

الشفح السراج

لمختصين الشرائع

الفتية الكبير والسكر العنق

جمال الدين مقادير بن عبد الله السورناتي

القرن سنة ٨٢٦ هـ

تحقيق

السيد عبد اللطيف الحسيني الكوه كرمي

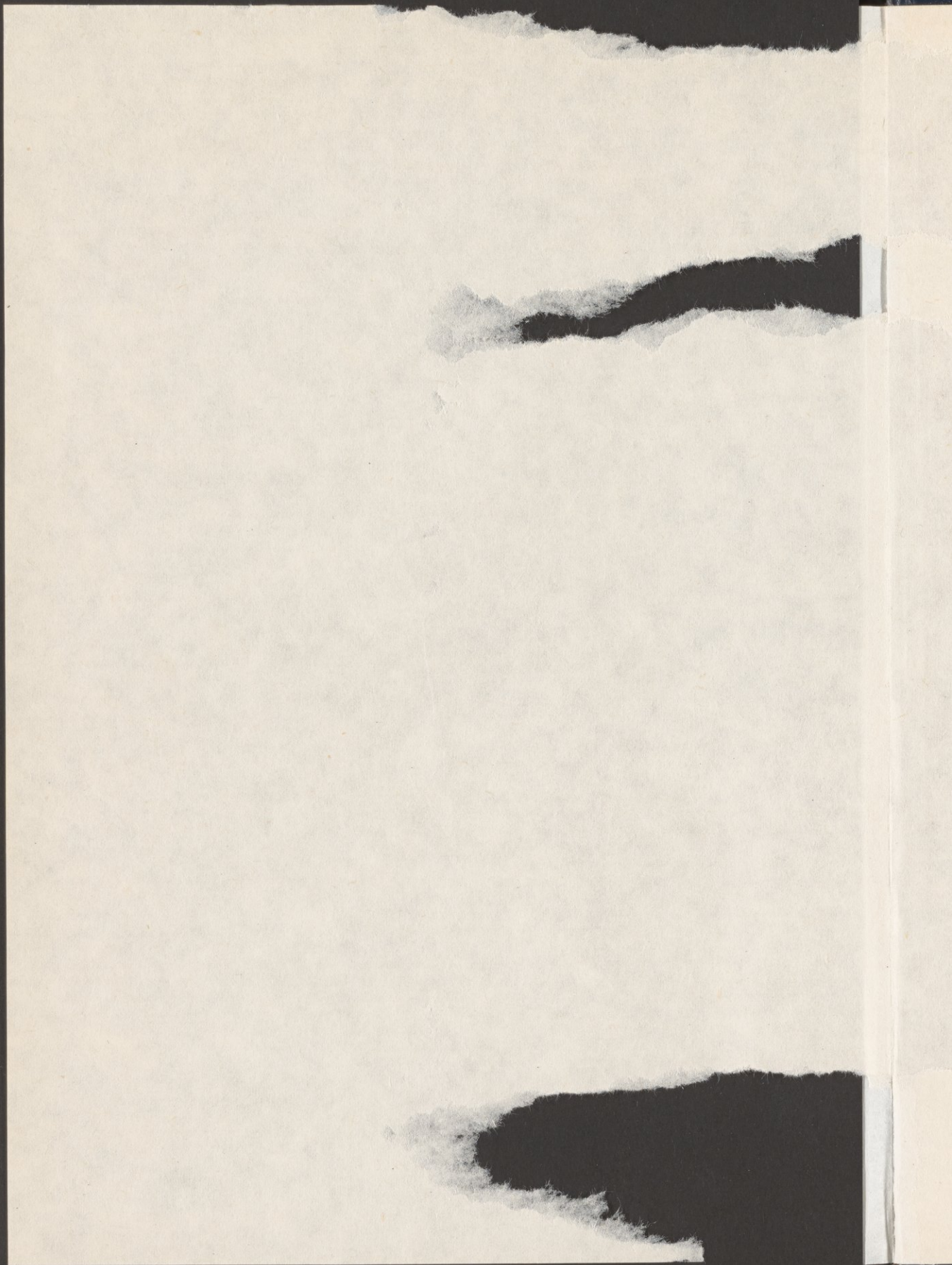
بإتمام

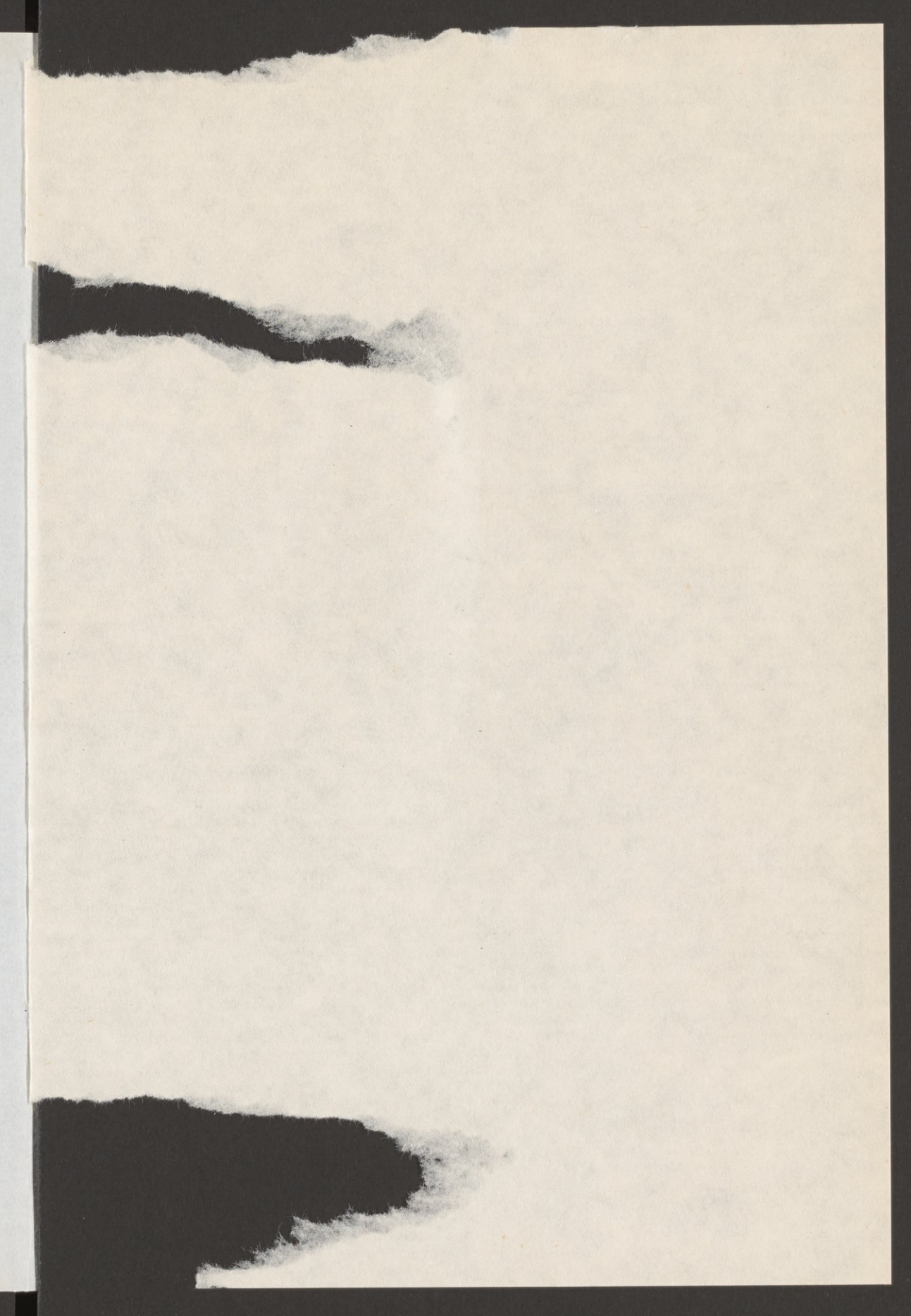
السيد محمود الرعشي

BOBST LIBRARY

3 1142 01682 2325

DATE DUE	DATE DUE





Suyūri, al-Miqdād ibn 'Abd Allāh

al-Tanqīh al-rā'ī

lil-Mukhtaṣar al-Sharā'ī / من مخطوطات
مكتبة نزيل دار عيسى الجامعة

(٩)

الشرح الرابع

لمختصر الشريعة

الفتية الكبير والكلمة المختصرة

جمال الدين مقادير عبد الله السيوري الحلبي

التوفيق سنة ١٢٦ هـ

(الجزء الثالث)

باهتمام

السيد محمود المرعشي

تحقيق

السيد عبد اللطيف الكوهكري

BP

152

589

1983

v.3

كتاب التفتيح
تأليف الفاضل المقتدر

(٢)

كتاب التفتيح
تأليف الفاضل المقتدر

كتاب التفتيح

كتاب التفتيح

تأليف الفاضل المقتدر

كتاب: التفتيح الرائع لمختصر الشرائع
تأليف: الفاضل المقتدر بن عبد الله السيوري

نشر: مكتبة آية الله المرعشي

طبع: مطبعة الخيام - قم

العدد: (٢٠٠٠)

التاريخ: ١٤٠٤ هـ

الطبعة: الاولى

كتاب التفتيح

كتاب التفتيح

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النكاح

وأقسامه ثلاثة :

الاول : فى الدائم وهو يستدعى فصولاً :

(الاول) فى صيغة العقد وأحكامه وآدابه .

أما الصيغة : فالإيجاب والقبول .

قال الجوهري: النكاح^(١) الوطىء، وقد يكون العقد، تقول نكحتها ونكحت

هى أى تزوجت .

ثم انه ورد فى الكتاب تارة بمعنى العقد كقوله تعالى «بأياها الذين آمنوا اذا

(١) فى الرياض : النكاح هو فى اللغة الوطىء على الأشهر كما نقل ، بل عليه
الاجماع فى المختلف ، وهو الظاهر من الجوهري كغيره من أهلها ، الا أن المحكى عن
الراغب استحالته وعن ابى القاسم الزجاج اشتراكه بينه وبين العقد وهو الظاهر من غيره
أيضاً .

وربما قيل بمجازيته فيهما ، لاخذهما من الضم والاختلاط والغلبة . ورد بعدم منافاة
التجاوز باعتبار أصله الحقيقة فيهما أوفى أحدهما فى عرف اللغة ، مضافاً الى كون اطلاقه
على الوطىء باعتبار وجود احد المعانى فيه ، وهو لا ينافى الحقيقة .

ويتوجه على الاول ان عدم المنافاة فرع وجود الدليل على الدعوى وليس فالاصل
عدم النقل ، وعلى الثانى انه يتوقف صحته على ارادة ما ذكر من حاق اللفظ والخصوصية

نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة^(١) وتارة بمعنى الوطىء كقوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره »^(٢)، فهل هو شرعاً مشترك بينهما أو حقيقة في الاول مجاز في الثاني ؟

قبل بالاول، لان الاصل في الاستعمال الحقيقة، وقيل بالثاني . وهو الاقرب لما تقرر في الاصول من أولوية المجاز عند التعارض مع الاشتراك ، وحيث من الخارج وليس الكلام فيه بل هو في استعماله في المركب منهما وهو غير الاصل فيكون مجازاً .

وفي الشرع العقد خاصة على الاشهر كما حكى، بل عن الشيخ والحلى والايضاح دعوى الاجماع عليه ، وهو الحجة فيه مع أصالة عدم النقل ان قلنا باتحاد اللغة معه وغلبة استعماله في الشرع كذلك ، حتى قيل انه لم يرد في القرآن بذلك الا قوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره » لاشتراط الوطىء في المحلل وفيه نظر وهي اشارة الحقيقة ، لايراثها التبادر للصحة النفي في مثل « هذا سفاح وليس بنكاح » لاحتمال الاعتماد على القرينة كما فيه . وقيل بالعكس للاصل بناء على كونه لغة كذلك، وقيل بالاشتراك بينهما للاستعمال والاصل فيه الحقيقة ولقوله « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم » لدخول الامرين فيه .

ويضعف الاول بعد تسليم الثبوت لغة كذلك بتخصيص الاصل بامام، والثاني بأعمية الاستعمال وعدم الدليل على ارادتهما معاً مع الاية وتساويهما في الحكم على تقدير تسليمه غير ملازم لذلك .

هذا على القول بجواز استعمال المشترك في معنييه والا فهو باطل من اصله . انتهى قوله رحمه الله . ١٤ : قوله في نكح : اصل النكاح للعقد ثم استعير للجماع ، ومحال ان يكون في الاصل للجماع ثم استعير للعقد ، لان اسماء الجماع كلها كنايةات لاستقباحهم ذكره كاستقباح تعاطيه ، ومحال ان يستعير من لا يقصد فحشاً اسم ما يستفظونه لما يستحسنونه ، قال تعالى « وانكحوا الايامى » « اذا نكحتم المؤمنات فانكحوهن باذن اهلن » الى غير ذلك من الايات .

(١) سورة الاحزاب : ٤٩ .

(٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

غلب استعماله في العقد بالاستقراء وصح نفيه عن الوطى ، اذ يقال « هذا سفاح وليس بنكاح »، وهما من علائم الحقيقة كان حقيقة في العقد، فهو اذاً عقد لفظي مملك للوطى ابتداء .

واحترزنا بالابتداء عن شراء الامة واتهابها ، فانه أيضاً مملك للوطى لكن لا ابتداء بل تبعاً لمملك العين .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :
(الاولى) قيل النكاح ينقسم بانقسام الاحكام الخمسة : فالواجب ما خيف مع عدمه الوقوع في الزنا ، والحرام ما منع منه كنكاح الخامسة وما اشتمل على ترك واجب ، والمكروه كنكاح القابلة المريبة ومن ولد من الزنا ، والمندوب هو ما حصلت معه القدرة على المؤنة والشهوة غير المخوف معها الزنا وهو اجماع ، والمباح عند الشيخ في المبسوط^(١) هو ما لم تحصل معه الشهوة وان حصلت القدرة . وعند ابن حمزة من المكروه ما انتفى فيه الشهوة والقدرة معاً فان انتفى أحدهما فهو مباح .

(الثانية) الاقرب أنه مستحب مطلقاً ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : ما استفاد امرؤ مسلم فائدة بعد الاسلام أفضل من زوجة مسلمة تسره اذا نظر اليها وتطيعه اذا أمرها وتحفظه اذا غاب عنها في نفسها وماله^(٢) . وغير ذلك من الاحاديث .

(١) المبسوط ١٦٠/٤ قال فيه : النكاح مستحب في الجملة للرجل والمرأة ليس بواجب خلافاً لداود . والناس ضربان ضرب مشتة للجماع وقادر على النكاح وضرب لا يشتهي . فالمشتهى يستحب له ان يتزوج والذي لا يشتهي المستحب ان لا يتزوج لقوله تعالى « وسيداً وحصوراً » ، فمدحه على كونه حصوراً وهو الذي لا يشتهي النساء وقال قوم هو الذي يمكنه ان يأتي ولكن لا يفعله . انتهى .

أقول : ظهور كلامه هذا استحباب ترك النكاح لمن لا يشتهي .

(٢) الكافي ٣٢٧/٥ ، التهذيب ٢٤٠/٧ ، الفقيه ٢٤٦/٣ ، الوسائل ٢٣/١٤ .

ويشترط النطق بأحد ألفاظ الثلاثة : زوجتك ، وانكحتك ،
ومتعتك . والقبول وهو الرضاء بالايجاب .

واحتجاج الشيخ بأنه مدح عيسى عليه السلام بالحضور وهو الذي لا يقارب
النساء يدل على أفضلية الترك . ضعيف ، لجواز كونه من خواص الانبياء اذا
منعهم عن كمال التبليغ ، أو أنه في الشريعة السابقة كذلك ، ولذلك كان عيسى
عليه السلام غير موصوف به مطلقاً ، ولا يلزم مثله في حق نبينا عليه السلام لجواز
اختصاصه من الله بمزيد عناية يقدر معه على كمال التبليغ من غير معارضة النكاح
له . مع اشتمال النكاح على تكثير النسل المفيد لتكثير اشخاص النوع ، ولما
فيه من رياضة النفس وتسكين الشهوة عن معارضة القوة العاقلة .

(الثالثة) لو تعارض التخلي للعبادة المندوبة والنكاح بحيث لا يحصل كمال
التخلي الامع تركه هل هو أفضل أم التخلي ؟ الحق الاول ، لما قلناه من الحديث
ولكونه أيضاً عبادة لما تقرر من فضيلته في نفسه ، قال عليه السلام : رذال
موتاكم العزاب^(١) . وقال : ركعتان يصليهما المتزوج أفضل من سبعين ركعة
يصليها أعزب^(٢) .

قوله : ويشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة زوجتك وانكحتك ومتعتك

(١) الكافي ٣٢٩/٥ ، التهذيب ٢٣٩/٧ ، الفقيه ٢٤٢/٣ وفي الاخير « اراذل »
وهو جمع رذل بمعنى رداً فهو رذل ، ويجمع على اراذل مثل كلب واكالب واكلب ، والانشى
رذلة والرذال بالضم والرذالة بمعناه وهو الذي انتفى جيده وبقي اراذله .

والعزاب جمع عزب بفتحين يقال للرجل اذا لم يكن له اهل ، ويقال : وامرأة عزب
أيضاً .

(٢) الكافي ٣٢٨/٥ ، الفقيه ٢٤٢/٣ ، التهذيب ٢٣٩/٧ وفي الاخير : يصليهما
العزب .

أما الاولان فلاخلاف في وقوعه بهما ، ولقوله تعالى « فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها »^١ وقوله « حتى تنكح زوجاً غيره »^٢.

وأما الثالث فلاخلاف أيضاً في وقوع المنقطع به لكونه صريحاً فيه، وهل يقع به الدائم؟ قيل نعم، واختاره المصنف هنا، لما ورد أنه مع الاخلال بالاجل ينقلب دائماً، مع أنه قد تقرر وقوع المنقطع به فجاز حينئذ وقوع الدائم به.

وفيه نظر، لان انعقاده دائماً مبني على جواز انعقاد الدائم بلفظ « تمتع » فلو بني الجواز عليه دار. والاقوى عدم الوقوع به لوجهين:

« ١ » - أصالة عصمة الفرج، خرج منه موضع الاجماع فيبقى الباقي على أصله.

« ٢ » - لا كلام في كون « تمتع » حقيقة في المنقطع فيكون مجازاً في الدائم والالزم الاشتراك، ولا يجوز استعمال الالفاظ المجازية في العقود والالزم الاشتراك وعدم انحصار الالفاظ، وهو منفي بالاجماع. ويترتب على ذلك فوائد:

- (الاولى) انه لا يصح وقوعه بغير العربية الامع العجز.
- (الثانية) لا يصح بالمرادف من الالفاظ العربية.
- (الثالثة) يجب توقي اللحن المخل بالمقصود.
- (الرابعة) حيث أن القبول كالمعلول والاثر للايجاب فلفظ الايجاب يدل عليه، فلا يشترط فيه لفظ معين بل كل ما دل على الرضا صح وقوعه به.

(١) سورة الاحزاب : ٣٧ .

(٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

وهل يشترط وقوع تلك الالفاظ بلفظ الماضي ؟ الاحوط
نعم ، لانه صريح في الانشاء .
ولو أتى بلفظ الامر كقوله للولى : زوجنيها ، فقال : زوجتك ،
قيل : يصبح كما في قصة سهل الساعدي .
ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله : أتزوجك ، قيل : يجوز كما
في خبر ابان عن الصادق عليه السلام في المتعة : أتزوجك ، فاذا
قالت : نعم ، فهي امرأتك .

قوله : وهل يشترط وقوع تلك الالفاظ بلفظ الماضي ؟ الاحوط نعم
لانه صريح في الانشاء

علم من استقراء قواعد الشرع استعمال الماضي في الانشاءات ليكون نصاً
في الوقوع لدخول الماضي في الوجود ، لان المستقبل محتمل للوعد ، فمع
جوازه ان أوقع عقداً آخر بلفظ المستقبل عاد الكلام فيه كالاول وهلم جراً ،
بخلاف الماضي فانه نص في الانشاء ، لانه ان علم عدم سبق صيغة فهو الانشاء
والافهواقرار يفيد فائدة الانشاء. ومراد المصنف بقوله «تلك الالفاظ» ما هو أعم
من ألفاظ الايجاب أو القبول، والا لما كان لايراد الخبرين وجه لانهما في القبول
لا الايجاب ، ولو قال الاجود أو الاقوى نعم كان أولى .

قوله : ولو أتى بلفظ الامر كقوله للولى زوجنيها . الى قوله : ولو أتى
بلفظ المستقبل كقوله أتزوجك - الى آخره

هذا اشارة الى ما قاله الشيخ في «المبسوط»^(١) من صحة وقوع القبول

بلفظ الامر أو الاستقبال .

(١) المبسوط ٤/١٩٤ .

ولو قال زوجت بنتك من فلان فقال نعم فقال الزوج قبلت .

صح ، لانه يتضمن السؤال .

أما الاول فلخبر سهل الساعدي : ان امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله فوهبته نفسها فلم يقبل ذلك، فقال له رجل: زوجنيها يا رسول الله . فقال : على أي شيء . فقال : على ازارى هذا . قال : ان أعطيتها اياه جلست ولا أزارلك فالتمس غيره . فقال : ما أجد شيئاً . فقال له : هل معك شيء من القرآن . قال : نعم سورة كذا وسورة كذا وسماهما . فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : زوجتكها بما معك من القرآن^(١) .

وفيها دلالة على أمور: « ١ » جواز تقدم القبول ، « ٢ » وقوع تعليم القرآن مهراً ، « ٣ » كون التمكن من النفقة ليس شرطاً في الحال ، « ٤ » كون النبي صلى الله عليه وآله وسلم أولى بالمؤمنين من أنفسهم^(٢) ، « ٥ » كون الخطبة للنكاح غير واجبة والا لما تركها صلى الله عليه وآله وسلم ويجوز تركه للندب تعليماً لجوازه ، « ٦ » وقوع القبول بلفظ الامر . وفيه نظر ، لامكان الاعادة بلفظ الماضي وعدم النقل لا يستلزم العدم .

وأما الثاني فلخبر أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام^(٣) في المتعة . وفيه أيضاً النظر المتقدم أو اضممار تقديره فهي امرأتك ان قبلت ، واطلاق اسم امرأتك تجوز تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه .

قوله: ولو قال زوجت بنتك من فلان فقال نعم فقال الزوج قبلت صح

لانه يتضمن السؤال

(١) المستدرک الباب ٢ من ابواب المهور ، السنن للبيهقي ٢٤٢/٧ ، كنز العمال ٥٣٩/١٦ مع اختلاف في هذه المصادر .

(٢) اشارة الى الاية الشريفة ٦ من سورة الاحزاب .

(٣) الكافي ٤٥٥/٥ ، التهذيب ٢٦٥/٧ ، الاستبصار ١٥٠/٣ ، الوسائل ٤٦٦/١٤ .

ولا يشترط تقديم الايجاب .

هذا الحكم ذكره الشيخ^(١) ، ووجهه أن « نعم » صريحة في اعادة ما تقدم من السؤال أعني زوجت ، وزوجت صريح والصريح في الصريح صريح . وفيه نظر ، لان «هل زوجت» بفتح التاء استخبار فهو انشاء و«نعم زوجت» بضم التاء خبر ، لانه لو كان انشاء لم يصلح أن يكون جواباً للاستخبار ، لان معناه هل وقع منك زواج في الزمن الماضي أم لا ، فيكون الجواب وقع أو لم يقع ، فان كان قد وقع صح ورجع القبول من الزوج الى الانشاء السابق ، وان لم يقع لم يكن الخبر المعبر عنه بنعم للايجاب بل لابد من اعادة الايجاب . نعم يحكم عليه لكونه اقراراً ، لكن الاقرار لا يصلح لتحليل البضع ، لانه ليس سبباً بل كاشف عن السبب . والاولى عدم الوقوع ، وهو اختيار العلامة في المختلف وولده .

قوله : ولا يشترط تقديم الايجاب

هذا هو المشهور ، قال الشيخ في المبسوط^(٢) انه بغير خلاف وجعل الحججة في ذلك خبري سهل وابان . وقد عرفت ما فيهما . فالاولى أن يقال : لاشك أن الاصل يقتضي تقديم الايجاب لكونه كالعلة والمؤثر المتقدمين على المعلول أو الاثر طبعاً ، وعدل عن ذلك في النكاح لان حياء المرأة يمنعها من الابتداء به .

(١) المبسوط ١٩٣/٤ .

(٢) المبسوط ١٩٤/٤ قال فيه : فاذا تعاقدا فان تقدم الايجاب على القبول فقال زوجتك فقال قبلت التزويج صح وكذلك اذا تقدم الايجاب في البيع على القبول صح بلا خلاف ، واما ان تأخر الايجاب وسبق القبول فان كان في النكاح فقال الزوج زوجتنيها فقال زوجتكها صح وان لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر سعد الساعدي . الى آخر ما قال .

ولا تجزى الترجمة مع القدرة على النطق وتجزى مع العذر ،
كالاعجم وكذا الإشارة للاخرس .

وأما الحكم فمسائل :

(الاولى) لاحكم لعبارة الصبى ولا المجنون ولا السكران .

وفى رواية : اذا زوجت السكرى نفسها ثم افاقت فرضيت به

أو دخل بها واقرته كان ماضياً .

قوله : ولا تجزى الترجمة مع القدرة على النطق

هذا قول الشيخ في المبسوط^(١) وادعى عليه الاجماع ، وجعل ابن حمزة

ايقاع العقد بالعربية من المستحبات، وهو يستلزم جواز ايقاعه بلغة أخرى محتجاً

بأن المقصود هو المعنى بالذات واللفظ مقصود بالعرض ، لان الغرض منه كونه

آلة لا يصل المعنى الى الذهن ، فأى لفظ أدى ذلك كفى .

وفيه نظر ، لانا نمنع عدم تعلق الغرض بخصوص اللفظ ، بل الخصوص

مقصود والالجاز المرادف فيلزم الاشتمار .

قوله : وفى رواية اذا زوجت السكرى نفسها ثم افاقت فرضيت او

دخل بها فأفاقت واقرته كان ماضياً

هذه رواية محمد بن اسماعيل بن بزيع فى الصحيح عن الصادق عليه السلام^(٢)

(١) المبسوط ١٩٤/٤ قال فيه : فان عقدا بالفارسية فان كان مع القدرة على العربية

فلا يتعقد بلا خلاف وان كان مع العجز فعلى وجهين احدهما يصح وهو الاقوى والثانى

لا يصح .

(٢) الفقيه ٢٥٩/٣ ، التهذيب ٣٩٢/٧ عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : سألت

الرضا عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب نبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا فى سكرها ثم

افاقت فانكرت ذلك ثم ظنت انه يلزمها فودعت منه - فى التهذيب : ففرغت منه -

(الثانية) لا يشترط حضور شاهدين ولا ولي ، اذا كانت الزوجة
بالغة رشيدة على الاصح .

وعمل بها الشيخ في النهاية^١ والفاضي ومنعها ابن ادريس^٢ .
والاولى العمل عليها لصحتها ، لكنها محمولة على سكر لم يسلب أهلية
الايجاب لعدم زوال عقلها بالكلية، فان عملنا بها على الوجه المذكور انسحب
الحكم في الزوج لو كان سكراناً أو كانا معاً سكرانين لحصول القصد .

قوله : لا يشترط حضور شاهدين ولا ولي اذا كانت الزوجة بالغة رشيدة

على الاصح

هذا قول الاصحاب جملة ، ولم يخالف فيه غير ابن ابي عقيل ، فانه جعل
ذلك شرطاً في الدائم خاصة ، محتجاً برواية المهلب الدلال عن الكاظم عليه
السلام^٣ . لكنها مشتملة على المكاتبه مع أن رجالها غير معلومة فلا يعول عليها
مع اجماع الاصحاب على خلافها ، وكفى بذلك دليل .

فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أحلال هو لها او التزويج فاسد لمكان السكر
ولاسبيل للرجل عليها - في التهذيب : للزوج عليها - فقال : اذا اقامت معه بعد ما افاقت فهو
رضاها - في التهذيب: رضا منها - فقلت : وهل يجوز ذلك التزويج عليها؟ - ليس « هل »
في التهذيب - فقال : نعم .

(١) النهاية : ٢٦٨ قال فيه : واذا عقدت المرأة على نفسها وهي سكرى كان العقد
باطلاً، فان افاقت ورضيت بقعلها كان العقد ماضياً ، وان دخل بها الرجل في حال السكر ثم
افاقت الجارية فأقرته على ذلك كان ذلك ماضياً .

(٢) السرائر : ٢٩٨ قال فيه بعد نقل قول الشيخ بالصحة : والذي يقوى عندي ان
هذا العقد باطل ، فاذا كان باطلا فلا يقف على الرضا والاجازة لانه لو كان موقوفاً وقف على
الفسخ والاجازة وشيخنا قال كان العقد باطلا ، فاذا كان باطلا فكيف يكون في نفسه بعد
الافاقة والرضا ماضياً - الى آخر ما قال رحمه الله .

(٣) التهذيب ٢٥٥/٧ ، الاستبصار ١٤٦/٣ .

(الثالثة) لو ادعى زوجية امرأة وادعت أختها زوجيته، فالحكم
لبينة الرجل الا أن يكون مع المرأة ترجيح من دخول أو تقديم تاريخ.
ولو عقد على امرأة وادعى آخر زوجيتها لم يلتفت الى دعواه
الا مع البينة .

وأما ما رواه الجمهور من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لانكاح ابولي
وشاهدي عدل^(١) . فان فيه اضراراً ضرورية، وهو اما الجواز أو الصحة ، وليس
ذلك بأولى من اضرار الأفضلية ولا كلام فيها ويكون كقوله صلى الله عليه وآله
وسلم : لاصلاة لجار المسجد الا في المسجد^(٢) ولا صدقة وذورحم محتاج^(٣) ،
وكذا ما رووه من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : ايما امرأة نكحت بغير اذن
وليها فنكاحها باطل^(٤) محمول على الصغيرة، ويعارض بقوله صلى الله عليه وآله
وسلم : الايم أحق بنفسها من وليها^(٥) . وبقوله : ليس للولي مع الثيب أمر^(٦) .

قوله: لو ادعى زوجية امرأة وادعت اختها زوجيته فالحكم لبينة الرجل
الا أن يكون مع المرأة ترجيح من دخول أو تقدم تاريخ

(١) كنز العمال ٣٠٨/١٦ بلفظ: « لانكاح ابولي وشاهدين » وفي اخرى « وشاهدي
عدل »، سنن ابن ماجه ٦٠٥/١ ، سنن الترمذى ٤٠٧/٣ ليس في كليهما « وشاهدي عدل »
الا انه في الثانى انعقد باباً « باب ماجاء لانكاح الابينة » واخرج عن ابن عباس عن النبى
صلى الله عليه وآله وسلم قال : البغايا اللاتي ينكحن انفسهن بغير بينة .

(٢) راجع الوسائل ٤٧٨/٣ الباب ٢ من ابواب احكام المساجد .
(٣) الاحتجاج ٣١٤/٢ ، اخرجه عن الحميرى هكذا : لا يقبل الله الصدقة وذورحم
محتاج .

(٤) سنن الترمذى ٤٠٨/٣ ، سنن ابن ماجه ٦٠٥/١ ، كنز العمال ٣٠٩/١٦ .

(٥) كنز العمال ٣١٠/١٦ .

(٦) كنز العمال ٣١١/١٦ وفي رواية : الثيب احق بنفسها من وليها اخرجه في كنز

العمال ٣١٢/١٦ .

هنا فوائد :

(الاولى) اذا فرض حصول الصورة المفروضة فلا يخلو الحال : اما أن لا

يقيما معاً بينة أو يقيما معاً بينة أو يقيم احدهما بينة دون الاخر ، واذا أقاما بينة فاما أن يكونا مطلقتين أو مؤرختين أو احدهما مطلقة والاخرى مؤرخة ، واذا كانتا مؤرختين فاما أن يتقدم تاريخ بينته أو تاريخ بينتها او اقتربنا ، فالاقسام حينئذ أربعة عشر :

« ١ » - أن لا يقيما بينة ولا يكون قد دخل ، فالقول قوله عملاً بالقاعدة^(١) .

« ٢ » - المسألة بحالها ويكون قد دخل بالمدعية ، فالقول قولها لتصديقه اياها بفعله الذي الاصل فيه الصحة .

« ٣ » - أن يقيم أحدهما البينة دون الاخر ، فالحكم لصاحب البينة ان لم يكن قد دخل .

« ٤ » - المسألة بحالها ويكون قد دخل فالحكم كذلك .

« ٥ » - أن يقيما بينتين مطلقتين ويدخل ، فالحكم لبينتها .

« ٦ » - المسألة بحالها ولم يدخل ، فيقدم بينته للنص .

« ٧ » - أن تكون احدهما مطلقة والاخرى مؤرخة ويكون قد دخل ، فالحكم لبينتها .

« ٨ » - المسألة بحالها ولم يدخل ، فالحكم لبينته .

« ٩ » - أن تكونا مؤرخين ويدخل مع تقدم تاريخ بينته ، فالحكم لبينتها وهو على خلاف الاصل ، لان مقتضى القاعدة سقوط متأخر التاريخ لكن النص والرواية عليه .

(١) والقاعدة المشار اليها هي « البينة على المدعى واليمين على من انكر » وهو منكر

دعواها .

(الرابعة) لو كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة ولم يسمها ثم
اختلفا في المعقود عليها فالقول قول الاب، وعليه أن يسلم اليه التي
قصدها في العقد ان كان الزوج رآهن .

« ١٠ » - المسألة بحالها ولم يدخل ، فالحكم لبينته .

« ١١ » - أن يتقدم تاريخ بيبتها ويكون قد دخل ، فالحكم لبينتها .

« ١٢ » - المسألة بحالها ولم يدخل ، فالحكم لبينتها .

« ١٣ » - اقترنا ولم يدخل ، فالحكم لبينته . وهذا أيضاً بالنص ، لان مقتضى

القاعدة أن مع اتحاد التاريخ التساقت .

« ١٤ » - اقترنا وقد دخل ، فالحكم لبينتها للنص أيضاً .

(الثانية) اذا كان المقدم في الصورة المذكورة سابق التاريخ لم يحتج الى

اليمين قطعاً ، واذا كان المقدم غير سابق التاريخ فهل يحتاج مع ذلك الى اليمين

أم لا ؟ يحتمل الاحتياج ، لكون ذلك خلاف الاصل فيضعف فيقوى باليمين .

ويحتمل العدم ، لعدم اشتراط ذلك في النص ، فلو اشترطناه لزم اقامة جزء السبب

مقامه . وهو باطل .

(الثالثة) هل يتعدى الحكم في الصورة المذكورة لو كان المدعي الام والبنات

استشكله العلامة في القواعد^١ من أنه على خلاف الاصل فيقتصر به على محله

ومن اتحاد الصورة وهو كل مرأتين لا يجمع بينهما في النكاح ولا مدخل للاجنبية

في الحكم . والحق عدم التعدي ، لانه القياس بعينه .

قوله: لو كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة ولم يسمها ثم اختلفا في
المعقود عليها فالقول قول الاب، وعليه أن يسلم اليه التي قصدها في العقد
ان كان الزوج رآهن

(١) القواعد ، اواخر الفصل الاول من الباب الثاني . ٦١٢٢١ ٦١٢٢٢ (٦)

وان لم يكن رآهن فالعقد باطل . (شعبان ١١١)
وأما الآداب فقسمان :
(الاول) آداب العقد .
ويستحب له أن يتخير من النساء البكر العفيفة الكريمة الاصل ،
وأن يقصد السنة لا الجمال والمال فربما حرهما .
ويصلي ركعتين ويسأل الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهن
وأحفظهن وأوسعهن رزقاً وأعظمهن بركة .
ويستحب الاشهاد والاعلان والمخاطبة أمام العقد وايقاعه ليلاً .
ويكره والقمر في العقب ، وأن يتزوج العقيم .
(القسم الثاني) في آداب الخلوة :

وان لم يكن رآهن فالعقد باطل
أصل هذه المسألة رواية ابي عبيدة عن الباقر عليه السلام^(١) . وأفتى الشيخ
في النهاية^(٢) بمضمونها ، وتبعه القاضي .
وقال ابن ادريس^(٣) الشيخ رجع عن ذلك في المبسوط^(٤) وحكم ببطان
العقد وان رآهن الزوج ، لان امتياز المعقود عليها شرط في صحة العقد وهو
مفقود هنا . وأيضاً أي دخل لرؤية الزوج في صحة العقد وعدمها في عدم
الصحة .

-
- (١) التهذيب ٣٩٣/٧ ، الفقيه ٢٦٧/٣ ، الكافي ٤١٢/٥ .
 - (٢) النهاية : ٤٦٨ .
 - (٣) السرائر : ٢٩٩ .
 - (٤) المبسوط ١٩٢/٣ .

يستحب صلاة ركعتين إذا أراد الدخول، والدعاء، وأن يأمرها بمثل ذلك عند الانتقال، وأن يجعل يده على ناصيتها ويكونا على طهر، ويقول: اللهم على كتابك تزوجتها إلى آخر الدعاء، وأن يكون الدخول ليلاً، ويسمى عند الجماع، وأن يسان الله تعالى أن يرزقه ولداً ذكراً.

واختار المصنف والعلامة^(٢) قول الشيخ في النهاية والعمل بالرواية، لأنه

لا بعد في أن الزوج لما رآهن فوض اختيار واحدة منهن إلى الأب، وأنه راض

بتعيينه.

إذا نوى الأب معينة منهن قبل قوله لأنه وكيل فيقبل قوله فيما وكل فيه، بخلاف ما إذا لم يرهن الزوج أو رآهن ولم ينبو الأب معينة. بأن العقد باطل حينئذ

لعدم التعيين لفظاً ونية أو لعدم التوكيل فيه.

قوله: ويقول اللهم على كتابك تزوجتها - إلى آخر الدعاء،

صورة الدعاء «اللهم على كتابك تزوجتها وفي أمانتك اخذتها وبكلماتك

استحللت فرجها، فان قضيت فهي رحمها ولداً فاجعله مسلماً سويماً ولا تجعله

شرك شيطان^(٣).

(٢) القواعد، الباب الثاني في العقد. قال فيه: ولو كان له عدة بنات فزوجه واحدة

منهن ولم يذكر اسمها حين العقد فان لم يقصد معينة بطل وان قصد صح فان اختلفا في المعقود

عليها فان كان الزوج قدر آهن كلهن فالقول قول الأب لان الظاهر انه وكل التعيين اليه

وعليه ان يسلم اليه المنوية ولو مات قبل البيان اقروا وان لم يكن رآهن بطل العقد.

(٣) الكافي ٥٠١٧٥، التهذيب ٤٠٧٨.

ويكره الجماع ليلة الخسوف ويوم الكسوف ، وعند الزوال ،
وعند الغروب حتى يذهب الشفق ، وفي المحاق ، وبعد الفجر حتى
تطلع الشمس ، وفي أول ليلة من كل شهر الا شهر رمضان ، وفي
ليلة النصف ، وفي السفر اذا لم يكن معه ماء للغسل ، وعند الزلزلة
والريح الصفراء والسوداء ، ومستقبل القبلة ومستدبرها ، وفي
السفينة ، وعارياً ، وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء .

قوله : وفي المحاق

يقال بضم الميم وكسرها ، وهو الثلاث الاخير من الشهر ، والعرب تسمى
كل ثلاث ليال باسم ، فلها حينئذ عشرة أسماء : غرر^١ ثم نقل^٢ ثم تسع^٣ ثم عشر

(١) الفرر والفر يقال ثلاث ليال من الشهر . وذلك لبياضها وطلوع القمر في اولها
وقد يقال ذلك للايام أيضاً . وبعده النقل وهي الليلة الرابعة والخامسة والسادسة من الشهر
لكونها زيادة للاصل الذي هو الفرر التي كان يياضها قليلا كقرفة الفرس فزاد في هذه الليالي .
(٢) التسع كضرب : الليلة السابعة والثامنة والتاسعة من الشهر وهي بعد النقل يقال
لها لان اخر ليلة منها هي التاسعة . والعشر وهي بعد التسع وهي الليالي العاشرة والحادية
عشر والثانية عشر . والبيض الثلاث عشرة واربع عشرة والخمس عشرة . والليالي الدرع
والدرع كمرد وقفل : الثالثة عشرة والرابعة عشرة والخامسة عشر فالبيض والدرع معناهما
واحد .

وقال ابو عبيدة : الليالي الدرع هي اسود الصدور البيض الاعجاز من آخر الشهر
والبيض الصدور الشود الاعجاز من اول الشهر فاذا جاوزت النصف من الشهر فقد ادرع
وادراعه سواد اوله وكذلك غنم درع للبيض المآخير السود المقادير .

ثم بيض ثم درع ثم ظلم^(١) ثم حنادس ثم دآدى^(٢) ثم محاق. فالغرر لان غرة كل شهر اوله ، والنفل من النفل وهو الزيادة لزيادة الهلال فيها، والتسع باسم آخرها والعشر أولها والبيض لبياض جملتها، والدرع من قولهم شاة درعاء التي رأسها اسود وباقيها أبيض وقياسه على هذا درع بسكون الراء لكنه حرك على غير قياس والظلم لظلامها، والحنادس لشدة سوادها، والدآدى واحدها دأءاء يقصرو ويمد من الدئداء وهو أشد عدو البعير وقد دأءاء دأءاء وديداء، قال ابو عمرو والديداء والداءاء من الشهر آخره، والمحاق من محقه يمحقه محقاً أي ابطله ومحاه وذلك لبطلان الشهر معها .

(فائدتان) :

(الاولى) هل الكراهية مختصة بالجماع أوبه وبالعقد؟ ظاهر كلامهم أنه هو الاول ، ويحتمل الثاني لرواية الكليني عن الكاظم عليه السلام : من تزوج في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد^(٣).

(الثانية) ليلة السابع والعشرين ليست من المحاق وان جاء الشهر ناقصاً لانها من الدآدى .

(١) قال الجوهري: يقال لثلاث ليال من ليالى الشهر اللأى يلين الدرع ظلم لاظلامها على غير قياس لان قياسه ظلم بالتسكين لان واحدهما ظلماء .
والحنديس : الظلمة والليل الشديد الظلمة . والحنادس : ثلاث ليال من الشهر لظلمتهن ويقال دحامس .

(٢) الدآءاء والدؤدؤ والدؤداء والدئداء : آخر ايام الشهر وقيل : ليلة خمس وست وسبع وعشرين وفي الصحاح : الدآدى : ثلاث ليال من آخر الشهر قبل ليالى المحاق . والمحاق بضم الميم وكسرهما : سمي محاقاً لانه طلع من الشمس فمحقته فلم يره احد . وقال ابو عبيد وابن الاعرابي : الثلاث التي هي آخر الشهر .

(٣) الكافي ٤٩٩/٥ ، التهذيب ٤١١/٧ ، الفقيه ٢٥٤/٣ .

والجماع ، وعنده من ينظر اليه ، والنظر الى فرج المرأة ،
والكلام عند الجماع بغير ذكر الله تعالى . مسائل :
مسائل :

(الاولى) يجوز النظر الى وجه امرأة يريد نكاحها وكفيها .
وفي رواية الى شعرها ومحاسنها .

قوله : والجماع وعنده من ينظر اليه
سواء كان الناظر أجنبياً أو غيره والزوجة حرة أو لا . وقال المفيد^(١) في الزوجة
الحرّة لا يجوز ، فان أراد التحريم فالمسألة خلافية والافلا . والظاهر أن مراده
شدة الكراهية .

قوله : والنظر الى فرج المرأة
يريد به حال الجماع لا مطلقاً ، وكراهيته مشهورة ، وروى سماعة لابأس
الانه يورث عمى الولد^(٢) . وعده ابن حمزة من المحرمات لاستقباح النظر الى
العورة ، قالواولى الكراهية .

قوله : وفي رواية الى شعرها ومحاسنها
هذه رواها عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام^(٣) ، والمخبر عن وراه
الثياب . اذا عرفت هذا فهنا فوائده :
(الاولى) ان هذا الجواز مشروط بارادة النكاح ، سواء كان دائماً أو منقطعاً
لكن لابد من كونه ممكناً شرعاً وعرفاً ، فلو حصل مانع شرعي أو عرفي لم يجوز .

(١) المقنعة : ٨٠ . قال فيه : ولا يجوز للرجل ان يجامع زوجته وله زوجة اخرى حرة
تراه ؟ ولا بأمن بذلك في الاماء وملك اليمين .
(٢) التهذيب ٤١٤/٧ .
(٣) التهذيب ٤٣٥/٧ ، الفقيه ٢٦٠/٣ .

وكذا الى أمة يريد شراءها . والى أهل الذمة لانهن بمنزلة

قوله

الاماء ما لم يكن لتلذذ .

(الثانية) ان مع الامكان المذكور لا يشترط اذنها ولا علمها بارادة نكاحها ويجوز تكراره قائمة وماشية .

(الثالثة) ورد جواز النظر الى وجه الاجنبية وان لم يرد نكاحها وان كان عمداً لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لكم أول نظرة فلا تتبعوها بالثانية^(١) . وحينئذ يقع الفرق بوجهين : الاول عدم كراهيته لمن يريد النكاح وكراهية هذا ، الثاني جواز تكرار الاول وعدم جواز تكرار الثاني .

قوله : والى أهل الذمة لانهن بمنزلة الاماء ما لم يكن لتلذذ

قوله الشيخان^(٢) في النهاية والمقنعة والقاضي ، وقال ابن ادريس^(٣) الذي يقوى في نفسي ترك هذه الرواية ، لقوله تعالى « قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم »^(٤) واختاره العلامة في المختلف^(٥) ، وهو حسن .

(١) الفقيه ٣/٤٠٤ فيه : اول نظرة لك والثانية عليك ولالك والثالثة فيها الهلاك . سنن الترمذي ١٠١/٥ ، سنن ابى داود ٢٤٦/٢ وفيهما : يا على لا تتبع النظرة النظرة فان لك الاولى وليست لك الاخرة .

(٢) النهاية : ٤٨٤ قال فيه : والنظر الى نساء اهل الكتاب وشعورهن لا بأس به لانهن بمنزلة الاماء اذا لم يكن النظر لرية او تلذذ فأما اذا كان كذلك فلا يجوز النظر اليهن على حال . والمقنعة : ٨١ .
(٣) السرائر : ٣٠٨ .
(٤) سورة النور : ٣٠ .
(٥) المختلف ٢/٨٦ .

وينظر الى جسد زوجته باطناً وظاهراً ، والى محارمه ما خلا
العورة .

قوله : والى محارمه ما خلا العورة

المحرم هو كل امرأة ملك وطأها أو حرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة بعقد أو ملك يمين ، أما التي ملك وطأها فيجوز النظر اليها كالزوجة باطناً وظاهراً ، وأما من حرم وطأها فيباح النظر منهن الى الوجه والكفين والقدمين اجمعاً ، ويحرم النظر الى القبل والدبر لغير ضرورة من مباشرة علاج واشهاد ايلاج اجمعاً .
وأما غير ذلك من البدن فعلى ثلاثة أقسام : الاول الثدي حال الارضاع ، وهو يلحق بالوجه لشدة الحاجة الى ظهوره في أغلب الاوقات . الثاني الثدي لافي حال الارضاع . الثالث : سائر البدن غير ما ذكرنا وفي هذين القسمين خلاف قيل بالاباحة لقوله تعالى « ولا يدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن »^(١) الآية، وقيل بالتحريم لعموم « قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم »^(٢) . قال السعيد :^(٣) والاحوط أنه يحرم ما عدا الوجه والكفين والقدمين وما يظهر عادة بحسب اكثر الاوقات ، لان جسد المرأة كله عورة ويحرم النظر الى العورة .

(١) سورة النور : ٣١ .

(٢) سورة النور : ٣٠ .

(٣) الايضاح ٩/٣ قال فيه : يباح النظر الى الوجه والكفين والقدمين من المحارم المذكورين باجماع الامامية - الى ان قال - واما غير ذلك من البدن فأقسام ثلاثة : (الف) الثدي حال الارضاع وهو ملحق بالوجه لشدة الحاجة اليه ومشقة الاحتراز عنه اختاره والدي وبه افتى انا (ب) الثدي لافي حال الارضاع (ج) سائر البدن غير ما ذكرناه وفي هذين القسمين خلاف ، قيل : بالاباحة لقوله تعالى « ولا يدين زينتهن الا لبعولتهن او

الكرهية . (الثانية) الوطء في الدبر ، فيه روايتان ، أشهرهما الجواز على

قوله : الوطء في الدبر فيه روايتان أشهرهما الجواز على كراهية
أما رواية التحريم فعن سدير قال : سمعت الصادق عليه السلام يقول : قال
رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : محاش النساء على أمتي حرام^(١) . عمل
بها القميون وابن حمزة .

وأما رواية الجواز فعن عبد الله بن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام قال :
سألته عن الرجل يأتي المرأة في دبرها . قال : لا بأس اذا رضيت^(٢) . وبالاصل .
وأفتى بمضمونها اكثر علمائنا كالشيخين^(٣) والمرضى واتباعهما ، ويؤيده
الكتاب العزيز في قوله « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم انى شئتم »^(٤) ولفظ
« انى » للمكان كأين ، تقول اجلس انى شئت أي أي موضع شئت . وقد انهينا
القول فيها في « كنز العرفان »^(٥) .

وتحمل الرواية الاولى على التقية ، فان التحريم مذهب المخالفين الامالكأ
فانه قال : ما أدركت احداً اقتدي به في ديني يشك أن وطىء المرأة في دبرها
حلال ، ثم قرأ الآية المذكورة . أو تحمّل على الكراهية كما قال المصنف .

وتدل عليه رواية صفوان بن يحيى عن الرضا عليه السلام أنه قال : فنحن

آبائهن او اباؤهن بعولتهن» النور: ٣١ ، وقيل: بالتحريم لعموم قوله تعالى « قل للمؤمنين يغضوا
من ابصارهم » النور: ٣٠ ، واختار والدى في التذكرة الاول وهو الاباحة ، وهو الاقوى
عندى .

(١) الفقيه ٢٩٩/٣ ، التهذيب ٤١٦/٧ .

(٢) التهذيب ٤١٤/٧ ، الاستبصار ٢٤٢/٣ .

(٣) المبسوط ٢٤٣/٤ .

(٤) سورة البقرة : ٢٢٣ .

(٥) كنز العرفان ٢٢٩/٢ .

الزوجة (الثالثة) العزل عن الحرمة بغير اذنها ، قيل يحرم وتجب به دية النطفة عشرة دنانير ، وقيل مكروه وهو أشبهه ، ورخص في الاماء .

لانفعل ذلك (١) . وفي رواية اخرى عنه عليه السلام : أنهى عنه أهلي وخواص اصحابي . وكثيراً ما يعبر على الكراهية الشديدة بالتحريم .

قوله : العزل عن الحرمة بغير اذنها قيل يحرم وتجب به دية النطفة عشرة دنانير ، وقيل مكروه وهو أشبهه

العزل هو أنه لما يقرب الى الانزال يخرج ذكره ولا بدعه ينزل المنى منه في فرج المرأة .

إذا عرفت هذا فالتحريم قول الشيخ في المبسوط (٢) محتجاً بالروايات ، وبه قال ابن حمزة . والكراهية قول المرتضى وسلاروا بن ادريس (٣) ، لانه حقه يضعه حيث يشاء ، ولرواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال : ذلك الى الرجل بصرفه حيث شاء (٤) . والاقوى الاول ، لاشتراك الفائدة بين الزوجين فلا يجوز الامع اذنها ، أو الاشتراط عليها في العقد ، وهو مذهب العلامة (٥) والشهيد .

(١) التهذيب ٤١٥/٧ ، الكافي ٥٤٠/٥ ، الاستبصار ٢٤٣/٣ .

(٢) المبسوط ٢٦٧/٤ قال فيه : وان كانت - الزوجة - حرة فان اذنت له فلا بأس وان لم تأذن فهل له العزل على وجهين احدهما ليس له ذلك وهو الاظهر في رواياتنا لانهم اوجبوا في ذلك كفارة والثاني انه مستحب وليس بمحظور .

(٣) السرائر: ٣٠٨ قال فيه : ويكره للرجل ان يعزل عن امرأته الحرمة فان عزل لم يكن بذلك مأثوماً غير انه يكون تاركاً فضلاً على الصحيح من اقوال اصحابنا والاطهر في رواياتهم . الى آخر ما قال .

(٤) الكافي ٥٠٤/٥ . (ب) الكافي ٧٢٢/٢ . (ج) الكافي ٧٢٢/٢ . (د) الكافي ٧٢٢/٢ .

(٥) المختلف ٨٦/٢ . وراجع شرح اللمعة ٥٢/٢ قال في المتن : ولا يجوز العزل

(الرابعة) لا يدخل بالمرأة حتى يمضي لها تسع سنين ، ولو دخل قبل ذلك لم يحرم على الأصح

وهنا فوائد :

(الاولى) على القول بالتحريم لا كلام في وجوب دية النطفة عشرة دنانير يعطيها المرأة ، وكذا على القول بالكراهية .

(الثانية) الخلاف المذكور في النكاح الدائم لافي المنقطع وملك اليمين فلو فعله فيهما فلا تحريم . نعم هو مكروه قطعاً ، لمنافاته قصد التناسل المطلوب شرعاً .

(الثالثة) لو دفعته عن نفسها فأنزل خارجاً فلا تحريم عليه وكان التحريم أو الكراهية منسوبين إليها .

(الرابعة) لو أزعجهما أو أزعج^(١) احدهما مزعج وجبت الدية للزوج والمرأة يفتسمانها .

(الخامسة) لو كان الازعاج عن أمة فهو حرام ووجب به نصف الدية للسيد أو الزوج لو كان الواطى زوجاً .

قوله : لا يدخل بالمرأة حتى يمضي لها تسع سنين ، ولو دخل قبل ذلك لم يحرم على الأصح

هنا فوائد :

(الاولى) تحريم الدخول قبل التسع شامل للزوجة دائماً ومنقطعاً حرة أو أمة بالملك أو العقد أو التحليل ، وهو اجماع .

(الثانية) لو دخل كذلك هل تحرم أبداً أم لا ؟ قال الشيخ^(٢) نعم مطلقاً ، وقال

عن الحرة بغير شرط .

(١) ازعجته عن موضعه ازعاجاً : ازلته عنه .

(٢) النهاية : (٤٨) .

بها : (٤٨) .

ابن ادريس^(١) وجماعة لانحرم الامع الافضاء، تمسكاً بعصمة العقد الصحيح خرج ما لوأفضاها للاجماع فيبقى الحل فيما عداه .

(الثالثة) مع عدم الافضاء يحرم تكرار الوطى لا غيره من التقبيل والعناق والتفخيذ .

(الرابعة) الافضاء هو تصيير مسلك البول ومسلك الحيض - وهو مدخل الذكر - واحداً. وقيل مسلك البول والغائط، وهو بعيد لبعدهما بين المسلكين. (الخامسة) مع الافضاء المذكور هل تبين من الزوج بمجرد ذلك؟ قال ابن حمزة نعم ولا يفتقر الى طلاق، وقال ابن ادريس^(٢) تحرم عليه مؤبداً وكان مخيراً بين امساكها وتطليقها . أما المفيد^(٣) وابن الجنيد فقالا مع الافضاء تجب الدية والقيام بها الى حين موت أحدهما ولم يذكر تحريماً، وأما العلامة فتوقف في ذلك في المختلف^(٤).

وقال في القواعد^(٤): هل ينفسخ نكاحها أو يتوقف تزويجها بغيره على طلاقه الاقرب الثاني وعليه الفتوى، لاصالة بقاء العقد الذي ثبت أولاً والتحرير لعارض لا يستلزم بطلانه .

فلو طلقها وتزوجت هل تسقط نفقتها عن الاول، استشكله أيضاً في القواعد من زوال الزوجية التي هي علة وجوب الانفاق فيزول المعلول، ولان العلة لوجوب الانفاق تعطلها من الازواج وعدم الرغبة فيها وقد زالت، من اطلاق النص بوجوب الانفاق حتى يموت أحدهما .

(١) السرائر: ٢٨٨ .

(٢) السرائر: ٢٨٨ .

(٣) المقنعة: ١١٨ قال فيه: والرجل اذا جامع الصبية ولها دون تسع سنين فأفضاها

كان عليه دية نفسها والقيام بها حتى يفرق الموت بينهما .

(٤) المختلف ٧٧/٢، القواعد، الفصل الثالث في باقى الاسباب .

(الخامسة) لا يجوز للرجل ترك وطء المرأة أكثر من أربعة أشهر .

(السادسة) يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً .
(السابعة) إذا دخل بالصبيبة لم تبلغ تسعاً فأفضاها حرم عليه وطؤها مؤبداً ولم تخرج عن حبالته ، ولم يفضها لم يحرم على الاصح .

الفصل الثاني

(في أولياء العقد)

لا ولاية في النكاح لغير الاب ، والجد للاب وان علا ،
والوصى ، والمولى ، والحاكم .

ولاية الاب والجد ثابتة على الصغيرة ولو ذهبت بكارتها
بزنى أو غيره .

ولا يشترط في ولاية الجد بقاء الاب ، وقيل يشترط وفي المستند
ضعف .

ونمى كون العلة هي الزوجية أو التعطيل وعدم الرغبة ، لجواز كون ذلك
من جملة دية الجنابة المخصوصة .

(السادسة) لو اندمل الموضع وصلاح للوطى يحتمل عود الحل لزوال السبب
في زوال مسببه ، والأولى عدم العود لحكم الشرع بالتحريم والأصل بقاءه خصوصاً
على قول ابن حمزة .

قوله : ولا يشترط في ولاية الجد بقاء الاب ، وقيل يشترط ، وفي المستند
ضعف

الأول قول المفيد^(١) والمرضى وسلار وابن ادريس^(٢) والعلامة . وعليه الفتوى، لانه كلما لم تكن ولاية الاب مشروطة بوجود الجد لم تكن ولاية الجد مشروطة بوجود الاب، والملزوم حق بالاجماع فكذا اللازم . (تسلسل)

بيان الملازمة: ان ولاية الجد أقوى من ولاية الاب، ولهذا قال «اذا زوجها في وقت واحد قدم عقد الجد» كما يأتي . والاقوي لا يكون مشروطاً بالضعف ولرواية عبدالله بن سنان صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال: الذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها^(٣) . ولاخلاف في أن الجد ولي أمرها في المال ، ولان ولايته غير مشروطة بوجود الاب في المال فكذا في النكاح .

والثاني قول الشيخ في النهاية^(٤) والصدوق والقاضي والفتي، لرواية الفضل ابن عبد الملك عن الصادق عليه السلام : انه اذا زوج ابنة ابنه وكان ابوها حياً

(١) لم اعثر في المقنعة على نص المسألة ولعلها استقيدت من اطلاق كلامه كما قال العلامة في المختلف ٨٧/٢ : الجد للاب كالاب في ولاية النكاح سواء كان الاب حياً او ميتاً - الى ان قال - : وهو الظاهر من كلام المفيد والسيد المرتضى وسلار حيث اطلقوا الولاية للجد من غير اشتراط وجود الاب . انتهى . وقال في المقنعة ٧٩ : ليس لاحد ان يعقد على صغيرة سوى ايها اوجدها لايبها . انتهى . لعل مراد العلامة من الاطلاق اطلاق كلامه هذا .

(٢) السرائر : ٢٩٥ قال فيه : لا ولاية على النساء الصغار اللاتي لم يبلغن سبع سنين الا للاب والجد من قبله الا ان لولاية الجد رجحاناً واولوية هنا بغير خلاف بين اصحابنا الامن شيخنا ابي جعفر في نهايته - الى ان قال - : والصحيح ان ولايته - الجد - بعد الاب باقية ثابتة في مالها وغيره - الى آخر مقاله رفع الله في درجاته . (تسلسل)
وقال العلامة في القواعد في الفصل الثاني في الاولياء : وانما تثبت - الولاية - للاب والجد للاب وان علا وهل يشترط في ولاية الجد بقاء الاب الاقرب لا .

(٣) التهذيب ٣٩٢/٧ .

(٤) النهاية : ٤٦٦ ، الفقيه ٢٥١/٣ ، وانظر التهذيب ٣٩٠/٧ .

ولا خيار للصبيّة مع البلوغ، وفي الصبي قولان، أظهرهما: أنه كذلك.

وكان الجد مرضياً جازاً^(١).

وأجيب بضعف السند، فإن في طريقها الحسن بن محمد بن سماعة وجعفر ابن سماعة وهما واقفيان، ولأن دلالتها بطريق الخطاب وهو ليس بحجة. وابن أبي عقيل جعل الولاية للاب دون غيره ولم يذكر الجد.

قوله: وفي الصبي قولان أظهرهما أنه كذلك أي أنه لا خيار له بعد بلوغه، قال الشيخ^(٢) في التهذيب والاستبصار: لأنه لو كان له خيار لم يبق للولي مزية على غير الولي، فإنه إذا زوجه كان له الخيار.

وقال الشيخ في النهاية^(٣) والقاضي وابن حمزة وابن ادریس^(٤) له الخيار، لرواية يزيد الكناسي عن الباقر عليه السلام: الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك

كان له الخيار إذا أدرك^(٥) ومثله رواية محمد بن مسلم عنه عليه السلام^(٦) لكنها تتضمن ثبوت الخيار للصبيّة أيضاً.

وأولهما الشيخ^(٧) بجواز أن يريد بالخيار إيقاع الطلاق، فإنه بيده بعد بلوغه

(١) الكافي ٣٩٦/٥، التهذيب ٣٩١/٧.

(٢) راجع التهذيب ٣٨٢/٧ و٣٨٤، الاستبصار ٢٣٦/٣.

(٣) النهاية: ٤٦٦، ٤٦٧ قال فيه: ومتى عقد الرجل لابنه على جارية وهو غير بالغ كان له الخيار إذا بلغ.

(٤) السرائر: ٢٩٧.

(٥) الفقيه ٢٣٧/٣، التهذيب ٣٨٣/٧.

(٦) التهذيب ٣٨٢/٧، الاستبصار ٢٣٦/٣.

(٧) راجع التهذيب ٣٨٢/٧.

ولو زوجها فالعقد للسابق ، فان اقترنا ثبت عقد الجد .
ويثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله ذكراً أو أنثى
ولا خيار له لو أفاق .

والثيب تزوج نفسها ، ولا ولاية عليها لاب والغيره .
ولو زوجها من غير اذنها وقف على اجازتها .
أما البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها .
ولو كان أبوها حياً قيل : لها الانفراد بالعقد دائماً كان أو منقطعاً .
وقيل : العقد مشترك بينها وبين الاب فلا ينفرد أحدهما به .
وقيل أمرها الى الاب وليس لها معه أمر .
ومن الاصحاب من أذن لها في المتعة دون الدائم ، ومنهم من
عكس ، والاول أولى .

ومطالبة المرأة بالطلاق أو ما يجري مجراه مما يفسخ به العقد . وهذا التأويل
ضعيف .

قوله : اما البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها ، ولو كان أبوها حياً قيل
لها الانفراد بالعقد دائماً كان أو منقطعاً ، وقيل العقد مشترك بينها وبين الاب
فلا ينفرد أحدهما به ، وقيل أمرها الى الاب وليس لها معه أمر ، ومن الاصحاب
من أذن لها في المتعة دون الدائم ، ومنهم من عكس ، والاول أولى
يفهم من كلام المصنف هنا أن الخلاف المذكور في حياة الاب ، وأما مع
موته فلا ولاية لاحد عليها جداً كان أو غيره . ويفهم أيضاً أن الجد ليس له معها
ولاية ، لان الاب حقيقة في الولد القريب ، مع أن كلامه في الشرائع (١) أنه

(١) الشرائع ١٦٥/٢ .

لا فرق بينهما .
إذا عرفت هذا فالقول الاول للمفيد في أحكام النساء والمرضى وسار
وابن ادريس^(١) والشيخ في الخلاف . وهو الحق ، لوجوه :
(الاول) قوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره »^(٢) اسند النكاح اليها مطلقاً .
(الثاني) روى الفضيل بن يسار ومحمد بن مسلم ووزارة وبريد بن معاوية
عن الباقر عليه السلام قال : المرأة التي ملكت نفسها غير السفية ولا المولى
عليها تزويجها بغير ولي جائز^(٣) .

(الثالث) روى منصور بن حازم صحيحاً عن الصادق عليه السلام : تستأمر
البكر وغيرها ولا تنكح الا بامرها^(٤) وغير ذلك من الروايات .

(الرابع) ان ولاية المال زالت منها فكذا ولاية النكاح ، لانهما معاً منوطان
بالبلوغ والرشد ، وزوال أحد المعلولين يستلزم زوال الآخر .

والثاني للمفيد في المقنعة^(٥) والتقي ، لرواية صفوان موثقاً عن الكاظم عليه
السلام فقال : افعل ويكون ذلك برضاها فان لها في نفسها نصيباً^(٦) .

وأجيب : بالحمل على الاولوية ، لئلا يقع العقد موقوفاً على رضاها
ويكون ثابتاً .

-
- (١) السرائر: ٢٩٥ ، الخلاف ٢/٣٥٨ .
(٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .
(٣) الكافي ٥/٣٩١ ، التهذيب ٧/٣٧٧ ، الاستبصار ٤/٢٣٢ .
(٤) التهذيب ٧/٣٨٠ .
(٥) المقنعة ٧٩ قال فيه : وان عقدت على نفسها بعد البلوغ بغير اذن ابيها خالفت
السنة وبطل العقد الا ان يجيزه الاب .
(٦) التهذيب ٧/٣٧٩ .

ولو عضلها الولي سقط اعتبار رضاه اجماعاً. ^(١)
ولو زوج الصغيرة غير الاب والجد وقف على رضاها عند
البلوغ ، وكذا الصغير. ^(٢)
وللمولى أن يزوج المملوكة ، صغيرة وكبيرة بكرأ وثيباً ،
عاقلة ومجنونة ولا خيرة لها ، وكذا العبد. ^(٣)
ولا يزوج الوصي الا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة ،
وكذا المحاكم. ^(٤)

والثالث للشيخ في النهاية ^(١) والحسن والقاضي وابن بابويه ، محتجاً
بروايات تتضمن انها ليس لها مع الاب أمر ، ولان البكر لا معرفة لها بأحوال
الرجال فالحكمة تقتضي أن يناط نكاحها بنظر ابيها لثلايدخلها الضرر. ^(٢)
وأجيب بحمل الروايات على الصغيرة وعلى الاستحباب ، وعن الثاني ان
الحكمة غير منضبطة فلا يعلق بها الحكم ، ولجواز ذكائها واستخبارها عن احوال
الرجال وسفاهة ابيها .
والرابع للشيخ ^(٣) . والخامس لا أعلم قائله مع أن هذين القولين لا دليل
عليهما .

قوله : ولو عضلها الولي سقط اعتبار رضاه اجماعاً
العضل ^(١) بالضاد ، وهو أن لا يزوجه من كفومع رغبتها فيه وارادتها . وهو لغة
الحبس والتضييق ، ومنه عضلت الدجاجة اذا نشب ايضها فلم يخرج .
قوله : ولا يزوج الوصي الا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة
^(١) النهاية : ٤٦٥ .
^(٢) في الهامش : في كتابي الاخبار جمعاً بين الأدلة .
^(٣) في المصباح : عضل الرجل حرمة عضلا من باب قتل وضرب : منعها التزويج .

ويلحق بهذا الباب مسائل :
(الاولى) الوكيل في النكاح ، لايزوجها من نفسه .
ولو أذنت في ذلك فلاشبه الجواز . وقيل : لا ، وهي رواية
عمار .

(الثانية) النكاح يقف على الاجازة في الحر والعبد .
ويكفي في الاجازة سكوت البكر ، ويعتبر في الثيب النطق .

هذا مما لاخلاف فيه ، واختلف فيما لوزوجه قبل بلوغه ، فقال الشيخ في
المبسوط^(١) بالجواز مطلقاً ، وبعضهم منع مطلقاً ، ومنهم من فصل بأنه يجوز مع
الاذن من الموصي لابدونه . وهو غير بعيد ، لان الحاجة قد تدعو الى ذلك فاقترضت
الحكمة مشروعية ذلك تحصيلاً للمصلحة .
قوله : الوكيل في النكاح لايزوجها من نفسه ، ولو أذنت في ذلك
فلاشبه الجواز ، وقيل لا وهي رواية عمار

هذا قول الشيخ في المبسوط^(٢) وابن الجنيد ، واختاره العلامة والمصنف
ولامتناع من كونه موجباً قابلاً لحصول المغايرة بالاعتبار . والقول بالمنع لا
أعلم الان لمن هو ، والرواية به ضعيفة ، لما عرفت من أن عماراً فطحي ، وفي
طريقها عمر بن سعيد ومصديق بن صدقة وهما أيضاً فطحيان .
قوله : النكاح يقف على الاجازة في الحر والعبد ، ويكفي في الاجازة
سكوت البكر ويعتبر في الثيب النطق

هذا هو المشهور بين الاصحاب خلافاً للشيخ في المبسوط والخلاف ،
فانه جعله بغير اذن من له الاذن باطلاً ، والدليل على الاول وجوه :

(١) المبسوط ٦٠/٤ .

(٢) المبسوط ١٨٠/٤ .

(الاول) رواية ابن عباس : ان جارية بكرة أنت النبي صلى الله عليه وآله وسلم فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة ، فخيرها النبي صلى الله عليه وآله وسلم^(١) .

(الثاني) في خبر آخر: ان رجلا زوج ابنته وهي كارهة فجاءت الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: زوجني ابي ونعم الاب من ابن اخيه يريد أن يرفع خسيسته ، فجعل النبي أمرها اليها فقالت : أجزت ما صنع ابي وانما أردت ان أعلم النساء ان ليس الى الاءاء من أمر النساء شيء^(٢) . والمراد في هذين زواج

من هي بالغة ، اذ لو كانت صغيرة لم يتوقف على رضاها .
(الثالث) رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل زوجته أمه وهو غائب . قال: النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك ، فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه^(٣) .

(الرابع) عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن آباءه عليهم السلام عن علي صلوات الله وسلامه عليه انه أتاه رجل بعبده فقال: ان عبدي تزوج بغير اذني . فقال علي عليه السلام لسيدة: فرق بينهما . فقال السيد لعبده يا عدو الله طلق . فقال علي: كيف قلت . قال قلت: له طلق . فقال علي عليه السلام للعبد: الان فان شئت طلق وان شئت فأمسك . فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي ثم جعلته بيد غيري . قال: ذلك لانك حيث قلت له طلق أقررت له بالنكاح^(٤) . ومثله رواه زرارة^(٥) .

(الخامس) روى زرارة في الحسن عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن مملوك

(١) سنن ابن ماجه ٦٠٣/١ .

(٢) سنن ابن ماجه ٦٠٢/١ باختلاف يسير في اللفظ .

(٣) الكافي ٤٠١/٥ .

(٤) التهذيب ٣٥٢/٧ ، الوسائل ٥٢٦/١٤ .

(٥) التهذيب ٣٥١/٧ ، الكافي ٤٧٨/٥ ، الفقيه ٣٥٠/٣ .

تزوج بغير اذن سيده ، فقال : ذلك الى سيده ان شاء اجازته وان شاء فرق بينهما
فقلت : أصلحك الله ان الحكم بن عيينة و ابراهيم النخعي وأصحابهما يقولون ان
أصل النكاح فاسد فلا تحل اجازة السيد له . فقال ابو جعفر عليه السلام : انسه لم
يعص الله انما عصى سيده ، واذا اجازته فهو له جائز^(١) .

واحتج الشيخ بأن العقد الشرعي تفتقر صحته الى دليل ولادليل هنا
فوجب الحكم بالبطلان . ويؤيده ما تقدم من رواية عائشة : أيما امرأة نكحت
بغير اذن وليها فنكاحها باطل^(٢) . وغير ذلك مما تقدم .

والجواب : قد بينا الدليل عن الصحة وأجبنا عن رواية عائشة .
وهنا فوائد :

(الاولى) ان كان المعقود عنه من لا ولاية عليه كفت اجازته ، وان كان ممن
عليه ولاية كفى اجازة وليه ان وجد أو اجازته بعد زوال الولاية عنه ان لم نعتبر
كون العقد له مجيزاً في الحال ، وان اعتبرنا ذلك فالحق البطلان .
(الثانية) يكفي في اجازة البكر سكوتها ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم
البكر تستأمر فاذنها صماتها والثيب يعرب عنها لسانها^(٣) . أى يتبين ، يقال أعرب
الرجل عن صاحبه أي أبان .

(الثالثة) في الحديث الرابع اشارة الى أن نكاح العبد بغير اذن سيده لا يقع
باطلا بل يكون موقوفاً ، لقوله عليه السلام «فرق بينهما» ، فليس المراد ايجاب
التفريق بل ظاهره ان له التفريق ، ولقوله «أمر كان بيدي» وهو اشارة الى مشية

(١) التهذيب ٣٥١/٧ ، الكافي ٤٧٨/٥ ، الفقيه ٣٥٠/٣ .

(٢) مرت عن سنن الترمذى ٤٠٨/٣ ، سنن ابن ماجة ٦٠٥/١ ، كنز العمال ٣٠٩/١٦ .

(٣) راجع الوسائل ٢٠٤/١٤ الباب ٤ ، ٢١٣ الباب ٩ وغيرهما . وسنن ابن ماجة

٦٠١/١ وسنن الترمذى ٤١٥/٣ ، سنن ابى داود ٢٣٣/٢٣٢/٢ .

(الثالثة) لا ينكح الامة الا باذن المولى ، رجلا كان المولى
أو امرأة .
وفى رواية سيف : يجوز نكاح أمة المرأة من غير اذنها متعة ،
وهى منافية للاصل .

الفرقة والامساك ، ولرجوع الضمير في قوله « ثم جعلته » الى الامر الذي هو
المشية المذكورة ، وهو المعني بالوقوف .
(الرابعة) فيه أيضاً إشارة الى أن الاعتراف بالتابع أو اللزوم المساوي اعتراف
بالمتبوع والملزوم ، كما اذا طلب منكر البيع الاقالة أو طلب قبض الثمن ، لقوله
عليه السلام : الان فان شئت فطلق .
(الخامسة) فيه أيضاً إشارة الى أن الاجازة ليست على الفور بل له أن يجيز
مالم يفسخ ، لان قوله « طلق » كان بعدمكث .
وفيه نظر ، لانا نمنع منافاة ذلك للفورية ، فان ذلك تمهيد لطريقها .
(السادسة) فيه أيضاً إشارة الى أن الجهل بالحكم لا يمنع من اجزائه على
المقر به .

(السابعة) في الحديث الخامس إشارة الى أن النكاح ليس عبادة محضة بل
اما معاملة او جانب المعاملة فيه أغلب ، لقوله عليه السلام « انه لم يعص الله وانما
عصى سيده »^(١) ، وان النهي في المعاملة يستلزم الفساد .
قوله : وفي رواية سيف (٢) يجوز نكاح امة المرأة من غير اذنها متعة

(١) عن التهذيب ٣٥١/٧ ، الكافي ٤٧٨/٥ ، الفقيه ٣٥٠/٣ .

(٢) هوسيف بن عميرة النخعي الكوفي من اصحاب الصادق والكاظم عليهما السلام
وثقه النجاشي والعلامة في الخلاصة والشيخ في الفهرست . وكان واقفياً له كتاب . قال
الشهيد في شرح الارشاد في نكاح الامة باذن المولى : وربما ضعف بعضهم سيقاً والصحيح

وهي منافية للاصل ، وقوله تعالى « فانكحوهن باذن أهلهن »^(١) صريح في أنه لافرق بين أمة المرأة وامة الرجل في وجوب استيذانهما . والنظري يقتضي ذلك أيضاً ، فان التصرف في مال الغير بغير اذنه قبيح عقلاً وشرعاً ذكراً كان أو أنثى وهو فتوى الشيخ في المسائل الحائريات وابن ادريس^(٢) .

وأما في النهاية^(٣) والتهذيب^(٤) فأجاز نكاح امة المرأة متعة ، لرواية سيف بن عميرة عن علي بن مغيرة قال : سألت الصادق عليه السلام عن الرجل يتمتع بأمة المرأة بغير اذنها . فقال : لا بأس به^(٤) .

ولاشك أن سيفاً هذا لم أقف فيه على طعن في عدالته ، والرواية من الصحيح لكن العمل بها مشكل من وجوه :

(الاول) منافاته للدليل العقلي .

(الثاني) لمنافاتها للكتاب العزيز .

(الثالث) اضطرابها في اسنادها ، فان سيفاً تارة رواها عن علي بن المغيرة عن الصادق عليه السلام ، وتارة رواها عن داود بن فرقد عن الصادق عليه السلام وأخرى عن الصادق عليه السلام بغير واسطة ، وفي كل واحدة بلفظ غير اللفظ الاخر . وهذا الاختلاف وان كان ممكن الحصول لجواز سماعه من الصادق عليه السلام تارة بغير واسطة وتارة بالواسطة لكن ذلك يضعف الظن بصحتها . قال الشهيد : ويمكن أن يكون هذا الحكم مما استثني من الاصول ، اما

انه ثقة . انتهى .

(١) سورة النساء : ٢٥ .

(٢) السرائر : ٣٠٤ .

(٣) النهاية : ٤٩٠ ، قال فيه : فان كانت الامة لامرأة جازله التمتع بها من غير اذنها والافضل الا يتمتع بها الا باذنها .

(٤) التهذيب ٢٥٧/٧ ، ٢٥٨ ، الكافي ٤٦٤/٥ ، الاستبصار ٢١٩/٣ .

(الرابعة) اذا زوج الابوان الصغيرين صح وتوارثا ، ولا خيار
لاحدهما عند البلوغ .
ولو زوجهما غير الابوين وقف على اجازتهما .
فلو ماتا أو مات أحدهما بطل العقد .
ولو بلغ أحدهما فأجاز ثم مات عزل من تركته نصيب الباقي
فاذا بلغ وأجاز أحلف أنه لم يجز للرغبة وأعطى نصيبه .

لعلة خفية أو لمكان اضطراب الامة للمشقة اللاحقة لها بترك الوطى ، لكون مالكتها
امرأة فسوغ لها المتعة لذلك ، لكن ينبغي في ذلك لوقيل به أن يكون في أقل
زمان تزول به الضرورة . ثم انه قال : والمشهور بل المعتمد عليه تحريم ذلك
كأمة الرجل ، وهو الحق وعليه الفتوى .

قوله : ولو بلغ احدهما فأجاز ثم مات عزل من تركته نصيب الباقي
فاذا بلغ وأجاز أحلف أنه لم يجز للرغبة وأعطى نصيبه
يتم هذا البحث بفوائد :

(الاولى) لو لم يرض الباقي بعد بلوغه لم يرث شيئاً ، وكذا لو بلغ ورصي
ولكن نكل عن اليمين .

(الثانية) لو نكل عن اليمين بعد الرضا هل يلزمه المهر لو كان هو الزوج
أم لا ؟ اشكال من اعترافه بصحة العقد فيلزمه توابعه ومن جملتها المهر ، ومن
توقف لزوم النكاح على اليمين والالورث بدونه والمهر تابع للنكاح اللازم .
والاقوى الاول .

(الثالثة) على تقدير لزومه هل يرث منه أم لا ؟ اشكال من أنهما معلولا علة
واحدة هي النكاح ولزومه ، وثبوت أحد المعلولين يستلزم ثبوت الاخر لاستحالة

(الخامسة) اذا زوجها الاخوان برجلين ، فان تبرعا اختارت
أيهما شاءت .
وان كانا وكيلين وسبق أحدهما فالعقد له .

وجود المعلول بدون علته واستحالة تخلف المعلول عن علته، فثبوت المهر وعدم
ارثه منه مما لا يجتمعان، ومن توقف الارث على اليمين والنص ولم يحلف، وأنه
لو ورث منه لورث من غيره لعدم فرق الامة بينهما . والاقوى سقوط نصيبه منه عنه،
لانه ان صح النكاح وجب الارث فيسقط عنه قدر نصيبه وان بطل سقط الكل فسقوط
قدر نصيبه لازم على التقديرين ، ولو كان المدعى عيناً تحققنا ملكه لقدر نصيبه .
(الرابعة) لو لم ينكل بعد رضاه لكن مات قبل اليمين الاقوى عدم ارثه، لان
ارثه مع اليمين على خلاف الاصل، وكلما هو على خلاف الاصل فانه يقتصر
فيه على مورد النص، ولم يرد نص على الارث بدون اليمين . ويحتمل الارث
لاعترافهما - أعني الاول والثاني - بالصحة فيلزماها الارث .
(الخامسة) لو بلغا معاً ولم يرضيا فلا عقد ولا يلزم الفضولي شيء على الاصح
وقال ابن حمزة يلزمه مع التعيين وليس بشيء .
(السادسة) لو كان المعقود عنهما فضولاً بالغين هل تنسحب الاحكام المتقدمة
بمعنى أنه لو بلغ أحدهما العقد فأجاز ثم مات - الى آخر البحث؟ اشكال من
حصول المعنى وهو عقد الفضولي ، ومن عدم النص لكون ذلك على خلاف
الاصل فلا يتعدى ، وهو اختيار السعيد^(١) .

(١) قال في الايضاح ٢٩/٣ في شرح قول ابيه رحمهما الله تعالى «وفى انسحاب
الحكم في البالغين اذا زوجها الفضولي اشكال اقربه البطان» أقول : ينشأ من ان الحكم
في الصغيرين باعتبار مباشرة الفضولي للعقد وهو هنا ثابت ومن عدم النص عليه والاصح عدم
الانسحاب وبطالان العقد بموت احدهما بعد اجازته وقبل اجازة الاخر لانه على خلاف
الاصل فلا يتعدى محل النص . انتهى قوله رحمه الله .

ولو دخلت بالآخر لحق به الولد وأعيدت الى الاول بعد قضاء
العدة ولها المهر للشبهة وان اتفقا بطلا ، وقيل : يصح عقد الاكبر .

قوله : وان اتفقا بطلا ، وقيل العقد (١) عقد الاكبر

أما البطلان فلان الحكم بصحتهما معاً باطل والحكم بصحة أحدهما دون
الآخر مع ثبوت وكالتهما ترجيح من غير مرجح ، فتعين البطلان .
قال العلامة : لا يبعد عندي أن يجعل لها الخيار في امضاء أي العقدين شاءت
اذ عقد كل واحد منهما قد قارن زوال ولايته ، لانها حالة عقد الاخر فبطلت هيئة
عقد كل منهما وهو اللزوم ويبقى كل منهما كأنه فضولي .

وفيه نظر ، لان العقدين مع وقوعهما دفعة متناهيان مطلقاً ويلزم البطلان مطلقاً
أعم من بطلان الهيئة وبطلان نفس العقد ، والعام لادلالة له على الخاص ، فيبقى
العقد مشكوكاً في صحته . ولانعني بالبطلان الا ذلك ، لان الموقوف على الاجازة
يكون معلوم الوقوع .

وأما القائل بأن العقد عقد الاكبر فهو الشيخ في النهاية^(٢) والقاضي ، حملاً
على الجدل واعتماداً على رواية ، والحمل المذكور قياس لانقول به . والرواية
لادلالة فيها على مراده ، لان فيها أن الاول أحق بها فحمل الشيخ ذلك على الاكبر
وظاهر أنه ليس كذلك ، وهي رواية الوليد ببيع الاسقاط^(٣) عن الصادق عليه
السلام^(٤) .

(١) كذا في متن « الرياض » وفي المختصر النافع ط بمصر « يصح عقد الاكبر » .

(٢) النهاية : ٤٦٦ .

(٣) الاسقاط : الردى من المتاع . وهو وليدين مسكان . وفي الكافي والتهذيب بيع
الاسقاط اقول : السقط بفتحين : ردى المتاع . والسقط : ما يخبأ فيه الطيب والجمع اسقاط
ولله هو الانسب في المقام . والله هو العالم بالحقائق .

(٤) الكافي ٣٩٦/٥ ، التهذيب ٣٨٧/٧ .

(السادسة) لا ولاية للام .

فلوزوجت الولد فأجاز صح ، ولو أنكر بطل .

وقيل : يلزمها المهر . ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه .

قوله : لا ولاية للام فلوزوجت الولد فأجاز صح ، ولو أنكر بطل ، وقيل يلزمها المهر ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه

لاخلاف في عدم لزوم العقد وبطلانه مع الانكار ، وانما الكلام في لزوم المهر

للأم . والحق عدم اللزوم ، لان الباطل لا يستلزم شيئاً ، لما تقرر في الاصول أن معنى البطلان عدم ترتب الاثر على العقد .

هذا ، مع أصالة براءة ذمتها فشغلها يحتاج الى دليل ، ولانها كالأجنبي في

انتفاء الولاية ان رضي بعقدها صح ولزمه المهر والافلا .

وقال الشيخ^(١) يلزمها المهر ، لرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام

وقد سئل عن زوجه أمه قال : ان شاء قبل وان شاء ترك فان ترك فالمهر لازم لامه^(٢)

وهي ضعيفة ، لمخالفتها الاصول مع ضعف بعض رجالها .

قال المصنف : ويمكن حملها على ادعاء الوكالة فيلزمها المهر ، لانها غارة

بتلك الدعوى فيجب عليها المهر ان أوجبناه على الوكيل .

وفيه نظر ، أما أولاً فليخلوها عن ذكر الوكالة ، وأما ثانياً فلاننا نمنع الغرور

بل التفريط حاصل من جهة الزوجة . وقد تقدم في الوكالة تنمة البحث .

(١) النهاية : ٤٦٨ .

(٢) الكافي ٤٠١/٥ .

ويستحب للمرأة أن تستأذن أباهـا بـكـراً أو ثيباً ، وأن توكل
أخاها اذا لم يكن لها أب ولا جد وأن تعول على الاكبر ، وأن تختار
خيرته من الازواج .

الفصل الثالث

في اسباب التحريم وهي ستة :

(الاول) النسب: ويجرم به سبع : الام وان علت ، والبنات وان
سفلت ، والاخت وبناتها وان سفلن ، والعمة وان ارتفعت ، وكذا
الخالة ، وبنات الاخ وان هبطن .

(الثاني) الرضاع : ويحرم منه من النسب . وشروطه أربعة :

(الاول) أن يكون اللبن عن نكاح .

قوله : والعمة وان ارتفعت وكذا الخالة

يريد بالارتفاع عمته وعمة أبيه وعمه جده ، وهكذا عمه أمه وعمه أبيها وعمه
أجدادها وكذا خالته وخالة أبيه او خالة أمه او خالة آباؤها .

وليس مراده بالارتفاع عمه عمته وخالة خالته ، لان عمه العمة وخالة الخالة
قد لا تحرمان ، كما اذا كان لزيد عمه هي أخت أبيه من أمه ولها عمه هي أخت
أبيها ، فان هذه لا تحرم على زيد وان كانت عمه لعمته . وكذا لو كان له خالة
هي أخت أمه لا بيها ولها خالة هي أخت أمها ، هذه أيضاً لا تحرم على زيد وان
كانت خالة لخالته ، لانه لا نسب له معها .

قوله : الاول ان يكون في اللبن عن نكاح .

فلودرأو كان عن زنى لم ينشر .
(الثاني) الكمية . وهي ما أنبت اللحم وشد العظم ، أوضاع يوم
وليلة .
ولا حكم لما دون العشر ، وفي العشر روايتان ، أشهرهما :
أنها لا ينشر .
ولورضع خمس عشرة رضعة تنشر .

فلودرأو (١) اوكان عن زنا لم ينشر
هذا قول ابن ادريس^(٢) ، وهو الذي يقتضيه النظر ، لان كلام الشيخ يجب
حمله على عرفه . ولا ريب أن الزنا لم يعبر الشارع في شيء من الاحكام سوى
وجوب الحد على فاعله فكذا ما هو من توابعه .
وخالف ابن الجنيد في ذلك ، والشيخ في المبسوط أيضاً حيث لم يعتبر
النكاح الشرعي ، وحرماً بلبن الزنا . واختاره العلامة في المختلف عملاً بالعموم
واطلاق النص . وليس بشيء ، لما قلناه من وجوب حمل كلام الشارع على
عرفه .

قوله : الثاني الكمية ، وهي ما أنبت اللحم وشد العظم أوضاع يوم
وليلة ، ولا حكم لما دون العشر ، وفي العشر روايتان أشهرهما أنه لا ينشر ولو
رضع خمسة عشر رضعة نشر
اختلف في أقل ما يحصل به الرضاع المحرم على أقوال :

(١) اي فلودر اللب من الخالية عن الوطى الصحيح ولو كان شبهة على المشهور .
(٢) السرائر : ٢٨٤ قال فيه : ومن شرط تحريم الرضاع ان يكون لبن ولادة من عقد
اوشبهة عقد لابن دراو لنكاح حرام بدليل اجماعنا .

الصبي اما بالمص أو بالوجور^(١)، محتجاً برواية علي بن مهزيار صحيحاً أنه كتب الى ابي الحسن عليه السلام عما يحرم من الرضاع ، فكتب : قليله وكثيره حرام^(٢).

وعن زيد بن علي بن الحسين عليهما السلام عن آبائه عن علي عليهم السلام أنه قال : الرضعة الواحدة كالمائة رضعة لا تحل له أبداً^(٣).
وأجيب بانفراض القائل به وبالحمل على التقية .

(الثاني) قول ابن بابويه^(٤) ما أنبت اللحم وشد العظم ، قال : وروي أنه لا يحرم الارضاع خمسة عشر يوماً ولياليهن ليس بينهن رضاع . قال : وبه كان يفتي شيخنا محمد بن الحسن . قال : وروي أنه لا يحرم من الرضاع الا ما كان حولين كاملين^(٥) . قال : وروي أنه لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضع من ثدي واحد سنة^(٦) وانما قال « ثدي واحد » جرياً على قاعدة العرب من تعبير المثني اذا لم ينفك أحدهما عن صاحبه بعبارة الواحد ، كقول الشاعر : « لمن عينان تنهل » البيت .

(١) الوجور بفتح الواو كرسول : الدواء يصب في الحلق . والمراد هنا ان يصب اللبن في حلق الصبي اى شرب لبنها من غير ثديها .

(٢) التهذيب ٣١٦/٧ ، الاستبصار ١٩٦/٣ .

(٣) التهذيب ٣١٧/٧ ، الاستبصار ١٩٧/٣ .

(٤) المقنع : ١١٠ فيه : ولا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم وشد العظم ، وسئل الصادق عليه السلام هل لذلك حد ؟ فقال : لا يحرم من الرضاع الارضاع يوم وليلة او خمسة عشر رضعة متواليات لا يفصل بينهن .

(٥) الفقيه ٣٠٧/٣ وليس فيه : قول ابن بابويه - الى وبه كان يفتي شيخنا محمد ابن الحسن .

وقال ابن فهد في المهذب : قال الصدوق في المقنع : روى انه لا يحرم من الرضاع الا خمس عشرة يوماً ولياليهن . قال وبه كان يفتي شيخنا محمد بن الحسن رحمه الله . الى آخر ما قال رحمه الله . اقول : ليست هذه العبارة فيه أيضاً كالفقيه .

ورواية الحولين عن زرارة عن الصادق عليه السلام^(١)، وحملها الشيخ^(٢) على أن الرضاع في الحولين لا بعدهما، ورواية الثدي الواحد سنة عن العلا ابن رزين عن الصادق عليه السلام^(٣). قال الشيخ انه متروك ولا قائل به، فلو كان صحيحاً لزم خروج الحق عن الامة.

(الثالث) قول المفيد^(٤) والمرتضى والتقي والقاضي وابن حمزة وابن ابي عقيل عشر رضعات، واختاره العلامة في المختلف^(٥) محتجاً بوجوه:

« ١ » اطلاق النص.

« ٢ » رواية الفضيل بن يسار صحيحاً عن الباقر عليه السلام قال: لا يحرم من الرضاع الا المخبور. قال: قلت وما المخبور؟ قال: أم تربي أو ظئر تستأجر أو أمة تشتري ثم ترضع عشر رضعات يروي الصبي وينام^(٦).

« ٣ » - عشر رضعات تنبت اللحم والدم، وكلما أنبت اللحم والدم يحرم فعشر رضعات محرمة. أما الصغرى فلرواية عبيد بن زرارة صحيحاً عن الصادق عليه السلام. الى أن قال: وما الذي ينبت اللحم والدم. قال: كان يقال عشر رضعات^(٧).

وعن عمر بن يزيد قال: سألت الصادق عليه السلام عن الغلام يرتضع الرضعة والثنتين. فقال: لا يحرم، فعددت عليه حتى كملت عشر رضعات، فقال: اذا

-
- (١) التهذيب ٣١٧/٧، الفقيه ٣٠٧/٣. (٢) التهذيب ٧١٦/٦. (٣) التهذيب ٣١٧/٧. (٤) المقنعة ٧٨. (٥) المختلف ٧٠/٢. (٦) الفقيه ٣٠٧/٣، التهذيب ٣١٥/٧ باختلاف يسير بينهما. (٧) التهذيب ٣١٣/٧، الكافي ٤٣٩/٥، الاستبصار ١٩٤/٣.

كانت متفرقة فلا^(١). دلت بمفهومها على التحريم مع عدم التفريق .
 وأما الكبرى فلرواية حماد بن عثمان عن الصادق عليه السلام صحيحاً قال:
 لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم والدم^(٢). ونحوه عن ابي الحسن عليه
 السلام^(٣)، ونحوه عن عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام^(٤).
 وأجيب عن الاول: ان الاطلاق معارض بأصالة عدم التحريم، وعن الثاني
 والثالث بالحمل على الكراهية جمعاً بين الأدلة، مع أن في طريق الثاني محمد
 ابن سنان وفيه قول، ومع أن قوله كان يقال حكاية القول وليس بفتوى، ورواية
 عمر بن يزيد دلالتها بالمفهوم وليس حجة .

(الرابع) قول الشيخ^(٥) في النهاية والمبسوط وكتابي الاخبار أنه خمسة
 عشر رضة، محتجاً برواية زياد بن سوقة قال: قلت لابي جعفر عليه السلام: هل
 للرضاع حد يؤخذ به؟ قال: لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة أو خمس
 عشرة رضعات متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينها رضة
 امرأة غيرها، ولو أن امرأة ارضعت غلاماً وجارية عشر رضعات من لبن فحل
 واحد وأرضعتها امرأة أخرى من لبن فحل آخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما^(٦)
 وعلى قوله رحمه الله الفتوى .

ثم مما يدل على أن العشر لا يحرم رواية عبيد بن زرارة موثقاً عن الصادق

(١) التهذيب ٣١٤/٧، الكافي ٤٣٩/٥، الاستبصار ١٩٤/٣.

(٢) التهذيب ٣١٢/٧، الكافي ٤٣٨/٥، الاستبصار ١٩٣/٣.

(٣) ٤، ٣- التهذيب ٣١٢/٧. في رواية: ما رواه ٧١٨/٢.

(٥) النهاية: ٤٦١ قال فيه بعد الحكم بانبات اللحم وشد العظم: فان علم بذلك والا
 كان الاعتبار بخمس عشرة رضة متواليات لم يفصل بينهما رضاع امرأة أخرى .
 وفي المبسوط ٢٠٤/٤: فان ارضع المولود من هذا اللبن عندنا خمس عشرة رضة

متوالية لم يفصل - الخ . في رواية: ما رواه ٧١٥/٢.

(٦) التهذيب ٣١٥/٧، الاستبصار ١٩٢/٣. في رواية: ما رواه ٧١٦/٢.

ويعتبر في الرضعات قيود ثلاثة: كمال الرضعة ، وامتصاصها
من الثدي ، والأيفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعة .

عليه السلام قال: سمعته يقول: عشر رضعات لا يحرم شيئاً^(١). ومثله عن عبدالله بن
بكير موثقاً عنه عليه السلام^(٢).

وعن علي بن رثاب صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : قلت ما يحرم
من الرضاع ؟ قال : ما أنبت اللحم وشد العظم . قلت : فيحرم عشر رضعات ؟
قال : لا لأنها لا تنبت اللحم ولا تشد العظم عشر رضعات^(٣).

إذا عرفت هذا فالمصنف تردد بين أحد الأمور الثلاثة ، واستفيد الأول من
رواية ابن رثاب هذه ، والثاني من رواية زياد بن سوفة، والثالث منها أيضاً .

وأيضاً انه إذا لم يكن العشر محرمة كان التحريم بالخمس عشرة ، اذ لا قائل
من المحققين بعدد آخر غيرهما ، وشد اللحم والعظم وان كان رجوعاً الى غير
معلوم لكنه ليس حاصلًا بالعشر، لما دلت عليه الرواية، فيكون حاصلًا بالخمس
عشرة توقيفاً وتقريباً .

قوله : ويعتبر في الرضعات قيود ثلاثة : كمال الرضعة ، وامتصاصها من
الثدي ، وان لا يفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعة

أما الكمالية فللشيخ^(٤) فيها قولان :

(١) التهذيب ٣١٣/٧ ، الاستبصار ١٩٥/٣ .

(٢) التهذيب ٣١٣/٧ ، الاستبصار ١٩٥/٣ .

(٣) التهذيب ٣١٣/٧ ، الاستبصار ١٩٥/٣ .

(٤) المبسوط ٢٩٤/٥ قال فيه : فالمرجع في ذلك الى العرف فما كان في العرف

رضعة فهو رضعة وما ليس في العرف برضعة فليس برضعة - الى ان قال - غير ان اصحابنا

خاصة قدروا الرضع بما يروى الصبي منه ويمسك منه (١٧٤٦)

(الثالث) أن يكون في الحولين ، وهو يراعى في المرتضع دون
ولد المرضعة على الاصح .

أحدهما : المرجع الى العرف ، لان كل لفظ أطلقه الشارع ولم يعين له
حداً يرجع فيه الى العرف .
وثانيهما : أن يروى الطفل ويصدر من قبل نفسه ، فلو ترك الثدي ثم عاود
فان كان للتنفس أو للتنفاس الى ملاعب أو الانتقال الى ثدي آخر أو الراحة أو منع
منه فالكل رضعة ، وان كان للاعراض فالاولى رضعة مستقلة .
وأما الامتصاص من الثدي فلم يشترطه ابن الجنيدي كما تقدم ، وللشيخ في
المبسوط كلام مختلف يدل على ترده فيه . والحق ما قاله المصنف ، لان التحريم
معلق على وصف الارضاع والوجور ليس بارضاع ، لان الامتصاص جزء من
الارضاع دون الوجور ، فلا يتعدى الحكم اليه تمسكاً بأصل الاباحة .
ان قلت : المعتبر هو ما أنبت اللحم وشد العظم ، سواء كان بالامتصاص
أو الوجور ، فالخصوصية التي بها يمتاز الرضاع عن الوجور لا اعتبارها حينئذ .
قلت : لانسلم أن الخصوصية لا مدخل لها ، فان الامتصاص انما يكون
باقتضاء الطبيعة والطبيعة لا تكذب ، فعلم قطعاً ان المشروب صار جزءاً من بدن
المرتضع ، بخلاف الوجور فانه يحتمل أن يكون على خلاف مقتضى الطبيعة
فلا تعلم سيرورة المشروب جزءاً .
وأما عدم الفصل فقد دل عليه رواية زياد بن سوقة ، وقد تقدمت .

قوله : الثالث ان يكون في الحولين ، وهو يراعى في المرتضع دون
ولد المرضعة على الاصح
هنا فوائد :
(الاولى) أجمع الاصحاب على أنه لو حكم للرضاع بعد الحولين في الجملة

حتى أنه لو خرج الحولان في أثناء الرضعة الاخيرة لم ينشر حرمة .
وقال ابن الجنيد اذا حصل بعد الحولين ولم يتوسط بين الرضاعين فطام
نشر الحرمة، محتجاً برواية ابن الحصين عن الصادق عليه السلام أنه قال: الرضاع
بعد الحولين قبل أن يفطم يحرم^(١).

والحق الاول للاجماع، ولقول الصادق عليه السلام: لارضاع بعد فطام .
قال الراوي وهو حماد بن عثمان : قلت: وما الفطام؟ قال: الحولان اللذان قال
الله تعالى^(٢) . ورواية ابن الجنيد محمولة على التقية .
(الثانية) المشهور أن الرضاع في الحولين ينشر الحرمة، سواء كان قد فطم
وأكل الطعام أولاً .

وقال ابن ابي عقيل الشرب بعد الفطام لا يحرم . فان أراد به بعد الفصال
الشرعي - وهو انقضاء الحولين - فلا مخالفة حيثئذ، والا فهو مخالف لما عليه
الاصحاب .

(الثالثة) أطلق الشيخان^(٣) وغيرهما أن الرضاع انما يعتبر في الحولين ، ولم
يتعرضوا لولد المرضعة الا التقي ، فانه نص على أن ذلك معتبر في الرضاع
والمرتضع من لبنه ، وتبعه ابن زهرة وابن حمزة ، وهو محكي عن ابن بكير ،
محتجين باطلاق النص في أنه لارضاع بعد فصال .

وقال ابن ادريس^(٤) : بل ذلك يعتبر في الرضاع دون المرتضع من لبنه ،
محتجاً بعموم الاية ، فانه يصدق عليها بعد الحولين انها ارضعت .

(١) الفقيه ٣/٣٠٦ ، التهذيب ٧/٣١٨ ، الاستبصار ٣/١٩٨ .

(٢) التهذيب ٧/٣١٨ ، الكافي ٥/٤٤٣ . والمراد من قوله تعالى الاية ٢٣٣ من

سورة البقرة وهي «الوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين» .

(٣) المقنعة : ٧٨ ، النهاية : ٤٦١ ، المبسوط ٥/٢٩٣ .

(٤) السرائر : ٢٨٥ .

(الرابع) أن يكون اللبن لفحل واحد .
فيحرم الصبيان يرتضعان بلبن واحد ولو اختلفت المرضعتان .
ولا يحرم لورضع كل واحد من لبن فحل آخر ، وان اتحدت
المرضعة .

ويستحب أن يتخير للرضاع المسلمة الوضيئة العفيفة العاقلة
ولو اضطر الى الكافرة استرضع الذمية ، ويمنعها من شرب
الخمر ولحم الخنزير .
ويكره تمكينها من حمل الولد الى منزلها .
ويكره استرضاع المجوسية ، ومن لبنها عن زنى .
وفي رواية : اذا احلمها مولاها طاب لبنها .

وتوقف العلامة في المختلف^(١) . والفتوى على ما قاله ابن ادريس .
قوله : ولا يحرم لورضع كل واحد من لبن فحل آخر وان اتحدت
المرضعة
قال ابو علي الطبرسي صاحب التفسير : تكون بينهم اخوة للام ، وهي تحرم
التناكح . وهو غلط ، فان الاخوة المذكورة مسلمة اكن كونها محرمة للتناكح
ممنوع ، اذ شرط التحريم المذكور اتحاد الفحل . على أنها تمنع الاخوة أيضاً
لما يأتي أنه لا تتحقق الاخوة الامع كمال الشرائط .

قوله : ويكره استرضاع المجوسية ومن لبنها عن زنا ، وفي رواية اذا
احلمها مولاها طاب لبنها

انما كره ذلك لان الرضاع يغير الطباع ويؤثر في البدن تأثيراً عظيماً ، ولذلك

(١) المختلف ٧١/٢ .

وهنا مسائل .

(الاولى) اذا اكلمت الشرائط صارت المرضعة أمأ ، وصاحب

اللبن أبأ ، وأختها خالة وبنتها أختاً .

ويحرم أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً على المرتضع وأولاد

المرضعة ولادة لارضاعاً .

(الثانية) لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادة

ورضاعاً لانهم في حكم ولده .

نشر التحريم . والرواية المذكورة نقلها الكليني عن ثقات عن محمد بن مسلم

عن الصادق عليه السلام في امرأة الرجل يكون لها الخادم قد فجرت فيحتاج

الى لبنها . قال : مرها فتحللها يطيب اللبن^(١) .

ومثله روى البزنطي في جامعه عن اسحق بن عمار عنه أيضاً عليه السلام^(٢)

وأفتى بمضمون ذلك الشيخ في النهاية^(٣) ، وهو مشكل لان التحليل لا يؤثر في

الماضي بل في المستقبل .

قوله: لا ينكح ابوالمرتضع في اولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً لانهم

في حكم ولده

هذا ذكره الشيخ^(٤) في النهاية والخلاف ، وعليه اتباعه ولم نسمع فيه خلافاً

(١) الكافي ٤٧٠/٥ و٤٣/٦ والوسائل ١٨٤/١٥ والرواية فيهما عن هشام بن سالم

وجميل ابن دراج وسعد بن ابي خلف جميعاً عن ابي عبدالله عليه السلام . وفيهما «فتحللها» .

(٢) الكافي ٤٣/٦ ، التهذيب ١٠٩/٨ ، الاستبصار ٣٢١/٣ .

(٣) النهاية : ٥٠٤ ، قال فيه : وان كانت له امة قد ولدت او كانت ولدت من الزنا واحتاج

الى لبنها فليجعلها في حل من فعلها ليطيب بذلك لبنها .

(٤) النهاية : ٤٦٢ .

وهل تنكح أولاده الذين لم يرتضعوا في أولاد هذه [المرضعة
وأولاد فحلها] . قال فسى الخلاف : لا ، والوجه الجواز .

ومستنده رواية علي بن مهزيار قال : سأل ابن جعفر أبا جعفر الثاني عليه السلام عن
امرأة أرضعت لي صبياً هل يحل لي أن أتزوج بنت زوجها؟ فقال: ما أجود ما سألت
من ههنا يؤتى ان يقول الناس حرمت عليه امرأته من قبل ابن الفحل هذا هو
ابن الفحل لا غيره . فقلت له: فان الجارية ليست بنت المرأة التي أرضعت لي
هي بنت غيرها . فقال: لو كن عشرأ متفرقات ما حل لك منهن شيء وكن في موضع
بناتك^(١) .

ومثله رواية الشيخ في التهذيب عن ايوب بن نوح قال: كتب علي بن شعيب
الى ابي الحسن عليه السلام : امرأة أرضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن أتزوج
بعض ولدها . فكتب عليه السلام : لا يجوز لك ذلك لان ولدها صارت بمنزلة
ولدك^(٢) .

قوله : وهل ينكح اولاده الذين لم يرتضعوا في اولاد هذا الفحل (٣)
قال في الخلاف لا ، والوجه الجواز

ما قاله في الخلاف^(٤) هو أيضاً مذهبه في النهاية^(٥) . ويمكن أن يحتج له بأنهم
إذا حرموا على الاب لانهم صاروا بمنزلة ولده فقد صاروا أخوة لولده فلا يجوز
النكاح في الاخوة .

(١) الكافي ٤٤٢/٥ ، التهذيب ٣٢٠/٧ ، الاستبصار ١٩٩/٣ .

(٢) التهذيب ٣٢١/٧ ، الفقيه ٣٠٦/٣ ، الاستبصار ٢٠١/٣ .

(٣) كذا في متن الرياض واما ما في « المختصر النافع ط مضر » : فسى اولاد هذه
المرضعة واولاد فحلها .

(٤) الخلاف ٦٧/٣ ، النهاية : ٤٦٢ .

والجواز قول ابن ادريس^(١) والمصنف ، ووجهه أنه لا يحرم بالرضاع الا ما يحرم بالنسب كما قال صلى الله عليه وآله وسلم : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب^(٢) . ومثل هذا لا يحرم من النسب، كما اذا تزوج زيد مثلاً بزَيْنَب ولزيد ابن من غيرها ولزَيْنَب بنت من غير زيد فانه يجوز أن يتزوج ابن زيد بنت زَيْنَب التي من غير ابيه وان كان لزيد من زَيْنَب أولاد التي نسبتهم الى زيد وزَيْنَب بالولادة كنسبة المرتضع الى صاحب اللبن وأم المرتضع بالرضاع .

وهنا فوائد :

(الاولى) قال الشيخ في المبسوط^(٣) للفحل أن يتزوج بأم المرتضع وأخته ويجوز لو ولد هذا المرتضع ان يتزوج بالتي ارضعته لانه لانسب بينهما ولارضاع ولانه لما جاز ان يتزوج ام ولده من النسب فانه يجوز ان يتزوج ام ولده من الرضاع الاولى .

وقال ابن ادريس^(٤) : لا يجوز أن يتزوج بأخت المرتضع ، لانه في النسب لا يجوز أن يتزوج الانسان بأخت ابنه .

(الثانية) قال الشيخ أيضاً في المبسوط^(٥) : يجوز للفحل أن يتزوج بجدة المرتضع .

قال : ان قيل أليس انه لا يجوز له أن يتزوج بأم أم ولده من النسب فكيف جاز أن يتزوج بأم أم ولده من الرضاع ، وقد قلتم انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ؟ .

وأجاب : بأن أم أم ولده من النسب انما حرمت بالمصاهرة لا بالنسب ،

(١) السرائر : ٢٩٣ .

(٢) الوسائل ٢٨٠ / ١٤ .

(٣) المبسوط ٥ / ٢٩٢ .

(٤) السرائر : ٢٩٤ .

(٥) المبسوط ٥ / ٢٩٢ .

(الثالثة) لو تزوج رضیعة فأرضعتها امرأته حرمتا ان كان دخل بالمرضعة والا حرمت المرضعة حسب .

والحديث انما دل على التحريم بالنسب لا بالمصاهرة . قال ابن ادریس: وذلك أيضاً غير جائز ، لانا لانجوز في النسب أن يتزوج الانسان بأمرأته بحال، وانما علل ذلك الشافعي بالمصاهرة . وليس هنا مصاهرة قال: والذي يقتضيه مذهبا تحريم أم أم ولده من الرضاع كتحریم أم أم ولده من النسب . واختاره العلامة في المختلف^(١) وقال انه المعتمد . وقال: ان قول الشيخ وان كان قویاً الآن روایة ابن مهزيار المذكورة على خلافه ، فان الامام عليه السلام قد حکم فيها بتحریم أخت الابن من الرضاع وجعلها بمنزلة البنت ، ولاریب أن أخت البنت انما تحرم بالنسب لو كانت بنتاً أو بالنسب لو كانت بنت الزوجة فالتحریم هنا باعتبار المصاهرة وجعل الرضاع كالنسب في ذلك . قال : ولولا هذه الرواية لقلت بقول الشيخ .

قال : ونسبة ابن ادریس هذا القول الى الشافعي لا يضر الشيخ . وقوله « لا يجوز أن يتزوج بأخت ابنه ولا بأمرأته وليس هذا مصاهرة » غلط لانهما انما حرمتا بالمصاهرة، وهذا قوله في المختلف واعتمد في الارشاد والتلخيص على قول الشيخ ، واختاره الشهيد .

(الثالثة) قال ابن الجنید : لا يحرم الجمع بين الاختين بالرضاعة بنكاح ولا ملك . ولم نقف لغيره على كلام في ذلك ، والاحوط التحريم، لاطلاق قوله تعالى « وأن تجمعوا بين الاختين »^(٢) .

(١) المختلف ٧٢/٢ ، قال فيه : وقول الشيخ في غاية القوة ولولا هذه الرواية الصحيحة لاعتمدت على قول الشيخ ونسبة ابن ادریس هذا القول الى الشافعي غير ضائر للشيخ .

(٢) سورة النساء : ٢٣ .

