شرائع الإسلام

في مسائل الحلال والحرام

المحقق الحلي

أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن

٦٠٢هـ - ٦٧٦هـ

تحقيق

وإخراج وتعليق

عبد الحسين محمد علي

كلية الدراسات الإسلامية - العراق - النجف الأشرف

ساعدت كلية الفقه على نشره

شرائع الإسلام

الطبعة المحققة الاولى

مطبعة الاداب في النجف الاشرف

١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م

شرائع الإسلام

في مسائل الحلال والحرام

المحقق الحلي

أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن

٦٠٢ هـ - ٦٧٦ هـ

ق . ٢

تحقيق

واخراج وتعليق

عبد الحسين محمد علي

بكالوريوس في اللغة العربية والعلوم الاسلامية

X

القسم الثاني

في العقود

وفيه

خمسة عشر

كتاباً

كتاب التجارة

وهو مبني

على فصول

الأوّل

فيما : يكتسب به

وهو ينقسم الى : محرم ، ومكروه ، ومباح

فالمحرم منه : أنواع

الأول * : الاعيان النجسة

كـ : الخمرة ، والأنبِذة ، والفقاع . . وكل مائع نجس (١) ، عدا الادهان لفائدة الإستصباح بها تحت السماء (٢) . . والميتة . . والدم . . وأرواث وأبوال ما لا يؤكل لحمه ، وربما قيل : بتحريم الابوال كلها ، إلا بول الابل خاصة ، والأول أشبه . . والخنزير وجميع اجزائه . . وجلد الكلب ، وما يكون منه .

الثاني : ما يحرم لتحريم ما قُصد به

كـ : آلات اللهو ،مثل العود والزَّمِر . . وهياكل العبادة المبتدعة ، كالصليب والصنم (٣) . . وآلات القمار كالنَرد والشِطْرَنج . . وما يُفضي الى المساعدة على محرم ، كبيع السلاح لاعداء الدين ، واجارة المساكن والسفن

---

(١) الروضة ٣/ ٢٠٧ : غير القابل للطهارة .

(٢) التوضيح ٢ / ٢٤٨ : للاخبار الدالة على جواز الاستصباح بالادهان المتنجسة .

(٣) المسالك ٢ / ١ : الاصل فى الهيكل انه بيت الصنم ، كما نص الجوهري وغيره، واما اطلاقه على نفس الصنم ، فلعله من باب المجاز ، اطلاقاً لاسم المحل على الحال .

للمحرمات ، وكبيع العنب ليعمل خمراً ، وبيع الخشب ليعمل صنماً .

ويكره : بيع ذلك لمن يعملها .

الثالث : ما لا يُنتفع به

كالمسوخ : بريّةً كانت ، كالقرد والدّب ، وفي الفيل تردد ، والاشبه جواز بيعه للانتفاع بعظمه . او بحريةً ، كالجرّي والضفادع والسلاحف والطافي (١) :

والسباع كلّها الا الهر .

والجوارح : طائرةً كانت كالبازي . او ماشيةً كالفهد :

وقيل : يجوز بيع السباع كلها ، تبعاً للانتفاع بجلدها أو ريشها ، وهو الأشبه :

الرابع : ما هو محرم في نفسه

كـ : عمل الصور المجسمة . والغناء . ومعونة الظالمين بما يحرم (٢) . ، ونوح النائحة بالباطل (٣) : وحفظ كتب الضلال ، ونسخها لغير النقض : وهجاء المؤمنين : وتعلّم السحر ، والكهانة ، والقيافة ، والشعبذة ، والقمار . والغش بما يخفى ، كشَوْب اللبن بالماء ، وتدليس الماشطة (٤) : وتزيين الرجل بما يحرم عليه (٥) .

---

(١) التوضيح ٢ / ٢٤٩ : من السمك ، وهو ما مات في الماء .

(٢) الروضة ٣ / ٢١٣ : كالكتابة لهم ، واحضار المظلوم ونحوه ، لا معونتهم بالاعمال المحللة كالخياطة .

(٣) ن : بان تصف الميت بما ليس فيه .

(٤) المسالك ٢ /٢ : اي تدليسها المرأة باظهار محاسن ليست فيها ، من تحمير وجهها ووصل شعرها ونحوه .

(٥) الروضة ٢ / ٢١٦ : كلبس الرجل السوار ، والخلخال ، والثياب المختصة بها عادة .

الخامس : ما يجب على الانسان فعله

كتغسيل الموتى ، وتكفينهم ، وتدفينهم . وقد يحرم الاكتساب باشياء أُخَر ، تأتي في أماكنها ان شاء الله تعالى .

مسألة :

أخذ الأجرة على الأذان حرام ، ولا بأس بالرزق من بيت المال . . وكذا الصلاة بالناس . . والقَضَاء على تفصيل سيأتي ، ولا بأس بأخذ الاجرة على عقد النكاح .

والمكروهات : ثلاثة

ما يكره لأنه يُفضي الى محرّم أو مكروه غالباً : كالصّرف . . وبيع الاكفان ، والطعام ، والرقيق . . واتخاذ الذبح والنحر صنعةً .

وما يكره لِضِعَتِه : كالنساجة ، والحجامة إذا اشترط (١) ، وضراب الفحل (٢) .

وما يكره لتطرق الشبهة : كمكسب الصبيان ، ومن لا يتجنب المحارم . وقد تكره اشياء تذكر في أبوابها ان شاء الله تعالى .

وما عدا ذلك مباح

* * *

مسائل :

الأولى : لا يجوز بيع شيء من الكلاب الا كلب الصيد . وفي

(١) المسالك ٢ / ٢ : أي اذا اشترط الاجرة على فعله ، سواء عينها أم أطلق .

(٢) الروضة ٣ / ٢٢٠ : بان يؤجره لذلك ، مع ضبطه بالمرة والمرات المعينة ؛ أو بالمدة.

كلب الماشية والزرع والحائط تردد ، والاشبه المنع . نعم ، يجوز اجارتها، ولكل واحد من هذه الاربعة دِيَة ، لو قتله غير المالك .

الثانية : الرُشا حرام ، سواء حُكِمَ لباذله او عليه ، بحق أو باطل.

الثالثة : اذا دفع الانسان مالاً الى غيره ، ليصرفه في قبيل ، وكان المدفوع اليه بصفتهم ، فان عُيِّن له عمل بمقتضى تعيينه وان اطلق ، جاز(١) أن يأخذ مثل أحدهم من غير زيادة .

الرابعة : الولاية من قبل السلطان العادل جائزة ، وربما وجبت ، كما اذا عيّنه إمام الاصل ، او لم يمكن دفع المنكر او الامر بالمعروف الا بها . وتحرم من قبل الجائر ، اذا لم يأمن اعتماد ما يحرم . ولو أمن ذلك ، وقدر على الامر بالمعروف [والنهي عن المنكر] (٢) استحبت . ولو اكره ، جاز له الدخول ، دفعاً للضرر اليسير ، على كراهية . وتزول الكراهية ، لدفع الضرر الكثير ، كالنفس ، او المال ، أو الخوف على بعض المؤمنين .

الخامسة : اذا اكرهه الجائر على الولاية ، جاز له الدخول والعمل بما يأمره ، مع عدم القدرة على التفصّي (٣) ، الا في الدماء المحرمة ، فانه لا تقية فيها .

السادسة : جوائز الجائر ان عُلِمَت حراماً بعينها فهي حرام ،

---

(١) المسالك ٢ / ٣ : ويدل على الجواز ، ما رواه الحسين بن عثمان عن الكاظم (ع) فى رجل اعطى مالا ، يفرقه فيمن يحل له . أله ان يأخذ منه شيئاً لنفسه ، ولم يسم له ؟ قال : يأخذ منه لنفسه ، مثل ما يعطى غيره .

(٢) هذه الزيادة وردت في (هـ ٢ / ٩٧) و (د ٢ / ٣) .

(٣) التوضيح ٢ / ٢٥٥ : أي مع عدم القدرة على التخلص ، لخوف الضرر على نفسه . . .

[والا فهي حلال] (١) . وإن قبضها ،أعادها على المالك : فان جهله ،او تعذر الوصول اليه ، تصدق بها عنه . ولا يجوز اعادتها على غير مالكها مع الامكان .

السابعة : ما يأخذه السلطان الجائر من الغلات باسم المقاسمة ، والاموال باسم الخراج عن حق الأرض ، ومن الانعام باسم الزكاة ، يجوز ابتياعه ، وقبول هبته ، ولا تجب اعادته على اربابه ، وان عُرِفَ بعينه :

الفصل الثاني

في : عقد البيع، وشروطه، وآدابه

العقد * :

العقد : هو اللفظ الدال على نقل الملك ، من مالك الى آخر ، بعوض معلوم . ولا يكفي التقابض من غير لفظ ، وان حصل من الامارات ما يدل على ارادة البيع ، سواء كان في الحقير او الخطير :

ويقوم مقام اللفظ ، الاشارة مع العذر .

ولا ينعقد الا بلفظ الماضي : فلو قال : اشتر أو ابتع أو ابيعك ،لم يصح ، وان حصل القبول : وكذا في طرف القبول ، مثل أن يقول : بعني أو تبيعني ، لأن ذلك أشبه بالاستدعاء أو بالإستعلام :

وهل يشترط تقديم الايجاب على القبول ؟ فيه تردد ، والاشبه عدم الاشتراط . ولو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد ، لم يملكه ، وكان مضموناً عليه :

(١) هذه الزيادة وردت فى (ه ٢ / ٩٧) .

واما الشروط :

أ ـ فمنها ما يتعلق بالمتعاقدين

وهو : البلوغ ، والعقل ، والاختيار .

فلا يصحّ بيع الصبي ولا شراؤه ، ولو أَذِنَ له الولي . وكذا لو بلغ عشراً عاقلاً ، على الاظهر . وكـذا المجنون ، والمُغْمَى عليه ، والسكران غير المميِّز والمُكْرَه ، ولو رضي كل منهم بما فعل بعد زوال عذره ، عدا المُكْرَه للوثوق بعبارته .

ولو باع المملوك ، او اشترى بغير اذن سيده ، لم يصح . فان أذن له جاز . ولو أمره آمر ان يبتاع له نفسه من مولاه ، قيل : لا يجوز ، والجواز أشبه .

وأن يكون البائع : مالكاً . . أو ممن له أن يبيع عن المالك : كالأب والجد للأب ، والوكيل ، والوصي ، والحاكم ، وأمينه .

فلو باع ملك غيره ، وقف على اجازة المالك أو وليّه ، على الاظهر ، ولا يكفي سكوته مع العلم (١) ، ولا مع حضور العقد . فان لم يجز ، كان له انتزاعه من المشتري ، ويرجع المشتري على البائع بما دفعه اليه ، وما اغترمه من نفقة ، أو عوض عن اجرة أو نِماء ، اذا لم يكن عالماً انه لغير البائع ، أو ادعى البائع ان المالك أذن له .

وان لم يكن كذلك ، لم يرجع بما اغترم ، وقيل : لا ، يرجع بالثمن مع العلم بالغصب .

---

(١) الروضة ٣ / ٢٣٤ : أي ولا يكفي في الاجازة ، السكوت عند العقد مع علمه به . . . لان السكوت اعم من الرضا ، فلا يدل عليه (بتصرف) .

وكذا لو باع ما يملك وما لا يملك ، مضى بيعه فيما يملك ، وكان فيما لا يملك موقوفاً [على الاجازة] (١) . ويقسّط الثمن بان يقوّما جميعاً، ثم يقوم احدهما ، ويرجع على البائع بحصته من الثمن ، اذا لم يجز المالك. ولو اراد المشتري رد الجميع ، كان له ذلك . وكذا لو باع ، ما يملك وما لا يملكه المسلم ، أو ما لا يملكه مالك كالعبد مع الحر ، والشاة مع الخنزير ، والخل مع الخمر .

والاب والجد للاب يمضي تصرفهما ، مـا دام الولد غير رشيد . وتنقطع ولايتهما بثبوت البلوغ والرشد . ويجوز لهما أن يتوليّا طرفي العقد ، فيجوز ان يبيع عن ولده [من غيره] (٢) ، وعن نفسه من ولده ، وعن ولده من نفسه .

والوكيل يمضي تصرفه على الموكّل ، مـا دام الموكل حيّاً جائز التصرف . وهل يجوز ان يتولى طرفي العقد ؟ (٣) ، قيل : نعم ، وقيل : لا ، وقيل : ان علم الموكل جاز ، وهو الأشبه . فان اوقع قبل إعلامه وقف على الاجازة .

والوصي لا يمضي تصرفه الا بعد الوفاة . والتردد في توليّه لطرفي العقد ، كالوكيل . وقيل : يجوز أن يقوّم على نفسه (٤) ، وان يقترض (٥) اذا كان مَلِيّاً .

واما الحاكم وأمينه ، فلا يليان الا على المحجور عليه ، لِصِغَرٍ أو سَفَهٍ

---

(١) هذه الزيادة وردت في (هـ ٢ / ٩٨) .

(٢) هذه الزيادة وردت في (هـ ٢ / ٩٨) فقط .

(٣) التوضيح ٢ / ٢٦٠ : بان يشتري لنفسه .

(٤) ن : فيشتري لنفسه ؛ ولا بأس به ، كما سبق فى الوكيل والأب.

(٥) ن : من مال من له الولاية عليه ، بلا رهن ولا ضامن .

أو فَلَسٍ او حكمٍ على غائب .

وان يكون المشتري مسلماً ، اذا ابتـاع عبداً مسلماً ، وقيل : يجوز ولو كان كافراً ، ويجبر على بيعه من مسلم ، والاول أشبه .

ولو ابتاع الكافر أباه المسلم ، هل يصح ؟ فيه تردد ، والاشبه الجواز، لانتفاء السبيل بالعتق .

ب - ومنها : ما يتعلق بالمبيع

وقد ذكرنا بعضها في الباب الاول .

ونزيد هاهنا شروطاً :

الاول : ان يكون مملوكاً

فلا يصحّ بيع : الحرّ . وما لا منفعة فيه كالخنافس والعقارب ، والفضلات المنفصلة عن الانسان كشعره وظفره ورطوباته عدا اللبن (١).. ولا ممـا يشترك المسلمون فيه قبل حيازته ، كالكلأ والمـاء والسموك ، والوحوش قبل اصطيادها . والارض المأخوذة عنوة ، وقيل : يجوز بيعها، تبعاً لآثار المتصرّف (٢) ، وفي بيع بيوت مكة تردد ، والمروي المنع .

أما ماء البئر فهو ملك لمن استنبطه ، وماء النهر لمن حفره ، ومثله كل ما يظهر في الارض من المعادن فهي لمالكها تبعاً لها .

---

(١) الروضة ٣ / ٢٤٧ : أي لبن المرأة فيصح بيعه ؛ والمعـاوضة عليه ؛ مقدراً بالمقدار المعلوم ؛ أو المدة ؛ لعظم الانتفاع به (بتصرف) .

(٢) ن : من بناء وشجر فيه . . . وتبقى تابعة له ما دامت الآثـار ؛ فان زالت رجعت الى أصلها . والمراد منها المحياة وقت الفتح . أما الموات فيملكها المحيي ويصح بيعها كغيرها من الاملاك .

الثاني : ان يكون طِلقاً

فلا يصحّ بيع الوقف ، ما لم يؤد بقاؤه الى خرابه ، لاختلاف بين أربابه ، ويكون البيع اعود ، على الأظهر . . ولا بيع ام الولد ، ما لم يمت ولدها ، أو في ثمن رقبتها مع إعسار مولاها (١) ، وفي اشتراط موت المالك تردد . . ولا بيع الرهن الا مع الإذن . ولا يمنع جناية العبد من بيعه ولا من عتقه ، عمداً كانت الجناية أو خطأ ، على تردد .

الثالث : أن يكون مقدوراً على تسليمه

فلا يصح بيع الآبق منفرداً ، ويصح منضماً الى ما يصح بيعه . ولو لم يظفر به ، لم يكن له رجوع عن البائع ، وكان الثمن مقابلاً للضميمة.

ويصح بيع ما جرت العادة بعوده ، كالحمام الطائر ، والسموك المملوكة المشاهدة في المياه المحصورة .

ولو باع ما يتعذر تسليمه الا بعد مدة ، فيه تردد ، ولو قيل : بالجواز مع ثبوت الخيار للمشتري كان قوياً .

الرابع : ان يكون الثمن معلوم القدر والجنس والوصف

فلو باع بحكم احدهما ، لم ينعقد . ولو تسلّمه المشتري فتلف ، كان مضموناً عليه بقيمته يوم قبضه (٢) ، وقيل : بأعلى القيم من قبضه الى يوم تلفه ، وان نقص فله إرشه . وان زاد بفعل المشتري ، كان له قيمة الزيادة وان لم يكن عيناً .

الخامس : ان يكون المبيع معلوماً

فلا يجوز بيع ما يُكال ، أو يوزن ، أو يُعَد جزافاً ولو كان

---

(١) التوضيح ٢ / ٢٦١ : بحيث لم يكن زايداً على المستثنيات فى الدين ؛ مقدار تمام ثمنها ؛ الذي اشتراه به ؛ لظاهر النص .

(٢) الروضة ٣ / ٢٦٤ : لان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، وبالعكس .

مشاهداً كالصُّبْرَة (١) ، ولا بمكيال مجهول .

ويجوز ابتياع جزء من معلوم بالنسبة (٢) مشاعاً ، سواء كانت اجزاؤه متساوية (٣) أو متفاوتة (٤) .

ولا يجوز ابتياع شيء مقدَّر منه ، اذا لم يكن متساوي الأجـزاء ، كالذراع من الثوب ، أو الجريب من الأرض ، أو عبد من عبدين أو من عبيد ، أو شاة من قطيع . وكذا لو باع قطيعاً واستثنى منه شاة أو شياهاً غير مشار الى عينها .

ويجوز ذلك في المتساوي الاجزاء ، كالقفيز من كُرٍّ . وكذا يجوز لو كان من أصل مجهول ، كبيع مكوك من صبرة ، مجهولة القدر .

واذا تعذر عدُّ ما يجب عده ، جاز ان يعتبر بمكيال ويؤخذ بحسابه(٥).

ويجوز بيع الثوب والارض مع المشاهدة وان لم يُمْسَحا ، ولو مُسِحَا كان أحوط ، لتفاوت الغرض في ذلك ، وتعذر ادراكه بالمشاهدة . وتكفي مشاهدة المبيع عن وصفه ، ولو غاب وقت الابتياع ، إلا ان يمضي مدة جرت العادة بتغير المبيع فيها . واذا احتمل التغيير ، كفى البناء على الاول، ويثبت له الخيار ان ثبت التغير . وان اختلفا فيه ، فالقول قول المبتـاع مع يمينه ، على تردد .

---

(١) الروضة ٣ / ٢٦٧ : ما لم يكن معلوم المقدار والوصف .

(٢) ن : كالنصف والثلث .

(٣) ن : كالحبوب والادهان .

(٤) ن : كالجواهر والحيوان .

(٥) المسالك ٢ / ٩ : تبعاً للحديث عن الصادق (ع) ؛ حين سئل عن الجوز ، لا يستطيع ان يعده فيكال بمكيال ، ثم يعد ما فيه ، ثم يكال ما بقي على حساب ذلك من المعدود . فقال : لا بأس به .

فان كان المراد منه الطعم أو الريح ، فلابد من اختباره بالذوق أو الشم . ويجوز شراؤه من دون ذلك بالوصف ، كما يشتري الاعمى الأعيان المرئيّة .

وهل يصح شراؤه من غير اختبار ولا وصف ، على ان الاصل الصحة ؟ فيه تردد ، والاولى الجواز . وله الخيار بين الرد والارش ، ان خرج معيباً : ويتعين الارش مع إحداث حَدَثٍ فيه . ويتساوى في ذلك الاعمى والمبصر. وكذا ما يؤدي اختباره الى فساده كالجوز والبطيخ والبيض ، فان شراءه جائز مع جهالة ما في بطونه . ويثبت للمشتري الارش بالاختبار مع العيب دون الرد . وان لم يكن لمكسوره قيمة ، رجع بالثمن كله .

ولا يجوز : بيع سمك الآجام ولو كان مملوكاً لجهالته ، وان ضم اليه القصب أو غيره ، على الاصح . . وكذا اللبن في الضرع ، ولو ضم اليه ما يحتلب منه . . وكذا الجلود والاصواف والاوبار والشعر على الانعام ، ولو ضُمَّ اليه غيره . . وكذا ما في بطونها . . وكذا اذا ضمها . : وكذا ما يلقح الفحل (١) :

مسألتان :

الاولى : المسك طاهر ، يجوز بيعه في فأره وان لم يفتق ، وفتقه أحوط :

الثانية : يجوز ان يندر (٢) للظروف ما يحتمل الزيادة والنقيصة ، ولا يجوز وضع ما يزيد الا بالمراضاة ، ويجوز بيعه مع الظروف من غير وضع :

---

(١) التوضيح ٢ / ٢٦٤ : وهو ما يكون من نتاج من لقاح فحل مخصوص ؛ فلا يباع منفرداً ؛ ولا بأس بالضميمة .

(٢) المسالك ٢ / ١٠ : الاندار الاسقاط ؛ والمراد اسقاط قدر معين للظروف .

وأما الآداب :

فيستحب : ان يتفقه فيما يتولاه (١) : . وان يسوّي البائع بين المبتاعين في الانصاف : : وان يقيل من استقاله . . وان يشهد الشهادتين ، ويكبر الله سبحانه اذا اشترى . : وأن يقبض لنفسه ناقصاً ويعطي راجحاً :

ويكره مدح البائع لما يبيعه ، وذم المشتري لما يشتريه . : واليمين على البيع . : والبيع في موضع يستتر فيه للعيب . . والربح على المؤمن الا مع الضرورة (٢) ، وعلى من يَعِده بالإحسان . . والسوم (٣) ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس : ، والدخول الى السوق أولاً : . ومبايعة الادنين وذوي العاهات والاكراد . : والتعرض للكيل او الوزن اذا لم يحسنه : . والاستحطاط من الثمن بعد العقد . . والزيادة في السلعة وقت النداء : : ودخول المؤمن في سوم أخيه ، على الأظهر . . وأن يتوكّل حاضرٌ لِبَادٍ ، وقيل : يحرم ، والأول أشبه :

ويلحق بذلك مسألتان :

الاولى : تلقي الركبان مكروه ، وحدُّه أربعة فراسخ اذا قصده ، ولا يكره ان اتفق . ولا يثبت للبائع الخيار ، الا ان يثبت الغبن الفاحش، والخيار فيه على الفور مع القدرة ، وقيل : لا يسقط الا بالاسقاط ، وهو

---

(١) الروضة ٣ / ٢٨٥ : من التكسب ؛ ليعرف صحيح العقد من فاسده ؛ويسلم من الربا.

(٢) المسالك ٢ / ١٠ : قال الصادق (ع) (ربح المؤمن على المؤمن حرام ؛ الا أن يشتري باكثر من مائة درهم ؛ فاربح عليه قوت يومك ؛ او ليشتريه للتجارة فاربحوا عليهم ؛ وارفقوا بهم) .

(٣) الروضة ٣ / ٢٩٥ : وهو الاشتغال بالتجارة .

الاشبه : وكذا حكم النَّجْش ، وهو ان يزيد لزيادة من واطأه البائع :

الثانية : الاحتكار مكروه ، وقيل : حرام ، والأول أشبه : وانما يكون في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن ، وقيل : وفي الملح ، بشرط ان يستبقيها للزيادة في الثمن ، ولا يوجد بائع ولا باذل . وشَرَط آخرون أن يستبقيها في الغلاء ثلاثة أيام ، وفي الرخص أربعين . ويُجْبر المحتكر على البيع ولا يُسَعَّر عليه ، وقيل : يسعر ، والأول أظهر :

الفصل الثالث

في : الخيار

والنظر في : أقسامه ، وأحكامه

أما أقسامه : فخمسة

الأول : خيار المجلس

فاذا حصل الايجاب والقبول ، انعقد البيع ، ولكل من المتبايعين خيار الفسخ ما داما في المجلس . ولو ضُرِب بينهما حائل لم يبطل الخيار. وكذا لو اكرها على التفرق ولم يتمكنا من التخاير :

ويسقط : باشتراط سقوطه في العقد ، وبمفارقة كل واحد منهما صاحبه ولو بخطوة ، وبايجابهما اياه أو أحدهما ورضا الآخر : ولو التزم احدهما سقط خياره دون صاحبه . ولو خيّره فسكت ، فخيار الساكت باق ، وكذا الآخر ، وقيل : فيه يسقط ، والأول أشبه :

ولو كان العاقد واحداً عن اثنين كالأب والجد ، كان الخيار ثابتاً ، ما لم يشترط سقوطه ، أو يلتزم به عنهما بعد العقد ، أو يفارق المجلس الذي عقد فيه على قول .

الثاني : خيار الحيوان

والشرط فيه كله ، ثلاثة ايام للمشتري خاصة ، دون البائع على الأظهر :

ويسقط : باشتراط سقوطه في العقد . . وبالتزامه بعده . . وباحداثه فيه حدثاً ، كوطء الامة وقطع الثوب . . وبتصرفه فيه ، سواء كان تصرفاً لازماً كالبيع ، أو لم يكن كالهبة قبل القبض والوصية .

الثالث : خيار الشرط

وهو بحسب ما يشترطانه أو احدهما ، لكن يجب ان يكون مدة مضبوطة . ولا يجوز ان يناط بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج : ولو شرط كذلك بطل البيع .

ولكل منهما ان يشترط الخيار لنفسه ، ولأجنبي ، وله مع الاجنبي : ويجوز اشتراط الموامرة (١) ، واشتراط مدة يرد البائع فيها الثمن اذا شاء ، ويرتجع المبيع .

الرابع : [خيار الغبن] (٢)

من اشترى شيئاً ، ولم يكن من أهل الخبرة ، وظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به ، كان له فسخ العقد اذا شاء . ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف ، اذا لم يخرج عن الملك ، أو يمنع مانع من ردّه ، كالاستيلاد في الامة ، والعتق ، ولا يثبت به إرش :

---

(١) المسالك ٢ / ١٢ : هي مفاعلة من الامر ؛ بمعنى اشتراط البايع او المشتري اوهما استيمار من سمياه فى العقد . والرجوع الى أمره .

(٣) هذه الزيادة وردت في (٢٨ / ١٠١) .

الخامس : خيار العيب .

من باع ولم يقبض الثمن ، ولا سلّمَ المبيع ، ولا اشترط تأخير الثمن ، فالبيع لازم ثلاثة ايام . فان جاء المشتري بالثمن ، والا كان البائع أولى بالمبيع .

ولو تلف ، كان من مال البائع في الثلاثة وبعدها ، على الأشبه . وان اشترى ما يفسد من يومه ، فان جاء بالثمن قبل الليل ، والاّ فلا بيع له . وخيار العيب يأتي في بابه إن شاء الله تعالى .

وأما أحكامه : فتشتمل على مسائل

الاولى : خيار المجلس ، لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع : وخيار الشرط يثبت في كل عقد عدا النكاح والوقف ، وكـذا الابراء والطلاق والعتق ، الا على رواية شاذة .

الثانية : التصرف يسقط خيار الشرط ، كما يسقط خيار الثلاثة . ولو كان الخيار لهما وتصرف أحدهما سقط خياره . ولو اذن احدهما وتصرف الآخر ، سقط خيارهما .

الثالثة : اذا مات من له الخيار ، انتقل الى الوارث من أي أنواع الخيار كان . ولو جُنّ ، قام وليّه مقامه . ولو زال العذر ، لم يُنْقِض تصرفَ الولي . ولو كان الميت مملوكاً مأذوناً ، ثبت الخيار لمولاه .

الرابعة : المبيع يُملك بالعقد . وقيل : به ، وبانقضاء الخيار ، والأول أظهر . فلو تجدد له نماءٌ كان للمشتري . ولو فسخ العقد ، رجع على البائع بالثمن ، ولم يرجع البائع بالنماء .

الخامسة : اذا تلف المبيع قبل قبضه ، فهو من مال بائعه . وان تلف بعد قبضه ، وبعد انقضاء الخيار ، فهو من مال المشتري . وان كان في

زمن الخيار من غير تفريط ، وكان الخيار للبائع ، فالتلف من المشتري .
وان كان الخيار للمشتري ، فالتلف من البائع .

فرعان

الاول : خيار الشرط ، يثبت من حين التفرّق ، وقيل : من حين العقد ، وهو الأشبه :

الثاني : اذا اشترى شيئين ، وشرط الخيار في أحدهما على التعيين ، صحّ . وان أَبهَمَ بطُل :

* * *

ويلحق بذلك

خيار الرؤية (١)

وهو : بيع الاعيان من غير مشاهدة ، فيفتقر ذلك

الى : ذكر الجنس

ونريد به هنا : اللفظ الدال على القدر الذي يشترك فيه افراد الحقيقة ، كالحنطة مثلاً ، أو الارز ، أو الابريسم :

والى : ذكر الوصف

وهو : اللفظ الفارق بين افراد ذلك الجنس ، كالصرابة في الحنطة ، او الحدارة ، او الدقة .

ويجب : أن يذكر كل وصف يثبت الجهالة في ذلك المبيع عند

(١) التوضيح ٢ ا ٢٧٠ : وهو قسم من اقسام الخيار . جعل ملحقاً لانه لا يعم البيوع بل يكون في بيع الاعيان المشخصة من غير مشاهدة رافعة للغرر .

إرتفاعه (١) . ويبطل العقد مع الاخلال بذينك الشرطين أو أحدهما، ويصح مع ذكرهما ، سواء كان البائع رآه دون المشتري ، أوبالعكس،او لم يرياه جميعاً، بأن وصفه لهما ثالث . فان كان المبيع على ما ذكر ، فالبيع لازم، والا كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع وبين التزامه . وان كان المشتري رآه دون البائع ، كان الخيار للبائع . وان لم يكونا رأياه ، كان الخيار لكل واحد منهما . ولو اشترى ضَيْعة ، رأى بعضها و وُصِفَ له سائرها ، ثبت له الخيار فيها أجمع ، اذا لم تكن على الوصف .

الفصل الرّابع

في احكام العقود

والنظر في امور ستة :

الاول : في النقد والنسيئة

من ابتاع متاعاً مطلقاً ، او اشترط التعجيل ، كان الثمن حالاً .
وان اشترط تأجيل الثمن ، صحّ .
ولابد من ان تكون مدة الاجل معينة ، لا يتطرّق اليها احتمال الزيادة والنقصان .
ولو اشترط تأجيل الثمن ، ولم يعين أجلاً ، أو عين أجلاً مجهولاً كقدوم الحاج ، كان البيع باطلاً .

(١) مرجع الضمير : الوصف .

ولو باع بثمن حـالٍّ ، أو بأزيد منه الى أجل ، قيل : يبطل ، والمروي أنه يكون للبائع أقل الثمنين في أبعد الأجلين : ولو باع كذلك الى وقتين متأخرين كان باطلاً :

واذا اشترط تأخير الثمن الى أجل ، ثم ابتاعه البائع قبل حلول الاجل، جاز بزيادة كان او بنقصان ، حالاً ومؤجلاً ، اذا لم يكن شرَطَ ذلك في حال بيعه : وان حل الاجل فابتاعه بمثل ثمنه من غير زيادة جاز : وكذا ان ابتاعه بغير جنس ثمنه بزيادة او نقيصة ، حالا أو مؤجلا : وان ابتاعه بجنس ثمنه بزيادة او نقيصة ، فيه روايتان ، اشهرهما الجواز :

ولا يجب على من اشترى مؤجلاً ، أن يدفع الثمن قبل الاجل وإن طُولِبَ : ولو دفعه تبرعاً ، لم يجب على البائع اخذه : فان حلّ ، فمكّنه منه ، وجب على البائع أخذه : فان امتنع من اخذه ، ثم هلك من غير تفريط ولا تصرف من المشتري ، كان من مال البائع ، على الأظهر : وكذا في طرف البائع اذا باع سِلْماً . وكذا كل من كان له حق حال أو مؤجل فَحَلَّ ، ثم دفعه وامتنع صاحبه من اخذه ، فانّ تلفه من صاحبه الذي يجب عليه قبضه على الوجه المذكور :

ويجوز بيع المتاع حالا ومؤجلا ، بزيادة عن ثمنه ، اذا كان المشتري عارفاً بقيمته : ولا يجوز تأخير ثمن المبيع ، ولا شيء من الحقوق المالية بزيادة فيها . ويجوز تعجيلها بنقصان منها . ومن ابتاع شيئاً بثمن مؤجل ، واراد بيعه مرابحة ، فليذكر الاجل . فان باع ولم يذكره ، كان المشتري بالخيار بين رده ، وامساكه بما وقـع عليه العقد : والمروي : انه يكون للمشتري من الاجل ، مثل ما كان للبائع :

النظر الثاني : فيما يدخل في المبيع

والضابط : الاقتصار على ما يتناوله اللفظ ، لغةً أو عُرفاً . فمن باع بستاناً دخل الشجر والابنية فيه :

وكذا من باع داراً ، دخل فيها الأرض والابنية ، والأعلى والاسفل، الا أن يكون الاعلى مستقلا ، بما تشهد العادة بخروجه ، مثل ان يكون مساكن منفردة : ويدخل الابواب والاغلاق المنصوبة ، في بيع الدار وان لم يسمِّها : وكذا الاخشاب المستدخلة في البناء والاوتاد المُثبَّتة فيه ، والسُلَّم المثبت في الابنية على حذو الدرج ، وفي دخول المفاتيح تردد ، ودخولها اشبه . ولا تدخل الرحى المنصوبة الا مع الشرط :

ولو كان في الدار نخل أو شجر ، لم يدخل في المبيع : فان قال بحقوقها ، قيل : يدخل ، ولا أرى هذا شيئاً (١) . بل لو قال : وما دار عليها حائطها أو ما شاكله ، لَزِمَ دخوله . ولو استثنى نخلة فله الممر اليها ، والمخرج منها ، ومدى جرايدها من الارض .

ولو باع أرضاً وفيها نخل أو شجر ، كان الحكم كذلك : وكذا لو كان فيها زرع ، سواء كانت له اصول تُستَخلف أو لم يكن ، لكن تجب تبقيته في الارض حتى يحصد :

ولو باع نخلا قد أبَّر ثمرها فهو للبائع ، لان اسم النخلة لا يتناوله ، ولقوله عليه السلام : « من باع نخلا مؤبّراً ، فثمرته للبائع الا أن يشترطه المشتري » : ويجب على المشتري تبقيته نظراً الى العرف : وكذا لو اشترى ثمرة كان للمشتري تبقيتها على الاصول ، نظراً الى العادة : وإن باع النخل، ولم يكن مؤبراً ، فهو للمشتري على ما أفتى به الاصحاب :

---

(١) التوضيح ٢ / ٢٧٣ : لانه ليس من حقوقها .

ولو انتقل النخل بغير البيع ، فالثمرة للناقل ، سواء كانت مؤبرة أو لم تكن ، وسواء انتقلت بعقد معاوضة كالإجارة والنكاح ، أو بغير عوض كالهبة وشبهها .

والأبار يحصل ولو تشققت من نفسها فأبَّرتها اللواقح ، وهو معتبر في الاناث : ولا يعتبر في فحول النخل ، ولا في غير النخل من انواع الشجر ، اقتصاراً على موضع الوفاق ، فلو باع شجراً فالثمرة للبائع على كل حال :

وفي جميع ذلك ، له تبقية الثمرة حتى تبلغ أوانَ أخذها ، وليس للمشتري ازالتها اذا كانت قد ظهرت (١) ، سواء كانت ثمرتها في كمام كالقطن والجوز ، أو لم تكن ، الا أن يشترطها المشتري : وكذا ان كان المقصود من الشجر وَرْدُه ، فهو للبائع تَفَتَّح أو لم يتفتح :

فروع

الاول : اذا باع المؤبَّر وغيره ، كان المؤبر للبائع والآخر للمشتري : وكذا لو باع المؤبر لواحد ، وغير المؤبر لآخر :

الثاني : تبقية الثمرة على الاصول ، يرجع فيها الى العادة في تلك الثمرة ، فما كان يخترف بسراً يقتصر على بلوغه ، وما كان لا يخترف في العادة الا رطباً فكذلك :

الثالث : يجوز سقي الثمرة والاصول ، فان امتنع احدهما أُجبر الممتنع :

---

(١) المسالك ٢ / ١٧ : اطلاق الحكم يشمل ما لو كان المؤبر بعض البستان ، كشجرات معينة ، وغير المؤبر الباقي ، وما لو كان التبعيض فى الشجرة الواحدة ، بان يؤبر بعض النخل ، ويترك الباقي ، فيكون المؤبر فيهما للبايع والاخرى للمشتري ، عملا بظاهر النص .

فان كان السقي يضر أحدهما ، رجحنا مصلحة المبتاع(١) ، لكن لا يزيد عن قدر الحاجة . فان اختلفا ، رُجِعَ فيه الى أهل الخبرة .

الرابع : الأحجار المخلوقة في الارض والمعادن ، تدخل في بيع الأرض ، لأنها من أجزائها ، وفيه تردد .

النظر الثالث : في التسليم

إطلاق العقد يقتضي تسليم المبيع والثمن ، فان امتنعا أُجبرا ، وان امتنع أحدهما اُجبِر الممتنع ، وقيل : يُجبر البائع أولاً ، والأول أشبه . سواء كان الثمن عيناً أو ديناً . ولو اشترط البائع تأخير التسليم الى مدة معينة جاز ، كما لو اشترط المشتري تأخير الثمن . وكذا لو اشترط البائع سكنى الدار ، أو ركوب الدابة مدة معينة ، كان أيضاً جائزاً .

والقبض : هو التخلية (٢) ، سواء كان المبيع مما لا ينقل كالعقار ، أو مما ينقل ويحوّل كالثوب والجوهر والدابة . وقيل : فيما ينقل ، القبض باليد ، أو الكيل فيما يكال ، او الانتقال به في الحيوان ، والاول أشبه . واذا تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري ، كان من مال البائع . وكذا ان نقصت قيمته بحَدَثٍ فيه ، كان للمشتري رده ، وفي الارش تردد .

---

(١) المسالك ٢ / ١٧ : لان البايع هو الذي ادخل الضرر على نفسه ، ببيع الاصل وتسليط المشتري عليه .

(٢) الروضة ٣ / ٥٢٤ : المراد بها رفع المانع للمشتري من القبض ، بالاذن فيه ، ورفع يده ويد غيره عنه إن كان .

ويتعلق

بهذا الباب

مسائل :

الأولى : اذا حصل للمبيع نماء ، كالنتاج أو ثمرة النخل أو اللُقْطة(١)، كان ذلك للمشتري . فان تلف الاصل ، سقط الثمن عن المشتري ، وله النماء . ولو تلف النماء من غير تفريط ، لم يلزم البائع دركه (٢) .

الثانية : اذا اختلط المبيع بغيره ، في يد البائع ، اختلاطاً لا يتميز ، فان دفع الجميع الى المشتري جاز . وان امتنع البائع ، قيل : ينفسخ البيع ، لتعذر التسليم . وعندي ان المشتري بالخيار ، ان شاء فسخ ، وان شاء كان شريكاً للبائع ، كما اذا اختلط بعد القبض .

الثالثة : لو باع جملة فتلف بعضها ، فان كان للتالف قسط من الثمن ، كان للمشتري فسخ العقد ، وله الرضا بحصة الموجود من الثمن ، كبيع عبدين ، أو نخلة فيها ثمرة لم تؤبّر . وان لم يكن له قسط من الثمن، كان للمشتري الرد ، أو اخذه بجملة الثمن ، كما اذا قطعت يد العبد (٣).

الرابعة : يجب تسليم المبيع مفرغاً ، فلو كان فيه متاع وجب نقله ، او زرع قد أحصد وجب ازالته . ولو كان للزرع عروق تضر ، كالقطن

---

(١) التوضيح ٢ / ٢٧٥ : من الخضر .

(٢) ن : لان الدليل قضى بضمان العين ، فلا يقاس عليها النماء .

(٣) ن ٢ / ٢٧٦ : لانه اولى من نقصان الصفة ، وقد سبق ان فيه الارش ، وتردد المصنف هناك ، مع جزمه بالعدم هنا كما ترى .

والذرة ، أو كان في الارض حجارة مدفونة او غير ذلك ، وجب على البائع ازالته وتسوية الارض . وكذا لو كان له فيها دابة او شيء لا يخرج الا بتغير شيء من الابنية ، وجب اخراجه واصلاح ما يستهدم .

الخامسة : لو باع شيئاً ، فغُصِبَ من يد البائع ، فان امكن استعادته في الزمان اليسير ، لم يكن للمشتري الفسخ ، والا . . . كان له ذلك . ولا يُلْزم البائع اجرة المدة ، على الاظهر . فأما لو منعه البائع عن التسليم ، ثم سُلِّم بعد مدة ، كان له الاجرة (١) .

ويلحق بهذا

بيع ما لم يقبض

وفيه مسائل :

الاولى : من ابتاع متاعاً ولم يقبضه ثم اراد بيعه ، كُرِهَ ذلك إن كان مما يُكال أو يوزن ، وقيل : اذا كان طعاماً لم يجز ، والاول أشبه . وفي رواية يختص التحريم بمن يبيعه بربح ، فأما التولية فلا . ولو ملك ما يريد بيعه بغير بيع ، كالميراث والصداق للمرأة والخلع ، جاز وان لم يقبضه .

الثانية : لو كان له على غيره طعام من سَلَم ، وعليه مثل ذلك ، فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر ، فعلى ما قلناه يكره (٢) ، وعلى ما قالوه يحرم ، لانه قبضه عوضاً عما له قبل أن يقبضه صاحبه .

---

(١) التوضيح ٢ / ٢٧٦ : لانه فوت عليه ، الا ان يكون المنع سايغاً ، كأن يكون لاستيفاء الثمن .

(٢) ش ٢ / ١٠٤ / هـ : اي يكره بيعه قبل قبضه (ع ل) .

وكذا لو دفع اليه مالاً ، وقال : اشتر به طعاماً . فان قال : اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ، صح الشراء دون القبض ، لأنه لا يجوز ان يتولى طرفي القبض ، وفيه تردد . ولو قال : اشتر لنفسك ، لم يصح الشراء ولا يتعين له بالقبض .

الثالثة : لو كان المالان قرضاً ، أو المال المحال به قرضاً ، صح ذلك قطعاً .

الرابعة : اذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه ، فان لم يحضر كيله ولا وزنه ، فالقول قوله فيما وصل اليه مع يمينه ، اذا لم يكن للبائع بيّنة . وان كان حضر ، فالقول قول البائع مع يمينه ، والبيّنة على المشتري .

الخامسة : اذا أسلفه في طعام بالعراق ، ثم طالبه بالمدينة ، لم يجب عليه دفعه . ولو طالبه بقيمته ، قيل : لم يجز ، لانه بيع الطعام على من هو عليه قبل قبضه . وعلى ما قلناه يكره . وان كان قرضاً ، جاز أخذ العوض بسعر العراق . وان كان غصباً ، لم يجب دفع المثل ، وجاز دفع القيمة بسعر العراق ، والاشبه جواز مطالبة الغاصب بالمثل حيث كان ، وبالقيمة الحاضرة عند الإعواز .

السادسة : لو اشترى عيناً بعين ، وقبض أحدهما ثم باع ما قبضه ، وتلف العين الاخرى في يد بائعها ، بطل البيع الاول ، ولا سبيل الى اعادة ما بيع ثانياً ، بل يلزم البائع قيمته لصاحبه .

النظر الرابع : في اختلاف المتبايعين

اذا عين المتبايعان نقداً وجب ، وان اطلقا انصرف الى نقد البلد ، إن كان فيه نقد غالب ، والا كان البيع باطلا . وكذا الوزن . . .

فان اختلفا :

فها هنا مسائل :

الأولى : اذا اختلفا في قدر الثمن ، فالقول قول البائع مع يمينه ، ان كان المبيع باقياً موجوداً ، وقول المشتري مع يمينه إن كان تالفاً .

الثانية : اذا اختلفا في تأخير الثمن وتعجيله ، أو في قدر الاجل ، أو في اشتراط رهن من البائع على الدرك ، او ضمين عنه ، فالقول قول البائع مع يمينه .

الثالثة : اذا اختلفا في المبيع ، فقال البائع : بعتك ثوباً ، فقال : بل ثوبين ، فالقول قول البائع أيضاً . فلو قال : بعتك هذا الثوب ، فقال: بل هذا الثوب ، فهاهنا دعويان ، فيتحالفان وتبطل دعواهما . ولو اختلف ورثة البائع وورثة المشتري ، كان القول : قول ورثة البائع في المبيع ، وورثة المشتري في الثمن .

الرابعة : اذا قال : بعتك بعبد ، فقال : بل بِحُرٍّ . أو بِخَلٍّ ، فقال : بل بِخمر . . أو قال : فَسَخت قبل التفرق ، وانكره الآخر: فالقول : قول من يدّعي صحة العقد مع يمينه ، وعلى الآخر البيّنة .

النظر الخامس : في الشروط

وضابطه : ما لم يكن مؤدياً الى جهالة المبيع ، أو الثمن . . ولا مخالفاً للكتاب ، والسنة .

ويجوز : ان يشترط ما هو سائغ ، داخل تحت قدرته ، كقصارة الثوب وخياطته .

ولا يجوز : اشتراط ما لا يدخل في مقدوره ، كبيع الزرع على ان يجعله سنبلاً ، او الرطب على ان يجعله تمراً . ولا بأس باشتراط تبقيته .

ويجوز : ابتياع المملوك ، بشرط ان يعتقه أو يدبّره أو يكاتبه : ولو شرط ان لا خسارة (١) ، أو شرط ألا يعتقها ، أو لا يطأها ، قيل : يصح البيع ويبطل الشرط : ولو شرط في البيع ، ان يضمن انسانٌ بعضَ الثمن أو كلّه (٢) ، صحّ البيع والشرط :

تفريع

اذا اشترط العتق في بيع المملوك ، فان اعتقه ، فقد لزم البيـــع : وإن امتنع ، كان للبائع خيار الفسخ . وان مات العبد قبل عتقه ، كان البائـــع بالخيار أيضاً :

النظر السادس : في لواحق من احكام العقود

الصُّبرة لا يصح بيعها ، الا مع المعرفة بكيلها أو وزنها .

فلو باعها ، أو جزءاً منها مشاعاً ، مع الجهالة بقدرها ، لم يجز :

وكذا لو قال : بعتك كلّ قفيز منها بدرهم ، أو بعتكها كل قفيز بدرهم:

ولو قال : بعتك قفيزاً منها ، أو قفيزين مثلاً ، صحّ :

وبيع ما يكفي فيه المشاهدة جائز ، كأن يقول : بعتك هذه الارض، أو هذه الساحة ، أو جزءاً منها مشاعاً :

ولو قال : بعتكها كل ذراع بدرهم لم يصح ، الا مع العلم بذُرعانها .

ولو قال : بعتك عشرة اذرع منها ، وعيّن الموضع ، جاز : ولو أبهمه (٣) لم يجز ، لجهالة المبيع ، وحصول التفاوت في اجزائها ، بخلاف الصبرة :

---

(١) التوضيح ٢ / ٢٧٩ : على المشتري ، بل كل ما يخسر على البايع .

(٢) المسالك ٢ / ٢٢ : ويشترط تعيين الضامن بالمشاهدة او الوصف ، كرجل موسر ثقة.

(٣) مرجع الضمير : الموضع .

ولو باعه أرضاً، على أنها جريبان معينة ، فكانت أقلّ ، فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع وبين اخذها بحصتها من الثمن ، وقيل : بل بكل الثمن ، والأول أشبه : ولو زادت كان الخيار للبائع بين الفسخ والاجـازة بكل الثمن ، وكذا كل مالا يتساوى اجزاؤه :

ولو نقص ما يتساوى اجزاؤه ، ثبت الخيار للمشتري بين الرد ، وأخذه بحصته من الثمن :

ولو جمع بين شيئين مختلفين ، في عقد واحد ، بثمن واحد ، كبيع وسلف ، او اجارة وبيع ، او نكاح واجارة ، صحّ : ويُقَسَّط العوض على : قيمة المبيع ، وأجرة المثل ، ومهر المثل :

وكذا يجوز بيع السمن بظروفه : ولو قال : بعتك هـذا السمن بظروفه ، كل رطل بدرهم ، كان جائزاً :

الفصل الخامس

في : احكام العيوب

من اشترى مطلقاً ، أو بشرط الصحة ،اقتضى سلامة المبيع من العيوب: فان ظهر فيه عيب ، سابق على العقد ، فالمشتري خاصة ، بالخيار بين فسخ العقد أو أخذ الارش .

ويسقط الرد : بالتبرّي من العيوب (١) ، وبالعلم بالعيب قبل العقد(٢)،

---

(١) المسالك ٢ / ٢٤: لا فرق في ذلك بين علم البائع والمشتري بالعيوب ، وجهلهما، والتفريق . . .

(٢) ن : اي علم المشتري به قبله ، فان قدومه عليه حينئذ ، رضاء بالعيب .

وباسقاطه بعد العقد (١) : وكذا الإرش (٢) ؛

ويسقط الرد : باحداثه فيه حدثاً ، كالعتق وقطع الثوب ، سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده . . وبحدوث عيب بعد القبض ، ويثبت الارش :

ولو كان العيب الحادث ، قبل القبض ، لم يمنع الرد .

واذا اراد بيع المعيب ، فالاولى إعلام المشتري بالعيب ، أو التبرّي من العيوب مفصلة . ولو اجمل ، جاز .

واذا ابتاع شيئين صفقة ، وعلم بعيب في أحدهما ، لم يجز رد المعيب منفرداً ، وله ردهما او اخذ الارش . وكذا لو اشترى اثنان شيئاً ، كان لهما رده ، او امساكه مع الارش، وليس لأحدهما رد نصيبه دون صاحبه :

واذا وَطِئَ الامة ثم علم بعيبها ، لم يكن له ردّهـا : فان كان العيب حبلاً ، جاز له ردها (٣) ، ويرد معها نصف عُشر قيمتها لمكان الوطء : ولا يُرَدُّ مع الوطء ، لغير عيب الحبل .

القَوْل

في : أقسام العيوب

والضابط : ان كلّ ما كان في أصل الخلقة ، فزاد أو نقص ، فهو عيب ؛

---

(١) المسالك ٢ / ٢٤ : اي اسقاط المشتري خيار العيب .

(٢) فانه يسقط فى المواضع الثلاثة .

(٣) التوضيح ٢ / ٢٨٢ : لصريح الاخبار الكثيرة ، الدالة على ان بيع الحامل مع جهل المشتري بحملها ، باطل مطلقاً . ولعله ،اما لانها ام ولد كما سبق ،أو لأنها غير مستبرئة قبل البيع ، كما سيأتي .

فالزيادة : كالإصبع الزائدة . والنقصان : كفوات عضو . ونقصان الصفات : كخروج المزاج عن مجراه الطبيعي ، مستمراً كان كالمِمْراض ، أو عارضاً ولو كحُمّى يوم .

وكل ما يشترطه المشتري على البائع مما يسوغ ، فأخلّ به ، يثبت به الخيار ، وان لم يكن فواته عيباً ، كاشتراط الجعودة في الشعر ، والتأشير في الاسنان ، والزجج في الحواجب .

وها هنا مسائل :

الأولى : التصرية (١) ، تدليس يثبت به الخيار بين الرد والإمساك : ويُرَد معها مثل لبنها أو قيمته مع التعذر ، وقيل : يرد ثلاثة أمداد من طعام : وتختبر بثلاثة أيام . وتثبت التصرية في الشاة قطعاً ، وفي الناقة والبقرة على تردد : ولو صرّى أمةً ، لم يثبت الخيار ، مع إطلاق العقد ، وكذا لو صرّى البائع أتاناً . ولو زالت تصرية الشاة ، وصار ذلك عادة قبل انقضاء ثلاثة أيام ، سقط الخيار . ولو زال بعد ذلك ، لم يسقط .

الثانية : الثيبوبة ليست عيباً : نعم ، لو شرط البكارة فكانت ثيّباً ، كان له الرّد ، ان ثبت انها كانت ثيّباً : وإن جهل ذلك ، لم يكن له الرد ، لان ذلك قد يذهب بالحُظْوة :

الثالثة : الإباق الحادث عند المشتري ، لا يُرَدُّ به العبد : أما لو أبِقَ عند البائع ، كان للمشتري ردّه .

الرابعة : اذا اشترى أمة لا تحيض في ستة أشهر ، ومثلها تحيض ، كان ذلك عيباً ، لانه لا يكون الا لعارض غير طبيعي :

---

(١) الروضة ٢ / ٥٠١ : وهو جمع لبن الشاة وما في حكمها في ضرعها ، بتركها بغير حلب ، ولا رضاع ، فيظن الجاهل بحالها كثرة ما تحلبه ، فيرغب في شرائها بزيادة.

الخامسة : من اشترى زيتاً أو بزراً (١) ، فوجد فيه ثُفلاً (٢) ، فان كان مما جرت العادة بمثله ، لم يكن له رد ولا ارش ، وكذا ان كان كثيراً وعُلِمَ به :

السادسة : تحمير الوجه ووصل الشعر وما شابهه ، تدليس يثبت به الخيار دون الارش ، وقيل : لا يثبت به الخيار ، والأول أشبه .

القَوْل

في : لواحق هذا الفصل

وفيه مسائل :

الأولى : اذا قال البائع : بعت بالبراءة وانكر المبْتَاع ، فالقول قوله مع يمينه ، اذا لم يكن للبائع بيِّنة :

الثانية : اذا قال المشتري : هذا العيب كان عند البائع ، فلي رده ، وانكر البائع ، فالقول قوله مع يمينه ، اذا لم يكن للمشتري بينة ولا شاهد حال يشهد له :

الثالثة : يقوَّم المبيع صحيحاً ومعيباً ، وينظر في نسبة النقيصة من القيمة ، فيؤخذ من الثمن بنسبتها ، فان اختلف اهل الخبرة في التقويم عُمِل على الاوسط :

---

(١) المسالك ٢/ ٢٦ : زيت الكتان ، واصله محذوف المضاف ، اي دهن البزر.

(٢) الروضة ٢ /٤٩٩ : هو ما استقر تحت المائع من كدرة في الزيت وشبهه .

الرابعة : اذا علم بالعيب ولم يرد ، لم يبطل خياره ولو تطاول (١) ، الا ان يصرّح باسقاطه ، وله فسخ العقد بالعيب ، سواء كان غريمه حاضراً أو غائباً :

الخامسة : اذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض ، كان للمشتري رده ، وفي الارش تردد . ولو قبض بعضه ، ثم حدث في الباقي حدث ، كان الحكم كذلك فيما لم يقبض : وما يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار ، لا يمنع الرد في الثلاثة :

السادسة : روى ابو همام عن الرضا عليه الصلاة والسلام ، قال : « يرد المملوك من احداث السنة : من الجنون ، والجذام ، والبرص » (٢) ، وفي رواية علي بن أسباط (٣) ، عنه عليه السلام « احداث السنة : الجنون ، والجذام ، والبرص ، والقرن » (٤) ، يُرَدُّ الى تمام السنة من يوم اشتراه : وفي معناه رواية محمد بن علي ، عنه عليه السلام ايضاً (٥) :

---

(١) ش ٢ / ١٠٧ / ه : وذلك لان خيار العيب ليس بفوري .

(٢) المسالك ٢ / ٢٧ : المراد ان هذه الامراض ، اذا حدثت ما بين المبيع وتمام السنة ، يرد بها المملوك ، وان لم يكن الرد فى السنة ، لان خيار العيب ليس على الفور.

(٣) هكذا في الخطية المعتمدة ، وفي (ه ٢ / ١٠٧) : ساباط .

(٤) ش ٢ / ١٠٧ / ه : قيل هو العقل ؛ وقيل عظم ينبت فى الرحم يمنع الوطي ؛ والاول اشبه .

(٥) التوضيح ٢ / ٢٨٥ : والعمل بها متعين ، لقوتها وكثرتها ؛ وانجبارها بالعمل والاعتبار ؛ فان هذه العيوب اذا ظهرت في السنة من حين العقد ؛ يكشف عن سبقها غالباً على العقد ، خصوصاً القرن فانه سابق قطعاً .

فرع

هذا الحكم يثبت ، مع عدم الإحداث ، فلو أحدث ما يغير عينه ، أو صفته ، ثبت الارش ، وسقط الرد.

الفصل السادس

في : المرابحة والمواضعة والتولية

القول

في : المرابحة

والكلام في : العبارة ، والحكم .

أما العبارة :

فأن يُخبِرَ برأس ماله ، فيقول : بعتك - وما جرى مجراه - بربح كذا .

ولابد أن يكون : رأس ماله معلوماً . وقدر الربح معلوماً :

ولابد من ذكر الصرف والوزن ، إن اختلفا .

واذا كان البائع لم يحدث فيه حدثاً ، ولا غيره ، فالعبارة عن الثمن أن يقول : اشتريت بكذا ، أو رأس ماله كذا ، أو تقوَّم عليَّ ، أو هو علي : وان كان عمل فيه ما يقتضي الزيادة ، قال : رأس ماله كـذا ،

وعملت فيه بكذا . وان كان عمل فيه غيره بأجرة ، صحّ ان يقول : تقوّم علي ، أو هو عليّ :

ولو اشترى بثمن ورجع بارش عيبه ، أسقط قدر الارش ، وأخبر بالباقي بان يقول : رأس مالي فيه كذا :

ولو جنى العبد ففداه السيد ، لم يجز أن يضمّ الفدية الى ثمنه : ولو جُنِيَ عليه ، فأخذ ارش الجناية ، لم يضعها من الثمن (١) : وكذا لو حصل منه فائدة ، كنتاج الدابة وثمرة الشجرة .

ويكره : نسبة الربح الى المال :

وأما الحكم :

ففيه مسائل :

الأولى : من باع غيره متاعاً ، جاز أن يشتريه منه ، بزيادة ونقيصة ، حالاً ومؤجلاً بعد قبضه : ويكره قبل قبضه اذا كان مما يكال أو يوزن على الاظهر : ولو كان شرط في حال البيع أن يبيعه لم يجز : وان كان ذلك من قصدهما ولم يشترطاه لفظاً ، كُرِهَ : إذا عرفت هذا ، فلو باعَ غلامَه سلعةً ، ثم اشتراه منه بزيادة ، جاز أن يخبر بالثمن الثاني (٢) ، ان لم يكن شرط اعادته . ولو شرط لم يجز ، لأنه خيانة :

الثانية : لو باع مرابحةً ، فبان رأس ماله أقل ، كان المشتري بالخيار

---

(١) المسالك ٢ | ٢٧ : نعم ؛ لو نقص بالجناية ؛ وجب عليه الاخبار بالنقص .

(٢) ش ١ | ١٠٨ | هـ : اذا لم يكن الغرض من البيع ؛ الاخبار بالثمن الثاني؛ فاذا كان كذلك لم يجز ؛ لما فيه من الغش الممنوع منه ؛ ولا فرق بين الغلام والحر والولد في ذلك (ع ل) .

بين رده واخذه بالثمن ، وقيل : يأخذه باسقاط الزيادة . ولو قال : اشتريته باكثر (١) ، لم يُقبل منه ، ولو أقام بينة . ولا يتوجه على المبتاع يمين، الا ان يدعي عليه العلم (٢) .

الثالثة : اذا حطّ البائع بعض الثمن ، جاز للمشتري ان يُخبَرَ بالاصل . وقيل : ان كان قبل لزوم العقد ، صحت والحق بالثمن ، وأخبر بما بقي . وان كان بعد لزومه ، كان هبة مجددة ، وجاز له الإخبار بأصل الثمن .

الرابعة : من اشترى امتعة صفقة ، لم يجز بيع بعضها مرابحة ، تماثلت أو اختلفت ، سواء قوّمها أو بسط الثمن عليها بالسوية أو باع خيارها ، الا بعد ان يخبر بذلك . وكذا لو اشترى دابةً حاملاً فولدت ، وأراد بيعها منفردة عن الولد .

الخامسة : اذا قوّم على الدلال متاعاً ، وربح عليه أو لم يربح ، ولم يواجبه البيع ، لم يجز للدلال بيعه مرابحة ، الا بعد الاخبار بالصورة . ولا يجب على التاجر الوفاء ، بل الربح له (٣) ، وللدلال أجرة المثل ، سواء كان التاجر دعاه أو الدلال ابتدأه .

* القَوْل

في : التولية *

وأما التولية : فهو أن يعطيه المتاع ، برأس ماله من غير زيادة ، فيقول :

---

(١) التوضيح ٢ | ٢٨٦ : مما اخبرت به ؛ بعد ان باعه بما أخبر به .

(٢) أي يدعى البائع على المشتري العلم بالثمن .

(٣) التوضيح ٢ | ٢٨٧ : لانه ثمن ماله ؛ ولم يملكه للدلال بنوع من المملكات .

وليتك أو بعتك أو ما شاكله من الالفاظ الدالة على النقل :

* القَوْل .

في : المواضعة *

وأما المواضعة : فأنها مفاعلة من الوضع . فاذا قال : بعتك بمئة ووضيعة درهم من كل عشرة ، فالثمن تسعون . وكذا لو قال : مواضعة العشرة : ولو قال : من كل أحد عشر ، كان الثمن أحداً وتسعين الا جزءاً من أحد عشر جزءٍ من درهم .

الفصل السابع

في : الربا والقرض *

أولا * : في الربا

وهو يثبت في البيع مع وصفين : الجنسية * والكيل أو الوزن .

ثانياً * : وفي القرض

مع اشتراط النفع : : .

أما

الثاني : فسيأتي

وأما الأول : فيقف بيانه على أمور

الأول : في بيان الجنس

وضابطه : كل شيئين يتناولهما لفظ خاص ، كالحنطة بمثلها ، والارز بمثله ، فيجوز بيع المتجانس وزناً بوزن نقداً ، ولا يجوز مع زيادة ، ولا يجوز إسلاف احدهما في الآخر ، على الاظهر .

ولا يشترط التقابض قبل التفرق الا في الصَّرْف .

ولو اختلف الجنسان جاز التماثل والتفاضل نقداً ، وفي النسيئة تردد، والأحوط المنع .

والحنطة والشعير جنس واحد في الربا على الاظهر ، لتناول اسم الطعام لهما . وثمرة النخل جنس واحد وان اختلفت انواعه ، وكذا ثمرة الكَرْم .

وكل ما يُعمل من جنس واحد يحرم التفاضل فيه ، كالحنطة بدقيقها ، والشعير بسويقه ، والدبس المعمول من التمر بالتمر ، وكذا ما يُعمل من العنب بالعنب .

وما يعمل من جنسين ، يجوز بيعه بهما ، وبكل واحد منهما ، بشرط ان يكون في الثمن زيادة عن مجانسه .

واللحوم مختلفة بحسب اختلاف اسماء الحيوان : فلحم البقر والجواميس جنس واحد ، لدخولها تحت لفظ البقر . ، ولحم الضأن والمعز جنس واحد ، لدخولها تحت لفظ الغنم . والإبل عرابها وبخاتيها جنس واحد . والحمام جنس واحد .

ويقوى عندي ان كل ما يختص منه باسم ، فهو جنس على انفراده كالفخاتي والورشان ، وكذا السموك .

والوحشيّ من كل جنس مخالف لأهليّه .

والألبان تتبع اللحوم في التجانس والاختلاف . ولا يجوز التفاضل بين ما يستخرج من اللبن وبينه ، كزبد البقر مثلاً بحليبه ومخيضه واقطه .

والأدهان تتبع ما يستخرج منه : فدهن السمسم جنس ، وكذا ما يضاف اليه كدهن البنفسج والنيلوفر . . ودهن البزر جنس آخر .

والخلول تتبع ما تعمل منه ، فخل العنب مخالف لخل الدبس . ويجوز التفاضل بينهما نقداً ، وفي النسيئة تردد .

الثاني : اعتبار الكيل والوزن

فلا ربا الا في مكيل أو موزون . وبالمساواة فيهما يزول تحريم الربويّات .

فلو باع ما لا كيل فيه ولا وزن متفاضلاً ، جاز ولو كان معدوداً ، كالثوب بالثوبين وبالثياب ، والبيضة بالبيضتين والبيض نقداً ، وفي النسيئة تردد ، والمنع أحوط .

ولا ربا في الماء ، لعدم اشتراط الكيل والوزن في بيعه . ويثبت في الطين الموزون كالأرمني على الاشبه (١) . والاعتبار بعادة الشرع ، فما ثبت انه مكيل او موزون في عصر النبي صلى الله عليه وآله ، بُنِيَ عليه . وما جُهِلَ الحال فيه ، رجع الى عادة البلد . ولو اختلف البلدان فيه ، كان لكل بلد حكم نفسه ، وقيل : يُغلَّب جانب التقدير ويثبت التحريم عموماً .

والمراعى في المساواة وقت الابتياع . فلو باع لحماً نيـاً بِمُقَدَّد متساوياً ، جاز . وكذا لو باع بسراً برطب . وكذا لو باع حنطة مبلولة

(١) التوضيح ٢ | ٢٩٠ : لاعتياد الوزن له . وفي الاخبار انه طين قبر ذي القرنين .

بيابسة لتحقق المماثلة ، وقيل : بالمنع ، نظراً الى تحقق النقصان عند الجفاف، أو الى إنضياف اجزاء مائية مجهولة .

وفي بيع الرُّطب بالتمر تردد ، والاظهر اختصاصه بالمنع ، اعتماداً على أشهر الروايتين (١) .

فروع

الأول : اذا كانا في حكم الجنس الواحد ، وأحدهما مكيل والآخر موزون، كالحنطة والدقيق ، فبيع احدهما بالآخر وزناً جائز ، وفي الكيل تردد ، والاحوط تعديلهما بالوزن .

الثاني : بيع العنب بالزبيب جائز ، وقيل : لا ، طرداً لعلة الرُّطب بالتمر ، والأول أشبه . وكذا البحث في كل رَطْبٍ مع يابسه .

الثالث : يجوز بيع الأدِقَّة بعضها ببعض ، مِثلاً بِمثل ، وكذا الاخبـاز والخلول ، وإن جهل مقدار ما في كل واحد من الرطوبة اعتماداً على ما تناوله الاسم .

