكون مراده بقدر ما دفع فيه اضرار - تقديره بقدر نسبة ما أخذ ليتناول ما اذا تساوى فيه او اختلفا فان كان (الثاني) اخذ الأذن مما في يد المكاتب بقدر ما دفع الى القايض ان تساوى المالكان والأفبالنسبة (الثانية) على القول بالسراية يأخذ ايضا الشريك الأذن مما في يده بقدر ما دفع الى الشريك مع تساوى النصيبين ويكون الباقي بين العبد وسيد الأذن (لان) المتحرر بالسراية يكون ما في يده لسيدته والمتحرر بالكتابة ما في يده له وهاتان قاعدتان اجماعيتان قد اجتمعتاهما فيكون ما في يده له ولسيدته اعني الذي اعتق نصيبه بالسراية .

قال قدس الله سره : ولو ظهر معيبتا (الى قوله) على اشكال .

اقول : منشأ الاشكال ان يقال العتق اتلاف واستهلاك فاذا حكم بوقوعه لم يبطل كالخلع وان يقال العتق انما يستقر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء فيرتفع العتق وهذا الوجهان كتبهما المصنف (حاشية بخطه على الاصل) واختار الشيخ في المبسوط البطلان مع الرد وان له الرد لان هذا ليس بسليم من العيب ومال الكتابة سليم من العيوب (والتحقيق) ان الرد بالعيب هل هو فسخ متجدد بالقبض او رفع للقبض من اصله (فعلى الاول) لا يبطل العتق (وعلى الثاني) يبطل لان الرد يكون كاشفا عن بطلان الاداء .

قال قدس الله سره : ولو تجدد في العوض (الى قوله) يمنع .

اقول : وجه قول الشيخ انها معاوضة كالبيع والاقوى عندي الاول لاستحقاقه الرد او لا والاصل البقاء والعيب الحادث ينجبر بالارش ولانها ليست بمعاوضة حقيقة لانها معاوضة على مال المالك بما له فليس لها حكم المعاوضات اللازمة ولهذا اذا مات المكاتب

العين عند السيد استقر الارش ولو قال له السيد عقيب دفع المستحق انت حر لم يعتق بذلك فان ادعى المكاتب قصدا نشاء العتق قدم قول السيد (هـ) لو اقام العبد شاهداً واحداً على الدفع حلف معه وان منعنا من الشاهد واليمين في العتق ولو حلف السيد فسخت الكتابة مع التأخير وان ادعى العبد غيبة الشهود انظر الى ان يحضرها فان لم يحضر حلف السيد فان حضر بعده الشاهدان ثبتت الحرية (و) لو ابرأه السيد من مال الكتابة برىء وعتق ولو ابرأه من البعض برىء منه وكان على الكتابة في الباقي ولو اقر بالقبض عتق وان كان مريضاً فان كان غير متمهم فكذلك والا فغذ من الثلث .

(ز) يجوز بيع مال الكتابة والوصية به فان كان البيع فاسداً فادى العبد المال الى المشتري احتتمل العتق لانه تضمن الاذن في القبض فاشبه قبض الوكيل فيرجع السيد على المشتري ان كان من غير جنس الثمن والاتقاصا بقدر الاقل ويرجع ذوالفضل وعدمه لانه لم او عجز المشروط كان للمالك اخذ الكسب بلا عوض .

قال قدس الله سره (ز) يجوز بيع مال الكتابة (الى قوله) على اشكال .

اقول: هنا مسائل (الاولى) اختلف الفقهاء في بيع مال الكتابة حال كونه في ذمة المكاتب فقال المصنف يصح مطلقاً وقال الشيخ في المبسوط لا يصح واطلق وعلل بانه لم يقبض ونهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع ماله يقبض (١) وتبعه ابن البراج وقال ابن الجنيد لا يصح بيع مال الكتابة في المطلق والمشروط نص عليهما وعلل بانه نظير بيع جبل الحبلية ولقاح الفحل والاصح عندي صحة بيعه مطلقاً لان السيد يملكه في ذمة المكاتب فصح بيعه كسائر الديون ويلزم من لم يلزم المشروط بالاداء ارا السعي قهراً عند امتناعه بطلان البيع (قالوا) غير مستقر لانه معرض للسقوط بعجز المكاتب او موته وكلما هو غير مستقر بيعه باطل وهو ظاهر (قلنا) المقدمتان ممنوعتان .

(١) سنن ابي داود (ج ٣) باب في بيع الطعام قبل ان يستوفى ولفظ الحديث هكذا اذا اشترى احدكم طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه ورواه في ثلث ب ١٦ خبر ٢١ من ابواب احكام العقود ولفظه هكذا قال ابتعت طعاماً من طعام الصدقة فاربحت فيه قبل ان اقبضه فاردت يبيعه فسألت النبي (ص) فقال لا تبعه حتى تقبضه .

يقبض بالنيابة ولم يستنبه وانما قبض لنفسه فكان القبض فاسداً كالبيع بخلاف الوكيل فانه استنابه ولو صرح بالاذن فليس بمستنيب له في القبض وانما اذنه بحكم المعاوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه فيبقى مال الكتابة بحاله في ذمة العبد ويرجع على المشتري بما اداه اليه ويرجع المشتري على البايع فان سلمه المشتري الى البايع لم يصح لانه قبضه بغير اذن المكاتب فاشبهه ما لو اخذه من ماله بغير اذنه على اشكال ينشأ (من) تعيين العبد اياه لمال الكتابة بالدفع ولا يحكم بعجزه مع الدفع الفاسد فان افلس المشتري لم يحكم بعجزه على اشكال .

(الثانية) تصح الوصية بمال الكتابة اتفاقاً (الثالثة) يتفرع على فساد البيع انه هل يبرء المكاتب بدفعه الى المشتري قال الشيخ في المبسوط (لا) لما ذكره المصنف (وقيل) نعم لما ذكره ايضا (وقيل) يصح ان صرح بالاذن في الاقباض ويبرء المكاتب به ورده المصنف بما ذكره ، والاقوى عندي انه مع التصريح بالاذن في الاقباض يبرء لانه فعل ما امره السيد به بخلاف البيع فان الاذن الحاصل من البيع اثر البيع يدل عليه دلالة الاقتضاء لانه من لوازم ثبوتيه و صحته فاذا لم يصح لم يحصل الاذن صريحا و لاقتضاء لعدم المقضى له .

(الرابعة) اذا سلم المشتري بالبيع الفاسد الى البايع ما قبضه من العبد هل يصح ويبرء المكاتب استشكله المصنف من حيث انه قبض من ماله بغير اذنه وكلما كان كذلك لم ينعتق والمقدمة الاولى ممنوعة فانه دفعه على انه مال الكتابة قطعاً فمن جهته قد دفع المال وعين جهة الدفع وهو الاداء وكونه للمولى او للمشتري او بين السيد و المشتري ولا تعلق للعبد بذلك فانه ادى الذي عليه بامر المولى .

(الخامسة) لو افلس المشتري لم يحكم بعجزه لانه ادى المال والسيد اتلفه و يحتمل الحكم بعجزه لانه دفع فاسد والاقوى عندي انه مع جهل العبد بفساد البيع او بعدم الاجزاء مع القول به يبرء منه لان المولى غره (السادسة) قوله (فيرجع السيد على المشتري ان كان من غير جنس الثمن والاتقاصاً بقدر الاقل و يرجع ذو الفضل) مراده بذلك مع تلف العينين وانما لم يقيده هنا لانه من احكام التقاص وهو محقق في موضعه

(ح) لو ادعى دفع مال الكتابة الى سيديه فصدقهما عتق نصيبه ويقبل شهادته (١) على صاحبه ان اعترف المنكر بالاذن في الاقباض (٢) بالنسبة الى براءة ذمة العبد (بالنصف-خ) وشبهه والافلا (٣) فيحلف المنكر ويطالب الشريك بنصف ما اعترف بقبضه وهوربع مال الكتابة (فان) رجع على العبد بكمال نصيبه استقر به قبض المصدق لنفسه و(ان) رجع على الشريك بنصف حقه رجع على العبد بالنصف الاخر ولا يرجع العبد على المصدق ولا بالعكس فان عجز العبد عن اداء الربع كان له استرقاق نصيبه في المشروطة ويرجع على الشريك بنصف ما قبضه ؛ ولا سراية هنا على قول العامة بسراية المكاتب (لان) المصدق والعبد يعتقدان حرية الجميع وغصبة المنكر، والمنكر يدعى رقية الجميع اما نصفه فظاهر لعدم قبضه (واما) نصف شريكه (فلا نه) ان قبض شيئاً فنصفه لى فقد قبضه بغير اذنى فلا يعتق نصيبه بهذا القبض ، فالسراية ممتنعة على القولين (لانها) انما تثبت في من عتق بعضه وبقي بعضه رقا والجميع متفقون على خلاف ذلك (ط) لو ادعى العبد دفع الجميع الى احدهما ليقبض حقه ويدفع الباقي الى شريكه فانكر حلف وبرىء ولو قال دفعت الى حقي والى شريكى حقه حلف الشريك ولا نزاع

قال قدس الله سره : لو ادعى العبد دفع الجميع (الى قوله) برقية الجميع

اقول : قوله ولو قال دفعت الى حقي والى شريكى حقه حلف الشريك انما يحلف

الشريك لو اوجبنا التقويم او مشاركة الشريك فيما قبضه الاخر من المال المشترك قوله (وقيل يقوّم على القابض نصيب الشريك) هذا القول للشيخ الطوسي في المبسوط ومراده في المكاتب المشروط وبنى قوله على مقدمتين (احديهما) انه يقوّم بالعتق بالكتابة حصة الشريك المكاتب مكاتب مشروطة (وثانيهما) ان رقية الحصة ثابتة وثبت ايضا عتق نصيب المقرولم يثبت حرية نصيب المنكر ولما حلف على عدم القبض استقر رقيته و مكاتبته فيسرى مطلقاً عند الشيخ او بشرط عجزه وتعجزه عند آخرين قوله (لا اعتراف

(١) اى شهادة الشريك على اخذ حصة الشريك الاخر.

(٢) يعنى كان معترفاً باذن اخذ حصة الشريك الذى هو مصدق العبد فقط لا غير.

(٣) لان المنكر اذا لم يأذن لشريكه بالقبض يصير مشاركاه فى كل ما قبضه فلا يقبل ح

شهادة المقر عليه لحصول التهمة وهى الدفع عن نفسه فح يحلف (الى آخر ما فى المتن)

بين العبد والشريك وللشريك مطالبة العبد بجميع حقه بغير يمين وبنصفه ومطالبة المدعى بالباقي بعد اليمين انه لم يقبض من المكاتب شيئاً ولا يرجع على العبد فان عجز العبد فللشريك استرقاق نصفه (قيل) ويقوم على القابض نصيب الشريك لاعتراف العبد بالرقية بخلاف الاولى (ويحتمل) عدمه لاعتراف القابض بحرية الجميع والشريك برقية الجميع فان صدقه القابض وادعى انه دفع الى شريكه النصف حلف الشريك ورجع على

العبد بالرقية بخلاف الاولى) اشارة الى الفرق بين هذه المسألة وبين المسألة الاولى المذكورة في المتن وهي قوله (لو ادعى دفع مال الكتابة الى سيديه فصدقه احد هما وانكره الاخر) فانه اذا حلف الآخر على عدم القبض ثم عجز العبد عن اداء حصة الحالف واسترقه فان نصيبه هنا لا يقوّم على المعترف بقبض حقه من مال الكتابة مع وجود المقتضى وهو عتق بعضه بالكتابة ورق بعضه وقبوله العتق .

(ووجه الفرق) ان في المسألة الاولى وهي التي ادعى دفع مال الكتابة الى سيديه - الكل متفقون على عدم التقويم فان العبد يدعى حرية جميعه بدفع كل المال اليهما والمصدق له يصدقه على ذلك فعلى قولهما لا تقويم والشريك الآخر انكر القبض ولم يأذن للقابض في القبض فعدم الاذن متفق عليه فلا ينعق نصيب القابض بقبضه لمشاركة المنكر فيه فلم يحصل قبض كمال نصيبه (واما في هذه المسألة) فاتفق الكل على حرية نصيب القابض والعبد معترف برقية نصيب شريكه الى قبضه ولم يثبت فالكل متفقون على سبب التقويم بخلاف المسألة الاولى فانهم متفقون على انتفاء سبب التقويم قال المصنف في هذه المسألة وهي ما اذا ادعى دفع الجميع الى احدهما الى آخره (ويحتمل) عدم التقويم على تقدير التقويم بالعتق بالكتابة لان القابض يدعى حرية الجميع والمنكر يدعى رقية الجميع لانه يزعم ان ما قبضه الشريك له نصفه فلا يتحقق قبض جميع حقه (وفيه نظر) لان التقويم حقه لله تعالى وللعبد فلا يندفع به اقرار الشريكين ولوجود المقتضى وهو عتق البعض عتقاً يوجب التقويم ورقية البعض وانتفاء المانع اذ قول الشريك اقرار على الغير لا ينفذ .

قال قدس الله سره : فان صدقه القابض (الى قوله) بالاسترقاق .

من شاء فان رجع على المصدق بجميع حقه عتق المكاتب ولا يرجع عليه بشيء وان رجع على العبد رجع العبد على القابض سواء صدقه في دفعها الى المنكر أو كذبه فان عجز العبد كان له أخذها من القابض ثم يسلّمها فان تعذر كان له تعجزه واسترقاق نصيبه ومشاركة القابض في النصف الذي قبضه عوضاً عن نصيبه (قيل) ويقوم على الشريك القابض مع يساره الآن يصدقه العبد في الدفع فلا يقوم لاعترافه بانه حر وان هذا ظالم بالاسترقاق .

(٥) لو اختلفا في القدر فالقول قول السيد مع يمينه (ويحتمل) تقديم قول العبد ولو اختلفا في الاداء قدم قول السيد مع اليمين ولو اختلفا في المدة او في النجوم فكذلك (٦) لو قبض من احد مكاتبه واشتبه صبر لرجاء التذكر فان مات استعملت القرعة .

اقول: قوله (وقيل) اشارة الى قول الشيخ في المبسوط فانه ذكر قاعدة كلية هي ان نصيب الشريك في المكاتب المشروط ينتق بالسراية بانعتاق نصيب شريكه بالاداء وقد تقدم البحث فيه فلاحاجة الى التكرار هنا .

قال قدس الله سره : (٥) لو اختلفا في القدر (الى قوله) قول العبد .

اقول: اذا اختلفا في قدر مال الكتابة ذكر فيه احتمالين (وجه الاول) منهما ان الاصل في المكاتب وكسبه انه لسيد فالقول قوله فيه مع اليمين لانا انما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع لان الاصل معه وهيننا مع السيد ولان العبد هو المدعى للعتق والمولى ينكره والاصل بقاء الرق (ووجه الثاني) اعتراف السيد بالكتابة وباستحقاق العبد العتق وادعى زيادة في ذمته والعبد ينكرها والفرق بين الكتابة والبيع ان الكتابة ليست معاوضة حقيقية لانها معاملة على مال السيد بماله ولان رقبة العبد وكسبه ملك للسيد فكانت اشبه بالتبرع لان شبهها للعتد بالصورة واما بالحقيقة فهي تبرع واما البيع فانه عقد معاوضة حقيقية مالية .

قال قدس الله سره : ولو قبض من احد مكاتبه (الى قوله) القرعة

اقول : هنا مسألان (الاولى) هل يقرع في حيوته ام يتصبر ليتذكر اختار المصنف الثاني لان الانسان قد يذكر ما قد نسي ويتبين له ما اشتبه عليه وهو اقرب من القرعة (ويحتمل) القرعة لانه امر مشكل وكلامر مشكل ففيه القرعة (الثانية) اذا مات استعملت القرعة قطعاً لامتناع العلم هنا .

فان ادعى كل منهما علمه حلف على نفي العلم ، ولومات حلف الورثة على نفي العلم ايضا ولو
أقام احدا العبدين بينة بالاداء قبلت سواء كان قبل القرعة او بعدها ويظهر فساد القرعة (لان)
البينة اقوى (ويحتمل) عتقهما معا (يب) يجوز أن يعجل المكاتب بعض العوض قبل
اجله ليسقط المولى الباقي ولا يجوز الزيادة عليه للتأخير ويجوز ان يصلحه على ما في
ذمته باقل أو اكثر لا بمؤجل لانه يصير بيع دين بمثله على رأى .

الركن الثالث السيد

وشرطه البلوغ والعقل والاختيار والقصد وجواز التصرف فلو كاتب الطفل
او المجنون او المكره او السكران او الغافل او الساهى او المحجور عليه لسفه او فلس لم
يقع وكذا المميز وان اذن له الولي والا قرب عدم اشتراط الاسلام فلو كاتب الذمي عبده
صح ، ولو كان العبد مسلما ففي صحة كتابته نظر اقربه المنع بل يقهر على بيعه من مسلم

قال قدس الله سره : فان ادعى كل منهما علمه (الى قوله) معا

اقول: (وجه الاول) ان القرعة ليست عتقا وانما هي هنا كاشفة عن المعين والبينة
اقوى من القرعة لانها لاتصح الامع فقدها (و وجه الاحتمال الثاني) ان احدهما حكم
الشارع بانه عتق بالقرعة فلا يعود عبداً لان العتق مبنى على التغليب والثاني حكم بعنقه
بالبينة والاصح عندى الاول لان بالبينة عرفنا خطأ القرعة فظهر رقية من ظننا حرته و
حرية من ظننا رقيته (ولان) من لم يؤد لايصير مؤديا بوقوع القرعة فلا يوجد معلوله الذى
هو العتق لامتناع وجود المعلول بدون علته .

قال قدس الله سره : يجوز ان يعجل المكاتب (الى قوله) على رأى

اقول: قوله (على رأى) اشارة الى مذهب من جعل الصلح بعوض مالى عن عوض
مالى يباع وقد نقل هذا عن الشيخ فى بعض اقواله .

الركن الثالث السيد

قال قدس الله سره : والا قرب عدم اشتراط الاسلام (الى قوله) من مسلم

اقول: هنا مسألتان (الاولى) لا يشترط فى السيد المكاتب الاسلام فلو كاتب الذمي
عبده الذمي ففيه خلاف بينى على الخلاف فى عتقه فكل من قال بصحة عتقه قال بصحة كتابته

اما لو اسلم بعد الكتابة فالاقرب للزوم ، لكن لو عجز فعجزه واسترقه يبيع عليه (ويحتمل) عدم التعجيز ولو اشترى مسلما فكاتبه لم يصح الشراء ولا الكتابة ولو اسلم فكاتبه بعد اسلامه بل هو اولى والقائلون ببطلان العتق اختلفوا فيه فقال بعضهم ببطلان كتابته لانها عتق بعوض والاكثر على الصحة وهو اختيار المصنف لانها معاملة بين السيد وعبده على عوض معلوم فهي نوع معاوضة فتصح من الكافر (الثانية) يتفرع على القول بصحة عتق الذمي هل يصح منه كتابة عبده المسلم او يجبر على بيعه ولا تصح كتابته قال المصنف الاقرب المنع و هو اختيار ابن الجنيد لوجوب اخراج المسلم عن ملك الكافر على الفور والكتابة ليس فيها اخراج الملك على الفور فهي تستلزم النهي عنه والنهي هنا للفساد (اما المقدمة الاولى) فلقوله تعالى **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (١)** ولن نفى الابد فيقتضى عموم النفي في الزمان وهو المطلوب (واما الثانية) فظاهرة (والثالثة) اجماعية و لعموم النص بوجوب بيعه والكتابة ليست بيعا (قالوا) الغاية قطع السلطنة وبالكتابة يحصل (قلنا) نمنع الثانية وسنده ان المكاتب مملوك ولا سبيل اعظم من ملك الرقبة (ولانه) لو لم يكن منفيا بالآية لم يجب بيعه .

قال قدس الله سره : اما لو اسلم بعد الكتابة فالاقرب للزوم

اقول : اذا كاتب الذمي عبده فاسلم العبد هل ترتفع الكتابة فيه (احتمالان) مرتبان على الخلاف في انه اذا اسلم عبده فكاتبه (هل) تصح ويكتفى بها (فان قلنا) نعم فاذا طرء الاسلام على الكتابة لم يؤثر فيها واقر على الكتابة ولم يؤمر بالبيع وان قلنا (لا) ففي ارتفاعها احتمالان (من) حيث ان الكتابة لازمة وبيع المكاتب لا يجوز (ومن) حيث ان ابقاء الكتابة مستلزم لبقاء الملك وهو منفي بقوله تعالى **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (٢)** والفرق بين هذه المسألة وبين ما اذا ابتداء الكتابة في المسلم قوة الدوام وضعف الابتداء او بالعكس على اختلاف القولين وقد ظهر في الكلام .