ولو كان له زوجتان فأرضعتها واحدة حرمتا مع الدخول .
ولو أرضعتها الاخرى فقولان ، أشبههما : أنها تحرم أيضاً .

قوله : ولو كان له زوجتان فأرضعتها واحدة حرمتا مع الدخول ولو
أرضعتها الاخرى فقولان أشبههما انها تحرم أيضاً

يريد لو كان لرجل زوجتان كبيرتان وزوجة صغيرة رضية فأرضعت احدى
الكبيرتين تلك الرضعة، فان كان قد دخل بالكبيرة المرضعة حرمتا أي الكبيرة
والصغيرة : أما الكبيرة فلانها أم زوجته فيدخل تحت عموم «وأمهات نساءكم»^(١)
وأما الصغيرة فلانها بنت زوجة مدخول بها فتكون من الربائب المحرمات مع
الدخول بأمهاتهن، وان لم يكن دخل حرمت الكبيرة حسب .
ثم نقول في الصورة الاولى - أي صورة الدخول وحرمة الزوجتين - لو أن
زوجته الكبيرة الاخرى أرضعت تلك الصغيرة التي قد حرمت فهل تحرم أيضاً
أم لا ؟ للشيخ قولان :

قال في النهاية^(٢) لا تحرم ، وبه قال ابن الجنيدي ، لرواية علي بن مهزيار عن
الجواد عليه السلام ، قيل له : ان رجلاً تزوج بجارية صغيرة فأرضعتها امرأته
ثم أرضعتها امرأة له اخرى فقال ابن شبرمة حرمت عليه الجارية وامراتاه . فقال
عليه السلام : اخطأ ابن شبرمة ، حرمت عليه الجارية وامراته التي أرضعتها أولاً
فأما الاخرى فلم تحرم عليه لانها أرضعت ابنته^(٣) .

(١) سورة النساء : ٢٣ .

(٢) النهاية : ٤٥٦ . قال فيه : وان أرضعت الجارية - أي الصغيرة المعقودة على
الزوج - امرأتان له حرمت عليه الجارية والمرأة التي أرضعتها أولاً ولم تحرم عليه التي
أرضعتها ثانياً .

(٣) الكافي ٤٤٦/٥ ، التهذيب ٢٩٢/٧ .

ولو تزوج رضيعتين فأرضعتها امرأته حرم من كلهن ان كان دخل بالمرضعة ، والا حرمت المرضعة .

(السبب الثالث) فى المصاهرة : والنظر فى الوطء والنظر واللمس .

وقال فى المبسوط^(١) تحرم، واختاره ابن ادريس^(٢) والمصنف، لانها أم من كانت زوجته ، اذ لا يشترط فى صدق المشتق بقاء المعنى ، فيدخل تحت قوله تعالى « وأمهات نسائكم » .

والعلامة فى المختلف^(٣) قال فى الاول انه قوي ، وقال فى الثانى انه جيد لان الرضاع كالنسب ، وكما أن النسب يحرم سابقاً ولاحقاً فكذا ما ساواه .
وهنا فوائد :

(الاولى) لو كان له اكثر من زوجتين مدخول بهن فأرضعتها احدهن ثم أخرى ثم أخرى وهكذا حرم الكل على القول بالتحريم .

(الثانية) لو كان له زوجة كبيرة مدخول بها وزوجتان رضيعتان فأرضعت الكبيرة احدهما حرمتا ، فلو أرضعت الاخرى جرى الخلاف كما تقدم ، لان الصغيرة الثانية بنت من كانت زوجته .

(الثالثة) لافرق فى الكبيرة المدخول بها بين المنكوحه بالعقد دائماً ومنقطعاً وبين الموطوءة بالملك أو التحليل .

قوله : السبب الثالث المصاهرة

(١) راجع المبسوط ٢٩٨/٥ فانه ذكر هناك شقوق المسألة مفصلة .

(٢) السرائر : ٢٩٤ .

(٣) المختلف ٧٣/٢ .

(أما الاول) فمن وطىء امرأة بالعقد أو الملك حرمت عليه أم
الموطوءة وان علت وبناتها وان سفلن، سواء كن قبل الوطء أو بعده.
وحرمت الموطوءة على أبي الواطيء وان علا أو ولاده وان نزلوا.
ولو تجرد العقد عن الوطء حرمت أمها عليه عيناً على الاصح
وبنتها جمعاً لا عيناً .

المراد بالمصاهرة هو وطىء امرأة أو عقد عليها أو لمس أو نظر بشهوة على
قول فيهما، فيحرم على غير الواطيء أو العاقد نكاحها أو عليه نكاح امرأة اخرى
تحريماً مؤبداً .

قوله: ولو تجرد العقد عن الواطيء حرمت أمها على الوطىء عيناً على
الاصح وبنتها جمعاً لا عيناً

كأنما زل قلم المصنف رحمه الله فأراد أن يكتب حرمت أمها على العاقد
فكتب على الواطيء، والا فاذا تجرد العقد عن الوطىء كيف يكون واطئاً حتى
يقال حرمت عليه أم لا. وجل من لا يسهو .

اذا عرفت هذا فهل تحرم الام بمجرد العقد على بنتها أم لا؟ قال الشيخان^(١)
والتقي وسلا وجماعة بالاول، وهو الاصح عند المصنف. وقال ابن ابي عقيل وابن
بابويه بالثاني، وكلام ابن الجنيد مشتبه فيه، ومثار القولين الاحتمال في قوله
تعالى «وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم
بهن»^(٢) فانه تحتل الدلالة على التحريم لانه عمم أمهات نسائكم في التحريم
وقيد الربائب بالدخول بأمهاتهن، وذلك لما تقرر في الاصول من وجوب عود

(١) المبسوط ١٩٦/٤، المقنعة: ٧٨ .

(٢) سورة النساء: ٢٣ .

(٣) سورة النساء: ٢٣ .

الوصف والشرط والاستثناء بعد الجمل الى الاخيرة على الرأي الاقوى .
 ثم وان سلمنا العود الى الكل لكن ذلك عند عدم القرينة ، أما معها فلا ،
 والقرينة هنا للاخيرة ، وذلك لانه قال « من نسائكم » وأمها ت نسا ئنا ليس من
 نسا ئنا بل نساؤنا منهن ، ولذلك لما أفتى ابن مسعود بالاباحة قال له علي عليه السلام
 من أين أخذته ؟ قال : من قوله « وأمها ت نسا ئكم وربا ئبكم اللاتي في حجوركم
 من نسا ئكم اللاتي دخلتم بهن » . فقال علي عليه السلام : ان هذه مستثناة وهذه
 مرسله (١) .

وفي حديث آخر عنه عليه السلام أنه قال : ابهموا ما أبهم الله (٢) .
 ويحتمل الدلالة على التحليل ، لان كل واحدة من الجملتين يحتاج الى
 البيان والوصف صالح لبيانها معاً ، فيكون اشتراط الدخول عائداً الى الكل
 منهما . ويؤيد الاول اطباق اكثر الاصحاب عليه وتظافر رواياتهم ، ويؤيد
 الثاني حديثان :

أحدهما : عن جميل بن دراج وحماد بن عثمان عن الصادق عليه السلام
 أنه قال : الام والبنت سواء اذالم يدخل بها - يعنى اذا تزوج المرأة ثم طلقها
 قبل أن يدخل بها فانه ان شاء تزوج أمها وان شاء ابنتها (٣) .

وثانيهما : عن محمد بن اسحاق بن عمار قال : قلت له : رجل تزوج امرأة
 ودخل بها ثم ماتت أيحل له أن يتزوج أمها . قال : سبحان الله كيف تحل له
 أمها وقد دخل بها . قال : قلت له : رجل تزوج امرأة فهلكت قبل أن يدخل بها
 أتحل له أمها ؟ قال : وما الذي يحرم عليه منها ولم يدخل بها (٤) .

(١) الكافي ٤٢٢/٥ ، التهذيب ٢٧٤/٧ .

(٢) التهذيب ٢٧٣/٧ ، الاستبصار ١٥٧/٣ ، مجمع البيان ٢٩/٤ .

(٣) التهذيب ٢٧٣/٧ ، الكافي ٤٢١/٥ ، الاستبصار ١٥٧/٣ .

(٤) التهذيب ٢٧٥/٧ ، الاستبصار ١٥٨/٣ .

ولابنت الاخت ، أما مع اذنهما فقال الجمهور انه أيضاً كذلك ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها^(١) . وهو مذهب الصدوق في المقنع^(٢) وكذا عنده أيضاً لايجوز ادخال العممة أو الخالة على بنت الاخ أو بنت الاخت .

وقال باقي الاصحاب بالجواز في الصورتين ، محتجين برواية محمد بن مسلم صحيحاً عن الباقر عليه السلام قال : لاتزوج ابنة الاخت على خالتها الا باذنها وتزوج الخالة على ابنة الاخت بغير اذنها^(٣) .

وحيث لم يفرق أحد بين العممة والخالة كانت هذه الرواية أيضاً حجة في العممة وبنت أخيها .

احتج الصدوق برواية ابي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام : لايحل للرجل أن يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها^(٤) . ورواية ابي عبيدة الحذاء قال : سمعت الصادق عليه السلام يقول : لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على أختها من الرضاعة^(٥) .

وأجيب : بأن هذين مطلقان وروايتنا مقيدة فيحملان عليها ما تقرر في الاصول من وجوب حمل المطلق على المقيد .

وأما ابن الجنييد فجعل ما منعه الاصحاب مكروهاً .

- (١) اخرجه ابن ماجة ١/٦٢١ .
- (٢) المقنع : ١١٠ ، قال فيه : ولاتنكح امرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اختها ولا على ابنة أخيها .
- (٣) الوسائل ١٤/٣٧٦ ، التهذيب ٧/٣٣٢ ، الكافي ٥/٤٢٤ باختلاف يسير .
- (٤) التهذيب ٧/٣٣٢ ، الوسائل ١٤/٣٧٦ .
- (٥) الفقيه ٣/٢٦٠ ، التهذيب ٧/٣٣٣ ، الاستبصار ٣/١٧٨ .

ولا كذا لو أدخل العممة أو الخالة على بنت الاخ والاخت .
ولو كان عنده العممة أو الخالة فبادر بالعقد على بنت الاخ أو
الاخت كان العقد باطلا .
وقيل : تتخير العممة أو الخالة بين الفسخ والامضاء أو فسخ عقدها .

قوله : وكذا (١) لو أدخل العممة أو الخالة على بنت الاخ أو الاخت
هذا عطف على قوله « صح » ، أي وكذا صح ادخال العممة أو الخالة على
بنت الاخ أو الاخت وان لم يرض المدخول عليها بل يشترط رضای الداخلة .
وهنا فوائد :

(الاولى) قد عرفت خلاف الصدوق^(٢) في هذه المسألة كما تقدم .

(الثانية) لافرق بين العممة الدنيا والعليا في ذلك ، وكذا الخالة .

(الثالثة) لافرق أيضاً بين العممة والخالة نسباً أو رضاعاً .

(الرابعة) الحكم ثابت فسي ملك اليمين ، كما لو ملك العممة وبنت أخيها

والخالة وبنت أختها ، فيشترط رضی العممة والخالة في الوطي لا الملك .

قوله : ولو كان عنده العممة أو الخالة فبادر بالعقد على بنت الاخ او
الاخت كان العقد باطلا ، وقيل تتخير العممة أو الخالة بين الفسخ والامضاء
أو فسخ عقدها

الاول قول ابن ادريس^(٣) ، لانه منهي عنه فيكون فاسداً . قيل عليه بمنع
الكبرى المضمرة كما بين في الاصول .

نعم قال السعيد^(٤) ان جعلنا رضاهما شرطاً في صحة العقد على الداخلتين

(١) في المختصر النافع ط : ولا كذا .

(٢) راجع التعليقة المنقولة آنفاً عن المفنع .

(٣) السرائر : ٢٩٢ .

(٤) ايضاح الفوائد ٣ / ٨١ . ٢١٧٧١ ، ١٢ ، ٧١٢٦٦ .

فالحق البطلان أو المشروط عدم عند عدم شرطه ، وان جعلنا عدم الرضا مانعاً
فالحق عدمه لاصالة عدم المانع . لكن الظاهر الاول فيبطل .

ثم ابن ادريس مع حكمه بالبطلان حكم بمسائل :
(الاولى) انه جعل للمدخول عليها الخيار في فسخ عقدها . وفيه نظر ، لان المقتضي
لفسخ عقدها هو الجمع ومع البطلان لا جمع . هذا مع أن عقدها وقع صحيحاً
ولا دليل على بطلانه فيحكم بصحته ولزومه عملاً بالاستصحاب ، ولان النهي
انما تعلق بعقد الداخلة فيختص الحكم به^(١) .

ثم الذي يدل على بطلان عقد الداخلة رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه
السلام قال : تزوج العممة والخالة على ابنة الاخ وبنت الاخت ولا تزوج بنت
الاخ والاخت على العممة والخالة الا برضاء منهما ، فمن فعل فنكاحه باطل^(٢) .
وحمل البطلان هنا على عدم اللزوم والوقوف على الاجماع خلاف الظاهر .
وروى السكوني أيضاً عن الصادق عليه السلام أن علياً عليه السلام أتى
برجل تزوج امرأة على خالتها فجلده وفرق بينهما^(٣) . وليس ذلك مع الاذن
اجماعاً منا فيكون مع عدم الاذن وهو المطلوب .

(الثانية) انه قال : اذا رضيت المدخول عليها بعد العقد يحتاج الى عقد ثان
لداخلة لوقوع الاول باطلا . وهذا غير بعيد على القول بالبطلان .

(الثالثة) انها اذا لم ترض واعتزلت واعتدت كان ذلك فراقاً بينها وبين الزوج
ومغنياً عن الطلاق ، ولا تستحق في هذه العدة نفقة لانها فسخ وله أن يتزوج بأختها
في الحال ، ولا يجوز أن يستبيح وطىء بنت الاخ أو بنت الاخت الا بعقد مستأنف
لان العقد الاول وقع فاسداً .

(١) في بعض النسخ : فيه .

(٢) التهذيب ٣٣٣/٧ ، الاستبصار ١٧٧/٣ .

(٣) التهذيب ٣٣٢/٧ ، الاستبصار ١٧٧/٣ ، الوسائل ٣٧٦/١٤ .

وفي تحريم المصاهرة بوطء الشبهة تردد، أشبهه : أنه لا يحرم.

قال العلامة^(١) : في افتقار الاباحة الى عقدتان اشكال ، لاصالة الصحة ، وتجدد البطلان بتجدد الفسخ لا يدل على وقوعه فاسداً والا لا توقف على الفسخ . وفي الاشكال نظري علم مما تقدم ، وهو أن الاذن شرط في الصحة ولم يحصل أولاً فيبطل .

والقول الثاني للشيخين ، ولم أفد له على مستند . وابن حمزة والقاضي تابع للشيخين^(٢) إلا أنهم لم يجعلوا لهما الخيار في فسخ عقد الداخلة بل قالوا مع عدم لرضا تكون مخيرة بين الرضا وبين فسخ عقدها والاعتزال عن الزوج بغير طلاق ويفرق بينهما حتى تخرج العمة أو الخالة من العدة . وفيه نظر ، لانه اذا قيل بأن لها فسخ نكاحها كان بائناً كسائر الفسوخ فلا يجب ارتقاب انقضاء عدتها للبينونة .

قوله : وفي تحريم المصاهرة بوطء الشبهة تردد اشبهه انه لا يحرم ينشأ من أصالة الحل وعموم « وأحل لكم ما وراء ذلكم »^(٣) ، ومن اجماع الاصحاب على تنزله منزلة الصحيح في الحاق النسب وحرمة النسب الحاصلة منه على ابنتها وأختها ، ولان الزنا ينشر حرمة المصاهرة كما يجيء فالشبهة أولى .

والاول قول ابن ادريس^(٤) ، والثاني قول الشيخ في المبسوط^(٥) . وهو أولى

(١) المختلف ٢ / ٨٠ .

(٢) النهاية : ٤٥٩ ، المقنعة : ٧٨ .

(٣) سورة النساء : ٢٤ .

(٤) السرائر : ٢٨٩ ، قال فيه : فأما عقد الشبهة ووطء الشبهة فعدنا لا ينشر الحرمة ولا يثبت به تحريم المصاهرة بحال .

(٥) المبسوط ٤ / ٢٠٨ قال فيه : الوطء بالنكاح وبالملك وبالشبهة يحرم وينشر الحرمة بلاخلاف .

وأما الزنى فلا تحرم الزانية ولا الزوجة وان أصرت على الأشهر.

للاحتياط في استباحة الفرج^(١).

قوله : وأما الزنا فلا يحرم الزانية ولا الزوجة وان أصرت على الأشهر

هنا مسألتان :

(الاولى) الزانية ذات بعل أوفي عدة رجعية تحرم على الزاني اجماعاً ،

وهل تحرم على غيره أو عليه اذا لم تكن في الحالين^(٢) وعلى غيره أم لا ؟ قال

في النهاية^(٣) نعم الا ان تتوب وحد توبتها أن تدعى الى الزنا فتمتنع ، محتجاً

برواية ابي بصير^(٤) ورواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام^(٥).

وتابعه القاضي ، وهو مذهب التقي والظاهر من كلام المفيد^(٦) . وقد يستدل

بقوله تعالى « والزانية لا ينكحها الا ان^(٧) » الدال على الحرمة مع قوله « وحرمة

ذلك »^(٨) أي النكاح لا الزنا لانه تأكيد والاول تأسيس .

وأجيب : بمنع العموم والجملة مهملة .

(١) قال ابن فهد في المذهب : (فرع) يشترط فسى نشر الحرمة بالشبهة السبق ،

فلو طوى الاب زوجة الابن لشبهة لم يحرم على الابن زوجته لسبق الحل . وقال في المبسوط

بالتحريم لقوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » . وأجيب بأن دلالة الاية

في هذا الباب ظنية فلا ترفع الحل المتيقن .

(٢) اي اذا لم تكن ذات بعل وذات عدة رجعية .

(٣) النهاية : ٤٥٨ .

(٤) الفقيه ٣/٢٦٤ ، التهذيب ٧/٣٢٧ .

(٥) الكافي ٥/٣٥٥ ، التهذيب ٧/٣٢٨ .

(٦) المقنعة : ٧٨ .

(٧) سورة النور : ٣ .

وهل تنشر حرمة المصاهرة؟ قيل: نعم ان كان سابقاً ، ولا تنشر ان كان لاحقاً ، والوجه : أنه لا ينشر .

وقال في الخلاف^(١) والاستبصار واختاره ابن ادريس^(٢) بعدم التحريم . وهو الحق ، لعدم المنافاة بين زناها والعقد عليها والا لحرمت زوجته اذا زنت بعد العقد . وهو باطل كما يجيء ، ولاصالة الحل ، وتؤيده رواية الحلبي صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : أيما رجل فجر بامرأة حراماً ثم بداله أن يتزوجها حلالاً فإذا أوله سفاح وآخره نكاح ، فمثله كمثل النخلة أصاب الرجل ممن تمرها حراماً ثم اشتراها بعد فكانت له حلالاً^(٣) . ومما ذكره الشيخ محمول على الكراهية .

(الثانية) لاتحرم الزوجة بمجرد زناها اجماعاً ، وهل تحرم مع الاصرار عليه؟ الظاهر من كلام المفيد^(٤) وسلاو ابن حمزة ذلك حذراً من اختلاط النسب . والاولى عدمه ، لاصالة الحل ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لا يحرم الحرام الحلال^(٥) . وقول المصنف «على الأشهر» يدل على أن فيه رواية تستلزم التحريم ولم نقف عليها .

قوله : وهل ينشر حرمة المصاهرة؟ قيل نعم ان كان سابقاً ولا ينشر [ان كان] لاحقاً ، والوجه انه لا ينشر

(١) الخلاف ٢/٣٧٨ ، الاستبصار ٣/١٦٨ .

(٢) السرائر : ٢٩١ .

(٣) الكافي ٥/٣٥٦ ، التهذيب ٧/٣٢٧ .

(٤) لانه قال في المقنعة ٧٨ : فان فجر بها وهي غير ذات بعل ثم تاب من ذلك واراد أن ينكحها بعقد صحيح جاز له ذلك بعد أن تظهر منها التوبة أيضاً والافلا .

(٥) الوسائل ١٤/٣٢٤ ، ٣٢٥ بعبارات مختلفة : « ما حرم حرام حلالاً قط » و « ان

البحث في الزنا بالنسبة الى التحريم على ثلاثة أقسام :
(الاول) تحريم المزني بها بالنسبة الى الزاني ، وقد تقدم آنفاً وتجيء

تمتته .

(الثاني) بالنسبة الى الولد الحاصل من الزنا، ولا كلام في عدم ثبوت نسبه لكن هل تحرم البنت الحاصلة منه على الزاني. وعلى أبيه وابنه وأخيه وعمه وخاله ام لا ؟ الحق نعم تبعاً للغة ، فانه ثبت لغة فيدخل تحت قوله « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت »^(١). وابن ادريس^(٢) حرمها لا من هذه الجهة بل لانها كافرة، استسلاً للحكم بكفر ولد الزنا .

وهو في موضع المنع . اذ لا دليل يدل عليه، وكونه لا ينجب كما قال صلى الله عليه وآله وسلم « ولد الزنا لا ينجب » لا يستلزم الحكم بكفره، اذ يكفي في الحكم بعدم نجابته عدم كماليته في أحكام ولد الرشدة وهو حاصل ، فانا لانقبل شهادته ولا نصلي خلفه ولا نلحق نسبه ونحكم بكراهة سوره ، الى غير ذلك من أحكام ولد الرشدة^(٣) . فعلى قوله يصح انكاحها من الكافر وعندنا لا يصح .

(الثالث) بالنسبة الى تحريم المصاهرة كتحریم أمها وبناتها على الزاني وتحریمها على ابيه فصاعداً وابنه فنازلاً . واختلف الاصحاب في ذلك ، فقال

الحرام لا يفسد الحلال » و« ان الحرام لا يحرم الحلال » و« لا يحرم الحرام الحلال » .

واخرج ابن ماجة في سننه باللفظ الاخير، راجع ٦٤٩/١ .

(١) سورة النساء : ٢٣ .

(٢) السرائر : ٢٨٧ .

(٣) الرشدة بفتح الراء وكسرها وسكون الشين ، يقال هذا ولد رشدة اذا كان النكاح

صحيحاً ، كما يقال في ضده ولد زنية بكسر الزاي . للمحقق الداماد تحقيق في اللفظين اوردها في حاشيتها على مجمع البحرين .

المرتضى والصدوق في المقنع^(١) وسلار وابن ادريس^(٢) واختاره المصنف بعدم التحريم مطلقاً سابقاً ولاحقاً، لقوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم »^(٣) وعموم « فانكحوا ما طاب لكم من النساء »^(٤) ، وبما رواه هشام بن المثنى قال : كنت عند الصادق عليه السلام فدخل عليه رجل فسأله عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوجها ؟ قال : نعم وأمها وبناتها^(٥) .

وعنه أيضاً عليه السلام قال له : رجل فجر بامرأة اتحل له ابنتها ؟ قال : نعم ان الحرام لا يفسد الحلال^(٦) .

وبرواية حنان بن سدير قال : كنت عند الصادق عليه السلام اذ سأله سعيد عن رجل تزوج امرأة سفاحاً أتحل له ابنتها ؟ قال : نعم ، ان الحرام لا يحرم

الحلال^(٧) . وقال الشيخ^(٨) والتقي والقاضي وابن زهرة وابن حمزة أنه يحرم سابقاً لا

(١) المقنع : ١٠٨ ، قال فيه : فان زنى بأما فلا بأس ان يتزوجها بعد امها وابنتها واختها .

(٢) السرائر ٢٨٦ ، قال فيه : وقال بعض اصحابنا تحرم ام المزني بها وابنتها والاطهر الاصح من المذهب ان المزني بها لا تحرم امها ولا ابنتها للدلالة القاهرة من الكتاب والسنة والاجماع .

(٣) سورة النساء : ٢٤ .

(٤) سورة النساء : ٣ .

(٥) التهذيب ٣٢٦/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ فيهما هاشم بن المثنى وفي بعض النسخ « هشام بن المثنى » كما في الكتاب .

(٦) التهذيب ٣٢٨/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

(٧) التهذيب ٣٢٨/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

(٨) تعرض للمسألة في النهاية : ٤٥٨ ، الخلاف ٣٨١/٢ ، المبسوط ٢٠٢/٤ ،

التهذيب ٣٢٦/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

لاحقاً ، واختاره العلامة في المختلف^(١) محتجاً بوجوه :
(الاول) قوله «وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم»^(٢)
ووجه التمسك أن المزني بها يصدق عليها اسم نسائكم ، ولان الاضافة يكفي في
اجوازها أدنى ملابسة ، ولذلك يقول أحد حاملي الخشبة «خذ طرفك» أي طرف
الخشبة التي تليك ، وقال الشاعر :

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة سهيل اذا عمت غزلها في القرايب

فأضاف الكوكب اليها لجدها في العمل عند طلوعه^(٣) .

وفيه نظر ، لان ذلك مجاز لاحقيقة . سلمنا لكن ذلك حقيقة لغة لاعرفاً ،
وإذا دار اللفظ بين اللغة والعرف حمل على العرف لكونه طارئاً . سلمنا الحمل
على اللغوي لكن يلزمه الحرمة لو كانت بينهما نسبة أخرى غير العقد والوطى
كالصدقة والنسب غير المحرم لعين ما ذكره من جواز الاضافة بأدنى ملابسة .
(الثاني) رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل
عن رجل يفجر بالمرأة أيتزوج بابنتها ؟ قال : لا ولكن ان كانت عنده امرأة ثم
فجرباً معها أو اختها لم تحرم عليه التي عنده^(٤) .

(١) المختلف ٧٤/٢ .

(٢) سورة النساء : ٢٣ .

(٣) البيت لم يسم قائله ، والخرقاء كحمرء مؤنث اخرق بمعنى احمق . اسم امرأة
كان في عقلها نقصان وكانت لا تتهياً اسباب الشتاء في الصيف . فلما طلع «سهيل» واصاب
البرد فرقت قطنها بين نساء اقاربها وجاراتها ليساعدها في الغزل لتتهياً لباس شتائها ، في
المهذب البارع : فنسب الكوكب اليها لشدة اهتمامها عند ظهوره . وفي المختلف : فأضاف
الكوكب اليها لشدة سيرها فيه .

(٤) التهذيب ٣٢٩/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

(الثالث) رواية العيص بن القاسم قال : سألت الصادق عليه السلام عن رجل باشر امرأة فقبله غير أنه لم يفض اليها ثم تزوج ابنتها . قال : اذا لم يكن أفضى الى الام فلا بأس ، وان كان أفضى اليها فلا يتزوج ابنتها^(١) .

(الرابع) منصور بن حازم صحيحاً عن الصادق عليه السلام في رجل كان بينه وبين امرأة فجور هل يتزوج ابنتها ؟ قال : ان كان قبلة أو شبهها فليتزوج ابنتها ان شاء ، وان كان جماعاً فلا يتزوج ابنتها ويتزوجها هي^(٢) .

(الخامس) التحريم من جهة الرضاع ثابت فيثبت من جهة النسب بالطريق الاولى ، والملزوم ثابت لرواية محمد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن رجل فجر بامرأة أيتزوج أمها من الرضاعة أو ابنتها ؟ قال : لا^(٣) فيثبت لللازم ، لان النسب أصل الرضاع ويمتنع ثبوت صفة للفرع من حيث كونه فرعاً مع عدم ثبوتها لأصله .

وأجاب عن الاولين :

أما الكتاب فان المتنازع داخل فيما تقدم ، أعني «أمهات نسائكم» ، والمراد بما طاب ما حل .

وفيها نظر ، لانا بيننا عدم الدخول ، وحمل «ما طاب» على المباح خلاف الظاهر ، بل يفهم منه ما طاب طبعاً .

وأما الروايات فبالقول بالموجب وحمل الفجور على ما دون الوطء . وفيه أيضاً نظر ، لانه خلاف المفهوم منه لغة و عرفاً و شرعاً فلا يصر اليه .

(١) التهذيب ١/٧ ، الكافي ٥/٤١٥ .

(٢) الكافي ٥/٤١٦ ، التهذيب ٧/٣٣٠ وليس في الاول «هي» وفي الثاني «ان

شاء» .

(٣) الكافي ٥/٤١٦ ، التهذيب ٧/٣٣١ ، الاستبصار ٣/١٦٧ .

والمختار التحريم بالسابق، لانه أحوط وأقرب للتوقي من الشبهات. ولنتم هذا البحث بمسائل :

(الاولى) قال الشيخ^(١) ومن تابعه أولاً تحرم الزانية على أب الزاني وابنه. ونقل ابن ادريس^(٢) عن المفيد والسيد الاباحة وأفتى بها .

والحق الاول، للاجماع المركب ، فان كل من قال بتحريم أم المزني بها وبنتها قال بالتحريم هنا ومن اباح هناك اباح هنا، فالفرق احداث قول ثالث ، وهو باطل لما تقرر في الاصول .

(الثانية) لو عقد الأب أو الابن على امرأة ثم زنى بها الاخر لم تحرم على العاقد، سواء دخل العاقد قبل الزمان الاخر أو لم يدخل، لاصالة الاباحة وعموم لا يحرم الحرام الحلال .

وشرط ابن الجنيد في الاباحة الوطىء قبل الزنا ، فلو عقد ولم يدخل ثم زنا الاخر حرمت على العاقد مؤبداً ، محتجاً بعموم « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم » ، ولا فرق بين الاب والابن عند أحد ، وبرواية عمار عن الصادق عليه السلام^(٣) .

وأجيب بأن النكاح حقيقة شرعية في العقد والزنا لا عقد فيه، والرواية ضعيفة لضعف عمار .

(الثالثة) قال الشيخ في النهاية^(٤) : اذا ملك الرجل جارية فوطئها ابنه قبل أن الايطأها حرم على الاب وطئها، فان وطئها بعد وطىء الاب وطئها لم يحرم ذلك على

(١) النهاية : ٤٥٢ قال فيه : واذا زنا الرجل بامرأة حرم على ابنه وابيه العقد عليها .

(٢) السرائر : ٢٨٦ .

(٣) الكافي ٤٢٠/٥ ، التهذيب ٢٨٢/٧ ، الاستبصار ١٦٤/٣ .

(٤) النهاية : ٤٥٢ .

ولوزنى بالعمة أو الخالة حرمت عليه بناتهما .

وطئها . وبه قال ابن الجنيد والقاضي ، واحتجوا برواية عمار عن الصادق عليه السلام^(١) . وقال ابن ادريس^(٢) : لافرق في عدم التحريم بين أن يطأ قبل وطئ الاب أو بعده . وتوقف العلامة في المختلف^(٣) .

والاولى بناؤه على ما تقدم من عدم التوقف ، بل الفتوى بقول الشيخ ، للروايات الدالة على التحريم بالزنا السابق .

قوله : ولوزنا بالعمة أو الخالة حرمت عليه بناتهما

اللام في العمة والخالة عوض من الضمير ، أي بعمته وخالته كما في قوله تعالى « وأما من خاف مقام ربه ونهى النفس عن الهوى * فإن الجنة هي المأوى » أي مأواه .

إذا تقرر هذا فما ذكره المصنف مذهب الثلاثة وأتباعهم استناداً الى رواية أبي ايوب عن الصادق عليه السلام قال : سأله محمد بن مسلم وأنا جالس عن رجل نال من خالته وهو شاب ثم ارتدع أيتزوج بنتها؟ قال : لا . قال : انه لم يكن أفضى اليها انما كان شيء دون ذلك . قال : كذب^(٤) .

ولم نسمع من غيرهم خلافاً لذلك الا عن ابن ادريس^(٥) فانه قال بالاباحة مستدلاً بما حاصله وخلاصته أصالة عدم التحريم ، ولادليل عليه من كتاب أو سنة أو عقل وهو ظاهر ، فان كان عليه اجماع فهو الحجة ولا مخالفة فيه ، لكن

(١) التي مرت آنفاً .

(٢) السرائر : ٢٨٧ .

(٣) المختلف ٧٦ / ٢ .

(٤) التهذيب ٣١١ / ٧ ، الكافي ٤١٧ / ٥ ، وفي آخر الحديث بينهما اختلاف ، ففى الكافي : قلت : انه لم يكن أفضى اليها انما كان شيء دون شيء . فقال : لا يصدق ولا كرامة .

(٥) السرائر : ٢٨٨ .

لا اجماع لان القائل معلوم باسمه ونسبه فلا نعلم دخول المعصوم في جملتهم

فلا يكون حجة .

قال العلامة^(١) : هذا يدل على توقفه فيه ، لانه قال : ان كان عليه اجماع .
والحق انه لم يتوقف ، لانه ردديه أولاً ثم اختار أنه لا اجماع ثم بينه على
مقتضى المذهب .

ثم ان العلامة توقف في هذا الحكم مع حكمه واختياره في المختلف نشر
حرمة المصاهرة بالزنا . وهو عجيب ، فان هذا من جزئيات ذلك الحكم الكلي
مع ثبوت خصوصية العممة والخالة لكونهما من المحارم ، فان لم يكن لهما تأثير
في قوة التحريم فلا أقل من أن لا يكون لهما تأثير في ضعفه .

وأما نفي ابن ادريس الاجماع النطقي فمسلم لكن السكوتي حاصل ، فان
بعض الاصحاب أفتى بالتحريم وبعض سكت ، والاجماع السكوتي^(٢) وان لم
يكن حجة لكنه صالح للترجيح مع الرواية الواردة بذلك الحكم .

ولا يستبعد كون عظم الذنب موجباً للتحريم كما في العاقد في العدة والاحرام
مع العلم^(٣) [والوطء] فانه موجب للتحريم المؤبد ، قال تعالى « فبظلم من الذين
هادوا حرمننا عليهم طيبات أحلت لهم »^(٤) .

(١) المختلف ٧٦/٢ .

(٢) ذكره العلامة في نهاية الاصول في الفصل الثالث من بحث الاجماع وقال : اذا
قال بعض اهل المصر قولان وكان الباقر حاضرين لكنهم سكتوا ولم ينكروا فيه ، اختلف
الناس في ذلك ، فقال الشافعي وجماعة من الفقهاء وداود الظاهري والسيد المرتضى وجماعة
من الحنفية وابو عبد الله البصري انه ليس باجماع ولا حجة وهو الحق ، وقال ابو علي الجبائي
وجماعة من الفقهاء وبعض الشافعية انه اجماع وحجة .

(٣) في الهامش : صوابه « مع العلم او الجهل والوطء » .

(٤) سورة النساء : ١٦٠ .

وأما اللمس والنظر بما لا يجوز لغير المالك فمنهم من شره به الحرمة
على أب اللامس والناظر وولده .

ومنهم من خص التحريم بمنظورة الاب . والوجه الكراهية في
ذلك كله .

ولا يتعدى التحريم الى أم الملموسة والمنظورة ولا بنتيهما .

قوله : وأما اللمس والنظر بما لا يجوز لغير المالك فمنهم من شره
الحرمة على اب اللامس والناظر وولده، ومنهم من خص التحريم بمنظورة
الاب، والوجه الكراهية في ذلك كله، ولا يتعدى التحريم الى أم الملموسة
والمنظورة ولا بنتيهما

تنقيح هذا الكلام يتم بفوائد :

(الاولى) المراد باللمس والنظر المذكورين هو أن يكون للفرج، أي يلمس
الفرج بشهوة أو ينظره بشهوة أو يقبل بشهوة أيضاً ، فلو نظر الوجه أو الكفين وان
كان بشهوة أو نظر الفرج لعلاج أو لحاجة أو بغير قصد أو قبل لا بشهوة بل رافة [رقن ن]
ورحمة لم يكن ذلك كله موجباً للتحريم اجماعاً.

(الثانية) اختلف في المنظورة أو الملموسة المذكورتين اذا حصل ذلك عن
الاب أو الابن كل الى مملوكته هل يكون ذلك موجباً للتحريم على الاخر أم
لا ؟ قال الشيخ^(١) واتباعه نعم، واختاره العلامة في المختلف^(٢) محتجاً بوجوه:

(الاول) قوله تعالى « وحلائل ابنائكم »^(٣) خرج الملك المجرد عن الوطىء
والنظر واللمس والقبلة اجماعاً فيبقى الباقي على عمومته .

(١) النهاية : ٤٥١ .

(٢) المختلف ٧٦/٢ .

(٣) سورة النساء : ٢٣ .

وفيه نظر، بمنع صدق الحلائل على المملوكة، لان المتبادر هو المعقود

عليها .

(الثاني) أن النظر واللمس بشهوة أقوى في نشر الحرمة من العقد المجرد، وقد ثبت التحريم مع العقد المذكور فيثبت معهما، وهو المطلوب.

وفيه أيضاً نظر، لانه قياس، مع أنا نمنع الاولوية المذكورة .

(الثالث) رواية محمد بن اسماعيل بن بزيح صحيحاً عن الصادق عليه السلام

وقد سأله عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده؟ فقال: بشهوة . قلت: نعم. فقال: ما ترك شيئاً اذقبلها بشهوة. ثم قال ابتداء منه: ان جردها ونظر اليها بشهوة حرمت على ابيه وابنه . قلت: اذا نظر الى جسدها . فقال: اذا نظر الى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه^(١).

(الرابع) رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: اذا جرد

الرجل الجارية ووضع يده عليها فلا تحل لابنه^(٢) . وقال ابن ادريس^(٣) لا تحرم على أحدهما لو نظر الاخر أو لمس، واختاره المصنف والعلامة في القواعد^(٤)، لاصالة الحل وعموم «وأحل لكم ما وراء ذلكم»^(٥) و«ما طاب لكم من النساء»^(٦) «او ملكت ايما نكم»^(٦).

وفيه نظر، لان الاصل يعدل عنه للدليل وقد بيناه، والعام يخص بغيره وقد

(١) الكافي ٤١٨/٥ ، التهذيب ٢٨١/٧ .

(٢) الكافي ٤١٩/٥ ، التهذيب ٢٨٢/٧ .

(٣) السرائر : ٢٨٧ .

(٤) القواعد ، الفصل الثاني من القسم الثاني من الباب الثاني من كتاب النكاح .

(٥) سورة النساء : ٢٤ . مع العلم ان الرجل والمرأة ٢١٢٧٢ مختلفان (٢)

(٦) سورة النساء : ٣ .

رويناه . وقال المفيد^(١) التحريم على ابن الناظر دون أبيه ، وقول الشيخ
احوط .

(الثالثة) النظر أو اللمس أو القبلة المذكورات هل تحرم بنت المعقود عليها
أو أمها أو بنت المملوكة أو أمها أم لا ؟ قال ابن الجنيدي به والشيخ في الخلاف^(٢)
محتجاً باجماع الفرقة والاحتياط ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ان الله لا
ينظر الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها^(٣).

والحق خلافه، لقوله تعالى «فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم»^(٤)
والمذكورات ليست دخولا .

هذا في البنت وأما الام فلعدم القائل بالفرق .

(الرابعة) النظر المذكور أو اللمس بالشهوة هل يحرم البنت أو الام ؟ قال
الشيخ في الخلاف^(٥) نعم ، والحق عدمه للاصل .

(الخامسة) النظر واللمس المذكوران للاجنبية عمداً هل يحرمهما كل من
لم يحرم بالزنا لم يحرم بهما، ومن حرم به سابقاً اختلفوا على قولين، والاقوى
العدم للاصل .

(١) المقنعة : ٧٨ .

(٢) الخلاف ٣٨١/٢ .

(٣) رواها في الخلاف مع رواية اخرى وهي : وقال صلى الله عليه وآله وسلم : من
كشف قناع امرأة حرمت عليه امها وبنتها .

(٤) سورة النساء : ٢٣ .

(٥) قال فيه : اذ انظر الى فرجها تعلق به تحريم المصاهرة . وقال في المسألة السابقة

على هذه : اللمس بشهوة مثل القبلة واللمس اذا كان مباحاً او بشبهة ينشر التحريم وتحرم الام
وان علت والبنت وان نزلت .

ويلحق بهذا الباب مسائل .
 (الاولى) لوملك أختين فوطىء واحدة حرمت الاخرى .
 ولووطىء الثانية أثم ولم تحرم الاولى .
 واضطربت الرواية ، ففي بعضها تحرم الاولى حتى تخرج
 الثانية عن الملك للعود .
 وفي أخرى : ان كان جاهلاً لم تحرم ، وان كان عالماً حرمتا
 عليه .

قوله : لوملك أختين فوطىء واحدة حرمت الاخرى ، ولو ووطىء
 الثانية اثم ولم تحرم الاولى عليه ، واضطربت الرواية ففي بعضها تحرم
 الاولى حتى تخرج الثانية عن ملكه للعود، وفي الاخرى ان كان جاهلاً لم
 تحرم وان كان عالماً حرمتا

ما صدر المسألة به وجعله فتياه هو مذهب ابن ادريس^(١) ، أما تحريم الثانية
 فلجمعه بين الاختين، وأما عدم تحريم الاولى ووطىء الثانية فلسبق الحل وعموم
 قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لا يحرم الحرام الحلال^(٢) .

وأما الرواية المشار اليها بالاضطراب فهي عن الحلبي حسناً وابي الصباح
 الكنتاني عن الصادق عليه السلام^(٣) ، ومثلها رواية علي بن ابي حمزة عن الكاظم
 عليه السلام^(٤) .

(١) السرائر : ٢٩٠ .

(٢) التهذيب ٣٢٨/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

(٣) الروايتان في التهذيب ٢٩٠/٧ ، الكافي ٤٣٢/٥ .

(٤) التهذيب ٢٩٠/٧ ، الكافي ٤٣٢/٥ .

وأفتى بمضمونها الشيخ في النهاية^(١) والقاضي وابن حمزة ، واختاره العلامة في المختلف^(٢) وقال : لامتناع في اقتضاء وطى الثانية تحريم الاولى ، واذا وجدت الرواية الخالية عن المعارض بذلك وجب الحكم بها .

وأما الرواية الثانية المقتضية لعدم تحريم الاولى مع جهله وتحريمهما معاً مع علمه فهي رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام . قال الشيخ معنى حرمتا جميعاً ، أي مادامتا في ملكه ، فاذا زال ملك احدهما فقد حلت الاخرى .
وهنا فوائد :

(الاولى) على قول ابن ادريس والمصنف يزول تحريم الثانية بخروج الاولى عن ملكه أو موتها ، سواء أخرجها للعود الى الثانية أولاً ، عالماً كان أو جاهلاً .

(الثانية) على قول الشيخ بتحريم الاولى حتى تخرج الثانية عن ملكه يكفي اما البيع أو الهبة أو غيرهما من المملكات .

(الثالثة) هل يكفي رهنها أو تزويجها أو كتابتها كتابة مطلقة أم لا ؟ نص العلامة في التحرير على الاكتفاء بالكتابة دون الرهن ، واستشكله في القواعد^(٣) من حيث تقييد النص بالخروج عن الملك ، قال أمير المؤمنين عليه السلام : من وطىء احدى الاختين فلا يطأ الاخرى حتى تخرج الاولى عن ملكه . والفرض هنا عدم الخروج فلا يزول التحريم والا لم تكن الغاية غاية ، ومن أن المقصود تحريم الوطىء وقد حصل .
وجزم في التذكرة أنه لا يكفي الرهن ، لان المنع فيه لحق المرتهن لا

(١) النهاية : ٤٥٥ .

(٢) المختلف : ٧١٤٧٧ بولها : ٢٧٣ : قولها (٢)

(٣) القواعد : ٧٨١/٢ .

(٣) القواعد ، الفصل الاول من المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد .

(الثانية) يكره أن يعقد الحر على الأمة ، وقيل : يحرم الأمن
يعدم الطول ويخشى العنت .

لتحريمها ولهذا يحل له مع اذنه ، ولانه يقدر على فكها بأداء الدين أمتى شاء
بخلاف التزويج والكتابة فانه لا يقدر معهما على زوال المنع .
(الرابعة) الاحكام المذكورة تابعة لوطىء الاولى لا غير ذلك من التقبيل
بشهوة أو لمس الفرج بشهوة أو نظره كذلك .

(الخامسة) لو وطىء أمته جازله أن يتزوج بأختها فتحرم الموطوءة مادامت
الثانية زوجة ، ولا يشترط في اباحة نكاحها خروج الموطوءة عن ملكه لان
النكاح أقوى من الوطىء بالملك ، فمسع اجتماعهما فالحكم للاقوى سواء كان
النكاح لاحقاً كما قلنا أو سابقاً ، فيجوز أن يشتري الأخت بعده لكن لا يبطأها .

قوله : يكره ان يعقد الحر على الأمة وقيل يحرم الا ان يعدم الطول (١)

ويخشى العنت
الاول قول الشيخ^(٢) في النهاية والتهذيب والاستبصار ، لاصالة الاباحة .
والثاني قوله في الخلاف^(٣) والمبسوط والمفيد في المقنعة^(٤) وابن ابي عقيل ،
لقوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما

(١) الطول بفتح الطاء وسكون الواو : الغنى والسعة . والعنت : قال ابن فارس :
والعنت فى قوله تعالى « لمن خشى العنت منكم » الزنا وقال الازهرى نزلت فيمن لا يستطيع
طولاى فضل ما ينكح به حرة فله ان ينكح الأمة . وتعنته : ادخل عليه الاذى ، واعنته :
اوقعه فى العنت وفيما يشق عليه تحمله .

(٢) النهاية : ٤٧٦ ، التهذيب ٣٣٤/٧ .

(٣) الخلاف ٣٨٣/٢ ، المبسوط ٢١٤/٤ .

(٤) المقنعة : ٧٨ .

«ملكتم إيمانكم» إلى قوله «ذلك لمن خشى العنت منكم»^(١) جعل عدم الاستطاعة وخوف العنت شرطين في اباحة نكاحهن ، والمشروط عدم شرطه ، ولرواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال: لا بأس اذا اضطر اليها^(٢)، ومثله رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام^(٣).

وأجيب بمنع الدلالة الا من حيث الخطاب وليس بحجة ، وعلى تقدير حجتيه فهو أعم من التحريم والكرهية ، وترجح الكراهية باطلاق « ولامه مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم »^(٤).

وهنا فوائد :

(الاولى) الطول لغة السعة ، وشرعاً مهر الحرية ونفقتها ووجودها وامكان وطئها قبلاً . و« العنت » لغة المشقة الشديدة ، وشرعاً الزنا ، لانه سبب المشقة بالحد في الدنيا والعقاب في الآخرة . وخوف العنت يتحقق بقوة الشهوة وضعف التقوى .

(الثانية) يقبل قوله في حصول المشقة وعدم الطول ، ولو كان بيده مال وادعى أنه ليس له او أن عليه ديناً يستغرقه قبل أيضاً .

(الثالثة) لو تجدد أحسد الشرطين أوهما لم يرتفع النكاح السابق ولو كان العقد خاصة من دون الوطى ، وكذا له الرجعة في الرجعية .

(الرابعة) تظهر فائدة الخلاف أنه مع حصول الشرطين معاً تجوز الواحدة قطعاً ، وعلى التحريم تحرم الثانية ، لانتهاء احد الشرطين ، وعلى الكراهية تكرره ، وأما الثالثة فلا خلاف في تحريمها .

(١) سورة النساء : ٢٥ .

(٢) الكافي ٣٥٩/٥ ، التهذيب ٣٣٤/٧ .

(٣) التهذيب ٣٨٤/٧ .

(٤) سورة البقرة : ٢٢١ .

(الثالثة) لا يجوز للعبد أن يتزوج اكثر من حرتين ، أو حرة
وامتين أو أربع اماء .
(الرابعة) لا يجوز نكاح الامة على الحرة الا باذنها .
ولو بادر كان العقد باطلا .
وقيل : كان للحرة الخيرة بين اجازته وفسخه .
وفي رواية : لها أن تفسخ عقد نفسها وفي الرواية ضعف .

(الخامسة) مع حصول الشرطين تباح الواحدة اجماعاً ، والترك أفضل
لقوله تعالى « وان تصبروا خير لكم »^(١) .

(السادسة) لو تزوج اثنتين دفعة جاز على القول بالكراهية ، وعلى التحريم
قال الشيخ في النهاية والقاضي وابن الجنيد يتخير واحدة ، كما لو جمع بين
الاختين أو الخمس في عقد . وقال ابن حمزة وابن ادريس يبطل للنهي عنه .
والاقوى البطلان على القول في التحريم ، لاستحالة الترجيح بغير مرجح .

قوله : لا يجوز نكاح الامة على الحرة الا باذنها ولو بادر كان العقد
باطلا ، وقيل كان للحرة الخيرة بين اجازته وفسخه ، وفي رواية لها ان
تفسخ عقد نفسها وفي الرواية ضعف

الاول قول الشيخ في المبسوط والخلاف^(٢) وابن ابي عقيل وابن الجنيد،
واختاره ابن ادريس^(٣) والمصنف، لرواية الحلبي في الحسن عن الصادق عليه
السلام^(٤) .

(١) سورة النساء : ٢٥ .

(٢) المبسوط ٢١٤/٤ ، الخلاف ٣٨٣/٢ .

(٣) السرائر : ٢٩٢ .

(٤) الكافي ٣٥٩/٥ ، التهذيب ٣٤٤/٧ .

وكذا رواية حذيفة بن منصور عنه عليه السلام أيضاً قال : يفرق بينهما .
قال : قلت عليه أدب ؟ قال : نعم اثنا عشر سوطاً ونصف ثمن حد الزاني وهو
صاغر^(١) .

والثاني قوله في النهاية^(٢) والمفيد والقاضي وسلاو بن حمزة ، وهي رواية
سماعة^(٣) . وهي وانضفت بسماعة لكن ذلك مؤيد بأصالة صحة العقد لصدوره
من أهله، ولا يقتضي لعدم صحته الإعدام الرضا، للاجماع على أنه لو سبق الرضا
صح فكذا مع تأخره كعقد الفضولي ، والنهي في غير العادة لا يقتضي الفساد.
واختار السعيد الأول والشهيد الثاني^(٤) .

وأما الرواية المشار إليها بأن لها فسخ عقد نفسها فهي عن سماعة ، وهي
مع ضعفها منافية للنظر بصحة عقدها ولزومه شرعاً فيحكم ببقاء العصمة عملاً
بالاستصحاب .

ويتفرع هنا فروع :

(الأول) على القول بالبطلان لورضيته بعده لا يكفي العقد السابق بل يفتقر
إلى عقد جديد للآية .

(الثاني) على قول الشيخ إذا فسخت الحرة نكاح الأمة لا تفتقر إلى طلاق
بل تبين بالفسخ .

(الثالث) على القول بأن للحرة فسخ عقد نفسها إذا فسخته تبين بغير طلاق .

(١) التهذيب ٣٤٤/٧ ، الاستبصار ٣/٢٠٩ .

(٢) النهاية : ٤٥٩ ، المقنعة : ٧٨ .

(٣) الكافي ٣٥٩/٥ ، التهذيب ٣٤٥/٧ .

(٤) إيضاح الفوائد ٩٠/٣ ، وراجع شرح اللمعة ٢/٢٠٧٠ : قولنا (٢)

ولو أدخل الحررة على الأمة جاز .
وللحررة الخيار أن لم تعلم ، أن كانت الأمة زوجة .
ولو جمع بينهما في عقد صح عقد الحررة دون الأمة .

قوله : وإذا أدخل الحررة على الأمة جاز وللحررة الخيار أن لم تعلم

هنا مسألتان :

(الأولى) أنه مع الإدخال المذكور لا يبطل عقد الأمة ولا الحررة . وهو
اجماع منا ومن الفقهاء إلا ابن حنبل ، فإنه أبطل عقد الأمة .

واحتج الشيخ^(١) على ما قلنا في النهاية والخلاف بما روي عن علي عليه
السلام وابن عباس : إذا تزوج بأمة ثم تزوج بحررة بعد ذلك فلا يبطل نكاح
الأمة .

(الثانية) إذا لم تعلم الحررة بأن عنده أمة بالعقد كان لها الخيار بين الصبر
وبين الاعتزال . وقال في كتبه إلا الخلاف فإنه فيه خيرها بين ثلاثة أمور :
الاجازة ، وفسخ عقد نفسها ، وفسخ عقد الأمة .

وجعله ابن حمزة رواية ، ومنعه ابن ادريس بل خيرها بين الأولين فقط .
وهو الصحيح ، وتدل عليه بعد الاجماع رواية يحيى بن الأزرق عن الصادق
عليه السلام^(٢) .

قوله : ولو جمع بينهما في عقد صح عقد الحررة دون الأمة

هذا قول الشيخ^(٣) ، ومستنده رواية أبي عبيدة الصحيحة عن الباقر عليه

(١) النهاية : ٤٥٩ ، الخلاف ٣٨٤/٢ . والخبر رواه في الخلاف : (٢)

(٢) التهذيب ٣٤٥/٧ . ٧١٥٣٢ . ٥١٦٥٢ . ١٥٦٢ .

(٣) النهاية : ٤٥٩ : ٦١٠ . ٦١٠٦ . ٦١٠٦ . ٦١٠٦ .

(الخامسة) لا يحل العقد على ذات البعل ولا تحرم به .
 نعم لوزني بها حرمت ، وكذا في الرجعية خاصة .
 (السادسة) من تزوج امرأة في عدتها جاهلا ، فالعقد فاسد .
 ولو دخل حرمت أبدأ ولحق به الولد ولها المهر بوطء الشبهة .
 وتتم العدة للاول وتستأنف أخرى للثاني ، وقيل : تجزى عدة
 واحدة . ولو كان عالماً حرمت بالعقد .

السلام^(١) . واختاره المصنف والعلامة في التحرير ، وقال في المختلف^(٢) للحرمة
 الخيار في فسخ عقد الامة وامضائه . والاقرب أنه لها فسخ عقد نفسها هنا ، لان
 العقد واحد وقع متزلزلاً ولا اولوية . وقال في القواعد^(٣) صح عقد الحرمة
 وكان عقد الامة موقوفاً أو باطلاً .

قوله : من تزوج امرأة في عدتها جاهلاً فالعقد فاسد ، ولو دخل
 حرمت ابدأ ولحق به الولد ولها المهر بوطء الشبهة ، وتتم العدة للاول
 وتستأنف أخرى للثاني ، وقيل تجزى عدة واحدة ولو كان عالماً حرمت
 بالعقد

ما اختاره من الاتمام والاستيناف قول الشيخ في النهاية^(٤) لرواية الحلبي
 عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن المرأة يموت عنها زوجها فتضع

(١) الفقيه ٢٦٦/٣ ، التهذيب ٣٤٥/٧ .

(٢) المختلف ٨١/٢ .

(٣) القواعد ، المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد .

(٤) النهاية : ٤٥٣ .

وتزوج قبل أن يمضي لها أربعة أشهر وعشر. فقال: اذا كان دخل بها فرق بينهما
ثم لا تحل له أبداً واعتدت بما بقي عليها من الاول. الى أن قال: وهو خاطب
من الخطاب^(١).

قيل: وفيه نظر، لان قوله « بما بقي » صريح في الاكتفاء بواحدة، وان
جعلت الباء بمعنى مع وقدر متعلق آخر لاعتدت كان على خلاف الاصل فلا
يصار اليه.

قلت: لم لا يجوز أن يكون قوله « واعتدت » امرأً بالاعتداد ولا يفتقر الى
تقدير وتكون الباء بمعنى مع، أي اعتدت مع ما بقي. والنظر اقتضى ذلك،
لان عدة الاول لا بد منها لوجود سببها^(٢) المعين، وعدة الثاني لا بد منها أيضاً
لأنها نتيجة وطى شبهة، ومع تغاير الاسباب يتغاير المسبب.

وأما الاكتفاء بواحدة فلا أعلم القائل به لكنه في رواية زرارة عن الباقر
عليه السلام في امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها. فقال: يفرق بينهما وتعد
عدة واحدة منهما جميعاً^(٣).

وهي غير صريحة بالمدعى، لانه لم يذكر فيها أنه دخل بها الذي هو محل
الحكم، وحينئذ جاز أن يكون غير مدخول بها ولا شك أن تلك لعدة عليها.
نعم يمكن ان يحتج لهذا القول بأن حكم العدة استبراء الرحم، وهو يحصل
باتمام العدة.

وفيه نظر من وجهين: الاول أن ذلك الغرض لا يتم فيمن تعدت بالاشهر

(١) التهذيب ٣٠٦/٧، الكافي ٤٢٧/٥، الاستبصار ١٨٦/٣ واللفظ للاول.

(٢) في بعض النسخ: نسبتها.

(٣) التهذيب ٣٠٨/٧، الاستبصار ١٨٨/٣.

ولو تزوج محرماً عالماً حرمت وان لم يدخل ، ولو كان جاهلاً

كالمستترابة . الثاني لودخل بها وقد بقي يوم واحد فان العلم بالاستبراء لا يتم بالاتمام المذكور لجواز العلوق من الثاني .

وهنا فوائد :

(الاولى) لو عقد عالماً بالتحريم حرمت أبدأ ولاعدة ولودخل ، اذ هو زان والزنا لا حرمة له^(١) .

(الثانية) لو عقد على ذات البعل هل حكمه كالمعتدة فيما تقدم من التحريم المؤبد أم لا ؟ قال المصنف لا ، وقد اشار اليه في المسألة السابقة . واستشكله العلامة من عدم التنصيص وأصالة الحل ومن أولوية الحكم ، لان ذات البعل أشد محذوراً فيكون التحريم أولى . واختار السعيد^(٢) الاقتصار على محل النص ، وهو أولى .

(الثالثة) هل حكم وطئ الأمة في زمان الاستبراء كما في العدة ؟ اشكال من أنه عدة للامة فيكون كالعدة ، ومن اختصاصه باسم لم يتناوله النص والاصل عدم التحريم ، ولان وصف السببية الشرعية لا تثبت الا بالنص لا غير فيقتصر على محله . وهو اختيار السعيد^(٣) .

قوله : ولو تزوج محرماً عالماً حرمت وان لم يدخل ، ولو كان جاهلاً

(١) قال ابن فهد في المهذب : (فرع) لو عقد جاهلاً في العدة ووطئ بعد خروجها لم يحرم لان المحكم في الجاهل متعلق بالوطئ لا العقد وقد حصل بعد العدة وحينئذ لا فرق بين ان تتحدله العلم بعد العدة او قبلها اذا كان الوطئ بعد العدة .

(٢) ايضاح الفوائد ٦٩/٣ .

(٣) ايضاح الفوائد ٧٠/٣ .

فسد ولم تحرم ولو دخل .

فسد ولم تحرم ولو دخل

أما الاول : فاجماع الاصحاب عليه ، وتؤيده رواية زرارة عن الصادق عليه السلام^(١) .

وأما الثاني : وهو عدم التحريم مع الدخول والجهل فأطلق في النهاية^(٢) عدم التحريم مع الجهل ولم يفصل بين الدخول وعدمه ، وتبعه القاضي ، وأطلق الصدوق^(٣) التحريم المؤبد ولم يفصل الى العالم والجاهل ولا الدخول وعدمه ، وكذا المفيد^(٤) لم يتعرض للجاهل بعد الحكم بالتحريم المؤبد مع العلم .

ورواية زرارة المذكورة تدل بمفهومها على ما قاله المصنف ، لانه قال : والمحرم اذا تزوج وهو يعلم أنه حرام عليه لاتحل له أبداً . وقال الشيخ في الخلاف^(٥) انها تحرم مع الدخول والجهل ، واختاره ابن ادريس^(٦) . وهو غير بعيد ، لما عرفت أن الاحتياط للفروج أولى ، ودلالة المفهوم ضعيفة .

(١) الكافي ٤٢٦/٥ ، الوسائل ٣٧٨/١٤ .

(٢) النهاية ٤٥٣ ، قال فيه : فان لم يكن عالماً بذلك فرق بينهما فاذا احلوا وازادوا ان يستأنفا العقد فعلا وليس عليهما شيء .

(٣) المقنع : ١٠٩ ، قال فيه : واذا تزوج في احرامه فرق بينهما ولا يحل له ابداً .

(٤) المقنعة : ٧٨ ، قال فيه : ومن عقد على امرأة وهو محرم مع العلم بالتهى عن ذلك فرق بينهما ولم تحل له ابداً .

(٥) الخلاف ٣٨٦/٢ .

(٦) السرائر : ١٣٥ ، قال فيه : من تزوج امرأة وهو محرم فرق بينهما ولم تحل له ابداً سواء كان قد دخل بها اولم يدخل اذا كان عالماً بتحريم ذلك عليه فان لم يكن عالماً به جازله ان يعقد عليها بعد الاحلال . انتهى .

أقول : قوله رحمه الله « في صورة الجهل » مطلق ولم يقيد بعدم الدخول .

(السابعة) من لاط بغلام فأوقبه حرمت عليه أم الغلام وبنته وأخته .

قوله : من لاط بغلام فأوقبه حرمت عليه ام الغلام واخته وبنته
هنا فوائد :

(الاولى) يقال : وقب الشيء يقب وقباً أي دخل ، ووقبت الشمس اذا غابت ودخلت موضعها ، ووقب الظلام دخل على الناس ، ومنه قوله تعالى « ومن شر غاسق اذا وقب »^(١) ، وقال الحسن اذا دخل على الناس . وأوقبت الشيء أدخلته في الوقبة . والمراد هنا ادخال الذكر ولو بعض الحشفة .

(الثانية) هذا الحكم اجماع من أصحابنا عليه تظافر رواياتهم لم يوافقهم في ذلك أحد الا المزني فانه حرم البنت لاغير لانها بنت مدخول به .

(الثالثة) لو سبق العقد لم يحرم شيء من الثلاث ، وانما يحرم من مع تقدم الايقاب . وتحرم الام وان علت والبنت وان نزلت ، لابنت الاخت لعدم تناول

النص لها .
(الرابعة) لافرق بين من ينسب منهن بالنسب وبالرضاع لعموم قوله صلى

الله عليه وآله وسلم : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب^(٢) .

(الخامسة) لافرق بين كون المفعول به غلاماً أو رجلاً ، أما الفاعل فهل يشترط بلوغه؟ يحتمل ذلك ، لانه تكليف لقوله في النص « حرام على الموقب » .
ويحتمل العدم ، للعموم لان من في المجازاة والاستفهام كذلك .

وهو الاقرب ، لانه من الاسباب فهو من باب الوضع ، ولهذا لوزوجه

(١) سورة الفلق : ٣ .

(٢) ٦١٥٨ والخبر (٢)

(٢) الفقيه ٣/٣٠٥ ، الكافي ٥/٤٣٩ ، التهذيب ٧/٣١٣

(السبب الرابع) في استبقاء العدد :

إذا استكمل الحر أربعاً بالغبطة حرم عليه ما زاد .

ويحرم عليه من الاماء ما زاد على اثنتين .

وإذا استكمل العبد حرتين أو أربعاً من الاماء غبطة حرم عليه

ما زاد .

ولكل منهما أن يضيف الى ذلك بالعقد المنقطع وبملك

الييمين ما شاء .

وإذا طلق واحدة من الاربع حرم عليه ما زاد غبطة حتى يخرج

من العدة أو تكون المطلقة بائنة .

وكذا لو طلق امرأة وأراد نكاح أختها .

ولو تزوجها في عقد بطل وقيل : بتخير ، والرواية مقطوعة .

الولي فانه يحرم عليه أم زوجته ، بمعنى أنه يحرم على الولي انكاح اياها وبعد

البلوغ يتعلق به فحال الفعل وجد الاثر .

قوله : ولو تزوجها في عقد بطل ، وقيل يتخير والرواية به مقطوعة

أما الاول وهو البطلان فهو قول ابن حمزة وابن ادريس^(١) والمصنف والعلامة

في القواعد^(٢) ، وأفتى به السعيد^(٣) والشهيد^(٤) وهو الحق ، لان العقد على كل

واحدة تحرم لنكاح الاخرى ومبطل للعقد عليهما ، ونسبتهما اليهما واحدة فيلزم

(١) السرائر: ٢٨٦ ، قال فيه: لانه عقد منهي عنه والنهي يدل على فساد المنهى عنه.

(٢) القواعد ، المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد .

(٣) الايضاح ٨٥/٣ .

(٤) راجع شرح اللمعة ٦٩/٢ .

بطلانه بالنسبة الى كل واحدة منهما والالزم الترجيح بغير مرجح ، ولان أثر العقد الاباحة ، فلو أثر فامالهما أو لاحدهما بعينها أو لا بعينها .
والكل باطل: أما الاولان فبالضرورة ، وأما الاخير فلان الاباحة أمر معين فلا يحل في محل غير معين في نفس الامر ، واذا لم يؤثر العقد باطل ، لما عرف من معنى البطلان في الاصول .

والثاني قول الشيخ في النهاية^(١) والقاضي وابن الجنيدي ، لرواية محمد بن علي بن محبوب عن علي بن السندي عن ابن ابي عمير عن جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في رجل تزوج اختين في عقدة واحدة . قال : هو بالخيار أن يمسك أيتها شاء ويخلي سبيل الاخرى^(٢) . وهي مقطوعة كما ترى .

واختاره العلامة في المختلف^(٣) محتجاً بأن المقتضي للاباحة ثابت وهو العقد ، اذ العقد عليهما عقد على كل واحدة منهما ، والمعارض لا يصلح للمعارضة لانه ليس الانضمام العقد على الاخت الاخرى اليه لكن لا يقتضي تحريم المباح كما لو جمع بين محرمة عيناً وأجنبية محللة عيناً في عقد واحد ، اذ لافرق بينهما الا الاطلاق أو التعيين . ولا اثر لهما في التحريم ، اذ في التعيين تحرم واحدة معينة فيبطل العقد عليها وتحل اخرى معينة فيحل العقد عليها وفي الاطلاق تحل واحدة مطلقة وتحرم أخرى مطلقة وقد عقد عليهما معاً فقد خالف في العقد ، اذ لا وجود للكلي الا في جزئياته .

وفيه نظر ، لانا لانسلم أن العقد عليهما عقد على كل واحدة منهما ، لانه انما

(١) النهاية : ٤٥٤ .

(٢) الكافي ٤٣١/٥ ، التهذيب ٢٨٥/٧ .

(٣) المختلف ٧٨/٢ .

يكون كذلك لو لم يكن العقد على كل منهما مشروطاً بانتفاء العقد على الأخرى
واللازم باطل فكذا الملزوم ، وبيان الملازمة ظاهر .
وكذلك نقول في انتفاء المعارض ، فان الفرق حاصل بين انضمام الأجنبية
المحللة الى المحرمة عيناً وبين انضمام الأخت ، فان العقد على الأجنبية ليس مشروطاً
بانتفاء العقد على المحرمة عيناً . ولانسلم أيضاً أنه لا أثر للإطلاق والتعيين في
التحريم ، ومستنده ما تقدم .

وهنا فوائد :

(الاولى) المراد بالجمع بين الأختين انما هو في العقد الواحد ، بأن تذكرهما
في الإيجاب فيقبل نكاحهما ، لا أن تذكر احدهما فيقبل ثم تذكر الأخرى فيقبل
ثانياً ، فان ذلك ترتيب لاجمع .

(الثانية) لورتب بينهما كما قلناه كان عقد الثانية باطلا قطعاً . وقال ابن الجنيدي
الترتيب يحصل بالخطبة واجابة الولي . وليس بشيء ، لعدم تمامية النكاح
بالخطبة والاجابة .

(الثالثة) لورتب كما قلناه فوطىء الثانية فرق بينه وبينها ولم تحرم الاولى . قال
ابن ادريس^(١) : وهو الذي يقتضيه أصول المذهب ، لقوله صلى الله عليه وآله
وسلم : لا يحرم الحرام الحلال^(٢) .

وقال الشيخ في النهاية^(٣) لا يرجع الى الاولى حتى تخرج التي وطئها من
عدتها ، وتبعه القاضي وابن حمزة .

وقال ابن الجنيدي : لو تزوج بأخت امرأة وهو لا يعلم فرق بينهما ان كان لم
يدخل بالثانية ، فان دخل بالأخيرة خير أيتها شاء ولا يقرب التي يختار حتى

(١) راجع التعليقة السابقة من السرائر . (١) قولنا : ٣٥٣ .

(٢) التهذيب ٣٢٨/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ . قولنا : ٥١٦/٣ .

(٣) النهاية : ٤٥٤ . قولنا : ٢١٨٧ .

تنقضي عدة التي فارق ، فان أحب العود الى التي فارقها لم يكن له أن يعقد حتى يفارق التي كانت في حباله ، اما بطلان بائن أو خلع تبين به عصمتها ثم لا يكون له عليها رجعة أو تموت .

وفيه نظر ، لانه لاوجه للتخيير لتحقق عقد الاولي وتعلق النهي بعقد الثانية ، لانه به يتحقق الجمع . وتؤيده رواية زرارة عن الباقر عليه السلام صحيحاً قال : سألته عن رجل تزوج امرأة بالعراق ثم خرج الى الشام فتزوج امرأة أخرى فاذا هي أخت امرأته التي بالعراق . قال : يفرق بينه وبين التي تزوجها بالشام ولا يقرب المرأة حتى تنقضي عدة الثانية^(١) .

قلت : لاشك أن العدة غير مانعة لانها بائنة ، وحينئذ يحمل قوله « ولا يقرب المرأة » الى آخره على أنه يكره له المقاربة .

(الرابعة) لو اشتبه السابق منهما منع منهما معاً ، لان احدهما محرمة قطعاً

فيجب اجتنابها ولا يتم الا باجتنابها ، وما لا يتم الواجب الابه فهو واجب .

قال العلامة في القواعد^(٢) : والاقرب الزامه بطلاقهما ، ووجهه أن طلاقهما

واجب ، لان حقوق الزوجية واجبة ويجب تحصيل براءة الذمة من الواجب ولا يتم الا بالطلاق فيكون واجباً ، وكل واجب يلزم تاركه بايقاعه ، لان ذلك لطف . ويحتمل العدم ، لان طلاق المكره لا يقع عندنا .

وفيه نظر ، لان الاكراه الشرعي غير مبطل ، ولا يجب مواجهة كل منهما بالطلاق بل يكفي قوله « زوجتي منهما طالق » . ولا ينافي ذلك اشتراطنا تعيين

المطلقة ، لان ذكره كونها زوجته صفة معينة لها في نفس الامر ويجب عليهما معاً العدة ان كانتا غير آتستين ، ولا يعقد على واحدة منهما الا بعد انقضاء العدتين .

(١) الفقيه ٣/٢٦٤ ، التهذيب ٧/٢٨٥ ، الكافي ٥/٤٣١ .

(٢) القواعد ، المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد .

ولو كان معه ثلاث فتزوج اثنتين في عقد ، فان سبق باحداهما
صح دون اللاحقة ، وان قرن بينهما بطل فيهما . وقيل يتخير أيتهما
شاء .
وفي رواية جميل لو تزوج خمساً في عقد واحد يتخير أربعاً
ويخلى باقيهن .

(الخامسة) لو دخل بهما مع العلم من الثانية بالترتيب والتحريم فلامهر لها
لأنها بغية ، ومع جهلها بالعقد على اختها أو بتأخرها أو بتحريم الجمع فلها
المهر .
قال الشيخ هو المسمى في عقدها ، وقال العلامة مهر المثل . وهو الأقوى ،
اذ الفاسد لا يستلزم شيئاً .

ومع اشتباه السبق والجهل منهما فان تساوى المسميان ومهر المثل فلا كلام
ومع اختلاف المسمى ومهر المثل قدرأً يحتمل القرعة أو الايقاف حتى يصطلحا
ومع عدم الدخول و علم الترتيب فلا شيء للثانية ، ومع اشتباه الترتيب والطلاق
احتمالان : « ١ » القرعة فيمن يستحق المهر منهما لأنه مشكل ، فمن خرجت
القرعة عليها فلها نصف مهرها . « ٢ » أن مع اتفاق المهرين قدرأً و جنساً يثبت
لهما ربع المهرين تقسمانه ، ومع اختلافهما اما القرعة أو قسمة ربع كل منهما
بينهما أو ايقافه حتى تصطلحا .

قوله : ولو كان معه ثلاث فتزوج اثنتين في عقد فان سبق باحداهما
صح دون اللاحقة ، وان قرن بينهما بطل فيهما ، وقيل يتخير أيتهما شاء ،
وفي رواية جميل لو تزوج خمساً في عقد واحد يتخير أربعاً ويخلى باقيهن
القائل بالبطلان أولاً في الاختين قائل به هنا ، والقائل بالتخير هناك قائل
به أيضاً هنا ، ورواية جميل رواها الصدوق في الفقيه عن محمد بن الحسن عن

وإذا استكملت الحرة طلاقات ثلاثاً حرمت حتى تنكح زوجاً
غيره ولو كانت تحت عبد . وإذا استكملت الأمة طلقتين حرمت حتى تنكح زوجاً غيره ،
ولو كانت تحت حر .
والمطلقة تسعاً للعدة تحرم على المطلق أبداً .

الحميري عن ايوب بن نوح و ابراهيم بن هاشم ومحمد بن عبد الجبار عن محمد
ابن ابي عمير عن جميل عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج أختين في عقدة
واحدة قال: يمسك أيتهما شاء ويخلي سبيل الأخرى. قال: فرجل تزوج خمساً
في عقدة واحدة . قال : يخلي سبيل أيتهن شاء ويمسك الأربعة^(١) .
وقد عرفت أن الأولى البطلان، ودليله تقدم .
بقي هنا فائدة لا بد من التنبيه عليها ، وهي تصوير قوله « فان سبق باحدهما
صح دون اللاحقة » كيف صورة السبق ؟ ذكر له أمثلة :
« ١ » - أن يكون العاقد وكيلاً لأحدى الزوجتين فضولياً بالنسبة إلى
الأخرى وعقد عليهما عقداً واحداً، فان السابقة هي التي عقدها لازم عن وكالة
وتبطل الأخرى .
« ٢ » - أن يكون العاقد وكيلاً للزوج في واحدة بعينها منهما وزوجه الأخرى
فضولاً عنه في عقد واحد فعقد المأذون فيهما سابق .
« ٣ » - أن تكون احدهما صغيرة والأخرى كبيرة فيزوجها ولي الصغيرة
فانه لازم في حقها فهو سابق وفضول في حق الكبيرة فهو لاحق .
قوله : والمطلقة تسعاً للعدة تحرم على المطلق أبداً
(١) الفقيه ٢٦٥/٣ وليس فيه : ويمسك الأربعة .

(السبب الخامس) اللعان. ويثبت به التحريم المؤبد. وكذا
قذف الزوج امرأته الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان.
(السبب السادس) الكفر. ولا يجوز للمسلم أن ينكح غير
الكتابية اجماعاً.

هنا فوائد :

(الاولى) هذه المسألة من خواص مذهبنا ولم يقل به أحد من الفقهاء، ودليلنا
على ذلك اجماع الاصحاب وتظافر رواياتهم.
(الثانية) طلاق العدة هو أن يطلق الزوج على الشرائط ثم يراجع في العدة فيطأ
ثم يطلق في طهر آخر ثم يراجع في العدة ويطأ ثم يطلق الثالثة فينكحها بعدها رجل
آخر ثم يطلقها وتنقضي العدة منه ويتزوجها الزوج الاول ثالثاً ويفعل كما فعل أولاً
ثم يطلقها الثانية فينكحها بعدها رجل آخر ثم يطلقها فتقضي عدتها فيتزوجها الزوج
الاول ثالثاً ويفعل كفعله أولاً وثانياً. فتحرم عليه حينئذ أبداً كما قلناه ، فالشرط
حينئذ أن يطلقها تسعاً وينكحها بينها رجلان .
(الثالثة) نبه العلامة على أن التسمية هنا مجاز ، لان الثالثة من كل ثلاث
لا يحصل فيها المعنى المذكور وهو الرجعة في العدة والوطء . ثم المجازي يحتمل
أن يكون من باب تسمية الشيء بمجاوره كقولهم « سال الميزاب » أو من تسمية
الشيء بأكثر أجزائه .
وتظهر الفائدة فيما لو طلق الاولى للعدة والثانية للسنة. فالثالثة ليست للعدة
حقيقة لما قلناه ولا مجازاً لانتفاء المعنى الاول . وهو ظاهر ، وكذا الثاني ، اذ
لا اكثرية هنا . ولو كانت الاولى للسنة والثانية للعدة فالثالثة على الاول للعدة
للمجاورة .

وعلى الثاني قال العلامة الاقوى انها ليست للعدة ، لان النص انما ورد بتبعية الثالثة للاولتين ، فالمعتبر هو للاكثرية ولا اكثرية. ولوقلنا بالمجاورة فكذلك اذ لا اطراد في المجاز ، لما تقرر في الاصول لامتناع محله للحائظ .

واختاره السعيد ، لان بتبعية الطلقة لغيرها على خلاف الاصل ، ولان الاصل الاباحة فالتحريم المؤبد على خلافه ، ولوجوب الاقتصار بالاسباب الشرعية على محل النص .

(الرابعة) التسع بالمعنى المذكور ظاهرة الحكم في الحرية ، أما الامة ففيها ثلاثة أوجه :

الاول - عدم التحريم المؤبد لابلتسع ولا بأقل ولا اكثر ، لعدم تناول النص كما صورناه ، والقول بلانص تحكم .

الثاني - التحريم في السادسة ، لان كل طلقتين قائمة مقام ثلاث في الحرية فالست قائمة مقام التسع .

الثالث - التحريم في التسع ، لانه أولى ، لان محرم الامة أقل من محرم الحرية ، ولان النص ورد بصيغة العموم ، والتقييد بأنه ينكحها بينها رجلان يتناول الحرية والامة ، فانه اذا نكح الامة اكثر من رجلين بينها فقد نكحها رجلان ، اذ النص لم ينف الزيادة .

(الخامسة) على تقدير التحريم بالست ان قلنا ان التسمية للمجاورة فالست كافية وان قلنا لاعتبار الاكثرية هنسا ، فالمعتبر حينئذ الست حقيقة لتعذر المجاز فتحصل في اثني عشر طلقة وعلى التحريم بالتسع والتسمية للاكثرية والفرض عدمها أول للمجاورة . والمجاز لا يطرد فلا يحصل في أقل من ثمانى عشرة طلقة اذ المعتبر حينئذ الحقيقة ولا تحصل الا في العدد المذكور .

وفى الكتابية قولان ، أظهرهما : أنه لا يجوز غبطة ، ويجوز متعة ، وبالمملك فى اليهودية والنصرانية .

قوله : وفى الكتابية قولان أظهرهما انه لايجوز غبطة ويجوز متعة وبالمملك

كثيراً يطلق المصنف وغيره فسي المسألة الخلافية أن فيها قولين وظاهره أقسام القولين للحكم فى نفس الامر نفيًا وإثباتاً ، مع أنه قد تكون فى المسألة أقوال . وكان مرادهم بالقولين ما فوق القول الواحد كهذه المسألة ، فان فيها أقوالاً :

(الاول) اباحة النكاح مطلقاً بسائر أنواعه ، وهو قول ابني بابويه^(١) وابن ابي عقيل ، لظاهر قوله تعالى «وأحل لكم ما وراء ذلكم»^(٢) وقوله «والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم»^(٣) .

ورواية ابى مريم الانصاري عن الباقر عليه السلام قال : كانت تحت طلحة يهودية^(٤) ، ومثله روى محمد بن مسلم عنه عليه السلام^(٥) ، ورواية معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام قال : ان فعل فليمنعها من شرب الخمر واكل لحم الخنزير^(٥) .

(الثاني) التحريم مطلقاً ، وهو قول المرتضى والشيخ فى كتابى الاخبار^(٦) ،

(١) المقنع : ١٠٢ .

(٢) سورة النساء : ٢٤ .

(٣) سورة المائدة : ٥ .

(٤) التهذيب ٢٩٨/٧ ، الاستبصار ١٧٩/٣ .

(٥) الكافي ٣٥٦/٥ ، التهذيب ٢٩٨/٧ ، الفقيه ٢٥٧/٣ .

(٦) التهذيب ٢٩٦/٧ ، الاستبصار ١٧٨/٣ .

وظاهر قوله في المبسوط^(١) والخلاف ، فانه جعله مذهب المحصلين من أصحابنا وهو أحد قولي المفيد^(٢) وقواه ابن ادريس^(٣) ، واختاره السعيد^(٤) ونقله عن والده وهو الحق لوجوه :

« ١ » - انه من مشركات وكل مشركات نكاحهن حرام فنكاح اليهوديات والنصرانيات حرام : أما الصغرى فلقوله تعالى « وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله » الى قوله سبحانه « عما يشركون »^(٥) ، وأما الكبرى فلقوله تعالى « ولاتنكحوا المشركات حتى يؤمن »^(٦) ، والجمع المعروف بلام الجنس للعموم .

ان قلت : الصغرى ممنوعة ، اذ لا قائل اليوم من اليهود بذلك ، بل كان شرذمة وانقرضوا فلا يتناول الحكم الموجودين اليوم .

قلت : الحججة في قوله تعالى لافي قولهم ، وقد أخبر الله تعالى عنهم بذلك اذ الجمع المحلى باللام للعموم كما تقرر في الاصول . سلمنا لكن الحكم لحقهم جميعاً ، فان بعض القوم اذا صدر عنه خطيئة ولم ينكر عليه الباقر لحق الحكم الكل كقوم ثمود . سلمنا لكن الاجماع المركب دل على تحريم الجميع ، فان

(١) المبسوط ٢/٤٠٩ ، الخلاف ٢/٣٨٢ .

(٢) المقنعة : ٧٩ قال فيه : وينكح بملك اليمين اليهودية والنصرانية ولا يجوز له ذلك بعقد النكاح .

(٣) السرائر : ٢٨٧ ، ٢٩١ وقال في الموضوع الثاني : وقد قلنا انه لا يجوز للرجل المسلم ان يعقد على الكافرات على اختلافهن فان اضطر الى العقد عليهن عقد على اليهودية والنصرانية وذلك جائز عند الضرورة على ما روى في بعض الاخبار .

(٤) ايضاح القوائد ٣/٢٢ .

(٥) سورة التوبة : ٣٠ .

(٦) سورة البقرة : ٢٢٠ .

كل من قال بتحريم نكاح القائلين بأن عزيزاً ابن الله قال بتحريم نكاح باقي اليهود، فالفرق خرق الاجماع .

« ٢ » - النكاح تمسك بعصمة وكل تمسك بكل واحدة واحدة من عصم

الكوافر حرام، أما الصغرى فظاهر اذ بين الزوجين عصمة ، وأما الكبرى فلقوله

تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر »^(١) ، والجمع المضاف للعموم .

« ٣ » - ان النكاح مستلزم للمودة لقوله تعالى « وجعل بينكم مودة ورحمة »^(٢)

وكل مودة لكل كافر حرام لقوله تعالى « لانجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر

يوادون من حاد الله ورسوله »^(٣) الآية وقوله « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم

في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم »^(٤) منسوخ الحكم .

« ٤ » - اباحة الدوام اضطراراً والمتعة اختياراً ، وهو قول الشيخ فسي

النهاية^(٥) والقاضى وابن حمزة .

« ٥ » - جوازه بالملك لا بالعقد مطلقاً ، وهو القول الآخر للمفيد^(٦) .

« ٦ » - تحريم الدائم واباحة المنقطع وملك اليمين ، وهو قول التقي

وسلار .

« ٧ » - تحريم نكاحهن مطلقاً اختياراً وجوازه مطلقاً اضطراراً ، قاله ابن

الجنيد . وكان مستند هذه الأقوال الجمع بين الروايات والايات ، فانه قد تقرر

في الاصول ان التخصيص خير من النسخ ، ونحن قد اخترنا في كنز العرفان في

سورة الممتحنة : ١٠ .

سورة الروم : ٢٠ .

سورة المجادلة : ٢٢ .

سورة الممتحنة : ٨ .

النهاية : ٤٥٧ .

المقنعة : ٧٩ .

وفي المجوسية قولان ، أشبههما : الجواز .

فقه القرآن^١ حمل أدلة الاباحة على المنقطع والملك حال الضرورة .
ويجاب عن أدلة الشيخين مطلقاً بحمل الايات على ما تقدم، وحمل رواية
ابى مريم ومحمد بن مسلم على جواز الوطىء اذا كان العقد حال الكفر ثم يسلم
الزوج فانه يبقى على نكاح الكتابية اجماعاً، وعليه يحمل كون طلحة في صحبة
يهودية . ورواية معاوية محمولة على المتعة حال الضرورة الشديدة كما تبسح
الميتة للمضطر، وحينئذ الاولى وجوب العزل عنها لاندفاع الضرورة بذلك .

قوله : وفي المجوسية قولان اشبههما الجواز

كل من حرم نكاح الكتابيات مطلقاً حرم نكاح المجوسيات ، ومن أباحه
على وجه اختلفوا على أقوال:

(الاول) قول المفيد^٢ بالتحريم مطلقاً، وتبعه التقي وسلار وابن ادريس^٣ .

(الثاني) قول علي بن بابويه يجوز بالملك لا بالعقد .

(الثالث) جوز الشيخ في النهاية^٤ المتعة وملك اليمين .

(الرابع) كره القاضي المتعة والملك وحرم الدائم .

والحق التحريم مطلقاً، لتناول أدلة التحريم السالفة لهن، بل هنا أولى لعدم
تحقق كتابهم .

وقول المصنف « أشبههما الجواز » فيه نظر ، لانه ان أراد الجواز مطلقاً
فانه ممنوع، اذ لا دليل عليه ، لانهن مشركات قطعاً، وان أراد المتعة والملك كما

(١) كنز العرفان ١٩٨/٢ ، ١٩٩ .

(٢) المقننة ٧٩ ، قال فيه : ولا يجوز وطى المجوسية والصابئة والوثنية على حال .

(٣) السرائر : ٢٩١ .

(٤) النهاية : ٤٥٧ ، قال فيه : ويكره له وطى المجوسية بملك اليمين وعقد المتعة

وليس ذلك بمحذور .

تقدم لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : سنوا بهم سنة أهل الكتاب^(١) . فمنوع
أيضاً ، لأنه ان سلم صحة الحديث فعمومه ممنوع . هذا مع أنه قد ورد في
بعض روايات الحديث المذكور « غيرنا كحبي نساءهم ولا آكلي ذبائحهم » .
وهنا فوائد :

(الاولى) لاشك أن السامرة يدعون أنهم من اليهود، فمنهم من أباح نكاحهم
ومنهم من منع . والتحقيق أن نقول : ان خالفوا اليهود في أصول دينهم حرم
نكاحهم قطعاً لأنهم خرجوا عن أهل الكتابين ، وان خالفوهم في الفروع فهم
منهم فيجوز منهم ما يجوز في اليهود .

(الثانية) الصابئون^(٢) جمهورهم يقولون بوحدانية الصانع ، ومنهم من
يجعل معه هيلولى قديمة صنع منها العالم ، وكانت عندهم الاصل ويعتقدون في
الفلك والكواكب الحياة والنطق وأنها مدبرة في هذا العالم، وعظموا الكواكب
السبعة وعبدوها ، وسماها بعضهم ملائكة وجعلها بعضهم آلهة وبنوا لها بيوتاً
للعبادة . وهؤلاء لاتحل مناكحتهم أيضاً وان قلنا بجوازها في الكتابيين، ولذلك
قال الشيخان^(٣) انهم غير النصارى ، لانهم يعبدون الكواكب السبعة^(٤) . وقال
بعضهم انها قبيلة من النصارى ولهذا يقرون على دينهم .
والتحقيق كما قلنا في السامرة من المخالفة في الاصول والفروع ، وطريق

(١) الوسائل ١١ / ٩٧ ، ٩٨ .

(٢) الصابئة بالصاد بعدها الالف وبعدها الباء المكسورة: قوم دينهم التبعيد للروحانيات
اي الملائكة وضد الحنفاء الذين دعوتهم الفطرة . ذكرهم ابن النديم في الفهرست مفصلاً
وذكر مذهبهم وشرائعهم وعقائدهم من الاصول والفروع، فراجع ص ٣٨٣ . ودائرة معارف
وجدى ٤٢٦ / ٥ .

(٣) الخلاف ٢ / ٣٨٥ . في باب ما في سورة: في باب ما في سورة: قولنا (د)

(٤) الكواكب السبع: الشمس والقمر والمريخ والعطارد والمشتري والزهرة ونو زحل .

ولو ارتد أحد الزوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال .
 ولو كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدة لأن يكون
 الزوج مولوداً على الفطرة فإنه لا يقبل عودته وتعتد زوجته عدة الوفاة .
 وإذا أسلم زوج الكتابية فهو على نكاحه ، سواء كان قبل
 الدخول أو بعده .
 ولو أسلمت زوجته دونه ، انفسخ في الحال ، ان كان قبل
 الدخول ووقف على انقضاء العدة ان كان بعده .
 وقيل : ان كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقياً . ولا يمكن من
 الدخول عليها ليلاً ، ولا من الخلوة بها نهاراً .

ذلك بسؤال علماء القبليتين ويرجع اليهم في ذلك .

(الثالثة) من تهود بعد بعثة نبينا محمد صلى الله عليه وآله وسلم لا يقر ولا
 يصح مناكحته اجماعاً، وهل الحكم كذلك بعد بعثة عيسى عليه السلام؟ العلامة
 استشكله في القواعد^(١) من الدخول في دين منسوخ بعد نسخه فلا يقر، ومن
 عموم النص باقرار اليهود على دينهم خرج من ذلك التهود بعد بعثة النبي صلى الله
 عليه وآله وسلم فيبقى الباقي على أصله . والحق الاول، لعموم قوله تعالى « ومن
 يبتغ غير الاسلام ديناً فلم يقبل منه »^(٢) .

قوله: وقيل ان كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقياً ولا يمكن من الدخول
 عليها ليلاً ولا من الخلوة ٣ بها

(١) القواعد ، الفصل الثالث في الكفر من المقصد الثاني من كتاب النكاح .

(٢) سورة آل عمران : ٥٨ .

(٣) في النهاية ٤٥٧ من الخلو بها، وفي المختصر النافع ط بمصر من الخلوة بها نهاراً .

هذا قول الشيخ في النهاية^(١) مستنداً الى رواية جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام^(٢) ، ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام^(٣) . وهو ضعيف ، لان الاولى مرسلة والثانية معارضة برواية السكوني عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام في مجوسية أسلمت قبل زوجها . فقال له علي عليه السلام: أتسلم؟ قال: لا ففرق بينهما ثم قال: ان أسلمت قبل انقضاء عدتها فهي امرأتك وان انقضت قبل أن تسلم ثم أسلمت فأنت خاطب من الخطاب^(٤) .

هذا مع أن ما اختاره المصنف من انفساخ النكاح مذهب الشيخ في الخلاف^(٥) والقاضي وابن ادريس^(٦) وغيرهم من المحققين ، وهو الذي يقتضيه النظر :

أما أولاً فلما تقدم من تحريم النكاح بين أهل الذمة والمسلمين كما بين أهل الشرك .

وأما ثانياً فلانه لولا الانفساخ لزم ثبوت السبيل للكافر على المسلم ، وهو باطل لقوله تعالى «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً»^(٧) .

(١) النهاية : ٤٥٧ .

(٢) التهذيب ٣٠٠/٧ ، الاستبصار ١٨٣/١ .

(٣) التهذيب ٣٠٢/٧ ، الكافي ٣٥٨/٥ ، الاستبصار ١٨٣/٣ .

(٤) التهذيب ٣٠٤/٧ ، الاستبصار ١٨٢/٣ .

(٥) الخلاف ٣٨٧/٢ قال فيه : فأيهما اسلم فان كان قبل الدخول بها وقع القسح في الحال وان كان بعده وقف على انقضاء العدة ، فان اسلم قبل انقضائها فهما على النكاح وان انقضت العدة انفسخ النكاح .

(٦) السرائر : ٢٩١ .

(٧) سورة النساء : ١٤١ .

وأما ثالثاً فلرواية البزنطي في الصحيح عن الصادق عليه السلام : الرجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم هل يحل لها أن تقيم معه ؟ قال : اذا أسلمت لم تحل له . قلت : جعلت فداك فان الزوج أسلم بعد ذلك أيكونان على النكاح قال : لا الابتزويج جديد^(١) .

ولابن ادريس^(٢) هنا تشنيع على قول الشيخ في النهاية^(٣) مما تضحك منه الثكلى ، فانها ان كانت زوجته فلا يحل أن يمنع منها وان منع منها فلانفقة لها لعدم التمكين . وهذا جهل أو تجاهل منه ، لوجوه :

« ١ » - أن الشيخ عامل بخبر الواحد، والنهاية كتاب الروايات منها ما يعمل به ومنها ما لا يعمل به.

« ٢ » - ان ما قاله الشيخ ليس بمستبعد ، واولا الروايات الاخر لما عدلنا عنه ، لان العقد سبق اسلامها فلا يستبعد جوازه ، كما لو أسلم هو دونها . ولا مقتضى لبطلان العقد هنا سوى انتفاء السبيل للكافر على المسلمة ، فاذا حيل بينه وبينها على الوجه المذكور ارتفع المقتضي فيبقى العقد سالماً ، وليس سبيله عليها من لوازم صحة العقد حتى يرتفع العقد لارتفارع السبيل بل هو حكم عارض له .

« ٣ » - قوله ان كانت زوجته فلا يحل أن يمنع منها جهل ، فان كثيراً من الزوجات يمنع زوجها منها مع بقاء العقد ، كما في الردة والعدة والحيض والاحرام والظهار والايلاء .

« ٤ » - ان قوله اذا منع منها فلانفقة لها لعدم التمكين جهل أيضاً ، لان المنع في الحقيقة اما من الزوج لتقصيره في نفسه بعدم الاسلام فلا تسقط النفقة

(١) التهذيب ٣٠٠/٧ ، الاستبصار ١٨١/٣ .

(٢) السرائر : ٢٩١ .

(٣) النهاية : ٤٥٧ .

(١) تهذيب ٣١٨٨٢ ، استبصار ١١٧٠٢ ، سرائر ٢٩١

(٢) تهذيب ٨٦٣ ، سرائر ٢٩١

مسائل سبع :
(الاولى) التساوى فى الاسلام شرط فى صحة العقد .
وهل يشترط التساوى فى الايمان ؟ الاظهر : لالكنه يستحب
ويتأكد فى المؤمنة .
نعم لا يصح نكاح الناصب ولا الناصبة بالعداوة لاهل البيت
عليهم السلام .

وقال ابن ادريس : الذي يقتضيه الاصل أن الزوجية باقية ونفقة العبد ثابتة
على مولاه ، لعدم دليل قاطع على خلاف ذلك . وما قاله جيد وحجة الشيخ
ضعيفة ، فان عماراً فطحي ولا عمل على ما ينفرد به مع مخالفته للاصل ، ولا نسلم
أن الارتداد الشرعي هو مخالفة طاعة المولى بل مخالفة طاعة الخالق ، بل ولا مخالفة
الخالق مطلقاً بل مع اعتقاد المخالفة ، أما مع المخالفة والاعتراف بالخطيئة فلا .
وليس مخالفة السيد كذلك والالوجب قتل الابق كما يقتل المرتد وليس كذلك .
قوله : وهل يشترط التساوى فى الايمان ؟ الاظهر لا لكنه يستحب ويتأكد
فى الزوجة (١)
وذهب المفيد^(٢) الى أن المسلمين متكافئون ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم :
اذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجه الا أن تفعلوه تكن فتنة فسي الارض
وفساد كبير^(٣) رواه عيسى بن عبد الله عن جده عن علي عليه السلام ، واختاره
المصنف وجعل التساوي فى الايمان أفضل خصوصاً من جهة الزوجة .

(١) فى المختصر النافع المطبوع بمصر : « المؤمنة » بدل « الزوجة » .

(٢) المقننة : ٧٩ .

(٣) التهذيب ٣٩٤/٧ .

وقال الشيخ^(١) يشترط في تزويج المؤمنة ايمان الزوج، وتبعه القاضي وابن حمزة وابن ادریس^(٢) واختاره العلامة . وهو الاقوى لوجوه :

(الاول) انه لا يؤمن أن يخذعها عن دينها، فان المرأة تأخذ من دين بعلمها.

(الثاني) مارواه محمد بن يعقوب مرسلًا عن الصادق عليه السلام ان رجلا

قال للنبي صلى الله عليه وآله وسلم وهو على المنبر يحث الناس على تزويج البنات بقوله : هذا جبرئيل يقول لي : ان البنات كالثمر والثمر اذا أدرك ولم يقطف فسد ، والبنات اذا أدركن ولم يزوجن فسدن. فقال الرجل : يا رسول الله

ممن نزوج ؟ فقال : الاكفاء . قال : يا رسول الله من الاكفاء؟ فقال : المؤمنون بعضهم اكفاء بعض^(٣) . دل بمفهومه على أن غير المؤمن ليس كفواً .

(الثالث) ان المخالف غير مرضي دينه ، وكل زوج مرضي دينه كل زوج

غير مخالف : أما الصغرى فظاهرة والالم يكن مخالفاً ممقوتاً ، وأما الكبرى فللمحديث المتقدم .

واعلم أن العلامة^(٤) جوز للمؤمن أن ينكح المرأة المخالفة ، وحينئذ لقائل

أن يقول : اما أن يكون مجرد الخلاف مانعاً من التناكح كالشرك فليكن أيضاً

كذلك عملاً بالعلة فلا يجوز حينئذ النكاح المذكور ، أو مع خوف الفتنة لضعف

عقل المرأة وسرعة انخداعها للشبهة. فلقائل ان يقول: اذا فرضت المرأة عارفة

قوية الاعتقاد جميلة محبوبة عند زوجها والزوج مستضعفاً لاعناد عنده فليكن

نكاحه لها سائغاً عملاً بانتفاء العلة .

(١) النهاية : ٤٦٣ ، السرائر : ٢٩٥ ، القواعد : المطلب الرابع في الكفاءة من

الفصل الثاني من كتاب النكاح .

(٢) الكافي : ٣٣٧/٥ ، التهذيب : ٣٩٧/٧ .

(٣) القواعد ، المطلب الرابع في الاكفاء من الفصل الثاني من كتاب النكاح .

ولا يشترط تمكن الزوج من النفقة .
ولا يتخير الزوجة لو تجدد العجز عن الانفاق .

قوله : ولا يشترط تمكن الزوج من النفقة ، ولا تتخير الزوجة لو تجدد العجز عن الانفاق

هنا مسألتان :

(الاولى) اختلف في التمكّن من النفقة على أقوال : « ١ » قول الشيخ في المبسوط^(١) أنه شرط ، « ٢ » قول النهاية^(٢) وابن الجنيّد والقاضي وابن حمزة والمصنّف والعلامة^(٣) انه غير شرط ، « ٣ » قول ابن ادريس^(٤) أنه غير شرط لكن للمرأة الخيار مع عدم العلم بفقره ، واختاره العلامة في المختلف^(٥) .

والاقوى الثاني ، لقوله تعالى « ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله »^(٦) ولا فائدة في الاية مع اشتراط الغناء أو مع تسلط المرأة على الفسخ ، ولعموم الحديثين المتقدمين ، فانه فسر الكفو بما تقدم ، ولا يجوز التعريف بالاعم بل بالمساوي .
(الثانية) اذا قلنا بأن اليسار بالنفقة شرط لا كلام في ثبوت الخيار للمرأة لو تجدد العجز . وأما اذا لم نقل به هل تتخير مع تجدد العجز أم لا ؟ نقل ابن ادريس عن بعض علمائنا بثبوته ، واختاره العلامة في المختلف ، لانه ضرر عظيم

(١) المبسوط ٤/١٧٩ ، قال فيه : واليسار عندنا شرط وحده ما أمكنه معه القيام بنفقة لا أكثر من ذلك .

(٢) النهاية : ٣٦٣ .

(٣) القواعد ، المطلب الرابع في الاكفاء .

(٤) السرائر : ٢٩٥ .

(٥) المختلف ، الجزء الرابع : ٢٥ : ٥١٥٦ .

(٦) سورة النور : ٣٢ .

ويجوز نكاح الحرة العبد، والهاشمية غير الهاشمية، والعربية

العجمي وبالعكس.^١

على المرأة ولا سبيل لها الى زواله بدون الفسخ، فلولم يجعل لها الخيار لزم الاضرار، وهو منفي بالاجماع والخبر.

وقال المصنف والعلامة في القواعد بالعدم، لان النكاح عقد لازم والاصل البقاء، ولعموم قوله « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة »^(١). ونقل المصنف عن بعض علمائنا أن الحاكم يبينها، لقوله تعالى « فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان »^(٢)، ومع تعذر الانفاق لا يكون الامسك بمعروف فيتعين التسريح، فاذا تعذر صدوره من الرجل فسخ الحاكم لانه الولي، ولرواية رباعي والفضيل بن يسار جميعاً عن الصادق عليه السلام: ان أنفق عليها ما يقيم حياتها مع كسوة والا فرق بينهما^(٣). وليس هذا بعيداً من الصواب.

قوله: ويجوز نكاح الهاشمية غير الهاشمية

هذا هو المشهور عندنا، وعليه الاجماع اليوم وقبلة من العصور. ويدل عليه مع الاجماع رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم زوج ضبيعة^(٤) بنت الزبير بن عبدالمطلب من المقداد

(١) سورة البقرة: ٢٨٠.

(٢) سورة البقرة: ٢٢٩.

شكلاً من ٢١٥.

(٣) قوله: ٢٢٩.

(٤) الوسائل، الباب الاول من ابواب النفقات.

(٤) وهي: ضباعة بنت الزبير بن عبدالمطلب بنت عم النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ذكرها ابن الاثير الجزري في اسد الغابة ٩٥/٥ وقال بعد سرد نسبها ما لفظه: القرشية الهاشمية ابنة عم النبي صلى الله عليه وآله وسلم، كانت زوج المقداد بن عمرو فولدت له عبدالله

وإذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب اجابته وان كان
أخفص نسباً ، وان منعه الولي كان عاصياً .

ابن عمرو فتكلمت في ذلك بنوهاشم فقال : انما أردت أن تتضع المناكح^(١) .
وعموم الكتاب أيضاً يدل عليه .

ويظهر من كلام ابن الجنيد المنع من ذلك ، وليس بشيء .

قوله : وإذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب اجابته وان كان
أخفص نسباً ، وان منعه الولي كان عاصياً
هنا فوائد :

(الاولى) قد تقدم الخلاف في شرطية الايمان والقدرة على النفقة في صحة
النكاح ، واذا اتفق الايمان والقدرة فلا خلاف في وجوب الاجابة وحرمة
الامتناع ، لكن مع العدالة أما مع الايمان والفسق فلا يجب الاجابة بل يكره .
(الثانية) لو كان مؤمناً عدلاً قادراً لكنه أخفص نسباً الوجوب على حاله ،
ويرجع في خفض النسب الى العرف ، اذ دلالة شرعية في ذلك الا في قوله
صلى الله عليه وآله وسلم : سادات العرب قريش وسادات قريش بنو هاشم .
فيمكن حينئذ أن يراد بخفض النسب كونه غير قرشي ولا هاشمي والزوجة من
أحد القبيلتين .

(الثالثة) في قوله « ولو منعه الولي كان عاصياً » مطلقاً نظر ، لانه انما يكون
عاصياً مع انحصار الكفو في الخطاب ، أما على تقدير مماثل له أو للعدول الى

وكريمة ، قتل عبد الله يوم الجمل مع عائشة . ثم ذكر عنها باسناد عن رسول الله صلى الله
عليه وآله كيفية التلبية في الحج . انتهى .

(١) التهذيب ٣٩٥/٧ .

٣١١٣١٢ (١)

ويكره أن يزوج لفاسق ، ويتأكد في شارب الخمر ، وان تزوج
المؤمنة المخالف .

ولا بأس بالمستضعف والمستضعفة ومن لا يعرف بعناد .

(الثاني) اذا انتسب الى قبيلة وبان من غيرها ففي رواية الحلبي

تفسخ النكاح .

الافضل مع وجوده فلا يكون عاصياً . وينبغي أن يكون المراد بالولي هنا أعم
من الاب والجد له بل كل من رآها منوط باختياره لمزيد عقل ودين ومعرفة
بالامور .

(الرابعة) يظهر من كلام التقي أنها اذا وضعت نفسها في غير موضعها أو
عقدت على غير كفوفلايها وجدها فسخ العقد وان كانت ثيباً .
وفيه نظر ، لانه ان أراد بالوضع في غير موضعها بمعنى أن الرجل أدون
نسباً فلا نسلم أن للولي الخيار حينئذ، لما قلنا من جواز نكاح أدنى نسب ، وان
أراد بجواز الفسخ لكونه بغير رضاه فهو مسلم في الصغيرة وغير الرشيدة لا في
الثيب فلا يتم .

قوله : وان كانت ثيباً . وكذا قوله : او عقدت على غير كفوف .
ان أراد الكفو الشرعي فالعقد على غيره باطل لا يحتاج الى فسخ الولي ،

وان أراد الكفو العرفي فلا نسلم أن له الفسخ كما تقدم .

قوله : واذا انتسب الى قبيلة وبان من غيرها ففي رواية الحلبي تفسخ

النكاح

روى الحلبي في الصحيح في رجل تزوج المرأة فيقول أنا من بنى فلان

فلا يكون كذلك . قال : تفسخ المرأة - أو قال ترد^(١) .

(١) الوسائل ١٤ / ٦١٤ .

(الثالث) اذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت زنت فليس له
الفسخ ولا الرجوع على الولي بالمهر. وفي رواية لها الصداق بما استحل من فرجها، ويرجع به على
الولي، وان شاء تركها.

قوله: اذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت زنت فليس له الفسخ ولا
الرجوع على الولي بالمهر، وفي رواية لها الصداق بما استحل من فرجها
ويرجع به على الولي وان شاء تركها

الرواية عن ابن ابي عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبي عن الصادق
عليه السلام، الا أنه قال: ان شاء زوجها ان يمسكها فلا بأس^(١). وبمعناه روى
عبد الرحمن عن الصادق عليه السلام الا أنه قال: ان شاء تركها^(٢).

وأفتى بمضمونها الشيخ في النهاية^(٣) في باب الكفاءة وباب التديليس، الا
أنه ليس في الروايتين ولا في كلام الشيخ دلالة على الفسخ، فلذلك قال المصنف
ليس له الفسخ. نعم اذا حدثت بالزنا ففي الفسخ خلاف يأتي.
وأما الرجوع بالمهر ففي اطلاق المصنف عدمه نظر: أما اولاً فللروايتين
المذكورتين، لان فيهما المرأة تزني لا يعلم بذلك غير وليها، واذا كان عالماً كان
تديليساً. وأما ثانياً فلانه لو شرط البكارة فبان ذهابها بالزنا، فان للزوج التسليط
على الفسخ والرجوع بالمهر. والحق أنه ليس له الرجوع الا مع شرط البكارة
فتبين الخلاف.

(١) الكافي ٤٠٨/٥.

(٢) التهذيب ٤٢٥/٧، الاستبصار ٢٤٥/٣، ٢٤٦، في نسخة أخرى (٢)

(٣) النهاية: ٤١٤. ٧١٦٧٣، ٥١/٢٥، ١٥٢ (٢)

(الرابعة) لا يجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية ويجوز في غيرها ، ويحرم التصريح في الحالين . (قوله)

قوله : لا يجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية ويجوز في غيرها ، ويحرم التصريح في الحالين
هنا فوائد :

(الاولى) الخطبة بكسر الخاء مستحبة ، كما في ذلك من اظهار الرغبة والتؤانس ، وهي قسمان تعريض وتصريح ، فالاول هو الخطاب بما يحتمل غير النكاح كقوله : رب راغب فيك ، أو مستطلع اليك ، أو حريص على قربك ، أو أنك علي كريمة ، أو لا تبقى بلا زوج واشباهه . والثاني الخطاب بما لا يحتمل الا النكاح ، مثل أريد أن أتزوجك ، أو أنكحك .

(الثانية) النوعان المحرمان لذات البعل أو ذات العدة الرجعية أو المحرمة أبداً كالمطلقة تسعاً والملاعنة واشباههما والخالية من بعل وعدته يجوز النوعان معاً . نعم لا تجوز المواعدة سرأ بما فيه فحش ، كقوله عندي جماع يرضيك وشبهه ، لقوله تعالى « ولكن لا تواعدوهن سرأ الا أن تقولوا قولاً معروفاً »^(١) .
(الثالثة) المطلقة ثلاثاً لا يجوز التصريح فيها مطلقاً من الزوج وغيره ، ويجوز التعريض منهما . وان كان بائناً لا يحتاج الى محلل جاز التصريح فيه من الزوج خاصة والتعريض منه ومن غيره . وعدة الوفاة لا يجوز فيها التصريح ويجوز التعريض ، وبعد انقضائها يجوز ان .

(الرابعة) كل موضع قلنا فيه بالتحريم يحرم فيه الاجابة ، وكل موضع قلنا بالجواز يجوز فيه الاجابة ، فيجوز لها التعريض فيما يجوز فيه التعريض ويحرم فيها التصريح فيما يحرم فيه التصريح .

(١) سورة البقرة : ٢٣٥ .

(الخامسة) اذا خطب فأجابت كره لغيره خطبتها ولا تحرم .

(السادسة) نكاح الشغار باطل ، وهو أن تتزوج امرأتان برجلين

على أن مهر كل واحدة نكاح الاخرى .

(الخامسة) لا يلزم من تحريم الخطبة لوقعت تحريم النكاح بعدها ، لأصالة

الصحة وعدم تعلق النهي بالنكاح .

قوله : اذا خطب فأجابت كره لغيره خطبتها ولا تحرم

خالف الشيخ فيه وقال تحرم على غير المجاب الخطبة لكونه دخولا في

السوم وقد نهى عنه . والحق الجواز للأصل ، والنهي محمول على الكراهية .

وعلى التقديرين لو فعل كان النكاح صحيحاً ، أما لو امتنعت أو سكتت

أورضيت ولم تصرح بالاجابة مثل «ما أنت الارضي» أو «ما فيك عيب» لم يحرم

على الغير الخطبة ولم تكره .

قوله : نكاح الشغار باطل ، وهو أن تزوج امرأتان برجلين على أن

مهر كل واحدة نكاح الاخرى

هنا فوائد :

(الاولى) يقال شجر الكلب يشجر اذا رفع احدى رجله ليبول^(١) ، ومنه قول

زيد لبنت معاوية وهو يضربها بالدررة اشجر أوفجر لما افتخرت على أبيه عبيد .

قال الجوهرى : والشغار بكسر الشين نكاح كان في الجاهلية ، وهو أن

يقول الرجل لآخر زوجني ابنتك أو اختك على أن ازوجك اختي أو ابنتي ،

وعلى أن صداق كل واحدة منهما بضع الاخرى ، كأنهما رفعوا المهر وأخليا

البضع عنه ، وفي الحديث : لاشغار في الاسلام .

(الثانية) قد عرفت أنه عبارة عن جعل نكاح امرأة مهر أخرى ، فتارة يدور

(١) وقيل رفع احدى رجله بال اولم يبل .

(السابعة) يكره العقد على القابلة المربية وبناتها ، وأن يزوج ابنه بنت زوجته اذا ولدتها بعد مفارقتها لها ، ولا بأس بمن ولدتها قبل ذلك . وأن يتزوج بمن كانت ضرة لأمه مع غير أبيه .

ويكره الزانية قبل أن تتوب .

وهو أن يجعل نكاح كل منهما مهراً للآخرى ، وتارة لا يدور بل يجعل النكاح مهراً لواحدة منهما ولم يجعل للآخرى شيئاً . فمع الدور يبطل النكاح معاً ، ولا معه يبطل نكاح الممهوره خاصة .