تتمة

فيها : مسائل ست

الاولى : لا ربا بين الوالد وولده ، ويجوز لكل منهما أخذ الفضل من صاحبه . ولا بين المولى ومملوكه . ولا بين الرجـل وزوجته . ولا بين المسلم وأهل الحرب . ويثبت بين المسلم والذمي ، على الاشهر .

---

(١) المسالك ٢ | ٢٩ : هذا هو مورد النص من منصوص العلة . لما سئل النبي(ص) عن بيع الرطب والتمر . فقال : أينقص اذا جف ؟ فقالوا : نعم . فقال : لا إذن...

الثانية : لا يجوز بيع لحمٍ بحيوان من جنسه ، كلحم الغنم بالشاة ؛ ويجوز بيعه بغير جنسه كلحم البقر بالشاة ؛ لكن بشرط ان يكون اللحم حاضراً ؛

الثالثة : يجوز بيع دجاجة فيها بيضة بدجاجة خالية ؛ . وبيع شاة في ضرعها لبن ، بشاة في ضرعها لبن أو خالية . ؛ أو بلبن ولو كان من لبن جنسها ؛

الرابعة : القسمة تمييز أحد الحقّين وليست بيعاً ، فتصح فيما فيه الربا، ولو أخذ احدهما الفضل ؛ ويجوز القسمة كيلاً وخرْصاً . ولو كانت الشركة في رُطَب وتمرٍ متساويين ، فأخذ أحدهما الرطب ، جاز ؛

الخامسة : يجوز بيع مكوك من الحنطة بمكوك ، وفي احدهما عُقَد التبنِ ودقائقه ؛ وكذا لو كان في احدهما زُوانٌ أو يسير من تراب ، لانه مما جرت العادة بكونه فيه ؛

السادسة : يجوز بيع درهم ودينار ، بدينارين ودرهمين ، ويصرف كل واحد منهما الى غير جنسه ؛ وكذا لو جعل بدل الدينار والدرهم شيءٌ من المتاع ؛ وكذا مدّ من تمر ودرهم ، بمدين أو أمداد ودرهمين أو دراهم .

وقد

يتخلص من الربا

بأن يبيع احد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غيرها ، ثم يشتري الاخرى بالثمن ، ويسقط اعتبار المساواة . . وكذا لو وهبه سلعته ثم وهبه الآخر ، أو أقرضه صاحبه ثم اقرضه هو ، وتبارءا . ؛ وكذا لو تبايعا ووهبه الزيادة . وكل ذلك من غير شرط .

الثالث : الصرف

وهو بيع الاثمان بالاثمان : ويشترط في صحة بيعها (١) - زائداً على الربويات - التقابض في المجلس : فلو افترقا قبل التقابض بطل الصَّرْف، على الأشهر ، ولو قبض البعض صحّ فيما قبض حسب : ولو فارقا المجلس مصطحبين لم يبطل ،

ولو وكّلَ أحدهما في القبض عنه ، فقبض الوكيل قبل تفرقهما ، صحّ : ولو قبض بعد التفرق، بطل :

ولو اشترى منه دراهم ثم ابتاع بها دنانير ، قبل قبض الدراهم ، لم يصح الثاني : ولو افترقا بطل العقدان .

ولو كان له عليه دراهم ، فاشترى بها دنانير ، صحّ وان لم يتقابضا. وكذا لو كان له دنانير فاشترى بها دراهم ، لان النقدين من واحد .

ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد ولو تقابضا ، ويجوز في الجنسين.

ويستوي في وجوب التماثل : المصوغ والمكسور وجيّد الجوهر ورديئه.

وإذا كان في الفضة غش مجهول ، لم تبع الا بالذهب أو بجنس غير الفضة. وكذا الذهب : ولو عُلِمَ ، جاز بيعه بمثل جنسه ، مع زيادة تقابل الغش : ولا يباع تراب معدن الفضة بالفضة احتياطاً ، ويباع بالذهب : وكذا تراب معدن الذهب : ولو جُمِعَا في صفقة واحدة ، جاز بيعها بالذهب والفضة معاً : ويجوز بيع جوهر الرصاص والصفر ، بالذهب والفضة معاً ، وإن كان فيه يسير فضة أو ذهب ، لان الغالب غيرهما (٢).

---

(١) التوضيح ٢ | ٢٩٢ : ببعضها مختلفة الجنس او متفقة .

(٢) ن ٢ | ٢٩٣ : أي لان الغالب اسم غير الفضة أو الذهب ، بحيث لا تذكر ، ويعسر استخراجها ، بحيث تعد مضمحلة .

ويجوز اخراج الدراهم المغشوشة مع جهالة الغش ، إذا كانت معلومة الصرف بين الناس (١) ، وان كانت مجهولة الصرف ، لم يجز إنفاقها الا بعد إبانة حالها .

مسائل عشر :

الاولى : الدراهم والدنانير يتعينان ، فلو اشترى شيئاً بدراهم أو دنانير ، لم يجز دفع غيرهما ولو تساوت الاوصاف .

الثانية : اذا اشترى دراهم بمثلها معينة ، فوجد ما صار اليه ، من غير جنس الدراهم ، كان البيع باطلاً . وكذا لو باعه ثوباً كتاناً فبان صوفاً . ولو كان البعض من غير الجنس ، بطل فيه حسب ، وله ردّ الكل لتبعّض الصفقة ، وله أخذ الجيد بحصته من الثمن ، وليس له بدله لعدم تناول العقد له . ولو كان الجنس واحداً ، وبه عيب كخشونة الجوهر او اضطراب السكّة ، كان له رد الجميع او إمساكه ، وليس له رد المعيب وحده ولا إبداله ، لان العقد لم يتناوله .

الثالثة : اذا اشترى دراهم في الذمّة بمثلها ، ووجد ما صار اليه غير فضة قبل التفرق ، كان له المطالبة بالبدل . وان كان بعد التفرق بطل الصرف . فلو كان البعض ، بطل فيه وصح في الباقي . وان لم يخرج بالعيب من الجنسية ، كان مخيّراً بين الرد والإمساك بالثمن من غير ارش ، وله المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعاً ، وفيما بعد التفرق تردد .

الرابعة : اذا اشترى ديناراً بدينار ودفعه ، فزاد زيادة لا تكون الا

---

(١) المسالك ٢ / ٣١ : المراد بكونها معلومة الصرف ، كونها متداولة بين الناس ، مع علمهم بحالها .

غلطاً أو تعمداً (١) ، كانت الزيادة في يد البائع أمانة ، وكانت للمشتري في الدينار مشاعة :

الخامسة : روي جواز ابتياع درهم بدرهم ، مع اشتراط صياغة خاتم، وهل يُعَدّى الحكم ؟ الاشبه لا :

السادسة : الأواني المصوغة من الذهب والفضة ، إن كان كل واحد منهما معلوماً ، جاز بيعه بجنسه من غير زيادة ، وبغير الجنس وإن زاد . وان لم يُعْلم وأمكن تخليصهما ، لم تبع بالذهب ولا بالفضة ، وبيعت بهما أو بغيرهما : وان لم يمكن تخليصهما ، وكان أحدهما أغلب ، بيعت بالاقل: وان تساويا تغليباً ، بيعت بهما (٢) :

السابعة : المراكب المحلاّة ، ان علم ما فيها ، بيعت بجنس الحلية ، بشرط ان يزيد الثمن عما فيها ، أو توهب الزيادة من غير شرط ، وبغير جنسها مطلقاً : وان جُهِلَ ، ولم يمكن نزعها الا مع الضرر ، بيعت بغير جنس حليتها : وان بيعت بجنس الحلية ، قيل : يُجْعل معها شيءٌ من المتاع ، وتباع بزيادة عما فيها تقريباً ، دفعاً لضرر النزاع :

الثامنة : لو باع ثوباً بعشرين درهماً ، من صرف العشرين بالدينار، لم يصح لجهالته (٣) .

التاسعة : لو باع مئة درهم بدينار الا درهماً ، لم يصح لجهالته(٤).

---

(١) التوضيح ٢ / ٢٩٤ : أي فزاد زيادة لا يتسامح بها ، بل لا تكون الا غلطاً أو تعمداً ، بطل البيع ، للربا (بتصرف) .

(٢) المسالك ٢ / ٣٢ : ولا فرق فى ذلك ايضاً ، بين امكان التخليص وعدمه ، ولا بين العلم بقدر كل واحد منهما وعدمه ، بل المعتبر العلم بالجملة .

(٣) ن : لان السعر مختلف ، ولا يختص ذلك بنقد البلد .

(٤) التوضيح ٢ / ٢٩٧ : حيث لا يعلم مقدار الدرهم من الدينار ، لاختلاف الدراهم .

وكذا لو كان ذلك ثمناً لِمَا لا ربا فيه(١) : ولو قُدِّرَ قيمة الدرهم من الدينار ، جاز لارتفاع الجهالة :

العاشرة : لو باع خمسة دراهم بنصف دينار ، قيل : كان له شق دينار ، ولا يلزم المشتري صحيح ، الا ان يريد بذلك نصف المثقال عرفاً. وكذا الحكم في غير الصّرف : وتراب الصياغة (٢) ، يباع بالذهب والفضة معاً ، أو بِعِوَضٍ غيرهما ، ثم يتصدق به لان أربابه لا يتميزون (٣) :

الفصل الثامن

في : بيع الثمار

والنظر في : ثمرة النخل ، والفواكه ، والخضر ، واللواحق

أما النخل :

فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاماً (٤) . وفي جواز بيعها كذلك

---

(١) المسالك ٢ / ٣٢ : بان باعه ثوباً بدينار غير درهم ، فان الحكم واحد فى الصحة مع علم النسبة ، والبطلان لا معه .

(٢) التوضيح ٢ / ٢٩٧ : الذي يجتمع فيه الذهب والفضة غالباً .

(٣) ن : لان الصايغ يعمل بماله وبمال غيره ؛ فيحتمل ان يكون كل ما في التراب ماله ، كما يحتمل انه كله من مال غيره ؛ كما يحتمل انه من مال بعض المعاملين دون بعض .

(٤) المسالك ٢ / ٣٣ : المراد بالعام هنا ؛ ثمرة العام ؛ وان وجدت في شهر واحد أو أقل .

عامين فصاعداً تردد ، والمروي الجواز : ويجوز بعد ظهورها ، وبدوّ صلاحها، عاماً وعامين ، بشرط القطع ، وبغيره منفردة ومنضمّة : ولا يجوز بيعها قبل بدوّ صلاحها عاماً ، الا ان ينضم اليها ما يجوز بيعه ، أو بشرط القطع أو عامين فصاعداً : ولو بيعت عاماً من دون الشروط الثلاثة ، قيل : لا يصح ، وقيل : يكره ، وقيل : يراعى حال السلامة ، والاول اشهر : ولو بيعت مع اصولها جاز مطلقاً :

وبدوّ الصلاح : أن تصفرّ ، او تحمر ، او تبلغ مبلغاً يُؤمن عليها العاهة : واذا أدرك بعض ثمرة البستان ، جاز بيع ثمرته اجمع ، ولو ادركت ثمرة بستانٍ ، لم يجز بيع ثمرة البستان الآخر ، ولو ضم اليه ، وفيه تردد :

وأما الاشجار :

فلا يجوز بيعها حتى يبدأ صلاحها . وحدّه ان ينعقد الحب ، ولا يشترط زيادة عن ذلك ، على الاشبه : وهل يجوز بيعها سنتين فصاعداً قبل ظهورها ؟ قيل : نعم ، والاولى المنع لتحقق الجهالة : وكذا لو ضم اليها شيئاً قبل انعقادها : واذا انعقد ، جاز بيعه مع اصوله ومنفرداً ، سواء كان بارزاً كالتفاح والمشمش والعنب ، أو في قشر يحتاج اليه لادّخاره كالجوز في القشر الاسفل ، وكذا اللوز ، أو في قشر لا يحتاج اليه كالقشر الاعلى للجوز والباقلى الاخضر والهرطُمان والعدس ، وكذا السنبل ، سواء كان بارزاً كالشعير او مستتراً كالحنطة ، منفرداً أو مع اصوله ، قائماً وحصيداً :

وأما الخضر :

فلا يجوز بيعها قبل ظهورها : ويجوز بعد انعقادها لقطة واحدة ولقطات .

وكذا ما يقطع فيستخلف كالرَّطْبة (١) . والبقول جَزَّة وجَزَّات . وكذا ما يُخرط كالحناء والتوت : ويجوز بيعها منفردة ومع اصولها . ولو باع الاصول بعد انعقاد الثمرة ، لم يدخل في البيع الا بالشرط ، ووجب على المشتري ابقاؤها الى أوان بلوغها : وما يحدث بعد الابتياع للمشتري :

وأما اللواحق :

فمسائل :

الاولى : يجوز ان يستثني ثمرة شَجَرات ، او نخلات بعينها ، وان يستثني حصة مشاعة ، او أرطالاً معلومة : ولو خاست الثمرة سقط من الثُنْيا بحسابه :

الثانية : اذا باع ما بُدِئ صلاحه ، فاصيب قبل قبضه ، كان من مال بائعه ، وكذا لو أتلفه البائع : وان أُصيبَ البعض ، أخذَ السليم بحصته من الثمن : ولو أتلفه أجنبي ، كان المشتري بالخيار ، بين فسخ البيع وبين مطالبة المتلِف : ولو كان بعد القبض وهو التخلية ، هنا لم يرجع على البائع بشيء على الاشبه : ولو أتلفه المشتري ، وهو في يد البائع ، استقر العقد ، وكان الإتلاف كالقبض : وكذا لو اشترى جارية واعتقها قبل القبض (٢) :

الثالثة : يجوز بيع الثمرة في اصولها بالأثمان والعروض . ولا يجوز

---

(١) الروضة ٣ / ٣٥٨ : وهي الفصة والقضب ؛ وهما نباتان تعلفهما الدواب (جمعاً بين المتن والهامش بتصرف) .

(٢) ش ٢ / ١١٢ / ه : ولو قبض المبيع بغير اذن البايع وتلف ؛ كان من مال المشتري أيضاً (ع ل) .

بيعها بثمرة منها وهي المُزَابَنَة ، وقيل : بل هي بيع الثمرة في النخل بتمر ، ولو كان موضوعاً على الارض (١) ، وهو الاظهر : وهل يجوز ذلك في غير ثمرة النخل من شجر الفواكه ؟ قيل : لا ، لانـــه لا يؤمن من الربا : وكذا لا يجوز بيع السنبل بحَبٍّ منه اجماعاً ، وهي المحاقَلَة ، وقيل : بل هي بيع السنبل بحبٍّ من جنسه كيف كان ، ولو كان موضوعاً على الارض (٢) ، وهو الاظهر :

الرابعة : يجوز بيع العَرَايا بخرصها تمراً ، والعَرِيَّة هي النخلة تكون في دار الانسان : وقال اهل اللغة : او في بستانه وهو حسن : وهل يجوز بيعها بخرصها من تمرها ؟ الاظهر لا . ولا يجوز بيع ما زاد على الواحدة. نعم ، لو كان له في كل دار واحدة جاز : ولا يشترط في بيعها بالتمر، التقابض قبل التفرق ، بل يشترط التعجيل ، حتى لا يجوز اسلاف احدهما في الآخر : ولا يجب ان يتماثل في الخرص بين ثمرتها عند الجفاف وثمنها عملاً بظاهر الخبر : ولا عَرِيَّة في غير النخل :

فرع

لو قال : بعتك هذه الصُّبرة من التمر أو الغَلَّة ، بهذه الصبرة من جنسها سواء بسواء ، لم يصح ولو تساويا عند الاعتبـــار ، الا ان يكونا عارفَيْن بقدرهما وقت الابتياع : وقيل: يجوز وان لم يعلما . فان تساويا عندالاعتبار، صحّ والا بطل : ولو كانتا من جنسين ، جاز إن تساويا وان تفـــاوتا ولم يتمانعا ، بان بذل صاحب الزيادة أو قنع صاحب النقيصة ، والا فسخ البيع. والاشبه انه لا يصح على تقدير الجهالة وقت الابتياع :

---

(١) التوضيح ٢ / ٣٠٢ : أي بتمر أو رطب ولو كان من غيرهما ؛ مجذوذاً ومطروحاً على الارض (بتصرف) .

(٢) ن : حال البيع .

الخامسة : يجوز بيع الزرع قصيلاً (١) ، فان لم يقطعه فللبائع قطعه ، وله تركه والمطالبة بأجرة أرضه . وكذا لو اشترى نخلاً بشرط القطع :

السادسة : يجوز ان يبيع ما ابتاعه من الثمرة بزيادة عما ابتاعه أو نقصان ، قبل قبضه وبعده .

السابعة : اذا كان بين اثنين نخل او شجر ، فتقبّل احدهما بحصة صاحبه بشيء معلوم ، كان جائزاً :

الثامنة : اذا مرّ الانسان بشيء من النخل او شجر الفواكه او الزرع اتفاقاً ، جاز ان يأكل من غير إفساد ، ولا يجوز ان يأخذ معه شيئاً :

الفصل التاسع

في : بيع الحيوان (٢)

والنظر فيمن : يصح تملكه (٣) ، واحكام الابتياع ، ولواحقه

أما الأول :

فالكفر الأصلي سبب لجواز استرقاق المحارب وذراريه ، ثم يسري الرِّق في أعقابه وان زال الكفر ، ما لم تعرض الاسباب المحررة (٤) :

(١) الروضة ٣ / ٣٦٥ : أي مقطوعاً بالقوة ؛ بأن شرط قطعه قبل ان يحصد ؛ لعلف الدواب .

(٢) ن ٣ / ٣٠٢ : وهو قسمان أناسي وغيره .

(٣) التوضيح ٢ | ٣٠٥ : من الأناسي .

(٤) الروضة ٣ | ٣٠٢ : من عتق أو كتابة أو . . .

ويُملك اللقيط من دار الحرب (١) . ولا يملك من دار الاسلام (٢) ، فلو بلغ وأقرّ بالرق ، قيل : لا يقبل ، وهو الاشبه .

ويصحّ ان يملك الرجل كل احد عدا أحدَ عشَر ، وهم : الآباء والامهات والاجداد والجدّات وان علوا ، والاولاد واولادهم ذكوراً واناثاً وان سفلوا ، والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت : وهل يملك هؤلاء من الرضاع ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الاشهر .

ويكره ان يملك : من عدا هؤلاء من ذوي قرابته ، كالاخ والعم والخال وأولادهم .

وتملك المرأة كل واحد ، عدا الآباء وان علوا ، والاولاد وان نزلوا نسباً ، وفي الرضاع تردد ، والمنع اشهر .

وإذا ملك احد الزوجين صاحبه ، استقر الملك ولم تستقر الزوجية .

ولو اسلم الكافر في ملك مثله ، اجبر على بيعه من مسلم ، ولمولاه ثمنه .

ويحكم برقّ من أقرّ على نفسه بالعبودية ، اذا كان مكلّفاً غير مشهور بالحرية (٣) ، ولا يلتفت الى رجوعه ، ولو كان المقر له كافراً . وكذا لو اُشتُري عبداً فادّعى الحرية ، لكن هذا يقبل دعواه مع البيّنة .

الثاني : في احكام الابتياع

اذا حدث في الحيوان عيب ، بعد العقد وقبل القبض ، كان المشتري

---

(١) التوضيح ٢ | ٣٠٥ : لانهم واموالهم واولادهم فيء ؛ الا أن يعلم أن فيهم مسلم يمكن تولد هذا اللقيط منه .

(٢) الروضة ٣ | ٣٠٣ : فانه حر ظاهراً .

(٣) التوضيح ٢ | ٣٠٧ : ولا معروف النسب ؛ للاخبار وعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز .

بالخيار بين رده وإمساكه ، وفي الارش تردد . ولو قبضه ثم تلف أو حدث فيه حدث في الثلاثة (١) ، كان من مال البائع ما لم يُحدِث فيه المشتري حَدَثاً .

ولو حدث فيه عيب من غير جهة المشتري ، لم يكن ذلك العيب مانعاً من الرد بأصل الخيار . وهل يلزم البائع إرشه ؟ فيه تردد ، والظاهر لا . ولو حدث العيب بعد الثلاثة ، مُنِعَ الرد بالعيب السابق .

واذا باع الحامِلَ ، فالولد للبائع (٢) ، على الاظهر (٣) ، الا ان يشترطه المشتري . ولو اشتراهما فسقط الولد قبل القبض ، رجع المشتري بحصة الولد من الثمن . وطريق ذلك ان تُقَوَّم الامة حاملاً وحائلاً ، ويرجع بنسبة التفاوت من الثمن .

ويجوز ابتياع بعض الحيوان مشاعاً ، كالنصف والربع . ولو باع واستثنى الرأس والجلد صحّ ، ويكون شريكاً بقدر قيمة ثُنْياه على رواية السكوني . وكذا لو اشترك اثنان او جماعة ، وشرط احدهما لنفسه الراس والجلد ، كان شريكاً بنسبة رأس ماله .

ولو قال : اشتر حيواناً بشركتي صحّ ، ويثبت البيع لهما ، وعلى كل واحد نصف الثمن . ولو اذن احدهما لصاحبه ان ينقُد عنه صحّ ، ولو تلف كان بينهما ، وله الرجوع على الآمر الآخر بما نَقَدَ عنه .

ولو قال له : الربح لنا ، ولا خُسْران عليك ، فيه تردد ، والمروي الجواز .

ويجوز النظر الى وجه المملوكة ومحاسنها ، اذا اراد شراءها .

---

(١) الروضة ٣ | ٣١٩ : فى زمن الخيار المختص بالمشتري .

(٢) التوضيح ٢ | ٣٠٧ : بمعنى عدم دخوله في البيع .

(٣) ن : الاشهر ؛ لعدم شمول لفظ الجارية له لغة ولا عرفاً ؛ ولبعض الاخبار المجبورة بالاجماع المنقول .

ويستحب لمن اشترى مملوكاً : ان يغيّر اسمه ، وان يطعمه شيئاً من الحلوة ، وان يتصدق عنه بشيء .

ويكره : وطء من ولدت من الزنى ، بالملك أو العقد ، على الاظهر .

وأن يرى المملوك ثمنه في الميزان .

الثالث : في لواحق هذا الباب

وهي مسائل :

الأولى : العبد لا يملك ، وقيل : يملك فاضل الضريبة (١) ، وهو المروي ، وارش الجناية على قول . ولو قيل : يملك مطلقاً ، لكنه محجور عليه بالرق حتى يأذن له المولى ، كان حسناً .

الثانية : من اشترى عبداً له مال ، كان ماله لمولاه ، الا ان يشترطه المشتري . وقيل : ان لم يعلم به البائع فهو له ، وان علم فهو للمشتري ، والاول اشهر . ولو قال للمشتري : اشترني ولك علي كذا ، لم يلزمه وان اشتراه . وقيل : ان كان له مال حين قال له ، لزم ، والا فلا ، وهو المروي .

الثالثة : اذا ابتاعه وماله ، فان كان الثمن من غير جنسه (٢) جاز مطلقاً ، وكذا يجوز بجنسه اذا لم يكن ربوياً . ولو كان ربوياً وبيع بجنسه ، فلابد من زيادة عن ماله تقابل المملوك .

الرابعة : يجب ان يستبرء الامة قبل بيعها ، اذا وطأها المالك ، بحيضة او خمسة وأربعين يوماً ، ان كان مثلها تحيض ولم تحض .

---

(١) التوضيح ٢ | ٣١٠ : وهي ما يشترطه عليه مولاه .

(٢) أي من غير جنس المال .

وكذا يجب على المشتري اذا جهل حالها : ويسقط استبراؤها اذا اخبر الثقة انه استبرأها . وكذا لو كانت لامرأة ، أو في سن من لا تحيض لصغر أو كبر ، أو حاملاً أو حائضاً الا بقدر زمان حيضها : نعم ، لا يجوز وطء الحامل قبل ان يمضي لها أربعة اشهر وعشرة ايام : ويكره بعده : ولو وطأها عزل عنها استحباباً . ولو لم يعزل ، كره له بيع ولدها ، ويستحب له : أن يعزل له من ميراثه قسطاً .

الخامسة : التفرقة بين الاطفال وامهاتهم ، قبل استغنائهم عنهن ، محرّمة ، وقيل : مكروهة ، وهو الاظهر . والاستغناء يحصل ببلوغ سبع ، وقيل : يكفي استغناؤه عن الرضاع ، والاول اظهر :

السادسة : من أولد جارية ، ثم ظهر أنها مستحقة (١) ، انتزعها المالك (٢) : وعلى الواطئ عُشْر قيمتها ان كانت بكراً ، ونصف العشر إن كانت ثيبا : وقيل : يجب مهر أمثالها ، والأول مروي . والولد حر ، وعلى أبيه قيمته يوم ولد حيا ، ويرجع على البائع بما اغترمه من قيمة الولد : وهل يرجع بما اغترمه من مهر واجرة ؟ قيل : نعم ، لان البائع أباحه بغير عوض ، وقيل : لا ، لحصول عوض في مقابلته :

السابعة : ما يؤخذ من دار الحرب ، بغير إذن الإمام ، يجوز تملكه في حال الغيبة ووطء الامة . ويستوي في ذلك ، ما يسبيه المسلم وغيره ، وإن كان فيها حق للامام ، أو كانت للامام (٣) :

الثامنة : اذا دفع الى مأذون (٤) مالاً ، ليشتري به نسمة ،

---

(١) التوضيح ٢ / ٣١٣ : أي من اولد جارية بزعم أنها ملكه أو زوجته ، ثم انكشف انه مشتبه ، وظهر أنها مستحقة للغير .

(٢) ن : لانها ملكه .

(٣) ن : وقد سبق فى الخمس ، انهم عليهم السلام ، قد أباحوا المساكن والمناكح لشيعتهم .

(٤) ن : أي الى عبد مأذون من مولاه في التجارة (بتصرف) .

ويعتقها ، ويحج عنه بالباقي : فاشترى اباه ، ودفع اليه بقية المال فحجّ به. واختلف مولاه ، وورثة الآمر ، ومولى الاب ، فكل يقول : اُشتُرِيَ بمالي : قيل : يُرَدّ الى مولاه رِقّاً ، ثم يحكم به لمن أقام البيّنة ، على رواية ابن أشيم ، وهو ضعيف (١) . وقيل : يرد على موالي المأذون ، ما لم يكن هناك بيّنة ، وهو أشبه :

التاسعة : اذا اشتُرى عبداً في الذمّة ، ودفع [البائع اليه] (٢) عبدين ، وقال : اختر أحدهما ، فأَبِقَ واحد : قيل : يكون التالف بينهما ، ويرجع بنصف الثمن : فان وجده اختاره ، والا كان الموجود لهما ، وهو بناء على انحصار حقه فيهما : ولو قيل : التالف مضمون بقيمته ، وله المطالبة بالعبد الثابت في الذمة ، كان حسناً : وأما لو اشترى عبداً من عبدين ، لم يصح العقد ، وفيه قول موهوم .

العاشرة : اذا وطئ أحد الشريكين مملوكة بينهما ، سقط الحدّ مع الشبهة ، واثبت مع انتفائها : لكن يسقط منه بقدر نصيب الواطئ ، ولا تقوّم عليه بنفس الوطء ، على الاصح : ولو حملت ، قُوِّمت عليه حصص الشركاء ، وانعقد الولد حراً ، وعلى ابيه قيمة حصصهم يوم ولد حياً :

الحادية عشرة : المملوكان المأذون لهما ، اذا ابتاع كل واحد منهما صاحبه من مولاه ، حُكِمَ بعقد السابق . فان اتفقا في وقت واحد ، بطل العقدان ، وفي رواية يُقْرع بينهما ، وفي اخرى يذرع الطريق ويُحكَمْ للاقرب ، والأول اظهر :

الثانية عشرة : من اشترى جارية ، سُرِقَت من أرض الصلح ، كان له ردُّها على البائع واستعادة الثمن . ولو مات أخذ من وارثه : ولو

---

(١) التوضيح ٢ / ٣١٣ : لاضطراب دليله متناً وسنداً .

(٢) هذه الزيادة وردت في (٥ ٢ / ١١٤) .

لم يخلف وارثاً اُستُسعِيَت في ثمنها : وقيل : تكون بمنزلة اللُقَطَة : ولو قيل : تُسلَّم الى الحاكم ولا تُستَسعى ، كان أشبه :

الفصل العاشر

في : السلف

والنظر فيه : يستدعي مقاصد

الاول : السلم

هو ابتياع مال مضمون الى أجل معلوم ، بمال حاضر ، أو في حكمه (١) . وينعقد بلفظ اسلمت ، واسلفت ، وما ادى معنى ذلك ، وبلفظ البيع والشراء . وهل ينعقد البيع بلفظ السَلَم ، كأن يقول : اسلمت اليك هذا الدينار في هذا الكتاب ؟ الاشبه نعم ، إعتباراً بقصد المتعاقدين :

ويجوز : إسلاف الاعواض في الاعواض اذا اختلفت (٢) ، وفي الاثمان (٣) : . واسلاف الاثمان في الاعواض :

ولا يجوز اسلاف الاثمان في الاثمان ولو اختلفا :

---

(١) التوضيح ٢ / ٣١٧ : كأن يكون مقبوضاً للبائع قبل العقد ، او متعلقاً بذمته .

(٢) ن : او اتفقت ولم تكن ربوية .

(٣) ن : اي والاعواض في الاثمان، لعدم المانع .

الثاني : في شرائطه

وهي ستة :

الاول والثاني : ذكر الجنس والوصف :

والضابط أن كل ما يختلف لاجله الثمن ، فذكره لازم . ولا يطلب في الوصف الغاية ، بل يقتصر على ما يتناوله الاسم ، ويجوز اشتراط الجيد والردئ : ولو شرط الاجود ، لم يصح لتعذّره . وكذا لو شرط الأردأ. ولو قيل في هذا بالجواز ، كان حسناً ، لإمكان التخلص : ولابد ان تكون العبارة الدالة على الوصف ، معلومة بين المتعاقدين ظاهرة في اللغة ، حتى يمكن استعلامها عند اختلافها :

واذا كان الشيء مما لا ينضبط بالوصف ، لم يصح السَلَم فيه ، كاللحم نيِّه ومَشْويه ، والخبز ، وفي الجلود تردد : وقيل : يجوز مع المشاهدة وهو خروج عن السَلَم :

ولا يجوز : في النبل المعمول ، ويجوز في عيدانه قبل نحتها : : ولا في الجواهر واللآلئ ، لتعذر ضبطها وتفاوت الأثمان مع اختلاف اوصافها .: ولا في العقار والأرضين :

ويجوز السلم : في الخضر والفواكه : : وكذا كل ما نبتته الارض . : وفي البيض والجوز واللوز : . وفي الحيوان كله والاناسي .: والالبان والسمون والشحوم : . والاطياب والملابس : : والاشربة والادوية، بسيطها ومركبها ، ما لم يشتبه مقدار عقاقيرها : : وفي جنسين مختلفين صفقة واحدة :

ويجوز الاسلاف : في شاة لبون ، ولا يلزم تسليم ما فيه لبن ، بل شاة من شأنها ذلك :

ويجوز : في شاة معها ولدها ، وقيل ، لا يجوز ، لان ذلك مما لا يوجد إلا نادرا . وكذا التردد في جارية حامل ، لجهـالة الحمل : وفي جواز الإسلاف في جوز القز تردد :

الشرط الثالث : * القبض قبل التفرق *

قبض رأس المال قبل التفرق ، شرط في صحة العقد : ولو افترقا قبله بَطُل : ولو قبض بعض الثمن ، صح في المقبوض ، وبطل في الباقي : ولو شرط ان يكون الثمن من دَيْن عليه ، قيل : يبطل ، لانه بيع دين بمثله ، وقيل : يكره ، وهو أشبه :

الشرط الرابع : تقدير السَّلَم

بالكيل أو الوزن العامَّين . ولو عوَّلا على صخرة مجهولة (١) ، او مكيال مجهول ، لم يصح ولو كان معيّناً (٢) . ويجوز الإسلاف في الثوب أذرعاً . وكذا كل مذروع . وهل يجوز الاسلاف في المعدود عـددا ؟ الوجه ، لا .

ولا يجوز : الاسلاف في القصب اطناناً : . ولا الحطب حزماً : . ولا في المجزوز جزاً : : ولا في الماء قِرَباً :

وكذا لابد ان يكون رأس المال ، مقدّرا بالكيل العام ، أو الوزن : ولا يجوز الاقتصار على مشاهدته ، ولا يكفي دفعه مجهولا ، كقبضة من دراهم ، او قبّة من طعام .

---

(١) التوضيح ٢ / ٣١٨ : الوزن عندهما .

(٢) ن : عندهما ، لان الصخرة اذا جهل وزنها عندهما ، فتعينها لا يرفع الغرر ، والمكيال المعين بينهما اذا لم يكن متعارفاً عند العامة او معتبراً بما هو متعارف ، فلا يرفع الجهالة والغرر .

الشرط الخامس : تعيين الاجل :

فلو ذكر أجلاً مجهولاً ، كأن يقول : متى أردت ، او أجلا يحتمل الزيادة والنقصان ، كقدوم الحاج كان باطلاً . ولو اشتراه حالاً ، قيل : يبطل ، وقيل : يصح ، وهو المروي ، لكن يشترط ان يكون عامُ الوجود في وقت العقد :

الشرط السادس : * غلبة الوجود وقت الحلول *

أن يكون وجوده غالبا ، وقت حلوله ، ولو كان معـدوماً وقت العقد : ولابد ان يكون الأجل معلوماً للمتعاقدين . واذا قال : إلى جمادي حُمِلَ على أقربهما ، وكذا الى ربيع ، وكذا الى الخميس والجمعة :

ويحمل الشهر عند الاطلاق ، على عـدة بين هلالين (١) ، أو ثلاثين يوماً (٢) :

ولو قال : الى شهر كذا ، حلَّ بأول جزء من أول ليلة الهلال ، نظراً الى العرف :

ولو قال : الى شهرين ، فان كان في أول الشهر ، عدَّ شهرين أهِلّة . وان أوقع العقد في أثناء الشهر ، أتم من الثالث بقدر الفائت من شهر العَقْد ، وقيل : يتمه ثلاثين يوماً ، وهو أشبه : ولو قال الى يوم الخميس ، حلَّ بأول جزء منه :

ولا يشترط ذكر موضع التسليم على الأشبه ، وان كان في حمله مؤنـة :

---

(١) التوضيح ٢ / ٣١٩ : ان كان المبدأ الهلال .

(٢) ن : ان لم يكن المبدأ الهلال (بتصرف) .

المقصد الثالث : في أحكامه

وفيه مسائل :

الاولى : اذا سلف في شيء ، لم يجز بيعه قبل حلوله : ويجوز بيعه بعده وان لم يقبضه ، على من هو عليه ، وعلى غيره على كراهية : وكذا يجوز بيع بعضه وتوليته بعضه : ولو قبضه المسلّم ، ثم باعه ، زالت الكراهية :

الثانية : اذا دفع المسلّم اليه دون الصفة ، ورضي المسلّم ، صحّ ، وبَرِءَ سواء شرط ذلك لأجل التعجيل ، أو لم يشترط : وان أتى بمثل صفته ، وجب قبضه ، أو ابراء المسلم اليه : ولو امتنع ، قبضه الحاكم ، اذا سأل المسلّم اليه ذلك . ولو دفع فوق الصفة وجب قبوله ، ولو دفع اكثر ، لم يجب قبول الزيادة . أما لو دفع غير جنسه ، لم يبرأ الا بالتراضي :

الثالثة : اذا اشترى كرا من طعام بمئة درهم ، وشرط تأجيل خمسين ، بَطُلَ في الجميع على قول : ولو دفع خمسين وشرط الباقي ، من دين له على المسلّم اليه ، صح فيما دفع ، وبطل فيما قابل الدين ، وفيه تردد .

الرابعة : لو شرطا موضعاً للتسليم ، فتراضيا بقبضه في غيره ، جاز : وان امتنع أحدهما ، لم يجبر .

الخامسة : اذا قبضه فقد تعيّن ، وبَرِءَ المسلّم اليه : فان وجد به عيباً فردّه ، زال ملكه عنه ، وعاد الحق الى الذمة سليماً من العيب .

السادسة : إذا وجد برأس المال عيباً ، فان كان من غير جنسه بطل العقد (١) ، وإن كان من جنسه ، رجع بالإرش إن شاء : وإن اختار الرد ، كان له :

---

(١) ش ٢ / ١١٦ / ه : لان الثمن غير معين فى هذه الصورة .

السابعة : اذا اختلفا في القبض ، هل كان قبل التفرق أو بعده ؟ فالقول قول من يدعي الصحة (١) : ولو قال البائع : قبضته ثم رددته اليك قبل التفرق ، كان القول قوله مع يمينه ، مراعاة لجانب الصحة :

الثامنة : اذا حلّ الأجل وتأخر التسليم لعارض ثم طالب بعد انقطاعه ، كان بالخيار بين الفسخ وبين الصبر : ولو قبض البعض كان له الخيار في الباقي ، وله الفسخ في الجميع :

التاسعة : اذا دفع الى صاحب الدين (٢) عروضاً ، على انها قضاء ولم يُساعِرْه ، احتسب بقيمتها يوم القبض :

العاشرة : يجوز بيع الدين بعد حلوله ، على الذي هو عليه وعلى غيره . فان باعه بما هو حاضر ، صح . وان باعه بمضمونٍ حالٍّ ، صح ايضاً . وان اشترط تأجيله ، قيل : يبطل لانه بيع دين بدين ، وقيل : يكره ، وهو الاشبه .

الحادية عشرة : اذا أسلف في شيء ، وشرط مع السلف شيئاً معلوماً ، صح : ولو أسلف في غنم ، وشرط أصواف نعجات معينة ، قيل : يصح ، وقيل : لا ، وهو اشبه : ولو شرط أن يكون الثوب ، من غزل امرأة معينة ، أو الغلة من قراح بعينه ، لم يضمن .

المقصد الرابع : في الاقالة

وهي فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما : ولا يجوز الإقالة بزيادة عن الثمن ولا نقصان : وتبطل الاقالة بذلك لفوات الشرط :

---

(١) ش ٢ / ١١٦ / ه : لا لدعوى الصحة ، بل لان الاصل عدم طرو المفسد .

(٢) التوضيح ٢ / ٣٢٢ : من سلف وغيره .

وتصح الاقالة في العقد ، وفي بعضه ، سلما كان أو غيره (١) :

فروع ثلاثة

الأول : لا تثبت الشفعة بالاقالة لانها تابعة للبيع .

الثاني : لا تسقط اجرة الدلال (٢) بالتقايل ، لسبق الاستحقاق :

الثالث : اذا تقايلا ، رجع كل عوض الى مالكه . فان كان موجوداً أخذه ، وان كان مفقوداً ضمن بمثله ان كان مثلياً ، وإلا بقيمته ، وفيه وجه آخر (٣) :

المقصد الخامس : في القرض

والنظر في امور ثلاثة :

الاول : في حقيقته

وهو لفظ يشتمل : على ايجاب كقوله : أقرضتك او ما يؤدي معناه، مثل تصرّفْ فيه او انتفعْ به ، وعليك رد عوضه . وعلى قبول ، وهو اللفظ الدال على الرضا بالايجاب ، ولا ينحصر في عبارة .

وفي القرض أجر ، ينشأ عن معونة المحتاج تطوعاً ، والاقتصار على رد العوض ، فلو شرط النفع ، حرم ولم يُفِد الملك . نعم لو تبرع المقترض، بزيادة في العين أو الصفة ، جاز : ولو شرط الصحاح عوض المكسّرة ، قيل : يجوز ، والوجه المنع :

---

(١) المسالك ٢ / ٤٤ : نبه بالتسوية بين السلف وغيره ، على خلاف بعض العامة حيث منع من الاقالة في بعض السلم . . .

(٢) التوضيح ٢ / ٣٢٣ : ولا الوزان ولا الحمال . . .

(٣) ش ٢ / ١١٧ / ه : هو انه لا يصح الاقالة مع تلف أحد العوضين (ع ل) .

الثاني : ما يصح إقراضه

وهو كل ما يضبط وصفه وقدره ، فيجوز إقراض الذهب والفضة وزناً ، والحنطة والشعير كيلاً ووزناً ، والخبز وزنـاً وعدداً ، نظراً الى المتعارف (١) :

وكل ما يتساوى أجزاؤه ، يثبت في الذمة مثله ، كالحنطة والشعير ، والذهب والفضة ، وما ليس كذلك ، يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم : ولو قيل يثبت مثله ايضا ، كان حسنا :

ويجوز اقراض الجواري ، وهل يجوز إقراض اللآلي ؟ قيل : لا ، وعلى القول بضمان القيمة ، ينبغي الجواز .

الثالث : في احكامه

وهي مسائل :

الاولى : القرض يُملك بالقبض لا بالتصرف ، لأنه فرع المُلك ، فلا يكون مشروطاً به . وهل للمُقْرِض ارتجاعه ؟ قيل : نعم ، ولـو اكره المقترِض ، وقيل : لا ، وهو الاشبه ، لأن فائدة الملك التسلط :

الثانية : لو شرط التأجيل في القرض ، لم يلزم : وكذا لو اجّل الحال ، لم يتأجل : وفيه رواية مهجورة تحمل على الاستحباب : ولا فرق بين ان يكون مهراً ، أو ثمن مبيع ، أو غير ذلك : ولو أخره بزيادة فيه، لم يثبت الزيادة ، ولا الأجل : نعم ، يصح تعجيله باسقاط بعضه :

الثالثة : من كان عليه دين ، وغاب صاحبه غيبة منقطعة ، يجب أن

---

(١) المسالك ٢ / ٤٥ : لا شبهة فى جواز اقتراض الخبز وزناً لانضباطه ، وانما الكلام في العدد ، فعندنا انه جايز أيضاً للعادة .

ينوي قضاءه ، وأن يعزل ذلك عند وفاته ، ويوصي به ليُوصَل الى ربه ، أو إلى وارثه إن ثبت موتـــه . ولو لم يعرفه اجتهد في طلبه . ومع اليأس ، يتصدق به عنه ، على قول .

الرابعة : الدَيْن لا يتعين ملكـــاً لصاحبه الا بقبضه : فلو جعله مضاربةً (١) قبل قبضه ، لم يصح (٢) .

الخامسة : الذمي اذا باع مالا يصح للمسلم تملكه كالخمر والخنزير ، جاز دفع الثمن الى المسلم عن حق له . وان كان البائع مسلما ، لم يجز :

السادسة : اذا كان لاثنين مال في ذمم ، ثم تقاسما بما في الذمم ، فكل ما يحصل ، لهما : وما يَتَوَى ، منهما (٣) .

السابعة : اذا باع الدين بأقل منه ، لم يلزم المدين أن يدفع الى المشتري اكثر مما بذله ، على رواية :

المقصد السادس : في دين المملوك

لا يجوز للمملوك : ان يتصرَّف في نفسه باجارة ، ولا استدانة ، ولا غير ذلك من العقود : . ولا بما في يده ببيع ولا هبة إلا باذن سيده، ولو حكم له بملكه (٤) :

---

(١) التوضيح ٢ / ٣٢٦ : عند المديون أو غيره .

(٢) المسالك ٢ / ٤٧ : إلا بعين النقدين ، فلا يصح بالدين .

(٣) ن : ويتوى في قول المصنف بالتاء المثناة من فوق ، بمعنى يهلك ، يقـــال توي المال بكسر الواو فيتوى ، اذا هلك .

(٤) التوضيح ٢ / ٣٢٨ : كل ذلك ، لانه لا يقدر على شيءٍ ، فهو محجور عليه، حتى فيما يملك ، فلا يملك عيناً ولا منفعة . . . الا باذن سيده .

وكذا لو أذن له المالك ان يشتري لنفسه ، وفيه تردد (١) ، لانه يملك وطء الأمة المبتاعة : مع سقوط التحليل في حقه :

فان أذن له المالك في الاستدانة ، كان الدين لازماً للمولى ، إن استبقاه او باعه :

فان اعتقه ، قيل : يستقر في ذمة العبد ، وقيل : بل يكون باقياً في ذمة المولى ، وهو اشهر الروايتين . ولو مات المولى كان الدين في تركته. ولو كان له غرماء ، كان غريم العبد كأحدهم .

واذا اذن له في التجارة ، اقتصر على موضع الآذن . فلو أذن له بقدر معين ، لم يزده : ولو أذن له في الابتياع ، انصرف الى النقد : ولو أطلق له النسيئة ، كان الثمن في ذمة المولى (٢) . ولو تلف الثمن ، وجب على المولى عوضه .

واذا أذن له في التجارة ، لم يكن ذلك إذناً لمملوك المأذون ، لافتقار التصرف في مال الغير الى صريح الاذن : ولو أذن له في التجارة دون الاستدانة ، فاستدان وتلف المال ، كان لازماً لذمة العبد : وقيل : يستسعى فيه مُعَجَّلا ، ولو لم يأذن له في التجارة ولا الاستدانة ، فاستدان وتلف المال ، كان لازماً لذمته يتبع به ، دون المولى :

---

(١) التوضيح ٣٢٨/٢ : من ان الاذن فى التملك لا يلزمها الاذن فى التصرف ، ومن ظهور التملك بجواز التصرف لانه لازمه ، وهو أرجح .

(٢) المسالك ٢ / ٤٨ : أي لو تلف الثمن قبل تسليمه الى البايع ، والحال انه قد اشترى نسيئة ، فانه يلزم المولى عوضه ، لان تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد .

فرعان

الاول : اذا اقترض أو اشترى بغير اذن ، كان [موقوفاً على اذن المولى ، فان لم يجز كان] (١) باطلاً وتستعاد العين ، فان تلفت يتبع بها اذا اعتق وايسر .

الثاني : اذا اقترض مالاً فأخذه المولى فتلف في يده ، كان المقرض بالخيار بين مطالبة المولى ، وبين اتباع المملوك اذا اعتق وايسر .

---

(١) هذه الزيادة وردت في (ب ٢ / ٤٨) فقط .

خاتمة

أجرة الكيّال ووزّان المتاع على البائع ، وأجرة ناقد الثمن ووزانه على المبتاع : وأجرة بائع الأمتعة على البائع ، ومشتريها على المشتري : ولو تبرع لم يستحق أجرة ولو أجاز المالك . وإذا باع واشترى ، فأجرة ما بيع على الآمر ببيعه ، وأجرة الشراء على الآمر بالشراء : ولا يتولاهما الواحد . واذا هلك المتاع في يد الدلال ، لم يضمنه . ولو فرّط ، ضمن : ولو اختلفا في التفريط ، كان القول قول الدلال مع يمينه ، ما لم يكن بالتفريط بينة : وكذا لو ثبت التفريط واختلفا في القيمة :

ج : ٢

كتاب الرهن

والنظر فيه

يستدعي

فصولا

الأوّل

في : الرهن

وهو وثيقة لدين المُرتَهِن ، ويفتقر الى الايجاب والقبول ؛

والايجاب : كل لفظ دل على الإرتهـان ، كقوله : رهنتك ، أو هذه وثيقة عندك ، أو ما أدّى هذا المعنى . ولو عجز عن النطق كفت الاشارة ؛ ولو كتب بيده ، والحال هذه ، وعُرِفَ ذلك من قصده ، جاز ؛

والقبول : هو الرضا بذلك الايجاب (١) ؛

ويصح الإرتهان ، سفراً وحضراً . وهل القبض شرط فيه ؟ قيل : لا ، وقيل : نعم ، وهو الأصح . ولو قبضه من غير إذن الراهن ، لم ينعقد ؛ وكذا لو أذن في قبضه ، ثم رجع قبل قبضه ؛ وكذا لو نطق بالعقد ، ثم جُنَّ ، أو أُغمي عليه ، او مات قبل القبض ؛

وليس استدامة القبض شرطاً ، فلو عاد الى الراهن او تصرّف فيه ، لم يخرج عن الرهانة ؛

ولو رهن ، ما هو في يد المرتهن ، لزم ، ولو كان غصباً ، لتحقق القبض ؛ ولو رهن ما هو غائب ، لم يُصِرْ رهناً ، حتى يحضر المرتهن ، - أو القائم مقامه عند الرهن - ، ويقبضه ؛ ولو أقر الراهن بالإقباض ، قُضِيَ عليه ، اذا لم يعلم كذبه . ولو رجع (٢) ، لم يقبل رجوعه (٣) ؛

---

(١) المسالك ٢/ ٤٩ : اشار بذلك الى انه لا ينحصر في... اللفظ ، لامكان استفادة الرضا بالفعل والاشارة ونحوهما ، وان لم يكف ذلك في الايجاب .

(٢) ن ٢ / ٥٠ : أي لو رجع الراهن عن اقراره بالاقباض حيث يمكن .

(٣) التوضيح ٢ / ٣٣٣ : لانه نقض للاقرار .

ويسمع دعواه ، لو ادعى المواطأة على الإشهاد ، ويتوجّه اليمين على المرتهن ، على الاشبه (١) .

ولا يجوز تسليم المشاع الا برضا شريكه ، سواء كان مما ينقل أو لا ينقل ، على الاشبه .

الثاني

في : شرائط الرهن

ومن شرائطه : ان يكون عيناً مملوكاً ، يمكن قبضه ، ويصح بيعه ، سواء كان مشاعاً أو منفرداً .

فلو رهن ديناً ، لم ينعقد : وكذا لو رهن منفعةً كسكنى الدار وخدمة العبد .

وفي رهن المدبَّر تردد ، والوجه ان رهن رقبته إبطال لتدبيره . أما لو صرح برهن خدمته ، مع بقاء التدبير ، قيل : يصح ، التفاتاً الى الرواية المتضمنة لجواز بيع خدمته ، وقيل : لا ، لتعذر بيع المنفعة منفردة ، وهو أشبه .

ولو رهن مالا يملك ، لم يمضِ ، ووقف على إجازة المالك . وكذا لو رهن ما يملك وما لا يملك ، مضى في ملكه ، ووقف في حصة شريكه على الاجازة .

ولو رهن المسلم خمراً ، لم يصح ولو كان عند ذمي . ولو رهنها الذمي عند المسلم ، لم يصح ايضاً ، ولو وضعها على يد ذمي ، على الاشبه .

---

(١) التوضيح ٢ /٣٣٣ : لان الراهن يدعي علم المرتهن بكذب الاقرار وهو ينكر .

ولو رهن أرض الخراج ، لم يصح ، لانها لم تتعين لِواحد : نعم ، يصح رهن ما بها من ابنية وآلات وشجر :

ولو رهن مالا يصح إقباضه ، كالطير في الهواء ، والسمك في الماء ، لم يصح رهنه (١) : وكذا لو كان مما يصح إقباضه ولم يسلمه (٢) : وكذا لو رهن عند الكافر عبداً مسلماً أو مصحفاً ، وقيل : يصح ويوضع على يد مسلم ، وهو أولى . ولو رهن وقفاً ، لم يصح .

ويصح الرهن في زمان الخيار ، سواء كان للبائع او للمشتري ، أو لهما ، لانتقال المبيع بنفس العقد على الاشبه :

ويصح رهن العبد المرتد ولو كان عن فطرة ، والجاني خطأً ، وفي العمد تردد ، والاشبه الجواز :

ولو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الاجل ، فان شرط بيعه ، جاز : وإلاّ بطل ، وقيل : يصح ويُجبر مالكه على بيعه .

الثالث

في : الحق

وهو كل دين ثابت في الذمة (٣) ، كالقرض ، وثمن المبيع :

---

(١) المسالك ٢ / ٥١ : ينبغي تقييد الطير ، بما لا يوثق بعوده عادة ؛ والسمك بكونه في ماء غير محصور ، بحيث يتعذر قبضه عادة .

(٢) ش ٢ / ١١٩ / ه : هذا بناء على ان الاقباض شرط فى الرهن (س) .

(٣) المسالك ٢ / ٥٢ : المراد بالثابت في الذمة ، المستحق فيها ، وان لم يكن ثبوته مستقراً ، كالثمن فى مدة الخيار .

ولا يصح فيما لم يحصل سبب وجوبه ، كالرهن على ما يستدينه ، وعلى ثمن ما يشتريه .

ولا على ما حصل سبب وجوبه ولم يثبت ، كالدّية قبل استقرار الجناية ، ويجوز على قسطِ كلّ حول بعد حلوله (١) .

وكذا الجعالة قبل الرد (٢) ، ويجوز بعده .

وكذا مال الكتابة ، ولو قيل بالجواز فيه كان اشبه ، ويبطل الرهن عند فسخ الكتابة المشروطة .

ولا يصح على ما لا يمكن استيفاؤه من الرهن ، كالإجارة المتعلّقة بعين المؤجر مثل خدمته . ويصح فيما هو ثابت في الذمة ، كالعمل المطلق .

ولو رهن على مال رهناً ، ثم استدان آخر ، وجعل ذلك الرهن عليهما ، جاز .

الرابع

في : الراهن

ويشترط فيه : كمال العقل ، وجواز التصرف . ولا ينعقد مع الإكراه ، ويجوز لوليّ الطفل رهن ماله ، اذا افتقر الى الاستدانة ، مع مراعاة المصلحة ، كأن يُستَهْدَم عقاره فيروم رمّه ، أو يكون له اموال ، يحتاج الى الانفاق لحفظها من التلف أو الانتقاص ، فيرهن بذلك ما يراه من امواله اذا كان استبقاؤها أعود .

---

(١) ش ٢ / ١١٩ / ه : أي دية الخطأ ثلاثة ، فانه يجوز الرهن لكل قسط بعد حلوله (بتصرف) .

(٢) المسالك ٢ / ٥٢ : أي لا يصح الرهن على مالها ، لعدم استحقاق المجعول له المال ، قبل تمام العمل ؛ وهو هنا رد العبد ، وإن شرع فيه (بتصرف) .

الخامس

في : المرتهن

ويشترط فيه : كمال العقل ، وجواز التصرف ؛ ويجوز لولي اليتيم أخذ الرهن له ؛ ولا يجوز ان يسلف ماله (١) ، الا مع ظهور الغبطة له (٢) ؛ كأن يبيع بزيادة عن الثمن الى أجل . ولا يجوز له إقراض ماله اذ لا غبطة ؛ نعم ، لو خشي على المال ، من غرق أو حرق أو نهب وما شاكله ، جاز إقراضه واخذ الرهن . ولو تعذر ، اقتصر على إقراضه من الثقة غالباً ؛

واذا شرط المرتهن الوكالة في العقد ، لنفسه او لغيره ، أو وضع الرهن في يد عدل معين ، لزم ، ولم يكن للراهن فسخ الوكالة ، على تردد . وتبطل مع موته ، دون الرهانة . ولو مات المرتهن ، لم تنتقل الى الوارث (٣) ، الا ان يشترطه ؛ وكذا ان كان الوكيل غيره (٤) ؛

---

(١) ش ٢ / ١٢٠ / ه : السلف هنا ، ليس بمعناه الاصطلاحي كما تقدم ، بل بمعناه اللغوي ، بمعنى التقويم (بتصرف) .

(٢) المسالك ٢ / ٥٢ : أي الا مع مصلحة الطفل (بتصرف) .

(٣) التوضيح ٢ / ٣٣٦ : أي لم تنتقل الوكالة الى الوارث ، لانه ليس موضوعاً لها (بتصرف) .

(٤) ن : أي وكذا لو كان شرط المرتهن كون الوكيل غيره .

ولو مات المرتهن ، ولم يُعلم الرهن ، كان كسبيل ماله ، حتى يُعلم بعينه (١) .

ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن : والمرتهن احق باستيفاء دينه من غيره من الغرماء ، سواء كان الراهن حياً أو ميتاً ، على الاشهر : ولو أعوز ضرب مع الغرماء بالفاضل .

والرهن امانة في يده لا يضمنه لو تلف . ولا يسقط به شيء من حقه ما لم يتلف بتفريطه . ولو تصرف فيه بركوب أو سكنى أو إجارة ، ضمن ولزمته الاجرة : وان كان للرهن مؤنة كالدابة ، أنفق عليها وتقاصّاه وقيل : اذا انفق عليها ، كان له ركوبها او يرجع على الراهن بما انفق ، ويجوز للمرتهن ان يستوفي دينه مما في يده ، ان خاف جحود الوارث مع اعترافه .

أما لو اعترف بالرهن ، وادعى ديناً ، لم يحكم له ، وكُلّف البينة وله إحلاف الوارث ان ادعى عليه العلم :

ولو وطئ المرتهن الامة مكرهاً ، كان عليه عُشْر قيمتها أو نصف العشر (٢) ، وقيل : عليه مهر امثالها : ولو طاوعته ، لم يكن عليه شيء .

واذا وضعاه على يد عدل ، فللعدل رده عليهما ، او تسليمه الى من يرتضيانه : ولا يجوز له تسليمه مع وجودهما الى الحاكم ، ولا الى أمين غيرهما من غير اذنهما : ولو سلّمه ضَمِن : ولو استترا ، أقبضه الحاكم (٣) :

---

(١) المسالك ٢ / ٥٣ : المراد ان الرهن لم يعلم كونه موجوداً في التركة ولا معدوماً، فحينئذ يكون كسبيل مال المرتهن ، أي بحكم ماله ، بمعنى أنه لا يحكم للراهن في التركة بشيء ، عملا بظاهر حاله ، من كون ما تركه لورثته ، واصالة براءة ذمته من حق الراهن.

(٢) المسالك ٢ / ٥٣ : المراد العشر ان كانت بكراً ، ونصف العشر ان كانت ثيباً وقيل : مهر امثالها مطلقاً ، لأنه عوض الوطي شرعاً . . .

(٣) أي لو استتر الراهن والمرتهن ، لأجل أن لا يرد العدل الرهن عليهما ، في هذه الحالة يحق للعدل أن يقبضه الحاكم .

ولو كانا غائبين واراد تسليمه الى الحاكم ، او عدل آخر ، من غير ضرورة ، لم يجز : ويضمن لو سلّم : وكذا لو كان احدهما غائباً : وان كان هناك عذر ، سلمه الى الحاكم : ولو دفعه الى غيره من غير إذن الحاكم ضمن : ولو وضعه على يد عدلين ، لم ينفرد به احدهما ، ولو أذن له الآخر (١) :

ولو باع المرتهن او العدل الرهن ، ودفع الثمن الى المرتهن ، ثم ظهر فيه عيب ، لم يكن للمشتري الرجوع على المرتهن :

أما لو استحق الرهن ، استعاد المشتري الثمن منه . واذا مات المرتهن ، كان للراهن الامتناع من تسليمه الى الوارث . فان اتفقا على أمين ، والا سلمه الحاكم الى من يرتضيه : ولو خان العدل ، نقله الحاكم الى أمين غيره ، ان اختلف المرتهن والمالك :

السّادس

في : اللواحق

وفيه مقاصد

الاول : في احكام متعلقة بالراهن

لا يجوز للراهن : التصرف في الرهن باستخدام ،ولاسكنى ،ولا اجارة :

(١) المسالك ٢ / ٥٦ : لان الراهن لم يرض بامانة احدهما منفرداً ، فلا يجوز لاحدهما الانفراد ، دون اذن الآخر .

ولو باع أو وهب ، وقف على اجازة المرتهن : وفي صحة العتق مع الاجازة تردد ، والوجه الجواز . وكذا المرتهن . وفي عتقه مع اجازة الراهن تردد ، والوجه المنع ، لعدم الملك مالم يسبق الاذن :

ولو وطئ الراهن فأحبلها ، صارت أم ولده ، ولا يبطل الرهن :

وهل تباع ؟ قيل : لا ، ما دام الولد حياً ، وقيل : نعم ، لأن حق المرتهن أسبق ، والأول أشبه :

ولو وطأها الراهن باذن المرتهن ، لم يخرج عن الرهن بالوطء : ولو أذن له في بيعها فباع ، بطل الرهن ، ولا يجب جعل الثمن رهناً : ولو أذن الراهن للمرتهن في البيع قبل الاجـل ، لم يجز للمرتهن التصرف في الثمن ، الا بعد حلوله : ولو كان بعد حلوله صح . واذا حل الأجل ، وتعذر الأداء ، كان للمرتهن البيع إن كان وكيلاً ، والا رَفَعَ أمره الى الحاكم ، ليُلْزِمَه بالبيع . فان امتنع كان له حبسه ، وله ان يبيع عليه .

الثاني : في أحكام متعلقة بالرهن

الرهن لازم من جهة الراهن ، ليس له انتزاعه ، الا مع إقباض الدين ، او الابراء منه ، أو تصريح المرتهن باسقاط حقه من الارتهان : وبعد ذلك ، يبقى الرهن أمانةً في يد المرتهن : ولا يجب تسليمه الا مع المطالبة . ولو شرط إن لم يؤد ، أن يكونَ الرهنُ مبيعاً ، لم يصـح ، ولو غصبه ثم رهنه (١) صحّ ، ولم يزل الضمان (٢) : وكذا لو كان في يده ببيع فاسد : ولو أسقط عنه الضمان ، صح : وما يحصل من الرهن من فائدة ، فهي للراهن :

(١) المسالك ٢ / ٥٥ : الضمير البارز في غصبه ورهنه ، يعود الى المال المجعول رهناً.

(٢) التوضيح ٢ / ٣٤٠ : مستصحباً ، والاول ارجح لتغير اليد .

ولو حملت الشجرة ، أو الدابة ، أو المملوكة بعد الإرتهان ، كان الحمل رهناً كالأصل ، على الأظهر :

ولو كان في يده رهنان ، بدينين متغايرين ، ثم أدى احدهما ، لم يجز إمساك الرهن الذي يخصه بالدين الآخر : وكذا لو كان له دينان ، وبأحدهما رهن ، لم يجز له ان يجعله رهناً بهما ، ولا ان ينقله الى دين مستأنف : واذا رهن مال غيره باذنه ، ضمنه بقيمته إن تلف أو تعذر إعادته : ولو بيع بأكثر من ثمن مثله ، كان له المطالبة بما بيع به :

واذا رهن النخل ، لم تدخل الثمرة ، وان لم تؤبر : وكذا ان رهن الارض ، لم يدخل الزرع ولا الشجر ولا النخل : ولو قال : بحقوقها دَخَلَ ، وفيه تردد ، ما لم يصرح : وكذا ما ينبت في الارض بعد رهنها ، سواء أنبته الله سبحانه أو الراهن أو الاجنبي ، اذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون:

وهل يجبر الراهن على إزالته ؟ قيل : لا ، وقيل : نعم ، وهو الاشبه:

ولو رهن لقطة مما يلقط كالخيار ، فان كان الحق يحلُّ قبل تجدد الثانية ، صح . وان كان متأخراً ، تأخراً يلزم منه اختلاط الرهن بحيث لا يتميز، قيل : يبطل ، والوجه انه لا يبطل :

وكذا البحث ، في رهن الخرطة مما يخرط ، والجزة مما يُجَزّ :

واذا جنى المرهون عمداً ، تعلقت الجناية برقبته ، وكان حق المجني عليه أولى به ، وان جنى خطأً ، فان افتكه المولى بقي رهناً ، وان سلمه كان للمجني عليه منه بقدر ارش الجناية ، والباقي رهن . وإن استوعبت الجناية قيمته ، كان المجني عليه أولى به من المرتهن : ولو جنى على مولاه عمداً ، اُقتُصَّ منه ، ولا يخرج عن الرهانة :

ولو كانت الجناية نفساً ، جاز قتله : أما لو كانت خطأً ، لم يكن

لمولاه عليه شيء (١) ، وبقي رهناً . ولو كانت الجناية على من يرثه المالك، ثبت للمالك ما ثبت للموروث من القصاص ، أو انتزاعه في الخطأ ان استوعبت الجناية قيمته ، أو اطلاق ما قابل الجناية إن لم يستوعب .

ولو أتلف الرهن متلفٌ ، لزم بقيمته وتكون رهناً ، ولو اتلفه المرتهن، لكن لو كان وكيلا في الاصل ، لم يكن وكيلا في القيمة ، لأن العقد لم يتناولها .

ولو رهن عصيراً ، فصار خمراً ، بطل الرهن . فلو عاد خلاً ، عاد الى ملك الراهن .

ولو رهن من مسلم خمراً ، لم يصح . فلو انقلب في يده خلا ، فهو له على تردد . وكذا لو جمع خمراً مراقاً . وليس كذلك لو غصب عصيراً.

ولو رهنه بيضةً فاحضنها ، فصارت في يده فرخاً ، كان الملك والرهن باقيين . وكذا لو رهنه حباً فزرعه . واذا رهن اثنان عبداً بينهما بدين عليهما ، كانت حصة كل واحد منهما رهناً بدينه . فاذا أداه ، صارت حصته طلقا ، وان بقيت حصة الآخر .

الثالث : في النزاع الواقع فيه

وفيه مسائل :

الاولى : إذا رهن مشاعاً ، وتشاح الشريك والمرتهن في امساكه ، انتزعه الحاكم وآجره إن كان له اجرة ، ثم قسمها بينهما بموجب الشركة ، وإلا استأمن عليه من شاء ، قطعاً للمنازعة .

---

(١) التوضيح ٢ / ٣٤١ : لانه لا يملك على ماله مال .

الثانية : اذا مات المرتهن ، انتقل حق الرهانة الى الوارث ، فان امتنع الراهن من استئمانه ، كان له ذلك ، فان اتفقا على أمين ، والا استأمن عليه الحاكم .

الثالثة : إذا فرّط في الرهن وتلف ، لزمته قيمته يوم قبضه ، وقيل : يوم هلاكه ، وقيل : أعلى القيم . فلو اختلفا في القيمة ، كان القول قول الراهن ، وقيل : القول قول المرتهن ، وهو الأشبه .

الرابعة : لو اختلفا فيما على الرهن ، كان القول قول الراهن (١) ، وقيل : القول قول المرتهن ، ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن ، والأول أشهر .

الخامسة : لو اختلفا في متاع ، فقال احدهما هو وديعة ، وقال الممسك هو رهن ، فالقول قول المالك ، وقيل : قول الممسك ، والاول اشبه .

السادسة : اذا اذن المرتهن للراهن في البيع ورجع ، ثم اختلفا ، فقال المرتهن : رجعت قبل البيع ، وقال الراهن : بعده ، كان القول قول المرتهن ، ترجيحاً لجانب الوثيقة ، اذ الدعويان متكافئتان .