قال قدس الله سره : لكن لو عجز (الى قوله) عدم التعجيز

لم يصح ولو كاتب العربي مثله صح ولو جاء الينا وقد قهر احدهما صاحبه بطلت الكتابة فان العبد ان كان هو القاهر ملك سيده وان كان السيد فقد قهره على ابطال الكتابة وورده رقيقا وكذا لو قهره السيد بعد عتقه وان دخلا من غير قهر فقهر احدهما الآخر فى دار الاسلام لم تبطل الكتابة لانها دار خطر (١) لا يؤثر فيها القهر الا بالحق ، ولو دخلا من تأمين لم يمنعا من الرجوع ولو ابى العبد لم يجبر على الرجوع مع مولاه فان اقام السيد للاستيفاء عقد امانا لنفسه وله ان يوكل فيه وينعتق مع الاداء ثم يعقد امانا ان اقام والآرجع فلو عجز استرقه ويرد الى السيد .

ولو ارتد المولى لم يصح كتابته ان كان عن فطرة لزوال ملكه عنه وان كان عن غيرها فكذلك ان كان العبد مسلما لوجوب بيعه عليه (ويحتمل) وقوعها موقوفة فان اسلم تبييننا الصحة وان قتل او مات بطلت فان ادى حال الردة لم يحكم بعتقه بل يكون موقوفا فان اسلم ظهر صحة الدفع وانعتق ولو ارتد بعد الكتابة ادى العبد الى الحاكم لاليه ويعتق

اقول: (وجه الاول) وجوه نفى الملك ولا يتم الا بذلك وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب فيجب التعجيز والبيع (ووجه الثانى) ان تعجيزه يستلزم زيادة الملك اوقوته وهو سبيل فلا يجوز للاية .

قال قدس الله سره : ولو ارتد المولى (الى قوله) على التردد .

اقول : هنا مقدمة ومسائل (اما المقدمة) فهي ان الكتابة متفرعة على الملك اجماعا منا وعلى عدم الحجر عليه شرعا فكل من لا يملك لا تصح كتابته وكذا المحجور عليه شرعا (واما المسائل) فاربعة (الاولى) المر تدعن فطرة بالردة يزول ملكه عن جميع ما كان ملكا له اجماعا منا و كل من يصح كتابته مالك بالفعل فلا تصح كتابة المر تدعن فطرة (الثانية) المر تدعن غير فطرة هل يزول ملكه عن املاكه بالارتداد ام بالقتل او الموت ام يكون موقوفا او مراعى وعلى الاخير بن هل يكون محجورا عليه بنفس الردة او بحجر الحاكم فيه اقوال يأتى كل فى

(١) بالخاء المعجمة - اى دار حرمة التغليب ومنع من التسلط الاعن حق - واحتمل

كونه بالخاء المهملة وسكون الظاء بمعنى المنع ومنه الحضيرة

بالاداء فان دفع اليه كان موقوفاً أو باطلاً على التردد، وفي اشتراط الحاكم في الحجر و في تعجيزه بالدفع الى المرتد مع التلف اشكال، ولو اسلم حسب عليه ما اخذه في الردة موضعه (فعلى الاول) لا يصح كتابته مطلقاً (وعلى الثاني) تصح كتابته كغير المسلم قبل حجر الحاكم ان قلنا انه لا يحجر عليه بالردة بل بحجر الحاكم وان قلنا بالحجر بالردة بطلت وعلى الثالث تكون موقوفة او مراعاة كسائر تصرفاته فان مات مرتدً تبيننا بطلانها وان اسلم تبيننا صحتها واما اذا كان العبد مسلماً (فان قلنا) بعدم الاكتفاء بها في الذمي فهنا اولي فلا يصح لوجوب بيعه عليه (وان قلنا) بالاكتفاء بها في الذمي (يحتمل) هنا الاكتفاء ايضاً لانه متحرم بالاسلام وكفره غير اصلي وينتظر اسلامه فكفره اضعف (ويحتمل) عدمه لانه لا يقر على دينه والذمي يقر (والمرتد قيل يخرج املاكه والذمي لا يخرج املاكه - خ) (الثالثة) اذا لم يحكم ببطلان كتابته حال وقوعها بعد الردة بل ما بصحتها او بكونها موقوفة او مراعاة فاذا دفع المال الى وليه وبالجملة الى من يقبض امواله واليه اشار المصنف بقوله (فان ادى حال الردة) فان قلنا بصحة الكتابة صح الدفع (وان قلنا) ببطلانها بطل الدفع لا بمعنى ان لا يكون ملكاً للسيد او ورثته بل بمعنى عدم تأثيره في العتق واليه اشار المصنف بقوله (لم يحكم بعتقه) وان قلنا يقع الكتابة موقوفة او مراعاة كان الدفع موقوفاً او مراعى فان مات كافرأ تبيننا بطلان الكتابة وبطلان الدفع بمعنى عدم توقف العتق عليه وان مات مسلماً تبيننا صحة الدفع بمعنى ترتب العتق عليه (الرابعة) لو اردت المولى بعد الكتابة لم تبطل ودفع الى الحاكم لاليه ويعتق بالاداء وان دفع الى المرتد كان موقوفاً او باطلاً على التردد وهو مبني على ان تصرفات المرتد هل هي باطلة او موقوفة (يحتمل) الاول لان المرتد محجور عليه وسبب الحجر الردة (ومن) حيث ان الحجر مسألة اجتهادية يتوقف على حكم الحاكم .

قال قدس الله سره : وفي اشتراط الحاكم (الى قوله) اشكال .

اقول : هنا مسألتان (الاولى) المرتد هل يتوقف الحجر عليه على الحاكم اشكال ينشأ

(من) ان الاصل عدمه خرج ما بعد حكم الحاكم اجماعاً فبقى الباقي على الاصل (ومن)

ويجوز لولى الطفل والمجنون الكتابة مع الغبطة على رأى وتصح كتابة المريض من الثالث لانه معاملة على ماله بماله فان خرج من الثالث عتق اجمع عند الاداء وان لم يكن غيره. صحت فى ثلثة وكان الباقي رفاعلى رأى .

ان سبب المنع الردة وقد حصلت ولاختلاف الفقهاء فى خروج املاكه بالردة او الموت فيمنع من التصرف بنفس الردة للاحتياط (الثانية) اذا ارتد بعد الكتابة ودفع المال الى المرتد ثم تلف المال قبل اسلامه وافلس المكاتب هل يحكم بتعجيزه اشكال ينشأ (من) ان قبض المرتد هل يكون باطلا او موقوفا وعلى تقدير بطلانه هل يكون مضمونا عليه اولا حيث ان المكاتب دفعه اليه وسلطه عليه فهو المتلف لماله (ويحتمل) ضمان المرتد لانه قد انقطع تصرفه عن المكاتب بالكتابة فيضمنه ومثله له عليه فيصح التقاص وعلى تقدير الوقف ان اسلم تبينا صحة الدفع وانعتق وان مات على كفره بطل الدفع و كان للورثة تعجيزه واسترقاقه .

قال قدس الله سره : ويجوز اولى الطفل (الى قوله) على رأى

اقول: للشيخ فى هذه المسألة قولان (احدهما) الجواز مع الغبطة (لان) الولى موضوع لعمل المصالح وهو اختياره فى الخلاف واختاره المصنف (والاخر) المنع (لان) الكتابة شبيهة بالتبرع لانها معاملة على ماله بماله وهذا قوله فى المبسوط، والاصح عندي الاول (لما) رواه معاوية بن وهب قال قلت لابي عبدالله عليه السلام انى كاتبت جارية لايتام لنا واشترطت عليها ان عجزت فبهى رد فى الرق وانا فى حل مما اخذت منك قال فقال لك شرطك (١) .

قال قدس الله سره : وتصح كتابة المريض (الى قوله) على رأى .

اقول: هذه المسألة مبنية على ان منجزات المريض هل هى من الاصل او من الثلث فان قلنا انها من الثلث فالكتابة من الثلث وان قلنا انها من الاصل فكذا الكتابة لانها منجزة .

الركن الرابع العبد

وله شرطان التكليف والاسلام فلو كاتب الصبي او المجنون لم ينعقد اذ ليس لهما اهلية القبول ، ولو كاتب المسلم كافراً فالاقرب البطلان ، ولو كاتبه مثله لم يصح على

الركن الرابع العبد وله شرطان

قال قدس الله سره : ولو كاتب المسلم كافراً فالاقرب البطلان .

اقول: هذه المسألة مبنية على ان الخير المذكور في قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً (١) هل المراد به الديانة خاصة وهو اختيار المرتضى او المال خاصة او هما وهو اختيار الشيخ في الخلاف والمبسوط فانه فسر الخير بالامانة والتكسب فان كان الاول فلا تصح كتابة العبد الكافر وان كان الثاني صح (وعلى الثالث) لانصح ايضاً وهو اختيار من جاوز استعمال اللفظ المشترك في كلامه معنييه (لقوله تعالى) وآتوهم من مال الله الذي آتاكم (٢) وهذا مادة وهي حرام للكافر لقوله تعالى لا تجد قوم يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله (٣) وهذا اختيار المرتضى وقواه الشيخ في المبسوط (والتحقيق) ان عتق الكافر تبرعا ان كان جائزاً فالكتابة اولى والا فان قلنا انها معاوضة حقيقية صحت كالبيع والافلا .

قال قدس الله سره : ولو كاتبه مثله لم يصح على اشكال

اقول: اذا كاتب الذمي عبده الذمي استشكل المصنف الصحة وهو مرتب على مسألتين (الاولى) تفسير الخير في قوله تعالى فكاتبوهم وقد تقدم (الثانية) انه هل يصح ان يكاتب الذمي عبده وقد تقدمت هذه المسألة (واعلم) ان قوله (ولو كاتب) قد ذكره في الركن الثالث في السيد وحكم بالصحة في قوله (والاقرب عدم اشتراط الاسلام فلو كاتب الذمي عبده صح) والمراد ان يكون العبد ذمياً لانه قال بعد ذلك بالفضل (ولو كان العبد مسلماً ففي صحة كتابته نظر) ومن عادة المجتهدين انه ان تغير اجتهادهم

اشكال ويجوز ان يكتب بعض عبده على رأى وحصته من المشترك ومن المعتق بعضه ولو كاتب حصته بغير اذن شريكه صح وان كره الشريك ولا تسرى الكتابة الى باقى حصته ولا الى حصة شريكه نعم (قيل) اذا ادى جميع مال الكتابة عتق كله وقوم حصة شريكه عليه ان كان موسراً ولو كان له سرى العتق الى باقيه واذا ادى المشترك شيئاً

فى المسألة لا يغيرون فى تصنيفهم ما تقدم ليعلم من يقف عليه ان لذلك الحكم وجهاً وانه قال به قائل .

قال قدس الله سره : ويجوز ان يكتب (الى قوله) بعضه.

اقول: هل يجوز ان يكتب بعض عبده و يبقى باقيه قناله ام لا قال الشيخ فى المبسوط لا يصح لان الكتابة يلزمها رفع الحجر عن المكاتب فى جهات الاكتساب وما يتوقف عليه كالسفر وينفرد بما يدفع اليه من سهم المكاتبين من الزكوة ولا يمكن هنا لتوقف السفر والتكسب على اذن السيد ويشاركة فيما يدفع اليه من سهم المكاتبين من الزكوة لانه كسبه وقال الشيخ فى الخلاف يصح واختاره المصنف رحمه الله وجزم به (احتج) المصنف بعموم قوله عليه السلام الناس مسلطون على اموالهم وبانه يصح بيع نصيبه وعتقه والكتابة لا تنفك عنهما ويندفع ما ذكره فى المبسوط بالمهاياة كالشريكين فلا يمنع من السفر وجهات التكسب فى نوبة العبد ونمنع مشاركته فى سهم المكاتب من الزكوة لانه انما دفع الى جهة المكاتب (ولانه) لا يملك النصيب بل يصرف فى كتابته .

(مسألة) لو كاتب الرق ممن بعضه رقيق قد استقر وبعضه حر صح باتفاق الفرق لاستغراق الكتابة للرق فافادته الاستقلال .

قال قدس الله سره : ولو كاتب حصته (الى قوله) الى باقيه .

اقول: هذا مسائل (الاولى) ذهب الشيخ فى المبسوط الى بطلان كتابة احد الشريكين نصيبه بغير اذن الآخر وقال فى الخلاف بالصححة وهو اختيار المصنف لما تقدم (والمانعون) علل بعضهم بما تقدم فى حجة المانع له وبعضهم استند الى استلزامها تنقيص ملك الشريك فيتضرر به ويتفرع على التعليلين ما اذا اذن الشريك (فعلى الاول)

الى مكاتبه وجب ان يؤدى مثله الى شريكه سواء اذن الشريك في كتابته اولاً ولو ادى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق ولو ادى بجزئه المكاتب مثل ان هاياء فكسب في نوبته او اعطى من سهم الرقاب لم يكن للاخرفيه شيء ولو ورث بجزئه الحر ميراثاً و بجزئه المكاتب اخذ من سهم الرقاب كان له الدفع الى مكاتبه ولا شيء للاخر لانه لم يأخذ بسبب الرقية شيئاً ولو كاتبه السيدان جاز سواء تساوى فى العوض او اختلفا وسواء تساوى فى الملك او اختلفا وسواء اتحدا لعقد او تعدد وليس له أن يؤدى الى احدهما اكثر مما للاخر ولا قبله .

الفصل الثالث فى الاحكام

وفيه مطالب (الاول) ما يحصل به العتق

وهو يحصل فى الصحيحة باءاء جميع المال ان كان المكاتب مشروطاً وبالبراءة وبالاعتياض وبالزمان عنه ولا يحصل بجزء من النجوم جزء من الحرية حتى يؤدى الجميع اما المطلق فكل ما ادى شيئاً انعتق بازائه ، ولو بقى على الشروط اقل ما يمكن لم ينعتق فان عجز كان لمولاه استرقاقه والمقبوض له والمشروط قبل الاداء رق لا يصح (وعلى الثانى) يصح لانه اسقط حقه ورضى بالتضرر (الثانية) اذا صحت كتابة الشريك على القول به مطلقاً وبشرط اذن الشريك فاذا لم تسر الكتابة الى نصيب الآخر لان السراية من خواص العتق ولم يحصل قبل الاداء واما اذا ادى الى المكاتب وانعتق نصيب المكاتب هل يسرى العتق قال الشيخ نعم لعوموم الحديث الدال على السراية لصورة النزاع فان المكاتب ينعتق (وقيل) لالانها عقد معاوضة اوجبت بملك (تملك - خ ل) كل من السيد والعبد ملك ما جعل من العوض فالمتعق ليس السيد ولان الكتابة بيع للعبد من نفسه فيعتق على العبد ففي الحقيقة العتق صدر منه فلم يسر على السيد وهذا الدليل انما يتمشى على مذهب ابى الصلاح وابن ادريس - حيث قالوا بالصغرى وعلى قول من يقول انه عتق معلق يسرى على السيد (الثالثة) لو كان باقى العبد للسيد المكاتب على القول بصحة ان يكاتب بعض عبده قال الشيخ يسرى الى باقيه لانه المتعق لان فاعل السبب اختياراً فاعل المسبب اختياراً فقوله (ولو كان له سرى العتق الى باقيه) هو تمام لقوله قيل اذا ادى جميع مال الكتابة الى آخره .

فطرته على مولاه ولو كاتباً عبداً لم تنعتق حصة أحدهما إلا بآداء الجميع إليهما أو بأذن الآخر في الآداء ، ولو خلف ابنين فادى نصيب أحدهما عتق ولا ينعتق المكاتب بملك مال الكتابة بل بآدائه وان كان قبل الأجل ان رضى المالك بقبضه حينئذ ولو جن السيد وقبض النجوم لم يعتق حتى يسلم إلى الولي ولو تلف في يد السيد فلا ضمان اما لو اتلف السيد عليه مالا فانه يقاص ولو جن العبد فقبض منه السيد عتق ولو ادعى الكتابة فصدقه احد الوارثين وكذبه الاخر قبلت شهادة المصدق عليه ان كان عدلاً والأحلف وصار نصفه مكاتباً والآخر رقاً (فان) اعتقه المصدق سرى إلى الباقي و(ان) ابرأه لم يسر وكذا ان ادى النجوم: واذا عجز كان له رده في الرق ثم المنكر ان كان قد اخذ نصف كسبه فما في يده للمصدق فان ادعى المنكر ان ما في يده متقدم على ادعاء الكتابة او في حياة المورث قدم قول الآخر مع يمينه ولو ظهر عيب في العوض فله رده وابطال العتق واخذ الارش فيبقى على العتق ولو تعيب عنده كان له دفعه بالارش (وقيل) لا ولو رضى المالك بالمعيب انعتق (وهل) ينعتق من حين الرضى او القبض اشكال ولو اطلع على العيب بعد التلف كان له رد العتق الى ان يسلم الارش فان عجز كان له الاسترقاق كالعجز عن بعض النجوم .

الفصل الثالث في الاحكام

وفيه مطالب الاول ما يحصل به العتق

قال قدس الله سره : ولو ظهر عيب في العوض (الى قوله) وقيل لا.

اقول: قوله (وقيل) اشارة الى قول الشيخ في المبسوط فانه قال ليس له رده بالارش والمصنف ذكر هذه المسألة فيما سبق واستشكل بطلان العتق (وهنا) قال بابطال العتق وليس مراده ابطاله بعد وقوعه بل برده ظهران المكاتب لم يؤد مال الكتابة لان هذا ليس هو مال الكتابة فظهران العتق لم يحصل لان العتق ليس من التصرفات التي يتطرق النقص اليها فلو حصل لما ارتفع وكيف يتصور ارتفاع العتق وهو زوال الملك واعدامه.

قال قدس الله سره : ولو رضى المالك (الى قوله) اشكال.

اقول: ينشأ (من) ان الرضا بالعيب هل هو كاشف عن صحة قبض العوض او سبب (فعلى الاول) يحصل العتق من حين القبض (وعلى الثاني) يحصل من حين الرضا

المطلب الثانى فى احكام الاداء

ويجب القبول مع دفع النجم عند حلوله ولو كان غايبا قبضه الحاكم ولو قال هو حرام لم يقبل (ويحتمل) ان ينتزعه الحاكم فيحفظه فى بيت المال الى ان يعين مالكة وان يبقيه فحينئذ الاقرب قبول تكذيب نفسه اما لو عين لم يقبل تكذيبه الا ان يكذبه المقر له ، ولو قبضه من مال الصدقة وجب قبوله فان عجز فاسترق فالاقرب عدم زوال ملكه عنه ، ولا يجب الاضطرار مع الحلول الا بقدر ما يخرج المال من حرزه ولو كان غايبا (ووجه الاول) انه اذا قبض المعيب جاهلا بالعيب فى الصرف وتفرقا قبل العلم ورضى صح العقد فلوم يكن كاشفا عن صحة القبض لم يصح البيع (ووجه الثانى) ان هذا المعيب ليس مال الكتابة وانما يكون عوضا عنه اذا رضى به فالرضا سبب فمن الآن يحصل العتق.

المطلب الثانى فى احكام الاداء

قال قدس الله سره : ويجب القبول (الى قوله) الا ان يكذبه المقر له .

اقول: قد تقدم ذكر اقرار المالك بتحريم المال الذى جاء المكاتب الى سيده ولم يعين المقر له قال الشيخ فى المبسوط تقر فى يده وتردد المصنف فيه ولم يذكر الاحتمالين بل قال فيه نظر واما هيئتها فذكر الاحتمالين (الاول) ان الحاكم ينتزعه ويتركه فى بيت المال الى ان يعين المقر صاحبه والاقوى الى ان يظهر مالكة (الثانى) يقر فى يده لما تقدم فعلى هذا الاحتمال الاخير لو اكدب نفسه فى كونه حراماً هل يقبل منه قال الاقرب نعم لانه ذويد لم ينازعه احد فى ملكه (ويحتمل) عدمه لانه انكار بعد اقرار والاقوى عندى الاخير اما لو عين المقر له لم يقبل تكذيبه اجماعاً الا ان يكذبه المقر له .

قال قدس الله سره : ولو قبضه من مال الصدقة (الى قوله) عنه .