وكذا يبطل لو جعل النكاح جزء من المهر ، كما لو قال : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ويكون بضع كل منهما مع عشرة دنانير مهراً للآخرى ، أو بضع واحدة مع العشرة مهراً للآخرى . ولم يجعل للآخرى شيئاً فتبطل الممهوره .

(الثالثة) لو شرط كل من الوليين تزويج الآخرى بمهر معلوم صح العقدان وبطل المسمى ، لأنه شرط معه تزويج وهو غير لازم ، والنكاح لا يقبل الخيار فيثبت مهر المثل . وكذا يصح العقدان لو شرط أن ينكحه ابنته ولم يذكر مهراً ، ويثبت مهر المثل لكل منهما .

قوله : يكره العقد على القابلة المربية وبناتها

هذا هو المشهور ، إذ لا نسب بينه وبينهما ولا رضاع . وقال الصدوق في المقنع^(١) بعدم الحل فيهما ، محتجاً برواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام : لا يتزوج المرأة التي قبلته ولا ابنتها^(٢) . ومثله عن جابر عن الباقر عليه السلام فيه :

(١) المقنع : ١٠٩ ، قال فيه : ولا تحل القابلة للمولود ولا ابنتها وهي كبعض امهاته .

(٢) التهذيب ٤٥٥/٧ ، الاستبصار ١٧٣/٣ .

القسم الثاني: في النكاح المنقطع (المجلس الثاني)
والنظر في أركانها وأحكامها :
وأركانها أربعة :

وهي من بعض أمهاتة^(١) .

والمختار أنها ان قبلت ولم ترب حلت من غير كراهية ، لرواية البرنطي
قال : قلت للرضا عليه السلام : يتزوج الرجل المرأة التي قبلته . فقال : سبحان
الله ما حرم الله عليه من ذلك^(٢) وهو استفهام على جهة الإنكار .

وان قبلت وربت كره نكاحها ، لرواية ابراهيم بن عبد الحميد عن الكاظم
عليه السلام : ان كانت قبلته وربته وكفلته ، فاني أنهى عنها نفسي وولدي ، وفي
خبر آخر : وصديقي^(٣) .

وان كان مع ذلك ارضاع فلا كلام في التحريم ، ويمكن حمل رواية
المنع على ذلك أو على شدة الكراهية .

قوله : القسم الثاني في النكاح المنقطع (٤)

- (١) الكافي ٤٤٧/٥ ، الاستبصار ١٧٦/٣ .
 - (٢) التهذيب ٤٥٥/٧ ، الاستبصار ١٧٦/٣ .
 - (٣) التهذيب ٤٥٥/٧ ، الاستبصار ١٧٦/٣ .
 - (٤) قال العلامة الخوئي دام ظله في البيان في تفسير القرآن ٣٣٣ في ذيل الآية
الشريفة « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » النساء ٢٤ : فقد اشتهر بين علماء
اهل السنة أن حلية المتعة قد نسخت وثبت تحريمها الى يوم القيامة ، وقد أجمعت الشيعة
الامامية على بقاء حلية المتعة وان الآية المباركة لم تنسخ ، ووافقهم على ذلك جماعة من
الصحابة والتابعين .
- قال ابن حزم : ثبت على اباحتها - المتعة - بعد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
ابن مسعود ومعاوية وابوسعيد وابن عباس وسلمة ومعبد ابنا امية بن خلف وجابر وعمرو بن

لاخلاف عند أهل البيت عليهم السلام في مشروعيتها واجماعهم على ذلك مع دلالة الكتاب على حله واجماع المسلمين على أنه كان في مبدأ الاسلام ثم ادعى عمر رفعه^(١). وهو مطالب بصحة دعواه.

وقد ذكرنا في « كنز العرفان » الدلالة على ابحاثه على وجه أبسط من هذا فليراجع هناك^(٢).

حريث ورواه جابر عن جميع الصحابة : « مدة رسول الله صلى عليه وآله وسلم وابى بكر وعمر الى قرب آخر خلافة عمر » .

ثم قال : ومن التابعين طاووس وسعيد بن جبيرة وعطاء وسائر فقهاء مكة . ونسب شيخ الاسلام المرغيناني القول بجواز المتعة الى مالك مستدلاً عليه بقوله : « لانه - نكاح المتعة كان مباحاً فيبقى الى ان يظهر ناسخه » .

ونسب ابن كثير جوازها الى احمد بن حنبل عند الضرورة في رواية . وقد تزوج ابن جريح احد الاعلام وفقهه مكة في زمنه سبعين امرأة بنكاح المتعة .

ثم بعد اثباته - دام ظله - عدم نسخ الآية الشريفة قال : وحاصل ما تقدم : ان آية التمتع لانسخ لها وان تحريم عمر وموافقة جمع من الصحابة له على رأيه طوعاً او كرهاً انما كان اجتهاداً في مقابل النص وقد اعترف بذلك جماعة . وانه لا دليل على تحريم المتعة غير نهى عمر الا انهم رأوا ان اتباع سنة الخلفاء كاتباع سنة النبي صلى الله عليه وآله وسلم وعلى أى ما اجد ما قاله عبدالله بن عمر : « أرسول الله احق أن تتبع سته ام سنة عمر » . وما احق ما قاله الشيخ محمد عبده في تفسير قوله تعالى « الطلاق مرتان » ثم كلامه دام ظله .

(١) في رواية جابر بن عبدالله الأنصاري: تمتعنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله ومع ابى بكر، فلما ولي عمر خطب الناس فقال: ان رسول الله « ص » هذا الرسول وان القرآن هذا القرآن وانما كانتا تمتعان على عهد رسول الله وانا نهى عنهما واعاقب عليهما، احداهما متعة النساء ولا اقدر على رجل تزوج امرأة الى اجل الاغيبته بالحجارة . سنن البيهقي ٢٠٦/٧ .
وغيرها من الروايات التي صرحت على تحريم عمر المتعتين .

(٢) كنز العرفان ١٤٢/٢ .

(الاول) الصيغة . وهو ينعقد بأحد الالفاظ الثلاثة خاصة .
وقال « علم الهدى » : ينعقد فى الاماء بلفظ الاباحة والتحليل
(الثانى) الزوجة : ويشترط كونها مسلمة أو كتابية .
ولا يصح بالمشاركة والناصبة .

ويستحب اختيار المؤمنة العفيفة وأن يسألها عن حالها مع
التهمة وليس شرطاً .
ويكره بالزانية وليس شرطاً .

قوله : وهو ينعقد بأحد الالفاظ الثلاثة خاصة ، وقال المرتضى ينعقد فى
الاماء بلفظ الاباحة والتحليل

يريد بالالفاظ الثلاثة «زوجتك» و«أنكحتك» و«متعتك» ، فاللام هنا للعهد
ولاخلاف فى ذلك .
وزاد المرتضى بنساء على قوله أن تحليل الامة من قبيل السمعة أنه ينعقد
«أبحت» و«حللت» ، فيكونان أيضاً من ألفاظ المتعة وسيأتي ذلك ان شاء
الله تعالى .

قوله : ويشترط كونها مسلمة أو كتابية ولا يصح بالمشاركة
قد تقدم حكاية الخلاف فى نكاح الكتابية . ثم ان من الروايات ما فيه تصريح
بجواز نكاحها متعة كرواية زرارة عن الصادق عليه السلام ، ورواية محمد بن
سنان عن الصادق عليه السلام^(١) وغيرها ، فلذلك اختار المصنف الجواز هنا من
غير تردد ، وقد تقدم ما هو الأقوى .

(١٠١) التهذيب ٢٥٦/٧ ، الاستبصار ١٤٤/٣ .

وأن يستمتع ببكر ليس لها أب فإن فعل فلا يفتضاها ، وليس

محرمًا .

قوله: وان يستمتع ببكر ليس لها أب، فان فعل فلا يفتضاها وليس محرمًا

كراهية الاستمتاع بالبكر مطلقاً وان كان لها أب مذهب الشيخ في النهاية^١،
الا أنه لا يجوز له أن يفضي إليها ، والافضل أن لا يتزوج الاباذن أبيها على كل
حال . ومثله قال القاضي وابن ادريس^٢ .

والمستند عموم رواية سعدان بن مسلم عن رجل عن الصادق عليه السلام :
لابأس بتزويج البكر اذا رضيت بغير اذن أبيها^٣ .

وقال التقي والصدوق لا يجوز التمتع بالبكر الاباذن أبيها، لرواية ابي مریم عن
الصادق عليه السلام قال : العذراء التي لها أب لا تتزوج متعة الاباذن أبيها^٤ .

والمختار الكراهية جمعاً بين القولين والروايتين .
وإذا كره مع وجود الاب فمع عدمه أولى ، وأيضاً لرواية حفص بن
البخترى عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج البكر متعة . قال: يكره للعب
على أهلها^٥ . وحيث لا وجه لتقييد المصنف بعدم الاب .

وأما كراهية الافتضاخ فلما رواه ابو سعيد القمط اعمن رواه عن الصادق

(١) النهاية ٤٩٠ ، قال فيه عند ذكره المتعة : وان كانت بالغاً وقد بلغت حداً بلوغ وهو
تسع سنين الى عشر جازله العقد عليها من غير اذن أبيها الا انه لا يجوز له ان يفضي إليها والافضل
الابتزوجهما الاباذن أبيها على كل حال .

(٢) السرائر : ٢٩٦ ، ٣١١ . كذا في ٧١٨٥٢ . بيتها : ٥١٢٥٣ . قولنا (٢)

(٣) التهذيب ٣٨٠ / ٧ ، الاستبصار ٢٣٦ / ٣ . بيتها : ٧١٨٥٢ . بيتها : (٣)

(٤) الفقيه ٢٩٣ / ٣ . بيتها : ٢٦٣ . قولنا (٥)

(٥) الفقيه ٢٩٣ / ٣ ، التهذيب ٢٥٥ / ٧ ، الكافي ٤٦٢ / ٥ ، الاستبصار ١٤٦ / ٣ .

ولا حصر في عدد هـن . يستحب أهلها ليلتها ليلتها .
ويحرم أن يستمتع أمة على حرة الا باذنها ، وأن يدخل على
المرأة بنت أخيها أو بنت أختها ما لم تأذن .

عليه السلام قال: واتق موضع الفرج (١) . لما في ذلك من جعلها غير مرغوب فيها
فيحصل الغضاضة على أهلها .
قوله : ولا حصر في عدد هـن

هذا هو المشهور ، وادعى ابن ادريس (٢) عليه الاجماع . وأيضاً روى زرارة
عن الصادق عليه السلام قال : ذكر له المتعة أهى من الاربع؟ قال: تزوج منهن

ألفاً فانهن مستأجرات (٣) .
وقال القاضي لا يجوز للمتزوج متعة أن يزيد على أربع من النساء . قال :

وذكر أن له أن يتزوج ما شاء .
والاحوط ما ذكرناه ، ومستنده رواية البنظي عن ابي الحسن عليه السلام (٤) .

وحملها الشيخ (٥) على الاحتياط ، لما رواه البنظي أيضاً صحيحاً عن ابي
الحسن عليه السلام قال : قال ابو جعفر عليه السلام : اجعلوهن من الاربع .

فقال له صفوان بن يحيى : على الاحتياط . قال : نعم (٦) .

(١) التهذيب ٢٥٤/٧ . لانها : قضاة ٢٥٠ . قلت في رواية . قولنا (١)
(٢) السرائر : ٣١٢ ، قال فيه : ويجوز الجمع بغير خلاف بين اصحابنا في هذا النكاح
بين اكثر من اربع لانهن بمنزلة الاماء عندنا .

(٣) الكافي ٤٥٢/٥ ، التهذيب ٢٥٨/٧ ، الاستبصار ١٤٧/٣ .

(٤) التهذيب ٢٥٨/٧ ، الاستبصار ١٤٨/٣ .

(٥) النهاية : ٤٩٢ .

(٦) التهذيب ٤٥٩/٧ ، الاستبصار ١٤٨/٣ .

(الثالث) المهر. وذكره شرط ويكفي فيه المشاهدة، ويتقدر

بالتراضى ولو بكف من بر.

ولو لم يدخل ووهبها المدة فلها النصف ويرجع بالنصف عليها

لو كان دفع المهر، وإذا دخل استقر المهر تماماً. ولو أخلت بشيء
من المدة قاصها.

ولو بان فساد العقد فلا مهر ان لم يدخل، ولو دخل فلها ما

أخذت وتمنع ما بقي.

قوله: ويتقدر بالتراضى ولو بكف من بر

هذا هو المشهور وتؤيده رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال:

سألته كم المهر يعني في المتعة؟ قال: ما تراضيا عليه الى ما شاء من الاجل^(١).

وقال ابن بابويه^٢: ادنى ما يجزى في المتعة درهم فما فوقه، ويروى كف

من بر، لرواية ابي بصير عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن متعة النساء. قال:

حلال فانه يجزي الدرهم فما فوقه^(٣). ورواية سعيد الاحول عن الصادق عليه

السلام: ادنى ما يتزوج به المتعة كف من بر^(٤).

وأجيب بحمل تقدير القلة على الاستحباب، بمعنى أنه يكره أن يكون أقل

من ذلك.

قوله: ولو بان فساد العقد فلا مهر ان لم يدخل، ولو دخل فلها ما أخذت

وتمنع ما بقي

(١) الوسائل ٤٧١/١٤.

(٢) ٥١/٢٣.

(٣) المقنع: ١١٣ وفيه: وروى كفيين من بر.

(٤) الكافي ٤٥٧/٥.

(٥) ٣١٢.

والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها ويستعاد منها مع علمها .

ولوقيل بمهر المثل مع الدخول وجهها كان حسناً .

(الرابع) الاجل . وهو شرط في العقد .

والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها ويستعاد منها مع علمها . ولوقيل بمهر

المثل مع الدخول وجهها كان حسناً

الاول قول الشيخ في النهاية^(١) ، ومستنده رواية حفص بن البختري في الحسن
عن الصادق عليه السلام قال : اذا بقي عليه شيء من المهر وعلم أن لها زوجاً
فما أخذت فلها بما استحل من فرجها ويحبس عنها ما بقي عنده^(٢) .

وفيه نظر ، لانها اما أن تستحق شيئاً أولاً ، فمن الثاني يلزم أن لاتعطي شيئاً
لالمأخوذ ولا غيره بل استعاد ما أخذته ، وأما الاول فلادلالة فيه على أن المقبوض
قدر استحقاقها فكان ينبغي التقييد بذلك .

والوجه الثاني اختاره العلامة في المختلف والقواعد^(٣) ، ووجهه أنها مع
جهلها تكون موطوءة بالشبهة فيكون لها شيء مقابل ذلك ، وأما مع علمها فانها
بغني ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن مهر البغي^(٤) .

وفي اطلاق هذا الوجه نظر ، لانه اذا علم الفساد وقد بقي بعض الاجل وجب
عليه مفارقتها فكيف تستحق جميع المهر على تقدير الجهالة ، لان المهر في
مقابلة مجموع الاجل يزيد وينقص بحسب الوفاء لجملة الاجل أو ببعضه فكان

(١) النهاية : ٤٩١ ، قال فيه : فان تبين بعد الدخول بها ان لها زوجاً كان لها ما اخذت
منه ولا يلزمه ان يعطيها ما بقي عليه .

(٢) الكافي ٤٦١/٥ .

(٣) المختلف ١٢/٤ ، القواعد ، الباب الرابع في باقى اقسام النكاح .

(٤) سنن البيهقي ٦/٦ .

ويتقدر بتراضيهما كالיום والسنة والشهر ، ولا بد من تعيينه .

ينبغي التقييد بما اذا علم الفساد بعد انقضاء الاجل ، وأما اذا علم في الاثناء فلها مع الجهل قدر ما مضى منه لاغير . وعلى هذا يمكن تأويل الرواية بما اذا كان مقبوضها قدر ماضى من الاجل ويحبس عنها الباقي .

والوجه الثالث أحسن الوجوه ، لأنها مع عدم الدخول لا تستحق شيئاً لان الاستحقاق اما بالعقد مع انقضاء الاجل عند الزوج أو بالدخول مع الجهل ، والاول باطل لان العقد قد بان فساد فلا يستحق به شيء ، وكذا الثاني لان الغرض عدمه . وحينئذ يكون استحقاقها مع الدخول والجهل هو مهر المثل فسي تلك المدة الماضية لمثل تلك المرأة في حسنها وجمالها .

نعم لو قيل كان استحقاقها أقل الامرين من مهر المثل لتلك السمة وقسط ما مضى من المسمى لم يكن بعيداً من الصواب .

قوله : ويتقدر بتراضيهما كالיום والسنة والشهر ولا بد من تعيينه

هنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف في أن الاجل هنا لا يتقدر قلة ولا كثرة الا بن حمزة قال : وقدر المدة من طلوع الشمس الى نصف النهار والى سنين متطاولة . فان كان مراده التمثيل بتقدير الاجل قلة وكثرة فهو صحيح ولا يكون مخالفاً للاجماع ، والا يكون مخالفاً . وانما قال من طلوع الشمس الى نصف النهار تنبيهاً على ضبطه والمثال المذكور ضابط معلوم .

(الثانية) لاخلاف أيضاً في وجوب كونه مقدراً بما لا تحتمل الزيادة والنقصان فيبطل لو قال الى قدوم الحاج أو ادراك الثمرات . وبه قال الشيخ في الخلاف وقال في النهاية لو ذكر المدة مبهمه كان العقد دائماً لايزول الا بالطلاق . وهو

(١) النهاية : ٤٨٩ .

بناء على قوله بالانقلاب دائماً مع الاخلال بذكر الاجل ولا يكون مخالفاً

للاجماع .

(الثالثة) قال في النهاية^(١) ومتى عقد عليها شهراً ولم يذكر الشهر بعينه ومضى

عليها شهر ثم طالبها بعد ذلك بما عقد عليها لم يكن له عليها سبيل . وهذا أيضاً

ليس بمناف لوجوب التعيين ، لان مراده أن الشهر اذا أطلق ولم يعين اقتضى

الاتصال بالعقد فيتعين .

وهو الحق بناء على العرف، وهو على ما تقرر أن العقد يستلزم اتصال الاحكام

المتصلة به زماناً لكونه علة لها والعلة متصلة بمعلولها زماناً .

وقول ابن ادريس^(٢) ببطلان العقد للجهالة ليس بشيء، لما قلنا من اقتضائه

الاتصال ، وهو معلوم فيصح .

(الرابعة) لو عين زماناً متأخراً صح . اختاره العلامة^(٣) في القواعد والمختلف

لاصالة الصحة وعدم المانع ، وتؤيده رواية بكار بن كردم قال : قلت للمصدق

عليه السلام: الرجل يلقي المرأة فيقول لها زوجيني نفسك شهراً ولا يسمى الشهر

بعينه ثم يمضي فيلقاها بعد سنين . فقال: له شهره ان كان سماه وان لم يكن سماه

فلا سبيل له عليها^(٤) .

وقال بعضهم لا يصح ذلك بل يشترط اتصاله بالعقد، لما قلناه أولاً . وأيضاً

(١) النهاية : ٤٩١ .

(٢) السرائر : ٣١٢ .

(٣) القواعد، الباب الرابع في باقى اقسام النكاح، قال فيه : وان عين المبدأ تعيين

وان تأخر عن العقد والاقتضى اتصاله به فان تركها حتى خرج خرجت من عقده ولها

السمى .

(٤) الكافي ٤٦٦/٥ ، التهذيب ٢٦٧/٧ ، الفقيه ٢٩٧/٣ .

ولا يصح ذكر المرة والمرات مجردة عن زمان مقدر . وفيه

رواية بالجواز ، فيها ضعف .

وأما الاحكام فمسائل :

لوصح ذلك لصح العقد عليها لغير العاقد فيما بين الاجل والعقد وهو باطل ،
ويصح تجديد العقد عليها قبل انقضاء أجلها وهو أيضاً باطل لما يأتي .

وفيهما نظر : أما الاول فلانه انما لم يصح لكونها ذات زوج وان كان ممنوعاً
منها كالمعتدة فانه لا يجوز العقد عليها لكونها في حكم المزوجة ، وأما الثاني
فمنع بطلانه كما هو رأي ابن حمزة ويأتي بحثه .

قوله : ولا يصح بذكر (المرة والمرات مجردة عن زمان مقدر ،

وفيه رواية بالجواز فيها ضعيف

انما لم تصح لعدم الانضباط فيؤدي الى الفرر والنزاع ، والرواية رواها
ابن فضال عن القاسم بن محمد عن رجل سماه عن الصادق عليه السلام قال :
سألته عن الرجل يتزوج المرأة على عرد واحد . فقال : لا بأس لكن اذا فرغ
فليحول وجهه ولا ينظر^(٢) .

وضعفها من فساد عقيدة ابن فضال فانه واقفي ، ومن جهالة الرجل ، وعن

مخالفتها للنظر كما قلناه .

(١) في المختصر النافع ط مصر : ولا يصح ذكر المرة .

(٢) الكافي ٤٦٠/٥ ، التهذيب ٢٦٧/٧ ، الاستبصار ١٥١/٣ . في التهذيب « عود
واحد » بالواو . قال في مجمع البحرين : المراد بالعود المرة الواحدة من المواقعة ، قال
في القاموس : عرد جاريتة : جامعها ، وشيء عرد اي صلب . قال في اللسان : والعرد : ذكر
الانسان ، وقيل : وهو الذكر الصلب الشديد وجمعه اعراد ، وقيل : العرد : الذكر اذا انتشر

وانهمل وصلب .

(الاولى) الاخلال بذكر المهر مع ذكر الاجل يبطل العقد .

وذكر المهر من دون الاجل يقلبه دائماً .

قوله: الاخلال بذكر المهر مع ذكر الاجل يبطل العقد وذكر المهر

من دون الاجل يقلبه دائماً

أما الاول فلاخلاف في بطلان العقد معه، وأما الثاني فقال الشيخ^(١) والقاضي والتقي وابن زهرة واختاره المصنف بانقلابه دائماً ، لرواية عبد الله بن بكير موثقاً عن الصادق عليه السلام قال : ان سمي الاجل فهو متعة وان لم يسم فهو نكاح بات^(٢) .

وقال ابن ادريس^(٣) : ان كان العقد بلفظ « زوجت » و« انكحت » فهو كما قال الشيخ ، وان كان بلفظ « متعت » بطل العقد ، لان متعت ليس من ألفاظ ايجاب العقد الدائم فلا ينعقد دائماً . والاجل شرط المتعة وقد أحل به فلا ينعقد متعة . وهو قريب .

وقال العلامة^(٤) بالبطلان مطلقاً بأي لفظ كان ، ونقله عن والده محتجاً بأن المتعة شرطها الاجل فاذا فات بطل العقد . وأما الاولى فاجماعية ولرواية زرارة عن الصادق عليه السلام صحيحاً : لا يكون متعة الا بأمرين أجل مسمى وأجر مسمى^(٥) .

(١) النهاية : ٤٨٩ ، قال فيه : فان عقد عليها متعة ولم يذكر الاجل كان التزويج

دائماً .

(٢) الكافي ٤٥٦/٥ ، التهذيب ٢٦٢/٧ . البات اي الدائم ، وفي الحديث الرجل

يتزوج المرأة متعة ايحل ان يتزوج ابنتها بتناً يعني دائماً .

(٣) السرائر : ٢٩٣ .

(٤) المختلف ، الجزء الرابع ٨ .

(٥) التهذيب ٢٦٢/٧ ، الاستبصار ١٤٩/٣ ، الكافي ٤٥٥/٥ .

الثانية) لاحكم للشروط قبل العقد ويلزم لو ذكرت فيه .

ورواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت الصادق عليه السلام عن المتعة فقال : مهر معلوم الى اجل معلوم^(١) وغيرهما .

وأما الثانية فظاهرة قضية للشرط ، وأيضاً الاحكام تابعة للقصد من اللفظ ، والدوام هنا غير مقصود فلا يقع ، والمنقطع فأت شرطه فلا يقع أيضاً قيل . عليه لا يلزم من بطلان المتعة بطلان الدائم الذي هو المتنازع ، وانما يلزم لو كان شرطاً في مطلق النكاح فاذا بطل المطلق بطل جزئياته .

وان سلم اشترك العقدين في معنى شامل لهما فالمنع ألزم ، لانه لا يلزم من بطلان الشيء بطلان ما يباينه . ونمنع أيضاً أن ألفاظ العقود تؤخذ بالارادة بل بمقتضى اللفظ يحكم على صاحبه به والالزم اختلال كثير من القواعد الشرعية ، كأن يقول العاقد وانما أردت الى أجل وأهملته ، أو يذكر الاجل والمهر ويدعي ذكر الاجل سهواً فانه يحكم عليه بمقتضى اللفظ ولا يلتفت الى دعواه كذلك

هنا . واعلم أن الشهيد^(٢) اختصار قول الشيخ محتجاً برواية أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن المتعة وقال : اني لاستحبي أن أذكر شرط الايام . فقال: ذلك أضر عليك لانك اذالم تشترط كان تزويج مقام^(٣) . وهذه أجود . وما احتج به للقول بالانقلاب ، وفيها ايماء الى ما أوردناه على كلام العلامة .

قوله : لاحكم للشروط قبل العقد ويلزم لو ذكرت فيه

- (١) التهذيب ٢٦٢/٧ .
- (٢) راجع « شرح اللمعة » ٨٢/٢ .
- (٣) الكافي ٤٥٥/٥ ، التهذيب ٢٦٥/٧ ، الاستبصار ١٥٠/٣ ، وآخرها : لزمتك النفقة في العدة وكانت وارثة ولم تقدر على ان تطلقها الاطلاق السنة .

(الثالثة) يجوز اشتراط اتيانها ليلاً أو نهاراً ، وألا يطأها في

الفرج ، ولو رضيت به بعد العقد جاز . والعزل من دون اذنها .

ويلحق الولد وان عزل ، لكن لو نفاه لم يحتج الى اللعان .

المراد بذكرها فيه أن يكون بين الايجاب والقبول، وبه قال ابن ادريس^(١) والعلامة^(٢)، والشيخ^(٣) قال لا اعتبار بما ذكر قبل العقد بل بما ذكر بعده .

نعم اذا أعيد الشرط المذكور قبل العقد بعده لزم والا لم يلزم، سواء ذكر

قبل القبول أولاً . ومستنده رواية عبد الله بن بكير حسناً عن الصادق عليه السلام

قال : ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز^(٤) .

وحمله العلامة على ما اذا ذكر بعد الايجاب قبل القبول ، فأطلق العقد

وأريد به الايجاب تسمية للجزء باسم الكل . وهو محتمل حسن .

قوله : يجوز اشتراط اتيانها ليلاً أو نهاراً وان لا يطأها في الفرج ، ولو

رضيت بعد العقد جاز

كل شرط سائغ يجوز اشتراطه للاصل ، وهل يلزم الوفاء به ؟ قال الشيخ

في النهاية نعم^(٥)، وقال ابن ادريس^(٥) لا يلزم .

والمختار للزوم، لقوله تعالى «أوفوا بالعقود»^(٦) ولقوله صلى الله عليه وآله

وسلم : المؤمنون عند شروطهم^(٧) . فلو شرط أن لا يطأها في الفرج لزم الشرط،

(١) السرائر : ٣١٢ ، المختلف الجزء الرابع : ١٢ .

(٢) النهاية : ٤٩٣ .

(٣) الكافي ٤٥٦/٥ ، التهذيب ٢٦٢/٧ .

(٤) النهاية : ٤٩١ ، ٤٩٣ .

(٥) السرائر : ٣١٢ .

(٦) سورة المائدة : ١ .

(٧) الكافي ١٨٧/٦ ، الفقيه راجع روضة المتقين ١٨/١٣ ، التهذيب ٢٢/٧ .

(الرابعة) لا يقع بالمتعة طلاق اجماعاً، ولا لعان على الاظهر .
ويقع الظهار على تردد .

فاذا رضيت بعد ذلك جاز .

واختاره المصنف، ومستنده رواية عمار بن مروان عن الصادق عليه السلام،
فانه يقول في آخرها : ليس له الا ما اشترطه^(١) .
ومنع ابن ادريس^(٢) ذلك وقال : لا يلزمه عدم وطئها . وجعل قول الشيخ
رواية ، واختاره العلامة في المختلف^(٣) .
قوله : ولا لعان على الاظهر

يريد به لعان القذف بالزنا لالنفى الولد، لما يجيء أنه لا يفتقر الى لعان .
ووجه عدم وقوع الاول أصالة عدم سقوط الحد وتظافر الروايات .
وبه قال الشيخ والتقي وابن ادريس^(٤) وخالف المرتضى هنا وقال بوقوعه
بها لدخولها تحت عموم «الذين يرمون أزواجهم»^(٥) الآية . وأجيب بأنه

مخصوص بما تقدم .
قوله : ويقع الظهار على تردد

ينشأ من عموم «والذين يظاهرون من نسائهم»^(٦) وهذه من نسائهم، وبه قال
السيد والتقي وابن زهرة ، واختاره المصنف في باب الظهار كما يجيء .

- (١) الكافي ٤٦٧/٥ ، التهذيب ٢٧٠/٧ .
- (٢) السرائر : ٣١٢ .
- (٣) المختلف ، الجزء الرابع : ١٢ .
- (٤) النهاية : ٥٢٣ ، السرائر : ٣١٢ .
- (٥) سورة النور : ٤ .
- (٦) سورة المجادلة : ٣ .

(الخامسة) لا يثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين .

وقال المرتضى : يثبت ، ما لم يشترط السقوط . نعم لو شرط

الميراث لزم .

ومن أصالة عدم الوقوع ، ورواية ابن فضال عن ابن أبي عمير عن الصادق عليه السلام انه كالطلاق^(١) . والاصل في التشبيه العموم والطلاق لا يقع هنا فكذا الظهار ولان لازم الظهار جواز المرافقة والالتزام بالفيئة . وكلاهما منفيان هنا . وانتفاء اللازم مستلزم لانتفاء الملزوم . واختاره ابن بابويه وابن الجنيد وابن ادریس^(٢) .
قوله : لا يثبت بالمتعة ميراث ، وقال المرتضى يثبت ما لم يشترط السقوط . نعم لو اشترط الميراث لزم

في المسألة أقوال :

(الاول) نفي التوارث بينهما وهو اطلاق المقيد وابن بابويه ، واختاره التقى وابن ادریس^(٣) . ولو شرط ذلك وهو فتوى العلامة^(٤) لاصالة العدم ولرواية سعيد

(١) الكافي ١٥٤/٦ ، التهذيب ١٣/٧ ، الفقيه ٣٤٠/٣ ، الاستبصار ٢٦١/٣ . والخبر هكذا : « لا يكون الظهار الاعلى مثل موضع الطلاق » ، قال في الوافي : يعنى

الاعلى شرائط الطلاق . انتهى .

اقول : ليس « مثل » في الفقيه . وقال المجلسي عليه الرحمة فى روضة المتقين ١٥٤/٩ بعد نقل الخبر الشريف عن الشيخين فى الموثق كالصحيح : اى لا يشترط فيه شروط الطلاق من كونه غير مغضب وغير مكره ويكون بمحضر العدلين وتكون المرأة طاهراً من غير جماع ، الى آخر ما تقدم منها وسيجىء أيضاً فى ضمن الاخبار مفصلاً . انتهى كلامه اعلى الله مقامه .

(٢) السرائر : ٣١٢ .

(٣) السرائر : ٣١٢ .

(٤) المختلف ، الجزء الرابع : ٩ .

ابن يسار عن الصادق عليه وقد سأله عن المتمتع بها اذا لم يشترط الارث. قال: ليس بينهما ميراث اشترط أولم يشترط^(١).

ورواية جميل عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن المتعة ما حدها. قال: حدودها أن لا ترثك ولا ترثها^(٢) جعل نفي الميراث من مقتضى الماهية.

(الثاني) نفي الميراث لكن لسو شرط لازم، وبه قال الشيخ^(٣) وابن حمزة والكيدري، لرواية البنزطي عن الرضا عليه السلام: ان اشترطت الميراث كان وان لم يشترط لم يكن^(٤). ورواية ابن مسلم عن الصادق عليه السلام: فان اشترطت الميراث فهما على شرطهما^(٥).

(الثالث) ثبوته مطلقاً أي ماهية العقد تقتضيه ولو شرط سقوطه بطل الشرط، وبه قال القاضي لانها زوجة والا لم تحل وكسل زوجة تورث وتورث ونقضت الكبرى بالذمية والقاتلة. ان شاء الله تعالى لهذا الحق ١٤١: ماهية

(الرابع) ثبوته باطلاق العقد الخالي عن شرط يقتضيه، أعني الماهية بشرط لاشيء، فحينئذ يثبت الارث مالم يشترط سقوطه فينتفي. وهو قول المرتضى وابن ابي عقيل. أما الثبوت فلانها زوجة، وأما الانتفاء مع الشرط فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم^(٦).

(١) التهذيب ٢٦٤/٧، الاستبصار ١٥٠/٣، وفي الكافي ٤٦٥/٥: وروى أيضاً ليس بينهما ميراث اشترط أولم يشترط.

(٢) التهذيب ٢٦٥/٧، الاستبصار ١٥٠/٣.

(٣) النهاية ٤٩٢ قال فيه: وليس في تكاح المتعة توارث شرط نفي الميراث اولم يشترط، اللهم الا ان يشترط ان بينهما التوارث فان شرط ذلك ثبتت بينهما الموارثة.

(٤) التهذيب ٢٦٤/٧، الكافي ٤٦٥/٧.

(٥) التهذيب ٢٦٤/٧.

(٦) التهذيب ٢٢٢/٧، الفقيه ١٢٧/٣، الكافي ١٨٧/٦.

(السادسة) اذا انقضى أجلها فالعدة حيضتان على الاشهر .
وان كانت ممن تحيض ولم تحض فخمسة وأربعون يوماً .

والاقوى والذي عليه الفتوى هو الاول، لكن لو شرط التوارث جازو يكون
بمنزلة الوصية ، وحينئذ يتفرع فروع :

« الاول » - اعتباره من الثلث .
« الثاني » - أنه لو رجع المشترط بطل ، اذ هو وصية يجوز الرجوع فيها .
« الثالث » - قد يكون من الطرفين فيكون وصية فيهما ، وقد يكون من طرف
واحد فيكون وصية من جهته .

« الرابع » - أن قدر النصيب يكون مقدماً على الميراث ، ولا تزاحم
الزوجة الدائمة في الربع أو الثمن الى غير ذلك من فروع الوصية .
قوله : اذا انقضى أجلها فالعدة حيضتان على الاشهر ، وان كانت ممن
تحيض ولم تحض فخمسة واربعون يوماً

هذا قول الشيخ في النهاية^(١) قال: وكذا اذا وهبها باقى الاجل، ومستنده
رواية محمد بن النفيل عن ابي الحسن الماضي عليه السلام قال : طلاق الامة
تطليقتان وعدتها حيضتان^(٢) .

وقال التقي وابن حمزة قرآن ، لرواية زرارة في الحسن عن الباقر عليه
السلام : ان كان تحته أمة فطلاقها تطليقتان وعدتها قرآن^(٣) .
وروى زرارة أيضاً عنه عليه السلام صحيحاً الى ان قال : وكذلك المتعة
عليها ما على الامة^(٤) .

(١) النهاية : ٤٩٢ .

(٢) التهذيب ١٣٥/٨ ، الاستبصار ٣٣٥/٣ .

(٣) الكافي ١٦٧/٦ ، التهذيب ١٣٤/٨ ، الاستبصار ٣٣٥/٣ .

(٤) الفقيه ٢٩٦/٣ ، التهذيب ١٥٧/٨ ، الاستبصار ٣٥٠/٣ .

ولومات عنها ففي العدة روايتان أشبههما : أربعة أشهر وعشرة

أيام .

وقال ابن بابويه في المقنع^(١) عدتها حيضة ونصف ، ، لرواية عبدالرحمن

ابن الحجاج عن الصادق عليه السلام^(٢) .

وقال ابن ابى عقيل حيضة أو خمسة وأربعون يوماً ، لرواية ابن ابى عمير

عن ابن أذينة عن زرارة عن الصادق عليه السلام : عدة المتعة ان كانت تحيض

فحيضة والا فشهرا ونصف^(٣) .

وقال المفيد^(٤) وابن ادريس^(٥) والعلامة^(٦) طهران للمستقيمة الحيض وخمسة

وأربعون يوماً اذا كانت لا تحيض .

قوله : ولومات عنها ففي العدة روايتان أشبههما أربعة أشهر وعشرة

أيام

هذه رواية زرارة عن الباقر عليه السلام ويقول فيها : كل النكاح اذا مات

الزوج فعلى المرأة حرة كانت أوامة وعلى أي وجه كان النكاح متعة أو تزويجاً

أو ملك يمين فالعدة أربعة أشهر وعشراً^(٥) .

وأفتى بها الشيخ في النهاية^(٦) والتقي والقاضي وابن ادريس^(٦) والصدوق

في المقنع^(٦) . وقال المفيد^(٧) والمرتضى وسلار وابن ابى عقيل شهران وخمسة

(١) المقنع : ١١٤ .

(٢) التهذيب ١٥٧/٨ ، الفقيه ٢٩٦/٣ ، الاستبصار ٣٥٠/٣ .

(٣) التهذيب ١٦٥/٨ ، الكافي ٤٥٨/٥ .

(٤) المقنعة : ٨٤ ، السرائر : ٣٣٩ ، المختلف : الجزء الرابع : ١١ .

(٥) الفقيه ٢٩٦/٣ ، التهذيب ١٥٧/٨ ، الاستبصار ٣٥٠/٣ .

(٦) النهاية : ٤٩٢ ، السرائر : ٣٣٩ ، المقنع : ١١٤ ، ١١٥ ، ١١٦ .

(٧) المقنعة : ٨٤ .

(السابعة) لا يصح تجديد العقد قبل انقضاء الاجل .
ولو أراده وهبها ما بقي من المدة واستأنف .

أيام ، لرواية الحلبي عن أبيه عن رجل عن الصادق عليه السلام^(١) .
واختار المصنف مضمون الاولي ، لانها أصح وأشبه بظاهر القرآن . وتؤيد
أيضاً رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الصحيح : ان
عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام^(٢) .
هذا كله في الحرية ، وأما الامة فقال الشيخ^(٣) عدتها شهران وخمسة أيام حملاً
للو رواية الثانية على الامة .
وهو مشكل لمخالفتها رواية زرارة مع كونها مقطوعة . والاولى أنها كالحرية
كما قال ابن ادريس .

قوله : لا يصح تجديد العقد قبل انقضاء الاجل ، ولو أراده وهبها ما
بقي واستأنف

هذا قول الشيخ^(٣) والقاضي وابن ادريس^(٤) ، لرواية ابان بن تغلب عن
الصادق عليه السلام^(٥) . وقال ابن حمزة ان أراد أن يزيد في الاجل جاز وزاد
في المهر ، وجعل الاول رواية .

قال العلامة في المختلف^(٦) : لا بأس بقول ابن حمزة ، لاصالة الجواز السالم

(١) التهذيب ١٥٨/٨ ، الاستبصار ٣٥١/٣ .

(٢) التهذيب ١٥٧/٨ ، الاستبصار ٣٥٠/٣ ، الفقيه ٢٩٦/٣ .

(٣) النهاية : ٥٣٦ .

(٤) النهاية : ٤٩٢ ، السرائر : ٣١٢ .

(٥) الكافي ٤٥٨/٥ ، التهذيب ٢٦٨/٧ .

(٦) المختلف ، الجزء الرابع ١٣ .

القسم الثالث : فى نكاح الاماء
والنظر اما فى العقد واما فى الملك :

أما العقد فليس للعبد ولا للامة أن يعقدا لانفسهما نكاحاً ما لم يأذن المولى .
ولو بادر أحدهما ففى وقوفه على الاجازة قولان ، ووقوفه على الاجازة أشبهه .

عن معارضة شغلها بعقد غيره وكونها مشغولة بعقده لا يمنع من العقد عليها مدة أخرى كما لو كانت مشغولة بعدته .

قبل عليه : لو جاز ذلك لجاز العقد عليها لغيره قبل انقضاء الاجل .

قلت : الجواب ذلك غير لازم ، لانه عقد على ذات بعل فلا يجوز . والتحقيق ان قلنا باشتراط اتصال الاجل بالعقد فلا يجوز التجديد والاجاز .

قوله : فليس للعبد ولا للامة ان يعقدا لانفسهما نكاحاً ما لم يأذن المولى ولو بادر احدهما ففى وقوفه على الاجازة قولان ووقوفه على الاجازة اشبه

القولان للشيخ^(١) : قال فى النهاية موقوف ، وقل فى الخلاف باطل . وقال ابن ادريس^(٢) أولاً بالاول وثانياً بالثاني ، مستدلاً بأنه منهى عنه والنهي يدل على الفساد . قال : وقيل الاجازة تختص بعقد العبد دون الامة .

واختيار المصنف أفتى به العلامة^(٣) وحجة ابن ادريس ضعيفة اذ كبرها ممنوعة

(١) النهاية : ٤٧٦ - ٤٨٠ ، الخلاف ٣٦١/٢ و ٣٦٤ .
(٢) راجع السرائر : ٢٩٦ ، ٣٠٥ .
(٣) المختلف ، الجزء الرابع ١٥ .

وان أذن المولى ثبت في ذمة مولى العبد المهر والنفقة ، ويشبث

لمولى الامة المهر . ما بقي من المدة واستأنف .

ولو لم يأذنا فالولد لهما .

ولو أذن أحدهما كان للآخر .

وولد المماو كين رق لمولاهما .

ولو كانا لاثنين فالولد بينهما بالسوية ما لم يشترطه أحدهما .

والدليل على وقوفه ما تقدم من وقوف عقد الفضولي وعدم بطلانه ، والعبد هنا فضولي ، لان ولاية العقد لسيدة . وأيضاً ما تقدم من رواية زرارة عن الباقر عليه السلام .

قوله : واذا اذن المولى ثبت في ذمة مولى العبد المهر والنفقة

للأصحاب هنا أقوال :

(الاول) قول ابن ادريس^(١) والمصنف والعلامة في القواعد^(٢) ، وهو الثبوت

في ذمة السيد ، لان الاذن في الشيء يلزمه توابعه ، ولان النفقة واجبة لا يمكن

أن يكون في ذمة العبد بعد عتقه قطعاً وهو اجماعي ، فيكون لوجوبها محل في

الحال ، وليس مال العبد اذ لا ملك له فيستحيل أن يوجب الله عليه شيئاً ويسلبه

أهلية التملك ، فتعين كونها من مال السيد والوجوب عليه يخرج من أين شاء .

وكذا الكلام في المهر .

(الثاني) قول الشيخ في المبسوط^(٣) ، وهو أنه في كسب العبد ، بمعنى أنه

(١) السرائر : ٣١٦ . ٢٦١٢٧ - ٢٦١٢٨ . ٨٣ - ٢٧٣ : قولنا (١)

(٢) القواعد ، المقصد الثاني في نكاح الاماء من كتاب النكاح . (٢)

(٣) المبسوط ١٦٦ / ٤ ، ١٦٧ . ٥١ : وما بالامام . (٣)

يجب على العبد الاكتساب لاداء المهر والنفقة . قال: فان لم يكن مكتسباً قال قوم يتعلق برقبته لان الوطى في النكاح بمنزلة الجنابة ، ومنهم من قال يتعلق بذمته لانه حق لزمه باختيار من له الحق فكان في ذمته كالقرض .

قال : والاول أليق بمذهبنا ، فمن قال يتعلق برقبته على ما اخترناه قال ان أمكن أن يباع منه كل يوم بقدر ما يجب عليه من النفقة فعل ، وان لم يكن يبيع كله كما قيل في الجنابة ووقف ثمنه فينفق عليها منه وقد انتقل ملك سيده عنه الى سيد آخر . هذا لفظه .
وفيه نظر ، لانه بعد البيع صار لغير البائع فلا ينفق من ماله عند اجازة الثاني للنكاح ، وانما يتصور ذلك في النفقة السالفة الواجبة في ملكه ، ولفظه : لا يعطى ذلك وان لم يجز الثاني فلانكاح ولا نفقة .

(الثالث) قول ابن حمزة ، وهو أنه ان كان العبد مكتسباً تخير السيد بين جعلها في كسبه أو في خالص ماله ، وان لم يكن مكتسباً فعلى السيد . واختاره العلامة في المختلف .

(سؤال) : هل بين هذا القول والقول الاول فرق أم لا ؟ « جواب » يمكن الفرق من وجوه :

« الاول » - أن يكون على الاول المهر والنفقة ثابتين فسي الذمة ابتداء ، وعلى الثالث لا بل مع عدم الكسب .

« الثاني » - أنه على الثالث يكون للسيد الخيار في التعيين ، فمع تعيينه في الكسب لم يكن للزوجة أو لسيدها الامتناع ، وعلى الاول لها الامتناع والمطالبة للسيد .

« الثالث » - أنه على الثالث لو عين في الكسب ومكنه منه حتى أدخل العبد بالتكسب مهانة لم يكن السيد عاصياً وللحاكم اجبار العبد على التكسب لحق الزوجة مع سؤالها ذلك ، وعلى الاول الزام السيد لو امتنع العبد .

وإذا كان أحد الابوين حرّاً فالولد حر إلا أن يشترط المولى

رقبته ، على تردد .

قوله: وإذا كان احد الابوين حرّاً فالولد حر الا ان يشترط المولى رقبته

على تردد

هنا مسألتان :

(الاولى) اكثر الاصحاب بل الاجماع حاصل اليوم على أنه اذا كان أحد

الابوين حرّاً انعقد الولد حرّاً تبعاً لاشرف الطرفين ، لاصالة عدم الرقبة خرج

منه ولد المملوكين بالاجماع فيبقى الباقي على أصله ، ولرواية جميل بن دراج

عن الصادق عليه السلام : اذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار واذا تزوج الحر

الامة فولده أحرار^(١) . ومثله رواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام^(٢)

وكذا رواية ابن ابي عمير عن بعض اصحابنا عنه عليه السلام أيضاً^(٣) .

وقال ابن الجنيد : انه رق الآن يشترط الحرية ، لانه نماء المملوك فيتبعه

في الملك ، واذا اجتمع حقان في شيء غلب حق العبد على حق الله تعالى ،

ولرواية ابي بصير^(٤) .

وفيه نظر ، لانه أيضاً نماء الحرفير جح لاشرفيته ، والرواية مقطوعة .

(الثانية) لو اشترط مولى المملوك رقبته يصير رقاً أم لا ؟ تردد المصنف ، من

الاستبصار ٢٠٣/٣ ، التهذيب ٣٣٦/٧ ، الكافي ٤٩٢/٥ .

(٢) التهذيب ٣٣٦/٧ ، الاستبصار ٢٠٣/٣ .

(٣) التهذيب ٣٣٦/٧ ، الكافي ٤٩٣/٥ ، الفقيه ٢٩١/٣ .

والرواية هكذا في الاخير : الرجل الحر يتزوج بأمة قوم الرلد ممالك أو أحرار ؟

قال : الولد أحرار . ثم قال : اذا كان احد والديه حرّاً فالولد حر . وليس « الحر » في الاول

وايضاً ليس « الولد أحرار » بعد قال في الاولين . وايضاً فيهما « فالولد أحرار » .

(٤) التهذيب ٣٣٦/٧ ، الاستبصار ٣٠٢/٣ .

ولو تزوج الحر أمة من غير اذن مالكها ، فان وطئها قبل
الاجازة عالماً فهو زان والولد رق للمولى وعليه الحد والمهر .
ويسقط الحد لو كان جاهلاً دون المهر ، ويلحقه الولد ، وعليه
قيمته يوم سقط حياً .

وكذا لو ادعت الحرية فتزوجها على ذلك .
وفى رواية : يلزمه بالوطء عشر القيمة ان كانت بكرأ ،
ونصف العشر لو كانت ثيبأ .
ولو اولدها فكهم بالقيمة .

عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم^(١) . ومن قول
الصادق عليه السلام : لا يملك ولد حر^(٢) بالرفع والتنوين فيهما .
وقد نص عليه ابن ادريس ، ومن اُضيف فقد وهم . ولانه نوع من التمليك ، وكما
لا يصح أن يملك الانسان ولده غيره لانه لا يملكه ، فكذا صورة النزاع لعدم
الفرق بينهما .

قوله : ولو تزوج الحرامه من غير اذن مالكها فان وطئها قبل الاجازة
عالماً فهو زان والولد رق للمولى وعليه الحد والمهر ، ويسقط الحد لو كان
جاهلاً دون المهر ، ويلحقه الولد وعليه قيمته يوم سقط حياً . وكذا لو ادعت
الحرية فتزوجها على ذلك ، وفى رواية يلزمه بالوطئ عشر القيمة ان كانت
بكرأ ونصف العشر لو كانت ثيبأ ، ولو اولدها^(٣) فكهم بالقيمة

(١) الكافي ١٨٧/٦ ، التهذيب ٢٢١/٧ .

(٢) التهذيب ٣٥٠/٧ ، الاستبصار ٢١٧/٣ .

(٣) اى ولو اولدها اولاداً وجب عليه فكهم بالقيمة ، وهى قيمة يوم سقوطهم حياً .

ولو عجز سعي في قيمتهم ، ولو أبى عن السعي قيل : يفديهم
الامام ، وفي المستند ضعف . ولولم يدخل بها فلا مهر .

ولو عجز سعي في قيمتهم ، ولو أبى عن السعي قيل يفديهم الامام ،
وفي المستند ضعف . ولولم يدخل بها فلا مهر

تنقيح هذا الكلام يتم بمسائل :

(الاولى) كون الواطى قبل الاجازة عالماً ، وهو ينقسم أقساماً :

«١» - يكون عالماً بالرقية والتحريم وهي أيضاً عالمة ، ولا كلام في كونهما
زانيين والولد راقاً وفي ثبوت الحد عليهما . وهل عليه مهر أم لا ؟ أطلق المصنف
ثبوته ، ولا كلام فيه مع اكرائها ، أما مع المطاوعة ففيه نظر من كونه عوضاً
للبضع المملوك للسيد فيجب ، ومن كونها بغياً ومهر البغي منهي عنه . وهو الحق
وعليه الفتوى .

«٢» - عالماً بالرقية دون التحريم . وهذا قال ابن حمزة انه غير زان فيلحق
معه النسب ويلزم المهر وقيمة الولد . والحق أنه ان كان الجهل ممكناً في حقه
فهو كما قال والافهوا كالقسم الاول .

«٣» - كونه عالماً بالرقية والتحريم وهي جاهلة ، فمع اكرائها لا كلام
في الحد والمهر وكذا مع المطاوعة .

(الثانية) كونه جاهلاً ، ويسقط مع ذلك الحد دون المهر ويلحقه الولد وعليه
قيمته يوم سقط حياً ، فان كانت هي مع ذلك جاهلة لم يتغير الحكم ، وان كانت
عالمة فلا كلام في المهر مع الاكراه ومع المطاوعة فلا مهر اكونها بغياً .

لكونه كالمثلف مال غيره من دون طيب نفسه والولد نماء الجارية وتابع لها . واما لو سقط
ميتاً ليس مالا .

(الثالثة) قوله لو ادعت الحرية فتزوجها على ذلك . ظاهره العطف على الصورة الاخيرة ، وهي صورة الجهل ، ولا كلام في ثبوت الاحكام المذكورة . ويحتمل عطفه على جملة ما تقدم ، فمن ذلك كونه عالماً بالرقية والتحرير فتدعي هي الحرية بيينة ثم يظهر أنهما شاهدا زور . فالحكم أيضاً كذلك ، لحصول الشبهة أما لو بنى على ظاهر دعواها لا مكان صدقها فهل يكون شبهة ؟ الاقوى عدمه بل هو كصورة العلم .

(الرابعة) ان المصنف حكم بثبوت المهر في التقادير المذكورة وأطلق ، والمراد به على ذلك الاطلاق هو المثل الاقوى صورة دعواها الحرية فانه المسمى فيه .

ثم ذكر أنه العشر أو نصفه على تقديري البكارة وعدمها ، وهذا مذهب الشيخ في النهاية^(١) والقاضي وابن حمزة ، والرواية في التهذيب عن محمد بن يعقوب رفعها الى الوليد بن صبيح عن الصادق عليه السلام الى أن قال : وان كان زوجها اياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه ، ولمواليها عليه عشر قيمتها ان كانت بكرة وان كانت غير بكرة فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها^(٢) .
والاولى أنه يلزمه أقل الامرين ، تمسكاً في نفى الزائد بالاصل وعدم الدليل على خلافه .

(الخامسة) أنه لو عجز عن قيمة الولد سعى الاب ، ومع امتناعه يفكهم الامام من سهم الرقاب . وهو قول الشيخ في النهاية^(٣) والقاضي ، والمستند رواية سماعة عن الصادق عليه السلام التي يقول فيها : فان أبى الاب السعي فعلى الامام أن

(١) النهاية : ٤٧٧ .

(٢) الكافي ٤٠٤/٥ ، التهذيب ٣٤٩/٧ ، الاستبصار ٣/٢١٦ .

(٣) راجع المصدر السابق من الكتاب .

ولو تزوجت الحرة عبداً مع العلم فلا مهر وولدها رق ، ومع
الجهل يكون الولد حراً ولا يلزمها قيمته .
ويلزم العبد مهرها ان لم يكن مأذوناً ويتبع به اذا تحرر .
ولو تسافح المملوك كان فلا مهر والولد رق لمولى الامة ، وكذا
لوزنى بها الحر .

يقديهم ولا يملك ولد حر^(١) .
ومنع ابن ادريس ، لان السهم مختص بالعبيد وهم غير عبيد ، ولضعف سماعه
قال : بل الحق أن القيمة في ذمة الاب لانه هو الذي حال بين مولى الجارية
وبينهم .
واعلم أن الرواية لا تدل على ما قاله الشيخ ، وفهمه ابن ادريس وزيفه ،
لانها تضمنت مجرد الافتداء ، وهو أعم من كونه من سهم الرقاب أو غيره ، فيجوز
أن يكون من بيت المال لانه من المصالح .
ثم ان استسعاء الاب مع عجزه منظور فيه ، لانه دين ثبت في ذمته فينظر به
مع العجز ، لعموم « فنظرة الى ميسرة »^(٢) قال العلامة : المدفوع الى المولى
عوض عن رقبة من شأنها أن تقوم وتزال يد المولى عنها فيدخل تحت قوله
تعالى « وفي الرقاب »^(٣) .

قوله : ولو تزوجت الحرة عبداً مع العلم فلا مهر وولدها رق ، ومع
الجهل يكون الولد حراً ولا يلزمها قيمته ويلزم العبد مهرها ان لم يكن مأذوناً
ويتبع به اذا تحرر

(١) : قولنا (١)

(١) التهذيب ٣٥٠/٧ ، الاستبصار ٢١٧/٣ .

(٢) سورة البقرة : ٢٨٠ .

(٣) سورة البقرة : ١٧٧ ، سورة التوبة : ٦٠ .

ولو اشترى الحر نصيب أحد الشريكين من زوجته بطل عقده .
ولو أمضى الشريك العقد لـم يحل وطؤها ، وبالتحليل رواية
فيها ضعف .

هذه المسألة تخالف ما قبلها في أمرين : « الاول » في سقوط الحد مع العلم بالرقية مع كون العقد ليس بمجرد شبهة مع العلم بحصول الفرق بينهما لضعف عقلها وعدم مخالطتها أهل الشرع فيكون العقد شبهة بالنسبة اليها في سقوط الحد . « الثاني » في عدم لزوم القيمة لها مع الجهل ، وذلك لاصالة براءة الذمة وكون الحر لا يملك ، فلا يكون له قيمة .
وتوافقها في رق الولد لمولى العبد مع العلم ، لانه نماء ملكه فيتبعه لعدم صلاحية حرية الام للمعارضة بسبب علمها ، ولذلك لم يكن لها مهر في ذمته يتبع به لانها ضيعت حقها بسبب علمها بعدم صلاحية ذمته للتعلم .

قوله : ولو اشترى الحر نصيب احد الشريكين من زوجته بطل عقده
ولو امضى الشريك العقد لم يحل وطؤها وبالتحليل رواية فيها ضعف
أما الاول - وهو بطلان العقد مع الشراء - فلثلا يلزم تبعض البضع بحيث يستبيح بضعها بالعقد وبالملك ، والبضع لا يتبعض بل يستباح اما بالعقد لاغير أو الملك لاغير ، لقوله تعالى « الاعلى أزواجهم أو ما ملكت أيما نهم »^(١) حصر الاباحة في الامرين على سبيل منع الخلو في الاستباحة ومنع الجمع بينهما .
وأما الثاني - وهو أنها هل تحل بامضاء الشريك ذلك العقد أم لا - قال الشيخ في النهاية^(٢) وتبعه القاضي أنه اذا رضي مالك نصفها بالعقد صح ويكون

(١) سورة المؤمنون : ٦ .

(٢) النهاية : ٤٨٠ .

وكذا لو كان بعضها حراً .
ولوها يابها - مولاها على الزمان ففي جواز العقد عليها متعة في

عقداً مستأنفاً . وقال ابن ادريس ^(١) لا يجوز ذلك بل كان ينبغي أن يقول « أويرضى
مالك نصفها بأن يبيحه وطى ما يملكه منها فيطأها بالملك والاباحة » .
ومنعه المصنف بأن علة التبعض حاصله ، فان الملك غير الاباحة . وهو قول
ابن الجنييد .
وفيه نظر ، فاننا نمنع التبعض في الملك والاباحة ، بل ذلك حاصل في الملك
والعقد لاختلاف الحكم فيهما ، فان العقد يتبعه المهر والحصر والقسمة والطلاق
والعدة وغير ذلك ولا يتبع الملك شيء من ذلك فاختلفاً . وليس كذلك الملك
والاباحة ، فانه لاختلاف بينهما في هذه الاحكام . وأيضاً الاباحة نوع تمليك
والالم تجزفتدخل تحت الملك ، فلا يكون تبعض في المعنى ولا في الحكم .
وتؤيده الرواية المشار اليها ، رواها الصدوق في الفقيه عن محمد بن مسلم
عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن جارية بين رجلين دبرها جميعاً ثم أحل
أحدهما فرجها لشريكه . فقال : هي حلال له ^(٢) . قال المصنف : انها ضعيفة بسبب
ضعف بعض رجالها . قلنا : ينجبر ضعفها بموافقة النظر .
قوله : وكذا لو كان بعضها حراً
هذا عطف على قوله « لم يحل » ، أي لو كان بعضها حراً واحلته نفسها لم
يحل ، وهو اجماعي .
قوله : لوها يابها (٣) مولاها على الزمان ففي جواز العقد عليها متعة في

- (١) السرائر : ٣٠٦ .
(٢) الفقيه ٣ / ٢٩٠ .
(٣) تهاياً القوم تهايوه : اذا جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد النوبة . وهياته

زمانها تردد ، أشبهه : المنع .

ويستحب لمن زوج عبده أمته أن يعطيها شيئاً .

ولومات المولى كان للورثة الخيار ففى الاجازة والفسخ ،
ولاخيار للامة .

ثم الطوارئء ثلاثة : العتق ، والبيع ، والطلاق .

زمانها تردد اشبهه المنع

اللام فى « العقد » بدل من الضمير ، يعنى جواز عقده ، والضمير راجع

الى مولاهما .

ومنشأ التردد من فتوى الشيخ بالجواز اعتماداً على الرواية المذكورة

آنفأ ، فان فى آخرها « فان أحب أن يتزوجها متعة فى ذلك اليوم الذى تملك نفسها

فليفعل » ، ومن لزوم التبعض المتقدم ، ولانه لم يخرج عن كونه مالكاً بالمهاياة .

وهو يمنع من العقد ، لاستحالة العقد على ملكه .

ان قلت : انها فى تلك الايام مالكة لمنا فعها فصح العقد عليها سيما طلباً

للفائدة كما صح اجازتها للعمل .

قلت : نمنع دخول منفعة البضع تحت المهاياة ، والالصح أن تتمتع بغيره

فى أيامها ، وهو باطل .

قوله : ويستحب لمن زوج عبده أمته ان يعطيها شيئاً

هنا مسألان :

٦٧ : فقها : ٨٧٣ : قولنا ()

مهاياة وقد تبدل للتخفيف فىقال ها بيته مهاياة والمهاياة فى كسب العبد انهما يقتسمان الزمان

بحسب ما يتفقان عليه ويكون كسبه فى كل وقت لمن ظهر له بالقسمة .

أما العتق: فاذا أعتقت الأمة تخيرت في فسخ نكاحها وان كان الزوج حراً على الاظهر .

(الاولى) قال الشيخان ^(١) والتقي والقاضي وابن حمزة ذلك زواج حقيقي وقال ابن ادريس ^(٢) انه غير حقيقي بل مجاز من قبيل الاستعارة والاروعي فيه الايجاب والقبول من موجب وقابل بألفاظ يتعقد بها النكاح وليس كذلك .
والحق الاول، لان الاصل في الاطلاق الحقيقية ، والاصل أيضاً في استباحة

الفرج هو العقد ، فيكون زواجاً يفتقر الى الايجاب والقبول ، وكل من العبد والأمة محل قابل له . وتؤيد ذلك الرواية عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام عن الرجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال : يجزيه أن يقول « أنكحتك فلانة » ^(٣)
(الثانية) قال الجماعة المذكورون يجب أن يعطي السيد أمته شيئاً فيكون مهراً ، ومنع ابن ادريس الوجوب استسلاًفاً لكونه غير نكاح حقيقي فلا يقتضي مهراً .

والحق استحبابه لما قال، بل الاصاله عدم الوجوب وعدم ملك الامه للمهر بل هو ملك سيدها ولا يثبت للشخص شيء في ذمة نفسه . نعم يستحب ذلك جبراً لقلب الامه وتطبيياً له ورفعاً من منزلة العبد عندها ، فيكون جبراً أيضاً لقلبه .

قوله : فاذا اعتقت الامه تخيرت في فسخ نكاحها وان كان الزوج حراً على الاظهر

(١) النهاية : ٤٧٨ ، المقنعة : ٧٩ .

(٢) السرائر : ٣٠٦ .

(٣) الفقيه : ٢٨٤ .

هنا فوائد : ^(١) في فسخ الزوجة الامة اذا اعتقت أن بريرة كانت أمة لقوم فاشترتها عائشة وأعتقتها وكانت مزوجة بشخص اسمه معتب، فقال لها النبي صلى الله عليه وآله وسلم : ملكت بضعك فاختاري ^(٢) .

(الثانية) ثبوت هذا الخيار من حكمة الشارع، لان الولاية عليها وانكاحها ولاية اجبارية، فلولم يكن لها خيار بعد عتقها لزم اضرارها، خصوصاً ونكاحها ليس لها فيه مهر .

(الثالثة) لاختلاف في ثبوت الخيار مع كون الزوج عبداً ، أما اذا كان حراً فهل لها خيار أم لا؟ قال الشيخ ^(٣) في المبسوط والاختلاف بعدمه ، لان العقد قد ثبت والخيار يحتاج الى دليل . نعم خرج العبد للاجماع فيبقى الباقي على أصله .

وقال في النهاية ^(٤) والقاضي والمفيد وابن الجنيد وابن ادريس ^(٥) بثبوتها ، واختاره المصنف والعلامة ^(٦) وهو الحق لوجوه :

« الاول » - ان المقتضى للخيار مطلقاً هو أنها ملكت نفسها لاغير، لما قلنا من لفظ الحديث . واختلاف الحرية والرقية لا يدخل له في الخيار ، لان اتفاق الزوجين فيهما ليس شرطاً اجماعاً ورضي الحرية شرط في العقد اجماعاً ، وهذا المقتضي ثابت فيما اذا كانت تحت حرفيكون لها الخيار .

« الثاني » - ان رضي الحر شرط في صحة العقد ابتداء فكذا في أثناء العقد ،

لاتفاق العلة وهي لزوم ضررها .

(١) ٧١/٣٧ .

(١) راجع الوسائل ٥٥٩/١٤ .

(٢) المبسوط ٢٥٨/٤ .

(٣) النهاية : ٤٧٩ ، السرائر : ٣٠٦ .

(٤) المختلف ، الجزء الرابع : ١٤ .

« الثالث » - ان الخيار يثبت للمشتري ولا مقتضي له سوى تجدد ملكه وأنه قد ملك نفسها ، فكذا اذا أعتقت على وجه الاولي ، لان ملكها نفسها أقوى من ملك المشتري لها ، للزوم الاول وعروض الثاني .

« الرابع » - الروايات الدالة على ذلك ، كرواية ابي الصباح صحيحاً عن الصادق عليه السلام : ايما امرأة أعتقت فأمرها بيدها ان شاءت قامت معه وان شاءت فارقت^(١) . وهو عام في الحر والعبد .

ورواية ابن بكير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام في رجل حرأ نكح أمة مملوكة ثم أعتقت قبل أن يطلقها . قال : هي أملك ببيعها^(٢) .

وعن محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام^(٣) بمعناه ، وكذا عن زيد الشحام عن الصادق عليه السلام^(٤) .

« الخامس » - ان زوج بريرة كان حرأ فيكون نصأ في الباب : أما الاول فلما رواه ابراهيم عن الاسود عن عائشة أنها قالت : خير رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بريرة وكان زوجها حرأ .

لا يقال : روى ابن عباس أنه كان عبداً أسود يقال له معتب ، كأني انظر اليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تجري على لحيته ، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم للعباس : يا عباس ألا تعجب من حب معتب بريرة ومن بغض بريرة معتباً . فقال له النبي : لورا جعته فانه أبو ولدك . فقالت : يا رسول الله تأمرني بأمرك . فقال : لا انما أنا شافع . فقالت : لا حاجة لي فيه^(٥) .

(١) التهذيب ٣٤١/٧ .

(٢) التهذيب ٣٤٢/٧ .

(٣) سنن ابن ماجه ١/٦٧٠ ، ٦٧١ ، وفيه « مغيب » بالميم وبعده الغين مسح الياء التحتانية وآخره التاء المثلثة ، و« بريرة » بفتح الباء وكسر المراء بعده الياء التحتانية وبعده الراء المفتوحة .

وقال الشيخ في الخلاف^{١١} : روي عن عائشة في خبر بريرة أن زوجها كان
عبداً وأنها قالت لو كان حراً لم يخيروا .

لانا نقول : هذان الحديثان تضمننا رفع الحرية والاول أثبتها والمثبت مقدم
على النافي كما تقرر في الاصول ، مع أن الحرية هي الاصل . وأيضاً خبر ابن
عباس ليس فيه دلالة على اختصاص الحكم بالعبد ونحن لا ننفيه .

إذا عرفت هذا فللمسألة فروع هي بالمطولات أنسب لكننا نذكر أهمها :
(الاول) ان هذا الفسخ فوري ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : ملكت
بضعك فاختاري ، أتى بالفاء المقتضية للتعقيب . قيل استشفع بالنبي « ص » فشفع
فلم تقبل وهو يستلزم التأخير . أوجب بالمنع ولو سلم فالتأخير لجهلها بالخيار ،
لقولها « أشافع انت أم أمر » .

(الثاني) لو أخرت الخيار لجهل العتق لم يبطل خيارها اجماعاً .

(الثالث) لو علمت العتق وأخرت لجهل أصل الخيار احتمل السقوط ، لان
جاهل الحكم لا يعذر . ويحتمل عدمه ، وهو الحق لانه حكم خفي فلو لم يعذره
لزم الحرج .

(الرابع) لو علمت العتق والخيار وأخرت لجهل الفورية احتمل المساواة
لجهل أصل الخيار ، لاتحاد طريق المسألتين ، فانه انما عذرت ثمة لجهل الحكم ،
فالفورية كذلك لانه أخفى ، وان لم يعذر لجهل الحكم سقط في المسألتين .
فعلى المساواة يحتمل السقوط في المسألتين وعدم السقوط فيهما .

ويحتمل الفرق ، وهو العذر بجهل الخيار وعدمه لجهل الفورية ، لان التأخير
مع جهل الخيار لا يعداهما لا بخلاف العلم بالخيار و جهل الفورية فانه يعدتقصبيراً .

ولاخيرة للعبد لو أعتق ولالزوجه ولو كانت حرة .
وكذا تنخير الامة لو كانا لمالك فأعتقا أو أعتقت .
ويجوز أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها .
ويشترط تقديم لفظ «التزويج» في العقد .
وقيل : يشترط تقديم العتق .
وأم الولد رق وان كان ولدها باقياً ، ولومات جاز بيعها .
وتنعتق بموت المولى من نصيب ولدها .

قوله : ولاخيرة للعبد لو أعتق ولالزوجه ولو كانت حرة .
هذا هو المشهور بين الاصحاب . وقال ابن الجنيدي بثبوت الخيار هنا أيضاً قياساً
على الامة . وهو باطل .
وقال ابن حمزة ان كان سيده خيره على النكاح فله الخيار اذا أعتق والافلا .
وهو أيضاً فاسد ، لان عقد المجير ان كان صحيحاً فلا فرق بينه وبين غيره والا
فالنكاح فلا خيار ، فاذاً الحق هو المشهور متمسكاً بأصالة بقاء العقد وعدم المعارض
وأيضاً رضيته عبداً فبالاخرى أن ترضاه حراً .
هذا مع أن الحكمة في فسخ الامة ليست حاصلة هنا لكون الفراق مقدوراً
له اذ الطلاق بيد من أخذ بالساق .
ان قلت : اذا كان الطلاق بيده فقد ثبت أن له الخيار .
قلت : ليس الكلام في الطلاق بل في حدوث الخيار بسبب العتق كما حدث
للامة .

قوله : ويجوز ان يتزوجها ويجعل العتق صداقها ويشترط تقديم لفظ
التزوج ، وقيل يشترط تقديم العتق

أجمع أصحابنا على أن هذا الحكم من القواعد المشروعة العامة وأنه غير مختص بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم ، خلافاً لاكثر الجمهور فانهم جعلوه من خصائصه «ص» ، لما فعل ذلك في صفة بنت حبي بن أخطب حيث اصطفاها من غنيمة حبير ثم أعتقها وتزوجها وجعل عتقها صداقها بعد أن حاضت حيضة . إذا تقرر هذا فهنا فوائد :

(الاولى) كيفية الصيغة هنا، فقال المفيد^١ والتقي: وصيغته مع تكامل الشروط أن يقول سيدها «قد أعتقتك وتزوجتك وجعلت عتقك صداقك لوجه الله تعالى» وظاهر عبارات باقي الاصحاب أنه يكتفى في عتقها أن يقول «تزوجتك وجعلت مهرك عتقك» كما أنه لو قال لها «تزوجتك وأصدقتك هذا الثوب» فانها تملكه بالقبول، فكذا إذا جعل العتق مهراً فانها تملك نفسها فتنعتق .

ويرجح قول المفيد بأن العتق لا يصح الا بالصيغة الصريحة وهي التحرير أو الاعتاق، ولا صالة بقاء الملك الى علم السبب. وأيضاً ملكها نفسها غير متحقق، لان الملك نسبة لا بد فيه من تغاير المضافين بالذات لا بالاعتبار . قال السعيد^٢: والحق أن المهر هنا فك ملك لا تمليك .

(الثانية) قال الشيخ^٣ في النهاية والمخلاف وابن بابويه والقاضي وابن حنبل وابن ادريس يشترط تقديم التزويج على العتق والامضى العتق وكان لها الخيار بين الرضا بالعقد والامتناع من قبوله . وتؤيده رواية ابن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن رجل قال لامته «اعتقتك وجعلت مهرك عتقك» . فقال:

(١) المقنعة : ٨٦ . (٢) الايضاح ١٥٥/٣ . (٣) المسوط ١٧٥/٤ ، قال فيه : وانما يتعقد اذا قال تزوجتك وجعلت عتقك مهرك فيصح العقد وينفذ العتق .

عتقت وهي بالخيار ان شاءت تزوجته وان شاءت فلا، فان تزوجته فليعطها شيئاً ،
وان قال «قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك» فان النكاح واقع ولا يعطيها شيئاً^(١)
وقال الشيخ في الخلاف يشترط تقديم العتق . وهو ظاهر المفيد والتقي ،
واختاره العلامة والا كان عاقداً على أمته وهو باطل ، ولعموم الروايات .
ولانسلم ثبوت الخيار، لان الكلام لا يتم الاًآخره، كما اذا قال «أعتقتك
وعليك خدمة سنة» فانه يلزمها الخدمة وان تأخرت عن العتق .
وأجاب عن رواية ابن جعفر بالقول بموجبها، فانه ليس فيها عقد النكاح بل قال
«أعتقتك وجعلت صداقك عتقك»، وهذا لا ينعقد به النكاح فيمضى العتق وتكون
مخيرة بين الرضا والامتناع ، وأما اذا قال «أعتقتك وتزوجتك وجعلت مهرك
عتقك» فلا يثبت لها الخيار .

(الثالثة) هل يشترط قبولها أم لا؟ استشكله العلامة في القواعد^(٢) من أنه عقد
لفظي وكل عقد لفظي لا بد فيه من القبول لفظاً، ولان حريتها مقدره حال النكاح
لامتناع تزويج الانسان بجاريته ، فالحرية شرط للنكاح والشرط متقدم بالطبع،
فاعتبر قبولها . ولان الصادر من المولى قبول النكاح فيعتبر ايجابها ، والقبول
منها وان كان في اللفظ قبولاً فهو ايجاب في الحقيقة، وقبولها كاشف عن صحة
العتق وصحة قبول السيد . ومن أن سبب الحرية تزويج السيد والمسبب لا يتقدم
على السبب ونكاح الامة بيد السيد ، فقوله «تزوجتك» لفظ يدل صريحاً بصيغة
شرعية على رضا من اعتبر رضاه في قبول النكاح وايجابه، فاجتمع فيه الوجهان
باعتبارين . وصح تزويج الامة في هذه الصورة بالنص واجماعنا ، لانها تؤل
الى الحرية بلا فصل .

(١) قرب الاسناد: ١٠٩ ، الفقيه ٢٦١/٣ ، الاستبصار ٢١٠/٣ ، التهذيب ٢٠١/٨ .

(٢) القواعد، المطلب الاول في العتق من الفصل الثاني من المقصد الثاني من كتاب

ولان سبب العتق جعله مهراً وسببه العقد ، فيتقدم العقد عليه بالعلية وهو شرط اعتبار قبولها فيتأخر عنه بالطبع ، فلو شرط فيه دار .
واختار في المختلف عدم الاشتراط . وهو الحق ، لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما فعل ذلك في صفة لم ينقل قبولها ، اذ لو قبلت لنقل .
ان قلت : انه من خصائصه .

قلت : لو كان كذلك لوجب بيانه والا لوجب الاقتداء به ، لعموم دليل

التأسي .

(الرابعة) لو طلقها قبل الدخول قال الشيخ رجع نصفها رقاً واستسعت فيه ، فان أبت السعي كان له يوم ولها يوم ، محتجاً بالروايات ، كرواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام^(١) ورواية ابي بصير^(٢) ورواية عباد بن كثير كلاهما أيضاً عنه عليه السلام^(٣) .

وقال ابن الجنيد وابن بابويه والقاضي وابن ادريس يمضي عتقها ويرجع عليها سيدها بنصف قيمتها ، لان الحر لا يعود رقاً . وهو الحق .
واختاره العلامة ، قال : تؤيد ما اخترناه رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : رجل أعتق مملوكة له وجعل صداقها عتقها ثم طلقها قبل أن يدخل بها . قال : قد مضى عتقها وترد على السيد نصف قيمة ثمنها تسعى فيه ولا عدة عليها^(٤) . وأجاب عن روايات الشيخ : بأن يونس كان فطحياً ، ورواية ابي بصير مرسلة ، وعباد عامي .

قلت : ويمكن الحكم بتخيير المولى بين الامرين ، لانه ملك نصفها بالطلاق

(١) التهذيب ٤٨٢/٧ ، ٢٠١/٨ ، الفقيه ٢٦١/٣ .

(٢) التهذيب ٢٠٢/٨ ، الاستبصار ٢١٠/٣ .

(٣) التهذيب ٢٠٢/٨ ، الاستبصار ٢١١/٣ .

(٤) الفقيه ٢٦١/٣ ، التهذيب ٤٨٢/٧ .

كما لو أصدقها زوجته ، « والناس مسلطون على أموالهم »^(١) ، وملكها نفسها بالعتق لو سلم فهو ملك متزلزل وانما يستقر بالدخول ، والذي يمتنع عوده رقياً من الاحرار ما استقرت حرية لامطلقاً .

نعم الاولى ما قاله العلامة ، خصوصاً اذا شرطنا تقدم صيغة العتق ، كما قال المفيد والتقي وان ذلك فك ملك لاتمليك .

(الخامسة) أفاد المصنف في النكت هنا سؤالات :

- « ١ » - ان العقد يمتنع لا يمكن تصوره ، لانها مملوكة البضع بغيره .
- « ٢ » - أن المهر يجب تحققه قبل العقد ، وهو غير متحقق على تقدير تقديم التزويج الذي هو مذهب الاكثر .
- « ٣ » - يلزم منه الدور ، لان العقد يتوقف على المهر الذي هو العتق هنا ، ويمتنع العتق الا بعد العقد .

وأجاب عن الاول بأنه بتقدير منافاتها الاصول يجب المصير اليها ، لتحقق مشروعيتها بالنقل المستفيض عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأهل البيت عليهم السلام . وزاد العلامة أنه لاستبعاد في صيرورة هذه المسألة أصلاً مستقلاً كما صار ضرراً للدية على العاقلة كذلك .

ثم قال المصنف : انما نمنع من العقد على مملوكته مع بقاء الرقية وليست باقية هنا ، لان العتق والعقد متقارنان ، ولانه كما جاز أن يعقد لغيره عليها لعدم ملك ذلك الغير جاز أن يعقد عليها لنفسه لعدم استقرار ملكه ، لانها تصير حرة . وأجاب عن الثانية بمنع وجوب تحقق المهر قبل العقد والسند المفوضة ، فان أريد بالتحقق وجود شيء ماله صلاحية الاصداق قلنا بموجبه وهنا العتق له صلاحية ذلك ثم ان العتق يقارن العقد يجري مجرى الموجود .

ولو عجز النسيب سعت في المتخلف .
ولا يلزم الولد السعي على الاشبه .
وتباع مع وجود الولد في ثمن رقبته ان لم يكن غيرها .
ولو اشترى الامة نسيئة فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها

فحملت .

وعن الثالثة بأن الدور غير لازم ، لانا نمنع توقف العقد على المهر وان استلزمه ، فان العقد عليها في نفسه جائز ولها صلاحية الاضداع بغيرها ، فلم لا يجوز جعلها أو جعل فك ملكها مهرأها .

قوله : ولو عجز النسيب سعت في المتخلف ، ولا يلزم الولد السعي على الاشبه

هذا قول ابن ادريس^(١) ، لعدم الدليل على وجوب السعي على ولدها مع أصالة البراءة من ذلك .

وقال الشيخ في النهاية^(٢) يلزمه السعي ، لرواية يونس بن يعقوب^(٣) . وليس فيها دلالة على مراده ، وانما قال «فيها وان كان لها ولد وله مال فأدى عنها نصف قيمتها واعتقت» ، وهذه العبارة لاتدل على الالتزام بل على التبرع ولا نزاع فيه . ويوافق مضمونها عبارة ابن الجنيد ، وهي : ان كان لها ولد فأدى نصف قيمتها أعتقت .

قوله : ولو اشترى الامة نسيئة فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها فحملت

(١) السرائر : ٣٤٨ .
(٢) النهاية : ٥٤٧ .
(٣) قدمرت قبل صحيحتين .

ثم مات ولم يترك ما يقوم بثمنها فالاشبه: أن العتق لا يبطل ولا يرق الولد .

وقيل : تباع في ثمنها ويكون حملها كهيئتها لرواية هشام بن سالم .

ثم مات ولم يترك ما يقوم بثمنها فالاشبه أن العتق لا يبطل ولا يرق الولد ،

وقيل تباع في ثمنها ويكون حملها كهيئتها لرواية هشام بن سالم الاول - وهو ما أفتى به المصنف - قول ابن ادريس^(١) ، لان الشراء صحيح فيكون العتق والنكاح أيضاً صحيحين فلا ترد رقاً، وكذا الولد حاصل من حرين فيكون حراً .

والثاني قول الشيخ في النهاية^(٢) وابن الجنيد واتباعهما ، اعتماداً على رواية هشام بن سالم عن ابي بصير قال : سئل الصادق عليه السلام وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكرراً الى سنة فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وتزوجها وجعل مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر . فقال الصادق عليه السلام : ان كان الذي اشتراها الى سنة له مال أو عقدة^(٣) تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته ، فان عتقه ونكاحه جائز وان لم يملك مالا أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته كان عتقه ونكاحه باطلاً لانه اعتق مالا يملك وأرى انه رق لمولاه الاول . قيل له : فان كانت قد علفت من الذي أعتقها وتزوجها ما

(١) السرائر : ٣٤٨ .

(٢) النهاية : ٥٤٧ .

(٣) العقدة بالضم : موضع العقد ، وهو ما عقد عليه العقدة . وأيضاً : الضيعة ، وبمعنى المكان الكثير الشجر أو النخل أيضاً . وفي المثل « اءلف من غراب عقدة » لانه لا يطير ، ويقال للرجل اذا سكن غضبه : قد تحللت عقده .

حال ما في بطنها؟ فقال: الذي في بطنها مع أمه كهيئتها^(١).
لكن عبارة المصنف في نقل هذا القول ليست موافقة للرواية ولا لقول
الشيخ في النهاية وابن الجنيد، فانه ليس في شيء من ذلك أنها تباع في ثمن
رقبتها، بل قال في الرواية «ان عتقه ونكاحه باطل لانه عتق مالا يملك»، وكذا
في عبارة الشيخ في النهاية فانه قال: كان العتق والعقد فاسدين وترجع الامة
الى مولاهارقاء. وكذا ابن الجنيد، بل قال ذلك تأويلاً لقول الشيخ والرواية
فان ام الولد اذا كانت في الرق تباع في ثمن رقبته اذ لم يكن سواها.

اذا عرفت هذا فلاشك أن هذه الرواية مع صحتها مخالفة للاصول الشرعية
المقررة، فيجب تأويلها ان أمكن التأويل أو اسقاطها، اذ ليست دليلاً قطعياً بل
هي من الاحاد. فالمصنف قال: ان مع تسليمها يمكن استثناء هذا الحكم من
الاصول لعلة غير معقولة، لكنها خبر واحد لا يعضده دليل، فالرجوع الى الاصل
أولى. وغيره من المتأخرين أولوها، واختلفوا في تأويلها على وجوه نقلها الشهيد
قدس الله روحه:

(الاول) تأويل العلامة، وهو الحمل على وقوع التزويج والعتق في مرض
الموت، فان المنجزات تبطل مع وجود الدين المستغرق. قيل عليه: ان ذلك
وان تم في الامة لكن لا يتم في الولد، لان غاية ما في الباب بطلان عتقها فتكون
أمتها، واذا وطئ أمته لا ينقلب ولده رقاً.
(الثاني) الحمل على فساد البيع وعلم المشتري به فيكون زانياً فتلحقه
الاحكام المذكورة. وفيه أيضاً نظر، فان في الرواية اذا خلف ما يقوم بقضاء ما
عليه يكون العتق والنكاح صحيحين ومع فساد البيع لا يتم ذلك.

(١) التهذيب ٢٠٢/٨، الكافي ١٩٣/٦، الاستبصار ١٠/٤.

(الثالث) تأويل بعض المتفهمة أن العتق لم يقع للقربة بل مضارة ، ولا يتم أيضاً في الولد. قال السعيد^(١) ليس في الرواية ما يدل على رقية الولد، اذ ليس فيها الا أنه كهيئتها ، وهو أعم من أن يكون كهيئتها حال الحكم بحريتها قبل ظهور عجزه عن الثمن فيكون حرّاً أو بعده فيكون رقاً ، ولا دلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات .

قال الشهيد ونعم ما قال : المفهوم من قوله « كهيئتها » ليس الا أن حكمه حكمها حال السؤال ، وقد حكم قبل ذلك أنها رق فتكون رقاً ، فهو دال على الرقية بالمطابقة .

أقول: لاشك أن الامام قال « الذي في بطنها مع أمه كهيئتها » ، وهو صريح في أنه اذا حكم بحريتها كان حرّاً واذا حكم برقيتها كان رقاً ، والا لم تتم المعية وأنه كهيئتها والفرض أنه كذلك .

ويخطر لي هنا أن بائع الامة ان علم أن المشتري لا يملك شيئاً أصلاً وظن موته بأمارة من مرض مخوف وشبهه فباعه على هذه الحال فقد أتلف ماله وضح الشراء والعتق ولا ترد الجارية اليه رقاً، وان لم يعلم فقره أو علم ولم يحصل له أمارة ثبوت المشتري فلا يخلو : اما أن يحصل للمشتري مع علمه بفقر نفسه أمارة الموت من مرض مخوف وشبهه أولاً ، فان كان الاول لم يصح عتقه ولا تزويجه لانه اضرار بالبائع وسعي في اتلاف ماله وعليه تحمل الرواية ، وان كان الثاني فالاولى صحة الشراء والعتق والتزويج لانه على رجاء من حصول ما يؤدي به دينه .

(١) الايضاح ١٦٠/٣ .

وأما البيع : فإذا بيعت ذات البعل تخير المشتري في الاجازة
والفسخ تخيراً على الفور .

وكذا لو بيع العبد وتحتة أمة . وكذا قيل لو كان تحتة حرة لرواية
فيها ضعف .

قوله : وأما البيع فإذا بيعت ذات البعل تخير المشتري في الاجازة
والفسخ تخيراً على الفور ، وكذا لو بيع العبد وتحتة أمة ، وكذا قيل لو
كان تحتة حرة لرواية فيها ضعف

لم نعلم خلافاً في ثبوت الخيار لمشتري الامة ، ومستنده رواية ابن مسلم
صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال: طلاق الامة بيعها أو بيع زوجها (١).

وكذا لو بيع العبد وتحتة أمة، أما لو كان تحتة حرة فقال ابن ادريس بعدمه
تمسكاً بأصالة لزوم العقد وعدم التسليط على فسخه، ولتعلق حق الحرية به تعلقاً
شريعياً ، ولا دليل على زواله . وحمله على الامة قياس باطل .

وطرد الشيخ ثبوت الخيار ، وتبعه القاضي وابن حمزة ، لما رواه الشيخ
في الاستبصار عن موسى بن بكر عن محمد بن علي عن ابي الحسن عليه السلام
قال: اذا تزوج المملوك حرة فللمولى أن يفرق بينهما، وان زوجه المولى حرة
فله أن يفرق بينهما (٢).

وليس التفريق بالطلاق ، لان الطلاق بيد الزوج فيكون بالبيع ، وهو
المطلوب .

قال ابن ادريس : انها شاذة أوردها الشيخ ايراداً لا اعتقاداً ، وقد رجح

(١) الفقيه ٣/٣٥١ ، الكافي ٥/٤٨٣ ، التهذيب ٧/٣٣٧ ، الاستبصار ٣/٢٠٨ .

(٢) التهذيب ٧/٣٣٩ ، الاستبصار ٣/٢٠٦ .

عنها في المبسوط، فقال: وان كان للعبد زوجة فباعه مولاه فالنكاح باق بالاجماع.

والمصنف استضعفها بأن موسى واقفي .

واختار العلامة في المختلف قول الشيخ محتجاً مع الرواية المذكورة بأن

تجدد الملك اما أن يقتضي الخيار أولاً، وعلى التقديرين تلزم مساواة العبد الامة

في الثبوت أو عدمه ، لكن المساواة في عدم الخيار بينهما باطلة اجماعاً فنثبت

المساواة في الخيار ، وهو المطلوب .

ولانا لانسلم أنه قياس ، ولانه لو فقد النص لكان حكم العبد مساوياً لحكم

الامة، لان الشارع لم يفرق بينهما في مثل هذه الاحكام كما لم يفرق في التقويم

وغيره .

وقول الشيخ في المبسوط ليس رجوعاً عما قاله في النهاية، لان بقاء النكاح

لا ينافي الخيار للمشتري . وفيه نظر :

أما اولاً: فلضعف الرواية كما عرفت ومنع دلالتها، لاحتمال أن يراد بالتفريق

أمر العبد بالطلاق . ولا استبعاد فيه ، فان طاعة مولاه واجبة عليه مطلقاً الا زمان

أداء الفريضة . وأيضاً لانسلم أن البيع تفريق ، لجواز امضاء المشتري العقد

فيثبت .

وأما ثانياً: فلان قوله «بأن تجدد الملك اما أن يقتضي الخيار أولاً» الى آخره

أنا نمنع اقتضاء الثبوت أو عدمه مطلقاً، لجواز أن يكون لخصوصية الامة مدخل

في الاقتضاء ولخصوصية العبد منع منه ، فلا بد من الدلالة على نفي هذين .

وأما ثالثاً: فلانه اذا لم يكن قياساً فلا بد له من دليل، وليس العقل ولا الاصل

ولا الاستصحاب، فلا بد من نص وليس الارواية ابن بكر وقد عرفت حالها أو

رواية ابن مسلم ولا شك أن ظاهرها غير مراد ، لوجهين :

« الاول » - أنه يستلزم انحصار طلاقها في بيع أحدهما والا لكان المتبدأ

ولو كانا لمالك فباعهما لاثنين فلكل منهما الخيار. وكذا الوباع
أحدهما لم يثبت العقد ما لم يرض كل واحد منهما .

أعم من خبره، وهو باطل باجماع النحاة، لكنه غير منحصراً جماًعاً .
« الثاني » - ان يبيع أحدهما لو كان طلاقاً لم يكن للمشتري الخيار بين
الفسخ والامضاء بل كان يحتاج في الامضاء الى عقد جديد، واذا لم يكن
ظاهرة مراداً لم يكن نصاً .

وأما رابعاً : فلان قوله « بقاء النكاح لا ينافي الخيار » قلنا : ممنوع بل ينافيه،
لان المشتري لو فسخ لم يبق النكاح فلا يجوز الحكم ببقائه مطلقاً . والحاصل
ان قول ابن ادريس غير بعيد من الصواب .

قوله : وكذا لو باع أحدهما لم يثبت العقد ما لم يرض كل واحد منهما
الضمير في « أحدهما » للعبد والامة ، ولذلك يقرأ بفتح الدال ، والضمير
في « منهما » للبائع والمشتري ، أي برضا كل واحد من البائع والمشتري .

هكذا قال الشيخ في النهاية وتمعه القاضي .
وقال المفيد يكون للمشتري الخيار ، ولم يذكر حكم الاخر ، وكذا ابن
حمزة .

وقال ابن ادريس في مسألة ما كان للمالكين فيبيع أحدهما بضم الدال لأرى
لرضا الذي لم يبيع وجهاً ، لعدم تجدد ملكه ووقوع العقد منه أو برضاه ، وانما
أوجبنا الخيار للمشتري لانه انتقل الملك اليه وليس له بموجب ولا قابل ، وان
كان المخالفون لا يجعلون للمشتري أيضاً الخيار .

فعلى قوله لا يشترط رضا البائع في مسألة الكتاب ، وعند الشيخ لا بد من
رضا البائع في مسألة الكتاب والذي لم يبيع في مسألة المالكين فيبيع أحدهما .
واختاره العلامة مستدلاً بأن الاغراض تختلف باختلاف الملاك، فربما يرضا
ببقاء النكاح مع شريك دون شريك آخر فيشترط رضاه، وعلى قوله رحمه الله

ويملك المولى المهر بالعقد ، فان دخل الزوج استقر ، ولا يسقط لوباع .

أما لوباع قبل الدخول سقط ، فان أجاز المشتري كان المهر له ، لان الاجازة كالعقد .

الفتوى .

قوله : ويملك المولى المهر بالعقد ، فان دخل الزوج استقر ولا يسقط لوباع ، أما لوباع قبل الدخول سقط ، فان أجاز المشتري كان المهر له لان الاجازة كالعقد

هذا مضمون كلام ابن ادريس ، فانه قال : اذا باع المولى الجارية ، قبل الدخول بها لم يكن له المطالبة بشيء من المهر لان الفسخ جاء من قبل مولى الجارية ، وكل فسخ جاء من قبل النساء قبل الدخول بهن فانه يبطل مهورهن . وكذا ليس لمشتريها أيضاً المطالبة بالمهر الا أن يرضى بالعقد ، فان رضي كان رضاه كالعقد المستأنف ، فله المطالبة بالمهر ، فان طلقها الزوج بعد الدخول استحقه كله ، فان كان الزوج قد دخل قبل أن يبيعها مولاهم الا اول فان المهر للاول يستحقه جميعه ، لانه بالدخول يستقر له المطالبة به ، فان رضي الثاني بالعقد لم يكن له مهر على الزوج ، لان عقداً واحداً لا يستحق به مهران ، وان لم يرض بالعقد الا اول انفسخ النكاح وكان للمولى الا اول المطالبة بكامل المهر ان لم يكن استوفاه .

وهذا كلام سديد لا غبار عليه . وقال الشيخ في النهاية : اذا قدم الزوج من المهر شيئاً ثم باع السيد الجارية لم يكن له المطالبة بباقي المهر ولا لمن يشتريها الا أن يرضى بالعقد . وتبعه القاضي .

وقال في المبسوط : فان كان الزوج قد دخل بها فقد استقر المهر ، فان كان السيد الاول قبضه فذلك له والا كان للثاني المطالبة به ، وان لم يكن دخل بها لم يجب على الزوج تسليم المهر ، وان كان قد قبضه استرده . ومعتمده رواية سعدان بن مسلم عن ابي بصير عن أحدهما عليهما السلام في رجل زوج مملوكته من رجل على أربع مائة درهم فعجل له مائتي درهم ثم أخر منه مائتي درهم فدخل بها زوجها ، ثم ان سيدها باعها بعد من رجل لمن يكون المائتان المؤخرتان عنه؟ فقال : ان لم يكن أوفاهما بقية المهر حتى باعها فلا شيء له عليه ولا لغيره (١) .

وأولها العلامة بحمل الدخول على الخلوة بها دون الايلاج ، وحمل قوله « ان لم يكن أوفاهما » أي ان لم يكن فعل الدخول الذي باعتباره يجب أن يوفىها المهر .

وفيه نظر : أما أولا فلانه تأويل بعيد لا يدل اللفظ عليه فيكون باطلا ، وأما ثانياً فلانه يقتضي عدم مطابقة الجواب السؤال ، فان السؤال عن حكم الدخول والجواب عن عدم الدخول .

نعم أولها بعضهم بأن البيع حيلولة من المولى بين الزوج وبين البضع المملوك له بالعقد والمهر ، فلولزم الزوج ما لم يقبضه من المهر لزم اضراره . وفيه أيضاً نظر ، لان المهر يستقر بوطئة واحدة كما يجيء فلا يكون المولى حائلاً بينه وبين شيء يكون المهر موزعاً عليه حتى يكون غارماً ومضراً به ، وقد تضمنت الرواية الدخول صريحاً ، فيكون المهر مستقراً بذلك ، فالاولى حينئذ اطراحها لمنافاتها الاصول المقررة .

(١) التهذيب ٢٠٩/٨ ، الفقيه ٢٨٨/٣ .

وأما الطلاق : فإذا كانت زوجة العبد حرة أو أمة لغير مولاه
فالطلاق بيده وليس لمولاه اجباره .

قوله: إذا كانت زوجة العبد حرة أو أمة لغير مولاه فالطلاق بيده وليس
لمولاه اجباره

هذا هو المشهور بين الأصحاب وعليه الفتوى، ومستنده ما تقدم من حديث
علي بن جعفر عن علي عليه السلام^(١). وما رواه ليث المرادي عن الصادق عليه
السلام قال: سألته عن العبد هل يجوز طلاقه؟ فقال: ان كانت أمتك فلا، ان الله
تعالى يقول «عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء»^(٢)، وان كانت أمة قوم آخرين أو
حرة جاز طلاقه^(٣).
وهو نص في الباب، وخالف في ذلك فريقان :

(الاول) قول من منع من طلاقه وجعله الى السيد، وهو ابن ابي عقيل وابن
الجنيد، لرواية زرارة عن الباقر والصادق عليهما السلام أنهما قالا: المملوك لا يجوز
طلاقه ولا نكاحه الا باذن سيده . قلت : فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق؟ قال
بيد السيد «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء» الشيء الطلاق^(٤). وبمعناه
رواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام^(٥).

(الثاني) قول من قال ان لسيدة جبره على الطلاق، وهو قول التقي ومن
تابعه، لوجوه :

- (١) التهذيب ٣٥٢/٧ .
- (٢) سورة النحل : ٧٥ .
- (٣) التهذيب ٣٤٨/٧ .
- (٤) الآية الشريفة ٧٥ من سورة النحل ، والحديث في التهذيب ٣٤٧/٧ .
- (٥) التهذيب ٣٤٧/٧ وفيه : شعيب بن يعقوب . العرقوفي . ٨١٠ .

« الاول » - ان وجوب طاعته لمولاه على العموم الا زمان أداء الفرائض
وما لا بد منه ، اما أن يكون ثابتاً أولاً ، فان كان الاول لزم المطلوب ، وان كان
الثاني لم يكن للمولى اجباره على النكاح لكن له ذلك فيلزم المطلوب أيضاً .

« الثاني » - اما أن يكون للمولى مدخل في تفرقةهما أولاً ، فان كان الاول
لزم المطلوب ، وان كان الثاني لزم أن لا يقع التفرقة بالبيع . والخصم يقول
بوقوع التفرقة بالبيع اذا لم يمض المشتري العقد ، وهو الزام .

« الثالث » - رواية زرارة ، وقد تقدمت .

« الرابع » - لاريب أن العبد لا يملك ، كما تأمناً اجماعاً ، بل اما أن لا يملك

شيئاً أو يملك ملكاً ناقصاً . فان قلنا بالاول فالمطلوب لازم ، لان الجمع بين الحكم
بأنه لا يملك شيئاً وبين الحكم بأن الطلاق بيده وليس للمولى فيه دخل مما لا
يجتمعان . وان قلنا بالثاني فكذلك يلزم المطلوب ، لانه لا معنى لنقصان ملكه
الآن لمولاه مدخلاً فيما يملكه ، فلا يصح امساك زوجته مع أمر مولاه بالطلاق .
ان قلت : فما نضع برواية علي بن جعفر عن علي عليه السلام ورواية ليث
عن الصادق عليه السلام .

قلت : أما الاولى : فقضية في واقعة ، فلا يتعدى لاحتمال وجود ما يخصص
الحكم بتلك الواقعة . وأيضاً اذا تعارضت روايتان وجب الرجوع الى الاصل
والنظر ، ولاريب أن النظر يقتضي ما قلناه كما تقدم . وأما الثانية فغير منافية لما قررناه
لان جواز طلاق العبد أعم من أن يكون على وجه اجبار المولى له أولاً ، والعام
لادلالة له على الخاص .

(فائدة) لو كانت زوجة العبد حرة فباعه سيده قبل الدخول : قال الشيخ

بتنصيف المهر ويثبت في ذمة المولى ، وتبعه القاضي وابن حمزة . ومستنده رواية

ولو كانت أمة لمولاه كان التفريق الى المولى ، ولا يشترط لفظ
الطلاق .

علي بن ابي حمزة عن الكاظم عليه السلام^(١) .
وقال ابن ادريس يجب عليه كمال المهر لثبوته في ذمته بمجرد العقد ، ولادليل
على سقوطه بالبيع ، وحمله على الطلاق قياس . وهو حسن خصوصاً مع ضعف
الرواية ، فان علي بن ابي حمزة واقفي ملعون .

قوله : ولو كانت أمة لمولاه كان التفريق الى المولى ولا يشترط لفظ
الطلاق

هنا فوائد :

(الاولى) ان تزويج المولى عبده بأتمته هل هو عقد أو تمليك للمنفعة اذ لا
ثالث اجمعاً ، لكنه ليس بعقد والا لاستحق به المهر ، لكن لا يستحق به شيء
والالكان له مستحق ومستحق عليه ، لان المهر للمولى كما تقدم ، فالمستحق عليه
ليس العبد لاستحالة أن يستحق المولى في ذمة عبده شيئاً ولا في رقبته أو منفعته ،
لانهما مملوكان للمولى قبل التزويج ، ولا المولى لاستحالة أن يستحق الشخص
في ذمة نفسه شيئاً ، وانتفاء لازم الشيء يستلزم لانتفائه فلا يكون عقداً .

وأيضاً أجمعوا على أنه لا يتعين هنا لفظ الطلاق مع أن النكاح الدائم لا
يرتفع الا بالطلاق أو بالفسخ ، اما لزوال الملك أو لعيب أو لاختلاف الدين ، ولا
واحد من ذلك حاصل هنا فلا يكون عقداً ولا تمليكاً ، لان العبد لا يملك .

أجيب : بأننا نختار أنه عقد بالنسبة الى المولى غير مستقربل له فسخه متى
شاء ، والفسخ لا يعتبر فيه الطلاق .

(١) التهذيب ٢١٠/٨ ، الفقيه ٢٨٩/٣ .

(الثانية) اذا حصل التفريق بلفظ الطلاق ولا كلام في كونه مشروطاً بشرائطه وأنه يعد في الطلقات لدخول ذلك تحت عموم الأدلة على الحكمين المذكورين أما اذا حصل بلفظ التفريق أو الاعتزال هل يكون طلاقاً فيكون مشروطاً ويعد في الطلقات أم لا؟ فنقول: ان قيل انه اباحة أو تمليك لا يكون طلاقاً ولا يعتبر شرائطه فيه ولا يعد من الطلاق، وان قيل انه عقد فوجهان: أحدهما نعم لانه مساو للطلاق وقائم مقامه وحكم أحد المتساويين حكم الآخر، ولان الفسخ لم يعهد الا بواسطة من حدوث ملك أو ثبوت عيب أو تدليس أو ردة كما تقدم، وهنا هو رفع بغير واسطة فيكون كالطلاق. وثانيهما أنه غير طلاق، اذ لو كان طلاقاً لزم وقوعه بالكتابة، وهو باطل اجماعاً منا. وهو فتوى ابن ادريس والمصنف والعلامة. وهو الحق.

(الثالثة) لو أمر المولى العبد في الطلاق هل يكون بمجرد فسخ كما لو أمره بالاعتزال أم لا؟ يحتمل الاول، لانه متضمن للامر بالاعتزال الذي هو فسخ، ولان العصمة هنا ضعيفة يكفي في رفعها أدنى عبارة. ويحتمل الثاني، وهو الحق لوجوه:

«الاول» - أن الامر بالطلاق يتوقف على بقاء الزوجية الى حين ايقاعه لان الطلاق رفع النكاح، فلو كان مرتفعاً بمجرد الامر لما حصل شرط الطلاق فيكون محالاً فيكون الامر باطلا فلا يقع به فسخ. وهو المطلوب.

«الثاني» - أنه جعل رفع النكاح الى العبد بصيغة واقعة منه ولم يحصل فلا يكون مرتفعاً.

«الثالث» - أن الامر بالطلاق تقرير للنكاح كما تقدم في رواية ابن جعفر

فلو كان فسخاً لاجتمع النقيضان.

(الرابعة) لو أمره بالطلاق فطلق، ان قلنا ان الامر بمجرد فسخ لم يقع

النظر الثاني في الملك . وهو نوعان : (الاول) ملك الرقبة ولا حصر في النكاح به .
وإذا زوج أمته حرمت عليه وطئاً ولمساً ونظر أبشهوة ما دامت
في العقد .
وليس للمولى انتزاعها ، ولو باعها تخير المشتري دونه .
ولا يحل لأحد الشريكين وطء المشتركة .

لعدم مصادفته محلاً ، وإن قلنا ليس بفسخ فإن قلنا إن العقد اباحة فكذلك لأن
الطلاق تابع للعقد ولا عقد فإطلاق . ويحتمل كونه فسخاً ، لأن المولى استنابه فيه
ولو صدر من المولى كان فسخاً فكذا من نائبه . وإن قلنا إنه عقد صح ، لأنه طلاق
من أخذ بالساق ، ولأن المانع حق المولى وقد زال باذنه . ويحتمل عدمه لرواية
ليث وقد تقدمت . والأصح الأول ، أعني كونه طلاقاً ، لأن العبد كالوكيل .
(الخامسة) لو طلق العبد بغير إذن سيده ألحق بالطلاق ، لما تقدم من رواية
ليث ورواية زرارة ، ولرواية يعقوب^(١) بن شعيب عن الصادق عليه السلام لما سئل
عن طلاق العبد وقال : ليس له طلاق ولا نكاح . وليس المراد نفي الحقيقة لبطلانه
فتحمل على أقرب المجازات وهو نفي الصحة .

قوله : وهو نوعان الأول ملك الرقبة ، ولا حصر في النكاح به
وهنا فوائد :

(الأولى) يدل على اباحة نكاح المملوكة مع الإجماع نص قوله تعالى
« أو ما ملكت أيمانكم »^(٢) .

(١) قدم عن التهذيب أنه شعيب بن يعقوب .

(٢) سورة النساء : ٢ .

(الثانية) انه لا يحتاج الى عقد، لان السيد مالك لجميع منافعها وهو مستلزم

لملك بعضها، فالعقد عليها تحصيل للحاصل .

ان قلت : المرأة مالكة لجميع منافع عبدها فهلا ملكت مباحة فكانت

حلالا له .

قلت : خرج ذلك بالنص والاجماع . وأيضا يدل على تحريمها عليه

وجهان :

« الاول » - أنه يشترط في الواطى أن يكون مالكا للبضع ملكاً تاماً، والعبد

اما أن نقول انه لا يملك شيئاً فالتحريم ظاهر، أو يملك ملكاً ناقصاً فلا يستبيح

لنقص الملك ، ولذلك لا يجوز لاحد الشركاء في الامة وطؤها .

« الثاني » - لو ملكته بضعها لزم أن يكون كل واحد منهما حاكماً محكوماً

عليه معاً ، وهو ضد الحكمة المرادة له تعالى بقوله « الرجال قوامون على

النساء بما فضل الله بعضهم على بعض »^(١) .

(الثالثة) هل يكون العبد محرماً لمالته ، بمعنى جواز النظر اليها والخلوقة

معها والسفر أم لا ؟ قال في المبسوط^(٢) قيل فيه وجهان : أحدهما وهو الظاهر أنه

يكون محرماً لقوله تعالى « أو ما ملكت أيما نهن »^(٣) عطفاً على من أبيع اظهار

الزينة له ، وثانيهما وهو الاشبه بالمذهب أنه لا يكون محرماً فحلالا كان أو خصياً .

قال : وهو الذي يقوى في نفسي ، وروى أصحابنا في تفسير الآية أن المراد

بما ملكت الاماء دون الذكران .

(١) سورة النساء : ٣٤ .

(٢) المبسوط ٤ / ١٦١ .

(٣) سورة النور : ٣١ .

ويجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب وأبنائهم وبناتهم.

وكذا اختار في الخلاف^(١) فحلا كان أو خصياً أو مجبواً، محتجاً باجماع الفرقة والاحتياط .

واحتج في التهذيب بما رواه عن أحمد بن إسحاق عن أبي إبراهيم عليه السلام قال: قلت له: يكون للرجل الخصي يدخل على نسائه وبناولهن الوضوء فيرى شعورهن . فقال : لا^(٢).

وحمل رواية ابن بزيع^(٣) بالاباحة على التقية .

وقال ابن الجنيد بالكراهية، محتجاً بما رواه في كتابه عن الصادق والكاظم عليهما السلام كراهية رؤية الخصيان الحرة من النساء حراً كان أو مملوكاً .

قوله : ويجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب وأبنائهم

أي يجوز أن يشتري المسلم المرأة المزوجة من أهل الحرب وان كان البائع زوجها ، وكذا أن يشتري أبناءهم وبناتهم وان كان البائع القريب ، لانه يجوز تملكهم بدون ذلك بل بمجرد الاستيلاء ، فلا يكون توسط البيع مانعاً من صحة الاستيلاء ، لانه في الحقيقة استنقاذ . ولهذا لا تلحق ذلك العقد أحكام البيع من الخيار والغبن على الأصح .

(١) الخلاف ٣٥٨/٢ ، قال فيه : اذا ملكت المرأة فحلا او خصياً او مجبواً لا يكون محرماً لها ولا يجوز له ان يخلوبها ولا يسافر معها .

(٢) التهذيب ٤٨٠/٧ ، الفقيه ٣ / ٣٠٠ ، الكافي ٥٣٢/٥ ، وفي الأخيرين « محمد

(٣) : ٣٦ .

ابن اسحاق « وفي الفقيه بزيادة « بن عمار » .

(٣) الكافي ٥٣٢/٥ ، التهذيب ٤٨٠/٧ ، في الاول زيادة وهي : قلت فكانوا احراراً؟

(٢) : ٣٦ .

قال : لا . قلت : فالاحرار يتقنع منهم ؟ قال : لا .

ولو ملك الامة فأعتقها حل له وطؤها بالعقد وان لم يستبرئها ،
ولا تحل لغيره حتى تعتد كالحررة .
ويملك الاب موطوءة ابنه وان حرم عليه وطؤها وكذا الابن .
(النوع الثانى) : ملك المنفعة .
وصيغته أن يقول : أحللت لك وطأها أو جعلتك فى حل من وطئها
ولم يتعدهما الشيخ .
واتسع آخرون بلفظ الاباحة ، ومنع الجميع لفظ العارية .

قوله : ولو ملك الامة فأعتقها حل له وطؤها بالعقد وان لم يستبرئها
يشير بذلك الى خلاف بعض الجمهور ، فانه قال لا بد من الاستبراء . والحق
خلافه ، لانه مع العتق لا تكون مملوكة حتى يجب استبرؤها .

قوله : النوع الثانى ملك المنفعة ، وصيغته ان يقول « أحللت لك
وطئها » أو « جعلتك فى حل من وطئها » ، ولم يتعدهما الشيخ واتسع
آخرون بلفظ الاباحة ، ومنع الجميع لفظ العارية
هنا فائدتان :

(الاولى) ان هذا النوع - أعني تحليل الانسان أمته لغيره - هل هو سائغ
أم لا ؟ المشهور عند أصحابنا الاول ، ونقل في المبسوط^(١) وابن ادريس قولاً
نادراً بمنعه ، كما هو مذهب اكثر الجمهور .

واحتج المسوخ بعموم قوله تعالى « أو ما ملكت أيما نكم »^(٢) ، ولفظ « ما »

(١) المبسوط ٤/٢٤٦ ، السرائر : ٣١٣ .

(٢) سورة النساء : ٣ .

لما لا يعقل، فيكون المراد بها ملك المنافع، أعم من أن يكون ذلك تبعاً للملك
الأصل أو لم يكن. خرج من ذلك ما كان بالاجارة والعارية فيبقى الباقي على
عمومه. ولو أراد المملوكات لقال «من ملكت»، لان لفظ «من» وضع لمن
يعقل. وبتظافر الروايات عن أهل البيت عليهم السلام، كرواية محمد بن مسلم
وابي بصير وابن بزيع وغيرها^١.

واحتج المانع بقوله «فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون»^٢
والتحليل خارج عن قسمي الأزواج والملك فيكون عدواناً، وبرواية الحسين
ابن علي بن يقطين صحيحاً قال: سألته عن الرجل يحل فرج جاريتة؟ قال:
لا أحب ذلك^٣. ورواية عمار عن الصادق عليه السلام في المرأة تقول لزوجها
جاريتي لك. قال: لا يحل له فرجها الا أن تبعه أو تهب له^٤.