السابعة : اذا اختلفا فيما يباع به الرهن ، بيع بالنقد الغالب في البلد (٢) ، ويجبر الممتنع . ولو طلب كل واحد منهما ، نقداً غير النقد الغالب ، وتعاسرا ، ردهما الحاكم الى الغالب ، لأنه الذي يقتضيه الاطلاق . ولو كان للبلد نقدان غالبان ، بيع باشبههما بالحق .

---

(١) التوضيح ٢ / ٣٤٣ : للاصل ، والاخبار العامة والخاصة .

(٢) المسالك ٢ / ٥٩ : المراد ان احدهما طلب بيعه بالنقد الغالب ، والآخر بغيره ، فانه يباع بالنقد الغالب ، لانصراف الاطلاق اليه .

الثامنة : اذا ادعى رهانة شيء ، فانكر الراهن ، وذكر ان الرهن غيره ، وليس هناك بينة ، بطلت رهانة ما ينكره المرتهن ، وحلف الراهن على الآخر ، وخرجا عن الرهن .

التاسعة : لو كان له دينان ، أحدهما بِرَهْنٍ فدفع اليه مالاً ، واختلفا (١) ، فالقول قول الدافع لأنه أبصر بنيته . وان اختلفا في رد الرهن ، فالقول قول الراهن مع يمينه ، اذا لم يكن بينة (٢) .

---

(١) التوضيح ٢ / ٣٤٣ : في كونه وفاء عن أي دين .

(٢) المسالك ٢ / ٥٩ : لاصالة عدم الرهن .

كتاب المفلس

المفلس :

هو الفقير الذي ذهب خيار ماله ، وبقيت فلوسه .

والمفلَّس : هو الذي جُعِلَ مفلَّسا ، أي منع من التصرف في امواله ، ولا يتحقق الحِجْر عليه الا بشروط اربعة :

الاول : ان تكون ديونه ثابتة عند الحاكم .

الثاني : ان تكون امواله قاصرة عن ديونه ، ويحتسب من جملة امواله معوّضات الديون (١) .

الثالث : ان تكون حالّة .

الرابع : ان يلتمس الغرماء او بعضهم الحجر عليه . ولو ظهرت امارات الفلس ، لم يتبرع الحاكم بالحجر ، وكذا لو سأل هو الحجر . واذا حجر عليه ، تعلق به منع التصرف ، لتعلق حق الغرماء ، واختصاص كل غريم بعين ماله ، وقسمة أمواله بين غرمائه .

القَوْل

في : منع التصرف

ويُمنَع من التصرف ، احتياطاً للغرماء ، فلو تصرف (٢) ، كان

(١) التوضيح ٢ / ٣٤٤ : لانها ملكه ، وانما يكون لأهلها الخيار ، بعد الحجر . ومن جملة امواله ماله فى الذمم ، ولو مؤجلا ، الا ان تكون ميؤساً من استيفائها ؛ فلا تعد مالا .

(٢) المسالك ٢ / ٦٠ : أي تصرف فيما يمنع من التصرف فيه . . .

باطلاً ، سواء كان بعوض ، كالبيع والاجارة ، أو بغير عوض كالعتق والهبة : أما لو أقرّ بدين سابق صح ، وشارك المُقَرُّ له الغرماء : وكذا لو أقر بعين دُفِعَت الى المقر له ، وفيه تردد ، لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله : ولو قال : هذا المال مضاربةً لغائب ، قيل : يُقبل قوله مع يمينه (١) ويُقَرُّ في يده : وان قال لحاضر وصدّقه ، دُفِعَ اليه ، وان كذبه قُسِّمَ بين الغرماء : ولو اشترى بخيار ، وفُلِّس والخيار باق ، كان له اجازة البيع وفسخه ، لانه ليس بابتداء تصرف : ولو كان له حق ، فقَبَضَ دونَه ، كان للغرماء منعه : ولو اقرضه انسان مالاً بعد الحجر ، أو باعه بثمن في ذمته ، لم يشارك الغرماء وكان ثابتاً في ذمته : ولو أتلف مالاً بعد الحجر ، ضمن ، وضرب صاحب المال مع الغرماء . ولو أقرّ بمالٍ مطلقاً ، وجهل السبب ، لم يشارك المُقَرُّ له الغرماء ، لاحتماله مالا يستحق به المشاركة : ولا تحل الديون المؤجلة بالحجر (٢) ، وتحل بالموت :

القَوْل

في : اختصاص الغريم بعين ماله

ومن وجد منهم عينَ ماله ، كان له اخذها ، ولو لم يكن سواها : وله ان يضرب مع الغرماء بدينه ، سواء كان وفاءاً أو لم يكن ، على الأظهر :

---

(١) التوضيح ٢ / ٣٤٥ : لرفع التهمة ، ولا بأس به .

(٢) ن ٢ / ٣٤٦ : على المديون ، لان الحجر لا يسقطه عن كونه له ذمة ، فتبقى الديون المؤجلة في ذمته ، وماله الموجود يكون في مقابلة الحالة ، ولعدم الدليل على سقوط الاجل بالحجر .

أما الميت ، فغرماؤه سواءٌ في التركة ، إلا أن يترك نحواً مما عليه (١) فيجوز حينئذ لصاحب العين أخذها . وهل الخيار في ذلك على الفور ؟ قيل : نعم ، ولو قيل بالتراخي ، جاز . ولو وجد بعض المبيع سليماً ، أخذ الموجود بحصته من الثمن ، وضرب بالباقي مع الغرماء : وكـذا ان وجده معيباً بعيب ، قد استحق أرشه ، ضرب مع الغرماء بأرش النقصان (٢) .

أما لو عاب بشيء من قبل الله سبحانه ، أو جناية من المالك ، كان مخيراً بين أخذه بالثمن وتركه :

ولو حصل منه نماء منفصل ، كالولد واللبن ، كان النماء للمشتري ، وكان له أخذ الأصل بالثمن : ولو كان النماء متصلاً ، كالسمن أو الطول ، فزادت لذلك قيمته ، قيل له أخذه ، لأن هذا النماء يتبع الاصل ، وفيه تردد : وكذا لو باعه نخلاً وثمرتها قبل بلوغها ، وبلغت بعد التفليس :

أما لو اشترى حباً فزرعه وأحصد ، أو بيضة فأحضنها وصار منها فرخ ، لم يكن له أخذه ، لأنه ليس عين ماله : ولو باعه نخلاً حائلاً فأطلع ، أو أخذ النخل قبل تأبيره ، لم يتبعها الطلع :

وكذا لو باع أمة حائلاً فحملت ، ثم فُلِّس وأخذها البائع ، لم يتبعها الحمل (٣) : ولو باع شقصاً وفلّس المشتري ، كان للشريك المطالبة بالشفعة ، ويكون البائع اسوة مع الغرماء في الثمن :

---

(١) المسالك ٢ / ٦١ : المراد بالنحو هنا المثل ، بمعنى ان تكون تركته ، قدر ما عليه فصاعداً ، بحيث لا يحصل على باقي الغرماء قصور .

(٢) الروضة ٤ / ٢٨ : بان تنسب قيمة الناقص الى الصحيحة ، ويضرب من الثمن الذي باعه به بتلك النسبة ، كما هو مقتضى قاعدة الارش .

(٣) التوضيح ٢ / ٣٤٧ : بل يبقى حتى يولد ، فيأخذه المشتري .

ولو فلس المستأجر ، كان للمؤجر فسخ الاجارة (١) ولا يجب عليه امضاؤها ، ولو بذل الغرماء الأجرة .

ولو اشترى أرضاً ، فغرس المشتري فيها أو بنى ، ثم فُلِّسَ ، كان صاحب الارض أحق بها ، وليس له ازالة الغروس ولا الابنية . وهل له ذلك مع بذل الارش ؟ قيل : نعم ، والوجه المنع . ثم يباعان فيكون له ما قابل الارض ، وان امتنع بقيت له الارض ، وبيعت الغروس والابنية منفردة .

ولو اشترى زيتاً ، فخلطه بمثله ، لم يبطل حق البائع من العين ، وكذا لو خلطه بدونه ، لانه رضي بما دون حقه . ولو خلطه بما هو أجود ، قيل : يبطل حقه من العين ، ويضرب بالقيمة مع الغرماء .

ولو نسج الغزل ، أو قصر الثوب ، أو خبز الدقيق ، لم يبطل حق البائع من العين ، وكان للغرماء ما زاد بالعمل .

ولو صبغ الثوب ، كان شريكاً للبائع بقيمة الصبغ ، اذا لم ينقص قيمة الثوب به . وكذا لو عمل المفلَّس فيه ، عملاً بنفسه ، كان شريكاً للبائع بقدر العمل (٢) .

ولو أسلم في متاع ، ثم أفلس المسلَّم اليه ، قيل : إن وجد رأس ماله أخذه ، والا ضرب مع الغرماء بالقيمة ، وقيل : له الخيار بين الضرب بالثمن ، أو بقيمة المتاع ، وهو أقوى .

ولو أولد الجارية ، ثم فلِّس ، جاز لصاحبها انتزاعها وبيعها . ولو طالب بثمنها ، جاز بيعها في ثمن رقبتها ، دون ولدها (٣) .

---

(١) المسالك ٢ / ٦٢ : اذا افلس المستأجر ، ولم يكن قد دفع الاجرة ، جاز للمؤجر الفسخ واخذ العين المؤجرة ، تنزيلا للمنافع منزلة الاعيان .

(٢) التوضيح ٢ / ٣٤٨ : ان زادت به القيمة .

(٣) المسالك ٢ / ٦٤ : فهو حر على كل حال ، لانه ولد من سيدها ، حالة ملكه لها ، ولا سبيل لأحد عليه .

واذا جُنِيَ عليه خطأً ، تعلّق حق الغرماء بالديّة (١) : وان كان عمداً ، كان بالخيار بين القصاص ، وأخذ الدية إن بُذِلَت له : ولا يتعين عليه قبول الدية ، لانها اكتساب ، وهو غير واجب .

نعم ، لو كان له دار أو دابة ، وجب ان يؤاجرها (٢) . وكذا لو كانت مملوكة له ، ولو كانت أم ولد :

واذا شهد للمفلّس شاهدٌ بمال ، فان حلف استحق : وإن امتنع، هل يحلف الغرماء ؟ قيل : لا ، وهو الوجه ، وربما قيل : بالجواز ، لان في اليمين إثبات حق للغرماء :

واذا مات المفلس حلّ ما عليه ، ولا يحل ما له ، وفيه رواية أخرى مهجورة . ويُنْظَرَ المُعْسِر ، ولا يجوز إلزامه ولا مؤاجرته ، وفيه رواية اخرى مطروحة .

القَوْل

في : قسمة ماله

يستحب : إحضار كل متاع في سوقه ، ليتوفر الرغبة ، وحضور الغرماء تعرضاً للزيادة : . وان يبدأ ببيع ما يخشى تلفه ، وبعده بالرهن ، لانفراد المرتهن به : . وأن يُعَوَّل على مناد يرتضي به الغرماء والمفلس دفعاً للتهمة ، فان تعاسروا عيّن الحاكم .

واذا لم يوجد من يتبرع بالبيع ، ولا بُذِلَت الاجرة من بيت المال ،

---

(١) التوضيح ٢ / ٣٤٩ : لانها ماله ، وليس له العفو ، لانه تصرف بالمال .

(٢) المسالك ٢ / ٦٤ : بأن تكون موقوفة ، وهي زائدة على ما يستثنى . . .

وجب أخذها من مال المفلس ، لان البيع واجب عليه ، ولا يجوز تسليم مال المفلس الا مع قبض الثمن ؛ وان تعاسرا تقابضا معاً ؛

ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة ، قيل : يجعل في ذمة مَلِيّ احتياطاً ، وإلا جُعِل وديعة ، لأنه موضع ضرورة ؛

ولا يجبر المفلس على : بيع داره التي يسكنها ، ويباع منها ما يفضل عن حاجته ؛ وكذا أمته التي تخدمه ؛

ولو باع الحاكم أو أمينه مال المفلس ، ثم طُلِبَ بزيادة ، لم يفسخ العقد ؛ ولو التمس من المشتري الفسخ ، لم يجب عليه الاجابة ، لكن تستحب ،

ويجري عليه نفقته ونفقة من يجب عليه نفقته وكسوته ، ويتبع في ذلك عادة امثاله (١) ، الى يوم قسمة ماله ، فيعطى هو وعياله نفقة ذلك اليوم ؛

ولو مات ، قُدِّم كفنُه (٢) على حقوق الغرماء ، ويقتصر على الواجب منه ؛

مسائل ثلاث :

الاولى : اذا قسَّم الحاكم مال المفلس ، ثم ظهر غريم ، نقضها وشاركهم الغريم .

الثانية : اذا كان عليه ديون حالَّة ومؤجلة ، قَسَّم امواله على الحالَّة خاصة ؛

---

(١) المسالك ٢ / ٦٤ : المراد بعادة امثاله ، من هو في مثل شرفه وصفته وباقي أوصافه ، بحسب ما هو عليه .

(٢) التوضيح ٢ / ٣٥٠ : ومؤنة تغسيله ودفنه .

الثالثة : اذا جنى عبد المفلَّس ، كان المجني عليه أَولى به ، ولو أراد مولاه فكَّه ، كان للغرماء منعه .

ويلحق بذلك

النظر في حبسه

لا يجوز حبس المُعْسِر ، مع ظهور إعساره .

ويثبت ذلك بموافقة الغريم ، أو قيام البيِّنة . فان تناكرا (١) ، وكان له مال ظاهر ، أُمِرَ بالتسليم : فان امتنع ، فالحاكم بالخيار بين حبسه حتى يُوفي ، وبيع امواله وقسمتها بين غرمائه .

وان لم يكن له مال ظاهر ، وادّعى الإعسار ، فان وَجَدَ البينة قَضَى بها ، وان عدمها ، وكان له اصل مال ، أو كان أصل الدعوى مالاً (٢) ، حُبِسَ حتى يثبت اعساره .

واذا شهدت البينة (٣) ، بتلف أمواله ، قضى بها ، ولم يُكَلَّف اليمين ، ولو لم تكن البينة مُطَّلِعة على باطن أمره .

أما لو شهدت ، بالاعسار مطلقاً (٤) ، لم يقبل حتى يكون مطلِّعة على أموره بالصحبة المؤكدة ، وللغرماء إحلافه دفعاً للاحتمال الخفي .

---

(١) المسالك ٢ / ٦٥ : أي لو تناكر الغريم والمديون في الاعسار ، بان ادعاه المديون وانكره الغريم .

(٢) التوضيح ٢ / ٣٥١ : أي أو كان أصل الدعوى ،الثابتة شرعاً، مالا (بتصرف) .

(٣) المسالك ٢ / ٦٥ : للمديون بالاعسار . . .

(٤) ن : أي من غير تعرض لتلف أمواله .

وإن لم يُعلَم له أصل مال ، وادّعى الاعسار قبلت دعواه ، ولا يكلف البينة ، وللغرماء مطالبته باليمين : واذا قُسِّم المال بين الغرماء ، وجب اطلاقه (١) .

وهل يزول الحجر عنه بمجرد الأداء ، أم يفتقر الى حكم الحاكم ؟ الاولى أنه يزول بالاداء ، لزوال سببه :

---

(٥) المسالك ٢ /٦٥ : أي اطلاقه من الحبس إن كان محبوساً ، ولا يختص ذلك بالمفلس ، كما كثر الاحكام السابقة ، واما اطلاق المحجور من الحجر ، بمعني فك حجره ، فسيأتي الكلام فيه.

كتاب الحجر

الحجر :

هو : المنع : والمحجور شرعاً هو الممنوع من التصرف في ماله :
والنظر في هذا الباب يستدعي فصلين :

الأوّل

في : موجباته

وهي ستة : الصغر ، والجنون ، والرق ، والمرض (١) ، والفلس، والسفه.

أما الصغير :

فمحجور عليه ، ما لم يحصل له وصفان : البلوغ والرشد .

* الوصف الاول : البلوغ *

ويعلم بلوغه : بانبات الشعر الخشن على العانة ، سواء كان مسلماً أو مشركاً :

وخروج المني : الذي يكون منه الولد (٢) ، من الموضع المعتاد ، كيف كان (٣) . ويشترك في هذين (٤) ، الذكور والإناث :

---

(١) الروضة ٤ / ١٠١ : المتصل بالموت .

(٢) المسالك ٢/٦٦ : ظاهر العبارة ، ان المني ينقسم قسمين : ما يكون منه الولد، وما لا يكون ، وان البلوغ لا يتحقق الا بالاول ...

(٣) التوضيح ٢ / ٢٥٢ : بيقضة أو نوم .

(٤) ن : العلامتين .

وبالسِّن : وهو بلوغ خمس عشرة سنة للذكر ؛ وفي أُخرى (٥) اذا بلغ عشراً وكان بصيراً ، أو بلغ خمسة اشبار جازت وصيته ، وآقتُصَّ منه ، واُقيمت عليه الحدود الكاملة ؛ : والانثى بتسع ؛

أما الحمل والحيض ، فليسا بلوغاً في حق النساء ، بل قد يكونان دليلاً على سبق البلوغ ؛

تفريع

الخنثى المُشكِل ، إن خرج منيُّه من الفرجين ، حُكِمَ ببلوغه . وإن خرج من احدهما لم يحكم به : ولو حاض من فرج الإناث ، وأمنى من فرج الذكور ، حُكِمَ ببلوغه ؛

الوصف الثاني : الرشد

وهو أن يكون مصلِحاً لِمَالِهِ ؛ وهل يعتبر العدالة ؟ فيه تردد ؛

واذا لم يجتمع الوصفان كان الحجر باقياً : وكذا لو لم يحصل الرشد ، ولو طعن في السن ؛

ويعلم رشده : باختباره بما يلائمه من التصرفات ، ليعلم قوته على المكايسة في المبايعات ، وتحفُّظِهِ من الانخداع ؛

وكذا تختبر الصبية ورشدها ، ان تتحفظ من التبذير ، وان تعتني بالاستغزال مثلاً والاستنتاج (١) ، ان كانت من أهل ذلك ، أو بما يضاهيه من الحركات المناسبة لها ؛

---

(١) أي في رواية أخرى .

(٢) المسالك ٢ /٦٧ : وانما تختبر بما يلائم عادة أمثالها من الاعمال ، كالغزل والخياطة ، وشراء آلاتها المعتادة لامثالها بغير غبن ، وحفظ مال يستحصل فى يدها من ذلك ، وحفظ ما يليه من آلات البيت واسبابه . . .

ويثبت الرشد بشهادة الرجال في الرجال (١) ، وبشهادة الرجال والنساء في النساء ، دفعاً لمشقة الاقتصار (٢) :

وأما السفيه :

فهو الذي يصرف امواله في غير الأغراض الصحيحة : فلو باع والحال هذه ، لم يمض بيعه : وكذا لو وهب او أقرّ بمال ، نعم ، يصح طلاقه ، وظهاره ، وخلعه ، وإقراره بالنسب ، وبما يُوجِب القصاص (٣)، إذ المقتضي للحجر صيانة المال عن الإتلاف . ولا يجوز تسليم عوض الخلع إليه :

ولو وكّله اجنبي في بيع أو هبة ، جاز ، لأن السفه لم يسلبه أهلية التصرف : ولو اذن له الولي في النكاح ، جاز : ولو باع فأجاز الولي(٤) ، فالوجه الجواز ، للأمن من الإنخداع :

والمملوك :

ممنوع من التصرفات الا باذن المولى :

---

(١) الروضه ٤ / ١٠٤ : والمعتبر في شهادة الرجال اثنان ، وفى النساء أربع .

(٢) المسالك ٢ / ٦٨ : لأن رشد المرأة مما لا يطلع عليه الرجال غالباً ، فلو اقتصرنا فى ثبوت رشدهن على شهادة الرجال،لزم الحرج والضيق ، واليه اشار بقوله دفعاً لمشقة الاقتصار .

(٣) الروضة ٤ / ١٠٥ : لانه لا يتضمن اخراج مال (بتصرف) .

(٤) المسالك ٢ / ٦٩ : ويفهم من قوله : وان لم يكن كذلك حلله الولي ، ان احرامه ينعقد على كل حال . . .

والمريض :

ممنوع من الوصية ، بما زاد عن الثلث إجماعاً ، ما لم يُجِز الورثة :
وفي منعه من التبرعات المنجَّزة ، الزائدة عن الثلث ، خِلاف بيننا ،
والوجه المنع :

الفصل الثاني

في : احكام الحجر

وفيه مسائل :

الاولى : لا يثبت حجر المفلس ، الا بحكم الحاكم : وهل يثبت في السفيه بظهور سفهه ؟ فيه تردد ، والوجه انه لا يثبت : وكذا لا يزول الا بحكمه :

الثانية : اذا حُجِرَ عليه ، فبايعه انسان ، كان البيع باطلاً : فان كان المبيع موجوداً ، استعاده البائع : وإن تلف ، وقبضه باذن صاحبه ، كان تالفاً ، وان فُكَّ حجره : ولو أودعه وديعةً ، فأتلفها ، ففيه تردد ، والوجه أنه لا يضمن :

الثالثة : لو فُكَّ حجره ، ثم عاد مبذِّراً ، حُجِرَ عليه : ولو زال ، فُكَّ حجره : ولو عاد ، عاد الحجر : وهكذا دائماً :

الرابعة : الولاية في مال الطفل والمجنون ، للأب والجد للأب .

فان لم يكونا فللوصي ، فان لم يكن فللحاكم : أما السفيه والمفلّس ، فالولاية في مالهما للحاكم لا غير .

الخامسة : إذا أحرم بحجة واجبة ، لم يمنع مما يحتاج اليه ، في الاتيان بالفرض : وإن أحرم تطوعاً ، فان استوت نفقته سفراً وحضراً ، لم يمنع : وكذا إن امكنه تَكَسُّب ما يحتاج اليه : ولو لم يكن كذلك ، حلّله الولي.

السادسة : إذا حلف ، انعقدت يمينه : ولو حنث كَفَّرَ بالصوم ، وفيه تردد :

السابعة : لو وجب له القصاص ، جاز أن يعفو : ولو وجب له دية ، لم يجز :

الثامنة : يُختَبَرَ الصبي قبل بلوغه : وهل يصح بيعه ؟ الأشبه أنه لا يصح :

كتاب الضمان

* الضمان * :

وهو عقد شُرِّع للتعهد بمال أو نفس .

والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال ، وقد لا يكون:

فهنا ثلاثة أقسام :

القسم الأول

في : ضمان المال

ممن ليس عليه للمضمون عنه مال :

وهو المُسَمَّى بالضمان بقول مطلق .

وفيه بحوث ثلاثة :

الاول : في الضامن

ولابد ان يكون : مكلّفاً ، جائز التصرف :

فلا يصح : ضمان الصبي ، ولا المجنون .

ولو ضمن المملوك ، لم يصح ، الا باذن مولاه : ويثبت ما ضمنه في ذمته لا في كسبه (١) ، إلا أن يشترطه في الضمان باذن مولاه .

(١) لانه يعتبر من مال مولاه .

وكذا لو شرطه ، ان يكون الضمان من مال معين (١) :

ولا يشترط علمه (٢) : بالمضمون له ، ولا المضمون عنه ، وقيل : يُشترط ، والأول أشبه : لكن لابد ان يمتاز المضمون عنه عند الضامن ، بما يصح معه القصد الى الضمان عنه : ويشترط رضا المضمون له ، ولا عبرة برضا المضمون عنه ، لأنّ الضمان كالقضاء : ولو انكر بعد الضمان لم يبطل ، على الاصح :

ومع تحقق الضمان ، ينتقل المال الى ذمة الضامن ، ويبرأ المضمون عنه ، وتسقط المطالبة عنه : ولو أبرأ المضمون له ، المضمون عنه ، لم يبرأ الضامن ، على قول مشهور لنا :

ويشترط فيه الملاءة (٣) ، أو العلم بالاعسار (٤) : أما لو ضمن ، ثم بَانَ إعساره ، كان للمضمون له فسخ الضمان ، والعود على المضمون عنه :

والضمان المؤجل جائز اجماعاً ، وفي الحالّ تردد ، أظهره الجواز : ولو كان المال حالاً ، فضمنه مؤجلا ، جاز وسقطت مطالبة المضمون عنه، ولم يُطالَبْ الضامن الا بعد الأجل : ولو مات الضامن ، حلّ واُخِذَ من تركته : ولو كان الدين مؤجلاً الى اجل ، فضمنه الى ازيد من ذلك الأجل ، جاز .

---

(١) المسالك ٢ / ٧٠ : أي شرط الضامن كون ضمانه من مال معين من امواله ، فانه يصح الضمان ، وينحصر وجوب الأداء فيه ، لعموم قوله (ص) (المؤمنون عند شروطهم) .

(٢) الروضة ٤ / ١١٤ : بالمستحق للمال المضمون ، وهو المضمون له بنسبه أو وصفه ، لأن الغرض ايفاؤه الدين ؛ وهو لا يتوقف على ذلك .

(٣) ن ٤ / ١٢١ - ١٢٢ : أي فى الضامن الملاءة بان يكون مالكاً لما يوفي به الحق المضمون ؛ فاضلا عن المستثنيات فى وفاء الدين .

(٤) أي علم المستحق باعسار الضامن حين الضمان .

ويرجع الضامن على المضمون عنه ، بما أدّاه ان ضمن باذنه ، ولو أدّى بغير اذنه : ولا يرجع اذا ضمن بغير اذنه ، ولو أدى باذنه :

وينعقد الضمان ، بكتابة الضامن ، مُنضَمَّةً الى القرينة الدالة ، لامجردة .

الثاني : في الحق المضمون

وهو كل مال ثابت في الذمة ، سواء كان مستقراً كالبيع بعد القبض والقضاء الخيار ، أو معرّضاً للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن :

ولو كان قبله ، لم يصح ضمانه عن البائع : وكذا ما ليس بلازم ، لكن يؤول الى اللزوم ، كَمَال الجُعالة قبل فعل ما شُرِط ، وكَمَال السَبْق والرماية ، على تردد :

وهل يصح ضمان مال الكتابة ، قيل : لا ، لانه ليس بلازم ، ولا يؤول الى اللزوم : ولو قيل : بالجواز كان حسناً ، لتحققه في ذمة العبد ، كما لو ضمن عنه مالاً غير مال الكتابة :

ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة ، لاستقرارها في ذمة الزوج دون المستقبلة :

وفي ضمان الأعيان المضمونة ، كالغَصب ، والمقبوضة بالبيع الفاسد ، تردد ، والأشبه الجواز :

ولو ضمن ما هو أمانة ، كالمضاربة والوديعة ، لم يصح ، لانها ليست مضمونة في الاصل : ولو ضمن ضامن ، ثم ضمن عنه آخر ، هكذا الى عدة ضُمَنَاء ، كان جائزاً :

ولا يشترط العلم بكمية المال ، فلو ضمن ما في ذمته صح ، على الأشبه : ويلزمه ما تقوم البينة به ، أنه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان ، لا ما يوجد في كتابٍ : ولا يقرّ به المضمون عنه ، ولا ما يحلف عليه

المضمون له ، بِرَدّ اليمين (١) :

أما لو ضمن ما يشهد به عليه ، لم يصح ، لانه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان :

الثالث : في اللواحق

وهي مسائل :

الاولى : اذا ضمن عهدة الثمن ، لزمه دَرَكه (٢) ، في كل موضع يثبت بطلان البيع من رأس (٣) . أما لو تجدّد الفسخ بالتقايل ، أو تلف المبيع قبل القبض ، لم يُلْزَم الضامن ورجع على البائع : وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق (٤) : أما لو طالب بالارش ، رجع على الضامن ، لأن استحقاقه ثابت عند العقد ، وفيه تردد .

الثانية : اذا خرج المبيع مستحِقّا ، رجع على الضامن . أما لو خرج بعضه ، رجع على الضامن بما قابل المستحق ، وكان في الباقي بالخيار ، فان فسخ رجع بما قابله على البائع خاصة :

---

(١) المسالك ٢ / ٧٣ : من المضمون عنه ؛ لان الخصومة حينئذ مع الضامن والمضمون عنه ؛ فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة غيره .

(٢) الروضة ٤ / ١٢٣ : أي لو ضمن للمشتري عهدة الثمن ؛ على تقدير الاحتياج الى رده لزمه ضمانه (بتصرف) .

(٣) ن : كتخلف شرط ؛ أو اقتران شرط فاسد ؛ كما لو شرط في البيع ارتكاب محرم ؛ كشرب الخمر مثلا (جمعاً بين المتن والهامش) .

(٤) المسالك ٢ / ٧٤ : أي لا يدخل ذلك في ضمان العهدة ؛ فلا يلزم الضامن الثمن على تقدير الفسخ بالعيب ؛ بل يطالب البايع . . .

الثالثة : اذا ضمن ضامن للمشتري ، دَرَك ما يحدث من بناء أو غرس ، لم يصح ، لانه ضمان ما لم يجب ، وقيل : كذا لو ضمنه البائع والوجه الجواز ، لانه لازم بنفس العقد .

الرابعة : اذا كان له على رَجُلين مال ، فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه ، تحول ما كان على كل واحد منهما الى صاحبه : ولو قضى احدهما ما ضمنه ، بَرِءَ وبقي على الآخر ما ضمنه عنه : ولو أبرأ الغريم أحدهما ، بَرِءَ ممّا ضمنه دون شريكه .

الخامسة : اذا رضي المضمون له ، من الضامن ببعض المال ، أو أبرأه من بعضه ، لم يرجع على المضمون عنه إلا بما أداه : ولو دفع عوضاً (١) عن مال الضمان (٢) ، رجع بأقل الامرين (٣) .

السادسة : اذا ضمن عنه ديناراً باذنه ، فدفعه الى الضامن (٤) ، فقد قضى ما عليه (٥) : ولو قال : إدفعه الى المضمون له فدفعه ، فقد بَرِئَا (٦) : ولو دفع المضمون عنه الى المضمون له ، بغير إذن الضامن ، بَرِءَ الضامن والمضمون عنه .

السابعة : اذا ضمن باذن المضمون عنه ، ثم دفع ما ضمن ، وانكر المضمون له القبض ، كان القول قوله مع يمينه . فان شهد المضمون عنه

---

(١) وفي (هـ ٢ / ١٢٧) : عرضاً .

(٢) أي دفع الضامن متاعاً بدل النقد .

(٣) الروضة ٤ / ١٢١ : أي رجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين من قيمة المتاع ومن قيمة الدين (جمعاً بين المتن والهامش بتصرف) .

(٤) المسالك ٢ / ٧٥ : أي ابتدأ المديون ودفع الدين الى الضامن .

(٥) ن : المراد انه تخلص من الحق .

(٦) ن : أي قال الضامن للمضمون عنه ؛ إدفعه أنت . . .

للضامن ، قُبِلت شهادته مع انتفاء التهمة ، على القول بانتقال المال . ولو لم يكن مقبولاً (١) ، فحلف المضمون له ، كان له مطالبة الضامن مرة ثانية ، ويرجع الضامن على المضمون عنه ، بما أداه أولاً ؛ ولو لم يشهد المضمون عنه ، رجع الضامن بما أداه أخيراً ؛

الثامنة : اذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه ، خرج ما ضمنه من ثلث تركته ، على الاصح .

التاسعة : اذا كان الدين مؤجلاً ، فضمنه حالاً ، لم يصح ؛ وكذا لو كان الى شهرين ، فضمنه الى شهر ، لان الفرع لا يُرَجَّح على الأصل، وفيه تردد ؛

القسم الثاني

في : الحوالة

والكلام : في العقد وفي شروطه واحكامه

أما الأول :

فالحوالة عقد شُرِّع لتحويل المال ، من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله .

*** وأما شروطه * :**

ويشترط فيها : رضا المحيل ، والمحال عليه ، والمحتال ؛ ومع تحققها، يتحول المال الى ذمة المحال عليه ، ويبرأ المحيل وإن لم يبرأه المحتال ، على الأظهر؛

(١) المسالك ٢ / ٧٥ : إما لعدم عدالته ؛ أو للتهمة .

ويصح ان يحيل على من ليس عليه دين ، لكن يكون ذلك بالضمان اشبه . واذا أحاله على المليّ ، لم يجب القبول ؛ لكن لو قبـل لزم ، وليس له الرجوع ولو افتقر ؛

أما لو قبل الحوالة جاهلاً بحاله ، ثم بان فقره وقت الحوالة(١) ، كان له الفسخ والعود على المحيل . واذا أحال بما عليه ، ثم أحال المحال عليه بذلك الدين ، صح . وكذا لو ترامت الحوالة ؛ واذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة، فان كان بمسألة المحال عليه ، رجع عليه ؛ وان تبرع ، لم يرجع ، ويبرأ المحال عليه ؛

ويشترط في المال ان يكون معلوماً ثابتـاً في الذمة ، سواء كان له مِثل كالطعام ، أو لا مِثل له كالعبد والثوب .

ويشترط : تساوي المالين ، جنساً ووصفاً ، تفصّياً من التسلط على المحال عليه ، اذ لا يجب ان يدفع الا مثل مـا عليه ، وفيه تردد . ولو أحال عليه ، فقَبل وأدّى ، ثم طالب بما أداه ، فادعى المحيل انه كان له عليه مال ، وأنكر المحال عليه ، فالقول قوله مع يمينه ، ويرجع على المحيل؛

وتصح الحوالة بمال الكتابة ، بعد حلول النجم ؛ وهل تصح قبله ؟ قيل : لا ؛

ولو باعه السيد سلعةً ، فأحاله بثمنها ، جاز ؛ ولـو كان له على أجنبي دين ، فأحال عليه بمال الكتابة صح ، لأنه يجب تسليمه ؛

---

(١) المسالك ٢ / ٧٦ : المراد بالفقير هنا الاعسار ، وان كان أعم منه ، والا فيجوز كونه فقيراً بالمعنى المتعارف ، وموسراً بالمعنى المعتبر في الدين ؛ والمعتبر بيساره واعساره وقت الحوالة . . .

وأما احكامه :

فمسائل :

الأولى : اذا قال أحلتُك عليه فقبض ، فقال المحيل : قصدت الوكالة، وقال المحتال : انما احلتني بما عليك . فالقول قول المحيل ، لأنه أعرف بلفظه ، وفيه تردد ؛ أما لو لم يقبض واختلفا ، فقال : وكلتك ، فقال: بل أحلتني [بما عليك] (١) ، فالقول قول المحيل قطعاً ، ولو انعكس الفرض ، فالقول قول المحتال ؛

الثانية : اذا كان له دينٌ على اثنين ، وكلٌ منهما كفيلٌ لصاحبه ، وعليه لآخر مثل ذلك ، فأحاله عليهما صح ، وإن حصل الرفق في المطالبة ؛

الثالثة : اذا أحال المشتري البائع بالثمن ، ثم ردَّ المبيع بالعيب السابق ، بطلت الحوالة ، لانها تتبع البيع ، وفيه تردد . فان لم يكن البائع قبض المال ، فهو باق في ذمة المحال عليه للمشتري ؛ وان كان البائع قبضه ، فقد برِءَ المحال عليه ، ويستعيده المشتري من البائع . أما لو أحال البائع اجنبياً بالثمن على المشتري ، ثم فسخ المشتري بالعيب ، أو بأمر حادث ، لم تبطل الحوالة ، لانها تعلقت بغير المتبايعين (٢) . ولو ثبت بطلان البيع (٣) ، بطلت الحوالة في الموضعين ؛

---

(١) هذه الزيادة وردت في (٢٨ / ١٢٨) فقط .

(٢) المسالك ٢ / ٧٨ : حيث ان الثمن صار مملوكاً للمحتال الاجنبي قبل فسخ العقد.

(٣) ن : أي في موضع احالة المشتري البايع ، واحالة البايع الاجنبي على المشتري...

القسم الثالث

في : الكفالة (١)

ويعتبر رضا الكفيل والمكفول له ، دون المكفول عنه . وتصح حالّة ومؤجلة ، على الأظهر : ومع الإطلاق تكون معجلة (٢) :

واذا اشترط الأجل ، فلابد ان يكون معلوماً :

وللمكفول له ، مطالبة الكفيل بالمكفول عنه عاجلاً ، ان كانت مطلقة أو معجّلة ، وبعد الأجل ان كانت مؤجلة : فان سلّمه تسليماً تاماً ، فقد بَرِءَ (٣) : وان امتنع ، كان له حبسه حتى يحضره ، أو يؤدي ما عليه (٤) . ولو قال : إن لم احضره ، كان علي كذا ، لم يلزمه ، الا احضاره دون المال : ولو قال : عليّ كذا الى كذا ، ان لم احضره، وجب عليه ما شرط من المال .

---

(١) الروضة ٤ / ١٥١ : وهي التعهد بالنفس ؛ أي التزام احضار المكفول متى طلبه المكفول له .

(٢) كذلك في (ب ٢ / ٧٩) معجلة ؛ أما فى (ه ٢ / ١٢٩) ف : مؤجلة .

(٣) المسالك ٢ / ٧٩ : المراد بالتسليم التام ؛ ان يكون فى الوقت والمكان المعين ؛ ان عيناهما في العقد ؛ أو في بلد العقد مع الاطلاق ؛ ولا يكون للمكفول له مانع من تسلمه ؛ بان لا يكون في يد ظالم، ولا متغلب يمنعه منه . . .

(٤) الروضة ٤ / ١٥٢ - ١٥٣ : أي ولو امتنع الكفيل من تسليمه ؛ الزمه الحاكم به ؛ فان أبى فللمستحق طلب حبسه من الحاكم حتى يحضره ؛ أو يؤدي ما عليه إن أمكن أداؤه عنه كالدين . . .

ومن اطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً ، ضمن إحضاره أو أداء ما عليه : ولو كان قاتلاً ، لزمه احضاره ، أو دفع الديّة . ولابد من كون المكفول معيناً ، فلو قال : كفلت أحد هذين ، لم يصح ، وكذا لو قال : كفلت بزيد أو عمرو : وكذا لو قال : كفلت بزيد ، فان لم آت به فبعمرو .

ويلحق

بهذا الباب

مسائل :

الأولى : إذا أُحضِرَ الغريم قبل الأجل ، وجب تسلُّمه ، اذا كان لا ضرر عليه : ولو قيل : لا يجب ، كان اشبه : ولو سلمه ، وكان ممنوعاً من تسلُّمِهِ بيد قاهرة ، لم يبرأ الكفيل . ولو كان محبوساً في حبس الحاكم وجب تسلمه ، لأنه متمكن من استيفاء حقه : وليس كذلك لو كان في حبس ظالم :

الثانية : إذا كان المكفول عنه غائباً (١) ، وكانت الكفالة حالّة ، أُنظِرَ بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه والعود به : وكذا إن كانت مؤجلة ، أُخِّرَ بعد حلولها بمقدار ذلك .

---

(١) المسالك ٢ / ٨٠ : المراد من الغائب هنا ، من يعرف موضعه ، ولم ينقطع خبره ، فلو لم يعرف لانقطاع خبره ، لم يكلف الكفيل احضاره لعدم الامكان ، فلا شيء عليه ، لانه لم يكفل المال ولم يقصر فى الاحضار .

الثالثة : اذا تكفّلَ بتسليمه مطلقاً ، انصرف الى بلد العقد . وان عيّن موضعها لزم : ولو دفعه في غيره لم يبرأ . وقيل : اذا لم يكن في نقله كُلفة ، ولا في تسلمه ضرر ، وجب تسلمه ، وفيه تردد .

الرابعة : لو اتفقا على الكفالة ، وقال الكفيل لا حق لك عليه ، كان القول قول المكفول له ، لأن الكفالة تستدعي ثبوت حق :

الخامسة : اذا تكفل رجلان برجل ، فسلّمه أحدهما ، لم يبرأ الآخر : ولو قيل بالبراءة ، كان حسناً : ولو تكفّل لرجلين برجل ، ثم سلمه الى احدهما ، لم يبرأ من الآخر (١) :

السادسة : اذ مات المكفول ، بَرِءَ الكفيل : وكذا لو جاء المكفول وسلّم نفسه ٥

فرع

لو قال الكفيل(٢) : أبرأتَ المكفول ، فأنكر المكفول له ، كان القول قوله : فلو رد اليمين الى الكفيل فحلف ، بَرِءَ من الكفالة ، ولم يبرأ المكفول من المال :

السابعة : لو كفل الكفيلَ آخرُ ، وترامت الكفلاء ، جاز .

الثامنة : لا تصح كفالة المكاتَب ، على تردد (٣) :

---

(١) الروضة ٤ / ١٦٣ : لأن العقد الواحد هنا بمنزلة عقدين ؛ كما لو تكفل لكل واحد على انفراده ؛ أو ضمن دينين لشخصين ؛ فأدى دين أحدهما ، فانه لا يبرأ من دين الآخر ؛ بخلاف السابق ؛ فان الغرض من كفالتهما لواحد احضاره ؛ وقد حصل .

(٢) للمكفول له .

(٣) ش ٢ / ١٢٩ / ه : من جواز فسخ الكتابة فلا يصح ؛ ومن جواز عقد المكاتبة المشروطة (ع ل) .

التاسعة : لو كفل برأسه ، أو بدنه ، أو بوجهه(١) ، صح ، لأنه قد يعبر بذلك عن الجملة عرفاً . ولو تكفّل بيده أو رِجْلِهِ واقتصر ، لم يصح ، إذ لا يمكن إحضار ما شرط مجرّداً ، ولا يسري الى الجملة .

---

(١) المسالك ٢ / ٨١ : والحق بهما العلامة الكبد ، والقلب ، وكل عضو لا تبقى الحياة بدونه . . .

كِتَابُ الصُّلْحِ

الصلح * :

وهو عقد شُرِّعَ لقطع التجاذب ، وليس فرعاً على غيره (١) ، ولو أفاد فائدته .

ويصح مع الإقرار والإنكار ، إلا ما أحلَّ حراماً أو حرّم حلالاً .

وكذا يصح مع علم المصطلحَيْن : بما وقعت المنازعة فيه ، ومع جهالتهما به ، دَيْناً كان أو عيناً .

وهو لازم من الطرفين ، مع استكمال شرائطه ، الا ان يتّفقا على فسخه :

واذا اصطلح الشريكان ، على ان يكون الربح والخسران على احدهما ، وللآخر رأس ماله ، صح . ولو كان معهما درهمان ، فادّعاهما أحدهما ، وادعى الاخر أحدهما ، كان لمدعيهما درهم ونصف ، وللآخر ما بقي (٢) : وكذا لو أودعه انسان درهمين ، وآخر درهماً ، وامتزج الجميع ، ثم تلف درهم :

ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً ، ولآخر ثوب بثلاثين درهماً ، ثم اشتبها ، فان خيّر أحدهما صاحبه فقد أنصفه . وإن تعاسرا بِيعَا ، وقسّم ثمنهما بينهما ، فأُعطي صاحب العشرين سهمين من خمسة ، وللآخر ثلاثة : وإذا بانَ احد العوضين مستحقاً ، بطل الصلح . ويصح الصلح على عين بعين أو منفعة ، وعلى منفعة بعين أو منفعة : ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح ، ولم يكن فرعاً للبيع :

---

(١) الروضة ٤ / ١٧٥ : لاصالة عدم الفرعية ، لا فرع البيع ، والهبة ، والاجارة ، والعارية ، والابراء ، كما ذهب اليه الشيخ في المبسوط « بتصرف » .

(٢) ن ٤ / ١٨٢ : لاعترافه باختصاص غريمه بأحدهما ، ووقوع النزاع فى الآخر مع تساويهما فيه يداً ، فيقسم بينهما بعد حلف كل منهما لصاحبه على استحقاق النصف...

ولا يعتبر فيه ما يعتبر في الصرف ، على الاشبه (١) .

ولو اتلف على رجل ثوباً قيمته درهم ، فصالحه عنه على درهمين صح ، على الأشبه ، لأن الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم :

ولو ادعى داراً ، فأنكر من هي في يده ، ثم صالحه المنكر على سكنى سنة ، صح (٢) ، ولم يكن لأحدهما الرجوع (٣) : وكذا لو أقرّ له بالدار ، ثم صالح ، وقيل : له الرجوع ، لأنه هنا فرع العارية ، والأول أشبه : ولو ادعى اثنان ، داراً في يـد ثالث ، بسبب موجبٍ للشركة كالميراث ، فصدّق المدّعَى عليه احدهما ، وصالحه على ذلك النصف بعوض ، فان كان باذن صاحبه ، صح الصلح في النصف أجمـع ، وكان العوض بينهما ، وان كان بغير اذنه ، صح في حقه وهو الربع ، وبطل في حصة الشريك ، وهو الربع الآخر :

أما لو ادعى كل واحد منهما النصف ، من غير سببٍ موجب للشركة ، لم يشتركا فيما يُقِرُّ به لأحدهما :

ولو ادعى عليه فانكر ، فصالحه المدّعَى عليه على سقي زرعه أو شجره بمائه ، قيل : لا يجوز ، لأن العوض هو الماء وهو مجهول ، وفيه وجه آخر ، مأخذه جواز بيع ماء الشرب .

أما لو صالحه ، على إجراء الماء على سطحه أو ساحته ، صح ، بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه .

---

(١) المسالك ٢ / ٨٣ : الخلاف في ذلك مع الشيخ ، حيث جعله فرعاً على البيع في نقل الاعيان بعوض ، فيلحقه حكمه ، ولو كان العوضان من الاثمان ، لحقه حكم الصرف . . .

(٢) الروضة ٤ / ١٨١ : للاصل ، اي اصالة الصحة في العقود « جمعاً بين المتن والهامش».

(٣) ن : لما تقدم من أنه عقد لازم ، وليس فرعاً على غيره .

واذا قال المدعى عليه ، صالحني عليه ، لم يكن إقراراً ، لأنه قد يصح مع الانكار . أما لو قال : بعني أو ملّكني ، كان إقراراً (١) .

ويلحق بذلك

احكام النزاع في الاملاك

وهي مسائل :

« الأولى » : يجوز إخراج الرواشن والأجنحة الى الطرف النافذة (٢) ، اذا كانت عالية لا تضر بالمارة ، ولو عارض فيها مسلم ، على الأصح . ولو كانت مضرة ، وجب إزالتها . ولو آظلّم بها الطريق ، قيل : لا يجب ازالتها ، ويجوز فتح الأبواب المستجدّة فيها . أما الطرق المرفوعة ، فلا يجوز إحداث بابٍ فيها ، ولا جناحٍ ولا غيره ، إلا باذن اربابه ، سواء كان مضراً او لم يكن ، لانه مختص بهم . وكذا لو أراد فتح بابٍ لا يَستطرق فيه ، دفعاً للشبهة (٣) . ويجوز فتح الروازن والشبابيك ، ومع إذنهم فلا اعتراض لغيرهم . ولو صالحهم على احداث روشن ، قيل:

---

(١) المسالك ٢ / ٨٤ : لانه صريح فى التماس التمليك ، وهو ينافي كونه ملكاً له ، لاستحالة تحصيل الحاصل . . .

(٢) ش ٢/١٣٠ / هـ : الروشن ؛ وهو ان يخرج أخشاباً الى الدرب ، سواء يبنى عليها أو لا . . والاجنحة ؛ هي ان يخرج اخشاباً الى الدرب ، ويبني عليها ، ويجعل لها قوائم من الاسفل . . . « شيخ علي » .

(٣) المسالك ٢ / ٨٤ : أي لشبهة استحقاقه المرور فيه بعد تطاول الزمان ، فانه اذا اشتبه حاله ، يشعر باستحقاق المرور ، لانه وضع له . . .

لا يجوز ، لانه لا يصح إفراد الهواء بالبيع ، وفيه تردد . ولو كان لإنسان داران ، باب كل واحدة الى زقاق غير نافذ ، جاز أن يفتح بينهما باباً : ولو أحدث في الطريق المرفوع حدثاً ، جاز ازالته لكل من له عليه استطراق (١) . ولو كان في زقاق بابان ، أحدهما أدخل من الآخر ، فصاحب الأول يشارك الآخر في مجازه ، وينفرد الأدخل بما بين البابين : ولو كان في الزقاق فاضل الى صدرها ، وتداعياه ، فهما فيه سواء : ويجوز للداخل ان يقدّم بابه ، وكذا الخارج : ولا يجوز للخارج أن يدخل ببابه وكذا الداخل : ولو أخرج بعض أهل الدرب النافذ روشناً ، لم يكن لمقابله معارضته ، ولو استوعب عرض الدرب . ولو سقط ذلك الروشن فسبق جاره الى عمل روشن ، لم يكن للأول منعه ، لأنهما فيه شرع ، كالسبق الى القعود في المسجد :

« الثانية » : اذا التمس وضع جذوعه في حائط جاره ، لم يجب على الجار إجابته ، ولو كان خشبةً واحدةً ، لكن يستحب : ولو أذن ، جاز الرجوع قبل الوضع إجماعاً ، وبعد الوضع لا يجوز ، لأن المراد به التأبيد ، والجواز حسن مع الضمان . أما لو انهدم ، لم يعد الطرح الا باذن مستأنف وفيه قول آخر : ولو صالحه على الوضع ابتداءاً ، جاز بعد أن يذكر عدد الخشب ووزنها وطولها :

« الثالثة » : اذا تداعيا جداراً مطلقاً ، ولا بينة ، فمن حلف عليه مع نكول صاحبه ، قضي له : وإن حلفا أو نكلا ، قضي به بينهما : ولو كان متصلاً ببناء احدهما ، كان القول قوله مع يمينه : وإن كان لاحدهما عليه جذع أو جذوع ، قيل : لا يقضى بها ، وقيل : يقضى مع اليمين وهو الأشبه :

---

(١) ش ٢ / ١٣٠ / ه : لانه تصرف في حصته بغير اذنه ، فكان له ازالته ، ولا فرق بين ان يأذن الباقون أم لا « ع ل » .

ولا يرجّح دعوى أحدهما ، بالخوارج التي في الحيطـان ، ولا الروازن : ولو اختلفا في خُصٍّ (١) قُضِيَ لمن اليه مَعَاقِد القِمط(٢) ، عَمَلاً بالرواية :

« الرابعة » : لا يجوز للشريك في الحائط ، التصرف فيه ببناء ، ولاتسقيف ولا إدخال خشبة ، إلا باذن شريكه : ولو انهدم ، لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته : وكذا لو كانت الشركة ، في دولاب أو بئر أو نهر وكذا لا يجبر صاحب السفل ولا العلو ، على بناء الجدار الذي يحمل العلو . ولو هدمه بغير إذن شريكه ، وجب عليه إعادته : وكذا لو هدمه باذنه، وشرط إعادته :

« الخامسة » : اذا تنازع صاحب السفل والعلو في جدران البيت (٣) ، فالقول قول صاحب البيت مع يمينه : ولو كان في جدران الغرفة ، فالقول قول صاحبها مع يمينه . ولو تنازعا في السقف ، قيل : إن حلفا قضي به لهما ، وقيل : لصاحب العلو ، وقيل : يقرع بينهما ، وهو حسن :

« السادسة » : اذا اخرجت أغصان شجرة الى ملك الجار ، وجب عطفها إن أمكن ، والا قطعت من حد ملكه . وان امتنع صاحبها ، قطعها الجار ولا يتوقف على إذن الحاكم : ولو صالحه على إبقائه في الهواء ، لم يصح، على تردد : اما لو صالحه على طرحه على الحائط ، جاز مـع تقدير الزيادة او انتهائها :

---

(١) الروضة ٤ / ١٩٤ : وهو البيت الذي يعمل من القصب ونحوه ، على المشهور بين الاصحاب .

(٢) المسالك ٢ / ٨٦ : بالكسر ، حبل يشد به الخص ؛ وبالضم ، جمع قماط ، وهي شداد الخص من ليف وخوص وغيرهما .

(٣) ش ٢ / ١٣١ / ه : أي جدران البيت السافل ، لقرينة قوله جدران الغرفة .

« السابعة » : اذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى ، ولآخر بيوته العليا ، وتداعيا الدرجة ، قضي بها لصاحب العلو مع يمينه : ولو كان تحت الدرجة خزانة ، كانا في دعواهما سواء . ولو تداعيا الصحن ، قضي منه بما يُسلَك فيه الى العلو بينهما ، وما خرج عنه لصاحب السفل :

تتمة

اذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها ، قضي للراكب مع يمينه ، وقيل : هما سواء في الدعوى ، والأول أقوى :

أما لو تنازعا ثوباً ، وفي يد أحدهما أكثره ، فهما سواء : وكذا لو تنازعا عبداً ، ولأحدهما عليه ثياب :

أما لو تداعيا جملاً ، ولأحدهما عليه حمل ، كان الترجيح لدعواه(١).

ولو تداعيا غرفة على بيت احدهما ، وبابها الى غرفة الآخر ، كان الرجحان لدعوى صاحب البيت :

---

(١) ش ٢ / ١٣١ / ه : لأن جعل الحمل على الدابة ، يقتضي كمال الاستيلاء « ع ل ».

كتاب الشركة

والنظر

في

فصول

الأوّل

في : أقسامها

الشركة :

اجتماع حقوق المُلاّك ، في الشيء الواحد ، على سبيل الشياع :

ثم المشترك قد يكون عيناً ، وقد يكون منفعة (١) ، وقد يكون حقاً (٢).

وسبب الشركة قد يكون إرثاً ، وقد يكون عقداً ، وقد يكون مزجاً. وقد يكون حيازةً :

والاشبه في الحيازة ، اختصاص كل واحد بما حازه . نعم ، لو اقتلعا شجرةً ، أو اغترفا ماءً دفعةً (٣) ، تحققت الشركة : وكل مالين، مزج احدهما بالاخر ، بحيث لا يتميزان ، تحققت فيهما الشركة ، اختياراً كان المزج أو إتفاقاً :

ويثبت ذلك في المالين المتماثلين في الجنس والصفة ، سواء كانا أثماناً أو عروضاً :

أما مالا مثل له ، كالثوب والخشب والعبد ، فلا يتحقق فيه بالمزج ، بل قد يحصل بالإرث ، أو أحد العقود الناقلة كالابتياع والاستيهاب : ولو أراد الشركة فيما لا مثل له ، باع كل واحد منهما حصته مما في يده ، بحصته مما في يد الاخر :

---

(١) الروضة ٤ / ١٩٨ : كالاشتراك فى منفعة دار استأجراها . . .

(٢) ن : كشفعة ، وخيار ، ورهن . . .

(٣) ش ٢ / ١٣٢ / ه : المراد بالاغتراف هنا ، الآلة كالدلو وغيره « ع ل » .

ولا تصح الشركة : بالاعمال ، كالخياطة والنساجة : نعم ، لو عملا معاً لواحد باجرة ، ودفع اليهما شيئاً واحداً عوضاً عن أجرتهما ، تحققت الشركة في ذلك الشيء . : ولا بالوجوه (١) . : ولا شركة بالمفاوضة (٢) ، وانما تصح بالاموال :

ويتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساويه : ولو كان لاحدهما زيادة ، كان له من الربح بقدر رأس ماله . وكذا عليه من الخسارة .

ولو شرط لاحدهما زيادة في الربح ، مع تساوي المالين ، أو التساوي في الربح والخسران مع تفاوت المالين ، قيل : تبطل الشركة ، أعني الشرط والتصرف الموقوف عليه ، ويأخذ كل منهما ربح ماله ، ولكل منهما اجرة مثل عمله ، بعد وضع ما قابل عمله في مـــاله ، وقيل : تصح الشركة ، والشرط الأول أظهر :

هذا إذا عَمِلا في المال ، أما لو كان العامل أحـــدهما ، وشرطت الزيادة للعامل ، صح : ويكون بالقراض أشبه :

واذا اشترك المال ، لم يجز لاحد الشركاء التصرف فيه ، الا مع اذن الباقين ، فان حصل الاذن لاحدهم ، تصرف هو دون الباقين ، ويقتصر من التصرف على ما أذِنَ له (٣) : فان أُطلق له الاذن ، تصرف كيف شاء :

---

(١) الروضة ٤/ ١٩٩ : وهي ان يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما ، بعقد لفظي ، ليبتاعا ـ أي يشتريا ـ فى الذمة ، على أن ما يبتاعه كل منهما يكون بينهما ، فيبيعان ويؤديان الاثمان ، وما فضل فهو بينهما « جمعاً بين المتن والهامش » .

(٢) المسالك ٢ / ٨٩ : هي ان يشترك شخصان فصاعداً ، على أن يكون بينهـــما فصاعداً ، ما يكتسبان ويربحان ، ويلتزمان من غرم ، ويحصل لهما من غنم . . .

(٣) الروضة ٤ / ٢١٣ : من نوع التجارة ومكانها وزمانهـــا ، ومن يشتري منه ويبيع عليه ، وغير ذلك .

وإن عُيِّن له السفر في جهة ، لم يجز له الأخذ في غيرها . أو نوع من التجارة ، لم يتعدّ الى سواها :

ولو اذن كل واحد من الشريكين لصاحبه ، جاز لهما التصرف ، وإن إنفردا : ولو شرطا الاجتماع ، لم يجز الإنفراد :

ولو تعدى المتصرف ما حُدَّ له ، ضَمِنَ :

ولكلٍ من الشركاء الرجوع في الإذن ، والمطالبة بالقسمة ، لأنها غير لازمة : وليس لاحدهما المطالبة باقامة رأس المال ، بل يقتسمان العين الموجودة ، ما لم يتفقا على البيع :

ولو شرطا التأجيل في الشركة ، لم يصح ، ولكل منهما أن يرجع متى شاء (١) . ولا يضمن الشريك ما تلف في يده ، لانه أمانة (٢) ، إلا مع التعدي أو التفريط في الاحتفاظ ، ويُقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف ، سواء ادعى سبباً ظاهراً كالحرق والغرق ، أو خفياً كالسرقة : وكذا القول قوله مع يمينه ، لو اُدّعِيَ عليه الخيانة أو التفريط .

ويبطل الاذن بالجنون والموت :

---

(١) المسالك ٢ / ٩٠ : لانه عقد جايز فلا يؤثر شرط التأجيل فيها ، بل لكل منهما فسخها قبل الاجل . . .

(٢) ن : لما قد عرفت انه وكيل ، فيكون أميناً من قبل المالك .

الثانى

في : القسمة

القسمة * :

وهي تميز الحق من غيره ، وليست بيعاً ، سواء كان فيها رد أو لم يكن : ولا تصح الا باتفاق الشركاء : ثم هي تنقسم ، فكل ما لا ضرر في قسمته ، يجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمة : وتكون بتعديل السهام والقرعة .

أما لو أراد أحد الشركاء التمييز (١) ، فالقسمة جائزة ، لكن لا يجبر الممتنع عنها : وكل ما فيه ضرر كالجوهر والسيف والعضايد الضيقة لا يجوز قسمته ، ولو اتفق الشركاء على القسمة .

ولا يقسم الوقف ، لان الحق ليس بمنحصر في المتقاسمين : ولو كان المُلك الواحد وقفاً وطِلقاً ، صح قسمته ، لانه يميز الوقف عن غيره :

الثالث

في : لواحق هذا الباب

وهي مسائل :

« الاولى » : لو دفع انسان دابة ، وآخر راوية الى سقّاء ، على الاشتراك

(١) وفي (٢٥ / ١٣٢) ، التخيير بدل التميز .

في الحاصل ، لم تنعقد الشركة ، وكان ما يحصل للسقاء ، وعليه اجرة مثل الدابة والراوية :

« الثانية » : لو حاش صيداً ، أو احتطب ، أو احتش بنية أنه له ولغيره لم تؤثر تلك النية ، وكان باجمعه له خاصة . وهل يفتقر المخير في تملك المباح إلى نية التملك ؟ قيل : لا ، وفيه تردد .

« الثالثة » : لو كان بينهما مال بالسوية ، فأذن أحدهما لصاحبه في التصرف على أن يكون الربح بينهما نصفين ، لم يكن قراضا ، لأنه لا شركة للعامل في مكسب مال الآمر ولا شركة ، وإن حصل الامتزاج ، بل يكون بضاعة(١).

« الرابعة » : اذا اشترى أحد الشريكين متاعاً ، فادعى الآخر أنه اشتراه لهما ، وانكر ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه أبصر بنيته : ولو ادعى أنه اشترى لهما ، فأنكر الشريك ، فالقول أيضاً قوله ، لمثل ما قلناه :

« الخامسة » : لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما ، وهو وكيل في القبض وادعى المشتري تسليم الثمن الى البائع وصدقه الشريك ، برئ المشتري من حقه ، وقبلت شهادته على القابض في النصف الاخر ، وهو حصة البائع لارتفاع التهمة عنه في ذلك القدر : ولو ادعى تسليمه الى الشريك ، فصدقه البائع - لم يبرأ المشتري من شيء من الثمن ، لان حصة البائع لم تسلم اليه ولا إلى وكيله - والشريك ينكره ، فالقول قوله مع يمينه ، وقيل : يقبل شهادة البائع : والمنع في المسألتين أشبه :

« السادسة » : لو باع اثنان عبدين ، كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده صفقة ، بثمن واحد مع تفاوت قيمتهما ، قيل : يصح ، وقيل : يبطل ، لأن الصفقة تجري مجرى عقدين ، فيكون ثمن كل واحد منهما مجهولاً :

---

(١) المسالك ٢ / ٩١ : المراد بالبضاعة هنا ، المال المبعوث مع الغير ، ليتجر فيه تبرعاً .

أما لو كان العبدان لهما ، أو كانا لواحد ، جاز ؛ وكذا لو كان لكل واحد قفيز من حنطة على انفراده ، فباعاهما صفقة ، لانقسام الثمن عليهما بالسوية ؛

« السابعة » : قد بيّنا أن شركة الأبدان باطلة ، فان تميزت أجرة عملِ أحدهما عن صاحبه اختص بها ؛ وان اشتبهت ، قُسِّم حاصلها ؛ على قدر اجرة مثل عملهما ، وأعطي كل واحد منهما ما قابل أجرةَ مثلِ عمله ؛

« الثامنة » : اذا باع الشريكان سلعة صفقة ، ثم استوفى أحدهما منه شيئاً شاركه الآخر فيه ؛

« التاسعة » : اذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدة معينة ، صحت الاجارة ، ويملك المستأجر ما يحصل من ذلك في تلك المدة ولو استأجره لصيد شيءٍ بعينه ، لم يصح ، لعدم الثقة بحصوله غالباً ؛

كتاب المضاربة

وهو

يستدعي

بيان

أمور

أربعة

الأوّل

في : العقد

وهو جائز من الطرفين ، لكل واحد منهما فسخه ، سواء نض المال (١) أو كان به عروض .

ولو اشتُرِط فيه الأجل ، لم يلزم . لكن ، لو قال : ان مرت بك سنة مثلاً ، فلا تشترِ بعدها وبعْ ، صحّ ، لأن ذلك من مقتضى العقد؛ وليس كذلك لو قال : على أنّي لا أملك فيها منعك ، لأن ذلك مناف لمقتضى العقد :

ولو اشترط أن لا يشتري الا من زيد ، أو لا يبيع الا على عمرو ، صح . وكذا لو قال : على ان لا يشتري الا الثوب الفلاني ، أو ثمرة البستان الفلاني ، وسواء كان وجود ما اشار اليه ، عاماً أو نادراً :

ولو شرط أن يشتري ، أصلاً يشتركان في نمائه (٢) ، كالشجر أو الغنم ، قيل : يفسد ، لأن مقتضاه التصرف في رأس المال ، وفيه تردد.

وإذا أذن له في التصرف ، تولّى باطلاق الإذن ما يتولاه المالك ، من عرض القماش ، والنشر والطي ، وإحرازه ، وقبض الثمن ، وايداعه

---

(١) المسالك ٢ / ٩٣ : المراد بانضاض المال ، صيرورته دراهم أو دنانير ، كما كان أولا .

(٢) ن : أي مقتضى عقد المضاربة ، أو مقتضى القراض الذي هو رديفها ، التصرف في رأس المال بالبيع والشراء ، وتحصيل الربح بالتجارة ، وهذا ليس كذلك ، لان فوائده يحصل بغير تصرف ، بل من عين المال .

الصندوق ، واستئجار من جرت العادة باستئجاره ، كالدلال والوزان والحمال، عملاً بالعُرف : ولو اُستُأجِرَ للأول (١) ، ضمن الاجرة . ولو تولى الاخير (٢) بنفسه ، لم يستحق أجرة :

وينفق في السفر كمالَ نفقته ، من أصل المال ، على الاظهر : ولو كان لنفسه مالٌ ، غير مال القِراض (٣) ، فالوجه التقسيط . ولو انفق صاحب المال مسافراً ، فانتُزِع المال منه ، فنفقة عوده من خاصته (٤) :

وللعامل ابتياع المعيب ، والرد بالعيب والأخذ بالارش ، كل ذلك مع الغبطة .

ويقتضي إطلاق الإذن بالبيع نقداً ، بثمن المثل من نقد البلد ، ولو خالف لم يمض ، الا مع اجازة المالك . وكذا يجب ان يشتري بعين المال ولو اشترى في الذمة ، لم يصح البيع ، الا مع الإذن . ولو اشترى في الذمة لا معه (٥) ، ولم يذكر المالك ، تعلّق الثمن بذمته ظاهراً :

ولو أمره بالسفر الى جهة ، فسافر الى غيرها ، أو أمره بابتياع شيء معين ، فابتاع غيره ، ضمن : ولو ربح والحال هذه ، كان الربح بينهما ، بموجب الشرط :

وبموت كل واحد منهما ، تبطل المضاربة ، لانها في المعنى وكالة .

---

(١) المراد بذلك الدلالة .

(٢) المراد بذلك الحمالة .

(٣) الروضة ٤ / ٢١١ : وهي رديف المضاربة ، والتي هي ان يدفع مالا الى غيره ، ليعمل فيه بحصة معينة من ربحه ، مأخوذة من الضرب فى الارض ، لان العامل يضرب فيها ، للسعي على التجارة . . . « بتصرف » .

(٤) المسالك ٢ / ٩٤ : لان النفقة ، انما استحقت بالمضاربة ، وقد ارتفعت بالفسخ ، ولا غرر عليه ، لدخوله على عقد يجوز فسخه كل وقت . .

(٥) مرجع الضمير : عين المال .

الثاني

في : مال القراض

ومن شرطه : أن يكون عيناً ، وأن يكون دراهم أو دنانير . وفي القِراض بالنُقْرة (١) ، تردد .