اقول: اى زوال ملك السيد لانه من مصارف الصدقات واستقر ملك السيد عليه وقال ابن الجنيد يرد الى مالكة الذى دفعه من الزكوة ان عرفه والارد الى اهل الصدقات لانه ظهر انه لم يصرفه فى فك الرقبة وهى لبيان المصرف لا يملك بل يصرف فى الفك فاذا لم يحصل يكون قد صرف فى غير محله .

قال قدس الله سره : ولا يجب الاضطرار مع الحلول (الى قوله) الفسخ .

فالأقرب ان له الفسخ ، وكذا لو كان له عروض لاتباع الأبعد مهلة ولو غاب بعد الحلول
بغير إذن السيد فله الفسخ من غير حاجة الى القاضى وان كان باذنه فليس له الآ
ان يخبره بالندم على الاظهار فيقتصر في الاياب ولومنع مع القدرة (فهل) للمولى
الاجبار اوللحاكم اولا (فيه نظر) الاقرب ذلك وان منعناه كان له الفسخ وكذا في الزامه
بالعى ، ولو جن العبد لم تنفسخ الكتابة وكذا المولى وكذا لو جنتا معا (نعم) للمولى

اقول: اذا حل النجم والمكاتب غائب او غاب بعد الحلول بغير إذن السيد فللسيد
فسخ الكتابة ان شاء بنفسه وان شاء بالحاكم لان العجز هنا متحقق وكلما تحقق العجز
فللسيد الفسخ (اما الاولى) فلان العبد قد اختر الاداء وتعذر بفوت النجم الايفاء فيه
وهذا معنى العجز لما تقدم (واما الثانية) فظاهرة مسلمة وقال الشيخ فى المبسوط ليس
له فسخها بنفسه بل يرفعه الى الحاكم ويثبت عنده ان له على المكاتب ما لا وانه قد تعذر
عليه الاداء فاذا فعل ذلك استحلفه الحاكم مع البينة وقضى له بالفسخ ويكون هذا قضاء
على الغائب (وقيل) له الفسخ مع الضرورة لامع عدمها والاقوى عندى ما هو الاقرب
عند المصنف .

قال قدس الله سره: ولو منع مع القدرة (الى قوله) بالسعى .

اقول: هنا مسائل (الاولى) اذا امتنع المكاتب من اداء مال الكتابة فى وقت
مع قدرته عليه هل يجبر على الاداء ام لافيه قولان (احدهما) لاجبار فيةخير السيد فى
فسخ الكتابة والصبر وهو قول من قال ان الكتابة جائزة من طرف العبد وجعل له الامتناع
من الاداء وقد تقدم (وثانيهما) اثبات الاجبار فلا خيار وهو عند القائل بلزومها من
الطرفين ثم اختلفوا على قولين (احدهما) المجبر السيد لانه صاحب الحق والمكاتب عبده
وكسبه له وانقطع تصرفه عن غير الاستيفاء واما الاستيفاء فله (ثانيهما) قبل الحاكم لانقطاع
تصرف المولى عنه كالحر وعليه دين للمولى وقد امتنع والمجبر للمدينون على الاداء
الحاكم لاصحاب الدين فقوله (اولا) اى لا يكون لاحدهما اى للحاكم وللسيد الاجبار
وهو اشارة الى القول الاول واختار المصنف الاجبار والمجبر السيد .

(المسألة الثانية) اختار المصنف على تقدير منع الاجبار ثبوت الخيار للمولى

الفسخ اذا لم يكن للمجنون مال فان كان له مال فللحاكم الاداء عنه ليعتق مع المصلحة
وللسيد الاستقلال باخذ النجوم ، ولومات المشروط بطلت الكتابة وان خلف وفاء لتعذر
العتق ، ولو استعمله شهراً وغرم الاجرة لم يلزمه الا انظار بعد الاجل شهر أو تركه المشروط
لمولاه وان بقى عليه درهم واولاده رق للمولى ، اما المطلق فيتحرر منه بقدر ما ادى
ويكون الباقي رقاً لومات فيأخذ المولى من تركته بقدره ولورثته بقدر الحرية ويؤدى
الوارث التابع له في الكتابة من نصيب الحرية ما بقى من مال الكتابة وان لم يكن له مال
سعى الاولاد في ما بقى على ابيهم بالسوية وان اختلفوا في الاستحقاق او القيمة ، ولو تعذر

في الفسخ (المسئلة الثالثة) البحث في امتناع المكاتب من السعى في تحصيل مال الكتابة
مع القدرة عليه كالبحت في الامتناع عن الاداء مع وجود المال في يده بعد حلول الحق
عليه فان الاقوال الثلاثة آتية هنا (واعلم) ان الشيخ رحمه الله قال الكتابة جائزة من
طرف العبد وليس للحاكم وللسيد اجباره والحق عندي ان الكتابة لازمة وللسيد اجباره ولو
جن فلوليه اجباره على الاداء مع وجود المال في يده وقدرته عليه والسعى مع عدم وجوده
وثبوت القدرة عليه لان نفي الاجبار يستلزم ثبوت الخيار ومع الفسخ يصير قنأ وماله له فله
اخذه قهراً فترك الاجبار يؤدى اليه والى فسخ الكتابة .

قال قدس الله سره : **واما المطلق (الى قوله) من الاصل .**

اقول: موضوع عقد الكتابة الرقبة وغايتها العتق فاذا مات قبله فات الموضوع
وامكان الغاية التي شرع لها العقد فيبطل فان كان مشروطا ومات وقد بقى عليه شىء من مال
الكتابة استقر الرق على اولاده وماله لمولاه وعليه تجهيزه واما المطلق فان مات ولم يؤد
شيئا البتة فكذلك واذا ادى البعض تحرر منه بقدره وبطلت الكتابة في الباقي منه و
يترتب حكم المعلق على كل منهما فهنا مسائل .

(الاولى) اولاده التابعون له في حكم الكتابة يتحرر منهم بقدر حرته وسيأتي

باقى حكم اولاده (الثانية) ميراثه اوراثه ومولاه بنسبة الرقية والحرية ويستقر ملك وارث لم
يتبعه على نصيبه من نصيب الحرية ونصيب من تبعه (كالاولاد المتجددين بعد الكتابة - خ)
يتعلق به وبكل جزء منه كل ما بقى من مال الكتابة ولولم يخلف مالا يتعلق بكل واحد

الاستيفاء من بعضهم لغيبة او غيرها اخذ من نصيب الباقي ما تخلف على الاب وعتق الجميع ولولم يكن تركة سعى في الجميع وليس للمؤدى مطالبة الغايب بنصيبه ومع الاداء ينعقون والاقرب ان للمولى اجبارهم على الاداء وفي رواية يؤدى الاولاد المتخلف من الاصل ولهم الباقي ، ولولم يؤد شيئا كان اولاده ارقاء والمال للمولى ولو كان الوارث حراً وقد عتق نصف المكاتب ورث بقدره والباقي للمولى ولا اداء ، ولو خلفهما فللمولى النصف تبعه وبالكل كلما بقى كتعلق الواجب على الكفاية لانهم كلهم كواحد وهو المورث ومتى ادى البعض البعض انعتق من الكل بقدره .

(الثالثة) اذالم يخلف شيئاً وامتنع الكل او البعض ممن تبعه من الاداء او السعى (هل) للحاكم اجبارهم عليه قال المصنف الاقرب ذلك (لان) الشارع جعله عوضاً عن رقة الاولاد التي هي مملوكة للمولى ولوقطع الشارع تصرفه عن تملكه بهذا العوض فلا يجوز منعه منه والامنع عن ملكه بالاعوض (ولانه) عوض اقتضته المعاوضة الشرعية اللازمة وقدحل وكان له الزامهم به .

(الرابعة) قيل يخرج المتخلف من مال الكتابة من الاصل (لان) اولاده قاموا مقامه فكانه موجود وهذا اختيار ابن الجنيد (واحتج) بروايتين (الاولى) روى ابن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام في مكاتب يموت وقداى بعض مكاتبته وله ابن من جاريته قال ان اشترط عليه ان عجز فهو مملوك رجع ابنه مملوكا والجارية وان لم يكن اشترط عليه ادى ابنه ما بقى من كتابته وورث ما بقى (الثانية) في الصحيح عن جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال سألته عن مكاتب يؤدى بعض مكاتبته ثم يموت ويترك ابنا له من جارية له فقال ان كان اشترط عليه انه ان عجز فهو ورق رجع ابنه مملوكا والجارية وان لم يشترط عليه صار ابنه حراً وورد على المولى بقية المكاتبه وورث ابنه ما بقى (٢) واجاب والدى المصنف بانه معارض بما روى محمد بن قيس في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام في مكاتب توفي وله مال قال يقسم

(١) ثلث ١٩ خبر ٣ من ابواب المكاتبه .

(٢) ثلث ١٩ نحو خبر ٣ من ابواب المكاتبه

والباقي بينهما على ما أتى فيؤدى المكاتب من نصيبه ما بقى على أبيه وينتق ويرث هذا المطلق ويورث وتصح الوصية له كذلك بقدر ما فيه من الحرية دون الرقية ، ويحد حد الحر بقدر ما فيه من الحرية وحد العبيد بالباقي ويحد المولى لو زناها بقدر الحرية دون الرقية ويجب على السيد اعانة المكاتب من الزكوة ان وجبت عليه والاستحبت (على رأى -خ)

ماله على قدر ما اعتق منه لورثته وما لم يعتق يحسب منه لاربابه الذين كاتبوه (١) ولانه بموته يستقر الرق على نصفه مثلا فيتبعه من ماله بقدره كمن انتق بعضه .

قال قدس الله سره : ويجب على السيد (الى قوله) ما يسمى مالا .

اقول: اختلف الناس فى وجوب اعانة المكاتب على السيد على اقوال (الاول)

الوجوب مطلقا وهو اختيار الشيخ فى المبسوط (الثانى) انه يجب من الزكوة الواجبة عليه وان لم يجب استحبت الاعانة وهو قول الشيخ فى الخلاف والمصنف هنا (الثالث) يستحب لسيد اعانته من سهم الرقاب وهو قول ابن البراج وابن حمزة (الرابع) قال ابن ادريس يجب على السيد ان وجبت عليه الزكوة اعانة المكاتب المطلق منها بشرط عجزه لا المشروط ويتخير فى القدر قلة وكثرة فان لم يجب الزكوة فكأنه الامام من سهم الرقاب (الخامس) يستحب الاعانة مطلقا للمطلق والمشروط من الزكوة وغيرها وهو اختيار والدى المصنف فى المختلف ومأخذا لاقوال قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم (٢) فهنا قواعد (الاولى) اختلف الفقهاء فى قوله تعالى وآتوهم هل صيغة الامر هنا للوجوب او الاستحباب (الثانية) قوله (من مال الله) هل هو اشارة الى الزكوة لانها مال الله او اشارة الى المال مطلقا سواء كان من الزكوة او غيرها لان الكل مال الله تعالى (الثالثة) اطلاق الايتاء يقتضى التخيير فى التقدير .

اذا عرفت ذلك (فنقول) المصنف فى المختلف ذهب الى ان الامر هنا للاستحباب وان مال الله تعالى اشارة الى المال مطلقا سواء كان من الزكوة او غيرها و اضافه اليها بانها كانت لنا فى الاصل (ولان) غايته وفائده الاخرى التى هى الغاية القصوى من المال لنا وهو ظاهر - قال فاستحب الايتاء مطلقا من الزكوة وغيرها وهذا هو الصحيح عندى والقائل (بان الامر هنا

(١) ثلث ١٩ خبرا من ابواب المكاتب

(٢) النور ٣٣ .

ولا يتقدر قلة ولا كثرة ويتضيق اذا بقى عليه اقل ما يسمى مالا ، ولو اخل حتى انعتق بالاداء (قيل) وجب القضاء ويجوز المقاصة .

للوجوب (ومال الله الزكوة) قال (بوجوب الاعانة ان وجبت الزكوة وان لم يجب الزكوة استجبت الاعانة لانه من باب التعاون على البر ولا نها فك رقبة فيدخل تحت قوله تعالى فك رقبة او اطعام في يوم ذي مسغبة (١) ومن قال بان الامر هنا للاستحباب (ومال الله) الزكوة شرط استحباب الاعانة بوجوب الزكوة والالم يكن للتقييد بقوله (من مال الله) فائدة واستخراج وجه باقى الاقوال ظاهر يحصل بادنى تأمل .

تفصيله

يلزم على قول من قال بالوجوب انه اذا بقى على المكاتب المشروط القدر الذى تجب الاعانة به على السيد كاقلى ما يملك عندنا ثم عجز عن الاداء لم يسترق ولم يجز تعجيله (واعلم) ان قوله (ولا يتقدر قلة ولا كثرة) اشارة الى انه من الواجب المخير وتظهر الفائدة فى انه لو اعان الزائد كان له ثواب الواجب لا المندوب .
قال قدس الله سره : ولو اخل (الى قوله) المقاصة .

اقول : اختلف القائلون فى وجوب الايتاء مطلقا اى غير مشروط بوجوب الزكوة فقال بعضهم انه وجوب مستقر فى الذمة لا يزول الا بادائه او بطلان الكتابة كعجز المشروط ورده فى الرق وهو اختيار الشيخ فى المبسوط لما تقدم من ان الامر للوجوب وان مال الله ليس بمقصود على الزكوة والاصل البقاء قال ولومات السيد اخرج من تركته ويقدم على الوصية ويساوى الديون ويقسط التركة عليهما بالنسبة ولو انعتق المكاتب باءاماعليه وجب على السيد قضاء الايتاء .

تفصيله

(اعلم) ان فى قوله (ولو اخل حتى انعتق بالاداء قيل وجب القضاء) فوائد (الاولى) فى قوله (انعتق بالاداء) انه لو انعتق بغير الكتابة كما لو اعنتقه مولاه او بالسراية او بالوصية بعنتقه او بانعتاقه على وارث المولى بعد موته فانه لا يجب ولا يستحب ولو انعتق بالكتابة

(قيل) ويجب على المكاتب قبول الأيتاء ان دفع المالك من عين (غير- خ) مال الكتابة او من جنسه.

بان وهبه مولاه مال الكتابة كان ذلك ايتاء ولو انعتق اداء بعض النجوم واسقاط المولى البعض كان ذلك ايتاء ايضاً ولو قاصه المولى من الزكوة الواجبة جاز وكان ايتاء و اشار اليه في قوله (ويجوز المقاصة) وكذا لو نذر اعانة المكاتبين بكذا قبل ذلك جاز اعانته منه ولو فكاه الامام وجب على السيدواستحب الأيتاء وكذا لو دفع غيره من الزكوة من سهم الرقاب (الثانية) في تسميته قضاء اشارة الى ان وقت الأيتاء من حين الكتابة و اشار بقوله (واعانة المكاتب فاذا انعتق خرج الوقت) ودل عليه قوله (ويتضيق اذا بقي عليه اقل ما يسمى مالا) (الثالثة) انه عبادة من العبادات الموقته بوقت محدود التي لها قضاء (الرابعة) انه اشارة الى ابطال قول بعض المخالفين ان وقت الوجوب بعد العتق بلا فصل (الخامسة) انه اشارة الى ابطال قول من قال بحصر الوجوب في النجم الاخير (السادسة) اشارة الى ان الاعانة ليست منحصرة في الاعانة على الاداء بل قد يكون فيه وقد يكون اعانة على بلغته ولتحصيل التملك الكامل (السابعة) القدر الذي تجب الاعانة به يخرج من الاصل والزائد عليه من الثلث فيزاحم الاول الديون والثاني الوصايا ولو تقابل في اقل ما يملك قولان تعارض اصلان (احدهما) براءة ذمة السيد من الزائد (وثانيهما) بقاء الامر بالايتاء وعندى يرجح الاول وهو قول والدى في درسه .

قال قدس الله سره : قيل ويجب (الى قوله) او من جنسه .

اقول: لما فرغ من البحث في وجوب الأيتاء على السيد شرع في البحث عن وجوب القبول على المكاتب (وتقريره) ان نقول يكفي في الأيتاء كل من المناولة والابراء (اما الاول) فلدلالة الآية على ظاهره قال الشيخ الدفع حقيقة في المناولة و المدفوع اما من نفس مال الكتابة الذي دفعه العبد اليه اولا (والثاني) اما ان يكون من جنسه اى مثله اولا فالاقسام ثلاثة الاول ان يكون من عين مال الكتابة قال الشيخ يجب عليه القبول لانه آناه من المال الذي امر الله تعالى ان يؤتیه (الثاني) ان يكون من غير جنسه قال الشيخ لا يجب عليه القبول لان الله تعالى اوجب حقه من مال الكتابة فلا يلزمه ان يقبل من غير جنسه

ولو كان لمولاه دين معاملة مع النجوم فله ان يأخذ ما في يده بالدين ويعجزه اذا لم يملك الا ما في باحدهما ولو اريد تعجزه قبل اخلاء يده عن المال باخذه بالدين فيه اشكال اما المطلق فليس له ان ياخذ منه الا ما يختاره المكاتب من الجهتين .

ولو كان عليه دين معاملة لاجنبى وارث جناية احتمل التوزيع والباقي للمولى وتقديم الدين لان الارش متعلقا هو الرقبة ثم الارش يقدم على النجوم هذا مع الحجر

(الثالث) ان يكون من جنسه اى مثله قال الشيخ قال قوم لا يجب عليه القبول ومنهم من قال يجب عليه القبول قال (وهو الاقوى) (واما الثانى) وهو البراء قال الشيخ دل عليه مارواه على عَلَيْهِ السَّلَامُ عن النبى وَاللَّهِ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ أَنْ يَحِطَّ رُبْعَ مَالِ الْكِتَابَةِ (واقول) فى المستند ضعف قال الشيخ ايضا والحط اشبه بالتبرع واجود (اقول) وهنا لا يعتبر القبول اذ البراء لا اثر للقبول فيه فلا معنى لايجاب به والبحث انما هو فى الاول والذى عندى فيه ان اليتاء اما بعد العتق او قبله و الاول لا يجب فيه القبول والثانى يجب فيه القبول سواء كان من الجنس او من غير الجنس.

قال قدس الله سره : ولو كان لمولاه (الى قوله) اشكال .

اقول : ينشأ (من) انه مالك بقدر النجوم باذله فلا يتحقق العجز لانه اما يمنع العبد من الاداء او عدم شرطه وهو الملك لقدر المال (ومن) ان المولى يتمكن من مطالبته بالدينين معاً واخذ ما يده عنهما فحينئذ يعجز عن قسط من النجوم والاقوى عندى الثانى لانه قادر على اداء واحد منهما لابعينه لاعلى المجموع وليس المكاتب بقادر على التعيين فلا يقدر على اداء النجوم (ولانه) قد حصل فى هذا المال تعارض للنجم مقدم عليه ولا يقدر العبد على دفعه .

قال قدس الله سره : ولو كان عليه دين (الى قوله) تقديم من شاء

اقول : اذا اجتمع على المكاتب المشروط النجوم ودين المعاملة كالاثمان والعروض لاجنبى وارث الجناية لاجنبى آخر فهو كالحر فى الحجر عليه وقسمة ماله بين ارباب الديون (فنقول) اما ان يكون ما فى يدا المكاتب وافيا بما عليه من الديون والاروش والنجوم (اولاً) فان كان الاول فلا بحث وحكمه ظاهر وان كان الثانى فاما

عليه وقبله، له تقديم من شاء ، ولو عجز نفسه وعليه ارش ودين معاملة سقطت النجوم ووزع ما في يده على الحقين (ويحتمل) تقديم الدين لتعلق الارش بالرقبة والعكس لان صاحب الدين رضى بذمته ولمستحق الارش تعجيزه حتى يتبع رقبته ، ولو اراد السيد فداه لتبقى الكتابة جاز و ليس لصاحب دين المعاملة تعجيزه اذ لا يتعلق حقه بالرقبة ولو كان للسيد دين معاملة ضارب الغرماء به لا بالنجم ، ولو كان مطلقا ضارب بالنجم ايضا

ان لا يكون قد حجر عليه لعدم التماس الغرماء او غيره او يكون قد حجر عليه فان كان الاول فله تقديم من شاء مع التساوى في الحلول وان كان الثانى وهو ان يكون قد حجر عليه تولى الحاكم قسمة ما في يده وفي كيفية القسمة احتمالان وقيل قولان (احدهما) التوزيع بين الديون و ارش الجناية خاصة لتعلق الكل بما في يده لوجود اسباب الاستحقاق وعدم التمانع واما عدم مشاركة المولى لان له عوضا هو الرقبة وله تعجيزه اذا عجز فان فضل شيء بان غلب قيمة الكل او البعض بعد القصور و الحجر فوقى بالدين و ارش الجناية كان الباقي للمولى اى يتعلق به حقه لما حل من النجوم والى هذه الفائدة اشار بقوله (والباقي للمولى) وثانيهما انه يقدم دين المعاملة لانه يتعلق بما فى يده لا غير و الارش الجنائية متعلق آخر وهو الرقبة . وكذلك حق السيد بتقدير العجز يعود الى الرقبة ثم يقدم ارش الجناية على النجوم (لان) الارش مستقر والنجوم عرضة للسقوط وعلى قول الشيخ اظهر فاذا قدم على المستقر فعلى غير المستقر اولى (ولان) حق المجنى عليه يقدم على حق المالك فى القن فكذلك فى المكاتب لان جنايته لما قدمت على ملك السيد فى عبده فتقدمها على عوضه وهو مال الكتابة اولى .