وأجيب عن الآية بما تقدم، وعن الرواية الاولى أنها تدل على الكراهية،
وعن الثانية بضعفها أولاً وبالقول بموجبها ثانياً، فان قولها «جاريتي لك»
لا يدل على التملك، فلا يفيد الحل الامع سبب الملك من البيع أو الهبة للمعين
أو التحليل للمنفعة.

(الثانية) في الصيغة، قال الشيخ^٥ في النهاية والتهذيب: ينبغي أن يراعى
في ذلك لفظ التحليل، وهو أن يقول المالك «قد جعلتك في حل من وطىء
هذه الجارية» أو «أحللت لك وطئها»، ولا يجوز لفظ العارية.

(١) راجع الوسائل ٥٣١/١٤ الى ٥٣٩.

(٢) سورة المؤمنون: ٧. «والعامة في مسائلها»

(٣) الوسائل ٥٣٣/١٤.

(٤) الوسائل ٥٣٥/١٤.

(٥) النهاية: ٤٩٤.

وهل هو اباحه أو عقد ؟ قال « علم الهدى » : هو عقد متعة .

وقال ابن ادريس^(١) : هذه العبارة لاتمنع من جواز « أبحتك وطبها » ، وإنما منع لفظ العارية لشناعة المخالفين على أصحابنا أنهم يعيرون الفروج . قال : وذهب الشيخ في باب العارية من المبسوط^(٢) الى ما اخترناه ، فقال : لا يجوز اعارة الجارية للاستمتاع بها لان البضع لا يستباح بالاعارة ، وحكى عن مالك جواز ذلك . وعندنا يجوز ذلك بلفظ الاباحه ولا يجوز بلفظ العارية . واختار العلامة في المختلف^(٣) أيضاً الجواز بلفظ الاباحه . والمختار الاقتصار على المتفق عليه ، وهو لفظ التحليل دون الاجارة والعارية والاباحه والتملك ، وان كانت متفقة أو متقاربة في المعنى ، تمسكاً بأصالة حرمة فرج جارية الغير خرج عنه الجواز بلفظة التحليل بالنص والاجماع فيبقى الباقي على أصله . وأيضاً لو جاز بلفظة الاباحه لكونها بمعنى التحليل كما قاله العلامة لجاز أيضاً بلفظ العارية لكونها في معنى الاباحه ، واللازم باطل اتفاقاً فكذا الملزوم ، والملازمة ظاهرة . وتؤيده رواية ابي العباس البقباق قال : سألت رجل عن الصادق عليه السلام ونحن عنده عن عارية الفرج . فقال : حرام ، ثم مكث قليلاً وقال : لكن لا بأس بأن يحل الرجل جاريته لآخيه^(٤) .

قوله : وهل هو اباحه او عقد ؟ قال علم الهدى هو عقد متعة لو قال هل هو عقد أو تملك كان أولى ، لان ما يبيح الفروج منحصر فيهما ،

(١) السرائر : ٣١٤ .

(٢) المبسوط ٥٧/٣ .

(٣) المختلف ، الجزء الرابع ٢٠ .

(٤) التهذيب ٢٤٤/٧ ، الكافي ٤٧٠/٥ .

وفي تحليل أمته لمملوكه تردد ، ومساواته بالاجنبي أشبه .

فان فسر الاباحة بالتملك كان تطويلاً من غير فائدة ، وان لم يكن التردد في كونه اباحة أو عقداً صحيحاً بل ولا حاصراً لان ملك العين ليس داخلاً حينئذ في العقد والاباحة .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه لما انحصر المبيع للبضع في العقد أو الملك لقوله تعالى «والذين لفروجهم حافظون* الا على أزواجهم أو ما ملكت أيماهم»^(١) وجب رجوع هذا التحليل الى واحد منهما والا لكان فاسداً .

فقال علم الهدى: انه عقد متعة ، اذ هو ليس بتمليك ، لان المملكات محصورة وليس شيء منها بحاصل هنا فيكون عقداً ، وليس بدائم اتفاقاً لان رفعه يحصل وان كره الزوج فيكون عقد متعة .

واختار الشيخ أنه ليس بعقد وان احتاج الى مدة معلومة ، وانما هو تمليك منفعة مع بقاء الاصل على المالك ، كسكنى الدار واعمارها .

وهذا هو الحق ، لما بينا من دخوله في الملك . ويلزم المرتضى رحمه الله أن لا يكون تحليل الا بأجل معلوم ومهر معلوم . وليس كذلك ، للروايات الدالة على اباحته مطلقاً . نعم شرط الشيخ في المبسوط تعيين المدة ممنوع ، وعلى التقديرين لا بد فيه من القبول .

قوله : وفي تحليل أمته لمملوكه تردد ، ومساواته بالاجنبي أشبه

منشأ التردد النظر الى منع الشيخ رحمه الله في النهاية^(٢) محتجاً برواية علي ابن يقطين عن الكاظم عليه السلام أنه سئل عن المملوك أيحل له أن يطأ الامة

(١) سورة المؤمنون : ٥ ، ٦ .

(٢) النهاية : ٤٩٤ .

ولو ملك بعض الامة فأحلتها نفسها لم يصح .
 وفي تحليل الشريك تردد والوجه : المنع .
 ويستبيح ما يتناوله اللفظ .
 فلو أحل التقبيل اقتصر عليه ، وكذا اللمس .
 لكن لو أحل الوطء حل له مادونه ، ولو أحل الخدمة لم يتعرض
 للوطء .
 وكذا لا يستبيح بتحليل الوطء .

من غير تزويج اذا أحل له مولاه ؟ قال : لا يحل له^(١) . والى قول ابن ادريس^(٢)
 أنه لا مانع منه من كتاب ولا سنة ولا اجماع ، والاصل الاباحة ، ويؤيده قوله
 تعالى « فانكحوهن باذن أهلهن »^(٣) ، ولأنه يملك وطؤها بالعقد اجماعاً فيملك
 أيضاً بالتحليل لتساويهما في السببية .
 وقول الشيخ أولى ، لضعف تملك العبد ، وللرواية المذكورة والنكاح في
 الآية يراد به العقد . ودعواه أنه حقيقة في الوطء يعارضه ترجيح المجاز على
 الاشتراك . ولو سلم الاشتراك لكنه لا يصلح للحجة الامع القرينة ، وليست
 حاصلة هنا .

قوله: ولو ملك بعض الامة فأحلتها نفسها لم يصح، وفي تحليل الشريك
 تردد والوجه المنع

(١) التهذيب ٢٤٣/٧ ، الاستبصار ١٣٧/٣ .

(٢) السرائر : ٣١٤ .

(٣) سورة النساء : ٢٥ .

(٤) سورة النساء : ٢٥ .

وولد المحللة حر. فان شرط الحرية في العقد فلا سبيل على الاب. وان لم يشترط
ففي الزامه قيمة الولد روايتان ، أشبههما : أنها لا تلزم .
ولا بأس أن يبطأ الامة وفي البيت غيره ، وأن ينم بين أمتين .
ويكره في الحرائر ، وكذا يكره وطء الفاجرة ومن ولدت من
الزنا .

ويلحق بالنكاح ، النظر في أمور خمسة :

(الاول) في العيوب والبحث في أقسامها وأحكامها :

تقدم مثل هذه المسألة ، ومنشأ التردد من قول الشيخ^(١) بالجواز للرواية^(٢)
ومن لزوم تبعض سبب البضع الممنوع منه . ولعلنا نذكر في محله^(٣) في
والتحقيق أن نقول: ان جعلنا التحليل عقداً فلا شك في التبعض فلا يصح ،
وان جعلناه تملكاً صح ، لان الملك له أسباب كالشراء والارث والانتهاج وأمثال
ذلك ومن حمايتها التحليل الا أنه سبب ملك منفعة البضع وتبعض سبب الملك
غير ضار والا لزم تحريم بعضها اذا ملك بعضها بالشراء وبعضها بالارث ، واللازم
باطل اتفاقاً .

قوله: وولد المحللة حر فان شرط الحرية في العقد فلا سبيل على
الاب، وان لم يشترط ففي الزامه قيمة الولد روايتان أشبههما انها لا تلزم

ما ذكره اختيار المرتضى والشيخ في الخلاف وابن ادريس والعلامة^(٣).

(١) النهاية : ٤٩٤ .

(٢) راجع الوسائل ٥٤٥/١٤ .

(٣) الثالث : ٣١٢ .

(٣) السرائر : ٣١٢ ، القواعد : المطلب الثاني من الفصل الثالث في الملك .

وهو الحق ، لاصالة الحرية وأصالة براءة الذمة من القيمة ، والاجماع على أن
الولد يتبع أشرف الطرفين ، ولأن مبنى الحرية على التغليب والسراية ، ولهذا
لو أعتق جزءاً من مائة الف جزء من الرقيق سرى عليه العتق في الجميع .
والسرأن الولد مخلوق من مساء الرجل والمرأة فتساوت نسبه الى الأبوين ،
وترجمحت الحرية بالاصل ، وتؤيده الرواية عن اسحاق بن عمار عن الصادق
عليه السلام قال : قلت له : الرجل يحلل جاريتيه لاختيه أوحرة حللت جاريتها
لاختها ؟ قال : يحل له من ذلك ما أحل له . قلت : فجاءت بولد . فقال : يلحق
بالحر من أبويه^(١) .

وبمعناها رواية زرارة عن الباقر عليه السلام : الرجل يحل جاريتيه لاختيه .
قال : لأبأس . قال : قلت فانها جاءت بولد . قال : يضم اليه ولده وترد الجارية
على صاحبها^(٢) .

وقال الشيخ في النهاية^(٣) انه اذا لم بشرط الحرية لزمته الفيمة ، محتجاً
برواية ضريس عن الصادق عليه السلام : الرجل يحل لاختيه فرج جاريتيه وهي
تخرج في حوائجه . قال : هي له حلال . قلت : أرايت ان جاءت بولد منه ما
يصنع به ؟ قال : هو لمولى الجارية الا أن يكون قد اشترط عليه حين أحلها له
ان جاءت بولد فهو حر^(٤) .

والجواب : ان الاولى أوضح طريقاً وأوفق للنظر كما بيناه ففتعين للعمل .

-
- (١) ، ١) التهذيب ٢٤٧/٧ ، الاستبصار ١٣٩/٣ .
(٢) النهاية : ٤٩٤ ، قال فيه : ومتى جمعه في حل من وطنها وابت بولد كان لمولاه
وعلى ابيه ان يشتريه بماله ان كان له مال ، وان لم يكن له مال استسعى في ثمنه فان شرط
ان يكون الولد حراً كان على ما شرط .
(٣) التهذيب ٢٤٨/٧ ، الاستبصار ١٤٠/٣ .

عيوب الرجل أربعة : الجنون والخصاء والعنز والجيب .

قوله : عيوب الرجل أربعة الجنون والخصاء والعنز والجيب

هنا فوائد :

(الأولى) الأكثر على أن عيوب الرجل هذه الأربعة ، وبه قال القاضي في الكامل ، وزاد في المهذب الجذام والبرص والعمى ، ولم يعد الخصى عيباً فيه . وهو الظاهر من كلام ابن الجنيدي . وهو قوي عندي لوجوه : « ١ » - ان هذه الثلاثة عيوب في طرف المرأة اجماعاً ، ففي طرف الرجل أولى لانها أشد اضراراً بالمرأة ، لان الرجل لولا حكم الفسخ لا يمكنه التخلص بالطلاق ، بخلاف المرأة فانها اذا ابتليت بواحد منها لم يمكنها التخلص « ٢ » - اطلاق رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام : انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل^(١) .

« ٣ » - في الجذام قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم : فر من المجذوم فرارك من الأسد^(٢) . احتج الأكثر بأصالة بقاء العقد وعدم فسخه ، وبرواية غياث الضبي عن الصادق عليه السلام الى أن قال : والرجل لا يرد من عيب^(٣) . خرج ما خرج

(١) الفقيه ٢٧٣/٣ ، الكافي ٤٠٦/٥ ، التهذيب ٤٢٤/٧ ، ٤٢٦ ، العقل والعقلة :

شئ يخرج من قبل النساء فيضيق فرجها حتى يمنع الايلاج ، وقيل هو ورم يكون بين مسلكيها وقيل هو القرن .

(٢) الفقيه ٣٦٣/٣ ، الكافي ٤١٠/٥ ، التهذيب ٤٣٠/٧ ، ٤٣١ ، العقل والعقلة :

(٣) الكافي ٤١٠/٥ ، التهذيب ٤٣٠/٧ ، الفقيه ٣٥٧/٣ ، وفيه : والرجل لا يرد من

عنز ، وفي الاول : « عباد » بدل « غياث » .

من هذا النفي بالاجماع فيبقى الباقي على النفي .
والجواب : ان الاصل يخالف للدليل وقد بيناه ، والرواية متروكة الظاهر
اجماعاً ، وهي مع مخالفتها للنظر ضعيفة .

(الثانية) الجنون^(١) زوال العقل بحيث لا يميز صاحبه الحسن من القبيح ،
والخصاء هو سئل الاثنيين^(٢) ، وفي معناه الوجاء^(٣) وهورضهما بحيث يبسان ،
والجب هو قطع المذاكير بحيث لم يبق له ما يمكن الجماع ، والعنن مرض
يعجز معه عن الايلاج لعدم انتشار العضو ، والاسم العنة من «عن» اذا اعترض
و«العنن» الاعتراض لان الذكر يعترض اذا اراد الايلاج ، وقال الحريري لانه
يعترض للنتاح ولا يقدر عليه ، قال : ولا يقال «عنة» بل «عنية» لان العنة^(٤) هي

(١) في الجواهر ٣٠/٣١٨ : الجنون هو مرض فسى العقل يقتضى فساده وتعطيله عن
افعله واحكامه ولوفى بعض الاوقات ، من الجنان او الجن بالكسر او الجن بالفتح ، فالجنون
من اصاب جنانه أى قلبه ، أو اصابته الجن أو حيل بينه وبين عقله فستر عقله . نعم لاعبرة بالسهو
الكثير السريع الزوال ولا الاغماء الذى يكون عن هيجان المرة أو غلبة المرض أو نحو ذلك
مما لا يصدق معه اسم المجنون - الى آخر مقاله رفع الله مقامه .

(٢) يقال سلت أنثياه : أى نزعت خصيته .

(٣) وجأته اوجوه مهموز من باب نفع ، وربما حذف الواو فسى المضارع فيقال :
يجأ كما يقال يسع ويطأ ويهب . وذلك اذا ضربته بسكين ونحوه فى أى موضع كان ، والاسم
«الوجاء» مثل كتاب . ويطلق أيضاً على رض عروق البيضتين حتى تنفضخا من غير اخراج
فيكون شبيهاً بالخصاء .

اقول : الرض : اللدق . والفضخ : كسر الشيء الاجوف ، يقال : فضخت رأسه فانفضخ

أى ضربته فخرج دماغه .

(٤) العنة بالضم ثم النون المفتوحة المشددة : الحظيرة من الخشب أو الشجر تجعل

للابل والغنم تجس فيها ، وقيد فى الصحاح فقال : لتندأ بها من برد الشمال . قال ثعلب :

العنة الحظيرة تكون على باب الرجل فيكون فيها ابله وغنمه .

وعيوب المرأة سبعة: الجنون والجذام والبرص والقرن
والافضاء والعمى والاقعاد.

وفى الرتق تردد أشبهه: ثبوته عيباً لأنه يمنع الوطاء.
ولا ترد بالعمور ولا بالزنا ولو حدث فيه، ولا بالعرج على الأشبه.
وأما الأحكام فمسائل:

الحظيرة من الخشب وتقول العرب للعنين السريس^(١).

(الثالثة) سيجيء أنه لأفسخ بالمتجدد فيما عدا العجب، وأما العجب فهل
يفسخ به لو تجدد بعد الوطى أم لا؟ قال الشيخ في موضع من المبسوط لها
الخيار مدعياً للاجماع، وتبعه القاضي لفوات الاستمتاع وليس بيدها طلاق فلولاً
الخيار لزم الحرج والضرر المنفيان بالكتاب والسنة. وقال في موضع آخر^(٢)
منه وفي الخلاف لا خيار لها لاصالة بقاء العقد. واختاره ابن ادريس^(٣). والاجود
الاول للباس من زواله بخلاف غيره.

قوله: وعيوب المرأة سبعة الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء
والعمى والاقعاد، وفى الرتق تردد أشبهه ثبوته عيباً لأنه يمنع الوطى،
ولا ترد بالعمور ولا بالزنا ولو حدث فيه، ولا بالعرج على الأشبه

تقدم معنى الجنون فلاحاجة الى اعادته، والجذام مرض يظهر معه يبس
الاعضاء وتناثر اللحم ولا يكفي قوة الاحتراق ولا تعجز الوجه ولا استدارة العين.

(١) السريس: الذى لا يأتى النساء، العنين من الرجال، ويقال: فحل سريس وسريس

إذا كان لا يلحق.

(٢) المبسوط ٢٥٢/٤، الخلاف ٣٩٧/٢.

(٣) السرائر: ٣٠٩.

والتعجر اما من العجرة وهي العقدة ، فيكون التعجر التعقد ، أو من العجر وهو
التنو^(١) . ويثبت بشهادة عدلين عارفين أنه جذام ، فان لم يتفق فعلى المنكر
اليمين .

والبرص وهو البياض الظاهر على صفحة البدن لغلبة البلغم ، وقد يشبهه
بالبهق . وحكمه في الثبوت كما في الجذام .

والقرن والغالب في عبارة الفقهاء فتح الرءء ، وفي لسان أهل اللغة بسكونها .

واختلف في ماهيته : فقيل انه عظم ينبت في الرحم يمنع الوطىء ، وقيل انه

لحم ينبت في الرحم يسمى العفل . والقولان حكاهما في المبسوط . قال

السعيد^(٢) : ان اعتبار الوضع اللفظي فهو مسألة من علم اللغة ، وان اعتبرت

الحقيقة فهو مسألة من علم التشريح ، فالفقيه يتسلمها ويبحث عن القدر المشترك

وهو كلما يمنع الوطىء يثبت به الخيار لقوات غاية النكاح والافلا ، ويبحث

عن وجه التغاير من حيث أنه لورضي بأحدهما دون الآخر .

والافضاء قيل هو ذهاب الحاجزين مخرج البول والحيض . قاله ابن

ادريس^(٣) . وقال غيره هو ذهاب الحاجز بين مدخل الذكر ومخرج الغائط .

وكلاهما عيب .

والعمى هو ذهاب البصر من العينين معاً .

والرتق التحام الشفرين^(٤) بحيث يمنع من الايلاج .

(١) العجر بفتح الاول والثاني وهو التنو، وهو ورم العضو فهو نات . سبأ (٢)

(٢) الايضاح ١٧٦/٣ .

(٣) السرائر : ٣٠٩ .

(٤) شفر كل شيء حرفه، ومنه شفر العين ، وهو الذي ينبت عليها الشعر . وشفر الفرج :

حرفه (٢) . السرائر : ٤٨٦ . السرائر : ٣٠٩ .

إذا تقرر هذا فهنا مسائل :

(الاولى) الاظهر في فتاوى الاصحاب أن العمى عيب ، ذكره الشيخ في النهاية^(١) والمفيد والمرضى وابن الجنيد والقاضي والتقي وسلاروابن ادريس وابن حمزة ، وجعله الشيخ^(٢) في المبسوط والخلاف قولاً محكياً ، وجعله ابن بابويه^(٣) رواية .

والدليل على كونه عيباً رواية داود بن سرحان صحيحاً عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء . قال : ترد على وليها ويكون لها المهر على وليها^(٤) . وروى ابن بابويه في الفقيه عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : ترد العمياء والبرصاء والجذماء والعرجاء^(٥) .

ولم يجعله الصدوق في المقنع عيباً ، محتجاً برواية الحلبي المتقدمة : انما يرد النكاح^(٦) - الى آخره . وانما للحصر . وأجيب : بأنه مع التعارض يجب الرجوع الى النظر ، وهو يقتضي كونه عيباً ، لانه اضرار بالرجل ولاضرار في الاسلام ، ولانه عيب لم يعلمه العاقد فيتسلط على الرد كالبيع ، والقياس وان لم يكن حجة لكن له صلاحية الترجيح . (الثانية) تردد المصنف في الرتق من حيث عدم النص الصريح بذلك ،

(١) النهاية : ٤٨٥ ، المقنعة : ٨١ ، السرائر : ٣٠٩ .

(٢) المبسوط ٤/٢٤٩ ، الخلاف ٢/٣٩٦ .

(٣) المقنع : ١٠٤ .

(٤) التهذيب ٧/٤٢٤ ، الاستبصار ٣/٢٤٦ .

(٥) الفقيه ٣/٢٧٣ ، التهذيب ٧/٤٢٤ وليس فيه « الجذماء » .

(٦) التهذيب ٧/٤٢٦ .

ومن اقتضاء النظر الرد به لكونه مانعاً من الايلاج الذي هو مراد من المرأة
لالتداذ. والنسل، فترد به كالقرن.

ان قلت : هذا قياس وهو عندكم ليس بحجة .
قلت : انه ليس بقياس في الحقيقة ، لان الخصوصية التي يمتاز بها القرن
عن الرتق يعلم قطعاً أنه لامدخل لها في الحكم، فيكون الحكم معلقاً على المشترك
فيكون الرتق من جزئيات ذلك المشترك .

والتحقيق أنه اذا لم يقبل العلاج فهو عيب ، وكذا ان قبل وامتنعت والا
فلا عيب .

وهل يعتبر رتقها بالنسبة الى أصغر الآلات أو الى معتد لها أولى آلة الزوج ؟
الاقرب الاول، وحينئذ نقول: هل لها الخيار اذا كان كبير الآلة بالنسبة الى فرجها
بحيث يخشى بالوطىء الافضاء ؟ فيه تردد، من عدم الوقوف على نص فيه ،
ومن اقتضاء النظر الفسخ دفعاً للضرر. وهو قريب ، ويكون حكمه حكم الخصاء
والجب ، لان امتناع الوطىء من قبله .

(الثالثة) انه لارد بالعود ، اذ ليس مانعاً من كمال الالتداذ ولا ضرر فيه فلا
موجب للرد .

(الرابعة) قال المفيد^١ وسلار والقاضي والتقي وابن الجنيد : ان المحدودة
بالزنا ترد لكونه عاراً. وقال الشيخ في النهاية وابن ادريس^٢ لا ترد الا أنه يرجع
على وليها العالم بحالها بالمهر وليس له فراقها الا بالطلاق .
والحق أنها لا ترد ولا يرجع على الولي بشيء :

أما الاول : فلاصلة لزوم العقد وكونها محدودة غير مانع من الالتداذ ،

(١) المقنعة : ٨١ .

(٢) النهاية : ٤٨٦ ، السرائر : ٣٠٩ .

ولزوم العار ممنوع لقدرته على ازالته بالطلاق . وتؤيد ما قلناه رواية رفاة بن موسى عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المحدود والمحدودة هل يرد من النكاح؟ قال: لا^١ .

وأما الثاني: فلان الرجوع على وليها بالمهر وعدم ردها كالجمع بين النقيضين، لان كونها محدودة ان كان عيباً استلزم الرد والالم يكن موجباً للرجوع على الولي بشيء .

(الخامسة) قال الشيخ في النهاية^٢ وابن الجنيد وسلا والفاضي في الكامل والتقي وابن حمزة العرج عيب ترد به المرأة، لرواية داود بن سرحان صحيحاً عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء . قال: ترد على وليها ويكون لها المهر على وليها^٣ .

وجعله الصدوق^٤ في الفقيه والمقنع رواية، ولم يذكره الشيخ في المبسوط والخلاف، وجعله ابن ادريس قولاً محكياً . والحق ما فصله العلامة، وهو أنه ان بلغ الاقعد فهو عيب والا فلا . واختاره المصنف، لقول الصادق عليه السلام في رواية داود بن سرحان في الصحيح: وان كان بها زمانة لا يراها الرجل أجيز شهادة النساء عليها .

(١) التهذيب ٧/٤٢٤ ، الكافي ٥/٤٠٧ ، الاستبصار ٣/٢٤٥ .

(٢) النهاية : ٤٨٥ .

(٣) التهذيب ٧/٤٢٤ ، الاستبصار ٣/٢٤٦ .

(٤) الفقيه ٣/٢٧٣ روى فيه عن عبد الحميد عن محمد بن مسلم قال: قال ابو جعفر عليه

السلام: ترد العمياء والبرصاء والجذماء والعرجاء . وقال في المقنع: ١٠٤ روى في الحديث ان العمياء والعرجاء ترد .

(الاولى) لا يفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول .
وفي المتجدد بعد العقد تردد عدا العنن .
وقيل تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لاوقات الصلاة
وان تجدد .
(الثانية) الخيار فيه على الفور ، وكذا في تدليس .

قوله: ولا يفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول، وفي المتجدد
بعد العقد تردد عدا العنن ، وقيل تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق
لاوقات الصلاة وان تجدد
تنقيح هذا البحث بمسائل :

(الاولى) في حدوث العيب بعد العقد وقبل الدخول قولان ، قال الشيخ^(١)
في المبسوط والخلاف تردد به لعموم الاحاديث المتقدمة ، فانه لم يفصل فيها
بين كون العيب قبل العقد أو بعده . وقال ابن ادريس^(٢) لا ترد به . وهو الظاهر من
كلام ابن حمزة ، واختاره العلامة^(٣) محتمجاً بأن العقد وقع صحيحاً خالياً عن
التدليس ولا يثبت به الخيار فيكون لازماً كما لو تجدد بعد الدخول ، ولانه لم يوجد
منها تدليس ويمكنه التخلص بالطلاق فلا يثبت له خيار ، كما لو أعتق وتحتة أمة
لم يثبت له خيار ، ولو كان شرط حريتها في الابتداء ثبت له الخيار .
وأما المصنف فتردد فيما عدا العنن ، نظراً الى الخلاف واطلاق الروايات
فتردد ، وكون الاصل لزوم العقد فثبوت الخيار يحتاج الى دليل ولم يوجد فلا ترد .
والفتوى على ما قاله العلامة .

(١) : تمقنا ١٨ .

(٢) المبسوط ٢٥٢/٤ ، الخلاف ٣٩٧/٢ .

(٣) السرائر : ٣٠٨ ، ٣٠٩ .

(٤) المختلف ، الجزء الرابع ص ٣ .

(الثانية) لاختلاف في أن العنة يرد بها سواء كانت قبل العقد أو بعده ، وهل يرد بها لو حدثت بعد الدخول أم لا ؟ منعه الشيخ^(١) وابن الجنيدي والقاضي وابن ادريس^(٢) وابن حمزة .

وقال المفيد^(٣) يرد بها ، وتبعه ابن زهرة . قال الشيخ : انما حمله على ذلك عموم الاخبار واطلاقها . ثم قال : والاولى عندي الاخذ بالخبر الذي روياه عن اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عن علي « ع » أنه كان يقول : اذا تزوج الرجل بامرأة فوقع عليها مرة ثم أعرض عنها فليس لها الخيار لتصبر فقد ابتليت وليس لامهات الاولاد وللإماء ما لم يمسهما من الدهر الامرة واحدة خيار^(٤) . وعن غياث الضبي عن الصادق عليه السلام قال في العنين : اذا علم أنه عنين لم يأت النساء فرق بينهما ، واذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما^(٥) .

قال العلامة^(٦) : والاشهر قول الشيخ تمسكاً بمقتضى العقد اللازم وبما تقدم من الروايات ، وان كان قول المفيد لا يخلو أيضاً من قوة ، لما فيه من دفع الضرر بفوات فائدة النكاح . قال : ونحن في ذلك من المتوقفين .

قلت : وقول الشيخ مع شهرته أقوى ، لما ثبت في الاصول من وجوب العمل بالخاص أو المقيد مع معارضة العام أو المطلق ، ولاريب أن الخبر الذي أورده الشيخ أخص وأقوى دلالة ، ونمنع لزوم الضرر ، اذ وجوب الانفاق عليها ربما حمله على الطلاق .

(١) المبسوط ٤/٢٦٤ ، النهاية : ٤٨٧ .

(٢) السرائر : ٣٠٩ .

(٣) المقنعة : ٨١ .

(٤) التهذيب ٧/٤٣٠ ، الاستبصار ٣/٢٥٠ .

(٥) الفقيه ٣/٣٥٧ ، التهذيب ٧/٤٣٠ ، الاستبصار ٣/٢٥٠ . الكافي ٥/٤١٠ .

(٦) المختلف ، الجزء الرابع ص ٤٠٤ .

نما (الثالثة) الفسخ فيه ليس طلاقاً ، فلا يطرد معه تنصيف المهر.

فها (الثالثة) قال الشيخ ^(١) في النهاية والمبسوط والخلاف والمقيد اذا حدث

بالرجل جنون لا يعقل معه أوقات الصلوات كان للمرأة الفسخ . ولا أرى لهذا القيد فائدة بعد تحقق الجنون ، ولهذا لن يجعل القاضي لهذا القيد مدخلا في ثبوت الخيار .

واختاره العلامة في المختلف ^(٢) وقال : الوجه التسلط على الفسخ سواء

عقل أوقات الصلوات أولاً ، لما فيه من الضرر المنفي بالأصل ، لفوات ثمره منافع العقد من كمال الاستمتاع ، ولما رواه علي بن حمزة قال : سئل ابو ابراهيم عليه السلام عن امرأة يكون لها زوج قد أصيب في عقله بعدما تزوجها أو عرض له جنون . قال : لها أن تنزع نفسها منه ان شاءت ^(٣) .

(الرابعة) يظهر من كلام ابن حمزة أن الجنون الموجب للخيار في الرجل والمرأة هو السذي لا يعقل معه أوقات الصلاة ، سواء كان متقدماً على العقد أو متأخراً عنه ، وكلام باقي الاصحاب يدل على أن قيد عدم التعقل المذكور مختص بالجنون الحادث بالرجل كما قاله المصنف لابما كان قبل العقد ولا بجنون المرأة . (الخامسة) هل الجنون الحادث بعد الدخول حكمه حكم القديم؟ الظاهر من كلامهم عدم الفرق .

قوله : الفسخ فيه ليس طلاقاً فلا يطرد معه تنصيف المهر

هنا فوائد :

(١) النهاية : ٤٨٦ ، المبسوط ٤/٢٥٢ ، الخلاف ٢/٣٩٧ ، المقنعة : ٨١ .

(٢) المختلف ، الجزء الرابع ٢ .

(٣) التهذيب ٧/٤٢٨ ، الفقيه ٣/٣٣٨ .

(الرابعة) لا يفتقر الفسخ بالعيوب الى الحاكم، ويفتقر في العنن

لضرب الاجل .

(الاولى) لا خلاف في أن الفسخ بغير الجنون لا يفتقر الى الطلاق، وهل يفتقر في الجنون المتجدد الى الطلاق لو فسخت به المرأة؟ ظاهر كلام الشيخ^(١) ومن تابعه غير ابن ادريس^(٢) أنه يفتقر اليه ويكون من وليه، والاجود مساواته لباقي العيوب فلا يفتقر الى الطلاق.

(الثانية) ان الفسخ بالعيوب مطلقاً ليس حكمه حكم الطلاق في المهر ولا في غيره من اشتراط شهادة عدلين أو الطهر من الحيض أو غير ذلك .
(الثالثة) لا يطرد مع الفسخ أنه ان كان قبل الدخول فاللازم نصف المهر وان كان بعده فالمهر كاملاً، لان حملة على الطلاق قياس لانقول به . وسيأتي تفصيل ما يلزمه من المهر وما يلزمه مع الفسخ قريباً انشاء الله تعالى .

قوله : لا يفتقر الفسخ بالعيوب الى الحاكم ويفتقر في العنن لضرب

الاجل

هنا فوائد :

(الاولى) مذهب المخالفين أن الفسخ هنا يحتاج الى الحاكم وليس لاحدهما الانفراد به، وبه قال ابن الجنيدي .

(الثانية) قال الشيخ في المبسوط^(٣) بهذه العبارة : أما الفسخ فالى الحاكم لانه مختلف فيه، ولو قلنا على مذهبننا أن له الفسخ بنفسه كان قوياً، والاول أحوط لقطع الخصومة .

(١) النهاية : ٤٨٦ . ٢١٧ . كلاماً : ٣١٢٥٢ . مسماً : ٣٨٥ : قولنا (١)

(٢) السرائر : ٣٠٨ .

(٣) المبسوط ٤ / ٢٦٣ ، قال فيه : ولا يجوز ان يفسخ بغير حاكم لانه فسح مختلف فيه .

(الخامسة) اذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر. ولو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع به الزوج على المدلس .
واذا فسخت الزوجة قبل الدخول فلا مهر الا في العنن ، ولو كان بعده فلها المسمى .
ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعذر .

وقال^(١) قبل ذلك : لا يمتنع عندنا أن يفسخ الرجل بنفسه أو المرأة ، لان الاخبار مطلقة في هذا الباب .

قال العلامة في المختلف^(٢) هذا الحكم يدل على ترده .
(الثالثة) الذي ذكره المصنف من عدم الافتقار الى الحاكم هو مذهب الاصحاب لم نسمع فيه خلافاً الا ما حكيناه ، وقول ابن الجنيد غير قارح ، لانه واحد مع انعقاد الاجماع بعده على ما دعيناه . وقول الشيخ في المبسوط ليس فيه تردد كما قاله العلامة ، لامكان لجمع بين كلامه بأن يكون الترافع الى الحاكم على سبيل الاستحباب لا للوجوب لانه حق لكل واحد من الزوجين فله الاستبداد به كغيره من الحقوق ، لكن رفعه الى الحاكم أحوط قطعاً للنزاع ، فان تعذر فالاشهاد .

قوله : اذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر ، ولو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع به الزوج على المدلس ، واذا فسخت الزوجة قبل الدخول فلا مهر الا في العنن ، ولو كان بعده فلها المسمى ، ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعذر .

(١) المبسوط ٢٤٩/٤ .

(٢) ٣١/٥٢ .

(٢) المختلف ، الجزء الرابع : ٦ .

(٢) ٦٠٢ : ٣٨٣ : قولها (٢)

يحتاج بسط هذا الكلام الى مباحث :

(المبحث الاول) اذا وقع الفسخ قبل الدخول سواء كان من الرجل أو المرأة فلا مهر الا في الخصاء أو العنز، لانها انما تستحقه اما بالعقد أو الدخول، والعقد قد انفسخ والدخول لم يحصل .

(المبحث الثاني) اذا وقع الفسخ بعد الدخول استحققت المهر في الجملة على المشهور، خلافاً لابن حمزة فانه قال : يسقط المهر ان كان الفاسخ هو المرأة .

وفيه نظر ، لان الانتفاع بالبضع لا يد له من عوض .

وقال الشيخ في المبسوط^(١) يسقط المسمى ويجب مهر المثل ، سواء كان الفاسخ هو الرجل او المرأة . وقال: كل نكاح فسخ بعيب موجود حال العقد فان حكمه حكم النكاح الفاسد في الاصل يتعلق به جميع أحكام النكاح الفاسد ، ان كان قبل الدخول سقط المسمى ولا يجب شيء منه ولا المتعة ولا نفقة العدة ، وان كان بعد الدخول فلها مهر المثل .

وفيه أيضاً نظر ، لانا نمنع أن حكمه حكم النكاح الفاسد، ولهذا لو أمضى من له الفسخ النكاح لزم العقد وبثبت المسمى .

(المبحث الثالث) اذا وجب على الزوج المهر بعد الدخول والفسخ فهنا

أقوال :

الاول : قول الشيخ في النهاية^(٢) والقاضي وابن ادریس أنه ان دلست نفسها

وقبضته استعادته الزوج، وان لم تدلس نفسها غرمه وعادبه على وليها ان دلستها .

ويظهر من كلام المصنف اختيار هذا القول .

(١) المبسوط ١/٢٥٢

(١) المبسوط ٢٥١/٤ .

(٢) النهاية : ٤٨٤ ، السرائر : ٣٠٩ .

القول الثاني : قوله في المبسوط^(١) انه يجب مهر المثل . وهل يستقر أو يرجع به على من غره ودلس عليه بالغيب؟ قولان: أحدهما يرجع به على الغار وهو المروي في أحاديثنا، والثاني يستقر عليه .
فإذا قيل بالرجوع فان كان الولي يعرف أمرها فالرجوع عليه لانه الغار ، وإن لم يعرف كان الرجوع عليها لانها الغارة .
وكل موضع قلنا بالرجوع عليها فيكم يرجع ؟ قيل بالكل الا القدر الذي يجوز أن يكون مهراً لثلايعرى الوطىء عن العوض ، وقيل بالكل . والاول اقوى واختاره العلامة ، وهو جيد لأنه ينبغي أن يكون القدر الذي يستقر لها في مقابلة الوطىء هو أقل مهر المثل في النكاح المؤجل لا الدائم لأقل ما يكون مهراً في الجملة لانه لاحد له . وانما قلنا ذلك لان سبب الرجوع هو الغرر ولا يتحقق الغرر الا في الزائد على ذلك .

القول الثالث : قول التقي ان وطئها قبل العلم بحالها فلها ما أخذته ويرجع به على من دلسها ، وان كانت هي المدلسة نفسها لم يرجع عليها بشيء مما أخذت بعد الوطىء .
القول الرابع : قول ابن الجنيد يرجع على الولي بأقل من مهر مثلها الا أن يكون العيب مما لا يظهر وقد خفي على الولي ، فيكون لها أقل صداق مثلها والباقي مردود من مالها على زوجها وحكمها حكم وليها ان كانت هي العاقدة على نفسها .

(المبحث الرابع) يدل على الرجوع على الغارفي الجملة مارواه ابو عبيدة صحيحاً عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعدما دخل بها . قال : فقال اذا دلست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمقضاة

(١) راجع التعليقة السالفة من المصدر .
(٢) القليل ٦١٧٥٢ .
(٣) القليل ٧١٢٧٢ .
(٤) القليل ٧٨٢ .

وما كان بها من زمانة ظاهرة فإنها ترد على أهلها من غير طلاق ويأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها. الى أن قال عليه السلام: وان أصاب الزوج شيئاً مما أخذت منه فهو له وان لم يصب شيئاً فلا شيء له^(١). وعن رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن البرصاء. قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها ووليها وهي برصاء وان لها المهر بما استحل من فرجها وان المهر على الذي زوجها، وانما صار المهر عليه لانه دلسها، ولو أن رجلاً تزوج امرأة أو زوجها رجلاً لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها^(٢). (المبحث الخامس) قد تقدم معنى الخصاء وأنه عيب يرد به، سواء قدر على الجماع أولاً. وقد حكينا عن القاضي عدم الرد به مطلقاً وجعل الرد به قولاً محكياً.

وقال الشيخ في الخلاف^(٣): ان كان يقدر على الجماع فليس بعيب. ويدل على كونه عيباً مطلقاً ما رواه عبد الله بن بكير موثقاً عن أحدهما عليه السلام في خصي دلس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها. قال: يفرق بينهما ان شاءت المرأة ويوجع رأسه، وان رضيت به وأقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به ان تأباه^(٤). اذا عرفت هذا فهل يلزمه مهرها مع فسخها أم لا؟ قال الشيخ في النهاية^(٥)

(١) التهذيب ٤٢٦/٧، الكافي ٤٠٨/٥، الاستبصار ٢٤٧/٣.

(٢) التهذيب ٤٢٤/٧، الكافي ٤٠٧/٥، الاستبصار ٢٤٥/٣.

(٣) الخلاف ٤٠١/٢، قال فيه: اذا تزوجت برجل فيان انه خصي او مسلول او موجود

كان لها الخيار.

(٤) الكافي ٤١٠/٥، التهذيب ٤٣٢/٧، الفقيه ٢٦٨/٣.

(٥) النهاية: ٤٨٧.

(السادسة) لو ادعت عننه فأنكر فالقول قوله مع يمينه .
ومع ثبوته يثبت لها الخيار ولو كان متجدداً ، اذا عجز عن
وطئها قبلاً ودبراً وعن وطء غيرها .

ولو ادعى الوطاء فأنكرت ، فالقول قوله مع يمينه .

نعم ، وتبعه القاضي . وقال ابنابابويه^(١) يلزمه نصف المهر ، وقال ابن ادريس^(٢)
لا يلزمه شيء لعدم الدليل عليه والاصل براءة الذمة ، وأجمع الكل على تعزيره
لثلا يعود الى مثله .

واختار المصنف الاول للزوم المهر بالعقد كملا وعدم الدليل على سقوطه ،
وتؤيده رواية عبدالله بن مسكان صحيحاً قال : بعثت بمسألة مع ابن اعين قلت :
سله عن خصي دلس نفسه لامرأة ودخل بها فوجدته خصياً . قال : يفرق بينهما
ويوجع ظهره ويكون لها المهر بدخوله عليها^(٣) ومثله روى سماعة عن الصادق
عليه السلام^(٤) .

قوله : لو ادعت عننه فأنكر فالقول قوله مع يمينه ، ومع ثبوته يثبت
لها الخيار ، ولو كان متجدداً اذا عجز عن وطئها قبلاً ودبراً وعن وطء
غيرها . ولو ادعى الرطوء فأنكرت فالقول قوله مع يمينه .

هنا مسائل :

(١) قال في المقنع ١٠٤ : وان دلس خصي نفسه لامرأة فرق بينهما وتأخذ منه صداقها
ويوجع ظهره . اقول : وظاهر هذا اخذ تمام الصداق .

(٢) السرائر : ٣١٠ .

(٣) التهذيب ١٣٢/٧ .

(٤) الكافي ٤١٠/٥ ، التهذيب ٤٣٢/٧ .

(الاولى) لو اختلف الزوجان في حصول العنة وعدمها، قال الشيخ^(١) وابن ابي عقيل والقاضي وابن ادريس والصدوق في المقتنع القول قول الرجل مع يمينه، عملاً بعموم قوله عليه السلام: واليمين على من أنكر. وانما خص بالرجل لاصالة السلامة والزوجة تدعي خلافه، فكان القول قول الزوج.

وقال علي بن بابويه عليها البينة لانها المدعية وعليه اليمين اذا عجزت.

وقال الشيخ في الخلاف^(٢): يحشوا قبلها خلوقاً فان كان علي ذكره أثر

الخلوق علم انه أصابها وان لم يكن علم أنه لم يصبها. وتبعه الكيدري.

وقال علي أيضاً في رسالته وابنه في المقتنع^(٣) يقعد الرجل في الماء البارد،

فان استرخى ذكره فهو عنين وان تشنج فهو ليس بعنين. وبه قال ابن حمزة.

واحتج الشيخ في الخلاف باجماع الطائفة، وبما رواه عبدالله بن الفضل

الهاشمي عن بعض مشيخته قال: قالت امرأة للصادق عليه السلام أو سأله

رجل: رجل تدعي امرأته عليه أنه عنين وينكر الرجل. قال: تحشوها القابلة

بالخلوق ولا يعلم الرجل ويدخل عليها الرجل فان خرج علي ذكره الخلق صدق

وكذبت والاصدقت وكذب^(٤).

وفي قول علي نظر، لان البينة يتعذر اقامتها هنا. اللهم الا ان تكون الشهادة

على أثر الخلق أو الاسترخاء أو الاقرار. وقول الشيخ في الخلاف غير بعد الا

أن الرواية مرسلة.

(١) النهاية: ٤٨٧، قال فيه: وان كانت المرأة ثيباً كان القول قول الرجل مع

يمينه بالله تعالى. قال في النهاية: قلت في قوله عليه السلام: واليمين على من أنكر، انما خص بالرجل لاصالة السلامة والزوجة تدعي خلافه، فكان القول قول الزوج.

(٢) الخلاف ٤٠١/٢.

(٣) المقتنع: ١٠٧.

(٤) التهذيب ٤٢٩/٧، الكافي ٤١١/٥، الاستبصار ٢٥١/٣.

(السابعة) ان صبرت مع العنن فلا بحث وان رفعت أمرها الى
الحاكم أجلها سنة من حين الترافع .
فان عجز عنها وعن غيرها فلها الفسخ ونصف المهر .

وقال ابن ادريس : لا يعلم ذلك الا بالاقرار . وفيه نظر ، لان الكلام مع عدم
الاقرار .

واختار المصنف والعلامة قول النهاية ، لما تقدم ولرواية ابي حمزة قال :
سمعت الباقر عليه السلام يقول : اذا تزوج المرأة الثيب التي تزوجت زوجاً غيره
فزعمت أنه لا يقربها منذ دخل بها فان القول في ذلك قول الزوج وعليه أن يحلف
بالله لقد جامعها لانها المدعية^(١) .

وفيه أيضاً نظر ، اما أولا فلان الحكم بيمين المنكر عند تعذر البينة مسلم
على تقدير عدم طريق آخر أقوى من اليمين لامطناً ، والطريق موجود وهو حشو
الخلوق ، وقد ادعى الشيخ عليه الاجماع . وأما ثانياً فلان رواية ابي حمزة
نقول بموجبها الا أنها غير محل النزاع ، فان دعوى عدم الدخول لا يستلزم دعوى
العنة .

(الثانية) أنه مع ثبوت العنة يثبت لها الخيار وان كان متجدداً ، لكن مع العجز
عتها وعن غيرها ، لانه لو لم يعجز عن غيرها لما كان ذلك أمراً طبيعياً بل أمراً
خيالياً ، فلا يكون موجباً للفسخ .

(الثالثة) لو ادعى بعد ثبوت العنة أنه وطئها فالخلاف هنا كما تقدم .

قوله : ان صبرت مع العنة فلا بحث ، وان رفعت أمرها الى الحاكم
أجلها سنة من حين الترافع ، فان عجز عنها وعن غيرها فلها الفسخ ونصف
المهر .

(١) ٧١٠٦٣ بيوتها ٢

(١) التهذيب ٤٢٩/٧ . ٧١٦٣٢ . ٧١٦٣٣ . بيوتها ٢

هذا الحكم هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن الباقر عليه السلام قال: العين يتربص به سنة ثم انشأت امرأته تزوجت وان شئت أقامت^(١) .

وخالف ابن الجنيد في موضعين :

«الاول» - أنه جعل التأجيل المذكور مختصاً بما اذا ادعى الزوج حدوث ذلك به بعد العقد ، وجعل السابق على الدخول يوجب الفسخ ان اختارت المرأة ، محتجاً برواية غياث المضى عن الصادق عليه السلام في العين اذا علم أنه عين لا يأتي النساء فرق بينهما ، واذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما^(٢) .

والتحقيق هنا أن نقول: ان كانت الحكمة في التأجيل أن يعالج نفسه فالقول ما قاله الاصحاب ، وتؤيده رواية ابي الصباح : اذا تزوج الرجل المرأة وهو لا يقدر على النساء أجل سنة حتى يعالج نفسه^(٣) . وان كانت الحكمة حصول العلم بالعنة فمتى حصل العلم بذلك لاحاجة الى التأجيل، واذا لم يحصل العلم أجل ، وبذلك يجمع بين الروايات .

« الثاني » - أنه أوجب المهر كاملاً ، وهو بناء على أصله من لزوم المهر كاملاً بالخلوة .

بقي هنا سؤال: وهو أنكم أوجبتم في الخصاص كمال المهر وفي العين النصف ، فما الفرق ؟

والجواب : ان النظر كان يقتضي أن لا مهر في العين ، لانه فسخ وقع من الزوجة قبل الدخول فلا يستعقب شيئاً ، وانما أوجبنا النصف لاطلاعه على محارمها

(١) التهذيب ٤٣١/٧ ، الاستبصار ٢٤٩/٣ .

(٢) التهذيب ٤٣٠/٧ .

(٣) التهذيب ٤٣١/٧ ، الاستبصار ٢٤٩/٣ .

(تتمة)

لو تزوج على أنها حرة فبانت أمة فله الفسخ ، فلا مهر لو لم يدخل ، ولو دخل فلها المهر على الاشبه ويرجع به على المدلس .
وقيل: لمولاها العشر ونصف العشر ان لم يكن مدلساً .

وخلوته بها مدة وليس كذلك الخصاء: أما أولا فلانه قديطاً، وأما ثانياً فلتجريه على الخداع والدخيلة فألزم المهر كملا. ردعاً لامثاله، وأما ثالثاً فللنص الوارد بذلك .

قوله : لو تزوج على انها حرة فبانت امة فله الفسخ فلا مهر لو لم يدخل ولو دخل فلها المهر على الاشبه ويرجع به على المدلس ، وقيل لمولاها العشر ونصف العشر ان لم يكن مدلساً .

لاخلاف أنه لو فسح قبل الدخول أنه لامهر، اما مع الدخول ففي المسألة

اقوال :

الاول: قول الشيخ^(١) في النهاية والمفيد والقاضي، وهو ما اختاره المصنف.

الثاني : قول ابن الجنيد أنه ان دلست نفسها واخذت مهرها فان كانت عينة باقية استعادها الزوج والافلا .

الثالث : قول ابن حمزة ان دلستها مولاها سقط المهر المسمى ولزم مهر المثل ورجع به على سيدها ، وان دلستها الشاهدان رجح بالمهر عليهما ، وكذا ان دلستها أجنبي رجح عليه بالمهر ولسيدها العشر ان كانت بكرأ ونصفه ان كانت ثيباً وأرش العيب ان عابت بالولادة .

(١) النهاية : ٤٨٤ ، المقنعة : ٨١ .

الرابع : قول الكيدري ان كان المدلس مولاهاً كان ذلك اقراراً لها بالحرية ويسقط خيار الزوج .

الخامس : قول الصدوق في المقنع^(١) انه مع الفسخ للسيد عشر قيمتها ان كانت بكرأ ونصفه ان كانت ثيباً، وهو قول ابن الجنيد .

والتحقيق هنا ان نقول: ان دلست نفسها بطل المهر المسمى لفساد العقد في نفس الامر، اذ هو تصرف في ملك الغير، ولزمه مهر المثل لمولاهاً وأرش ما يحدث بها من عيب، وتبعث بذلك كله بعد عتقها . ثم ان كان أعطاها شيئاً من المهر استعادته ان كانت عينة باقية والامثلة أو قيمته، لان بضعاً واحداً لا يكون له مهران بعقد واحد أو شبهة عقد . وان دلستها أجنبي رجوع عليه بما غرمه للسيد الا أقل ما يكون مهرأ في تلك المدة متعة، وان دلستها لمولاهاً يحكم عليه بحريتها ان تلفظ بما يقتضيها وحينئذ لا خيار ولا افلا لكن له من المهر أقل ما يمكن فرضه في تلك المدة ويسقط الباقي مقاصة .

ويظهر من ذلك وجه الاشبهية في كلام المصنف، لكنه لم يوجب على الواطىء شيئاً في مقابلة وطئه، ولا بد من ذلك لئلا يخلو وطىء غير زان من عوض .

هذا ولو فرض حصول ولد من ذلك الوطىء ففيه أيضاً أقوال :

الاول : قال الصدوق^(٢) ان أقام الرجل بيته على أنه تزوجها على أنها حرة أعتق ولدها وزهد المولى بأتمته، وان لم يقم بيته أوجع ظهره واسترق ولده .

الثاني : قال ابن الجنيد ان دلست نفسها كان ولدها عبداً، وان دلستها ولي كان عليه قيمة الولد لمولاهاً ويلحق الولد بأبيه .

(١) المقنع : ١٠٤ .

(٢) المقنع ١٠٤ ، قال فيه : فان جاءت بولد فهو حر اذا كان النكاح بغير اذن المولى .

وكذا تفسخ هي لو بان زوجها مملوكاً .
ولا مهر قبل الدخول ولها المهر بعده .
ولو اشترط كونها بنت مهيّرة فبانّت بنت أمة فله الفسخ ولا مهر
ويثبت لو دخل .

الثالث : قال ابن حمزة ان دلّسها أجنبي أو شاهدان أو مولاها أو دلست
نفسها كان الولد حراً ، وان تزوجها بظاهر الحال على الحرية كان الولد رقاً
للمولى وعليه ان يبيعه من أبيه ، وان عجز استسعى في قيمته ، وان لم يسع دفع
الامام قيمته من سهم الرقاب، ومع فقده يبقى رقاً الى أن يبلغ ويسعى في فك
رقبته .
والتحقيق أنه لاحق بأبيه وعليه قيمته يوم سقط حياً ، ويرجع بذلك على
المدلس ان وجد والا اختص الغرم بالاب .
قوله : وكذا تفسخ هي لو بان زوجها مملوكاً ولا مهر قبل الدخول
ولها المهر بعده

اذا زوجت الحرة نفسها برجل عاى أنه حرثم ظهر أنه عبد فلها الخيار أيضاً
كما تقدم ، وكذا لمولى العبد الخيار ، ولا يثبت العقد الا برضاها معاً ويلزم
المولى حينئذ المهر، وان لم يتفقا على الرضا انفسخ العقد، فان كان قبل الدخول
فلا مهر وان كان بعده فلا يخلو : اما أن يكون قد دلّسه أحد أولاً، فان كان الاول
فالمهر على المدلس، فان كان المدلس مولاه حكم بحريته ان تلفظ بما يقتضيها
والا فلا ، والمهر على التقديرين على الزوج يتبع به . وان كان الثاني فكذلك
ولو حصل ولد كان حراً ، فان كان ثم مدلس ضمن قيمته للمولى والا فلا قيمة
على الام اجماعاً، ولا على الزوج اذ لا يثبت للمولى على عبده شيء .
قوله : ولو اشترط كونها بنت مهيّرة فبانّت بنت أمة فله الفسخ ولا مهر
ويثبت لو دخل

هنا فوائد :

(الاولى) قال الجوهري المهيرة الحرة، والاشتقاق يقتضي كونها من تنكح بمهر، لكن نص أهل اللغة على انها الحرة . وثبت في الاصول أصالة عدم النقل يقتضي أن المراد بها شرعاً هو الاول .

(الثانية) هل يراد بالحرة من هي في الاصل كذلك أو من هي حرة الان ؟

وتظهر الفائدة لو كانت معتقة استشكله العلامة^(١) من أنها حرة، والاصل في الاطلاق الحقيقة ، ومن أنها ليست في الاصل كذلك بل أمة وهو نقص ، لكن الفتوى على الاول الا أن يعلم قصد من كانت حرة في الاصل .

(الثالثة) ذكر الشيخ في النهاية^(٢) هذه المسألة وقال : اذا عقد الرجل على بنت رجل على أنها بنت مهيرة - الى آخره . الا أنه قال : ان لم يكن دخل بها لم يكن لها عليه شيء وكان المهر على أبيها .

وتبعه القاضي والكيدري وابن ادريس^(٣) الا أنهم جعلوا كون المهر على أبيها رواية، وهي مارواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن رجل خطب الى رجل بنتاً من مهيرة، فلما كانت ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه بنتاً له أخرى من أمة. قال : ترد على أبيها وترد عليه امرأته ويكون مهرها على أبيها^(٤) . ووجه الدلالة أنه اذا كان ضامناً في هذه الصورة لزم الضمان في صورة النزاع لعدم الفرق بينهما .

قال العلامة^(٥) : انما كان المهر على أبيها اذا كان مدلساً لكونه فوت عليها البضع كالوكيل .

(١) القواعد ، الفصل الثالث من فصول مقاصد الباب الخامس في توابع النكاح .

(٢) النهاية : ٤٨٥ .

(٣) السرائر : ٣٠٩ .

(٤) التهذيب ٧ / ٤٣٥ .

(٥) قال في القواعد في الفصل الثالث من الباب الخامس من كتاب النكاح : ولا مهر

ولو تزوج بنت مهيرة فأدخلت عليه بنت الامة ردها ولها المهر
مع الوطء للشبهة ويرجع به على من ساقها ، وله زوجته .

وفيه نظر ، لانا نمنع كونه مفوتاً ، وانما يكون ذلك ان لو لم يفسخ العقد
ولم يلزم المهر . والحق أن المهر غير لازم للاب ، لانه انما يلزم اما بالعقد
والفرض انفساخه أو بالدخول ولم يحصل .
(الرابعة) فهم المصنف والعلامة من عبارة الشيخ أنها غير دالة على اشتراط
كونها بنت مهيرة ، فلذلك قالوا في تصانيفهما لو اشترط كونها بنت مهيرة . وهو
ممنوع بل عبارته تدل على الاشتراط ، كقوله تعالى «هل أتبعك على أن تعلمني
مما علمت رشداً»^(١) ، فان «على» اذا تعقبها «ان» كانت من أدوات الشرط عند
الشيخ .

قوله : ولو تزوج بنت المهيرة فأدخلت عليه بنت الامة ردها ولها
المهر مع الوطء للشبهة ويرجع به على من ساقها وله زوجته .

هذه أيضاً ذكرها الشيخ في النهاية^(٢) ، ومستنده الرواية^(٣) المذكورة آنفاً .
وتبعه القاضي .

والتحقيق أن المسوقة الاولى ان كانت عالمة أنها ليست هي المعقود عليها
كانت زانية لا مهر لها ، والافلها مهرأ مثالها لا المسمى ، بل هولبت المهيرة ،
فان قبضته الاولى أخذ منها الفاضل عن مهر المثل وللزوج الرجوع على أبيها ان
كان هو السائق أو على من ساقها بمهر المثل لتغيره اياه .

قبل الدخول وبعده يرجع على المدلس أبأ كان او غيره .

(١) سورة الكهف : ٦٦ .

(٢) النهاية : ٤٨٥ .

(٣) وهي رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وقد مرت آنفاً عن التهذيب .

ولو تزوج اثنان فأدخلت امرأة كل منهما على الآخر، كان لكل موطوءة مهر المثل على الواطئ وللشبهة وعليها العدة وتعاد إلى زوجها وعليه مهرها الأصلي .

قوله: ولو تزوج اثنان فأدخلت امرأة كل منهما على الآخر كان لكل موطوءة مهر المثل على الواطئ وللشبهة وعليها العدة وتعاد على زوجها وعليه مهرها الأصلي .

هذا مضمون رواية جميل بن صالح عن بعض أصحاب الصادق عليه السلام^(١) ، وذكره الشيخ في النهاية^(٢) وقال : ان كان الولي تعمد ذلك أغرم الصداق ولا يقرب كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها، فان ماتت قبل انقضاء العدة فليرجع الزجان بنصف الصداق على ورثتهما ويرثانها الزوجان، وان مات الزوجان وهما في العدة فانهما ترثانها ولهما المسمى .
واعترض عليه ابن ادريس^(٣) بأن موت أحد الزوجين لا يسقط من المهر شيئاً سواء دخل بها أولاً .

وأجيب : بأن كلام الشيخ لا يدل على تنصيف المهر ولا الرواية تدل عليه، فان عبارتها هكذا : قيل له: فان ماتت قبل انقضاء العدة . فقال: يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما وترثانها . وهذا لا يدل على المطلوب ، لجواز أن يكون التنصيف من جهة الميراث لعدم الولد، فان الزوج له من تركة زوجته النصف مع عدم الولد مهرأ كان أو غيره . وقوله «ويرثانها» لا يدل على تنصيف

(١) التهذيب ٤٣٤/٧ ، الفقيه ٢١٧/٣ ، الكافي ٤٠٧/٥ .

(٢) النهاية : ٤٨٨ .

(٣) السرائر : ٣١٠ .

ولو تزوجها بكرراً فوجدها ثيباً فلا رد .
وفي رواية ينقص مهرها .
(النظر الثاني) في المهر . وفيه أطراف :

المهر، لجواز أن يكون افراده بالذكر لدفع وهم من يتوهم أن الزوج لا يرث
من المهر .
وهنا فوائد :

(الاولى) لو علمت كل منهما أنها ليست زوجة للداخلة عليه كانت زانية ولا
مهر لها .

(الثانية) لو لم يحصل الوطىء لكل منهما ردت كل منهما الى زوجها ولا
مهر ولا عدة ، ولو وطئت احدهما اختصت بالمهر والعدة .

(الثالثة) لو علم الزوج أن المسوقة ليست زوجته وجهلت هي كان لها المهر
ولا يرجع به على السائق لعدم تغيره .

(الرابعة) في قول الشيخ «ان كان الولي تعمد ذلك» نظرينشأ من أن اتلاف
منفعة البضع لا يشترط فيها القصد كالرضاع ولا المباشرة بل يكفي التسبب .
قوله : ولو تزوجها بكرراً فوجدها ثيباً فلا رد ، وفي رواية ينقص مهرها
هنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف أنه لو تزوجها ولم يشترط كونها بكرراً أنه لا خيار له ولا
نقص من مهرها لو ظهرت ثيباً لأن الثيوبه ليست عيباً وقد لا تكون مقصودة .

(الثانية) لو اشترط كونها بكرراً فوجدها ثيباً ، قال التقى ليس له الفسخ .
وهو المشهور بين الاصحاب ، لامكان تجرده .

وفصل العلامة بأنه ان ثبت سبق الثيوبه على العقد كان له الفسخ لفوات
ما اشترط ، لان كل ما يذكر بين الايجاب والقبول من الصفات الكمالية يثبت

بعدمه حال الشرط التدليس والغرور ، فيكون له الفسخ ، والايخرج الشرط عن كونه شرطاً وهو باطل. والثبوت اما بالبينة أو تصديقها ، وان لم يثبت ذلك فلا خيار .

(الثالثة) اذا لم يثبت سبق أو ثبت وقلنا لا خيار هل له أن ينقص من مهرها شيئاً أم لا ؟ قال التقي لا ينقص لثبوت المهر بالعقد ، والاصل البقاء على ما كان . وقال الشيخ في النهاية^١ والقاضي نعم ينقص استناداً الى الرواية المشار اليها ، وهي مارواه محمد بن جزيك - بالجيم والزاي المعجمة والكاف - قال: كتبت الى ابي الحسن الهادي عليه السلام - لانه من رجاله - أسأله رجل تزوج جارية بكرأ فوجدها ثيباً هل يجب لها الصداق وافيأ أو ينتقص. قال : ينتقص^٢.

(الرابعة) اختلف القائلون بالنقص على أقوال :

الاول : قول الشيخ والقاضي أنه ينقص شيء مطلقاً ، ولم يقدره تعويلاً على الرواية المذكورة .

الثاني : قول الراوندي أنه السدس ، لانه لا بد من اضمار شيء لصدقه على كل ما يضمنر ، والشيء في عرف الشرع هو السدس كما في الوصية. وفيه نظر ، لان اللازم اضمار منكر كلي صادق على القليل والكثير ولادلالة للعام على الخاص ، وكون الشيء في الوصية السدس لا يطرده والالكان كذلك في الاقرار والامر ، مع أن قوله تعالى «ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً»^٣ يطله ، فانه ليس المراد به السدس .

الثالث : قول ابن ادريس^٤ انه ينقص ما بين مهرها بكرأ وثيباً ، وذلك يختلف

(١) النهاية : ٤٧٥ ، قال فيه : ومتى تزوج الرجل بامرأة على انها بكر فوجدها ثيباً فانه يجوز له ان ينتقص من مهرها شيئاً .

(٢) التهذيب ٤٢٨/٧ ، الكافي ٤١٣/٥ .

(٣) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٤) السرائر : ٣٠٢ .

(الطرف الاول) كل ما يملكه المسلم يكون مهراً ، عيناً كان
أو ديناً أو منفعة كتعليم الصنعة والسورة ، ويستوى فيه الزوج و
الاجنبى .

باختلاف الجمال والسن والشرف وغير ذلك . وهو جيد ، لان الرضا بالمهر
المعين انما حصل بناء على بكارتها ولم يحصل ، فيكون تملكاً على وجه
مخصوص ، فلا يلزم بانتفاء الخصوصية .

نعم أورد على عبارته أنه ربما استغرق فخلا النكاح من مهر .
وأجيب : بأن المراد نسبة نقص مهر مثلها الثيب عن مهر مثلها البكر .
الرابع : استحسن المصنف احالة تقدير ذلك الى نظر الحاكم ، فان اللفظ
المجمل اذا عري عن تفسير شرعي أو لغوي رجع فيه الى نظر الحاكم .
(الخامسة) اذا فسخ ودفع المهر رجع به على المدلس وان كانت هي المدلسة
الاباقل ما يمكن أن يكون مهراً . نعم هل يشترط زوال البكارة بالوطء أو مطلقاً ؟
فيه نظر ، الظاهر الاول .

قوله : الطرف الاول كلما يملكه المسلم يكون مهراً (١) عيناً كان أو ديناً
أو منفعة كتعليم الصنعة والسورة ، ويستوى فيه (٢) الزوج والاجنبى
هنا فوائد :

(الاولى) قال الجوهري المهر الصداق ، وقال ابو زيد مهرة المرأة مهرها
مهراً وأمهرتها ، وأنشد :

(١) قال فسي المصباح : المهر : صداق المرأة ، والجمع مهورة ، مثل بعل وبعولة
وفحل وفحولة . وقال في اللسان جمعه : مهور .

(٢) ضمير « فيه » يرجع الى « التعليم » اي يستوى فسي التعليم الزوج والاجنبى .
ولاخلاف في الاجنبى وفي الزوج اذا لم يكن مراد منه بنفسه مقدراً بمدة معينة بل علق بدمته

أخذن اغتصاباً خطبة عجرية وأمهراً أرماعاً من الخط ذبلاً^(١)
وقد يعبر عنه بالصدقة والنحلة والاجر والفريضة والعقر والحباء والعلائق^(٢).
(الثانية) المهر مسال يجب بعقد نكاح وبوطىء غير زنا من المرأة ولاملك
يمين . وذكره غير شرط الا في المتعة .

ثم المال قد يكون عيناً كهذه الدابة أو الدراهم أو الثوب ، وقد يكون ديناً
كمائة درهم أو دينار ، وكذا من الحنطة أو السمّن ويوصف في الجميع بصفات
السلم ، وقد يكون منفعة كبناء دار وخياطة ثوب وتعليم صنعة كذا وسورة كذا
مع ضبط الجميع بما يرفع الجهالة .
(الثالثة) قوله «ويستوي فيه الزوج والاجنبي» أي في تعليم الصنعة والسورة ،

اعم من ان يأتيه بنفسه او بغيره فيصح هنا قطعاً وفاقاً وقد حكاه جماعة. كذا قال في الرياض.
(١) الغصب: اخذ مال الغير ظلماً وعدواناً. والخطبة بكسر الخاء وسكون الطاء المهملة
وفتح الباء هو اسم من خطب الرجل أو المرأة الى القوم: اذا طلب ان يتزوج منهم. العجرية:
الجقوة في الكلام، والخرق في العمل والسرعة في المشي . والمهر: الصداق .
الارماح جمع الرمح بضم الراء وسكون الميم: سلاح معروف . الخط: لعل المراد
منه مكان معروف تنسب اليه الرماح الخطية .
والذبل كركع جمع ذابل، يقال قنى ذابل أى رقيق لاصق باللقيط. فى تاج العروس
نسب هذا البيت لساعدة بن جؤية وقال اوله :

اذا مهرت صلباً قليلاً عراقه
العقر بضم الاول وسكون الثانى: دية فرج المرأة اذا غصبت على نفسها ، ثم كثر
ذلك حتى استعمل فى المهر ، ومنه « ليس على عقر » أى مهر . والعقر ما تطاه المرأة على
وطىء الشبهة .
والنحلة : الهبة كأن المهور هبة من الله تعالى للنساء ، يقال : نحله اى اعطاه ووهبه
من طيب نفس بلاتوقع عوض .
وحبوت الرجل حباء بكسر الحاء ومد آخره : أعطيته الشيء بغير عوض .

أما لو جعلت المهر استيجاره مدة فقولان ، أشبههما : الجواز .

لان الغرض حصول التعليم والحدق^(١) لتلك الصنعة والسورة ، سواء كان التعليم منه أو من غيره .

لكن لو شرط تعليم السورة من الاجنبي ففي صحة الشرط نظر : من أن الغرض الحدق ، ومن حيث اشتماله على سماع صوتها المحرم على الاجنبي .

قوله : اما لو جعلت (٢) المهر استيجاره مدة فقولان اشبههما الجواز قد تقدم أن كل ما ينتفع به من عين أو منفعة أو تعليم صنعة أو سورة جاز كونه مهراً .

قال الشيخ في الخلاف^(٣) : استثنى أصحابنا من ذلك الاجارة ، ونحوه قال في المبسوط والنهاية^(٤) ، وتبعه القاضي في الكامل ، واحتج برواية احمد ابن محمد قوياً عن ابى الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل يتزوج المرأة ويشترط اجارة شهرين . فقال : ان موسى قد علم أنه سيتم له شرطاً فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفي^(٥) .

وقال ابن الجنيد والمفيد وسلار وابن ادريس^(٦) بالجواز للاصل ، ولما تقدم

والفريضة فعيلة بمعنى مفعولة ، والجمع فرائض . قيل هو من الفرض بمعنى التقدير ، وفي الآية الشريفة « فرضتم لهن فريضة » [البقرة : ٢٣٧] اي أوجبتم لهن مهراً وقد رتم لهن صداقاً .

(١) حدق الرجل في صنعته حدقاً : مهر فيها وعرف غوامضها ودقائقها . (٢) اي اما لو جعلت الزوجة المهر استيجار الزوج مدة معينة .

(٣) الخلاف ٤٠٤/٢ . الرسائل ١٩٧/١٥ . مقتضاها (١) .

(٤) المبسوط ٤/٢٧٣ ، النهاية : ٤٦٩ . ٣٧٢٧٧ . مسجماً ، ٦٧ : مقتضاها (٢) .

(٥) التهذيب ٣٦٦/٧ . ٤٤٤ : ٤٤٥ . ٦٦٠ : مقتضاها ، ٠٠٣ : مقتضاها (٣) .

(٦) السرائر : ٣٠٠ .

والاجتماع اليوم، ويؤيده قوله تعالى « وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه

شيئاً»^(١). ورواية الرضا المتقدمة.

ومارواه الوشا عن الصادق عليه السلام قال: سمعته يقول: لو أن رجلاً تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لابيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً والذي جعله لابيها فاسداً^(٢).

وما روى^(٣) أن عمر تزوج ام كلثوم وأصدقها أربعين ألف درهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، وحكى الشيخ ان الحسن بن علي عليه السلام تزوج

امرأة وأصدقها مائة جارية مع كل جارية ألف درهم^(٤).

وقال المرتضى لا تجوز الزيادة على مهر السنة ولو زاد رداليه، محتجاً بالاجماع وعدم الدليل على جواز الزيادة شرعاً، وبرواية المفضل بن عمر قال: دخلت

على الصادق عليه السلام فقلت له: أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمنين أن يجوزوه. قال: فقال السنة المحمدية خمسمائة درهم، فمن زاد على ذلك رداه

الى السنة ولا شيء عليه اكثر من الخمسمائة درهم^(٥).

وأجيب: بمنع الاجماع، بل الاجماع على نقيضه، وبمنع عدم الدليل، كيف والايات القرآنية تدل على جوازه كالاية المذكورة وعموم « فنصف ما فرضتم »^(٦) و « آتوا النساء صدقاتهن نحلة »^(٧). وأن سلم عدم الدليل فذلك غير

(١) سورة النساء : ٢٠ .

(٢) الكافي ٣٨٤/٥ .

(٣) السرائر : ٤٩١ ، الوسائل ٢٠/١٥ ، المبسوط ٢٧٢/٤ .

(٤) المبسوط ٢٧٢/٤ ، الوسائل ١٩/١٥ .

(٥) التهذيب ٣٦١/٧ ، الاستبصار ٢١٤/٣ .

(٦) سورة البقرة : ٣٣٧ .

(٧) سورة النساء : ٣٤ .

ولو تزوجها على خادم فلم يتعين ، فلها وسطه . وكذا لو قال :
دار أوبيت .

ولو قال على السنة كان خمسمائة درهم .
ولو سمي لها مهرأ ولايها شيئاً سقط ما سمي له .

ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح .

ولو أسلما أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة عيناً أو مضموناً .

دال على عدم الجواز، لان الاصل في كل شىء الجواز ما لم يقم دليل على منعه .
والرواية ضعيفة ، لان في طريقها محمد بن سنان ونقل الشيخ الطعن عليه
ورماه الغضائري بالغلو . وعلى تقدير تسليم صحتها فهي محمولة على الاستحباب .

قوله : ولو تزوجها على خادم ولم يتعين فلها وسطه ، وكذا لو قال :
دار أوبيت

هكذا قال الشيخ في النهاية^(١) وتبعه ابن ادريس ، وقيل بسل الاقل عملاً
بالمتيقن . واستضعف القولين العلامة في القواعد^(٢) واختار السعيد^(٣) بطلان المهر
والرجوع الى مهر المثل . وهو الاقوى .

قوله : ولو سمي لها مهرأ ولايها شيئاً سقط ما سمي له

هذا الكلام يحتمل وجهين :

(الاول) أنه سمي لها مهرأ ولايها شيئاً آخر غير مهرها . وهذا لاخلاف في

(١) النهاية : ٤٧٣ .

(٢) القواعد ، الفصل الاول من المقصد الثاني من الباب الخامس من كتاب النكاح .

(٣) الايضاح ١٩٥/٣ ، قال فيه : قوله « قيل » اشارة الى قول الشيخ في النهاية

وتبعه ابن ادريس ، وقيل الاقل . والاقوى بطلان المهر والرجوع الى مهر المثل .

ولا يجوز عقد المسلم على الخمر، ولو عقد صح.

ولها مع الدخول مهر المثل، وقيل: يبطل العقد.

(الثالثة) يشترط في استحباب الوفاء بلوغها ورشدها، أما مع الحجر عليها لو سمي الزوج ذلك مع اتفاق الولي فلا يصح، لان الولي يجب عليه فعل المصلحة أو الاصلح ولا يجوز أخذ العوض على الواجب.

(الرابعة) لافرق بين الاب والاجنبي في صورة اللزوم وعدمه.

(الخامسة) اذا قلنا باستحباب وفائها وسلم ذلك باذنها لم يكن لها رجوع لانها عطية ذي رحم ان كان أباً أو غيره من ذوي الارحام، وان كان أجنبياً فلها الرجوع مع شرائطه المتقدمة في الهبة.

قوله: ولا يجوز عقد المسلم على الخمر، ولو عقد صح ولها مع الدخول مهر المثل، وقيل يبطل العقد

هنا فوائد يتفحح بها هذا الكلام:

(الاولى) لا يجوز عقد المسلم على الخمر، للاجماع على وجوب كونه المهر مالا بالنسبة الى الزوجين، ولا شيء من الخمر يمال بالنسبة الى المسلم فلا يجوز له أن يعقد عليه.

(الثانية) لو عقد المسلم عليه هل يكون العقد صحيحاً أم لا؟ قال ابن الجنيد والشيخ^(١) في المبسوط والخلاف وابن حمزة وابن زهرة وابن ادريس^(٢) نعم، لو جوه:

«الاول» - أصالة الصبة لصدوره من أهله في محله.

(١) المبسوط ٤/٢٧٢، الخلاف ٢/٤٠٣.

(٢) السرائر: ٣٠٠.

«الثاني» - وجود المقتضي لها وهو الايجاب والقبول وانتفاء المانع ، اذ ليس الاعداء مالية الخمر ، وهو غير مؤثر في البطلان لصحة عرائه عن المهر بل يصح أيضاً مع شرط عدمه فلا يكون ذكره فاسداً أبلغ من اشتراط عدمه .

«الثالث» - المهر والعقد غير أن لا تلازم بينهما ، ففساد أحدهما لا يستلزم فساد الآخر . وقال المفيد في المقنعة^(١) والشيخ في النهاية^(٢) والتقي والقاضي لا بل يبطل به لوجوب اقتران الرضا بالعقد والرضا لم يقع الا على الباطل فيبطل النكاح لبطلان شرطه ، ولقول الباقر عليه السلام : المهر ما تراضيا عليه قل أو أكثر^(٣) . وينعكس بعكس التقيض الى قولنا : ان مالم يتراضيا عليه لا يكون مهراً ، فنقول ما تراضيا عليه لا يصح أن يكون مهراً شرعاً ، وما لم يتراضيا عليه لا يكون مهراً ، فيخلو البضع عن العوض فيبطل .

ولانه عقد معاوضة ، وكل عقد معاوضة يفسد بفساد العوض ، فيبطل هنا : أما الصغرى فلقوله تعالى « فآتوهن أجورهن »^(٤) ولانه معلوم من قولنا زوجتك فلانة بكذا . وأما الكبرى فللحمل على البيع وغيره من المعاوضات .

وتوقف العلامة في المختلف^(٥) . والاقرب الاول ، لضعف حجة الثاني : أما الاول فلان كون الرضا بالمهر الصحيح شرطاً باطل لانه مصادرة على المطلوب ، وأما الثاني فللمنع من كون مالم يتراضيا عليه لا يكون مهراً ، وسنده مهر المثل مع التفويض فانه مهر ولم يتراضيا عليه . وأما الثالث فلانه قياس ، ومع جوازه فهو عار عن جامع .

(١) المقنعة : ٧٩ .
(٢) النهاية : ٤٦٩ .
(٣) التهذيب ٣٥٣/٧ ، الكافي ٣٧٩/٥ بتفاوت بينهما .
(٤) سورة النساء : ٢٤ .
(٥) المختلف ٩٣/٢ . ٣١٠٢٢ .

(الثالثة) اذا قلنا بالصحة ما الذي يلزم حينئذ؟ قال الشيخ في الخلاف وابن حمزة وظاهر قول ابن ادرس أنه مهر المثل، لان التسمية هنا كلا تسمية لا بطلال الشارع اياها فيجب العوض وهو مهر المثل. وقال الشيخ في المبسوط يلزمه قيمته عند مستحيله، لانها أقرب الى ماتراضيا عليه، لانهما لما تراضيا على المحرم تضمن شيئين: أحدهما الرضا بخصوصية العين، والثاني اعتبار المالية، لان الزوجين قدرا ذلك مالا فاذا فقد اعتبار العين بقي اعتبار المالية.

ولانه لو عقد عليها على عين فظهرت مستحقة ولم يكن لها مثل فانه يلزمه قيمة تلك العين، كذلك صورة النزاع، لانه لا يملك العين ومثلها في حكم العدم، لانه لا يملكه ايضاً فوجب الانتقال الى القيمة. ولانه لو عقد على الخمر وهو ذمي فأسلم قبل القبض فانه يلزمه القيمة فكذا وفي مقاله نظر:

أما الاول فلان تقدير المالية بالنسبة الى الزوجين هنا ممتنعة، فليلغو كما لغى التعيين. وفائدة ذكره قصد الفرض [العوض ن] وعدم التفويض. وأما الثاني فللفرق بين الخمر والعين المستحقة، فان قصد المالية في العين ظاهر وهو غير ممتنع ولا ملغى في نظر الشرع، وأما عروض الاستحقاق منع من وجوب تسليمها فانقل الى قيمتها.

وكذا الثالث، فان فرض المالية بالنسبة الى الذمي غير ممتنعة، فمع الاسلام تزول خصوصية العين، فيبقى القيمة.

ونقل السعيد^(١) عن الشيخ في المبسوط أنه فرق بين الحر والخمر اعتباراً

(١) الايضاح ٢٠٢/٣، وانظر المبسوط ٢٩٠/٤. ٢١٢٦. ٢١٢٧.

بتقدير المالية في الخمر لا الحر لاستحالتها ، فأوجب في الخمر القيمة وفي الحر
مهر المثل .

(الرابعة) ان المصنف والعلامة قيدا وجوب مهر المثل هنا بالدخول ، فمفهوم
كلامهما أنه لا يجب قبل الدخول . فعلى هذا لو طلق قبله أو مات أحدهما فلا
شيء .

وفيه بحث ، لاحتمال وجوبه بنفس العقد كغيره من المهور المذكورة في
العقود . فعلى هذا يتنصف بالطلاق ويستقر بالموت والدخول . أو يقال تجب
المتعة ، لانه بمنزلة عدم الفرض .

وفي هذا نظر ، لان المتعة مشروطة بعدم الفرض وهنا فرض .
(الخامسة) لو عقد على مال من حيث الاسم لا في نفس الامر - كما لو
أصدقها هذا الخل وفي زعمه أنه خل فيان خمرأ أو هذا العبد وفي زعمه أنه عبد
فيان حرأ - ففيه احتمالات :

الاول: ما ذكره الشيخ^(١) في المبسوط والخلاف أنه يثبت قيمة الخمر عند
مستحليه ، لان الخمر لا مثل لها فيلزم مثلها .
ولا يقال: لو كان الخمر خلاكم قيمته ، فان مثله لا يكون خلا . ولا يمكن نقله
الى مهر المثل كما هو مذهب الشافعي ، لعدم الدليل عليه فلم يبق الا قيمته عند
مستحليه .

قال العلامة^(٢) : هذا لا يخلو من قوة ، لان الاغراض تتعلق بالاشخاص كما
تتعلق بكلياتها لكن الشخص هنا لا يمكن المعاوضة عليه فوجب الانتقال الى قيمته
عند مستحليه .

(١) المبسوط ٢٩٠/٤ ، الخلاف ٤٠٦/٢ .

(٢) المختلف ٩٩/٢ .

(الطرف الثاني) التفويض . لا يشترط في الصحة ذكر المهر .
فلو أغفله أو شرط ألا مهر لها فالعقد صحيح .
ولو طلق فلها المتمتع قبل الدخول ، وبعده لها مهر المثل .
ويعتبر في مهر المثل حالها في الشرف والجمال ، وفي المتمتع
حاله .

قوله : الطرف الثاني : التفويض (١)

التفويض لغة من فوض اليه الأمر أي رده اليه . قال الجوهري : التفويض في
النكاح التزويج بلا مهر ، وعند الفقهاء إخلاء العقد عن ذكر المهر بأمر يستحقه .
وهو قسمان تفويض البضع وتفويض المهر ، فالاول هو أن لا يذكر في العقد
مهراً أصلاً ، مثل ان يقول زوجتك فلانة او تقول هي زوجتك نفسي فتقول قبلت ،
والثاني هو أن يذكر اجمالاً ويفوض تقديره الى أحد الزوجين أو غيرهما كقوله
زوجتك فلانة أو زوجتك نفسي بما تحكمم به أو احكمم انسا أو يحكمم فلان أو
فلانة .

قوله : ويعتبر في مهر المثل حالها في الشرف (٢) وفي المتمتع حاله

(١) في الرياض : التفويض هو لغة رد الأمر الى الغير ثم الإهمال ، وشرعاً رد امر
المهر أو البضع الى احد الزوجين أو ثالث أو إهمال ذكره في العقد . تم كلامه .
ثم اعلم ان التفويض قسمان : تفويض للبضع ، وتفويض للمهر . فالاول إخلاء العقد
عن ذكر المهر بفعل الزوجة أو من يقوم مقامها ، مثل زوجتك نفسي أو فلانة فيقول قبلت ،
وهو عقد صحيح اجمالاً . الثاني وهو ان يذكر المهر في العقد اجمالاً ويفوض تقديره فيه
الى احد الزوجين أو اليهما معاً ولا اشكال في جوازه ايضاً .
والحق بعض الفقهاء جعله لاجنبى غيرهما ، لانه وان لم يكن منصوباً بخصوصه الا
انه في معنى التوكيل وقد تراضيا عليه . كذا في المسالك .
(٢) في المختصر النافع المطبوع « في الشرف والجمال » .

فالغنى يتمتع بالثوب المرتفع أو عشرة دنانير فأزيد .
والفقير بالمخاتم أو الدرهم . والمتوسط بينهما .
ولو جعل الحكم لاحدهما في تقدير المهر صح .
ويحكم الزوج بما شاء وان قل . من أوجب مهر المثل ، لا يرد
وان حكمت المرأة لم تتجاوز مهر السنة .

هنا فوائد :

- 1- (الاولى) يحتاج الى معرفة مهر المثل في مواضع :
- « الاول » - مع الوطىء في المفوضة .
- « الثاني » - فساد المسمى .
- « الثالث » - فساد التفويض .
- « الرابع » - اطلاق الوكالة في المهر والتزويج .
- « الخامس » - تقسيط الجملة عليه فيما اذا جمع بين امرأتين في مهر أو جمع نكاحاً مع بيع أو اجارة أو غير ذلك وقلنا بالصحة والتقسيط على مهر المثل، وهو الاصح .
- « السادس » - الوطىء بالشبهة .
- « السابع » - الوطىء كرهاً .
- « الثامن » - اختلافهما في تعيين المهر اذا تحالفا .
- « التاسع » - تلف الصداق المعين قبل القبض ولا يعلم قدره .
- « العاشر » - ظهور الصداق معيباً مع تعيينه فيفسخ للغيب، والاصح وجوب مثله أو قيمته صحيحاً أو اخذ الارش .

(الثانية) تعتبر في مهر المثل حال المرأة بغير خلاف ، لكن اختلف في تلك الحال: فقال المفيد^(١) جمالها وشرفها، وزاد التقي السن والتحسين، وقال الشيخ في المبسوط^(٢) كل أمر يختلف المهر لاجله فانه يعتبر به ، وقال ابن حمزة يعتبر كلما يختلف المهر لاجله من العقل والجمال والديانة واليسار والبكارة ومقابلاتها من الحمق والقباحة وعدم التدين والاعسار والثبوبة . وهذا في الحقيقة تفصيل لما ذكره الشيخ .

وعبارة المصنف شاملة لجميع ذلك ، فان كل خصلة من هذه اذا وجدت في المرأة كانت بها أشرف من فاقدتها في نظر العقل المعاشي . وزاد القاضي اعتبار البلدة ولم يعتبرها غيره ، وهو الاصح اذ لاتعلق للبلد في شرف المرأة .

(الثالثة) لاشك أن النسب من الامور المهمة في شرف المرأة ، واختلف في الاعتبار منه : فقال الشيخ في المبسوط والخلاف^(٣) الاقارب مطلقاً كالام والاخت ومن هو من جهتهما ، وقال ابن حمزه يعتبر نساء أهلها من كلا الطرفين الاقرب فالاقرب ، وقال القاضي قرابة الاب من الاناث دون الام ، وحكاه الشيخ في المبسوط عن تقدمه .

والحق أن أي طرف اتفق شرفه كفى من الاب أو الام أو كليهما ، لانا نعلم قطعاً أن المرأة اذا كانت شريفة من جهة الام فقط أو الاب فقط فانها أشرف من فاقدة الشرف من الطرفين . وتدل على ذلك رواية الحلبي صحيحاً قال : سألته عن رجل تزوج امرأة قد دخل بها ولم يفرض لها مهراً ثم طلقها . فقال : لها

(١) المقنعة : ٧٩ .

(٢) المبسوط ٢٩٩/٤ .

(٣) المبسوط ٢٩٩/٤ ، الخلاف ٤١١/٢ .

مهر مثل مهور نسائها^(١) . ولفظ «نسائها» شامل للعصبات وغيرهن ، وبمعناها رواية منصور بن حازم^(٢) وعبد الرحمن بن ابي عبدالله عن الصادق عليه السلام^(٣) .
 (الرابعة) لوزاد مهر المثل عن مهر السنة ، قال اكثر الاصحاب يرد الى السنة ،
 جمعاً بين اطلاق الروايات وبين رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال :
 سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم أن يسمى صداقها حتى دخل بها . قال : السنة
 والسنة خمسمائة درهم^(٤) .

ونقل العلامة^(٥) عن بعض علمائنا عدم تقدره بقدر لاطلاق الروايات ،
 واستقرب في القواعد^(٥) عدم تقدره بقدر في ما أشبه الجناية ، كالنكاح الفاسد
 ووطيء الشبهة والاكراه ، لانه في الحقيقة قيمة متلف فلا يتقدر بالسنة ، لان
 المتقدر المهر وهذا في الحقيقة ليس بمهر كما قلناه ، وكل متلف مضمون ليس
 بمثلي فضمامه بقيمته . أما مهر المفوضة فمتفق عليه .

(الخامسة) لو اتفقا على الفرض في مفوضة البضع لزم المفروض زاد أو نقص ،
 ولو طلقها حيثئذ كان لها نصفه قبل الدخول وكله بعده ، ولو لم يتفقا فطلق قبل
 الدخول كان لها المتعة ، وهي مال يعطاه المفوضة مع طلاقها قبل الدخول .
 ولا خلاف في الرجوع في كميته الى حال الزوج ، لنص الكتاب في قوله
 «ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره»^(٦) .

(١) التهذيب ٣٦٢/٧ ، الاستبصار ٣/٢٢٥ .

(٢) الكافي ٣٨١/٥ .

(٣) التهذيب ٣٦٢/٧ ، الاستبصار ٣/٢٢٥ ، الوسائل ١٥/٢٤٤ .

(٤) المختلف ١٠١/٢ .

(٥) القواعد ، الفصل الثالث في التفويض .

(٦) سورة البقرة : ٢٣٩ .

ولو مات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم فالمرؤى لها
المتعة .
(الطرف الثالث) في الاحكام وهي عشرة :

أما لو حصلت الفرقة بالموت قبل الدخول، ان كان فرض لها مهرأ فلها، وان
لم يكن فرض لها مهرأ فلأمهر .
ان قلت: لم لا يلزم العوض هنا بالعقد كما يجيء أنها تملك المهر بالعقد .
قلت: ذلك اللزوم في المهر المذكور في العقد، والمتعة لزمّت بالطلاق ولا
طلاق هنا .
قوله: ولو مات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم فالمرؤى لها المتعة
هذا من أحكام القسم الثاني ، وهو تفويض المهر الى حكم أحدهما . ولا
خلاف أيضاً أنه اذا حكم من فوض اليه الحكم لزم ما يحكم به ، لكن في
جانب الرجل لا يراعى قدرأ لرضاها بذلك . أما في جانب المرأة فلا مراعاة في
طرف القلة أيضاً ، وفي الكثرة يراعى عدم تجاوزه مهر المثل .
ومع الحكم بالشرط المذكور يلزم المحكوم به أيضاً بلا خلاف، ويستقر
بالموت وينتصف بالطلاق .
أما لو حصلت الفرقة قبله فاما بطلاق أو موت ففي الاول يلزم من اليه الحكم
بالحكم ويلزم ما يحكم به ويكون لها اما نصفه أو كله، وفي الثاني للاصحاب
هنا أقوال :
(الاول) قول الشيخ في النهاية^(١) والقاضي وابن حمزة أن لها المتعة ،
والمستند الرواية المشار اليها، وهي ما رواها محمد بن مسلم صحيحاً عن الباقر

(١) النهاية : ٤٧٢ . تملك المهر بنصف المقدار كما في نسخة المشهور

(٢) ٧١٢٦ .

عليه السلام أنه قال في رجل تزوج امرأة على حكمها أو على حكمه فماتت أو ماتت قبل أن يدخل بها . فقال : لها المتعة والميراث ولأمهر لها^(١) . ولأنه لا يجوز حلوا النكاح من عوض ومهر المثل تابع للدخول ولم يحصل ، وليس هنا مسمى فتجب المتعة .

(الثاني) أن لها مهر المثل .^(٢) وحكماها الشيخ في المبسوط^(٣) واختار الأخير ، وهو

ظاهر قوله في الخلاف .^(٤) (الرابع) قول ابن ادريس^(٥) ، وهو أنه ان كان الحاكم الزوج وماتت هي لزمه جميع ما يحكم به ، وان كانت هي الحاكمة وماتت قبل الحكم لم يلزمه شيء بعد أنه قال : الحاق غير المطلقة بالمطلقة قياس لانقول به ، ومهر المثل تابع للدخول ولادخول . واختار العلامة في المختلف^(٦) قول النهاية ، وهو الظاهر أيضاً من كلام

المصنف . وللشهيد هنا تحقيق ، وهو أن صور الموت خمس : «١» موتها جميعاً ، «٢» موت الزوج الحاكم وحده ، «٣» موت الزوجة الحاكمة وحدها ، «٤» موت الزوج المحكوم عليه وحده ، «٥» موت الزوجة المحكوم عليها وحدها . فالمقتضي لسقوط المهر أصلاً أو الرجوع الى المتعة أو مهر المثل اما تعذر الحاكم أو المحكوم عليه أو تعذرهما معاً ، فان كل واحد محتمل لكن لا سبيل الى واحد منها فلامقتضي ، اما انتفاء السبيل فلان المهر مذكور غاية أنه مجهول فاذا تعذرت

(١) الكافي ٣٧٩/٥ ، التهذيب ٣٦٥/٧ ، الفقيه ٢٦٢/٣ ، الوسائل ٣٢/١٥ .

(٢) المبسوط ٢٩٦/٤ ، الخلاف ٤٠٩/٢ .

(٣) السرائر : ٣٠٣ .

(٤) المختلف ٩٦/٢ .

(الاول) تملك المرأة المهر بالعقد ، وينتصف بالطلاق .
ويستقر بالدخول ، وهو الوطاء قبلاً أو دبراً .
ولا يسقط معه لو لم يقبض ، ولا يستقر بمجرد الخلوة على
الاشهر .

معرفة وجب الرجوع الى مهر المثل ، لكن النص صحيح الا أنه ليس بصريح
في جميع الصور بل دل على أنه اذا مات أحدهما قبل الدخول فلها المتعة ، الا
أنه لا يشمل جميع الصور بالنصوصية ، فيمكن حمله على موت الحاكم ، ولهذا
فرضه المصنف والعلامة في موت الحاكم . وأما صورتان الاخرتان فلم لا
يحكم الباقي وهو الحاكم ، اذ لا يشترط حضور المحكوم عليه عند الحكم ،
ولكن مع صحة النقل جاز أن يكون الموت سبباً في انتفاء الحكم ، بل في
الاسقاط فلا تجب معرفة الحكمة فيه .

وفي هذا التحقيق نظر ، لانا لانسلم أن مع تعذر معرفته بموت الحاكم يجب
الرجوع الى مهر المثل ، لجواز الرجوع الى وارثه ، فان كثيراً ما يرجع الى
الوارث في تعيين المجملات المتعلقة بالميت في الحقوق المالية .
ويظهر من هذا أن لوجه لكون الموت سبباً في انتفاء الحكم أو الاسقاط
وحيثذا لنا أن نقول : اذا تعذر الحاكم رجوع الى القائم مقامه ، الا أنه لا يقبل
حكمه الأباقل الامرين من مهر المثل أو المتعة . وعليه تحمل الرواية .
قوله : تملك المرأة المهر بالعقد وينتصف بالطلاق ويستقر بالدخول
وهو الوطاء قبلاً أو دبراً ، ولا يسقط معه لو لم يقبض ، ولا يستقر بمجرد الخلوة
على الاشهر

هنا مباحث :

(الاول) ان المرأة تملك المهر بنفس العقد ملكاً غير مستقر ، وهو المشهور

بين الأصحاب، بل المجمع عليه عندهم اليوم وقتله من العصور بعد ابن الحنيد.
وسند اجماعهم وجوه :

« ١ » - اطلاق الامر في قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة »^(١)
فان ظاهر اضافة الصدقات اليهن يفيد الملك، اذ هو الحقيقة والاصل في الاضافة .
ولم يفيد الامر بالدخول وعدمه ، فيثبت الكل الا ما أخرجه الدليل .

« ٢ » - كلما ملكت نماء الصداق بنفس العقد وجب أن تملك أصله كله
به ، لكن المقدم حق فكذا التالي والملازمة ظاهرة : أما حقيقة المقدم فلرواية
عبيد بن زرارة موثقاً عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : رجل تزوج امرأة
ومهرها مهرأ فساق اليها غنماً ورقيقاً فولدت عندها فطلقها قبل أن يدخل بها .
قال : ان كان ساق اليها ما ساق وقد حملن عنده فله نصفها ونصف ولدها، وان
كن حملن عندها فلا شيء له من الاولاد^(٢) .

« ٣ » - ان الصداق في مقابلة البضع فلما ملك الرجل البضع بنفس العقد
وجب أن تملك المرأة أيضاً صداقها به كالمبتاعين .

وقال ابن الحنيد الذي يوجب العقد النصف والنصف الاخر بالوقاع، محتجاً بأنه
لو ملكته أجمع به لاستقر ، لاصالة بقاء ما كان على ما كان ، لكن لم يستقر فلم
تملكه به ، ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : سألته متى يجب
المهر؟ قال : اذا دخل بها^(٣) . وه يقتضي عدم الوجوب قبل الدخول . ورواية
يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام أنه قال : لا يوجب المهر الا الوقاع
في الفرج^(٣) .

وهذا الجواب عن الاول : انه اتمايتهم لو أريد الملك التام ، لكن ليس كذلك .

(١) سورة النساء : ٤ .

(٢) التهذيب ٣٦٨/٧ ، الكافي ١٠٦/٥ واللفظ للاول .

(٣) التهذيب ٤٦٤/٧ ، الاستبصار ٢٢٦/٣ ، الوسائل ٦٦/١٥ .

بل الناقص ، كملك المشتري في زمن الخيار والاجنبى الهبة قبل التعويض .
وعن الروايتين بأن المراد الايجاب المستقر .

ويتفرع على القولين : أنه لو انفسخ النكاح بالرضاع قبل الدخول لامن
جهة المرأة ، فعلى الثاني يجب نصف المهر ، لان الموجب للكل اما الدخول
أو الموت ولم يحصل ، وعلى الاول اختلف القائلون به على قولين : أحدهما
أنه انما يتشترط بالطلاق خاصة وحينئذ يجب الكل ، وثانيهما انه يتشترط بكل فرقة
حصلت في حياة الزوجين قبل الدخول لامن جهة المرأة ، وحينئذ يجب النصف .

(الثاني) لاختلاف في أنه ينتصف بالطلاق ، لدلالة قوله تعالى «فان طلقتموهن
من قبل أن تماسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم»^(١) ، فهل ينتصف
بغير ذلك ؟ قد تقدم أن الفسخ بالعنة يوجب تنصفه .

وقال الشيخ في النهاية^(٢) ان موت الزوجة قبل الدخول بها كالطلاق في
تنصيف المهر ، محتجاً برواية يونس المذكورة آنفاً ، وبأن الفرقة بالموت أقوى
من الفرقة بالطلاق ، لان الطلاق باختيار الزوج بخلاف الموت .

وأجيب عن الرواية: بأنها وردت في مقابلة توهم الاستقرار بالخلوة ، وعن
الثاني بأنه نوع قياس . والحق أنه يستقر بالموت ، لما بينا من تملكه بمجرد
العقد ، والاصل البقاء الا ما أخرجه الدليل ولم يخرج له الادليل الطلاق .

وهو فتوى ابن حمزة وابن ادريس^(٣) ، قال ان الموت عند محصلي أصحابنا
يجري مجرى الدخول في استقرار المهر جميعه ، وهو اختيار شيخنا المفيد في
أحكام النساء ، وتابعه الشيخ في النهاية^(٤) والقاضي والكيدري . وقال الصدوق

(١) سورة البقرة: ٢٢٧ .

(٢) النهاية: ٤٧١ .

(٣) السرائر: ٣٠٢ .

(٤) قد مر آنفاً في التعليقة السابقة .

في المقنع^(١) ان موت الرجل ينصف المهر .
 (الثالث) يستقر المهر بأمر أربعة : « ١ » الدخول كما يجيء بيانه وهو
 اجماعي ، « ٢ » موت الزوج ، « ٣ » موت الزوجة وقد عرفت الخلاف فيهما
 « ٤ » الردة من الزوج .
 وقوله : « ولا يسقط معه لو لم تقبض » كأنه اشارة الى رواية مهجورة رواها
 محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : انها مع الدخول ليس لها المطالبة
 اذا لم تطالبه أولاً^(٢) .
 (الرابع) اختلف في الدخول الذي يستقر به المهر ، فقال ابن ابي عقيل
 اذا اغلق الباب وأرخی الستروجب لها المهر ولا عدة عليها ، وقال اذا تزوج
 الرجل المرأة ثم خلا بها فأغلق باباً أو أرخی ستراً ثم طلقها فقد وجب الصداق
 وخلأه بها دخول ، وبمعناه روى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن
 ابيه عن علي عليه السلام^(٣) . وقال الاكثر : هو الوطء قبلاً أو دبراً .
 قال الشيخ^(٤) في المبسوط والخلاف هو الظاهر في روايات الاصحاب ،
 يشير الى رواية يونس بن يعقوب المتقدمة : ولا يوجب المهر الا الوقاع في
 الفرج^(٥) ، ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وقد سأله متى يجب
 المهر؟ قال : اذا دخل بها^(٥) .

(١) المقنع : ١٢٠ .
 (٢) قال في الجواهر ٧٢/٣١ في شرح « وفيه رواية اخرى مهجورة » : وعلى كل
 حال فالرواية التي اشار اليها المصنف هي خير محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام :
 في الرجل يتزوج المرأة ويدخل بها ثم تدعى عليه مهرها . قال : اذا دخل بها فقد هدم العاقل .
 راجع الوسائل ١٤/١٥ .

(٣) التهذيب ٤٦٤/٧ ، الاستبصار ٢٢٧/٣ ، الوسائل ٦٧/١٥ .

(٤) المبسوط ٢٧٦/٤ ، الخلاف ٤١٨/٢ .

(٥) التهذيب ٤٦٤/٧ ، الاستبصار ٢٢٦/٣ ، الوسائل ٦٦/١٥ .

والمراد من الدخول هو الوطى عرفاً وغير ذلك من الروايات، ويؤيد هذا القول قوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم »^(١)، والمراد من المس هو الجماع. وفي المسألة أقوال آخر: الاول: قال في النهاية^(٢) ان أرخى الستركالدخول، الا أنه قال لا يحل للمرأة ان تأخذ منه أكثر من نصف المهر ما لم يدخل بها، وتبعه القاضي والكيدري.

الثاني: قال الصدوق في المقنع^(٣): اذا تزوج الرجل المرأة وأرخى الستر وأغلق الباب ثم أنكر ا جميعاً المجامعة فلا يصدقان، لانها تدفع عن نفسها العدة ويدفع هو عن نفسه المهر.

الثالث: قال ابن حمزة: اذا دخل بها وأرخى الستر وادعى الرجل أنه لم يواقعها وأمكنه إقامة البينة وأقامها قبلت منه، وان لم يمكنه كان له أن يستحلفها، فان استحلفها والا لزمه توفية المهر. واستحسنه العلامة^(٤).

الرابع: نقل الشيخ^(٥) عن ابن ابي عمير أنه قال: ان الاحاديث قد اختلفت في ذلك، والوجه في الجمع بينها أن على الحاكم أن يحكم بالظاهر، ويلزم الرجل المهر كله اذا أرخى الستر، غير أن المرأة لا يحل لها فيما بينها وبين الله أن تأخذ الا نصف المهر.

واستحسن الشيخ ذلك وقال: لاينا في ذلك ما قد مناه، لانا انما أوجبنا

(١) سورة البقرة: ٢٣٧.

(٢) النهاية: ٤٧١.

(٣) المقنع: ١٠٩.

(٤) المختلف ٩٦/٢، مشا ٥٤٦، بايعا ٤٤١، ٧١٣٢٣، بيوتها ١٤٤ (٦)

(٥) التهذيب ٤٦٧/٧، الكافي ١١٠/٦، وقال الكليني أيضاً مثل ما ذكره الشارح

في الكتاب عن الشيخ.

نصف المهر مع العلم بعدم الدخول ومع التمكن من معرفة ذلك ، وأما مع ارتفاع العلم وارتفاع التمكن فالقول ما قاله ابن ابي عمير .
ثم استدل برواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال : سألت عن رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه فأغلق الباب وأرخت الستر وقبل ولمس من غير أن يكون وصل إليها بعد ثم طلقها على تلك الحال ؟ قال : ليس عليه الانصف المهر^(١) .

الخامس : قال الشيخ جنواباً عن روايتي زرارة واسحاق^(٢) : الوجه فيهما أن تحملاً على أنه اذا كانا متهمين بعد خلوهما وأنكرا الواقعة فلا يصدقان على ذلك ، ويلزم الرجل المهر كاملاً والمرأة العدة بظاهر الحال ، ومتى كانا صادقين أو كان هناك طريق يمكن أن يعرف به صدقهما فلا يوجب المهر الا الواقعة . واستدل برواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : الرجل يتزوج المرأة فيرخي عليه وعليها الستر أو يغلق الباب ثم يطلقها فتسأل المرأة هل اتاك ؟ فتقول ما أتاني ، ويسأل هو هل أتيتها فيقول لم آتها . قال : فقال لا يصدقان ، وذلك لانها تريد أن تدفع العدة عن نفسها ويريد هو أن يدفع المهر^(٣) .

واختار العلامة^(٤) بعد نقل هذه الاقوال أنه انما يجب له المهر كاملاً بالدخول لآبارخاء الستر ، لكن لما كانت الخلوة مظنة له بحيث لا ينفك عنه غالباً وجب أن لا ينفك عن ايجاب كمال المهر المستند الى الدخول غالباً ، فمدعيه حينئذ

(١) التهذيب ٤٦٧/٧ ، الاستبصار ٢٢٩/٣ .

(٢) وهما في التهذيب ٤٦٤/٧ ، والجواب ذكره الشيخ بعدهما فارجع هناك .

(٣) التهذيب ٤٦٥/٧ ، الكافي ١١٠/٦ ، الاستبصار ٢٢٧/٣ .

(٤) المختلف ٩٦/٢ .

(الثاني) قيل اذا لم يسم لها مهراً وقدم لها شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهراً ما لم يشترط غيره .

(الثالث) اذا طلق قبل الدخول رجوع بالنصف ان كان أقبضها أو طالبت بالنصف اذا لم يكن أقبضها .

يدعي الظاهر ومنكره يدعي خلافه فيحكم للمدعى به مع اليمين قضاء للظاهر، أما مع تصديق المرأة بعدمه فلا يجب الكمال قطعاً . وفيه نظر ، لانا لانسلم أن مدعيه يدعي الظاهر ، لان الخلوة قد تنفك عن الوقاع غالباً أيضاً : اما لعارض من مرض أو عنة أو عدم الانتشار المستند الى الربط كما هو مشهور ، فلا يكون حينئذ مدعيه مدعياً للظاهر . هذا ، مع أن دعواه معارضة بأصالة عدم الوقاع وأصالة براءة الذمة من كمال المهر ، فالحق اذاً أن على مدعيه البينة ، فان أقامها والا كان القول قول المنكر مع يمينه .

قوله : قيل اذا لم يسم مهراً وقدم لها شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهرها ما لم تشترط غيره

هذا قول الشيخين^(١) والقاضي وسلا و ابن ادريس^(٢) ، والمستند رواية ابي عبيدة والفضيل في الصحيح عن الباقر عليه السلام^(٣) .

(١) المقنعة : ٧٩ ، النهاية : ٤٧٠ .

(٢) السرائر : ٣٠١ .

(٣) التهذيب ٣٥٩/٧ ، الكافي ٣٨٥/٥ ، الاستبصار ٢٢٢/٣ والسند في الاول : عن ابي عبيدة عن الفضيل عن ابي جعفر عليه السلام . وفي الثاني : عن ابي عبيدة وجميل بن صالح عن الفضيل عن ابي جعفر عليه السلام . وفي الثالث : عن ابي عبيدة وعن الفضيل عن ابي جعفر عليه السلام : في رجل تزوج امرأة فدخل بها فأولدها ثم مات عنها

وقال المفيد لأنها لو لم ترض به مهرأ ما مكنته من نفسها حتى تستوفي تمامه
أو توافقه على ذلك وتجعله دينأ عليه في ذمته .

وأما ابن ادريس فادعى عليه الاجماع . والمصنف استضعف هذا القول ،
لعدم الدلالة على أن ماقدمه هو المهر بشئء من الدلالات الثلاث . وعلى تقدير
تسليم كونه مهرأ لادلالة على كونه كمال المهر ، لجواز كونه قدرأ يسيراً ومهر

أمثالها شئء كثيرأ وبالعكس . والرواية ليس فيها أن المهر غير مسمى في العقد ،
بل هي مبنية على مجرى العادة ، فانه قيل ان العادة فيما تقدم من الزمان أن الرجل
لا يدخل بزوجه الا بعد تقديم مهرها والان العادة بخلاف ذلك .

وقول المفيد أنها لو لم ترض به مهرأ ما مكنته من نفسها ، ممنوع لجواز
تمكينها ومطالبتها بالمهر كما في صورة ما لو لم يقدم شيئأ ولم يكن سمي أولأ .
ودعوى الاجماع ممنوعة .

إذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الأولى) التحقيق في المسألة أن الزوجين ان اتفقا على أن المقدم هدية
فلا بحث في لزوم مهر غيره ، وان اتفقا على أنه مهرأ ومن المهر فلا نزاع أيضاً ،
وان اختلفا بعد اتفاقهما على التفويض فقال الزوج هو مهر وقالت الزوجة
هدية ، فالقول قول الزوج ، لانه أعرف بنيته ، وكذا الكلام لو حصل التقديم
في صورة التسمية .

(الثانية) لو حلف الزوج وكان مهر المثل أكثر من المقدم كان لها التتمة ،

فادعت شيئأ من صداقها على ورثة زوجها فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث . فقال : أما
الميراث فلها ان تطلبه ، وأما الصداق فان الذي اخذت من الزوج قبل ان يدخل عليها
فهو الذي حل للزوج به فرجها قليلا كان أو كثيراً اذا هي قبضته وقبلته ودخلت عليه فلا شئء
لها بعد ذلك .

وان كان أقل كان الزائد اباحة ، لو نلف عندها لم يكن مضموناً ، ومع بقائه له الرجوع به . ولو نكل عن اليمين أو رد اليمين عليها حلفت في الصورتين وكان لها المطالبة بالمهر لو تلف المقدم عندها ، ومع وجوده لها الاحتساب به مع اتحاد الجنس ، ومع الاختلاف يفتقر الى المراضاة .

(الثالثة) قال الشيخ في النهاية^(١) يستحب للرجل أن لا يدخل بامرأته حتى يقدم لها مهرها ، وان لم يفعل قدم بعضه أو شيئاً آخر هدية يستبج به فرجها . وناقشه ابن ادريس^(٢) في قوله « ويستبج به فرجها » ، لأن فرجها يستباح بالعقد والمهر يكسون في الذمة . وهذه مناقشة لفظية ، فان الشيخ قصد شدة الاستحباب . ومستنده رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام : اذا تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق اليها شيئاً درهماً فما فوقه أو هدية من سويق أو غيره^(٣) .

وبذلك يجمع بين هذه وبين رواية عبد الحميد الطائي قال : قلت للصادق عليه السلام : أتزوج المرأة وأدخل بها ولا أعطيها شيئاً . فقال : نعم يكون ديناً عليك^(٤) .

أو تحمل الرواية الاولى على ما اذا لم يعزم على أدائه ، فان الفرج يكون حراماً أو مكروهاً كراهة شديدة ، لما ورد في الحديث : من استدان ديناً ولم ينو قضاءه فهو سارق^(٥) ، ومن تزوج امرأة ولم ينو أداء مهرها فهو زان^(٥) .

(١) النهاية : ٤٦٩ .

(٢) السرائر : ٣٠١ .

(٣) ، ٣ (٣) التهذيب ٣٥٧/٧ ، الاستبصار ٢٢٠/٣ .

(٤) الكافي ٩٩/٥ ، وفيه : كان بمنزلة السارق .

(٥) الوسائل ٢١/١٥ .

ولا يستعيد الزوج ما تجدد من النماء بين العقد والطلاق ،
متصلاً كان كاللبن أو منفصلاً كالولد .
ولو كان النماء موجوداً وقت العقد رجع بنصفه كالحمل .