ولا يصح : بالفلوس ، ولا بالورق المغشوش ، سواء كان الغش اقل أو أكثر ، ولا بالعروض . ولو دفع آلة الصيد كالشبكة بحصةٍ فاصطادَ ، كان الصيد للصائد ، وعليه أُجرة الآلة .

ويصح القراض بالمال المشاع ، ولا بُدَّ أن يكون معلوم المقدار ، ولا يكفي المشاهدة ، وقيل : يصح مع الجهالة ، ويكون القولُ قولَ العامل ، مع التنازع في قدره .

ولو أحضر مالين ، وقال قارضتك بأيهما شئت ، لم ينعقد بذلك قراض (٢) . وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ، ضمن . ولو كان له في يد غاصب مال ، فقارضه عليه صح ، ولم يبطل الضمان . فاذا اشترى به ، ودفع المال الى البائع ، بَرِءَ ، لانه قضى دينه باذنه .

ولو كان له دين ، لم يجز أن يجعله مضاربة ، إلا بعد قبضه . وكذا لو أذن للعامل في قبضه من الغريم (٣) ، مالم يجدد العقد .

---

(١) المسالك ٢ / ٩٥ : القطعة المذابة من الذهب والفضة .

(٢) ن : لانتفاء التعيين ، الذي هو شرط في صحة العقد .

(٣) ن / ٩٦ : لانه لا يخرج بالاذن ، عن كونه ديناً . . .

فروع

لو قال : بعْ هذه السلعة ، فاذا نضّ ثمنها فهو قراض ، لم يصح ، لان المال ليس بمملوك عند العقد (١) :

ولو مات رب المال ، وبالمال متاع، فأقره الوارث لم يصح ، لان الاول بطل ، ولا يصح ابتداء القراض بالعروض :

ولو اختلفا في قدر رأس المـــال ، فالقول قول العامل مع يمينه ، لأنه إختلاف في المقبوض .

ولو خلط العامل مال القراض بماله ، بغير اذن المالك ، خلطاً لا يتميز، ضمن ، لانه تصرّفٌ غير مشروع .

الثالث

في : الربح

ويلزم الحصة بالشرط دون الاجرة ، على الاصح (٢) : ولابد أن يكون الربح مشاعاً :

فلو قال : خذه قراضاً والربح لي ، فسد : ويمكن أن يُجعَل بضاعةً نظراً الى المعنى ، وفيه تردد : وكذا التردد لو قال : والربح لك .

أما لو قال : خذه فاتّجِر به والربح لي ، كان بضاعةً : ولو قال : والربح لك كان قراضاً :

---

(١) المسالك ٢ / ٩٦ : المراد بالمال ، الثمن الذي يصح به القراض .

(٢) الروضة ٤ / ٢١٩ : لانها معاملة صحيحة ، فيلزم مقتضاها وهو ما شرط للعامل من الحصة .

ولو شرط أحدهما شيئاً معيناً (١) ، والباقي بينهما ، فَسَدَ لعدم الوثوق بحصول الزيادة ، فلا تتحقق الشركة : ولو قال : خذه على النصف ، صح : وكذا لو قال : على ان الربح بيننا ويقضي بالربح بينهما نصفين :

ولو قال : على أن لك النصف ، صح : ولـو قال : على ان لي النصف واقتصِر ، لم يصح ، لانه لم يُعين للعامل حصة :

ولو شرط لغلامه حصة معها ، صح ، عَمِل الغلام أم لم يعمل (٢)

ولو شرط لاجنبي وكان عاملاً ، صح ، وان لم يكن عاملاً ، فَسَدَ ، وفيه وجه آخر :

ولو قال : لك نصف ربحه ، صح : وكذا لو قال : لك ربـح نصفه : ولو قال لاثنين : لكما نصف الربح صح ، وكانا فيه سواء . ولو فُضِّلَ أحدُهما صح أيضاً ، وإن كان عملهما سواء :

ولو اختلفا في نصيب العامل ، فالقول قول المالك مع يمينه :

ولو دفع قِراضاً في مرض الموت ، وشرط ربحـاً صح ، وملك العامل الحصة .

ولو قال العامل : ربحت كذا ورجع ، لم يقبل رجوعه : وكذا لو ادعى الغلط : أما لو قال : ثم خسرت ، أو قال : ثم تلف الربح ، قُبِل :

والعامل يملك حصته من الربح بظهوره ، ولا يتوقف على وجوده ناضاً .

---

(١) من الربح يختص به .

(٢) المسالك ٢ / ٩٦ : لانه كشرط لمالكه ، فيصح ، لان العبد لايملك شيئاً « يتصرف ».

الرابع

في : اللواحق

وفيه مسائل :

« الأولى » : العامل أمين ، لا يضمن ما يتلف ، الا عن تفريط أو خيانة وقوله مقبول في التلف ، وهل يقبل في الرد ؟ فيه تردد ، أظهره أنه لايقبل .

« الثانية » : اذا اشترى من ينعتق على رب المال (١) ، فان كان باذنه ، صح وينعتق . فان فضل من المال عن ثمنه شيء ، كان الفاضل قراضاً . ولو كان في العبد المذكور فضل ، ضمن رب المال حصة العامل من الزيادة ، والوجه الأجرة . وان كان بغير اذنه ، وكان الشراء بعين المال ، بطل (٢) . وان كان في الذمة ، وقع الشراء للعامل ، إلا ان يذكر رب المال.

« الثالثة » : لو كان المال لامرأة ، فاشترى زوجها ، فان كان باذنها ، بطل النكاح (٣) : وإن كان بغير إذنها ، قيل : يصح الشراء ، وقيل : يبطل ، لأن عليها في ذلك ضرراً ، وهو أشبه .

« الرابعة » : اذا اشترى العامل أباه ، فان ظهر فيه ربح ، انعتق

---

(١) الروضة ٤ / ٢٢٢ : كأبيه ، وغيره ممن ينعتق عليه .

(٢) ن ٤ / ٢٢١ : لانه تخسير محض ، وليس للعامل انيشتري ما فيه ضرر على المالك كمن ينعتق عليه .

(٣) المسالك ٢ / ٩٨ : لامتناع اجتماع الملك والنكاح على ما هو محقق فى بابه .

نصيبه من الربح (١) ، ويسعى المُعتَق في باقي قيمته ، موسِراً كان العامل أو معسراً (٢) .

« الخامسة » : اذا فسخ المالك صح ، وكان للعامل اجرة المثل ، الى ذلك الوقت . ولو كان بالمال عروض ، قيل : كان له أن يبيع ، والوجه المنع . ولو ألزمه المالك ، قيل : يجب عليه ان ينضّ المال ، والوجه أنه لا يجب . وان كان سلفاً ، كان عليه جبايته . وكذا لو مات رب المال وهو عروض ، كان له البيع ، الا ان يمنعه الوارث ، وفيه قول آخر .

« السادسة » : اذا قارض العامل غيره ، فان كان باذنه ، وشرط الربح بين العامل الثاني والمالك ، صح . ولو شرط لنفسه لم يصح ، لانه لا عمل له . وان كان بغير إذنه ، لم يصح القراض الثاني . فان ربح ، كان نصف الربح للمالك ، والنصف الآخر للعامل الأول ، وعليه (٣) اجرة الثاني ، وقيل : للمالك ايضاً ، لأن الأول لم يعمل ، وقيل : بين العاملين ، ويرجع الثاني على الأول بنصف الاجرة ، والأول حسن .

« السابعة » : اذا قال : دفعت اليه مالاً قراضاً ، فأنكر ، واقام المدعي بيّنة ، فادّعى العامل التلف ، قضي عليه بالضمان (٤) . وكذا لو ادعى عليه وديعة أو غيرها من الامانات . أما لو كان جوابه : لا يستحق

---

(١) الروضة ٤ / ٣٢٣ - ٣٢٤ : أي نصيب العامل ، لاختياره السبب المفضي اليه ، كما لو اشتراه بماله .

(٢) ن : لصحيحة محمد بن أبي عمير عن الصادق عليه السلام ، الحاكمة باستسعائه من غير استفصال بين يسار العامل واعساره « جمعاً بين المتن والهامش » .

(٣) مرجع الضمير : العامل الأول .

(٤) المسالك ٢ / ١٠٠ : معناه الحكم عليه بالبدل مثلا أو قيمة ، لا ضمان نفس الاصل لئلا يلزم تخليده الحبس . . .

قِبَلِي شيئاً ، أو ما أشبهه ، لم يضمن (١) .

« الثامنة » : اذا تلف مال القراض أو بعضه ، بعد دورانه في التجارة ، احتسب التالف من الربح . وكذا لو تلف قبل ذلك ، وفي هذا تردد .

« التاسعة » : اذا قارض اثنان واحداً ، وشرطا له النصف منهما ، وتفاضلا في النصف الاخر مع التساوي في المال ، كان فاسداً لفساد الشرط (٢) ، وفيه تردد .

« العاشرة » : اذا اشترى عبداً للقراض ، فتلف الثمن قبل قبضه، قيل : يلزم صاحب المال ثمنه دائماً ، ويكون الجميع رأس ماله ، وقيل : ان كان أذِنَ له في الشراء في الذمة فكذلك ، والا كان باطلاً ، ولا يلزم الثمن احدهما .

« الحادية عشرة » : اذا نضّ قدر الربح ، فطلب احدهما القسمة ، فان اتفقا صح . وان امتنع المالك لم يجبر ، فان اقتسما وبقي رأس المال معه فخسر ، رد العامل أقل الأمرين واحتسب المالك .

« الثانية عشرة » : لا يصح ان يشتري رب المال من العامل شيئاً من مال القراض ، ولا ان يأخذ منه بالشفعة ، وكذا لا يشتري من عبده القِنّ وله الشراء من المكاتب .

---

(١) المسالك ٢/١٠٠ : اذ ليس فى ذلك تكذيب للبينة ولا للدعوى الثانية ، فان المال اذا تلف بغير تفريط ، لا يستحق عليه بسببه شيئاً ، وحينئذ فيقبل قوله في التلف بغير تفريط مع يمينه .

(٢) ن : وجه الفساد ، ان الربح يجب ان يكون تابعاً للمال ، فاذا شرط له النصف ، كان النصف الآخر بينهما بالسوية ، فشرط التفاوت فيه يكون شرطاً لاستحقاق ربح بغير عمل ولا مال . . .

« الثالثة عشرة » : اذا دفـع مالاً قراضاً ، وشرط ان يأخذ له بضاعة ، قيل : لا يصح ، لان العامل في القراض لا يعمل مالا يستحق عليه اجرة ، وقيل : يصح القراض ويبطل الشرط ، ولو قيل بصحتها ، كان حسناً .

« الرابعة عشرة » : اذا كان مال القراض مئة ، فخسر عشرة ، وأخذ المالك عشرة ، ثم عمل بها الساعي فربح ، كان رأس المال تسعة وثمانين إلا تسعاً ، لان المأخوذ محسوب من رأس المال ، فهو كالموجود ، فاذنْ المال في تقدير تسعين : فاذا قُسِّمَ الخُسران ، وهو عشرة على تسعين ، كان حصة العشرة المأخوذة ديناراً وتسعاً ، فيوضع ذلك من رأس المال :

« الخامسة عشرة » : لا يجوز للمضارب ان يشتري جارية يطأها ، وان أذن له المالك : وقيل : يجوز مع الاذن . أما لو أحلّها (١) بعد شرائها ، صح :

« السادسة عشرة » : اذا مات وفي يده اموال مضاربة ، فان علم مال احدهم بعينه ، كان احق به : وان جهل ، كانوا فيه سواء . فان جهل كونه مضاربة ، قُضِيَ به ميراثاً :

---

(١) بالعقد أو التمليك .

كتابُ المزارعة والمُساقاة

كتاب المزارعة

المزارعة :

أما المزارعة : فهي معاملة على الأرض ، بحصة من حاصلها .

وعبارتها ان يقول : زارعتك ، أو ازرع هذه الأرض ، أو سلمتها اليك ، وما جرى مجراه ، مدة معلومة ، بحصةٍ معينةٍ من حاصلها . وهو عقد لازم لا ينفسخ إلاّ بالتقايل : ولا يبطل بموت أحدِ المتعاقدين :

* * *

والكلام : اما في شروطه ، واما في احكامه

أما الشروط : فثلاثة

الأول :

أن يكون النماء مشاعاً بينهما

تساويا فيه او تفاضلا : فلو شرطه احدهما ، لم يصح (١) : وكذا لو اختص كل واحد منهما ، بنوع من الزرع دون صاحبه ، كأن يشترط أحدهما الهرف والآخر الأفل ، أو ما يُزرع على الجداول ، والآخر ما يزرع في غيرها :

(١) المسالك ٢ / ١٠٢ : فيخرج من ذلك ، مالو شرط احدهما شيئاً معيناً والباقي للاخر أو لهما ، وما لو شرطه احدهما خاصة ، وغير ذلك ؛ والوجه في بطلان الجميع ، منافاته لوضع المزارعة .

ولو شرط احدهما قدراً من الحاصل ، وما زاد عليه بينهما ، لم يصح ، لجواز أن لا تحصل الزيادة :

أما لو شرط أحدهما على الآخر ، شيئاً يضمنه له من غير الحاصل(١) مضافاً الى الحصة ، قيل : يصح ، وقيل : يبطل ، والأول أشبه .

وتكره : إجارة الأرض للزراعة بالحنطة أو الشعير ، مما يخرج منها ، والمنع أشبه (٢) : . وأن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به ، إلا أن يحدث فيها حدثاً أو يؤجرَها بجنس غيرها .

الثاني :

تعيين المدة

واذا شرط مدة معينةً بالأيام أو الأشهر ، صح . ولو اقتصر على تعيين المزروع ، من غير ذكر المدة ، فوجهان . أحدهما يصح ، لان لكل زرع أمداً ، فيبنى على العادة كالقِراض . والآخر يبطل ، لانه عقد لازم فهو كالإجارة ، فيشترط فيه تعيين المدة دفعاً للغرر ، لان أمد الزرع غير مضبوط ، وهو أشبه .

ولو مضت المدة والزرع باق ، كان للمالك إزالته ، على الاشبه ، سواء كان بسبب الزارع كالتفريط ، أو من قبل الله سبحانه ، كتأخُّر المياه أو تغير الاهوية .

وإن اتفقا على التبقية ، جاز بِعوَض وغيره . لكن إن شرط عوضاً افتقر في لزومه الى تعيين المدة الزائدة .

ولو شرط في العقد تأخيره ، إن بقي بعد المدة المشترطة ، بطل العقد

---

(١) الروضة ٤ / ٢٧٧ : من ذهب أو فضة أو غيرهما .

(٢) المسالك ٢ / ١٠٢ : مستند المنع رواية الفضل بن يسار عن الباقر « ع » ، انه سأله عن اجارة الارض بالطعام ، قال : « ان كان من طعامها ، فلا خير فيه » .

على القول باشتراط تقدير المدة . ولو ترك الزراعة ، حتى انقضت المدة ، لزمه أجرة المثل ، ولو كان استأجرها ، لزمت الاجرة .

الثالث :

أن تكون الارض مما يمكن الانتفاع بها

بأن يكون لها ماء ، إما من نهر أو بئر أو عين أو مصنع .

ولو انقطع في اثناء المدة ، فللمزارع الخيار ، لعدم الانتفاع ، هذا اذا زارع عليها أو استأجرها للزراعة ، وعليه اجرة ما سلف ، ويرجع بما قابل المدة المتخلّفة .

واذا اطلق المزارعة ، زرع ما شاء . وان عين الزرع ، لم يجز التعدي: ولو زرع ما هو أضر والحال هذه (١) ، كان لمالكها اجرة المثل ان شاء، أو المسمى مع الارش . ولو كان أقل ضرراً ، جاز .

ولو زارع عليها أو آجرها للزراعة ولا ماء لها ، مع علم المزارع لم يتخير ، ومع الجهالة له الفسخ .

أما لو استأجرها مطلقاً ، ولم يشترط الزراعة ، لم يفسخ ، لامكان الانتفاع بها بغير الزرع . وكذا لو اشترط الزراعة ، وكانت في بلاد تسقيها الغيوث غالباً .

ولو استأجر للزراعة ، ما لا ينحسر عنه الماء ، لم يجز لعدم الانتفاع: ولو رضي بذلك المستأجر ، جاز ، ولو قيل : بالمنع ، لجهالة الارض ، كان حسناً . وان كان قليلاً ، يمكن معه بعض الزرع ، جاز . ولو كان الماء ينحسر عنها تدريجاً ، لم يصح ، لجهالة وقت الانتفاع .

ولو شرط الغرس والزرع ، افتقر الى تعيين مقدار كل واحد منهما ،

---

(١) المسالك ٢ /١٠٣ : أي لو عدل الى زرع الأضر ، والحال انه قد عين غيره مما هو اخف ضرراً ، فان المالك يتخير بين ما ذكر من الامرين .

لتفاوت ضررهما : وكذا لو استأجر لزرعين أو غرسين مختلفي الضرر :

تفريع

اذا استأجر أرضاً مدة معينة ، ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة ، غالباً ، قيل : يجب على المالك ابقاؤه ، أو إزالته مع الارش ، وقيل : له إزالته ، كما لو غرس بعد المدة ، والاول أشبه .

واما احكامه : فتشتمل على مسائل

« الاولى » : اذا كان من أحدهما الارض حسب ، ومن الاخر البذر والعمل والعوامل ، صح بلفظ المزارعة . وكذا لو كان من احدهما الارض والبذر ، ومن الاخر العمل أو كان من احدهما الارض والعمل ، ومن الآخر البذر ، نظراً الى الإطلاق . ولو كان بلفظ الإجارة ، لم يصح ، لجهالة العوض (١) : أما لو آجره بمالٍ معلومٍ مضمونٍ في الذمة ، أو معين من غيرها ، جاز .

« الثانية » : اذا تنازعا في المدة ، فالقول قول منكرِ الزيادة مع يمينه : وكذا لو اختلفا في قدر الحصة ، فالقول قول صاحب البذر (٢) فان أقام كل منهما بينة ، قدّمت بينة العامل ، وقيل : يرجعان الى القرعة ، والاول اشبه .

« الثالثة » : لو اختلفا ، فقال الزارع : أعرتنيها ، وانكر المالك

---

(١) المسالك ٢ / ١٠٤ : لا اشكال في عدم وقوعها بلفظ الاجارة ، لاختلاف احكامها فان الاجارة تقتضي عوضاً معلوماً ، والمزارعة يكفي فيها الحصة المجهولة .

(٢) الروضة ٤ / ٣٠٠ : لأن النماء تابع له .

وادعى الحصة والاجرة ولا بينة ، فالقول قول صاحب الارض (١) . وتثبت له أجرة المثل ، مع يمين الزارع ، وقيل : تستعمل القرعة (٢) ، والاول أشبه . وللزارع تبقية الزرع الى اوان أخذه ، لانه مأذون فيه . أما لو قال : غصبتنيها ، حلف المالك وكان له ازالته ، والمطالبة بأجرة المثل ، وأرش الارض ان عابت ، وطمّ الحفر إن كان غرساً .

« الرابعة » : للمزارع ان يشارك غيره ، وأن يزارع عليها غيره ، ولا يتوقف على اذن المالك . لكن لو شرط المالك الزرع بنفسه لزم ، ولم يجز المشاركة الا باذنه .

« الخامسة » : خراج الارض ومؤنتها على صاحبها ، الا أن يشترطه على الزارع .

« السادسة » : كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة ، تجب لصاحب الارض أجرة المثل .

« السابعة » : يجوز لصاحب الارض ان يخرص على الزارع (٣) ، والزارع بالخيار في القبول والرد ، فان قبل كان استقرار ذلك مشروطاً بالسلامة ، فلو تلف الزرع بآفة سماوية أو أرضية ، لم يكن عليه شيء .

---

(١) المسالك ٢ / ١٠٥ : المراد ان القول قول صاحب الارض في عدم الاعارة ، لا فيما يدعيه ، لانه منكر لها ، فيقدم قوله فيها ؛ وكذا القول قول الزارع في عدم المزارعة والاجارة ، لانه منكر لها وحينئذ فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر.

(٢) الروضة ٤ / ٣٠٢ : لأنها لكل أمر مشكل .

(٣) ن ٤ / ٣٠٤ : بان يقدر ما يخصه من الحصة تخميناً ، ويقبله به بحب ولو منه ، بما خرصه به .

كتاب المساقاة

المساقاة :

وأما المساقاة فهي معاملة على أصول ثابتة ، بحصة من ثمرتها .
والنظر فيها يستدعي فصولاً :

الأوّل

في : العقد

وصيغة الإيجاب ان تقول : ساقيتك ، أو عاملتك ، أو سلمت اليك أو ما أشبهه :

وهي لازمة كالإجارة ، ويصح قبل ظهور الثمرة . وهل تصح بعد ظهورها ؟ فيه تردد ، والأظهر الجواز ، بشرط أن يبقى للعامل عمل وإن قلّ ، بما يستزاد به الثمرة .

ولا تبطل : بموت المُساقي ، ولا بموت العامل ، على الاشبه :

الثاني

في : ما يساقى عليه

وهو كل اصل ثابت ، له ثمرة ينتفع بها مع بقائه .

فتصح المساقاة : على النخل ، والكَرْم (١) ، وشجر الفواكه ، وفيما لا ثمر له اذا كان له ورق ينتفع به كالتوت والحناء على تردد :

ولو ساقى على وَدِيّ (٢) ، أو شجر غير ثابت ، لم يصح ، اقتصاراً على موضع الوفاق .

أما لو ساقاه على ودي مغروس ، إلى مدة يحمل مثله فيها غالباً ، صح ولو لم يحمل فيها . وإن قصرت المدة المشترطة عن ذلك غالباً ، أو كان الاحتمال على السواء ، لم يصح .

الثالث

في المدة

ويعتبر فيها شرطان : أن تكون مقدرة بزمان لا يحتمل الزيادة والنقصان . . وأن يكون مما يحصل فيها الثمرة غالباً .

---

(١) المسالك ٢ / ١٠٦ : لا يخفى ان النخل والكرم من جملة شجر الفواكه ، فعطفه عليها تعميم بعد التخصيص ، وهو جايز .

(٢) ن : الودي فسيل النخل قبل الغرس .

الرابع

في: مفاد العمل

العمل وإطلاق المساقاة ، يقتضي قيام العامل بما فيه زيادة النماء ، من الرفق ، وإصلاح الإجاجين (١) ، وإزالة الحشيش المضر بالاصول ، وتهذيب الجريد ، والسقي والتلقيح ، والعمل بالناضح ، وتعديل الثمرة واللقاط ، وإصلاح موضع التشميس ، ونقل الثمرة إليه ، وحفظها وقيام صاحب الأصل ببناء الجدار ، وعمل ما يستسقى به من دولاب أو دالية ، وإنشاء النهر والكشن للتلقيح :

وقيل : يلزم ذلك العامل وهو حسن ، لأن به يتم التلقيح . ولو شرط شيئاً من ذلك على العامل صح ، بعد أن يكون معلوماً :

ولو شرط العاملُ على رب الاصول ، عملَ العامل له ، بطلت المساقاة ، لأن الفائدة لا تستحق إلا بالعمل .

ولو أبقى العامل شيئاً من عمله ، في مقابلة الحصة من الفائدة ، وشرط الباقي على رب الاصول ، جاز : ولو شرط أن يعمل غلام المالك معه ، جاز لأنه ضم مال الى مال .

أما لو شرط ، أن يعمل الغلام لخاصّ العامل ، لم يجز ، وفيه تردد ، والجواز أشبه ، وكذا لو شرط عليه أجرة الأُجَراء ، أو شرط خروج أجرتهم ، صح منهما :

---

(١) المسالك ٢ / ١٠٧ : جمع اجانة بالكسر والتشديد ، والمراد بها هنا ، الحفر التي يقف فيها الماء ، في اصول الشجرة التي تحتاج الى السقي .

الخامس

في : الفائدة

ولابد ان يكون للعامل جزء منها مشاعاً . فلو أضرب عن ذكر الحصة ، بطلت المساقاة . وكذا لو شرط احدهما الإنفراد بالثمرة ، لم تصح المساقاة . وكذا لو شرط لنفسه شيئاً معيناً ، وما زاد بينهما . وكذا لو قدر لنفسه أرطالاً ، وللعامل ما فضُل ، أو عكس . وكذا لو جعل حصة ثمرة نخلات بعينها ، وللآخر ما عداها .

ويجوز أن يُفرِدَ كل نوع ، بحصةٍ مخالفةٍ ، للحصة من النوع الآخر ، اذا كان العامل عالماً بمقدار كل نوع :

ولو شرط مع الحصة من النماء ، حصة من الأصل الثابت لم يصح ، لأن مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة ، وفيه تردد :

ولو ساقاه بالنصف إن سقى بالناضح ، وبالثلث إن سقى بالسايح ، بطلت المساقاة (١) ، لان الحصة لم تتعين ، وفيه تردد :

ويكره : أن يشترط رب الارض ، على العامل مع الحصة ، شيئاً من ذهب أو فضة ، لكن يجب الوفاء بالشرط . ولو تلفت الثمرة ، لم يلزم .

---

(١) المسالك ٢ / ١٠٨ : وجه البطلان واضح لان العمل مجهول ، والنصيب مجهول .

السّادس

في : أحكامها

وهي مسائل :

« الاولى » : كل موضع تفسد فيه المساقاة ، فللعامل اجرة المثل (١)، والثمرة لصاحب الاصل .

« الثانية » : اذا استأجر أجيراً للعمل ، بحصة منها ، فان كان بعد بدو الصلاح جاز : وان كان بعد ظهورها ، وقبل بدو الصلاح ، بشرط القطع ، صح إن استأجره بالثمرة اجمع . ولو استأجره ببعضها ، قيل : لا يصح لتعذر التسليم ، والوجه الجواز .

« الثالثة » : اذا قال : ساقيتك على هذا البستان بكذا ، على ان اساقيك على الآخر بكذا ، قيل : يبطل (٢) ، والجواز أشبه .

« الرابعة » : لو كانت الاصول لإثنين ، فقالا لواحد ساقيناك ، على ان لك من حصة فلان النصف ، ومن حصة الآخر الثلث ، صح بشرط أن يكون عالماً بقدر نصيب كل واحد منهما : ولو كان جاهلاً ، بطلت المساقاة ، لتجهيل الحصة .

---

(١) الروضة ٤ / ٣١٥ : لانه لم يتبرع بعمله ، ولم يحصل له العوض المشروط ، فيرجع الى الاجرة .

(٢) المسالك ٢ / ١٠٨ : القول بالبطلان للشيخ « ره » في المبسوط ، محتجاً عليه بانه بيعتان في بيعة ، فانه ما رضي ان يعطيه من هذه الحصة الا بأن يرضى منه من الآخر بالحصة الاخرى . . .

« الخامسة » : اذا هرب العامل ، لم تبطل المساقاة : فان بذل العمل عنه باذل ، أو دفع اليه الحاكم من بيت المال ما يستأجِر عنه ، فلا خيار : وان تعذر ذلك ، كان له الفسخ ، لتعذر العمل . ولو لم يفسخ ، وتعذر الوصول الى الحاكم ، كان له أن يُشهِد ، انه يستأجِر عنه ، ويرجع عليه على تردد . ولو لم يشهد ، لم يرجع :

« السادسة » : اذا ادّعى أن العامل خان أو سرق ، أو أتلف ، أو فرط فتلف ، وانكر ، فالقول : قوله مع يمينه (١) : وبتقدير ثبوت الخيانة ، هل يرفع يده ، أو يستأجر من يكون معه ، من أصل الثمرة ؟ الوجه أن يده لا ترفع عن حصته من الربح ، وللمالك رفع يده عما عداه ولو ضمّ اليه المالك أميناً ، كانت اجرته عن المالك خاصة :

« السابعة » : اذا ساقاه على اصولٍ ، فبانت مستحقة (٢) ، بطلت المساقاة ، والثمرة للمستحق . وللعامل الاجرة على المساقي ، لا على المستحق ولو اقتسما الثمرة وتلفت ، كان للمالك الرجوع على الغاصب ، بدرك الجميع . ويرجع الغاصب على العامل ، بما حصل له : وللعامل على الغاصب اُجرة عمله . أو يرجع على كل واحد منهما بما حصل له (٣) ، وقيل : له الرجوع على العامل بالجميع إن شاء ، لان يده عارية ، والاول اشبه ، إلا بتقدير ان يكون العامل عالماً به .

« الثامنة » : ليس للعامل ان يساقي غيره ، لانّ المساقاة انما تصح على أصلٍ مملوكٍ للمساقي .

---

(١) الروضة ٤ / ٣١٧ : لانه أمين ، فيقبل قوله بيمينه في عدمها ، ولاصالة عدمها .

(٢) المسالك ٢ / ١٠٩ : وفي قول المصنف : فبانت مستحقة ، اشارة الى ان العامل جاهل بالاستحقاق ، فلو كان عالماً لم يرجع على المالك شيءٌ كما اسلفناه .

(٣) أي : أو يرجع المالك ، على كل من المساقي والعامل ، بما حصل له من الثمرة.

« التاسعة » : خراج الأرض على المـالك ، إلا ان يشترط على العامل ، أو بينهما :

« العاشرة » : الفائدة تملك بالظهور ، وتجب الزكاة فيها على كل واحد منهما ، اذا بلغ نصيبه نصاباً .

تتمة

اذا دفع أرضاً الى رجل ليغرسها ، على ان الغرس بينهما ، كانت المغارسة باطلة (١) ، والغرس لصاحبه :

ولصاحب الارض إزالته ، وله الاجرة (٢) ، لفوات ما حصل الإذن بسببه ، وعليه أرش النقصان بالقلع (٣) :

ولو دفع القيمة ليكون الغرس له ، لم يجبر الغارس . وكذا لـو دفع الغارس الاجرة ، لم يجبر صاحب الارض على التبقية (٤) :

---

(١) المسالك ٢ / ١١٠ : وهي باطلة . . . لان عقود المعـاوضات موقوفة على اذن الشارع .

(٢) الروضة ٤ / ٣٢١ : عن الارض مع بقاء الاشجار « جمعاً بين المتن والهامش » .

(٣) ن : وهو تفاوت ما بين قيمته مقلوعاً ، وباقياً في الأرض بالاجرة .

(٤) ن : لان كلا منهما مسلط على ماله .

كتاب الوديعة

والنظر

في

أمور

ثلاثة

الأول

في : العقد

وهو استنابة في الحفظ . ويفتقر الى إيجاب وقبول . ويقع بكل عبارة دلت على معناه . ويكفي الفعل الدال على القبول :

ولو طرح الوديعة عنده ، لم يلزمه حفظها اذا لم يقبلها : وكذا لو أكره على قبضها ، لم تصر وديعة ، ولا يضمنها لو أهمل .

واذا استودع ، وجب عليه الحفظ . ولا يلزمه دركها ، لو تلفت من غير تفريط ، أو أخذت منه قهراً .

نعم ، لو تمكن من الدفع ، وجب . ولو لم يفعل ، ضمن . ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع ، كالجرح وأخذ المال .

ولو أنكرها ، فطولب باليمين ظلماً ، جاز الحلف موريا (١) ، بما يخرج به عن الكذب .

وهي عقد جائز من طرفيه ، يبطل بموت كل واحد منهما وبجنونه ، وتكون أمانة :

وتحفظ الوديعة ، بما جرت العادة بحفظهـا ، كالثوب والكتب في الصندوق ، والدابة في الاصطبل ، والشاة في المراح ، أو ما يجري مجرى ذلك.

ويلزمه سقي الدابة وعلفها ، أمره بذلك أو لم يـأمره ، ويجوز أن يسقيها بنفسه وبغلامه ، إتباعاً للعادة :

---

(١) الروضة ٤ / ٢٣٥ : بأن يحلف انه ما استودع من فلان ، ويخصه بوقت ، أو جنس ، أو مكان أو نحوها ، مغاير لما استودع . . .

ولا يجوز اخراجها من منزله لذلك ، الا مع الضرورة ، كعدم التمكن من سقيها أو علفها في منزله ، أو شبه ذلك من الأعذار .

ولو قال المالك : لا تعلفها أو لا تسقها ، لم يجز القبول ، بل يجب عليه سقيها وعلفها .

نعم ، لو أَخَلَّ بذلك ، والحال هذه ، أَثِمَ ولم يضمن ، لأن المالك أسقط الضمان بنهيه ، كما لو أمره بالقاء ماله في البحر .

ولو عين له موضع الاحتفاظ ، اقتصر عليه . ولو نقلها ، ضمن إلا الى أحرز ، أو مثله على قول . ولا يجوز نقلها الى ما دونه ، ولو كان حِرْزاً ، إلا مع الخوف من إبقائها فيه .

ولو قال : لا تنقلها من هذا الحرز ، ضمن بالنقل كيف كان ؟ إلا أن يخاف تلفها فيه ، ولو قال : وإن تلفت .

ولا تصح وديعة الطفل ولا المجنون ، ويضمن القابض ، ولا يبرأ بردها اليهما (١) .

وكذا لا يصح أن يُستَودَعا . ولو أُودِعَا لم يضمنا بالاهمال ، لأن المودع لهما متلفٌ مالَه .

وإذا ظهر للمودَع امارة الموت ، وجب الإشهاد بها . ولو لم يُشْهِد ، وأنكر الورثة ، كان القول قولهم ولا يمين عليهم (٢) ، إلا أن يدعي عليهم العلم (٣) .

وتجب إعادة الوديعة على المودع مع المطالبة ، ولو كان كافراً ، إلا أن يكون المودِع غاصباً لها فيُمْنَع منها . ولو مات فطلبها وارثه ، وجب

---

(١) الروضة ٤ / ٢٤١ : وانما يبرأ بالرد الى وليهما الخاص ، أو العام مع تعذره « بتصرف » .

(٢) المسالك ٢ / ١١٤ : لان الدعوى متعلقة بمورثهم لا بهم ، كما لو ادعي عليه بدين .

(٣) ن : بذلك ، فيلزم الحلف على نفي العلم . . .

الإنكار ، ويجب اعادتها على المغصوب منه ان عُرِفَ . وإن جهل ، عرِّفت سنة ، ثم جاز التصدق بهـا عن المالك . ويضمن المتصدِّق إن كُرِهَ صاحبها . ولو كان الغاصب مزجها بماله ، ثم أودع الجميع ، فان أمكن المستودع تمييز المالين ، رد عليه ماله ومنع الآخر . وان لم يمكن تمييزهما ، وجب إعادتهما على الغاصب .

الثاني

في : موجبات الضمان

وينظمها قسمان : التفريط والتعدي

* القسم الاول : في التفريط *

أما التفريط ، فكأن يطرحها فيما ليس يُحرَز ، أو يترك سقي الدابة أو علفها ، أو نشر الثوب الذي يفتقر الى النشر ، أو يودعهـا من غير ضرورة (١) ، ولا إذن ، أو يسافر بها كذلك مع خوف الطريق ومع أمنه وطرح الأقمشة في المواضع التي تعفنها . وكذا لو ترك سقي الدابة أو علفها مدة لا تصبر عليها في العادة ، فماتت به .

(١) الروضة ٤ / ٢٤٣ : الى الايداع ؛ فلو اضطر اليه ، بان خاف عليها من حرق أو سرق أو نهب ، لو بقيت في يده ، وتعذر ردها الى المالك والحاكم ، أودعها العدل.

مثل : أن يلبس الثوب ، أو يركب الدابة ، أو يخرجها من حرزها ليلتفع بها :

نعم ، لو نوى الانتفاع ، لم يضمن بمجرد النية .

ولو طلبت منه ، فامتنع من الرد مع القدرة ، ضمن : وكذا لو جحدها ، ثم قامت عليه بينة أو اعترف بها :

ويضمن لو خلطها بماله ، بحيث لا يتميز . وكذا لو أودعه مالاً في كيس مختوم ، ففتح ختمه . وكذا لو أودعه كيسين فمزجهما :

وكذا لو امره باجارتها بحمل أخف . فآجرها لأثقل ، أو لأسهل فآجرها لأشق ، كالقطن والحديد .

ولو جعلها المالك في حرز مقفل ، ثم اودعها ، ففتح المودَع الحرز واخذ بعضها ضمن الجميع : ولو لم تكن مودعـــة في حرز ، أو كانت مودعة في حرز المودَع فأخذ بعضها ، ضمن ما أخذ : ولو أعاد بدله لم يبرأ ، ولو أعاده ومزجه بالباقي ، ضمن ما أخذه : ولو أعاد بدله ، ومزجه ببقية الوديعة مزجاً لا يتميز ، ضمن الجميع .

الثالث

في : اللواحق

وفيه مسائل :

« الاولى » : يجوز السفر بالوديعة ، إذا خاف تلفها مع الإقامة ،

ثم لا يضمن : ولا يجوز السفر بها ، مع ظهور امارة الخوف : ولو سافر، والحال هذه ، ضمن :

« الثانية » : لا يبرأ المودَع ، إلا بردها الى المالك أو وكيله . فان فقدهما ، فالى الحاكم مع العذر : ومع عدم العذر ، يضمن : ولو فُقِد الحاكم ، وخشي تلفها ، جاز إيداعها من ثقة . ولو تلفت لم يضمن .

« الثالثة » : لو قدر على الحاكم ، فدفعها الى الثقة ، ضمن :

« الرابعة » : اذا أراد السفر ، فدفنها ضمن ، الا ان يخشى المعاجلة(١)،

« الخامسة » : اذا أعاد الوديعة بعد التفريط الى الحرز ، لم يبرأ : ولو جدد المالك له الاستيمان ، بَرِءَ . وكذا لو أبرأه من الضمان . ولو أكره على دفعها الى غير المالك ، دفعها ولا ضمان :

« السادسة » : اذا أنكر الوديعة ، أو اعترف ، أو ادعى التلف ، أو ادعى الرد ولا بينة ، فالقول قوله ، وللمالك إحلافه ، على الأشبه : أما لو دفعها الى غير المالك ، وادعى الإذن فانكر ، فالقول قول المالك مع يمينه . ولو صدّقه على الإذن ، لم يضمن وإن ترك الإشهاد ، على الأشبه.

« السابعة » : اذا أقام المالك البينة على الوديعة بعد الانكار ، فصدقها ثم ادعى التلف قبل الانكار ، لم تسمع دعواه لاشتغال ذمته بالضمان ، ولو قيل : تسمع دعواه وتقبل بينته ، كان حسناً .

« الثامنة » : اذا عين له حرزاً بعيداً عنه ، وجب المبادرة اليه بما

---

(١) المسالك ٢ / ١١٦ : وقد وقعت المعاجلة ، في كلام المصنف والجماعة مطلقة ، وهي تحتمل امرين ، احدهما معاجلة السراق قبل ذلك ، وهو صحيح لان حفظها حينئذ لا يكون إلا بالدفن فيجب ويجزي ، لانه المقدور ، ويعتبر كونه في حرز مع الامكان ولا شبهة حينئذ في عدم الضمان . والثاني معاجلة الرفقة إذا أراد السفر وكان ضروريا والتخلف عنها مضر ، فانه حينئذ يدفنها في حرز ، ولا ضمان عليه لمكان الحاجة .

جرت العادة . فان أخر مع التمكن ، ضمن . ولو سلمهـا الى زوجته لتحرزها ، ضمن :

« التاسعة » : اذا اعترف بالوديعة ثم مات ، وجهلت عينها ، قيل : تخرج من أصل تركته . ولو كان له غرماء ، فضاقت التركة ، حاصّهم المستودِع ، وفيه تردد .

« العاشرة » : إذا كان في يده وديعة ، فادعاها إثنان ، فان صدّق أحدَهما قُبِل . وإن اكذبهما فكذلك . وإن قال : لا أدري ، أُقِرّت في يده حتى يثبت لها مالك . وإن ادعيـا ، أو أحدهما ، علمه بصحة الدعوى ، كان عليه اليمين :

« الحادية عشرة » : إذا فرط واختلفا في القيمة ، فالقـول قول المالك مع يمينه ، وقيل : القول قول الغارم مع يمينه ، وهو أشبه :

« الثانية عشرة » : اذا مات المودع ، سلمت الوديعة الى الوارث. فان كانوا جماعة ، سلمت الى الكل ، أو الى من يقوم مقامهم . ولو سلمها الى البعض ، من غير إذن ، ضمن حصص الباقين .

كِتَابُ العَارِيَةِ

وهي عقد ، ثمرته التبرُّع بالمنفعة . ويقع بكل لفظ ، يشتمل على الإذن في الانتفاع ، وليس بلازم لأحد المتعاقدين .

والكلام في فصول أربعة .

الأوّل

في : المعير

ولابد أن يكون مكلَّفاً ، جائز التصرف .

فلا تصح إعارة الصبي ، ولا المجنون . ولو أذن الولي ، جاز للصبي مع مراعاة المصلحة (١) . وكما لا يليها عن نفسه ، كذا لا تصح ولايته عن غيره .

الثاني

في : المستعير

وله الانتفاع بما جرت العادة به ، في الانتفاع بالمُعَار . ولو نقص

(١) المسالك ٢ / ١١٩ : وتتحقق المصلحة بكون يد المستعير أحفظ من يد الولي في ذلك الوقت ، لخوف ونحوه ، أو لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن المنفعة ، أو لكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها تركه ونحو ذلك .

من العين شيء أو تلفت بالاستعمال من غير تعد لم يضمن ، إلا أن يشترط ذلك في العارية .

ولا يجوز للمُحْرِم أن يستعير من محل صيداً ، لأنه ليس له إمساكه ؛ ولو أمسكه ، ضمنه ، وإن لم يشترط عليه . ولو كان الصيد في يد محرم ، فاستعاره المحل جاز ، لأن ملك المحرم زال عنه بالإحرام ، كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك .

ولو استعاره من الغاصب ، وهو لا يعلم ، كان الضمان على الغاصب وللمالك إلزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ، ويرجع على الغاصب (١) ، لأنه أذن له في استيفائها بغير عوض . والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب . وكذا لو تلفت العين في يد المستعير .

أما لو كان عالماً كان ضامناً ، ولم يرجع على الغاصب . ولو أُغْرِمَ الغاصب ، رجع على المستعير .

الثالث

في : العين المعارة

وهي كل ما يصح الانتفاع به ، مع بقاء عينه ، كالثوب والدابة .

وتصح استعارة الأرض للزراعة والغرس والبناء . ويقتصر المستعير على القدر المأذون فيه ، وقيل يجوز أن يستبيح ما دونه في الضرر ، كأن يستعير أرضاً للغرس فيزرع ، والأول أشبه .

وكذا يجوز استعارة كل حيوان له منفعة ، كفحل الضِراب ، والكلب

---

(١) أي ويرجع المالك على الغاصب بالضمان .

والسنور ، والعبد للخدمة ، والمملوكة (١) ، ولو كان المستعير أجنبياً منها .

ويجوز استعارة الشاة للحلب وهي المِنحة .

[ولا يستباح وطي الأمة بالعارية ، وفي استباحتها بلفظ الإباحة تردد ، والأشبه الجواز .] (٢) .

وتصح الاعارة مطلقة ، ومدة معينة ، وللمالك الرجوع .

ولو أذن له في البناء أو الغرس ، ثم أمره بالإزالة ، وجبت الاجابة ؛ وكذا في الزرع ولو قبل إدراكه ، على الاشبه . وعلى الآذن الارش . وليس له المطالبة بالإزالة من دون الارش .

ولو أعاره أرضاً للدفن ، لم يكن له إجباره على قلع الميت . وللمستعير أن يدخل الى الارض ، ويستظل بشجرها (٣) .

ولو أعاره حائطاً ، لطرح خشبةٍ ، فطالبه بازالتها كان له ذلك ، إلا أن تكون أطرافها الأُخر مثبتة في بناء المستعير ، فيؤدي الى خرابه ، واجباره على إزالة جذوعه عن ملكه ، وفيه تردد .

ولو أذن له في غرس شجرة . فانقلعت ، جاز أن يغرس غيرها ، إستصحاباً للاذن الاول ، وقيل : يفتقر الى إذن مستأنف ، وهو أشبه . ولا يجوز إعارة العين المستعارة . إلا باذن المالك ، ولا إجارتها ، لان المنافع ليست مملوكة للمستعير ، وإن كان له استيفاؤها .

---

(١) المسالك ٢ / ١٢٠ : لا خلاف عندنا في جواز اعارة الجارية للخدمة . . . وأما استعارتها للاستمتاع فغير جائز إجماعاً .

(٢) هذه الزيادة غير واردة في الخطية المعتمدة ، ولا في « ب ٢ / ١٢٠ » ، وإنما هي موجودة في « هـ ٢ / ١٤٣ » فقط .

(٣) الروضة ٤ / ٢٦٦ : الذي غرسه في الأرض المعارة للغرس ، وإن استلزم التصرف في الارض بغير الغرس ، لقضاء العادة به ، كما يجوز له الدخول اليها لسقيه وحرثه وحراسته وغيرها . . .

الرابع

في : الاحكام المتعلقة بها

وفيه مسائل :

« الاولى » : العارية أمانة ، لا تُضْمَن إلا بالتفريط في الحفظ ، أو التعدي ، أو اشتراط الضمان . وتضمن اذا كانت ذهباً أو فضة وإن لم يشترط ، إلا أن يشترط سقوط الضمان .

« الثانية » : إذا ردّ العارية الى المالك أو وكيله برِءَ . ولو ردّها الى الحرز ، لم يبرأ . ولو استعار الدابة الى مسافة ، فجاوزها ضمن . ولو أعادها الى الاولى ، لم يبرأ (١) .

« الثالثة » : يجوز للمستعير بيع غروسه وأبنيته في الارض المستعارة للمعير ولغيره ، على الاشبه .

« الرابعة » : اذا حملت الاهوية أو السيول ، حباً الى ملك انسان فنبت ، كان لصاحب الارض إزالته ، ولا يضمن الارش ، كما في أغصان الشجرة البارزة الى ملكه .

« الخامسة » : لو نقصت بالاستعمال ثم تلفت ، وقد شرط ضمانها ، ضمن قيمتها يوم تلفها ، لان النقصان المذكور غير مضمون .

« السادسة » : اذا قال الراكب : أعرتنيها ، وقال المالك : آجرتكها

---

(١) المسالك ٢ / ١٢٢ : أي لم يبرأ من ضمان المنفعة - وهي الاجرة - في المسافة المتجاوزة ، ذهاباً وعوداً ، الى الوضع المأذون فيه « بتصرف » .

فالقول قول الراكب ، لأن المالك مدعي للأجـرة ، وقيل : القول قول المالك في عدم العارية . فاذا حلف سقطت دعوى الراكب ، ويثبت عليه اجرة المثل ، لا المسمّى ، وهو أشبه . ولو كان الاختلاف عقيب العقد (١) من غير انتفاع ، كان القول قول الراكب ، لان المالك يدعي عقـداً وهذا ينكره .

« السابعة » : اذا استعار شيئاً لينتفع به في شيء ، فانتفع به في غيره ضمن ، وان كان له أجرة ، لزمته أجرة مثله .

« الثامنة » : اذا جحد العارية ، بطل استيمانه ، ولزمه الضمان مع ثبوت الإعارة .

« التاسعة » : اذا ادعى التلف ، فالقول قوله مع يمينه : ولو ادعى الرد ، فالقول قول المالك مع يمينه ،

« العاشرة » : لو فرّط في العارية ، كان عليه قيمتها عند التلف ، اذا لم يكن لها مثل ، وقيل : أعلى القيم من حين التفريط الى وقت التلف، والأول أشبه . ولو اختلفا في القيمة ، كان القول قول المستعير ، وقيل : قول المالك ، والاول أشبه .

---

(١) المسالك ٢ / ١٢٣ : وهو ان المالك لا يدعي على مدعي الاعارة بشيء من عوض المنافع ، وإنما يدعي ثبوت الاجارة ووجوب الاجرة في ذمته . . .

كتاب الإجارة

وفيه

فصول

أربعة

الاول

في : العقد

وثمرته تمليك المنفعة بعوض معلوم . ويفتقر الى إيجاب وقبول .

والعبارة الصريحة عن الايجاب : آجرتك ، ولا يكفي ملّكتك .

أما لو قال : ملكتك سكنى هذه الدار سنة مثلاً ، صح . وكذا أعرتك ، لتحقق القصد الى المنفعة .

ولو قال : بعتك هذه الدار ، ونوى الاجارة ، لم تصح . وكذ لو قال : بعتك سكناها سنةً ، لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان ، وفيه تردد.

والإجارة عقد لازم ، لا تبطل الا بالتقايل ، أو بأحـد الأسباب المقتضية للفسخ .

ولا تبطل بالبيع (١) ، ولا بالعذر ، مهما كان الانتفاع ممكناً (٢) .

وهل تبطل بالموت ؟ المشهور بين الاصحاب نعم .

وقيل : لاتبطل بموت المؤجر ، وتبطل بموت المستأجر ، وقال آخرون : لا تبطل بموت أحدهما ، وهو الأشبه .

وكل ما صح إعارته ، صح إجارته . وإجارة المشاع جائزة كالمقسوم. والعين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر الا بتعدٍّ او تفريط . وفي اشتراط

---

(١) الروضة ٤ / ٣٢٩ : لعدم المنافاة ، فان الاجارة تتعلق بالمنافع ، والبيع بالعين وإن تبعتها المنافع حيث يمكن ، سواء كان المشتري هو المستأجر أو غيره . . .

(٢) ن : فعذر المستأجر لا يبطلها ، وإن بلغ حداً ينعذر عليه الانتفاع بها ، كما لو استأجر حانوتاً فسرق متاعه ، ولا يقدر على إبداله . . .

ضمانها من غير ذلك ، تردد أظهره المنع .

وليس في الاجارة خيار المجلس (١) . ولو شُرِطَ الخيارُ لأحدهما أو لهما ، جاز ، سواء كانت معينة كأن يستأجر هذا العبد أو هذه الدار ، أو في الذمة كأن يستأجره ليبني له حائطاً .

الثاني

في : شرائطها

وهي ستة :

الاول : ان يكون المتعاقدان كاملين جائزي التصرف

فلو آجر المجنون ، لم تنعقد اجارته : وكـذا الصبي غير المميز : وكذا المميِّز إلا باذن وليه ، وفيه تردد .

الثاني : أن تكون الاجرة معلومة بالوزن أو الكيل

فيما يكال أو يوزن ، ليتحقق انتفاء الغرر . وقيل : تكفي المشاهدة وهو حسن . وتملك الأجرة بنفس العقد .

ويجب تعجيلها مع الاطلاق ، ومع اشتراط التعجيل :

ولو شرط التأجيل صح ، بشرط أن يكون معلوماً . وكذا لو شرطها في نجوم :

(١) المسالك ٢ / ١٢٥ : لان خيار المجلس ، مختص بالبيع عندنا .

واذا وقف المؤجر على عيب في الاجرة ، سابق على القبض ، كان له الفسخ أو المطالبة بالعوض ، ان كانت الاجرة مضمونة . وان كانت معينة ، كان له الرد أو الارش . ولو افلس المستأجر بالاجـرة ، فسخ المؤجر إن شاء .

ولا يجوز : أن يؤجر المسكن ولا الخان ولا الأجير ، بأكثر مما استأجره ، الا ان يؤجر بغير جنس الاجرة ، أو يحـدث فيه ما يقابل التفاوت . وكذا لو سكن بعض الملك ، لم يجز ان يؤجر الباقي بزيادة عن الاجرة . والجنس واحد ويجوز بأكثرها .

ولو استأجره ليحمل له متاعاً الى موضع معين ، بأجرة في وقت معين ، فان قصر عنه ، نقص من اجرته شيئاً ، جاز . ولو شرط سقوط الاجرة إن لم يوصله فيه ، لم يجز ، وكان له اجرة المثل .

واذا قال : آجرتك كل شهر بكذا ، صح في شهر ، وله في الزائد اجرة المثل ان سكن ، وقيل : تبطل لجهل الاجرة ، والأول أشبه .

تفريعان

الاول : لو قال : إنْ خِطْتَهُ فارسياً فلك درهم ، وإن خطته رومياً فلك درهمان ، صح .

الثاني : لو قال : إن عملت هذا العمل في اليوم فلك درهمان ، وفي غدٍ درهم ، فيه تردد ، أظهره الجواز . ويستحق الاجير الأُجرة بنفس العمل(١) ، سواء كان في ملكه أو ملك المستـأجر . ومنهم من فرّق ، ولا يتوقف تسليم احدهما على الاخر . وكل موضع يبطل فيه عقد الاجارة ، تجب

---

(١) المسالك ٢ / ١٢٥ : قد تقدم أن الاجير يملك الاجرة بالعقد ، فالمراد باستحقاقها هنا ، استحقاق المطالبة بها بعد العمل .

فيه أجرة المثل ، مع استيفاء المنفعة أو بعضها ، سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه . ويكره أن يَستَعمِل الأجير ، قبل أن يُقاطِع على الاجرة ، وأن يُضَمَّن (١) ، إلا مع التهمة (٢) .

الثالث : أن تكون المنفعة مملوكة

إما تبعاً لملكِ العين ، أو منفردة . وللمستأجر أن يؤجر ، إلا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه . ولو شرط ذلك ، فسلم العين المستأجرة الى غيره ، ضمنها . ولو آجر غيرُ المالك تبرعاً (٣) ، قيل : تبطل ، وقيل : وقفت على إجازة المالك ، وهو حسن .

الرابع : أن تكون المنفعة معلومة

إما بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم ، وإما بتقدير المدة كسكنى الدار ، أو العمل على الدابة مدة معينة .

ولو قدر المدة والعمل ، مثل أن يستأجره ليخيط هذا الثوب في هذا اليوم ، قيل : يبطل ، لان استيفاء العمل في المدة قد لا يتفق ، وفيه تردد .

والاجير الخاص ، وهو الذي يستأجره مدة معينة ، لا يجوز له العمل لغير المستأجر إلا باذنه . ولو كان مشتَرَكاً ، جاز ، وهو الذي يُستَأجَر لعملٍ مجردٍ عن المدة .

---

(١) الروضة ٤ / ٣٥٤ : أي يغرم عوض ما تلف بيده ، بناء على ضمان الصانع ما يتلف بيده . . .

(٢) ن : ٤ / ٣٥٥ : بتقصيره على وجه يوجب الضمان .

(٣) المسالك ٢ / ١٢٦ : المراد انه لو آجر غير المالك شيئاً مما يصح للمالك ايجاره فضولياً . . .

وتملك المنفعة بنفس العقد ، كما تملك الاجرة به .

وهل يُشترط إتصالُ مدة الاجارة بالعقد ، قيل : نعم . ولو أطلق بطلت ، وقيل : الاطلاق يقتضي الاتصال ، وهو أشبه . ولو عين شهراً متأخراً عن العقد ، قيل : يبطل ، والوجه الجواز .

واذا سلم المعين المستأجرة ، ومضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة ، لزمته الأُجرة ، وفيه تفصيل . وكذا لو استأجر داراً وسلمها ، ومضت المدة ولم يسكن ، أو استأجره لقلع ضرسه ، فمضت المدة التي يمكن انتفاع(١) ذلك فيها ، فلم يقلعه المستأجر استقرت الاجرة . أما لو زال الالم عقيب العقد ، سقطت الاجرة .

ولو استأجر شيئاً ، فتلف قبل قبضه ، بطلت الاجارة . وكذا لو تلف عقيب قبضه . أما لو انقضى بعضُ المدة ثم تلف ، أو تجدد فسخ الإجارة (٢) ، صح فيما مضى ، وبطل في الباقي ، ويرجع من الاجرة بما قابل المتخلف من المدة .

ولابد من تعيين ما يحمل على الدابة ، إما بالمشاهدة ، واما بتقديره بالكيل أو الوزن ، أو ما يرفع الجهالة .

ولا يكفي ذكر المَحْمِل مجرداً عن الصفة ، ولا راكب غير معين لتحقق الاختلاف في الخفة والثقل . ولابد مع ذكر المَحْمِل ، من ذكر طوله وعرضه وعلوه ، وهل هو مكشوف أو مغطى ، وذكر جنس غطائه.

وكذا لو استأجر دابةً للحمل ، فلابد من تعيينه بالمشاهدة ، أو ذكر جنسه وصفته وقدره .

وكذا لا يكفي ذكر الآلات المحمولة ، ما لم يعين قدرها وجنسها .

---

(١) وفي « هـ ٢ / ١٤٥ » : وردت ايقاع بدل انتفاع .

(٢) المسالك ٢ / ١٢٧ : كأن نقصت المنفعة بطرو عيب ، بان نقص ماء الارض أو الرحاء ، أو عرجت الدابة ، أو مرض الأجير ونحو ذلك « بتصرف » .

ولا يكفي اشتراط حمل الزاد ، ما لم يعينه . واذا فَنِيَ ، ليس له حملُ بدله ، ما لم يشترط .

واذا استأجر دابةً اقتصر على مشاهدتها . فان لم تكن مشاهدة ، فلابد من ذكر جنسها ووصفها . وكذا الذكورة والانوثة ، إذا كانت للركوب ويسقط اعتبار ذلك ، إذا كانت للحمل :

ويلزم مؤجِر الدابة ، كل ما يحتاج اليه في إمكان الركوب ، من الرحل والقتب وآلته والحِزَام والزِمام . وفي رفع المحمل وشَدِّه تردد ، أظهره اللزوم .

ولو أجَّرَها للدوران بالدولاب ، افتقر الى مشاهدته ، لاختلاف حالته في الثقل :

ولو أجرها للزراعة ، فان كان لحرث جريب معلوم ، فلابد من مشاهدة الأرض أو وصفها . وإن كان لعمل مدة ، كفى تقدير المدة : وكذا في إجارة دابةٍ ، لسفر مسافة معينة ، فلابد من تعيين وقت السير ليلاً أو نهاراً ، إلا أن يكون هناك عادة فيستغني بها .

ويجوز أن يستأجر اثنان جملاً أو غيره للعُقْبَة ، ويرجع في التناوب الى العادة .

واذا اكترى دابةً ، فسار عليها زيادة عن العادة ، أو ضربها كذلك ، أو كبحها باللجام من غير ضرورة ، ضمن .

ولا يصح إجارة العقار ، إلا مع التعيين بالمشاهدة ، أو بالإشارة الى موضع معين ، موصوف بما يرفع الجهالة : ولا تصح اجارته في الذمة ، لما يتضمن من الغرر ، بخلاف استيجار الخياط للخياطة ، والنساج للنساجة واذا استأجره مدة ، فلابد من تعيين الصانع ، دفعاً للغرر الناشئ من تفاوتهم في الصنعة :

ولو استأجر لحفر البئر ، لم يكن بدّ من تعيين الأرض ، وقدر نزولها وسعتها . ولو حفرها فانهارت أو بعضها ، لم يلزم الأجير إزالته ، وكان ذلك الى المالك . ولو حفر بعض ما قوطع عليه ، ثم تعذر حفـر الباقي إما لصعوبة الارض أو مرض الأجير أو غير ذلك ، قوّم حفرها وما حفر منها ، ورجع عليه بنسبته من الاجرة ، وفي المسألة قول آخر مستند الى رواية مهجورة .

ويجوز استئجار المرأة للرضاع ، مدة معينة باذن الزوج ، فان لم يأذن ، فيه تردد ، والجواز أشبه ، اذا لم يمنع الرضاع حقه . ولابد من مشاهدة الصبي . وهل يشترط ذكر الموضع الذي ترضعه فيه ؟ قيل : نعم وفيه تردد . وان مات الصبي أو المرضعة بطل العقد . ولو مات أبوه ، هل تبطل ؟ يبنى على القولين [كون الاجارة ، هل تبطل بموت المؤجر والمستأجر أم لا ؟ والاصح عدم البطلان] (١) .

ولو استأجر شيئاً مدة معينة ، لم يجب تقسيط الاجرة على اجزائها ، سواء كانت قصيرة أو متطاولة .

ويجوز استئجار الارض ليعمل مسجداً .

ويجوز استئجار الدراهم والدنانير ان تحققت لها منفعة حكمية مـع بقاء عينها (٢) .

تفريع

لو استأجر لحمل عشرة اقفزة من صبرة فاعتبرها ، ثم حملها فكانت اكثر ، فان كان المعتبر هو المستأجر لزمه اجرة المثل عن الزيادة ، وضمن

---

(١) هذه الزيادة وردت في « هـ ٢ / ١٤٥ » فقط

(٢) المسالك ٢ / ١٣٠ : بان يتزين بها ويتجمل . . .

الدابة ان تلفت ، لتحقق العدوان . وان اعتبرهـا المؤجر ، لم يضمن المستأجر أجرةً ولا قيمة . ولو كان المعتبر أجنبياً ، لزمته أجرة الزيادة .

الخامس أن تكون المنفعة مباحة

فلو آجره مسكناً ليحرز فيه خمراً ، أو دكاناً ليبيع فيه آلةً محرمة ، أو أجيراً ليحمل له مسكراً ، لم تنعقد الاجارة . وربما قيل بالتحريم ، وانعقاد الاجارة ، لامكان الانتفاع في غير المحرم ، والأول أشبه ، لان ذلك لم يتناوله العقد : وهل يجوز استئجار الحائط المزوّق للتنزّه ؟ قيل : نعم وفيه تردد :

السادس : أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها

فلو آجر عبداً آبقاً لم تصح ، ولو ضم اليه شيء ، وفيه تردد : ولو منعه المؤجر منه ، سقطت الاجرة . وهل له ان يلتزم ويطالب المؤجـر بالتفاوت ؟ فيه تردد ، والاظهر نعم .

ولو منعه ظالم قبل القبض ، كان بالخيار بين الفسخ والرجوع على الظالم ، بأجرة المثل ، ولو كان بعد القبض ، لم تبطل ، وكان له الرجوع على الظالم :

واذا انهدم المسكن كان للمستـأجر فسخ الاجارة ، الا ان يعيده صاحبه ويمكّنه منه ، وفيه تردد : ولو تمادى المؤجر في اعارته ، ففسخ المستأجر ، رجع بنسبة ما تخلف من الاجرة إن كان سلم اليه الاجرة :

الثالث

في : أحكامها

وفيه مسائل

« الاولى » : إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً ، كان له الفسخ أو الرضا بالاجرة من غير نقصان ، ولو كان العيب مما يفوت به بعض المنفعة :

« الثانية » : إذا تعدّى في العين المستأجَرَة ، ضمن قيمتها وقت العدوان . ولو اختلفا في القيمة ، كان القول قول المالك إن كانت دابّة ، وقيل : القول قول المستأجر على كل حال ، وهو أشبه :

« الثالثة » : من تقبّل عملاً ، لم يجز أن يقبّله غيرَه بنقيصةٍ ، على الأشهر ، إلا أن يحدث فيه ما يستبيح به الفضل : ولا يجوز تسليمه الى غيره ، إلا باذن المالك . ولو سلم من غير اذن ، ضمن :

« الرابعة » : يجب على المستأجر ، سقي الدابة وعلفها ، ولو أهمل ضمن :

« الخامسة » : اذا أفسد الصانع ، ضمن : ولو كان حاذقاً ، كالقصّار يحرق الثوب أو يخرق ، أو الحجّام يجني في حجامته ، أو الختّان يختن فيسبق موساه الى الحَشَفَة أو يتجاوز حد الختان : وكذا البيطار ، مثل أن يحيف على الحافر أو يفصد فيقتل ، أو يجني ما يضر الدابة ، ولو احتاط واجتهد . أما لو تلف في يد الصانع ، لا بسببه ، من غير تفريط ولا تعد ، لم يضمن ، على الأصح : وكذا الملاح والمكاري ، ولا يضمنان ، إلا ما يتلف عن تفريط ، على الأشبه .

« السادسة » : من استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه ، كانت نفقته على المستأجر ، إلا أن يشترط على الأجير .

« السابعة » : اذا آجر مملوكاً له فأفسد ، كان ذلك لازماً لمولاه في سعيه . وكذا لو آجر نفسه باذن مولاه .

« الثامنة » : صاحب الحمّام لا يضمن ، إلا ما أودع وفرّط في حفظه أو تعدّى فيه .

« التاسعة » : إذا أسقط الأُجرة بعد تحققها في الذمة ، صح . ولو أسقط المنفعة المعيّنة لم تسقط ، لأن الابراء لا يتناول الا ما هو في الذمم .

« العاشرة » : اذا آجر عبده ثم اعتقه ، لم تبطل الاجارة ، ويستوفي المنفعة التي تناولها العقد ، ولا يرجع العبد على المولى باجرة مثل عمله بعد العتق . ولو آجر الوصي صبياً مدةً يعلم بلوغه فيها ، بطلت في المتيقن وصحت في المحتمل ، ولو اتفق البلوغ فيه . وهل للصبي الفسخ بعد بلوغه؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

« الحادية عشرة » : اذا تسلم أجيراً ليعمل له صنعة فهلك ، لم يضمنه ، صغيراً كان أو كبيراً ، حراً كان أو عبداً .

« الثانية عشرة » : إذا دَفَعَ سلعةً الى غيره ، ليعمل فيها عملاً ، فان كان ممن عادته أن يُستأجر لذلك العمل كالغسّال والقصّار ، فله اجرة مثل عمله . وإن لم تكن له عادة ، وكان العمل مما له اجرة ، فله المطالبة لانه ابصر بذمته . وإن لم يكن مما له اجرة بالعادة ، لم يلتفت الى مدعيها .

« الثالثة عشرة » : كل ما يتوقف عليه توفية المنفعة فعلى المؤجر ، كالخيوط في الخياطة ، والمداد في الكتابة . ويدخل المفتاح في إجارة الدار لان الانتفاع لا يتم الا بها .

الرابع

في : التنازع

وفيه مسائل :

« الاولى » : اذا تنازعا في اصل الاجارة ، فالقول قول المالك مع يمينه . وكذا لو اختلفا في قدر المستأجَر . وكذا لو اختلفا في رد العين المستأجرة . اما لو اختلفا في قدر الاجرة ، فالقول قول المستأجر .

« الثانية » : اذا ادّعى الصانع أو الملاح أو المكاري هلاك المتاع ، وانكر المالك ، كُلّفوا البينة . ومع فقدها يلزمهم الضمان ، وقيل : القول قولهم مع اليمين ، لانهم امناء ، وهو اشهر الروايتين . وكذا لو ادعى المالك التفريط ، فأنكروا .