قال قدس الله سره : ولو عجز نفسه (الى قوله) بذمته .

اقول : وجه التوزيع تساوى الحقين فى وجوب الاداء (ولان) كل واحد منهما دين

وكل دين يتعلق بعين مال المحجور عليه بعد الحجر والاقوى عندى تقديم دين المعاملة لان الارش متعلق بالرقبة لتعلق الاستيفاء فيكون كالرهن وفى الحجر لا يزاحم المرتهن فيما عدا الرهن غيره الا بالفاضل من الدين عن قيمة الرهن وفى الارش لافضل لان الفاضل من دية الجنابة عن قيمة الجاني فيما اذا بيع فيها هدر لا يلزم احداً فكانها معدومة

ولو مات المشروط كان ما فى يده للديان خاصة فان فضل شىء فللمولى ولو كان عليه ارش جنائية وديون ولم يف ما تركه بالجميع قال الشيخ بدىء بالدين لتعلق الارش بالرقبة ، ولو كان للمكاتب على سيده مال من جنس النجم وكانا حالين تقاصا ولو فضل لاحدهما شىء رجع صاحب الفضل به على الاخر ، ولو اختلفا جنسا او وصفا لم يجز التقاص الا برضاهما . ومعهم يجوز سواء تقابضا او قبض احدهما ثم دفعه الى الاخر عوضا عما فى ذمته او لم يتقابضا ولا احدهما وسواء كان المالك ائمانا او عروضا او بالتفريق وهذا حكم عام فى كل غريمين ولو عجز المكاتب المطلق وجب على الامام فكه من سهم الرقاب

المطلب الثالث فى التصرفات

وهى اما من السيد او العبد اما السيد فينقطع تصرفه فى المكاتب بعقد الكتابة سواء كان مشروطا او مطلقا الامع عجز المشروط واسترقاقه ، وليس له بيع رقبة المكاتب وان كان مشروطا قبل التعجيز وله بيع النجوم (ان قلنا) بوجود المال و(الا) فللانه دين غير لازم ، فان قبض المشتري عتق المكاتب اما عندنا فظاهر واما على الفساد فلانه كالوكيل ، وليس له التصرف فى ماله الا بما يتعلق بالاستيفاء وله معاملة العبد بالبيع

قال قدس الله سره : ولو مات المشروط (الى قوله) بالرقبة .

اقول: اذا مات المكاتب المشروط وعليه ديون او ارش جنائية والنجوم قبل ان يقسم ما فى يده انفسخت الكتابة وسقطت النجوم قبل وسقط ايضا ارش الجنائية لان ارش الجنائية تعلق برقبته وقد تلفت وانما تعلقت بما فى يده بسبب الكتابة لان العبد لا يتعلق ارش جنائته بما فى يده وقد بطلت الكتابة فزال سبب تعلقها بماله فاذا زال السبب زال المسبب وهو الاقوى عندي .

المطلب الثالث فى التصرفات

قال قدس الله سره : وليس له بيع (الى قوله) بالاستيفاء

اقول: هنا مسائل (الاولى) فى بيع رقبة المكاتب ولا يصح باجماع علمائنا لتنافي لوازمها المستلزم لتنافيها اذا الكتابة تستلزم قطع السلطنة عنه وعن كسبه وارش الجنائية عليه الا فى استيفاء مال الكتابة والبيع يستلزم ثبوت السلطنة على ذلك كله كيف شاء ولا يقتصر على

والشراء واخذه الشفعة منه وكذا يأخذ العبد منه وليس له منع العبد من السفر ولا من كل تصرف يستفيد به مالا ، ولو شرط في العقد ترك السفر احتمل البطلان لانه كشرط ترك التكسب والصحة للفايدة فان سافر حينئذ ولم يمكنه الرد كان له الفسخ .

الاستيفاء (قالوا) بيعت بريرة وهى مكاتبه وعلم النبي ﷺ ولم ينكره وتقريره ^{بالحجج} (قلنا) بل عجزت فاستقرت ثم بيعت ولان الكتابة قاطعة للسلطنة مانعة من التصرف بالاستيفاء ووجود المانع في الموضوع يبطل للتصرف (الثانية) هل يصح بيع مال الكتابة لغير المكاتب قال الشيخ لا (لان) مال الكتابة غير لازم لانه لا يملك السيد اجبار العبد على ادائه ولا الزامه بتحصيله فلا يكون ملكا حقيقة ولجواز تعجيزه نفسه فيسقط ونحن حيث قلنا بلزومها قلنا بصحة بيعه كسائر الديون اللازمة ويصح بيعه على المكاتب (الثالثة) اذا سلم العبد مال الكتابة بعد البيع الى البائع (فعلى القول) يبطلان البيع ينعتق بذلك القبض (وعلى القول) بصحة البيع لا ينعتق قطعا واذا سلم الى المشتري قال المصنف ينعتق على القولين اما على القول بصحة البيع فظاهر واما على القول يبطلانه فلانه بالبيع اذن له في تسليمه فكان كالوكيل في القبض وبقبض الوكيل ينعتق (وفيه نظر) لانه ان اقتصر على نفس البيع والبيع فاسد لم يقتض الاذن في القبض لان القبض من لوازم وجود صحة البيع ولا يتحقق المزوم بالبيع الفاسد فلا يمكن الاستدلال به على وجود لازم وجود الصحة اما لولم يقتصر على البيع بل قال بعد البيع ادفع مال الكتابة اليه حصل العتق بقبضه قطعا (واعلم) ان المصنف ذهب فيما تقدم الى انه لا ينعتق بقبض المشتري واستشكل جواز تعجيزه مع افلاس المشتري بما قبضه وهيهنا جزم بعقده بقبض المشتري .

قال قدس الله سره : ولو شرط في العقد (الى قوله) للفائدة . .

اقول : وجه الصحة قول النبي ﷺ المسلمون عند شروطهم (١) وتضمنه حفظ عبده من الاباق والمال الذي عليه لانه يمكن ان لا يرجع الى سيده بل يهرب فيفوت العبد والمال .

(١) ثل في كثير من اخبار باب ٤ من ابواب المكاتب .

وليس له وطى المكاتبه بالملك ولا بالعقد ولو شرط الوطى فى العقد فالاقوى بطلانه ولاوطى ابنتها ولاوطى امة المكاتب فان وطىء المكاتبه اوامه المكاتبه للشبهه فعليه المهر ولايتكره الا مع الاداء ولاحدولا تعزير والولد حر وتصيرام ولدولا نبطل كتابتها ولووطىء مع علمهما بالتحريم عزرا وهل يثبت المهر مع المطاوعة اشكال، ويثبت

قال قدس الله سره : وليس له (الى قوله) بطلانه .

اقول: هنا مسألتان (الاولى) انه اذا وطىء المكاتب المكاتبه لم يجب عليه حد وان كان عالما بالتحريم لان ملكه ثابت عليها لنفوذ عتقه وان كان ضعيفا فانه اقوى من الشبهه (قالوا) فلا تعزير لسقوطه : بالشبهه فما هو اقوى اولى (قلنا) قال عليه السلام ادراوا الحدود بالشبهات (١) ولم يدرء التعزير وكل مقدم على محرم يعزّر (الثانيه) لو شرط الوطى فى العقد فالاقوى بطلانه اى بطلان الشرط (ووجه القوة) انه مخالف لمقتضى العقد لان مقتضاه تحريم الوطى ونقصان الملك وقصوره عن اباحه الوطى (ويحتمل) الصحة لانه لو وطئها للشبهه صارت ام ولد فهى اذن مملوكه ملكاً يبيح الوطى لكن منع منه لحقها وهذا الاحتمال ضعيف ويحتمل عود الضمير فى قوله (بطلانه) الى العقد وهو بناء على بطلان الشرط لان العقد اذا اشتمل على شرط فاسد فسد وقد تقدم الخلاف فى ذلك فى غير هذا من العقود (وخلاصته) ان العقد تابع للتراضى ومقصود على وجهه فانفى على تقدير عدمه فيبطل العقد .

قال قدس الله سره : ولو وطىء مع علمها (الى قوله) اشكال .

اقول: قال الشيخ فى المبسوط لها عليه المهر لان المهر كالكسب وكسبها لها فكذا المهر واستشكله المصنف لما ذكره الشيخ (ومن) انه وطىء محرم لفقد السبب المقضى للتحليل والمرأه عالمه بالتحريم فتكون بغياً ومهر البغى محرم وانما قلنا لفقد السبب لان مع وجود مقتضى الاباحه ويكون التحريم لمانع كالحيض لا يكون بغياً وبيان فقد السبب ان الملك بالكتابة يصير كالا ملك ولهذا تصح المعامله بينه وبين السيد ويثبت له على السيد مال ويحرم ماله على السيد و الشيخ رحمه الله جعل التحريم لمانع وهو

(١) مثل ب ٢٤ خبر ٤ من ابواب مقدمات الحدود .

مع الاكراه واذا صارت ام ولد عتقت بموته من نصيب ولدها وتقوم مكاتبة ويسقط عنها ما بقى من كتابتها وما فى يدها لها، ولو اعنتها مولاها عتقت وسقطت كتابتها وما فى يدها لها. ولو كاتبها ثم وطىء احدهما حد بنصيب الآخر وعليه المهر فان عجزت فلاخر الرجوع على الواطى بنصف المهر ان لم يكن دفعه فان حملت قومت بعد عجزها (وقيل) فى الحال وعليه نصف قيمتها موسر ان كان او معسر اعلى اشكال ونصف مهرها فتبطل الكتابة فى حصة الشريك وتصير جميعها ام ولد ونصفها مكاتبة للواطى فان ادت نصيبه اليه عتقت الكتابة مع وجود الملك .

قال قدس الله سره : ولو كاتبها (الى قوله) على قول الشيخ .

اقول: الامة المشتركة بين اثنين اذا كاتبها مالكاها معام وطئها احدهما فالكلام فى الحد والتعزير ولزوم المهر معلوم مما تقدم وانما يبحث هنا فيما اذا حملت بوطيه وفيه ابحاث اربعة سر اية الاستيلاء ، وشرطه ، ووجوب التقويم، ووقته (الاول) ميسر الملك موجب لالتحاق الولد به وثبوت حكم الاستيلاء فى نصيبه وسبب فى سرايته فى الجملة اجماعا والخلاف انما هو فى شرطه (الثانى) اختلف الناس فى اشتراط سر اية الاستيلاء بالايسار فانبته قوم وهو اختيار الشيخ فى المبسوط ونفاه آخرون واستشكل المصنف لتعارض الدليلين وتكافؤ القولين (احتج) الاولون بان العتق اقوى من الاستيلاء فاذا كان الاعسار مانعا من الاقوى فمنعه من الاضعف اولى (والجواب) المنع من المقدمتين (احتج) الآخرون بعموم الاخبار الدالة على وجوب تقويم الجارية المشتركة اذا وطئها احد الشريكين على الواطى لعدم تصور استيلاء البعض خاصة (لان) الولد حاصل من جميعها ونسبه لاحق بها وبه فلا يتبعض الاستيلاء وثبوت متحقق فيجب الحكم بلحوق الاستيلاء لكلها فافترق هو والعتق لتحقق التبعض فيه دون كونها ام ولد (الثالث) لما ثبت وجوب التقويم فيغرم الواطى للشريك قيمة نصيبه و ينتقل الى الواطى فتبطل الكتابة فيه وبقى نصيب الواطى مكاتبة فيعتق بالاسبق من اداء المال ومن موت المولى (الرابع) فى وقت التقويم واختلف الفقهاء فيه فقال بعضهم يقوم حال الاحبال كما لو اعتق احد الشريكين نصيبه من المكاتب فانه كما ان الاعتاق المتأخر اقوى من الكتابة فكذا

وسرى الى الباقي لانه ملكه على قول الشيخ وان عجزت ففسخ الكتابة كانت ام ولده
فاذا مات عتقت من نصيبه والولد حرٌ وعليه نصف قيمته يوم الولادة فان وطياها معا
للمشبهة فعليهما مهران فان تساوت الحال تساويا وان وطىء احدهما بكرًا فعليها مهر بكر
وعلى الآخر مهر ثيب.

الاستيلاء اقوى واثبت منها فيرفعها (ولان) الاحبال سبب التقويم والمسبب انما يوجد
حال السبب (وفيه نظر) لانا نمنع كونه سببا تاما وقال بعضهم يقوّم عند العجز لان السراية
في الحال تستلزم فسخ الكتابة بلاعجز وموت وعتق ونقل الملك من الكاتب الى الغير بلاعجز
وتعجيز وهو خلاف الاصل والنص وحكى الشيخ القولين في المبسوط .

والفرق بين الاحبال والعتق ان غاية الكتابة هو العتق فاذا حصل في الحال كان
اولى واما الاحبال فالعتق فيه ينتظر وربما لا يحصل ويتفرع على ذلك انه ان قلنا بالسراية
في الحال تنفسخ الكتابة في نصيب الشريك ويبقى في نصيب الواطى ويثبت الاستيلاء في جميع
الجارية فعلى الواطى للشريك نصف مهرها ونصف قيمتها وانتقل اليه نصفها فنانا فان
ادت اليه مال الكتابة انعق نصيبه الاصلى الذى هو مكاتب ويسرى الى النصف الذى
انتقل اليه واستقر الرق عليه على قول الشيخ الطوسى رحمه الله لقوله **قالوا** من اعتق شقفا
من عبد عتق كله (١) وهو عام .

وقوله (لانه ملكه) اشارة الى جواب سؤال وهو انه لو كان العتق بالكتابة
يسرى لما توقف تمام العتق بالكتابة المطلق على الاداء لانه بالنجم الاول ينعق قدره
فيسرى الى الباقي وينعتق بالسراية فيسقط باقى مال الكتابة (وتقرير الجواب) اننا
نقول السراية في الكتابة انما هو فى الرق القن لافئما هو مكاتب ونصيب الشريك المنتقل
اليه بالتقويم وانفساخ الكتابة فيها فيعلم من هذا التقرير ان العتق بالكتابة انما يسرى
فيما ليس بمكاتب لافئما هو مكاتب سواء كان له او لغيره فان قلنا بالتقويم بالعجز فان ادت
النجوم عتقت بالكتابة وبطل حكم الاستيلاء ولها المهر على الواطى تاخذه ان لم يكن
قد اخذته وان لم تؤد النجوم وعجزت وفسخت الكتابة من له فعلى الواطى للشريك نصف

واما العبد فليس له ان يتصرف في ماله بما ينسأ في الاكتساب كالمحابة والهبة وما فيه خطر كالقرض والرهن والقراض ، ولو اذن المولى في ذلك كله جازوله بالتصرف في وجوه الاكتساب كالبيع من المولى وغيره وكذا الشراء وبيع بالحال لا بالمؤجل فان زاد الثمن عن ثمن المثل وقبض ثمن المثل واخر الزيادة جازوله ان يشتري بالدين وان يستسلف ، ولو اعتق باذن المولى صح ولو بادر احتمال الوقف على الاجازة والبطلان مهرها ونصف قيمتها .

قال قدس الله سره : واما العبد (الى قوله) والبطلان .

اقول : لما فرغ من بيان احكام تصرفات السيد في المكاتب وفي ماله شرع هنا في البحث عن تصرف العبد المكاتب في ماله (فنقول) كل تصرف لا يشمل على تبرع ولا خطر بل هو اكتساب او حفظ يصح بغير اذن السيد لانه قصد بكتابتة عتقه بكسبه فلا يمنع منه والالتناقض وكل تصرف هو تبرع اى بغير عوض اوفيه خطر كالادانة بغير رهن والبيع بالنسيئة والمحابة فيقف على اذن السيد عندنا لان الحق لا يعدوهما (قالوا) ملك المكاتب ناقص بالحجر والسيد غير مالك لما في يده فلا اثر لاجازته كالوارث حال حيوة المريض ولنفويته غرض العتق (قلنا) انما نقص ملكه لحق السيد الثابت الآن بخلاف الوارث و العتق تابع في حكم تبرع المولى به ولهذا له الولاء اذا عرفت ذلك (فنقول) يلزم على ذلك ان كل تصرف صدر منه لا يحكم بصحته عند وقوعه ولا يمكن توقيفه على اجازة الغير ولا يمكن كونه مراعى وان يكون باطلا .

قاعدة اخرى

العتق قيل لا يقع موقوفا ولا مراعى بل اما يقع لازما ظاهراً او باطلا (وقيل) يقع موقوفا بمعنى ان اجازة المولى سبب او شرط في لزوم العتق (وقيل) يقع مراعى بمعنى ان الاجازة كاشفة عن لزومه عند وقوعه وعدمها كاشف عن بطلانه عند وقوعه ويتفرع على ذلك انه لو اعتق المكاتب عبده بغير اذن سيده (فعلى الاول) يكون باطلا لانا لان الحكم بصحته عند وقوعه ولا يمكن ان يقف على الاجازة ولا كونه مراعى فيبطل وعلى احد الاخيرين (يحتمل) ان يكون موقوفا على القول بوقفه او مراعى على القول به و يكون الحكم به

وفي الكتابة اشكال (من) حيث انها معاوضة او عتق فان سوغناها فعجز امعا استرقهما المولى
 و(ان) عجز الثاني استرقه الاول و(ان) عجز الاول واسترق عتق الثاني ، ولو استرق الاول
 قبل اداء الثاني كان الاداء الى السيد وله ان ينفق مما في يده على نفسه وما يملكه بالمعروف
 ولو باع مع حابة باذن سيده صح وللمولى اخذه بالشفعة اذا كان شريكا ويصح اقرار المكاتب
 بابيع والشراء والعين والدين لانه يملكه فيملك الاقرار به وليس له ان يتزوج الاباذن
 مولاه فان فعل وقف على الاجازة او الاداء وليس له التسرى من دون اذنه ولا يطمأ مملوكته
 الا باذن مولاه فان حملت فالولد رق له ولا يعتق عليه فان ادعى عتق وعتق الولد وان
 عجز رقهما معا وليس له ان يزوجه عبيده من امائه الا باذن مولاه ولا يعير دابته ولا يهدى هدية
 ولا يحج وفي ثبوت الربا بينه وبين مولاه اشكال ولا يرفع يده عن المبيع قبل قبض الثمن
 موقوفا وهو الاقوى عندي وقول المصنف (احتمال الوقف) يشمل القسمين وقف العتق
 ووقف الحكم به (ويحتمل) بطلانه لا تنفاه لازمه وهو الولا لان الولا لازم للعتق المتبرع
 به الصادر من مسلم لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ الولا لمن اعتق (١) والولا لمكاتب لعدم صلاحيته للارث
 ولا للعصوبة ولا للسيد لانه ليس بمعتق وسيأتى البحث فيه ومنع الشيخ المقدمة الاولى و
 قال هوسائبة والمصنف الثالثة وسيأتى .

(واعلم) ان قول المصنف هنا (احتمل الوقف على الاجازة) لا يريد به وقوع العتق
 بل الحكم به هو الموقوف لان العتق اذا قلنا بوقوعه مراعى كان الحكم به موقوفا على
 الكاشف وهو المتوقف عليه وهو هنا اجازة المولى هذا تحقيق هذه المسئلة وقد اشبهه
 على كثير من حشوية المتفقهة.

قال قدس الله سره : وفي الكتابة اشكال (الى قوله) او عتق .

اقول: الاقوى عندي انه لا يصح الاباذن المولى لانها تبرع اذهى معاملة على ماله
 بماله ولهذا كانت من الثلث اذا صدرت من المريض .