وابن الجنيذ قائل بقول الشيخ، قال: لثلا يكون الفرج موطوءاً بغير عوض،
ولا سيما ان كان والي البلد يرى أن الدخول ابراء من المهر .
قوله : ولا يستعيد الزوج ما تجدد من النماء بين العقد والطلاق ،
متصلاً كان كالسمن (١) أو منفصلاً كالولد ، ولو كان النماء موجوداً وقت
العقد رجع بنصفه كالحمل

أما المنفصل فلا خلاف في عدم الرجوع به ، وأما المتصل كالسمن وتعلم
الصنعة فقال الشيخ في المبسوط (٢) تكون مخيرة بين اعطاء النصف مع الزيادة
وبين أن تمسكه وتعطيه نصف القيمة . ثم قوى الاول ، لقوله تعالى « فنصف
ما فرضتم » (٣) .

وقال في النهاية (٤) : لو جعل مملوكاً مهراً ثم زاد ثمنه عندها وطلقها قبل
الدخول رجع بنصف ثمن المملوك يوم التسليم ، وليس له من الزيادة شيء ،
وتبعه القاضي فيه .

وقال ابن ادريس (٥) : لا فرق بين المنفصل والمتصل في أنه لا يرجع الا بمثل
قيمة العين وقت التسليم ، لان هذه النماء حدث في ملكها دون ملكه ، لان ملكه
لا يتجدد الا بعد الطلاق . وهو اختيار المصنف ، وهو الذي عليه الفتوى .

(١) في المختصر النافع المطبوع بمصر « كاللبن » .

(٢) المبسوط ٢٧٨/٤ .

(٣) سورة البقرة: ٢٣٧ .

(٤) النهاية : ٤٧٣ .

(٥) السرائر: ٣٠١ .

واحتجاج الشيخ بالاية ضعيف ، لان المفروض قد زاد ، فلا يمكن أخذ
نصفه منفرداً عن الزيادة التي ملكتها بالعقد .
وهنا فوائد :

(الاولى) لاختلاف أنه لو زادت القيمة لا لزيادة عين ولا صفة ، بل لزيادة
السوق في أنه يرجع بنصف العين . نقل ذلك ابن ادريس^(١) ، وذلك لان تلك
الزيادة في معرض الزوال ، ولهذا لو نقصت القيمة السوقية عن يوم التسليم لم
يكن النقص مضموناً عليها .

(الثانية) قال الشيخ في المبسوط^(٢) : ان الطلع قبل التأبير وبعده نماء متصل
كالسمن لها امساكها بجماليتها ومنعه من الرجوع في النصف ويكون حقه في
القيمة ، فان اختارت رد نصف العين أجبر على القبول . ومنهم من فرق بين
ما قبل التأبير وما بعده . وقيل اذا أبر فهو منفصل كالولد لا يجبر الرجل على
قبول نصف العين . قال : والمذهب أنه لا فرق بينهما .

وقال العلامة : الوجه أن له الرجوع في نصف العين ، سواء كان الطلع
مؤبراً أو غير مؤبر والثمرة للمرأة لتجددها في ملكها وعلى الزوج الصبر الى
وقت الجذاذ ، لان الثمرة في الاصل بحق فليس له قطعها ولا الرجوع بالقيمة
ولا يجبر عليها . وهذا هو الصحيح .

(الثالثة) اذا حصل نقص القيمة عندها للسوق وقد بينا عدم ضمانه ، أما لو
كان لفوات عين كالعور أوصفة كنسيان الصنعة ، قال الشيخ^(٣) يتخير مع طلاقها
قبل الدخول بين أخذ نصف العين أو نصف القيمة .

(١) السرائر : ٣٠١ .

(٢) المبسوط ٤ / ٢٧٩ .

(٣) المبسوط ٤ / ٢٧٧ .

وقال القاضي : ان كان من فعلها أو من أمر سماوي يتخير بين أخذ نصفه ناقصاً وبين تضمينها نصف القيمة يوم القبض ، وان كان من أجنبي لم يكن له سبيل على المهر ويضمنها نصف القيمة يوم قبضه .

وقال العلامة^(١) : الوجه أن يجبر الزوج على أخذ نصف العين مع الارش ، وليس له المطالبة بنصف القيمة الأبرضاها ، لانحصار حقه في العين مع وجودها ، لقوله تعالى « فنصف ما فرضتم » ، والعيب لا يخرج العين عن حقيقتها ، والنقص ينجبر بدفع الارش . قال : وتفصيل القاضي من منع الزوج من أخذ نصف العين لو كان العيب من أجنبي وأخذ النصف منها ناقصاً لو كان العيب من فعلها لا وجه له ، لان العيب اذا كان من فعلها كان مضموناً عليها ، لانه تلف اما لبعضه أو لوصفه في يد ضامن ، فكان الارش لازماً له ، كما لتلفت العين بكما لها . قيل عليه : لانسلم اجبار الزوج على ما قلت .

قوله « لانحصار حقه في العين » . قلنا : ممنوع ، وانما يكون كذلك لو بقيت العين بكما لها ، والفرض خلافه لان الماهية اذا نقص جزء منها من مائة ألف جزء صدق عليها أنها غير الماهية الاولى ولا يدل عليه قوله تعالى « فنصف ما فرضتم »^(٢) ، لان المراد ان كان غير الشخص فلم يصلح للاحتجاج ، وان كان الشخص فكذلك لعدم بقائه بكما له .

قوله « والعيب لا يخرج العين عن حقيقتها » قلنا : مسلم ، لكن اللازم منه تخيير الزوج بين أشخاص تلك الحقيقة ولم يقل به ، بل حكم بانحصار الحق في العين . وان أراد بحقيقتها شخصها فهو ممنوع ، لان الشخص لم يبق مع العيب في التخيير المذكور .

(١) ١٠٦ : ١٠٦ .

(٢) ٣١٧٧٢ : ٣١٧٧٢ .

(٣) ٣١٧٧٢ : ٣١٧٧٢ .

(١) المختلف ١٠٢/٢ .

(٢) سورة البقرة: ٢٣٧ .

قوله « واذا كان العيب من فعلها كان مضموناً عليها » قلنا : ممنوع ، لانها ملكت العين بالعقد ، ولا يضمن الانسان جناية في ملكه لغيره ، ولذلك لم يوجب القاضي عليها الارش بل خيره بين أخذه ناقصاً وبين تضمينها نصف القيمة يوم القبض . نعم يصح ما قاله العلامة على رأي ابن الجنييد أنها لاتملك بالعقد الا نصف الصداق ، لكنه لم يقل بذلك .

قوله « ثم منع القاضي من أخذ الزوج العين لو كان العيب من أجنبي لاوجه له » قلنا : بل له وجه ، وذلك لانه اذا لم يرض بالمعيب لم يكن له الرجوع الى الاجنبي ، لانه لم يجن على العين الا وهي ملك المرأة ولا الى المرأة لانها لم تجن عليها ، فلذلك ينتقل الى القيمة .

(الرابعة) قد بينا أن المرأة تملك الصداق كله بالعقد لكنه مضمون على الزوج حتى يسلمه اليها ، ولهذا لو كان المهر من ذوات القيم وقبضها اياه ثم طلقها قبل الدخول وتلف في يدها لم تضمن له الا أقل الامرين من نصف القيمة من حين تقييضها أو حين العقد ، أما لو طلقها والمهر في يده وحصل فيه نقصان عين أو صفة ، فقال الشيخ^(١) تخيرت بين أخذ نصف العين أو نصف القيمة ، وقال القاضي ان كان العيب من غير فعله تخيرت كذلك وان كان من فعله تخيرت بين أخذ نصفه ناقصاً وقيمة نصف النقصان وبين تركه وتضمينه نصف القيمة ، وان كان من أجنبي تخيرت بين أخذ نصفه ناقصاً واتباع الجاني بنصف النقص وبين اخذ نصف القيمة من الزوج .

وقال العلامة^(٢) هنا أيضاً : انها تجبر على أخذ نصف العين مع الارش ، لانه أقرب من القيمة الى الحقيقة ، ولانها استحققت العين بالعقد ، ولا خيار هنا

(١) المبسوط ٤ / ٢٧٨ .

(٢) المختلف ٢ / ١٠٣ .

لانه أقرب الى المسمى من مهر المثل. قال : وتفصيل القاضي لاوجه له، وأي فرق بين أن يكون العيب من فعل الزوج أو من فعل الاجنبي ، وكما أوجب الضمان على الاجنبي كذا ينبغي ايجابه على الزوج .
قيل عليه هنا أيضاً : نمنع الاجبار ، وسنده عدم بقاء الشخص كما تقدم .
قوله « ولانه أقرب من القيمة الى الحقيقة » قلنا : مسلم لكن لانسلم أن لازمه هو الاجبار، ولم لايجوز أن يكون لازمه هو التخيير المذكور، وذلك لانه يجوز تعلق الفرض بكمال العين ولم يبق الكمال فلذلك جاء التخيير .
قوله « وتفصيل القاضي لاوجه له وأي فرق » الى آخره . قلنا : لم يفرق الرجل بينهما ، بل قال بوجود الارش على الزوج والاجنبي معاً ، فان قوله « وبقيمة نصف النقصان » هو الارش ، فالحق هنا ما قاله القاضي .

(الخامسة) لو كان النماء موجوداً حال العقد كان جزء من المهر يرجع بنصفه بالطلاق كما يرجع بنصف الاصل، لانه من جملة ما فرض ، فلو كان دابة حاملا أو أمة كذلك فأجهضت في يده أو يدها ضمن من كانت في يده التفاوت ما بين قيمتها حاملا أو مجهضاً . فلو طلق قبل الدخول وهي في يده كان لها نصف العين ونصف التفاوت، وان كانت في يدها يرجع اليه نصف العين ونصف التفاوت. ولو ولدت عنده أو عندها ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف الام قطعاً .
وهل يرجع بنصف الولد؟ ذكر العلامة في القواعد^(١) احتمالين : أحدهما الرجوع به لما تقدم، وثانيهما عدم لانه زيادة ظهرت بالانفصال عن ملكها لان قبله لم يفرد بالتقويم .

قال الشيخ : ولم تعرف ملكيته ولم يقابله قسط من الثمن، فالزيادة ظهرت في ملكها، فيكون للزوج أرش ما بين كونها حاملا ومجهضاً. واختاره السعيد^(٢).

(١) القواعد، آخر الفرع الاول من فروع الفصل الرابع في التنصيف والعفو .

(٢) الايضاح ٢٢٨/٣ .

ولو كان تعليم صنعة أو علم فعلمها رجع بنصف أجرته .

قوله : ولو كان تعليم صنعة أو علم فعلمها رجع بنصف أجرته

هذا صحيح، وكذلك رجعت هي بنصف الاجرة اذا لم يعلمها وطلقها قبل الدخول. وقال الشيخ في المبسوط والخلاف^(١): اذا أصدقها تعليم سورة وطلقها قبل الدخول وقبل التعليم جاز له أن يلقنها النصف ، لان الذي ثبت لها تعليم نصف ما وقع عليه العقد ويجاب غيره يحتاج الى دليل .

ورده العلامة^(٢) : بأن تنصيف التعليم غير ممكن ، لاختلاف الايات في السهولة والصعوبة فيختلف التعليم باختلاف ذلك . وأوجب عليه نصف أجره المثل .

قيل عليه: انه اذا أمكن تقويم كل السورة أمكن تقويم بعضها، واذا أمكن تقويم بعضها أمكن تنصيف تعليمها بالضرورة .

وفيه نظر، لجواز اماكن التقويم بالنسبة الى المجموع من حيث هو مجموع وعدم امكانه بالنسبة الى البعض، ولانه اذا اختلفت الايات في السهولة والصعوبة جاز أن تكون آية واحدة مساوية لباقي السورة ، فلو علمها الآية أو الباقي لا يكون نصف المفروض حقيقة ، فلا يشمل قوله تعالى « فنصف ما فرضتم »^(٣).

نعم ويرد على الشيخ أيضاً أنها مع الطلاق تبين منه فلا تكون محرماً له فكيف يعلمها ؟

ان قلت : يعلمها من وراء حجاب .

(١) المبسوط ٢٧٥/٤ ، الخلاف ٤٠٥/٢ .

(٢) المختلف ٩٩/٢ .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٧ .

ولو أبرأته من الصداق رجع بنصفه .

قلت: سماع الصوت وتكرار القراءة للحرف^(١) عورة محرم عليه فلا يبيحها الحجاب ، فالاولى اذا ما قاله العلامة .
قوله : ولو أبرأته من الصداق رجع بنصفه
هنا فوائد :
(الاولى) جاء في اسقاط المهر ألفاظ ثلاثة : الهبة ، والعتو ، والابراء . فان كان المهر ديناً أو اتلفه الزوج بعد العقد صح منها اسقاطه بكل من الثلاثة ، ولا يفتقر الى قبول لانه ابراء في الحقيقة فهو اسقاط لما في ذمته فيحصل وان لم يقبل ، وان كان عيناً صح بلفظ الهبة اجماعاً ويفتقر الى القبول ولا يصح بلفظ الابراء اجماعاً ، وهل يصح بلفظ العفو؟ اشكال من اطلاق قوله تعالى « الا أن يعفون »^(٢) الشامل للعين والدين ، ومن اختصاص العفو عرفاً باسقاط ما في الذمة . وهو الاقرب .

(الثانية) اذا وهبته العين في يده ثم طلقها رجع عليها بالنصف اجماعاً لتصرفها الموجب لضماتها ، أما الدين عليه لو أبرأته منه ثم طلق فهل يرجع عليها أم لا ؟ ظاهر عبارة المصنف وغيره نعم ، لان الابراء تصرف فيه واتلاف له ، لانه ثابت قبل الابراء في ذمته ويصح نقله وتمليكه ، فيكون اسقاطها له تصرفاً موجباً للضمان ، فيرجع عليها بالنصف .

واحتتمل العلامة في القواعد^(٣) العدم ، لعدم أخذها منه شيئاً . وهو ظاهر ولا نقلت اليه مالا ، لاستحالة ان يستحق الانسان في ذمة نفسه شيئاً فلا يتحقق نقله

(١) في بعض النسخ : للحفظ .

(٢) ٢١٦٨ .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٧ .

(٤) القواعد ، الفصل الرابع في التنصيف والعتو . ٧٢٢ : قسماً قسماً (٦)

اليه . ولا أتلفت عليه شيئاً ، لأنها لم يصدر منها الا ازالة الاستحقاق لما في ذمته وليس ذلك اتلافاً فلا تكون ضامنة .

ونبه على ذلك بأنه لو رجع الشاهدان بدين في ذمة زيد لعمر و بعد حكم الحاكم عليه وقبل الاستيفاء ثم ابراء المشهود له المشهود عليه لم يرجع على الشاهدين بشيء ، فلو كان الابراء اتلافاً على من في ذمته غرماً له ، أما لو قبضه ثم وهبه منه فغرم له .

وأجيب بالفرق بين الصورتين ، فإن المشهود به لم يثبت أصلاً لبراءة مستمرة فلا اثر للابراء ، بخلاف الصداق فإنه ثبت وأزيل^(١) .

(الثالثة) لو وهبته النصف ثم طلقها قبل الدخول ، فإن كان الصداق ديناً برىء من الكل وجهاً واحداً ، وان كان عيناً ففيه احتمالان : أحدهما ان له الباقي بأجمعه . لانصراف هبتها الى ما تملكه مستقراً منه وتجدد ملكه للباقي بالطلاق .

وثانيهما أن يكون له نصف النصف الموجود وبذل النصف الموهوب ، لان هبتها له بمنزلة الاتلاف ، واذا تلف نصف المهر وبقي نصفه كان الباقي بينهما ، فتضمن قيمة النصف التالف - أعني الموهوب .

والحاصل من هذا أن الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع فيستقر له نصف النصف بالطلاق ونصف النصف الاخر بالهبة ويكون لها النصف الباقي شائعاً وعليها قيمة النصف .

والحق الاول ، لاصالة انصراف الهبة الى ملكها المستقر ، وأصالة عدم تضرره الحاصل بالتبعض .

(الرابعة) قال الشيخ في النهاية : اذا ابرأته في مرضها ولم تملك غيره لم يصح الا الثلث .

(١) ٦٠٦ : ١١٤١

(١) راجع الايضاح ٢٣٢/٣ .

(٢) ٢١٢١٣ : ١١٤١٤

(الرابع) لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين .
وقيل يبطل التدبير بجعلها مهر ، وهو أشبه .

وقال ابن ادريس^(١) يسقط جميع المهر ، لانه ليس بوصية . وقد تقدم تمام
البحث في الوصايا .
فعلى قول الشيخ لو طلقها بعد البراء وقبل الدخول والموت برىء من
النصف بالطلاق ومن السدس بالرجوع بالضمنان ومن سدس آخر بالابراء ويبقى
عليه سدس للورثة ، وعلى قول ابن ادريس برىء من الكل وماتت مديونة
بالنصف .

(الخامسة) قال الشيخ^(٢) في المبسوط والخلاف اذا وجب لها مهر المثل ولم
تعلم مقداره لم يصح البراء لجهالته ، وكذا ضمنان المجهول . وبمثله قال ابن
الجنيد ، وكذا ابن حمزة ، الا أنه قال اذا ابرأته مما استحققت عليه صح .
وقال العلامة في المختلف : الوجه عندي جواز البراء والضمنان معاً ، لان
الابراء اسقاط الحق فلا تؤثر فيه الجهالة ، للاجماع على صحة الصلح على
المجهول ، فاذا صح وهو يتضمن البراء بعوض كانت صحته مع عدم العوض
أولى ، والضمنان قد تقدم جوازه .
قلت : ذكر العلامة في القواعد وتصح البراءة من المجهول ، ولو علمه
المديون وخشي عدم البراء لو أظهره لم يصح البراء . فعلى هذا يمكن أن
يقال : ان كان الزوج عالماً بقدر مهر المثل وهي جاهلة به ويخشي من علمها عدم
ابرائها لم يصح البراء ، واو كانت عالمة وهو جاهل أو كانا جاهلين صح .
قوله : لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين ، وقيل يبطل
التدبير بجعلها مهراً ، وهو أشبه

(١) السرائر : ٣٠٣ .

(٢) المبسوط ٣١٢/٤ ، الخلاف ٤١٦/٢ .

(الخامس) لو أعطاهها عوض المهر متاعاً أو عبداً آبقاً وشيثاً ثم
طلق رجع بنصف المسمى دون العوض .

في المسألة قولان :

(الاول) قول الشيخ^(١) والقاضي بعدم بطلان التدبير بالامهار ، وأنها تعتق بموت المدبر ، وأنه لو طلق قبل الدخول كان الخدمة بين الزوج والمرأة لها يوم وله يوم ، ولومات المدبرة ولها مال كان نصفه للرجل ونصفه للمرأة . ومستنده رواية المعلى بن خنيس عن الصادق عليه السلام^(٢) .

(الثاني) قول ابن ادريس^(٣) ببطلان التدبير بذلك ، لانه وصية تبطل بالاخراج عن ملك الموصي قبل موته . وقول قال : الشيخ «اذا ماتت المدبرة ولها مال كان نصفه للزوج ونصفه للمرأة» غير صحيح ، لانها رق لانملك شيئاً ، الا ان يكون التدبير واجباً بالنذر فلا يكون له الرجوع ، فيصح حينئذ قوله . قال العلامة : والمعتمد بطلان التدبير بالاصداق وتأويله قول الشيخ بالنذر . ليس بجيد لبطلان جعلها مهراً حينئذ .

قلت : يمكن أن يجاب عن تأويل ابن ادريس : بأن حاصل كلام الشيخ ومدلوله أن الامهار ينصرف الى الخدمة ، فاذا كان التدبير واجباً بالنذر لم يصح الرجوع فيه ، فاذا انصرف الامهار الى الخدمة توجه انعاقها بموته ، وأنه اذا طلقها كان لها يوم وله يوم ، لان الخدمة هي المهر . ويكون مراده بما تركت المدبرة ليس هو الميراث حقيقة بل ما حصل من كسبها زمان خدمتها المشتركة ، فانه يكون بين الزوج والمرأة كالخدمة .

(١) المبسوط ٢٩٠/٤ .

(٢) الكافي ٣٨٠/٥ ، التهذيب ٣٦٧/٧ .

(٣) السرائر : ٣٠٣ .

(السادس) اذا شرط في العقد ما يخالف المشروع فسد الشرط
دون العقد والمهر .

كما لو شرطت ألا يتزوج أولاً يتسرى .

والحاصل ان تأويل ابن ادريس متوجه على قول الشيخ ، والحق والاشبه
بأصول المذهب ما قاله ابن ادريس .

نعم عبارة المصنف غير ضريحة بقول الشيخ حتى يفهم منها عدم بطلان

التدبير، لانه قال «صارت بينهما نصفين» وهو ظاهر في رقيتها لافي خدمتها

نعم قال في الشرائع^(١) صارت بينهما ، فاذا مات تحررت . وهو أيضاً غير

سديد ولا صريح في الخدمة، بل ظاهره كونها نصفين بطلان التدبير بالاصداق

وملك الزوجة لها بالعقد ورجوع نصفها الى الرجل بالطلاق ، فيكون بينهما

نصفين .

قوله : اذا شرط في العقد ما يخالف المشروع فسد الشرط دون العقد

والمهر ، كما لو شرطت الا يتزوج أولاً يتسرى ، وكذا لو شرطت تسليم المهر

في أجل فان تأخر عنه فلا عقد .

الشرط قسمان : مشروع ، وغير مشروع . فالاول ذكره في العقد يفيد تأكيداً

سواء كان من مقتضيات العقد كالمهر والنفقة وغيرها أو ليس كذلك كتسليم المهر

وان لم تطالبه أو الوطىء في الفرج . والثاني كاشتراط عدم المهر والنفقة وان

لا يطأها .

(١) الشرائع ١٨٤/٢ قال فيه: اذا امهرها مدبرة ثم طلقها صارت بينهما نصفين فاذا

مات تحررت، وقيل بل يبطل التدبير بجعلها مهراً كما لو كانت موصى بها وهو اشبه .

وكذا لو شرطت تسليم المهر في اجل ، فان تأخر عنه فلا عقد.

فهذا قال الشيخ في المبسوط^(١) يكون الشرط باطلا والعقد صحيحاً، وتبعه

ابن ادريس^(٢) والمصنف . ثم قال الشيخ : ان كان الشرط يعود بفساد العقد -

مثل أن تشرط الزوجة أن لا يبطأها - فالنكاح باطل ، لانه شرط يمنع المقصود

بالعقد .

وهذا يدل على أن كل شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل ومبطل للعقد ،

وأما الشرط الذي لا يخالف مقتضى العقد ولا الشرع - مثل أن لا يخرجها من

بلدها وان لا يلبسها الا الحرير أو الكتان - فهو جائز يجب الوفاء به اذا ذكر

في متن العقد والا استحب .

وأما العلامة^(٣) فقال في القسم الثاني انه يبطل الشرط خاصة لا العقد ، لان

فساد العوض لا يؤثر فيه ففساد الشرط أولى ، وهل يبطل الطلاق؟ فيه وجهان :

احدهما لانه في مقابل الوطى خاصة ولا اعتبار بالشرط، وثانيهما نعم لان الشرط

كالعوض المضاف الى الصداق ويتعذر الرجوع الى قيمة الشرط فيبطل المهر

ويثبت مهر المثل .

قوله : وكذا لو شرطت - الى آخره

هذا أيضاً مما يخل بالمقصود من النكاح ، فالشرط باطل اجماعاً .

يبقى الكلام في أمرين العقد والمهر، فقبل بطلان النكاح ، لانه أتى بلفظ

يثبت النكاح وبأخريفه وينافي صحته، وليس ترجيح نسبة الصحة على البطلان

أولى من العكس، فيتعارضان فيرجع الى أصل بقاء عدم النكاح. وقيل بالصحة،

(١) المبسوط ٣٠٣/٤ .

(٢) السرائر: ٣٠٣ .

(٣) القواعد ، الفصل الثاني من المقصد الثاني في المهر : ٢١٨ .

أما لو شرطت ألا يفتضها صح ، ولو أذنت بعده جاز .^(١)

ومنهم من خص جواز الشرط بالمتعة .

لما تقدم . وهو الأولي .

وأما المهر فقليل يفسد لانهما انما تراضيا به على هذا الوجه فيثبت مهر المثل ، وقيل لا يفسد لانه عقد وشرط لا عقد بشرط والا لكان باطلا ، ولان الموجب لثبوت الشرط العقد ، فلو كان الشرط شرطاً في صحته لزم الدور ، واذا لم يصلح العقد بسببية ايجاب الشرط بطل الشرط ولم يؤثر في العقد . وهو الاقوى عندنا ^(١) .
قوله : اما لو شرطت ان لا يفتضها فصح ولو أذنت بعده جاز ، ومنهم من خص جواز الشرط بالمتعة

الأول قول الشيخ في النهاية^(٢) استناداً الى رواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال : قلت رجل تزوج بجارية عانق على أن لا يفتضها^(٣) ثم أذنت له بعد ذلك . قال : اذا أذنت له فلا بأس^(٤) . ومثله رواية سماعة عنه عليه السلام^(٥) .

والثاني قوله في المبسوط ، قال : ويبطل في الدائم النكاح والشرط . وتبعه ابن حمزة والكيدري ، واختاره العلامة في المختلف . وقال القاضي وابن ادريس

(١) الايضاح ٢٠٧/٣ .

(٢) النهاية : ٤٧٤ .

(٣) قضت الخشبة قضاءً من باب قتل : ثقتها ، ومنه القصة بالكسروهي البكارة ، يقال : اقتضضها اذا أزلت قضتها ، ويكون الاقتضاض قبل البلوغ وبعده ، وأما « ابتكرها » و« اختضرها » و« ابتسرها » بمعنى الاقتضاض فالثلاثة مختصة بما قبل البلوغ .

اقول : وفض البكارة بالفاء اي ازالها ، وهو من فض الخاتم اي كسره .

(٤) الفقيه ٢٩٧/٣ ، التهذيب ٣٦٩/٧ .

(٥) التهذيب ٣٦٩/٧ .

(السابع) لو شرط ألا يخرجها من بلدها لزم .
ولو شرط لها مائة ان خرجت معه ، وخمسين ان لم تخرج ،
فان أخرجها الى بلد الشرك فلا شرط له ولزمته المائة .
وان أرادها الى بلد الاسلام فله الشرط .

بيطلان الشرط فيهما .
والاجود قول المبسوط ، لان الغرض الاقصى في المتعة الالتذاذ دون التنازل
فلذلك جاز اشتراط عدم الاقتضاض ، وأما الدائم فعلى العكس ، ولان تجويزه
يخل بالقاعدة المتقدمة أن كلما يخالف مقتضى العقد فهو باطل ومبطل .
واللام في الشرط في قول المصنف « جواز الشرط » للعهد ، أي الشرط
المذكور للجنس .

قوله : لو شرط ان لا يخرجها من بلدها لزم ، ولو شرط لها مائة ان
خرجت معه وخمسين ان لم تخرج فان أخرجها الى بلاد الشرك فلا شرط
له ولزمته المائة ، وان أرادها الى بلد الاسلام فله الشرط
هنا فوائد :

(الاولى) لو شرط أن لا يخرجها من بلدها هل يلزم أم لا ؟ قال الشيخ في
النهاية^(١) والقاضي وابن حمزة نعم ، واختاره المصنف . والمستند رواية ابي
العباس في الصحيح عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة ويشترط
أن لا يخرجها من بلدها . قال : يفي لها بذلك - أو قال يلزمه ذلك^(٢) .
وقال الشيخ في الخلاف وابن ادريس^(٣) لا يلزم ، لانه تجب عليها طاعة

(١) النهاية : ٤٧٤ .

(٢) الكافي ٤٠٢/٥ ، التهذيب ٣٧٢/٧ ، الوسائل ٤٩/١٥ .

(٣) الخلاف ٤١٤/٢ ، السرائر : ٣٠٣ .

زوجها والخروج معه الى حيث شاء والا كانت عاصية لله ناشزة وتسقط نفقتها .
وقال : ان الرواية المذكورة أوردها الشيخ ايراداً لا اعتقاداً .

واختار السعيد^(١) قول ابن ادريس وحمل الرواية على الاستحباب ، لان مقتضى النكاح تسلط الرجل على المرأة بالاستمتاع والاسكان .

والاقوى اختيار المصنف ، لانه شرط لا يخالف المشروع فيجب الوفاء به

عملاً بالحديث ، ولانه أمر يتعلق به غرض العقلاء ، فان حب الوطن من الايمان ، وجاز اشتماله على مصلحة لا تحصل في غيره من البلدان أو حصول ضرر بسكنى غيره أو بالحركة الى ذلك الغير .

وقول ابن ادريس «تجب عليها طاعة زوجها» قلنا: متى اذا أمرها بأمر سائغ في الشرع غير ممنوع منه أو مطلقاً ، والاول مسلم لكن مع شرط عدم الاخراج لا يكون الاخراج سائغاً فلا تجب الطاعة فيه ، والثاني ممنوع والاوجب عليها طاعته اذا أمرها بمعصية الله تعالى وهو باطل .

(الثانية) لو شرط لها مهراً ان أخرجها السى بلادها ونصفه ان لم تخرج هل لذلك حكم أم لا؟ قال ابن ادريس^(٢) ليس لذلك حكم بل تجب عليها طاعته الى أي بلد أرادته ويلزمه مهر المثل لجهالة المذكور في العقد ، وقال الشيخ في النهاية^(٣) والقاضي وابن حمزة ان الشرط له حكم ان طلبها الى بلد الاسلام وان طلبها الى بلاد الشرك فلا حكم له ولا تجب عليها طاعته ولها المهر الاعلى . والمستند رواية علي بن رثاب في الحسن عن الكاظم عليه السلام قال : سئل وأنا حاضر عنده عن ذلك . فقال: ان أراد أن يخرج بها الى بلاد الشرك فلا شرط له ولها مائة

(١) الايضاح ٣/٣٠٩ .

(٢) راجع التعليقة السالفة منه آنفاً .

(٣) راجع التعليقة السالفة منه آنفاً ايضاً .

(الثامن) لو اختلفا في أصل المهر فالقول قول الزوج مع يمينه ولو كان بعد الدخول ، وكذا لو خلا فادعت المواقعة .

دينار التي أصدقها إياها، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودار الإسلام فله ما اشترط عليها والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي لها صداقها أو ترضى منه ذلك بما رضيت وهو جائز له (١) .

ان قلت: إذا لم يلزم الوفاء لو طلبها إلى بلاد الشرك فلم يجب عليه المائة؟ قلت: لان العقد وقع عليها ، لان أول الرواية: رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن يخرج معه إلى بلاده، فان لم يخرج معه فان مهرها خمسون ديناراً وسقوط نصفها مشروط بشرط باطل وهو الخروج إلى بلد الشرك .

هذا ، والمصنف تردد في الشرائع (٢) ، وكذا العلامة في القواعد (٣) قال فيه نظر . والمنشأ فيهما من عموم « المؤمنون عند شروطهم » (٤) ، ولانه شرط يتعلق به غرض صحيح ، ومن أنه مخالف لمقتضى العقد فلا يصح .

(الثالثة) الشرط المذكور في المسألتين تعلق بالبلد ، فعلى تقدير صحة الشرط لو تعلق بمنزلها هل حكمه حكم البلد؟ نظرن من عموم « المؤمنون عند شروطهم » . وتعلق الغرض كما تقدم ، ومن أن النكاح سبب شرعي في سلطنة الزوج على المرأة في اسكانها حيث يشاء خرج البلد للنص فيبقى الباقي على أصله . والاولى الاول عملاً بالعلة واتحاد الطريق .

قوله : لو اختلفا في اصل المهر فالقول قول الزوج مع يمينه، ولو كان بعد الدخول وكذا لو خلا فادعت المواقعة

- (١) الكافي ٤٠٤/٥ ، قرب الاسناد : ١٢٤ ، التهذيب ٣٧٣/٧ .
- (٢) الشرائع ١٨٤/٢ .
- (٣) القواعد، الفصل الثاني في الصداق الفاسد من المقصد الثاني في المهر .
- (٤) الكافي ١٨٧/٦ ، ٤٠٤/٥ ، التهذيب ٢٢/٧ ، الفقيه روضة المتقين ١٨/١٣ .

(التاسع) يضمن الاب مهر ولده الصغير ان لم يكن له مال وقت العقد ، ولو كان له مال كان على الولد .

هنا مسائل :

(الاولى) اختلفا في التسمية فقال الزوج عقدت بغير مهر وقالت المرأة بل بذكر مهر ، فالقول قول الزوج ، اما لانه منكر والقول قول المنكر ، اولان الاصل معه وهو عدم ثبوت المهر .

وهذا الحكم سواء كان قبل الدخول أو بعده ، لكن مع الدخول يلزمه مهر المثل .

(الثانية) اختلفا في القدر أو الصفة بعد الاتفاق على التسمية ، فالقول قوله أيضاً لما قلناه أولاً .

(الثالثة) اختلفا في الاستحقاق فقالت هي انى استحق عليك مهراً وقال هو لا تستحقين قبلي شيئاً ، فان كان قبل الدخول فالقول قوله لامكان التفويض والمتعة انما تجب بالطلاق ولم يقع فالقول قوله ، وان كان بعده فيحتمل أن يكون كذلك لامكان براءة ذمته من المهر ، كما لو زوجه الاب وهو صغير فقير أو السيد وهورق لكنه نادر فلا يلتفت اليه ، وحيثئذ يلزم بجواب شديد .

(الرابعة) اختلفا في حصول سبب كمال الاستحقاق ، وهو الدخول الذي هو الموافقة ، فالقول قوله أيضاً . وقد تقدم تحقيق البحث .

(الخامسة) اختلفا في القبض ولائبته ، فالقول قولها لاصالة عدم التقييض ،

وأصالة بقاء ما كان على ما كان .

(العاشر) للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها .
وهل لها ذلك بعد الدخول ؟ فيه قولان - أشبههما : أنه ليس لها ذلك .
(النظر الثالث) في القسم والنشوز والشقاق .

قوله : للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها ، وهل لها ذلك بعد الدخول فيه قولان أشبههما أنه ليس لها ذلك

قال الشيخ في النهاية ^(١) لها الامتناع حتى تقبض ، وأطلق ولم يفصل . وتبعه القاضي ، وفصل في المبسوط ^(٢) بأن لها الامتناع قبل الدخول لابعده . ثم حكى عن قوم أن لها أن تمتنع حتى تقبض . قال : وهو الذي يقوى في نفسي .

وهذا يدل على أن اطلاق النهاية هو الحكم الكلي الشامل لما قبل الدخول ولما بعده .

وقال في الخلاف بالتفصيل المذكور ، وبه قال التقي والمرتضى وابن حمزة وابن ادریس ^(٣) والمصنف .

وهو المختار ، لأن البضع حق للزوج فليس لها الامتناع منه بحق لها عليه بل تسلم إليه حقه وتطالبه بحقه . ولا يلزم من جواز امتناعها قبل الدخول جوازه بعده ، لأن البضع وإن ملكه الزوج بالعقد لكن ملكاً ناقصاً ، وإنما يتم بالقبض والقبض هنا الوطئ . كذا قال الشيخ . ولا يلزم من امتناع تسليم الملك الناقص امتناع تسليم الملك التام .

(١) النهاية : ٤٧٥ .

(٢) المبسوط ٣١٣/٤ .

(٣) السرائر : ٣٠٣ .

أما القسم: فللزوجة الواحدة ليلة، وللأثنتين ليلتان، وللثلاث
ثلاث.

والفاضل من الأربعة له أن يضعه حيث شاء .
ولو كن أربعاً فلكل واحدة ليلة .

ولا يجوز الإخلال الأعم العذر أو الأذن .
والواجب المضاجعة لا المواقعة .

قوله، أما القسم فللزوجة الواحدة ليلة وللأثنتين ليلتان وللثلاث ثلاث
والفاضل من الأربعة له يضعه حيث شاء ، ولو كن أربعاً فلكل واحدة ليلة
هنا فوائد :

(الأولى) القسم بفتح القاف مصدر قسمت الشيء فانقسم ، وبالكسر الحظ
والنصيب من الخير، مثل طحنت طحناً بفتح الطاء مصدر واطحن بالكسر الدقيق .
قال يعقوب : يقال هو يقسم أمره قسماً أي يقدره وينظر فيه كيف يفعل .

والقسمة بين الزوجات ان أخذت من الأول فهي باعتبار تقسيم الزمان
عليهن ، وان أخذت من الثاني فهي باعتبار تقدير الزمان والنظر فيه كيف يصرف
اليهن .

(الثانية) القسم واجب فسي الجملة لمن يجب الإنفاق عليها ، لقوله تعالى
«وعاشروهن بالمعروف»^(١) . وان النبي صلى الله عليه وآله وسلم مات عن تسع
وكان يقسم لثمان ، لان سودة بنت زمعة وهبت ليلتها لعائشة^(٢) . والتأسي به
واجب ، لما تقرر في الأصول، وفي الحديث دلالة على جواز هبة الليلة .

(١) سورة النساء: ١٩ .

(٢) سنن البيهقي ٢٩٦/٧ ، المبسوط ٣٢٤/٤ .

٦٠٦ : ١٩٦٧ (٢)

(الثالثة) هل هي واجبة ابتداء أو إذا أراد الابتداء بواحدة وجب أن يقسم؟ المشهور هو الأول، لأنه حق مشترك بين الزوجين لاشتراك ثمرته فلها المطالبة بحقها منه، ولأن الأحاديث بوجوبه مطلقة من غير اشتراط ابتداء. وقال الباقر عليه السلام: يقسم للحررة الثلثين من ماله ونفسه وللامة الثلث من ماله ونفسه^(١).

وقال الشيخ في المبسوط^(٢) بالثاني، واختاره المصنف في الشرائع^(٣)، لاصالة عدم الوجوب، ولانتفاء الدليل عليه خراج ما بعد الابتداء للاجماع فيبقى الباقي على أصله، ولأنه بعد الابتداء لو لم يقسم لزم الترجيح من غير مرجح لاشتراك الجميع في الزوجية، ولأنه يكون حينئذ ميلاً منهياً عنه بقوله تعالى «ولا تميلوا كل الميل»^(٤) فيكون حراماً.

(الرابعة) ان قلنا بالوجوب ابتداء لزم وجوب القرعة والالزم الترجيح بلا مرجح، وان قلنا بعدمه جاز الابتداء بمن أراد. والشيخ في المبسوط^(٥) وان قال بالثاني لكنه أوجب القرعة.

(الخامسة) لا تجوز القسمة أقل من ليلة لأنه تنغيص^(٦)، وهل يجوز أكثر من ليلة اختياراً؟ قيل نعم مطلقاً لعدم التفاوت، وقيل لا الا بالرضا لما في ذلك من بعد العهد المستلزم لضعف المودة. وقال الشيخ في المبسوط^(٧) يجوز ثلاث ليال بغير رضاهن، أما الزائد فلا بد

(١) التهذيب ٤٢١/٧، الوسائل ٨٧/١٥.

(٢) المبسوط ٣٢٥/٤.

(٣) الشرائع ١٨٦/٢.

(٤) سورة النساء: ١٢٩.

(٥) المبسوط ٣٢٦/٤.

(٦) نفص عليه العيش تنغيصاً: كدره، وتنفصت معيشته: تكدرت.

(٧) المبسوط ٣٢٩/٤.

ويختص الوجوب بالليل دون النهار ، وفي رواية الكرخي :
انما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها .

من الرضا . واختار المصنف في الشرائع^(١) الثاني . وهو أولى .
هذا مع التساوي في الاستحقاق ، أمامع التفاوت فيه كما يجيء فقد يضطر
الى القسمة أزيد من ليلة فلا يشترط الرضا .

قوله : ويختص الوجوب بالليل [دون النهار] ، وفي رواية الكرخي
انما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها

لما قرر أن الواجب في القسمة هو المضاجعة لا المواقعة - لأنها انما تجب
في كل أربعة اشهر مرة - قال : ويختص وجوب المضاجعة بالليل . ولا خلاف
فيه .

وأيضاً ان النهار للمعاش ، فوجوب كونه عندها فيه يستلزم الحرج ولا حرج
في الدين . اللهم الا أن يكون معاشه بالليل كالحارس والبرار فانه حينئذ يقسم
نهاراً .

وقال ابن الجنيدي: العدل بين النساء اذا كن حرائر مسلمات الا يفضل احدهن
على الاخرى في الواجب لهن من مبيته بالليل وقيلولة صبيحة تلك الليلة ، كان^(٢)
ممنوعاً من الوطىء أولاً .

والرواية المشار اليها رواها ابراهيم الكرخي قال: سألت الصادق عليه السلام
عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في ليايلهن ويمسهن فاذا نام
عند الرابعة في ليلتها لم يمسه فهل عليه في هذا اثم؟ فقال : انما عليه أن يكون

(١) الشرائع ١٨٦/٢ .

(٢) اي سواء كان ممنوعاً من الوطىء ام لا . ٢٢٠ . ٣١٦٢٢ .

ولو اجتمعت مع الحرة أمة بالعقد فللحرة ليلتان وللأمة، ليلة
والكتابية كالامة .

ولا قسمة للموطوءة بالملك .

ويختص البكر عند الدخول بثلاث الى سبع ، والثيب بثلاث .
ويستحب التسوية بين الزوجات في الانفاق واطلاق الوجه
والجماع ، وأن يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبتهما .

عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها^(١) . وهي مشعرة بقول ابن الجنيدي .
والاولى حمل ذلك على الاستحباب .

قوله : فاذا اجتمع مع الحرة أمة بالعقد فللحرة ليلتان وللأمة ليلة ،
والكتابية كالامة

قيد الامة بكونها بالعقد لتخرج الامة بالملك فانها لا قسمة لها ، وكلام
المفيد^(٢) مشعر بأنه لا تستحق الامة قسمة سواء وطئت بالعقد أو بالملك ، والمشهور
الاول ، استناداً الى رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام
قال : اذا كانت تحته امرأة مملوكة فتزوج عليها حرة قسم للحرة مثلي ما يقسم
للمملوكة^(٣) .

وكون الكتابية كالامة في القسم ذكره ابن الجنيدي والشيخ في المبسوط^(٤) ،
وهو حسن لنقصها بسبب الكفر فلا تساوي الحرة المسلمة ، وكذلك الامة

(١) الفقيه ٣ / ٢٧٠ ، الكافي ٥ / ٥٦٤ ، التهذيب ٧ / ٤٢٢ .

(٢) المقنعة : ٨٠ .

(٣) التهذيب ٧ / ٤٢١ .

(٤) المبسوط ٤ / ٣٢٧ .

الكتابية لاتساوي الامة المسلمة لعلو هذه على تلك بالاسلام، لقوله صلى الله عليه
وآله وسلم : الاسلام يعلو^(١) .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) اجتماع الامة مع الحرية اما بالاذن من الحرية ان كانت الحرية سابقة
أو للرضا ان كانت لاحقة.

(الثانية) نكاح الكتابية قد تقدم أنه لايجوز غبطة ابتداءً بسلا استدامة ، كما
لو أسلم الكتابي عن كتابية فانه يستبيحها بالعقد الاول ان كانت حرة مطلقاً ، وان
كانت أمة فمع رضا الحرية .

(الثالثة) قد تقدم أنه لايجوز للمحرر المسلم اكثر من أمتين وان كان معهما شيء
من الحرائر فحرتين ، وحيث لو اجتمع عنده مع الحرية المسلمة أمة أو كتابية حرة
أو أمة تكون القسمة اكثر من ليلة ، لما تقدم أنه لايجوز أقل من ليلة . والمساواة
وترك حقه ممتنعان شرعاً ، فوجب القسمة على وجه لايقع فيه ظلم ولا مخالفة
شرعية للشرع .

والدور الشرعي بحسب النصاب الشرعي أربع ليال لاغير ، وحيث لا بد من
دور آخر ترفع فيه القسمة على وجه ترتفع معه المحذورات .
(الرابعة) صور الاجتماع على ذلك التقدير أقسام :

« ١ » - حرة مسلمة وأمة مسلمة ، الدور ثمان للحررة ليلتان وللأمة ليلة
ويبقى له خمس .

« ٢ » - حرة مسلمة وحررة كتابية كذلك .

« ٣ » - حرتان مسلمتان وأمة مسلمة كذلك ويبقى له ثلاث .

« ٤ » - حرتان مسلمتان وكتابية كذلك .

(١) عوالى اللثالى ١/٢٢٦ .

وأما النشوز : فهو ارتفاع أحد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما
يجب له .
فمتى ظهر من المرأة أمارة العصيان وعظها ، فإن لم ينجمع
هجرها في المضعج .

قوله : (وأما النشوز) فهو ارتفاع أحد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما
يجب له

هذه عبارة علي بن بابويه في رسالته ، فانها صريحة في كون النشوز يكون
من كل واحد من الزوجين .

وعبارة الشيخ في النهاية^(٢) تدل على أنه مختص بالرجل ، لانه قال : وأما
النشوز فهو أن يكره الرجل المرأة وتريد المرأة القيام^(٣) معه وتكره مفارقتها
ويريد الرجل طلاقها . وهذه العبارة تقتضي انحصار النشوز في الرجل والالزم
كون المبتدأ اعم من خبره وهو باطل .

وكذا فهمه ابن ادريس^(٤) وقال : قول ابن بابويه أقوى من قول الشيخ .
وهو صحيح ، لان القرآن صريح في نسبة النشوز الى المرأة ، لقوله تعالى
« واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن »^(٥) الآية .

(١) قال في المصباح : نشرت المرأة من زوجها نشوزاً من بابي فعد وضرب : عصت
زوجها وامتمت عليه . ونشز الرجل من امرأته نشوزاً بالوجهين : تركها وجفاها .

(٢) النهاية : ٣٥٠ .

(٣) في النهاية : المقام معه .

(٤) السرائر : ٣٣٨ .

(٥) سورة النساء : ٣٤ .

وصورته أن يوليها ظهره في الفراش .
فان لم تنجع ضربها مقتصرأ على ما يؤمل معه طاعتها مالم
يكن مبرحاً .
ولو كان النشوز منه فلها المطالبة بحقوقها .
ولو تركت بعض ما يجب أو كلة استمالة جاز له القبول .
وأما الشقاق : فهو أن يكره كل منهما صاحبه .
فاذا خشى الاستمرار بعث كل منهما حكماً من أهله ، ولو امتنع
الزوجان بعثهما الحاكم ، ويجوز أن يكونا أجنبيين .

قوله : وصورته ان يوليها ظهره في الفراش
هذا أيضاً تفسير ابني بابويه في الرسالة والمقنع^(١) ، وقال الشيخ في
المبسوط^(٢) : الهجران أن يعتزل عن فراشها . واختاره ابن ادريس^(٣) . والحق
الاخذ على الاول ، فان لم ينجع^(٤) انتقل الى الثاني .
قوله : واما الشقاق فهو ان يكره كل منهما صاحبه
الشقاق لغة الخلاف والعداوة ، وشرعاً خلاف يقع بين الزوجين ويلزمه
كراهة كل منهما لصاحبه . فالمصنف عرفه بكراهة كل منهما صاحبه ، لان «ان»
مع الفعل في تقدير المصدر ، فهو من باب اطلاق اللزوم على الملزوم .
قوله : فان خشى الاستمرار بعث كل منهما حكماً من اهله ، ولو امتنع
الزوجان بعثهما الحاكم . ويجوز ان يكونا اجنبيين

(١) المقنع : ١١٧ .

(٢) المبسوط ٣٣٨/٤ .

(٣) راجع التعليقة السالفة منه .

(٤) نجع الدواء والوعظ : ظهر أثره .

هنا مسائل :

(الاولى) ان المصنف جعل الباعث للحكم الزوجين ، وهو خلاف الظاهر من قول الاصحاب ان الباعث هو الحاكم. ويدل عليه قوله تعالى «فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها»^١، فانه خاطب الحكم بقوله « فان خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها »^٢ وأتى بضميري الزوجين غائبين ، ولو كان المراد كما قال المصنف لقال فليمنصب كل منهما حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، فان الانسان لا يبعث أحداً الى نفسه .

نعم قال ابنا بابويه في الرسالة والمقنع^٣ يختار الرجل رجلاً والمرأة رجلاً. وهذا لا يدل على أنهما الباعثان ، لجواز أن يريد ان الباعث هو الحاكم لكن لا يبعث الامن اختاره الزوجان .

(الثانية) مع امتناع الزوجين من البعث على رأي المصنف يجب على الحاكم ذلك حسة ، وعلى قول الاكثر ان الباعث هو الحاكم لا يحتاج الى تقييده بالامتناع .

(الثالثة) قال المصنف يجوز كونهما أجنبيين ، وهو المشهور عند الاصحاب. وقيل لا يجوز : أما أولاً فلظاهر الكتاب ، وأما ثانياً فلان الاهل أعرف بمصالح الزوجين وأخلاقهما وما يقتضيه المصلحة بينهما بخلاف الاجانب . وقال المصنف في الشرائع^٣ كونهما من الاهل على الاولى ، أما مع تعذر الاهل فلا كلام في جواز الاجانب حينئذ .

(١) سورة النساء : ٣٥ .

(٢) المقنع : ١١٨ .

(٣) الشرائع ١٨٨/٢ .

وبعثهما تحكيم لاتوكيل، فيصلحان ان اتفقا ، ولا يفرقان الا
مع اذن الزوج في الطلاق والمرأة في البذل .
ولو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم .
(النظر الرابع) في أحكام الاولاد .

قوله : وبعثهما تحكيم لاتوكيل ، فيصلحان ان اتفقا ولا يفرقان الا
مع اذن الزوج في الطلاق والمرأة في البذل، ولو اختلف الحكمان لم يمض
لهما حكم

هنا فوائد :

(الاولى) هل بعثهما تحكيم أوتوكيل؟ قال الشيخ في المبسوط^(١) وابن
ادريس^(٢) والقاضي في المهذب بالاول ، لانه خاطب الحكام بالبعث وسماهما
حكيمين ولو كان توكيلا لخاطب الزوجين، ولانهما ان رأيا الاصلاح فعلاه من
غير استئذان وايس لهما التفريق الا باذنهما ، ولو كان توكيلا لكان ذلك تابعا
للكالة .

وقال القاضي في الكامل بالثاني ، محتجاً بأن البضع حق الزوج والمال
حق للمرأة فليس لاحد التصرف فيهما الا باذنهما على وجه التوكيل اهدم الحجر
عليهما .
وفيه نظر، لان كثيراً ما يحجر شرعاً على البالغ الرشيد وتثبت الولاية عليه
كالمماطل^(٣) والمفلس .

(١) المبسوط ٣٣٩/٤ .

(٢) السرائر : ٣٣٨ .

(٣) مطله بدينه : اذا سوفه بوعد الوفاء مرة بعد اخرى .

(الثانية) ان الحكمين ان رأيا الاصلاح مصلحة فعلاه من غير افتقار الى مراجعة والا لما كانا حكمين . هذا خلف ، ولانه تعالى قرن ارادتهما الاصلاح بالتوفيق فلا يقتقر الى أمرزائد .
وأما ان رأيا التفريق أصلح ، فقال الاكثر انهما لا يفعلاه الا بعد استيذان الرجل في الطلاق والمرأة في البذل ، لدلالة رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام^(١) على ذلك .

وقال ابن حمزة : ان جعل الحاكم الاصلاح والطلاق اليهما أنفذا ما رأياه صلاحاً من غير مراجعة ، وان أطلق القول لهما لم يجز التفريق الا بعد مراجعتهما . وهو حسن ، وهو مبني على ان بعثهما باختيار الزوجين واذنهما ، فان الاذن أولاً كالاذن أخيراً . وتؤيد ذلك رواية سماعة عن الصادق عليه السلام^(٢) .

(الثالثة) لو اختلف الحكمان - بأن رأى واحد الاصلاح خيراً ورأى الاخر التفريق خيراً - لم يمس لهما حكم ، لان امضاء حكم أحدهما ترجيح من غير مرجح ، وامضاء حكمهما جمع بين النقيضين لاختلافهما ، فلم يبق الاعدم الامضاء . وذلك هو المطلوب .

(١) الكافي ١٤٦/٦ ، التهذيب ١٠٣/٨ ، الفقيه ٣٣٧/٣ ، في الاخير بعد نقل الرواية قال: قال مصنف هذا الكتاب - رحمه الله - لما بلغت هذا الموضع ذكرت فصلاً لهشام بن الحكم مع بعض المخالفين في الحكمين بصفتين عمرو بن العاص وابي موسى فأحببت ايراده وان لم يكن من جنس ما وضعت له الباب ، قال المخالف: ان الحكمين لقبوا لهما الحكم كانا يريدان للاصلاح بين الطائفتين . فقال هشام : بل كانا غير مردين للاصلاح بين الطائفتين . فقال المخالف : من أين قلت هذا ؟ قال هشام : من قول الله عز وجل في الحكمين حيث يقول « ان يريدوا اصلاحاً يوفق الله بينهما » [النساء : ٢٤] . فلما اختلفا ولم يكن بينهما اتفاق على أمر واحد ولم يوفق الله بينهما علمنا أنهما لم يريدوا الاصلاح . روى ذلك محمد بن ابي عمير عن هشام بن الحكم - انتهى .

(٢) الكافي ١٤٦/٦ ، التهذيب ١٠٤/٨ ، الفقيه ٣٣٧/٣ ، في الاخير بعد نقل الرواية قال: قال مصنف هذا الكتاب - رحمه الله - لما بلغت هذا الموضع ذكرت فصلاً لهشام بن الحكم مع بعض المخالفين في الحكمين بصفتين عمرو بن العاص وابي موسى فأحببت ايراده وان لم يكن من جنس ما وضعت له الباب ، قال المخالف: ان الحكمين لقبوا لهما الحكم كانا يريدان للاصلاح بين الطائفتين . فقال هشام : بل كانا غير مردين للاصلاح بين الطائفتين . فقال المخالف : من أين قلت هذا ؟ قال هشام : من قول الله عز وجل في الحكمين حيث يقول « ان يريدوا اصلاحاً يوفق الله بينهما » [النساء : ٢٤] . فلما اختلفا ولم يكن بينهما اتفاق على أمر واحد ولم يوفق الله بينهما علمنا أنهما لم يريدوا الاصلاح . روى ذلك محمد بن ابي عمير عن هشام بن الحكم - انتهى .

(٢) التهذيب ١٠٤/٨ ، الكافي ١٤٧/٦ ، الفقيه ٣٣٧/٣ ، في الاخير بعد نقل الرواية قال: قال مصنف هذا الكتاب - رحمه الله - لما بلغت هذا الموضع ذكرت فصلاً لهشام بن الحكم مع بعض المخالفين في الحكمين بصفتين عمرو بن العاص وابي موسى فأحببت ايراده وان لم يكن من جنس ما وضعت له الباب ، قال المخالف: ان الحكمين لقبوا لهما الحكم كانا يريدان للاصلاح بين الطائفتين . فقال هشام : بل كانا غير مردين للاصلاح بين الطائفتين . فقال المخالف : من أين قلت هذا ؟ قال هشام : من قول الله عز وجل في الحكمين حيث يقول « ان يريدوا اصلاحاً يوفق الله بينهما » [النساء : ٢٤] . فلما اختلفا ولم يكن بينهما اتفاق على أمر واحد ولم يوفق الله بينهما علمنا أنهما لم يريدوا الاصلاح . روى ذلك محمد بن ابي عمير عن هشام بن الحكم - انتهى .

ولد الزوجة الدائمة يلحق به مع الدخول ومضى ستة أشهر من حين الوطء ووضع له لمدة الحمل أو أقل ، وهي تسعة أشهر ، وقيل عشرة أشهر وهو حسن ، وقيل سنة وهو متروك .
فلو اعتزلها أو غاب عنها عشرة أشهر فولدت بعدها لم يلحق به .
ولو أنكر الدخول فالقول قوله مع يمينه .
ولو اعترف به ثم أنكر الولد لم ينتف عنه إلا باللعان .
ولو اتهمها بالفجور أو شاهد زناها لم يجزله نفيه .
ويلحق به الولد ولو نفاه لم ينتف إلا باللعان . وكذا لو اختلفا في مدة الولادة .

قوله: ولد الزوجة الدائمة يلحق به مع الدخول ومضى ستة أشهر من حين الوطء ووضع له لمدة الحمل أو أقل وهي تسعة أشهر ، وقيل عشرة أشهر وهو حسن ، وقيل سنة ، وهو متروك
هنا فوائد :

(الاولى) للحق الولد شرائط ثلاث : « ١ » الوطء بسبب غير باطل من عقد أو ملك أو شبهة ، « ٢ » مضى ستة أشهر فما زاد من حين الوطء الى حين الولادة ، « ٣ » عدم تجاوز أقصى الحمل . فلوا لم يحصل الوطء لم يلحق ، وان تقدم عقد أو حصل وطء وعقد وجاء لدون الستة لم يلحق أيضاً ، وكذا لو جاء زائداً على الستة وتجاوز الأقصى لم يلحق . كل ذلك اجماعاً منا .

(الثانية) هذه الشرائط غير مختصة بولد الدائم ، بل هي شرائط أيضاً لولد المتعة والملك والشبهة ، وحينئذ لا وجه لتخصيص ذلك بالزوجة الدائمة . اللهم الا أن يقال: انها اذا حصلت في ولد الدائمة ألحقت ولو نفاه لم ينتف إلا باللعان ،

ولو زنى بامرأة فأحبلها لم يجز الحاقه به وان تزوج بها. وكذا
لو أحبل أمة غيره بزنى ثم ملكها. ولو طلق زوجته فاعتدت وتزوجت غيره وأتت بولد لدون ستة
أشهر فهو للاول. ولو كان لسته فصاعداً فهو للاخير. ولو لم تتزوج فهو للاول ما لم يتجاوز أقصى الحمل، وكذا

بخلاف باقي الاقسام فانها اذا حصلت الشرائط في واحد منها لحق الولد لكن
لوفاه اثم ولم يفتقر الى لعان.

(الثالثة) لاخلاف أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، ومستنده ما لزم من نص

قوله تعالى «وحمله وفصاله ثلاثون شهراً»^(١) ومن نص قوله تعالى «وفصاله في

عامين»^(٢)، فاذا اسقط الحولان من الثلاثين بقي ستة وهو المطلوب.

فلو أتت بالولد لدون الستة هل يجب نفيه أو يجوز الحاقه؟ كلام الشيخين

في النهاية والمقنعة^(٣) يدل على الثاني، وقال ابن ادريس^(٤) واكثر الفقهاء

بالاول.

وهو الحق، لانه ليس بولد له، ويسقط حكم الفراش لحصول العلم بخلافه

شريعاً. وأيضاً حذراً من اختلاط النسب ومن الشبهة ووضع الميراث في غير

موضعه ووجوب النفقة وغير ذلك.

(١) سورة الاحقاف: ١٥.

(٢) سورة لقمان: ١٤.

(٣) المقنعة: ٨٤، النهاية: ٥٠٥.

(٤) السرائر: ٣٢٠.

المحكم في الامة لوباعها بعد الوطء .
وولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى ويلزمه الاقرار به .
لكن لو نفاه انتفى ظاهراً ، ولا يثبت بينهما لعان .
ولو اعترف به بعد النفي ألحق به ، وفي حكمه وليد المتعة .
وكل من أقرب ولد ثم نفاه لم يقبل نفيه .

(الرابعة) لاختلاف عندنا أنه لا تزيد مدة الحمل عن سنة، واختلف في دونها فقال الشيخان^(١) في النهاية والخلاف والمقنعة والسيد في جواب الموصليات والقاضي وسلاّر وابن ادریس^(٢) تسعة أشهر، ومستنده الرواية عن العبد الصالح عليه السلام: انما الحمل تسعة أشهر^(٣) . وكذا رواه عنه عليه السلام عبد الرحمن ابن الحجاج في المطلقة تدعي الحمل تنتظر تسعة أشهر، فان ولدت والاعتدت بثلاثة اشهر ثم قد بانث منه^(٤) .
وقال الشيخ في المبسوط^(٤) عشرة أشهر، واستحسنه المصنف لكثرة وقوعه .

وذكره سلاّر وابن حمزة رواية .

وأما السنة فمنسوب الى المرتضى في الانتصار . والعمل على الاول ، وقد يعمل على العشرة اذا خيف الرمي بالزنا ، كمن غاب عن زوجته فولدت لعشرة من وطئه فانه يلحق به والالزم الرمي بالزنا من غير تيقن ، فان العشرة وان لم تكن اكثرية فهي كثيرة .

(١) النهاية : ٥٠٥ ، الخلاف ٦٥/٣ ، المقنعة : ٨٤ ، السرائر : ٣١٨ .

(٢) الكافي ١٠١/٦ .

(٣) قولنا (١)

(٣) الكافي ١٠١/٦ ، التهذيب ١٢٩/٨ ، الفقيه ٣٣٠/٣ .

(٤) المبسوط ٣٠٥/٨ .

ولو وطئها المولى وأجنبى حكم به للمولى ، فإن حصل فيه
أمانة يغلب معها الظن أنه ليس منه لم يجزله الحاقه ولا نفيه ، بل
يستحب أن يوصى له بشيء ولا يورثه ميراث الاولاد .
ولو وطئها البائع والمشتري فالولد للمشتري ، إلا أن يقصر الزمان
عن ستة أشهر .

ولو وطئها المشترك كون فولدت وتداعوه أقرع بينهم وألحق
بمن يخرج اسمه ويغرم حصص الباقيين من قيمته وقيمة أمه .
ولا يجوز نفى الولد لمكان العزل ، ولا مع التهمة بالزنى .
والموطوءة بالشبهة يلحق ولدها بالواطىء .
ولو تزوج امرأة لظنه خلوها من بعل فبانت محصنة ردت على
الاول بعد الاعتداد من الثانى ، وكانت الاولاد للواطىء مع
الشرايط .

قوله : فإن حصلت فيه امانة يغلب معها الظن انه ليس منه لم يجزله
الحاقه ولا نفيه ، بل يستحب ان يوصى له بشيء
هذا قول الشيخ في النهاية^(١) والقاضي وابن حمزة والشيخ يحيى ، لرواية
عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام^(٢) في قضية الانصاري الذي وجد مملوكه
على بطن زوجته .

وتوقف في ذلك المصنف في غير هذا الكتاب ، والعلامة^(٣) لانه اما أن يكون

(١) النهاية : ٥٠٦ .

(٢) الكافي ٤٨٨/٥ ، التهذيب ١٧٩/٨ ، الفقيه ٢٤٠/٤ .

(٣) القواعد ، المقصد الرابع فى الولادة .

ويلحق بذلك أحكام الولادة ، وسننها استبداد النساء بالمرأة
وجوباً الامع عدمهن ، ولا بأس بالزوج وان وجدن .
ويستحب غسل المولود ، والاذان في اذنه اليمنى ، والاقامة في
اليسرى ، وتحنيكه بتربة الحسين عليه السلام ، وبماء الفرات ، ومع
عدمه بماء فرات ، ولولم يوجد الا ماء ملح خلط بالعسل أو التمر .
ويستحب تسميته الاسماء المستحسنة ، وأن يكنيه .
ويكره أن يكنى محمداً بأبى القاسم ، وأن يسمى حكماً ،
أو حكيماً ، أو خالداً ، أو حارثاً ، أو مالكاً ، أو ضراراً .
ويستحب حلق رأسه يوم السابع مقدماً على العقيقة ، والتصدق
بوزن شعره ذهباً أو فضة ، ويكره القنازع .
ويستحب ثقب أذنه وختانه فيه ، ولو أخرج جاز .
ولو بلغ وجب عليه الاختتان .
وخفض الجارية مستحب ، وأن يعق عنه فيه أيضاً . ولا تجزىء
الصدقة بثمانها ، ولو عجز توقع المكنة .

سبب اللاحق موجوداً أولاً ، فمن الاول يجب الحاقه ومن الثاني يحرم ولا واسطة
بينهما .

قوله : وان يعق عنه فيه أيضاً - الى آخره

هذا عطف على المستحبات يوم السابع ، وهو مذهب الشيخين^(١) وابن
ادريس^(١) ، لاصالة البراءة وحمل ماورد على شدة الاستحباب .

(١) المقنعة : ٨١ ، الخلاف ٢٦٣/٣ ، السرائر : ٣١٨ .

ويستحب فيها شروط الاضحية ، وأن تخص القابلة بالرجل
والورك ، ولو كانت ذمية أعطيت ثمن الربع .

ولو لم تكن قابلة تصدقت به الام ، ولو لم يعق الوالد استحب
للولد اذا بلغ . ولومات الصبي في السابع قبل الزوال سقطت ، ولومات
بعد الزوال لم يسقط الاستحباب .

ويكره أن يأكل منها الوالدان ، وأن يكسر شيء من عظامها ،
بل يفصل مفاصل الاعضاء .

ومن التوابيع : الرضاع والحضانة . وأفضل ما رضع لبن أمه .

وقال المرتضى وابن الجنيد بالوجوب ، لظاهر الروايات ، كقوله صلى
الله عليه وآله وسلم : أهريقوا عنه دمًا^(١) . والامر للوجوب . وقوله صلى الله
عليه وآله وسلم : كل مولود مرتهن بالعقيقة^(٢) وغير ذلك .

قوله : وأفضل ما رضع لبان امه

قال الجوهري : اللبان بالكسر كالرضاع ، يقال هو أحق بلبان أمه . قال ابن
السكيت : ولا يقال بلبن أمه ، انما اللبن الذي يشرب . وقال الحريري : الصواب
أن يقال ارتضع بلبانه لان اللبن هو المشروب ، واللبان مصدر « لابنه » أي
شاركه في شرب اللبن .

وانما كان أفضل لان لبنها وفق لمزاجه لتغذيته به وهو في الرحم لما كان دمًا .

(١) سنن ابى داود ١٠٦٣/٣ ، صحيح البخارى - شرح الكرماني ٧٤/٢٠ ، كنز العمال
٤٣١/١٦ ، سنن ابن ماجه ١٠٥٧/٢ فى بعضها : كل غلام مرتهن بعقيقته .

(٢) الكافى ٢٤/٦ ، التهذيب ٤٤١/٧ ، الفقيه ٣١٢/٣ .

ولا تجبر الحرة على ارضاع ولدها ويجبر الامة مولاهما .
 وللحرة الاجرة على الاب ان اختارت ارضاعه . وكذا لو ارضعته
 خادمتها .
 ولو كان الاب ميتاً ، فمن مال الرضيع .
 ومدة الرضاع حولان . ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين
 شهراً لأقل ، والزيادة بشهر أو بشهرين لأكثر .
 ولا يلزم الوالد أجره ما زاد عن حولين .

وأما اللباء بكسر الفاء وفتح العين ومد اللام وهو أول اللبن في النتاج فقال
 العلامة في القواعد^(١) ان الام تجبر على ارضاعه ، لان الولد لا يعيش بدونه .
 وتبعه الشهيد في بعض تصانيفه .
 وهذه العبارة تدل على الوجوب مع أنه قال : ولها الاجرة عنه .
 وفيه نظر ، لانا نمنع أن الولد لا يعيش بدونه أولاً ليكون واجباً عليها ،
 ونمنع استحقاق الاجرة على فعل الواجب ثانياً ، اذ هو خلاف المعهود من
 قواعد الشرع .

قوله : ولا تجبر المرأة على ارضاع ولدها ويجبر الامة مولاهما وللحرة
 الاجرة على الاب ان اختارت ارضاعه
 هنا مسائل ثلاث :

(الاولى) ان الحرة لا تجبر على ارضاع ولدها ، وهو ظاهر ، لعدم وجوبه
 عليها ، للاصل ولقوله تعالى « وان تعاسرتن فسترضع له أخرى »^(٢) ، ولو كان
 واجباً عليها لم يقل فسترضع له أخرى .

(١) القواعد ، الفصل الثالث في الرضاع من المقصد الرابع في الولادة .

(٢) سورة الطلاق : ٦٥ .

(الثانية) ان الامة يجبرها مولاها على الارضاع ، لانه منفعة من منافعها المملوكة فجازله الاجبار .

(الثالثة) ان الحرة اذا اختارت ارضاعه ولم تبرع لها الاجرة على الاب ، لان ذلك من لوازم عدم الوجوب . وبه قال الشيخ في النهاية^(١) واتباعه والمرضى وابن ادريس^(٢) .

وقال في المبسوط^(٣) ان كانت في حباله لاتستحق اجرة ، لان منافعها مستحقة له بعقد النكاح ، فلا يصح عقد الاجارة عليها ، كالاجير الخاص فانه لو استأجره المستأجر لذلك العمل ثانياً بطل ، فكذا هنا . أما اذا كانت بائنة عنه فيجوز عقد

الاجارة عليها للارضاع وغيره ، لانها ملكت منافعها بالبينونة .

أجاب العلامة^(٤) بالمنع من ملكه جميع منافعها ، بل وجوه الاستمتاع لاغير . ويؤيد ذلك الاصل وظاهر قوله تعالى «فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن»^(٥) فانه لم يفرق بين كونها في حباله أولاً .

وهذا جواب حسن .

ان قلت : بل هو مالك لجميع منافعها ، ولهذا وجبت نفقتها عليه وكان له منعها من الخروج من بيته .

قلت : نمنع الملازمة بين وجوب النفقة وملك المنافع ، لانفك كل منهما عن الآخر ، فان القريب تجب نفقته ولا تملك منفعه ، والاجير الخاص يملك منفعه ولا تجب نفقته ، واذا كان كذلك فلا دلالة .

ولانسلم أيضاً أن المنع من الخروج يستلزم ملك المنافع جملة ، بل ذلك

(١) النهاية : ٥٠٣ ، السرائر : ٣١٨ .

(٢) المبسوط ٣٦/٦ .

(٣) المختلف ، الجزء الخامس ٢٦ .

(٤) سورة الطلاق : ٦ .

والام أحق بارضاعه اذا تطوعت أو قنعت بما تطلب غيرها ،
ولو طلبت زيادة عن ما قنع غيرها فللاب نزعها واسترضاع غيرها .

لازم للملك الاستمتاع مطلقاً بحيث لا يخص زماناً ولا مكاناً .
قوله: والام أحق بارضاعه اذا تطوعت أو قنعت بما يطلب غيرها ، ولو
طلبت زيادة عما قنع غيرها فللاب نزعها واسترضاع غيرها
هنا أقوال :

(الاول) ما ذكره المصنف واختاره العلامة^(١) وهو كونها أحق بالولد مع
تبرعها أورضاها بما يرضى به الغير والا كان للاب انتزاعه ، سواء كانت في حباله
أو بائنة منه .

(الثانية) قول الشيخ^(٢) بأن الحكم المذكور يختص بالبائنة عنه ، بناء على
مذهبه ، وهو عدم جواز استيجار من هي في حباله .

(الثالثة) قول ابي حامد من الشافعية أنه ليس للاب نقله عن الام الا اذا
امتنعت من الارضاع ويلزمه أجره المثل اذا لم تمتنع ، واحتج بقوله تعالى « فان
أرضعن لكم فآتوهن أجورهن »^(٣) ، فانه تعالى أوجب لهن الاجرة اذا أرضعته
ولم يفصل بين وجود المتبرعة وعدمها ، فلا يجوز نقله عنها الى المتبرعة .
وقواه ابن ادريس .

وأجاب الشيخ^(٤) عن الآية بأن مقتضاها وجوب الاجرة اذا أرضعت ، وليس
النزاع فيه بل فيما اذا أردت ارضاعه بالاجرة هل يجوز أخذه منها ودفعه الى
المتبرعة أم لا؟

(١) القواعد، الفصل الثالث في الرضاع من المقصد الرابع في الولادة .
(٢) المبسوط ٣٨١/٦ ، ٣٩ .
(٣) سورة الطلاق : ٦ .
(٤) المبسوط : ٣٧ .

وأما الحضانة :

ثم احتج بقوله تعالى «فان تعاسرتم فسترضع له أخرى»^(١) ، فانها اذا طلبت الاجرة ويريد أبوه عدمها فقد تعاسرا . قال الشيخ في النهاية والتميم لا تنضم الا بالمال والرضا . قلت : لابي حامد أن يقول : المراد من قوله «فان أرضعن لكم» ان أردن الارضاع لكم ، ومن قوله «وان تعاسرتم» أي فسي الارضاع وعدمه ، أي ان امتنعت من الارضاع فسترضع له أخرى ، لانها اذا طلبت الاجرة . فان قال الشيخ حمل الارضاع على ارادته مجاز والاصل الحقيقة . فلابي حامد أن يقول : المجاز لا بد من ارتكابه عندكم أيضاً ، لان الاجرة عندكم يلزم بنفس العقد ولا يتوقف على العمل ، فاذا أجرتم «أرضعن» على ظاهره لزمكم أن تقولوا : ان الاجرة لا تستحق الا بكمال العمل وليس ذلك مذهباً لكم . وللشيخ أن يجيب : ان لزوم الاجرة بعد الارضاع لا يستلزم عدمه قبله الا بدليل الخطاب ، وليس بحجة عندنا ، والتعاسروان احتمال كونه في الارضاع فكذا يحتمل أن يكون في الاجرة وكميتها ، فليحمل على المعنيين معاً دفعا للترجيح من غير مرجح وحملا لكلامه تعالى على أكمل الفوائد كما قال صلى الله عليه وآله وسلم : أوتيت جوامع الكلم^(٢) .

قوله : وأما الحضانة

هي لغة من حضن^(٣) بيضه يحضنه : اذا ضممه الى نفسه تحت جناحه ، وكذلك

(١) سورة الطلاق : ٦ .

(٢) صحيح البخارى - شرح الكرمانى ١١٧/٢٤ ، وفيه : بعثت بجوامع الكلم .

(٣) الحضن ما دون الابط الى الكشح ، واحتضنت الشيء جعلته فى حضنى ، والجمع احضان مثل حمل واحمال ، ويعدى الى المفعول الثانى بالهمزة فيقال : احضنت الطائر البيض : اذا جثم عليه .

فلام أحق بالولد بمدة الرضاع اذا كانت حرة مسلمة .
واذا فصل فالحرة أحق بالبنث الى سبع سنين ، وقيل الى تسع
سنين ، والاب أحق بالابن .

المرأة اذا حضنت ولدها، وحاضنة الصبي التي تقوم عليه في تربيته .
وشرعاً^(١) ولاية وسلطنة تستحقها الام مدة معلومة ، فمع اجتماع الزوجين
لا كلام في كون الولد بينهما بحيث يقوم كل منهما بما يجب عليه في تربيته .
ومع افتراقهما وتنازعهما في تولي أحواله وتربيته ، فان كان بالغاً رشيداً فأمره
الى نفسه ينضم الى من شاء، سواء كان ذكراً أو أنثى، الا أنه يكره للانثى مفارقة
أمها حتى تتزوج . وان كان بعد في الطفولية فسيأتي تفصيله .

قوله : فلام أحق بالولد مدة الرضاع اذا كانت حرة مسلمة ، فاذا
فصل فالحرة احق بالبنث الى سبع سنين ، وقيل الى تسع سنين والاب
احق بالابن

الام أحق بالولد مدة الرضاع بلا خلاف ذكر أكان أو أنثى ، أما اذا فصل
ففيه أقوال :

(الاول) ما اختاره المصنف ، وهو مذهب الشيخ في النهاية^(٢) والقاضي في
الكامل وابن حمزة وابن ادريس^(٣) .

(١) قال في المسالك : واما الحضانة هي بفتح الحاء ولاية على الطفل والمجنون
لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصطلته من حفظه ، وجعله فى سريره ورفع وكحله ودهنه
وتنظيفه وغسل خرقه وثيابه ونحو ذلك، وهي بالانثى أليق منها بالرجل لمزيد شفقتها وخلقتها
المعد لذلك بالاصل .

(٢) النهاية : ٥٠٣ ، السرائر : ٣١٩ .

(الثاني) قول المفيد^(١) ان الام أحق بالبنات الى تسع .

(الثالث) قول الشيخ في المبسوط والخلاف^(٢) ان الام أولى بالولد الى أن يصير مميزاً ، وهو سبع سنين أو ثمان ، وإذا صار مميزاً فالذي رواه أصحابنا أن الاب أولى بالذكر والام أولى بالانثى .

(الرابع) قول ابن بابويه المرأة أحق بالولد مالم تتزوج .

(الخامس) قول ابن الجنيد الام أحق بالصبي الى سبع سنين، ولو تجاوزها وهو ممتوه كان حكمه حكم الطفل في استحقاق الام اياه، وأما البنات فالام أولى بها مالم تتزوج الام .

(السادس) قول القاضي في المهذب: الام أولى الى أن يميز، وبعد التمييز الام أولى أيضاً بالابن الى سبع سنين وبالبنات الى تسع .

واعلم أن العلامة^(٣) أفتى بقول الشيخ في النهاية كما أفتى به المصنف جمعاً بين الروايات ، والا فليس ثم رواية صحيحة صريحة بقول من هذه الاقوال .

والتحقيق أن نقول : لاشك أن الباري سبحانه تعلقت عنايته بتربية الولد غير المميز ، ولهذا أن كلما قربت حاجته الى التربية يزيد الله في محبة الابوين له وبقدر نقصان الحاجة اليهما ينقص محبتهم له . ولا ريب أن محبة الام للطفل أكمل وأزيد من محبة الاب، وليس ثم حكمة لتلك الزيادة اللتربية ، فتكون تلك الزيادة المرجحة لحضانة الام . وحينئذ يكون قول الشيخ^(٤) في المبسوط والخلاف قريباً الى الصواب بل هو أولى بالصواب .

(١) المقنعة : ٨٣ .

(٢) المبسوط ٣٩/٦ ، الخلاف ٨٢/٣ .

(٣) القواعد ، الفصل الرابع في الحضانة من المقصد الرابع في الولادة .

(٤) راجع التعليقة السالفة آنفاً .

ولو تزوجت الام سقطت حضانتها .

ان قلت : روى داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام أنه قال : الولد في الرضاع هو بين الابوين بالسوية ، فاذا فطم فالاب أحق به من الام^(١) ، فاذا مات الاب فالام أحق به من العصبه . وهي صريحة بأن الاب أحق به من الام بعد الفطام .

قلت : ليس فيها أن الاب أحق بالحضانه ، وحينئذ يحتمل أن يكون الاب أحق بالولاية والانفاق والتأديب والتعليم لا الحضانه .

قوله : ولو تزوجت الام سقطت حضانتها

هذا مما لا خلاف فيه ، واستدل الشيخ عليه برواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام ، وكذا رواه عن المنقري عن ذكره ، ورواه أيضاً ابوهريرة عنه عليه السلام : الام أحق بحضانه ابنها ما لم تتزوج^(٢) .

وكذا رواه عبد الله بن عمر ان امرأة قالت : يا رسول الله ان ابني هذا كان له بطني وعاء وثديي لسه سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها النبي صلى الله عليه وآله وسلم : انت أحقي به ما لم تنكحي^(٣) .
إذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) اذا تزوجت وطلقها زوجها الثاني بائناً هل تعود حضانتها أم لا؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف نعم^(٤) وقال ابن ادريس^(٥) لا لخروج الحق عنها

(١) الكافي ٤٥٦/٦ ، الفقيه ٢٧٤/٣ ، التهذيب ١٠٤/٨ ، الاستبصار ٣٢٠/٣ .

(٢) الكافي ٤٥٦/٦ ، الفقيه ٢٢٤/٣ ، التهذيب ١٠٥/٨ ، الاستبصار ٣٢٠/٣ .

(٣) كنز العمال ٥٨١/٥ .

(٤) المبسوط ٤١٦/٦ ، الخلاف ٨٣/٣ .

(٥) السرائر : ٣١٩ .

ولو مات الاب فالام أحق به من الوصي . وكذا لو كان الاب

مملوكاً أو كافراً كانت الام الحرة أحق به ولو تزوجت .

فان أعتق الاب فالحضانة له .

(النظر الخامس) في النفقات :

وأسبابها ثلاثة : الزوجية ، والقرباة ، والملك .

بالتزويج فعوده يحتاج الى دليل وليس ، ولانه صلى الله عليه وآله وسلم جعل

التزويج غاية استحقاقها في الحضانة ، فلا حضانة بعد غايتها .

والاول أولى ، لان المقتضي للحضانة - وهي التربية - والحاجة الى التربية

باق والمانع وهو التزويج يرتفع ، فتكون الحضانة عائدة بالضرورة . وهو

المطلوب فقد وجه الدليل .

(الثانية) كما تزول الحضانة بتزويج الام كذا ترتفع بنقصها ، بأن تكون كافرة

أو أمة والاب مسلم أو حر ، وكذا بالعكس لو كان الاب كافراً أو رقيقاً والام مسلمة

أو حرة فهي أولى . ولو حصل الاسلام أو الحرية من كل منهما عادت حضانته .

(الثالثة) اذا انتقلت الحضانة الى الاب اما لتزويج الام أو لانقضاء المدة لم

يمنع من الاجتماع بأمه ، فالذكر يذهب الى أمه والبنت تأتي أمها اليها من غير

اطالة ولا ابسط في بيت مطلقها . وكذا لو مرض الولد لم تمنع الام من مراعاته

[اعادته ن] وتمريضه ، وان مرضت هي لم يمنع ولدها من التردد اليها ذكراً

كان أو أنثى . والموت كالمرض بل هو أولى بالحضور فيه .

قوله : ولو مات الاب فالام أحق به من الوصي ، وكذا لو كان الاب

مملوكاً أو كافراً كانت الام الحرة أحق به . ولو تزوجت الام فان أعتق الاب

فالحضانة له

هنا فوائد :
هنا فوائد :
هنا فوائد :

(الاولى) قد تقدم أن التزويج رافع للحضانة لكن مع وجود الاب ، أما مع موته فهي أولى ، لان المقتضى لها - وهو الامومية - موجود والمانع - وهو وجود الاب - مرتفع فتكون أولى .

(الثانية) قد بينا أن الام المسلمة الحرة أولى بالولد مع كفر الاب أورقه ، ونقول هنا أيضاً : هي أولى وان تزوجت ، لما ذكرنا من الحجّة ، ولرواية داود الرقي عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن امرأة حرة نكحت عبداً فأولدها [- الى ان قال -] : وقال : انا أحق بهم منك ان تزوجت . فقال : ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها وان تزوجت حتى يعتق هي أحق بولدها منه مادام مملوكاً ، فاذا أعتق فهو أحق بهم منها^(١) .

(الثالثة) اذا فقدت الام فالحضانة للاب أولمن يختاره . وينبغي له أن يختار من يمت الى الولد من جهة الام من النساء كالاخت والجدّة والخالة دون عصباته . وكذا لو فقد الاب ينبغي للوصي أو الحاكم أن يختار من يمت الى الولد من جهة الام أيضاً من النساء لا العصابات ، لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم حكم لخالة بنت حمزة بالحضانة دون علي عليه السلام وجعفر ، وعلل ذلك بأن الخالة ام^(٢) .

(الرابعة) لو وجدت الاخت من الابوين فهي أولى من الاخت لاحدهما ، ولو فقدت ووجدتا فهل الاخت من الاب أولى من الاخت من الام؟ قال الشيخ^٣ في المبسوط والخلاف نعم ، قال : ولو قلنا انهما سواء ويقرع بينهما كان قوياً .

(١) الوسائل ١٥ / ١٨١ ، الكافي ٦ / ٤٥ ، التهذيب ٨ / ١٠٧ ، الاستبصار ٣ / ٣٢١ .

(٢) الوسائل ١٥ / ١٨٢ .

(٣) المبسوط ٦ / ٤٢ ، الخلاف ٣ / ٨٤ .

وقال ابن الجنيد : قرابة الام أولى بالانثى من قرابة الاب ، لقضية بنت حمزة وتوقف فيه العلامة .

وقول ابن الجنيد ليس بعيداً: لان الام أولى من الاب ، فان فقد فمن يمت بالام أولى .

(الخامسة) قال الشيخ في المبسوط^(١) : اذا لم تكن أم ولا رجال من القرابة فكل امرأة هي أولى بالميراث فهي أولى بالحضانة ، وان تساوبا في الدرجة ولا مزية فهو بينهما ، كأختين متساويتين أو خاليتين أو جدتين فيقرع بينهما . وقال : والعمة والخاله سواء فيقرع بينهما ، وأم الاب أولى من الخالة .

وقال المفيد^(٢) : اذا مات الاب قامت أمه مقامه في كفالة الولد ، فان لم تكن له أم وكان له أب قام مقامه في ذلك ، فان لم يكونا كانت الام التي هي الجدة أحق به من البعداء .

وقال ابن ادريس^(٣) : ما ذكره الشيخ من تخريجات المخالفين ، ومعظمه قول الشافعي ، وبنواؤهم على القول بالعصبة ، وذلك عندنا باطل ، ولا حضانة عندنا الا للام نفسها وللاب ، وأما غيرهما فليس لاحد عليه ولاية سوى الجد من قبل الاب خاصة .

وما ذكره ابن ادريس حق لكن اذا آلت الولاية الى الجد للاب فمع عدمه فالى الوصي ومع عدمه فالى الحاكم ، وحينئذ ينبغي لكل من الاب والجد والوصي والحاكم أن يختار للحضانة من يصلح لها . ويستحب له تقديم قرابة الام ، لان في قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم في بنت حمزة ايماء الى ذلك . ومع عدمهم يختار من يراها أصلح شفقة وأمانة وديانة ومحبة ، ولا اعتبار

(١) المبسوط ٤٣/٦ .

(٢) المقنعة : ٨٣ .

(٣) السرائر : ٣١٩ .

أما الزوجية فيشترط في وجوب نفقتها شرطان :
العقد الدائم ، فلا نفقة لمستمتع بها . والتمكين الكامل ، فلا
نفقة لناشزة .
ولو امتنعت لعذر شرعى لم تسقط كالمرض والحيض وفعل
الواجب .
أما المندوب : فإن منعها منه فاستمرت سقطت نفقتها ،
وتستحق الزوجة النفقة .

بمراتب الارث والالكان الاخ اولى من الخالة وليس .
قوله : أما الزوجة فيشترط في وجوب نفقتها شرطان : العقد الدائم
فلا نفقة لمستمتع بها ، والتمكين الكامل فلا نفقة لناشزة . ولو امتنعت لعذر
شرعى لم تسقط كالمرض والحيض وفعل الواجب ، اما المندوب فان منعها
منه واستمرت سقطت نفقتها
هنا فوائد :

(الاولى) ان المراد بالتمكين التام هو طاعتها لزوجها عند طلب مباشرتها قبلا
أودبراً أي وقت أراد وأي مكان أراد مما يجوز فيه الاستمتاع شرعاً وعرفاً ، فلو
طلبها في حال يضاد فعل الواجب المضيق أو الموسع المأذون في الشرع فيه مما
يبطله المباشرة وامتنعت لم تخرج عن التمكين ولم تسقط نفقتها ، وكذا لو طلب
ذلك في ملاء من الناس أو حال يستنكف فيها من ذلك أو هي مريضة مرضاً
تضره المباشرة .

(الثانية) هل التمكين سبب كالعقد أو شرط والسبب هو العقد ؟ تردد فيه

المصنف في الشرائع^(١) ، والعلامة في القواعد^(٢) استشكله، والمنشأفيهما واحد، وهو احتمال النص لكلا الأمرين .

وتظهر الفائدة في أمور :

منها : انه اذا اختلفا في النشوز فان قلنا التمكين شرط فعلى الزوج البينة لانه يدعي خلاف الاصل ، وان قلنا انه سبب فعليها البينة لان الاصل عدم التمكين .

ومنها : انه اذا عقد ولم يدخل ومضت مدة على ذلك وهي ساكتة تجب عليه النفقة على تقدير الشرطية لعدم العلم بنشوزها ، وعلى تقدير السببية لا تجب لعدم العلم بالتمكين لو طلبها. الى غير ذلك من الفوائد .

(الثالثة) قال الشيخ^(٣) في المبسوط والخلاف وابن الجنيذ الصغيرة لانفقة لها سواء كان زوجها صغيراً أو كبيراً. واختاره المصنف في الشرائع^(٤) قال: وان أمكن الاستمتاع بها بما دون الوطىء ، لانه استمتاع نادر لا يرغب فيه غالباً . وفيه نظر، لانها اذا كانت في حصن زوجها يستمتع بها بما دون الوطىء فقد مكنت من نفسها، اذ لانعني بالتمكين الاطاعته وقد حصلت ، وامتناع الوطىء عذر شرعي كالمرض. وظاهر عبارته هنا يدل على الوجوب، لانه قال « لو امتنعت لعذر شرعي لم تسقط » ، وهذا عذر شرعي .

وقال العلامة^(٥): لا تجب النفقة ان جعلنا التمكين شرطاً. وهو يدل بمفهومه

(١) الشرائع ١٩٠/٢ .

(٢) القواعد ، المقصد الخامس من كتاب النكاح .

(٣) المبسوط ١٢/٦ .

(٤) الشرائع ١٩٠/٢ .

(٥) المختلف ، الجزء الخامس ٢٩ .

ولو كانت ذمية أو أمة . وكذا تستحقها المطلقة الرجعية دون
البائن والمتوفى عنها زوجها الا أن تكون حاملا فتثبت نفقتها في
الطلاق على الزوج حتى تضع ، وفي الوفاة من نصيب الجمل على
احدى الروايتين .

على الوجوب ان جعل سبباً .
وفيه نظر أيضاً ، لان الصغر ان كان عذراً شرعياً فالنفقة لازمة على التقديرين ،
وان لم يكن عذراً شرعياً لم تكن لازمة على التقديرين .
واختار ابن ادريس^(١) وجوب النفقة . وهو قريب مع التمكين من طرفها .
ولو انعكس الفرض - بأن كان الزوج صغيراً وهي كبيرة - قال الشيخ^(٢) لا
نفقة لها لاصالة البرءة ، ولان الصبي ليس أهلاً للاستمتاع فلا أثر للتمكين في
حقه لان التمكين شرطه الامكان .
وقال ابن الجنيدي : تجب النفقة ، لان الامكان من طرفها متحقق وانما تعذر
من جهته فلم تسقط ، كما لو كان الزوج كبيراً وهو غائب أو مريض أو محرم ،
ولان الشرط اما عدم النشوز أو حصول التمكين ، وكلاهما متحقق من
جهتها فتجب لها النفقة . وهو الاقوى ، واختاره المصنف في الشرائع^(٣) بعد
استشكاله .

قوله : وكذا تستحقها المطلقة الرجعية دون البائن والمتوفى عنها
زوجها ، الا أن تكون حاملا فتثبت نفقتها في الطلاق على الزوج حتى تضع
وفي الوفاة في نصيب الحمل على احدى الروايتين

(١) السرائر: ٣٢٠ .

(٢) المبسوط ١٢٧٦ .

(٣) الشرائع ١٩٠/٢ .

لما كان العلة في وجوب النفقة على الزوج هو تسلطه على منافعها في جميع
أزمان إمكان انتفاعه بها ، فكلمنا وجدنا العلة وجبت النفقة ، كالمعتدة رجعيّاً فإن
له الاعتراض عليها بمطالبة نفسها بعد الرجعة في جميع زمان العدة ، وكلمنا
انتفت كما في البائن انتفى الوجوب . وتخرج من ذلك صورتان :
«الاولى» - المطلقة بائناً اذا كانت حاملا ، للنص على ذلك ، ولدخولها في

عموم « وأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن »^(١) .

« الثاني » - الحامل المتوفى عنها زوجها . وفيها روايتان : احدهما لانفقة
وهي رواية حماد عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال في الحبل المتوفى
عنها زوجها : انه لانفقة لها^(٢) . ومثلها رواية ابي الصباح عنه عليه السلام أيضاً^(٣) .

وأفتى بها المفيد في المقنعة وابن ابي عقيل والشيخ في الخلاف^(٤) .

وثانيتها وجوب النفقة من مال الحمل ، وهي رواية محمد بن الفضيل عن
ابي الصباح عن الصادق عليه السلام قال : المرأة الحبل المتوفى عنها زوجها
بنفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها^(٥) .

وأفتى بهما الشيخ في النهاية^(٦) والتقي ومن تابعهما . واختار المصنف
والعامة^(٧) الاول ، وعليه الفتوى لاشتهار الرواية به ولاصالة البراءة من الوجوب .

(١) سورة الطلاق : ٦ .

(٢) الكافي ١١٤/٦ ، التهذيب ١٥١/٨ ، الاستبصار ٣٤٥/٣ .

(٣) الكافي ١١٥/٦ ، التهذيب ١٥٠/٨ ، الاستبصار ٣٤٤/٣ .

(٤) الخلاف ٥٧/٣ .

(٥) الكافي ١١٥/٦ ، التهذيب ١٥٢/٨ .

(٦) النهاية : ٥٣٧ .

(٧) القواعد في الرابع من المقصد الخامس من كتاب النكاح ، المختلف ، الجزء

الخامس ص ٦٢ . الجزء الخامس : ٢٩ .

إذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الأولى) هل النفقة في الحامل المطلقة بائناً للحمل أولها ؟ اختار الشيخ في المبسوط^(١) الأول للدوران ، فإن الوجوب دائر مع الولد وجوداً وعدمياً ويقاس ما قبل الولادة على ما بعدها ، فإنه لا خلاف في أن النفقة للولد بعد الولادة وليس لها ، وكذا قبلها لوجود الولد في الحالين ولنص الأصحاب على أنه ينفق عليها من مال الحمل . وتبعه القاضي .

وقال آخرون بالثاني ، واختاره ابن زهرة لعدم وجوبها على الجدم مع فقر الأب أو موته . وأيضاً لو كانت للحمل لسقطت بمساره أما بالارث أو بالوصية له وقبول الأب ، واللازم باطل فكذا الملزوم . وتظهر فائدة الخلاف في صور : « ١ » لو كان الزوجان مملوكين ، فمن قال النفقة للحمل كانت على سيد الولد ومن قال النفقة لها كانت على سيد الزوج أو في كسبه على الخلاف .

« ٢ » لو كان الزوج عبداً وهـي حرة ، فإن قلنا للحمل فالنفقة على أمه ، والأفعلى السيد أو كسبه .

« ٣ » لو أخل بالنفقة فإن قلنا للحمل لا تقضى والأقضية .

(الثانية) لو ادعت البائسن الحمل قبل منها ، لأنه أمر لا يعلم الا من جهتها ، سواء كانت ثقة أولاً . ولكن لا يجب الدفع الا يوماً فيوماً ، فإن ظهر صدقها فلا كلام والا استعبدت لظهور عدم استحقاتها .

(الثالثة) الحائل المتوفى عنها زوجها لانفقة لها ، قيل السبب انقطاع العصمة بينهما بالموت .

وفيه نظر ، اذ لو كان كذلك لما جاز لها تغسيله اختياراً ، ولما كان كفنها عليه لوماته ، واللازمان باطلان فكذا الملزوم . والأولى أن نقول : لو وجبت لكان

(١) المبسوط ٢٨١/٦ .

ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الاقارب وتقضى لو فانت .
وأما القرابة : فالنفقة على الابوين والاولاد لازمة .
وفيمن علا من الاباء والامهات تردد ، أشبهه : للزوم .

محلها اما ذمه الميت وهو باطل لانه لازمة له بعد موته ، أو التركة وهو باطل
أيضاً لانتقالها الى الوارث فلا وجوب . وأيضاً انها مؤدية لواجب عليها فلا
تستحق عوضاً عليه .

قوله : ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الاقارب ، وتقضى لو فانت
لما كانت نفقة الزوجة أقوى لكونها تجب لها مطلقاً - أي غنية كانت أو
فقيرة ولكونها جزء مال المعاوضة اذ النكاح عقد معاوضة - اختصت بهاتين
الخاصتين : « الاولى » كونها مقدمة على نفقة القريب كما يقدم الدين على الصدقة ،
« الثانية » كونها تقضى كما تقضى الحقوق الواجبة مطلقاً . بخلاف نفقة القريب ،
فانها لسد الخلة^(١) فلا تقضى بعد وقتها ، لزوال ماعلقت عليه .

نعم لو أمر المنفق أو الحاكم القريب بالاستدانة لسد خلته وجب القضاء
وكانت مزاحمة لنفقة الزوجة ، بل للديون في توزيع مال المفلس وتركة الميت .
قوله : وفيمن علا من الاباء والامهات تردد أشبهه للزوم

اتفق الاصحاب على وجوب الانفاق على الاباء والاولاد ، لتواتر الاحاديث
ودلالة الكتاب على ذلك .

وهل ذلك مختص بالقريب من الصنفين أم لا ؟ تردد المصنف والعلامة^(٢)

(١) الخلة بفتح الخاء : الفقر والحاجة ، والخليل : الفقير .

(٢) القواعد ، الفصل الثاني من المقصد الخامس في النفقات من كتاب النكاح .

ولا تجب على غيرهم من الاقارب ، بل تستحب وتتأكد في الوارث .

ويشترط في الوجوب الفقر والعجز عن الاكتساب .

فيه ، والمنشأ من أنه تعالى سمي الاجداد آباء في قوله « ملة أبيكم ابراهيم »^(١) وقوله « واتبع ملة آباي ابراهيم واسحاق ويعقوب »^(٢) وابناء الابناء ابناء في قوله « يابني آدم » « يابني اسرائيل » ، والاصل في الاطلاق الحقيقة . ومن امكان ارادة المجاز في الاطلاق ، لصدق النفي السذي هو من دلائل المجاز . ويعضد الثاني اصالة البراءة .

والاولى الاحتياط وحصول الحاجة المقتضية للوجوب مع صدق المعنى الذي لاجله وجب الانفاق ، وهو كون الاب أصلاً والولد فرعاً ، ولذلك اختار المصنف اللزوم .

قوله : ولا تجب على غيرهم من الاقارب بل تستحب وتتأكد في الوارث

الاقوال في وجوب الانفاق على القريب ثلاثة لاغير : « الاول » قول اكثر الامامية والشافعية أنها على العمودين لاغير كما تقدم ، « الثاني » قول الشيخ وابن حنبل وهو كل وارث ، « الثالث » قول ابي حنيفة كل ذي رحم ولم يقل به أحد منا .

والحق الاول ، لاصالة البراءة ، وحمل ماورد على شدة الاستحباب ، لما

جاء من الحث على صلة الارحام .

قوله : ويشترط في الوجوب الفقر والعجز عن الاكتساب

(١) سورة الحج : ٧٨ .

(٢) سورة يوسف : ٣٨ .

قيل كان ينبغي أن يقول أيضاً « وقدرة المنفق على الانفاق » ، وذلك لأنه مع تساوي المنفق والمنفق عليه في العجز لو كلف أحدهما بالانفاق على الآخر ازم الترجيح بالمرجح أو تكليف ما لا يطاق ، وكلاهما محال .

قلت : ذلك غير وارد ، لأن الكلام يدل على اعتبار قدرة المنفق ، فإن وصف أحد المضايقين بصفة يستلزم اعتبار صدقها في المضايق الآخر والألما حسن ذكرها .

إذا تقرر هذا فهنا مسائل : (الاولى) جعل العلامة في القواعد^(١) العجز عن الاكتساب أقرب الاحتمالين ، لأن القدرة على الاكتساب كالغنى ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لا صدقة لغني ولا لذي مرة سوي^(٢) . ويحتمل الوجوب مع عدم المال وان قدر لصدق اسم الفقر عليه ، والاول أولى .

(الثانية) المراد بالاكتساب المانع من الوجوب هو ما يليق به فلا تجب على ذي المروة والعالم التعرض للكنس والايقاد^(٣) .

(الثالثة) لا يشترط زائد على ما تقدم كنقص الخلقة بأن يكون أعمى أو مقعداً أو أشل ، أو نقص الحكم بأن يكون صغيراً أو مجنوناً أو كافراً ، بل يجب الانفاق على البصير وصحيح الاعضاء مع عجزه عن التكسب ، وكذا يجب على الكبير والعاقل والمسلم .

- (١) القواعد ، الفصل الثاني في نفقة الاقارب من المقصد الخامس في النفقات .
(٢) الكافي ٥٦٣/٣ ، وفيه : ان الصدقة لا تحل لغني ولا لذي مرة سوي . فقال ابو عبدالله عليه السلام : لا تصلح لغني . أقول : المرة : القوة والسوى : من اعتدل خلقته ، والصحيح الاعضاء .
(٣) في الهامش : الختان .

ولا تقدير للنفقة بل يجب بذل الكفاية من الطعام والكسوة
والمسكن .

(الرابعة) لا يشترط في المنفق زيادة على القدرة من تكليف أو اسلام ، بل
يجب في مال الصغير والمجنون وعلى الكافر نفقة القريب وان كان كبيراً أو عاقلاً
أو مسلماً .

(الخامسة) لا كلام في وجوب التكسب لنفقة نفسه وزوجته ، وهل يجب
لنفقة القريب لو عدم المال بالفعل أم لا ؟ اشكال مبني على أنه واجب مشروط أو
مطلق . يحتمل الاول ، لقوله «وذوسعة من سعته» . ولاصالة عدم الوجوب . ويحتمل
الثاني لقوله : «وعلى المولود له رزقهن»^(١) وقوله «لاتقتلوا اولادكم خشية
املاق»^(٢) . فعلى الاول لا يجب وعلى الثاني يجب .
ثم المراد من الاكتساب هنا هو اللائق أيضاً كما تقدم .

قوله : ولا تقدير للنفقة بل يجب بذل الكفاية من الطعام والكسوة
والمسكن

ظاهر كلامه أن هذه الثلاثة فهي نفقة القريب ، لانه ذكرها في سياق نفقة
الاقارب . ويحتمل عوده الى الكل ، لذكره بعده . وهو أولى .
فلنذكر شرح ماقاله ثم نتبعه بفوائد يتم بها الكلام :
(الاول) الطعام ، وقدره الشيخ في الخلاف^(٣) بمد ، وقال في المبسوط^(٤)

(١) سورة البقرة : ٢٣٣ .

(٢) سورة الاسراء : ٣١ .

(٣) الخلاف ٣ / ٧٤ .

(٤) المبسوط ٦ / ٦ .

ونفقة الولد على الاب ، ومع عدمه أو فقره فعلى أب الاب و
ان علا مرتباً ، ومع عدمهم تجب على الام وآبائها الاقرب
فالاقرب .

ان نفقة الزوجة مقدره بحسب حال الزوج ، فعلى الموسر مدان والمتوسط مد
ونصف والمعسر مد ، فيكون كذلك عنده في نفقة القريب . واختاره القاضى .
والحق ما قاله المصنف ، وهو مذهب ابن ادريس ^(١) ان الواجب سد الخلة
زاد عن ماقاله الشيخ أو نقص ، لان دليل الوجوب لا يقتضي زيادة على ذلك
والنقص عنه مناف لحكمة الله تعالى فيتعين ما ذكرناه .
ويرجع في جنسه الى غالب قوت ذلك البلد ، ولا يتعين الخبز أو الدقيق
أو الحب ، بل اما الخبز أو الاخيرين مع مؤنة الاصلاح .
ويجب ضم الادم في الزوجة بحسب العادة أيضاً ، وعليه اللحم في الاسبوع
مرة ، ولو اعتادت دوامه وجب .
وهل يجب الادم في نفقة القريب؟ لم ينص عليه أحد من الاصحاب ، والظاهر
استحبابه لاندفاع الخلة بالقوت .
وكذا لم يذكر الاصحاب الماء في القسمين ، والاولى اعتباره في موضع
لا يوجد فيه مباحاً ، وحينئذ يعتبر اما عيناً أو قيمة .
(الثاني) الكسوة ، وهي بحسب الزمان ، ففي الصيف القميص والسراويل
والمقنعة والنعل ، ويزيد في الشتاء الجبة لليقظة والمحاف للنوم ، ويجب الفراش

(١) السرائر ٣٢٠ ، قال فيه: نفقات الزوجات عندنا غير مقدره بلا خلاف الا من شيخنا
ابى جعفر فى مسائل خلافه فانه ذهب الى انها مقدره ومبلغها مد وقدره رطلان وربيع ، ثم
استدل باجماع الفرقة واخبارهم وهذا عجيب منه - الى آخر قوله .

ولا تقضى نفقة الأقارب لو فاتت .
وأما المماوك فنفقته واجبة على مولاه، وكذا الأمة .
ويرجع في قدر النفقة الى عادة ممالك أمثال المولى .

أيضاً بحسب الوقتين من بارية وحصير المصيف أوزلية للشئاء^(١) .
ويرجع في جنس الكسوة بالنسبة الى الزوجة الى عادة أمثالها ، فالمعسر
عنه يبقى ديناً عليه ، وفي القريب الى عادة المنفق وحاله .

(الثالث) المسكن ، ولا يسد من كونه كافياً في دفع ضرورة الحر والبرد
والارتفاق . نعم يرجع في هيئته في الزوجة الى عادة أمثالها، وفي القريب الى
أمثال المنفق .

ومن توابع المسكن آلة الاستقاء كالرشاء والدلوان لم يكن الماء جارياً فيه،
وآلة الاستعمال كالجرة والكوز والقدر والمغرفة^(٢) والغضارة سواء كان القريب
والزوجة .

إذا عرفت هذا فهنا فوائد :
(الاولى) تزيد في نفقة الزوجة أمور :

« ١ » - ثياب التجميل ان كانت من أهله ، ويرجع فيها الى عادة أمثالها .
« ٢ » - الأخدام ان كانت من أهله ، اما بنفسه أو بخادم يشتريه أو يستأجره

(١) الزلية بالكسر كجنبة واحد الزلالى معرب زيلو .
(٢) المغرفة بكسر الميم : ما يغرف به للطعام والجمع المغارف . والغضارة : القصعة
والصفحة المتخذة من الطين الحر . وقال ابن سيده وغيره : الغضارة : الطين الحرو قيل :
الطين اللازب الاخضر، والغضار : الصفحة المتخذة منه .

ويجوز مخارجة المملوك على شيء ، فما فضل يكون له ، فان
كفاه والأتمة المولى .
وتجب النفقة على البهائم المملوكة ، فان امتنع مالكها أجبر
على بيعها أو ذبحها ان كانت مقصودة بالذبح .

أو يستعيره ، ولا يجب اكثر من الواحد ومؤنته عليه ، وان لم تكن من أهل
خدمت نفسها الاحال المرض والعجز ، اما القريب فلا يجب اخدامه الاحالة المعجز
والمرض .
« ٣ » - آلة التنضيف والزينة كالمشط والمدهن وآلة الطيب والكحل وازالة
الصنان (١) . قال العلامة (٢) : ولا يجب الكحل والطيب ولا الدواء للمرض ولا أجره
الحجامة ولا أجره الحمام الامع شدة البرد .

(الثانية) يجب في المطعوم التملك ، ويكفي في المسكن الامتاع بغير خلاف
فيهما . أمما الكسوة فهل يجب فيها التملك أو يكفي الامتاع ؟ يحتمل الاول ،
لعطفها على الرزق في قوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن » (٣) ،
فيكون حكمه حكم قضية العطف . واختاره العلامة في القواعد (٤) .

ويحتمل الثاني ، لحصول الغاية ، وهي الستر بالامتاع كالسكنى ، والاصالة
براءة الذمة من وجوب التملك . واختاره في الارشاد . وهو الاولى .
وتظهر فائدة الخلاف أنه لو طلقها آخر المدة المضروبة لها والكسوة باقية

- (١) الصنان : الزفر تحت الابط وغيره اى رائحة تحت الابط وغيره .
- (٢) القواعد ، المطلب الثاني في قدر النفقة من المقصد الخامس في النفقات .
- (٣) سورة البقرة : ٢٣٣ .
- (٤) القواعد ، المطلب الثالث في كيفية الانفاق من المقصد الخامس في النفقات من
كتاب النكاح .

كتاب الطلاق

والنظر في أركانه أقسامه ولو احقه :

(الركن الاول) في المطلق: ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار

والقصد .

يقال : طلق^(١) الرجل امرأته تطليقاً ، وطلقت هي بفتح اللام تطلق طلاقاً ،
فهي طالق وطاققة . وقال الاخفش : لا يقال طلقت بضم اللام .

ولفظ الطلاق اسم للتطبيق أو الاطلاق بمعنى ازالة القيد ، ثم خص شرعاً
بازالة قيد النكاح أو نقل الى ذلك .

والاول أولى ، لما تقرر في الاصول .

ثم اعلم أنه مع حصول شرائطه في الاصل الشرعي مباح ، بمعنى رفع

(١) طلق الرجل امرأته تطليقاً فهو مطلق ، فان كثر تطليقه للنساء قيل : مطليق ومطلق .
فهي طالق . ولا تدخله الهاء ، لانه اذا كان النعت منفرداً به الاثنى دون الذكر لم تدخله الهاء
نحو طالق وطامت وحائض ، لانه لا يحتاج الى فارق لاختصاص الاثنى به . قاله ابن الانباري .
وقال الجوهري يقال طالق وطاققة .

فلا اعتبار بطلاق الصبي . وفيمن بلغ عشرأ رواية بالجواز فيها
ضعف .
ولو طلق عنه الولي لم يقع الآن يبلغ فاسد العقل .

الخرج من فعله ، لكنه مكروه لمنافاته النكاح المستحب ، ولقوله صلى الله عليه
 وآله وسلم : أبغض الحلال الى الله تعالى الطلاق^(١) . خصوصاً مع كون الاخلاق
ملتزمة بين الزوجين .

وقد يخرج الى الاستحباب ، كما اذا لم تكن الاخلاق ملتزمة ولم يقم كل
منهما بحق صاحبه ولم ينجع العذل^(٢) والتوبيخ .
وقد تكون واجباً لكن لاعاى التعيين ، كطلاق المولى من زوجته ، فانه
بعد انقضاء المدة يلزم بالفئثة أو الطلاق .

قوله : فلا اعتبار بطلاق الصبي ، وفي من بلغ عشرأ رواية بالجواز فيها
ضعف

أطلق سلاروالتقي وابن ادريس^(٣) المنع من طلاق الصبي ، واختاره المصنف
والعلامة^(٤) : فالحجر عليه في تصرفاته ، وأما ثانياً فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم :
رفع القلم عن ثلاثة الصبي حتى يحتلم^(٥) . الحديث . وأما ثالثاً فلرواية ابي الصباح
الكناني عن الصادق عليه السلام قال : ليس طلاق الصبي بشيء^(٦) .

(١) سنن ابن ماجة ١/٦٥٠ .
(٢) العذل : اللوم ، يقال : عدلته عدلاً من بابى ضرب وقتل : لمته فاعتدل اى لام
نفسه ورجع .

(٣) السرائر : ٣٢٢ .
(٤) المختلف ، الجزء الخامس : ٣٨ .
(٥) الخصال ٢/١٨٤ ، البحار ٥/٣٠٣ .
(٦) الكافي ٦/١٢٤ ، الاستبصار ٣/٣٠٣ ، التهذيب ٨/٧٦ .

ولا يصح طلاق المجنون ، ولا السكران ، ولا المكره ، ولا
المغضب ، مع ارتفاع القصد .

(الركن الثاني) في المطلقة : ويشترط فيها الزوجية والدوام

والظهارة من الحيض والنفاس ، اذا كانت مدخولا بها ، وزوجها
حاضراً معها .

وقال الشيخ في النهاية^(١) والقاضي وابن حمزة وابن الجنيد وابن بابويه
يصح طلاقها اذا بلغ العشر، ومستندهم الرواية المشار إليها ، وهي مرواه ابن
فضال عن ابن بكير عن الصادق عليه السلام: قال: يجوز طلاق الصبي اذا بلغ
عشر سنين^(٢) . وضعفها بضعف ابن فضال وابن بكير فانهما واقفيان ، مع أنها
معارضة بما تقدم من الأدلة ، وبأن الطلاق يحتاط فيه اكثر من غيره لاجل النسل
والنسب ، فلا تكفي في صحته رواية واحدة ضعيفة .