« الثالثة » : لو قطع الخياط ثوباً قباءاً ، فقال المالك أمرتك بقطعه قميصاً ، فالقول قول المالك مع يمينه ، وقيل : قول الخياط ، والأول أشبه. ولو أراد الخياط فتقه ، لم يكن له ذلك ، اذا كانت الخيوط من الثوب أو من المالك . ولا اجرة له ، لانه عمل لم يأذن فيه المالك .

كتاب الوكالة

وهو

يستدعي

بيان

فصول

الأوّل

في : العقد

وهو استنابة في التصرف . ولابد في تحققه من إيجاب دال على القصد كقوله : وكلتك أو استنبتك أو ما شاكل ذلك .

ولو قال : وكلتني ، فقال : نعم ، أو أشار بما يدل على الاجابة ، كفى في الايجاب .

وأما القبول : فيقع باللفظ كقوله : قبلت أو رضيت أو ما شابهه .. وقد يكون بالفعل ، كما اذا قال : وكلتك في البيع فباع .

ولو تأخر القبول عن الايجاب ، لم يقدح في الصحة ، لأن الغائب يوكل والقبول يتأخر .

ومن شرطها أن تقع منجَّزة ، فلو علقت بشرط متوقع (١) ، أو وقت متجدد (٢) ، لم تصح . نعم لو نجَّز الوكالة ، وشرط تأخير التصرف ، جاز .

ولو وكله في شراء عبدٍ ، افتقر الى وصفه ، لينتفي الغرر . ولو وكّله مطلقاً ، لم يصح على قول ، والوجه الجواز .

وهي عقد جائز من طرفيه ، فللوكيل أن يعزِل نفسَه ، مع حضور الموكل ومع غيبته . وللموكل أن يعزله ، بشرط أن يُعلِمَه العزل (٣) .

---

(١) الروضة ٤ / ٣٦٨ : كقدوم المسافر .

(٢) المسالك ٢ / ١٣٣ : وهي ما كان وجوده في المستقبل محققاً ، كطلوع الشمس.

(٣) الروضة ٤ / ٣٧٠ : والمراد بالعلم هنا ، بلوغه الخبر بقول من يقبل خبره ، وإن كان عدلا واحداً .

ولو لم يعلمه لم ينعزل بالعزل . وقيل : إن تعذر إعلامه فأشهد ، انعزل بالعزل والإشهاد ، والأول أظهر .

ولو تصرف الوكيل قبل الاعلام ، مضى تصرفه على الموكِل : فلو وكله في استيفاءِ القصاص ثم عزله ، فاقتص قبل العلم بالعزل ، وقع الاقتصاص موقعه .

وتبطل الوكالة بالموت والجنون والاغماء ، من كل واحد منهما : وتبطل وكالة الوكيل بالحجر على الموكِل ، فيما يمنع الحجر من التصرف فيه ، ولا تبطل الوكالة بالنوم وإن تطاول .

وتبطل الوكالة ، بتلف ما تعلقت الوكالة به ، كموت العبد المُوكَل في بيعه ، وبموت المرأة الموكل بطلاقها . وكذا لو فعل الموكِل ما تعلقت الوكالة به (١) .

والعبارة عن العزل أن يقول : عزلتك ، أو انزلت (٢) نيابتك ، أو فسخت ، أو أبطلت ، أو نقضت ، أو ما جرى مجرى ذلك .

وإطلاق الوكالة ، يقتضي الابتياع بثمن المثل ، بنقد البلد حالاً ، وان يبتاع الصحيح دون المعيب . ولو خالف لم يصح ، ووقف على اجازة المالك .

ولو باع الوكيل بثمن ، فأنكر المالك الإذن في ذلك القدر ، كان القول قوله مع يمينه ، ثم تستعاد العين ان كانت باقية ، ومثلها أو قيمتها ان كانت تالفة . وقيل يلزم الدلال إتمام ما حلف عليه المالك ، وهو بعيد .

فان تصادَقَ الوكيل والمشتري على الثمن ، ودفع الوكيل الى المشتري السلعة فتلفت في يده ، كان للموكِل الرجوع على أيهما شاء بقيمته .

---

(١) الروضة ٤ / ٣٧١ : كما لو وكله في بيع عبد ثم باعه ، وفي حكمه فعله ما ينافيها كعتقه .

(٢) وفي « هـ ٢ / ١٤٨ » : عزلت بدل أنزلت .

لكن إن رجع على المشتري ، لايرجع المشتري على الوكيل ، لتصديقه له في الاذن ، وإن رجع على الوكيل ، رجع الوكيل على المشتري بأقل الأمرين ، من ثمنه وما اغترمه .

وإطلاق الوكالة في البيع ، يقتضي تسليم المبيع ، لأنه من واجباته : وكذا اطلاق الوكالة في الشراء ، يقتضي الاذن في تسليم الثمن . لكن لا يقتضي الإذن في البيع قبض الثمن ، لانه قد لا يؤمن على القبض : وللوكيل أن يرد بالعيب ، لإنه من مصلحة العقد ، مع حضور الموكل وغيبته . ولو منعه الموكِل ، لم يكن له مخالفته .

الثاني

في : ما لا تصح فيه النيابة وما تصح فيه

أما ما لا تدخله النيابة

فضابطه : ما تعلق قصد الشارع بايقاعه من المكلَّف مباشرةً (١) كالطهارة مع القدرة ، وان جازت النيابة في غسل الاعضاء عند الضرورة.. والصلاة الواجبة ما دام حياً . . وكذا الصوم والاعتكاف : . والحج الواجب مع القدرة : . والإيمان ، والنذور ، والغصب . . والقَسم بين الزوجات لانه يتضمن استمتاعاً . : والظِهار واللِعان . . وقضاء العدة . . والجناية.. والإلتقاط والإحتطاب والإحتشاش : : وإقامة الشهادة ، إلا على وجه الشهادة على الشهادة :

(١) المسالك ٢ / ١٣٥ : المرجع في معرفة غرض الشارع في ذلك الى النقل ، إذ ليس له قاعدة كلية لا تنخرم ، وإن كانت بحسب التقريب منحصرة فيما ذكر .

وأما ما تدخله النيابة

فضابطه : ما جُعِلَ ذريعةً الى غرض لا يختص بالمباشرة ، كالبيع .. وقبض الثمن . . والرهن . . والصلح . . والحوالة . . والضمان . . والشركة . . والوكالة . . والعارية . . وفي الأخذ بالشفعة . . والإبراء . . والوديعة . . وقسم الصدقات . . وعقد النكاح . . وفرض الصداق . . والخلع والطلاق . . واستيفاء القصاص . . وقبض الديّات . . وفي الجهاد على وجه . . وفي استيفاء الحدود مطلقاً . . وفي اثبات حدود الآدميين ، أما حدود الله سبحانه فلا . . وفي عقد السبق والرماية . . والعتق والكتابة والتدبير . . وفي الدعوى . . وفي اثبات الحجج والحقوق .

ولو وكّل على كلٍ ، قليلٍ وكثيرٍ ، قيل : لا يصح ، لما يتطرق من احتمال الضرر ، وقيل : يجوز ، ويندفع الحال باعتبار المصلحة ، وهو بعيد عن موضع الفرض (١) . نعم لو وكّله على كل ما يملكه صح ، لانه يناط بالمصلحة .

الثالث

في : الموكل

يعتبر فيه البلوغ وكمال العقل ، وأن يكون جائز التصرف فيما وُكّل فيه ، مما تصح فيه النيابة .

(١) المسالك ٢ / ١٣٦ : فان الفرض كونه وكيلا في كل شيء ، فيدخل فيه عتق عبيده وتطليق نسائه وهبة أملاكه ونحو ذلك مما يوجب الضرر ، والتقييد خروج عن الكلية ؛ وجوابه : ان القيد معتبر وإن لم يصرح بهذا العموم ، حتى لو خصص بفرد واحد يقيد بالمصلحة ، فكيف بمثل هذا العام المنتشر .

فلا تصح وكالة الصبي ، مميزاً كان أو لم يكن . ولو بلغ عشراً ، جاز أن يوكل فيما له التصرف فيه ، كالوصية والصدقة والطلاق ، على رواية . وكذا يجوز أن يتوكل فيه .

وكذا لا تصح وكالة المجنون . ولو عرض ذلك بعد التوكيل ، أبطَلَ الوكالة .

وللمكاتب أن يُوَكِّل ، لأنه يملك التصرف في الإكتساب .

وليس للعبد القن أن يوكل ، إلا باذن مولاه . ولو وكله إنسان في شراء نفسه من مولاه صح . وليس للوكيل أن يُوكِلَ إلا باذن من الموكل (١) .

ولو كان المملوك مأذوناً له في التجارة ، جاز أن يوكِل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه ، لأنه كالمأذون فيه . ولا يجوز أن يُوكِل في غير ذلك ، لأنه يتوقف على صريح الإذن من مولاه . وله أن يوكل فيما يجوز أن يتصرف فيه ، من غير إذن مولاه ، مما تصح فيه النيابة كالطلاق .

وللمحجور عليه ، أن يوكل فيما له التصرف فيه ، من طلاق وخلع وما شابهه .

ولا يُوكِّل المحرم : في عقد النكاح ، ولا ابتياع الصيد .

وللأب والجد أن يوكلا عن الولد الصغير .

وتصح الوكالة في الطلاق للغائب إجماعاً ، وللحاضر على الأظهر .

ولو قال الموكل : اصنع ما شئت ، كان دالاً على الإذن في التوكيل ، لأنه تسليط على ما يتعلق به المشيئة .

ويستحب : أن يكون الوكيل تام البصيرة فيما وكِّل فيه ، عارفاً باللغة التي يحاور بها .

---

(١) وفي « هـ ٢ / ١٤٩ » : وليس للوكيل أن يوكل من الموكل إلا باذن منه .

وينبغي للحاكم أن يوكِلَ عن السفهاء ، من يتولى الحكومة عنهم :
ويكره : لذوي المروّات أن يتولوا المنازعة بنفوسهم (١) :

الرابع

* في : الوكيل *

الوكيل : يعتبر فيه البلوغ ، وكمال العقل ، ولو كان فاسقاً أو كافراً أو مرتداً .

ولو ارتد المسلم ، لم تبطل وكالته ، لأن الارتداد لا يمنع الوكالة ابتداء ، وكذلك استدامةً .

وكل ما له أن يليه بنفسه ، وتصح النيابة فيه ، صح أن يكون فيه وكيلاً . فتصح وكالة المحجور عليه لتبذير أو فلس : ولا تصح لنيابة المحُرِم ، فيما ليس للمُحْرِم أن يفعله ، كابتياع الصيد وامساكه وعقد النكاح :

ويجوز أن تتوكل المرأة في طلاق غيرها . وهل تصح في طلاق نفسها؟ قيل : لا ، وفيه تردد :

وتصح وكالتها في عقد النكاح ، لأن عبارتها فيه معتبرة عندنا :

وتجوز وكالة العبد اذا أذن مولاه ، ويجوز أن يوكله مولاه في اعتاق نفسه : ولا تشترط عدالة الولي ، ولا الوكيل في عقد النكاح :

---

(١) المسالك ٢ / ١٣٦ : المراد بهم أهل الشرف والمناصب الجليلة ، الذين لا يليق بهم الامتهان .

ولا يتوكل الذمي على المسلم للذمي ولا للمسلم ، على القول المشهور(١) وهل يتوكل المسلم للذمي على المسلم ؟ فيه تردد ، والوجه الجواز على كراهية. ويجوز أن يتوكل الذمي على الذمي .

ويقتصر الوكيل من التصرف على ما أُذِنَ له فيه ، وما تشهد العادة بالاذن فيه . فلو أمره ببيع السلعة بدينار نسيئةً ، فباعها بدينارين نقداً صح : وكذا لو باعها بدينار نقداً ، إلا أن يكون هناك غرض صحيح يتعلق بالتأجيل . أما لو أمره ببيعه حالاً ، فباع مؤجلاً لم يصح ، ولو كان بأكثر مما عُيِّن ، لأن الأغراض تتعلق بالتعجيل . ولو أمره ببيعه في سوق مخصوصة ، فباع في غيرها بالثمن الذي عين له ، أو مع الاطلاق بثمن المثل صح ، إذ الغرض تحصيل الثمن .

أما لو قال : بعه من فلان فباعه من غيره ، لم يصح ولو تضاعف الثمن ، لأن الأغراض في الغرماء تتفاوت . وكذا لو امره ان يشتري بعين المال ، فاشترى في الذمة ، أو في الذمة فاشترى بالعين ، لانه تصرف لم يؤذن فيه ، وهو مما تتفاوت فيه المقاصد :

واذا ابتاع الوكيل ، وقع الشراء عن الموكل ، ولا يدخل في ملك الوكيل ، لانه لو دخل في ملكه ، لزم ان ينعتق عليه أبـوه وولده لو اشتراهما ، كما ينعتق ابو الموكِل وولده .

ولو وكّل مسلم ذمياً في ابتياع خمر ، لم يصح .

وكل موضع ، يبطل الشراء للموكل ، فان كان سماه عند العقد ،

---

(١) الروضة ٤ / ٣٧٨ : لاستلزامها إثبات السبيل للكافر على المسلم المنفي بالآية « لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا »« جمعاً بين المتن والهامش » .

لم يقع عن احدهما (١) . وإن لم يكن سماه ، قضى به على الوكيل في الظاهر ، وكذا لو انكر الموكل الوكالة . لكن إن كان الوكيـل مبطلاً فالملك له ، ظاهراً او باطناً ، وان كان محقاً كان الشراء للموكل باطناً .

وطريق التخلص ان يقول الموكل : ان كان لي فقد بعته من الوكيل فيصح البيع ، ولا يكون هذا تعليقاً للبيع على الشرط ويتقاصان .

وإن امتنع الموكل من البيع جاز ان يستوفي عوض ما أداه الى البائع عن موكله من هذه السلعة ، ويرد ما يفضل عليه او يرجع بما يفضل له .

ولو وكل اثنين ، فان شرط الاجتماع ، لم يجز لاحدهمـا ان ينفرد بشيء من التصرف ، وكذا لو اطلق . ولو مات احدهما بطلت الوكالة ، وليس للحاكم ان يضم اليه أميناً .

أما لو شرط الانفراد ، جاز لكل منهما ان يتصرف غير مستصحب رأي صاحبه .

ولو وكل زوجته ، أو عبد غيره ، ثم طلّق الزوجة وأُعتِقَ العبد، لم تبطل الوكالة . أما لو اذن لعبده في التصرف بماله ، ثم أعتقه ، بطل الاذن ، لانه ليس على حد الوكالة ، بل هو إذْنٌ تابع للملك .

واذا وكل انساناً في الحكومة ، لم يكن إذناً في قبض الحق ، إذ قد يُوكل من لا يُستأمن على المال . وكذا لو وكله في قبض المال ، فانكر الغريم ، لم يكن ذلك إذناً في محاكمته ، لانه قد لا يرتضي للخصومة .

---

(١) المسالك ٢ / ١٣٨ : إما عدم وقوعه عن الوكيل ، فلأن العقد تابع للقصد ، وقد خص الشراء بالموكل لفظاً ونية ، فلا يقع عنه ؛ وأما عدم وقوعه عن الموكل ، فلمخالفة أمره ، فلا يكون ما وكل فيه واقعاً ، فيكون فضولياً .

فرع

لو قال : وكلتك في قبض حقي من فلان فمات، لم يكن له مطالبة الورثة.

أما لو قال : وكلتك في قبض حقي الذي على فلان كان له ذلك (١) .

ولو وكله في بيع فاسد لم يملك الصحيح ، وكذا لو وكله في ابتياع معيب .

واذا كان لانسان على غيره دين ، فوكله ان يبتاع له به متاعاً جاز ، ويبرأ بالتسليم الى البائع .

الخامس

في : ما به تثبت الوكالة

ولا يحكم بالوكالة بدعوى الوكيل ، ولا بموافقة الغريم ، ما لم يقم بذلك بينة ، وهي شاهدان . ولا تثبت بشهادة النساء ، ولا بشاهد واحد وامرأتين ، ولا بشاهد ويمين ، على قول مشهور . ولو شهد احدهما بالوكالة في تاريخ ، والآخر في تاريخ آخر ، قبلت شهادتهما نظراً الى العادة في الاشهاد ، إذ جمع الشهود لذلك في الموضع الواحد قد يتعسر . وكذا لو

---

(١) المسالك ٢ / ١٣٨ - ١٣٩ : الفرق بين الصيغتين ، ان « من » متعلقة بفعل الامر وهو إقبض ، ومدلولها المديون ففيها تعيين لمبدأ القبض ومنشأه ، وهو فلان المديون فلا يتعدى الامر إلى وارثه ، لان قبضه من الوارث ليس قبضاً من المديون . . . وأما الذي على فلان ، فان جملة الموصول والصلة فيه ، صفة للحق وليس فيه تعيين للمقبوض منه بوجه ، بل الاذن تعلق بقبض الحق الموصوف بكونه في ذمة زيد ، فالوكيل يتبع الحق حيث ما انتقل .

شهد أحدهما أنه وكله بالعجمية ، والآخر بالعربية ، لأن ذلك يكون إشارة الى المعنى الواحد . ولو اختلفا في لفظ العقد ، بأن يشهد أحدهما أن الموكل قال : وكلتك ، ويشهد الآخر أنه قال : استنبتك لم تقبل ، لانها شهادة على عقدين ، اذ صيغة كل واحد منهما مخالفة للأخرى ، وفيه تردد . إذ مرجعه الى انهما شهدا في وقتين . أما لو عدلا عن حكاية لفظ الموكل واقتصرا على إيراد المعنى جاز ، وإن اختلفت عبارتهما . واذا علم الحاكم بالوكالة ، حكم فيها بعلمه .

تفريع

لو ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله من غريم ، فان انكر الغريم ، فلا يمين عليه . وإن صدّقه ، فان كانت عيناً ، لم يُؤْمر بالتسليم . ولو دفع اليه ، كان للمالك استعادتها. فان تلفت، كان له إلزام أيهما شاء ، مع انكاره الوكالة ، ولا يرجع أحدهما على الآخر .

وكذا لو كان الحق ديناً ، وفيه تردد . لكن في هذا اودفع ، لم يكُنْ للمالك مطالبة الوكيل ، لأنه لم ينتزع عين ماله ، اذ لا يتعين الا بقبضه أو قبض وكيله ، وهو ينفي كل واحد من القسمين .

وللغريم أن يعود على الوكيل ، ان كانت العين باقية ، أو تلفت بتفريط منه . ولا دَرَكَ عليه لو تلفت بغير تفريط ،

وكل موضع ، يلزم الغريم التسليم لو أقر به ، يلزمه اليمين اذا أنكر .

السّادس

في : اللواحق

وفيه مسائل :

« الاولى » : الوكيل أمين ، لا يضمن ما تلف في يده ، إلا مع التفريط أو التعدي .

« الثانية » : إذا كان أذن لوكيله أن يوكل ، فان وَكَّلَ عن موكله ، كانا وكيلين له ، وتبطل وكالتهما بموته . ولا تبطل بموت أحدهما ، ولا بعزل أحدهما صاحبه ، وإن وكله عن نفسه ، كان له عزله . فان مات الموكِل بطلت وكالتهما . وكذا إن مات وكيل الأول .

« الثالثة » : يجب على الوكيل تسليم ما في يده ، الى الموكل مع المطالبة وعدم العذر . فان امتنع من غير عذر ، ضمن . وإن كان هناك عذر ، لم يضمن . ولو زال العذر فأخر التسليم ، ضمن . ولو ادعى بعد ذلك ، أن تَلَفَ المال قبل الامتناع (١) ، او ادعى الرد قبل المطالبة ، قيل : لا يقبل دعواه ولو أقام بينة ، والوجه أنها تقبل .

« الرابعة » : كل من في يده مال لغيره ، أو في ذمته ، فله أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض . ويستوي في ذلك ما يقبل قوله في رده ، وبين ما لا يقبل إلا ببينة ، هَرَباً من الجحود المفضي الى الدرك أو اليمين .

---

(١) المسالك ٢ / ١٤٠ : إذا إمتنع من رد المال على الموكل ، فقد يكون إمتناعه مجرد تقصير ومطل ، وقد يكون للجحود . . .

وفصّل آخرون بين ما يُقبل قوله في رده وما لا يقبل ، فأوجبوا التسليم في الاول ، وأجازوا الامتناع في الثاني إلا مع الإشهـاد ، والأول أشبه (١) :

« الخامسة » : الوكيل في الإيداع ، اذا لم يشهد على الوَدَعِـي ، لم يضمن . ولو كان وكيلاً في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن ، وفيه تردد :

« السادسة » : اذا تعدى الوكيل في مال الموكل ، ضـمنه ولا تبطل وكالته ، لعـدم التنافي . ولو باع الوكيل ما تعدّى فيه ، وسلمه الى المشتري ، بَرِئَ من ضمانه ، لأنه تسليم مـأذون فيه ، فجرى مجرى قبض المالك :

« السابعة » : اذا أذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فبـاع جاز (٢) ، وفيه تردد ، وكذا في النكاح .

السّابع

في : التنازع

وفيه مسائل :

« الاولى » : اذا اختلفا في الوكالة ، فالقول قول المنكر ، لأنه الأصل .

---

(١) المسالك ٢ / ١٤٠ : وجه التفصيل إن ما يقبل قول الدافع في رده ، لايتوجه عليه ضرر بترك الاشهاد ، لان قبول قوله يرفع الغرم عن نفسه ، بخلاف ما لا يقبل...

(٢) ن : لا ريب في قوة جانب الجواز ، لمنع التهمة مع الاذن ، ومراعاة المصلحة المعتبرة في كل وكيل ، وجواز تولي الواحد الطرفين عندنا . . .

ولو اختلفا في التلف (١) ، فالقول قول الوكيل ، لأنه أمين . وقد يتعذر اقامة البينة بالتلف غالباً ، فاقتنع بقوله ، دفعاً لإلتزام ما تعذر غالباً . ولو اختلفا في التفريط ، فالقول قول منكره ، لقوله عليه السلام : « واليمين على من أنكر » .

« الثانية » : اذا اختلفا في دفع المال الى الموكل ، فان كان (٢) بجُعَلٍ ، كُلِّف البينة لأنه مدّع . وإن كان بغير جُعَل ، قيل : القول قوله كالوديعة وهو قول مشهور ، وقيل : القول قول المالك ، وهو الاشبه ؛ أما الوصي ، فالقول قوله في الانفاق ، لتعذر البينة فيه ، دون تسليم المال الى الموصَى له . وكذا القول في الأب والجد والحاكم وأمينه مع اليتيم ، إذا أنكر القبض عند بلوغه ورشده (٣) . وكذا الشريك والمضارب ومن حصل في يده ضالّة .

« الثالثة » : اذا ادعى الوكيل التصرف ، وأنكر الموكل ، مثل أن يقول : بعت أو قبضت ، قيل : القول قول الوكيل ، لأنه أقر بما لَهُ أن يفعله ، ولو قيل : القول قول الموكل أمكن ، لكن الأول أشبه .

« الرابعة » : اذا اشترى انسان سلعةً ، وادعى أنه وكيل لإنسان فأنكر (٤) ، كان القول قوله مع يمينه ، ويقضي على المشتري بالثمن ، سواء اشترى بعين أو في ذمة ، إلا أن يكون ذكر أنه يبتاع له في حالة العقد.

---

(١) الروضة ٤ / ٣٨٧ : أي تلف المال الذي بيد الوكيل ، كالعين الموكل في بيعها وشرائها ، أو الثمن ، أو غيره ، حلف الوكيل لانه أمين .

(٢) أي فان كان التزام الوكيل الوكالة بجعل . . .

(٣) المسالك ٢ / ١٤١ : ظاهرهم هنا عدم الخلاف في تقديم قول الموصى له واليتيم في عدم القبض . . .

(٤) ن : إذا حلف المنكر ، إندفع الشراء عنه ، وحكم به للمشتري ظاهراً والزم بالثمن.

ولو قال الوكيل : ابتعت لك فأنكر الموكل ، أو قال : ابتعت لنفسي فقال الموكل : بل لي ، فالقول قول الوكيل ، لأنه أبصر بنيته .

« الخامسة » : اذا زوّجه امرأة ، فأنكر الوكالة ولا بيّنة ، كان القول قول الموكل مع يمينه ، ويلزم الوكيل مهرها ، وروي نصف مهرها . وقيل : يحكم ببطلان العقد في الظاهر . ويجب على الموكل أن يطلقها ، إن كان يعلم صدق الوكيل ، وأن يسوق لها نصف المهر ، وهو قوي (١) .

« السادسة » : اذا وكله في ابتياع عبد ، فاشتراه بمئة ، فقال الموكل اشتريته بثمانين ، فالقول قول الوكيل لأنه مؤتمن ، ولو قيل : القول قول الموكل ، كان أشبه لأنه غارم .

« السابعة » : اذا اشترى لموكّله ، كان البائع بالخيار ان شاء طالب الوكيل ، وان شاء طالب الموكل ، والوجه اختصاص المطالبة بالموكل مع العلم بالوكالة ، واختصاص مطالبة الوكيل مع الجهل بذلك .

« الثامنة » : اذا طالب الوكيل ، فقال الذي عليه الحق لا تستحق المطالبة ، لم يلتفت الى قوله ، لأنه مكـذب لبينة الوكالة . ولو قال عزلك الموكل ، لم يتوجه على الوكيل اليمين ، إلا أن يدعي عليه العلم : وكذا لو ادعى أن الموكل أبرأه .

« التاسعة » : تقبل شهادة الوكيل لموكله ، فيما لا ولاية له فيه ، ولو عزل قبلت في الجميع ، ما لم يكن أقام بها أو شرع في المنازعة .

« العاشرة » : لو وكله بقبض دينه من غريم له ، فأقر الوكيـل بالقبض وصدقه الغريم ، وأنكر الموكل ، فالقول قول الموكل ، وفيه تردد .

---

(١) الروضة ٤ / ٣٨٨ : أي ويجب على الموكل ، فيما بينه وبين الله تعالى ، الطلاق إن كان وكل في التزويج ، لانها حينئذ زوجته ، فانكارها وتعريضها للتزويج بغيره محرم ، ويسوق نصف المهر إلى الوكيل للزومه بالطلاق ، وغرم الوكيل بسببه .

أما لو أمره ببيع سلعة وتسليمها وقبض ثمنها ، فتلف من غير تفريط ، فأقر الوكيل بالقبض ، وصدقه المشتري وأنكر الموكل ، فالقول قول الوكيل لأن الدعوى هنا على الوكيل من حيث أنه سلم المبيع ولم يتسلم الثمن ، فكأنه يدعي ما يوجب الضمان ، وهناك الدعوى على الغريم ، وفي الفرق نظر . ولو ظهر في المبيع عيب ، رده على الوكيل دون الموكل ، لأنه لم يثبت وصول الثمن اليه ، ولو قيل رد المبيع على الموكل كان أشبه .

كتاب الوقوف والصدقات

كتاب الوقف

والنظر في : العقد ، والشرائط ، واللواحق

الأوّل

في : العقد .

الوقف عقد ، ثمرته تحبيس الأصل (١) وإطلاق المنفعة . واللفظ الصريح فيه : وقفت لا غير ، أما حرّمت وتصدّقت فلا يحمل على الوقف الا مع القرينة ، لاحتمالها مع الانفراد غير الوقف . ولو نوى بذلك الوقف من دون القرينة ، دِينَ بنيته . نعم ، لو أقرّ أنه قصد ذلك ، حكم عليه بظاهر الإقرار .

ولو قال : حبّست وسبّلت ، قيل : يصير وقفاً وان تجرد (٢) ، لقوله عليه السلام : « حبّس الأصل وسبّل الثمرة » ، وقيل : لا يكون وقفاً إلا مع القرينة (٣) ، إذ ليس ذلك عزماً (٤) مستقراً ، بحيث يفهم مع الاطلاق ، وهذا أشبه .

---

(١) الروضة ٣ / ١٦٣ : أي جعله على حالة لا يجوز التصرف فيه شرعاً ، على وجه ناقل له عن الملك إلا ما استثني ، كما لو أدى بقاؤه إلى الخراب ، وكما في الوقف الذري إذا تخاصم الموقوف عليهم « جمعاً بين المتن والهامش » .

(٢) أي وإن تجرد من القرينة .

(٣) الروضة ٣ / ١٦٤ : كالتأبيد ، ونفي البيع والهبة والارث ، فيصير بذلك صريحاً .

(٤) وفي « هـ ٢ / ١٥٢ » : عرفاً بدل عزماً .

ولا يلزم الا بالإقباض . واذا تمّ كان لازماً لا يجوز الرجوع فيه، اذا وقع في زمان الصحة .

أما لو وقف في مرض الموت ، فان أجاز الورثة ، والا اعتبر من الثلث كالهبة والمحاباة في البيع . وقيل : يمضي من أصل التركة ، والأول أشبه.

ولو وقف ووهب وأعتق وباع وحابَى ، ولم يجز الورثة ، فان خرج ذلك من الثلث صح . وإن عجز ، بُدِءَ بالأول فالاول ، حتى يستوفي قدر الثلث ، ثم يبطل ما زاد . وهكذا لو أوصى بوصايا . ولو جهل المتقدم ، قيل : يقسّم على الجميع بالحصص ، ولو اعتبر ذلك بالقرعة كان حسناً .

واذا وقف شاة ، كان صوفها ولبنها الموجود داخلاً في الوقف ، ما لم يستثنه نظراً الى العرف ، كما لو باعها .

النَّظَرُ الثَّانِي

في : الشرائط

وهي : أربعة أقسام

الاول : في شرائط الموقوف

وهي أربعة : أن يكون عيناً (١) . . مملوكة . . ينتفع بها مع بقائها . .

(١) المسالك ٢ / ١٤٣ : تطلق العين على ما يقابل الدين ، فيقال المال إما عين أو دين ؛ وعلى ما يقابل المبهم ؛ وعلى ما يقابل المنفعة ، فيقال إما عين أو منفعة ؛ ويجوز الاحتراز بالعين هنا ، عن كل واحد من الثلاثة ، لعدم جواز وقفها . . .

ويصح اقباضها (١) .

فلا يصح وقف ما ليس بعين كالدين . وكذا لو قال : وقفت فرساً أو ناضحاً أو داراً ولم يعين . ويصح وقف العقار والثياب والأثاث والآلات المباحة . وضابطه كل ما يصح الانتفاع به ، منفعةً محللةً مع بقاء عينه :

وكذا يصح وقف الكلب المملوك والسنور ، لإمكان الانتفاع به .

ولا يصح وقف الخنزير ، لأنه لا يملكه المسلم . ولا وقف الآبق ، لتعذر التسليم .

وهل يصح وقف الدنانير والدراهم ؟ قيل : لا ، وهو الأظهر ، لأنه لا نفع لها الا بالتصرف فيها ، وقيل : يصح ، لأنه قد يفرض لها نفع مع بقائها (٢) .

ولو وقف ما لا يملكه لم يصح وقفه . ولو أجاز المالك ، قيل : يصح ، لأنه كالوقف المستأنف وهو حسن ؛

ويصح وقف المشاع (٣) ، وقبضه كقبضه في البيع .

القسم الثاني : في شرائط الواقف

ويعتبر فيه : البلوغ ، وكمال العقل ، وجواز التصرف . وفي وقف من بلغ عشراً تردد ، والمروي جواز صدقته ، والأَوْلَى المنع ، لتوقف رفع الحجر على البلوغ والرشد .

(١) الروضة ٣ / ١٧٥ : فلا يصح وقف الطير في الهواء ، ولا السمك في ماء لا يمكن قبضه عادة ، ولا الآبق ، والمغصوب ، ونحوها .

(٢) المسالك ٢ / ١٤٤ : وذلك النفع هو التحلي بها ، وتزيين المجلس ...

(٣) الروضة ٣ / ١٧٦ : لحصول الغاية المطلوبة من الوقف ، وهو تحبيس الأصل وإطلاق الثمرة به . . .

ويجوز ان يجعل الواقف النظر لنفسه ولغيره ، فان لم يعين الناظر ، كان النظر الى الموقوف عليه ، بناءً على القول بالملك .

القسم الثالث في شرائط الموقوف عليه

ويعتبر في الموقوف عليه شروط ثلاثة : أن يكون موجوداً ، ممن يصح أن يملك . . وأن يكون معيناً . . وان لا يكون الوقف عليه محرماً.

ولو وقف على معدوم ابتداءً لم يصح ، كمن يقف على من سيولد له ، أو على حمل لم ينفصل .

أما لو وقف على معدوم تبعاً لموجود فانه يصح . ولو بدأ بالمعدوم ثم بعده على الموجود ، قيل لا يصح ، وقيل يصح على الموجود ، والأول أشبه . وكذا لو وقف على من لا يملك ، ثم على من يملك ، وفيه تردد والمنع أشبه . ولا يصح على المملوك ، ولا ينصرف الوقف الى مولاه ، لأنه لم يقصده بالوقفية .

ويصح الوقف على المصالح كالقناطر والمساجد ، لأن الوقف في الحقيقة على المسلمين ، لكن هو صرف الى بعض مصالحهم .

ولا يقف المسلم على الحربي ولو كان رَحِماً . ويقف على الذمي، ولو كان أجنبياً .

ولو وقف على الكنائس والبيع لم يصح . وكذا لو وقف على معونة الزناة أو قُطّاع الطريق أو شاربي الخمر . وكذا لو وقف على كتب ما يسمّى الآن بالتوراة والانجيل لأنها محرّفة . ولو وقف الكافر جاز .

والمسلم اذا وقف على الفقراء ، انصرف الى فقراء المسلمين ، دون غيرهم . ولو وقف الكافر كذلك ، انصرف الى فقراء نحلته . ولو وقف على المسلمين ، انصرف الى من صلى الى القبلة . ولو وقف على المؤمنين

انصرف الى الاثني عشرية ، وقيل : الى مجتنبي الكبائر ، والأول أشبه .

ولو وقف على الشيعة (١) ، فهو الإمامية والجارودية دون غيرهم من فرق الزيدية .

وهكذا إذا وصف الموقوف عليه بنسبة ، دخل فيها كل من أطلقت عليه ، فلو وقف على الإمامية كان للاثني عشرية . ولو وقف على الزيدية، كان للقائلين بامامة زيد بن علي عليه السلام . وكذا لو علّقهم بنسبة الى أب ، كان لكل من انتسب اليه بالابوة .

كالهاشميين : فهو لمن انتسب الى هاشم من ولد أبي طالب عليه السلام والحارث والعباس وأبي لهب .

والطالبيين : فهو لمن ولده أبو طالب عليه السلام . ويشترك الذكور والاناث المنسوبون اليه من جهة الاب نظراً الى العرف ، وفيه خلاف للأصحاب.

ولو وقف على الجيران رجع الى العرف ، وقيل : لمن يلي داره الى أربعين ذراعاً ، وهو حسن ، وقيل : الى اربعين داراً من كل جانب وهو مطرح .

ولو وقف على مصلحة ، فبطُل رسمُها ، صُرِفَ في وجوه البر . ولو وقف في وجوه البر وأطلق ، صرف في الفقراء والمساكين ، وكل مصلحة يتقرب بها الى الله سبحانه وتعالى .

ولو وقف على بني تميم صح ، ويصرف الى من يوجد منهم ، وقيل: لا يصح لأنهم مجهولون ، والاول هو المذهب .

ولو وقف على الذمي جاز ، لأن الوقف تمليك فهو كاباحة المنفعة، وقيل : لا يصح لانه يشترط فيه نية القربة إلا على أحد الأبوين .

---

(١) الروضة ٣ / ١٨٢ : من شايع علياً عليه السلام ، أي إتبعه وقدمه على غيره في الامامة ، وإن لم يوافق على إمامة باقي الائمة بعده .

وقيل : يصح على ذوي القرابة ، والأول أشبه . وكذا يصح على المرتد ، وفي الحربي تردد ، أشبهه المنع .

ولو وقف ولم يذكر المصرف ، بطُل الوقف . وكذا لو وقف على غير معين ، كأن يقول : على أحد هذين ، أو على احد المشهدين ، أو الفريقين ، فالكل باطل .

وإذا وقف على اولاده او اخوته او ذوي قرابته ، اقتضى الإطلاق اشتراك الذكور والاناث ، والأدنى والأبعد ، والتساوي في القسمة ، إلا أن يشترط ترتيباً او اختصاصاً او تفضيلاً .

ولو وقف على أخواله وأعمامه تساووا جميعاً .

واذا وقف على أقرب الناس اليه ، فهم الأبوان والولد وإن سفلوا ، فلا يكون لأحد من ذوي القرابة شيء ، ما لم يعدم المذكورون ، ثم الاجداد والإخوة وان نزلوا ، ثم الاعمام والاخوال على ترتيب الارث ، لكن يتساوون في الاستحقاق ، الا أن يعين التفضيل .

القسم الرابع : في شرائط الوقف

وهي أربعة : الدوام . والتنجيز . والإقباض . واخراجه عن نفسه .

فلو قرنه بمدة بطل . وكذا لو علقه بصفة متوقعة . وكذا لو جعله لمن ينقرض غالباً ، كأن يقفه على زيد ويقتصر ، أو يسوقه الى بطون تنقرض غالباً ، أو يطلقه في عقبه (١) ولا يذكر ما يصنع به بعد الانقراض . ولو فعل ذلك ، قيل : يبطل الوقف ، وقيل : يجب اجراؤه حتى ينقرض المسمَّون ، وهو الاشبه . فاذا انقرضوا ، رجع الى ورثة الواقف ، وقيل

(١) وفي « ب ٢ / ١٤٨ » : عصبة بدل عقبه .

الى ورثة الموقوف عليهم ، والاول اظهر :

ولو قال : وقفت اذا جاء رأس الشهر أو ان قدم زيد ، لم يصح :

والقبض شرط في صحته ، فلو وقف ولم يقبِّض ، ثم مات كان ميراثاً . ولو وقف على اولاده الاصاغر ، كان قبضه قبضاً عنهم . وكذا الجد للاب ، وفي الوصي تردد ، أظهره الصحة .

ولو وقف على نفسه ، لم يصح . وكذا لو وقف على نفسه ثم على غيره ، وقيل : يبطل في حق نفسه ، ويصح في حق غيره ، والاول اشبه ، وكذا لو وقف على غيره ، وشرط قضاء ديونه او إدرار مؤنته لم يصح . اما لو وقف على الفقراء ثم صار فقيراً ، أو على الفقهاء ثم صار فقيهاً ، صح له المشاركة في الانتفاع .

ولو شرط عوده اليه عند حاجته ، صح الشرط وبطل الوقف ، وصار حبساً يعود اليه مع الحاجة ويورث . ولو شرط إخراج من يريد ، بطل الوقف : ولو شرط ادخال من سيولد مع الموقوف عليهم جاز ، سواء وقف على اولاده أو على غيرهم :

اما لو شرط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيولد ، لم يجز وبطل الوقف ، وقيل : اذا وقَّفَ على اولاده الاصاغر ، جاز ان يشرك معهم وإن لم يشترط ، وليس بمعتمد .

والقبض معتبر في الموقوف عليهم اولا ، ويسقط اعتبار ذلك في بقية الطبقات :

ولو وقف على الفقراء أو على الفقهاء ، فلابد من نصب قَيِّم لقبض الوقف . ولو كان الوقف على مصلحة ، كفى ايقاع الوقف عن اشتراط القبول ، وكان القبض الى الناظر في تلك المصلحة :

ولو وقف مسجداً صح الوقف ولو صلى فيه واحد : وكذا لو وقف

مقبرة تصير وقفاً بالدفن فيها ولو واحداً : ولو صرف الناس في الصلاة في المسجد أو في الدفن ولم يتلفظ بالوقف لم يخرج عن ملكه . وكذا لو تلفظ بالعقد ولم يقبّضه :

النَّظَرُ الثَّالِث

في : اللواحق

وفيه مسائل :

« الأولى » : الوقف ينتقل الى ملك الموقوف عليه ، لان فائدة الملك موجودة فيه ، والمنع من البيع لا ينافيه كما في ام الولد . وقد يصح بيعه على وجه . فلو وقف حصة من عبد ثم اعتقه ، لم يصح العتق لخروجه عن ملكه . ولو اعتقه الموقوف عليه لم يصح ايضاً ، لتعلق حق البطون به : ولو اعتقه الشريك مضى العتق في حصته ولم يقوّم عليه ، لان العتق لا ينفذ فيه مباشرة ، فأولى ان لا ينفذ فيه سراية . ويلزم من القول بانتقاله الى الموقوف عليهم افتكاكه من الرق ، ويفرق بين العتق مباشرة وبينه سراية ، بأن العتق مباشرة يتوقف على انحصار الملك في المباشر ، أو فيه وفي شريكه ، وليس كذلك افتكاكه ، فانه ازالة للرق شرعاً فيسري في باقيه ، فيضمن الشريك القيمة ، لانه يجري مجرى الاتلاف ، وفيه تردد :

« الثانية » : اذا وقف مملوكاً ، كانت نفقته في كسبه ، اشترط ذلك أو لم يشترط : ولو عجز عن الاكتساب كانت نفقته على الموقوف عليهم : ولو قيل في المسألتين كذلك ، كان أشبه ، لأن نفقة المملوك تلزم

المالك . ولو صار مُقْعَداً انعتق عندنا ، وسقطت عنه الخدمة وعن مولاه نفقته.

« الثالثة » : لو جنى العبد الموقوف عمداً ، لزمه القصاص ، فان كانت دون النفس بقي الباقي وقفاً . وإن كانت نفساً ، اقتص منه وبطل الوقف ، وليس للمجني عليه استرقاقه . وان كانت الجناية خطأً ، تعلقت بمال الموقوف عليه ، لتعذر استيفائه من رقبته ، وقيل : يتعلق بكسبه ، لان المولى لا يعتمل عبداً . ولا يجوز إهدار الجناية ، ولا طريق الى عتقه فيتوقع وهو أشبه :

أما لو جُنِيَ عليه ، فان أوجبت الجناية أرشاً ، فللموجودين من الموقوف عليهم : وإن كانت نفساً توجب القصاص فاليهم ، وإن اوجبت ديّة اخذت من الجاني . وهل يقام بها مقامه ؟ قيل : نعم لأن الديّة عوض رقبته ، وهي ملك للبطون ، وقيل : لا ، بل تكون للموجودين من الموقوف عليهم ، وهو أشبه ، لأن الوقف لم يتناول القيمة :

« الرابعة » : إذا وقف في سبيل الله ، انصرف الى ما يكون وِصْلَةً الى الثواب ، كالغزاة والحج والعمرة وبناء المساجد والقناطر . وكذا لو قال في سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير كان واحداً ، ولا يجب قسمة الفائدة أثلاثاً .

« الخامسة » : اذا كان له موالٍ من أعلى ، وهم المعتِقون له ، وموالٍ من أسفل ، وهم الذين أعتقهم ، ثم وقف على مواليه ، فان علم أنه أراد أحدهما ، انصرف الوقف اليه ، وان لم يعلم انصرف اليهما .

« السادسة » : اذا وقف على أولاد أولاده اشترك أولاد البنين والبنات (١) ، ذكورهم واناثهم ، من غير تفضيل . أما لو قال من انتسب الي منهم ، لم يدخل أولاد البنات . ولو وقف على أولاده ، انصرف الى

---

(١) ش ٢ / ١٥٦ / هـ : لصدق الاولاد على الذكور والاناث قطعاً « س » .

أولاده لصلبه ، ولم يدخل معهم أولاد الأولاد ، وقيل : بل يشترك الجميع والاول أظهر ، لأن ولد الولد لا يفهم من إطلاق لفظ الولد . ولو قال : على أولادي وأولاد أولادي ، اختص بالبطنين . ولو قال : على أولادي فاذا انقرضوا وانقرض أولاد أولادي ، فعلى الفقراء ، فالوقف لاولاده ، فاذا انقرضوا ، قيل : يصرف الى أولاد أولاده ، فاذا انقرضوا فالى الفقراء وقيل : لايصرف الى أولاد الاولاد ، لان الوقف لم يتناولهم ، لكن يكون انقراضهم شرطاً لصرفه الى الفقراء ، وهو أشبه .

« السابعة » : اذا وقف مسجداً فخرب ، أو خربت القرية أو المحلة لم يعد الى ملك الواقف ، ولا تخرج العرصة عن الوقف . ولو أخذ السيل ميتاً ، فيئِس منه ، كان الكفن للورثة (١) .

« الثامنة » : لو انهدمت الدار ، لم تخرج العرصة عن الوقف ، ولم يجز بيعها . ولو وقع بين الموقوف عليهم خُلفٌ ، بحيث يخشى خرابه ، جاز بيعه . ولو لم يقع خلف ، ولا يخشى خرابه ، بل كان البيع أنفع لهم ، قيل : يجوز بيعه ، والوجه المنع . ولو انقلعت نخلة من الوقف ، قيل : يجوز بيعها ، لتعذر الانتفاع الا بالبيع ، وقيل : لا يجوز ، لامكان

---

(١) الروضة ٣ / ١٨٦ : أي إذا وقف مسجداً ، لم ينفك وقفه بخراب القرية للزوم الوقف ، وعدم صلاحية الخراب لزواله لجواز عودها أو إنتفاع المارة به ، وكذا لو خرب المسجد ، خلافاً لبعض العامة قياساً على عود الكفن إلى الورثة عند اليأس من الميت ، بجامع إستغناء المسجد عن المصلين كاستغناء الميت عن الكفن ، والفرق واضح ، لان الكفن ملك للوارث وإن وجب بذله في التكفين ، بخلاف المسجد لخروجه بالوقف على وجه الملك كالتحرير ، كما في العتق فانه بمجرد التحرير ينعتق ، ولا يمكن رجوعه إلى الرقية ؛ ولا مكان الحاجة اليه بعمارة القرية ، وصلاة المارة ، بخلاف الكفن « جمعاً بين المتن والهامش بتصرف » .

الانتفاع بالاجارة للتسقيف وشبهه ، وهو أشبه .

« التاسعة » : اذا آجر البطنُ الاولُ الوقفَ مدةً ، ثم انقرضوا في أثنائها ، فان قلنا : الموت يُبْطِل الاجارةَ فلا كلام ، وان لم نقل فهل يبطل هنا ؟ فيه تردد ، أظهره البطلان ، لانا بينا ان هذه المدة ليست للموجودين ، فيكون للبطن الثاني الخيار ، بين الاجازة في الباقي وبين الفسخ فيه ، ويرجع المستأجر على تركة الاولين بما قابل المتخلف .

« العاشرة » : اذا وقف على الفقراء ، انصرف الى فقراء البلد ومن يحضره . وكذا لو وقف على العلويين . وكذا لو وقف على بني أب منتشرين ، صُرِفَ الى الموجودين ، ولا يجب تتبع من لم يحضر لموضع المشقة . ولا يجوز للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة ، لانه لا يختص بملكها . ولو اولدها ، كان الولد حراً ولا قيمة عليه ، لانه لا يجب له على نفسه غرم . وهل تصير أم ولد ؟ قيل : نعم وتعتق بموته ، وتؤخذ القيمة من تركته لمن يليه من البطون ، وفيه تردد . ويجوز تزويج الامة الموقوفة ، ومهرها للموجودين من ارباب الوقف ، لانه فائدة كأجرة الدار . وكذا ولدها من نمائها ، اذا كان من مملوك أو من زنا ، ويختص به البطن الذين يولد معهم . فان كان من حر بوطءٍ صحيح ، كان حراً ، الا ان يشترطوا رقيّته في العقد . ولو وطأها الحر بشبهة ، كان ولدها حراً ، وعليه قيمته للموقوف عليهم . ولو وطأها الواقف كان كالاجنبي .

كتاب العطية

وأما الصدقة فهي : عقد يفتقر الى إيجاب وقبول واقباض : ولو قبضها المُعْطى له من غير رضا المالك ، لم تنتقل اليه : ومن شرطها نية القربة ، ولا يجوز الرجوع فيها بعد القبض على الاصح ، لان المقصود بها الاجر وقد حصل ، فهي كالمعوّض عنها .

والصدقة المفروضة محرمة على بني هاشم ، الا صدقة الهاشمي أو صدقة غيره عند الاضطرار ، ولا بأس بالصدقة المندوبة عليهم :

مسائل ثلاث :

« الاولى » : لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض ، سواء عوّض عنها أو لم يعوض ، لرحمٍ كانت أو لاجنبي ، على الاصح .

« الثانيـة » : يجوز الصدقة على الذمي وان كان اجنبياً ، لقوله عليه السلام (على كل كبد حرى أجر) ، ولقوله تعالى : (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين) .

« الثالثـة » : صدقة السر افضل من الجهر ، الا ان يتهم في ترك المواساة ، فيظهرها دفعاً للتهمة .

كتاب السكنى والحبس

* السكنى والحبس *

وهي عقد يفتقر الى الايجاب والقبول والقبض : وفائدتها التسليط على استيفاء المنفعة ، مع بقاء الملك على مالكه . ويختلف عليها الاسماء بحسب اختلاف الاضافة : فاذا اقترنت بالعمر قيل عمري ، وبالاسكان قيل سكنى ، وبالمدة قيل : رقبى ، إما من الارتقاب أو من رقبة الملك :

والعبارة عن العقد ان يقول : اسكنتك أو أعمرتك أو أرقبتك أو ما جرى مجرى ذلك ، هذه الدار أو هذه الارض أو هـذا المسكن عمرك وعمري أو مدة معينة فيلزم بالقبض ، وقيل : لا يلزم ، وقيل : يلزم إن قصد به القربة ، والاول أشهر :

ولو قال : لك سكنى هذه الدار ما بقيت أو حييت ، جاز ويرجع الى المُسْكِن بعد موت الساكن ، على الاشبه . أما لو قال : فاذا مت رجعت إلي ، فانها ترجع قطعاً . ولو قال : أعمرتك هـذه الدار لك ولعقبك (١) ، كان عمرى ولم تنتقل الى المُعمَّر ، وكان كما لو لم يذكر العقب ، على الاشبه .

واذا عين للسكنى مدة ، لزمت بالقبض .

ولا يجوز الرجوع فيها إلا بعد انقضائها . وكذا لو جعلها عمر المالك لم ترجع ، وإن مات المعمر . وينتقل ما كان له الى ورثته حتى يموت المالك : ولو قرنها بعمر المعمَّر ثم مات ، لم تكن لوارثه ورجعت الى المالك :

ولو أطلق المدة ولم يعينها ، كان له الرجوع متى شاء . وكل ما يصح وقفه ، يصح إعماره من دار ومملوك وأثاث . ولا تبطل بالبيع ، بل يجب أن يُوفى المعمَّر ما شُرِط له :

---

(١) المسالك ٢ / ١٥٨ : كما يجوز تعليق العمر على عمر المعمر ، يجوز اضافة عقبه اليه ، بحيث يجعل حق المنفعة بعده لهم مدة عمرهم أيضاً ، والنصوص دالة عليه .

واطلاق السكنى يقتضي أن يسكن بنفسه وأهله وأولاده ؛ ولا يجوز ان يُسكن غيرهم الا ان يشترط ذلك . ولا يجوز ان يؤجر السكنى ، كما لا يجوز ان يسكن غيره ، الا باذن المُسكن .

واذا حبس فرسه في سبيل الله تعالى ، أو غلامه في خدمة البيت أو المسجد ، لزم ذلك . ولم يجز تغييره ما دامت العين باقية .

أما لو حبس شيئاً على رجل ، ولم يعين وقتاً ، ثم مات الحابس كان ميراثاً . وكذا لو عين مدة وانقضت ، كان ميراثاً لورثة الحابس ؛

كتابُ الهبات

والنظر

في

الحقيقة

والحكم

الأوّل

في : الحقيقة

الهبة : هي العَقْد المقتضي تمليك العين من غير عوض ، تمليكاً منجَّزاً مجرداً عن القربة . وقد يعبر عنها بالنِحلة والعطية :

وهي تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض :

فالايجاب كل لفظ قصد به التمليك المذكور ، كقوله مثلاً : وهبتك وملكتك . ولا يصح العقد الا من بالغٍ كاملِ العقل جائزِ التصرف . ولو وهب ما في الذمة ، فان كانت لغير من عليه الحق ، لم يصح على الاشبه ، لانها مشروطة بالقبض . وان كانت له صح وصرفت الى الإبراء(١) ولا يشترط في الابراء القبول ، على الاصح (٢) :

ولا حكم للهبة ما لم تقبض . ولو أقر بالهبة والاقباض ، حكم عليه باقراره ، ولو كانت في يد الواهب . ولو انكر بعد ذلك لم يقبل . ولو مات الواهب ، بعد العقد وقبل القبض ، كانت ميراثاً (٣) :

ويشترط في صحة القبض إذن الواهب ، فلو قبض الموهوب من غير اذنه ، لم ينتقل الى الموهوب له (٤) . ولو وهب ما هو في يد الموهوب

---

(١) الروضة ٣ / ١٩٣ : وهو إسقاط ما في ذمة الغير من الحق .

(٢) ن : لانه إسقاط حق لا نقل ملك ، وقيل : يشترط لاشتماله على المنة ، ولا يجبر على قبولها كهبة العين . . .

(٣) المسالك ٢ / ١٦٢ : أي كان ميراثاً لورثة الواهب ، لبطلان العقد عنده بموته قبل الاقباض ، مع أنه شرط في صحته كغيره من العقود الجايزة كالوكالة والشركة .

(٤) ش ٢ / ١٥٨ / ه : كما لو قبض المشتري المبيع قبل تسليم الثمن بغير اذن البايع .

له صح ، ولم يفتقر الى اذن الواهب في القبض ، ولا ان يمضي زمـان يمكن فيه القبض ، وربما صار الى ذلك بعض الاصحاب .

وكذا لو وهب الأب او الجـد للولد الصغير ، لزم بالعقد ، لأن قبض الولي قبض عنه .

ولو وهبه غير الأب أو الجد ، لم يكن له بُدٌّ من القبض عنه ، سواء كان له ولاية او لم تكن ، ويتولى ذلك الولي او الحاكم :

وهبة المشاع جائزة ، وقبضه كقبضه في البيع .

ولو وهب لاثنين شيئاً ، فقبلا وقبضا ، ملك كل واحد منهـما ما وهب له . فان قبل أحدهما وقبض ، وامتنع الآخر ، صحت الهبة للقابض :

ويجوز تفضيل بعض الولد على بعض في العطية على كراهية :

وإذا قُبِضَتْ الهبة فان كانت للأبوين ، لم يكن للواهب الرجوع إجماعاً . وكذا ان كان ذا رحم غيرهما ، وفيه خلاف . وإن كان اجنبياً فله الرجوع ما دامت العين باقية ، فان تلفت فلا رجوع . وكـذا إن عُوِّض عنها ولو كان العوض يسيراً .

وهل يلزم بالتصرف (١) ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا يلزم ، وهو الأشبه.

ويستحب : العطية لذوي الرحم ، ويتأكد في الولد والوالد ، والتسوية بين الاولاد في العطية (٢) . ويكره الرجوع فيما تهبه الزوجة لزوجها ، والزوج لزوجته ، وقيل : يجريان مجرى ذوي الرحم ، والأول أشبه :

---

(١) الروضة ٣ / ١٩٤ : تصرفاً متلفاً للعين ، أو ناقلا للملك ، أو مانعاً من الرد كالاستيلاد ، أو مغيراً للعين كقصارة الثوب بجعله أبيضاً ، ونجارة الخشب ، وطحن الحنطة « بتصرف » .

(٢) ن : وان اختلفوا في الذكورة والانوثة ، لما فيه من كسر قلب المفضل عليه، وتعريضهم للعداوة .

الثاني

في : حكم الهبات

وهي مسائل :

« الاولى » : لو وهب فأقبض ثم باع من آخر ، فان كان الموهوب له رَحِماً ، لم يصح البيع . وكذا ان كان اجنبياً وقد عوض . أما لو كان أجنبياً ولم يعوض ، قيل : يبطل لأنه باع ما لا يملك ، وقيل : يصح لأن له الرجوع ، والأول أشبه . ولو كانت الهبة فاسدة صح البيع على الأحوال . وكذا القول فيمن باع مال مورثه ، وهو يعتقد بقاءه . وكذا اذا أوصى برقبة معتَقَة ، وظهر فساد عتقه .

« الثانية » : اذا تراخى القبض عن العقد ثم أقبض ، حكم بانتقال الملك من حين القبض ، لا من حين العقد . وليس كذلك الوصية ، فانه يحكم بانتقالها بالموت مع القبول ، وإن تأخر .

« الثالثة » : لو قال : وهبت ولم أقبضه ، كان القول قوله ، وللمقر له إحلافه إن ادعى الإقباض . وكذا لو قال : وهبته وملكته ثم أنكر القبض ، لأنه يمكن أن يخبر عن وهمه .

« الرابعة » : اذا رجع في الهبة وقد عابت لم يرجع بالارش ، وان زادت زيادة متصلة فللواهب ، وإن كانت منفصلة كالثمرة والولد فان كانت متجددة كانت للموهوب له ، وإن كانت حاصلة وقت العقد كانت للواهب .

« الخامسة » : إذا وهب وأطلق ، لم تكن الهبة مشروطة بالثواب : فان أثاب ، لم يكن للواهب الرجوع ، وإن شرط الثواب صح ، أطلق أو عين . وله الرجوع ما لم يدفع اليه ما شرط ، ومع الاشتراط من غير تقدير ، يدفع ما شاء ولو كان يسيراً ، ولم يكن للواهب مع قبضه الرجوع : ولا يجبر الموهوب له على دفع المشترط ، بل يكون بالخيار . ولو تلفت والحال هذه أو عابت ، لم يضمن الموهوب له ، لأن ذلك حدث في ملكه ، وفيه تردد :

« السادسة » : إذا صبغ الموهوب له الثوب ، فان قلنا : التصرف يمنع من الرجوع ، فلا رجوع للواهب . وان قلنا : لا يمنع اذا كان الموهوب له أجنبياً ، كان شريكاً بقيمة الصبغ :

« السابعة » : اذ وهب في مرضه المخوف ، وبرِءَ صحت الهبة : وان مات في مرضه ولم تجز الورثة ، اعتبرت من الثلث ، على الأظهر :

كتاب السبق والرماية

وفائدتها : بعث العزم على الاستعداد للقتال ، والهداية لممارسة النضال.

وهي معاملة صحيحة ، مستندها قوله عليه السلام : « لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر » ، وقوله عليه السلام : « إن الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ، ما خلا الحافر والخف والريش (١) والنصل ».

وتحقيق هذا الباب يستدعي فصولاً .

الأوّل

في : الألفاظ المستعملة فيه

فالسابق : هو الذي يتقدم بالعنق والكَتَد (٢) ، وقيل : باذنه ، والأول اكثر ؛ والمصلى : الذي يحاذي رأسه صلوى السابق . والصلوان (٣) ما عن يمين الذنب وشماله . . والسبق : ـ بسكون الباء ـ المصدر . وبالتحريك : العوض وهو الخطر . . والمحلل (٤) : الذي يدخل بين المتراهنين ، إن سَبق أخذ ، وإن سُبِق لم يغرَم . . والغاية : مدى السباق (٥) . . والمناضَلَة : المسابقة والمراماة ، ويقال : سبّق ـ بتشديد الباء ـ اذا أخرج

(١) ش ٢ / ١٥٩ / هـ : المراد بالريش هاهنا ، سهم له ريش ، أعم من أن يكون له نصل أم لا ؛ والنصل سهم له نصل ، اعم من ان يكون له ريش أم لا .

(٢) ن : الكتد بفتح التاء وكسرها ، هو مجمع الكتفين بين أصل العنق والظهر « ع ل »

(٣) الروضة ٤ / ٤٢٨ : وهما العظمان النابتان عن يمين الذنب وشماله .

(٤) المسالك ٢ / ١٧٠ : وسمي محللا ، لان العقد لا يحل بدونه عند ابن الجنيد منا والشافعي ، أو يحل إجماعاً بخلاف ما اذا خلا عنه ، فان فيه خلافاً وسيأتي تحريره .

(٥) ش ٢ / ١٥٩ / هـ : المراد بمدى السباق هنا ، منتهاه ومجموع مسافته .

السبق ، واذا أحرزه أيضاً . . والرِشق : - بكسر الراء - عدد الرمي ، وبالفتح الرمي ، ويقال رشقُ وجهٍ ويدٍ ، ويراد به الرمي على ولاء حتى يفرغ الرشق :

ويوصف السهم: بالحابي،والخاصر ،والخازق .والخاسق ، والمارق،والخارم.

فالحابي : ما زلج على الارض ثم أصاب الغرض . . والخاصر : ما أصاب أحد جانبيه . . والخازق : ما خدشه . . والخاسق : ما فتحه وثبت فيه . . والمارِق : الذي يخرج من الغرض نافـذاً . . والخارم : الذي يخرم حاشيته ، ويقال : المزدَلِف الذي يضرب الأرض ثم يثيـب الى الغرض . ؛ والغرض (٦) : ما يُقصد اصابته ، وهو الرقعة . . والهدف : ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره . ؛ والمبادرة : هي أن يبادر أحدهما الى الاصابة مع التساوي في الرشق . . والمحاطّة : هي اسقاط مـا تساويا فيه من الاصابة .

الثاني

في : ما يسابق به

ويقتصر في الجواز على النصل والخف والحافر ، وقوفاً على مورد الشرع .

ويدخل تحت النصل : السهم ، والنشاب ، والحراب ، والسيف :

ويتناول الخف : الإبل والفِيَلة اعتباراً باللفظ . وكذا يدل الحافر على الفرس والحمار والبغل .

---

(٦) الروضة ٤ / ٤٣٠ : وهو ما يقصد اصابته ، من قرطاس أو جلد أو غيرهما لاختلافه بالسعة والضيق .

ولا يجوز المسابقة بالطيور ، ولا على القدم ، ولا بالسفن ، ولا بالمصارعة .

الثالث

في : عقد المسابقة والرماية

*** عقد المسابقة * :**

وهو يفتقر الى ايجاب وقبول ، وقيل : هي جعالة فلا تفتقر الى قبول ويكفي البذل .

وعلى الاول : فهو لازم كالإجارة .

وعلى الثاني : هو جائز ، شَرَعَ فيه أو لم يشرع .

ويصح : أن يكون العوض عيناً ، أو ديناً .

واذا بذل السبقَ غيرُ المتسابقين ، صح إجماعاً . ولو بذله أحدهما ، أو هما ، صح عندنا ، ولو لم يدخل بينهما محلل . ولو بذله الامام من بيت المال جاز ، لان فيه مصلحة . ولو جعلا السبق للمحلل بانفراده ، جاز ايضاً . وكذا لو قيل : من سبق منا فله السبق ، عملاً باطلاق الإذن في الرهان .

ويفتقر في المسابقة الى شروط خمسة :

الاول * : تقدير المسافة ابتداءً وانتهاءً .

الثاني * : وتقدير الخطر (١) .

---

(١) المسالك ٢ / ١٧٢ : وهو المال الذي تسابقا عليه جنساً وقدراً ، لانه عوض عن فعل محلل ، فشرط فيه العلم كالاجارة .

الثالث * : وتعيين ما يسابق عليه :

الرابع * : وتساوي ما به السباق في إحتمال السبق ، فلو كان أحدهما ضعيفاً ، تيقن قصوره عن الآخر ، لم يجز .

الخامس : أن يجعل السبق لأحدهما او للمحلِّل ، ولو جعل لغيرهما لم يجز .

وهل يشترط التساوي في الموقف ، قيل : نعم ، والأظهر ، لا ، لانه مبني على التراضي .

* عقد الرمي * :

وأما الرمي فيفتقر الى :

العلم بأمور ستة : الرشق : . وعدد الاصابة : : وصفتها (١) . : وقدر المسافة (٢) : . والغرض . . والسَبَق .

وتماثل جنس الآلة (٣) . وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد ، الظاهر أنه لا يشترط . وكذا لا يشترط تعيين القوس والسهم (٤) .

---

(١) الروضة ٤ / ٤٢٨ : من المارق . . . والخاسق . . . والخـازق . . . والخاصل وغيرها من الاوصاف .

(٢) ن ٤ / ٤٣٠ : امـا بالمشاهدة ، أو بالتقدير كمائة ذراع ، لاختلاف الاصابة بالقرب والبعد .

(٣) هو بالجر عطف على العلم بالامور الستة ، . . . والمراد بتماثل جنس الآلة ، أي نوعها الخاص كالقوس العربي ، أو المنسوب الى وضع خاص ، لاختـلاف الرمي باختلافها « جمعاً بين المسالك ٢ / ١٧٣ والروضة ٤ / ٤٣٠ بتصرف » .

(٤) الروضة ٤ / ٤٣٠ : أي لا يشترط معرفة شخص الآلة ، لعدم الفائدة بعد تعيين النوع ، ولأدائه الى التضييق بعروض مانع من المعين يحوج الى ابداله « جمعـاً بين المتن والهامش » .

الفصل الرابع

في : أحكام النضال

وفيه مسائل :

« الاولى » : اذا قال أجنبي لخمسة : من سبق فله خمسة فتساووا في بلوغ الغاية ، فلا شيء لأحدهم ، لانه لا سبق . ولو سبق أحدهم كانت الخمسة له . وإن سبق إثنان منهم كانت لهما دون الباقين . وكذا لو سبق ثلاثة أو أربعة . ولو قال : من سبق فله درهمان ، ومن صلى فله درهم ، فلو سبق واحد او اثنان او أربعة فلهم الدرهمان . ولو سبق واحد وصلى ثلاثة وتأخر واحد ، كان للسابق درهمان ، وللثلاثة درهم ، ولا شيء للمتأخر.

« الثانية » : لو كانا اثنين ، واخرج كل واحد منهما سبقاً ، وأدخلا محلّلا ، وقالا : أي الثلاثة سبق فله السبقان . فان سبق احد المستبقين ، كان السبقان له على ما اخترناه ، وكذا لو سبق المحلل . ولو سبق المستبقان، كان لكل واحد منهما مال نفسه ، ولا شيء للمحلل . ولو سبق أحدهما والمحلل ، كان للمستبق مال نفسه ونصف مال المسبوق ، ونصفه الآخر للمحلل . ولو سبق أحدهما وصلى المحلل ، كان الكل للسابق عملاً بالشرط وكذا لو سبق أحد المستبقين ، وتأخر الآخر والمحلل . وكذا لو سبق أحدهما ، وصلى الآخر وتأخر المحلل .