قال قدس الله سره : وفي ثبوت الربا بينه وبين مولاه اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه عبد لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المكاتب عبدا ما بقي عليه درهم (٢)

وليس للمكاتبه ان تزوج الا باذنه فان بادرت وقف على الاجازة (وهل) له ان يشتري من ينعق عليه الاقرب ذلك مع الاذن لابدونه وله قبول الوصية له به والهبة اذا لم يكن في القبول ضرر بان يكون مكتسبا ، واذا اشتراه اوقبله في الوصية ملكه وليس له بيعه ولاهبته ولا اخراجه عن ملكه ولا ينعق عليه فان عجز ورد في الرق استرقهما المولى وان ادعى عتقا معا وكسبه للمكاتب لانه ملكه ونفقته عليه لانه ملكه لامن حيث القرابة ولو اعتقه بغير اذن مولاه لم يصح ولو اعتقه سيده عتق وكان القريب معتقا ايضا كما لو ابرئه ولومات مكاتبه صار قريبه رقا لمولاه وللمكاتب ان يشتري امرأته والمكاتبه زوجها وينسخ النكاح ، ولو زوج ابنته من مكاتبه ثم مات وورثته وبعضه انسخ النكاح.

واذا اعتق باذن مولاه كان الولاء موقوفا فان مات رقيقا استقر للسيد وان اعتق

وكل عبد لا يثبت بينه وبين سيده ربا للعموم النص بانه لا ربا بين السيد وعبده (ومن) انقطاع سلطنته مولاه عنه وتملكه لصحة البيع بينه وبين سيده في امتعته والاقوى الاول وقطع السلطنة عنه لا ينافي كونه مملوكا للحديث المذكور هذا في المكاتب المشروط والمطلق الذي لم يؤد شيئا ولو ادى وانعتق بعضه ثبت الربا .

قال قدس الله سره : وهل له ان يشتري (الى قوله) لابدونه .

اقول: شراء المكاتب لقريب ينعق عليه باذن سيده جائز قولاً واحداً والكلام هنا في شرائه بغير اذن سيده فقيل لا يجوز وهو اختيار الشيخ في المبسوط لانه تصرف مستلزم لنقص ماله يقينا وقد تقدم انه لا يجوز له التصرف الا بالاكتساب وما هو مستلزم لنقص ماله يقيناً ينافي الاكتساب فلا يصح (اما المقدمة الاولى) فلانه يخرج من ماله ما يجوز له التصرف فيه دائماً في مقابلة ما لا يجوز له التصرف فيه دائماً ولا نعني بالنقص الا ذلك (واما الثانية) فقد تقدمت (واما الثالثة) فبينة (وقيل) يجوز لانه اشترى مملوكا لاضرر على السيد في شرائه فصح كالاجنبي (اما الاولى) فلانه ياخذ كسبهم ولو عجز صاروا رقا للمولى واذا عاين العجز جازله بيعه والثانية ظاهرة والاول هو الاصح عندي .

قال قدس الله سره : واذا اعتق باذن مولاه (الى قوله) موقوفا .

يومافله فان مات العتيق في مدة التوقف احتمل ان يكون للسيد وللمكاتب موقوفواولو اشترى من يعتق على مولاه صح فان عجزواسترقهما المولى عتق عليه والافلا .

المطلب الرابع في احكام الجنائية

اما جنائته فان كانت على مولاه عمداً فان كانت نفسا فللوارث القصاص ويصير كالमित وان كان طرفاً للمولى القصاص ولا تبطل الكتابة ، وان كانت خطأ تعلقت برقبته وله ان يفدى نفسه بالارش او بالقل على الاقوى فان ما في يده يفى بالحقين انعتق بالاداء وان قصر دفع الارش اولا فان عجز كان للمولى واسترقاقه وان لم يكن مال فان فسح المولى

اقول: اذا اعتق المكاتب باذن سيده تبرعا صح وهل يثبت ولاء على العتيق قال الشيخ لابل هو سائبة (وقيل) نعم بل هو مراعى فلا يخلو اما ان يموت المكاتب رقا وينعتق يوما ويكون على التقديرين العتيق حيا فان كان الاول استقر الولاء للمولى وهو ظاهر وان كان الثاني كان الولاء للمكاتب حيث انعتق فان مات العتيق في مدة التوقف ففيه احتمالان (الاول) ان يكون الولاء للسيد لانه المعتق في الحقيقة اذا المكاتب ملك له وماله له ايضا واذنه للمكاتب استنابة له في عتق العبد الذي هو مملوكه (ولانه) عتق تبرع به ففيه ولاء والمكاتب لا يرث ولا يعصب فليس له ولاء ولا يعدو هما الولاء فهو للسيد (الثاني) ان يكون موقوفا فان انعتق يوما فالولاء له والا فللسيد او وارثه لومات قبله لقوله عنه عليه السلام الولاء لمن اعتق (١) وتعلق حق السيد كالمترتهن وهذا هو الاقوى عندى (واعلم) ان الوقف هناك يكون للميراث لا للعصوبة .

المطلب الرابع في احكام الجنائية

قال قدس الله سره: وان كانت (الى قوله) على الاقوى .

اقول: هذا شروع في بيان احكام جنائية المكاتب وهو قسمان اما على السيد او الاجنبى فبدء هنا بالقسم الاول فذكر جنائته على المولى خطأ (فنقول) اما ان يزيد الارش على القيمة اولا فان كان الثاني فلا بحث وان كان الاول ففيه قولان (احدهما) يطالب بتمام الارش (والثاني) انه يطالب بقدر قيمته الناقصة عن الارش لا غير حكاهما

(١) كل ب ٣٥ خبر ١ من كتاب العتق .

سقط الارش لانه عبده حينئذ ولا يثبت له مال عليه ويسقط مال الكتابة بالفسخ ، ولو اعتقه مولا سقط مال الكتابة دون الارش على اشكال ، ولو كان مافي يده يفي باحدهما فاختار السيد قبض مال الكتابة صح وعتق ولزمه الارش او الاقل على الخلاف قطعاً وان كانت على اجنبى عمداً (فان) عفا فالكتابة باقية وان كانت نفساً واقتص الوارث فهو

الشيخ في المبسوط ولم يرجح احدهما هنا (احتج) القائلون بالارش بانه كالحر في المطالبة مادامت الكتابة باقية ومشابهة للحر هنا بالنسبة الى المولى واجبة لان رقه يمنع استحقاق المولى مطالبته بوجه غير الرقية وتوابعها فلو لم تعتبر فيه مناسبه للحر هنا لم يمكن الحكم باستحقاق المولى الارش (واحتج) الآخرون بقوله لَا يَجْنِي الْجَانِي عَلَى أَكْثَرِ مَنْ نَفْسُهُ (١) فلو طوب باكثر من قيمته للزم مطالبته بازيد من نفسه وهذا هو الاصح عندي وعند والدى واما اذا كان الارش اقل من القيمة فليس للمجنى عليه بسبب الجناية ازيد من الارش ويعبر عن العوض على هذا القول بان يطالب باقل الامرين من قيمته وارش الجناية ويعبر عن القولين ايضاً بان يقال ان للمكاتب ان يفقدى نفسه في الجناية وبكم يفديها ؟ فيه قولان (احدهما) باقل الامرين من ارش الجنايه والقيمة (والثاني) بارش الجناية بالغاما بلخ لانه لو عجز نفسه ربما اشترى بذلك القدر .

قال قدس الله سره : ولو اعتقه (الى قوله) على اشكال .

اقول : اذا جنى المكاتب على مولا جناية توجب الارش وجب عليه الارش فاذا اعتقه مولا سقط مال الكتابة جزماً وفي سقوط ارش الجناية اشكال (من) حيث ان المولى اتلف متعلق الارش بالعتق لان تعلق ارش الجناية برقبته تعلق الاستيفاء منها وبالعتق امتنع ذلك (ومن) حيث انه دين ثبت للمولى فلا يسقط الدين بالعتق لاصالة البقاء ولان العتق يؤكد اماكن تعلق دين المولى به فان الرقية المحضة تنافي ثبوت دين للمولى في ذمة عبده والكتابة المؤدية الى العتق المشابهة للحرية في قطع التصرف عنه تصح ثبوت دين للمولى فالحرية اولى .

قال قدس الله سره : وان كانت على اجنبى (الى قوله) على الخلاف .

كم - ١- لو مات وان كانت خطأ فله فك نفسه قبل الكتابة سواء حل النجم اولاً بالاقبل او الارش على الخلاف فان قصر ما في يده عن الفك باع الحاكم منه ما بقى (بما يقى - خل) من الفك ويبقى المتخلف منه مكاتباً فان فسح المولى صار عبداً مشتركاً بينه وبين المشتري فان صبر (السيد - خ) وادى عتق بالكتابة فان كان العبد موسراً قوم حصه الشريك عليه بمعنى الاستسعاء واخذ مما في يده بقدر قيمة المشتري وعتق وان لم يكن في يده مال يبقى حصه المشتري على الرقية ولو لم يكن في يده شيء اصلاً ولم يف بالجنایة الا قيمته اجمع بيع كله وبطلت الكتابة الا ان يفديه السيد فتبقى الكتابة بحالها ولو ادّى الى السيد اولاً فان كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال ولي الجنایة لم يصح الدفع والأصح - وعتق ويكون الارش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق وهو اقل الامرين والارش على الخلاف وان اعتقه السيد كان عليه فداؤه بذلك لانه اتلف محل الاستحقاق كما لو قتله فان عجز ففسخ السيد فداه بذلك او دفعه، ولو جنى على جماعة فلهم القصاص في العمد والارش في الخطاء (فان) كان ما في يده يقى بالجميع فله الفك و (ان لم يكن) معه مال تساوا في قيمته بالحصص ويستوى الاول والاخير في الاستيفاء وكذا لو حصل بعضها بعد التعجيز ولو كان بعضها يوجب القصاص استوفى وبطل حق الآخرين ، ولو عفا على مال شارك ولو ابرأه البعض استوفى الباقيون .

اقول: هنا احكام ثلاثة (الاول) تقديم ارش الجنایة على النجوم وقد تقدم (الثاني) هل يفدى بالارش كائناً ما كان او باقل الامرين من الارش او القيمة وقد تقدم ايضاً (الثالث) في الفرق بين المكاتب والعبد وهو من وجهين (الاول) ان المكاتب كالحرة في غرامة الاموال والمعاملات والحرة يتعين عليه الارش في الجنایات (الثاني) ان ارش الجنایة لا يتعلق بمافي يدا العبد اجماعاً والمكاتب يتعلق ارش الجنایة بمافي يده وهنا وجوه اخر ليس هذا موضع ذكرها .

قال قدس الله سره: **ويكون الارش (الى قوله) على الخلاف .**

اقول: الخلاف قد تقدم .

ولو جنى عبد المكاتب خطأ فللمكاتب فكته بالاقل ولو اوجبنا الفك بالارش و زاد هنالم يكن له ذلك الا باذن مولاه (فان) ملك المكاتب اباه فقتل عبداً للمكاتب لم يكن له الاقتصاص منه كما لا يقتص منه في قتل الولد ولو جنى على غيره (فهل) له فكته بالاقل؟ يبني على جواز شرائه ابتداءً ولو جنى على بعض عبيده على بعض فله الاقتصاص ان اوجبهت حسماً للجرأة وليس له العفو على مال وكذا ان كانت خطأ لم يثبت لها حكم اذ لا يجب للسيد على عبده مال ولو كانت الجناية عليه فان كانت خطأ فهدر وان كانت عمداً فله الاقتصاص الا ان يكون اباه .

قال قدس الله سره: ولو جنى عبد المكاتب (الى قوله) الا باذن مولاه .

اقول: لما فرغ من ذكر حكم جنابة المكاتب شرع في ذكر حكم جنابة عبد المكاتب (وتقريره) ان نقول اذا جنى عبد المكاتب على اجنبى فان كان عمداً فله الاقتصاص وان عفى المستحق على المال او كانت الجناية توجب مالا تعلق برقبته يباع فيه الا ان يفديه المكاتب وبما يفديه هل يفديه بالارش بكما له او بالاقل منه ومن قيمته فيه قولان فان قلنا بالاول فان كان الارش بقدر قيمته او اقل فللمكاتب الاستقلال به وان كان اكثر لم يستقل به لان الفك بالاكتر من القيمة تبرع من المولى وليس للمكاتب شىء من التبرعات بغير اذن مولاه وفكته بالارش مبني على الخلاف .

فائدة

اختلف الفقهاء في وقت تعويم العبد فقيل قيمته يوم الجناية لانه وقت تعلق الارش (وقيل) يعتبر قيمته يوم الاند مال بناء على انه وقت المطالبة بالمال (وقيل) قيمته يوم الفداء لان المكاتب انما يمنع من بيعه ويستديم الملك فيه يومئذ .

قال قدس الله سره: فان ملك المكاتب (الى قوله) ابتداء .

اقول: اذا كان اب المكاتب مملوكا له فقتل عبد المكاتب لم يكن له الاقتصاص منه كما لا يقتص منه لو قتل ولده فاولى ان لا يثبت للولد قصاص في قتل عبده ولا يجوز له بيعه في الارش بل ان عاين العجز بدون بيعه باعه في تنمة كتابته ولو جنى على اجنبى واراد اقتدائه فليس له الاقتداء بالاكثر بدون اذن المولى قطعاً وهل له الاقتداء بالاقل

ولوجنى المكاتب عليه لم يقتص منه لان السيد لا يقتص منه لعبده وان كان اباً مع احتمال القصاص لان حكم الاب معه حكم الاحرار و لاقتصاص لمملوك على مالكة فى غيره اجماعاً ، ولوجنى ابن المكاتب لا يفديه ان منعنا شراء ولوجنى ابنه على عبده لم يكن له يبعه ولوجنى على عبدمولاه فللمولى القصاص او الارش واما الجناية عليه فان كانت من حر فلاقصاص وان كانت عمداً وثبت الارش وان كان الجانى المولى للمكاتب لالسيد ولو كانت نفسا بطلت الكتابة وعلى الجانى قيمته لسيدته ولو كان جرحاً فادى وعتق ثم سرى وجبت الدية (لان) اعتبار الضمان بحالة الاستقرار وتكون للورثة ولو كان الجانى عبداً او مكاتباً فله القصاص فى العمد وليس للمولى منعه منه وان عفا على مال ثبت له وان عفا مطلقاً فالاقرب الجواز (لان) موجب العمد القصاص وليس للسيد مطالبة باشرط مال لانه تكسب وليس للسيد اجباره عليه .

يبنى على جواز شرائه فان جوزناه جاز لانه لا يمنع من الاستعانة بثمنه عند معاينة العجز الا به والا لم يجز .

قال قدس الله سره : ولوجنى المكاتب (الى قوله) اجماعاً .

اقول: الاصح عندى الثانى .

قال قدس الله سره : واما الجناية عليه (الى قوله) اجباره عليه .

اقول: اذا جنى على المكاتب فاما ان يكون الجانى حرأ او عبداً او مكاتباً فالاقسام ثلاثة (الاول) ان يكون الجانى حرأ ولاقصاص عليه لافى النفس و لافى الطرف وسواء سرت الجناية بعد عتقه او قبله لان المكاتب مملوك لما مر ولاشئ من المملوك يقتص له من الحر فلا يقتص للمكاتب من الحر واما اذا وقعت السراية بعد عتقه فلان الاعتبار بالضمان بحال الجناية وفى كميته بحال السراية وحال الجناية ليس هو بحر (١) فلا يضمن الجناية عليه بالقصاص بل يجب فيه الارش فان كانت الجناية نفساً ولم ينعق منه شئ بطلت الكتابة بدو ضمن قيمته لمولاه ولو انعتق بعضه فلمولاه بقدر العبودية من القيمة ولورثته

(١) وفى بعض النسخ هكذا : وفى كميته بحال السراية وحال الجناية وليس هو حال

اما لوجنى عليه عبدالمولى فاراد الاقتصاص كان للمولى منعه على اشكال ولو كان خطأ لم يكن له منعه من الارش ولو ابرء الجانى من الارش فى الخطأ توقف على اذن المولى واذا قتل المكاتب فهو كما لومات هذا حكم المشروط (اما المطلق) فاذا أدى من مكاتبته شيئاً تحرر منه بحسب ما به فان جنى حينئذ على حراً ومكاتب مثله او من اعتق منه اكثر اقتص منه فى العمدان جنى على مملوك او من اعتق اقل منه فلاقتصاص بل عليه من ارش الجناية بقدر ما فيه من الحرية ويتعلق برقبته بقدر الرقية ولو كانت خطأ تعلق بالاعاقلة نصيب الحرية وبالرقية نصيب الرقية وللمولى ان يفدى نصيب الرقية بحصتها من الارش سواء كانت الجناية على عبد او حر ولو جنى عليه حر فلاقتصاص وعليه الارش ولو كان رقاً او اقل حرية او مساوياً اقتص منه فى العمد .

المطلب الخامس فى الوصايا

لا تصح الوصية لمكاتب الغير الا ان يكون مطلقاً اعتق بعضه فتصح بنسبة ما اعتق منه وتبطل

بقدر الحرية من الديه فان تبعوه فى الكتابة فما يحصل لنصيب الحرية من ديته كتر كته وقد تقدم البحث فيه (القسم الثانى) ان يكون الجانى عبداً فله القصاص والمال صلحا و ان كان خطأ فله المال (القسم الثالث) ان يكون الجانى مكاتباً مساوياً له فى العتق وقدره وعدمه وكالعبد وعلى كل تقدير فهل له العفو مجاناً قال شيخنا الاقرب الجواز لان العمد موجب للقصاص والعدول عنه الى المال اكتساب فليس للمولى الزامه بالمال بالاكتساب (ويحتمل) ان يقال ليس له ذلك (لانه) قد يعجز فيعود الى السيد مقطوع طرف بلاعوض يجبره وهذا هو الاقوى عندى لان المكاتب عبد ليس له التصرف الا باكتساب والعفو مجاناً ليس باكتساب .

قال قدس الله سره : اما لوجنى عليه (الى قوله) على اشكال .

اقول : ينشأ (من) انه تصرف ليس باكتساب ولا يعين على الاكتساب فللمولى منعه

منه (ومن) انه حق له لعموم الاية وليس للمولى منعه من حقه والاول قواه الشيخ فى المبسوط .

المطلب الخامس فى الوصايا

قال قدس الله سره : لا تصح الوصية (الى قوله) اقر به ذلك .

في الباقي ولو قصر الثلث عن المعين ففي توزيع الثلث اشكال اقرب به ذلك ، والفرق بين الوصية والبيع انه قد يعجز او يموت ردقا فيتمحض الوصية لمملوك الغير وفي الشراء يكون للمولى لانه بالكتابة اذن له ، ولو اوصى المكاتبه صح وان كان مشروطا ويقاص الورثة بمال الكتابة ،

اقول: اذا اوصى لمكاتب الغير فان لم يكن قد تحرر منه شيء بطلت الوصية وان كان قد تحرر منه شيء صح بنسبة ما عتق ويبطل في قدر الرقية (اذا ثبت ذلك) فالموصى به واليه اشار بقوله المعين اما ان يكون بقدر الثلث او اقل منه او ازيد منه فان كان الاول او الثاني وزع الموصى به وان كان الثالث فهل الموزع على الحرية والرقية الموصى به او الثلث (يحتمل) الاول لاطلاق الاصحاب صحة الوصية بقدر ما فيه من الحرية ويبطل بقدر ما فيه من الرقية (ويحتمل) الثاني لان الموصى ليس له ان يتصرف في ما زاد عن الثلث فكان كما لو اوصى بماله ومال غيره فانما يوزع ماله خاصة (وايضا) انما يوزع ما لو كان الموصى له حراً لصحت الوصية له به اجمع وليس هناك ذلك .

(والتحقيق) ان الوصية لا بد فيها من مجموع امور اربعة الصيغة الشرعية - والموصى وهو الفاعل - والموصى به وهو المحل - والموصى له وهو الممتلك - فلا بد في صحتها من صحة فاعلية الفاعل وقبول المحل وصحة اضافة الموصى به الى الموصى له بالتملك والاستحقاق وشرائط صحة الفاعلية قسمان شرائط صحة مطلق التصرف كالرشد وغيره من شرائط الصحة وشرائط كمية موضوع التصرف كالصحة او خروج المتبرع به من الثلث او كونه منجزاً على قول والاخير هو المقصود (هنا) ومسيس الحرية للموصى له شرط في مطلق الصحة ويتقدر ما يصح فيه الوصية بقدر موضوع الحرية فان كان كل الاجزاء صحت في الكل وان كان البعض صحت على نسبه وانما يوزع ما تصح الوصية فيه بالنسبة الى الفاعل والموصى له وبه وهذا هو الاقوى عندى (ولان) خروجه من الثلث آخر الاسباب بالذات (اذا تقرر ذلك) فلو كان الموصى به مائة وما يحتمله الثلث خمسون فالموزع على الاول مائة وعلى الثاني خمسون فاذا كان نصفه حراً صح له خمسون على الاول وعلى الثاني خمسة وعشرون .