قوله: ولا يصح طلاق المجنون ولا السكران ولا المكره ولا المغضب مع
ارتفاع القصد
تنقيح هذا الكلام بمباحث :

(الاول) لا خلاف في عدم الاعتبار بطلاق المجنون، وهل لوليه أن يطلق عنه

مع الغبطة أم لا؟ قال الشيخ في النهاية^(٣) وابن الجنيد وعلي بن بابويه بالاول،

(١) النهاية: ٥١٨ .

(٢) التهذيب ٧٥/٨ نقله عن الكافي ولم نعر عليه فيه ، قيل لعله سقط عنه . وهو العالم

بحقائق الاحوال .

(٣) النهاية: ٥٠٩ .

وقال في الخلاف^(١) وابن ادريس^(٢) بالثاني ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم :
الطلاق بيد من أخذ بالساق^(٣) .

والفتوى على الاول، لاستلزامه دفع الضرر عن الزوجين فيكون جائزاً: أما
الاول فلرفعه عن الزوج ضرر الانفاق وعن الزوجة ضرر النكد^(٤) بالصبر على
سوء العشرة ، وأما الثاني فللقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لا ضرر ولا ضرار
في الاسلام^(٥) ولان جواز ذلك جمع بين رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام^(٦)
الدالة على عدم صحة طلاق المجنون، ورواية ابي بصير عنه عليه السلام^(٧) أيضاً
الدالة على جوازه ، فان الاولى تحمل على توليه بنفسه والثانية على أن يتولاه
وليته .

ويؤيد ذلك ما رواه ابو خالد القمط حسناً عن الصادق عليه السلام في الرجل
الاحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عنه . قال : ولم لا يطلق هو . قلت :
لا يؤمن ان هو طلق أن يقول غداً لم أطلق أولاً يحسن أن يطلق . قال : ما أرى
وليه الا بمنزلة السلطان^(٨) . وروى ابن بابويه : الا بمنزلة الامام^(٩) .

(١) الخلاف ٣٧/٢ ، قال فيه : ليس للولي ان يطلق عمن له عليه ولاية لابعوض
ولا بغير عوض .

(٢) السرائر : ٣٢٤ .

(٣) المستدرک ، مقدمات الطلاق ، الباب ٢٥ الخبر ٣ .

(٤) النكد : العسر ، يقال نكد نكداً من باب تعب اي تعسر ، ونكد العيش نكداً أي
اشتد .

(٥) الكافي ٢٩٢/٥ ، ٢٨٠ .

(٦) الوسائل ٣٢٨/١٥ .

(٧) الوسائل ٣٢٨/١٥ .

(٨) الكافي ١٢٥/٦ .

(٩) الفقيه ٣٠٢/٣ ، وفيه : الا بمنزلة السلطان .

وأما حجة ابن ادريس فغير مانعة من ذلك، لان المراد باليد القدرة والا لم يجز طلاق الوكيل ، واذا جاز من الوكيل فليجز من الولي ، لان الشارع نصبه ليقوم بمصالحه .

(الثاني) انما يجوز طلاق الولي عنه مع ظهور الغبطة له في ذلك، وكون الجنون مطبقاً لا يعلم زواله ، أما مع عدم الغبطة - كما لو انتفع ببقاء الزوجية - فلا ، وكذا لو كان أدواراً فان افاقته متوقعة ، فهو كالصبي المعلوم زوال عذره فلا يجوز الطلاق عنه .

(الثالث) لو أفاق ذو الادوار وامتنع من الطلاق مع أن غبطته فيه هل يجوز طلاق وليه عنه حال جنونه مع بقاء الغبطة أم لا ؟ استشكله العلامة في القواعد^(١) من كونه مجنوناً طلق عنه وليه لمصلحته فيصح ومن التزامه بالنكاح وقت الافاقة وجنونه متوقع الازالة فهو كالصبي لا يجوز الطلاق عنه . وهو الاولى .

(الرابع) السكر الذي لا يزول معه القصد لا يمنع من مباشرة الطلاق ، وأما ما يزول معه القصد ولا يميز صاحبه بين الحسن والقبيح فهو كالجنون لا يصح معه المباشرة للطلاق، لكن لا يجوز لولي الايقاع عنه لعود عقله اليه سرياً فهو كذوي الادوار .

(الخامس) المكروه لا يقع طلاقه عندنا لعدم قصده ، وارواية ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه^(٢) . وليس مراده صلى الله عليه وآله وسلم ارتفاع هذه الاشياء ، فان الضرورة قاضية بخلافه فيكون مراده ارتفاع الحكم وهو المطلوب .

وتؤيده رواية عائشة عنه صلى الله عليه وآله وسلم : لا طلاق ولاعتاق في أغلاق^(٣) . قال ابو عبيد : الأغلاق الاكراه ، وهو مذهب علي عليه السلام وابن

(١) القواعد ، الفصل الاول من المقصد الاول من كتاب الفراق .

(٢) الخصال ١٨٤/٢ ، البحار ٣٠٣/٥ .

(٣) سنن ابن ماجه ٦٦٠/١ . فسر بعضهم الأغلاق بالغضب ، يقال غلق : اذا غضب

ولو كان غائباً صح. وفي قدر الغيبة اضطراب ، محصله : انتقالها
من طهر الى آخر .

ولو خرج في طهر لم يقربها فيه صح طلاقها . - ن خبر تربص
ولواتفق في الحيض .

عمر وابن عباس . وحكم المغضب حكم المكره مع ارتفاع قصده لاشتراكهما
في العلة .

قوله : ولو كان غائباً صح ، وفي قدر الغيبة اضطراب محصله انتقالها
من طهر الى آخر
هنا فوائد :

(الاولى) أجمع الكل على تحريم الطلاق في الحيض ، لكن عند أصحابنا
كما يحرم لا يقع لاجماع الطائفة وتظافر أخبارهم ، ولقوله تعالى « فطلقوهن
لعدتهن »^(١) . قال علماء التفسير : المراد الطلاق في الطهر الذي لاجماع فيه . وقد
حققت ذلك في الكنز^(٢) وذكرت حجة الجمهور على وقوعه والجواب عنها .
ويؤيده أيضاً ماروي من طرقهم عن ابن عمر أنه قال : طلقت امرأتي ثلاثاً
وهي حائض ، فسألت النبي صلى الله عليه وآله وسلم : فردها علي ولم يرها
شيئاً^(٣) .

غضباً شديداً ، لكن اهل الغريب فسروه غالباً بالاكراه وقالوا : كأن المكره أغلق عليه الباب
حتى يفعل .

(١) سورة الطلاق : ١ .

(٢) كنز العرفان ٢ / ٢٥٠ .

(٣) سنن ابن ماجه ١ / ٦٥١ ، ٦٥٢ مع اختلاف في اللفظ .

(الثانية) شرط أصحابنا في التحريم وعدم الوقوع كونها مدخولاً بها وزوجها حاضراً ، فلو كانت غير مدخول بها أو كان زوجها غائباً صح طلاقها وان صادف ذلك حيضها .

(الثالثة) اختلفت الروايات في قدر الغيبة التي يسوغ معها الطلاق ، فروى جميل بن دراج صحيحاً عن الصادق عليه السلام : الرجل اذا خرج عن منزله الى السفر فليس له أن يطلق حتى تمضي ثلاثة أشهر^(١) .

وروى محمد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن الرجل يطلق امرأته وهو غائب . قال : يجوز طلاقه على كل حال وتعتد امرأته من يوم طلقها^(٢) .

وروى اسماعيل الجعفي عن الباقر عليه السلام قال : خمس يطلقهن الرجل على كل حال : الحامل ، والتي لسم يدخل بها ، والغائب عنها زوجها ، والتي لم تحض ، والتي قد يشئت من المحيض^(٣) .

وروى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال : الغائب اذا أراد أن يطلقها تركها شهراً^(٤) .

وروى اسحاق بن عمار أيضاً قال : قلت لابي ابراهيم عليه السلام : الغائب الذي يطلق كم غيبته ؟ قال : خمسة أشهر أو ستة أشهر . قلت : حد فيه دون ذلك . قال : ثلاثة أشهر^(٥) .

(١) التهذيب ٦٢/٨ ، الاستبصار ٢٩٥/٣ .

(٢) التهذيب ٦٠/٨ ، الكافي ٨٠/٦ ، الاستبصار ٢٩٤/٣ .

(٣) الكافي ٧٩/٦ ، التهذيب ٦١/٨ ، الفقيه ٣٣٤/٣ ، الاستبصار ٢٩٤/٣ .

(٤) الكافي ٨٠/٦ ، التهذيب ٦٢/٨ ، الفقيه ٣٢٥/٣ ، الاستبصار ٢٩٥/٣ .

(٥) الفقيه ٣٢٥/٣ ، التهذيب ٦٢/٨ ، وفي الاخير ليس « فيه » .

(الرابعة) لما اختلفت الروايات كما حكيناها اختلفت الفقهاء على أقوال :
الاول : قول الشيخ في النهاية أنه يترصد شهرًا فصاعداً ، وهو اختيار ابن
حمزة .

الثاني : قوله أيضاً في النهاية^(١) اذا غاب عنها في طهر قد قربها فيه بجماع
لا يطلقها حتى يمضي ما بين شهر الى ثلاثة أشهر ثم يطلقها بعد ذلك أي وقت
شاء . واختاره القاضي .

الثالث : أطلق المفيد^(٢) وسلار وابن ابي عقيل وعلي بن بابويه والتقي جواز
الطلاق ولم يقدروا له تقديراً .

الرابع : قول ابن الجنيد الغائب لا يطلق حتى يعلم ان المرأة برأت من
الحمل أو هي حامل ، فاذا علم ذلك فأوقع الطلاق على شرائطه وقع . ثم قال :
وينتظر الغائب بزوجه من آخر جماع أوقعه ثلاثة أشهر اذا كانت ممن تحمل ، وان
كانت آيسة أولم تبلغ الى حال الحمل طلقها اذا شاء .

الخامس : قول الصدوق في الفقيه^(٣) اذا أراد الغائب أن يطلق زوجته فكل
غيبته التي اذا غابها كان له أن يطلق متى شاء اقصاه خمسة أشهر أو ستة أشهر
وأوسطه ثلاثة أشهر وأدناه شهر . وقول ابن ادريس أنه متى ظن الغائب انتقال
زوجته من طهر جامعها فيه الى طهر آخر جاز طلاقها حينئذ . وحمل اختلاف هذه
الروايات على اختلاف عادات النساء في الحيض ، فان الأزواج لا يخفى عليهم
عادات نسائهم في الحيض .

(١) النهاية : ٥١٧ .

(٢) المقنعة : ٨٢ .

(٣) الفقيه ٣/٣٢٥ . نسخ التنقيح في اللفظ الذي وقع بعد زوجته وقبل غيبته مختلفة

جداً : ففي بعضها « فكل » كما اثبتناه ، وفي اخرى « وكل » ، وفي بعضها الاخر «رداء» .
وفي الفقيه « فحد » .

(الخامسة) اختار المصنف مذهب ابن ادريس، وعنى بالاضطراب الاختلاف المذكور في الروايات والاقوال. وربما عنى المصنف بالاضطراب مخالفة بعض الاقوال لبعض الروايات .

واختار العلامة في المختلف^(١) قول ابن الجنيد وقال: نعم ما قال ابن الجنيد واحتج برواية جميل المذكورة المتضمنة لثلاثة أشهر ، وقال : هذا قدر اعتبره الشارع في عدة غير الحائض اذا كان مثلها تحيض ليعلم بذلك فراغ رحمها فكذا هنا .

وفيه نظر ، لانه كان ينبغي له أن يبين وجه الملازمة ولم يبينه ، مع أن في كلام ابن الجنيد نظراً ، لانه ان قال بعدم جواز طلاق الحامل للسنة ويجوز للعدة لزمه أن لا يصح طلاق الغائب للحامل مطلقاً للسنة لما قال ولا للعدة لعدم تمكنه من الوطىء، وكلامه يدل على خلاف ذلك. وان قال بجوازه فلا يتوقف طلاقه على العلم بحملها أو عدم حملها ، مع أن الكلام في غائب لا يصل اليه خبر زوجته فكيف يعلم أنها حامل أو غير حامل .

وان أراد بتربصه ثلاثة اشهر للاستظهار ، لاحتمال أن يكون قد علقت والتربص ليستبين حملها ويحصل العلم بانقطاع حيضها . فذلك لا يتوقف على العلم بحملها وان كان يذهب الى امتناع طلاق الغائب للحامل ، لعدم الوقوف بالطهر ، فهو مخالف للمذهب ، وعبارته تدل على خلاف ذلك .

وفي الجملة كلامه لا وجه له فضلاً عن أن يستحق الثناء عليه، فالاولى حينئذ أن نقول : لما جاءت الروايات مختلفة مع كون اكثرها صحيحاً ينبغي الجمع بينها على وجه غير مناف للمذهب ولا متناقض ، فنقول :

(١) المختلف ، الجزء الخامس : ٣٦ .

والمحبوس عن زوجته كالغائب .
ويشترط رابع ، وهو أن يطلق في طهر لم يجامعها فيه .
ويسقط اعتباره في الصغيرة واليائسة والحامل .

الغائب ان غاب في طهر لم يواقعها فيه طلقها أي وقت شاء لاصالة عدم التقدير .
وعليه تحمل رواية التقدير^(١) ، وان غاب في طهر واقعها فيه يستحب له التربص
زماناً يظن فيه استبانة الحمل ان لو علقت ، طلباً ليقين ارتفاع حيضها . وعليه تحمل
رواية جميل واسحاق بن عمار ، ولذلك خير الامام عليه السلام .
ولو طلق قبل ذلك بعد تربصه زماناً يظن فيه انتقالها الى طهر آخر كان جائزاً
لكنه مكروه ، وان غاب في زمان حيضها يتربص زماناً يظن فيه انتقالها الى
الطهر ثم يطلق .

قوله : والمحبوس عن زوجته كالغائب
هذا قول الشيخ في النهاية^(٢) ، وتبعه ابن حمزة والقاضي ، والمستند رواية
عبدالرحمن بن الحجاج عن الكاظم عليه السلام^(٣) .
ومنع ابن ادريس^(٤) ، اذ الاصل بقاء الزوجية ، ولا دليل على وقوع هذا
الطلاق اذا اتفق في زمان الحيض وهي مدخول بها . وحمله على الغائب قياس .

- (١) قوله : « وعليه تحمل رواية التقدير » في هامش النسخة الاولى : صوابه عدم
التقدير ، أي تحمل عليه رواية عدم التقدير .
(٢) لم اعثر عليه فيه بخصوصه الا انه قال في ص ٥١٨ : ومتى كان للرجل زوجة
معه في البلد غير انه لا يصل اليها فهو بمنزلة الغائب عن زوجته . فاذا اراد طلاقها فليصبر الى
ان يمضي ما بين شهر الى ثلاثة اشهر ثم يطلقها ان شاء .
(٣) الكافي ٨٤ / ٦ ، الفقيه ٣ / ٣٣٣ ، التهذيب ٦٩ / ٨ . وعنوان الحديث الشريف
الذي لا يصل اليها ، وهو اعم من المحبوس .
(٤) السرائر : ٣٢٧ .

أما المسترابة . فان تأخرت الحيضة صبرت ثلاثة أشهر ولا يقع
طلاقها قبله .

واختار العلامة^(١) الاول ، مستدلاً بوجود المقتضي لوقوع الطلاق وهو
الصيغة الصادرة من أهلها وانتفاء المعارض ، اذ هو ليس الا الوقوع في الحيض ،
وهو غير معلوم بل مظنون العدم ، اذ التقدير ذلك .
وفيه نظر ، لانا نمنع وجود المقتضي ، فان وجود الصيغة من أهلها غير كاف
بل لا بد من وقوعها في محلها ، وهي المرأة الخالية من الحيض اذا كانت مدخولاً
بها ، وذلك غير حاصل ، اذ الغرض أن الخلو من الحيض غير معلوم بل غايته
أنه مظنون ، والظن غير كاف الا في الغائب للاجماع عليه ، فحمله عليه قياس .
والرواية يمكن حملها على العلم بمصادفة الطلاق الطهر ، وأما مع عدم العلم
بالمصادفة فلا يتهجم على اباحة القروج بخبر الواحد المحتمل للصدق متناً ودلالة ،
فالأحوط اذاً ما قاله ابن ادريس .

قوله : واما المسترابة فان تأخرت الحيضة صبرت ثلاثة اشهر ولا يقع
طلاقها قبله
هنا فوائد :

(الاولى) المراد بالمسترابة^(٢) من هي في سن من تحيض لكن لا ترى حيضاً ،
وذلك اما الرضاع أو حمل غالباً أو مرض حابس للدم أو غير ذلك .
(الثانية) هذه وان لم تر الدم لكنه غير ممتنع في حقها فجاز أن تراه ،

(١) القواعد، القسم الثاني الشرائط الخاصة من الفصل الثاني من المقصد الاول
من كتاب الفراق .

(٢) المسترابة هي التي لا تحيض وهي في سن من تحيض ، سميت بذلك لحصول
الريب والشك بالنسبة اليها باعتبار توهم الحمل أو غيره .

وفى اشتراط تعيين المطلقة تردد .

وحينئذ نقول: ان اتفق لها الدم قبل مضي ثلاثة أشهر لم يحتج الى مضيها ، بل مع طهرها من ذلك يصح طلاقها ، وهذا هو المراد من قول المصنف « فان تأخرت الحيضة » أي لم ترها في مدة الثلاثة الاشهر .

قوله « ولا يقع طلاقها قبله » أي قبل مضي ثلاثة أشهر على تقدير تأخر الحيضة .

(الثالثة) الحكمة في وجوب التريص ثلاثة اذا لم تر الحيض أنه يجب وقوع الطلاق في طهر لم يقع فيه الواقعة حذراً من اختلاط المياه ، ولما لم يكن للمستربة حيض يعلم به فراغ رحمها من الماء وجب أن يتريص بها تلك المدة ، لانه اذا مضت تلك المدة ولم يستبين حملها علم بذلك فراغ رحمها فيصح طلاقها ، وكذا لو استبان حملها يصح طلاقها احصول الغرض بالحمل .
(الرابعة) يجب كون تلك المدة خالية من جماعه ويكون أولها بعد جماع سبق منه .

قوله : وفى اشتراط تعيين [تعين ن] المطلقة تردد

ينشأ من أصالة عدم الاشتراط ، وتستخرج المطلقة بالقرعة ، كما لو أعتق عبداً من عبيده غير معين . ولان احدهما زوجة وكل زوجة يصح طلاقها . وهذا قول الشيخ في المبسوط^(١) ، وتبعه القاضى والعلامة في القواعد^(٢) .

ومن أصالة بقاء عصمة العقد ، ولا دليل على وقوعه من غير تعيين ، ولان الطلاق أمر معين فلا بدله من محل معين لاستحالة حلول المعين في المبهم . ولان توابع الطلاق من العدة وغيرها لا بد لها من محل معين . وهو القول

(١) المبسوط ٧٨/٥ .

(٢) القواعد ، الفصل الثانى من المقصد الاول من كتاب الفراق .

(الركن الثالث) في الصيغة: ويقتصر على طالق تحصيلاً للموضع

الاتفاق .

الاخر للشيخ والمفيد والمرتضى وابن ادريس والعلامة في المختلف^(١) . وعليه الفتوى .

ثم اختلف القائلون بالصحة في أن الصيغة المبهمة هل هي سبب مؤثر في البينونة في الحال أم له صلاحية التأثير عند التعيين ؟ ويتفرع على ذلك أنه على الاول يحرم الكل من الزوجات حتى يعين واحدة ، وعلى الثاني الكل زوجات يباح نكاحهن الى أن يعين فالتحريم بعد التعيين .

ويتفرع أيضاً أنه على الاول تكون العدة من حين الطلاق لا من حين التعيين ، وعلى الثاني يكون المبدأ من حين البيان . واعلم أن هنا فروعاً كثيرة على اشتراط التعيين وعدمه هي بالمطولات أنسب .

قوله: الركن الثالث في الصيغة (٢) ويقتصر على طالق تحصيلاً للموضع

الاتفاق

هنا فوائد :

(الاولى) عبر سبحانه العزيز في كتابه عن ازالة قيد النكاح بألفاظ ثلاثة :

الطلاق في قوله « الطلاق مرتان »^(٣) ، والسراح في قوله « وسرحوهن سراحاً

(١) المختلف ، الجزء الخامس : ٤١ .

(٢) الصيغة اصلها بالواو مثل القيمة ، وصيغة الله خلقته ، والصيغة العمل والتقدير ، وهذا

صوغ هذا اذا كان على قدره ، وصيغة القول كذا اي مثاله وصورته على التشبيه بالعمل والتقدير .

(٣) سورة البقرة : ٢٢٩ .

جميلاً»^(١) ، والفراق في قوله « وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته »^(٢) .
(الثانية) اتفق الكل من الفقهاء أن لفظ الطلاق صريح ، واختلف في الباقيين ، فقال أصحابنا انهما غير صريحين بل كنايةان ، والمراد بالصريح هو لفظ حقيقي شرعي دال بالمطابقة على ازالة قيد النكاح ، وقيل هو الذي لا يتوقف وقوع الطلاق به على النية . وقيل هو ما يحكم بوقوع الطلاق بمجرد وقوعه من مكلف مختار عالم بوضعه على زوجة يصح ايقاع الطلاق بها . وكيف قلنا فالكناية مقابله .

(الثالثة) اتفق الكل من أصحابنا أنه اذا عبر عن الزوجة بلفظ دال على شخصها وحمل عليه لفظ « طالق » وقعت الفرقة ، كقوله « أنت أوفلانة أو هذه طالق » .

واختلف في غير هذه اللفظة مما يشق من الطلاق ، كقوله « مطلقة » أو « من المطلقات » أو عبر فيه بنفس المصدر كقوله « أنت طلاق » أو « الطلاق » أو قال « طلقت فلانة » بلفظ الماضي .

قال الشيخ في المبسوط^(٣) يقع بذلك كله ، وقال في الخلاف^(٤) لا يقع بشيء من ذلك . وهو الاصح ، لان المذكورات اما غير صريحة أو دالة بالمجاز ، ولا شيء من هذين يقع به الطلاق عندنا . ويؤيد ذلك ما رواه محمد بن ابي صر في كتاب « الجامع » عن محمد بن سماعة عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل قال لامرأته : أنت علي حرام أو بائة أو بنة أو خلية أو برية

(١) سورة الاحزاب: ٤٨ .

(٢) سورة النساء: ١٢٩ .

(٣) راجع المبسوط ٢٥/٥ .

(٤) الخلاف ٣/٤٤٥ ، ٤٤٧ .

ولا يقع بخلية ولا بريبة ، وكذالو قال : اعتدى .

فقال: هذا كله ليس بشيء وانما الطلاق أن يقول لها في قبل العدة [وبعد ما تطهر من حيضها] قبل أن يجامعها أنت طالق [اواعتيدي ويريد بذلك الطلاق] ويشهد على ذلك رجلين عدلين^(١) .

ووجه الدلالة أن « انما » للحصر كما بينت في الاصول، فيجب أن لا يقع الطلاق بغير لفظه طالق، قضية للحصر، فلذلك حكم المصنف بوجوب الاقتصار على طالق .

قوله : وكذا لو قال اعتدى

الاكثر من أصحابنا على عدم الوقوع بهذه اللفظة وان نوى بها الطلاق ، لما تقدم ولعدم ورودها في القرآن .

وقال ابن الجنيد يقع بها ، محتجاً برواية الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام : الطلاق ان يقول لها اعتدي أو يقول لها أنت طالق^(٢) .

وأجيب بأن صريح « اعتدي » امر بالاعتداد والامر به ليس بإنشاء للطلاق بل الاعتداد أمر يتعقب الطلاق ، ولذلك يصح أن يقول لها « طلقتك فاعتدي » ، ولا يجوز أن يكون منقولا الى انشاء الطلاق : أما أولا فلعدم الدليل على هذا النقل والاصل عدمه ، وأما ثانياً فلان الامر انشاء ونقل الانشاء الى انشاء آخر غير معهود في كلام العرب .

والاولى حمل الرواية على سبق الطلاق كما قاله الشيخ ، لان الاعتداد معلول له ولا يوجد المعلول بدون علته ، فتمام اعتدي بتقديم الطلاق ، لان لها

(١) التهذيب ٤٧/٨ ، الكافي ٦٩/٦ ، الاستبصار ٣/٢٧٧ .

(٢) الكافي ٦٩/٦ ، التهذيب ٣٧/٨ ، الاستبصار ٣/٢٧٧ .

أن تقول : لم أعتد ؟ فيقول : لاني طلقتك . فالامر بالاعتداد كاشف عن لزوم حكم الطلاق ، فلا يكون هو والالزم الدور .
وهنا فوائد :
(الاولى) أطلق الشيخ في النهاية^(١) جواز وقوعه بغير العربية ، وتبعه ابن حمزة . ولعل مستنده رواية حفص عن أبيه عن عاي عليه السلام أنه قال : كل طلاق بكل لسان فهو طلاق^(٢) .
وقال القاضي وابن ادريس بجوازه مع العجز . وهو الحق ، لما تقدم . فان قصد الشيخ بالاطلاق ذلك فلا خلاف والاجاء المخلاف . وتوقف العلامة في المختلف .
(الثانية) جوزه في النهاية أيضاً للغائب اذا كتب بخطه لاخط غيره ، وأطلق المنع في الخلاف ، وقيده في المبسوط بالعجز عن النطق ولو كان حاضراً ، وجعل قول النهاية رواية ، وكأنه اشارة الى مارواه ابو حمزة الشمالي صحيحاً قال : سألت الصادق عليه السلام عن رجل قال لرجل أكتب يا فلان الى امرأتي بطلاقها أو اكتب الى عبيدي بعتقه يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً . فقال : لا يكون طلاق ولا عتق حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده وهو يريد به الطلاق أو العتق ويكون ذلك بالاهلة والشهود ويكون غائباً عن أهله^(٣) .
وقال القاضي في الكامل بقول النهاية ، وفي المذهب بقول المبسوط . وجوز ابن حمزة للغائب والآخرس معاً اذا كتب بخطه .

(١) النهاية : ٥١١ .

(٢) التهذيب ٣٨ / ٨ ، اخرجه عن وهب بن وهب عن جعفر عن ابيه عن علي عليهم السلام .

(٣) الكافي ٦٤ / ٦ ، التهذيب ٣٨ / ٨ ، واللفظ للثاني . وفي الاول : لا يكون طلاقاً

ولا عتقاً .

والحق ما قاله ابن ادريس والعلامة وهو عدم الوقوع حالة القدرة ، سواء الغائب والحاضر ، ووقوعه بها حالة العجز لهما ، لان الشارع علق الاحكام على العبارة والكتابة ليست عبارة وان أفادت فائدتها ، فلا يعدل عما قرره الشارع الى غيره وان أفاد فائدته الامع العجز والا لزم الاشتمار وارتفاع التوقيف .

وتؤيده رواية زرارة حسناً قال : قلت لابي جعفر عليه السلام : رجل كتب بطلاق امرأته أو بعثت غلامه ثم بداله فمجاه . قال : ليس ذلك بطلاق ولا عتاق حتى يتكلم به^(١) .

ويتأول رواية الشمالي بالحمل على العاجز عن النطق بمعارضة رواية زرارة لها مع تأييدها بالنظر ، ويكون «أو» في قوله « أو يخطه بيده » للتفصيل لا للتخيير ويكون قوله « ويكون غائباً عن أهله » كناية عن ترك الوقاع في الطهر كما يكتفى عن ذلك بشد المئزر ، كما ورد أنه صلى الله عليه وآله وسلم كان اذا دخل العشر الاخير من رمضان شد المئزر^(٢) ، ولا يكون قيداً في عدم البطلان بالكتابة .

ثم انا لو جوزنا ذلك للغائب حالة القدرة لزم جوازه للحاضر ، وهو باطل اتفاقاً . وبيان الملازمة بوجود ما هو قائم مقام العبارة في الحالتين ، وبأن الغيبة عنها بالسفر ليست مانعة عن النطق بالطلاق وهو ظاهر .

(الثالثة) ذهب الشيخ^(٣) والقاضي وابن الجنيد وابن ادريس^(٤) والمصنف والعلامة^(٥) الى أن طلاق الاخرس بالأشارة ، لرواية محمد بن ابي نصر قال :

(١) الكافي ٦/٦٤ ، التهذيب ٨/٣٨ .

(٢) سنن ابن ماجه ١/٥٦٢ .

(٣) النهاية : ٥١١ .

(٤) السرائر : ٣٢٥٤ .

(٥) القواعد ، الفصل الثالث الصيغة من المقصد الاول من كتاب الفراق .

ويقع لو قال هل طلقت فلانة فقال : نعم .

سألت الصادق عليه السلام عن الرجل يكون عنده المرأة ثم يصمت فلا يتكلم . قال : يكون اخرس . قلت : نعم فيعلم منه بغض لامرأته وكرهته لها أيجوز أن يطلق عنه وليه ؟ قال : لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك . قلت : أصلحك الله انه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها . قال : بالذي يعرف منه من فعاله مثل ما ذكرت

من كراهته أو بغضه لها^(١) .

وقال ابن بابويه^(٢) انه بالقاء القناع على رأسها ثم يعتزلها . ومثله رواية ابي

بصير عنه عليه السلام^(٣) .

والحق أنه ان كان كاتباً تعينت الكتابة لطلاقه ، لانها أقوى دلالة بعد العبارة لعدم الاحتمال فيها ، ولذلك قدمها في رواية البرنطي . وان كان أمياً فبالإشارة ومن جملتها القاء القناع ، فهو إشارة فعلية فانه كناية حسنة عن تحريمها عليه ، فان جواز النظر من لوازم الزوجية فيكون تحريم النظر من لوازم ارتفاعها ، فهو استدلال بنفي اللازم على نفي الملزوم . فعلى هذا لاخلاف ، لعدم المتفافة بين العام والخاص ، لما تقرر في الاصول ، ولذلك خير ابن حمزة بين الإشارة والقاء القناع .

قوله : ويقع لو قال هل طلقت فلانة فقال نعم

هذا قول الشيخ قي النهاية^(٤) والقاضي وابن حمزة ، لرواية السكوني عن

(١) الكافي ١٢٨/٦ ، الفقيه ٣٣٣/٣ ، التهذيب ٧٤/٨ ، الاستبصار ٣٠١/٣

واللفظ الاول .

(٢) المقنع : ١١٩ .

(٣) الوسائل ٣٠١/١٥ .

(٤) النهاية : ٥١١ .

ويشترط تجريده عن الشرط والصفة .

الصادق عليه السلام عن أبيه عن علي عليه السلام في الرجل يقال له طلقت امرأتك فيقول نعم . قال : قد طلقها حينئذ^(١) .

وقال ابن ادريس^(٢) ذلك اقرار منه بطلاق شرعي ، وقال العلامة : التحقيق أن نقول : ان قصد الاقرار بطلاق سابق حكم عليه ظاهراً ودين به بنيته في نفس الامر ، وان قصد بذلك الانشاء فهل يصح ؟ ظاهر كلام النهاية نعم ، وظاهر ابن ادريس المنع .

وكلام هذا العلامة كما تراه ليس فيه تحقيق بل إعادة لذكر الخلاف . والحق ما قاله ابن ادريس ، وتؤيده رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في قوله : انما الطلاق ان يقول لها - الى آخرها^(٣) .

قوله : ويشترط تجريده عن الشرط والصفة .
أجمع أصحابنا على عدم جواز التعليق في الطلاق وأنه لوعلق لم يكن واقعاً ، مستدلين بوجوده :
الاول : ان حكم الزوجية مستفاد من الشرع فلا يرتفع الا بحكم شرعي ، ولادليل في الشرع على وقوع ذلك فيجب الحكم ببقاء الحكم الاول . وهو المطلوب .

الثاني : تظافر روايات عن أئمتهم عليهم السلام بذلك .
الثالث : أن الشارع جعل التلفظ بالطلاق سبباً للفرقة مع صدوره من أهله في محله في وقته ، كما جعل الزوال سبباً لوجوب الظهور ، وذلك من باب

(١) التهذيب ٣٨/٨ .

(٢) ٦٢١ : ٦٢١ .

(٢) السرائر : ٣٢٥ .

(٣) ٥١٦ : ٥١٦ .

(٣) التهذيب ٣٦/٨ ، الكافي ٦٩/٦ ، الاستبصار ٢٧٧/٣ .

خطاب الوضع ، فلو علق الطلاق كان اجراً للسبب عن السببية وهو باطل ،
ويكون كمن علق كون زوال الشمس سبباً لوجوب الظهر على أمر من الأمور ،
ولأن تأثير في الفرق ، لكون السبب صادراً بعد تسليم كون التلفظ بالطلاق على
الوجه المذكور سبباً .

ان قلت: التعليق ليس لكون السبب سبباً بل لترتب أثره عليه ، فان السبب
جازاً ان يتوقف تأثيره على أمر ، فلا يترتب أثره عليه الا عند حصول ذلك الامر ،
وهو المراد بالتعليق .

قلت: ان كان التلفظ بالطلاق سبباً تاماً لزمكم ترتب أثره عليه وان لم يحصل
الاثر المعلق عليه ، وان جعلتموه سبباً ناقصاً وبوقوع المعلق عليه يتم لزمكم
أن يقع الطلاق حال تجرده عن التعليق لنقصان سببته وأنتم لا تقولون به .

ان قلتم: هذا ينعكس عليكم بالابطال، فانه يلزمكم وقوع الطلاق ، سواء
وقع المعلق عليه أولاً ، بل سواء علق أولاً ، وأنتم لا تقولون به .

قلنا : ذلك لا يلزمنا ، لان القصد الى الطلاق عندنا جزء السبب التام ، ولم
يحصل ذلك القصد في زمان التعليق ولا في زمان وجود المعلق عليه ، لان
القصد المعلق ليس بقصد تام وهو ضروري ، فيقع اللفظ لاغياً لانه غير كاف بدون
القصد التام . واما أنتم فيلزمكم ذلك لانكم لا تعتبرون القصد ، حيث قلتم ان
الطلاق الصريح لا يحتاج الى نية الطلاق ، والنية والقصد واحد ، فان منعتم كون
القصد معتبراً لاصالة عدم اعتباره قلنا اعتباره معلوم في سائر العقود والايقاعات
شرعاً ، ولهذا لا اعتبار بعبارة الساهي والنائم .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) المراد بالشرط ما يجوز وقوعه وعدم وقوعه عادة ، كقوله « ان
خرجت من الدار فأنت طالق » ، والمراد بالصفة ما يجب وقوعه عادة ، كقوله
« اذا طلعت الشمس فأنت طالق » وكلاهما لا يقع الطلاق مع التعليق عليهما عندنا .

(الثانية) لا يلزم من عدم جواز التعليق عدم جواز التعليل ، فلو قال « أنت طالق ان دخلت الدار » بفتح الهمزة في « ان » وقع لانه ليس تعليقاً بل تعليلاً تقديره لان دخلت الدار ، بخلاف قوله « ان دخلت الدار » بكسر الهمزة .
(الثالثة) يجيء فيما بعد ان شاء الله تعالى أن الاستثناء بالمشية فسي اليمين يوقفها ، فهل هو كذلك في الطلاق ؟

قال الشيخ في الخلاف^(١) في كتاب الطلاق نعم يدخل في الطلاق والعتاق قال: وان كان بصفة لا يصح عندنا، وأما في اليمين بهما وفي الاقرار وفي اليمين بالله توقف الكلام ولا يلزم مخالفة حكمه .

وقال ابن ادريس^(٢) : أجمع اصحابنا على أن الاستثناء بالمشية لا يدخل الا في اليمين بالله حسب ، اذ لأحد يجسر أن يقول انه لو عقب الاقرار بقوله ان شاء الله أنه لا يلزمه ما أقربه . قال: وأما ما ذكره الشيخ في الخلاف^(٣) فقد رجح عنه في كتاب الايمان من الخلاف^(٤) وقال لا يدخل الاستثناء بمشية الله الا في اليمين فحسب ، وبه قال مالك ، وأما ابو حنيفة فيدخله في اليمين بالله وفي الطلاق والعتاق والنذر والاقرار .

قال العلامة : التحقيق أن نقول : مقصود الشيخ بقوله الاول قبول الطلاق والعتق بالايقاف بالمشية فيبطل الايقاع ولو لم يقبله كان الاستثناء باطلا والطلاق والعتق ماضيين ، وهو باطل اجماعاً . ومقصوده بقوله الثاني انه يتوقف حكم الطلاق والعتاق ويطلقان معه فلا يبقى للدخول مع صحتهما امكان .

(١) الخلاف ٢/٤٥٥ .

(٢) السرائر : ٣٢٩ . وفيه حاشية في حاشية الكتاب (١٤٤٠)

(٣) راجع التعليق السابقة . فكذا في حاشية الكتاب : وقاله في حاشية الكتاب (١٤٤٠)

(٤) الخلاف ٣/٢٨٢ . وفي حاشية الكتاب : وقاله في حاشية الكتاب (١٤٤٠)

قلت : الاحسن في توجيه كلام الشيخ أن نقول : ان الاستثناء يدخل في الطلاق والعناق على وجه ولا يدخل على وجه آخر ، فالاول ابطلهما به كما هو رأي الاصحاب ، والوجه الثاني عدم توقيفهما كما هو رأي المخالفين .

هذا ، وقال ابن الجنيدي : اذا قال المكلف ذلك سئل عن نيته وقوله فيجاز منه ما أجازته السنة ويرد منه ما رده . ومراده أنه ان قصد الشرط لم يقع وان قصد التبرك صح .

وليس هذا بعيداً من الصواب ، لكن التحقيق هنا أن نقول ان الاستثناء بالمشية ينبغي أن لا يدخل الا في الاخبار عن المستقبل ، كما قال تعالى « ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غداً الا ان يشاء الله »^(١) ، وذلك لان فعل المستثنى في المستقبل موقوف على بقاء الفاعل وبقاؤه موقوف على مشية الله ، والموقوف على الموقوف على الشيء موقوف على ذلك الشيء .

وأما في الاخبار عن الماضي فقال بعض الفضلاء: ان كان ذلك علمياً أو كان انشاء فلا يدخله التعليق طلاقاً كان أو عتاقاً أو اقراراً أو غيرها من الانشاءات ، وذلك لان الشارع جعل الانشاءات أسباباً لاحكام مخصوصة ، فايقاعها مع اعتقاد شرعيتها يستلزم مشية الله تعالى فتوقيفها على المشية تناقض ، لان العلم بمشيته سبب شيء يناقضه التردد في سبب ذلك الشيء وفي الاقرار بخصوصه ، لانه اخبار عن الماضي فتعليقه بالمشية يستلزم التناقض أيضاً ، سواء كان التعليق لنفس الخبر أو المخبر عنه ، لان الخبر قد وقع قطعاً والمخبر عنه مقطوع بوقوعه بالنظر الى المخبر ، لان الاخبار علمي فيناقضهما التوقيف لانه تردد . وان كان غير علمي ولان انشائي جاز تعليقه على المشية ، الا أنه في الاقرار لا يكون مقبولاً ان كان متأخراً ويلزمه حكم الاقرار ويكون التعليق كالانكار بعد الاعتراف ولو تقدم ، مثل

٥٦ : رسالة في بيان ما يقتضيه (٦)

(١) سورة الكهف : ٢٣ .

ولو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث صححت واحدة وبطل التفسير.

وقيل: يبطل الطلاق.

ولو كان المطلق يعتقد الثلاثة لزم.

« ان شاء الله لزيد علي كذا » ، فلا يلزمه حكم الاقرار لعدم الجزم به .

قلت : هذا كله مسلم لو قصد التعليق الوجودي ، أما لو قصد التبرك أو الانقطاع الى الله تعالى وكون الافعال والاحكام موكولة الى مشيئته وارادته فلا يرد شيء من ذلك .

علي أنا نقول : ان الشرط اذا ورد على السبب لا يخرج عن سببته بل يمنع تنجيز حكمه ، فجاز توقف السبب على شرط هو من فعل الله تعالى يكون تأثير السبب موقوفاً عليه في بعض المواضع فقصد المتكلم .

قوله : ولو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث صححت واحدة وبطل التفسير ،
وقيل يبطل الطلاق ولو كان المطلق يعتقد الثلاثة لزمه

هنا فوائد :

(الاولى) أنه مع التفسير المذكور تقع واحدة ويلغو ما فسرت به ، وبه قال

الشيخ في النهاية والمبسوط^(١) والقاضي في كتابيه وابن زهرة وابن ادريس^(٢)

والمصنف ، واختاره العلامة^(٣) محتجاً بأن المقتضي لذلك - وهو لفظ الطلاق

على الوجه الخاص - موجود والمانع ليس الا التفسير المذكور وهو غير صالح

للمانعية ، لعدم المنافاة بين الكل وجزئه ، فانه اذا قصد الكل فقد قصد الواحدة

(١) النهاية : ٥١٢ ، المبسوط : ٦/٥ .

(٢) السرائر : ٣٢١ ، ٣٢٣ ، ٣٢٥ .

(٣) المختلف ، الجزء الخامس : ٣٥ .

فتتبع ويلغو الضميمة وهو المطلوب . وبما رواه جميل بن دراج صحيحاً عن
أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن الذي يطلق في حال طهر في مجلس ثلاثاً
فقال: هي واحدة^(١) .

ومارواه بكير بن أعين عن الباقر عليه السلام قال : انطلقها للعدة اكثر من
واحدة فليس الفضل على الواحدة بطلاق^(٢) .
وفيه نظر ، لمتنع انتفاء المانع .

قوله^(٣) « لعدم المنافاة بين الكل وجزئه » . قلنا : مسلم لكن المنافاة هنا
ليست بين الكل والجزء بل بين الواحد والكثير ، وقد تقرر في الكلام حصول
التنافي بينهما . وتحقيقه : ان الشيء يؤخذ باعتبارات ثلاثة : الاول من حيث
هو هو ، الثاني بشرط شيء ، الثالث بشرط لاشيء . فالثاني ان نسب الى الاول
فهو الكل وان نسب الى الثالث فهو الكثير ، فاذا نسبتاهما اليه كان الاول جزء
والثالث واحداً ، وقد عرفت ان الاول ليس معه اشتراط شيء ولا عدمه والثالث
معه اشتراط العدم ، فبينهما حينئذ منافاة ، فالاتي بأحدهما غير آت بالآخر . ولا شك
ان المأمور به هو الثالث فالاتي بالاول غير آت بالمأمور وهو المطلوب .
وأما رواية جميل فيحمل عود الضمير - أعني قوله « هي واحدة » - الى الطلقة
المشروعة لالي الثلاث ، لان الثلاث لا تكون واحدة ، ولا يلزم الاضمار قبل
الذكر لانها مذكورة معنى . ولوقيل : ان المراد الواقعة واحدة كان تأويلاً ، والاصل
عدمه الالدليل وليس .
وأما رواية بكير فان دلالتها من حيث الخطاب ، وهو ضعيف .

(١) الكافي ٧١/٦ ، رواه جميل عن زرارة عن أحدهما عليهما السلام ، التهذيب ٥٢/٨ .

(٢) التهذيب ٥٣/٨ ، الاستبصار ٢٨٢/٣ .

(٣) اي قول العلامة .

(الثانية) ذهب المرتضى وابن ابي عقيل الى بطلان الطلاق المذكور جملة واختاره ابن حمزة وسلاح، واحتجوا برواية ابي بصير صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : من طلق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء ، من خالف كتاب الله رد الى كتاب الله^(١).

ومارواه علي بن اسماعيل قال : كتب عبدالله بن محمد الى ابي الحسن عليه السلام : جعلت فداك روى أصحابنا عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة على طهر بغير جماع بشاهدين أنه يلزمه تطليقة واحدة. فوقع بخطه عليه السلام : اخطأ على ابي عبدالله عليه السلام، أنه لا يلزمه الطلاق ويرد الى الكتاب والسنة ان شاء الله تعالى^(٢).

ومارواه عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام : اياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس واحد ، فانهن ذوات أزواج^(٣). وقد يحتج له بأن الكثرة هنا منهي عنها بالاجماع ، والروايات والنهي عن الكثرة يستلزم الامر بالوحدة، ضرورة كون النهي عن أحد الضدين يستلزم الامر بالضد الاخر ، كالنهي عن الحركة يستلزم الامر بالسكون ، فالاتي بالكثرة لا يكون آتياً بالوحدة والالزم اجتماع الضدين ، واذا لم يأت بوحدة الطلاق المأمور به لا يقع الطلاق .

وفيه أيضاً نظر : أما الروايات فان الاولى تحمل على أن المراد ليس المجموع بشيء وذلك لا ينافي اعتبار الواحد، والثانية مشتملة على المكاتبة وهي من أسباب الضعف ، والثالثة راويها مهمل فالاولى التوقف في ذلك .

(١) التهذيب ٥٤/٨ ، الاستبصار ٢٨٧/٣ .

(٢) التهذيب ٥٦/٨ ، الاستبصار ٢٨٩/٣ .

(٣) التهذيب ٥٦/٨ .

(الركن الرابع) في الاشهاد : ولا بد من شاهدين يسمعهما .
ولا يشترط استدعاءهما الى السماع ، ويعتبر فيهما العدالة .
وبعض الاصحاب يكتفى بالاسلام .
ولو طلق ولم يشهد ثم أشهد ، كان الاول لغواً . ولا تقبل فيه
شهادة النساء .

(الثالثة) أطبق أصحابنا على أن من طلق طلقتين أو ثلاثاً في مجلس واحد
من غير تخلل رجوع - مثل أن يقول « أنت طالق اثنتين أو ثلاثاً » - فعل حراماً
وانها لا يقع المجموع . والخلاف قد عرفته في وقوع الواحدة .
وقال ابو حنيفة ومالك بالتحريم أيضاً ، وقال الشافعي واحمد واسحاق وابو
ثور بالكراهية ويستحب الترك له . نعم أجمع الكل من الفريقين على الوقوع
وان حرم أو كرهه .
فعلى هذا لو كان المطلق يعتقد الوقوع لزمه ذلك كما صرح به المصنف ،
بمعنى أنه لا يحل له الامع نكاح غيره . وهل يباح للواحد من نكاحها ؟ يظهر من
اطلاق كلام المصنف وغيره ذلك ، ويؤيده « ألزومهم بما ألزموا به أنفسهم » .
ويحتمل المنع لقولهم « اياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس واحد فانهن ذوات
أزواج » فان الخطاب توجه الى شيعتهم .

قوله: ولا بد من شاهدين يسمعهما ولا يشترط استدعاءهما الى السماع ،
ويعتبر فيهما العدالة ، وبعض الاصحاب يكتفى بالاسلام
الضمير في قوله « يسمعهما » عائد الى لفظ الطلاق ، أي يسمعان تلفظ الزوج
به . وانما قال يسمعان ولم يقل يسمع كل منهما لثلايتوهم الاكتفاء بسماع كل منهما
منفرداً مع التعاقب ، لان كلا للافراد ، بسل الشرط انما هو سماعهما معاً دفعة

واحدة ، فلو سمع واحد ثم أعيد اللفظ فسمع الاخر لم يكف .
 اذا عرفت هذا فهنا فوائد :
 (الاولى) اجمع الاصحاب على أن سماع الشاهدين على الوجه المذكور
 شرط في صحة الطلاق وانه يبطل بدون ذلك ، مستدلين بتظافر الروايات عن
 أئمتهم عليهم السلام ، ويؤيده قوله تعالى « يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن
 لعدتهن »^(١) الى قوله « وأشهدوا ذوي عدل منكم »^(٢) .

قال أصحابنا ان الاشهاد عائد الى الطلاق ، وقد بينا ذلك مستوفى في « كنز
 العرفان »^(٣) . وأجمع المخالف على عدم اشتراطه ، مستدلين بعود الحكم الى
 الرجعة ، وقد بينا في الكتاب ضعفه .
 (الثانية) أنه لا يشترط استدعاء الشاهدين ولا قصدهما السماع ، بل لو
 سمعا ذلك اتفاقاً صح وكفى في الشرطية . وعليه اجماع أصحابنا ، ويؤيده قوله
 تعالى « وأشهدوا ذوي عدل منكم » ولم يقل واستشهدوا .
 (الثالثة) انه يشترط عدالتهما حالة السماع ، لمنطوق الآية والروايات . وقال
 الشيخ في النهاية^(٤) يكفى الاسلام ، لرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام
 قال : طلاق السنة ان يطلقها تطليقة يعني على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين^(٥) .
 ومثله رواية ابي بصير^(٦) . وهما مطلقتان غير مقيدتين بالعدالة .

(١) سورة الطلاق : ١ .
 (٢) سورة الطلاق : ٢ .
 (٣) كنز العرفان ٢/٢٥٣ .
 (٤) النهاية : ٥١٠ ، قال فيه : ومتى طلق ولم يشهد شاهدين ممن ظاهره الاسلام كان
 طلاقه غير واقع .
 (٥) الكافي ٦/٦٤ ، التهذيب ٨/٢٥٨ .
 (٦) الكافي ٦/٦٦ ، التهذيب ٨/٢٧٨ .

النظر الثاني في أقسامه : وينقسم الى بدعة وسنة :
فالبدعة طلاق الحائض مع الدخول وحضور الزوج أو غيبته
دون المدة المشترطة وفي ظهر قدقر بها فيه ، وطلاق الثلاث المرسلة .

وأجيب : بحمل المطلق على المقيد كما تقرر في الاصول .
(الرابعة) لو طلق من غير اشهاد ثم أشهد فيما بعد ، قال المصنف كان الاول
لغواً . وفيه دلالة على أن الثاني - أي الذي معه الاشهاد - لا يكون لغوياً بل
صحيحاً . وليس كذلك ، بل يشترط اعادة الصيغة الانشائية ، أما لو لم يعدها وأتى
بصيغة اخبارية فانهما لا يقعان معاً : أما الاول فلعدم الاشهاد ، وأما الثاني فلعدم
الصيغة .

(الخامسة) لو أخبر الزوج بوقوع الطلاق منه صحيحاً حكم عليه به ظاهراً ،
فان كان كذلك في نفس الامر فالحكم صحيح ظاهراً وباطناً ، والالم تبين منه حتى
يأتي بالطلاق الصحيح الجامع للشرائط .
قوله : وينقسم الى بدعة وسنة

للأصحاب في تقسيم الطلاق عبارات كل منها لا يخلو من مناقشة :
الاولى : عبارة الشيخين^(١) أنه ينقسم الى طلاق السنة وطلاق العدة ، والاول
ينقسم الى بائن ورجعي .

ويرد : عليهما أنه ان أريد بالسني ما قابل البدعي لم يكن قسيماً للعدي ، لان
العام لا يكون قسيماً للخاص ، لان الفرض أن العدي ليس ببدعي . وان أريد به
المعنى الاخص - وهو أن يطلق على الشرائط ويتركها حتى تخرج العدة ويعقد
عليها عقداً جديداً - ورد على ذلك أنه لو راجع في العدة وطلق قبل الواقعة
كان طلاقاً شرعياً وليس للعدة لعدم الواقعة ولللسنة للمراجعة قبل خروج العدة .

(١) النهاية : ٥٠٨ ، المقنعة : ٨٢ .

الثانية : عبارة المصنف أنه ينقسم الى بدعي وطلاق سنة، والثاني الى بائن ورجعي وللعدة . ويرد عليه لزوم التداخل، لان الاولتين في طلاق العدة داخلتان في الرجعي والثالثة داخله في البائن .

الثالثة : عبارة العلامة^(١) ، وهو ينقسم الى البدعي والشرعي، وقسم الشرعي الى طلاق السنة وطلاق العدة، وفسر العدي بما فسر المصنف والسني بما ذكرناه في عبارة الشيخين من المعنى الاخص . ويرد عليه ماورد على الشيخين . وأيضاً لو تزوج وطلق قبل الدخول لم يكن طلاق عدة ولا طلاق سنة .

الرابعة : عبارة ابن ادريس^(٢) ، وهو انقسامه الى بدعي وسني، ولم يشترط في السني الواقعة ولاخروجها من العدة ، وهي عبارة حسنة . ويمكن أن يجاب عن التداخل في عبارة المصنف بأن يفسر العدي بأنه طلاق بائن يؤدي الى التحريم المؤبد وهو الثلاث معاً أو الثالثة والسادسة والتاسعة على الوجه المذكور، وتفسير البائن الذي هو قسم العدي بأنه البائن الذي لا يؤدي الى التحريم المؤبد ، فيكون التقسيم هكذا :

الطلاق الشرعي اما أن تصح معه المراجعة بغير عقد جديد أولاً، والاول هو الرجعي ، والثاني اما أن يكون وسيلة الى تحريم المراجعة ولو بالعقد أولاً والاول طلاق العدة والثاني طلاق البائن . والمصنف قد جعل قسمي الرجعي قسيمين له .

وان كان المراد بالعدي كل واحد من الثلاث يكون التقسيم هكذا :

(١) القواعد ، المقصد الثاني من كتاب الفراق .

(٢) السرائر : ٣٢٢ .

٦٨ : قسمها : ٨٠٥ : قولها (١)

وكله لا يقع . . . وطلاق السنة ثلاث : بائن ، ورجعي ، وللعدة . . .
فالبائن مالا يصح معه الرجعة ، وهو طلاق اليائسة على الاظهر ،
ومن لم يدخل بها ، والصغيرة ، والمختلعة ، والمبارأة مالم ترجعافي
البذل ، والمطلقة ثلاثاً بينها رجعتان . . .
والرجعي ما يصح معه الرجعة ولو لم يرجع .

الطلاق اما أن يكون وسيلة الى التحريم المؤبد أولاً ، والاول العدي ،
والثاني اما أن تصح معه المراجعة بغير عقد جديد أولاً . والاول الرجعي والثاني
البائن .

وان كان المراد بالعدي كل واحدة من الطائفتين الاولتين كان التقسيم هكذا :
الطلاق اما أن تصح معه المراجعة بغير عقد جديد أولاً ، والثاني البائن ،
والاول ان كان وسيلة الى التحريم المؤبد فهو العدي وان لم يكن فهو الرجعي .
وهذا الاحتمال أقرب الاحتمالات .

قوله : وكله لا يقع

قيل عليه انه قائل بأن طلاق الثلاث المرسله تقع واحدة ، وذلك مناف
لحكمه بعدم الوقوع .

أجيب : بأن المراد الكل المجموعي ، والكل المجموعي أنحص من كل
واحد ، ولا يلزم من عدم وقوع الخاص عدم وقوع العام ، فلا يلزم عدم وقوع
شيء من الطلقات .

قوله : طلاق الايسة على الاظهر

يشير الى الخلاف الواقع بين الاصحاب في الايسة هل عليها عدة أم لا .
وسياتي تحقيقه ، فمن قال لعدة عليها فطلاقها بائن وهو قول الشيخ ، ومن قال

وطلاق العدة ما يرجع فيه ويواقع ثم يطلق . وفي كل طلاق
فهذه تحرم في التاسعة تحريماً مؤبداً .
وما عداها تحرم في كل ثالثة حتى تنكح غيره .
وهنا مسائل خمسة : فالتاسعة : دللنا على ما
(الاولى) لا يهدم استيفاء العدة تحريم الثالثة .

عليها العدة فطلاقها رجعي وبه قال السيد .

قوله : لا يهدم استيفاء العدة تحريم الثالثة

مراده أن المطلق اذا لم يراجع في العدة بل يتركها حتى تخرج ثم يتزوجها
بعقد جديد ، وهكذا ثانياً وثالثاً تحرم عليه حتى تنكح زوجاً غيره ، ولاتأثير
لاستيفاء عدتها في هدم تحريم الطلقة الثالثة ، وكذا لو استوفت العدة في الاولى
دون الثانية أو الثانية دون الاولى .

وعليه اجماع الاصحاب ، لاصالة عدم الهدم ، ولعموم قوله تعالى « فان
طلقها » أي الثالثة « فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره » .
ولم يخالف في ذلك الا عبد الله بن بكير^(٢) حيث روى عن الباقر عليه السلام
ان استيفاء عدتها يهدم تحريم الثالثة . وهي ضعيفة : أما أولافلفساد عقيدته فانه
فطحي ، وأما ثانياً فلمخالفتها نص الكتاب ، وأما ثالثاً فانه سئل عنها فأسندها الى
زرارة عن الباقر عليه السلام ثم سئل مرة أخرى فقال هذا مما رزقني الله من
الرأي . قال الشيخ في الاستبصار : ما كان عليه من المذهب أفحش من هذا
الكذب^(٣) .

(١) سورة البقرة : ٢٣٠ .

(٢) التهذيب ٣٠ / ٨ ، الاستبصار ٢٧١ / ٣ ، الكافي ٧٧ / ٦ ، ٧٨ مع زيادة فيه .

(٣) ليست هذه العبارة في الاستبصار ، والعبارة هناك : والغلط في ذلك أعظم من

(الثانية) يصح طلاق الحامل للسنة كما تصح للعدة على الاشبه.
(الثالثة) يصح أن يطلق ثانية في الطهر الذي طلق فيه وراجع فيه ، ولم يبطاً لكن لا يقع للعدة.
(الرابعة) لو طلق غائباً ثم حضرو دخل بها ثم ادعى الطلاق لم تقبل دعواه ولا بينته ، ولو أولدها لحق به .

قوله: يصح طلاق الحامل للسنة كما يصح للعدة على الاشبه

قد عرفت معنى طلاق العدة فيما سبق ، وكذا عرفت طلاق السنة بالمعنى الاخص. وأجمع الاصحاب على جواز طلاق الحامل للعدة، الا أن ابن الجنيد شرط في طلاقها ثانياً مضي شهر من حين الواقعة وكذا في الثالثة، معتمداً على رواية يزيد الكناسي عن الباقر عليه السلام^(١) . واختلفوا في طلاقها للسنة على أقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية^(٢) والقاضي وابن حمزه بالمنع، بمعنى أنه اذا طلقها وراجعها ولم يواقعها فليس له طلاقها حتى تضع مافي بطنها ، لرواية اسماعيل الجعفي عن الباقر عليه السلام : طلاق الحامل واحدة^(٣) . ومثله روى ابو بصير^(٤) والحلبى عن الصادق عليه السلام^(٥) .

اللفظ في اسناد فتيا يعتقد صحته لشبهة دخلت عليه الى بعض أصحاب الائمة عليهم السلام. الى آخره .

(١) الكافي ٨٢/٦ ، التهذيب ٧٢/٨ ، الاستبصار ٣٩٨/٣ .

(٢) النهاية : ٥١٧ .

(٣) التهذيب ٧٠/٨ ، الكافي ٨١/٦ .

(٤) الكافي ٨١/٦ .

(٥) الكافي ٨٢/٦ .

(الثاني) قول ابني بابويه^(١) انه اذا راجعها قبل الوضع أو قبل مضي ثلاثة أشهر فليس له طلاقها حتى تضع وتطهر، واطلقا ولم يفصلا .

(الثالث) قول المصنف وابن ادريس^(٢) والعلامة بالجواز ، لاصاله الصحة وعدم مانع من ذلك من كتاب أو سنة ، بل عموم الكتاب دال على جوازه .

قال العلامة في المختلف^(٣) : التحقيق أن طلاق العدة والسنة واحد، وانما يصير للسنة بترك المراجعة وترك المواقعة ، والعدة بالرجعة في العدة والمواقعة

فاذا طلقها لم يظهر أنه للسنة أو للعدة الا بعد وضع الحمل ، لانه ان راجع قبله كان طلاق العدة وان تركها كان طلاق السنة، فان قصد الشيخ ذلك فهو حق وتحمل الاخبار عليه .

ومثله قال المصنف في النكت .

أقول : الحق أن الخلاف مبني على تفسير طلاق السنة ، فان فسر بما قاله الشيخ واختاره العلامة بالمعنى الاخص فالقول قول الشيخ ، وان فسرنا بأعم من ذلك - وهو - أن لا يشترط فيها المواقعة ولا خروج العدة - كما فسر ابن ادريس فالقول ماقاله المصنف وابن ادريس . وحيث يصح طلاقها للسنة كما يصح للعدة ، بل يصح أن يطلقها للسنة في مجلس واحد عدة طلاقات يتخللها رجعتان ، كما دلت عليه رواية اسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام^(٤) . وتحمل رواية الجعفي وابي بصير على الاحتياط ، وكذا رواية الكناسي .

قال بعض تلامذة المصنف : لو قال يصح طلاق الحامل للعدة كما يصح للسنة كان أجود ، لان طلاق السنة لاخلاف في جوازه وانما الخلاف في طلاق

(١) المقنع ١١٦/١

(٢) السرائر : ٣٢٨ .

(٣) المختلف ، الجزء الخامس : ٣٧ .

(٤) التهذيب ٧١/٨ ، الفقيه ٣٣١/٣ ، الاستبصار ٢٩٩/٣ .

(الخامسة) اذا طلق الغائب وأراد العقد على أختها أو على
خامسة تربص تسعة أشهر احتياطاً .

النظر الثالث : في اللواحق وفيه مقاصد :
(الاول) يكره طلاق المريض ، ويقع لو طلق . ويرث زوجته
في العدة الرجعية ، وترثه هي ولو كان الطلاق بائناً الى سنة ، ما
لم تتزوج أو يبرأ من مرضه ذلك .

العدة ، فان المفيد وابن بابويه منعاه عملاً بالروايات الناطقة بأن طلاق
الحبلى واحد وانما جنوزه المتأخر ، والمصنف قال : وقول الشيخ في النهاية
لايجوز طلاقها للسنة حتى تضع ، أي لا يتقدر ذلك ولا يتصور حتى تضع ، معناه
المراجعة بعد العدة ولا تخرج من العدة حتى تضع لأنه لايجوز شرعاً . فتدبره فيه
نوع غموض . هذا آخر كلامه .
وفيه نظر ، لانه خلاف ما قاله الفقهاء المعتبرون ، وأما تأويله لكلام الشيخ
فبعيد .

قوله : يكره طلاق المريض ويقع لو طلق ويرث زوجته في العدة
الرجعية وترثه هي ، ولو كان الطلاق بائناً الى سنة ما لم تتزوج أو يبرأ من
مرضه ذلك

هنا فوائد :

(الاولى) انما كره لانه خلاف النكاح المندوب الى استمراره ، ولان مقصوده
به حرمان الارث المقرر شرعاً .

(الثانية) أجمع أصحابنا على ثبوت ارثه منه مع حصول الشرائط المذكورة ،
ناقلين ذلك عن أئمتهم عليهم السلام ، للتهمة المذكورة ومعارضته بنقيض مطلوبه
كما عورض القاتل بنقيض مطلوبه من عدم الارث ، فانه لو لأرثها الا في الرجعية

لتوسل كل زوج الى حرمان زوجته بطلاقها في مرض موته . وأما عدم ارث الزوج منها الا في الرجعية فلعدم التهمة من قبلها ، اذ الطلاق ليس في يدها .
(الثالثة) ذهب الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف الى ما قلناه من عدم ارث الزوج منها الا في الرجعية ، واختاره ابن ادريس^(٢) والقاضي وابن حمزة لانقطاع العصمة بينهما وعدم الحكمة المذكورة . وتؤيده رواية الحلبي في الحسن في أنه سئل عن الرجل يحضره الموت فيطلق امرأته هل يجوز طلاقه [طلاقها] قال : نعم وان مات وورثته وان ماتت لم يرثها^(٣) . وليس ذلك في الرجعي للاجماع .

ورواية زرارة موثقاً عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن رجل يطلق امرأته قال : ترثه ويرثها مادامت له عليها رجعة^(٤) .

وذهب الشيخ في النهاية الى عدم الفرق في ارثه منها في العدة بين أن تكون التطليقة هي الاولى أو الثانية أو الثالثة ، وسواء كان له اليها رجعة أو لم يكن ، محتجاً برواية عبد الرحمن عن الكاظم عليه السلام قال : سألته عن رجل يطلق امرأته آخر طلاقها . قال : نعم يتوارثان في العدة^(٥) .

وأجيب : بأن المراد التوارث في الرجعية ، فان الطلاق الواقع في مرض الموت يصدق عليه أنه آخر طلاق ، وليس المراد به الثالثة . وتؤيده رواية محمد بن مسلم موثقاً عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يطلق امرأته تطليقتين ثم يطلقها ثالثة وهو مريض . قال : هي ترثه^(٦) . والتخصيص بها لا بدله

- (١) المبسوط ٦٨/٥ ، الخلاف ٤٥٦/٢ .
- (٢) السرائر : ٣٢٤ .
- (٣) الكافي ١٢٣/٦ ، التهذيب ٧٩/٨ ، الفقيه ٣٥٤/٣ ، الاستبصار ٣٠٤/٣ .
- (٤) التهذيب ٨١/٨ ، الاستبصار ٣٠٨/٣ .
- (٥) التهذيب ٨٠/٨ ، الاستبصار ٣٠٧/٣ .
- (٦) التهذيب ٨٠/٨ ، الاستبصار ٣٠٧/٣ .

من فائدة ، وليس هي اختصاص الارث بها .
(الرابعة) لو انتقت التهمة اما لسؤالها الطلاق ثلاثاً فطلقها أو لكونها مختلعة أو مبارأة حكى في المبسوط والخلاف فيه قولين ارثها وعدم ارثها، واختار فيهما الاول ، لعموم الاخبار، وتابعه ابن ادريس . واختار في الاستبصار الثاني وتابعه العلامة ، لانتفاء مقتضى الارث وهو التهمة، ولما رواه محمد بن القاسم الهاشمي قال : سمعت الصادق عليه السلام يقول : لا ترث المختلعة والمبارأة والمستأجرة في طلاقها من الزوج شيئاً اذا كان ذلك منهن في مرض الزوج ، وان مات في مرضه لان العصمة قد انقطعت منهن ومنه (١) .

(الخامسة) لو كانت الزوجة أمة أو كتابية فطلقها في مرضه ثم اعتقت أو أسلمت في العدة أو بعدها في ارثها وجهان : الارث لعموم النص، وعدمه لانتفاء التهمة . أما لو وقع العتق أو الاسلام في العدة قبل الطلاق ولما يعلم الزوج ذلك فطلقها في مرض الموت ، قال ابن الجنيد ان قال امرأتي الذمية أو الامة طالق فلا ترثانه ، وان قال زوجتي فلانة ولم يقل الذمية ولا المملوكة ورثته . قال : وكذا ان ابتداء طلاقه في المرض بالتخي لم يدخل بها فانها ترثه .

واستحسن كلامه العلامة ، وهو حسن ان كان المراد بعدم الارث عدمه في البائن أو بعد العدة في الرجعي لعدم التهمة بسبب عدم علم المطلق بزوال مانع الارث، وأما في العدة الرجعية فترثانه ويرثهما لمصادفة الموت محلاً قابلاً للارث ولا عبرة بعلم الزوج ولا عدمه في زوال مانع الارث .

ويجيء على قول الشيخ في المبسوط والخلاف ارثهما هنا، لعموم الاخبار بارت المطلقة في مرض الموت .

المقصد الثاني : في المحلل :

ويعتبر فيه البلوغ والوطء في القبل بالعقد الصحيح الدائم .

وهنا فرعان :

الاول : لو ادعت الاسلام بعد الطلاق في العدة قبل الموت ولا بينة فأنكر الوارث ، فالقول قوله لاصالة عدم الارث .

الثاني: لو أقامت بينة حكم لها بالارث. وهل تحلف على أن اسلامها ليس للرجعة في الارث ، فيه تردد من عدم النص فيه وعموم ثبوت ارث من أسلم في العدة من مساواتها من زوج فضولا كما تقدم .

قوله : ويعتبر في المحلل البلوغ

وهل يكفي كونه مراهقاً أم لا ؟ تردد المصنف في ذلك في الشرائع^(١) ، ومنشأه من كونه زوجاً فيدخل تحت اطلاق قوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره»^(٢) ، وبه قال ابن الجنيد، ومن كونه وطئه ليس كاملاً مطلوباً للشارع والتحريم معلوم فلا يرتفع الابمعلوم . ثم قال : أشبهه أنه لا يحلل ، وجه الاشبهية قوله صلى الله عليه وآله وسلم: حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك^(٣) . والعسيلة اللذة والمراهق لالذة له حقيقة .

قوله : بالعقد الصحيح الدائم

فلو وطئ بالملك أو بالعقد الفاسد أو بالعقد المنقطع أو بالتحلليل لم يحلل .

(١) الشرائع ١٩٨/٢ .

(٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

(٣) رويت هذه العبارة من الطريقين راجع الوسائل ابواب اقسام الطلاق ٣٥٧/٧

٣٦١ ، ٣٦٦ ، ٣٦٧ ، صحيح البخارى ٧٩٢/٢ ، ٨٠١ ، سنن ابن ماجه ١/١ ، ٦٢١ ، ٦٢٢

سنن ابى داود ٢/٢٩٤ .

٨١٠٠١ بيروني (١)

هل يهدم مادون الثلاث؟ فيه روايتان أشهرهما: أنه يهدم .

نعم هل يشترط مع العقد الصحيح الدائم كون الوطىء سائغاً أم لا؟ قال الشيخ في الخلاف^١ نعم محتجاً بأصالة بقاء التحريم فلا يعلم زواله بوطىء محرم كالوطىء في الاحرام أو الصوم أو الحيض ، ولأن المحرم لا يكون مراداً فلا يكون هو المأمور به، ولأن العقد يشترط صحته فكذا الوطىء والالزم التحكم، ولأن النهي يستلزم الفساد فلا يحلل . وهو قول ابن الجنيد .
وقال العلامة في المختلف: لا يشترط فتحل الحامل بالوطىء المحرم لعارض لانه تعالى جعل نهاية التحريم نكاح زوج غيره وقد حصل فلاتحريم بعد نهايته، ولانه لو اشترطت الاباحة لزم عدم التحليل لو وطىء عند تضيق صلاة الفريضة، واللازم منفي اجماعاً فكذا الملزوم .
وعلى قوله رحمه الله الفتوى .

ويجاب عن حجة الشيخ: اما عن الاول فان الاصل يرجع عنه للدليل وقد بيناه ، وعن الثاني بأن المحرم له اعتباران من حيث ذاته هو مراد فيقع مأموراً به ولا اعتبار بالعارض كما قلناه ، وعن الثالث بأنه قياس فيكون بساطلا مع أن الفارق موجود، فان فساد العقد يخرج الوطىء عن كونه زوجاً فلا يتناول النص وحرمة الوطىء لاتخرجه والا لكان زانياً، وعن الرابع بأن النهي في غير العبادة لا يستلزم الفساد كما بين في الاصول وهو هنا كذلك كالبيع وقت النداء .

قوله: وهل يهدم مادون الثلاث فيه روايتان أشهرهما انه يهدم

معنى الهدم أنه لو تزوجت بعد الطلقة الاولى أو الثانية ثم طلقها الزوج الثاني وخرجت عدتها فتزوجها الاول ، هل تبقى معه في الاول على طلقتين وفي الثاني

(١) الخلاف ٥/٣ .

ولو ادعت أنها تزوجت ودخل وطلقها فالمروى: القبول اذا

كانت ثقة .

على واحدة ولاهدم أو تبقى على ثلاث مستأنفات ويكون الزوج هادماً لما تقدم؟ .
فيه روايتان : الاولى رواية الهدم عن رفاة بن موسى عن الصادق عليه السلام^(١) ، الثاني رواية عدم الهدم عن صفوان عن منصور عن الصادق عليه السلام^(٢) ومثلها عن ابن مسكان عن الحلبي عنه عليه السلام^(٣) .
وعمل الاصحاب على الاولى ، وعمل الشيخ على الثانية على كون العقد منقطعاً أو على عدم الوطى . ويؤيد عمل الاصحاب اشتهاار الهدم أولاً وثانياً رواية عبدالله بن عقيل بن ابي طالب : ان عمر قضى أنها تبقى على ما بقي من الطلاق فقال أمير المؤمنين عليه السلام : سبحان الله أيهدم ثلاثاً ولا يهدم واحدة^(٤) .

قوله : ولو ادعت انها تزوجت ودخل وطلق [وطلقها] فالمروى

القبول اذا كانت ثقة

هذه رواية الحسين بن سعيد عن الصادق عليه السلام^(٥) . وعمل الاكثر على ذلك وان كان الاصل يقتضي خلافه لكونها مدعية يفتقر الى البيينة بدعواها ، لكن الفتوى على العمل بقولها ، لان العلم بذلك قد يتعذر ، ولان الوطى شرط في التحليل وانما يرجع فيها اليها . نعم يشترط كونها ثقة ، بمعنى ايمانها وعدالتها في دينها ومضي زمان يمكن فيه حصول ذلك .

(١) الكافي ٧٧٦/٦ ، التهذيب ٣٠١/٨ .

(٢ - ٣) التهذيب ٣٢١/٨ .

(٤) التهذيب ٣٤١/٨ ، الاستبصار ٢٧٥/٣ .

(٥) التهذيب ٣٤١/٨ ، الاستبصار ٢٧٥/٣ .

المقصد الثالث : في الرجعة :
تصح نطقاً ، كقوله ، « راجعت » ، وفعلاً كالوطء والقبلة واللمس
بالشهوة .

قوله : في الرجعة وتصح نطقاً كقوله راجعت

حقيقة الرجعة هي الرد الى النكاح ، وهو أمر حادث لم يكن ، وكل حادث لا بد له من سبب ، والسبب هنا ما جعله الشارع دليلاً على حصولها ، وهو إما لفظ أو فعل . فالاول أقسام :

الاول : صريح اتفاقاً ، وهو « رجعت » و « راجعت » و « ارتجعت » مع اتصالها باسم ظاهر ، كقوله « راجعت فلانة » أو « ارتجعت فلانة » أو مضمراً كقوله « راجعتك » أو « ارتجعتك » ، ولا يكفي من دون الاتصال المذكور .

الثاني : رددت فلانة أو رددتك هل هو صريح أم لا ؟ قيل نعم لقوله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن »^(١) ، وفي الحديث « أرددها » أي راجعها ، وقيل لا لعدم اشتها ذلك شرعاً في الاستعمال .

الثالث : أمسكت فلانة أو أمسكتك ، قيل صريح لقوله تعالى « فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان »^(٢) وفسر بالرجعة .

الرابع : رددت فلانة الى النكاح أو أمسكت نكاحها مع نية الرجوع ، ان قلنا ان الرد والامسك صريحتان فلا كلام في الصحة ، وان قلنا انهما كنايةتان فهل مع الاضافة التي النكاح يصيران صريحتين أم لا ؟ يحتمل ذلك لافادتهما معنى الصريح قطعاً فيكونان مرادفين له ، ويحتمل العدم لان الاسباب متلقاة من الشرع ولم يرد ذلك .

(١) سورة البقرة : ٢٢٨ .

(٢) سورة البقرة : ٢٢٩ .

ولو أنكر الطلاق كان رجعة .^(١)

ولا يجب في الرجعة الا شاهد بل يستحب .

ورجعة الاخرس بالاشارة ، وفي رواية بأخذ القناع .

ولو ادعت انقضاء العدة في الزمان الممكن قبل .

الخامس : تزوجت فلانة أو نكحتها أو تزوجتك أو نكحتك ، في كون ذلك صريحاً اشكال من صلوحية ذلك لابتداء النكاح فالرد اليه أولى ، لان القول ايجاد معدوم والثاني ادامة موجود ، ومن انه انما يواجه به الاجنبية والرجعة لاروجة ، ولان التزويج يشترط فيه الرضا من الزوجة ، والرجعة لا يشترط فيها ذلك فتغايرا .

والاجود أن جميع ذلك رجعة ، لدلالة الكل على ارادة النكاح .
والثاني كل فعل يدل على ارادة النكاح كالوطىء والقبلة واللمس بالشهوة لكن مع صدوره عن قصد ، فلو وطىء نائماً أو ظنها غيرها لم تكن رجعة .

قوله : ولو أنكر الطلاق كان رجعة
علله المصنف في الشرائع^(١) بأنه يتضمن التمسك بالزوجية .
ان قلت : انه صريح في تكذيب من شهد به فلا يكون رجعة .

قلت : أوجب بأن انكاره لوقوعه ارادة لابطال حكمه .

قوله : ورجعة الاخرس بالاشارة ، وفي رواية بأخذ القناع
هذه رواية السكوني عن الصادق عليه السلام^(٢) ، وقد تقدمت وذلك غير مناف للاشارة كما قدمنا من قبل .

(١) الشرائع ١٩٨/٢ .

(٢) التهذيب ٧٤/٨ ، الاستبصار ٣٠١/٣ ، الكافي ١٢٨/٦ .

المقصد الرابع : فى العدد ، والنظر فى فصول :
(الاول) لاعدة على من لم يدخل بها عد المتوفى عنها زوجها .
ونعنى بالدخول الوطء قبلاً أو دبراً ، ولا تجب بالخلوة .
(الثانى) فى المستقيمة الحيض ، وهى تعتد بثلاثة أطهار على
الاشهر اذا كانت حرة . وان كانت تحت عبد .

قوله : المقصد الرابع فى العدد - الى آخره

العدد جمع عدة ، وهى شرعاً زمان مقدر يقتضيه رفع النكاح بعقد اما بالموت
مطلقاً أو بغيره فبعد الدخول او وطىء غير محرم ظاهراً لاجنبية ، ولها احكام :

« ١ » - أنه يحرم فيها على المرأة نكاح غير من هى عنه .

« ٢ » - أنها ان كانت رجعية ملك الزوج فيها الرجعة .

« ٣ » - أن وجوبها اما تعبد محض كعدة غير المدخول بها فى الوفاة أو

تعبد واستبراء ، وهو أقسام : « ١ » ما يكون الاستبراء فيه أقوى وهو ما اذا كانت
بالحمل ، « ب » ما يستويان فيها وهو ما كان بالاقراء ، « ج » ما يضعف فيه الاستبراء
وهو ما يكون بالشهور لمن لا يجوز حملها .

قوله : ولا تجب بالخلوة

خلافاً للشيخ فى بعض كتبه اعتماداً على رواية ابن بكير وهى ضعيفة ، وعمل
الاكثر على ما ذكره المصنف ، وسنده رواية ابن ابى عمير وغيرها . وقد تقدم
تحقيق القول فى أن الدخول لا يكفي فيه مجرد الخلوة .

قوله : الثانى مستقيمة الحيض ، وهى تعتد بثلاثة اطهار على الاشهر اذا
كانت حرة وان كانت تحت عبد

هنا فوائد :

(الاولى) يريد بمستقيمة الحيض من ترى الدم فى سن تحيض ولها عدة مستقرة ،

وقد تقدم بيان ذلك . ويحترز بذلك عن المضطربة ، فانها مع استمرار الدم تعمل على التمييز ومع تعذره ترجع الى عادة نساؤها وتجعل ذلك عدة لها وزمان الاستحاضة طهر فتجعله عدة ، ومع عدم النساء أو اختلافهن تعتد بالاشهر .
 (الثانية) دلت الآية الكريمة على الاعتداد بثلاثة اقراء . وكأن القرء لغة يطلق تارة على الطهور وتارة على الحيض لاشتراك بينهما ، فاختلفت الصحابة والفقهاء في المراد من الآية ، فقال اكثر أصحابنا انه الطهر اعتماداً على روايات كثيرة كرواية زرارة عن الباقر عليه السلام : الاقراء هي الاطهار^(١) ، ومثله رواية محمد ابن مسلم عنه عليه السلام^(٢) وغير ذلك . وهو مذهب مالك والشافعي واحمد . وفي رواية عبدالله بن مسكان والحلبى عن الصادق عليه السلام انه الحيض فجمع المفيد بين الروايات بأن الطلاق ان وقع في أول الطهر فالعدة بالاطهار وان وقع في آخره فالعدة بالحيض . واستحسنه الشيخ .

وليس بشيء ، فانه لادلالة في الروايات على ذلك ، فالاولى حمل الروايتين على التقية ان صححتا ، فان مذهب ابى حنيفة وابى يوسف والثوري والاوزاعي أن القرء الحيض . ويبطل ذلك قوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن »^(٣) أي في وقت عدتهن ، كقوله « ونضع الموازين القسط ليوم القيامة »^(٤) أي في يوم القيامة . والطلاق في الحيض ليس بمأمور به اجماعاً لتحريمه ، واتيانه بالهاء في ثلاثة وهو يختص بالمدكر والطهر مذكر والحيضة مؤنثة . وقد بينا في كنز العرفان^(٥) تحقيق القول في ذلك .

(١) راجع الوسائل ٤٢٤/١٥ .

(٢) سورة الطلاق : ١ .

(٣) سورة الانباء : ٤٧ .

(٤) كنز العرفان ٢٥٥/٢ .

وتحتسب بالطهر الذي طلقها فيه ، ولو حاضت بعد الطلاق

بلحظة .

(الثالثة) ان ما ذكرناه من ثلاثة الاطهار اذا كانت المرأة حرة سواء كان زوجها حراً أو عبداً ، أما الامة فعدتها طهران وان كان زوجها حراً ، وعلى ذلك الاجماع .

قوله : وتحتسب بالطهر الذي طلقها فيه ولو حاضت بعد الطلاق بلحظة قال الشيخ في المبسوط^(١) : اذا قال لها « أنت طالق » ثم حاضت عقب هذا اللفظ فهذا عند بعضهم طلاق محرم ولا يعد ما بعده قرأانه صادف الطلاق حالة الحيض ، وقال بعضهم يكون مباحاً لانه وقع في حال الطهر . ويقوى في نفسي أن الطلاق يقع ، لانه وقع في حال الطهر ، الا أنه لا يعتد بالطهر الذي يلي الحيض ، لانه ما بقي هنا جزء يعتد به .

قال ابن ادريس^(٢) : قوله « الا أنه لا يعتد بالطهر الذي يلي الحيض » عجيب ، وكيف لا يعتد به وهو أول أقرائها . وقوله « لانه ما بقي هنا جزء يعتد به » مناقضة .

واعتذر العلامة^(٣) للشيخ بأن الضمير في « يلي » محذوف ، أي يليه الحيض ويكون معنى يلي يتعقب حينئذ .

قلت : ويمكن أن يكون معناه ليس كما ظنناه ، بل معناه يلاصقه ويلاقيه ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : كل مما يليك^(٤) . وحينئذ يكون كلام الشيخ صحيحاً وقوله « لانه ما بقي جزء » قرينة دالة على ذلك ، فلا وجه لكلام المورد ولا حاجة الى عذر المعتذر .

(١) المبسوط ٢٣٥/٥ . السرائر ٣٤٣ .

(٢) السرائر ٣٤٣ .

(٣) المختلف ، الجزء الخامس : ٦٦ .

(٤) صحيح البخارى ٨١٠/٢ ، سنن الترمذى ٢٨٨/٤ ، سنن ابن ماجه ١٠٨٧/٢ .

وتبين برؤية الدم الثالث .
وأقل ما تنقضي به عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان، وليست
الآخيرة من العدة بل دلالة الخروج .

قوله : وتبين برؤية الدم الثالث

هذا قول الشيخ في النهاية والخلاف^(١) ، وقال في المبسوط^(٢) قال قوم
لاتبين الا بعد انقضاء أقل ايام الحيض . ثم اختار فيه أنه ان سبق لها عادة مستقيمة
فالانقضاء بأول الدم وان لم يسبق فالانقضاء بمضي الثلاثة وجعلها من العدة .
واختار ابن ادريس^(٣) هذا التفصيل مفتياً به محتجاً باختلاف الروايات ،
ولاوجه لذلك الا التفصيل المذكور والفتوى على ما قاله في النهاية . لكن
التحقيق أنه ان لم يسبق لها عادة فلا يعلم الانقضاء الا بمضي الثلاثة ويكون ذلك
كاشفاً عن الانقضاء بأول الدم ، وليس هذا تفصيل ابن ادريس . فتدبره .

نعم قال الشيخ في بعض كتبه : ان الانقضاء وان حصل لكن يستحب لها
ترك التزويج حتى تغتسل . قال : وهو مذهب الحسن بن سماعه وعلي بن ابراهيم
وأما جعفر بن سماعه فانه ذهب الى الانقضاء بأول الدم لكن لا يحل لها التزويج
عنده الا بعد الغسل . والحق أن ذلك على الكراهية ، ومنشأ الخلاف في ذلك
اختلاف الروايات .

قوله : وأقل ما تنقضي به عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان
كذا ذكر الشيخ^(٤) ، وبيانه : أن ترى الدم بعد الطلاق بلحظة ثلاثة أيام ،

(١) النهاية : ٥١٥٦٢ .

(١) النهاية : ٥٣٢ ، الخلاف ٥١/٣ .

(٢) المبسوط : ٢٣٥ .

(٢) المبسوط ٥/٢٣٥ .

(٣) السرائر : ٣٦٣ .

(٣) السرائر : ٣٦٣ .

(٤) المبسوط : ٢٣٦/٥ ، الخلاف ٥١/٣ .

(٤) المبسوط ٥/٢٣٦ ، الخلاف ٥١/٣ .

(الثالث) في المسترابة : وهي التي لا تحيض ، وفي سننها من تحيض ، وعدتها ثلاثة أشهر .

ثم تطهر عشرة أيام، ثم تحيض ثلاثة، ثم تطهر عشرة، ثم ترى الدم الثالث . فأول لحظة تراه تعلم انقضاء العدة، لكن هل هي من العدة أم لا؟ يظهر من كلام الشيخ الاول، وقال المرتضى وابن ادريس^(١) وابن الجنيد بالثاني . وتظهر

الفائدة في مواضع :
الاول : لو وقعت الرجعة فيها ، فعند الشيخ يصح وعند غيره لا .

الثاني : لو تزوجت فيها ، فعند الشيخ لا يصح وعند غيره يصح . (١)

الثالث : لو مات أحدهما فيها ، فعند الشيخ يتوارثان وعند غيره لا . الى غير ذلك من الفوائد .

قوله: الثالث في المسترابة وهي التي لا تحيض وفي سننها من تحيض وعدتها ثلاثة اشهر

الذي يقتضيه التفقه أن من تعمد بالاشهر أربع :

« ١ » - من هي في سن من تحيض ولا يجيئها الدم أصلاً .

« ٢ » - من تباعد حيضها فلم ترفي كل ثلاثة أشهر أو ستة شهر أو سبعة الامرة .

« ٣ » - التي تأخرت حيضها عن عاداتها شهراً فصاعداً .

« ٤ » - التي انقطع حيضها بسبب معلوم كالارضاع والمرض .

وعبارة المصنف لتفسير المسترابة لاتشمل الاالولى، فان لم تكن المسترابة

عنده الاالولى كان ينبغي له ذكر الباقيات والايأتي بعبارة أعم .

(١) السرائر : ٣٤٢ .

إذا تقرر هذا فهنا فوائده : *فما يتسمان به (شأنها)*

(الاولى) لاخلاف في أن عدة المسترابة ثلاثة أشهر اذا لم تسبق حيضها عدتها، ومستنده قوله تعالى « واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر»^(١) ، والمعنى اذا يئسن من المحيض لانقطاعه ، و« ارتبتم » أي شككنتم في عوده لكونهن في سن من تحيض فعدتهن ثلاثة اشهر .

(الثانية) الشهر حقيقة لغوية في العدة ما بين الهلالين ، فاذا وقع الطلاق في أول جزء منه - أعني حال رؤية الهلال - فلاخلاف أيضاً في أن أول العدة ذلك وتبين برؤية الهلال الرابع .

(الثالثة) يطلق الشهر عرفاً على ما تقدم وعلى ثلاثين يوماً، فاذا وقع الطلاق بعد مضي شيء من الشهر بالمعنى الاول اختلف في كيفية اعتدادها ، فقيل تعتد بالشهر بالمعنى الثاني، بأن تعد تسعين يوماً من حين طلاقها وهو قول بعض الشافعية وقيل تعتد بالشهر بالمعنى الاول وتقضي ما فاتها من الشهر الاول في الشهر الرابع واختاره ابوحنيفة ، وقيل بل يسقط اعتبار الهلال في الشهر الاول وتعتبر بعده هلالين ثم تتم ثلاثين من الرابع، وبه قال الشيخ في الخلاف^(٢) وابن ادريس^(٣) والعلامة^(٤) .

وعليه الفتوى ، لان الشهر كما قلنا يصدق لغة وشرعاً على الهلالي ، لقوله تعالى « هي مواقيت للناس والحج »^(٥) ، وعرفاً على المعنيين، فاذا تعذر اعتبار الاول اعتبر الثاني .

(١) سورة الطلاق : ٤ .
 (٢) الخلاف ٥٣/٣ .
 (٣) السرائر : ٣٤٢ .
 (٤) القواعد ، المطلب الثاني من الفصل الثاني من المقصد الرابع في العدد .
 (٥) سورة البقرة : ١٨٩ .

وهذه تراعى الشهور والحيض وتعد بأسبقهما .
أما لورأت فى الثالث حيضة وتأخرت الثانية أو الثالثة ، صبرت
تسعة أشهر لاحتمال الحمل ثم اعتدت بثلاثة أشهر .
وفى رواية عمار: تصبر سنة ثم تعمد بثلاثة أشهر .

(الرابعة) قوى الشيخ فى المبسوط^(١) قول أبى حنيفة ، وتظهر الفائدة بين
القولين فيما اذا نقص الشهر الاول ، كما اذا كان الطلاق فى العشرين من الشهر
الاول ، فعلى قول الخلاف تضم الى التسعة المتخلفة أحداً وعشرين يوماً ، وأما
على قول المبسوط تضم عشرين لاغير .

قوله : وهذه تراعى الشهور والحيض وتعد بأسبقهما

هذه عبارة وجيزة حسنة ، وهى اشارة الى قول الشيخ رحمه الله ، فانه لما
ذكر الروايات الدالة على الأشهر قال : انها انما تعمد بثلاثة أشهر اذا مرت بها
لا ترى فيها الدم اصلاً وانها تبين بذلك ، وأما اذا رأت الدم قبل انقضاء ثلاثة
أشهر ولو بيوم كان عدتها بالاقراء وان بلغ ذلك الى خمسة عشر شهراً ، لما
رواه زرارة عن الباقر عليه السلام حسناً قال : أمران أيهما سبق اليها بانته به
المطلقة المستزابة التى تستريب الحيض ان مرت بها ثلاثة أشهر بيض ليس فيها
دم بانته بها^(٢) - الخ .

قوله : أما لورأت فى الثالث حيضة وتأخرت الثانية أو الثالثة صبرت
تسعة أشهر لاحتمال الحمل ثم اعتدت بثلاثة أشهر ، وفى رواية عمار تصبر
سنة ثم تعمد بثلاثة أشهر

(١) راجع المبسوط ٢٣٩/٥ .

(٢) الفقيه ٣٢٢/٣ ، الاستبصار ٣٢٤/٣ .

ما اختاره المصنف هو قول الشيخ في الاستبصار^(١) ، وأفتى به العلامة .
والمستند رواية سورة بن كليب عن الصادق عليه السلام^(٢) .
وأما رواية عمار الساباطي فرواها عن الصادق عليه السلام^(٣) أيضاً . وأفتى
به الشيخ في النهاية على تقدير أن يتأخر عنها الدم الثالث ، وحملها في الاستبصار
على الاحتياط .

وهنا فائدة ، وهي : انها لو ارتابت بالحمل بعد الطلاق هل حكمها حكم
المستربة اذارت الدم في العدة ثم انقطع ؟ قال في النهاية نعم تصبر تسعة
أشهر ثم تعد بثلاثة اشهر ، ومستنده رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الكاظم
عليه السلام : اذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلاً انتظر تسعة أشهر فان ولدت
والا اعتدت بثلاثة أشهر^(٣) .
وقال ابن ادريس : لاحاجة الى ذلك ، لسبق تسع بيض فحصل الغرض من
العلم بفراغ الرحم ، ولانه اما أن يظهر الحمل أولاً فان كان الاول فعدتها بالوضع
وان كان الثاني فقد دخلت الثلاثة في التسعة .
وأجاب العلامة بأن الأشهر التسعة للاستبراء فتجب العدة بعدها . وأيضاً
الحمل قد يلبث سنة فيجب الصبر .
وفيه نظر ، فان العدة والاستبراء معناهما واحد لاتحاد الغاية من شرعهما
والحكم لا يتغير بتغير اللفاظ . واقول بلبث الحمل سنة متروك كما تقدم .
والتحقيق أن نقول : ان ادعى ابن ادريس الفرق بين العدة والاستبراء فالفرق

(١) الاستبصار ٣/٣٢٣ .

(٢) التهذيب ٨/١١٩ .

(٣) التهذيب ٨/١٢٩ ، الكافي ٦/١٠١ ، الفقيه ٣/٣٣٠ ، وتمام الخبر : ثم قد

بانت منه .

ولا عدة على الصغيرة ، ولا اليائسة على الأشهر .

ممنوع والافقوله غير بعيد ، لان العلم بالحمل وعدمه يحصل بدون التسعة فلا حاجة اليها، والرواية يمكن حملها على الاستحباب والاحتياط .

قوله : ولاعدة على الصغيرة ولااليائسة على الأشهر

هذا هو الأشهر بين الأصحاب ، وعليه دلت حسنة زرارة عن الصادق عليه السلام^(١) ، وموثقة عبد الرحمن عنه عليه السلام أيضاً^(٢) ، ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام^(٣) . وعلى ذلك أفتى الشيخان وابننا بابويه^(٤) والتقي والقاضي وسلار وابن حمزة وابن ادريس^(٥) .

وقال المرتضى عدتها ثلاثة أشهر، محتجاً بقوله «واللائي يثن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن»^(٦) أي لم يبلغن المحيض عدتهن ثلاثة أشهر حذف الخبر للدلالة ما تقدم. قال: والارتباب ليس في اليأس وعدمه بل في العدة ، لما روي أن ابي بن كعب قال: يا رسول الله ان عدداً من عدد النساء لم تذكر في الكتاب الصغار والكبار وأولات الاحمال فنزلت^(٦) . ولانه لو أراد الشك في ارتفاع الحيض لقال ان ارتبن، لان المرجع في الحيض

(١) الكافي ٨٥/٦ ، التهذيب ١٣٧/٨ .

(٢) التهذيب ١٣٨/٨ ، الكافي ٨٥/٦ .

(٣) الخلاف ٥٠/٣ ، المبسوط ٢٣٤/٥ ، المقنعة : ٨٣ ، المقنع : ١١٦ .

(٤) السرائر : ٣٣٨ .

(٥) سورة الطلاق : ٤ .

(٦) سنن البيهقي ٤١٤/٧ ، ٤٢٠ . وقال الرازي فنى التفسير الكبير ٣٥/٣٠ :

وروى ان معاذ بن جبل قال: يا رسول الله قد عرفنا عدة التي تحيض فما عدة التي لم تحض

- الخ .

وفي حد اليأس روايتان ، أشهرهما : خمسون سنة .

ولورات المطلقة الحيض مرة ثم بلغت اليأس أكملت العدة

بشهرين .

اليهن ، وبرواية محمد بن مسلم صحيحاً عن احدهما عليهما السلام^(١) ، ومثلها رواية ابي بصير^(٢) وتابعه ابن زهرة .
وأجيب عن الاول : أنه تأويل ، وليس بأولى من أن المراد فلم يحضن ، أي ارتفع حيضهن بسبب كالمريض والرضاع . ويجوز أن يكون بسبب الحمل ويكون الواو في « وأولات الاحمال » للحال ، أي وهن أولات الاحمال . قلت: فيه نظر، لجواز أن يكون النفي للسلب لا للعدم، فان الاول أعم فائدة والواو حقيقة في العاطفة .

وعن الثاني : أنه لو كان الارتباب في العدة لقال ان جهلتم . لان أياً لم يشك بل جهل ، ولم يسند اليهن لان اليأس هو ترجيح انقطاع الحيض على عدمه وهو مسند اليهن ، فلو اسند الارتباب اليهن لزم التناقض ، وهو ترجيح الانقطاع من حيث اليأس وعدمه من حيث الارتباب ، فان الارتباب هو الشك والشك لا ترجيح فيه .

وحينئذ يكون المراد ان النساء اللاتي حصل لهن الانقطاع وسألنكم عن ذلك ، اذ المرأة تكلف بعلمها الاستفتاء غالباً أو تستفتيه ، فحصل لكم شك في كون الانقطاع لكبر أو لعارض فأفتوهن بالاعتداد بالثلاثة عملاً بأصالة ذلك . وعن الثالث : وهو الرواية بالحمل على التقية ، اذ هو مذهب المخالفين .

قوله : وفي حد اليأس روايتان أشهرهما خمسون سنة

(١) الكافي ٩٩/٦ .

(٢) الكافي ٨٥/٦ ، التهذيب ١٣٨/٨ .

ولو كانت لانحيض الا في خمسة أشهر أو ستة اعتدت بالاشهر.
(الرابع) في الحامل: وعدتها في الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق
بلحظة ، ولو لم يكن تاماً مع تحققه حملاً .
ولو طلقها فادعت الحمل تربص بها أقصى الحمل .

هذه رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام^(١) ، والاخرى
رواية^(٢) [بياض في النسخ] .
قوله : وعدتها في الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة ولو لم
يكن تاماً مع تحققه حملاً
هنا فوائد :

(الاولى) كون عدة الطلاق وضع الحمل قل الزمان أو أكثر هو المشهور
بين الاصحاب بل هو المجمع عليه اليوم، ومستند قوله تعالى «وأولات الاحمال
أجلهن أن يضعن حملهن»^(٣) و« ان » مع الفعل في تأويل المصدر، أي وضع
حملهن ، وهو نص في الباب . ومثله رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه
السلام^(٤) .

(الثانية) ذهب الصدوق وابن حمزة الى أن عدة الحامل في الطلاق أقرب

- (١) الكافي ٨٥/٦ .
(٢) والظاهر هي روايته التي رواها في الوسائل ٥٨١/٢ ، ٤٠٩/١٥ ، التهذيب
٤٦٩/٧ : عن عبدالرحمن بن الحجاج قال : سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول : ثلاث
يزوجن علي كل حال التي قد يئست من المحيض ومثلها لانحيض . قلت : ومتى تكون كذلك؟
قال : اذا بلغت ستين سنة فقد يئست من المحيض ومثلها لانحيض . الخ .
(٣) سورة الطلاق : ٤ .
(٤) راجع الوسائل ٤١٧/١٥ ففيه اخبار في الموضوع عن اصحاب الائمة عليهم
السلام الا عن عبدالله بن سنان .

ولو وضعت توأمًا بانث به على تردد ، ولا تنكح حتى تضع
الآخر .
ولو طلقها رجعيًا ثم مات استأنفت عدة الوفاة .
ولو كان بائنًا اقتصررت على اتمام عدة الطلاق .

الاجلين من وضع الحمل وثلاثة الأشهر ، وحكاه ابن ادريس ، وحكاه أيضاً
المرتضى الا أنه أقرب الاجلين من الوضع والاقراء الثلاثة بناء على أن الحامل
ترى الدم .

والقولان محجوجان بالاية، فان المبتدأ والخبر مع كونهما معرفتين يفيدان
الحصر ، مع أنه تعالى بعد ذكر الأشهر ذكر الحامل وان أجلها الوضع ،
والتفصيل يقطع الشركة .

(الثالثة) الحمل الموضوع لا يشترط أن يكون تاماً بالاجماع . نعم عند
المخالفين يشترط مضي ثمانين يوماً من حين الوطىء ، واختاره الشيخ فى
المبسوط ، لعدم النص فيه وتبعه القاضي .

وقال ابن الجنيد أقله ستون يوماً لصيرورته مضغة حينئذ ، وقال ابن حمزة
أربعون ، واختاره العلامة لصيرورته علقه وذلك مبدأ خلقه آدمي .

وهو قوي ، الا أن ما ذكره الشيخ أحوط ، لتحقق صورة الانسان حينئذ ،
والمبدئية غير كافية والا لكفت النطفة لانها مبدأ أيضاً ، لكنها غير كافية اجماعاً ،
وانما الاعتبار بصدق الحمل ، وانما يصدق حقيقة بعد التخلق ، فلذلك قال
المصنف مع تحققه حملاً .

قوله : ولو وضعت توأمًا بانث به على تردد، ولا تنكح حتى تضع
الآخر .

أتأمت المرأة اذا وضعت اثنين في بطن ، فهي منثم . فاذا كان ذلك عادتها
فهي متأمة والولدان توأمان ، يقال هذا توأم . هذا على فوعل ، وهذه توأمة والجمع
توائم مثل قشعم وقشاعم وتوأم أيضاً .

اذا عرفت هذا فلا خلاف أنها لاتنكح حتى تضع الولد الاخير ، ولكن
هل تبين بوضع الاول أم لا ؟ قال الشيخ في النهاية^(١) نعم ، وتبعه القاضي وابن
حمزة ، والمستند رواية عبدالرحمن بن عبدالله البصري عن الصادق عليه السلام
قال: تبين بالاول ولا تحل حتى تضع ما في بطنها^(٢) . وفي طريقها الحسن وجعفر
ابنا سماعة وهما واقفيان .

وقال في الخلاف^(٣) : لاتنقضي عدتها حتى تضع الثاني منهما ، وهو قول
عامة أهل العلم .

وأما ابن الجنيد فقال : تنقضي عدتها بوضع أحدهما وسكت عن جواز
التزويج . والمصنف تردد ، لما تلونا من الخلاف وعدم النص الصريح في ذلك .
والحق ما قاله في الخلاف ، وبه أفتى ابن ادريس^(٤) والعلامة ، لأنها اذا
لم تضع الاخير صدق عليها أنها لم تضع حملها فلا تدخل تحت عموم « وأولات
الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن »^(٥) .
اذا تقرر هذا فهنا فوائد :

- (١) النهاية ٥٣٤ ، قال فيه : وان كانت حاملا باثنين ووضعت واحداً فقد ملكت نفسها
غير انه لايجوز لها أن تعقد على نفسها الابد وضع جميع ما في بطنها .
- (٢) الكافي ٨٢/٦ .
- (٣) الخلاف ٥٣/٣ .
- (٤) السرائر: ٣٣٨ ، القواعد ، الشرط الثاني من الفصل الثالث من المقصد الرابع
في العدد من كتاب الطلاق .
- (٥) سورة الطلاق : ٤ .

(الخامس) فى عدة الوفاة : تعتد الحرة بأربعة أشهر وعشرة أيام اذا كانت حائلاً ، صغيرة كانت أو كبيرة دخل بها أولم يدخل . وبأبعد الاجلين ان كانت حاملاً .

(الاولى) تظهر فائدة الخلاف في وجوب النفقة على الزوج فيما بين الوضعين وفي حصول الرجعة أو الموت قبل الوضع ، فان النفقة لا تجب على قول النهاية ولا تقع الرجعة ولا يحصل التوارث ، وعلى قول الخلاف بالعكس من ذلك .

(الثانية) قيد في الخلاف أن يكون بين الوضعين أقل من ستة أشهر . وهو حسن ، لامكان تجدد الثاني فلا يشمل اسم الحمل الذي وقع فيه الطلاق . (الثالثة) لافرق بين كون الحمل اثنين أو اكثر ، فانها لا تبين ولا تنكح حتى تضع الاخير .

قوله : تعتد الحرة بأربعة اشهر وعشرة ايام اذا كانت حائلاً صغيرة كانت أو كبيرة دخل بها أولم يدخل

هذا مما لاخلاف فيه لنص القرآن على ذلك ، واتفق أصحابنا وكافة الفقهاء الا الاوزاعي على أنها تنقضي عدتها بغروب الشمس من اليوم العاشر ، وقال الاوزاعي بطلوع فجره ، محتجاً بحذف التاء من عشر .

واجيب : بالاجماع على خلافه ، والحذف جرياً على عادتهم من التعبير بالليالي ، لانها غرر الشهور والايام ، ولذلك لا يستعملون التذكير في مثله ، بل يقولون صمت عشرأ مع أن الصوم نهاري .

قوله : وبأبعد الاجلين ان كانت حاملاً

الاجلان هما وضع الحمل أو انقضاء الاربعة الاشهر والعشر ، أيهما تأخر كان هو العدة . وعلى ذلك اجماع أصحابنا ، وهو قول علي عليه السلام

ويلزمها الحداد وهو ترك الزينة دون المطلقة ، ولا حداد على
أمة .
(السادس) في المفقود : لا خيار لزوجته ان عرف خبره أو كان
له ولي ينفق عليها .

وابن عباس . لما قيل له : ما فعلت في قوله : « ولا حداد » فقال :
وقال الفقهاء عدتها بوضع الحمل ، لعموم « وأولات الاحمال أجلهن أن
يضعن حملهن » .
قلنا : يعارض ذلك عموم « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً »^(١) ،
فالحامل كما تدخل في الاولى فهي داخلة في الثانية فلا وجه للجمع الا القول
بأبعد الاجلين . ولانه أحوط .
ولنا ان نقول أيضاً : ان آية الوضع مختصة بالمطلقات لذكرها بعد الطلاق
فلا تشمل عدة الوفاة .
قوله : ويلزمها الحداد ، وهو ترك الزينة دون المطلقة ، ولا حداد
على الامة
هنا فوائد :

(الاولى) قال الجوهري : أحدث المرأة أي امتنعت من الزينة والخضاب
بعد وفاة زوجها ، وكذلك حدث تحدد وتحدد بضم الحاء وكسرها حداداً وهي
حاد . ولم يعرف الاصمعي الا أحدث فهي تحدد .

(الثانية) المراد شرعاً ترك الحلبي [التحلي ن] والتطيب والتزين في البدن
والثياب ، ويرجع في تفصيل ذلك الى العرف ، فيجب ترك الذهب والفضة

(١) سورة البقرة : ٢٣٤ .

واللؤلؤ وسائر أنواع الطيب والخضاب والاسفيداج في الوجه والوسمة
والكحل الاسود والدهن في الرأس مطلقاً والطيب في البدن ولبس المصبغات
الا الاسود والازرق وترك الحرير وفاخر الثياب ، الى غير ذلك .
ولا يحرم التنظيف ودخول الحمام والسواك وتقليم الاظفار وتسريح الشعر
ولا سكنى المواضع الطيبة ولا الجلوس على الفرش النفسية .

(الثالثة) انما يجب الحداد في عدة الوفاة، وعليه اجماع العلماء . وخلاف
الشعبي والحسن البصري لاعتبار به ، لسبق الاجماع عليهما وحصوله بعدهما
ولا يجب في شيء من العدد غيرها .

(الرابعة) لاختلاف في وجوبه على الحرة الكبيرة ، واختلف في الصغيرة :
فمنعه ابن ادريس^(١) لانه تكليف ولا تكليف عليها ، وأوجب الشيخ^(٢) في
المبسوط والاختلاف على الولي تجنيبها ما يجب على الكبيرة مستدلاً بعموم الخبر
وبالاحتياط، وبرواية ام سلمة ان امرأة اتت النبي « ص » فقالت: ان ابنتي توفي
عنها زوجها وقد اشتكت عينها فأكحلها . فقال: لا^(٣) . ولم يستفصل حالها أصغيرة
أم كبيرة ، وترك الاستفصال في البيان يدل على العموم .
وتبعه القاضي ، ولا شك انه أحوط .

(الخامسة) اختلف في وجوبه على الامة ، نفاه الشيخ في النهاية^(٤) وتبعه
القاضي ، وهو مذهب ابن الجنيد ومتقدمي أصحابنا . واختاره المصنف والعلامة^(٥) ،
لاصالة عدم الوجوب ، ولرواية زرارة عن الباقر عليه السلام: ان الحرة والامة

(١) السرائر : ٣٤٠ .

(٢) المبسوط ٢٦٥/٥ ، الخلاف ٥٩/٣ .

(٣) راجع الخلاف ٥٩/٣ ، وفيه « ولم يسأل » بدل « ولم يستفصل » .

(٤) النهاية : ٥٣٧ .

(٥) القواعد ، الفرع الرابع من الفصل الرابع في عدة الرفاة .

ثم ان فقد الامران ورفعت أمرها الى الحاكم أجلها أربع سنين .
فان وجدته والا أمرها بعدة الوفاة ثم أباحها النكاح .
فان جاء في العدة فهو أملك بها .

كلتيهما اذا مات عنهما زوجها في العدة سواء الا أن الحرة تحدد والامة لا
تحدد^(١) .

وأوجه في المبسوط ، واختاره ابن ادريس محتجاً بقوله صلى الله عليه
 وآله وسلم : لاتحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر أن تحدد على ميت فوق ثلاثة
أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشراً^(٢) . وهي رواية ام حبيبة وزينب بنت جحش
 وهو عام .

أجيب بضعف الرواية : أما أولاً فلارسالها ، وأما ثانياً فلكونها ليست من
طريقنا ، وأما ثالثاً فلضعف دلالتها اذ هي مطلقة وروايتنا مفصلة .

قوله : ثم ان فقد الامران ورفعت أمرها الى الحاكم أجلها اربع
سنين ، فان وجدته والا أمرها بعدة الوفاة ثم أباحها النكاح
 هنا فوائد :

(الاولى) المراد بالامرین أن تعرف خبره أو يكون له ولي يتفق عليها .
(الثانية) التأجيل المذكور يتعلق بالحاكم فلا يجوز من غيره ، ومبدؤه
 من حين الرفع اليه لامن وقت انقطاع الخبر .
(الثالثة) الاعتداد لابد فيه من أمر الحاكم ، فلا يكفي اعتدادها بعد المدة
 من دونه .

(١) التهذيب ١٥٣/٨ ، الاستبصار ٣٤٧/٣ ، الكافي ١٧٠/٦ .

(٢) راجع سنن ابن ماجه ١/٦٧٤ .

(الرابعة) هل يجب على الحاكم بعد الاجل الطلاق قبل العدة أم لا يجب؟
قال ابن الجنيد وابن بابويه في المقنع^(١) وابن حمزة نعم استناداً الى رواية عمر
ابن أذينة عن يزيد العجلي عن الصادق عليه السلام^(٢)، ورواية الحلبي أيضاً عنه
عليه السلام^(٣).

ولم يذكره الشيخان والقاضي وابن ادریس ، بل اقتصروا على ضرب
الاجل والامر بالاعتداد ، لرواية محمد بن يعقوب عن سماعة^(٤).
والاقرب الاول ، لما ذكرنا من الرواية الصحيحة ، ولانه احتياط حسن ،
لانه ان كان ميتاً لم يضر الطلاق وان كان حياً تحقق سبب الفرقة ، لان الحاكم
قائم مقامه ، فلا منافاة حينئذ بين الطلاق وعدة الوفاة ، لان الاحتياط يعمل فيه
بالاحتمالات وان كانت مرجوحة لتحصيل يقين البراءة .

(الخامسة) الرفع الى الحاكم والاعتداد ليس واجباً على الفور عقيب
انقطاع الخبر ، بل لو صبرت مدة ثم رفعت أمرها فعل معها ذلك ، وكذا الاعتداد
بعد الرفع والضرب . نعم الترتيب واجب .
(السادسة) ان قلنا ان عدة الوفاة فيها انفاق وجب هنا ، وان لم نقل - وهو
الحق وعليه الفتوى - فلا نفقة لها على الغائب ولا غيره . نعم هل ترجع عليه
بالنفقة لو حضر في العدة ؟ اشكال من كونها عدة بينونة فلا نفقة ومن كونها في
حباله ولا نشوز منها فتجب النفقة . وهو الاولى ، وهل عليها الحداد اشكال من
كونها عدة وفاة فتجب ، ومن أصالة البراءة وعدم يقين الموت الذي هو السبب

(١) المقنع : ١١٩ .

(٢) الفقيه ٣ / ٣٥٤ .

(٣) الكافي ٦ / ١٤٧ .

(٤) الكافي ٦ / ١٤٨ .