« الثالثة » : اذا شرطا المبادرة ، والرشق عشرين ، والاصابة خمسةً فرمى كل واحد منهما عشرة فأصاب خمسة ، فقد تساويا في الاصابة والرمي فلا يجب إكمال الرشق ، لانه يخرج عن المبادرة . ولو رمى كل واحد منهما

عشرة ، فأصاب أحدهما خمسة والآخر أربعة ، فقد نَضَلَه صاحب الخمسة ولو سُئل اكمال الرشق لم يجب . أما لو شرطا المحاطة ، فرمى كل واحد منهما عشرة فأصاب خمسة ، تحاطا خمسة بخمسة وأكملا الرشق . ولو اصاب أحدهما من العشرة تسعة ، وأصاب الآخر خمسة ، تحاطا خمسة بخمسة واكملا الرشق . ولو تحاطّا ، فبادر احدهما الى اكمال العدد ، فان كان مع انتهاء الرشق فقد نَضَلَ صاحبه . وان كان قبل انتهائه ، فأراد صاحب الاقل اكمال الرشق ، نَظَرَ . فان كان له في ذلك فائدة ، مثل أن يرجو أن يرجح عليه أو يساويه أو يمنعه أن ينفرد بالاصابة ، بأن يقصر بعد المحاطة عن عدد الاصابة ، أجبر صاحب الاكثر . وان لم يكن له فائدة لم يجبر كما اذا رمى احدهما خمسة عشر فأصابها ، ورمى الآخر فأصاب منها خمسة فيتحاطان خمسة بخمسة ، فاذا أكملا فأبلغ ما يصيب صاحب الخمسة ما تخلف ، وهي خمسة ويخطئها صاحب الاكثر ، فيجتمع لصاحب الخمسة عشرة ، فيتحاطان عشرة بعشرة ، ويفضل لصاحب الاكثر خمسة ، فلا يظهر للإكمال فائدة .

« الرابعة » : اذا تم النضال ، ملك الناضِل العوض ، وله التصرف فيه كيف شاء ، وله أن يختص به ، وأن يطعمه أصحابه . ولو شرط في العقد اطعامه لحزبه ، لم أستبعد صحته .

« الخامسة » : اذا فسد عقد السبق ، لم يجب بالعمل أجرة المثل ، ويسقط المسمى لا الى بدل : ولو كان السبق مستحقاً ، وجب على الباذل مثله أو قيمته .

« السادسة » : اذا نضل احدهما الآخر في الاصابة ، فقال له : اطرح الفضل بكذا ، قيل : لا يجوز ، لان المقصود بالنضال إبانة حذق الرامي وظهور اجتهاده ، فلو طرح الفضل بعوض ، كان تركاً للمقصود بالنضال فتبطل المعاوضة ويرد ما أخذ .

كتاب الوصايا

والنظر

في

ذلك

يستدعي

فصولا

الأوّل

في : الوصية

وهي : تمليك عين ، أو منفعة ، بعد الوفاة . ويفتقر الى إيجاب وقبول؛ والايجاب كل لفظ دل على ذلك القصد ، كقوله : أعطوا فلاناً بعد وفاتي ، او لفلانٍ كذا بعد وفاتي ، أو أوصيت له .

وينتقل بها الملك الى الموصَى له ، بموت الموصِي ، وقبول الموصَى له ، ولا ينتقل بالموت منفرداً عن القبول ، على الاظهر .

ولو قَبِلَ قبل الوفاة جاز ، وبعد الوفاة آكد ، وإن تأخر القبول عن الوفاة ، ما لم يردّ . فان ردَّ في حياة الموصي ، جاز ان يقبل بعد وفاته إذ لا حكم لذلك الرد . وإن رد بعد الموت وقبل القبول بطلت (١) . وكذا لو رد بعد القبض وقبل القبول .

ولو رد بعد الموت والقبول وقبل القبض ، قيل : تبطل ، وقيل : لا تبطل ، وهو أشبه .

أما لو قبل وقبض ثم رد ، لم تبطل إجماعاً ، لتحقق الملك واستقراره . ولو رد بعضاً وقبِلَ بعضاً ، صح فيما قبله . ولو مات قبل القبول ، قام وارثه مقامه في قبول الوصية .

فرع

لو أوصى بجاريةٍ وحملها ، لزوجها وهي حامل منه ، فمات قبل القبول ،

---

(١) الروضة ٥ / ١٦ : اذ لا أثر للقبض من دون القبول .

كان القبول للوارث . فاذا قبِلَ ، ملك الوارثُ الولدَ ، إن كان ممن يصح له تملكه ، ولا ينعتق على الموصَى له ، لانه لايملك بعد الوفاة ، ولا يرث اباه لانه رق ، إلا أن يكون ممن ينعتق على الوارث ويكونوا جماعة ، فيرث لعتقه قبل القسمة .

ولا تصح الوصية في معصية . فلو أوصى بمال للكنائس أو البيع ، أو كتابة ما يسمى الآن توراة او انجيلاً ، أو في مساعدة ظالم بطلت الوصية.

والوصية : عقد جائز من طرف الموصي ما دام حياً ، سواء كانت بمال أو ولاية .

ويتحقق الرجوع بالتصريح ، أو بفعل ما ينافي الوصية . فلو باع ما أوصَى به ، أو أوصى ببيعه أو وهبه أو قبضه أو رهنه ، كان رجوعاً .

وكذا لو تصرف فيه تصرفاً ، أخرجه عن مسمَّاه ، كما اذا أوصى بطعام فطحنه ، أو بدقيق فعجنه أو خبزه . وكذا لو أوصى بزيت ، فخلطه بما هو أجود منه . أو بطعام فمزجه بغيره حتى لا يتميز .

أما لو أوصى بخبز فدقَّه فتيتاً ، لم يكن رجوعاً .

الثاني

في : الموصي

ويعتبر فيه : كمال العقل ، والحرية .

فلا تصح : وصية المجنون ، ولا الصبي ما لم يبلغ عشراً . فان بلغها فوصيته جائزة في وجوه المعروف ، لأقاربه وغيرهم على الاشهر ، اذا كان بصيراً . وقيل : تصح وإن بلغ ثمان ، والرواية به شاذة .

ولو جرحَ الموصِي نفسه ، بما فيه هلاكها ، ثم أوصى ، لم تقبل وصيته : ولو أوصى ثم قتل نفسه قبلت .

ولا تصح الوصية بالولاية على الاطفال ، الا من الأب ، او الجد للأب خاصة . ولا ولاية للأم . ولا تصح منها الوصية عليهم . ولو أوصت لهم بمال ، ونصبت وصياً ، صح تصرفه في ثلث تركتها ، وفي اخراج ما عليها من الحقوق ، ولم تمض على الأولاد .

الثالث

في : الموصى به

وفيه أطراف :

الاول : في متعلق الوصية

وهو إما عين أو منفعة . ويعتبر فيها الملك ، فلا تصح بالخمر ولا الخنزير ولا الكلب الهراش ، ولا ما لا نفع فيه .

ويتقدر كل واحد منهما ، بقدر ثلث التركة فما دون . ولو أوصى بما زاد ، بطلت في الزائد خاصة ، إلا أن يجيز الوارث . ولو كانوا جماعة فأجاز بعضهم ، نفذت الاجازة في قدر حصته من الزيادة .

وإجازة الوارث تعتبر بعد الوفاة ، وهل تصح قبل الوفاة ؟ فيه روايتان (١) ، اشهرهما انه يلزم الوارث . واذا وقعت بعد الوفاة ، كان ذلك إجازةً لفعل الموصِي ، وليس بابتداء هبة ، فلا تفتقر صحتها الى قبض .

ويجب العمل بما رسمه الموصي اذا لم يكن منافياً للمشروع :

(١) وفي « ٢ / ١٦٢ » : قولان بدل روايتان .

ويعتبر الثلث وقت الوفاة ، لا وقت الوصايـــة . فلو أوصى بشيء وكان موسراً في حال الوصية ، ثم افتقر عند الوفاة ، لم يكن بايساره اعتبار وكذلك لو كان في حال الوصية فقيراً ، ثم ايسر وقت الوفاة ، كان الاعتبار بحال ايساره .

ولو اوصى ثم قتله قاتل أو جرحه ، كانت وصيته ماضية ، من ثلث تركته وديته وأرش جراحته .

ولو اوصى الى انسان بالمضاربة بتركته او ببعضها ، على ان الربح بينه وبين ورثته نصفان صح . وربما يشترط كونه ، قدر الثلث فأقل ، والأول مروي .

ولو أوصى بواجب (١) وغيره ، فان وسع الثلث عمل بالجميع . وإن قصر ولم يجز الورثة ، بُدِءَ بالواجب من الاصل ، وكان الباقي من الثلث ويبدأ بالأول فالاول . ولو كان الكل غير واجب ، بُدِءَ بالأول فالأول ، حتى يستوفي الثلث .

ولو أوصى لشخص بثلث ، ولآخر بربع ولآخر بسدس ولم يجز الورثة ، أُعطيَ الاول ، وبطلت الوصية لمن عداه .

ولو أوصى بثلثه لواحد ، وبثلثه لآخر ، كان ذلك رجوعاً عن الاول الى الثاني (٢) . ولو اشتبه الاول ، اُستُخْرِجَ بالقرعة .

---

(١) المسالك ٢ / ١٨٣ : كالحج ...

(٢) ن ٢ / ١٨٤ : الفرق بين هـــذه المسألة والتي قبلها ، الموجب لاختلاف الحكم ان الثلث المضاف الى الموصى ، وهو القدر النافذ فيه وصيته شرعاً ، فاذا أوصى به ثانياً فقد رجع عن الوصية الاولى ، لانه ليس له ثلثان مضافاً اليه على هذا الوجه ، فكون بمنزلة ما لو اوصى بمعين لواحد ، ثم اوصى به لآخر ، بخلاف قوله لفلان ثلث من غير اضافة الى نفسه ، فانه متعلق بجملة المال من غير ان ينسب الى الثلث النافذ فيه الوصية .

ولو أوصى بعتق مماليكه ، دخل في ذلك من يملكه منفرداً ، ومن يملك بعضه وأُعتِقَ نصيبه حسب . وقيل : يقوّم عليه حصة شريكه ، إن احتمل ثلثه لذلك ، والا اعتق منهم ما يحتمله الثلث ، وبه رواية فيها ضعف .

ولو اوصى بشيء واحد لاثنين ، وهو يزيد عن الثلث ، ولم يجز الورثة ، كان لهما ما يحتمله الثلث .

ولو جعل لكل واحد منهما شيئاً ، بُدِءَ بعطية الاول ، وكان النقص على الثاني منهما .

ولو أوصى بنصف ماله مثلاً ، فأجاز الورثة ، ثم قالوا : ظننا انه قليل ، قضي عليهم بما ظنوه وأُحلفوا على الزائد ، وفيه تردد :

أما لو أوصى بعبد أو دار ، فأجازوا الوصية ثم ادعوا انهم ظنوا ان ذلك بقدر الثلث أو أزيد بيسير ، لم يلتفت الى دعواهم ، لان الاجازة هنا تضمنت معلوماً .

واذا أوصى بثلث ماله مثلاً مُشَاعاً ، كان للموصَى له من كل شيء ثلثه . وإن اوصى بشيء معين ، وكان بقدر الثلث ، فقد ملكه الموصَى له بالموت ، ولا اعتراض فيه للورثة .

ولو كان له مال غائب ، أُخذ من تلك العين ما يحتمله الثلث من المال الحاضر ، ويقف الباقي حتى يحصل من الغائب ، لان الغائب معرّض للتلف .

فرع

لو أوصى بثلث عبده ، فخرج ثلثاه مستحقاً (١) ، انصرفت الوصية

---

(١) المسالك ٢ / ١٨٦ : المراد انه عبده في ظاهر الحال ، فأوصى بثلث ، ثم ظهر كونه لا يملك منه الا الثلث ، انصرفت الوصية الى مستحقه منه ، ولا ينزل على الاشاعة حتى يصح في ثلث الثلاث خاصة . . .

الى الثلث الباقي ، تحصيلاً لإمكان العمل بالوصية .

ولو أوصى بما يقع اسمه على المحلَّل والمحرَّم ، انصرف الى المحلل ، تحصيناً لقصد المسلم عن المحرَّم ، كما إذا أوصى بعود من عيدانه (١) . ولو لم يكن له عود إلا عود اللهو ، قيل : يبطل ، وقيل : يصح . وتُزال عنه الصفة المحرمة . أما لو لم يكن فيه منفعة إلا المحرمة بطلت الوصية.

وتصح الوصية بالكلاب المملوكة : ككلب الصيد ، والماشية ، والحائط ، والزرع :

الطرف الثاني : في الوصية المبهمة

من أوصى بجزء من ماله ، فيه روايتان ، أشهرهما العُشْر ، وفي رواية سُبْع الثلث : : ولو كان بسهم ، كان ثُمْناً (٢) . : ولو كان بشيء ، كان سُدْساً (٣) .

ولو أوصى بوجوه ، فنسي الوصي وجهاً ، جعله في وجوه البر ، وقيل : يرجع ميراثاً .

ولو أوصى بسيف معين وهو في جَفْن ، دخل الجَفْن والحُلية في الوصية . وكذا لو أوصى بصندوق وفيه ثياب ، أو سفينة وفيها متاع ، أو جراب وفيه قماش ، فان الوعاء وما فيه داخل في الوصية ، وفيه قول آخر بعيد .

ولو أوصى باخراج بعض ولده من تركته ، لم يصح : وهل يلغو

---

(١) الروضة ٥ / ٣٨ : وله عود لهو ، وعيدان قسي ، وعيدان عصي ، وعيدان السقف والبنيان ؛ والطبل وله طبل لهو وطبل حرب . . .

(٢) ن ٥ / ٢٤ : لحسنة صفوان عن الرضا «ع» . . .

(٣) ن : ولا نعلم فيه خلافاً .

اللفظ ؟ فيه تردد بين البطلان ، وبين إجرائه مجرى من أوصى بجميع ماله لمن عدا الولد ، فتمضي في الثلث ، ويكون للمُخْرَج نصيبُه من الباقي ، بموجب الفريضة ، والوجه الأول ، وفيه رواية بوجه آخر مهجورة .

واذا أوصى بلفظ مُجْمَل لم يفسره الشرع ، رجع في تفسيره الى الوارث كقوله : اعطوه حظاً من مالي أو قسطاً أو نصيباً أو قليلاً أو يسيراً أو جليلاً أو جزيلاً . ولو قال : اعطوه كثيراً ، قيل : يُعطى ثمانين درهماً كما في النذر ، وقيل : يختص هذا التفسير بالنـذر اقتصاراً على موضع النقل .

والوصية بما دون الثلث أفضل ، حتى انها بالربع أفضل من الثلث ، وبالخمس أفضل من الربع .

تفريع

اذا عين الموصَى له شيئاً ، وادعى الموصِي قصده من هذه الألفاظ ، وأنكر الوارث (١) ، كان القول قول الوارث مع يمينه ، ان ادعى عليه العلم وإلا فلا يمين .

الطرف الثالث في أحكام الوصية

اذا أوصى بوصية ، ثم أوصى بأخرى مضادة للأولى ، عُمِلَ بالأخيرة .

ولو أوصى بحمل ، فجاءت به لأقـل من ستة أشهر ، صحت

---

(١) المسالك ٢ / ١٨٨ : ان ادعى الموصى له ان الموصي اراد تقديراً مخصوصاً من الالفاظ السابقة ونحوها ، مما يرجع فيه الى تفسير الوارث ، كأن قال اعطوه مالا جليلا فقال الموصى له : اراد به الف درهم ، فانكر الوارث . . .

الوصية به (١) . ولو كانت لعشرة أشهر من حين الوصية ، لم تصح . وان جاءت لمدة بين الستة والعشرة ، وكانت خالية من مولى وزوج ، حكم به للموصى له .

وان كان لها زوج أو مولى ، لم يحكم به للموصَى له ، لإحتمال توهم الحمل في حال الوصية وتجدده بعدها .

ولو قال : ان كان في بطن هذه ذكر فله درهمان ، وان كان أنثى فلها درهم . فان خرج ذكر وأنثى ، كان لهما ثلاثة دراهم .

أما لو قال : إن كان الذي في بطنها ذكر فكذا ، وان كان انثى فكذا ، فخرج ذكر وأنثى لم يكن لهما شيء .

وتصح الوصية بالحمل وبما تحمله المملوكة والشجرة . كما تصح الوصية بسكنى الدار مدة مستقبلة .

ولو أوصى بخدمة عبد ، أو ثمرة بستان ، أو سكنى دار ، أو غير ذلك من المنافع ، على التأبيد أو مدة معينة ، قوّمت المنفعة . فان خرجت من الثلث ، وإلا كان للموصَى له ما يحتمله الثلث .

واذا اوصى بخدمة عبده مدة معينة ، فنفقته على الورثة لأنها تابعة للملك . وللموصى له التصرف في المنفعة . وللورثة التصرف في الرقبة ببيع وعتق وغيره ، ولا يبطل حق الموصى له بذلك .

---

(١) المسالك ٢/١٨٨ : انما اعتبر كونه لاقل من ستة اشهر ، لان حال الوصية لايمكن حدوثه فلابد من فرض تقدمه في وقت يمكن فيه وطي الامة ، بحيث يمكن فيه تخلق الولد ، وذلك قد يكون في مدة قريبة من الوصية وبعيدة ، بحسب ما يتفق وقوعه ، او يمكن ولادتها له ، في وقت يقطع بوجوده حال الوصية ، ويتحقق بولادته لاقل الحمل من حين الوطي المتقدم على الوصية . ولو علم عدم وجوده قطعاً ، بأن ولدته لاكثر من اقصى مدة الحمل من حين الوصية ، تبين بطلانها .

ولو أوصى له بقوس ، انصرف الى قوس النشّاب والنبل والحسبان الا مع قرينة تدل على غيرها .

وكل لفظ وقع على اشياء ، وقوعاً متساوياً ، فللورثة الخيار في تعيين ما شاؤا منها . أما لو قال : اعطوه قوسي ، ولا قوس له الا واحـدة انصرفت الوصية اليها ، من أي الأجناس كانت .

ولو أوصى برأس من مماليكه ، كان الخيار في التعيين الى الورثة . ويجوز ان يعطوا صغيراً أو كبيراً ، صحيحاً أو معيباً . ولو هلك مماليكه بعد وفاته الا واحداً ، تعين للعطية . فان ماتوا بطلت الوصية . فان قتلوا لم تبطل ، وكان للورثة أن يعينوا له من شاءوا ، أو يدفعوا قيمته إن صارت اليهم ، والا أخذها من الجاني .

وتثبت الوصية : بشاهدين مسلمين عدلين ، ومع الضرورة وعدم عدول المسلمين ، يقبل شهادة أهل الذمة خاصة .

ويقبل في الوصية بالمال ، شهادة واحد مع اليمين ، أو شاهد وامرأتين.

ويقبل شهادة الواحدة في ربع ما شهدت به ، وشهـادة اثنتين في النصف ، وثلاث في ثلاثة الارباع ، وشهادة الأربع في الجميع .

ولا تثبت الوصية بالولاية الا بشاهدين ، ولا تقبل شهادة النساء في ذلك . وهل تقبل شهادة شاهد مع اليمين ؟ فيه تردد ، أظهره المنع .

ولو أشهد انسانٌ عبدين له ، على حمل أمته أنه منه ، ثم مات فاعتقا وشهدا بذلك ، قبلت شهادتهما ولا يسترقهـما المولود . وقيل : يكره ، وهو أشبه .

ولا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه ، ولا ما يجربه نفعاً أو يستفيد منه ولايةً . ولو كان وصياً في اخراج مال معين ، فشهد للميت بما يخرج به ذلك المال من الثلث ، لم يقبل .

مسائل اربع :

« الاولى » : إذا أوصى بعتق عبيده ، وليس له سواهم ، أعتق ثلثهم بالقرعة (١) . ولو رتبهم أعتق الأول فالأول حتى يستوفي الثلث . وتبطل الوصية فيمن بقي : ولو أوصى بعتق عدد مخصوص من عبيده ، استخرج ذلك العدد بالقرعة . وقيل : يجوز للورثة ان يتخيروا بقدر ذلك العدد والقرعة على الاستحباب ، وهو حسن .

« الثانية » : لو اعتق مملوكه عند الوفاة ، منجزاً وليس له سواه ، قيل : اعتق كله . وقيل : ينعتق ثلثه . ويسعى للورثة في باقي قيمته ، وهو أشهر . ولو أعتق ثلثه يسعى في باقيه . ولو كان له مال غيره ، أعتق الباقي من ثلث تركته .

« الثالثة » : لو أوصى بعتق رقبة مؤمنة وجب . فان لم تجد ، أعتق من لا يعرف بنَصَب (٢) . ولو ظنها مؤمنة فأعتقها ، ثم بانت بخلاف ذلك ، أجزأت عن الموصي .

« الرابعة » : لو أوصى بعتق رقبة بثمن معين ، فلم تجد به لم يجب شراؤها (٣) ، وتوقع وجودها بما عين له . ولو وجدها بأقل ، اشتراها وأعتقها ودفع اليها ما بقي .

---

(١) المسالك ٢ / ١٩١ : المراد بعتق ثلثهم بالقرعة ، تعديلهم اثلاثاً بالقيمة ، ثم ايقاع القرعة بينهم ، ويعتق الثلث الذي اخرجته القرعة . . .

(٢) ن ٢ / ١٩٢ : من اصناف المخالفين ، والمستند رواية علي ابن ابي حمزة عن ابي الحسن « ع » . . . وفي السند ضعف بعلي بن أبي حمزة . . .

(٣) ن : المراد بقوله « فلم يجد به لم يجب شراؤها » ، انه وجد ذلك بأكثر من ذلك الثمن المعين . . .

الرابع

في : الموصى له

ويشترط فيه الوجود . فلو كان معدوماً ، لم تصح الوصية له ، كما لو أوصى لميت ، أو لمن ظن وجوده ، فبان ميتاً عند الوصية . وكذا لو أوصى لما تحمله المرأة ، أو لمن يوجد من أولاد فلان (١) .

وتصح الوصية للاجنبي والوارث ، وتصح الوصية للذمي ، ولو كان اجنبياً . وقيل : لا يجوز مطلقاً . ومنهم من خص الجواز بذوي الأرحام والأول أشبه . وفي الوصية للحربي تردد ، أظهره المنع .

ولا تصح الوصية : لمملوك الاجنبي ، ولا لمدبرة الاجنبي ، ولا لأم ولده ، ولا لمكاتبه المشروط أو الذي لم يؤد من مكاتبه شيئاً ولو اجازه مولاه .

وتصح : لعبد الموصى ولمدبره ، ومكاتبه ، وام ولده .

ويعتبر ما يوصي به لمملوكه ، بعد خروجه من الثلث ، فان كان بقدر قيمته أعتق ، وكان الموصى به للورثة . وان كانت قيمته أقل ، أعطي الفاضل . وان كانت اكثر ، سعى للورثة فيما بقي ، ما لم تبلغ قيمته ضعف ما أُوصِي له به ، فان بلغت ذلك ، بطلت الوصية : وقيل : تصح ، ويسعى في الباقي كيف كان ، وهو حسن .

واذا اوصى بعتق مملوكه وعليه دين ، فان كانت قيمة العبد بقدر الدين مرتين ، اعتق المملوك . ويسعى في خمسة اسداس قيمته . وان كانت

---

(١) المسالك ٢ / ١٩٢ : مع انه قد تقدم جواز الوقف على المعدوم تبعاً للموجود ، ودائرة الوقف اضيق من دائرة الوصية ، كما يعلم من أحكامها .

قيمته اقل ، بطلت الوصية بعتقه ، والوجه ان الدين يقدم على الوصية فيبدأ به ، ويعتق منه الثلث مما فضل عن الدين . أما لو نجز عتقه عند موته ، كان الامر كما ذكرنا أولاً ، عملاً برواية عبد الرحمن عن ابي عبد الله عليه السلام .

ولو أوصى لمكاتب غيره المطلق ، وقد ادى بعض مكاتبه ، كان له من الوصية بقدر ما اداه :

ولو اوصى الانسان لأم ولده ، صحت الوصية من الثلث ، وهل تعتق من الوصية او من نصيب ولدها ؟ قيل : تعتق من نصيب ولدها ، وتكون لها الوصية . وقيل : بل يعتق من الوصية ، لانه لا ميراث إلا بعد الوصية .

واطلاق الوصية يقتضي التسوية ، فاذا اوصى لأولاده ، وهم ذكور وإناث ، فهم فيه سواء . وكذا لاخواله وخالاته ، أو لأعمامه وعماته . وكذا لو أوصى لاخواله وأعمامه ، كانوا سواء على الاصح ، وفيه رواية مهجورة . أما لو نص على التفضيل اتبع .

واذا اوصى لذوي قرابته ، كان للمعروفين بِنَسَبِهِ (١) ، مصيراً الى العُرف . وقيل : كان لمن يتقرب اليه ، آخرِ أبٍ وأمٍ له في الإسلام (٢) ، وهو غير مستند الى شاهد .

ولو أوصى لقومه ، قيل : هو لأهل لغته . ولو قال لأهل بيته دخل فيهم الأولاد والآباء والاجداد . ولو قال لعشيرته ، كان لاقرب الناس اليه في نسبه . ولو قال لجيرانه ، قيل : كان لمن يلي داره الى اربعين ذراعاً

---

(١) المسالك ٢ / ١٩٥ : المراد بهم المعروفون بنسبه عادة ، سواء في ذلك الوارث وغيره.

(٢) ن : أي بانصراف الوصية الى من يتقرب الى آخر اب وام له في الاسلام ، ومعناه الارتقاء بالقرابة من الادنى اليه الى ما قبله ، وهكذا الى ابعد حد في الاسلام وفروعه « بتصرف » .

من كل جانب ، وفيه قول آخر مستبعد .

وتصح الوصية للحمل الموجود ، وتستقر بانفصاله حياً . ولو وضعته ميتاً بطلت الوصية . ولو وقع حياً ثم مات ، كانت الوصية لورثته .

واذا اوصى المسلم للفقراء ، كان لفقراء ملته . ولو كان كافراً الصرف الى فقراء نحلته .

ولو أوصى لإنسان ، فمات قبل الموصِي ، قيل : بطلت الوصية ، وقيل : إن رجع الموصي بطلت الوصية ، سواء رجع قبل موت الموصَى له أو بعده . وإن لم يرجع ، كانت الوصية لورثة الموصَى له ، وهو أشهر الروايتين . ولو لم يخلّف الموصى له أحداً ، رجعت الى ورثة الموصي : ولو قال : أعطوا فلاناً كذا ولم يبين الوجه ، وجب صرفه اليه يصنع به ما شاء .

ولو اوصى في سبيل الله ، صرف الى ما فيه أجر ، وقيل : يختص بالغزاة ، والاول أشبه .

وتستحب الوصية لذوي القرابة وارثاً كان أو غيره : واذا أوصى للأقرب ، نُزِّلَ على مراتب الإرث ، ولا يُعطى الأبعد مع وجود الاقرب ،

الخامس

في : الأوصياء

ويعتبر في الوصي العقل والاسلام ، وهل يعتبر العدالة ؟ قيل : نعم ، لأن الفاسق لا أمانة له ، وقيل : لا ، لأن المسلم محل للأمانة ، كما في الوكالة والاستيداع ، ولانها ولاية تابعة لاختيار الموصي فيتحقق بتعيينه .

أما لو أوصى الى العدل ، ففسق بعد موت الموصي ، أمكن القول ببطلان وصيته ، لان الوثوق ربما كان باعتبار صلاحه ، فلم يتحقق عند زواله ، فحينئذ يعزله الحاكم ويستنيب مكانه .

ولا يجوز الوصية الى المملوك الا باذن مولاه .

ولا تصح الوصية الى الصبي منفرداً ، وتصح منضماً الى البالـغ ، لكن لا يتصرّف إلا بعد بلوغه .

ولو أوصى الى اثنين أحدهما صغير ، تصرّف الكبير منفرداً حتى يبلغ الصغير ، وعند بلوغه لا يجوز للبالغ التفرّد . ولو مات الصغير أو بلغ فاسدَ العقل ، كان للعاقل الإنفراد بالوصية ولم يداخله الحاكم ، لان للميت وصياً . ولو تصرف البالغ ، ثم بلغ الصبي ، لم يكن له نقض شيءٍ مما أبرمه ، إلا أن يكون مخالفاً لمقتضى الوصية . ولا يجوز الوصية الى الكافر ، ولو كان رحماً . نعم ، يجوز أن يُوصِي اليه مثله .

وتجوز الوصية الى المرأة ، اذا جمعت الشرائط .

ولو أوصى الى اثنين ، فان أطلق أو شرط اجتماعهما ، لم يجز لاحدهما أن ينفرد عن صاحبه بشيءٍ من التصرف . ولو تشاحّا ، لم يمض ما ينفرد به كل واحد منهما عن صاحبه ، إلا ما لابد منه ، مثل كسوة اليتيم ومأكوله وللحاكم جبرهما على الاجتماع . فان تعاسرا ، جاز له الاستبدال بهما . ولو أرادا قسمة المال بينهما لم يجز . ولو مرض أحدهما أو عجز ، ضمّ اليه الحاكم من يقوّيه . أما لو مات أو فسق ، لم يضم الحاكم الى الآخر ، وجاز له الانفراد ، لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصي ، وفيه تردد .

ولو شرط لهما الاجتماع والانفراد ، كان تصرف كل واحد منهـما ماضياً ولو انفرد . ويجوز ان يقتسما المال ، ويتصرف كل واحد منهما فيما يصيبه ، كما يجوز انفراده قبل القسمة .

وللموصَى اليه أن يرد الوصية ، ما دام الموصي حياً ، بشرط أن يبلغه الرد . ولو مات قبل الرد ، أو بعده ولم يبلغه ، لم يكن للرد أثر وكانت الوصية لازمة للموصي .

ولو ظهر من الوصي عجز ، ضم اليه مساعد . وإن ظهر منه خيانة وجب على الحاكم عزله ويقيم مقامه أميناً .

والوصي أمين لا يضمن ما يتلف ، إلا عن مخالفته لشرط الوصية أو تفريط .

ولو كان للوصي دين على الميت ، جاز ان يستوفي مما في يده من غير إذن حاكم ، اذا لم يكن له حجة ، وقيل : يجوز مطلقاً . وفي شرائه لنفسه من نفسه تردد ، أشبهه الجواز إذا أخذ بالقيمة العدل :

واذا أذن الموصي للوصيّ أن يُوصي ، جاز إجماعاً . وان لم يأذن له ، لكن لم يمنعه ، فهل له أن يوصي ؟ فيه خـلاف ، أظهره المنع ، ويكون النظر بعده الى الحاكم . وكذا لو مات إنسان ولا وصي له ، كان للحاكم النظر في تركته . ولو لم يكن هناك حـاكم ، جاز أن يتولاه من المؤمنين من يُوثَق به ، وفي هذا تردد .

ولو أوصى بالنظر في مال ولده ، الى اجنبي وله أب ، لم يصح ، وكانت الولاية الى جد اليتيم دون الوصي . وقيل : يصـح ذلك في قدر الثلث مما ترك ، وفي أداء الحقوق .

وإذا أوصى بالنظر في شيء معين ، اختصت ولايته به . ولا يجوز له التصرف في غيره ، وجرى مجرى الوكيل في الاقتصار على ما يوكل فيه :

مسائل ثلاث :

« الاولى » : الصفات المراعاة في الوصي ، تعتبر حال الوصية ، وقيل : حين الوفاة . فلو أوصي الى صبي ، فبلغ ثم مات الوصي ، صحت الوصية : وكذا الكلام في الحرية والعقل ، والاول أشبه :

« الثانية » : تصح الوصية ، على كل من للموصَى عليه ولاية شرعية ، كالولد وإن نزلوا ، بشرط الصغر . فلو أوصى على اولاده الكبار والعقلاء ، أو على أبيه أو على أقاربه ، لم تمض الوصية عليهم . ولو أوصى بالنظر في المال الذي تركه لهم ، لم يصح له التصرف لا في ثلثه ، ولا في إخراج الحقوق عن الموصي كالديون والصدقات .

« الثالثة » : يجوز لمن يتولى أموال اليتيم ، أن يأخذ أجرة المثل عن نظره في ماله ، وقيل : يأخذ قدر كفايته ، وقيل : أقل الامرين ، والأول أظهر .

السّادس

في : اللواحق

وفيه قسمان :

القسم الأول

وفيه مسائل :

« الاولى » : إذا أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه ، وليس له إلا واحد ، فقد شرك بينهما في تركته ، فللموصَى له النصف ، فان لم يجز الوارث فله الثلث . ولو كان له ابنان ، كانت الوصية بالثلث . ولو كان له ثلاثة ، كان له الربع .

والضابط : أنه يضاف الى الوارث ، ويجعل كأحدهم إن كانوا متساوين . وان اختلفت سهامهم ، جعل مثل أضعفهم سهماً ، إلا أن يقول مثل أعظمهم ، فيعمل بمقتضى وصيته .

فلو قال له : مثل نصيب بنتي ، فعندنا يكون له النصف ، اذا لم يكن وارث سواها ، ويُرَدّ الى الثلث إذا لم تجز .

ولو كان له بنتان ، كان له الثلث ، لأن المال عندنا للبنتين دون العصبة ، فيكون الموصى له كثالثة .

ولو كان له ثلاث أخوات من أم ، وأخوة ثلاثة من أب ، فأوصى لأجنبي بمثل نصيب أحد ورثته ، كان كواحدة من الاخوات فيكون له سهم من عشرة ، وللاخوات ثلاثة ، وللاخوة ستة .

ولو كان له زوجة وبنت ، وقال : مثل نصيب بنتي ، فأجاز الورثة ، كان له سبعة أسهم ، وللبنت مثلها ، وللزوجة سهمان . ولو قيل : لها سهم واحد من خمسة عشر كان أولى .

ولو كان له اربع زوجات وبنت ، فأوصى بمثل نصيب إحداهن ، كانت الفريضة من اثنين وثلاثين ، فيكون للزوجات الثمن أربعة بينهن بالسوية ، وله سهم كواحدة ، ويبقى سبعة وعشرون للبنت . ولو قيل : من ثلاثة وثلاثين كان أشبه .

« الثانية » : لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده ، قيل : تبطل الوصية ، لأنها وصية بمستحقة ، وقيل : تصح ، فيكون كما لو أوصى بمثل نصيبه وهو أشبه . ولو كان له ابن قاتل ، فأوصى بمثل نصيبه ، قيل : صحت الوصية ، وقيل : لاتصح لأنه لا نصيب له ، وهو أشبه .

« الثالثة » : إذا أوصى بضعف نصيب ولده ، كان له مثلاه . ولو قال : ضعفاه كان له أربعة ، وقيل : ثلاثة ، وهو أشبه أخذاً بالمتيقّن . وكذا لو قال : ضعف ضعف نصيبه .

« الرابعة » : اذا اوصى بثلثه للفقراء ، وله أموال متفرقة ، جاز صرف كل ما في بلد الى فقرائه . ولو صرف الجميع في فقراء بلد الموصي

جاز أيضاً . ويدفع الى الموجودين في البلد ، فلا يجب تتبع من غاب ، وهل يجب أن يعطي ثلاثة فصاعداً ؟ قيل : نعم ، وهو الأشبه ، عملاً بمقتضى اللفظ . وكذا لو قال : اعتقوا رقاباً ، وجب أن يعتق ثلاثة فما زاد ، إلا ان يقصر ثلث مال الموصي .

« الخامسة » : اذا أوصى لإنسان بعبد معين ، ولآخر بتمام الثلث ، ثم حدث في العبد عيب قبل تسليمه الى الموصى له ، كان للموصى لـه الآخر تكملة الثلث ، بعد وضع قيمة العبد صحيحاً ، لأنه قصد عطية التكملة والعبد صحيح . وكذا لو مات العبد قبل موت الموصي ، بطلت الوصية ، وأُعطي الآخر ما زاد عن قيمة العبد الصحيح . ولو كانت قيمة العبد بقدر الثلث ، بطلت الوصية للآخر .

« السادسة » : اذا أوصى له بأبيه ، فقبل الوصية وهـو مريض ، عتق عليه من أصل المال اجماعاً منّا ، لانه انما يعتبر من الثلث ما يخرجه عن ملكه ، وهنا لم يخرجه بل بالقبول ملكه ، وانعتق عليه تبعاً لملكه .

« السابعة » : اذا أوصى له بدار ، فانهدمت وصارت براحاً ، ثم مات الموصي ، بطلت الوصية ، لانها خرجت عن اسم الدار ، وفيه تردد .

« الثامنة » : اذا قال : اعطوا زيداً والفقراء كذا ، كان لزيـد النصف من الوصية . وقيل : الربع ، والأول أشبه .

القسم الثاني في : تصرفات المريض

وهي نوعان مؤجلة ، ومنجزة

فالمؤجلة :

حكمها حكم الوصية إجماعاً وقد سلفت . . وكذا تصرفات الصحيح

إذا قرنت بما بعد الموت .

*** والمنجزة : ***

اما منجزات المريض اذا كانت تبرعاً ، كالمحاباة في المعاوضات ، والهبة والعتق والوقف ، فقد قيل : انها من أصل المال ، وقيل : من الثلث واتفق القائلان : على أنه لو بَرِءَ ، لزمت من جهته وجهة الوارث أيضاً والخلاف فيما لو مات في ذلك المرض . ولابد من الإشارة الى المرض ، الذي معه يتحقق وقوف التصرف على الثلث . فنقول : كل مرض لا يؤمن معه من الموت غالباً فهو مخوف ، كحُمَّى الدِّق ، والسل ، وقذف الدم والأورام السوداثية والدموية ، والإسهال المنتن ، والذي يمازجه دهنية ، أو براز أسود يغلي على الأرض ، وما شاكله .

وأما الأمراض التي الغالب فيها السلامة . فحكمها حكم الصحة ، كحمى يوم ، وكالصداع عن مادة أو غير مادة ، والدمل ، والرمد ، والسلاق ؛ وكذا ما يحتمل الأمرين كحمى العفن والتَزحير والأورام البلغمية .

ولو قيل : يتعلق الحكم بالمرض الذي يتفق بـه الموت ، سواء كان مخوفاً في العادة أو لم يكن ، لكان حسناً . أما وقت المراماة في الحرب والطلق للمرأة وتزاحم الأمواج في البحر ، فلا أرى الحكم يتعلق بهـا ، لتجردها عن إطلاق اسم المرض .

وهاهنا مسائل :

« الاولى » : إذا وَهَبَ وحابَى ، فان وسعها الثلث فلا كلام ، وإن قصر بُدِءَ بالأول فالأول حتى يستـوفي الثلث ، وكان النقص على الأخير .

« الثانية » : إذا جمع بين عطية منجَّزة ومؤخرة ، قدمت المنجزة فان اتسع الثلث للباقي ، وإلا صح فيما يحتمله الثلث ، وبطل فيما قصر عنه :

« الثالثة » : اذا باع كُراً من طعام ، قيمته ستة دنانير وليس له سواه ، بكُرٍّ رديء قيمته ثلاثة دنانير ، فالمحاباة هنا بنصف تركته ، فيمضي في قدر الثلث . فلو رددنا السدس على الورثة لكان رباءً . والوجه في تصحيحه أن يُرَدّ على الورثة ثلثُ كُرِّهم ، ويُرَدّ على المشتري ثلث كره ، فيبقى مع الورثة ثلثا كر ، قيمتهما ديناران ، ومع المشتري ثلثا كر قيمتهما أربعة ، فيفضل معه ديناران وهي قدر الثلث من ستة .

« الرابعة » : لو باع عبداً قيمته مئتان بمئة وبَرِءَ ، لزم العقد . وان مات ولم يجز الورثة ، صح البيع في النصف في مقابلة ما دفع ، وهي ثلاثة أسهم من ستة . وفي السدسين بالمحاباة ، وهي سهمان هما الثلث من ستة ، فيكون ذلك خمسة أسداس العبد ، وبطل في الزائد وهو سدس ، فيرجع على الورثة . والمشتري بالخيار ان شاء فسخ ، لتبعُّض الصفقة ، وان شاء أجاز . ولو بذل العوض عن السدس ، كان الورثة بالخيار ، بين الامتناع والاجابة ، لأن حقهم منحصر في العين .

« الخامسة » : اذا أعتقها في مرض الموت وتزوج ودخل بها ، صح العقد والعتق وورثته ان اخرجت من الثلث . وان لم تخرج فعلى ما مر من الخلاف في المنجزات .

« السادسة » : لو أعتق أمته وقيمتها ثلث تركته ، ثم أصدقَها الثلث الآخر ، ودخل ثم مات ، فالنكاح صحيح وبطل المسمّى ، لأنه زائد على الثلث وترثه . وفي ثبوت مهر المثل تردد ، وعلى القول الآخر يصح الجميع .

كتاب النكاح

وأقسامه : ثلاثة

القسم الأول

في

النكاح الدائم

والنظر

فيه

يستدعي

فصولا

الأوّل

في : آداب

العقد ، والخلوة ، ولواحقهما

الأول في آداب العقد

فالنكاح مستحبٌ لمن تاقت نفسه ، من الرجال والنساء . ومن لم تتق فيه خلاف ، المشهور استحبابه ، لقوله عليه السلام : « تناكحوا تناسلوا » ، ولقوله صلى الله عليه وآله « شرار موتاكم العُزّاب » ، ولقوله عليه السلام : « ما استفاد امرؤ فائدةً بعد الاسلام ، أفضل من زوجة مسلمةٍ ، تسرّه إذا نظر اليها ، وتطيعه اذا أَمَرَها ، وتحفظه اذا غاب عنها ، في نفسها وماله » (١) .

وربما احتج المانع : بأن وصف يحيى عليه السلام ، بكونه حصوراً يُؤذِن باختصاص هذا الوصف بالرُجحان ، فيُحْمَل على ما اذا لم تتق النفس .

ويُمكن الجواب : بأن المدح بذلك في شرع غيرنا ، لا يلزم منه وجوده في شرعنا .

ويستحب : لمن أراد العقد سبعة أشياء ، ويكره له ثامن .

فالمستحبات : أن يتخيّر من النساء من تجمع صفات أربعاً :

---

(١) الوسائل : كتاب النكاح ، باب ٩ ، الحديث ١٠ .

كَرَمُ الأصل (١) : وكونها بكراً . . ولوداً . . عفيفةً : ولا يقتصر على الجمال ولا على الثروة فربما حرمهما. وصلاة ركعتين والدعاء بعدهما بما صورته (٢) « اللهم إني اريد ان اتزوج ، فقدِّر لي من النساء ، أعفَّهن فرْجاً ، وأحفظهن لي في نفسها ومالي ، وأوسعهن رزقاً ، وأعظمهن بركة : . . » (٣) أو غير ذلك من الدعاء . والإشهاد والإعلان ، والخُطبة أمام العقد.. وإيقاعه ليلاً .

ويكره : إيقاع النكاح والقمر في العقرب .

الثاني : في آداب الخلوة بالمرأة

وهي قسمان :

« الاول » : يستحب لمن أراد الدخول ان يصلي ركعتين ويدعو بعدهما . واذا أمر المرأة بالانتقال اليه ، أمرها أن تصلي أيضاً ركعتين وتدعو . . وأن يكونا على طهر . . وان يضع يده على ناصيتها اذا دخلت عليه ، ويقول : « اللهم على كتابك تزوجتها ، وفي امانتك أخذتها ، وبكلماتك استحللت فرْجَها ، فان قضيت لي في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سويّاً ، ولا تجعله شِرك شيطان » (٤) . . وأن يكون الدخول ليلاً . . وأن يسمِّي عند الجماع ويسأل الله تعالى أن يرزقه ولداً ذكراً سوياً .

ويستحب : الوليمة عند الزفاف يوماً أو يومين . . وأن يَدعى لها المؤمنون ، ولا تجب الإجابة بل تستحب . فاذا حضر فالأكل مستحب

(١) الروضة ٥ / ٨٧ : بأن يكون ابواها صالحين مؤمنين .
(٢) وفي « هـ ٢ / ١٧٠ » : « بمأثورة » بدلا من « بما صورته » .
(٣) الوسائل : كتاب النكاح ، باب ٥٣ ، من أبواب مقدماته وآدابه .
(٤) التهذيب : كتاب النكاح ، باب ٣٥ ، الحديث ١ .

ولو كان صائماً ندباً . وأكل ما ينثر في الأعراس جائز . ولا يجوز أخذه إلا باذن أربابه ، نُطْقاً أو بشاهد الحال . وهل يملك بالأخذ ؟ الأظهر نعم.

« الثاني » : يكره الجماع في أوقات ثمانية : ليلة خسوف القمر ، ويوم كسوف الشمس ، وعند الزوال ، وعند غروب الشمس حتى يذهب الشفق ، وفي المحاق ، وبعد طلوع الفجر الى طلوع الشمس . . وفي أول ليلة من كل شهر إلا في شهر رمضان ، وفي ليلة النصف . . وفي السفر اذا لم يكن معه ماء يغتسل به . . وعند هبوب الريح السوداء والصفراء ، والزلزلة : ، والجماع وهو عُريان ، وعقيب الإحتلام قبل الغسل أو الوضوء ولا بأس أن يجامع مرّات من غير غسل يتخللها ، ويكون غسله أخيراً . . وأن يجامع وعنده من ينظر اليه ، والنظر الى فرج المرأة في حال الجماع وغيره : . والجماع مستقبل القبلة أو مستدبرها ، وفي السفينة . . والكلام عند الجماع بغير ذكر الله .

الثالث : في اللواحق

وهي ثلاثة :

الأول

* في : النظر الى المرأة *

يجوز أن ينظر الى وجه إمرأةٍ يريد نكاحها ، وإن لم يستأذنهـا . ويختص الجواز بوجهها وكفّيها : وله أن يكرّرَ النظر اليها وأن ينظرها قائمة وماشية . . وروي : جواز أن ينظر الى شعرها ومحاسنها وجسدها

من فوق الثياب . . وكذا يجوز أن ينظر الى أَمَةٍ يريد شراءَها والى شعرها ومحاسنها . . ويجوز النظر الى أهل الـذمة وشعورهن لأنهن بمنزلة الإماء ، لكن لا يجوز ذلك لتلذذ ولا لريبة . : ويجوز أن ينظر الرجل الى مثله ما خلا عورته ، شيخاً كان أو شاباً ، حسناً أو قبيحاً ، ما لم يكن النظر لريبة أو تلذذ . وكذا المرأة (١) .

وللرجل أن ينظر الى جسد زوجته باطناً وظاهراً ، والى المحارم (٢) ما عدا العورة . وكذا المرأة (٣) .

ولا ينظر الرجل الى الأجنبية أصلا إلا لضرورة ، ويجوز أن ينظر الى وجهها وكفيها على كراهية فيه مرة ، ولا يجوز معاودة النظر . وكذا الحكم في المرأة .

ويجوز عند الضرورة ، كما إذا أراد الشهادة عليها : ويقتصر الناظر منها على ما يضطر الى الإطلاع عليه ، كالطبيب إذا احتاجت المرأة اليه للعلاج ، ولو الى العورة ، دفعاً للضرر :

مسألتان :

« الاولى » : هل يجوز للخِصِيّ النظر الى المرأة المالكة أو الأجنبية ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الأظهر لعموم المنـع ، وملك اليمين المُستثنى في الآية المراد به الإماء .

« الثانية » : الأعمى لا يجوز له سماع صوت المرأة الأجنبية ، لأنه عورة . ولا يجوز للمرأة النظر اليه ، لانه يساوي المبصر في تناول النهي .

---

(١) أي وكذا المرأة ، يجوز لها النظر الى مثلها ، ما خلا عورتها ، ... ، ... ، ...

(٢) الروضة ٥ / ٩٩ : وهو من يحرم نكاحهن مؤبداً بنسب ، أو رضاع ، أو مصاهرة .

(٣) أي وكذا المرأة يجوز لها النظر الى جسد زوجها ، باطناً وظاهراً ، . . .

الثاني

في : مسائل تتعلق في هذا الباب

وهي خمس :

« الاولى » : الوطء في الدبر ، فيه روايتان ، إحداهما الجواز وهي المشهورة بين الأصحاب ، لكن على كراهية شديدة .

« الثانية » : العَزْل (١) عن الحُرَّة (٢) اذا لم يُشترَط في العقد ولم تأذن ، قيل : هو محرم ، ويجب معه ديَّة النطفة عشرة دنانير (٣) ، وقيل : هو مكروه وإن وجبت الدية ، وهو أشبه .

« الثالثة » : لا يجوز للرجل أن يترك وطءَ امرأته اكثر من اربعة أشهر .

« الرابعة » : الدخول بالمرأة قبل أن تبلغ تسعاً محرَّم ، ولو دخل لم تحرم ، على الاصح . لكن لو افضاها (٤) ، حرمت ولم تخرج من حباله(٥).

« الخامسة » : يكره للمسافر أن يَطْرُقَ أهلَه ليلاً .

---

(١) المسالك ٢ / ٢٢٠ : المراد بالعزل أن يجامع ، فاذا جاء وقت الانزال نزع ، فاخرج الماء خارج الفرج .

(٢) الروضة ٥ / ١٠٣ : احترز بالحرة عن الامة ، فلا يحرم العزل عنها اجماعاً وان كانت زوجة .

(٣) ن : للمرأة خاصة .

(٤) المسالك ٢ / ٢٢٠ : المراد بالافضاء ، ان يصير مسلك البول والحيض واحد باذهاب الحاجز بينهما .

(٥) الروضة ٥ / ١٠٣ : و . . . يجب الانفاق عليها ، حتى يموت أحدهما ، و . . . يحرم عليه اختها .

الثالث

في خصائص النبي (ص)

وهي : خمسة عشر خصلة

منها ما هو في النكاح : وهو تجاوز الاربع بالعقد ، وربما كان الوجه الوثوق بعدله بينهن دون غيره . . والعقد بلفظ الهبة ، ثم لا يلزمه بهـا مهراً ، إبتداءً ولا انتهاءً (١) . . ووجوب التخيير لنسائه بين إرادته ومفارقته . . وتحريم نكاح الإماء بالعقد . . والاستبدال بنسائه (٢) : : والزيادة عليهن ، حتى نسخ ذلك بقوله تعالى : « إنا أحللنا لك أزواجك » الآية .

ومنها ما هو خارج عن النكاح : وهو وجوب السواك . : والوتر : : والأضحية . . وقيام الليل . . وتحريم الصدقة الواجبة (٣) ، وفي المندوبة في حقه صلى الله عليه وآله خلافٌ . . وخائنة الاعين ، وهو الغمز بها .. وأُبيح له الوصال في الصوم . . وخُصَّ بأنه تنام عينه ولا ينام قلبه . : ويبصر وراءه كما يبصر أمامه .

وذُكِرَ أشياءٌ غير ذلك من خصـائصه صلى الله عليه وآله ، وهذه أظهرها .

---

(١) ش ٢ / ١٧١ / ه : أي قبل الدخول وبعده « بتصرف » .

(٢) ن : وتحريم الاستبدال ، أن يطلق واحدة ويأخذ بدلها « ع ل » .

(٣) المسالك ٢ / ٢٢١ : وهي الزكاة المفروضة ، قال « ص » : « انا أهل بيت لا يحل لنا الصدقة » لما فيه من الصيانة لمنصبه الشريف عن اوساخ الناس .

ويلحق بهذا الباب مسألتان :

« الاولى » : تحرم زوجاته صلى الله عليه وآله على غـيره ، فاذا مات عن مدخول بها ، لم تحل اجماعاً . وكذا القول لو لم يدخل بهـا على الظاهر .

أما لو فارقها بفسخ أو طلاق ، ففيه خلاف ، والوجه أنها لا تحل عملاً بالظاهر . وليس تحريمهن لتسميتهن أمهات ، ولا لتسميته صلى الله عليه وآله والداً (١) .

« الثانية » : من الفقهاء من زعم أنه لا يجب على النبي صلى الله عليه وآله القسمة بين أزواجه (٢) ، لقوله تعالى : « ترجى من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء » ، وهو ضعيف . لان في الآية احتمالاً يدفع دلالتها اذ يحتمل ان تكون المشيئة في الإرجاء متعلقة بالواهبات .

الفصل الثاني

في : العقد

والنظر في : الصيغة ، والحكم

أما الأول :

فالنكاح يفتقر الى ايجاب وقبول ، دالين على العقد الرافع للاحتمال.

---

(١) المسالك ٢ / ٢٢٢ : بل من جملة خواصه «ص» ، تحريم أزواجه من بعده على غيره ، لقوله تعالى : « وما كان لكم ان تؤذوا رسول الله ، ولا ان تنكحوا أزواجه من بعده أبداً » .

(٢) ن : بمعنى انه اذا بات عند واحدة منهن ليلة ، يجب أن يبيت عند الباقيات كذلك . . .

والعبارة عن الايجاب لفظان : زوّجتك وأنكحتك ، وفي متّعتك تردد ، وجوازه ارجح . والقبول أن يقول : قبلت التزويج أو قبلت النكاح أو ما شابهه . ويجوز الاقتصار على : قبلت . ولابد من وقوعها بلفظ الماضي الدال على صريح الانشاء ، إقتصاراً على المتيقّن ، وتحفظاً من الاستيمار المُشْبِه للإباحة . ولو أتى بلفظ الأمر ، وقصد الانشاء ، كقوله : زوجنيها فقال : زوجتك ، قيل : يصح ، كما في خبر سهل الساعدي وهو حسن .

ولو أتى بلفظ المستقبل ، كقوله : أتزوجك ، فتقول : زوجتك جاز ، وقيل : لابد بعد ذلك من تلفظه بالقبول .

وفي رواية أبان بن تغلب في المتعة ، أتزوجك متعة ، فاذا قالت : نعم ، فهي امرأتك .

ولو قال الولي أو الزوجة : متعتك بكذا ، ولم يذكر الأجل ، انعقد دائماً ، وهو دلالة على انعقاد الدائم بلفظ التمتع .

ولا يشترط في القبول مطابقته لعبارة الايجاب ، بل يصح الايجاب بلفظ ، والقبول بآخر . فلو قالت : زوّجتك ، فقال : قبلت النكاح ، أو أنكحتك ، فقال : قبلت التزويج صح .

ولو قال : زوجت بنتك من فلان ، فقال : نعم ، فقال : الزوج قبلت صح ، لأن نعم يتضمن إعادة السؤال ، ولو لم يعد اللفظ ، وفيه تردد .

ولا يشترط تقديم الايجاب ، بل لو قال : تزوجت ، فقال الولي: زوجتك صح . ولا يجوز العدول عن هذين اللفظين ، إلى ترجمتهما بغير العربية ، الا مع العجز عن العربية .

ولو عجز أحد المتعاقدين ، تكلم كل واحد منهما بما يحسنه .

ولو عجزا عن النطق أصلاً ، أو احدهما ، اقتصر العاجز على الاشارة الى العقد والايماء .

ولا ينعقد النكاح بلفظ البيع ، ولا الهبة ، ولا التمليك ، ولا الإجارة سواء ذكر فيه المهر أو جرّده .

وأما الثاني :

ففيه مسائل

« الاولى » : لا عبرة في النكاح ، بعبارة الصبي إيجاباً وقبولاً ، ولا بعبارة المجنون . وفي السكران الذي لا يعقل تردد ، أظهره انه لا يصح ولو أفاق فأجاز . وفي رواية : إذا زوجت السكرى نفسها ، ثم أفاقت فرضيت ، أو دخل بها فأفاقت وأقرّته ، كان ماضياً .

« الثانية » : لا يشترط في نكاح الرشيدة حضور الولي ، ولا في شيء من الانكحة حضور شاهدين . ولو أوقعه الزوجان أو الأولياء سراً جاز . ولو تآمرا بالكتمان لم يبطل .

« الثالثة » : اذا أوجب الولي ، ثم جُنّ أو أُغمِيَ عليه ، بطل حكم الإيجاب . فلو قبل بعد ذلك كان لغواً . وكذا لو سهق القبول وزال عقله . فلو أوجب الولي بعده كان لغواً . وكذا في البيع .

« الرابعة » : يصح اشتراط الخيار في الصداق خاصة ، ولا يفسد به العقد .

« الخامسة » : اذا اعترف الزوج بزوجية امرأته فصدّقته ، أو اعترفت هي فصدقها ، قُضِيَ بالزوجية ظاهراً وتوارثاً . ولو اعترف أحدهما ، قُضِيَ عليه بحكم العقد دون الآخر .

« السادسة » : اذا كان للرجل عدة بنات ، فزوج واحدةً ولم يسمِّها عند العقد ، لكن قصدها بالنية ، واختلفا في المعقود عليها . فان كان

الزوج رآهن ، فالقول قول الأب ، لأن الظاهر انه وُكِّلَ التعيين اليه ، وعليه ان يسلم اليه التي نواها . وإن لم يكن رآهن ، كان العقد باطلاً (١) :

« السابعة » : يشترط في النكاح ، إمتياز الزوجة عن غيرها بالاشارة أو التسمية ، أو الصفة . فلو زوجه إحدى بنتيه ، أو هذا الحمل ، لم يصح العقد (٢) .

« الثامنة » : لو ادعى زوجية امرأة ، وادعت اختها زوجيته ، وأقام كل واحد منهما بينة . فان كان دخل بالمدعية ، كان الترجيح لبيِّنتها ، لانه مصدق لها بظاهر فعله . وكذا لو كان تاريخ بينتها أسبق . ومع عدم الامرين ، يكون الترجيح لبينته .

« التاسعة » : اذا عقد على امرأته ، فادعى آخر زوجيتها ، لم يلتفت الى دعواه الا مع البينة .

« العاشرة » : إذا تزوج العبد بمملوكة ، ثم أذن له الولي في ابتياعها فان اشتراها لمولاه ، فالعقد باق . وان اشتراها لنفسه ، باذنه أو ملكه اياها بعد ابتياعها ، فان قلنا : العبد يملك بطل العقد ، وإلا كان باقياً . ولو تحرر بعضه ، واشترى زوجته ، بطل النكاح بينهما ، سواء اشتراها بمال منفرد به ، أو مشترك بينهما .

---

(١) الروضة ٥ / ١١٣ : لامتناع استحقاق الاستمتاع بغير معين .

(٢) المسالك ٢ / ٢٢٦ : لمشاركته لما ذكر في عدم التعيين ، إذ يحتمل كونه واحداً أو أزيد ، مضافاً إلى احتمال كونه غير قابل لنكاح المخاطب ، بأن يكون ذكراً أو خنثى.

الفصل الثالث

في : أولياء العقد

وفيه فصلان :

الاول : في تعيين الاولياء

لا ولاية في عقد النكاح : لغير الأب ، والجد للأب وان علا ، والمولى ، والوصي ، والحاكم .

وهل يشترط في ولاية الجد بقاء الأب ، قيل : نعم ، مصيراً الى رواية لا تخلو من ضعف ، والوجه انه لا يشترط :

وتثبت ولاية الجد ، والأب للأب ، على الصغيرة ، وإن ذهبت بكارتها بوطء أو غيره ، ولا خيار لها بعد بلوغها على أشهر الروايتين . وكذا لو زوّج الاب ، أو الجد للولد الصغير ، لزمه العقد ، ولا خيار له مع بلوغه ورشده ، على الاشهر .

وهل يثبت ولايتهما على البكر الرشيدة ، فيه روايات ، أظهرها سقوط الولاية عنها ، وثبوت الولاية لنفسها في الدائم والمنقطع .

ولو زوجها احدهما ، لم يمض عقده إلا برضاها . ومن الاصحاب من أذِنَ لها في الدائم دون المنقطع ، ومنهم من عكس ، ومنهم من اسقط أمرها معهما فيهما ، وفيه رواية أخرى ، دالة على شركتهما في الولاية ، حتى لا يجوز لهما أن ينفردا عنها بالعقد .

أما إذا عضلها الولي ، وهو أن لا يزوجها من كفء مع رغبتها ، فانه يجوز لها ان تزوّج نفسها ، ولو كرها اجماعاً .

ولا ولاية لها : على الثيب مع البلوغ والرشد ، ولا على البالغ الرشيد .

ويثبت ولايتها على الجميع مع الجنون . ولا خيار لأحدهم مع الإفاقة .

وللمولى أن يزوّج مملوكته ، صغيرةً كانت أو كبيرةً ، عاقلةً أو مجنونةً ولا خيار لها معه . وكذا الحكم في العبد .

وليس للحاكم : ولاية في النكاح على من لم يبلغ ، ولا على بالغ رشيد . ويثبت ولايته على من بلغ غير رشيد ، أو تجدد فسادُ عقله ، اذا كان النكاحُ صلاحاً له .

ولا ولاية للوصي ، وإن نصّ له الموصي على النكاح على الاظهر . وللوصيّ أن يزوج من بلغ فاسدَ العقل ، اذا كان به ضرورة الى النكاح . والمحجور عليه للتبذير ، لا يجوز له ان يتزوّجَ غير مضطر ، ولو اوقع كان العقد فاسداً . وان اضطر الى النكاح ، جاز للحاكم ان يأذن له ، سواء عيّن الزوجة أو أطلق . ولو بادر قبل الإذن ، والحال هذه ، صح العقد . فان زاد في المهر عن المثل ، بطل في الزائد .

الثاني : في اللواحق

وفيه مسائل :

« الاولى » : اذا وكلت البالغة الرشيدة في العقد مطلقاً ، لم يكن له أن يزوجها من نفسه ، إلا مع اذنها . ولو وكّلَتْه في تزويجها منه قيل : لا يصح ، لرواية عمار ، ولانه يلزم أن يكون موجباً قابلاً ،

والجواز أشبه . أما لو زوجها الجد من ابن ابنه الآخر ، أو الأب من موكله ، كان جائزاً .

« الثانية » : اذا زوّجها الولي بدون مهر المثل ، هل لها ان تعترض؟ فيه تردد ، والاظهر أن لها الإعتراض .

« الثالثة » : عبارة المرأة معتبرة في العقد مع البلوغ والرشد ، فيجوز لها أن تزوّج نفسها ، وأن تكون وكيلة لغيرها ، إيجاباً وقبولاً .

« الرابعة » : عقد النكاح ، يقف على الاجازة ، على الأظهر فلو زوّج الصبيةَ غيرُ أبيها وجدها ، قريباً كان أو بعيداً ، لم يمض إلا مع اذنها أو اجازتها بعد العقد ، ولو كان أخاً أو عماً . ويُقتنع من البكر بسكوتها ، عند عرضه عليها ، وتُكلّف الثيب النطق . ولو كانت مملوكة وقف على إجازة المالك . وكذا لو كانت صغيرة ، فأجاز الاب أو الجد ، صحّ .

« الخامسة » : اذا كان الولي كافراً ، فلا ولاية له . ولو كان الاب كذلك ، يثبت الولاية للجد خاصة . وكذا لو جُنّ الاب ، أو أُغمي عليه . ولو زال المانع ، عادت الولاية . ولو اختار الاب زوجاً ، والجد آخر ، فمن سبق عقده صح ، وبطل المتأخر . وإن تشاحّا ، قُدّمَ إختيارُ الجد . ولو أوقعاه في حالة واحدة ، ثبت عقد الجد دون الاب .

« السادسة » : اذا زوّجها الولي بالمجنون أو الخصي صح ، ولها الخيار إذا بلغت . وكذا لو زوّج الطفل ، بمن بها أحد العيوب الموجبة للفسخ (١) . ولو زوجها بمملوك ، لم يكن لها الخيار اذا بلغت . وكذا لو زوّج الطفل . وقيل بالمنع في الطفل ، لان نكاح الامة مشروط بخوف العنت ، ولا خوف في جانب الصبي .

---

(١) الروضة ٥ / ٣٩٠ : وعيوب المرأة تسعة : الجنون ، والجذام ، والبرص ، والعمى ، والاقعاد ، والقرن . . . والافضاء . . . ، والعفل . . . ، والرتق .

« السابعة » : لا يجوز نكاح الامة ، إلا باذن مالكها ولو كانت لإمرأة ، في الدائم والمنقطع . وقيل يجوز لها أن تتزوج متعةً ، إذا كانت لإمرأة من غير إذنها ، والاول اشبه .

« الثامنة » : إذا زوّج الأبوان الصغيرين ، لزمهما العقد . فان مات احدهما ، ورثه الآخر . ولو عقد عليهما غير ابويهما ، ومات احدهما قبل البلوغ ، بطل العقد وسقط المهر والإرث . ولو بلغ احدهما فرضي ، لزم العقد من جهته . فان مات ، عُزِلَ من تركته نصيب الآخر . فان بلغ فأجاز ، اُحلِفَ انه لم يُجِزْ للرغبة في الميراث وورث . ولو مات الذي لم يجز بطل العقد ولا ميراث .

« التاسعة » : اذا أذن المولى لعبده في ايقاع العقد صح ، واقتضى الاطلاق الاقتصار على مهر امثاله . فان زاد ، كان الزائد في ذمته ، يتبع به اذا تحرر ، ويكون مهر المثل على مولاه ، وقيل : في كسبه ، والاول اظهر ، وكذا القول في نفقتها .

« العاشرة » : من تحرر بعضه ، ليس لمولاه اجباره على النكاح :

« الحادية عشرة » : اذا كانت الأمة لمولى عليه ، كان نكاحها بيد وليه ، فاذا زوجها لزم ، وليس للمولى عليه مع زوال الولاية فسخه ، ويستحب للمرأة : أن تستأذن أباها في العقد ، بكراً كانت أو ثيباً ، وان توكل أخاها اذا لم يكن لها أب ولا جد ، وأن تعوّل على الاكبر ، اذا كانوا اكثر من أخ . ولو تخيّر كل واحد من الاكبر والاصغر زوجاً ، تخيرت خيرة الاكبر .

مسائل ثلاث :

« الاولى » : اذا زوجها الاخوان برجلين ، فان وكلتهما ، فالعقد

للأول . ولو دخلت بمن تزوجها أخيراً فحملت ، أُلحِقَ الولد بـه ، وأُلزِم مهرُها ، وأعيدت الى السابق بعد انقضاء العدة . فان اتفقا في حالة واحدة ، قيل : يقدَّم الاكبر ، وهو تحكُّم . ولو لم تكن أذنت لهما ، أجازت عقد أيهما شاءت ، والأَوْلَى لها إجازة عقـد الاكبر . وبأيهما دخلت قبل الإجازة ، كان العقد له .