قال قدس الله سره : والفرق بين الوصية (الى قوله) اذن له

ولو اعتقه في مرضه أو أبرأه من مال الكتابة و برىء لزم والأخرج من الثلث فان كان الثلث بقدر الاكثر من قيمته ومال الكتابة عتق وان زاد احدهما اعتبر الاقل فان خرج من الثلث عتق والغى الاكثر وان قصر الثلث عن الاقل عتق منه ما يحتمله الثلث وبطلت في الزايد ويسعى في الباقي الكتابة لافي باقي القيمة فان عجز عن باقي الكتابة لاعتن قيمة الباقي احتتمل السعي

اقول: هذا جواب عن سؤال يبني على قاعدتين قررهما الفقهاء (احديهما) ما ذكره هنا وهو انه لا يصح الوصية لمكاتب الغير الامع ميسس الحرية فيقدر بقدرها (وثانيتهما) تقدمت وهو انه يصح البيع عليه وان لم تمسه الحرية فلا يتقدر بقدرها (وتقرير السؤال) ان يقال هاتان القاعدتان لا تجتمعان على الصدق لانه اما ان يصح تملكه لهذه العين مثلاً او لا فان كان الاول صح بالشراء والوصية ان لا فارق في الاسباب مع قبول المحل لوجود المسبب وان لم يصح تملكه لم يصح بالشراء فصحة الشراء وعدم صحة الوصية تحكّم لاتحاد سبب الصحة فيهما من غير فارق (والجواب) ان التساوي في قبول المحل لمطلق التملك لا يكفي في صحة كل الاسباب لان الفارق راجع الى الفاعلية اعنى الوصية والشراء وهو مبني على مقدمتين (الاولى) ان الوصية تقتضى تملك الموصى له في الذكر ولا يمكن ان يكون الموصى له في الذكر غير الدوصى له في نفس الامر (الثانية) ان الوصية اذا صحت وتمت اقتضت ملك الموصى له ملكاً تاماً مستقراً لازماً لا ينتقل عنه الا بميراث او بنقله او بنقل وليه ولا يمكن ان يكون ذلك الا في الحر لان العبد لا يملك والمكاتب ربما عجز فاسترق فان عاد الملك الى الموصى بطلت المقدمة الثانية وهو باطل اجماعاً وان بقى على ملك العبد فهو محال والالزم تملك العبد ملكاً تاماً مستقراً ليس للمولى مداخلته فيه والاجماع على خلافه واليه اشار بقوله فيتمحض الوصية لمملوك الغير وان عادت المولى بطلت كلية المقدمتين المذكورتين والاجماع عليهما .

قال قدس الله سره : ولو اعتقه في مرضه (الى قوله) في المطلق .

اقول : هنا مسائل (الاولى) اذا كاتب عبداً في صحته كتابة مشروطة ثم اعتقه (او ابرئه من مال الكتابة - خ) في مرض موته مضى من الثلث فيحتاج الى معرفة ما يخرج من الثلث (فنقول) اختار المصنف ما اختاره الشيخ في المبسوط والفاضل ابو القاسم بن سعيد

فيها اذ لا ينحط عن مرتبة الرقيق ويقوم قيمة عبد عتق نصفه مثلاً ونصفه مكاتباً (مكاتب - خ) ان لم يفسخ فيسعى سعى المكاتب وان انفسخ يقوم نصفه رق (رقاً - خ) فيسعى سعى العبد فان عجز استرق الورثة بقدر الباقي عليه هذا لو اعنته ولو ابرئه احتمل ذلك ايضاً (لمساواة) الا براء في الشرايع وهو انه يعتبر خروج الاقل من مال الكتابة او ما بقي منه ومن قيمته لان كل واحد منهما بعينه وخصوصيته غير مستقر اما القيمة فلان الكتابة لازمة من جهة السيد وقد ضعف ملكه في المكاتب وليس له الا النجوم واما مال الكتابة اما عند الشيخ فلان للعبد اسقاط النجوم بان يعجز نفسه والامتناع من الاداء واما عندنا فلانه قد يعجز فيفسخ مولاه الكتابة فالمستقر الاقل منهما (لان) الثابت اما الاكثر او الاقل وعلى كل تقدير فالأقل ثابت فهو المستقر (لان) القيمة ان كانت اقل فهي التي تخرج عن ملكه ان الزائد للعبد اسقاطه وهو المطالب به وكل ما كان المطالب به ان شاء ادى وان شاء لم يود فلا يكون مستحقاً استحقاقاً لازماً .

اذا تقرر ذلك (فنقول) اما ان يتساوى مال الكتابة والقيمة او يتفاوتان فان تساوى واخرج احدهما من الثلث نفذ عتقه والآن نفذ فيما يحتمله الثلث وسيجيء تمام البحث فيه وان تفاوت اعتبر الاقل فان خرج من الثلث نفذ عتقه فان كان الاقل القيمة عتق بالاعتاق وسقط مال الكتابة وثبت الولاء للمعتق ان كان تبرعاً اجماعاً واما ان كان الاقل مال الكتابة عتق بالكتابة ولاولاء للسيد وان لم يخرج من الثلث نفذ فيما يحتمله الثلث وكلما بطل العتق المنجز فيه يبقى كتابة ذلك الجزء بقسطه من مال الكتابة فيسعى فيه ولو عجز عن باقي مال الكتابة لاعتق قيمة الباقي فهل يسعى في قيمة الباقي حال كتابته قبل فسخها او لا يسعى في قيمة الباقي الا بعد ان يعجز فيفسخ مولاه كتابته يحتمل الاول لما ذكره المصنف ولانه رق حصل له صفة في صحة مولاه نقصت قيمته فيقرب الى العتق ويحتمل الثاني لان المكاتب مع بقاء كتابته لا يعتق الا براءة جميع مال الكتابة لا براءة بعضها امّا اذا فسخ كتابة الباقي قومه رقا .

والفرق بين فسخ الكتابة وعدمه يظهر في التقييم والسعي (اما الاول) فلانه مع بقاء الكتابة يقوم الباقي مكاتباً فتقل قيمته ومع فسخه يقوم الباقي مملوكاً فتكثر قيمته (واما الثاني) فان سعى المكاتب يصرف كله الى الفك واما مع فسخ الكتابة فان الاصح ان

العتق والبطلان مع القصور والعجز (لبقاء) شيء من مال الكتابة لانه كالابراء من البعض، ولا فرق بين الابراء والعتق في المطلق، ولو اوصى بعتقه ثم مات ولا شيء غيره عتق بثلته معجلاً ولا ينتظر الحلول ويبقى ثلثاه مكاتباً يتحرر عند الاداء، ولا تصح الوصية برفقته وان كان مشروطاً كما لا يصح بيعه.

مولد يساهمه فما يخص الرقية فللمولى وما يختص بالحرية يفك به او منه نفسه ولو عجز عن اداء باقى الكتابة وعن قيمة الباقي مكاتباً او رفقاً استقرق الورثة عليه ولنذكر هنا امثلة ثلاثة (الاول) مثال كون القيمة اقل ويخرج من الثلث كأن يكون له سوى المكاتب مائة و النجوم مائة وخمسون والقيمة مائة فيخرج القيمة من الثلث (الثاني) عكسه والمسألة بحالها والقيمة مائة وخمسون والنجوم مائة (الثالث) مثال قصور الثلث عن الاقل كأن يملك سوى المكاتب خمسين والقيمة مائة وخمسون والنجوم مائة فيضم النجوم الى الخمسين ويمضى العتق فى ثلثهما وهو نصف النجوم فينعتق نصف العبد وتبقى الكتابة فى النصف الاخر بنصف النجوم فاذا اداها الى الورثة عتق ولو كان يملك سوى المكاتب مائة والقيمة والنجوم كما صورنا فينعتق ثلثاه وتبقى الكتابة فى ثلثه مال الكتابة ولو كانت القيمة مائة والنجوم مائة وخمسون فكذلك يعتق ثلثاه ويبقى الكتابة فى ثلثه مال الكتابة وهو خمسون

(وانا اقول) اذا ادى الخمسين فقد زادت التركة (لان) هذا المال ثبت بعتق السيد وورث عنه فيحسب من تركته ويزيد عتقه بسببه فتدور المسألة وطريقها الجبر المذكور فى الوصايا (بقى هنا مسألة) وهى انه على قول موجب الايتاء يسقط منه شيء وهو اقل ما يملك ثم يحسب الباقي (الثانية) لو ابرئه من مال الكتابة (احتمل) ذلك اى خروج اقل الامرين من مال الكتابة والقيمة من الثلث لمساواة الابراء العتق فى اقتضاء التحرير (ويحتمل) ان يبطل الابراء مع قصور الثلث عن مال الكتابة وعجز العبد عن السعى فيبقى شيء من مال الكتابة فيكون كالابراء من البعض والابراء من البعض لا يفيد مع عجزه عن شيء من مال الكتابة ولا ينعتق منه شيء قبل اداء الباقي لانه عبد مابقى عليه درهم للحديث المتقدم وهذا هو الصحيح عندى فانه لا يتصور فان الابراء من مال الكتابة

ولو اوصى به لمن ينعتق عليه ارباعه عليه فى الجواز اشكال ، ولو اضاف الوصية به الى عوده فى الرق جاز كما لو قال اوصيت لك به متعجزه وفسخ كتابته و يجوز الوصية بمال الكتابة وجمعهما لواحد او اثنين ولا يحكم للمكاتب الفاسدة بل تقع لاغية فلواوصى برقبته صح ، ولو اوصى بما فى ذمته لم يصح ويصح بالمقبوض منه ولو اوصى بمال الكتابة الصحيحة خرج من الثلث وللوارث تعجيزه وان انظره الموصى له ولو اوصى برقبته فللموصى له تعجيزه عند العجز وان انظره الوارث ، ولو قال ضعوا عن المكاتب ماشاء فشاء الكل فالاقرب الجواز لتناول اللفظ اما لو قال ضعوا عنه ماشاء من مال الكتابة فشاء الجميع

مبنى عليها بخلاف العتق فلا يصح اعتبار القيمة (الثالثة) لافرق بين الابرء والعتق فى المطلق لان الابرء من بعض مال الكتابة يؤثر عتق مقابله من الرقية بخلاف المشروطة

قال قدس الله سره : ولو اوصى به لمن ينعتق (الى قوله) اشكال .

اقول : هنا مسألتان (الاولى) الوصية لمن ينعتق عليه كابنه او ابيه وفيه اشكال ينشأ (من) ان ملكه علة فى عتقه فكان بمنزلة الصيغة المقتضية للعتق فى اقتضاء العتق (ومن) انه مشروط بصحة نقله عن ملكه وباطال الكتابة لا بابتداء العتق ولا بفسخ الكتابة للعجز ولا يجوز لانها لازمة (الثانية) فى البيع وتقرير الوجهين كما فى الوصية والبيع ابعد جوازاً من الوصية والاقوى عندى انه لا يجوز الوصية ولا البيع .

قال قدس الله سره : ولو قال ضعوا (الى قوله) لتناول اللفظ .

اقول : قال الشيخ فى المبسوط اذا قال ضعوا من مكاتبى ماشاء قال قوم لا يجوز ان يشاء جميع ما عليه بل يبقى منه جزءاً وان قل وقال بعضهم لو شاء الكل لوضع عنه قال والاول اقوى عندى لانه لو اراد وضع جميع مال الكتابة لكان يقول ضعوا عنه مال الكتابة فلما قال ضعوا عنه ماشاء كان معناه ماشاء من كتابته فحمل ذلك عليه والاقرب عندى ما هو الاقرب عند المصنف لان (ما) للعموم فكما يطلق على البعض يطلق على الكل فيكون قد خير المكاتب بين وضع الكل أو اى بعض (وضع - خل) شاء وانما اضمرا الشيخ هنا (من) لان الكلام لا يتم الا به (ويحتمل) التبويض (ويحتمل) التبيين فالبعض متيقن فيحمل عليه (والجواب) انه خير المكاتب بلفظ يتناول الكل وغيره وفوض

لم يصح لان (من) للتبعيض ولو ابقى شيئاً صحيح وان قل ولو اوصى له باكثر ما بقى عليه فهو وصية بالنصف وادنى زيادة وتعيينها الى الورثة ولو قال ضعوا الاكثر ومثله فهو وصية بما عليه ويبطل في الزايد لعدم محله ولو قال اكثر ماعليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة ارباع وادنى زيادة ولو قال ضعوا اى نجم شاء وضعوا ما يختاره ولو قال ضعوا نجما تخير الوارث ولو قال ضعوا عنه اكبر نجومه وضعوا عنه اكثرها ، ولو قال ضعوا عنه اكثر نجومه احتمل الزايد على النصف منها وواحد اكثرها قدراً ، ولو تساوت قدراً صرف الى الاول .

ولو قال ضعوا اوسط نجومه وكان فيها اوسط واحد تعين مثل ان تساوى قدراو اجلا وعددها مفرد كالثلاثة والخمسة والسبعة فالثاني والثالث والرابع اوساط ، ولو كانت ازواجاً واختلف المقدار كالمائة والمائتين والثلاثمائة فالمئاتان وسط ، ولو تساوى القدر واختلف الاجل مثل ان يكون اثنان كل واحد الى شهر وواحد الى شهرين وواحد الى ذلك الى ارادته فيقبل قوله فيما اراد لدلالة اللفظ عليه والاصل عدم الاضمار .

قال قدس الله سره : ولو قال ضعوا (الى قوله) قدراً .

اقول: النجم هنا زمان يحل بانتهائه او ابتدائه قدر معين من مال الكتابة او مال الكتابة كله اذا عرفت ذلك (فنقول) هنا مسائل ثلاث (الاولى) اذا قالوا ضعوا عنه اكبر نجومه بالباء المنقطة تحتها نقطة واحدة فان انفق في نجم واحد انه اطول اجلا واكثر مالا تعين وان تساوت في قدر المال واختلف الأجل او بالعكس تعين الاكثر وان اختلفت فيهما بان يكون الاكثر قدراً في الاقل اجلا او بالعكس فالاقوى صرفه الى الاكثر قدراً في المال لانه المقصود بالذات (ويحتمل) ضعيفا صرفه الى الاكثر اجلا الاقل مالا لان الموضوع في الموضوعين هو المال والاقل هو المتيقن والزائد مشكوك فيه فيحمل على الاول وهو ضعيف لتوقفه على اضمار وهو خلاف الاصل (الثانية) لو قال اطولها او اقصرها رونعت المدة (الثالثة) لو قال ضعوا اكثر نجومه فيه الاحتمالان اللذان ذكرهما المصنف (ووجه الاحتمالين) صحة اطلاق هذه الاضافة وهي اضافة اكثر الى كل واحد من المعنيين ولا ترجيح من حيث الدلالة اللفظية فان كانت نجومه متساوية حمل على المعنى الاول قطعاً (واعلم) ان الوضع بمعنى الاسقاط ولا تصح اضافته الى الزمان بل الى المال الواجب فيه .

ثلاثة أشهر تعين ما هو الى شهرين ولو اتفقت الثلاثة في واحد تعين ولو كان لها وسط قدر أو اجلاً وعدداً مختلفة فيه فالاختيار الى الورثة في التعيين ولو ادعى المكاتب ارادة شىء منها حلف الورثة على نفى العلم وعينوا ما ارادوا ومتى كان العدد وتراً فوسطه واحد وان كان شفهاً كاربعة اوستة فوسطه اثنان ويصح تدبير المكاتب فان عجزت وفسخت الكتابة بقى التدبير وان ادعى عتق ويبطل التدبير وان مات السيد قبل ادائه وعجزه عتق بالتدبير ان حمله الثلث وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق منه وما فى يده له ولو اوصى بعتقه عند العجز فادعاه قبل حلول النجم لم يعتق لانه يجب عليه شىء يعجز عنه فان حل حلف اذا لم يعلم فى يده مال ان ادعوه واذا عتق كان ما فى يده له ان لم تكن كتابته فسخت لان العجز لا يفسخ الكتابة بل يستحق (الفسخ - خ) به وللورثة عتق المكاتب من غير وصية كمورثهم وولاءه لهم ولو اعتهق الموصى له بمال الكتابة لم يعتق ولو ابرأه من المال عتق ولو عجز واسترقه الوارث كان ما قبضه الموصى له من المال له والتعجيز الى الورثة لان الحق يثبت لهم بتعجيزهم و يصير عبداً لهم (ويحتمل) الموصى له لتسلطه على العتق بالابراء ولانه حق له فله الصبر به ولو اوصى بالمال للمساكين ونصب قيماً لقبضه فسلمه اليه عتق وان سلمه الى المساكين او الى الورثة لم يعتق ولم يبرأ لان التعيين الى الوصى وان اوصى بدفع المال الى عزمائه تعين القضاء منه اما لو كان قد اوصى بقضاء ديونه مطلقاً كان على المكاتب ان يجمع بين الورثة والقيّم بالقضاء ويدفعه اليهم بحضرتهم لان المال للورثة ولهم التخيير فى جهات القضاء وللقيّم بالقضاء حق فيه لان له منعهم من التصرف فى التركة قبل القضاء .

المطلب السادس فى حكم الولد

لا يدخل الحمل فى كتابة امه ، ولو حملت بمملوك بعدا لكتابة فحكمه حكمها يعتق بعنتها مشروطة كانت او مطلقة ، ولو انعتق من المطلقة بعضها انعتق من الولد بقدره

المطلب السادس فى حكم الولد

قال قدس الله سره : ولو حملت بمملوك (الى قوله) على العجز .

اقول : كتابة الامة صحيحة باجماع الامة للاية و اتفق الكل على عمومها و

ولا يكون مكاتباً وان اعتق بعقها لان الكتابة عقد معاوضة ولو تزوجت بحر كان اولادها احراراً ، ولو حملت من مولاها تحررت من نصيب ولدها لوبقى عليها شيء من مال الكتابة بعدموت المولى فان عجزت في الباقي ، ولولم يكن ولد فالكتابة بحالها وللمولى عتق ولد المكاتبه وفيه اشكال ينشأ (من) منعها من الاستعانة بكسبه عند الاشراف على العجز ، واذا اتت بولد من زنا او مملوك فهو موقوف على ما بيناه فان قتل فعلى قائله قيمته لامه تستعين به (واما) كسبه وارث جنايته (فانه) موقوف فان عتق فله وان رق فلسيده ، ولو اشرفت امه على العجز وهم المولى بالفسخ كان لها الاستعانة به ، ولو مات الولد قبل عتق امه واسترقاقها فماله لامه ، ونفقته من كسبه فان قصر فالكمال على المولى لانه لو رق كان له وفيه نظر ، ولو كان الولد ائتمى فليس للمولى وطؤها فان وطئها للشبهة فعليه المهر لامها فان حملت صارت ام ولد فان اعتقت الام عتقت والاجعلت من نصيب ولدها عند موت مولاها ، ولو اتت بولد وادعت تاخره عن الكتابة قدم قول السيد مع

لحديث بريرة وجويرية اذا عرفت ذلك (فنقول) هنا مسألتان (الاولى) اذا كانت امه فحملت بعد كتابتها بمملوك لو كان قنماً لكان الولد لمولاها تبعها اي ان اعتقت اعتق سواء كان عتقها بالاداء او بالابراء او بالاعتاق حال كتابتها لانه كسبها فيتبع حريتها ورقبتها كسائر اكتسابها وهو المراد بقوله فحكمه حكمها لاما اختاره بعض الفقهاء من سراية الكتابة الى اولادها لان سبب الحرية كحقيقتها في اتباع الاولاد قلنا في الاستعداد للاثر ان تحررت تحرر والآ فلا في السبب لان الكتابة عقد موضوعه المذكور فيه مطابقة (الثانية) اذا اعتق الولد السيد هل ينعتق بعقته قال المصنف فيه اشكال وذكر احد وجهيه والوجه الآخر انه ملكه والعتق مبنى على التغليب وهذه المسألة مرتبة على ان ولد المكاتبه هل هو ملك للسيد او ملك للمكاتبه لانه كسب لها وكسب المكاتبه لا يملكه المولى بل هو لها.