وان خرجت وتزوجت فلا سبيل له .
وان خرجت ولم تتزوج فقولان ، أظهرهما : أنه لا سبيل له
عليها .

وانما وجبت احتياطاً . والاجود الاخير .
قوله : وان خرجت ولم تتزوج فقولان اظهرهما انه لا سبيل له عليها
قال الشيخ في الخلاف والنهاية^(١) والقاضي هو أولى بها ، وقال في المبسوط^(٢)
وسلار وابن ادريس لا سبيل له عليها ، لانها بانتهى منه والا لما جاز نكاحها .
والتحقيق هنا أن نقول : ان وجب الطلاق على الحاكم قبل العدة فالحق
الثاني ، وان لم يجب كان الاول أولى . وحينئذ يرد على المصنف أنه لم يشترط
الطلاق ، فلا يكون الاشبه أن الزوج أحق بها ، لبطان ظن موته وعدم وقوع
الطلاق .

لكن الحق ما اختاره المصنف والعلامة^(٣) ، وهو أنه لا سبيل له عليها : اما
على الطلاق فظاهر ، وأما على عدمه فلان حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق .
لا يقال : ان كانت العدة عدة بينونة فلا سبيل له عليها ، وان جاء في العدة
لكن الاجماع على خلافه ، وان لم يكن بطل قولكم انها عدة بينونة ، لانا نختار
أنها عدة بينونة ، ولا ينافي ذلك أحقيته بها في العدة لانقلابها رجعية كما في
العدة المختلعة مع رجوعها في البذل فيها فان له الرجوع ، فكذا هنا .

اذا عرفت هذا فقال العلامة في القواعد والتحرير لو طلقها الغائب أو ظاهر
منها أو آلى وقع الجميع وان كان في العدة ، وكذا لو مات أحدهما فيها تواريخا .

(١) الخلاف ٦١/٣ ، النهاية : ٥٣٨ .
(٢) المبسوط ٥/٢٧٩ .
(٣) القواعد ، الفرع الثاني من الفصل الخامس من المقصد الرابع من كتاب الطلاق .

(السابع) في عدد الاماء والاستبراء :
عدة الامة في الطلاق مع الدخول قرءان ، وهما طهران على
الاشهر .

وهذا يتم اذا قلنا انها عدة رجعية أو لها حكم الرجعية والا فلا يتم .
قوله : السابع في عدة الاماء والاستبراء

يقال استبرأت الجارية واستبرأت ما عندك واستبريت أيضاً ، وكلاهما يحتمل
أن يكون من السبر ، يقال سبرت الجرح أسبره اذا نظرت ما غوره ، وكل امر
رزته فقد سبرته . ويحتمل ان يكون من السبور وهو التجربة والاختبار^(١) .
وشرعاً هو تر بص بسبب ملك حدثاً وزوالاً ، والاصل فيه أن منادي رسول
الله صلى الله عليه وآله وسلم نادى بعد سبى أوطاس : لا توطأ حامل حتى تضع
ولا حائل حتى تحيض^(٢) . ومن ثم كان الاستبراء بالحيض والعدة بالاطهار .

قوله : عدة الامة في الطلاق مع الدخول قرءان ، وهما طهران على
الاشهر

لا حاجة الى قوله « مع الدخول » ، لما تقدم أنه لعدة على من لم يدخل ،
لكنه من طغيان القلم .
والقرء مفتوح القاف ولم نسمع ضمه . ولا خلاف أن عدتها في الطلاق

(١) استبرأ وهو من الاستبراء من البرأ والبراء وهو لغة : طلب البراءة . ومنه استبراء
الرجل الجارية المشتراة أو المسبية ، واستبراء الرحم من الحيض . والاستبراء في الاستنجاء
هو استنقاء المخرج من البول ، ويكون السبر من هذا الباب : الاستسبار ولم اجده من هذا
الباب في اللغة . نعم جاء من الافتعال « الاستبار » وهو الامتحان والاختبار . (٢)
(٢) سنن ابى داود ٢٤٧/٢ و ٢٤٨ .

مع عدم الحمل وعدم الاستبراء قرءان ، وهو منقول عن علي عليه السلام وكفى بذلك حجة. ولم يخالف في ذلك أحد من المسلمين الا داود ، فانه جعل عدتها ثلاثة أقرء ، وهو مسبوق بالاجماع وملحوق به ومحجوج بقول علي عليه السلام ، فان الحق معه يدور حيث ما دار .

نعم اختلف هل هما طهران أو حيضان : فقال ابن الجنييد بالثاني معتمداً على رواية محمد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام قال : طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان^(١). ومثله رواية سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام^(٢) .

والاكثر على الاول ، ولم أقف على رواية تدل على ذلك في الامة ، وحينئذ كان ينبغي للمصنف أن يقول على الاشبه لا الاشهر ، فانه خلاف اصطلاحه .

وقال ابن ابي عقيل : انها طهران وحيضة مستقيمة ، فاذا رأيت الدم في الحيضة الثانية فقد حلت للزواج . فان أراد بالحيضة كمالها فكلا القولين واحد ، لان الحيضة الثانية اذا كان لا بد منها لم يبق فرق بين الطهرين والحيضين على قوله .

نعم تظهر الفائدة بعد اللحظة الاولى من الحيضة الثانية ، فان جعلنا القرأين طهرين فقد انقضت عدتها والا لم تنقض الا عند اللحظة الاولى من الطهر الثالث ، فأقل عدتها على القول بأنهما طهران ثلاثة عشر يوماً ولحظتان ، وعلى القول بأنهما حيضتان ستة عشر يوماً ولحظة سابقة على ذلك ولحظة أخرى هي أول الحيضة الثانية وأول الطهر الثالث . وقد عرفت الخلاف فسي أن اللحظة الاخيرة هل هي من العدة أم لا .

(١) التهذيب ١٣٥/٨ .

(٢) الكافي ١٧٠/٦ ، التهذيب ١٥٣/٨ ، الاستبصار ٣٤٨/٣ .

ولو كانت مسترابة فخمسة وأربعون يوماً ، تحت عبد كانت
أوتحت حر .
ولو اعتقت ثم طلقت لزمها عدة الحرة ، وكذا لو طلقها رجعيًا
ثم اعتقت في العدة ، أكملت عدة الحرة .
ولو طلقها بائناً أتمت عدة الامة .
وعدة الذمية كالحررة في الطلاق والوفاة على الاشبه .

قوله : ولو كانت مسترابة فخمسة واربعون يوماً
هذا هو المشهور ، وعليه دلت رواية محمد بن الفضيل المتقدمة (١) .
وقال ابن الجنييد : لو اعتسدت شهرين كان عندي أحوط ، فان استرابت
بالحمل انتظرت ثلاثة أشهر .
قال العلامة : الوجه أنها مع الريبة تنتظر تسعة أشهر كالحررة لتساويهما في
زمان الحمل ، وقد تقدم أنه لا حاجة الى هذه التسع ، لان العلم بالحمل وعدمه
لا يتوقف على مضي أقصى غايته .
ولو قلنا بذلك في الحررة فلا تحمل الامة عليها ، بل يكفي بثلاثة أشهر ،
لانه بمضي ذلك تعلم الحمل ، فعدتها بوضعه او عدمه فعدتها بالاشهر .

قوله : وعدة الذمية كالحررة في الطلاق والوفاة على الاشبه
هذا هو المشهور والاشبه بأصول المذهب ، لدلالة العمومات القرآنية عليه
من غير مخصص . وعلى ذلك دلت رواية ابن محبوب عن يعقوب السراج عن
الصادق عليه السلام (٢) . ووردت رواية أنها عدتها كالامة ، وهي متروكة .

(١) قد مرت آنفاً .
٨١٥٧١ بيلغيتا (١)

(٢) التهذيب ١٥٨/٨ ، الكافي ١٧٥/٦ .
٨١٥٧١ بيلغيتا ، ٣١٠٧١ بيلغيتا (٢)

وتعتد الامة من الوفاة بشهرين وخمسة ايام .
ولو كانت حاملا اعتدت مع ذلك بالوضع .
وأما الولد تعتد من وفاة الزوج كالحرة .
ولو طلقها الزوج رجعية ثم مات وهي في العدة استأنفت عدة
الحرة .

ولو لم تكن أم ولد استأنفت عدة الامة للوفاة .

قوله : وتعتد الامة في الوفاة بشهرين وخمسة ايام
هذا قول الشيخين^(١) والتقي والقاضي وسلاار وابن ابي عقيل وابن الجنيدي ،
واختاره المصنف والعلامة^(٢) . والمستند رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه
السلام^(٣) ، ورواية الحلبي عن الصادق عليه السلام^(٤) .
وقال الصدوق^(٥) وابن ادريس^(٦) كالحرة ، مستدلين بعموم الكتاب ورواية
زرارة عن الباقر عليه السلام^(٧) . وقد تقدمت .
والجواب : الخاص مقدم كما تقرر في الاصول ، ويمكن حمل الرواية
على أم الولد كما يجيء .

قوله : وام الولد تعتد من وفاة الزوج كالحرة

- (١) النهاية : ٥٣٦ ، المقنعة : ٨٤ .
- (٢) القواعد ، الفصل السادس من المقصد الرابع من كتاب الطلاق .
- (٣) راجع الوسائل ٤٧٣/١٥ .
- (٤) المقنعة : ١٢١ ، قال فيه : وعدة الامة اذا توفي عنها زوجها اربعة اشهر وعشرأ
وروى شهران وخمسة ايام .
- (٥) السرائر : ٣٣٩ .
- (٦) الكافي ١٧٠/٦ ، التهذيب ١٥٣/٨ ، الاستبصار ٣٤٧/٣ .

ولومات زوج الامة ثم اعتقت أتمت عدة الحرة ، تغليباً لجانب الحرية.

ولو وطىء المولى أمته ثم أعتقها اعتدت بثلاثة أقرء .
ولو كانت زوجة الحرامة فابتاعها بطل نكاحه ، ولله وطؤها من غير استبراء .

هنا مسألان :

(الاولى) لو زوج المولى أم ولده ثم مات زوجها فعسدتها من موته أربعة أشهر وعشر . قاله الاكثر ، والمستند رواية وهب بن عبد ربه عن الصادق عليه السلام^(١) . وقيل بل عدتها على النصف كما تقدم لكونها أمة ، وفتوى الشهيد^(٢) على الاول .

(الثانية) لو لم يزوجها ومات هو عنها . قال التقي عدتها كالزوجة الحرة ، وهو ظاهر كلام ابن حمزة ، واختاره الشهيد ، والمستند رواية سليمان بن خالد صحيحاً عن الصادق عليه السلام الى أن قال : ان علياً عليه السلام قال في أمهات الاولاد : ولا تزوجهن حتى يعتدن أربعة أشهر وعشراً وهن اماء^(٣) .

ومنع ذلك ابن ادريس تمسكاً بالبراءة وعدم الدليل . قال العلامة في المختلف : لا بأس بقوله ، وحمل الرواية على ما اذا أعتقها السيد . والفتوى على قول التقي ، لانه أحوط للبراءة .

قوله : ولو وطىء المولى أمته ثم أعتقها اعتدت بثلاثة أقرء

(١) الكافي ١٧٢/٦ ، التهذيب ١٥٣/٨ ، الاستبصار ٣٤٨/٣ .

(٢) راجع شرح اللمعة ١٣١/٢ .

(٣) الكافي ١٧٠/٦ ، التهذيب ١٥٣/٨ .

(تتمة)

لا يجوز لمن طلق رجعيّاً أن يخرج الزوجة من بيته الا أن تأتي
بفاحشة ، وهو ما يجب به الحد .
وقيل أدناه أن تؤذى أهله .

كذا قال الشيخ ^(١) الا أنه قال «أو ثلاثة أشهر»، يريد أنه لو لم تكن مستقيمة
الحيض اعتدت بالاشهر ، وهو مفهوم من كلام ابن حمزة أيضاً .

وقال ابن ادريس : لعدة هنا لانه لاطلاق في البين، والدليل الشرعي انما
دل على العدة في الطلاق ، فاثبات الحكم المذكور يفترق الى دليل ولا دليل .
اللهم الا أن يكون ثم اجماع فيكون هو الحجة .

والشيخ رحمه الله احتج برواية الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: قلت
له : الرجل تحته السرية فيعتقها . فقال : لا يصلح لها أن تنكح حتى تنقضي
عدتها ثلاثة أشهر ، وان توفي عنها مولاها فعدتها أربعة أشهر وعشر ^(٢) .

ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام : الأمة اذاغشيها سيدها ثم أعتقها فان
عدتها ثلاث حيض ، وان مات عنها فأربعة أشهر وعشر ^(٣) .

قوله : لايجوز لمن طلق رجعيّاً ان يخرج الزوجة من بيته الا ان
تأتي بفاحشة ، وهو ما يجب به الحد ، وقيل ادناه ان تؤذى أهله

(١) النهاية : ٥٣٦ .

(٢) الكافي ١٧١/٦ ، التهذيب ١٥٦/٨ ، الاستبصار ٣٤٩/٣ .

(٣) التهذيب ١٥٥/٨ ، الكافي ١٧١/٦ ، الاستبصار ٣٤٩/٣ .

ولا تخرج هي فان اضطرت خرجت بعد انتصاف الليل وعادت

قبل الفجر .

هنا فوائد :

(الاولى) لا يجوز للمطلق رجعيأ اخراج المطلقة من البيت الذي طلقت فيه ، وكذا لا يجوز لها هي أيضاً الخروج . ودليل الحكم في الموضوعين قوله تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة »^١ ، والاضافة في البيوت للملابسة والاختصاص نحو « جل الفرس » .

(الثانية) دل الاستثناء المذكور على اباحة الاخراج والخروج مع الفاحشة ، وهي لغة ما يستنكر قولاً كان أو فعلاً ، وشرعاً فيه قولان :

أحدهما : انها الزنا أو ما يجب به الحد ، فتخرج لاقامته قاله الشيخان^٢ والقاضي وابن الجنيد . ولم أقف له على مستند على الخصوص .

وثانيهما : أن تؤذيه أو تؤذي أهله ، وجعله في النهاية^٢ رواية . وهو قول ابن مسعود والحسن وأحد قولي ابن عباس ، والآخر أنه كل معصية . والمنقول عن أئمتنا عليهم السلام أنه اذى لاهل الرجل وسوء خلقها . وروى الشيخ في الخلاف أن النبي « ص » أخرج فاطمة بنت قيس لما بدت على بيت احمائها وشمتمهم^٣ .

وقال التقي : أيهما وقع منها جاز اخراجها . وهو المختار ، لما قلنا من معناها لغة ولقول ابن عباس الثاني . ولا ينافيه قول الصادقين عليهم السلام ، لان

(١) سورة الطلاق : ١ .

(٢) المقننة : ٨٣ ، النهاية : ٥٣٤ .

(٣) الخلاف ٥٨/٣ .

ولا يلزم ذلك في البائن ولا المتوفى عنها زوجها ، بل تبیت
كل واحد منهما حيث شاءت .

وتعتد المطلقة من حين الطلاق حاضراً كان المطلق أو غائباً

ما ذكره أيضاً فاحشة ولا دليل على الحصر .

(الثالثة) اذا فعلت الفاحشة فأخرجت فان كان للاذى فلا يجب عليه ردها
اجماعاً ، وان كان لاقامة الحد فأقيم هل يجب الرد؟ قال التقي وابن حمزة وابن
زهرة نعم ، لقيام الدليل على وجوب السكنى مدة العدة خرج من ذلك زمان
الاقامة فيبقى الباقي على وجوبه . وقال ابن ادریس لا يجب ، لان الوجوب
يفتقر الى دليل ولم يوجد . ولم يتعرض الشيخان لردها ، والاولى ما قاله التقي ،
ومع الرجوع يجب الانفاق عليها .

(الرابعة) لو تابت من الاذى هل يجب ردها ؟ الحق عدمه ، لعدم الوثوق
ببقاء التوبة ، لانهن ناقصات عقل ودين وحظ . نعم يجوز الرد ، فان استمرت
والا أخرجت .

(الخامسة) لو اضطرت الى الخروج لاقامة واجب اول دفع ضرر أو لحصول
أذى في البيت أو هدم أو غير ذلك من الضروريات جاز ، والحكم تابع للعلة
وجوداً وعدمياً .

قوله : ولا يلزم ذلك في البائن ولا المتوفى عنها زوجها بل تبیت
كل منهما حيث شاءت

هذا مما لم نسمع فيه خلافاً ، الا أن التقي قال : البائن لا تبیت خـارجة
عن دار سكنائها . ولا أدري من أين أخذه .

قوله : وتعتد المطلقة من حين الطلاق حاضراً كان المطلق أو غائباً

إذا عرفت الوقت .

وفي الوفاة من حين يبلغها الخبر .

إذا عرفت الوقت، وفي الوفاة حين يبلغها الخبر

هذا مذهب الشيخين^(١) والقاضي وسار وابن حمزة ، لروايات كثيرة ،
كرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام^(٢) صحيحاً ، ورواية البيزنطي عن
الصادق عليه السلام^(٣) حسناً ، ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام صحيحاً^(٤)
وغير ذلك .

ووجه الفرق بين الحكمين وجوب الحداد على المتوفى عنها دون
المطلقة .

وقال التقي : كلاهما تعتدان من حين بلوغ الخبر ، لان العدة عبادة تحتاج

الى النية .

وقال ابن الجنيد : ان كانتا عالمتين بوقت الموت والطلاق فمن ذلك
الوقت والافحين بلوغهما الخبر ، فان كان قد خرج وقت العدة عنها فلا عدة
عليها ان كان يمكن علمها بذلك قبل علمها ، وان كانت المسافة لا يحتمل
ذلك فمن يوم بلوغهما الخبر . ومستنده أيضاً روايات . والفتوى والمشهور
ما قاله المصنف .

نعم يفهم من كلام المصنف أنه اذا لم تعلما الوقت تكون عدتهما من حين
بلوغ الخبر ، فيكون ذلك اختياراً لقول ابن الجنيد . وهو غير بعيد .

ثم ان بلوغ الخبر في الوفاة لا يشترط فيه قيام البينة العادلة حتى تجب عليها

(١) النهاية : ٥٣٧ ، المقنعة : ٨٤ .

(٢) الكافي ١١٠/٦ ، ١١١ ، وراجع الوسائل ٤٤٣/١٥ - ٤٤٥ : ٤٤٥ .

كتاب الخلع والمباراة

والكلام في العقد والشرائط واللواحق .

وصيغة الخلع أن يقول: خلعتك أو فلانة مختلعة علي كذا .

العدة ، بل يكفي اخبار الواحد ، لان التكليف يكفي فيه الظن . نعم لا يجوز نكاحها الامع الثبوت الشرعى .

قوله : كتاب الخلع (١) والمباراة

يقال لهذا الايقاع افتداء^(٢) وخلع: أما الاول فلقوله تعالى « فلاجناح عليهما فيما افتدت به »^(٣)، كأنها لمكان كراهتها له مأسورة فافتدت منه بشيء . وأما الثاني فلان الخلع بفتح الخاء النزاع، أعني خلع الثوب، ولما عبر سبحانه عن الزوجين باللباس في قوله « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » فكأنهما مع هذا الفراق

(١) قال في الجواهر ٢/٣٣ : بضم الخاء، من الخلع بفتحها الذي هو بمعنى النزاع لغة . وشرعاً ازالة قيد النكاح بفدية من الزوجة وكراهة منها له خاصة دون العكس، وكأنه لان كلا منهما لباس الاخر كما قال سبحانه « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » البقرة ١٨٧ فخلعه اياها نزع منه لها ، والمخالعة بينهما تكون بذلك منه وبفدائها نفسها وكراهتها له .
(٢) قال في ايضاح الفوائد ٣/٣٧٥ ويسمى الخلع افتداء لان المرأة تقتدى نفسها من زوجها ببذله، والاصل فيه قوله تعالى « فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلاجناح عليهما فيما افتدت به » البقرة ٢٢٩ .

وهل يقع بمجرده؟ قال « علم الهدى » نعم. وقال « الشيخ »:
لاحتى تتبع بالطلاق .

ينزع كل منهما صاحبه. والخلع بالضم اسم لهذا الخلع .
وعرفه العلامة في القواعد^(١) بأنه ازالة قيد النكاح بفدية ، أي فدية لازمة
لما هيته لثلايرد عليه الطلاق بعوض .
وأول خلع وقع في الاسلام خلع ثابت بن قيس زوجته جيبة بنت سهل
على حديقة كان أصدقها اياها وكان ذلك بحضرة النبي صلى الله عليه وآله وسلم
فقال « ص » : هي واحدة^(٢) .
وهنا فائدة ، قال ابن الجنيدي: يشترط في وقوعه حضور الحاكم الشرعي
لقوله تعالى « فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما »^(٣) الآية . الخطاب
للكام [للحكام ن] ، ولرواية زرارة عن الباقر عليه السلام : لا يكون ذلك
الاعند سلطان^(٤) .

وباقى الاصحاب لم يشترطوا ذلك، للاصل والاية خرجت مخرج الغالب
فان الغالب تولي الحكم ذلك . والرواية متروكة الظاهر، لانعقاد الاجماع بعد
ابن الجنيدي على عدم الاشتراط .

قوله : وهل يقع بمجرده ، قال علم الهدى نعم ، وقال الشيخ لاحتى
يتبع بالطلاق

مع حصول البذل من الزوجة أو وكيلها ليخلعها يقول الزوج أو وكيله فوراً

- (١) القواعد ، الباب الثاني من كتاب الطلاق في الخلع .
- (٢) سنن ابي داود ٢/٢٦٨ ، وليس فيه قوله صلى الله عليه وآله وسلم: هي واحدة.
- (٣) سورة البقرة: ٢٢٩ .
- (٤) التهذيب ٨/٩٨ ، الاستبصار ٣/٣١٨ .

« فلانة أزوجتي على ما بذلت مختلعة » . وهل يكفي هذا أو لا بد من اتباعه بالطلاق فيقول « فهي طالق » ؟ قال المرتضى وابن الجنيد وابن ابي عقيل وابن بابويه وسائر وابن حمزة بالاول ، لوجوه : الاول ما تقدم من قول النبي صلى الله عليه وآله في خلع ثابت بن قيس : هي واحدة . الثاني رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه قال : خلعها طلاقها . الثالث رواية زرارة ومحمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : الخلع تطليقة بائنة .

وقال الشيخ^(١) بالثاني ، قال : وهو مذهب جعفر والحسن ابنا سماعة وعلي ابن رباط وابن حذيفة من المتقدمين وعلي بن الحسين من المتأخرين . وتبعه القاضي ، وهو ظاهر كلام التقي وابن ادريس لوجهين : الاول ما رواه موسى بن بكر عن الكاظم عليه السلام قال : المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في عدتها^(٢) . الثاني ان الخلع قابل للشرط مثل قوله « ان رجعت فيما بذلت فأنا أملك بنفسك » وكلما كان قابلاً للشرط لاتقع به البيونة كالطلاق .

وأجابوا عن الروايات المذكورة بحملها على التقية ، لانه مذهب العامة ، لما رواه عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام قال : ما سمعت مني يشبه قول الناس فيه التقية ، وما سمعت مني لا يشبه قول الناس فلاتقية فيه^(٣) . والقول بأنه لا يشترط اتباعه بالطلاق يشبه قول الناس فيكون تقية .

أجاب الاولون عن الاولى : بأن موسى بن بكر واقفي ، وفي طريقها ابن فضال وهو واقفي أيضاً . ولو سلمت فتحمل على جواز ايقاع الطلاق بعد المراجعة وبعد الخلع من الثلاث ، فيكون عليهم لالهم .

(١) النهاية ٥٢٨ ، قال فيه : الخلع والمباراة مما يؤثران في كيفية الطلاق ، وهو أن كل واحد منهما متى حصل مع الطلاق كانت التطليقة بائنة .

(٢) التهذيب ٩٧/٨ ، الاستبصار ٣١٧/٣ .

(٣) التهذيب ٩٨/٨ ، الاستبصار ٣١٨/٣ .

ولو تجرد كان طلاقاً عند «المرتضى» ، وفسخاً عند «الشيخ»
لوقال بوقوعه مجرداً .
وما صح أن يكون مهراً ، صح فدية فسي الخلع ، ولا تقدير
فيه ، بل يجوز أن يأخذ منها زائداً عما وصل اليها منه .
ولا بد من تعيين الفدية وصفاً أو إشارة .
أما الشرائط : فيعتبر فسي الخالع البلوغ ، وكمال العقل ،
والاختيار ، والقصد .

وعن الثانية: بالمنع من كون ما ذكره شرطاً مانعاً ، لانه مقتضى الخلع ،
ومقتضى الشيء لا ينافيه . سلمنا لكن نمنع من كونه كالطلاق بعد المراجعة في
عدم البينونة ، اذ هو عين النزاع .
وعن الثالثة - وهو الحمل على التقية - بالمنع ، لعدم التعارض ، لما
عرفت من ضعف المتمسك لما عرفت ، وليس في رواية زرارة دلالة على أن
جميع ما يسمع منه مشابهاً لقولهم تقية . وهو ظاهر ، لقوله « فيه التقية » والالزم
مخالفتة للعامة في كل الاحكام ، وليس كذلك .
قوله : ولو تجرد كان طلاقاً عند المرتضى وفسخاً عند الشيخ لوقال
بوقوعه مجرداً

هذا تفريع على الخلاف المذكور ، وتقديره : انه لو وقع به البينونة مع
تجرده عن الطلاق هل يكون فسخاً أو طلاقاً؟ قال الشيخ^(١) بالاول تفريعاً على

(١) المبسوط ٣٤٤/٤ ، الخلاف ٤٢٨/٢ . المحقق ١١٨٨ : ١١٨٨ (٦)

وفي المختلعة مع الدخول ، الظهر الذي لم يجامعها فيه ، اذا كان زوجها حاضراً ، وكان مثلها تحيض . وأن يكون الكراهية منها خاصة صريحاً .

ولا يجب لو قالت : لادخلن عليك من تكره بل يستحب .

ويصح خلع الحامل مع الدم لوقيل انها تحيض .

ويعتبر في العقد حضور الشاهدين عدلين وتجريده عن الشرط .

ولابأس بشرط يقتضيه العقد ، كما لو شرط الرجوع ان رجعت .

وأما اللواحق فمسائل :

(الاولى) لو خالعهما والاخلاق ملتزمة لم يصح ولم يملك الفدية .

القول بوقوعه ، محتجاً بأنه فرقة عريت عن صريح الطلاق فكان فسحاً كسائر

الفسوخ . وقال المرتضى بالثاني . وهو الحق ، لما تقدم من الوجوه .

ويجاب عن حجة الشيخ بأنه فسح خاص فلا استبعاد في مساواته الطلاق ،

وخصوصاً مع اشتراطه بشروط الطلاق . نعم الاولى اتباعه بالطلاق ، لفتوى

الاصحاب وعملهم به .

قوله : ولا يجب لو قالت لادخلن عليك من تكره بل يستحب

قد عرفت أن الطلاق في الاصل مباح ، بمعنى رفع الحرج في فعله ، وقد

يخرج الى حد الوجوب أو الاستحباب ، فهل الخلع كذلك .

قال الشيخ^(١) والنفقي والقاضي وابن زهرة نعم قديجب ، كما اذا قالت «لادخلن

عليك من تكره» أو «لاوطين فراشك من لاتحب» أو «لاأطيع لك أمراً» ،

(١) النهاية : ٥٢٩ .

(الثانية) لارجعة للمخالع . نعم لورجعت في البذل رجوع ان شاء .
ويشترط رجوعها في العدة ، ثم لارجوع بعدها .
(الثالثة) لو أراد مراجعتها ولم ترجع في البذل افتقر الى عقد
جديد في العدة أو بعدها .

لان ذلك منكر لا يمكن دفعه الا بالخلع فيجب .
وقال باقي الاصحاب لا يجب بل يستحب ، لاصالة عدم الوجوب . ومنع
عدم امكان الدفع الابيه ، لان له تأديبها وزجرها .
لكن الاولى أنه يستحب حينئذ مؤكداً ، لان الغيرة والحشمة تمنعان من
المقام معها على ذلك التقدير .

قوله: لارجعة للمخالع . نعم لورجعت في البذل رجوع ان شاء ويشترط
رجوعها في العدة ثم لارجوع بعدها

بذل الزوجة ليس بلازم بل لها الرجوع فيه اتفاقاً مع بقاء العدة واشترط
ذلك في الايقاع : اما مع الاطلاق فقال ابن حمزة ليس لها ذلك الامع رضا
الزوج وبقاء العدة ، فلولم تكن ثم عدة أو كان وخرجت أو بقيت ولم يرض
الزوج الرجوع فلا رجوع .

والمشهور ما قاله الشيخ واكثر اتباعه أن لها الرجوع في العدة رضي الزوج
أولاً . واحتج بعض الفضلاء بقول ابن حمزة بأنه عقد معاوضة فلا يصح رجوع
أحدهما الا برضا الاخر كالأقالة في البيع وشبهه ، ولانه لولا اعتبار رضاه لزم
اضراره ، بأن ترجع في العدة ولما يعلم حتى تخرج العدة فيفوت محل رجوعه
ولا ضرار في الاسلام .

وأجيب عن الاول : بالمنع من كونه عقد معاوضة ، والسند الاجماع على

(الرابعة) لاتوارث بين المختلفين ولومات أحدهما في العدة
لانقطاع العصمة بينهما .
والمباراة : هو أن يقول : بارأئك على كذا .

وهي تترتب على كراهية الزوجين كل منهما صاحبه .
ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الاكثر .
والشرائط المعتبرة في المخالع والمختلعة مشترطة هنا .
ولارجوع للزوج الا أن ترجع هي في البذل .

جواز الوقوع خالياً عن العوض فيما اذا رضي الزوج ، ولانه لو كان معاوضة
لاعتبر أن يقول « رجعت في كذا بكذا » كسائر المعاوضات ، وليس كذلك
اجماعاً . قاله الشهيد .

وعن الثاني : بالمنع من لزوم الاضرار ، لان ذلك باختياره حيث دخل
على جواز رجوعها . وأيضاً له طريق الى نفيه بالرجوع في الوقت المحتمل
والاشهاد بذلك .

قوله : ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الاكثر

قال الشيخ^(١) في سائر كتبه ان ذلك اجماع من أصحابنا ، وكذا المصنف
نفسه قال في الشرائع^(٢) انه اتفاق منا . وقوله هنا يؤذن بوجود قائل بخلاف
ذلك وليس .

نعم ورد حديثان يدلان على عدم الاشتراط : أحدهما عن حمران عن

(١) المبسوط ٣٧٣/٤ ، قال فيه : فرق اصحابنا بين الخلع والمباراة فلم يختلفوا في
ان المباراة لا يقع الا بلفظ الطلاق .

(٢) الشرائع ٢٠٧/٢ .

وإذا خرجت من العدة فلا رجوع لها.^(١) وإذا خرجت من العدة فلا رجوع لها.^(١)
ويجوز أن تفاديهما بقدر ما وصل اليها منه فما دون ، ولا يحل
له ما زاد عنه .

الباقر عليه السلام^(١)، وثانيهما عن جميل عن الصادق عليه السلام^(١) . حملهما
الشيخ على التقية .

قال بعض الفقهاء من تلامذته: لوقال « على الاشهر » لكن أنسب بقاعدته.
وهو حسن ، لانه أشهر في الروايات .

قوله : ويجوز أن يفاديهما بقدر ما وصل اليها منه فما دون ، ولا يحل

له ما زاد عنه

لاخلاف في جواز الاقل وعدم جواز الاكثر ، واختلف في المساوي ،
فجوزه المفيد^(٢) وسلار وابن ادريس^(٣) ومنعه ابن بابويه في الرسالة وابنه في
المقنع^(٤) والشيخ في النهاية^(٥) وابن ابي عقيل . ومستندهم رواية زرارة مرسل^(٦)
عدم جوازه مع قصور الدلالة .

والحق الاول، لعموم قوله «فلا جناح عليهما فيما افتدت به»^(٧) ورواية ابي
بصير عن الصادق عليه السلام^(٨) . وأيضاً الاصل الجواز ، وانما منسح الزائد
لاشتراكهما في الكراهية .

(١) التهذيب ١٠٢/٨ ، الاستبصار ٣١٩/٣ .

(٢) المقنعة : ٨٣ .

(٣) السرائر : ٣٣٦ .

(٤) المقنعة : ١١٧ .

(٥) النهاية : ٥٣٠ .

(٦) التهذيب ١٠١/٨ .

(٧) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٨) التهذيب ١٠٠/٨ .

كتاب الظهار

يقال ظاهر من امرأته وتظهر من امرأته وظهر منها تظهيراً ، كله بمعنى .
والاسم الظهار . واشتقاقه من الظهر^(١) ، لانه قول الرجل لامرأته « أنت علي
كظهر أمي » .

وشرعاً تشبيه الزوج المكلف منكوحته ولو مطلقة رجعية في العدة . وقيل
تشبيهه من ملك نكاحها بعقد دائم بظهر محرمة عليه تأبيداً بنسب أو رضاع
أو مصاهرة .

وكان طلاقاً في الجاهلية وجاء الاسلام بتحريمه ، لقوله تعالى « وانهم
ليقولون منكراً من القول وزوراً »^(٢) ويقع مغفوراً مسع الكفارة ، وله أحكام

(١) وانما خصوا الظهر دون البطن والفخذ والفرج - وهذه اولى بالتحريم - لان
الظهر موضع الركوب والمرأة مركوبة اذا غشيت ، فكأنه اذا قال « انت علي كظهر أمي »
اراد ركوبك للنكاح على حرام ركوب امي للنكاح ، فأقام الظهر مقام الركوب ، لانه مركوب
واقام الركوب مقام النكاح لان النكاح ركب . وهذا من لطيف الاستعارات للكناية .
وقد كانت العرب تطلق نساءها في الجاهلية بهذه الكلمة ، وكان الظهار في الجاهلية
طلاقاً فلما جاء الاسلام نهوا عنه وأوجب الكفارة على من ظاهر من امرأته .

(٢) سورة المجادلة : ٢ .

وينعقد بقوله : أنت على كظهر أمي ، وان اختلفت حروف
الصلة .

وكذا يقع لوشبهها بظهر ذوى رحم نسباً ، ورضاعاً .
ولو قال كشعر أمي أويدها لم يقع ، وقيل : يقع . برواية فيها
ضعف .

وشرائط يأتي ذكرهما مفصلاً .

قوله: وينعقد بقوله «أنت على كظهر أمي» وان اختلفت حروف الصلة
وكذا يقع لوشبهها بظهر ذى رحم نسباً اورضاعاً ، ولو قال كشعر أمي أويدها
لم يقع ، وقيل يقع لرواية فيها ضعف
تفصيل هذه الجملة وشرحها يتم بفوائد :

(الاولى) لابد هنا من مشبه ومشبه به: أما الاول فهو الزوجة أو المملوكة على
قول وسيجيء، وأما المشبه به فهو المذكور بعد الكاف ، فقد يكون مضافاً الى
الجملة المحرمة وسيجيء أيضاً، وقد يكون مفرداً كقوله كأمي أو أختي، فان قصد
الكرامة أو التعظيم أو كبر المنزلة أو غير ذلك من صفات لا يفيد معنى المقصود
بالحرمة لم يكن شيئاً ، وان قصد المعنى المقصود :

فقال الشيخ في المبسوط^(١) يقع مع نيته، محتجاً بأن التشبيه بالشعر والبطن
وغيرهما واقع ، لرواية سدير عن الصادق عليه السلام^(٢) ، فالتشبه بالجملة واقع
للتشبيه بالادنى على الاعلى .

وفيه نظر ، لضعف الرواية ، اذ في طريقها سهل بن زياد وغيث بن ابراهيم

(١) المبسوط ١٤٩/٥ .

(٢) التهذيب ١٠/٨ .

وهما ضعيفان . هذا مع منع الاولوية ، لان الاسباب الشرعية انما تستفاد من
الشارع .

وقال ابن الجنيد لا يقع ، وهو اختيار العلامة^(١) وعليه الفتوى ، لاشتقاقه من
« الظهر » كما قلناه ، وصدق المشتق يستلزم اعتبار المشتق منه . ولان الصورة
الواقعة في زمانه صلى الله عليه وآله وسلم التي هي سبب النزول وقعت كذلك ،
ولرواية زرارة عن الصادق عليه السلام وقد سئل عن كيفيته فقال : يقول الرجل
لامراته وهي طاهر في غير جماع « أنت علي حرام مثل ظهر أُمي »^(٢) .

(الثانية) المذكور مضافاً ، ولاخلاف في لفظ الظهر ، واختلف في
غيره كقوله كشعر أُمي أويدها . قال الشيخ^(٣) والصدوق في المقنع^(٤) يقع للرواية
المذكورة ، وقد عرفت ضعفها . وقال المفيد والمرضى وابن الجنيد وابن ابي
عقيل والتقي وسلاح وابن زهرة بالعدم . وهو الحق ، وقد تقدم الحجة .

(الثالثة) المضاف اليه ، ولاخلاف في الام لنص القرآن عليه ، واختلف في
غيرها ، فقال الاكثر بوقوعه بالمحرمات المؤبدة للاشتراك في المعنى المقصود ،
ولرواية زرارة عن الباقر عليه السلام^(٥) وجميل بن دراج عن الصادق عليه السلام^(٦) .
وقصر ابن ادريس^(٧) الحكم على الام وقال : انه قول الاكثر . وليس بشيء .

(١) القواعد ، الباب الثالث في المباراة من كتاب الفراق .

(٢) ٦١٣١

(٣) التهذيب ٩/٨ .

(٤) ٨٦٠٦

(٥) الخلاف ١٣/٣ .

(٦) ٢ : ٢٤٤٤

(٧) ٥١٦٦٥

(٨) لم اجده في النكاح وبحث الظهار من كتاب المقنع .

(٩) ٥١٠٥١

(١٠) قدمت آنفاً .

(١١) ٥١٦٣١

(١٢) التهذيب ٩/٨ ، الفقيه ٣/٣٤٣ .

(١٣) ٥١٦٣١

(١٤) السرائر : ٣٣٣ .

نعم قال الشيخ فسي الخلاف^(١) فيه روايتان ، يشير الى رواية سيف التمار عن الصادق عليه السلام : انما ذكر الله الامهات^(٢) .

واحتج الشيخ على وقوعه بغير الام بقوله تعالى « وانهم ليقولون منكراً من القول وزوراً »^(٣) والمنكر موجود في غير الام . والفتوى على الاول .
(الرابعة) المحرمات المؤبدة اما بالنسب فلا كلام في تعلق الحكم بهن ، واما بالرضاع فالأكثر أيضاً على ذلك . قال الشيخ في المبسوط^(٤) : وهو الذي يقتضيه مذهبنا ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

وبه قال ابن الجنيد ، وتبعه القاضي في المهذب ، وكذا منع المحرمات بالمصاهرة . والشيخ في المبسوط^(٥) ألحقهن بالنسب . وهو المختار ، للاشتراك في العلة : أما المحرمات لاعلى التأييد كأخت الزوجة وابنة أختها وأختها المطلقة ثلاثاً فقال في المبسوط^(٦) لاخلاف في عدم وقوع الظهار بذلك .

(الخامسة) قال الشيخ في المبسوط^(٧) لو شبه عضواً من أعضاء زوجته بعضو من أعضاء أمه كقوله « رجلك علي كرجل أُمي » أو « بطنك » أو « فرجك » وما أشبهه ونوى به الظهار كان مظاهراً .

وقال ابن الجنيد لا يكون مظاهراً . وهو المختار ، لان بعض محل الحكم

(١) الخلاف ١٤/٣ .

(٢) التهذيب ١٠/٨ .

(٣) سورة المجادلة : ٢ .

(٤) المبسوط ١٤٩/٥ .

(٥) المبسوط ١٥٠/٥ .

(٦) المبسوط ١٤٩/٥ .

(٧) المبسوط ١٤٩/٥ .

وفى صحته مع الشرط روايتان ، أشهرهما : الصحة .

لايستلزم أن يكون محلاله ، كما لو طلق عضواً من أعضائها ، فيحكم ببقاء حكم التحليل تمسكاً بأصالة الحل عن المعارضة .

(السادسة) لم يقل أحد من أصحابنا أنه لو شبهها بجزء غير الظهر من المحرمات جاز ، الابن الجنيد فانه قال: ان قال « أنت علي كفرج أختي » لزمه الظهار ، وكذا ان ذكر جزء آخر ان قصد به التحريم للوطى .

وقول المصنف « وان اختلفت حروف الصلة » يريد به في قوله « أنت علي أو مني أو عندي أو معي » الى غير ذلك .

قوله : وفى صحته مع الشرط روايتان أشهرهما الصحة

رواية الوقوع عن حريز صحيحاً عن الصادق عليه السلام^(١) ، ومثلها رواية عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام^(٢) . وعمل بها الشيخ^(٣) في النهاية و المبسوط والخلاف وابن بابويه^(٤) وابن حمزة . واختاره المصنف ، لعموم الآية ، فانه كما يتناول المطلق يتناول المشروط . ورواية العدم عن القاسم بن محمد الزيات عن الصادق عليه السلام^(٥) ، ومثلها رواية ابن بكير عن الكاظم عليه السلام^(٦) . وعمل بمضمونها المرتضى في الانتصار والقاضي في كتابيه والتقي وسنار وابن زهرة ، وحكاه ابن ادريس^(٧) عن المفيد واختاره .

وهو قوي ، لما تقدم في الطلاق أنه لا يقع مع الشرط ، والروايتان وان

(١) التهذيب ١٢/٨ .

(٢) النهاية: ٥٢٥ ، المبسوط ١٥٠/٥ ، ١٥٢ ، الخلاف ١٦/٣ .

(٤) المقنع : ١١٨ .

(٦) التهذيب ١٣/٨ .

(٧) السرائر : ٣٣٣ .

ولا يقع في يمين ولا اضرار ولا غضب ولا سكر .

ويعتبر في المظاهر البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار والقصد ،

وفي المظاهرة طهر لم يجامعها فيه ، اذا كان زوجها حاضراً

ومثلها تحيض .

وفي اشتراط الدخول تردد ، المروى الاشتراط .

ضعفتا الا انهما موافقتان للاصل ومؤيدتان بالنظر ، والروايتان الاوليان محمولتان

على استحباب الكفارة .

ونمنع تناول عموم القرآن للمعلق على الشرط ، لان تعليق الشيء على

شرط ليس بايقاع لذلك الشيء ، والالوقع الطلاق المعلق ، اذ عموم القرآن على

ذلك التقدير يتناول .

قوله : ولا اضرار

لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لا ضرار ولا اضرار^١ . فينتفي كل ما هو

علته فيه . وقيل يقع ، لعموم الآية^٢ خصوصاً مع قوله فيها «وتشتكي» فانه صريح

في ضررها .

قوله : وفي اشتراط الدخول تردد المروى الاشتراط

منشأ التردد من عموم «والذين يظاهرون من نسائهم»^٣ ، والاضافة صادقة

مع عدم الدخول ، اذ يكفي فيها أدنى ملابس ككوكب الخرقاء . واختاره

المفيد والمرضى وسلاروا بن زهرة وابن ادريس ، ومن رواية محمد بن مسلم

١) الكافي ٢٩٣/٥ ، ٢٨٠ .

٢) سورة المجادلة : ٢ ، ١ .

٣) سورة المجادلة : ٣ .

٣) سورة المجادلة : ٣ .

(الاولى) الكفارة تجب بالعود وهو ارادة الوطء .

والاقرب أنه لا استقرار لوجوبها .

وليس عليه شيء^(١) .

وفيه نظر ، لان فعل الجاهلية لاحجة فيه ، والرواية في طريقها ابن فضال وابن بكير وهما ضعيفان .

وقال الشيخ في النهاية والخلاف^(٢) وابن ابي عقيل وابن حمزة أنها كالحرة في الوقوع بها ، سواء كانت قناً أوام ولد أو مدبرة . ونقله الشيخ في الخلاف عن علي عليه السلام ، وبه روايات كرواية ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام^(٣) ورواية الكليني عن أحدهما عليهما السلام^(٤) وكلاهما في الصحيح ، ورواية اسحاق بن عمار موثقاً عن الكاظم عليه السلام^(٥) .

وألزم ابن ابي عقيل الاولين بأنها ان لم تدخل تحت الاية لزم اباحة نكاح أمها ، لعدم كونها من أمهات النساء حينئذ ، واللازم باطل باتفاق الخصم فكذا الملزوم .

قوله : والكفارة تجب بالعود وهو ارادة الوطء ، والاقرب انه لا

استقرار لوجوبها

هنا فائدتان :

(الاولى) قال الاصحاب ان المراد بالعود في قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا »^(٦) هو ارادة الوطء ، ولم يخالف فيه الا ابن

(١) التهذيب ٢٤/٨ ، الاستبصار ٣/٢٦٤ .

(٢) النهاية : ٥٢٧ ، الخلاف ٣/١٣ .

(٣) التهذيب ٢٤/٨ ، الاستبصار ٣/٢٦٤ .

(٤) الكافي ١٥٦/٦ .

(٥) التهذيب ٢٤/٨ ، الاستبصار ٣/٢٦٤ ، الفقيه ٣/٣٤٦ ، الكافي ١٥٦/٦ .

(٦) سورة المجادلة : ٣ .

(الثانية) لوطلقها وراجع في العدة لم تحل حتى يكفر .
ولوخرجت فاستأنف النكاح ، فيه روايتان ، أشهرهما :
أنه لا كفارة .

الجنيذ، قانه قال هو الامساك بالعقد الاول، وبه قال الشافعي ، وبالاول قال مالك
واحمد. وللمفسرين والفقهاء فيه أقوال ذكرتها في الكنز^(١)، وما ذكره الاصحاب
عليه الفتوى .

(الثانية) حيث أن الكفارة تجب بالعود الذي هو ارادة الوطىء هل تستقر
بمجرد الارادة المذكورة؟ قال المصنف: الاقرب لا، بل معنى وجوبها حينئذ
أنه لايسوغ الوطىء الامع فعلها بأحد الانواع الثلاثة. هكذا ينبغي أن يفسر كلام
المصنف . وقال بعض الفضلاء : هل تستقر بمعنى أنها تجب بمجرد الظهار أم
لابمعنى أنها انما تجب اذا أراد الوطىء .

وذهب مجاهد والثوري الى الاول، وابو حنيفة وأصحابه الى الثاني . واستدل
بأن الوجوب معلق في ظاهر العبارة على مجموع الظهار والعود وهو ارادة
الوطىء فلا وجوب قبلها .

وفيه نظر ، لان ذلك لايطابق عبارة المصنف ، لانه حكم بشأن الوجوب
حاصل بالعود وهو الارادة ثم قال « انه لاستقرار لوجوبها » أي الحاصل بالعود
ولو أراد الوجوب بالظهار لقال والاقرب انه لاستقرار لوجوبها بالظهار ولم
يقل .

قوله : لوطلقها وراجع في العدة لم تحل حتى يكفر ، ولوخرجت
فاستأنف النكاح فيه روايتان أشهرهما أنه لا كفارة

(١) كنز العرفان ٢ / ٢٨٨ .

(الثالثة) لو ظاهر من أربع بلفظ واحد لزمه أربع كفارات . وفي رواية كفارة واحدة . وكذا البحث لو كرر ظهار الواحدة .

أما رواية الكفارة فعن علي بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام^(١)، وعمل بها التقي وسلار، وحملها الشيخ علي التقي لانه مذهب بعض العامة. وأما رواية السقوط فعن يزيد الكناسي عن الباقر عليه السلام^(٢)، ومثلها عن يزيد بن معاوية عنه عليه السلام^(٣). وعمل بها الشيخ فسي النهاية^(٤) والقاضي وابن زهرة وابن ادريس^(٥) واختاره العلامة^(٦).

وهو الحق ، لاصالة البراءة والخروج عن العهدة بالطلاق وصبرورته كالأجنبي . واستباحة الوطء ليس بالعقد الاول الذي لحقه حكم التحريم بالظهار بل بعقد ثان لم يلحقه حكم الظهار . ويمكن حمل رواية الثبوت على الاستصحاب جمعاً بين الرويتين وعملاً بظاهر الكتاب والاستصحاب ، بأن الاصل بقاء الخطاب بالكفارة .

وابن ابي عقيل وان قال بمقالة الشيخ الا أنه قال : اذا أخرج الجارية عن ملكه فليس عليه كفارة الظهار ، فان عادت اليه وجبت الكفارة .

قوله : لو ظاهر من أربع بلفظ واحد لزمه أربع كفارات ، وفي رواية كفارة واحدة ، وكذا البحث لو كرر ظهار الواحدة

هنا مسألتان :

(١) الكافي ١٥٩/٦ ، التهذيب ١٩/٨ ، الاستبصار ٢٦٦/٣

(٢) التهذيب ١٦/٨ ، الكافي ١٦١/٦ .

(٣) الفقيه ٣٤٢/٣ .

(٤) النهاية : ٥٢٦ .

(٥) السرائر : ٣٣٤ .

(٦) القواعد ، المقصد الثاني من الباب الثالث من كتاب الفراق .

(الاولى) لوظاهر من أربع بلفظ واحد - بأن قال انتن أوزوجاتي علي كظهر
 أمي - لزمه عن كل واحدة كفارة واحدة . قاله الشيخان^(١) والتقني والقاضي
 وابن ادريس^(٢) . والمستند رواية حفص البخري حسناً عن الصادق والكاظم
 عليهما السلام^(٣) . وروى غياث بن ابراهيم عن الصادق عن الباقر عن علي عليهم
 السلام في رجل ظاهر من أربع نسوة قال : عليه كفارة واحدة^(٤) . وهي المشار
 اليها في كلام المصنف .
 وأجيب بالظن في السند، فان غيائاً غال، أو الحمل على الوحدة الجنسية
 لا الشخصية .

(الثانية) لو كرر في الزوجة الواحدة قال في المبسوط^(٥) ان قصد التأكيد
 لم تتكرر الكفارة بل هي واحدة والا تكرررت سواء كان في وقت واحد أو اوقات
 متفرقة . وتبعه ابن حمزة .
 وقال في النهاية^(٦) ، بتكرير الكفارة وأطلق ، وتبعه القاضي وابن ادريس^(٧) .
 وهو مذهب ابن ابي عقيل واختاره المصنف . والمستند رواية محمد بن مسلم
 صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس
 مرات أو اكثر . فقال : قال علي عليه السلام : مكان كل مرة كفارة^(٨) . وبمعناه

(١) المقنعة : ٨٢ ، النهاية : ٥٢٦ ، المبسوط ١٥٢/٥ .

(٢) السرائر : ٣٣٤ .

(٣) التهذيب ٢١/٨ ، الكافي ١٥٦/٦ .

(٤) التهذيب ٢١/٨ ، الفقيه ٣٤٥/٣ ، الاستبصار ٣/٢٦٣ .

(٥) المبسوط ١٥٢/٥ .

(٦) النهاية : ٥٢٦ .

(٧) السرائر : ٣٣٤ .

(٨) التهذيب ٢٢/٨ ، الكافي ١٥٦/٦ ، الفقيه ٣٤٣/٣ . وفي الاول: بدل «احدهما»

رواية الحلبي صحيحاً عن الصادق عليه السلام^(١) . وفي

وقال ابن الجنيد : ان كرهه مع اتحاد المحرمة المشبه بها فواحدة ومع

تغاثرها كأمه ثم أخته تكررت ، محتجاً على الاول بأصالة البراءة وبتعليقها على

مطلق الظهار الشامل للوحدة والكثرة ، وبرواية عبد الرحمن بن الحجاج صحيحاً

عن الصادق عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته أربع مرات في مجلس واحد .

قال : عليه كفارة واحدة^(٢) . وعلى الثاني بأنه بكل محرمة سبب مستقل مغائر

الاول فتجب به الكفارة . ^(٣) .

واختار العلامة مذهب النهاية ، محتجاً بأن كل مرة سبب مستقل لوجوبها ،

وكل ما كان كذلك تكررت : أما الاولى فلما رواه ابو بصير عن الصادق عليه

السلام قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال : يا رسول الله

ظاهرت من امرأتي . قال : اذهب فكفر^(٤) . وأما الثانية فلانه لو اتحدت الكفارة

مع تعدد السبب لزم اما تخلف المعلول عن علته التامة أو اجتماع العلل على

معلول واحد ، وكلاهما محال .

وفيه نظر ، لانا نمنع كون الظهار سبباً تاماً في وجوب الكفارة ، اذ ظاهر

القرآن يمنع ذلك : فانه قال « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما

قالوا »^(٥) ، فظاهره أن الكفارة بالظهار والعود معاً وهو ارادة الوطء وهي لم

تتكرر .

« عن ابي جعفر عليه السلام » وليس فيه « قال على عليه السلام » .

(١) الكافي ١٥٦/٦ .

(٢) التهذيب ٢٣/٨ ، الاستبصار ٢٦٣/٣ .

(٣) التهذيب ١٥٠/٨ ، الكافي ١٥٥/٦ ، الفقيه ٣٤٤/٣ ، الاستبصار ٥٧/٤ .

(٤) سورة المجادلة : ٣ .

(الرابعة) يحرم الوطء قبل التكفير .
فلو وطئ عامداً لزمه كفارتان . ولو كرر لزمه بكل وطء كفارة

نعم لو فرنا العود بالعود الى الظهار لصح ما قاله ، لكن ذلك ليس مذهباً
لنا . والحق ما قاله في المبسوط .

أما اتحاد الكفارة مع التأكيد فلعدم كون الظهار الثاني مستقلاً بنفسه بل
هو الاول بعينه فتتحد الكفارة ، وأما مع عدم ارادة التأكيد فلان الارادة للوطئ
مع انضمامها الى كل واحد من الظهارات المتكررة تصيره سبباً تاماً في
الوجوب فتعدد .

قوله : يحرم الوطئ قبل التكفير ، فلو وطئ عامداً لزمه كفارتان
ولو كرر لزمه بكل وطئ كفارة

هذا فوائد :

(الاولى) لاختلاف في حرمة الوطئ قبل التكفير ، لقوله تعالى « فتحرير
رقبة من قبل أن يتماسا »^(١) .

(الثانية) لو وطئ قبل التكفير عامداً هل تجب عليه كفارة أخرى للوطئ
أم لا ؟ قال الثلاثة واتباعهم نعم ، والمستند رواية الحلبي صحيحاً عن الصادق
عليه السلام^(٢) ، وبمعناها رواية الحسن الصيقل عنه عليه السلام^(٣) .

وقال ابن الجنيد : انما تجب لو وطئ ثانياً ولا تجب بالمرّة الاولى ،
وكذا لا تجب مع عجزه عن العتق والصيام دون الاطعام وان عاد ثانياً ، لانه
تعالى شرط في العتق والصيام أن يكون قبل العود ولم يشترط ذلك في الاطعام .

(١) سورة المجادلة : ٣ .

(٢) الكافي ١٥٦/٦ .

(٣) التهذيب ١٤/٨ ، الاستبصار ٢٦٠/٣ .

فالحاصل من كلامه أنه لا تجب بالمرة الاولى كفارة ، وأما الثانية فلا تجب فيها الا مع القدرة على العتق والصيام ، وأما الاطعام فلا تجب في الثانية أيضاً وان كان قادراً عليه . ولم نجد له حجة على هذا التفصيل .

نعم في رواية الحلبي حسناً عن الصادق عليه السلام قلت : فان واقع قبل التكفير . قال : يستغفر الله ويمسك حتى يكفر . وليس في ذلك دلالة على وحدة الكفارة ولا كثرتها ويجوز ارادة التكرار . وأما عدم الاشتراط في الاطعام فلكونه بدلاً عن العتق والصيام ، فالقيد فيهما قيد فيه .

(الثالثة) لو كرر الظهار وقلنا بتكرار الكفارة بتكرره لو وطئ قبل التكفير فيه ، هل يلزم عن كل ظهار كفارة أم تكفي واحدة للوطئ وان وجب عليه كفارات الظهار المتكرر ؟ الحق الثاني ، لاصالة براءة الذمة من الزائد .

(الرابعة) لو كرر الوطئ قبل التكفير لزمه بكل وطئ كفارة ، سواء كفر عن الوطئ الاول أولاً ، لوجود المقتضي وهو الوطئ ولرواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام^(١) . وقال ابن حمزة ان كفر عن الاولى تكررت والا فلا .

(الخامسة) هل يحرم قبل التكفير عن الوطئ من ضرور الاستمتاع كالقبلة واللمس بشهوة أم لا ؟ قال الشيخ في المبسوط^(٢) نعم ، لصدق اسم المسيس عليه حقيقة لغوية والاصل عدم النقل . ومنعه ابن ادريس^(٣) ، لان المراد به هنا الوطئ ، لانه المتعارف والمفهوم من النص ، وأصالة عدم النقل انما يتبع لو لم يثبت دليله .

والله اعلم بالصواب .

(١) الكافي ١٥٥/٦ .

(٢) المبسوط ١٥٤/٥ .

(٣) السرائر : ٣٣٣ .

(الخامسة) اذا اطلق الظهر حرمت مجامعتها حتى يكفر ، ولو
 علقه بشرط لم تحرم حتى يحصل الشرط .
 وقال بعض الاصحاب : أو يواقع وهو بعيد ، ويقرب اذا كان
 الوطء هو الشرط .

واختار العلامة في المختلف^(١) الثاني وفي القواعد^(٢) الاول ، ولا شك انه
 أحوط للبراءة .

وأما النظر وما لا ملاقة فيه بشيء من بدنها لبدنه فجاز اجماعاً .
 (السادسة) التحريم ثابت في حقه لا في حقها، فلو تشبهت عليه أو استدخلت
 ذكره من حيث لا يشعر لم تفعل حراماً ، لثبوت الحل لها والاصل بقاءه .

قوله : اذا اطلق الظهر حرمت مجامعتها حتى يكفر ، ولو علقه بشرط
 لم تحرم حتى يحصل الشرط ، وقال بعض الاصحاب او يواقع وهو بعيد ،
 ويقرب اذا كان الوطء هو الشرط

القائل هو الشيخ في النهاية^(٣) معتمداً على رواية عبدالرحمن بن الحجاج
 عن الصادق عليه السلام^(٤) .

وحمل المصنف ذلك على أن يكون الوطء هو الشرط ، أما اذا لم يكن
 هو الشرط فلا يحرم الوطء حتى يقع الشرط ، فحينئذ يستقر الظهر .

بقي هنا فائدة هي : انه لو كان الوطء هو الشرط فوطء واستقر الظهر ،
 قال الشيخ^(٥) تستقر الكفارة بأول آن من صدق الوطء ببناء على أن الاستمرار

(١) المختلف ، الجزء الخامس : ٤٩ .

(٢) القواعد ، المقصد الثاني من الباب الثالث من كتاب الفراق .

(٣) النهاية : ٥٢٥ .

(٤) : ١٨٠ : قسماً (١)

(٤) التهذيب ١٢/٨ ، الاستبصار ٣/٢٦٠ .

(٥) الخلاف ٣/١٦ ، المبسوط ٥/١٥٤ .

(السادسة) اذا عجز عن الكفارة قيل يحرم وطؤها حتى يكفر .
وقيل تجزى بالاستغفار وهو أشبه .

(السابعة) مدة التربص ثلاثة أشهر من حين المرافعة .
وعند انقضائها يضيق عليه حتى يفىء أو يطلق .

وطيء ثان . واستضعفه العلامة ، فان الوطء من ابتدائه الى النزاع واحد عرفاً ،
والاطلاق انما يحمل على العرف ، والمشروط انما يقع بعد وقوع شرطه .
قوله: اذا عجز عن الكفارة قيل يحرم وطؤها حتى يكفر وقيل تجزى
بالاستغفار وهو أشبه

تنقيح هذا البحث يتم بفوائد :

(الاولى) المراد بالكفارة هنا هو الخصال الثلاث العتق والصيام والاطعام ،
واذا حصل العجز عنها هل لها بدل يقوم مقامها في حل الوطء أم لا ؟
قال المفيد^(١) وابن الجنيد لابل يحرم عليه الوطء الى أن يقوم بالواجب
لان نص القرآن انما جاء بهذه الخصال . وتابعهما الشيخ في بعض أقواله وقال
يفرق بينهما الحاكم حينئذ ، محتجاً على التفريق برواية ابي بصير عن الصادق
عليه السلام : كل من عجز عن الكفارة فلاستغفار كفارته ما خلا يمين الظهار فانه
اذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه أن يجامعها وفرق بينهما الا أن ترضى المرأة
أن يكون معها ولا يجامعها^(٢) .

(الثانية) قال كثير من فقهاءنا لها بدل ، واختلفوا فقال الشيخ في النهاية

٦) قولها ٥٢٥ .

٣) ٦١٠٢٢ ، العتق ٨١٢١ ، بطلها ١١

٥) ٥١٣٥١ ، العتق ٦١٢١ ، بطلها ١١

(١) المقنعة : ٨١ .

(٢) التهذيب ١٦٨ / ٨ .

إذا عجز عن الإطعام صام ثمانية عشر يوماً ، فإن عجز عنها كان حكمه ما قدمناه من التحريم الى أن يكفر^(١).
وقال ابن بابويه يتصدق بما يطيق ، وكذا قال ابنه في المقنع ، وقال فيه وروي أنه إذا لم يطق اطعام ستين مسكيناً ، صام ثمانية عشر يوماً ، فإن عجز تصدق عن كل يوم بمدين من طعام .

واحتج الشيخ على الثمانية عشر يوماً برواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق به ولا يقوى على الصيام. قال: يصوم ثمانية عشر يوماً لكل عشرة مساكين ثلاثة ايام^(٢).

(الثالثة) اذا عجز عن البذل الذي تقدم ذكره هل يجزيه الاستغفار ليباح له الوطء؟ فعلى قول المفيد وابن الجنيد لا وقال ابن حمزة وابن ادريس يجزيه، واختاره المصنف والعلامة، محتجاً برواية اسحاق بن عمار في الموثق عن الصادق عليه السلام: ان الظهار اذا عجز صاحبه عن الكفارة فليستغفر الله ولينوأ أن لا يعود قبل أن يواقع ثم ليواقع وقد اجزأ ذلك عنه عن الكفارة^(٣).

(الرابعة) مع الاستغفار وابعادة الوطء لو قدر على الكفارة فيما بعد هل تجب عليه؟ قال ابن ادريس^(٤) نعم عملاً بالاستصحاب السابق، ورواية اسحاق المذكورة ، فانه يقول في آخرها : فاذا وجد السبيل الى ما يكفر به يوماً من الايام فليكفر ، وان تصدق بكفه وأطعم نفسه وعياله فانه يجزيه اذا كان محتاجاً ، وان لم يجد ذلك فليستغفر الله ربه وينوي أن لا يعود فحسبه بذلك والله كفارة^(٥).

(١) النهاية : ٥٢٧ .

(٢) التهذيب ٢٣/٨ .

(٣) التهذيب ٣٢٠/٨ ، الكافي ٤٦١/٧ .

(٤) السرائر : ٣٣٤ .

(٥) التهذيب ٣٢٠/٨ ، الكافي ٤٦١/٧ ، الاستبصار ٥٦/٤ .

فلوحلف لصلاح لم ينعقد ، كما لو حلف لاستضرارها بالوطء
أو لاصلاح اللبن .
ولا يقع حتى يكون مطلقاً أو أزيد من أربعة أشهر .
ويعتبر في المولى البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد .
وفي المرأة الزوجية ، والدخول .

أو مؤبداً أو مدة تزيد على اربعة أشهر أو معلقاً على فعل لا يحصل عادة الا في مدة
تزيد على الاربعة ، والاصل فيه قوله تعالى « للذين يؤولون من نساءهم تربص أربعة
أشهر »^(١) الآية .
اذ عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) لا ينعقد هذا الا بما ينعقد به غيره من الايمان المطلقة ، وسيأتي
تحقيقه انشاء الله تعالى .

(الثانية) الايمان في المحلوف عليه بلفظ صريح فيه ينعقد اجماعاً ، وذلك
هو « آيتك » ، أو إدخال الفرج في الفرج قاصداً ناوياً ، فلواتى بذلك حال الغفلة
أو النوم أو السكر لم يقع .

وجعل الشيخ في الخلاف^(٢) من الصريح قوله « والله لا جامعك أو لا وطئتك » ،
وجعله المصنف في الشرائع^(٣) من المحتمل ان قصده الايلاء صحح والا فلا .

وقال الصدوق^(٤) وابن ابي عقيل : الايلاء أن يقول الرجل لامرأته « والله لا غيظتك
سورة البقرة : ٢٢٦ .

(٢) الخلاف ٨/٣ .
(٣) الشرائع ٢١٣/٢ .

(٤) المقنع : ١١٨ . وفيه : والله لا غيظتك ولا شق عليك ولا سؤنك ولا جامعك الى كذا
وكذا .

وفى وقوعه بالمتمتع بها قولان ، المروى : أنه لا يقع .

ولاسؤنك أولاً أجامعك» ولم يفرقابين الصريح وغيره ولا ذكرنا اشتراط القصد .
وقال ابن ادريس^(١) : ان تلفظ بألفاظ صريحة مثل « لاوطئتك » « ولاجامعتك »
وقصد بها الايلاء انعقد ، وان لم يقصد لم ينعقد ، وان تلفظ بألفاظ غير صريحة
نحو « والله لا جامع رأسي ورأسك مخدة » أو « لاساقتك » أو « لا طيلن غيبتى
عنك » لم ينعقد وان نوى به الايلاء . وهو قول الشيخ فى الخلاف^(٢) . وقال فى
المبسوط^(٣) . ينعقد بذلك مع القصد .

(الثالثة) هل يشترط تجريده عن الشرط أو الصفة أم لا ؟ قال الشيخ فى
الخلاف^(٤) نعم ، وتبعه ابن حمزة وابن ادريس^(٥) وابن زهرة . وقال فى المبسوط
يقع معلقاً عليهما . واختاره العلامة لعموم القرآن السالم عن المعارض ، واختار
المصنف فى الشرائع الاول ، لاصالة عدم الوقوع الا فى المتفق عليه وعليه الفتوى .

قوله : وفى وقوعه بالمتمتع بها قولان المروى انه لا يقع

قال الشيخ^(٥) والسيد وابن ابي عقيل وابن ادريس^(٦) بعدم الوقوع ، وقال التقي
بالوقوع . ومستند القولين القرآن ، وهو قوله « للذين يؤلون من نسائهم تربص
أربعة اشهر »^(٧) والمستمتع بها من النساء فيقع بها ، ولما عقبه بقوله « وان عزموا الطلاق

(١) السرائر : ٣٣٦ .

(٢) المبسوط ١١٦/٥ ، الخلاف ٨/٣ .

(٣) الخلاف ٩/٣ .

(٤) السرائر : ٣٣٦ .

(٥) النهاية : ٥٢٨ .

(٦) السرائر : ٣٣٨ .

(٧) سورة البقرة : ٢٢٦ .

وإذا رافعته أنظره الحاكم أربعة أشهر .
فإن أصر على الامتناع ثم رافعته بعد المدة ، خيره الحاكم بين
الفيئة والطلاق .
فإن امتنع حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يكفر
ويفيء ، أو يطلق .

فإن الله سميع عليم^(١) والطلاق إنما هو للدائمات فلم يقع بالمستمتع بها إيلاء .
وهو مبني على أن رجوع الضمير إلى بعض أفراد العام مخصص ، وقد حقق في
الاصول .
والرواية المشار إليها مرواه ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام قال :
لا إيلاء على الرجل من المرأة التي يتمتع بها^(٢) . وعليها فتوى الشيخ والمصنف
والعلامة .
قوله : وإذا رافعته أنظره الحاكم أربعة أشهر
هنا فوائد :

(الاولى) المشهور أن مدة التربص من حين المرافعة ، قاله الشيخان^(٣)
والتقي والقاضي وابن حمزة وابن ادريس^(٤) . ولم نقف لهم على مستند ، إلا أن
ضرب المدة إلى الحاكم .
وقال ابن أبي عقيل وابن الجنيد انها من حين الإيلاء ، واختاره العلامة في
المختلف^(٥) . ولظاهر القرآن وهو قوله « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة

(١) سورة البقرة : ٢٢٧ .

(٢) التهذيب ٨/٨ .

(٣) المقنعة : ٨١ ، الخلاف ٦/٣ .

(٤) السرائر : ٣٣٥ .

(٥) المختلف ، الجزء الخامس : ٥٤ .

أشهر» ، وكون ضرب المدة التي الحاكم لا ينافي ذلك ، لجواز أن يضرب الحاكم المدة ويحسبها من حين الإيلاء . والروايات أيضاً ظاهرة في ذلك، كرواية بريد بن معاوية حسناً عن الباقر والصادق عليهما السلام قال : لا يكون إيلاء الا اذا آلى رجل أن لا يقرب امرأته ولا يمسه ولا يجمع رأسه ورأسها فهو في سعة ما لم تمض أربعة أشهر ، فاذا مضت أربعة أشهر وقف ، فاما أن يفىء فيمسها واما أن يعزم على الطلاق^(١) . ونحوه رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام^(٢) ، وابن بكير عنهما^(٣) وابو بصير عن الصادق عليه السلام^(٤) .

(الثانية) ان واقعها في مدة التربص فلا خلاف في وجوب الكفارة ، اما لو واقع بعدها فالشيخ قولان . قال في النهاية والخلاف بعدم السقوط ، وقال في المبسوط بالسقوط ، وقال لقوله تعالى « فان فاؤا فان الله غفور رحيم »^(٥) ، ويؤيد قوله تعالى « ذلك كفارة ايمانكم اذا حلقتن »^(٦) من غير تفصيل .

(الثالثة) مع المرافعة وانقضاء المدة يخيره الحاكم بين الفته والطلاق ولا يجبره على أحدهما ، لان طلاق المكره عندنا باطل .

(الرابعة) مع حصول عذر شرعي أو عرفي ليس للحاكم الزام بالفته الا مع زواله .

(١) الكافي ١٣٠ / ٦ ، التهذيب ٣ / ٨ ، وفيهما: بريد بن معاوية قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول في الإيلاء . . . والتي روى بريد عنهما عليهما السلام اخرجته في الكافي ١٣١ / ٦ وهي غير هذه الرواية .

(٢) الكافي ١٣٠ / ٦ ، التهذيب ٢ / ٨ ، الفقيه ٣ / ٣٣٩ ، الاستبصار ٣ / ٢٥٢ .
(٣) لم اجد رواية ابن بكير، واظن انه بكير بن اعين الذي روى هو وبريد بن معاوية عنهما عليهما السلام .

(٤) اخرجته الوسائل عن تفسير علي بن ابراهيم . راجع المصدر ٥٤١ / ١٥ .
(٥) سورة البقرة : ٢٢٦ .

(٦) سورة المائدة : ٨٩ .

وإذا طلق وقع رجعيًا ، وعليها العدة من يوم طلقها .
ولو ادعى الفیئة فأنكرت فالقول قوله مع يمينه .
وهل يشترط في ضرب المدة المرافعة ؟ قال الشيخ : نعم
والروايات مطلقة .

ولنتبع ذلك بذكر الكفارات ، وفيه مقصدان :
(الاول) في حصرها : وتنقسم الى مرتبة ومخيرة ، وما يجتمع
الامر ان ، وكفارة الجمع .

قوله : وهل يشترط في ضرب المدة المرافعة قال الشيخ نعم والروايات
مطلقة

مقاله الشيخ هو المشهور بين الاصحاب ، لم يخالف في ذلك الابن ابى
عقيل وابن الجنيد كما حكيناها عنهما . وأما الروايات المشار اليها فهي ما حكيناها
آنفاً ، ولا شك في اطلاقها وعدم اشتراطها بالمرافعة .

وتؤيد قول الشيخ وجوه : الاول : ان ذلك حقها فيتوقف على مطالبتها .
الثاني : أصالة عدم التسلط على الزوج بحبس أو غيره الامع تحقق السبب .
الثالث : ان اطلاق الروايات قابل للتقييد بالمرافعة فتحمل عليه .

قوله : ولنتبع ذلك بذكر الكفارات
هنا فوئد :

(الاولى) انما ذكر الكفارات هنا لتقدم سببين لها وهما الظهار والايلاء ،
فناسب ذلك ذكرها .

(الثانية) الكفارة مشتقة من الكفر بفتح الكاف ، وهو التغطية ، وقد كفرت
الشيء اكفره بالكسر كفراً أي سترته ، وسميت بذلك هنا لانها تستر الذنب . قال

فالمرتبة : كفارة الظهار . وهي عتق رقبة ، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فان لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً . ومثلها كفارة قتل الخطأ .

الجوهري : وتكفير اليمين فعل ما يجب بالحنث فيها، والاسم الكفارة .

(الثالثة) الكفارة شرعاً طاعة مخصوصة مسقطة لعقوبة ذنب أو مخففة له غالباً والتقييد بالأغلبية لتدخل كفارة قتل الخطأ فانها ليست عقوبة عن ذنب . وفي التحقيق انها قد تكون عقوبة محضة ككفارة قتل العمد والافطار على المحرم ، وقد تكون مخففة للذنب ككفارة الايلاء والظهار لذكر الغفران والرحمة مع فعلهما ، وقد تكون محتملة لهما نحو كفارة افطار رمضان ، وقد تكون تأديباً ككفارة قتل الخطأ .

(الرابعة) الكفارة واجبة على الفور ، لانها كالتوبة من الذنب التي هي واجبة على الفور لوجوب الندم على كل قبيح أو اخلال بواجب .
(الخامسة) الكفارة عقوبة كانت أو مخففة لا تكفي في سقوط العقاب ، بل لابد مع ذلك من التوبة المشتملة على الندم والعزم على عدم المعاودة، وكذلك الحدود والتعزيرات فان الجميع توابع للتكليف بفعل الواجب وترك القبيح لانها مسقطة للعقاب عن المعاصي .

قوله : ومثلها كفارة قتل الخطأ

المماثلة هي في ترتيب خصائصها، وبه قال اكثر فقهاءنا . والمستند ظاهر القرآن فانه قال «ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة»^(١) ثم قال «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين»^(٢) ، وكذا رواية عبد الله بن سنان صحيحاً عن الصادق عليه السلام:

١ (٢٠١) سورة النساء : ٩٢ . ٢ (٢١٧) الحديث : ١٢٦٧٢ . ٣ (٢١٧) الحديث : ١٢٦٧٢ .

وكفارة من أفطريوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال عامداً
اطعام عشرة مساكين ، فان لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات .
والمخيرة : كفارة شهر رمضان ، وهي عتق رقبة ، أو صيام
شهرين متتابعين ، أو اطعام ستين مسكيناً .

فان لم يجد صام شهرين متتابعين فان لم يستطع اطعم ستين مسكيناً مداً مداً^(١) .
وقال سلاهي مخيرة ، وكأنه تبع المفيد حيث قال : عليه كفارة من افطر
يوماً من شهر رمضان ، ونص على ان كفارة رمضان مخيرة . والفتوى على الاول .

قوله : وكفارة من افطريوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال عامداً
اطعام عشرة مساكين ، فان لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات
في هذه الكفارة أقوال ثمانية :

« الاول » - مذكروه المصنف ، وهو قول الشيخين^(٢) في النهاية والمقنعة
ورواه ابن ابي عمير عن هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام^(٣) وكذا رواه عن ابن
بابويه عن بريد العجلي عن الباقر عليه السلام^(٤) وعليه الفتوى .
« الثاني » - انها كفارة رمضان مخيرة ، قاله ابن بابويه^(٥) والقاضي ، ورواه
حريز عن زرارة وهي ضعيفة ، لان في طريقها ابن فضال . وحملها الشيخ^(٥)
على من أفطر تهاوناً واستخفافاً .

- (١) التهذيب ٣٢٢/٨ . وفيه زيادة في قوله فلما صام
- (٢) النهاية ١٦٤ ، المقنعة : ٨٩ .
- (٣) الاستبصار ١٢٠/٢ ، التهذيب ٢٧٩/٤ .
- (٤) الفقيه ٩٦/٢ ، المقنعة : ٦٣ .
- (٥) التهذيب ٢٧٩/٤ ، الاستبصار ١٢١/٢ . قال

ومثله كفارة من أفطريوماً منذوراً على التعيين ، وكفارة خلف
العهد على التردد .
قبلاً رأما كفارة خلف النذر ففيه قولان ، أشبههما : أنه لصغيرة .

« الثالث » - أنها كفارة يمين . قاله الشيخان^(١) أيضاً والتقي وسار وابن
ادريس^(٢) لأنها أعلى رتبة من الأولى .

« الرابع » - التخيير بين كفارة اليمين وبين ما ذكر أولاً ، وهو قول المفيد^(٣)
في باب الكفارات .

« الخامس » - أنها كفارة يمين فان لم يجد صام ثلاثة أيام ، وهو قول الشيخ
في كفارات النهاية^(٤) .

« السادس » - أن عليه قضاء يومين يوماً لرمضان ويوماً لقضائه ، ذكره ابن
ادريس^(٥) بعد ترده .

« السابع » - صوم ثلاثة أيام أو اطعام عشرة مساكين ، ذكره التقي .

« الثامن » - لا شيء عليه سوى القضاء ، ذكره ابن ابي عقيل ، لرواية عمار
الساباطي عن الصادق عليه السلام^(٦) . وفي طريقها ابن فضال ويمكن حملها على
العاجز .

قوله : ومثله كفارة من افطر يوماً منذوراً على التعيين وكفارة خلف
العهد على التردد ، وأما كفارة خلف النذر ففيه قولان أشبههما أنها لصغيرة

(١) المقنعة : ٥٧ ، النهاية : ٥٧٢ . ٣١٥٠ / ١٤ ، المقنعة : ١٦٠ / ٦ ، سبلتها (١)

(٢) السرائر : ٩٢ . ٣١٣٥ / ١٤ ، المقنعة : ١٦٣ / ٦ ، سبلتها (٣)

(٣) المقنعة : ٨٩ ، وقوله ههنا كقوله في باب قضاء شهر رمضان ص ٥٧ .

(٤) النهاية : ٥٧٢ .

(٥) السرائر : ٩٢ . ٣١٣٥ / ١٤ ، المقنعة : ١١٧ / ٦ ، سبلتها (٢)

(٦) التهذيب ٢ / ٤ ، الاستبصار ٢ / ١٢١ . ٨١٢ / ٦ ، سبلتها (٧)

وما فيه الامران : كفارة يمين ، وهى عتق رقبة أو اطعام عشرة
 مساكين أو كسوتهم ، فان لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات .
 وكفارة الجمع : كقتل المؤمن عمداً عدواناً ، وهى عتق رقبة
 وصيام شهرين متتابعين واطعام ستين مسكيناً .

في كفارة خلف النذر والعهد أقوال :
 (الاول) قال الشيخان^(١) والتقي والقاضي وابن حمزة كفارة رمضان مطلقاً ،
 ومعتمداهم رواية ابي بصير عن أحدهما عليهما السلام^(٢) ورواية علي بن جعفر
 عن أخيه عليه السلام^(٣) . ولاشك أن منطوقهما في العهد ، لكن الشيخان قالا العهد
 نذر في المعنى وان اختلفا في اللفظ ، فيكون حكمهما واحداً في الكفارة .
 وتؤيده رواية عبد الملك بن عمرو صحيحاً عن الصادق عليه السلام : من
 جعل لله عليه أن لا يركب محرماً سماه فركبه . قال : ولا اعلم الا قال : فليعتق رقبة
 أو ليصم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكيناً^(٤) .
 (الثاني) قول الصدوق في المقنع^(٥) كفارة يمين فيهما مطلقاً ، معتمداً على
 رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن كفارة النذور فقال
 كفارة النذور كفارة اليمين^(٦) ومثلها عن الحلبي عنه حسناً^(٧) .

- (١) المقنعة : ٨٨ ، النهاية : ٥٧٠ .
 (٢) التهذيب ٣١٥/٨ ، الاستبصار ٥٤/٤ .
 (٣) التهذيب ٣٠٩/٨ ، الاستبصار ٥٥/٤ . قولنا : ٧٥ : نعمنا (١)
 (٤) التهذيب ٣١٤/٨ ، الاستبصار ٥٤/٤ . قولنا : ٢٦ .
 (٥) المقنع : ١٣٧ ، قال في النذر : فان خالف لزمته الكفارة صيام شهرين متتابعين
 وروى كفارة يمين . قولنا : ٢٧٥ .
 (٦) التهذيب ٣٠٧/٨ ، الاستبصار ٥٤/٤ . قولنا : ٢٦ .
 (٧) التهذيب ٣٠٦/٨ . قولنا : ٢١/٢١ ، الحديث : ١٠٨٢ ، قولنا : ٢١

مسائل ثلاث :
(الاولى) قيل من حلف بالبراءة لزمه كفارة ظهار .
ومن وطىء في الحيض عامداً لزمه دينار في أوله ونصف في
وسطه ورابع في آخره .

وأجيب عنه : بضعف حفص ، وتحمل الثانية على العجز عن الكبيرة .
(الثالث) قول آخر للمفيد وسلا وهو كفارة قتل الخطأ . ولأعرف المستند .
(الرابع) نقل ابن ادريس^(١) عن المرتضى في الموصليات ، وعن ابن
بابويه ان الحنث في الصوم كرمضان وفي غيره كفارة يمين .
ويظهر من كلام المصنف اختيار هذا لكنه تردد في العهد دون النذر ، ولعل
منشأ الفرق عنده بينهما أن روايات الكفارة الكبيرة صريحة في العهد ، ورواية
الكفارة الصغيرة في النذر ، لكن ذلك يوجب عدم ترده في العهد .

قوله : قيل من حلف بالبراءة لزمه كفارة ظهار

هنا فوائد :

(الاولى) البراءة لغة من قولك : برأت منك ومن الديون والعيوب براءة ،
ومعناه المفارقة والمبائنة ، ويقال عرفاً بمعنى نفى التعلق لسائر الوجوه .

والمفهوم من البراءة هنا من الله ومن رسوله أو من احد الائمة نفي التعاق
بهم دنياً وديناً . ولاخلاف في تحريم ذلك ، ولذلك جاء عنهم عليهم السلام : اذا
عرضتم على البراءة منا فمدوا الاعناق^(٢) .

(الثانية) المتلفظ بذلك ان علقه على محال لا يخرج به من الاسلام ، لان حكم

(١) السرائر : ٣٥٧ .

(٢) راجع الوسائل ١١ / ٤٧٨ ، ٤٨١ .

المعلق حكم المعلق به ، وان علقه على ممكن فهل يخرج به من الاسلام أم لا ؟ الحق نعم لقيام الدليل على وجوب الثبات على الاعتقاد الصحيح وامتناع الانتقال عنه ، فاذا علق على ممكن والممكن جائز الوقوع فيقع المعلق عليه . نعم ان كان المتلفظ يعلم معنى التعليق كفر في الحال والأفلا .

(الثالثة) لاختلاف في تحريم اليمين بالبراءة المذكورة وأنه لا ينعقد اليمين

بها ولا يجب العمل بمقتضاها ، وهو اجماعي أيضاً .

(الرابعة) قال الصدوق : تجب الكفارة بمجرد ذكر^(١) التلفظ ، وكذا الشيخ والقاضي . أما المفيد وسلار فرتباها على المخالفة ، وكذا ابن حمزة والتقني رتباها على كل منهما . وقال ابن ادريس والشيخ في الخلاف والمبسوط لا تجب من الاصل ، ولان وجوب الكفارة لازم لانعقادها . وهو منفي كما تقدم . ويلزم القائل بالوجوب بالمخالفة انعقادها ، وهو باطل ، اذ لا يمين الا بالله .

(الخامسة) اختلف القائلون بالكفارة في كميتها : فقال المفيد وسلار كفارة ظهار فان عجز فكفارة يمين ، وقال الصدوق انه يصوم ثلاثة أيام ويتصدق على عشرة مساكين ، وقال ابن حمزة كفارة النذر ، وقال العلامة في المختلف اطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد ويستغفر الله ، لرواية محمد بن الحسن الصفار عن العسكري عليه السلام فيما كتبه اليه^(٢) .

وأما المصنف فيستضعف ذلك كله ، قال في النكت : الحق عندي انه لا كفارة في شيء من ذلك ، لان ما ذكره الشيخان لم يثبت وما تضمنته الرواية المذكورة نادر ولا تنهض المكاتبه بالحجة لما يتطرق اليها من الاحتمال .

(١) في بعض النسخ « ذلك » بدل « ذكر » .

(٢) ٧٥٢ : ١٤١١

(٢) الوسائل ١٥ / ٥٧٢ .

١٨٣ : ١١٨٧٣ ، ١١٨٧٣ : ١١٨٧٣

ومن تزوج امرأة في عدتها فارقها وكفر بخمسة أصواع من
دقيق .

قوله : ومن تزوج امرأة في عدتها فارقها وكفر بخمسة أصواع من
دقيق

قاله الشيخان في النهاية والمقنعة ، وليس في عبارة الشيخين الوجوب .
وصرح ابن حمزة به وأنكره ابن ادريس ، ومعتمد الشيخين رواية ابي بصير عن
الصادق عليه السلام^(١) .

وأما المرتضى فقال: من تزوج بذات بعل جاهلاً بالزوجة كفر بخمسة دراهم
قال الشهيد: وهو غريب، ويمكن ان يكون قولاً بالاول ويكون قيمة الصاع درهماً .
وهنا فوائد :

(الاولى) العدة أعم من الرجعية والبائن وعدة الوفاة دخل أو لأحرمت مؤبداً
أولاً، وكذا لافرق في التزويج بين الدائم والمنقطع وكون المرأة أمة أو حرة .
(الثانية) الدقيق هنا من جنس ما يخرج في الكفارة ، وهو الحنطة والشعير
لاغيرهما .

(الثالثة) الصاع تقدم قدره، ولجمعه صيغتان أصوع باسكان الصاد والواو
المضمومة ، واصشع بدل الواو المضمومة همزة، ولايجوز أصع بغير واو ولا
همزة ، فانه لحن عند الاصمعي .
وتوهم ابن ادريس أن ذلك بخط الشيخ في النهاية فلاحنه ، وليس بذلك
بل هي اصشع بالهمزة كما قلناه . وحكى الشهيد انه وجدها بخط الشيخ
كذلك .

(١) الوسائل ٥٨٥/١٥ .

ومن نام عن العشاء الاخرة حتى جاوز نصف الليل أصبح صائماً . والاستحباب في الكل أشبه .

(الثانية) في جز المرأة شعر رأسها في المصاب كفارة شهر رمضان وقيل كفارة مرتبة ، وفي نتفه في المصاب كفارة يمين . وكذا في خدش وجهها . وكذا في شق الرجل ثوبه بموت ولده أو زوجته .

قوله : ومن نام عن العشاء الاخرة حتى جاوز نصف الليل أصبح صائماً
قاله الثلاثة واتباعهم ، والمستند رواية عبدالله بن المغيرة عن حدثه عن الصادق عليه السلام^(١) .

قوله : والاستحباب في الكل اشبه
وجه الاشبهية أصالة البراءة وعدم الوجوب وعدم دلالة الرواية على ذلك . ويريد بالكل المسائل الاربع المذكورة^(٢) . وظاهره ينافي ما ذكره في باب الحيض من قوله « الاحوط الوجوب » .
ويمكن أن يجاب بأن الاخذ بالاحوط مستحب .

قوله : في جز المرأة شعر رأسها في المصاب كفارة شهر رمضان ، وقيل كفارة مرتبة ، وفي نتفه في المصاب كفارة يمين ، وكذا في خدش وجهها ، وكذا في شق الرجل ثوبه بموت ولده أو زوجته
هذه الاحكام الاربعة ذكرها الثلاثة واتباعهم ، وادعى المرتضى وابن ادریس

(١) الوسائل ٣/١٥٧ ، الباب ٢٩ من ابواب المواقيت .
(٢) وهي الحلف بالبرائة والتزوج في العدة والنوم عن العشاء الاخرة والوطى في الحيض عامداً . وقال المصنف في الاخير ص ١٠ : وفي وجوب الكفارة بوطئها على الزوج روايتان احوطهما الوجوب .

فيها الاجماع . ومستند الكل رواية خالد بن سديز عن الصادق عليه السلام^(١)
في حديث طويل .
والقائل بأنها كفارة مرتبة الشيخان ، فانهما قالا كفارته كفارة قتل الخطأ،
وفسرا خصالها بلفظة « أو » ، وهي ظاهرة في التخيير . وهذا يحتمل أمرين :
« ١ » أنه بيان الاجناس على التفصيل لا التخيير ، « ٢ » أن يكون كفارة الخطأ
على التخيير كما هو رأي سيار .
وهنا فوائد :

(الاولى) الجزم والتنف في غير المصاب هل يلحقه الحكم المذكور ؟
الظاهر نعم من باب التنبيه ، لان حال المصاب ربما رفع القصد فغيره أولى
بالتكفير .

(الثانية) لافرق أيضاً بين الكل والبعض فيهما ولا بين الحلق والاحراق
بالنار أو الازالة بالنورة ، ولا يشترط قطع الجلد بأسره ، بل لو قطع ظاهره كفى
في الحكم . وكذا لا كفارة في خدش غيره من الجسد ولا في اللطم على
الوجه ولا على الرجل ولو خدش وجهه اقتصاراً على مورد النقل وعملاً بأصالة
البراءة .

(الثالثة) المشهور جواز شق الرجل والمرأة الثوب لموت الأب والاخ ،
كما دلت عليه رواية خالد المذكورة ، ولما ورد أن موسى عليه السلام شق
ثوبه على هارون والحسين على الحسن عليهما السلام^(٢) . ومنع ذلك ابن ادريس ،
لما فيه من اضعاف المال المنهي عنها ، والرواية خبر واحد ، والفتوى على
المشهور .

(١) التهذيب ٨/٣٢٥ .

(٢) وليس فيها : « والحسين على الحسن عليهما السلام » بل فيها : ولطمن الخدود
الفاطميات على الحسين بن علي عليهما السلام وعلى مثله تلطم الخدود وتشق الجيوب .

(الثالثة) من نذر صوم يوم فعجز عنه ، تصدق عنه باطعام
المسكين مدين من طعام ، فان عجز عنه تصدق بما استطاع ، فان
عجز استغفر الله .
المقصد الثاني : في خصال الكفارة .
وهي العتق والاطعام والكسوة والصيام .

(الرابعة) لافرق بين الولد للصلب وغيره ذكراً كان أو أنثى ، وكذا لافرق
بين كون الزوجة دائماً ومتعة . أما لو شق على أمته فالإثم ولا كفارة .
(الخامسة) في رواية^١ حنان: لا بأس بشق الثوب على القريب وشق المرأة
على زوجها. والاولى الاقتصار على الاب والاخ .
ولا كفارة على المرأة مطلقاً ، ولا على الرجل في غير الولد والزوجة وان
حرم على غير من ذكر .

قوله : من نذر صوم يوم فعجز عنه تصدق باطعام مسكين مدين من
طعام ، فان عجز عنه تصدق بما استطاع ، فان عجز استغفر الله تعالى
هذا قول الشيخ في النهاية ، الا أنه لم يذكر « فان عجز تصدق بما
استطاع » . ووجه هذه الزيادة أنه لا يسقط الميسور بالمعسور .
أما المفيد فقال يقضي ولا كفارة عليه ، وقال ابن ادريس ان رجى زوال
العجز أظن ويقضي من غير كفارة .
وفي الكل نظر ، لان ذلك اليوم اما معين أو غيره ، والثاني يأتي به أي
وقت شاء ولا كفارة ، والاول لا اثم فيه مع العجز ، فلا وجه لوجوب الصدقة

(١) لم اعثر على رواية حنان واظن انها رواية اخيه خالد واشتبه الامر .

أما العتق فيتعين على الواحد في المرتبة .

ويتحقق ذلك بملك الرقبة أو الثمن مع إمكان الابتياح .

ولا بد من كونها مؤمنة أو مسامة .

والاستغفار . والحق حمل ما قيل على الاستحباب ليكون جبراً لفوات فضيلة المنذور .

قوله : ولا بد من كونها مؤمنة أو مسلمة

هنا فوائد :

(الاولى) لا خلاف في اعتبار الايمان في كفارة القتل ، واختلف في غيره ، فقال الشيخ^(١) في الخلاف والمبسوط وابن الجنيد باجزاء الكافر ، لعدم التقييد الا في القتل فيبقى ما عداه على أصل الاجزاء ، ولرواية حسين بن سعيد عن رجاله عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : كل العتق يجوز له المولود الا في كفارة القتل ، فان الله تعالى يقول « فتحريروا رقبة مؤمنة »^(٢) .

وفيه نظر ، اذ المطلق يحمل على المقيد كما تقرر في الاصول ، والرواية ضعيفة مع عدم دلالتها على المراد ، اذ المولود جاز أن يكون من مسلم . وقال المرتضى والشيخ في النهاية^(٣) وابن ادريس^(٤) بعدم الاجزاء . وهو الحق ، لعدم يقين البراءة بعنقه ، وانه خبيث لا يتقرب بالانفاق منه ، لقوله تعالى « ولا تميموا الخبيث منه تنفقون »^(٥) .

(١) المبسوط ٢١٢/٦ ، الخلاف ١٨/٣ .

(٢) سورة النساء : ٩١ . والحديث في التهذيب ٣٢٠/٨ .

(٣) النهاية : ٥٦٩ .

(٤) السرائر : ٣٦٠ .

(٥) سورة البقرة : ٢٦٧ .

(الثانية) اكثر الاصحاب اكتفوا بالتلفظ بالشهادتين، وهو اختيار المصنف .
وقال ابن ادريس لا يكفي ذلك بل لابد من الايمان الاثنا عشري ، واختاره
العلامة^(١) . وهو الحق ، لما قلناه من عدم يقين البراءة بغيره .

(الثالثة) يكفي في الايمان التبعية للابوين خاصة مطلقاً ، وقال ابن الجنيد
لايجزي في القتل الا البالغ الحنث^(٢) . لرواية الحسين بن سعيد ورواية معمر
ابن يحيى عن الصادق عليه السلام^(٣) ، وهو محمول على الندب . والمراد بالحنث
الطاعة والمعصية أي يكتبان عليه .

والاقوى الاول ، لقوله تعالى « وأتبعناهم ذرياتهم بايمان ألحقنا بهم
ذرياتهم »^(٤) ، ومعنى الاتباع في الايمان هو الحاق أحكامه بهم .
(الرابعة) من قال بكفر ولد الزنا لايجزي عتقه عنده ، ومن قال بايمانه اذا
وصف الايمان قال باجزائه . وهو الحق ، لانه مؤمن فيدخل تحت النص ، لرواية
سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام : لا بأس بأن يعتق ولد الزنا^(٥) .
نعم يشترط في ايمانه المباشرة ولا يكفي التبعية ، اذ لا نسب هنا ، فيشترط
حيثئذ البلوغ . ولا يكفي اسلام المراهق مطلقاً ، لرفع القلم عنه . نعم تجب
الفرقة بينه وبين من يخشى أن يستزله عن عزمه .
(الخامسة) الاخرس المتولد من كافرين مع بلوغه وعقله تكفي اشارته الدالة

(١) المختلف ، الجزء الخامس : ١١٥ .

(٢) بلغ الغلام الحنث اى الادراك والبلوغ . وقيل : اذا بلغ مبلغاً جرى عليه القلم
بالطاعة والمعصية .

(٣) الكافي ٤٦٢/٧ ، ورواية الحسين بن سعيد قد مرت قبيل هذا .

(٤) سورة الطور : ٢١ ، والاية هكذا «والذين آمنوا واتبعتهم ذرياتهم بايمان ألحقنا بهم

ذرياتهم وما اتناهم من عملهم من شيء كل امرئ بما كسب رهين » .

(٥) التهذيب ٢١٨/٨ ، الفقيه ٨٦/٣ ، الكافي ١٨٢/٦ .

وان تكون سليمة من العيوب التي تعتق بها .
وهل يجزى المدبر ؟ قال فى « النهاية » : لا ، وفى غيرها
بالجواز ، وهو أشبه .

على ايمانه .

قوله : وان تكون سليمة من العيوب التي تعتق بها
العيوب التي تعتق [بها] هي العمى والاقعاد والجدام والتكليل ، أما ماعداها
من سائر أنواع العيوب كالمرض المدنف^(١) والعمور والعرج فيجزى العتق في
الكفارة معه .

وقال ابن الجنيد لايجزى الخصي والاصم والآخرس ، وقال الشيخ في
الخلافة^(٢) يجزى مقطوع اليدين والرجلين واحدى اليدين واحدى الرجلين ،
محتجاً بقوله تعالى « فتحري ربة مؤمنة »^(٣) . والحق أن مقطوع الرجلين معاً
غير مجز لاقعاده وما عداه مجز .

قوله : وهل يجزى المدبر ، قال فى النهاية لا وفى غيرها بالجواز ،
وهو أشبه

لا كلام فى اجزائه مع تقدم نقض تدبيره ، أما مع عدمه فقال فى النهاية^(٤)
لايجزى اعتماداً على رواية ، وقال ابن ادريس^(٥) والمصنف والعلامة يجزى .
وهو أشبه ، لحصول الملك الذي هو شرط فى الصحة وانتفاء المانع ، اذ
ليس الا التدبير ، وهو يبطل بقصد العتق عن الكفارة لانه وصية يجوز الرجوع

(١) الدنف بالتحريك : المرض الملازم ، والمريض المدنف اى المثقل فى المرض .

(٢) الخلافة ٢٢/٣ .

(٣) سورة النساء : ٩١ .

(٤) النهاية : ٥٦٩ .

(٥) السرائر : ٣٦٠ ، والقواعد ، الطرف الثانى من المقصد الثالث فى الكفارات .

ويجزىء الابق مالهم يعلم موته ، وأم الولد .

فيها صريحاً أو فحوى .
وكذا اختلف في اجزاء المكاتب المشروط والمطلق الذي لم يؤد شيئاً ،
فقال الشيخ^(١) لا يصح لعدم تمامية الملك ، وقال ابن ادريس^(٢) بالصحة لانه مملوك
وكل مملوك يصح عتقه ، واختار العلامة في المختلف الاول وفي القواعد الثاني .
وهو الحق .
أما المطلق المؤدي بعض كتابته فلا يجزي لسبق حرية بعضه فلا يكون
العتق لرقبة كاملة .

قوله : ويجزى الابق مالهم يعلم موته

هذا هو المشهور ، ذكره الشيخ في النهاية والمبسوط وابن ادريس ، قال
وعليه دلت أخبار أصحابنا المتواترة .
وقال في الخلاف : ان علم حياته اجزأ عتقه ، وان لم يعلم لم يجز . وبين
القولين فرق ، وهو أن المشكوك في حياته مجز على قوله الاول وغير مجز على
قوله الثاني .

والحق ما اختاره العلامة في المختلف ، وهو عدم الاجزاء عند الشك في
حياته ، لان الاحكام الشرعية منوطة بالعلم أو الظن ، وحيث يفقدان لم يجز أن
يناط فيهما حكم شرعي ، والاستصحاب حجة مع عدم المعارض .

قوله : وام الولد

لا أعرف هنا مخالفاً ، الا ابن الجنيد فانه قال الاجود أنه لا يجزي . والحق
خلافه ، لانها مملوكة يصح بيعها فيجوز عتقها ، اذ لا قائل بالفرق . وتؤيده

(١) النهاية : ٥٦٩ .

(٢) السرائر : ٣٦١ .

وأما الصيام : فيتعين مع العجز عن العتق في المرتبة .
ولاتباع ثياب البدن ، ولا المسكن في الكفارة ، اذا كان قدر
الكفاية ، ولا الخادم .

ويلزم الحرفي كفارة قتل الخطأ أو الظهار صوم شهرين متتابعين
والمملوك صوم شهر .

رواية السكوني عن الصادق عن الباقر عن زين العباد عليهم السلام قال : أم
الولد تجزي في الظهار^(١) .

قوله وأما الصيام - الى قوله : اذا كان قدر الكفاية

الضمير في « كان » عائد الى المسكن ، يريد أنه اذا لم يشتمل على زيادة
لا يباع ، أما مع الزيادة فيباع الفاضل ويصرف في الرقبة مع وفائه بأقل رقبة
مجزية ، وكذا لا يباع لولم يزد وان غلا ثمنه وأمكن الاستبدال بالرخيص عنه
مع بقاء فضلة تفي بالرقبة ، لاصالة البراءة وشمول النص للغالي وعدم وجوب
تحصيل شرط الواجب المشروط وارتفاع القيمة لا يعد ما لا يناط به التكليف .

قوله : والمملوك صوم شهر

هذا قول الشيخين والقاضي اعتماداً على رواية محمد بن حمران صحيحاً
عن الصادق عليه السلام : عليه نصف ما على الحر صوم شهر وليس عليه كفارة
من صدقة ولا عتق^(٢) . والتقي وابن زهرة وابن ادريس لم يفرقوا بينه وبين الحر
في ايجاب الشهرين لعموم الاية .

وأجيب : بأن الخاص مقدم .

(١) التهذيب ٣١٩/٨ ، الفقيه ٣٤٦/٣ ، وفيهما عن علي عليه السلام .

(٢) التهذيب ٢٤/٨ ، الفقيه ٣٤٦/٣ ، الكافي ١٥٦/٦ .

فاذا صام الحر شهراً ومن الثاني شيئاً ولو يوماً أتم .
ولو أفطر قبل ذلك أعاد الاعتذر كالحيض ، والنفاس ، والاعضاء
والمرض ، والجنون .

قوله : فاذا صام الحر شهراً ومن الثاني ولو يوماً أتم ، ولو أفطر
قبل ذلك أعاد الاعتذر كالحيض والنفاس والاعضاء والمرض والجنون
هنا فوائد :

(الاولى) لاختلاف أنه لو أفطر خلال الشهر الاول لغير عذر أنه يستأنف
الصيام ، بخلاف ما لو كان لعذر ، فانه يبني عند زواله .
وذكر المصنف من الاعتذار خمسة ، ويزيد على ذلك كل سفر ضروري
بحيث يشمل عدمه على تلف نفس أو مال أو مرض ، وكذا السفر الواجب .
أما لو أكره على الإفطار فقال الشيخ ان وجر في حلقه فهو معذور بخلاف
من ضرب حتى أفطر ، والوجه عدم الفرق في كون ذلك عذراً .
(الثانية) لو علم طربان ما يقطع التتابع لم يجز له الصوم بل يجب التأخر
الى زمان يسلم فيه الشهر واليوم .

(الثالثة) لو صام من الثاني يوماً كفى في التتابع ، ولو صام باقيه متفرقاً اجزأ .
وهل يكون مأثوماً؟ تردد فيه المصنف في الشرائع^(١) من وجوب المتابعة فالمخل
بها آثم الا لعذر ولا منافاة بين جواز البناء والاثم ، ومن أن جواز التفريق دليل
على عدم الاثم والا لم يكن التفريق جائزاً . هذا خلف .

ونقل عن المفيد وابن الجنيد وابن زهرة الاول ، والفتوى على الثاني
لتعلق النهي بالإفطار .

(الرابعة) العبد اذا تابع خمسة عشر يوماً كفاه ولو فرق الباقي أجزاءه .

(١) الشرائع ٢/٢١١ .

وأما الاطعام : فيتمعين في المرتبة مع العجز عن الصيام .
ويجب اطعام العدد لكل واحد مد من طعام ، وقيل مدان مع
القدرة . ولا يجزى اعطاؤه لما دون العدد .
ولا يجوز التكرار من الكفارة الواحدة مع التمكن ، ويجوز
مع التعذر .

(الخامسة) المراد بالشهر اما العدة بين الهالين أو ثلاثون يوماً ، فالصائم
في أثناء شهر يصوم الهـ لالي بعده ويكمل الاول بثلاثين على الاقوى ، لا أن
يصوم قدر الفأثت ، فان ذلك ليس شهراً بأحد التفسيرين .
(السادسة) لو جامع المظاهر نهاراً كان افطاراً قطعاً فيبطل التكفير لو كان
في الشهر الاول اجماعاً ، أما لو جامع ليلاً مطلقاً أو في نهار الثاني بعد أن صام
منه يوماً فهل تبطل الكفارة ويجب الاستيناف ؟ قال الشيخ في المبسوط نعم ،
واختاره العلامة . وهو الحق ، لقوله تعالى « فصيام شهرين متتابعين من قبل أن
يتماسا »^(١) وهذا قد ماس قبل الشهرين فلم تقع الكفارة على الوجه المأمور فلا
تجزى فيلزمه كفارتان .
وقال ابن ادريس لا يجب الاستيناف بل كفارة واحدة أخرى ، لكونه وطئاً
قبل التكفير التام . والفتوى على الاول .

قوله : لكل واحد مد من طعام وقيل مدان مع القدرة

الاول قول ابن بابويه ، واختاره الحلبيون ، لما رواه [في رواية ن] عبدالله

ابن سنان عن الصادق عليه السلام صحيحاً : أطعم ستين مسكيناً مداً مداً^(٢) .

(١) سورة المجادلة : ٤٤ . وهو قوله تعالى : « فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا » .

(٢) التهذيب ٨ / ٣٢٢ .

والثاني قول الشيخ في النهاية والمبسوط^(١)، محتجاً بالاجماع والاحتياط.
والاجماع ممنوع والاحتياط معارض بأصالة البراءة .
وقال التقي والمفيد^(٢) وسلار بحد الاشباع ، فحينئذ قد يجزي أقل من مد
إذا حصل المعنى .
وهنا فوائد :

(الاولى) يجب اطعام ما يسمى طعاماً كالحنطة والشعير ودقيقهما وخبزهما ،

ويجوز التمر والزبيب والدخن لأنها تقنات .
(الثانية) قيل يجب في كفارة اليمين أن يطعم من أوسط ما يطعم أهله ،
وحمل على الافضلة . وكذا الافضل أن يطعم ما يغلب على قوته من المذكورات .
(الثالثة) لايجوز دفع القيمة بل العين لاغير ، فلو أراد الرفق دفع مداً ثم
اشتراه ودفعه الى آخر وهكذا . لكنه مكروه .
(الرابعة) قال ابن الجنيدي : لو دفع حباً وجب دفع مؤنة طحنه وخبزه .
وكذا قال : يجب الغداء والعشاء . والفتوى على خلافه فيهما .
(الخامسة) يجب في المستحق شرائط أخذ الزكاة . نعم هل يجزي الفقير
هنا أم لا ؟ والحق ان قلنا انه اسوأ حالاً أجزاءً والافلا .
وكذا لايجزي ابن السبيل والغارم والغازي مع ملكهما مؤنة السنة .
وقال الشهيد : ان أمكن ابن السبيل الاستدانة منع والا أعطي .
وفي المكاتب خلاف : منعه الشيخ لانه قسم للمساكين ، وجوزه العلامة

(١) النهاية : ٥٦٩ ، المبسوط ١٧٧/٥ .

(٢) المقنعة : ٨٨ ، وقال فيه : او اطعامهم لكل مسكين شعبة في يومه ولا يكون في
جملتهم صبي صغير ولاشيخ كبير ولا مريض ، وادنى ما يطعم كل واحد منهم مد من طعام ، وهو
رطلان وربع .

ويطعم ما يغلب على قوته ، ويستحب أن يضم اليه أدمأ أعلاه
اللحم ، وأوسطه الخل ، وأدناه الملح .
ولا يجزى اطعام الصغار منفردين ، ويجوز منضمين .
ولو انفردوا احتسب الاثنان بواحد .

كالزكاة . والاقوى عندي الاقتصار على منطوق النص ، وهو الحصر في المساكين
ليقين البراءة معه .

قوله : ويستحب أن يضم اليه ادمأ (١) - الى آخره
قال المفيد (٢) يجب الضم ، والمراد بالادم ماجرت العادة بأكله مع الخبز
مائعاً كان كالزيت والدبس أو جامداً كالجبين واللحم . وتابعه سلال مستندين
الى رواية ابي بصير عن الباقر عليه السلام (٣) وابى جميلة عن الصادق (٤) عليه
السلام ، وحملنا على الاستحباب ، للاصل ولانه غير مذكور في رواية الحلبي
عن الصادق عليه السلام (٥) .

قوله: ولا يجزى اطعام الصغار منفردين ويجوز منضمين ، ولو انفردوا
احتسب الاثنان بواحد
هنا فوائد :

(الاولى) ما ذكره المصنف هو قول الشيخ في النهاية (٦) والقاضي ، استناداً

(١) في المختصر النافع المطبوع: أدمأ. الادام ما يؤتدم به مائعاً كان أو جامداً، وجمعه
أدم مثل كتاب وكتب .

(٢) المقتعة : ٨٨ .

(٣) الوسائل ١٥ / ٥٦٦ .

(٤) الوسائل ١٥ / ٥٦٥ .

(٥) الوسائل ١٥ / ٥٦٥ .

(٦) النهاية : ٥٦٩ .

الى رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام^(١). وقال المفيد^(٢) لا يجوز أن يكون فيهم صغير ولا شيخ كبير ولا مريض ، معتمداً على رواية غياث عن الصادق عليه السلام^(٣) . وحملها الشيخ على كونهم منفردين^(٤) . وقال ابن الجنيد وابن بابويه في المقنع^(٥) لا يجوز الصغار في كفارة اليمين .

(الثانية) احتساب الاثنين بواحد في الاطعام لا في الدفع ، فلو سلم اليهم سلم الى الصغير مثل الكبير . نعم يشترط في الصغير اذن الولي . وظاهر الشيخ في الخلاف^(٦) أنه لا يشترط اذنه في التسليم أيضاً . والفتوى على خلافه .

(الثالثة) قال الشيخ^(٧) : اذا لم يجد المؤمنين ولا أطفالهم أطعم المستضعف معتمداً على رواية يونس عن ابي الحسن عليه السلام^(٨) ، ومنعه ابن ادريس^(٩) . وهو الحق ، لان مصرفها مصرف الزكاة . وقال القاضي ونعم ما قال : اذا لم يجد المؤمنين ولا أولادهم تبقى في ذمته الى أن يجدهم .

(١) والظاهر هو الحديث الذي مر آنفاً ، واخرجه في الوسائل عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل « من اوسط ما تطعمون اهليكم » قال : هو كما يكون ان يكون في البيت من يأكل المد ومنهم من يأكل اكثر من المد ومنهم من يأكل أقل من المد فبين ذلك . الخ .

(٢) المقنع : ٨٨ .

(٣) الوسائل ٥٧٠/١٥ .

(٤) الاستبصار ٥٣/٤ .

(٥) المقنع : ١٣٦ .

(٦) الخلاف ٢٧/٣ .

(٧) النهاية : ٥٧٠ .

(٨) التهذيب ٢٩٧/٨ .

(٩) السرائر : ٣٦١ .

مسائل :

(الاولى) كسوة الفقير ثوبان مع القدرة . وفى رواية يجزى الثوب الواحد ، وهو أشبه .
وكفارة الايلاء مثل كفارة اليمين .

قوله : كسوة الفقير ثوبان مع القدرة ، وفى رواية يجزى الثوب الواحد وهو أشبه

روى الحلبي عن الصادق عليه السلام : ان الكسوة ثوبان^(١) . وروى ابو بصير عنه عليه السلام : ثوب واحد^(٢) ، فاختلف الاصحاب في الجمع بينهما على

أقوال :

(الاول) قول الشيخ^(٣) أن الثوبين للقادر والثوب الواحد للعاجز ، وكذا فصل التقي .

(الثاني) قول ابن الجنيد أن الثوبين يعطاهما المرأة ، لانه لاتصح صلاتها الا في درع وخمار ، والثوب الواحد يعطاه الرجل لصحة صلاته فيه .