« الثانية » : لا ولاية للأم على الولد ، فلو زوجته فرضي ، لزمه العقد ، وإن كره لزمها المهر ، وفيه تردد . وربما حُمِلَ على ما اذا ادعت الوكالة عنه .

« الثالثة » : اذا زوج الاجنبي امرأة ، فقال الزوج : زوَّجكِ العاقد من غير اذنكِ ، فقالت : بل أذنتُ ، فالقول قولها مع يمينها على القولين لانها تدعي الصحة .

الفصل الرابع

في : اسباب التحريم

وهي ستة :

السبب الأول : النسب

ويحرم بالنسب سبعة اصناف من النساء : الام والجدة وان علت ، لأب كانت او لأم . . والبنت للصُلْب ، وبناتها وان نزلن ، وبنات ابنها وإن نزلن . . والاخوات ، لأب كن أو لأم ، أو لهما .

وبناتهن ، وبنات أولادهن . . والعمّات ، سواء كُنّ اخوات ابيه لأبيه ، أو لأمه ، أو لهما . وكذا اخوات اجداده وإن علون . . والخالات للأب أو للأم أو لهما . وكذا خالات الأب والام وان ارتفعن . . وبنات الاخ ، سواء كان الاخ للأب أو للام أو لهما ، وسواء كانت بنته لصلبه أو بنت بنته ، أو بنت ابنه وبناتهن وإن سفلن . . ومثلهن من الرجال يحرم على النساء ، فيحرم الاب وإن علا ، والولد وإن سفل ، والأخ وابنه وابن الاخت والعم وإن ارتفع ، وكذا الخال .

ثلاثة فروع

« الاول » : النسب يثبت مع النكاح الصحيح ، ومع الشبهة . ولا يثبت مع الزنى . فلو زنى ، فانخلق من مائه ولد على الجزم(١) ، لم ينتسب اليه شرعاً وهل يحرم على الزاني والزانية ؟ (٢) ، الوجه انه يحرم ، لانه مخلوق من مائه فهو يسمى ولداً لغة .

« الثاني » : لو طلق زوجته ، فوطئت بالشبهة ، فان أتت بولد به لاقل من ستة أشهر من وطء الثاني ، ولستة اشهر من وطء المطلّق ، ألحق بالمطلّق . أما لو كان الثاني ، له أقل من ستة أشهر ، وللمطلّق اكثر من أقصى مدة الحمل لم يلحق بأحدهما . وان احتمل أن يكون منهما ، استخرج بالقرعة على تردد ، والاشبه انه للثاني . وحكم اللبن تابع للنسب .

« الثالث » : لو انكر الولد ولاعَنَ ، انتفى عن صاحب الفراش ، وكان اللبن تابعاً له . ولو أقر به بعد ذلك ، عاد نسبه ، وإن كان هو لا يرث الولد .

---

(١) وفي « ه ٢ / ١٧٥ » : « على الرحم » بدل « على الجزم » .

(٢) المسالك ٢ / ٢٤٠ : أي هل يثبت به التحريم المتعلق بالنسب ، فيحرم على الزاني البنت المخلوقة من مائه ، كما يحرم على الزانية المتولد منها بالزنا .

السبب الثاني : الرضاع

والنظر في : شروطه ، وأحامه

* أما شروطه *

انتشار الحرمة بالرضاع ، يتوقف على شروط :

الاول : ان يكون اللبن عن نكاح (١)

فلو درّ لم ينتشر حرمته . وكذا لو كان عن زنى : وفي نكاح الشبهة تردد ، أشبهه تنزيله على النكاح الصحيح . ولو طلق الزوج وهي حامل منه ، أو مرضع فأرضعت ولداً ، نشر الحرمة كما لو كانت في حباله وكذا لو تزوجت ودخل بها الزوج الثاني وحملت . أما لو انقطع ، ثم عاد في وقت يمكن ان يكون للثاني ، كان له دون الاول . ولو اتصل حتى تضع الحمل من الثاني ، كان ما قبل الوضع للاول ، وما بعد الوضع للثاني

الشرط الثاني : الكمية

وهو ما أنبتَ اللحم وشدّ العظم . ولا حكم لما دون العشر ، إلا في رواية شاذة . وهل يحرم بالعشر ؟ فيه روايتان ، اصحهما انه لا يحرم : وينشر الحرمة إن بلغ خمس عشرة رضعة ، أو رضع يوماً وليلة .

ويعتبر في الرضعات المذكورة قيود ثلاثة : أن تكون الرضعة كاملة ، وان تكون الرضعات متوالية ، وان يرتضع من الثدي .

---

(١) المسالك ٢ / ٢٤١ : المراد به هنا الوطي الصحيح ، فيندرج فيه الوطي بالعقد دائماً ومتعة وملك يمين وما في معناه ، والشبهة داخلة فيه ، وانما خصها بالذكر ، للتنبيه على الخلاف فيه .

ويرجع في تقدير الرضعة الى العُرف . وقيل : ان يروى الصبي ، ويصدر من قبل نفسه .

فلو التقم الثدي ثم لفظه وعاود ، فان كان أعرض أولاً فهي رضعة وإن كان لا بنيّة الإعراض ، كالنفس ، أو الالتفات الى ملاعب ، او الانتقال من ثدي الى آخر ، كان الكل رضعة واحدة . ولو مُنِع قبل استكمال الرضعة لم يعتبر في العدد .

ولابد من توالي الرضعات ، بمعنى ان المرأة الواحدة تنفرد باكمالها : فلو رضع من واحدة بعض العدد ، ثم رضع من اخرى ، بطل حكم الاول .

ولو تناوب عليه عدة نساء ، لم ينشر الحرمة ، ما لم يكمل من واحدة خمس عشرة رضعة ولاءً .

ولا يصير صاحب اللبن ، مع اختلاف المرضعات اباً ، ولا ابوه جداً ولا المرضعة اماً . ولابد من ارتضاعه من الثدي في قول مشهور ، تحقيقاً لمسمّى الارتضاع . فلو وجر في حلقه ، أو اوصل الى جوفه بحقنة ، وما شاكلها ، لم ينشر . وكذا لو جبن ، فأكله جبناً . وكذا يجب أن يكون اللبن بحاله ، فلو مزج بأن أُلقِيَ في فم الصبي مائع ، ورضع ، فامتزج حتى خرج عن كونه لبناً ، لم ينشر .

ولو ارتضع من ثدي الميتة ، أو رضع بعض الرضعات وهي حية ، ثم اكملها ميتة ، لم ينشر ، لانها خرجت بالموت عن التحاق الاحكام ، فهي كالبهيمة المرتضعة ، وفيه تردد .

الشرط الثالث : ان يكون في الحولين

ويراعى ذلك في المرتضع ، لقوله عليه السلام : « لا رضاع بعد فطام » وهل يراعى في ولد المرضعة ؟ الاصح انه لا يعتبر . فلو مضى لولدها اكثر من حولين ، ثم ارضعت من له دون الحولين ، نشر الحرمة :

ولو رضع العدد إلا رضعة واحدة فتمّ الحولان ، ثم اكمله بعدهما ، لم ينشر الحرمة . وكذا لو كمل الحولان ، ولم يُرْوَ من الاخيرة . وينشر اذا تمت الرضعة ، مع تمام الحولين .

الشرط الرابع : أن يكون اللبن لفحل واحد

فلو أرضعت بلبن فحل واحد مئة ، حرم بعضهم على بعض . وكذا لو نكح الفحل عشراً ، وارضعت كل واحدة واحداً أو اكثر ، حرم التناكح بينهم جميعاً . ولو أرضعت اثنين ، بلبن فحلين ، لم يحرم احدهما على الآخر ، وفيه رواية اخرى مهجورة . ويحرم أولاد هذه المرضعة نسباً على المرتضع منها .

ويستحب أن يختار للرضاع : العاقلة ، المسلمة ، العفيفة ، الوضيئة .

ولا تسترضع الكافرة ، ومع الاضطرار يسترضع الذمية ، ويمنعها من شرب الخمر ، وأكل لحم الخنزير .

ويكره أن يسلم اليها الولد ، لتحمله الى منزلها . وتتأكد الكراهية في ارتضاع المجوسية .

ويكره أن يَستَرْضِعَ مَنْ ولادتها عن زِنى . وروي أنه إن أحلّها مولاها فِعْلَها ، طاب لبنها وزالت الكراهية ، وهو شاذ .

وأما أحكامه : فمسائل

« الاولى » : اذا حصل الرضاع المحرم ، انتشرت الحرمة بين المرضعة وفحلها الى المرتضع ، ومنه اليهما ، فصارت المرضعة له اماً ، والفحل أباً ، وآباؤهما أجداداً ، وأمهاتهما جدات ، واولادهما أخوة ، وأخواتهما أخوالاً وأعماماً .

« الثانية » : كل من ينتسب الى الفحل من الاولاد ، ولادةً ورضاعاً يحرمون على هذا المرتضع . وكذا من ينتسب الى المرضعة بالبِنُوَّة ، ولادةً وإن نزلوا . ولا يحرم عليه من ينتسب اليها بالبِنُوَّة رِضاعاً .

« الثالثة » : لا ينكح أبو المرتضع في أولاد صاحب اللبن ، ولادة ولا رضاعاً ، ولا في اولاد زوجته المرضعة ولادة ، لانهم صاروا في حكم ولده . وهل ينكح أولاده الذين لم يرتضعوا من هـذا اللبن ، في أولاد هذه المرضعة ، وأولاد فحلها ؟ قيل : لا ، والوجـه الجواز . أما لو أرضعت امرأة ابناً لقوم ، وبنتاً لآخرين ، جاز أن ينكح أخوة كل واحد منهما في أخوة الآخر ، لانه لانسب بينهم ولا رضاع .

« الرابعة » : الرضاع المحرم يمنع من النكاح سابقاً ، ويبطله لاحقاً . فلو تزوَّج رضيعةً ، فأرضعتها من يفسد نكاح الصغيرة برضاعها ، كأمه وجدته وأخته وزوجة الاب والاخ ، اذا كان لبن المرضعة منهـا فسد النكاح . فان انفردت المرتضعة بالارتضاع ، مثل أن سعت اليها فامتصت ثديها من غير شعور المرضعة ، سقط مهرهـا لبطلان العقد الذي باعتباره يثبت المهر . ولو تولت المرضعة ارضاعها مختارة ، قيل : كان للصغيرة نصف المهر ، لانه فسخ حصل قبل الدخول ، ولم يسقط لانه ليس من الزوجة ، وللزوج الرجوع على المرضعة بما أداه ان قصدت الفسخ ، وفي الكل تردد ، مستنده الشك في ضمان منفعة البضع . ولو كان له زوجتان كبيرة وصغيرة ، فأرضعتها الكبيرة ، حرمتا أبداً ان كان دخل بالكبيرة ، وإلا حرمت الكبيرة حسب . وللكبيرة مهـرها ان كان دخل بها ، وإلا فلا مهر لها لان الفسخ جاء منها . وللصغيرة مهرها لانفساخ العقد بالجمع وقيل : يرجع به على الكبيرة . ولو أرضعت الكبيرة له زوجتين صغيرتين حرمت الكبيرة والمرتضعتان ، إن كان دخل بالكبيرة ، وإلا حرمت الكبيرة .

ولو كان له زوجتـــان وزوجة رضيعة ، فأرضعتها إحدى الزوجتين أولاً ، ثم أرضعتها الاخرى ، حرمت المرضعة الاولى والصغيرة دون الثانية لانها أرضعتها وهي بنته ، وقيل : بل تحرم أيضاً ، لانها صارت أماً لمن كانت زوجته وهو أولى . وفي كل هذه الصور ، ينفسخ نكـــاح الجميع ، لتحقق الجمع المحرم ، وأما التحريم فعلى ما صوَّرْناه . ولو طلق زوجته فأرضعت زوجته الرضيعة ، حرمتا عليه .

« الخامسة » : لو كان له أَمَةٌ يطأها ، فأرضعت زوجته الصغيرة ، حَرُمَتَا جميعاً عليه ، ويثبت مهر الصغيرة ، ولا يرجع به على الامة ، لأنَّه لا يثبت للمولى مال في ذمة مملوكته . نعم ، لو كانت موطوءةً بالعقد يرجع به عليها ، ويتعلق برقبتها ، وعندي في ذلك تردد . ولو قلنا بوجوب العود بالمهر ، لما قلنا ببيع المملوكة فيه ، بل تتبع به اذا تحررت .

« السادسة » : لو كان لاثنين زوجتان صغيرة وكبيرة ، وطلَّق كل واحد منهما زوجته وتزوج بالاخرى ، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة ، حرمت الكبيرة عليهما ، وحرمت الصغيرة على من دخل بالكبيرة .

« السابعة » : اذا قال : هذه أختي من الرضاع ، أو بنتي على وجه يصح ، فان كان قبل العقد ، حكم عليه بالتحريم ظاهراً ، وإن كان بعد العقد ومعه بينة ، حكم بها . فان كان قبل الدخول ، فلا مهر . وإن كان بعده ، كان لها المسمى . وان فقد البينة ، وأنكرت الزوجة ، لزمه المهر كله مع الدخول ، ونصفه مع عدمه ، على قول مشهور . ولو قالت المرأة ذلك بعد العقد ، لم يقبل دعواها في حقِّهِ الا ببينة . ولو كان قبله حكم عليها بظاهر الإقرار .

« الثامنة » : لا تقبل الشهادة بالرضاع الا مفصَّلة ، لتحقق الخلاف في الشرائط المحرمة ، واحتمال أن يكون الشاهد استند الى عقيدته . وأمَّا

إخبار الشاهد بالرضاع ، فيكفي مشاهدته ملتقماً ثدي المرأة ، ماصّاً له على العادة ، حتى يصدر .

« التاسعة » : اذا تزوجت كبيرة بصغير ، ثم فسخت إما لعيب فيه وإما لانها كانت مملوكة فاعتقت ، أو لغير ذلك ، ثم تزوجت بكبير آخر وارضعته بلبنه ، حرمت على الزوج ، لانها كانت حليلة ابنه ، وعلى الصغير لانها منكوحة ابيه .

« العاشرة » : لو زوج ابنه الصغير بابنة اخيه الصغيرة ، ثم ارضعت جدتها احدهما ، انفسخ نكاحها ، لأنّ المرتضع ان كان هو الذكر فهو إما عم لزوجته ، واما خال . وان كان انثى ، فقد صارت إما عمة وإما خالة .

السبب الثالث : المصاهرة

وهي تتحقق : مع الوطء الصحيح . : ويشكل مع الزنى : . والوطء بالشبهة : . والنظر واللمس :

والبحث حينئذ في الامور الاربعة :

أما النكاح الصحيح :

فمن وطئ امرأة بالعقد الصحيح أو الملك ، حرم على الواطئ أمّ الموطوءة وان علت ، وبناتها وان سفلن ، تقدمت ولادتهن أو تأخرت ، ولو لم تكن في حجره . وعلى الموطوءة أبو الواطئ وإن علا ، واولاده وان سفلوا ، تحريماً مؤبداً . ولو تجرد العقد عن الوطء ، حرمت الزوجة على ابيه وولده ، ولم تحرم بنت الزوجة ، عيناً على الزوج بل جمعاً . ولو فارقها ، جاز له نكاح بنتها ، وهل تحرم امها بنفس العقد ، فيه روايتان اشهرهما انها تحرم :

ولا تحرم مملوكة الاب على الابن بمجرد الملك ، ولا مملوكة الابن على الاب . ولو وطئ احدهما مملوكته ، حرمت على الاخر [من غير شبهة](١) . ولا يجوز لاحدهما أن يطأ مملوكة الآخر ، الا بعقد أو ملك او اباحة . ويجوز للاب أن يقوّمَ مملوكة ابنه ، اذا كان صغيراً ، ثم يطأها بالملك . ولـو باهر أحدهما ، فوطئ مملوكة الآخر من غير شبهة ، كان زانياً ، لكن لا حدّ على الاب ، وعلى الابن الحد . ولو كان هناك شبهة سقط الحد . ولو حملت مملوكة الاب من الابن ، مع الشبهة ، عُتِقَ ولا قيمة على الابن . ولو حملت مملوكة الابن من الاب لم ينعتق ، وعلى الاب فكّه ، الا أن يكون انثى .

ولو وطئ الاب زوجة ابنه لشُبْهة ، لم تحرم على الولد لسبق الحل وقيل : تحرم ، لأنّها منكوحة الاب ، ويلزم الاب مهرها . ولو عاودها الولد ، فان قلنا : الوطء بالشبهة ينشر الحرمة ، كان عليه مهران . وإن قلنا : لا يحرم - وهو الصحيح - فلا مهر سوى الاول .

ومن توابع المصاهرة : تحريم اخت الزوجة ، جمعاً لا عيناً . وبنت اخت الزوجة وبنت اخيها الا برضا الزوجة ، ولو اذنت صح .

وله ادخال العمة والخالة على بنت اخيها واختها ، ولو كره المدخول عليهما .

ولو تزوج بنت الاخ أو بنت الاخت ، على العمة أو الخـالة من غير اذنها ، كان العقد باطلاً . وقيل : كان للعمة والخالة ، الخيار في اجازة العقد وفسخه ، أو فسخ عقدهما بغير طلاق ، والاعتزال ، والاول أصح .

وأما الزنى :

فان كان طارئاً لم ينشر الحرمة ، كمن تزوج بامرأة ، ثم زنى بامها

(١) هذه الزيادة وردت في « هـ ٢ / ١٧٩ » فقط .

أو ابنتها ، أو لاط باخيها أو ابنها أو ابيها ، أو زنى بمملوكة أبيه الموطوءة أو ابنه ، فان ذلك كله لا يحرم السابقة .

وإن كان الزنى سابقاً على العقد ، فالمشهور تحريم بنت العمة والخالة اذا زنى بامها .

أما الزنى بغيرهما ، هل ينشر حرمة المصاهرة كالوطء الصحيح ؟ فيه روايتان ، إحداهما ينشر الحرمة وهي أوضحها طريقاً ، والاخرى لا ينشر .

وأما الوطء بالشبهة :

فالذي خرّجه الشيخ رحمه الله ، أنه يُنَزَّل منزلةَ النكاح الصحيح وفيه تردد ، والاظهر انه لا ينشر ، لكن يلحق معه النسب .

وأما النظر واللمس :

مما يسوغ لغير المالك ، كنظر الوجه ، ولمس الكف ، لا ينشر الحرمة (١) . وما لا يسوغ لغير المالك ، كنظر الفرج (٢) ، والقبلة ، ولمس باطن الجسد بشهوة ، فيه تردد ، أظهره انه يُشمِر كراهية . ومن نُشِرَ به الحرمة ، قُصِرَ التحريم على أب اللامس والناظر وابنه خاصة دون ام المنظورة او الملموسة وابنتيهما . وحكم الرضاع في جميع ذلك حكم النسب .

---

(١) المسالك ٢ / ٢٥٤ : يفهم من قوله ، فما يسوغ لغير المالك لا ينشر الحرمة ، أن الامة يصح نظر غير المالك اليها في الجملة ، وذلك في الوجه والكفين كما تقدم .

(٢) ن ٢ / ٢٥٥ : على أن نظرها بشهوة محرم مطلقاً ، وأولى منه اللمس ، وإنما الكلام مع عدم الشهوة والريبة ، . . . كنظر الطبيب ، ولمس العضو ليعلم حاله . . .

ومن

مسائل التحريم

مقصدان :

الاول : في مسائل من تحريم الجمع

وهي ستة :

« الاولى » : لو تزوج اختين ، كان العقد للسابقة ، وبطل عقد الثانية ؛ ولو تزوجهما في عقد واحد ، قيل : بطل نكاحهما ؛ وروي انه يتخير ايتهما شاء ، والاول أشبه ، وفي الرواية ضعف ؛

« الثانية » : لو وطئ أمةً بالملك ، ثم تزوج اختها ، قيل : يصح، وحرمت الموطوءة بالملك أولاً ، ما دامت الثانية في حباله . ولو كان له أمتان فوطأهما ، قيل : حرمت الاولى حتى تخرج الثانية من ملكه . وقيل : إن كان لجهالة لم تحرم الاولى ، وان كان مع العلم ، حرمت حتى تخرج الثانية لا العود الى الاولى ، ولو اخرجها للعود والحال هذه لم تحل الاولى والوجه ان الثانية تحرم على التقديرين دون الاولى .

« الثالثة » : قيل : لا يجوز للحر العقد على الأمة الا بشرطين ، عدم الطول (١) وهو عدم المهر والنفقة ، وخوف العنت وهو المشقة من الترك ؛

(١) الروضة ٥ / ١٩٤ : المراد بالطول : أن يجد الحرة ، ويقدر على مهرها ونفقتها ، ويمكنه وطؤها .

وقيل : يكره ذلك من دونها ، وهـو الاشهر ، وعلى الاول لا ينكح إلا امة واحدة لزوال العنت بها . ومن قال بالثاني : أباح أمتين ، إقتصاراً في المنع على موضع الوفاق .

« الرابعة » : لا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من حرّتين .

« الخامسة » : لا يجوز نكاح الأمة على الحرة إلا باذنها ، فان بادر كان العقد باطلاً ، وقيل : كان للحرة الخيار في الفسخ والإمضاء ، ولها فسخ عقد نفسها ، والاول أشبه . أما لو تزوج الحرة على الامة كان العقد ماضياً ، ولها الخيار في نفسها ان لم تعلم . ولو جمع بينهما في عقد واحد صح عقد الحرة دون الامة .

« السادسة » : اذا دخل بصبية لم تبلغ تسعاً فأفضاها ، حرم عليه وطؤها ولم تخرج من حباله . ولو لم يفضها ، لم تحرم على الاصح .

المقصد الثاني : في مسائل من تحريم العين

وهي ستة :

« الاولى » : من تزوج امرأة في عدتها عالماً ، حَرُمَتْ عليه أبداً وإن جهل العدة والتحريم ودخل ، حرمت أيضاً . ولو لم يدخل ، بطل ذلك العقد ، وكان له إستئنافه .

« الثانية » : اذا تزوج في العدّة ودخل فحملت ، فان كان جاهلاً لحق به الولد إن جاء لستة أشهر فصاعداً منذ دخل بها ، وفُرِّق بينهما ولزمه المسمّى ، وتتم العدة للأول وتستأنف أخرى للثاني ، وقيل : يجزي عدة واحدة ، ولها مهرها على الاول ومهر على الآخر إن كانت جاهلة بالتحريم ، ومع علمها فلا مهر .

« الثالثة » : من زنى بامرأة ، لم يحرم عليه نكاحها . وكذا لو كانت مشهورة بالزنى . وكذا لو زنت إمرأته وإن أصرت (١) ، على الاصح . ولو زنى بذات بعل ، أو في عدة رجعية ، حرمت عليه أبداً في قول مشهور .

« الرابعة » : من فَجَرَ بغلام فأوقبه ، حرم على الواطئ العقد ، على أم الموطوء وأخته وبنته . ولا يحرم إحداهن ، لو كان عقدها سابقاً .

« الخامسة » : اذا عقد المُحْرِم (٢) ، على امرأة عالماً بالتحريم ، حرمت عليه أبداً ، ولو كان جاهلاً فسد عقده ولم تحرُم .

« السادسة » : لا تحل ذات البعل لغيره ، إلا بعد مفارقته ، وإنقضاء العِدَّة ان كانت ذات عدة .

السبب الرابع : استيفاء العدد

وهو قسمان :

*** القسم * الاول :**

اذا استكمل الحر أربعاً بالعقد الدائم ، حرُم عليه ما زاد غبطة . ولا

---

(١) المسالك ٢ / ٢٥٩ : هذا هو المشهور ، ومستنده الأصل والخبر السابق ، المتضمن لان الحرام لا يحرم الحلال ، مؤيداً بموثقة عباد بن صهيب عن الصادق « ع » ، قال « لا بأس أن يمسك الرجل امرأته ، إن رآها تزني إذا كانت تزني ، وإن لم يقم عليها الحد ، فليس عليه من اثمها شيء . . .

(٢) الروضة ٥ / ٢٠٤ : بفرض أو نفل ، بحج أو عمرة ، بعد إفساده العمل وقبله « بتصرف » .

يحل له من الإماء بالعقد ، أكثر من اثنتين من جملة الأربع . واذا استكمل العبد أربعاً من الإماء بالعقد ، أو حرتين أو حرة وأمتين ، حرم عليه ما زاد . ولكل منهما أن ينكح بالعقد المنقطع ما شاء ، وكذا بملك اليمين .

مسألتان :

« الاولى » : اذا طلق واحدةً من الاربع ، حرم عليه العقد على غيرها ، حتى تنقضي عدتها ان كان الطلاق رجعياً . ولو كان بائناً ، جاز له العقد على اخرى في الحال . وكذا الحكم في نكاح أخت الزوجة على كراهية مع البينونة .

« الثانية » : إذا طلق إحدى الاربع بائنـاً ، وتزوج اثنتين ، فان سبقت إحداهما كان العقد لها ، وان اتفقتا في حالة بطل العقدان . وروي أنه يتخير ، وفي الرواية ضعف .

القسم الثاني :

اذا استكملت الحُرَّة ثلاث طلقـات ، حَرُمت على المطلِّق حتى تنكح زوجاً غيره ، سواء كانت تحت حر أو تحت عبد . واذا استكملت الامة طلقتين ، حرمت عليه ، حتى تنكح زوجاً غيره ، ولو كانت تحت حر : وإذا استكملت المطلقة تسعاً للعدة ، ينكحها بينهما رجلان ، حرمت على المطلِّق ابداً .

السبب الخامس : اللعان

وهو سبب لتحريم الملاعنة تحريماً مؤبداً (١) . وكذا قَذْف الزوجة

(١) المسالك ٢ / ٢٦١ : وسيأتي تفصيله في بابه .

الصمّاء والخرساء ، بما يوجب اللعان ، لو لم تكن كذلك (١) :

السبب السادس : الكفر

والنظر فيه : يستدعي بيان مقاصد

الاول : * في من يجوز للمسلم نكاحه *

لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابية إجماعاً ، وفي تحريم الكتابية من اليهود والنصارى روايتان ، أشهرها المنع في النكاح الدائم ، والجواز في المؤجل وملك اليمين ؛ وكذا حكم المجوس على أشبه الروايتين :

ولو ارتد احد الزوجين قبل الدخول ، وقع الفسخ في الحال ، وسقط المهر إن كان من المرأة ، ونصفه ان كان من الرجل . ولو وقع بعد الدخول ، وقف الفسخ على انقضاء العدة من أيهما كان ، ولا يسقط شيء من المهر ، لاستقراره بالدخول .

وان كان الزوج ولد على الفطرة فارتد ، انفسخ النكاح في الحال ، ولو كان بعد الدخول ، لانه لا يقبل عوده .

واذا أسلم زوج الكتابية ، فهو على نكاحه ، سواء كان قبل الدخول أو بعده . ولو أسلمت زوجته قبل الدخول ، انفسخ العقد ولا مهر . وان كان بعد الدخول ، وقف الفسخ على انقضاء العدة . وقيل : ان كان

(١) المسالك ٢ /٢٦١ : والمستند رواية ابي بصير عن أبي عبد الله « ع » انه سأل عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي صماء خرساء ولا تسمع ما قال ، فقال : ان كان لها بينة تشهد لها عند الامام ، جلد الحد وفرق بينهما ثم لا تحل له أبداً ، وان لم تكن لها بينة ، فهي حرام عليه ما قام معها ، ولا اثم عليها منه . . .

الزوج بشرائط الذمة ، كان نكاحه باقياً ، غير انه لا يُمكَّن من الدخول اليها ليلاً ، ولا من الخلوة بها نهاراً ، والاول أشبه .

وأما غير الكتابيين ، فاسلام احد الزوجين ، موجب لإنفساخ العقد في الحال ، إن كان قبل الدخول . وان كان بعده ، وقف على انقضاء العدة . ولو انتقلت زوجة الذمي ، الى غير دينها من ملل الكفر ، وقع الفسخ في الحال ، ولو عادت الى دينها ، وهو بناء على انه لا يقبل منها الا الاسلام .

واذا اسلم الذمي ، على اكثر من اربع من المنكوحات بالعقد الدائم ، استدام اربعاً من الحرائر ، أو أمتين وحرتين . ولو كان عبداً ، استدام حرتين ، او حرة وأمتين ، وفارق سائرهن . ولو لم يزد عددهن عن القدر المحلل له ، كان عقدهن ثابتاً .

وليس للمسلم إجبار زوجته الذمية على الغسل (١) ، لأن الاستمتاع ممكن من دونه . ولو اتصفت بما يمنع الاستمتاع كالنتن الغالب ، وطول الاظفار المنفر ، كان له الزامها بازالته . وله منعها من الخروج الى الكنائس والبيع ، كما له منعها من الخروج من منزله . وكذا له منعها من شرب الخمر ، وأكل لحم الخنزير واستعمال النجاسات .

المقصد الثاني : في كيفية الاختيار

وهو إما بالقول الدال على الامساك ، كقوله : اخترتك او امسكتك وما اشبهه . ولو رتّب الإختيار ، ثبت عقد الاربع الأُوَلْ ، واندفع البواقي . ولو قال : لما زاد على الاربع ، اخترت فراقكن اندفعن ،

(١) المسالك ٢ / ٢٦٣ : لا فرق في الغسل الذي ليس له اجبارها عليه ، بين غسل الحيض والجنابة عندنا ، لعدم توقف الاستمتاع عليه . . .

وثبت عقد البواقي : ولو قال لواحدة : طلقتك ، صح نكاحها وطلقت (١) وكانت من الأربع . ولو طلّق اربعاً ، اندفع البواقي ، وثبت نكاح المطلقات ثم طُلّقن بالطلاق ، لانه لا يواجه به الا الزوجة ، اذ موضوعه ازالة قيد النكاح .

والظِهار والإيلاء ليس لهما دلالة على الاختيار ، لانه قد يواجه به غير الزوجة .

وأما بالفعل فمثل ان يَطَأ ، اذ ظاهره الاختيار . ولو وطئ أربعاً ثبت عقدهن واندفع البواقي . ولو قبّل ، أو لمس بشهوة ، يمكن ان يقال هو اختيار ، كما هو رجعة في حق المطلقة ، وهو يشكُل بما يتطرق اليه من الاحتمال .

المقصد الثالث : في مسائل مرتبة على اختلاف الدين

« الاولى » : اذا تزوج امرأة وبنتها ، ثم اسلم بعد الدخول بهما ، حَرُمتا . وكذا لو كان دخل بالامّ . أما لو لم يكن دخل بواحدة ، بطل عقد الام دون البنت ، ولا اختيار . وقال الشيخ : له التخيير ، والأول أشبه . ولو أسلم عن أمَةٍ وبنتها ، فان كان وطأهما ، حَرُمتا . وان كان وطئ إحداهما ، حرمت الاخرى . وان لم يكن وطئ واحدة ، تخيّر . ولو أسلم عن اختين ، تخير ايتهما شاء ولو كان وطأهما . وكذا لو كان عنده ، امرأة وعمتها أو خالتها ، ولم تجز العمة ولا الخالة الجمع . اما لو

(١) المسالك ٢ / ٢٦٣ : من جملة الالفاظ الدالة على الاختيار ، الطلاق لواحدة أو أزيد ، فانه يكون تعييناً للمطلقة ، لان الطلاق موضوع لازالة قيد النكاح ، فلا يواجه به الا الزوجة ، فاذا خاطب واحدة منهن به ، كان ذلك دليلا على اختيارها زوجة أولا ، ثم يقع به الطلاق إن حصلت شرائطه .

رضيتا ، صح الجمع . وكذا لو اسلم عن حرة وأمةٍ .

« الثانية » : اذا اسلم المشرك ، وعنده حرة وثلاث إماء بالعقد ، فأسلمن معه ، تخير مع الحرة امتين ، اذا رضيت الحرة . ولو اسلم الحر وعنده أربع اماء بالعقد ، تخير امتين . ولو كن حرائر ثبت عقده عليهن. وكذا لو اسلمن قبل انقضاء العدة . ولو كنّ اكثر من اربع ، فأسلم بعضهن ، كان بالخيار بين اختيارهن وبين التربص . فان لحقن به ، أو بعضهن ولم يزدن عن اربع ، ثبت عقده عليهن . وان زدن عن اربع تخير اربعاً . ولو اختار من سبق اسلامهن ، لم يكن له خيار في الباقيات ولو لحقن به قبل العدة .

« الثالثة » : لو اسلم العبد وعنده اربع حرائر وثنيات ، فأسلمت معه اثنتان ، ثم أعتق ولحق به من بقي ، لم يزد على اختيار اثنتين ، لانه كمال العدد المحلل له . ولو اسلمن كلهن ثم اعتق ثم اسلم ، أو اسلمن بعد عتقه واسلامه في العدة ، ثبت نكاحه عليهن لاتصافه بالحرية المبيحة للاربع وفي الفرق إشكال .

« الرابعة » : اختلاف الدين فسخ لا طلاق . فان كان من المرأة قبل الدخول ، سقط به المهر . وان كان من الرجل فنصفه ، على قول مشهور . وان كان بعد الدخول ، فقد استقر ولم يسقط بالعارض . ولو كان المهر فاسداً ، وجب به مهر المثل مع الدخول . وقبله نصفه ، ان كان الفسخ من الرجل . ولو لم يسمِّ مهراً والحال هذه ، كان لها المتعة كالمطلقة وفيه تردد . ولو دخل الذمي وأسلم ، وكان المهر خمراً ولم تقبضه ، قيل : سقط ، وقيل : يجب مهر المثل ، وقيل : يلزمه قيمته عند مستحليه ، وهو الاصح .

« الخامسة » : اذا ارتد المسلم بعد الدخول ، حرم عليه وطء زوجته

المسلمة ، ووقف نكاحها على انقضاء العدة . فلو وطأها بالشبهة ، وبقي على كفره الى انقضاء العدة ، قال الشيخ : عليه مهران الاصلي بالعقد ، والآخر للوطء بالشبهة ، وهو يشكل ، بما انها في حكم الزوجة ، اذا لم يكن عن فطرة .

« السادسة » : إذا أسلم ، وعنده أربع وثنيات مدخول بهن ، لم يكن له العقد على الأخرى ، ولا على اخت إحدى زوجاته ، حتى تنقضي العدة مع بقائهن على الكفر (١) . ولو أسلمت الوثنية ، فتزوج زوجها باختها قبل اسلامه ، وانقضت العدة وهو على كفره ، صح عقد الثانية : فلو اسلم قبل انقضاء عدة الاولى تخيَّرَ ، كما لو تزوجها وهي كافرة .

« السابعة » : إذا أسلم الوثني ثم ارتد ، وانقضت عدتها على الكفر فقد بانت منه . ولو اسلمت في العدة ، ورجع الى الاسلام في العدة ، فهو أحق بها . وإن خرجت وهو كافر ، فلا سبيل له عليها .

« الثامنة » : لو ماتت إحداهن بعد إسلامهن ، قبل الاختيار ، لم يبطل اختياره لها ، فان اختارها ورث نصيبه منها . وكذا لو مُتْنَ كلهن كان له الاختيار . فاذا اختار أربعاً وَرِثَهُنَّ ، لان الاختيار ليس استئناف عقد ، وانما هو تعيين لذات العقد الصحيح . ولو مات ومُتْنَ قيل : يبطل الخيار ، والوجه استعمال القرعة ، لأن فيهن وارثات وموروثات ولو مات الزوج قبلهن ، كان عليهن الاعتداد منه ، لأنَّ منهن من تلزمه العدة ، ولما لم يحصل الامتياز ، أُلزمن العدة احتياطاً بأبعد الاجلين ، اذ كل واحدة يحتمل ان تكون هي الزوجة وان لا تكون ، فالحامل تعتد بعدّة الوفاة ووضع الحمل ، والحائل تعتد بأبعد الاجلين من عدة الطلاق والوفاة.

---

(١) المسالك ٣ / ٢٦٥ : لانهن لم يخرجن عن الزوجية مطلقاً ، لرجاء رجوعهن في العدة ، فيعدن الى الزوجية بالنكاح السابق ، فكان ذلك كالعدة الرجعية التي لا يصح فيها نكاح الخامسة ، ولا أخت المطلقة .

« التاسعة » : اذا اسلم واسلمن ، لزمه نفقة الجميع حتى يختار أربعاً فتسقط نفقة البواقي ، لانهن في حكم الزوجات . وكذا لو أسلمن أو بعضهن وهو على كفره . ولو لم يدفع النفقة ، كان لهن المطالبة بها عن الحاضر والماضي ، سواء أسلم أو بقي على الكفر ، ولا يلزمه النفقة لو أسلم دونهن لتحقق منع الاستمتاع منهن . واذا اختلف الزوجان في السابق الى الإسلام فالقول قول الزوج استصحاباً للبراءة الاصلية . ولو مات ، ورثه أربع منهن لكن لمّا لم يتعين ، وجب إيقاف الحصة عليهن ، حتى يصطلحن ، والوجه القرعة أو التشريك . ولو مات قبل اسلامهن ، لم يـوقف شيء ، لان الكافر لايرث المسلم ، ويمكن أن يُقال : ترث من اسلمت قبل القسمة .

« العاشرة » : روى عمار الساباطي ، عن أبي عبد الله عليه السلام « ان اباق العبد طلاق امرأته ، وانه بمنزلة الارتداد ، فان رجع وهي في العدة ، فهي امرأته بالنكاح الاول ، وان رجع بعد العدة وقد تزوجت ، فلا سبيل له عليها » (١) . وفي العمل بها تردد ، مستنده ضُعْفُ السند :

مسائل من لواحق العقد

وهي سبع :

« الاولى » : الكفاءة شرط في النكاح ، وهي التساوي في الاسلام. وهل يشترط التساوي في الايمان ؟ فيه روايتان ، أظهرهما الاكتفاء بالإسلام وإن تأكد استحباب الايمان ، وهـو في طرف الزوجة أتم ، لأن المرأة تأخذ من دين بعلها . نعم ، لا يصح نكاح الناصب ، المعلن بعداوة أهل البيت عليهم الصلاة والسلام ، لإرتكابه ما يعلم بطلانه من دين الاسلام . وهل يُشترَط تمكنه من النفقة ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الاشبه.

(١) الوسائل : كتاب النكاح ، باب ٧٣ ، حديث ١ .

ولو تجدد عجز الزوج عن النفقة ، هل تتسلط على الفسخ ؟ فيه روايتان ، أشهرهما انه ليس لها ذلك . ويجوز انكاحُ الحرة العبدَ ، والعربيةُ العجميَ والهاشميةُ غير الهاشمي ، وبالعكس . وكذا ارباب الصنائع الدنّية بذوات الدين والبيوتات . ولو خطب المؤمن القادر على النفقة ، وجب اجابته ، وان كان أخفض نسباً . ولو امتنع الولي ، كان عاصياً . ولو انتسب الزوج الى قبيلةٍ ، فبانَ من غيرها ، كان للزوجة الفسخ ، وقيل : ليس لها وهو أشبه.

ويكره : ان يتزوج الفاسق ، ويتأكد في شارب الخمر . . وان تُزوَّج المؤمنة بالمخالف ، ولا بأس بالمستضعف ، وهو الذي لا يُعرف بعِناد .

« الثانية » : إذا تزوج امرأة ، ثم علم أنّها كانت زنت ، لم يكن له فسخ العقد ، ولا الرجوع على الولي بالمهر . وروي أن له الرجوع ، ولها الصداق بما استحل من فرجها ، وهو شاذ .

« الثالثة » : لا يجوز التعريض بالخطبة ، لذات العدة الرجعية ، لانها في حكم الزوجة . ويجوز للمطلقة ثلاثاً من الزوج وغيره . ولا يجوز التصريح لها منه ولا من غيره . أما المطلقة تسعاً للعدة ، ينكحها بينها رجلان ، فلا يجوز التعريض لها من الزوج (١) ، ويجوز من غيره . ولا يجوز التصريح في العدة ، منه ولا من غيره . واما المعتدة البائنة ، سواء كانت عن خلع أو فسخ ، يجوز التعريض من الزوج وغيره ، والتصريح من الزوج دون غيره . وصورة التعريض ، أن يقول : رُبَّ راغب فيك أو حريص عليك ، وما أشبهه . والتصريح أن يخاطبها بما لا يحتمل الا النكاح ، مثل أن يقول : إذا انقضت عدتك تزوجتك . ولو صرّح بالخطبة في موضع المنع ، ثم انقضت العدة فنكحها ، لم تحرم .

« الرابعة » : إذا خطب فأجابت ، قيل : حرم على غيره خطبتها ولو تزوج ذلك الغير ، كان العقدُ صحيحاً .

---

(١) الروضة ٥ / ٢٤٠ : لامتناع نكاحه لها .

« الخامسة » : إذا تزوجت المطلّقة ثلاثاً ، فلو شرطت في العقد ، أنه إذا حلّلها فلا نكاح بينهما ، طل العقد ، وربما قيل : يُلغى الشرط. ولو شرطت الطلاق ، قيل : يصح النكاح ويبطل الشرط . وإن دخل بها فلها مهر المثل . أما لو لم يُصرّح بالشرط في العقد ، وكان ذلك في نيته أو نية الزوجة أو الولي ، لم يفسد . وكل موضـــع قيل : يصح العقد ، فمع الدخول ، تحلُّ للمطلق مع الفرقة وانقضاء العدة . وكل موضع قيل : يفسد ، لا يحل له ، لأنه لا يكفي الوطء ، ما لم يكن عن عقد صحيح .

« السادسة » : نكاح الشِغار باطلٌ ، وهو أن تتزوج امرأتان برجلين على أن يكون مهر كل واحدة منهما نكاح الاخرى . أما لو زوج الوليان كلُّ واحد منهما صاحبه ، وشرط لكل واحدة مهراً معلوماً ، فانه يصح : ولو زوج احدهما الاخر ، وشرط أن يزوجه الاخرى بمهر معلوم ، صح العقدان وبطل المهر ، لانه شرط مع المهر تزويجاً ، وهو غير لازم . والنكاح لا يدخله الخيار ، فيكون لها مهر المثل ، وفيه تردد . وكذا لو زوّجه ، وشرط أن ينكحه الزوج فلانة ، ولم يذكر مهراً .

تفريع

لو قال : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ، على أن يكون نكاح بنتي مهراً لبنتك ، صح نكاح بنته ، وبطل نكاح بنت المخاطب . ولو قال : على ان يكون نكاح بنتك مهراً لبنتي ، بطل نكاح بنته ، وصح نكاح بنت المخاطب.

« السابعة » : يكره العقد على القابلة إذا ربته ، وبنتها .. وأن يزوج ابنه بنت زوجته من غيره ، إذا ولدتها بعد مفارقته ، ولا بأس بمن ولدتها قبل نكاح الأب . . وأن يتزوج بمن كانت ضرّةً لامه قبل أبيه . . وبالزانية قبل أن تتوب .

القسم الثاني

في

النكاح المنقطع

وهو سائغ في دين الاسلام ، لتحقق
شرعيته ،وعدم ما يدل على رفعه والنظر
فيه : يستدعي بيان أركانه ، وأحكامه .

النَّظَرُ الأَوَّل

في : الأركان .

فاركانه أربعة : الصيغة والمحل . والأجل ، والمهر

أما الصيغة :

فهي اللفظ الذي وضعه الشرع وصلةً الى إنعقاده ، وهو ايجاب وقبول ؛ وألفاظ الايجاب ثلاثة : زوجتك ومتعتك وأنكحتك ، وأيها حصل وقع الايجاب به ، ولا ينعقد بغيرها ، كلفظ التمليك والهبة والإجارة :

والقبول : هو اللفظ الدال على الرضا بذلك الإيجاب ، كقوله : قبلت النكاح أو المتعة . ولو قال : قبلت واقتصر ، أو رضيت جاز : ولو بُدِءَ بالقبول ، فقال : تزوجت ، فقالت : زوجتك صح .

ويشترط فيهما ، الإتيان بهما بلفظ الماضي . فلو قال : أقبل أو أرضى ، وقصد الإنشاء ، لم يصح . وقيل : لو قال : أتزوجكِ مدة كذا ، بمهر كذا ـ وقصد الإنشاء ـ فقالت : زوجتك صح . وكذا لو قالت : نعم :

وأما المحل

فيشترط أن تكون الزوجة مسلمة ، أو كتابية كاليهودية والنصرانية والمجوسية ، على أشهر الروايتين . ويمنعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات .

وأما المسلمة فلا تتمتع إلا بالمسلم خاصة . ولا يجوز بالوثنية ، ولا

الناصبية المُعْلِنة بالعداوة كالخوارج . ولا يستمتع امة ، وعنده حرة ، إلا باذنها ، ولو فعل كان العقد باطلاً . وكذا لا يُدخِل عليها بنت أختها ولا بنت أخيها إلا مع اذنها ، ولو فعل كان العقد باطلاً . ويستحب : أن تكون مؤمنةً عفيفةً . . وأن يسألها عن حالها مع التهمة ، وليس شرطاً في الصحة .

ويكره : أن تكون زانية ، فان فعل فليمنعها من الفجور ، وليس شرطاً في الصحة . ويكره : أن يتمتع ببكر ليس لها أب ، فان فعل ، فلا يفتضها ، وليس بمحرَّم (١) .

فروع ثلاثة

الاول : اذا أسلم المشرك ، وعنده كتابية بالعقد المنقطع ، كان عقدها ثابتاً . وكذا لو كن اكثر . ولو سبقت هي . وقف على انقضاء العدة ، ان كان دخل بها . فان انقضت ولم يسلم ، بطل العقد . وإن لحق بها قبل العدة ، فهو أحق بها ما دام أجله باقياً فلو انقضى الأجل قبل إسلامه لم يكن له عليها سبيل .

الثاني : لو كانت غير كتابية ، فأسلم أحدهما بعد الدخول ، وقف الفسخ على انقضاء العدة ، وتَبِينُ منه بانقضاء الأجل ، أوخروج العدة . فأيهما حصل قبل إسلامه ، انفسخ به النكاح .

الثالث : إن أسلم وعنده حرة وأمة ، ثبت عقد الحرة ، ووقف عقد الأمة ، على رضاء الحرة .

---

(١) المسالك ٢ / ٢٧١ : ومما يدل على كراهة الافتضاض ، رواية أبي سعيد القماط قال : قلت لأبي عبد الله «ع» ، جارية بكر بين أبويها ، تدعوني الى نفسها ، سراً من أبويها ، أفأفعل ذلك ؟ « قال : نعم ، واتق موضع الفرج » . قال : قلت فان رضيت ؟ « قال : وان رضيت ، فانه عار على الابكار » .

وأما المهر :

فهو شرط في عقد المتعة خاصة ، يبطل بفواته العقد . ويشترط فيه أن يكون مملوكاً معلوماً ، إما بالكيل أو الوزن أو المشاهدة أو الوصف . ويتقدّر بالمراضاة ، قلّ أو كثر ، ولو كان كفّاً من بُرّ ، ويلزم دفعه بالعقد.

ولو وهبها المدة قبل الدخول ، لزمه النصف . ولو دخل ، استقرّ المهر بشرط الوفاء بالمدة . ولو اخلت ببعضها ، كان له أن يضع من المهر بنسبتها .

ولو تبين فساد العقد ، إما بأن ظهر لها زوج ، أو كانت أخت زوجته ، أو أمها ، وما شاكل ذلك من موجبات الفسخ ، ولم يكن دخل بها ، فلا مهر لها . ولو قبضته ، كان له استعادته . ولو تبيّن ذلك بعد الدخول ، كان لها ما أخذت ، وليس عليه تسليم ما بقي . ولو قيل : لها المهر إن كانت جاهلة ، ويستعاد ما أخذت ان كانت عالمة ، كان حسناً :

وأما الاجل :

فهو شرط في عقد المتعة ، ولو لم يذكره العقد دائماً : وتقدير الأجل إليها ، طال أو قصر ، كالسنة والشهر واليوم : ولابد أن يكون معيناً ، محروساً من الزيادة والنقصان . ولو اقتصر على بعض يوم جاز ، بشرط أن يقرنه بغاية معلومة ، كالزوال والغروب .

ويجوز أن يعين شهراً ، متصلاً بالعقد ، ومتأخراً عنه . ولو أطلق ، اقتضى الاتصال بالعقد . فلو تركها ، حتى انقضى قدر الأجل المسمّى ، خرجت عن عقده ، واستقر لها الأجرة . ولو قال مرة أو مرتين ، ولم يجعل ذلك مقيداً بزمان ، لم يصح وصار دائماً ، وفيه رواية دالة على الجواز ، وأنه

لا يُنظَر اليها بعد إيقاع ما شرطه ، وهي مطرحة لضعفها : ولو عقد على هذا الوجه ، انعقد دائماً ، ولو قرن ذلك بمدة ، صح متعة :

النَّظَرُ الثَّانِي

في : الاحكام *

وأما احكامه : فثمانية

« الاول » : اذا ذكر الأجل والمهر ، صح العقد : ولو أخل بالمهر مع ذكر الأجل ، بطل العقد . ولو أخل بالأجل حسب ، بطل متعة والعقد دائماً .

« الثاني » : كل شرط يشترط فيه ، فلابد أن يقرن بالايجاب والقبول ولا حكم لما يذكر قبل العقد ، ما لم يستعد فيه ، ولا لما يذكر بعده ، ولا يشترط مع ذكره في العقد إعادته بعده ، ومن الأصحاب من شرط إعادته بعد العقد ، وهو بعيد .

« الثالث » : للبالغة الرشيدة ، أن تمتّع نفسها ، وليس لوليها اعتراض ، بكراً كانت أو ثيباً ، على الاشهر .

« الرابع » : يجوز أن يشترط عليها الاتيان ، ليلاً أو نهاراً . وأن يشترط المرة أو المرات في الزمان المعين :

« الخامس » : يجوز العزل للمتمتع ، ولا يقف على إذنها ، ويلحق الولد به لو حملت وإن عزل ، لاحتمال سبق المني من غير تنبه . ولو نفاه عن نفسه ، انتفى ظاهراً ، ولم يفتقر الى اللعان :

« السادس » : لا يقع بها طلاق ، وتبين بانقضاء المدة ، ولا يقع بها إيلاء ولا لِعان ، على الأظهر ، وفي الظهار تردد ، أظهره أنه يقع .

« السابع » : لايثبت بهذا العقد ميراث بين الزوجين ، شَرَطَا سقوطه أو أطلقا . ولو شرطا التوارث أو شرط أحدهما ، قيل يلزم عملاً بالشرط ، وقيل : لا يلزم ، لانه لا يثبت إلا شرعاً فيكون اشتراطاً لغير وارث ، كما لو شرط للأجنبي ، والاول أشهر .

« الثامن » : إذا انقضى أجلها بعد الدخول ، فعدتها حيضتان : وروي حيضة ، وهو متروك . وان كانت لا تحيض ولم تيئس ، فخمسة وأربعون يوماً . وتعتد من الوفاة ، ولو لم يدخل بها ، بأربعة أشهر وعشرة أيام إن كانت حائلاً ، وبأبعد الأجلين إن كانت حاملاً على الاصح : ولو كانت أمة ، كانت عدتها حائلاً ، شهرين وخمسة أيام :

القسم الثالث

فى

نكاح الاماء

وهو اما :

بالملك

أو العقد

الأوّل

في : العقد .

والعقد ، ضربان : دائم ومنقطع .

وقد مضى ذكر كثير من أحكامها .

وتلحق هنا مسائل :

« الأولى » : لا يجوز للعبد ولا للأمة ، أن يعقدا لانفسهما نكاحاً ، إلا باذن المالك . فان عقد أحدهما من غير اذن ، وقف على اجازة المالك وقيل : بل يكون إجازة المالك كالعقد المستأنف ، وقيل : يبطل فيهما وتُلغَى الإجازة ، وفيه قول رابع : مضمونه اختصاص الاجازة بعقد العبد دون الامة ، والأول أظهر . ولو أذن المولى صح ، وعليه مهر مملوكه ونفقة زوجته ، وله مهر أمته . وكذا لو كان كل واحد منهما لمالك أو أكثر ، فاذنُ بعضهم لم يمض الا برضا الباقين ، أو اجازتهم بعد العقد ، على الأشبه .

« الثانية » : اذا كان الأبوان رِقّاً ، كان الولد كذلك . فان كانا لمالك واحد ، فالولد له . وإن كانا لإثنين ، كان الولد بينهما نصفين . ولو اشترطه لأحدهما ، أو اشترط زيادة عن نصيبه ، لزم الشرط . ولو كان أحد الزوجين حراً ، لحق الولدُ به ، سواء كان الحر هو الأب أو الأم الا ان يشترط المولى رق الولد . فان شرط ، لزم الشرط ، على قول مشهور(١).

---

(١) ش ٢ / ١٨٧ / ه : لانه شرط لا ينافي النكـاح ، وعموم قوله « ص » « المسلمون عند شروطهم » يتناوله « ع ل » .

« الثالثة » : اذا تزوج الحر أمةً من غير إذن المالك ، ثم وطأها قبل الرضا ، عالماً بالتحريم ، كان زانياً ، وعليه الحد ، ولا مهر إن كانت عالمةً مطاوعةً . ولو أتت بولد ، كان رقـا لمولاها . وان كان الزوج جاهلاً ، أو كان هناك شبهةً ، فلا حدّ ووجب المهر ، وكان الولد حراً لكن يلزمه قيمته - يوم سقط حياً - لمولى الأمة . وكذا لو عقد عليها ، لدعواها الحرية لزمه المهر ، وقيل : عُشْر قيمتها ان كانت بكراً ، ونصف العشر ان كانت ثيِّباً وهو المروي . ولو كان دفع اليها مهراً ، استعاد ما وجد منه (١) وكان ولدها منه رقاً . وعلى الزوج أن يفكّهم بالقيمة ، ويلزم المولى دفعهم اليه . ولو لم يكن له مال ، سعى في قيمتهم .

ولو أبى السعي ، فهل يجب ان يفديهم الامام ؟ قيل : نعم ، تعويلاً على رواية فيها ضعف ، وقيل : لا يجب ، لان القيمة لازمة للأب لانه سبب الحيلولة .

ولو قيل : بوجوب الفدية على الإمـام ، فمن أي شيء يفديهم ؟ قيل : من سهم الرقاب ، ومنهم من أطلق .

« الرابعة » : إذا زوج المولى عبدَه أمتَه ، هل يجب أن يعطيهـا المولى شيئاً من ماله ؟ قيل : نعم ، والاستحباب أشبه . ولو مات ، كان الخيار للورثة في إمضاء العقد وفسخه ، ولا خيار للأمة .

« الخامسة » : اذا تزوج العبد بحرّة ، مع العلم بعدم الإذن ، لم يكن لها مهر ولا نفقة ، مع علمها بالتحريم ، وكان أولادها منه رقّـاً . ولو كانت جاهلة كانوا احراراً ، ولا يجب عليها قيمتهم ، وكان مهرها لازماً لذمة العبد إن دخل بها ، ويُتبع به إذا تحرر .

« السادسة » : اذا تزوج عبد ، بأمةٍ لغير مولاه ، فان أذن المولیان

---

(١) ش ٢ / ١٨٧ / هـ : لانه باق على ملكه « ع ل » .

فالولد لهما وكذا لو لم يأذنا . ولو أذن أحدهما ، كان الولد لمن لم يأذن ولو زنى بأمة غير مولاه ، كان الولد لمولى الامة .

« السابعة » : اذا تزوج أمةً بين شريكين ، ثم اشترى حصة أحدهما بطل العقد ، وحرم عليه وطؤها . ولو أمضى الشريك الاخر العقد بعد الابتياع ، لم يصح ، وقيل : يجوز له وطؤها بذلك ، وهو ضعيف . ولو حللها له ، قيل : تحل وهو مروي ، وقيل : لا ، لان سبب الاستباحة لا يتبعّض . وكذا لو ملك نصفها ، وكان الباقي حراً ، لم يجز له وطؤها بالملك ، ولا بالعقد الدائم . فان هاياها على الزمان ، قيل : يجوز ان يعقد عليها متعة ، في الزمان المختص بها ، وهو مروي ، وفيه تردد لما ذكرناه من العلة .

ومن اللواحق

الكلام في الطواريء

وهي ثلاثة : العتق ، والبيع ، والطلاق

أما العتق :

فان أُعتِقت المملوكة ، كان لها فسخ نكاحها ، سواء كانت تحت حر أو عبد ، ومن الأصحاب من فرّق ، وهو أشبه . والخيار فيه على الفور .

ولو أُعتِقَ العبد ، لم يكن له خيار ، ولا لمولاه ، ولا لزوجته حرةً كانت أو أمةً ، لأنها رضيته عبداً .

ولو زوج عبده أمته ، ثم أعتق الأمة أو أعتقها ، كان لها الخيار ؛ وكذا لو كانا لمالكين ، فأُعتِقا دفعةً .

ويجوز أن يجعل عتق الأمة صداقها ، ويثبت عقده عليها ، بشرط تقديم لفظ العقد على العتق ، بأن يقول لها تزوجتكِ وأعتقتكِ ، وجعلت عتقك مهرك ، لأنه لو سبق بالعتق ، كان لها الخيار في القبول والامتناع وقيل : لا يشترط ، لأن الكلام المتصل كالجملة الواحدة وهو حسن ، وقيل : يشترط تقديم العتق ، لأن بضع الأمة مباح لمالكها ، فلا يستباح بالعقد مع تحقق الملك ، والاول أشهر :

وأم الولد لا تنعتق ، إلا بعد وفاة مولاها ، من نصيب ولدها . ولو عجز النصيب ، سعت في المتخلّف . ولا يلزم على ولدها السعي فيه وقيل : يلزم ، والاول أشبه . ولو مات ولدها وأبوه حي ، جاز بيعها وعادت الى محض الرق . ويجوز بيعها مع وجود ولدها في ثمن رقبتها ، اذا لم يكن لمولاها غيرها . وقيل : يجوز بيعها بعد وفاته في ديونه ، وإن لم يكن ثمناً لها ، اذا كانت الديون محيطة بتركته ، بحيث لا يفضل عن الديون شيء أصلاً ، ولو كان ثمنها ديناً ، فتزوجها المالك وجعل عتقها مهرها ، ثم أولدها وأفلس بثمنها ومات ، بيعت في الدين . وهل يعود ولدها رقاً ، قيل : نعم لرواية هشام بن سالم ، والاشبه أنه لا يبطل العتق ولا النكاح ، ولا يرجع الولد رقاً ، لتحقق الحرية فيهما .

وأما البيع :

فاذا باع المالك الامة ، كان ذلك كالطلاق ، والمشتري بالخيار بين امضاء العقد وفسخه ، وخياره على الفور . فاذا علم ولم يفسخ ، لزم العقد .

وكذا حكم العبد اذا كان تحته امة . ولو كان تحته حرة فبيع ، كان للمشتري الخيار ، على رواية فيها ضعف . ولو كانا لمالكٍ ، فباعهما لإثنين ، كان الخيار لكل واحد من المبتاعين . وكذا لو اشتراهما واحد .

وكذا لو باع احدهما ، كان الخيار للمشتري وللبائع ، ولا يثبت عقدهما الا برضا المتبايعين . ولو حصل بينهما أولاد ، كانوا لموالي الابوين .

مسائل ثلاث

« الاولى » : اذا زوّج امته ، مَلَكَ المهر لثبوته في ملكه . فان باعها قبل الدخول ، سقط المهر ، لانفساخ العقد الذي ثبت المهر باعتباره . فان أجاز المشتري ، كان المهر له ، لان اجازته كالعقد المستأنف . ولو باعها بعد الدخول ، كان المهر للأول ، سواء اجاز الثاني او فسخ ، لاستقراره في ملك الاول ، وفيها اقوال مختلفة والمحصل ما ذكرناه .

« الثانية » : لو زوّج عبده بحرة ، ثم باعه قبل الدخول ، قيل : كان للمشتري الفسخ ، وعلى المولى نصف المهر ، ومن الاصحاب من أنكر الامرين .

« الثالثة » : لو باع أمته وادّعى إن حملها منه ، وانكر المشتري ، لم يقبل قوله في إفساد البيع ، ويقبل في التحاق الولد ، لانه إقرار لا يتضرر به الغير ، وفيه تردد .

وأما الطلاق :

فاذا تزوج العبد باذن مولاه حرة ، أو أمةً لغيره ، لم يكن له إجباره على الطلاق ولا منعه .

ولو زوجه امته ، كان عقداً صحيحاً لا إباحة ، وكان الطلاق بيد المولى . وله ان يفرّق بينهما بغير لفظ الطلاق ، مثل أن يقول : فسخت عقدكما ، أو يأمر احدهما باعتزال صاحبه .

وهل يكون هذا اللفظ طلاقاً ؟ قيل : نعم ، حتى لو كرره مرتين

وبينهما رجعة ، حرمت عليه ، حتى تنكح زوجاً غيره ، وقيل : بل يكون فسخاً وهو أشبه .

ولو طلقها الزوج ثم باعها المالك ، أتمت العدة . وهل يجب ان يستبرئها المشتري بزيادة عن العدة ؟ قيل : نعم ، لانهما حكمان وتداخلهما على خلاف الاصل ، وقيل : ليس عليه استبراؤها ، لانها مستبرأة ، وهو اصح .

الثاني

في : الملك

وأما الملك فنوعان :

الاول : ملك الرقبة

يجوز ان يطأ الانسان بملك الرقبة ، ما زاد عن أربع من غير حصر وأن يجمع في الملك بين المرأة وأمها ، لكن متى وطأ واحدة ، حرمت عليه الاخرى عيناً ، وأن يجمع بينها وبين اختها بالملك .

ولو وطأ واحدةً ، حرمت الاخرى جمعاً . فلو أخرج الاولى عن ملكه ، حلّت له الثانية .

ويجوز أن يملك موطوءة الاب ، كما يجوز للأب ان يملك موطوءة ابنه ؛ ويحرم على كل واحد منهما ، وطء من وطأها الآخر عيناً .

ويحرم على المالك وطء مملوكته اذا زوّجها ، حتى تحصل الفُرقة ،

وتنقضي عدّتُها ، إن كانت ذات عدة . وليس للمولى فسخ العقد ، الا أن يبيعها ، فيكون للمشتري الخيار . وكذا : لا يجوز له النظر منها ، الى ما لا يجوز لغير المالك .

ولا يجوز له وطء أمة ، مشتركة بينه وبين غيره بالملك . ولا يجوز للمشتري وطء الامة ، الا بعد استبرائها . ولو كان لهـا زوج ، فأجاز نكاحه ، لم يكن له بعد ذلك فسخ . وكذا لو علم فلم يعترض ، الا ان تُفارِق الزوج ، وتعتدّ منه ، اذا كانت من ذوات العدة . ولو لم يجز نكاحه ، لم يكن عليها عدة ، وكفاه الاستبراء في جواز الوطء .

ويجوز : ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب ، وكذا بناتهم ، وما يسبيه أهل الضلال منهم .

تتمّة

وتشتمل على مسألتين

« الاولى » : كل من ملك أمة ، بوجه من وجوه التمليك ، حرم عليه وطؤها حتى يستبرئها بحيضة . فان تأخرت الحيضة ، وكانت في سن من تحيض ، اعتدت بخمسة وأربعين يوماً .

ويسقط ذلك : إذا ملكها حائضاً ، إلا مدةَ حيضها . وكذا إن كانت لعدلٍ ، وأخبر باستبرائها . وكذا لإمرأةٍ ، أو يائسةٍ . ، أو حاملاً على كراهية .

« الثانية » : اذا ملك أمة فأعتقها ، كان له العقـد عليها ، ووطئها من غير استبراء ، والاستبراء أفضل . ولو كان وطأها وأعتقها ، لم يكن لغيره

العقد عليها ، إلا بعد العدة ، وهي ثلاثة أشهر ، إن لم تسبق الأطهار .

الثاني : ملك المنفعة

والنظر في : الصيغة ، والحكم

أما الصيغة :

فأن يقول : أحللت لك وطأها ، أو جعلتك في حلٍّ من وطئها .

ولا يستباح بلفظ العارية ، وهل يستباح بلفظ الإباحة ؟ فيه خلاف أظهره الجواز : ولو قال : وهبتك وطأها ، أو سوّغتك ، أو ملّكتك ، فمن أجاز الإباحة يلزمه الجواز هنا ، ومن اقتصر على التحليل مُنع :

وهل هو عقد أو تمليك منفعة ؟ فيه خلاف بين الأصحاب ، منشأه عصمة الفرج عن الاستمتاع ، بغير العقد أو الملك ، ولعل الأقرب هو الأخير :

وفي تحليل أمته لمملوكه روايتان ، أحدهما المنع ، ويؤيدها أنه نوع من تمليك ، والعبد بعيد عن التملك . والأخرى الجواز ، إذا عين له الموطوءة ، ويؤيدها أنه نوع من إباحة ، وللمملوك أهلية الاباحة ، والأخير أشبه : ويجوز تحليل المدبّرة وام الولد . ولو ملك بعضها ، فأحلته نفسها لم تحل : ولو كانت مشتركة ، فأحله الشريك ، قيل : تحل ، والفرق انه ليس للمرأة أن تُحِلّ نفسها .

وأما الحكم : فمسائل

« الاولى » : يجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ ، وما شهد الحال بدخوله تحته . فلو أحلّ له التقبيل اقتصر عليه . وكذا لو أحل له اللمس

فلا يستبيح الوطء . ولو أحل له الوطء ، أحل له ما دونه من ضروب الاستمتاع . ولو أحل له الخدمة ، لم يطأها . وكذا لو أحل له الوطء ، لم تستخدم . ولو وطئ مع عدم الاذن ، كان عاصيـاً ، ولزمه عوض البضع ، وكان الولد رقاً لمولاها :

« الثانية » : ولد المحلَّلة حر ، ثم إن شرط الحرية مع لفظ الاباحة فالولد حر ، ولا سبيل على الأب . وإن لم يشترط ، قيل : يجب على الأب فكه بالقيمة ، وقيل : لا يجب ، وهو أصح الروايتين .

« الثالثة » : لا بأس أن يطأ الأمة وفي البيت غيره . وأن ينام بين أمتين . ويكره ذلك في الحرة . ويكره وطء الفاجرة ، ومَنْ وُلِدَت من الزنى .

ويلحق بالنكاح

النظر في امور خمسة

الأوّل

ما يرد به النكاح

وهو يستدعي بيان ثلاثة مقاصد :

الاول في العيوب

وهي إما في الرجل ، وإما في المرأة ، فعيوب الرجل ثلاثة : الجنون والخِصاء ، والعنن .