قال قدس الله سره : ونفقته من كسبه (الى قوله) وفيه نظر .

اقول : الشيخ في المبسوط نقل فيه قولين (الاول) وهو انه على المولى والآخر

انه في بيت المال وهو قول بعض الفقهاء (ولثالث) قول ثالث وهو انها على امه لان كسبه لها

فنفقته عليها لان النفقة تابعة للكسب .

اليمين ، ولو اختلف السيد والمكاتب في ولده فقال كل منهما انه ملكه بان تزوج المكاتب امة سيده ثم اشتراها فيزول النكاح فما يأتي به حين الزوجية للسيد. وبعدها له فيقدم هنا قول المكاتب لثبوت يده عليه والمكاتبه وان كانت يدها على الولد الا انها لاتدعى الملك بل الايقاف واليد تقضى بالملك لا بالايقاف ولو استولد المكاتب جاريته فولده كهبيئته يعتق بعتمه ويرق برقه وللمولى عتقه على اشكال والجارية ام ولد للمكاتب ليس له بيعها .

مسائل

(الاولى) المشروط رق وفطرته على مولاه بخلاف المطلق ويكفر بالصوم ولو كفر

قال قدس الله سره : ولو استولد المكاتب (الى قوله) على اشكال .

اقول : ينشأ (من) منع الاب من الانتفاع بكسبه عند الاشراف على العجز (ومن) انه ملك للمولى (وايضا) ان المكاتب عبده لانه عبد ما بقى عليه درهم ان موضوع المسألة المكاتب المشروط وما يملكه لمولاه ايضا فهو ولد عبده من جاريته فيكون الولد له فينعتق بعتمه (واعلم) انه يفارق حكمه حكم ولد المكاتب لان هذا الولد ولدته امته وهى رق له وهذا الولد لان ابويه رقان فيكون رقاً للمكاتب لانه يملك قريبه ولا ينعتق عليه هذا الولد واذا ولدت امة المكاتب من زنا ونكاح وكان الزوج مملوكا فالولد عبده ولا ينفذ اعتاق المولى فيه (واعلم) انه لا يصح للمكاتب ان ينقله عن ملكه الى ملك غيره مستقراً و يتبعه فقيل بسبب القرابة فينعتق بعتمه ويرق برقه وعبر بعض الاصحاب عن هذه التبعية بقوله ويكاتب عليه والى هذه العبارة اشار المصنف بقوله (كهبيئته) و يتفرع على تبعيته اياه بالقرابة او بحكم الكتابة انه لو انعتق المكاتب و لهذا الولد كسب كسبه قبل عتق المكاتب (فعلى الاول) يكون للمكاتب لانه عبده واكتسب حال الرقية (و على الثانى) يكون الكسب للولد .

قال قدس الله سره : المشروط رق (الى قوله) فالوجه الاجزاء .

اقول : المكاتب اذا لزمته كفارة ظهار او جماع فى رمضان او قتل او غير ذلك لم يكن له التكفير بالمال لوجهين (الاول) انه عبد (الثانى) انه فى حكم المعسر لانه لا يلزمه زكوة ولا نفقة قريب وله اخذ الزكوة عند حاجته وكفارة العبد والمعسر الضياع

بالعتق او الاطعام لم يجزئه ولو اذن المولى فالوجه الاجزاء (الثانية) لوملك المكاتب نصف نفسه فكسبه بينه وبين المولى ، ولو طلب احدهما المهايأة لم يجب الاجبار على اشكال (الثالثة) لو ابرأه بعض الورثة من نصيبه من مال الكتابة عتق نصيبه ولم يقوم عليه وكذا الواعتق نصيبه على اشكال (الرابعة) اذا مات المولى فلورثته مال الكتابة بالحصص فان ادى الى كل ذى حق حقه عتق ولو ادى الى البعض كل حقه دون الباقي لم يعتق منه شيء ولو كان بعضهم غايبا دفع الى وكيله فان فقد فالحاكم وينعتق بالاداء وكذا المولى عليه .

ولو اذن له السيد في التكفير بالمال كالعتق والاطعام فليلزم لا يصح ايضا واختاره ابن ادريس ومال اليه الشيخ لانه كفر بما لم يجب عليه (وتقرير وجه المصنف) انه بمنزلة التبرع ويصح التبرع باذن المولى ولان المنع لحقه وقد اذن فيه . (واعلم) انه بامر السيد لا يلزمه التكفير بالمال لان عليه ضرراً فيه لانه يفضى الى تفويت حريته لعجزه بسببه (ولان) التبرع لا يلزم باذن السيد فحينئذ اذا اذن السيد فيه صارت الكفارة المرتبة مخيرة بالنسبة اليه وهذا هو الصحيح عندي وسبب الاشتباه على المانع الاشتراك اللفظي فان قوله كفر بما لم يجب عليه (ان كان) المراد الوجوب المعين سلمنا و (ان كان) المراد الوجوب المخير منعناه ولما لم يميز بين الوجوبين منع .

قال قدس الله سره : لوملك المكاتب (الى قوله) على اشكال .

اقول : منشأه انها قسمة الزمان فلا تلزم (ومن) انها قسمة اموال فان كل واحد يتصرف في حقه فيجبروا ايضا فانها ترفع النزاع ولا ضرر على احد ولا رد والاقوى عندي عدم الاجبار لانها على شيء معدوم لا يعلم فيه التساوى ولانها غير لازمة من الطرفين و كلما ليس باللازم لا يجبر عليه .

قال قدس الله سره : لو ابرأه بعض الورثة (الى قوله) على اشكال .

اقول : ينشأ الاشكال (من) عموم قوله عَلَيْهِ من اعتق شقفا من عبد عتق عليه كله (ومن) ان التقويم معاوضة وانتقال الى ملك المقوم عليه ، والتحقيق ان البحث في المكاتب المشروط وهنا مسائل اربع (الاولى) لومات السيد عن ولدين وارثين و ابرأ احدهما المكاتب عن حصته براء (وهل) ينعتق حصته من المكاتب قال المصنف نعم

المقصد الرابع فى الاستيلاء

وفيه مطلبان (الاول) فى تحققة

وهو يثبت بوطنى امته وحبلها منه فى ملكه فلو وطىء امة غيره وولدت مملوكا ثم ملكها لم تصرام ولد سواء كان زنا او بعقد صحيح شرط فيه الولد للمولى وسواء ملكها لانهما شريكان فى العبد نصيب كل واحد مكاتب على قدر قسطه من مال الكتابة وكل منهما ينفرد بحقه لا يتعلق عتق نصيبه باءاء مال الى غيره ، والحاصل ان الكتابة بموت السيد تنزل بمنزلة كتابتين والشيخ فى المبسوط نقل قولاً وهو انه لا ينعق لانهما معا ينزلان منزلة المورث ولو ابرأه المورث من البعض لم يعتق وكذا الوارث (لان) المكاتب المشروط اذا كاتبه واحد كان عتق كل واحد من اجزائه معلقاً باءاء الكل من حيث انه كل وبموته لم يتجدد عقد آخر فلا ينعق بعض منه باءاء بعض مال الكتابة وهو الاصح عندي (الثانية) اذا اعتق نصيبه بالابراء هل يسرى العتق الى باقيه ويقوم عليه قال المصنف لا (لان) المعتق فى الحقيقة الميت فان الابرء سبب معد لتأثير عقد الكتابة فيه العتق وهو اختيار الشيخ ابي جعفر رحمه الله فى المبسوط (الثالثة) لو اعتق نصيبه نعتق لانه ملكه و الكتابة لا تمنع عتق المالك للرقبة قبل الابداء وله المال (الرابعة) هل يقوم عليه قال المصنف فيها شكال ينشأ (من) انه هل هو مباشر عتق مبتدأ او ينعق بعتق الاب قولى الشيخ الثانى وجعل الولاء للاب وليس بجيد لان فعل الاب المعاوضة ولم تحصل هنا وفرق بين العتق والابراء لان الابرء تنفيذ لما فعل الاب و ابراء مما اقتضى عقد الاب استحقاق الابن اياه وكان الابرء بالتنفيذ اشبه والعتق ابعدي دخل تحت عموم قوله عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ من اعتق شقصاً من عبد عتق عليه كله . (١)

المقصد الرابع فى الاستيلاء

وفيه مطلبان الاول فى تحققة

مقبوعات (الاول) اجمعت الامة على اباحة وطى الاماء بملك اليمين لقوله تعالى
و الذينهم لفروجهم حافظون الاعلى ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم

(١) سنن ابي داود ج ٣ باب فيمن اعتق شقصاً

حاملاً فولدت في ملكه او ملكها بعد ولادتها ، ولو أولدها حراً بان يظاً امة غيره بشبهة غير مملو ميين (١) و لفعل النبي ﷺ فان مارية القبطية كانت جارية النبي ﷺ وهي ام ولد له و هو ابراهيم عليه السلام وكان في الملل السابقة كملة ابراهيم عليه السلام فان هاجرام اسماعيل عليه السلام كانت جارية سريّة لابراهيم عليه السلام (الثانية) كل مملوكة علقّت من مالك حرّ حين ملكها بحرّ يلحق به شرعاً فهي ام ولد له حقيقة شرعية (الثالثة) للاستيلاء احكام (احدها) ابطال كل تصرف ناقل للملك عنه الى غيره غير مستلزم للعتق بذاته بلا شرط يرتقب اجماعاً وفيه وفي اداء ثمن رقبته خلاف حقق في موضعه (وثانيها) ابطال ما يستلزم النقل كالرهن (وثالثها) العتق بشرط موت المولى (وقيل) وخلو ذمته عن شيء من ثمن رقبته او وفاء التركة وحيوة الولد فان كان وارثاً عتق عليه نصيبه وقوم عليه الباقي (الرابعة) يظهر ثبوت الاستيلاء واحكامه بالوطى بوضعها علقه و ما بعدها اجماعاً وفي ما قبله قولان اقواهما المنع وسيأتي (وعلى القولين) يكون كل من لفظى الولد و الام هنا قد استعمل في الحقيقة و المجاز (وقيل) بل الحق الشارع المجاز بالحقيقة هنا في الاحكام (وقيل) بل حقيقة شرعية في القدر المشترك فقد تعارض المجاز والنقل هنا (الخامسة) يستمر حكم الاستيلاء مادام الولد حياً لافي حكم الميت قطعاً الى موت الاب او حكمه فينتقل بشرائطه كما حقق في موضعه (السادسة) الاستيلاء ينزل منزلة الاستهلاك فاستيلاء المريض في مرض الموت كاستيلاء الصحيح ولتقدمه على سائر الديون فكيف الوصايا .

قال قدس الله سره : ولو اولدها حراً (الى قوله) ام ولده .

اقول : هذا القول قواء في المبسوط وجزم به في الخلاف (واحتج) بان طريقة الاشتقاق تقتضيه (فالضابط) عنده ان يجتمع نسب الولد منه وحرية وملك امه فاذا اجتمع هذه الثلاثة حكم بانها ام ولده (والضابط) عند والدى ما ذكره عملاً بالاصل وعلل بعضهم بان الولد الحاصل من وطى امة الغير للشبهة ينعقد قائم ينعقد عليه ويقوم عليه والاستيلاء انما يثبت بانعقاد الولد حراً لقوله عليه السلام في مارية اعتقها ولدها (٢)

ثم ملكها قبل تصيرام ولده ، ولو تزوج أمة غيره فاحبلها ثم ملكها لم تصرام ولد وان شرط الحرية ولو اشترها فأت بولد يمكن تجرده بعد الشراء وقبله قد امت اصاله عدم الحمل على عدم الاستيلاء اما لو نفاه فانه ينتفى الاستيلاء قطعا وفي افتقار نفى الولد الى اللعان اشكال ، ولو وطىء جارية ولده الكبير او الصغير قبل التقويم فحملت لم تصرام ولد وان قوم ولهذه الدققة فرض وطى امة الغير بالشبهة .

قال قدس الله سره : ولو تزوج امة غيره (الى قوله) اشكال .

اقول: هنا مسائل (الاولى) اذا تزوج امة غيره فاحبلها ثم ملكها لم تصرام ولد وان شرط حرية الولد وقال الشيخ في الخلاف تصيرام ولد بناء على قاعدته (الثانية) اذا اشترى زوجته ووضعت بعد الشراء ولداً يمكن تجرده بعد الشراء وقبله كما اذا وطئها بعد الملك فأت بولد لسته اشهر من وقت الوطى بالملك ولاقل من اقصى مدة الحمل من وطيه بالزوجة في ملك الاول تعارض اعلان (احدهما) اصل عدم تقدم الحمل على الشراء وتأخره عنه يحقق شرط الاستيلاء (وثانيهما) اصل عدم الاستيلاء في رجح الاصل الاول على الثاني لان اصل عدم الاستيلاء موقوف على تقدم العلوق على الشراء وتقدم العلوق على خلاف الاصل فيكون عدم الاستيلاء هنا موقوفاً على خلاف الاصل وكل موقوف على خلاف الاصل لا يصح الاستدلال به ولا يصير اصلاً الأبدليل يوجب ذلك ولادليل هنا ولان الولادة ملزومة لتقدم العلوق عليها والعلوق حادث (يحتمل) تقدمه على الملك وتأخره والحادث اذا احتمل ان يكون في احد زمانين احدهما متقدماً على الاخر الاصل عدم حدوثه في الزمان المتقدم لان عدم الحادث ازلي والاصل بقاء الازلي ولا ينتفى الاً بدليل ولم يوجد ههنا دليل على تقدم العلوق على الملك في رجح اصل عدم التقدم .

(لا يقال) ان في الاستيلاء منعاً للمالك عن التصرف في ملكه بعد ان كان له والاصل بقاء ما كان على ما كان واصل البقاء مقدم على باقى الاصول لاحتياجها في دلالتها اليه (لانا) نقول اصل عدم العلوق كان متحققاً والاصل بقاءه الى بعد الملك واصل بقاء عدم العلوق معارض لاصل بقاء تصرف المالك هنا (الثالثة) اذا نفى هذا الولد عنه انتفى الاستيلاء

على الصغير صارت ام ولده وعليه قيمة الجارية دون المهر وفي الكبير عليه المهر دون القيمة ولوزوج أمته ثم وطئها فعل محرما فان علقته منه فالولد حر ويثبت للامة حكم الاستيلاء. ولو ملك امه او اخته او بنته من الرضاع انعتقن على الاصح (وقيل) لا ينعقن فلو وطئ احديهن فعل حراما ويثبت لهن حكم الاستيلاء وكذا لو ملك وثنية فاستولدها او ملك الكافر امة مسلمة فاستولدها او وطئ امته المرهونة او رب المال امة المضاربة فان حكم الاستيلاء ثابت في ذلك كله (وهل) يثبت حكم الاستيلاء في المرهونة بالنسبة الى المرتهن حتى يجب على الراهن الواطى ان يجعل مكانها رهنا او توفية الدين او الاقرب المنع ان لم يكن سواها والالزم (اما) امة القراض فانه يبطل القراض فيها وان كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة.

(لان) هذا الولد اما ان يكون قد تقدم على الشراء فلا يحصل الاستيلاء على المذهب الصحيح واما ان يكون قد تأخر عن الشراء فينتفى الولد بمجرد النفي والنسب جزء علة الاستيلاء فاذا انتفى انتفى الاستيلاء قطعا فانتفاء الولد لازم لكل واحد من التقديرين لا يخلو الامر عنهما والى هذه الدقيقة اشار المصنف بقوله (فانه ينتفى الاستيلاء قطعا) اي بمجرد نفيه الولد ينتفى الاستيلاء (الرابعة) انه هل يحتاج في نفي الولد عنه الى لعان ام لا فيه اشكال ينشأ (من) انه ولد مملوكته فينتفى بمجرد النفي اما (الاولى) فلانا قد منا اصل عدم تقدم الحمل على الشراء (واما الثانية) فلالاتفاق على ان ولد الجارية ينتفى بمجرد النفي (ومن) انه ولد من كانت زوجته (ويحتمل) تولده منها والاصل بقاء الفراش ولقوة فراش العقد الدائم (ولانا) لانحكم بنفي النسب بمجرد الاصل الذي يفيد الظن وهذه المسألة ايضا تبني على ان الزوجة بعد ارتفاع النكاح الدائم اذا اتت بولد يحتمل ان يكون منه فنفاه (هل) يتحقق اللعان بينهما قد ذكر ذلك في باب اللعان.

قال قدس الله سره : ولو ملك امه (الى قوله) حكم الاستيلاء .

اقول : قد تقدمت هذه المسألة وانما ذكرها هنا لهذا الفرع وهو ثبوت الاستيلاء

على قول من لم يقل بعقهن وهذا عندي ضعيف فانهن ينعقن عليه .

قال قدس الله سره : وهل يثبت حكم الاستيلاء (الى قوله) والالزم

واذا وطئ الكافرا من الكافرة وحملت فاسلمت (قيل) تباع عليه (وقيل) يحال
 فيه ويبيها ويجعل على يدا امرأة ثقة وانما يثبت حكم الاستيلاء بامور ثلاثة (الاول)
 ان تعلق منه بحر وانما تعلق بمملوك من مولاها في موضعين- ان يكون الواطى عبداً قد
 ملكه مولا الموطوءة وقلنا انه يملك بالتمليك- وان يكون الواطى مكاتباً اشترى جارية

اقول: اذا وطئ المالك جاريته المرهونة فحملت منه ثبت حكم الاستيلاء بالنسبة
 الى المولى قطعاً واما بالنسبة الى المرتهن ففيه اقوال (الاول) انه يبطل الرهن
 (الثاني) قال المصنف والشيخ في الخلاف ان كان موسراً بطل الرهن والزم الراهن
 قيمتها يكون رهنا وان كان معسراً بالدين فالرهن بحاله ويجوز بيعها قال (ووجه التفصيل)
 انه مع اليسار منهي عن بيع امتهات الاولاد وحق المرتهن سابق على كونها ام ولد
 فلا يجوز ابطاله (ووجه الجمع) بين الحقيين انه يلزم مع اليسار ان يجعل غير هارها
 او يقضى الدين ومع الاعسار لا يمنع صاحب الحق عن حقه وقد ذكر المصنف هذه المسألة في
 ثلاث مواضع من هذا الكتاب (احدها) في كتاب الرهن فانه قال لو حبلها الراهن لم
 يبطل الرهن وان كان باذن المرتهن وفي جواز بيعها اشكال (وثانيها) في هذا الموضع
 (وثالثها) في المطالب الثاني في الاحكام من مطلب الاستيلاء فقال وكذا يجوز بيعها لو
 كانت رهنا ولم يفصل ولم يستشكل (الثالث) قال الشيخ في المبسوط لا يبطل الرهن سواء
 كان موسراً او معسراً وتبعه ابن ادريس .

قال قدس الله سره : واذا وطئ الكافر (الى قوله) ثقة

اقول : الاول قول الشيخ في المبسوط واختاره ابن ادريس لقوله تعالى
 ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً (١) والثاني ايضاً قول الشيخ في
 الخلاف وقال والذى في المختلف تستسعى في قيمتها فاذا ادت القيمة عتقت للنهي عن
 بيع ام الولد مادام ولدها موجوداً وعليه انعقد اجماع اهل العصر الثاني وابقائها في يد
 المولى لا يجوز وعتقها مجانا اضرار بالمولى وكذا الحيلولة بينه وبينها فتعين ما اخترناه
 وهو الصحيح عندي .

للتجارة فان الجارية مملوكة ولا يثبت حكم الاستيلاء في الاول واما الثاني فان عجز
استرق المولى الجميع وان عتق صارت ام ولد وليس للمكاتب بيعها قبل عجزه وعتقه
(الثاني) ان تعلق منه في ملكه اما بوطى مباح او محرم كالوطى في الحيض والنفاس
والصوم والاحرام والظهار والايلاء ولو علفت في غير ملكه لم تكن ام ولد سواء علفت
بمملوك كالزنا والعقد مع اشتراط الولد او بحر كالمرور والمشتري اذا ظهر الاستحقاق
(الثالث) ان تضع ما يظهر انه حمل ولو علقه ، اما النطفة فالاقرب عدم الاعتداد بها .

المطلب الثاني في الاحكام

ام الولد مملوكة لانعتق بموت المولى بل من نصيب ولدها فاذا ماتت مولاه
جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه ولو لم يكن سواها عتق نصيب ولدها وسعت في الباقي
ولا يقوّم على الولد وقال الشيخ ان كان لولدها مال ادى بقية ثمنها منه وهي قبل موت
مولاه مملوكة له يجوز له التصرف فيها مهما شاء سوى الخروج عن ملكه بغير العتق
فليس له بيعها ولا هبتها وله وطؤها واستخدامها وعتقها في كفارة وغيرها وملك كسبها و

قال قدس الله سره : اما النطفة فالاقرب عدم الاعتداد بها

اقول: وجه القرب انه ليس بولد حقيقة وحكم ام الولد على خلاف الاصل فان
الاصل بقاء تصرفات المولى في ملكه (ويحتمل) ذلك لان مع صيرورتها ولداً او علقه يحكم
بكونها ام ولد من حين الوطى لبطلان التصرفات من حين وطيه فظهور الصورة او التخطيط
اما كاشف او شرط او سبب والثاني والثالث محالان والالتأخر الشرط او السبب عن المشروط
او المسبب وهو باطل بالضرورة فتعين الاول فالسبب هو النطفة وهو ضعيف لان النطفة قد
تفسد (ولان) بمجرد النطفة لا يحصل معه يقين الاستيلاء وكلما يثبت به الاستيلاء يحصل
به يقين الاستيلاء والمقدمتان ظاهرتان .

المطلب الثاني في الاحكام

قال قدس الله سره : ام الولد مملوكة (الى قوله) ثمنها منه

اقول: هذا مبني على ان من ملك بعض قريبه قهراً بميراث وشبهه هل يقوّم عليه
اولاً وقد تقدم .

تزوجها قهراً وكتابتها وتديرها فان مات ولدها قبل مولاهار جعت طلقاً يجوز بيعها وهبتها والتصرف فيها كيف شاء ولو كان ولدولدها حياً احتمل الحاقه بالولدان كان وارثاً ومطلقاً والعدم وكذا يجوز بيعها مع وجود ولدها في ثمن رقبته اذا كان ديناً على مولاه ولا شيء له سواها والا قرب عدم اشتراط موت المولى .

قال قدس الله سره: فان مات ولدها (الى قوله) والعدم .

اقول: هنا احتمالات ثلاثة (الاول) ان حكمه حكم الولد مطلقاً وهذا هو الاقوى عندى (لانه) ولد (الثاني) ان كان وارثاً بان لا يكون للمولى ولد للصلب بل هو الوارث لانها تنعق عليه (الثالث) عدم الحاق مطلقاً لان الاصل عدم ثبوت احكام الاستيلاء فيقتصر فيه على موضع النص وعموم النص انه اذا مات ولدها رجعت الى محض الرقية وهو يعم صورة النزاع .

قال قدس الله سره : وكذا يجوز بيعها (الى قوله) موت المولى

اقول: نص ابن الجنيد وابن ادريس على عدم اشتراط موت المولى في جواز بيعها في ثمن رقبته اذا لم يكن لمولاه سواها والشيخان وابن البراج اطلقوا القول بجواز بيعها في ثمن رقبته مع اعسار المولى وشرط ابن حمزة في بيعها في ثمن رقبته موت مولاه وان لا يتخلف سواها (احتج) الاولون بما رواه عمر بن يزيد عن الكاظم عليه السلام قال قلت له اسألك قال سل قلت لم باع امير المؤمنين عليه السلام امهات الاولاد قال في فكأثر رقابهن قلت وكيف ذلك قال ايما رجل اشترى جارية فاولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدى عنه اخذ ولدها منها وبيعت فادى ثمنها قلت فيبعن فيما سوى ذلك من دين قال لا (١) احتج ابن حمزة بما رواه ابو بصير عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات قال ان شاء ان يبيعها باعها وان مات مولاه وعليه دين قومت على ابنها فان كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ثم يجب عليه قيمتها فان مات ابنها قبل امه بيعت عنه في ميراث الورثة ان شاء الورثة (٢) ولانها مملوكة فيجب صرف ثمنها في الدين كما لو كان الدين ثمنها قال والدى في المختلف ونحن في هذه المسألة من المتوقفين والاقوى عندى انه لا تباع ام الولد .

(وهل) يجوز رهنها فيه نظراً لافرق بين المسلمة والكافرة وكذا المولى ، ولو ارتدت لم تبطل حكم الاستيلاء وفي رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام ان وليدة نصرانية اسلمت عند رجل وولدت منه غلاماً ومات فاعتقت فتنصرت وتزوجت نصرانياً وولدت فقال ولدها لابنها من سيدها وتحبس حتى تضع فاذا ولدت فاقتلها (١) (وقيل) يفعل بها ما يفعل بالمرتدة ولا يسرى حكم الاستيلاء الى الاولاد فلوتزوجت بعبدها ومن شرطت رقية اولاده كان اولادها منه عبيداً يجوز بيعهم في حياة المولى وبعدها فاتهما في يدها الولد لورثة سيدها.

وتصح الوصية لام الولد من مولاها خاصة فتعتق من الوصية فان قصرت عن قيمتها عتق الفاضل من نصيب الولد (وقيل) تعتق من النصيب ويعطى الوصية .

ولو جنت ام الولد خطاء تعلقت الجنابة برقبتها ويتخير المولى بين دفعها الى

قال قدس الله سره : وهل يجوز رهنها فيه نظر .

اقول : قد تقدم البحث في ذلك في باب الرهن .

قال قدس الله سره : ولو ارتدت (الى قوله) بالمرتدة .

اقول : قوله وقيل اشارة الى قول الشيخ في باب السرارى وملك الايمان من

كتاب النهاية .

قال قدس الله سره : وتصح الوصية (الى قوله) وتعطى الوصية .

اقول : قد تقدم ذكر الخلاف في هذه المسألة في الوصايا .

قال قدس الله سره : ولو جنت ام الولد خطأ (الى قوله) على رأى .

اقول : الخلاف فيما اذا فداها المولى هل يفديها باقل الامرين او بارش الجنابة

(١) ثلث ٨ خبر ١ من ابواب الاستيلاء والخبر منقول (الى المعنى بحيث يخجل ولفظ الحديث

هكذا عن ابي جعفر عليه السلام قال قضى على عليه السلام في وليدة كانت نصرانية فاسلمت عند رجل

فولدت سيدها غلاماً ثم ان سيدها مات فاصابها اعتاق السرية فنكحت رجلاً نصرانياً اذ ارباً وهو العطار

فتنصرت ثم ولدت ولدين وحملت آخر فقضى فيها ان يعرض عليها الاسلام فابت قال اما ما ولدت من

ولد فانه لابنها من سيدها الاول واحبسها حتى تضع ما في بطنها فاذا ولدت فاقتلها .

المجنى عليه او ما قابل جنائتها منها وبين فداؤها باقل الامرين من ارش الجناية وقيمتها على رأى ولا يجب على المولى الفداء عينا ومع الدفع يملكها المجنى عليه او ورثته ملكا مطلقا له بيعها والتصرف كيف شاء ولو جنت على جماعة تخير المولى ايضا بين الفداء والدفع اليهم على قدر الجنايات هذا ان جنت ثانيا قبل الفداء ولو جنت بعده تخير المولى بين الفداء ثانيا وبين التسليم الى الثانى ، ولو كانت الجناية على مولاها او على من يرثه مولاها لم يخرج عن حكم الاستيلاء ، ولو ماتت قبل ان يفديها السيد لم يجب على المولى شىء ولو نقصت قيمتها واراد الفداء فداها بقيمتها يوم الفداء ، ولو زادت زاد الفداء تجب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاء ولو كسبت بعد جنائتها شيئا فهو لمولاها دون المجنى عليه ، ولو كسبت بعد الدفع فهو للمجنى عليه فلو اختلفا قدم قول المجنى عليه ولو اتلفها سيدها فعليه قيمتها وكذا لو عينها فعليه الارش : ولو باعها مولاها لم يقع موقوفا بل باطلا فلو مات الولد لم تنتقل الى المشتري وان كان بعد البيع بلا فصل ولا يبطل الاستيلاء بقتلها مولاها عمداً اذا عفى الورثة او لولمولى ارش الجناية عليها وعلى اولادها وضمن قيمتها على من غصبها ولو شهد اثنان على اقراره بالاستيلاء وحكم به ثم رجعا غرما له قيمة الولد ان كذبا في نسبه ولا يغرمان في الحال قيمة الجارية لانهما انما ازالا سلطنة البيع ولا قيمة له (ويحتمل) الارش ، بل ولا بعد الموت لانها محسوبة على الولد

والخلاف هنا كما فى سائر الممالك والقولان للشيخ وليس قوله على رأى راجعا الى الخلاف فى فكها مطلقا .

قال قدس الله سره : ولو شهد اثنان (الى قوله) ويحتمل الارش .

اقول : هذا الاحتمال هو الصحيح عندى لنقصان القيمة بسبب شهادتهما المرجوع عنها والشهادة المرجوع عنها كالجناية المضمومة فاذا انقصت الجناية شيئا يوجب الارش كان الارش مضمونا .

قال قدس الله سره : بل ولا بعد الموت لانها محسوبة على الولد .

اقول : اى لا يضمننا قيمة الجناية بعد الموت وانما عتقت من نصيب ولدها فلا يضمننا لغيره من الورثة ولاله لانهما اثبتا ميراثه .

(وهل يرث هذا الولد اشكال .

(فان قلنا به) فالاقرب ان للورثة تغريمهما حصته ، ولو لم يحصل من المولى اعتراف بالولد ولا تكذيب غير ما قيمته وقيمة امه وحصته من الميراث لباقي الورثة ان اثبتنا الميراث .

قال قدس الله سره : وهل يرث هذا الولد اشكال .

اقول : ينشأ (من) انه ثبت نسبه ولا يؤثر رجوعهما فيه لان الرجوع بعد الحكم (ومن) انهما لم يشهدا بالميراث بل شهدا باقرار المولى بما يستلزم نسبه وهو اعم من الميراث بشهادتهما لجواز موته قبل موت الاب وعدم ارثه فارثه حكم حكم به الشارع لابنص شهادتهما عليه .

قال قدس الله سره : فان قلنا به فالاقرب ان للورثة تغريمهما حصته .

اقول : وجه القرب ان شهادتهما سبب لاتلاف نصيبه على باقي الورثة وقد رجعا عنها والشهادة المرجوع عنها بمنزلة الجناية مباشرة للاتلاف ولان شهادتهما اوجبت ملكه ثم رجعا عنها فكانت كما لو شهدا بملك له ثم رجعا عنها (ويحتمل) العدم لانهما انما شهدا بالنسب لا بالميراث ان كان ذلك مستلزما والتقريب كما تقدم .

قال قدس الله سره : ولو لم يحصل (الى قوله) ان اثبتنا الميراث .

اقول : اذا شهدا على اقراره باستيلا دولو من مملوكته ولم يصدر من المشهود

عليه تصديق لهما ولا تكذيب فانهما يغرمان لو رجعا عن شهادتهما للورثة

وماذا يغرمان؟ نقول يغرمان قيمة الجارية بقيمة الولد وحصته

من الميراث ان قلنا بتوريثه على ما تقدم من الاحتمال

لان شهادتهما سبب لذلك كله اذ لولا الشهادة

لكانت هي مملوكة وولدها مملوك

ولم يرث شيئا والله التوفيق

الحمد لله رب العالمين

تم الجزء الثالث بتوفيق الله

وانتظروا للجزء الرابع من كتاب الايمان

بسمه تعالى

فهرس الجزء الثالث من الايضاح

رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة	العنوان
١٨	مسقطات الولاية		كتاب النكاح
٤	المولى عليه	٢	استجابته مطلقا
٢١	الكفائة في الزوجين	٣	مستجابات الدخول
٢٥	احكام الولاية	٤	أكل نثار العرس
٢٦	تولى طرفى العقد	٤	الاقوات المكروهة للجماع
٢٧	التزويج بدون مهر المثل	٥	النظر الى من يريد نكاحها
٤	تزويج الفضولى	٦	النظر الى الاجنبية حرام
٣١	تزويج العبد	٧	حكم نظر الطفل والخصى
٣٢	اذا زوجها الاخوان الخ	٤	نظر المملوك الى مالكنه
٣٣	لو زوجته الام فضولا	٨	النظر الى الاجنبى حرام
٣٤	فروع الولاية	٤	النظر الى المماثل حرام مع الريبة
٤١	محرمات النسب	٤	نظر الذمية الى المسلمة
٤٣	(محرمات الرضاع)	٩	النظر الى ما عدا عورة المحارم حلال
٤٤	شرائط المرضعة والارضاع	٤	النظر الى العضو المبان
٤٩	احكام الرضاع وفروعه	١٠	التعريض للاجنبية حرام
٥٨	ما يثبت به الرضاع	١١	مختصات النبى <small>ﷺ</small>
٦٣	محرمات المصاحرة	٤	صيغة النكاح
٤	حكم الوطى بالشبهة		

رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة	العنوان
١٢٧	شروط المتعاقدين	٦٤	حرمة مزية الاب والابن
٢	شروط المتعة	٤	حكم منظورتها
١٢٩	احكام المتعة	٦٦	حرمة ام الزوجة مطلقا
	(نكاح الاماء)	٦٩	حرمة الملاعنة والمعنة
١٣٥	ثبوت الحل بالملك	٧٢	حرمة ام الموطوء واخته وبنته
٤	ازدواج الامة مع القدرة على الحرية	٧٣	العقد حال الاحرام حرام
١٤١	نكاح الامة بدون اذن مولاهها	٧٤	المطلقة تسعاً حرام
١٤٤	تزويج عبده امته	٧٥	بنت العممة والخالة المزني بهما حرام
١٤٦	لواعتقا فاجازت	٧٦	الافضاء موجب للتحرير
١٤٨	اشترء الحرصة احد الشريكين	٨٠	حرمة بنت الزوجة
١٥٠	مبطلية العتق لنكاح الامة		حرمة بنت اخت الزوجة وبنت اخيها
١٦٠	مبطلية بيعهاله	٨١	بدون اذنها
١٦١	مبطلية الطلاق له	٨٢	ذات البعل حرام
١٦٨	في مسائل متفرقة	٤	الجمع بين الاختين حرام
	في توابع النكاح	٩٠	العقد على الامة بدون اذن الحرية
١٧٥	في العيب والتدليس	٩٢	المطلقة ثلاثاً حرام قبل المحلل
١٧٩	احكام العيوب	٤	ما زاد على اربع نساء حرام
١٨٢	التدليس	٩٦	حرمة الكافرات وفروعها
	(في المهر)	٩٩	حكم تحاكم اهل الكتاب
١٨٢	المهر الصحيح	١٠٢	اسلام الزوجين او احدهما
١٩٦	في جواز امتناعها قبل اخذ المهر	١٠٧	الزيادة على العدد الشرعي
١٩٧	في عدم جوازه مع تأجيل المهر	١٢١	نفقة الكتيبة اذا سلمت
١٩٨	في استقرار المهر بالدخول		(في النكاح المنقطع)
٢٠١	في الصداق الفاسد	١٢٤	صيغة المتعة

رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة	العنوان
٢٧٤	مسقطات النفقة	٢١٣	في تفويض البضع
٢٧٩	الاختلاف في الانفاق	٢٠٩	في تفويض المهر
٢٨٠	في الاعسار	٢١٨	في التنصيف والنفو
٢٨٢	(نفقة الاقارب)	٢٢٦	منافع المهر لا تنصف بالطلاق
٢٨٧	في ترتيب المنفق عليهم	٢٣٠	اذا صدق الذميان خمرأ الخ
٢٨٩	نفقة المماليك		فيما لو وهبته نصف المهر فطلق قبل
٢٩٠	نفقة الدواب	٢٣٣	الدخول
	(كتاب الفراق)	٢٣٥	في تنازع الزوجين
٢٩١	المطلقة وشرائطه		(في القسم والشقاق)
٢٩٤	في الشرائط العامة	٢٤٨	في مستحق القسم
٢٩٨	في فروع عدم تعيين المطلقة	٢٤٩	في مكان القسم وزمانه
٣٠٤	في الشرائط الخاصة	٢٥١	اسباب التفاوت ثلاثة
٣٠٥	في اعتبار مراجعة الصيغة	٢٥٣	في الظلم والقضاء
٣١٠	في اعتبار التخيير	٢٥٤	في السفر بهن
٣١٣	في عدم التعقيب بالمبطل	٢٥٦	في الشقاق
	في اعتبار الاشهاد	٢٥٧	في الولادة
٣١٤	اقسام الطلاق	٢٥٩	الحاق الاولاد
٣٢٢	طلاق المريض	٢٦٠	ولدا المملوكة
٣٢٤	الرجعة ومعناها	٢٦٢	الرضاع
٣٢٨	فروع الرجعة	٢٦٣	الحضانة
٣٣١	في المحلل		(في النفقات)
٣٣٤	احكام المحلل	٢٦٩	قدرة النفقة
٣٣٥	في العدد	٢٧٠	كيفية الانفاق
٣	في انه لا عنة على غير المدخولة		

رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة	العنوان
٤٠٨	فى المشبه بها	٣٣٨	فى عدة ذوات الاقراء
٤١١	احكام الظهار	٣٤٢	فى عدة ذوات الشهور
	كتاب الايلاء	٣٤٤	فى عدة الحامل
٤٢٢	فى الحلف	٣٥٠	فى عدة الوفاة
٤٢٥	فى الصيغة	٣٥٣	فى عدة المفقود عنها زوجها
٤٣١	فى المدة	٣٥٧	فى عدة الامة والاستبراء
٤٣٢	فى احكامه	٣٦١	فى اجتماع العدتين
	كتاب اللعان	٣٦٦	فى سكنى المطلقة الرجعية
٤٣٤	سبب اللعان	٣٦٨	لانفقة للمتوفى عنها زوجها
٤٤٢	فى الملاعن	٣٦٩	فى صفة السكنى للمعتدة
٤٤٤	فى الملاعنة	٣٧٢	اذن الزوج لاتقالتها من مسكنها
٤٤٧	فى كيفية اللعان		كتاب الخلع
٤٥١	فى احكام اللعان	٣٧٤	فى حقيقة الخلع
٤٥٩	فى اللواحق	٣٧٩	فى الخالع وشرائطه
	كتاب العتق وتوابعه	٣٨٢	فى شرائط المختلعة
٤٤٢	فى فضله	٣٨٤	فى صيغة الخلع
٤٤٣	فى محل العتق	٣٨٦	فى القدية
٤٤٧	فى المعتق	٣٨٨	فى سؤالها الطلاق وفروعه
٤٧٦	فى صيغة العتق	٣٩٩	فى المبارات
٤٨٨	فى ان العبد هل يملك		كتاب الظهار
٤٩٠	فى حكم مال العبد المعتق	٤٠٠	صيغة الظهار
٤٩٢	فى سراية العتق	٤٠٤	فى المظاهر
		٤٠٦	فى المظاهرة

العنوان	رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة
في عتق القرابة	٥٠٥	في احكام المكاتب	
في القرعة	٥١١	فيما يحصل به العتق	٥٩٥
في كيفية القرعة	٥١٨	في احكام اداء مال الكتابة	٥٩٧
في سبب الولاة	٥٢٢	في تصرفات المولى في المكاتب	٦٠٦
في حكم الولاة	٥٢٨	في تصرفات المكاتب في ماله	٦١١
في جر الولاة	٥٣١	في حكم جناية المكاتب على مولاه	٦١٤
في التدبير		في حكم جناية عبد المكاتب	٦١٧
في حقيقته ووصيفته	٥٤٣	في حكم جناية السيد على المكاتب	٦١٨
في المباشر للتدبير	٥٤٤	في حكم الوصية للمكاتب	٦١٩
في محل التدبير	٥٤٥	في حكم ولد المكاتب	٦٢٦
في احكام التدبير	٥٤٩	في ان نفقة المكاتب في كسبه	٦٢٧
في الكتابة		في جملة من احكام المكاتب المشروط	٦٢٨
في ماهيتها	٥٧٣	(في الاستيلاء)	
في عقد الكتابة	٥٧٦	في اسباب الاستيلاء	٦٣٠
في شروط عوض الكتابة	٥٧٧	في احكام ام الولد	٦٣٦
في شروط المكاتب (بالكسر)	٥٨٨	فهرس الكتاب	٦٤٠
في شروط المكاتب (بالفتح)	٥٩٣	تم الفهرس بحمد الله تعالى	



Princeton University Library



32101 047106321