فالجنون : سبب لتسليط الزوجة على الفسخ ، دائماً كان أو أدواراً وكذا المتجدد بعد العقد وقبل الوطء ، او بعد العقد والوطء . وقد يشترط في المتجدد ، أن لا يعقِلَ اوقاتَ الصلاة ، وهو في موضع التردد .

والخصاء : وهو سل الانثيين ، وفي معناه الوجاء . وإنما يفسخ به مع سبقه على العقد . وقيل : وإن تجدد بعد العقد ،وليس بمعتمد .

والعنن : مرض يضعف معه القوة عن نشر العضو ، بحيث يعجز

عن الايلاج ، ويفسخ به ، وإن تجدد بعد العقد ، لكن بشرط أن لا يطأ زوجته ولا غيرها . فلو وطأها ولو مرة ، ثم عنّ أو أمكنه وطء غيرها مع عننه عنها ، لم يثبت لها الخيار ، على الأظهر .

وكذا لو وطأها دبراً وعنّ قبلاً ، وهل يفسخ بالجب ؟ فيه تردد ، منشأوه التمسك بمقتضى العقد . والأشبه تسليطها به ، لتحقق العجز عن الوطء ، بشرط ان لا يبقى له ما يمكن معه الوطء ، ولو قدر الحشفة :

ولو حدث الجب لم يفسخ به ، وفيه قول آخر : ولو بان خنثى ، لم يكن لها الفسخ ، وقيل : لها ذلك ، وهو تحكم مع إمكان الوطء : ولا يرد الرجل بعيب غير ذلك .

وعيوب المرأة سبعة : الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعرج والعمى .

أما الجنون : فهو فساد العقل ، فلا يثبت الخيار مع السهو السريع زواله ، ولا مع الاغماء العارض مع غلبة المرة ، وانما يثبت الخيار فيه مع استقراره .

وأما الجذام : فهو الذي يظهر معه يبس الأعضاء ، وتناثر اللحم . ولا تجزي قوة الاحتراق ، ولا تعجّر الوجه ، ولا استدارة العين :

وأما البرص : فهو البياض الذي يظهر على صفحة البدن لغلبة البلغم ولا يقضي بالتسلط مع الاشتباه (١) .

وأما القرن : فقد قيل : هو العَفَل ، وقيل : هو عَظْم ينبت في

---

(١) المسالك ٢ / ٢٩٠ - ٢٩١ : فانه قد يشتبه بالبهق ، لانه يشبهه في القسمين والسببين ، والفرق بينهما ان البرص قد يكون غائصاً في الجلد واللحم ، والبهق يكون في سطح الجلد خاصة ، ليس له غور . وقد يتميزان بان يغرز فيه الابرة ، فان خرج منه دم فهو بهق ، وإن خرج منه رطوبة بيضاء فهو برص .

الرحم يمنع الوطء ، والاول اشبه . فان لم يمنع الوطء ، قيل : لا يفسخ به لامكان الاستمتاع ، ولو قيل بالفسخ تمسكاً بظاهر النقل أمكن .

وأما الافضاء : فهو تصيير المسلكين واحداً .

وأما العرج : ففيه تردد ، أظهره دخوله في أسباب الفسخ ، إذا بلغ الاقعاد .

وقيل : الرتق أحد العيوب ، المسلطة على الفسخ ، وربما كان صواباً إن منع من الوطء أصلاً ، لفوات الاستمتاع ، إذا لم يمكن إزالته ، أو أمكن وامتنعت من علاجه .

ولا ترد المرأة بعيب غير هذه السبعة .

المقصد الثاني : في أحكام العيوب

وفيه مسائل :

« الاولى » : العيوب الحادثة للمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ ، وما يتجدد بعد العقد . والوطء لا يفسخ به . وفي المتجدد بعد العقد وقبل الدخول ، تردد ، أظهره أنه لا يبيح الفسخ ، تمسكاً بمقتضى العقد السليم عن معارض .

« الثانية » : خيار الفسخ على الفور ، فلو علم الرجل أو المرأة بالعيب فلم يبادر بالفسخ ، لزم العقد . وكذا الخيار مع التدليس .

« الثالثة » : الفسخ بالعيب ليس بطلاق ، فلا يطرد معه تنصيف المهر ولا يعد في الثلث .

« الرابعة » : يجوز للرجل الفسخ من دون إذن الحاكم ، وكذا المرأة : نعم ، مع ثبوت العنن ، يفتقر الى الحاكم ، لضرب الأجل . ولها التفرد بالفسخ ، عند انقضائه ، وتعذر الوطء .

« الخامسة » : إذا اختلفا في العيب، فالقول قول منكره ، مع عدم البينة.

« السادسة » : إذا فسخ الزوج بأحد العيوب ، فان كان قبل الدخول فلا مهر ، وان كان بعده فلها المسمّى ، لأنه ثبت بالوطء ثبوتاً مستقراً فلا يسقط بالفسخ . وله الرجوع به على المدلِّس . وكذا لوفسخت قبل الدخول ، فلا مهر ، إلا في العنن . ولو كان بعده ، كان لها المسمى . وكذا لو كان بالخصاء بعد الدخول ، فلها المهر كاملاً ، إن حصل الوطء .

« السابعة » : لا يثبت العنن ، إلا باقرار الزوج ، أو البينة ، أو نكوله . ولو لم يكن ذلك ، وادعت عننه فأنكر ، فالقول قوله مع يمينه . وقيل : يُقام في الماء البارد ، فان تقلص حكم بقوله ، وان بقي مسترخياً حكم لها ، وليس بشيء . ولو ثبت العنن ، ثم ادعى الوطء ، فالقول قوله مع يمينه . وقيل : ان ادعى الوطء قبلاً ، وكانت بكراً ، نظر اليها النساء فان كانت ثيباً ، حُشِيَ قبلُها خلوقاً ، فان ظهر على العضو صُدِّقَ ، وهو شاذ . ولو ادعى أنه وطئ غيرها ، أو وطأها دبراً ، كان القول قوله مع يمينه ، ويحكم عليه ان نكل . وقيل : بل يرد اليمين عليها ، وهو مبني على القضاء بالنكول .

« الثامنة » : اذا ثبت العنن ، فان صبرت فلا كلام ، وان رفعت امرها الى الحاكم ، أجّلها سنة من حين الترافع . فان واقعها أو واقع غيرها فلا خيار . وإلا كان لها الفسخ ، ونصف المهر .

المقصد الثالث : في التدليس

وفيه مسائل :

« الاولى » : اذا تزوج امرأة على أنها حرة ، فبانت أمة ، كان له

الفسخ ، ولو دخل بها . وقيل : العقد باطل ، والأول أظهر . ولا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول ، ولها المهر بعده ، وقيل : لمولاه العشر أو نصف العشر ، ويبطل المسمّى ، والأول أشبه . ويرجع بما اغترمه من عوض البضع على المدلِّس . ولو كان مولاها دلّسها ، قيل : يصح ، وتكون حرة بظاهر اقراره . ولو لم يكن تلفظ ، بما يقتضي العتق لم تعتق ولم يكن لها مهر . ولو دلّست نفسها ، كان عوض البضع لمولاها ، ويرجع الزوج به عليها اذا اعتقت . ولو كان دفع اليها المهر ، استعاد ما وجد منه ، وما تلف منه يتبعها عند حريتها .

« الثانية » : اذا تزوجت المرأة برجل ، على أنه حر ، فبان مملوكاً كان لها الفسخ ، قبل الدخول وبعده ، ولا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول ولها المهر بعده .

« الثالثة » : قيل : اذا عقد على بنت رجل ، على أنها بنت مهيرة فبانت بنت أمة ، كان له الفسخ ، والوجه ثبوت الخيار مع الشرط ، الا مع اطلاق العقد . فان فسخ قبل الدخول فلا مهر . ولو فسخ بعده ، كان لها المهر ، ويرجع به على المدلِّس أباً كان أو غيره .

« الرابعة » : لو زوجه بنته من مهيرة ، وأدخل عليه بنته من الأمة فعليه ردها ، ولها مهر المثل ان دخل بها ، ويرجع به على من ساقها اليه وترد عليه التي تزوجها . وكذا كل من ادخل عليه غير زوجته فظنها زوجته ، سواء كانت أخفض أو أرفع .

« الخامسة » : اذا تزوج امرأة ، وشرط كونها بكراً ، فوجدها ثيباً لم يكن له الفسخ ، لامكان تجدده بسبب خفي . وكان له أن ينقص من مهرها ، ما بين مهر البكر والثيب ، ويُرجَع فيه إلى العادة . وقيل : يُنقِص السدس ، وهو غلط .

« السادسة » : اذا استمتع امرأةً ، فبانت كتابيةً ، لم يكن له الفسخ من دون هبة المدة ، ولا له اسقاط شيء من المهر . وكذا لو تزوجها دائماً على أحد القولين . نعم ، لو شرط إسلامها ، كان له الفسخ ، اذا وجدها على خلافه .

« السابعة » : اذا تزوج رجلان بامرأتين ، وأُدخلت امرأة كل واحد منهما على الآخر فوطأها ، فلكل واحدة منهما على واطئها مهر المثل ، وتُرَدُّ كل واحدة على زوجها ، وعليه مهرها المسمّى . وليس له وطؤها حتى تنقضي عدتها من وطء الأول . ولو ماتتا في العدة ، أو مات الزوجان ورّث كل واحد منهما زوجةَ نفسه وورثته .

« الثامنة » : كل موضع حكمنا فيه ببطلان العقد ، فللزوجة مع الوطء مهرُ المثل لا المسمّى . وكذا كل موضع حكمنا فيه بصحة العقد ، فلها مع الوطء المسمّى وإن لحقه الفسخ . وقيل : إن كان الفسخ بعيب سابق على الوطء ، لزمه مهر المثل ، سواء كان حدوثه قبل العقد أو بعده والاول أشبه .

النَّظَرُ الثَّانِي

في : المهور

وفيه اطراف :

الاول في المهر الصحيح

وهو كل ما يصح أن يملك ، عيناً كان أو منفعةً . ويصح العقد على

منفعة الحر ، كتعليم الصنعة ، والسورة من القرآن ، وكل عمل محلل ، وعلى اجارة الزوج نفسه مدة معينة . وقيل بالمنع : استناداً الى رواية ، لا تخلو من ضعف ، مع قصورها عن إفادة المنع . ولو عقد الذميان ، على خمر أو خنزير صح ، لأنهما يملكانه . ولو أسلما ، أو اسلم احدهما قبل القبض دفع القيمة لخروجه عن ملك المسلم ، سواء كان عيناً أو مضموناً .

ولو كانا مسلمين ، أو كان الزوج مسلماً ، قيل : يبطل العقد ، وقيل : يصح ، ويثبت لها مع الدخول مهر المثل ، وقيل : بل قيمة الخمر ، والثاني اشبه .

ولا تقدير في المهر ، بل ما تراضى عليه الزوجان وان قلّ ، ما لم يقصر عن التقويم ، كحبة من حنطة . وكذا لا حد له في الكثرة ، وقيل : بالمنع من الزيادة عن مهر السنة . ولو زاد ، رُدّ اليها ، وليس بمعتمد .

ويكفي في المهر ، مشاهدته إن كان حاضراً . ولو جهل وزنه أو كيله ، كالصبرة من الطعام . والقطعة من الذهب . ويجوز أن يتزوج امرأتين أو اكثر ، بمهر واحد ، ويكون المهر بينهن بالسوية . وقيل : يقسط على مهور امثالهن ، وهو أشبه .

ولو تزوجها على خادم ، غير مشاهد ولا موصوف ، قيل : كان لها خادم وسط . وكذا لو تزوجها على بيت مطلقاً ، إستناداً الى رواية علي ابن ابي حمزة ، أو دارٍ على رواية ابن ابي عمير ، عن بعض اصحابنا ، عن ابي الحسن عليه السلام .

ولو تزوجها على كتاب الله ، وسنة نبيه صلى الله عليه وآله ، ولم يسمِّ لها مهراً ، كان مهرها خمس مئة درهم .

ولو سمّى للمرأة مهراً ، ولأبيها شيئاً معيناً ، لزم ما سمّى لها وسقط ما سماه لابيها . ولو أمهرها مهراً ، وشرط أن تعطي اباها منه شيئاً معيناً

قيل : يصح المهر ويلزم الشرط ، بخلاف الاول .

ولابد من تعيين المهر بما يرفع الجهالة ، فلو أصدقهـا تعليم سورة وجب تعيينها ، ولو أبهم فسد المهر ، وكان لها مع الدخول مهر المثل ، وهل يجب تعيين الحرف ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، ويلقنها الجائز ، وهو أشبه . ولو امرته بتلقين غيرها لم يلزمه ، لان الشرط لم يتناولها .

ولو أصدقها تعليم صنعة لا يحسنها ، أو تعليم سورة جاز ، لانه ثابت في الذمة . ولو تعذر التوصل ، كان عليه اجرة التعليم .

ولو أصدقها ظرفاً على أنه خل ، فبان خمراً ، قيل : كان لها قيمة الخمر عند مستحلّيه ، ولو قيل : كان لها مثل الخل كان حسناً . وكذا لو تزوجها على عبد ، فبان حراً او مستحقاً .

واذا تزوجها بمهر سراً ، وبآخر جهراً ، كان لها الاول .

والمهر مضمون على الزوج ، فلو تلف قبل تسليمه ، كان ضامناً له بقيمته وقت تلفه ، على قول مشهور لنا . ولو وجدت به عيباً ، كان لها رده بالعيب . ولو عاب بعد العقد ، قيل : كانت بالخيار في أخذه أو اخذ القيمة . ولو قيل : ليس لها القيمة ، ولها عينه وإرشه (١) ، كان حسناً . ولها ان تمنع من تسليم نفسها ، حتى تقبض مهرها ، سواء كان الزوج موسراً او معسراً . وهل لها ذلك بعد الدخـول ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الاشبه ، لان الاستمتاع حقٌ لزمَ بالعقد .

ويستحب : تقليل المهر .

ويكره : ان يتجاوز السُنَّة ، وهو خمسمائة درهم . وأن يدخل بالزوجة ، حتى يقدم مهرها ، أو شيئاً منه ، أو غيره ، ولو هدية .

---

(١) المسالك ٢ / ٣٠١ : لان العقد انما وقع على التسليم ، فاذا لم تجده كذلك ، اخذت عوض الفايتة ، وهو الارش .

الطرف الثاني : في التفويض

وهو قسمان : تفويض البضع ، وتفويض المهر .

أما الأول :

فهو ان لا يذكر في العقد مهراً أصلاً ، مثل أن يقول : زوجتك فلانة ، أو تقول هي : زوجتك نفسي ، فيقول : قبلت .

وفيه مسائل :

« الاولى » : ذكر المهر ليس شرطاً في العقد ، فلو تزوجها ولم يذكر مهراً ، أو شرط أن لا مهر ، صح العقد . فان طلّقها قبل الدخول فلها المتعة ، حرةً كانت أو مملوكةً ، ولا مهر . وان طلقها بعد الدخول فلها مهر أمثالها ولا متعة . فان مات احدهما قبل الدخول وقبل الفرض فلا مهر لها ولا متعة ، ولا يجب مهر المثل بالعقد ، وانما يجب بالدخول.

« الثانية » : المعتبر في مهر المثل ، حال المرأة في الشرف والجمال وعادة نسائها ، ما لم يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم . والمعتبر في المتعة حال الزوج ، فالغني يتمتع بالدابة ، أو الثوب المرتفع ، أو عشرة دنانير : والمتوسط بخمسة دنانير ، أو الثوب المتوسط . والفقير بالدينار ، أو الخاتم وما شاكله . ولا تستحق المتعة ، إلا المطلّقة التي لم يفرض لها مهر ، ولم يدخل بها .

« الثالثة » : لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز ، لان الحق لهما سواء كان بقدر مهر المثل أو أزيد أو أقل ، وسواء كانا عالمين أو جاهلين أو كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً ، لأن فرض المهر اليهما ابتداءً ، فجاز انتهاءً .

« الرابعة » : لو تزوج المملوكة ثم اشتراها ، فسد النكاح ، ولا مهر لها ولا متعة .

« الخامسة » : يتحقق التفويض في البالغة الرشيدة ، ولا يتحقق في الصغيرة ، ولا في الكبيرة السفيهة . ولو زوجها الولي بدون مهر المثل ، أو لم يذكر مهراً صح العقد ، وثبت لها مهر المثل بنفس العقد ، وفيه تردد ، منشأه أن الولي ، له نظر المصلحة ، فيصح التفويض وثوقاً بنظره ، وهو أشبه. وعلى التقدير الاول ، لو طلقها قبل الدخول ، كان لها نصف مهر المثل وعلى ما اخترناه لها المتعة . ويجوز ان يزوج المولى أمته مفوضة ، لاختصاصه بالمهر .

« السادسة » : إذا زوجها مولاها مفوضة ثم باعها ، كان فرض المهر ، بين الزوج والمولى الثاني ، إن أجاز النكاح ، ويكون المهر له دون الاول . ولو أعتقها الاول قبل الدخول ، فرضيت بالعقد ، كان المهر لها خاصة .

وأما الثاني : وهو تفويض المهر

فهو أن يذكر على الجملة ، ويُفوّض تقديره الى أحد الزوجين . فاذا كان الحاكم هو الزوج ، لم يتقدر في طرف الكثرة ولا القلة ، وجاز أن يحكم بما شاء . ولو كان الحكم اليها ، لم يتقدر في طرف القلة ، ويتقدر في طرف الكثرة ، إذ لا يمضي حكمها فيما زاد عن مهر السنة ، وهو خمسمائة درهم . ولو طلقها قبل الدخول وقبل الحكم ، ألزم من اليه الحكم أن يحكم ، وكان لها النصف ، ولو كانت هي الحاكمة . فلها النصف ما لم تزد في الحكم عن مهر السنة . ولو مات الحاكم ، قبل الحكم وقبل الدخول ، قيل : يسقط المهر ولها المتعة ، وقيل : ليس لها أحدهما ، والاول مروي .

الطرف الثالث : في الاحكام

وفيه مسائل :

« الاولى » : اذا دخل الزوج قبل تسليم المهر ، كان ديناً عليه ، ولم يسقط بالدخول ، سواء طالت مدتها أو قصرت ، طالبت به أو لم تطالب ، وفيه رواية أخرى مهجورة (١) . والدخول الموجب للمهر ، هو الوطء قبلاً أو دبراً . ولا يجب بالخلوة ، وقيل : يجب ، والأول أظهر .

« الثانية » : قيل إذا لم يسمِّ لها مهراً ، وقدَّم لها شيئاً ثم دخل كان ذلك مهرها . ولم يكن لها مطالبته بعد الدخول ، إلا أن تشارطه قبل الدخول ، على أن المهر غيره ، وهو تعويل على [تأويل](٢) رواية واستناد الى قول مشهور .

« الثالثة » : اذا طلق قبل الدخول ، كان عليه نصف المهر . ولو كان دفعه ، استعاد نصفه إن كان باقياً ، أو نصف مثله إن كان تالفاً . ولو لم يكن له مثل ، فنصف قيمته . ولو اختلفت قيمته في وقت العقد ووقت القبض ، لزمها أقل الامرين . ولو نقصت عينه أو صفته ، مثل عور الدابة أو نسيان الصنعة ، قيل : كان له نصف القيمة سليماً . ولا يجبر على أخذ نصف العين ، وفيه تردد .

وأما لو نقصت قيمته لتفاوت السعر ، كان له نصف العين قطعاً . وكذا لو زادت قيمته لتزايد السوق ، إذ لا نظر الى القيمة مع بقاء العين . ولو زاد بِكِبَرٍ أو سمن ، كان له نصف قيمته من دون الزيادة . ولا تجبر المرأة على دفع العين ، على الاظهر . ولو حصل له نماء كالولد واللبن ،

---

(١) ش ٢ / ١٩٤ / ه : مضمون الرواية ، انه إذا مضى عليها عشر سنين ، بغير مطالبة ، فلا مطالبة لها . . . « ع ل » .

(٢) هذه الزيادة وردت في الخطية المعتمدة .

كان للزوجة خاصة ، وله نصف ما وقع عليه العقد . ولو أصدقها حيواناً حاملاً ، كان له النصف منهما . ولو أصدقها تعليم صناعة ، ثم طلّقها قبل الدخول ، كان لها نصف أجرة تعليمها . ولو كان علمها قبل الطلاق رجع بنصف الأجرة . ولو كان تعليم سورة ، قيل : يعلمها النصف من وراء الحجاب ، وفيه تردد .

« الرابعة » : لو أبرأته من الصداق ، ثم طلّقها قبل الدخول ، رجع بنصفه : وكذا لو خالعها به (١) أجمع .

« الخامسة » : اذا أعطاها عوضاً عن المهر ، عبداً آبقاً وشيئاً آخر ثم طلقها قبل الدخول ، كان له الرجوع بنصف المسمى دون العوض : وكذا لو أعطاها متاعاً أو عقاراً ، فليس له إلا نصف ما سمّاه :

« السادسة » : اذا أمهرها مدبّرة ، ثم طلقها ، صارت بينهما نصفين فاذا مات تحررت : وقيل : بل يبطل التدبير بجعلها مهراً ، كما لو كانت موصى بها ، وهو أشبه :

« السابعة » : اذا شرط في العقد ما يخالف المشروع ، مثل أن لا يتزوج عليها ، أو لا يتسرّى ، بطل الشرط ، وصح العقد والمهر . وكذا لو شرط تسليم المهر في أجل - فان لم يسلمه كان العقد باطلاً - لزم العقد والمهر وبطل الشرط . وكذا لو شرط أن لا يفتضّها لزم الشرط . ولو أذنت بعد ذلك جاز ، عملاً باطلاق الرواية . وقيل : يختص لزوم هذا الشرط بالنكاح المنقطع ، وهو تحكم .

« الثامنة » : اذا شرط أن لايخرجها من بلدها ، قيل : يلزم ، وهو المروي . ولو شرط لها مهراً ، إن أخرجها الى بلاده ، وأقل منه ان لم تخرج معه ، فأخرجها الى بلد الشرك ، لم يجب اجابته ولها الزائد : وإن

---

(١) مرجع الضمير : الصداق .

أخرجها الى بلد الإسلام ، كان الشرط لازماً ، وفيه تردد .

« التاسعة » : لو طلقها بائناً ، ثم تزوجها في عدته ، ثم طلقها قبل الدخول ، كان لها نصف المهر .

« العاشرة » : لو وهبته نصف مهرها متاعاً ، ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي ولم يرجع عليها بشيء ، سواء كان المهر ديناً أو عيناً ، صرفاً للهبة الى حقها منه .

« الحادية عشرة » : لو تزوجها بعبدين فمات احدهما ، رجع عليها بنصف الموجود ، ونصف قيمة الميت .

« الثانية عشرة » : لو شرط الخيار في النكاح بطل العقد ، وفيه تردد ، منشأه الالتفات الى تحقق الزوجية لوجود المقتضي ، وارتفاعه عن تطرق الخيار أو الالتفات الى عدم الرضا بالعقد ، لترتبه على الشرط . ولو شرط في المهر ، صح العقد والمهر والشرط :

« الثالثة عشرة » : الصداق يملك بالعقد على أشهر الروايتين ، ولها التصرف فيه قبل القبض على الأشبه . فاذا طلق الزوج ، عاد اليه النصف وبقي للمرأة النصف . فلو عفت عن مالها (١) ، كان الجميع للزوج : وكذا لو عفا الذي بيده عقدة النكاح ، وهو الولي كالأب والجد للأب : وقيل : أو من تولته المرأة عقدها . ويجوز للأب والجد للأب أن يعفو عن البعض ، وليس لهما العفو عن الكل . ولا يجوز لولي الزوج أن يعفو عن حقه إن حصل الطلاق ، لأنه منصوب لمصلحته ، ولا غبطة له في العفو . واذا عفت عن نصفها ، أو عفا الزوج عن نصفه ، لم يخرج عن ملك أحدهما بمجرد العفو ، لأنه هبة فلا ينتقل إلا بالقبض ، نعم ، لو كان ديناً على الزوج ، أو تلف في يد الزوجة ، كفى العفو عن الضامن له ، لأنه يكون إبراء ولا يفتقر الى القبول ، على الأصح . أما الذي عليه

(١) وفي « ه ٢ / ١٩٥ » : « عمالها » بدلا من « عن مالها » .

المال ، فلا ينتقل عنه بعفوه ، ما لم يسلمه .

« الرابعة عشرة » : لو كان المهر مؤجلاً ، لم يكن لها الامتناع ، فلو امتنعت وحلّ ، هل لها أن تمتنع ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول ، وهو أشبه .

« الخامسة عشرة » : لو أصدقها قطعة من فضة ، فصاغتها آنية ، ثم طلقها قبل الدخول ، كانت بالخيار في تسليم نصف العين أو نصف القيمة لأنه لا يجب عليها بذل الصفة . ولو كان الصداق ثوباً ، فخاطته قميصاً لم يجب على الزوج أخذه ، وكان له إلزامها بنصف القيمة ، لأن الفضة لا تخرج بالصياغة عما كانت قابلة له ، وليس كذلك الثوب .

« السادسة عشرة » : لو أصدقها تعليم سورة ، كان حدّه أن تستقل بالتلاوة ، ولا يكفي تتبعها لنطقه . نعم ، لو استغلت بتلاوة الآية ، ثم لقنها غيرها فنسيت الأولى ، لم يجب عليه اعادة التعليم . ولو استفادت ذلك من غيره ، كان لها أجرة التعليم ، كما لو تزوجها بشيء وتعذر عليه تسليمه .

« السابعة عشرة » : يجوز ان يجمع بين نكاح وبيع في عقد واحد ويقسّط العوض على الثمن ومهر المثل . ولو كان معها دينار ، فقالت : زوجتك نفسي ، وبعتك هذا الدينار بدينار ، بطل البيع لأنه ربا ، وفسد المهر وصح النكاح . أما لو اختلف الجنس ، صح الجميع .

فروع

« الأول » : لو أصدقها عبداً فأعتقته ، ثم طلقها قبل الدخول ، فعليها نصف قيمته . ولو دبرته ، قيل : كانت بالخيار في الرجوع والاقامة على تدبيره فان رجعت أخذ نصفه ، وان أبت لم تجبر وكان عليها نصف القيمة . ولو دفعت نصف القيمة ، ثم رجعت في التدبير ، قيل : كان له العود

في العين ، لأن القيمة أخذت لمكان الحيلولة (١) ، وفيه تردد ، منشأه استقرار الملك بدفع القيمة .

« الثاني » : اذا زوجها الولي بدون مهر المثل ، قيل : يبطل المهر ، ولها مهر المثل ، وقيل : يصح المسمّى ، وهو أشبه .

« الثالث » : لو تزوجها على مال مشارٍ اليه ، غير معلوم الوزن ، فتلف قبل قبضه فأبرأته منه صح . وكذا لو تزوجها بمهر فاسد ، واستقر لها مهر المثل ، فأبرأته منه أو من بعضه ، صح ولو لم تعلم كميته ، لأنه إسقاط للحق ، فلم يقدح فيه الجهالة . ولو أبرأته من مهر المثل قبل الدخول ، لم يصح ، لعدم الاستحقاق .

تتمة

اذا زوّج ولده الصغير ، فان كان له مال ، فالمهر على الولد وإن كان فقيراً ، فالمهر في عهدة الوالد . ولو مات الوالد ، أُخرج المهر من أصل تركته ، سواء بلغ الولد وايسر ، أو مات قبل ذلك . فلو دفع الاب المهر ، وبلغ الصبي فطلّق قبل الدخول ، استعاد الولد النصف دون الوالد لأن ذلك يجري مجرى الهبة له .

فرع

لو أدى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعاً ، ثم طلق الولد ، رجع الولد

---

(١) ش ٢ / ١٩٦ / هـ : أي لوجود المانع ، من أخذ العين ، وهو التدبير .

بنصف المهر ، ولم يكن للوالد انتزاعه ، لعين ما ذكرناه في الصغير ، وفي المسألتين تردد (١) .

الطرف الرابع : في التنازع

وفيه مسائل :

« الاولى » : إذا اختلفا في اصل المهر ، فالقول : قول الزوج مع يمينه ، ولا اشكال قبل الدخول ، لاحتمال تجرد العقد عن المهر . لكن الاشكال لو كان بعد الدخول ، فالقول قوله أيضـاً ، نظراً الى البراءة الأصلية . ولا اشكال لو قُدِّر المهر ، ولو بأرزة واحدة ، لأن الاحتمال متحقق ، والزيادة غير معلومة . ولو اختلفا في قدره أو وصفه ، فالقول قوله أيضاً.

أما لو اعترف بالمهر ، ثم ادعى تسليمه ولا بينة ، فالقول قول المرأة مع يمينها .

تفريع

لو دفع قدر مهرها ، فقالت دفعته هبةً ، فقال بل صداقاً ، فالقول قوله لأنه أبصر بنيته :

« الثانية » : إذا خلا بها ، فادعت المواقعة ، فان أمكن الزوج إقامة البينة ، بأن ادعت هي أن المواقعة قبلاً وكانت بكراً فلا كلام ، والا كان القول قوله مع يمينه ، لان الاصل عدم المواقعة وهو منكر لمـا تدعيه ، وقيل : القول قول المرأة ، عملاً بشاهد حال الصحيح ، في خلوته بالحلائل والاول أشبه .

---

(١) المسالك ٢ / ٣١٥ : انما عللوه بكونه هبة وأن الهبة لا يرجع فيها بعد إقباضها للرحم ، أو بعد التصرف فيها .

« الثالثة » : لو أصدقها تعليم سورة أو صناعة ، فقالت علّمني غيره فالقول قولها ، لانها منكرة لما يدعيه .

« الرابعة » : اذا أقامت المرأة بينة ، أنه تزوجها في وقتين بعقدين فادعى الزوج تكرار العقد الواحد ، وزعمت المرأة أنهما عقدان ، فالقول قولها لأن الظاهر معها . وهل يجب عليه مهران ؟ قيل : نعم ، عملاً بمقتضى العقدين (١) ، وقيل : يلزمه مهر ونصف ، والاول أشبه .

النَّظَرُ الثَّالِث

في : القسم والنشوز والشقاق

القَوْل

في : القسم

والكلام : فيه ، وفي لواحقه

أما الأول :

فنقول : لكل واحد من الزوجين حق ، يجب على صاحبه القيام به فكما يجب على الزوج النفقة ، من الكسوة والمأكل والمشرب والاسكان ، فكذا يجب على الزوجة التمكين من الاستمتاع ، وتجنب ما ينفر منه الزوج.

(١) ش ٢ / ١٩٧ / ه : لان كل عقد سبب تام في وجوب المهر .

والقسمة بين الازواج حق على الزوج ، حراً كان أو عبداً ، ولو كان عنيناً أو خصياً . وكذا لو كان مجنوناً ، ويقسم عنه الولي ، وقيل : لا تجب القسمة حتى يبتدئ بها ، وهو أشبه .

فمن له زوجة واحدة . فلها ليلة من أربع ، وله ثلاث يضعها حيث شاء . وللاثنتين ليلتان ، وللثلاث ثلاث والفاضل له . ولو كان له اربع ، كان لكل واحدة ليلة ، بحيث لا يحل له الاخلال بالمبيت ، الا مع العذر أو السفر ، أو أذنهن أو أذن بعضهن ، فيما تختص الآذنة به .

وهل يجوز أن يجعل القسمة أزيد من ليلة لكل واحدة ؟ قيل : نعم ، والوجه اشتراط رضاهن .

ولو تزوج أربعاً دفعة ، رتبهن بالقرعة ، وقيل : يبدأ بمن شاء حتى يأتي عليهن ، ثم يجب التسوية على الترتيب ، وهو أشبه .

والواجب في القسمة المضاجعة لا المواقعة . ويختص الوجوب بالليل دون النهار ، وقيل : يكون عندها في ليلتها ، ويظل عندها في صبيحتها وهو المروي .

واذا كانت الأمة مع الحرة أو الحرائر ، فللحرة ليلتان وللامة ليلة . والكتابية كالامة في القسمة . ولو كانت عنده مسلمة وكتابية ، كان للمسلمة ليلتان وللكتابية ليلة . ولو كانتا امة مسلمة وحرة ذمية ، كانتا سواء في القسمة .

فروع

لو بات عند الحرة ليلتين ، فاعتقت الامة فرضيت بالعقد ، كان لها ليلتان ، لانها صادفت محل الاستحقاق .

ولو بات عند الحرة ليلتين، ثم بات عند الامة ليلة ، ثم اعتقت ، لم يبت

عندها اخرى ، لانها استوفت حقها .

ولو بات عند الامة ليلة ، ثم اعتقت قبل استيفاء الحرة ، قيل : يقضي للامة ليلة ، لانها ساوت الحرة ، وفيه تردد .

وليس للموطوءة بالملك قسمة ، واحدة كانت أو اكثر .

وله أن يطوف على الزوجات في بيوتهن ، وان يستدعيهن الى منزله وان يستدعي بعضاً ويسعى الى بعض .

وتختص البكر عند الدخول بسبع ليال ، والثيب بثلاث ، ولا يقضي ذلك . ولو سبق اليه زوجتان ، أو ثلاث زوجات في ليلة ، قيل : يبتدئ بمن شاء ، وقيل : يقرع ، والاول أشبه ، والثاني أفضل .

وتسقط القسمة بالسفر ، وقيل : يقضي سفر النفلة والاقامة ، دون سفر الغيبة .

ويستحب : أن يقرع بينهن (١) ، اذا أراد استصحاب بعضهن ، وهل يجوز العدول عمن خرج اسمها الى غيرها ؟ قيل : لا ، لانها تعينت للسفر ، وفيه تردد .

ولا يتوقف قسم الامة على اذن المالك ، لانه لا حظّ له فيه .

ويستحب : التسوية بين الزوجات في الإنفاق ، وإطلاق الوجه ، والجماع ، وأن يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبتها ، وان يأذن لها في حضور موت أبيها وأمها ، وله منعها عن عيادة ابيها وأمها ، وعن الخروج من منزله إلا لِحَقٍ واجب .

---

(١) المسالك ٢ / ٣٢٢ : وجه الاستحباب ، التأسي بالنبي « ص » ، فانه كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه ، فايتهن خرج اسمها أخرجها . . .

وأما اللواحق : فمسائل

« الاولى » : القسم حق مشترك بين الزوج والزوجة ، لإشتراك ثمرته فلو أسقطت حقها منه ، كان للزوج الخيار . ولها أن تهب ليلتها للزوج أو لبعضهن مع رضاه ، فان وهبت للزوج ، وضعها حيث شاء . وان وهبتها لهن ، وجب قسمتها عليهن . وان وهبتها لبعضهن ، اختصت بالموهوبة . وكذا لو وهبت ثلاث منهن لياليهن للرابعة ، لزمه المبيت عندها من غير إخلال .

« الثانية » : اذا وهبت ، فرضي الزوج ، صح . ولو رجعت كان لها ، ولكن لا يصح في الماضي ، بمعنى انه لا يقضى ، ويصح فيما يستقبل: ولو رجعت ، ولم يعلم ، لم يقض ما مضى قبل علمه .

« الثالثة » : لو التمست عوضاً عن ليلتها ، فبذله الزوج ، هل يلزم ؟ قيل : لا ، لأنه حق لا يتقوم منفرداً ، فلا يصح المعاوضة عليه .

« الرابعة » : لا قسمة للصغيرة ، ولا المجنونة المطبقة ، ولا الناشزة ولا المسافرة بغير إذنه ، بمعنى أنه لا يقضي لهن عما سلف .

« الخامسة » : لا يزور الزوج الضرّة في ليلة ضرتها . وإن كانت مريضة ، جاز له عيادتها ، فان استوعب الليلة عندها ، هل يقضيها ؟ قيل : نعم ، لانه لم يحصل المبيت لصاحبتها ، وقيل : لا ، كما لو زار أجنبياً وهو أشبه . ولو دخل فواقعها ، ثم عاد الى صاحبة الليلة ، لم يقض المواقعة في حق الباقيات ، لأن المواقعة ليست من لوازم القسمة .

« السادسة » : لو جارَ بالقسمة ، قضى لمن أخل بليلتها .

« السابعة » : لو كان له أربع ، فنشزت واحدة ، ثم قسم خمس عشرة ، فوفّى اثنتين ثم أطاعت الرابعة ، وجب أن يوفي الثالثة خمس عشرة

والتي كانت ناشزةً خمساً . فيقسم للناشزة ليلة، وللثالثة ثلاثاً، خمسة أدواراً ، فتستوفي الثالثة خمس عشرة والناشزة خمساً ، ثم يستأنف :

« الثامنة » : لو طاف على ثلاث ، وطلق الرابعة بعد دخول ليلتها ثم تزوجها ، قيل : يجب لها قضاء تلك الليلة ، وفيه تردد ، ينشأ من سقوط حقها لخروجها عن الزوجية .

« التاسعة » : لو كان له زوجتان في بلدين ، فأقام عند واحدة عشراً قيل : كان عليه للأخرى مثلها .

« العاشرة » : لو تزوج امرأةً ولم يدخل بها ، فأقرع للسفر فخرج اسمها ، جاز له مع العود توفيتها حصة التخصيص ، لأن ذلك لا يدخل في السفر ، إذ ليس السفر داخلاً في القسم .

القَوْل

في : النشوز

وهو الخروج عن الطاعة ، واصله الارتفاع ، وقد يكون من الزوج كما يكون من الزوجة .

فمتى ظهر من الزوجة إمارته ، مثل أن تقطب في وجهه ، أو تتبرم بحوائجه ، أو تغير عادتها في آدابها ، جاز له هجرها في المضجع بعد عظتها.

وصورة الهجران ، يحول اليها ظهره في الفراش : وقيل ان يعتزل فراشها ، والاول مروي . ولا يجوز له ضربها والحال هذه .

أما لو وقع النشوز ، وهو الامتناع عن طاعته فيما يجب له ، جاز ضربها ، ولو بأول مرة . ويقتصر على ما يؤمل معه رجوعها ، ما لم يكن مدمياً ولا مبرحاً .

واذا ظهر من الزوج النشوز بمنع حقوقها ، فلها المطالبة ، وللحاكم الزامه ولها ترك بعض حقوقها ، من قسمة ونفقة ، استمالةً له . ويحل للزوج قبول هذا .

القَوْلُ

في : الشقاق

وهو فعال من الشق ، كأن كل واحد منهما في شق ، فان كان النشوز منهما ، وخشي الشقاق ، بعث الحاكم حكماً من أهل الزوج ، وآخر من أهل المرأة ، على الأولى . ولو كانا من غير أهلها ، أو كان أحدهما جاز أيضاً .

وهل بعثهما على سبيل التحكيم ، أو التوكيل ؟ الاظهر أنه تحكيم ؛ فان اتفقا على الاصلاح فعلاه ، وإن اتفقا على التفريق ، لم يصح الا برضا الزوج في الطلاق ، ورضا المرأة في البذل إن كان خلعاً .

تفريع

لو بعث الحكمان ، فغاب الزوجان ، أو احدهما ، قيل : لم يجز الحكم ، لانه حكم للغائب . ولو قيل بالجواز ، كان حسناً ، لان حكمهما مقصور على الإصلاح . أما التفرقة موقوفة على الإذن .

مسألتان :

« الاولى » : ما يشترطه الحكمان يلزم ، إن كان سائغاً ، والا كان لهما نقضه .

« الثانية » : لو منعها شيئاً من حقوقها ، أو أغارها (١) ، فبذلت له بذلاً ليخلعها ، صح . وليس ذلك إكراهاً .

النَّظَرُ الرَّابِع

في : أحكام الأولاد

وهي قسمان

الأوّل

في : الحاق الأولاد

والنظر في : الزوجات ، والموطوءات بالملك ، والموطوءات بالشبهة

الاول : أحكام ولد الموطوءة بالعقد الدائم

وهم يلحقون بالزوج بشروط ثلاثة : الدخـول . . ومُضِي ستة أشهر من حين الوطء . . وان لا يتجاوز أقصى الوضع ، وهو تسعة أشهر على الاشهر :

وقيل : عشرة اشهر وهو حسن ، يعضده الوجدان في كثير ، وقيل: سنة ، وهو متروك . فلو لم يدخل بها ، لم يلحقه . وكذا لو دخـل ،

---

(١) المسالك ٢ / ٣٢٧ : أي تزوج عليها .

وجاءت به لأقل من ستة أشهر ، حياً كاملاً . وكذا لو اتفقا على انقضاء ما زاد عن تسعة اشهر ، أو عشرة من زمان الوطء ، أو ثبت ذلك بغيبة متحققة تزيد عن اقصى الحمل . ولا يجوز له الحاقه بنفسه ، والحال هذه .

ولو وطأها واطئ فجوراً ، كان الولد لصاحب الفراش ، ولا ينتفي عنه الا باللعان ، لان الزاني لا ولد له .

ولو اختلفا في الدخول ، أو في ولادته ، فالقول قول الزوج مع يمينه . ومع الدخول ، وانقضاء أقل الحمل ، لا يجـوز له نفي الولد ، لمكان تهمة أمه بالفجور ، ولا مع تيقنه . ولو نفاه لم ينتف الا باللعان :

ولو طلقها فاعتدّت ، ثم جاءت بولدٍ ما ، بين الفراق الى اقصى مدة الحمل ، لحق به ، اذا لم تُوطأ بعقد ولا شبهة :

ولو زنى بامرأة فاحبلها ، ثم تزوج بها ، لم يجز الحاقه به . وكذا لو زنى بامة فحملت ، ثم ابتاعها .

ويلزم الأب الإقرار بالولد ، مع اعترافه بالدخول ، وولادة زوجته له . فلو انكره والحال هذه ، لم ينتف الا باللعان . وكذا لو اختلفا في المدة:

ولو طلق امرأته ، فاعتدّت وتزوجت ، أو باع أمته فوطأها المشتري ، ثم جاءت بولد لدون ستة أشهر كاملاً ، فهو الأول . وإن كان لستة أشهر فهو للثاني :

أحكام ولد الموطوءة بالملك :

اذا وطئ الامة ، فجاءت به بولد لستة اشهر فصاعداً ، لزمه الإقرار به ، لكن لو نفاه لم يلاعن أمته ، وحكم بنفيه ظاهراً (١) . ولو اعترف

(١) الروضة ٥ / ٤٣٨ : بغير لعان . . . ، وإن فعل حراماً ، حيث نفى ما حكم الشارع ظاهراً بلحوقه به . . .

به بعد ذلك ، ألحق به . ولو وطئ الأمة المولى وأجنبي ، حكم بالولد للمولى.

ولو انتقلت الى موال ، بعد وطء كل واحد منهم لها ، حكم بالولد لمن هي عنده ، إن جاءت به لستة اشهر فصاعداً ، منذ يوم وطأها . والا كان للذي قبله ، إن كان لوطئه ستة اشهر فصاعداً ، والا كان للذي قبله وهكذا الحكم في كل واحد منهم .

ولو وطأها المشتركون فيها ، في طهر واحد ، فولدت فتداعوه ، أُقرِعَ بينهم (١) . فمن خرج اسمه ، أُلحق به ، وأُغرِمَ حصص الباقين من قيمة امه وقيمته ، يوم سقط حياً . وإن ادعاه واحد ، أُلحق به ، والزم حصص الباقين ، من قيمة الأم والولد . ولا يجوز نفي الولد لمكان العزل (٢) .

ولو وطئ أمته ، ووطأها آخر فجوراً ، ألحق الولد بالمولى . ولو حصل مع ولادته ، إمارة يغلب بها الظن انه ليس منه ، قيل : لم يجز له الحاقه به ولا نفيه ، بل ينبغي أن يوصي له بشيء ، ولا يورثه ميراث الأولاد ، وفيه تردد .

أحكام ولد الشبهة

الوطء بالشبهة ، يلحق به النسب . فلو اشتبهت عليه أجنبية ، فظنها زوجته أو مملوكته ، فوطأها ، ألحق به الولد . وكذا لو وطئ أمةَ غيره

---

(١) المسالك ٢ / ٣٢٩ : أي لو فرض وطي الجميع لها ، في طهر واحد ، فعلوا محرماً ولحق بهم الولد ، لكن لا يمكن التحاقه بالجميع ، بل بواحد منهم بالقرعة ، كما لو كانت فراشاً لاثنين فصاعداً . . . « بتصرف » .

(٢) ن ٥ / ٤٣٩ - ٤٤٠ : لاطلاق النص الوارد بان الولد للفراش ، إذ ليس مقيداً بصورة افراغ الماء في الرحم . . . « جمعاً بين المتن والهامش بتصرف » .

لشبهةٍ ، لكن في الأمة ، يلزمه قيمة الولد يوم سقط حياً ، لانه وقت الحيلولة.

ولو تزوج امرأة لظنها خالية ، أو لظنها موت الزوج أو طلاقه ، فبان أنه لم يمت ولم يطلّق ، ردت على الاول بعد الاعتداد من الثاني ، واختص الثاني بالاولاد مع الشرائط ، سواء استندت في ذلك الى حكم حاكم ، أو شهادة شهود ، أو إخبار مخبر .

القسم الثاني

في : أحكام الولادة

والكلام في : سنن الولادة ، واللواحق

أما سنن الولادة :

فالواجب منها : استبداد النساء بالمرأة عند الولادة ، دون الرجال إلا مع عدم النساء ، ولا بأس بالزوج وإن وجدت النساء .

والندب ستة : غسل المولود . . والاذان في أذنه اليمنى : . والاقامة في اليسرى . . وتحنيكه بماء الفرات ، وبتربة الحسين عليه السلام ، فان لم يوجد ماء الفرات فبماء فرات . ولو لم يوجد إلا ماء ملح ، جُعِلَ فيه شيء من التمر أو العسل . . ثم يسميه أحد الاسماء المستحسنة ، وأفضلها ما يتضمن العبودية لله سبحانه ، وتليها أسماء الانبياء والأئمة عليهم السلام.: وان يكنّيه مخافة النبز .

وروي استحباب التسمية يوم السابع .

ويكره : ان يكنيه أبا القاسم ، اذا كان اسمه محمداً . : وان يسميه حكماً أو حكيماً أو خالداً أو حارثاً أو مالكاً أو ضِراراً .

وأما اللواحق : فثلاثة

سنن اليوم السابع ، والرضاع ، والحضانة .

١ ـ وسنن اليوم السابع أربع : الحلق والختان ، وثقب الاذن ، والعقيقة.

أما الحلق :

فمن السنة حلق رأسه يوم السابع ، مقدمـاً على العقيقة ، والتصدق بوزن شعره ذهباً او فضة :

ويكره : ان يحلق من رأسه موضع ، ويترك موضع ، وهي القنازع .

وأما الختان :

فمستحب يوم السابع ، ولو اخر جاز . ولو بلغ ولم يختن ، وجب ان يختن نفسه . والختان واجب ، وخفض الجواري مستحب . ولو اسلم كافر غير مختتن ، وجب ان يختن ، ولو كان مُسِنّاً . ولو أسلمت امرأة لم يجب ختانها واستحب .

وأما العقيقة :

فيستحب : ان يعقّ عن الذكر ذكر ، وعن الانثى انثى . وهل يجب العقيقة ؟ قيل : نعم ، والوجه الإستحباب . ولو تصدق بثمنها ، لم يجز في القيام بالسنة . ولو عجز عنها ، أخّرها حتى يتمكن ، ولا يسقط الاستحباب .

ويستحب : ان يجتمع فيها شروط الاضحيّة . وان تخص القابلة منها بالرجل والورك . ولو لم يكن قابلة ، أُعطي الام تتصدق به . ولو لم يعقّ الوالد ، استحب للولد ان يعقّ عن نفسه اذا بلغ .

ولو مات الصبي يوم السابع ، فان مات قبل الزوال ، سقطت .

ولو مات بعده ، لم يسقط الاستحباب . ويكره : للوالدين ان يأكلا منها ، وان يُكسر شيء من عظامها ، ل يفصل اعضاؤها .

٢ ـ وأما الرضاع : فلا يجب على الام إرضاع الولد ، ولها المطالبة بأجرة ارضاعه ، وله استيجارها اذا كانت بائناً ، وقيل : لا يصح ذلك وهي في حباله ، والوجه الجواز .

ويجب على الأب بذل اجرة الرضاع ، اذا لم يكن للولد مال ، ولامه ان ترضعه بنفسها أو بغيرها ، ولها الاجرة . وللمولى إجبار أمته على الرضاع . ونهاية الرضاع حولان . ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً. ولا يجوز نقصه عن ذلك . ولو نقص كان جوراً . ويجوز الزيادة عن الحولين شهراً وشهرين . ولا يجب على الوالد دفع أجرة ما زاد عن حولين. والام أحق بارضاعه ، اذا طلبت ما يطلب غيرها .

ولو طلبت زيادة ، كان للأب نزعه وتسليمه الى غيرها . ولو تبرعت أجنبية بارضاعه ، فرضيت الأم بالتبرع ، فهي أحق به . وإن لم ترض فللأب تسليمه الى المتبرِّعة .

فرع

لو ادعى الأب وجود متبرِّعة ، وأنكرت الام ، فالقول قول الأب ، لانه يدفع عن نفسه وجوب الاجرة على تردد .

ويستحب : أن يرضع الصبي بلبن امه ، فهو أفضل .

٣ ـ وأما الحضانة : فالام أحق بالولد مدة الرضاع . وهي حولان ، ذكراً كان أو انثى ، إذا كانت حرةً مسلمةً . ولا حضانة للأمة ولا للكافرة مع المسلم .

فاذا فُصِل فالوالد أحق بالذكر ، والام أحق بالانثى حتى تبلغ

سبع سنين ، وقيل : تسعاً ، وقيل : الام احق بها ما لم تتزوج ، والاول أظهر ، ثم يكون الاب احق بها .

ولو تزوجت الام ، سقطت حضانتها عن الذكـر والانثى ، وكان الاب أحق بهما .

ولو مات ، كانت الام أحق بهما من الوصي . وكذا لو كان الاب مملوكاً او كافراً ، كانت الام الحرة أحق به ، وإن تزوجت . فلو أعتق كان حكمه حكم الحر .

فان فُقِد الابوان ، فالحضانة لأب الأب ، فـان عُدِمَ ، قيل : كانت الحضانة للأقارب ، وترتبوا ترتيب الإرث ، نظراً الى الآية ، وفيه تردد .

فروع اربعة : على هذا القول

« * الاول * » : قال الشيخ رحمه الله : إذا اجتمعت أخت لاب وأخت لأم ، كانت الحضانة للأخت من الاب ، نظراً الى كثرة النصيب في الإرث والاشكال في أصل الإستحقاق ، وفي الترجيح تردد ، ومنشأه تساويهما في الدرجة . وكذا قال رحمه الله : في أم الام مع أم الاب .

« الثاني » : قال رحمه الله : في جدة وأخوات ، الجدة أولى ، لانها أم .

« الثالث » : قال : اذا اجتمعت عمة وخالة ، فهما سواء .

« الرابع » : قال : اذا حصل جماعة متساوون في الدرجة ، كالعمة والخالة ، أُقرع بينهم .

ومن لواحق الحضانة : ثلاث مسائل

« الاولى » : اذا طلبت الام للرضاع أجرة زائدة عن غيرها ، فله تسليمه الى الاجنبية ، وفي سقوط حضانة الام تردد ، والسقوط أشبه .

« الثانية » : اذا بلغ الولد رشيداً ، سقطت ولاية الابوين عنه ،

وكان الخيار اليه في الإنضمام الى من شاء .

« الثالثة » : اذا تزوجت ، سقطت حضانتها . فان طلقها رجعية ، فالحكم باقٍ . وان بانت منه ، قيل : لم ترجع حضانتها ، والوجه الرجوع :

النَّظَرُ الخَامِسُ

في : النفقات

لا تجب النفقة الا بأحد أسباب ثلاثة : الزوجية . . والقرابة . . والملك .

القَوْلُ

في : نفقة الزوجة

والكلام في : الشرط ، وقدر النفقة ، واللواحق

والشرط اثنان :

الاول : ان يكون العقد دائماً .

الثاني : التمكين الكامل ، وهو التخلية بينها وبينه ، بحيث لا تخص موضعاً ولا وقتاً . فلو بذلت نفسها في زمان دون زمان ، أو مكان دون مكان اخر ، مما يسوغ فيه الاستمتاع لم يحصل التمكين :

وفي وجوب النفقة بالعقد أو بالتمكين تردد ، أظهره بين الاصحاب وقوف الوجوب على التمكين :

ومن فروع التمكين

أن لا تكون صغيرة ، يحرم وطء مثلها ، سواء كان زوجها كبيراً أو صغيراً ، ولو أمكن الاستمتاع منها بما دون الوطء ، لانه استمتاع نادر لا يُرغب اليه في الغالب .

أما لو كانت كبيرةً ، وزوجها صغيراً ، قال الشيخ رحمه الله : لا نفقة لها ، وفيه إشكال ، منشأه تحقق التمكين من طرفهـا ، والاشبه وجوب الانفاق .

ولو كانت مريضة أو رتقاءَ أو قرناءَ ، لم تسقط النفقة ، لامكان الاستمتاع بما دون الوطء قبلاً ، وظهور العذر فيه .

ولو اتفق الزوج عظيمُ الآلة ، وهي ضعيفة ، مُنِـعَ من وطئها ، ولم تسقط النفقة ، وكانت كالرتقاء .

ولو سافرت الزوجة باذن الزوج ، لم تسقط نفقتها ، سواء كان في واجب أو مندوب أو مباح . وكذا لو سافرت في واجب بغير إذنه ، كالحج الواجب . أما لو سافرت بغير إذنه ، في مندوب أو مباح ، سقطت نفقتها .

ولو صلّت أو صامت أو اعتكفت باذنـه ، أو في واجب وإن لم يأذن ، لم تسقط نفقتها ؛ وكذا لو بادرت الى شيء من ذلك ندباً ، لأن له فسخه .

ولو استمرت مخالفةً ، تحقق النشوز ، وسقطت النفقة . وتثبت النفقة للمطلقة الرجعية ، كما تثبت للزوجة .

وتسقط نفقة البائن وسكناها ، سواء كانت عن طلاق أو فسخ . نعم لو كانت المطلقة حاملاً ، لزم الإنفاق عليها حتى تضع . وكذا السكنى .

وهل النفقة للحمل أو لأمه ؟ قال الشيخ رحمه الله : هي للحمل :

وتظهر الفائدة في مسائل : منها في الحر إذا تزوج بأمةٍ ، وشرط مولاها رق الولد . . وفي العبد اذا تزوج بأمة أو حرة ، وشرط مولاه الإنفراد برق الولد . . وفي الحامل المتوفى عنها زوجها ، روايتان : أشهرهما أنه لا نفقة لها ، والاخرى ينفق عليها من نصيب ولدها .

وتثبت النفقة للزوجة مسلمة كانت أو ذمية أو أمة .

وأما قدر النفقة :

فضابطه : القيام بما تحتاج اليه المرأة ، من طعام وإدام وكسوة وإسكان وإخدام وآلة الإدهان ، تبعاً لعادة أمثالها من أهل البلد .

وفي تقدير الإطعام خلاف ، فمنهم من قدّره بمدٍّ ، للرفيعة والوضيعة من الموسر والمعسر . ومنهم من لم يقدِّر ، واقتصر على سد الخلة ، وهو أشبه .

ويرجع في الإخدام الى عادتها ، فان كانت من ذوي الإخدام وجب وإلا خدمت نفسها . واذا وجبت الخدمة ، فالزوج بالخيار ، بين الإنفاق على خادمها ان كان لها خادم ، وبين ابتياع خادم ، أو استيجارها ، أو الخدمة لها بنفسه . وليس لها التخيير . ولا يلزمه اكثر من خادم واحد ، ولو كانت من ذوي الحشم ، لان الاكتفاء يحصل بها . ومن لا عادة لها بالإخدام ، يخدمها مع المرض ، نظراً الى العرف .

ويرجع في جنس المأدوم والملبوس ، الى عادة أمثالها من أهل البلد . وكذا في المسكن . ولها المطالبة بالتفرد بالمسكن ، عن مشارك غير الزوج .

ولابد في الكسوة من زيادة في الشتاء للتدثر ، كالمحشوة لليقظة واللحاف للنوم : ويرجع في جنسها الى عادة أمثال المرأة . وتُزاد إذا كانت من اهل التجمل ، زيادة على ثياب البذلة ، بما يتجمل أمثالها به .

وأما اللواحق : فمسائل

« الاولى » : لو قالت : أنا اخدم نفسي ، ولي نفقة الخادم ، لم يجب اجابتها . ولو بادرت بالخدمة ، من غير اذن ، لم يكن لها المطالبة :

« الثانية » : الزوجة تملك نفقة يومها مع التمكين . فلو منعها وانقضى اليوم ، استقرت نفقة ذلك اليوم ، وكذا نفقة الايام ، وان لم يقدرها الحاكم ، ولم يحكم بها . ولو دفع لها نفقة لمدة ، وانقضت تلك المدة مُمَكِّنة فقد ملكت النفقة . ولو استفضلت منها ، أو انفقت على نفسها من غيرها كانت ملكاً لها . ولو دفع اليها كسوة لمدةٍ ، جرت العادة ببقائها اليها صح . ولو أخلقتها قبل المدة ، لم يجب عليه بدلها . ولو انقضت المدة ، والكسوة باقية ، طالبته بكسوة لما يستقبل . ولم سلم اليها نفقة لمدة ، ثم طلقها قبل انقضائها ، استعاد نفقة الزمان المتخلِّف ، الا نصيب يوم الطلاق وأما الكسوة فله استعادتها ، ما لم تنقضِ المدة المضروبة لها :

« الثالثة » : اذا دخل بها ، واستمرت تأكل معه وتشرب على العادة ، لم تكن لها مطالبته بمدة مؤاكلته : ولو تزوجها ولم يدخل بها وانقضت مدة لم تطالبه بنفقة ، لم تجب لها النفقة ، على القول بأن التمكين موجب للنفقة أو شرط فيها ، اذ لا وثوق لحصول التمكين لو طلبه .

تفريع على التمكين

لو كان غائباً ، فحضرت عند الحاكم ، وبذلت التمكين ، لم تجب النفقة إلا بعد اعلامه ، ووصوله أو وكيله ، وتسلمها . ولو أُعلم ، فلم يبادر ولم ينفذ وكيلاً ، سقط عنه قدر وصوله ، والزم بما زاد . ولو نشزت ، وعادت إلى الطاعة ، لم تجب النفقة حتى يعلم ، وينقضي زمان يمكنه الوصول اليها

أو وكيله . ولو ارتدت سقطت النفقة . ولو عادت فأسلمت ، عادت نفقتها عند إسلامها ، لان الردة سبب السقوط وقد زالت . وليس كذلك الاولى لان بالنشوز خرجت عن قبضه ، فلا تستحق النفقة إلا بعودها الى قبضه .

« الرابعة » : اذا ادعت البائن انها حامل ، صرفت اليها النفقة يوماً فيوماً ، فان تبين الحمل وإلا استعيدت . ولا ينفق على بائن غير المطلقة الحامل . وقال الشيخ رحمه الله : ينفق ، لان النفقة للولد :

فرع : على قوله : اذا لاعنها فبانت منه وهي حامل

فلا نفقة لها لإنتفاء الولد وكذا لو طلقها ، ثم ظهر بها حمل فانكره ولاعنها . ولو أكذب نفسه بعد اللعان واستلحقه ، لزمه الانفاق لانه من حقوق الولد .

« الخامسة » : قال الشيخ رحمه الله : نفقة زوجة المملوك تتعلق برقبته ، إن لم يكن مكتسباً ، ويباع منه في كل يوم بقدر ما يجب عليه . وقال آخرون : يجب في كسبه (١) . ولو قيل : يلزم السيد ، لوقوع العقد باذنه كان حسناً . وقال رحمه الله : ولو كان مكاتباً ، لم يجب نفقة ولده من زوجته ، ويلزمه نفقة الولد من أمته ، لأنه ماله . ولو تحرر منه شيء ، كانت نفقته في ماله ، بقدر ما تحرر منه .

« السادسة » : إذا طلق الحامل رجعية ، فادعت أن الطلاق بعد الوضع وأنكر ، فالقول قولها مع يمينها . ويحكم عليه بالبينونة تديناً له باقراره ، ولها النفقة استصحاباً لدوام الزوجية .

« السابعة » : اذا كان له على زوجته دين ، جاز أن يقاضيها يوماً فيوماً ان كانت موسرة ، ولا يجوز مع إعسارها ، لان قضاء الدين فيما يفضل عن القوت ، ولو رضيت بذلك لم يكن له الامتناع .

---

(١) وفي « هـ ٢ / ٢٠٤ » : يجب في ذمته .

« الثامنة » : نفقة الزوجية مقدمة على الأقارب ، فما فضل عن قوته صرفه اليها ، ثم لا يدفع الى الاقارب إلا مـا يفضل عن واجب نفقة الزوجة ، لانها نفقة معاوضة ، وتثبت في الذمة .

القَوْلُ

في : نفقة الأقارب

والكلام : فيمن ينفق عليه ، وكيفية الانفاق ، واللواحق

*** من ينفق عليه * :**

تجب النفقة : على الابوين ، والاولاد إجماعاً . وفي وجوب الإنفاق على آباء الأبوين وأمهاتهم تردد ، أظهره الوجوب :

ولا تجب على غير العمودين من الاقارب ، كالاخوة والاعمـام والاخوال وغيرهم ، لكن تستحب ، وتتأكد في الوارث منهم .

*** كيفية الانفاق * :**

ويشترط في وجوب الإنفاق الفقر . وهل يشترط العجز عن الاكتساب؟ الأظهر اشتراطه ، لان النفقة معونة على سد الخلة . والمكتسب قادر ، فهو كالغني . ولا عبرة بنقصان الخلة ، ولا بنقصان الحكم ، مع الفقر والعجز وتجب ولو كان فاسقاً أو كافراً . وتسقط اذا كان مملوكـاً ، وتجب على المولى .

ويشترط في المنفق القدرة ، فلو حصل له قدر كفايته ، اقتصر على نفسه ، فان فضل شيء فلزوجته ، فان فضل فللأبوين والأولاد .

ولا تقدير في النفقة ، بل الواجب قدر الكفاية ، من الإطعام والكسوة والمسكن ، وما يحتاج اليه من زيادة الكسوة في الشتاء ، للتدثر يقظة ونوماً .

ولا يجب إعفاف من تجب النفقة له (١) ، وينفق على أبيه دون أولاده ، لأنهم أخوة المنفِق . وينفق على ولده وأولاده ، لأنهم أولاد .

ولا يقضي نفقة الأقارب ، لأنها مؤاساة لسد الخلة ، فلا يستقر في الذمة ، ولو قدّرها الحاكم . نعم ، لو أمره بالاستدانة عليه فاستدان ، وجب القضاء له .

وتشتمل اللواحق على مسائل :

« الاولى » : تجب نفقة الولد على أبيه ، ومع عدمه أو فقره ، فعلى أب الأب وان علا لأنه أب ، ولو عُدِمَت الآباء ، فعلى ام الولد. ومع عدمها او فقرها ، فعلى ابيها وأمها وإن علوا ، الأقرب فالأقرب . ومع التساوي يشتركون في الانفاق .

« الثانية » : اذا كان له أبوان ، وفضل له ما يكفي أحدهما ، كانا فيه سواء . وكذا لو كان ابناً وأباً . ولو كانا أباً وجداً أو أماً وجدة خص به الأقرب .

« الثالثة » : لو كان له أب وجد موسران ، فنفقته على أبيه دون جده . ولو كان له أب وابن موسران ، كانت نفقته عليهما بالسوية .

« الرابعة » : إذا دافع بالنفقة الواجبة ، أجبره الحاكم ، فان امتنع حبسه .

---

(١) المسالك ٢ / ٣٤٣ : المراد بالاعفاف ، ان يصيره ذا عفة ، بان يهيىء له مستمتعاً ، بأن يزوجه أو يعطيه مهراً ليتزوج . . .

وان كان له مال ظاهر ، جاز ان يأخذ من ماله ما يصرف في النفقة. ولو كان له عروض أو عقار أو متاع ، جاز بيعه ، لأن النفقة حق كالدين .

القول

في : نفقة المملوك

تجب النفقة على ما يملكه الانسان ، من رقيق وبهيمة . أما العبد والأمة فولاهما بالخيار في الانفاق عليهما ، من خاصته أو من كسبهما . ولا تقدير لنفقتهما ، بل الواجب بقدر الكفاية من إطعام وأدام وكسوة .

ويرجع في جنس ذلك كله ، الى عادة مماليك أمثال السيد من أهل بلده ، ولو امتنع عن الانفاق ، أجبر على بيعه او الانفاق . ويستوي في ذلك القن والمدبَّر وأم الولد .

ويجوز أن يخارج المملوك ، بأن يضرب عليه ضريبة ، ويجعل الفاضل له اذا رضي ، فان فضل قدر كفايته وكله اليه ، وإلا كان على المولى التمام . ولا يجوز أن يضرب عليه ما يقصر كسبه عنه ، ولا ما لا يفضل (١) معه قدر نفقته ، إلا اذا قام بها المولى .

وأما نفقة البهائم المملوكة فواجبة ، سواء كانت مأكولة أو لم تكن والواجب القيام بما يحتاج اليه ، فان اجتزأت بالرعي وإلا علفها . فان امتنع أجبر على بيعها ، أو ذبحها ان كانت تقصد بالذبح ، أو الانفاق . وان كان لها ولد ، وفُرّ عليه من لبنها قدر كفايته . ولو اجتزأ بغيره ، من رعي أو علف ، جاز أخذ اللبن .

---

(١) وفي « هـ ٢ / ٢٠٥ » : « ولا ما يفضل » بدلا من « ولا ما لا يفضل » .

فهرست

بمواد الكتاب

كتاب التجارة

كتاب الرهن

كتاب المفلس

كتاب الحجر

كتاب الضمان

كتاب الصلح

كتاب الشركة

كتاب المضاربة

كتاب المزارعة

كتاب المساقاة

كتاب الوديعة

كتاب العارية

كتاب الاجارة

كتاب الوكالة

كتاب الوقف

كتاب الصدقات

كتاب السكنى والحبس

كتاب الهبات

كتاب السبق والرماية

كتاب الوصايا

كتاب النكاح

القسم الاول ـ في النكاح الدائم