(الثالث) حمل رواية الثوبين على الندب والواحد على الوجوب ، وهو الاجود وعليه الفتوى .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) يكفي في الثوب مسماه ولو ازاراً أو رداءً أو سراويل ، ولا يجزى المنطقة والدرع والنعل .

(١) الوسائل ٥٦٧/١٥ .

(٢) الوسائل ٥٦٦/١٥ .

(٣) النهاية : ٥٧٠ .

(الثانية) من عجز عن العتق فدخل في الصيام ثم تمكن من العتق لم يلزمه العود وان كان أفضل .

(الثالثة) كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز صام ثمانية عشر يوماً .

فان لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام ، فان لم يستطع استغفر الله سبحانه .

(الرابعة) يشترط في المكفر البلوغ ، وكمال العقل ، والايمان ونية القربة ، والتعيين .

(الثانية) لا يشترط كونه جديداً بل يكفي ولو غسلاً بقيت اكثر منفعة . نعم الجديد أفضل .

(الثالثة) على قدر المكسوان كان صغيراً فيكفي ما يواريه ولو كانوا منفردين وكذا في الرجل القصير والطويل ، فلو أعطي الكبير ما يوارى الصغير فلا شبهة عدم الاجزاء لانتفاء المعنى المشروع لاجله .

(الرابعة) يجب كونه من جنس ما يصلح فيه المكسوس ، فيجوز القطن والكتان والصوف والشعر والوبر من المأكول والفرو ومنه والحريير للنساء للرجال .

(الخامسة) لايجوز هنا أيضاً اعطاء القيمة بل العين كما تقدم .

قوله : **ونية القربة والتعيين**

هنا مسألان :

(الاولى) من نية القربة لكون التكفير عبادة مشروطة بالاخلاص الذي هو

معنى التقرب ، ولان العتق والصوم والاطعام تحتمل وجوهاً من العبادة ، فلا يختص بأحدها الابالنية .

ويلزم من اشتراط القربة أن يكون مجرداً عن العوض والا لم يكن مخلصاً
فلو أعتق عبده عن كفارته وشرط عليه عوضاً لم يجز لعدم تمحض المعتق للقربة.
وكذا لو قال له أجنبي أعتق عبدك عن كفارتك ولك علي كذا لم يجز، لما قلناه
من عدم التمحض للقربة . وكذا لا يقع أيضاً عن غير الكفارة لعدم القصد .
(الثانية) اختلف في اشتراط التعيين ، فقال الشيخ في النهاية والخلاف (١)
يشترط التعيين مع الاختلاف ، وقال في المبسوط (٢) لا يشترط ، وقال المصنف
في الشرائع (٣) يعتبر نية التعيين ان اجتمعت أجناس مختلفة على الاشبه ، واستشكل
اشتراط التعيين لو كانت من جنس واحد . ووجه الاشبهية ما تقدم من أن النية
وضعت لتمييز المشتركات ، ووجه الاشكال من أن كل واحد منهما عمل يشترط
تعيينه ، ومن أن التكفير جنس شامل فيتناول جملة ما تحته من الجزئيات .
والمراد بالتجانس في كلامه التجانس في السبب لافي كيفية الكفارة ، فالقتل
والظهار حينئذ جنسان .

وأما العلامة فقال في القواعد (٤) يجزى الاطلاق مع اتحاد السبب كإفطار
يومين أو قتلي خطأ لامع اختلافه ، وقال في المختلف (٥) يشترط التعيين ان كان
السبب مختلفاً والحكم مختلفاً ككفارة الظهار ورمضان والا لا يشترط :
أما الاول فلانه اذا أعتق من غير تعيين لم يكن صرفه الى احدي الكفارتين
بأولى من الاخرى ، لكن صرفه الى الظهار يبقى التخيير بين الخصال الثلاث
وصرفه الى كفارة رمضان يقتضي تعيين العتق مرة ثانية، وهما مختلف فلا أولوية

(١) الخلاف ٢١/٣ .

(٢) المبسوط ٢٠٩/٦ .

(٣) الشرائع ٢١٠/٢ .

(٤) القواعد، المطلب الثاني من الطرف الثاني من المقصد الثالث من كتاب الايمان.

(٥) المختلف ، الجزء الخامس : ١١٤ .

كتاب اللعان

والنظر في أمور أربعة :

قوله : كتاب اللعان

اللعان^(١) لغة مطلق المباهلة ، وشرعاً مباهلة بين الزوجين لازالة حد أو قطع نسب ولد بلفظ مخصوص عند الحاكم ، وهو فعال من اللعن ، وهو الطرد والابعاد . ومشروعيته بالكتاب في قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الأنفسهم »^(٢) وبالسنة في قضية هلال بن امية لمارمى زوجته بشريك بن سحماء فنزلت الايات^(٣) ، وقضية عويمر العجلاني حين جاء الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال : يا رسول الله الرجل يجد مع امرأته رجلاً فقتله فقتلونه وان هو صبر صبر على أمر من العلقم وان ذهب ليحجيء بالبينة بلغ مراده منها .

(١) قال في الشرح الكبير : هو لغة المباهلة المطلقة او فعال من اللعن ، وهو الطرد والابعاد من الخير ، والاسم اللعنة . وشرعاً المباهلة بين الزوجين بكلمة مخصوصة في ازالة حد او نفى ولد عند الحاكم . الى آخر ما قال .

(٢) سورة النور : ٦ .
(٣) سنن ابى داود ٢٧٦/٢ ، سنن ابن ماجه ٦٦٨/١ ، مجمع البيان ١٣٨/٧ ، التفسير الكبير للفخر الرازى ١٥٣/٢٣ ، ١٦٤ ، ١٦٦ .

الاول : - السبب ، وهو امران :

(الاول) قذف الزوجة بالزنى مع ادعاء المشاهدة وعدم البينة .

ولا يثبت لو قذفها في عدة بائنة ، ويثبت لو قذفها في رجعية .

(الثاني) انكار من ولد على فراشه لسته أشهر فصاعداً من زوجة

موطوءة بالعقد الدائم ، ما لم يتجاوز أقصى الحمل .

فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك قرآناً فاذهب فأت بها فتلاعنا^(١) .

والاية وان نزلت في هلال لكن تقرر في الاصول أن خصوص السبب لا

يخصص ، مع قوله صلى الله عليه وآله وسلم : حكمي على الواحد حكمي على

الجماعة^(٢) .

قوله: الاول السبب وهو امران «الاول» قذف الزوجة بالزنا مع ادعاء

المشاهدة وعدم البينة .

هنا فوائد : (١) قذف الزوجة بالزنا في عدة بائنة ، فلا يثبت لو كانت

(الاولى) قيد المصنف في الشرائع الزوجة بكونها محصنة ، فلا يثبت لو كانت

مشهورة بالزنا حد وللعان .

(الثانية) لو لم يدع المشاهدة فهو قاذف ان أقام البينة فلا شيء عليه والاحد

للقذف ، وكذا لو كان أعمى .

(الثالثة) هل يثبت اللعان مع وجود البينة ؟ قال الاكثر لانظراً الى قوله

(١) صحيح البخارى ٧٩٩/٢ ، سنن ابى داود ٢٧٣/٢ ، سنن ابن ماجه ١/٦٦٧ .

اسدالغاية ١٥٨/٤ ، الاصابة ٤٥/٥ .

(٢) عوالى اللثالى ٩٨/٢ .

تعالى « ولم يكن لهم شهداء الأنفسهم »^(١)، ولرواية ابن عباس: ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لهلال بن امية: البينة والافخذ في ظهرك^(٢). وقال الشيخ في الخلاف^(٣) نعم، واختاره العلامة في المختلف^(٤)، محتجاً بأن الآية خرجت مخرج الاغلب، والحكم المقيد بالوصف الخارج مخرج الاغلب لا يدل على نفيه عما عداه.

واختار المصنف في الشرائع الاول^(٥)، وجعله أشبه. وهو الاقرب، لان اللعان أمر شرعي يتوقف ثبوته على حكم الشارع ولم يثبت الامع عدم البينة، ولا يستدل بمفهوم الآية ليكون من باب دليل الخطاب. (الرابعة) هل الاعتبار بالزوجية حال القذف أو حال الزنا؟ قال الشيخ في المبسوط بالاول^(٦)، لعموم «والذين يرمون المحصنات»^(٧) الآية، ولانه لو قذف المسلمة بزنا اضافته الى زمن الكفر عزر، ولو اعتبر حال القذف لحد. وفيهما نظر: أما الآية فلتخصيصها بآية اللعان، وأما الثاني فلمنع التعزير أيضاً.

(الخامسة) هذا السبب - أعني القذف بالزنا - ذكره الثلاثة وأتباعهم وعلي ابن بابويه وابن الجنيد، ومستنده سبب النزول كما قلناه.

(١) سورة النور: ٦.
(٢) سنن ابى داود ٢/٢٧٦، سنن ابن ماجه ١/٦٦٨ وفيهما «البينة او حد في ظهرك».

(٣) الخلاف ٣/٣١.

(٤) المختلف، الجزء الخامس: ٥٧.

(٥) الشرائع ٢/٢١٥.

(٦) المبسوط ٥/١٩٣.

(٧) سورة النور: ٤.

وكذا لو أنكره بعد فراقها ولم تتزوج ، أو بعد أن تزوجت
 وولدت لاقبل من ستة أشهر منذ دخل .
 الثاني : في الشرائط .
 ويعتبر في الملعن البلوغ وكمال العقل .
 وفي لعان الكافر قولان أشبههما : الجواز ، وكذا المملوك .

والصدوق في المقنع^(١) حصره في نفي الولد، محتجاً برواية ابي بصير عن
 الصادق عليه السلام : لا يكون اللعان الابنفي الولد^(٢) .
 وأجيب : بأن في طريقها عبدالكريم بن عمرو وهو واقفي، مع أن حصرها
 منفي بالآية .

قوله : وفي لعان الكافر قولان أشبههما الجواز ، وكذا المملوك
 هنا مسألتان :

(الاولى) ان الكافر هل يقع منه اللعان أم لا؟ قال الشيخ^(٣) في النهاية
 والمبسوط والخلاف والصدوق في المقنع^(٤) والتقي والقاضي نعم، لعموم الآية
 ولرواية الحلبي حسناً عن الصادق عليه السلام^(٥) .

وقال المفيد^(٦) وسلار وابن الجنيد لا ، لرواية ابن سنان عن الصادق عليه

(١) المقنع : ١٢٠ .

(٢) التهذيب ١٨٥/٨ ، الاستبصار ٣٧١/٣ .

(٣) النهاية : ٥٢٣ ، المبسوط ١٨٢/٥ ، الخلاف ٣١/٣ .

(٤) المقنع : ١٢٠ .

(٥) التهذيب ١٩٥/٨ .

(٦) المقنعة : ٨٥ .

وفي الملاعنة البلوغ ، وكمال العقل ، والسلامة من الصمم
والخرس .

ولو قذفها مع أحدهما بما يوجب اللعان حرمت عليه .
وأن يكون عقدها دائماً .

وفي اعتبار الدخول قولان ، المروى أنه لا يقع قبله .
وقال ثالث بثبوته بالقذف دون النفي للولد .

السلام^(١) ، ولان اللعان شهادة لقوله «ولم يكن لهم شهداء الأنفسهم»^(٢) . ويشترط
فيه لفظ الشهادة ، فيشترط فيه الاسلام . وفصل ابن ادريس^(٣) فجوزه لنفي الولد
للقذف .

(الثانية) هل يقع من المملوك؟ قال الشيخ والصدوق والتقي والقاضي
وابن الجنييد نعم للعموم، ومنع المفيد وسلار، وفصل ابن ادريس^(٣) كما تقدم
والحجة لكل ما تقدم .

قوله : وفي اعتبار الدخول قولان ، المروى انه لا يقع قبله ، وقال
ثالث بثبوته بالقذف دون نفي الولد

قال الشيخ^(٤) والقاضي والتقي وابن زهرة يشترط الدخول ، لرواية محمد
ابن مضارب عن الصادق عليه السلام قال : لا يكون ملاعناً حتى يدخل بها^(٥) .

(١) التهذيب ١٨٨/٨ ، الفقيه ٣٤٧/٣ ، الاستبصار ٣٧٣/٣ .

(٢) سورة التور : ٦ .

(٣) السرائر : ٣٣٠ .

(٤) النهاية : ٥٢٢ .

(٥) التهذيب ١٩٧/٨ ، الفقيه ٥٢٨/١ ، الاستبصار ٢٢٥ : قولنا (٥)

ويثبت بين الحر والمملوكة ، وفيه رواية بالمنع ، وقول ثالث بالفرق .

وكذا في رواية ابي بصير موثقاً عن الصادق عليه السلام^(١) وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد .

ونقل ابن ادريس^(٢) قولاً بعدم اشتراطه عملاً بعموم الاية ، ثم انه فصل وأحسن في تفصيله بأنه يشترط في نفي الولد الدخول ، لانه قبل الدخول غير لاحق به ، أما الرمي بالزنا فلا يشترط فيه . وهو القول الثالث المشار اليه . قال ابن ادريس : وبهذا التفصيل يرتفع الخلاف ، لان القائل الاول أراد به نفي الولد والثاني أراد القذف .

قال السعيد^(٣) : وهذا صلح من غير تراض من الخصمين . قلت : لان دعوى الارادة مع صريح التعميم غير معلوم من القائل . نعم لوقال وبهذا التفصيل يجمع بين القولين كان أنسب .

قوله : ويثبت بين الحر والمملوكة ، وفيه رواية بالمنع ، وهو قول ثالث بالفرق

أما الثبوت فلعوم الاية ، ولرواية محمد بن مسلم عن أحدهما^(٤) عليهما السلام صحيحاً ، وهو قول الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف والصدوق^(٥)

(١) التهذيب ١٩٢/٨ ، الفقيه ٣٤٦/٣ .

(٢) السرائر : ٣٣٠ .

(٣) الايضاح ٤٤٤/٣ ، قال فيه بعد نقل تفصيل ابن ادريس : والتفصيل حسن لكن نقله عن الاصحاب صلح من غير تراض الخصمين .

(٤) التهذيب ١٨٨/٨ ، الفقيه ٣٤٧/٣ ، الاستبصار ٣٧٣/٣ .

(٥) النهاية : ٥٢٣ ، المبسوط ١٨٢/٥ ، الخلاف ٣١/٣ ، المقنع : ١٢٠ .

ويصح لعان الحامل ، لكن لا يقام عليها الحد حتى تضع .
الثالث : - الكيفية : وهو أن يشهد الرجل أربعاً بالله ، انه لمن
الصادقين فيما رماها به ، ثم يقول « ان لعنة الله عليه ان كان من
الكاذبين » ثم تشهد المرأة أربعاً انه لمن الكاذبين فيما رماها به .

وابن الجنيذ ، واختاره العلامة في المختلف^(١) .

وأما الرواية بالمنع فهي رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام صحيحاً:

لا يلاعن الحر الامة^(٢) الحديث . وبها قال المفيد^(٣) .

وأجيب : بالحمل على المنكوحة بالملك ، جمعاً بينها وبين رواية ابن

مسلم المتقدمة .

وأما القول الثالث - وهو الفرق بثبوتة في نفي الولد دون القذف - فوجهه

أنه لا حد في قذف الرق .

وفيه نظر ، لانه وان لم يكن حد لكنه يثبت التعزير ، فلم لا يثبت اللعان

لاسقاطه .

قوله : ويصح لعان الحامل لكن لا يقام عليها الحد حتى تضع

لاخلاف أنه لو اعترفت أو نكلت لا يقام عليها الحد الا بعد الوضع ، لكن

المفيد^(٤) منع من لعانها قبل الوضع ، وتبعه سلا والفتي ، لرواية ابى بصير عن

الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام انه قال : يلاعن في كل حال الا أن

(١) المختلف ، الجزء الخامس : ٥٤ .

(٢) التهذيب ١٨٨/٨ ، الاستبصار ٣٧٣/٣ ، الفقيه ٣٤٧/٣ .

(٣) المقنعة : ٨٥ .

(٤) المقنعة : ٨٥ .

(١) : ٥٦٠ .

ثم تقول : ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين .
والواجب فيه النطق بالشهادة ، وأن يبدأ الرجل بالتلفظ
باللفظ العربي مع القدرة . والمستحب أن يجلس الحاكم مستدبر
القبلة ، وأن يقف الرجل عن يمينه ، والمرأة عن يساره ، وأن
يحضر من يسمع اللعن .

تكون حاملاً^(١) ، ولان وضع الحمل قد يعلم به صدق أحدهما اذا علم وقت
الدخول بها فيؤخر اللعان لذلك .
وقال الشيخ يصح لعانها لعموم الآية ، والحمل غير صالح للتخصيص ، فان
وجوب الحد لو نكلت لا يستلزم اقامته حتى يخصص العموم به .
قوله : والواجب فيه النطق بالشهادة
هنا فوائد :

(الاولى) يجب هنا النطق بالشهادة كما ذكر ، فلو غير أو بدل ما يفيد المعنى
لم يجز .
(الثانية) يجب ذكر اللعن في الرجل والغضب في المرأة ، فلو عكس أو
أتى بالمرادف أو أتى بالظاهر بدل الضمير كقوله «على نفسي» أو «على فلان»
وذكر اسمه لم يجز .
(الثالثة) لو كان أخرس أشار بما يفهم منه ، كما في الاحكام من اقرار وشهادة
وغيرهما . وتوقف ابن ادريس^(٢) لعدم العلم باشارته . فليس بشيء ، لسماح اقراره
بالقتل بمجرد اشارته المعقولة فهنا أولى .

قوله : والمستحب ان يجلس الحاكم مستدبر القبلة وان يقف الرجل
عن يمينه والمرأة عن يساره

(١) التهذيب : ١٩٠/٨ ، الاستبصار ٣/٣٧٥ .

(٢) السرائر : ٣٣٠ .

ووعظ الرجل بعد الشهادة قبل اللعن ، وكذا المرأة قبل ذكر
الغضب .

الرابع : فى الاحكام وهى اربعة :
(الاول) يتعلق بالقذف وجوب الحد على الزوج ، وبلعانه سقوطه
وثبوت الرجم على المرأة ان اعترفت أو نكلت ، ومع لعانها سقوطه
عنها ، وانتفاء الولد عن الرجل ، وتحريمها عليه مؤبداً .

ولو نكل عن اللعان ، أو اعترف بالكذب حد للقذف .
(الثانى) لو اعترف بالولد فى أثناء اللعان لحق به وتوارثا وعليه

الحد .
ولو كان بعد اللعان لحق به وورثه الولد ولم يرثه الاب ومن
لا يتغرب به ، ويرثه الام ، ومن يتغرب بها .

هنا فائدتان :

(الاولى) المشهور أن اللعان انما يقع عند الامام أو نائبه ، للاحتياج الى
معرفة أحكام يحتاج فيهما الى الامام أو من يقوم مقامه من نائب أو مجتهد حال
الغيبة . وقال الشيخ فى المبسوط انه يقع عند من يرضى به الزوجان .

(الثانية) الاكثر على أن المرأة تكون قائمة فى حال تلفظ الرجل ، لرواية
عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام فى حكاية اللعان زمن النبى
الى أن قال : فأوقفهما رسول الله «ص» ثم قال للرجل : اشهد - الى آخره^(١) .

(١) التهذيب ١٨٤/٨ ، الفقيه ٣٤٩/٣ .

وفي سقوط الحد هنا روايتان ، أشهرهما : السقوط .
ولو اعترفت المرأة بعد اللعان بالزنى لم يثبت الحد الا أن تقر

وقال الشيخ وابنا بابويه وابن ادريس تكون قاعدة لرواية البزنطي عن
الرضا عليه السلام^(١) .

قوله : وفي سقوط الحد هنا روايتان أشهرهما السقوط
رواية عدم السقوط عن محمد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام^(٢) ، وعمل
بها المفيد^(٣) وابن ابي عقيل والشيخ في المبسوط^(٤) والخلاف والعلامة في
القواعد^(٥) ، لما في اللعان من تأكيد القذف وتكراره واشتهاره ، فكان أولى بثبوت
الحد ، لانه اقر بأنه كذب فيه .
ورواية السقوط عن الحلبي عن الصادق عليه السلام^(٦) ، وعمل بها الشيخ
في النهاية^(٧) والعلامة في المختلف ، وهو اختيار المصنف . ويريد بقوله هنا
الاعتراف بعد اللعان .

قوله : ولو اعترفت المرأة بعد اللعان بالزنا لم يثبت الحد الا ان تقر

(١) الوسائل ٥٨٧/١٥ ، اخرج عن الكافي بطريقه عن ابن ابي نصر عن جميل عن
محمد بن مسلم قال : سألت ابا جعفر عليه السلام عن الملاعن والملاعنة كيف يصنعان ؟ قال :
يجلس الامام مستدبر القبلة يقيمهما بين يديه مستقبل القبلة بحدائنه ويبدأ بالرجل ثم امرأة .
الخ .

(٢) التهذيب ١٩٤/٨ ، الاستبصار ٣٧٦/٣ .

(٣) المقنعة : ٨٥ .

(٤) المبسوط ١٨٨/٥ .

(٥) القواعد ، المقصد الثالث من الباب الخامس في اللعان .

(٦) التهذيب ١٩٢/٨ ، الفقيه ٣٤٨/٣ .

(٧) النهاية : ٥٢١ .

أربعاً على تردد .
(الثالث) لو طلق فادعت الحمل منه فأنكر ، فاذا أقامت بينة
انه أرخى عليها الستر لاعنها وبانت منه ، وعليه المهر كاملاً . و
هي رواية علي بن جعفر عن أخيه .
وفى «النهاية» وان لم تقم بينة لزمه نصف المهر وضربت مائة
سوط . وفى ايجاب الجلد : اشكال .

اربعاً على تردد

يشأ من قوله في الشرائع^(١) «ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات»
وهذه قد شهدت والعذاب هو الحد فلا موجب لعوده ، ومن أنها أقرت أربعاً ،
وكل من أقر أربعاً ثبت الحد عليه فهو سبب متجدد . واختاره الشيخ في النهاية
وابن ادريس^(٢) .

قوله : لو طلق فادعت الحمل منه فأنكر فان أقامت بينة انه أرخى
عليها الستر لاعنها وبانت منه وعليه المهر كاملاً ، وهي رواية علي بن جعفر
عن أخيه عليه السلام^(٣) ، وفى النهاية وان لم تقم بينة لزمه نصف المهر
وضربت مائة سوط ، وفى ايجاب الحد [الجلد ن] اشكال

توجيه الرواية أن خلوة الشاب الصحيح المزاج بعمره مظنة السدخول ،
فيكون قولها موافقاً للظاهر ، فيكون القول قولها ، فاذا أنكر الزوج فقد أنكر
الظاهر فاحتاج الى اللعان لانها فراشه في الظاهر ، فيجب المهر كاملاً للتحاق

(١) الشرائع ٢/٢١٦ ، ٢١٧ .

(٢) النهاية : ٥٢١ ، السرائر : ٣٣١ .

(٣) التهذيب ٨/١٩٣ .

(١) ١٢٢ : ١٢٢ .

(٢) قولها : ٢٢٥ .

(٣) ٨١٠٦١ : ٨١٠٦١ .

(الرابع) اذا قذفها فماتت قبل اللعان فله الميراث وعليه الحد

للوارث . وفي رواية « ابي بصير » ان قام رجل من اهلها فلا عنه فلا ميراث

له . وقيل : لا يسقط الارث لاستقراره بالموت ، وهو حسن .

الولد به المستلزم للوطى .

وفيه نظر ، لانا نمنع أن كل شاب صحيح المزاج خلى بعمره تكون خلوته مظنة للدخول ، لما شاع وذاع من وقوع السبب المسمى بالربط ، فانه يقع كثيراً . قال ابن ادريس^(١) ونعم ما قال : الرواية مبينة على أن الخلوة دخول ، والصحيح عند المحصلين من أصحابنا أن الخلوة لتأثيرها ، فالقول قول الزوج ، ولا يلزمه سوى نصف المهر ولا لعان بينهما .

هذا كله مع اقامة البينة بالخلوة ، اما مع عدم الاقامة فلا ريب في عدم لزوم المهر كاملاً ، لعدم ثبوت موجه وهو الدخول .

وأما قول الشيخ^(٢) بوجوب جلدتها لعدم ثبوت دعواها فتكون زانية . فليس بشيء ، لان عدم اقامة البينة لا يستلزم كذبها في نفس الامر وثبوت زناها الموجب لجلدها ، ولانها ادعت امراً ممكناً ، فتكون شبهة مسقطه للحد كما دل عليه الحديث المشهور .

قوله : اذا قذفها فماتت قبل اللعان فله الميراث وعليه الحد للوارث وفي رواية ابي بصير^(٣) ان قام رجل من اهلها فلا عنه فلا ميراث له ، وقيل لا يسقط الارث لاستقراره بالموت ، وهو حسن

(١) السرائر : ٣٣١ .

(٢) النهاية : ٥٢٣ .

(٣) التهذيب ١٩٠ / ٨ .

أما الأول وهو ثبوت الميراث فلبقاء الزوجية الى حين الموت وعدم المسقط وهو اللعان ، وأما الثاني: وهو ثبوت الحد فلان القذف موجب للحد ولا يسقط مع عدم التصديق أو العفو الا بالبينة أو اللعان والفرض انتفاؤهما ، فللوارث المطالبة به .

وهل له اسقاطه باللعان؟ قال العلامة في القواعد^(١) نعم ، ولا يفترق الى لعان الوارث ، لعموم الاية ولانه شهادات للاية والشهادة لا يشترط فيها حياة المشهود عليه .

وفيه نظر ، لعدم ورود اللعان الا بين الزوجين والفرض خلافه .
وأما الرواية فعمل بها الشيخ في النهاية^(٢) قال : وان لم يتم أحد يلاعنه فله الميراث ويحد ثمانين سوطاً . وتسبعه القاضي وابن حمزة ، والرواية مقطوعة فلا يعمل بها ، ومثلها رواية أخرى عن زيد بن علي عن ابيه عن علي عليه السلام^(٣) فرجالهما اما زبدي أو عامي فلا عمل عليها أيضاً .

مع أن لعان الوارث غير متصور لكونه مستلزماً للقطع بكذب الزوج الذي لا اطلاع له عليه ، وإيراده على صورة نفي العلم تغيير لصورة اللعان .
قال ابن ادريس : رجع الشيخ عن قوله هذا في المسبوط والخلاف وقال الاحكام الاربعة - أعنى سقوط الحد عن الزوج وانتفاء النسب - وزوال الفراش والتحريم المؤبد - لاتعلق الابلعان الزوجين معاً ، فما لم يحصل اللعان بينهما لا يثبت شيء من هذه الاحكام على مقتضى مذهبنا .
وهو الحق وعليه الفتوى .

(١) القواعد ، المقصد الثالث من الباب الخامس في اللعان .

(٢) النهاية : ٥٢٣ .

(٣) التهذيب ١٩٤/٨ ، الفقيه ٣٤٨/٣ .

ولا يملك الرجل ولا المرأة أحد الابوين وان علوا، ولا الاولاد
وان سفلوا. وكذا لا يملك الرجل ذوات الرحم من النساء المحرمات
كالخاله والعمه وبنت الاخت وبنت الاخ ، وينعتق هؤلاء بالملك
ويملك غيرهم من الرجال والنساء على كراهية ، ويتأكد فيمن يرثه.

وشرعاً تخليص الرقبة من الرق وقيل ازالة قيد الرق من أهله في محله منجزاً
بصيغة مخصوصة تقريباً الى الله تعالى .

وهو معلوم من الكتاب في قوله « واذ تقول للذي أنعم الله عليه وانعمت عليه »^(١)
قال المفسرون نعمة الله بالاسلام ونعمة الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بالعتق .
ومن السنة في قوله صلى الله عليه وآله : من أعتق مؤمناً أعتق الله العزيز الجبار
بكل عضو منه عضواً له من النار^(٢) وهو دليل فضيلته أيضاً .
ولما كان تخليصاً من الرق فلا بد من البحث في الرق وأسباب ازالته ،
فلذلك قدم البحث فيهما .

قوله : ولا يملك الرجل ولا المرأة احد الابوين وان علوا ولا الاولاد
وان سفلوا
هنا فوائد :

(الاولى) في قوله « ولا يملك الرجل » الى آخره ، مناقشة فانه لو لم يملك
لما عتق عليه ، فان سبب العتق الملك كما يجيء ، ونفيه بسبب العتق نفي للعتق ، لان
عدم سبب شيء سبب لعدم ذلك الشيء كما تقرر في الكلام أن عدم المعلول مستند
الى عدم علته . نعم لا يملك ملكاً مستقراً ، فلو قال ولا يستقر ملك الرجل الى آخر

(١) سورة الاحزاب : ٣٧ .

(٢) التهذيب ٢١٦/٨ ، وفيه « مسلماً » بدل « مؤمناً » ، وفيه أيضاً : عضواً من النار .

وهل ينعق عليه بالرضاع من ينعق بالنسب؟ فيه روايتان ،
أشهرهما : انه ينعق . ولا ينعق على المرأة سوى العمودين .
وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه بطل العقد بينهما وثبت الملك .
أما ازالة الرق فأسبابها أربعة : الملك ، والمباشرة ، والسراية
والعوارض ، وقد سلف الملك .

الكلام زالت المناقشة .

(الثانية) اختلف الفقهاء في أن العتق يقع بعد الملك بعدية زمانية أو معه ،
بمعنى أن الشراء سبب للعتق من غير دخول في الملك .

ذهب الى كل من الاحتمالين قوم ، لاحتمال النص لهما . والحق أن الايجاب
والقبول سبب في الملك والملك سبب في العتق ، فيكون العتق مع الملك
بالزمان وبعده بالذات ، كحركة الخاتم مع حركة الاصبع . أو نقول : يقع
الملك في أول آتات العتق ثم يقع العتق في باقيها .

(الثالثة) قيل عتق القرابة مستفاد من قوله تعالى « ان دعوا للرحمن ولداً * وما
ينبغي للرحمن أن يتخذولداً * ان كل من في السماوات والارض الآتي الرحمن
عبداً »^(١) جعل بين البنودية والنبوة منافاة ، لانه نفى البنوة وأثبت العبودية ، فلا
يجتمعان والالكان المثبت عين المنفي . وفيه بحث ذكرناه في الكنز .

قوله: وهل ينعق عليه بالرضاع من ينعق بالنسب؟ فيه روايتان أشهرهما
انه ينعق

رواية ابي بصير و ابي العباس وعبيد كلهم عن الصادق عليه السلام^(٢) تدل على

(١) سورة مريم : ٩٣ ، ٩٤ .

(٢) الفقيه ٣ / ٦٦ ، التهذيب ٨ / ٢٤٣ ، الاستبصار ٤ / ١٧ .

أما المباشرة : فالعتق ، والكتابة ، والتدبير ، والاستيلاء .
وأما العتق : فعبارته الصريحة التحرير ، وفي لفظ العتق تردد ،
ولا اعتبار بغير ذلك من الكنايات وان قصد بها العتق ، ولا تكفي
الإشارة ولا الكتابة مع القدرة على النطق .

العتق ، وعمل بذلك الشيخ والصدوق في المقنع^(١) ويؤيده قوله صلى الله عليه
 وآله وسلم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب^(٢) ورواية عبد الله بن سنان عنه
 عليه السلام^(٣) تدل على عدمه، وكذا رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام ، ورواية
 ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، وأفتى بمضمونها المفيد والتقي وابن ادريس .
 والمشهور قول الشيخ ، وروايته مع ضعف ما رواه المفيد ، أما الأولى ففي
 طريقها سماعة ومحمد بن زياد ، وأما الثانية ففي طريقها ابن فضال .

قوله : أما المباشرة فالعتق والكتابة والتدبير والاستيلاء
 في جعل الاستيلاء سبباً مستقلاً نظر ، لأنه لو كان كذلك لاعتق بمجردده ، وهو
 باطل اجماعاً منا ، بل انما ينعق لدخولها في ملك ولدها فيكون داخل في قسم
 الملك لأسبباً برأسه .

ولو قيل : ان الاستيلاء سبب للملك فيكون سبباً في الجملة . قلنا : موت السيد سبب
 له أيضاً ، فكان ينبغي أن يعد سبباً . ويمكن أن يجاب بأن الاستيلاء سبب مباشر
 بخلاف الموت فإنه من جهته تعالى .

قوله : وفي لفظ العتق تردد

(١) النهاية : ٥٤٠ ، المقنع : ٩٠ .

(٢) سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٣ ، التهذيب ٧ / ٢٩١ ، ٨ / ٢٤٤ ، الوسائل ١٤ / ٢٨٠ .

(٣) التهذيب ٨ / ٢٤٥ .

ولا يصح جعله يمينا . ولا بد من تجريده عن شرط متوقع
أوصفة .

قيل منشأه من أن العتق كناية عن الحرية أو مرادف لها ، فيكون صريحا .
وفيه نظر ، فإن العتق صريح في ازالة الرق لغة وعرفا ، وهما ظاهران ، وشرعا
أيضا للاتفاق على صحته في « أعتقتك » و « تزوجتك » و « جعلت عتقك مهرك » ،
وكذا في صورة عتق الصادق عليه السلام : هذا ما أعتق جعفر بن محمد غلامه
لوجه الله تعالى ^(١) .

ولا خلاف أن الكتابة لا يقع بهما التحرير عندنا ، فلا يخفى ذلك على
المصنف ، بل الاولى أن يكون المنشأ من أن عبارات الاصحاب أكثرها تدل على
الحصر في التحرير ، كقول الشيخ في الخلاف ^(٢) العتق لا يقع الا بقوله « أنت حر »
مع القصد الى ذلك والنية ، وقول التقي انه يفتقر الى لفظ مخصوص وقصد ،
ثم قال : واللفظ قوله « أنت حر لوجه الله تعالى » وقول القاضي اللفظ ان يقول
« أنت حر » وان لم يتلفظ به لم يقع . وهذه العبارات تعطي الحصر .
ومن أنه مرادف للتحرير ، وحكم المترادفين واحد كما تقرر في الاصول ،
فحصل التردد وهو تردد ضعيف ، لان مرادهم بالحصر ليس الا منع الوقوع
بألفاظ الكنايات لانه لا يقع بلفظ « أعتقت » لكونه مرادفاً فيكون صريحا .

قوله : ولا يصح جعله يمينا ، ولا بد من تجريده عن شرط متوقع أوصفة

(١) التهذيب ٢١٦/٨ ، وفيه هكذا : وعنه عن ابراهيم بن ابي البلاد قال : قرأت عتق
ابي عبد الله عليه السلام فاذا هو : هذا ما عتق جعفر بن محمد أعتق غلامه فلاناً لوجه الله لا يريد
منه جزاء ولا شكوراً على ان يقسم الصلاة ويؤتي الزكاة ويحج البيت ويصوم شهر رمضان
ويتولى اولياء الله ويتبرأ من اعداء الله . شهد فلان وفلان ثلاثة .

(٢) الخلاف ٣/٣٧٢ .

ويجوز أن يشترط مع العتق شيء ، ولر شوط اعادته في الرق
ان خالف فقولان ، المروي اللزوم .

اصطلح الفقهاء على أن المعلق عليه العتق ان قصد الزجر عنه ، نحو « ان شربت
الخمير فعبدي حر » سمي يمينا ، وان لم يقصد الزجر عنه فان جاز وقوعه وعدمه
عادة سمي شرطاً نحو « ان دخلت الدار فعبدي حر » وان وجب وقوعه عادة
سمي صفة نحو « اذا دخل الشهر فهو حر » ، والكل عندنا لا يقع العتق معه .
قوله : ويجوز ان يشترط مع العتق شيء ، ولوشوط اعادته في الرق
ان خالف فقولان المروي اللزوم

العتق قابل للشرط لالتعليق على الشرط : أما الاول فلعموم قوله صلى الله
عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم^(١) وأما الثاني فلاجماعنا الداخلة فيه
قول المعصوم عليه السلام .
اذ اعرفت هذا فهنا فوائد :
(الاولى) لو شرط السيد على العتق نوعاً من الاعمال - كأن يقول « أنت
حر وشرطت عليك أن تخدمني سنة » مثلاً أو أكثر صرح ، وهل يلزم الشرط ويجب
على العبد القيام به ؟ قيل لا بل يستحب . والاولى اللزوم ، للحديث المتقدم .
نعم يشترط سوغان العمل المشترط ، فلو شرط عليه عصر الخمر بطل الشرط .
(الثانية) لو جعل العتق معلقاً على ذلك العمل - كأن يقول « ان خدمتني سنة
أو خطت لي الثوب الفلاني » بطل العتق والشرط لمكان التعليق . ومثله لو قال
« ان أعطيتني ألفاً أنت حر » وقيل يكون كتابة لمساواتهما في المعنى ، وهو باطل .
(الثالثة) لو شرط عليه ان لم يقيم بالشرط اعاده في الرق ، قال الشيخ في
النهاية^(٢) والقاضي لزوم ، وكان له اعادته في الرق عملاً بالشرط ، ولرواية اسحاق

(١) التهذيب ٢٢/٧ ، الكافي ١٨٧/٦ ، الفقيه : روضة المتقين ١٨/٣ .

(٢) النهاية : ٥٤٢ .

ويشترط في المعتق جواز التصرف ، والاختيار ، والقصد ،

والقربة .

وفي عتق الصبي اذا بلغ عشرأ رواية بالجواز حسنة . ولا يصح

ابن عمار وغيره عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الرجل يعتق مملوكه
ويزوجه ابنته ويشترط عليه أن هوأغارها أن يرد في الرق . وقال : له شرطه^(١) .
وقال ابن ادريس^(٢) : اذا أعتقه صار حراً والحر لا يعود رقاً فيكون شرطاً مخالفاً
للكتاب والسنة فيكون باطلا .

وهل يبطل العتق ؟ يلوح من كلامه العدم ، وقال العلامة في المختلف^(٣)
بالبطلان واختاره المصنف في الشرائع^(٤) .

وأجيب عن الرواية بالحمل على تعليق العتق على الشرط فيبطل حينئذ فيكون
له شرطه ، وهو الرد في الرق .

قوله : وفي عتق الصبي اذا بلغ عشرأ رواية بالجواز حسنة
هذه الرواية رواها الشيخ في التهذيب عن موسى بن بكر عن زرارة عن
الباقر عليه السلام قال : ان أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له من ماله ما
أعتق وتصدق على وجه المعروف فهو جائز^(٥) .

وافتي بمضمونها هو واتباعه ، وخالف ابن ادريس^(٦) نظراً الى كونه محجوراً

- (١) الكافي ١٧٩/٦ . اغار عليها اي تزوج عليها .
- (٢) السرائر : ٣٤٥ .
- (٣) المختلف ، الجزء الخامس : ٧٣ .
- (٤) الشرائع ٢١٩/٢ .
- (٥) التهذيب ٢٤٨/٨ .
- (٦) السرائر : ٣٤٧ .

عتق السكران ، وفي وقوعه من الكافر تردد . ويعتبر في المعتق أن

عليه ، واختاره العلامة^(١) ، وهو ظاهر قول ابن الجنيدي .

والمصنف استحسن العمل بالرواية ، وقد تقدم في الوصايا وجه حسن العمل بها مع أنه قال في النكت انها موقوفة على زرارة . وهو سهو القلم ، لتصريح الشيخ وغيره باسنادها الى الباقر عليه السلام .

قوله : وفي وقوعه من الكافر تردد

ينشأ من تعذر القربة في حقه التي هي شرط في الصحة ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لا اعتق الا ما أريد به وجه الله^(٢) . ومن أنه فك رقبة وازالته ، وهو غير ممنوع منه .

وبالاول أفتى ابن ادريس^(٣) وبالثاني أفتى الشيخ في الخلاف^(٤) وقال : لكن لا يرث بالولاء الا بعد الاسلام .

وللعلمة^(٥) تفصيل حسن ، وهو : أن الكافر ان جحد الذات الالهية فعتقه باطل لتعطيله وعدم حصول القربة منه ، وان لم يكن كذلك بل كان كفره لجحد نبى أو امام أو شريعة معلومة فعتقه صحيح لحصول التقرب الى الله منه ، فيستحق اعواضاً بنسبة الثواب فيسقط عنه بها جزءاً من عقابه .

(١) القواعد ، الركن الثاني من الفصل الاول من المقصد الاول من كتاب العتق .

(٢) التهذيب ٢١٧/٨ اخرج عن ابى عبدالله عليه السلام .

(٣) السرائر : ٣٤٤ .

(٤) الخلاف ٣/٣٦٩ . وقال فيه : اذا اعتق كافر مسلماً ثبت له عليه الولاء الا انه لا يرثه مادام كافراً .

(٥) المختلف ، الجزء الخامس : ٧٧ .

يكون مما لو كان حال العتق مسلماً ، ولا يصح لو كان كافراً ، ويكره

قوله : ولا يصح لو كان كافراً

اختلف الاصحاب في عتق العبد الكافر ، فمنعه المرتضى وقال فيه اجماع الامامية ، خلافاً لباقي الفقهاء ، وبه قال الشيخ^(١) في التهذيب والاستبصار ، وتابعه سلاز وابن ادريس^(٢) واختاره العلامة في القواعد والسعيد^(٣) لقوله تعالى «ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون»^(٤) والعتق انفاق .

وقال الشيخ في المبسوط^(٥) بالصححة مطلقاً ، لرواية الحسن بن صالح عن الصادق عليه السلام : أن علياً عليه السلام أعتق عبداً له نصرانياً فأسلم حين أعتقه^(٦) . قيل لادلالة فيها ، لجواز علمه باسلامه بعد العتق .

قيل فيه نظر ، اذ الشرط متقدم . وفيه نظر ، لان معلومه عليه السلام في حكم الواقع لان علمه امام عن نص أو الهام ، والاولى حملها على ظهور امارة الاسلام منه والوعد على اظهاره بالعتق فيكون لطفاً مقرباً .

وقال في النهاية بجوازه مع النذر ، جمعاً بين الرواية المذكورة ورواية سيف عن الصادق عليه السلام^(٧) بالمنع .

وتوقف العلامة في المختلف^(٨) ، والاولى قول المرتضى لنقله الاجماع ، ولما في عتقه من الاعانة على الكفر .

(١) التهذيب ٢١٧/٨ ، الاستبصار ٢/٤ .

(٢) السرائر : ٣٤٤ .

(٣) الايضاح ٤٦٣/٣ .

(٤) سورة البقرة : ٢٦٩ .

(٥) المبسوط ٧٠/٦ .

(٦) التهذيب ٢١٩/٨ ، الاستبصار ٢/٤ ، الكافي ١٨٢/٦ .

(٧) الفقيه ٨٥/٣ ، التهذيب ٢١٨/٨ ، الاستبصار ٢/٤ .

(٨) المختلف ، الجزء الخامس ٧٠ .

لو كان مخالفاً . ولو نذر عتق أحدهما لزم . ولو شرط المولى على

المعتق الخدمة زماناً معيناً صح ، ولو أبق ومات المولى فوجد بعد
المدة فهل للورثة استخدامه ؟ المروي : لا .

قوله : ولو نذر عتق أحدهما لزم
يريد بذلك المخالف والكافر . وفيه نظر ، لأنه حكم بعدم صحة عتق الكافر
فيكون حراماً وكراهة عتق المخالف ، ولا يصح نذر فعل الحرام ولا المكروه .

قوله : ولو شرط المولى على المعتق الخدمة زماناً معيناً صح ، ولو أبق
ومات المولى فوجد بعد المدة فهل للورثة استخدامه ؟ المروي لا

أما اشتراط الخدمة فلا مانع منه ، لما تقدم من كون العتق قابلاً للشرط . وتؤيده
الرواية المشار إليها ، وهي ما رواه يعقوب بن شعيب صحيحاً عن الصادق عليه السلام
في رجل أعتق جارية وشرط عليها أن تخدم خمس سنين فأبقت ثم مات الرجل
فوجدها ورثته ألهم أن يستخدموها ؟ قال : لا . ولأن السيد قبل العتق مالك للعبد
ومنافعه فيكون اشتراط الخدمة استثناء منها .
وهل يشترط رضی العبد ؟ قيل نعم ، لأنه كالكتابة المشروط فيها القبول ،
لما قلنا من كونه استثناء مما كان ملكاً له . وقيل لا يشترط في الخدمة ، أما لو شرط
عليه مالا فلا بد من رضاه . والفرق أن الخدمة استثناء والمال مغفود .

قال ابن الجنيدي : تجب نفقته وكسوته على السيد حال الخدمة ، لأنه منعه
من الكسب . وهو قريب .

وأما كونه إذا أبق مدة الخدمة فهل للورثة استخدامه أم لا ؟ قال الشيخ (٢) لا

(١) التهذيب ٢٢٢/٨ ، الفقيه ٦٩/٣ ، الكافي ١٧٩/٦ ، ٦١٥٨ حقا (٧)

(٢) النهاية : ٥٤٢ .

وإذا طلب المملوك البيع لم تجب اجابته .
ويكره التفريق بين الولد وأمه . وقيل : يجرم . وإذا أتى على
المملوك المؤمن سبع سنين يستحب عتقه ، وكذا لو ضرب مملوكه
ما هو حد .

مسائل سبع :

(الاولى) : لو نذر تحرير أول مملوك يملكه فملك جماعة تخير
في أحدهم ، وقيل : يقرع بينهم ، وقال ثالث : لا يلزمه عتق .

لمادلت عليه الرواية المذكورة . وبه قال ابن الجنيدي ، ولم يذكر غير ذلك .
وقال ابن ادريس^(١) واختاره العلامة^(٢) في المختلف والقواعد ان لهم الاجرة
عن تلك المدة ، فأما نفس الخدمة فليس لهم عليه ذلك : أما أولاً فلاختصاص
الخدمة بالميت ، وأما ثانياً فلفوات وقتها المعين ، ولذلك قيدها المصنف بقوله
« زماناً معيناً » ، والرواية ليس فيها منع الاجرة ، لان نفي الاستخدام لا يستلزم
نفي الاجرة .

قوله : ويكره التفريق بين الولد وأمه ، وقيل يحرم

تقدم في البيع تقرير ذلك ، فلا وجه لاعادته .

قوله : لو نذر تحرير أول مملوك يملكه فملك جماعة تخير في أحدهم
وقيل يقرع بينهم ، وقال ثالث لا يلزمه عتق

الاول قول ابن الجنيدي ، ويظهر من المصنف اختياره . والمستند رواية الحسن

(١) السرائر : ٣٤٥ .

(٢) المختلف ، الجزء الخامس ٧٤ ، القواعد : الفصل الثاني من المقصد الاول من

كتاب العتق .

الصيقل عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل قال : أول مملوك أملكه فهو حر فأصاب ستة . قال : انما كان نيته على واحد فليختر أيهم شاء فليعتقه^(١) . قال ابن الجنيد : فان مات أو منع عن بيان ارادته أقرع وأعتق من تخرجه القرعة .

قال العلامة^(٢) : الحسن لأعرفه مع أن في طريقها اسماعيل بن يسار الهاشمي وهو ضعيف .

والثاني قول الشيخ^(٣) وابن بابويه والقاضي ، والمستند رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل قال : أول مملوك أملكه فهو حر فورث سبعة جميعاً قال : يقرع بينهم ويعتق الذي خرج اسمه^(٤) وبمعناه روى عبد الله بن سليمان^(٥) . والثالث قول ابن ادريس^(٦) ، محتجاً بأن « أول » اذا أضيف الى العام أفاد العموم وان أضيف الى الخاص أفاد الخصوص ، ومملوك نكرة لا يعم ، فكانه قال : اذا ملكت واحداً هو « أول » فاذا ملك جماعة لم يحصل الشرط فلم يجب العتق . وفيه نظر ، لان الشرط وان لم يحصل بالنسبة الى كل واحد من الباقيين لكنه حاصل بالنسبة الى ما يملكه . فكما أنه اذا ملك واحداً يعتق عليه لانه أول فكذا اذا ملك جماعة دفعة .

واختار العلامة^(٧) والسعيد قول الشيخ ، لان الاول يعتبر فيه قيد سلبي وقيد ايجابي

(١) الفقيه ٩٢/٣ ، التهذيب ٢٢٦/٨ ، الاستبصار ٥/٤ .

(٢) المختلف ، الجزء الخامس ٧٥ .

(٣) النهاية ٥٤٣ قال فيه : اقرع بينهم فمن اخرج اسمه اعتقه وقد روى انه مخير في

عتق ايهم شاء .

(٤) التهذيب ٢٢٥/٨ فيه : ويعتق الذي قرع .

(٥) التهذيب ٢٢٦/٨ ، الاستبصار ٥/٤ .

(٦) السرائر : ٣٤٦ .

(٧) الايضاح ٤٨٠/٣ .

(الثانية) لو نذر عتق اول ماتلده ، فولدت توأمين عتقا .

والسلبى هو أنه لم يسبقه غيره ، والايجابى أنه يسبق غيره ، والاول يعتبر فيه الفعل والثاني يكفي فيه الامكان ان سبقه على آخر يمكن أن يملكه ، فكل واحد اول حينئذ وليس أحدهم أولى من الآخر ، فتجب القرعة .

واحتمل العلامة في القواعد^١ عتق الجميع ، لحصول صفة الاولية بالنسبة الى كل واحد ، كما لو قال « من سبقه عشرة » قال : وفيه ضعف ، لعدم العموم في محل النزاع ، فان « مملوكاً » للخصوص بخلاف المثال فان « من » للعموم . اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) لو نذر عتق أول أمة يملكها فملك اماءاً دفعة فالحكم كما تقدم .

(الثانية) لو نذر لاول داخل شيئاً فدخل جماعة دفعة فالحكم كذلك .

(الثالثة) لو نذر عتق آخر [واحد ن] مملوك يملكه فالجوه الثلاثة جارية

فيه الا أن يشترط تعقب موت المالك له ، بمعنى أنه لا يتخلل بين ملكه وبين الموت ملك آخر .

(الرابعة) حكم العهد واليمين حكم النذر في ذلك كله ، وان لم يكن الثلاثة

مذكورة في الرواية فالحكم فيهما من دلالة الاقتضاء .

(الخامسة) لو قصد بالمملوك أو الداخل الجنس أمكن تغيير الحكم ويكون

حكمه حكم أول ما يملك كما يجيء .

قولة : لو نذر عتق اول ما تلده فولدت توأمين عتقا

قد عرفت من قبل أن لفظة « اول » ان أضيفت الى العام عمت وان أضيفت

الى الخاص خصت وما هنا من أدوات العموم فيعم المضاف اليها ، فلذلك عتق

(١) القواعد ، الفصل الثاني من المقصد الاول من كتاب العتق .

التوأمين ولم تعتق المماليك جميعاً . قيل عليه : ان الحكم يلحق المضاف دون

المضاف اليه ، فانك تقول « غلام زيد قائم » فالقائم هو الغلام لازيد .

واكتساء « افعال » عموم المضاف اليه ممنوع ، لانك تقول « جاءني أفضل الناس »

وان لم يكن الجائي الارجل واحد ، وحينئذ لاوجه للفرق بين المسألتين الاما قاله

ابن ادريس^١ من التأويل ، وهو أن يكون المراد بأول ماتلده أول ماتحملة حتى

يصح عتق التوأمين جميعاً ، وان أراد أول ولد تلده فالوجه عتق الاول دون

الثاني ، لعدم اتصافه بالاولية . لكن هذا لايعلم منه المراد اذا كان الناذر ميتاً ،

لان الضمائر غير معلومة الا لله سبحانه .

اذا عرفت هذا فاعلم أن الشيخ واتباعه ذكروا هذه المسألة ، ومستندهم

رواية عبدالله بن الفضل الهاشمي مرفوعاً قال : قضى علي عليه السلام في رجل

نكح وليدة رجل أعتق ربها أول ولد تلده فولدت توأمًا . فقال : اعتق كلاهما^٢ .

وفيه نظر ، لان الرواية غير مطابقة للفرض ، لانه فرق بين أول ماتلده وبين

أول ولد ، لعموم اول على زعمهم دون الثاني ، فلفظها مناف للحكم المستند اليها .

نعم قال في المبسوط^٣ اذا قال أول من يدخل من عبدي حردخل اثنان لم

يعتق أحدهما ، لانه لأول بينهما . قال : وقد روي في أحاديثنا أن الاثنان يعتقان ،

لانهم يروون انه اذا قال « أول ما تلده الجارية فهو حر » فولدت توأمين أنهما

يعتقان ، فان كان ذلك اشارة الى الرراية فقد عرفت ما فيها ، وان كان الى غيرها

فيمكن أن يكون مما فيه دلالة على ذلك الحكم .

(١) السرائر : ٣٤٦ .

(٢) التهذيب ٢٣١/٨ ، الكافي ١٩٥/٦ .

(٣) المبسوط ٢٤٨/٦ .

(الثالثة): لو اعتق بعض مماليكه فليل له: هل اعتقت مماليكك؟
فقال: نعم، لم ينعق الا من سبق عتقه.

(الرابعة): لو نذر أمته ان وطأها صح فان أخرجها عن ملكه انحلت
اليمين وان عادت بملك مستأنف.

قوله: لو اعتق بعض مماليكه فليل هل اعتقت مماليكك فقال نعم لم
ينعق الا من سبق عتقه
هنا مقدمات:

(الاولى) العتق لا يحصل الا مع قصد انشاء العتق بصيغة وضعها الشارع
لانشاءه.

(الثانية) نعم وضعت للاخبار والا لم تقع جواباً للاستخبار، لكنها تقع
جواباً له فيكون للاخبار، وهو المطلوب.

(الثالثة) انه لا شيء من الاخبار بانشاء لان الاخبار يستدعي سببية نسبة
والانشاء لا يستدعي ذلك بل هو محدث للنسبة بنفسه، فلا يكون أحدهما قائماً مقام
الآخر.

اذا عرفت هذا ظهر لك بأدنى فكر أن قوله «نعم» عقيب الاستخبار لا يقتضي عتقاً
بل ان حصل شيء فذاك سهواً واقع والا فلا عتق في نفس الامر لكن في الظاهر
يقضى عليه بعتق من يتناوله لفظ السؤال، فان كان مفرداً حكم عليه بعتق واحد
وان كان جمعاً فهل يحكم عليه بعتق ما يصدق عليه أقل الجمع وهو ثلاثة أو
يكفي الواحد؟ وجهان مبنيان على أنه هل يشترط في تخصيص العام بقاء كثرة
أم لا. وتحقيقه في الاصول.

قوله: لو نذر عتق أمتا ان وطئها (1) فخرجت عن ملكه انحلت اليمين
وان عادت بملك مستأنف

(1) في المختصر المطبوع بالقاهرة: ان وطئها صح فان أخرجها عن ملكه.

(الخامسة) : لو نذر عتق كل عبد قديم في ملكه أعتق من كان له في ملكه ستة اشهر فصاعداً .

هذه رواية صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام^١ ، وليس فيها ذكر النذر بل مجرد التعليق، وحملها الاصحاب عليه لاجماعهم على منع العتق المعتلق على شرط . نعم هنا حكمان :

الاول : الاكثر على الحل بخروجها عن ملكه وان عادت لقرينة الحال في تخصيصه بملكه وقد زال ، والتنبيه عليه في الرواية فانها خرجت عن ملكه . وتوقف هنا ابن ادريس والعلامة ، اذ لامانع من النفوذ في ملك الغير ، أما لو عمم فلا كلام في عدم الحل بالخروج ، كقوله « متى وطئت » وشبهه .

الثاني : استدل الشهيد بها على انحلال اليمين لو خالف المكلف مقتضاه سهواً أو جهلاً أو اكرهاً ، وانه لو خالف مقتضاه بعد ذلك لم يحنث وان تعمد . وفيه نظر : أما اولاً فلمنع دلالة الرواية على ذكره بوجه من وجوه الدلالات وأما ثانياً فلوجوب العمل بمقتضى اليمين، خرج ما دل عليه الحديث وهو رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه، فيبقى الباقي على عمومه . وأما الايلاء فخرج للاجماع عليه .

قوله : لو نذر عتق كل عبد قديم في ملكه اعتق من كان له في ملكه ستة اشهر فصاعداً

مستند هذا الحكم رواية داود الرقي ع-ن بعض أصحابنا عن الرضا عليه

(١) الفقيه ٦٨/٣ ، التهذيب ٢٢٦/٨ ، والرواية هذه : محمد عن احدهما عليهما السلام قال : سألت عن الرجل تكون له الامة فيقول « متى آتيها فهي حرة » ثم يبيعها من رجل

آخر ثم يشتريها بعد ذلك . قال : لا بأس بأن يأتيها قد خرجت من ملكه .

السلام^(١)، وهي وان كانت ضعيفة ولكنها مؤيدة بالشهرة وبالكتاب في قوله تعالى « حتى عاد كالعرجون القديم »^(٢).

وهنا فائدتان :

(الاولى) هل يتعدى الحكم الى غير ذلك من الصدقة بمال قديم أو الوصية

بمال قديم أو الأقرار بمال قديم ؟ استشكله العلامة^(٣) من احتمال كونها حقيقة

فيتناوله لذلك عند اطلاقه، ولهذا حملة الاصحاب عليه، وذلك من خواص الحقيقة

وإذا كان حقيقة تعدى الى الكل. ومن احتمال المجاز، لانه لغة حقيقة فيما قدم

زمانه وعرفاً فيما لأول لوجوده. وهما غير مرادين هنا اجماعاً فيكون فيها ذكر

مجازاً، لاصالة عدم النقل، ولا شيء من المجاز بمطرد بنفسه الا بنقل صريح وليس.

(الثانية) لو قصرت مدة كل واحد من عبيده عن الستة الأشهر احتمل بطلان

العنق لعدم شرطه وأصالة بقاء الملك، واحتمل عتق من ملكه أو لا لتعذر الحمل على

الشرعي فيحمل على العرفي جرياً على القاعدة الاصولية. وهو مقرب العلامة

في القواعد.

هذا مع ترتبهم وقصر الزمان عن الستة، أما لو ملكهم دفعة وقصرت المدة

احتمل عتقهم كلهم لوجود المعنى، وهو عدم سبق غيرهم عليهم وسبقهم على من

سيبتجدد اذ لا مكان كاف في الكل.

واحتمل عدم عتق أحد لعدم القديم بالمعنى الشرعي، والمعنى عدم في

الترتيب. واختار السعيد^(٤) البطلان، لاصالة بقاء الملك.

(١) التهذيب ٢٣١/٨، الكافي ١٩٥/٦، الفقيه ٩٣/٣. عن داود النهدي.

(٢) سورة يس: ٣٩.

(٣) القواعد، الفصل الثاني من المقصد الاول من كتاب العتق.

(٤) الايضاح ٤٨٢/٣، ٤٨٣. ٨١٢٢٢. بيوتها ٦١٠٧. عبقا ٥.

(السادسة) : مال المعتق لمولاه وان لم يشترط. وقيل : ان لم يعلم به فهو له ، وان علم ولم يستثنه ، فهو للعبد .

(السابعة) : اذا عتق ثلث عبده استخرج الثلث بالقرعة .

قوله : مال المعتق لمولاه وان لم يشترط. وقيل ان لم يعلم به فهو له وان علم ولم يستثنه فهو للعبد

الاول قول ابن ادريس^(١) ، واختاره المصنف والعلامة^(٢) بناء على عدم ملكه وقد تقدم . والثاني قول الشيخ في النهاية^(٣) وابن الجنيد وابن بابويه والقي ، ومستندهم رواية ابي جرير صحيحاً عن الكاظم عليه السلام^(٤) ، وهو بناء على أنه يملك . نعم التفصيل الى كونه معلوماً للسيد ولم يستثنه فيكون للعبد ، والى كونه غير معلوم للسيد فيكون له ، فمستندهم فيه رواية زرارة صحيحاً عن الباقر عليه السلام^(٥) ، ورواية عبد الرحمن بن ابي عبدالله^(٥) .

والفتوى على الاول ، لان العبد اما أن لا يملك في نفس الامر فالذي معه لسيد ، واما ان يملك فالمال له . ولا أثر للعلم في الصورتين ، لان العلم لا يصير من ليس بمالك مالكا ، وعدم الاستثناء ليس دليلاً على التمليك ، غاية أنه يدل على الاباحة ولا نزاع فيها ، فان العبد أهل للاباحة قبل عتقه . وبعد عتقه

قوله : اذا عتق ثلث عبده استخرج الثلث بالقرعة

(١) السرائر : ٣٤٦ .

(٢) القواعد ، الفصل الثاني من المقصد الاول من كتاب العتق .

(٣) النهاية : ٥٤٣ .

(٤) الفقيه ٩٣/٣ ، التهذيب ٢٢٤/٨ ، الاستبصار ١١/٤ .

(٥) الفقيه ٧٠/٣ ، التهذيب ٢٢٣/٨ .

إذا أعتق ثلث عبيده ولم يعين أو أعتقهم كلهم في مرض الموت ولا مال سواهم ولم يجز الورثة عتق الثلث منهم في صورتين : أما الأولى فاجماع ، وأما الثانية فعلى الاصح ، لما تقدم في الوصايا . وكذا لو أوصى بعتقهم ولا مال سواهم ، ولا اجازة يعتق^(١) الثلث بالقرعة ، فهنا فوائد :
(الأولى) ثبتت القرعة هنا بفعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، لما ورد في الخبر المشهور عن عمران بن الحصين أن رجلاً من الانصار أعتق ستة مما يليك في مرضه ولا مال له غيرهم ، فجزأهم رسول الله «ص» ستة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة^(٢) . وهو نص في أمرين : أحدهما استعمال القرعة ، وثانيهما جمع الجزئية لانه مجزء في الكل . وأيضاً ثبت عنهم عليهم السلام : كل مجهول فيه القرعة^(٣) . وإذا حكم بالعتق وعدم التعيين جاءت الجهالة .

(الثانية) محل القرعة اما للتعين ، كما اذا قال «أحد عبدي حر» أو للتنفيذ كما في المريض والوصية كما تقدم ، أو لرفع اشتباه المعين في نفس الامر ، كما لو أعتق معيناً ثم نسيه وأيس من التذكر ، أو أعتق المريض مرتباً واشتبه . والقرعة في هذين كاشفة لما هو معين في الواقع .

(الثالثة) اذا أمكن التعديل عدداً وقيمة معاً فلا اشكال فيه ، كما لو كانوا ثلاثة قيمة كل واحد مائة ، وأما اذا لم يتفق ذلك بل اذا عدلوا قيمة اختلف العدد وان عدلوا عدداً اختلفت القيمة فأيهما المعتبر ؟
قال قوم : يعتبر الاول وهو القيمة ، واختاره الشيخ . وهو الاقوى ، لان العبيد مال من الاموال ، وكما أنه اذا أوصى بثلث ماله يستخرج الثلث بتقويم

(١) في بعض النسخ : ويعتبر .

(٢) سنن البيهقي ٢٨٥/١٠ ، المستدرک الباب ١٦ الجزء ٢ من كتاب الوصية .

(٣) التهذيب ٢٤٠/٦ ، الفقيه ٥٢/٣ .

أجناسه المختلفة لا بالعدد، فكذا هنا. وأيضاً الدار اذا لم يمكن قسمتها بالمساحة
يعدل بالقيمة فكذا هنا .

وقال قوم بالثاني ، استناداً الى فعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم كما
تقدم ، ولان الثلث مضاف الى العبيد لا الى قيمتهم ، فتقدير القيمة على خلاف

الظاهر .

وأجيب عن الاول : بأنه اتفق فيها القيمة والعدد فلا دلالة على أحدهما .

وعن الثاني: انا لانقول ان القيمة مضاف يقدر حتى يكون على خلاف الاصل،

وكيف يكون كذلك والعق انما تعلق بالعبيد لا بقيمتهم ، بل نقول : ان الثلث

مضاف الى العبيد باعتبار ماليتهم لا باعتبار عددهم واشخاصهم ، وثلث المالية

لا يتحقق الا باعتبار القيمة .

(الرابعة) اذا لم يمكن التعديل عدداً وقيمة معاً اعتبرنا القيمة كما تقدم ،

فهنا وجوه :

الاول : ان يختلفوا قيمة يمكن التعديل بها من غير احتياج الى جزء ،

كما اذا كانوا أربعة قيمة اثنين مائة وقيمة كل واحد من الباقيين مائة أو ستة قيمة

واحد مائة واثنين مائة وثلاثة مائة .

الثاني : ان يتفقوا قيمة ويحتاج الى الجزء كخمس قيمة كل واحد مائة ،

الثالث : ان يختلفوا قيمة ويحتاج الى الجزء ، كثلاثة قيمة واحد مائة وواحد

مائة وخمسون والثالث مائتان وخمسون .

(الخامسة) في كيفية القرعة . قال الشيخ^(١) انه مخير بين اخراج الاسماء

على الرقية والمحربة وبين اخراج الرقية والمحربة على الاسماء ، أما الاول بأن

يكتب ثلاث رقاع في كل رقعة اسم كل ثلث أما واحد أو اثنان أو غير ذلك ،

(١) المبسوط ٥٨١٦ .

وأما السراية : فمن أعتق شقصاً من عبده أعتق كله ، ولو كان له شريك قوم عليه نصيبه ان كان موسراً ، وسعى العبد في فك باقيه ان كان المعتق معسراً . وقيل : ان قصد الاضرار فكه ان كان موسراً وبطل العتق ان كان معسراً ، وان قصد القرية لم يلزمه فكه ، وسعى العبد في حصة الشريك ، فان امتنع العبد استقر ملك الشريك على

فان شئت أخرجت رقعة على الحرية فمن خرج فهو حر ، وان شئت أخرجت على الرقية ، فلا بد من رقتين فمن بقي فهو حر . وأما الثاني بأن يكتب أيضاً ثلاث رقاع في رقعة منها حرية وفي كل من الباقيتين رقية ثم يخرج باسم ثلث ، فان خرجت الحرية كفت بذلك والا احتجت الى رقعة أخرى لثلث آخر ، فمن بقي فهو حر .

قيل عليه : ان جواز كتبه اثنين في رقعة اذا كانا هما الثلث مثلاً مبني على أن حكم الله سبحانه بالحرية تابع للقرعة ، أما اذا قلنا ان القرعة كاشفة عن الحكم ينبغي أن يكتب لكل عبد رقعة ، لانه لو جمع بين عبيدين في رقعة جاز أن يكون أحدهما حرأ في حكم الله سبحانه والاخر عبداً ، فلا تكون القرعة كاشفة عن الحكم .

قوله : واما السراية فمن اعتق شقصاً (١) من عبده عتق كله ، ولو كان له شريك قوم عليه نصيبه ان كان موسراً وسعى العبد في فك باقيه ان كان المعتق معسراً ، وقيل ان قصد الاضرار فكه ان كان موسراً وبطل العتق ان كان معسراً ، وان قصد القرية لم يلزمه فكه وسعى العبد في حصة الشريك ، فان امتنع العبد استقر ملك الشريك على حصته

(١) الشقص كحمل : النصيب في العين المشتركة من كل شيء ، والجمع اشخاص كأعمال .

الاول - وهو اختيار المصنف - قول المفيد وابن بابويه^(١) والمرضى
وسلار ، والمستند رواية الحلبي صحيحاً عن الصادق عليه السلام^(٢) ، ورواية
محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام^(٣) .
والثاني قول الشيخ في النهاية^(٤) والقاضي . وألزمهما ابن ادريس^(٥) التناقض ،
لانه لا عتق الا ما أريد به وجه الله فكيف يقع لقصد المضارة .

وأجاب بعض الفضلاء بأن الشيخ لم يرد ان العتق يقع لقصد المضارة فقط
فانه لا يشك فيه أحد أنه لا يقع ، بل أراد أنه اذا قصد وجه الله تعالى بالذات
والمضارة بالعرض يكون واقعاً ، لان المضارة لازمة للعتق حينئذ وان لم يقصد ،
كال تبرد في الطهارة مع القربة .

وفيه نظر ، لانا نمنع الصحة في الصورتين ، لمنافاته الاخلاص المأمور
به ، وللحصر في قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لا عتق الا ما أريد به وجه الله
تعالى^(٦) .

احتج الشيخ على لزوم الفك مع الاضرار واليسار برواية محمد بن مسلم
عن الصادق عليه السلام قال: اذا عتق مضارة وهو موسر ضمن بفورية، واذا عتق
لوجه الله تعالى كان الغلام قد عتق من حصة من عتق، فيستعملونه على قدر ما عتق
منه له ولهم، فان كان نصف عمل لهم يوماً وله يوماً، وان عتق الشريك مضاراً وهو

(١) المقنعة : ٨٦ ، المقنع : ١٥٦ .

(٢) الكافي ١٨٢/٦ .

(٣) التهذيب ٢٢٠/٨ ، الفقيه ٦٧/٣ ، الكافي ١٨٢/٦ ، الاستبصار ٤/٤ .

(٤) النهاية : ٥٤٢ .

(٥) السرائر : ٣٤٥ .

(٦) التهذيب ٢١٧/٨ ، اخرجه عن الصادق عليه السلام . (١)

معسر فلا عتق له ، لانه أراد أن يعسر على القوم فيرجع القوم على حصصهم^(١).
وعلى عدم اللزوم اذا قصد القربة برواية الحسن بن زياد قال: قلت للصادق
عليه السلام: رجل أعتق شركاً له في غلام مملوك أعليه شيء؟ قال: لا^(٢). ومثله
رواية يعقوب بن شعيب عنه عليه السلام^(٣).

وأجاب عن حجة الاولين بحمل الروايات على الاستحباب. والفتوى على
الاول ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : من أعتق شقصاً من عبد عتق
عليه كله^(٤). واطلاق قول علي عليه السلام وقد سئل عن ذلك فقال : ليس لله
شريك^(٥). وروايات الشيخ ليست صريحة في مراده .
اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) يشترط في العتق المذكور صدوره باختياره، اما مباشرة أو تسيباً،
والمباشرة ظاهرة وأما التسيب كما لو اشترى بعض قريبه فعتق عليه فانه يسري
عليه عتق الباقي ، لان فاعل السبب فاعل المسبب .

أما لو ملكه بالارث وشبهه فعتق مالكة فهل يسري الى باقيه؟ قال الشيخ في
الخلاف^(٥) نعم مستدلاً بالاجماع والاختبار ، وهو اختيار ابن الجنيد ، ومنع في
المبسوط والنهاية ، واختاره ابن ادریس والمصنف والعلامة . ومنشأ الخلاف
أن السبب الموجب هل يقال له فاعل ولاثره مفعول أم لا؟ اختلف المتكلمون
في ذلك : فقال بعضهم لا يسمى بذلك فلا يدخل تحت قوله صلى الله عليه وآله

(١) التهذيب ٢٢١/٨ ، الفقيه ٦٨/٢ باختلاف يسير بينهما .

(٢) التهذيب ٢١٩/٨ ، الاستبصار ٢/٤ . شركاً : اى حصة ونصيباً .

(٣) سنن ابى داود ٢٣/٤ ، سنن ابن ماجه ٨٤٤/٢ .

(٤) سنن ابى داود ٢٣/٤ ، نسبة الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم .

(٥) الخلاف ٣٦٨/٣ .

وسلم: من أعتق شقصاً من عبد عتق عليه كله، وقال بعضهم نعم يسمى فيدخل .
والحق الاول ، لمنع التسمية والصدق ، وان سلم فمجاز ، والنص محمول على
الحقيقة .

(الثانية) اليسار المعتبر في السراية هو أن يملك حال العتق زيادة عن دار
سكنه وخادمه ودابته وثيابه المعتادة وقوت يوم له ولعياله الواجب النفقة مايسع
قيمة نصيب الشريك . وهنا فروع :

الاول : لو قدر على قيمة بعض النصيب وجب فكه ، لان حكم الكل جار
في الجزء . وهو فتوى العلامة في القواعد^(١) ومقوى الشهيد^(٢) . ويحتمل العدم ،
لبقاء الاضرار برق البعض ورد لحصول السعاية من العبد في باقيه .

الثاني : لو كان عليه دين مستغرق لما في يده فهو معسر لانه في حكم المنتزع .
وهو فتوى القواعد ومختار السعيد^(٣) .

وقال الشهيد انه موسر ، لان له مالا ، فان الدين لم يسلبه أهلية الملك ،
فيشمله قوله صلى الله عليه وآله وسلم: من أعتق شركاً من عبد وله مال قوم عليه
الباقي^(٤) . ولانه لو زاد دينه على ماله ولا حجر وطالبه واحد من الديان وجب
اعطاؤه وان كان للباقي ما يستغرق ماله ، فلو كان وجود الدين المستغرق يجعله
معسراً لحرمت مطالبته على كل واحد منهم . والعتق هنا أولى ، لانه مبني على
التغليب وفيه ملك قهري بعوض .

وفيه نظر ، لانا نمنع شمول الحديث له والا لشمّل صاحب دار السكنى وليس

(١) القواعد ، الفصل الثالث من المقصد الاول من كتاب العتق .

(٢) راجع شرح اللمعة ١٥٩/٢ .

(٣) الايضاح ٤٩٣/٣ .

(٤) سنن ابن ماجه ٨٤٤/٢ ، سنن ابى داود ٢٣/٤ ، اخرجوا روايات في هذا الشأن .

كذلك اجماعاً . ونمنع أيضاً لزوم حرمة مطالبته لو كان معسراً باستغراق الدين بماله ، لانا انما حكمنا باعساره بالنسبة الى ما يطراً عليه من الحقوق المشروطة باليسر لامطلقاً حتى بالنسبة الى أصحاب الديون والالزم عدم وجوب أداء الدين المستغرق . وهو باطل .

على أنه يلزم القائل بيساره وجوب الحج عليه مع استغراق الدين لماله ، وهو باطل اجماعاً . وأيضاً يلزمه وجوب تقديم الشريك على الدين لو فلس المعتق ، وليس كذلك .

الثالث : لو طراً عليه اليسار بعد العتق فلا تقويم لعدم حصول الشرط حالته . نعم لو طراً عليه الدين المستغرق وتلفت الاعواض أو كان الدين لاعن عوض كالمهر أمكن القول بتقديم الشريك لسبقه وأمكن التقيسط للتساوي في الاستحقاق .

(الثالثة) : لو تعلق بالشقص حق لازم فان منع من نقل الملك كالوقف فلا سراية على الأقوى ، وقيل بها للعموم ، وهو ضعيف .
وأما الكتابة والاستيلاء فيحتمل المنع من السراية ، لما قلنا من امتناع النقل . واختاره الشهيد واستقرب العلامة في القواعد^(١) السراية لانهما يؤلان الى العتق فلا يمنعانه ، ولعموم قوله « ص » : ليس لله شريك . وان لم يمنع النقل كالرهن والاجارة حصلت السراية لحصول شرطها وعدم المانع ، أما غير اللازم فكالتمبير والوصية فالسراية متحتمة جزماً .

(الرابعة) مع حصول الشرائط هل ينعتق باللفظ الصادر من المعتق أو به مع أداء القيمة أو يكون مراعى ؟ قال ابن ادريس بالاول ، للحديث المتقدم في قوله صلى الله عليه وآله « فقد عتق كله » عقب عتق النصيب بعق ملكه بلا

(١) راجع الايضاح ٤٩٧/٣ .

حصته ، واذا أعتق الحامل تحرر الحمل ولو استثنى رقه لرواية
السكوني ، وفيه مع ضعف السند اشكال منشأه عدم القصد الى عتقه .

فصل ، و« قد » للتحقيق فلا يتوقف على غيره .
وقال المفيد بالثاني ، واختاره الشيخ في الخلاف والمصنف والعلامة في
المختلف ، لان للاداء مدخلا في العلية ولهذا لا ينعق بالاعسار ، ولانه لولاه
لزم اضرار الشريك لوهرب المعتق أو ماطل أو تلفت أمواله، ولصحيفة محمد
ابن قيس عن الباقر عليه السلام^(١) .

وقال الشيخ في المبسوط بالثالث، لانه جمع بين القولين . ومعنى المراعاة
أنه مع الاداء يظهر انعتاقه بالاعتاق ومع عدم الاداء يظهر استقرار ملك الشريك
ويترتب النماء . وتوقف العلامة في القواعد والسعيد والشهيد، وللخلاف في
ذلك فوائد يطول الكتاب بذكرها .

قوله : واذا أعتق الحامل تحرر الحمل ، ولو استثنى رقه لرواية
السكوني ، وفيه مع ضعف السند اشكال منشأه عدم القصد الى عتقه
أفتى الشيخ في النهاية^(٢) والقاضي وابن حمزة وابن الجنيد بمضمون الرواية
المذكورة ، وهي عن الباقر وعن الصادق عليهما السلام^(٣) .
وقال ابن ادريس^(٤) : الاصل حرية ما في بطنها، ولا دليل يعارضه من كتاب
ولا سنة . نعم هو مذهب الشافعي بناء على أن الحمل كبعض أعضائها فينعق
بالسراية .

(١) راجع ص : ٤١٩ .

(٢) النهاية : ٥٤٥ .

(٣) الفقيه ٨١/٣ ، التهذيب ٢٣٦/٨ . وفيهما : عن جعفر عن ابيه عليهما السلام .

(٤) السرائر : ٣٤٧ .

وأما العوارض : فالعمى ، والجذام ، وتشكيل المولى بعبدته .
والحق الاصحاب الاقعاد ، فمتى حصل أحد هذه الاسباب فيه انعتق
وكذا اذا أسلم العبد في دار الحرب سابقاً على مولاه ، وكذا لو كان
العبد وارثاً ولا وارث غيره دفعت قيمته على مولاه .

والمصنف استشكل من حيث قول الشيخ والرواية ، ومن قوة حجة ابن
ادريس . والاقوى عدم انعتاقه لعدم القصد اليه . نعم لو قصد عتقه انعتق .

قوله : والتنكيل (١)

تردد فيه المصنف في الشرائع^(٢) من أصالة بقاء الملك فلا يزول الا بدليل ،
ومن رواية هشام بن سالم عن ابي بصير عن الصادق عليه السلام^(٣) . وأفتى بها
الشيخ^(٤) .

قوله : والحق الاصحاب الاقعاد

ظاهره أنه اجماع منهم ، مع أنه لم يوجد في كلام كلهم ، فلو قال بعض
الاصحاب لكان أولى ، وانما اسنده الى القائل به لعدم ظفره بمستنده . وزاد ابن
حمزة البرص ، ولا أعرف له مستنداً .

قوله : وكذا اذا اسلم العبد في دار الحرب سابقاً على مولاه

هل يشترط مع ذلك خروجه الينا قبل سيده أم لا؟ قال الشيخ^(٥) نعم يشترط
لاصالة بقاء الرق ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : أيما عبد خرج قبل مولاه

(١) في المختصر النافع : وتشكيل المولى بعبدته .

(٢) الشرائع ٢٢١/٢ .

(٣) الكافي ١٧٢/٧ ، الفقيه ٨٥/٣ ، التهذيب ٢٢٣/٨ .

(٤) النهاية : ٥٤٠ ، الخلاف ٣٦٨/٣ .

(٥) النهاية : ٢٩٥ .

فهو حر وبعده فهو عبد^(١) . والفرق قهر العبد [سيده على نفسه في الاول وعدمه في الثاني فيبقى]^(٢) على اصل الرقية .

وقال ابن ادريس : لا يشترط لحصول الاسلام المانع من الملك في حالي الخروج وعدمه . وفيه نظر ، لان الاسلام مانع من دوام السبيل لا مطلقاً .

وقال السيد باه الكرمي في الهداية شرحها في الاثر والاعمال في كتابه

الهداية في بيان ما لا يشترط في الاسلام ولا ينافي به من العبادات والاعمال في كتابه

(١) لا يشترط : غايه

في كتابه

الهداية في بيان ما لا يشترط في الاسلام ولا ينافي به من العبادات والاعمال في كتابه

الهداية في بيان ما لا يشترط في الاسلام ولا ينافي به من العبادات والاعمال في كتابه

ذلك فرائد يطول الكتاب بذكرها

في كتابه

الهداية في بيان ما لا يشترط في الاسلام ولا ينافي به من العبادات والاعمال في كتابه

أخى الشيخ في النهاية والقاضي والفتاوى في بيان ما لا يشترط في الاسلام ولا ينافي به من العبادات والاعمال في كتابه

المذكور في كتابه

في كتابه

في كتابه

في كتابه

في كتابه

في كتابه

في كتابه

(١) التهذيب ١٥٢/٦ . ب ١٥٢٦٧٠٠/٨ . في كتابه

(٢) ليس ما بين القوسين في النسخة الاولى . ٥٢٢ : فوائدها (٥)

كتاب التديبر والمكاتبة والاستيلاء

قوله : كتاب التديبر

هو تفعيل من قولك دبرت الشيء أدبره اذا أخرته ، فان دبّر الشيء ودبره آخره . وسمي هذا العتق شرعاً تديبراً لانه جعل أخيراً بعد الوفاة ، فكأنه آخر تصرفاته . وهو في الحقيقة عتق معلق على الوفاة .

وهنا فوائد :

(الاولى) أنه في الاصل مندوب لانه عتق، فيدخل تحت عموم الامر بالعتق . وقد يكره تديبر المخالف أو الكافر على قول . وقد يخرج الى حيز الوجوب بنذر أو عهد أو يمين، وحينئذ هل يبرأ بمجرد الصيغة وله الرجوع ؟ قال بعضهم نعم . وليس بشيء بل يلزم استمراره . ولا يصح الرجوع فيه لعدم الغرض المقصود ، وهو فك الرق بعد الوفاة .

(الثانية) أنه لا يكفي فيه قول السيد « أنت مدبر أو دبرتك » ، لان ذلك كناية عنه لا صريح فيه بل يقول أنت حر أو عتق أو معتق بعد وفاتي اما مطلقاً أو مقيداً . (الثالثة) قال الشيخان^١ يشترط أن يقول « أنت رق في حياتي حر بعد

(١) المقنعة : ٨٦ ، النهاية : ٥٥٢ .

أما التدبير فلفظه الصريح : أنت حر بعد وفاتي ، ولا بد فيه من النية . ولا حكم لعبارة الصبي ، ولا المجنون ، ولا السكران ، ولا المحرج الذي لا قصد له ، وفي اشتراط القرية تردد . ولو حملت المدبرة من مولاها لم يبطل تدبيرها وتنعتق بوفاته من الثلث ، ولو حملت من غيره بعد التدبير فالولد مدبر كهيئتها . ولو رجع في تدبيرها لم يصح رجوعه في تدبير الاولاد ، وفيه

وفاتي » ، وقال ابن ابي عقيل يقول « أنت مدبر في حياتي حر بعد وفاتي » ، وكلاهما غير مشروط لحصول المعنى بدون ذكر مآلوه . نعم ذلك يفيد تأكيداً ، وفي الحقيقة ليست المسألة خلافية كما توهم ابن ادريس (١) .

قوله : وفي اشتراط القرية تردد

ينشأ من كونه عتقاً فيشترط القرية لقوله صلى الله عليه وآله وسلم لا عتق الا ما اريد به وجه الله وللجماع ومن كونه وصية مخصوصة والوصية ليس من شرطها القرية . والاولى الاول ، ويتفرع على القولين وقوعه من الكافر فعلى اشتراط القرية لا يقع الا على ما تقدم من التفصيل وعلى عدم اشتراطها يقع .

قوله : ولو رجع المولى في تدبيرها لم يصح رجوعه في تدبير الاولاد . وفيه قول آخر ضعيف

اللام في الاولاد للعهد ، أي الاولاد الذين تجددوا بعد التدبير على وجه يملكهم السيد فانهم يكونون حينئذ مدبرين بحكم الشرع لا بمباشرة السيد ، وعليه دلت رواية أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام (٢) . ولان النماء تابع

(١) السرائر : ٣٥٠ .

(٢) التهذيب ٢٥٩/٨ ، الكافي ١٨٤/٦ ، الاستبصار ٢٩/٤ .

قول آخر ضعيف. ولو أولد المدبر من مملوكة كان ولده مدبراً .
ولو مات الاب قبل المولى لم يبطل تدبير الاولاد وعتقوا بعد
موت المولى من ثلثه ، ولو قصر سعوا فيما بقي منهم ، ولو دبر
الحبلى لم يسرالى ولدها، وفى رواية ان علم بحبلها فما فى بطنها
بمترلتها .

لاصله غالباً فى الاحكام .

وهل لورجع فى تدبير الام كان له ذلك فى الولد؟ قال الشيخ وأتباعه لا،
لدلالة رواية ابان المذكور عن الصادق عليه السلام على ذلك ، ولانه لم يباشر
تدبيره فلا يباشر رده الى الرق .

وقال ابن ادريس له ذلك ، لاصالة جواز الرجوع فى الوصية ، والتدبير
وصية. وضعفه المصنف بأن تدبيره ليس بمباشرة بل بحكم الشرع وعلى وجه
التوليد .

وفيه نظر ، فان حسن المدح والذم على المستولد يقتضى اضافته الى
المباشرة .

ويمكن أن يجاب : بأن ذلك الحسن متصور مع القصد الى التوليد أو
الى ايجاد السبب الموجب ، وهما منفيان هنا .

قوله : وفى رواية ان علم بحبلها فما فى بطنها بمترلتها

هذه رواها الشيخ فى التهذيب والصدوق فى الفقيه عن الوشا عن الرضا
عليه السلام^(١) ، وأفتيا بمضمونها ، ولان علمه بما فى بطنها وعدم استثنائه دليل
على قصد تدبيره .

وفيه نظر ، فانه لالزوم بين علمه وعدم استثنائه وبين القصد الى تدبيره .

(١) الكافى ١٨٣/٦ ، التهذيب ٢٦٠/٨ ، الفقيه ٧١/٣ ، الاستبصار ٣١/٤ .

ويعتبر في المدبر جواز التصرف والاختيار والقصد .
وفي صحته من الكافر تردد ، أشبهه الجواز .
والتدبير وصية يرجع المولى فيه متى شاء ، فلورجع قولاً صحيحاً
قطعاً ، أما لو باعه أو وهبه فقولان ، أحدهما : يبطل به التدبير ،
وهو الأشبه . والآخر : لا يبطل ويمضي البيع في خدمته وكذا الهبة ،

وهو ظاهر لا مكان عدم القصد الى التدبير وعدمه فالحق اذن ما قاله المصنف ،
وهو اختيار ابن ادریس .

قوله: وفي صحته من الكافر تردد أشبهه الجواز
تقدم منشأ ترده ، والمختار جوازه من الكافر غير المعطل لا مكان تقربه .
نعم لا يستحق ثواباً بل عوضاً غير دائم أو اسقاطاً لجزء من عقابه على وجه لا
يظهر له التخفيف .

قوله : اما لو باعه او وهبه فقولان احدهما يبطل به التدبير وهو
الاشبه ، والآخر لا يبطل ويمضي البيع في خدمته وكذا الهبة

لاخلاف أنه مع تقدم الرجوع القولي أو التصريح بقصد الرجوع ببيعه أنه
يبطل تدبيره ، ومع عدم الأمرين ان صرح ببيع رقبته أو هبتها فكذلك ، وان
صرح ببيع منافعه أو هبتها لم يكن رجوعاً ويتحرر بموت سيده . أما مع الاطلاق
فأكثر الاصحاب قالوا بانصراف البيع والهبة الى منافعه وانه لا يبطل بذلك ،
وقال الحلبيون ببطلان التدبير وصحة البيع والهبة في رقبته بناء على كونه وصية
والوصية يبطل بذلك .

قال ابن ادریس^(١) : والبطلان بذلك قول المرتضى في الناصريات .

(١) السرائر : ٣٥١ .

أما الروايات في هذا الباب فبعضها دال على جواز بيعه المستلزم لبطلان تدبيره كرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام صحيحاً وقد سئل عن ذلك فقال : هو مملوكه ان شاء باعه وان شاء أعتقه وان شاء أمسكه حتى يموت ، فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه^(١) وغير ذلك من الروايات . وبعضها دال على المنع من بيعه وعلى أنه يعتق عند موت سيده ، وفي ذلك دلالة على بقاء حكم التدبير . نعم في بعضها أنه مع ارادة البيع يبيع الخدمة في مدة حياته ، وفي بعضها اباحة البيع مع اشتراط التحرير عند موت السيد ، فحمل الشيخ^(٢) روايات الجواز على تقدير نقض التدبير أو على صرف البيع الى خدمته لارقبته وروايات المنع على منع بيعه قبل نقض تدبيره .

قال ابن ادريس : البيع حقيقة في نقل العين ، فلا يجوز حمله على نقل المنفعة . وحكم ببطلان روايات المنع من البيع لمنافاتها الاصل والدليل ، أو يحمل على الصلح على الخدمة مدة حياته .

وأما العلامة فحمل روايات المنع على التدبير الواجب وروايات الجواز على التدبير المندوب ، وحمل رواية بيع الخدمة على الاجارة مدة معينة ، فإذا انقضت واجره مدة أخرى .

وأما المصنف فحكم هنا ببطلان التدبير ، وفي الشرائع^(٣) قال : ان قصد بالبيع بطلان التدبير به صح البيع وبطل التدبير ، وان لم يقصد صرف الى الخدمة . وكأنه حمل آخر للروايات مع أنه حكم في موضع آخر ببطلان بيع الخدمة لانها منفعة مجهولة .

(١) الكافي ١٨٥/٦ ، التهذيب ٢٥٩/٨ ، الاستبصار ٢٧/٤ .

(٢) الاستبصار ٢٩/٤ .

(٣) الشرائع ٢٢٢/٢ .

والمدير رق ، ويتحرر بموت المولى من ثلثه . والدين مقدم على
التدبير ، سواء كان سابقاً على التدبير أو متأخراً . وفيه رواية بالتفصيل
متروكة .

والشهيد^(١) تابع المشهور في بقاء حكم التدبير وجواز بيع الخدمة ، لما
روي أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم باع خدمة المدير ولم يبع رقبته^(٢) .
والجهالة غير قادحة ، لجواز استثناء ذلك من الحكم العام .

والاولى عندي أنه يؤمر من يريد بيع مديره بتقديم الرجوع بالقول ليخرج
ذلك عن الحكم المشكوك فيه ، لان التدبير وان كان وصية لكن جاز أن يكون
له خصوصية تمنع من الرجوع فيه الا بالصريح . ورواية ابن مسلم جاز عود
الغاية والشرط فيها الى الجمل المتقدمة كلها كما هو رأي بعض الاصوليين ، ويحمل
جواز البيع على اشتراط العتق كما هو مصرح به في رواية ابن مسلم الاخرى
عن أحدهما عليهما السلام^(٣) ورواية الحلبي عن الصادق عليه السلام^(٤) ، وحينئذ
لا تكون صريحة في جواز البيع مطلقاً .

وقول بعض الفضلاء : ان اختصاص البيع بالاعيان اصطلاح الفقهاء فجاز
استعماله في المنافع لغة ، وهو المراد ، ولانسلم أن اطلاق البيع حينئذ يبطل
التدبير ، لجواز ارادة الخدمة به . فيه نظر : أما أولاً فلان الحقيقة الشرعية مقدمة
على اللغوية ، واما ثانياً فلان جواز ارادة ذلك لغة لا يستلزم صحته شرعاً وترتب
الاحكام عليه والالزم الاشتمار في ألفاظ العقود اللازمة وهو باطل .

قوله : وفيه رواية بالتفصيل متروكة

(١) قاله في الدروس .

(٢) التهذيب ٢٦٠/٨ ، الاستبصار ٢٩/٤ .

(٣) التهذيب ٢٦٣/٨ ، الفقيه ٧١/٣ ، الاستبصار ٢٨/٤ .

ويبطل التدبير باباق المدبر ، ولو أولد له في حال اباقه كان
أولاده رقاً .

قد تقدم أن التدبير وصية وكل وصية دين فالدين مقدم عليها ، والمقدمتان
اجماعتان . وأما الرواية المتروكة فهي ما رواه حسن بن علي بن يقطين عن
أخيه الحسين عن علي بن يقطين عن ابي الحسن عليه السلام^(١) .
وأما التفصيل فهو أن التدبير ان وقع فراراً من أداء دين سابق فهو باطل ،
وان وقع حال الصحة فلا سبيل للديان عليه ويحكم بصحته . ومثل ذلك روى
ابو بصير عن الصادق عليه السلام^(٢) ايضاً ، وعمل الشيخ في النهاية عليه^(٣) .
والاولى أن لا يحكم بترك هاتين الروايتين لصحتها . نعم تحملان على تدبير
واجب كما تقدم .

قوله : ولو اولد له في حال اباقه كان اولاده رقاً

لاخلاف بين الاصحاب ان الاباق مبطل للتدبير المباشر وان الاولاد الحاصلين
بعده أرقاء ، لان النماء تابع لاصله ، ومن ولد قبله مدبرون بحكم الشرع ولا يبطل
تدبيرهم باباق أبيهم . وهل يبطل باباقهم أنفسهم ؟ نظر : من اطلاق الحكم ببطلان
التدبير بالاباق ، ومن أن تدبيرهم ليس بالمباشرة بل بالسراية . وليس حكمها
حكم المباشرة ، لما تقدم من عدم جواز الرجوع معها .

وهنا فوائد :

(الاولى) الولد التابع في التدبير يشترط كونه ملكاً للسيد لا لغيره .

(١) التهذيب ٢٦١٨ ، الاستبصار ٢٨/٤ .

(٢) التهذيب ٢٦١/٨ ، الفقيه ٧٢/٣ .

(٣) النهاية : ٥٥٣ .

ولو جعل خدمة عبده لغيره ثم قال: هو حر بعد وفاة المخدم
صح على الرواية، ولو أبق لم يبطل تدبيره فصار حراً بالوفاة ولا
سبيل عليه .

(الثانية) يشترط حصوله من عقد أو شبهة أو تحليل، فلو كان من زنا لم يثبت
له حكم التدبير لعدم لحوقه بأحد، وقال الشيخ يكون مدبراً، لأنه مملوك للسيد.
وفيه نظر .

(الثالثة) ان قلنا ان العبد يملك فأولاد المدبر من أمته مدبرون ، وان أحلنا
ذلك فالامة للسيد والحكم في وطئها كما تقدم .

قوله : ولو جعل خدمة عبده لغيره ثم قال هو حر بعد وفاة المخدم
صح على الرواية ، ولو أبق لم يبطل تدبيره

هذا قول الشيخ في النهاية^(١) والقاضي وابن حمزة وابن الجنيدي، والمستند
الرواية المذكورة، وهي عن يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام في الرجل
تكون له الجارية تخدمه فيقول هي لفلان تخدمه ما عاش فاذا مات فهي حرة فتأبق
الامة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ستة ثم يجدها ورثته ألهم ان يستخدموها
بعد ما أبققت؟ قال : اذا مات الرجل فقد عتقت^(٢)، ولان العتق قابل للتنجيز والتأخير
ولاتفوت بين الاشخاص ، وقد جاز تعليقه بوفاة السيد فلينجز بوفاة غيره .
واختاره العلامة في المختلف والقواعد^(٣) ، قال : لان المقتضي للابطال
ليس جعل الخدمة للغير لانه سائغ اجماعاً ، ولا تأخير التحرير لانه جائز في

(١) النهاية : ٤٣٠ .

(٢) التهذيب ٢٦٤/٨ .

(٣) المختلف، الجزء الخامس ٨٥ . القواعد ، الفصل الثالث من المقصد الثاني من

كتاب العتق .

المدير اجماعاً . ولا خصوصية من تعليق التحرير بموته ، اذلا اعتبار بذلك في نظر الشرع .

وفي الجميع نظر :

أما أولاً : فلما قاله ابن ادريس^(١) ان التدبير هو تعليق العتق على موت السيد كما اجمع عليه اهل العلم لاعلى موت غير السيد .

وأما ثانياً : فلان الرواية وان سلم العمل بخبر الواحد فلا دلالة فيها على المطلوب ، لاحتمال عود الضمير في قوله « ما عاش » وفي قوله « اذامات » الى الرجل المالك الأنة ترك الحكاية ولذلك اشتبه ، وكذلك الضمير في قوله « ألهم » يعود الى ورثة المالك . فيكون هذا على الاحتمال تدبيراً لاتعليقاً .

ان قلت : فحينئذ ينبغي أن يبطل بالاق كما هو شأن التدبير ، لكن الرواية دلت على عدم ذلك .

قلت : جاز أن يكون تدبيراً واجباً بالنذر وشبهه فلا يبطل بالاباق ، فتنعتق عند موت سيدها .

وأما ثالثاً : فانا نمنع عدم التفاوت بين الاشخاص ، فان التدبير وصية ولا شيء من الوصية يصح معلقاً على موت الغير .

وأما رابعاً : فلان حصر العلامة الابطال فيما ذكر ممنوع ، اذ لقائل أن يقول : المقتضي للبطان أنه عتق معلق ، ومن شرط العتق التنجيز ، خرج منه التدبير بالاجماع والدليل فيبقى الباقي على المنع .

وأما خامساً : فلان التدبير حكم شرعي ، وكل حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي ، وليس لما عرفت من ضعف المستند .

وهنا فوائد :

(١) السرائر : ٣٥٠ .

وأما المكاتبه : فتستدعي بيان أركانها وأحكامها .

(الاولى) ان الرواية دلت على التعليق بوفاة المخدوم وحمل عليه الزوج ،
امالعدم التفاوت كما قالوا أولحصول الملايسه بين الزوج والزوجه كالملايسه
بين الخادم والمخدوم .

(الثانية) على القول بالجواز لومات المخدوم في حياة السيد عتق من الاصل ،
لانه عتق حال حياة المالك فيكون كالمنجز في الصحة .
(الثالثة) الظاهر أنه يعجز الرجوع في هذا التدبير عند القائل به ، ولا ينافي
ذلك عتقه من الاصل ولا عدم بطلانه بالاباق ، لجواز اختلاف الاحكام باختلاف
الاعتبار في الاول واختلاف الخصوصيات في الثاني .

قوله : واما المكاتبه (١) فتستدعي بيان اركانها - الى آخره

هنا فوائد :

(الاولى) انها مشتقة من الكتب وهو الجمع ، لانضمام بعض النجوم الى
بعض ، ومنه كتبت البغلة لانضمام شفرها^(٢) بحلقة أوسير ، وكتبت القربة لانضمام
حواشيتها بالخرز .

(الثانية) قال بعض الفقهاء انها عتق بصفة ، أي عتاقها على مال في ذمته ،

(١) قال في اللسان نقلا عن ابن الاثير: الكتابة ان يكتب الرجل عبده على مال يؤذيه
اليه منجماً ، فاذا أداه صار حراً . قال: وسميت كتابة بمصدر كتب لانه يكتب على نفسه لمولاه
ثمنه ويكتب مولاه له عليه العتق . والعبد مكاتب . وانما نص العبد بالمفعول لان اصل المكاتبه
من المولى وهو الذي يكتب عبده .

(٢) الشفر جمع اشفار كقفل واقفال ، شفر كل شيء حرفة ، ومنه شفر العين والفرج ،
ومنه شفير النهر ، وشفر العين : ما ينبت عليه الهدب . والسير الذي يقدر من الجلد جمعه
سيور مثل فلس وفلوس .

كما لو شرط عليه الخدمة في المعتقد المنجز .^(١) بقا : نفس أن لا كال
 وفيه نظر ، لمفارقتها العتق بحصوله عاجلا واشتراطه بالقربة ، بخلاف الكتابة
 في الامرين ، فانها تتوقف على أداء المال ولا يشترط فيها القربة .
 (الثالثة) قال التقي وابن ادريس هي بيع للعبد من نفسه ويلزمها ثبوت
 الخيار فيها ، والشيخ منع الخيار فيهما وجوز التقابل . وفي القولين نظر
 من وجوه :
 الاول : أنها يشترط فيها الاجل على قول الاكثر بخلاف البيع .
 الثاني : أن البيع فيه خيار المجلس والحيوان وليس في الكتابة شيء منها .
 الثالث : أن البائع يجوز أن يشترط لنفسه الخيار في نفس العقد وليس
 للسيد ذلك في نفس العقد .
 الرابع : أن البيع انتقال عين مملوكة من شخص الى آخر ، فلا بد فيه
 من تحقق اضافة الملك بين المشتري والمبيع لتوقف الاضافة على تغاير
 المضافين . فالحق اذا أنها معاملة مستقلة ليست بيعاً ولا اعتقاً بصفة .
 (الرابعة) صيغة العقد أن يقول السيد « كاتبتك على أن تؤدي الي كذا في
 وقت كذا فاذا أديت فأنت حر » فيقبل العبد . كذا قال الشيخ في الخلاف^(١)
 وابن ادريس^(٢) .

وقال في المبسوط^(٣) لا حاجة الى قوله « فاذا أديت فأنت حر » ، لان ذلك
 غاية الكتابة ، فهي دالة عليه كما لا يجب ذكر غاية البيع والاجارة . نعم لا بد
 من قصد ذلك ، لان الكتابة لا يعرفها الا العلماء فلا يحكم عليه بالعتق بمجرد

(١) الخلاف ٣/٣٧١ .

(٢) السرائر : ٣٤٩ .

(٣) المبسوط ٦/٧٤ .

والاركان أربعة: العقد ، والملك ، والمكاتب ، والعموض .
والكتابة مستحبة مع الديانة وامكان الاكتساب ، وتتنأ كد بسؤال
المملوك ، وتستحب مع التماسه ولو كان عاجزاً .

لفظها من دون تعليق العتق بالاداء . ولا شك ان هذا أحوط .
(الخامسة) للكتابة خواص يفارق بها غيرها : « الف » وقوع المعاملة بين
المالك وعبده ولا يصح ذلك غيرها . « ب » ان العوض والمعوض ملك السيد ،
اذ لولا العقد لكان الكسب ملكاً للسيد . « ج » انه يملك من بين العبيد ويثبت له
ارش الجناية على سيده الجاني عليه وعليه الارش لسيدته المجني عليه بخلاف
باقي العبيد . « د » ان المكاتب على درجة بين الاستقلال بالتصرف وعدم
الاستقلال ، فانه غير ممنوع مطلقاً لجواز بيعه وشرائه واجارته وسائر عقوده مع
عدم المحاباة في ذلك وان لم يأذن السيد ولا سائخ له مطلقاً جواز هبته وصدقته
وتبرعاته الا باذن منه .

قوله : والكتابة مستحبة مع الديانة وامكان الاكتساب وتتنأ كد بسؤال
المملوك وتستحب مع التماسه ولو كان عاجزاً

في ظاهر هذه العبارة ايهام تناقض ، لان الاستحباب اذا كان مشروطاً بامكان
الاكتساب فكيف تنأ كد مع العجز ، فان العجز عن الاكتساب يضاد القدرة عليه .
ويمكن أن يجاب : بأن المراد ان استحبابها مع عدم سؤال العبد مشروط
بامكان الاكتساب ومع سؤاله ليس مشروطاً به ، لان سؤاله دليل على امكان ادائه
وان ام يكن قادراً على اكتسابه بأن وعده احد بالاعانة .

اذا عرفت هذا فهنا فائدتان :

(الاولى) انها مع عدم الديانة وامكان الاكتساب غير مستحبة بل جائز ، لعدم

وهي قسمان : فان اقتصر على العقد فهي مطلقة ، وان اشترط

المنع من ذلك شرعاً . وأصالة الجواز ودلالة المفهوم المخالف باطل عندنا .
(الثانية) ان اشترط الديانة في الاستحباب معلوم من قوله تعالى « ان علمتم
فيهم خيراً »^(١) . قال السيد : الخيره هو عمل يثاب عليه . وقال ابن ادريس^(٣) المراد
لدين والايمان ، وقال الشيخ^(٢) في المسبوط والخلاف هو هنا بمعنى الكسب
والامانة لوروده في الكتاب فيهما معاً كقوله « وانه لحب الخير لشديد »^(٤) والمراد
المال ، وكذا قوله تعالى « ان ترك خيراً »^(٥) أي مالا ، وقوله « ومن يعمل
مثقال ذرة خيراً يره »^(٦) والمراد العمل الصالح فحمل على المعنيين .

وفيه نظر ، لان استعمال المشترك في كلا المعنيين ممنوع عند الاكثر ،
ومن جوزه فهو مجاز لا يصار اليه الا بدليل وليس . وأيضاً كسب المال ليس
بمال فيكون مجازاً . هذامع أنه ورد الخير بغير ما ذكر ، كقوله « والبدن جعلناها
لكم من شعائر الله لكم فيها خير »^(٧) أي ثواب ، وليس في شيء من ذلك ذكر
الكسب .

قوله : وهي قسمان ، فان اقتصر على العقد فهي مطلقة وان اشترط

(١) سورة النور : ٣٣ .

(٢) السرائر : ٣٥٠ .

(٣) المسبوط ٧٢/٦ ، الخلاف ٣٧٢/٣ .

(٤) سورة العاديات : ٨ .

(٥) سورة البقرة : ١٨٠ .

(٦) سورة الزلزلة : ٧ .

(٧) سورة الحج : ٣٦ .

عوده رقاً مع العجز فهي مشروطة . وفي الاطلاق يتحرر منه بقدر ما

عوده رقاً مع العجز فهي مشروطة

هنا فائدتان :

(احدهما) اختلف في هذا العقد هل هو جائز أم لازم ؟ قال ابن حمزة المشروطة جائزة والمطلقة لازمة من طرف السيد فقط ، وقال الشيخ وجماعة ان المطلقة لازمة من الطرفين والمشروطة لازمة من طرف السيد جائزة من طرف العبد ، واختاره ابن ادریس^(١) لان للعبد تعجيز نفسه . وهو ممنوع بل تجب عليه السعي ولو امتنع أجبر لاقتضاء عقد الكتابة وجوب الاداء والفرض امكانه فيجبر عليه كما في الواجبات .

واختار المصنف والعلامة^(٢) لزومها بنوعيهما . وهو الحق ، لانها عقد وكل عقد أصله اللزوم ، لقوله « أوفوا بالعقود »^(٣) وخرج من ذلك ما أخرجه الدليل فيبقى الباقي على المنع .

(ثانيتهما) أوجب الشيخ^(٤) التأجيل في النوعين معاً ، اذ لو وقعت حالة فالمعاملة اما على ما في يد العبد وهو باطل لانه ملك للسيد ، واما على متوقع فيجب ضرب الاجل لحصوله لثلاث تنطرق الجهالة المستلزمة للغرر المنهى عنه . وقال ابن حمزة وابن ادریس^(٥) تصح حالة ، لجواز أن يعده انسان بالاعانة أو يعطى من مال الصدقات فيحصل الغرض .

(١) السرائر : ٣٤٩ .

(٢) القواعد ، المقصد الثالث من كتاب العتق .

(٣) سورة المائدة : ١ .

(٤) المبسوط ٧٣/٦ ، الخلاف ٣/٣٧٣ .

(٥) السرائر : ٣٥٠ .

أدى . وفي المشروطة يرد رقاً مع العجز ، وحده أن يخوّر النجم من محله . وفي رواية أن يؤخر نجماً الى نجم ، وكذا لو علم منه العجز . ويستحب للمولى الصبر لو عجز . وكل ما يشترطه المولى على المكاتب لازم ما لم يخالف المشروع .

وفيه نظر ، لان الاداء واجب بالعقد كما هو شأن العقود الحالة والاعطاء المذكور جائز فلا يعلق الواجب به . والاول اختيار المصنف وعليه الفتوى .
قوله : وحده ان يؤخر النجم عن محله ، وفي رواية ان يؤخر نجماً الى نجم ، وكذا لو علم منه العجز
الاول قول المفيد^(١) وابن الجنيد والشيخ في الاستبصار ، واختاره ابن ادريس^(٢) والمصنف والعلامة^(٣) ، وعليه الفتوى ، ومستنده رواية معاوية بن وهب صحيحاً عن الصادق عليه السلام وقد قال له : ما حد العجز ؟ فقال : ان قضاتنا يقولون ان عجز المكاتب أن يؤخر النجم الى النجم الاخر حتى يحول عليه الحول . قلت : فماتقول أنت ؟ فقال : لا ولا كرامة ليس له أن يؤخر نجماً عن أجله^(٤) .
والثاني قول الشيخ في النهاية^(٥) ، والرواية المشار اليها عن اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام ان علياً صلوات الله عليه كان يقول : اذا عجز المكاتب لم ترد كتابته في الرق ، ولكن ينتظر عاماً أو عامين فان قام بمكاتبته والا رد رقاً^(٤) .

(١) المقنعة : ٨٦ ، الاستبصار ٣٥/٤ ، السرائر : ٣٤٩ ، القواعد : الفصل الثاني

من المقصد الثالث .

(٢) الكافي ١٨٥/٦ .

(٣) النهاية : ٥٤٩ .

(٤) التهذيب ٢٦٦/٨ .

ويعتبر في المالك جواز التصرف والاختيار والقصد ، وفي اعتبار الاسلام تردد ، أشبهه : أنه لا يعتبر . ويعتبر في المملوك التكليف

وهنا قول ثالث عن الصدوق^(١) ينتظر به ثلاثة أنجم ، فان هو عجز رد رقاً لرواية جابر عن الباقر عليه السلام^(٢) .

وأجيب : بحملهما على الاستحباب ، فانه لانزاع في استحباب الصبر من غير تحديد ، مع أن في طريق الثالث عمر بن شمر وهو كذاب .

قوله : وفي اعتبار الاسلام تردد أشبهه انه لا يعتبر

يريد أنه هل يشترط في السيد الاسلام أم لافيه تردد ينشأ من عموم «فكاتبوهم» ولانها عقد معاوضة فيصح وقوعها من الكافر وغيره كسائر المعاوضات فلا يشترط لاسلام . ومن أنها امر ديني فيشترط في موجبها الاسلام كالعق .

وفيه نظر ، لان الجامع وصف سلبي ، أي عدم الكفر في المعتقد والمكاتب ، والوصف السلبي لا يوجب التماثل . مع أنا لانقول بالقياس ، والاولى في الاستدلال انها مستلزمة لثبوت السبيل للكافر على المسلم ، اما في الحال ان كان العبد مسلماً أو في ما بعد الحال ان كان كافراً ثم اسلم . وأيضاً يشترط في العبد الديانة كما يجيء فلا تصح كتابة الكافر لكافر لعدم الديانة في العبد ولا للمسلم لانتفاء السبيل ، لاستلزام الملك الذي هو شرط ثبوت السبيل الممنوع منه .

ولتم البحث بفوائد :

(الاولى) انه هل يزول السبيل عن المسلم بكتابة السيد الكافر له أم لا؟ أما على

القول بأنها عقد جائز فلا يزول قطعاً وأما على القول باللزوم فيحتمل عدم الزوال لجواز

(١) المقنع : ١٥٨ .

(٢) نقيه ٧٣/٣ ، التهذيب ٢٦٧/٨ ، الاستبصار ٣٤/٤ .

وفي كتابة الكافر تردد ، أظهره المنع .

عدم المشروط . فللسيد استرقاقه ، لان ذلك من لوازم الشروط .
وهو ممنوع لاستلزامه السبيل وان وجب بيعه ، اذ لا يبيع الا في ملك وموت
المطلق قبل الاداء ، فيكون للسيد أخذ ماله ويحكم بموته رقأله . وهو ممنوع
أيضاً .

ويحتمل الزوال لانقطاع السلطنة الا بالاستيفاء . وهو غير ممنوع ، لجواز
استدانة المسلم من كافر .

(الثانية) اختار المصنف والعلامة^(١) عدم اشتراط الاسلام فيما لو كان السيد
وعبده كافرين ، لما قلنا من أنها نوع معاوضة ، وهي صحيحة من الكافر . ومتى
جوزنا عتق الكافر فالجواز هنا أولى .

(الثالثة) لو أسلم العبد بعد كتابته ، فان قلنا بارتفاع السبيل بكتابة العبد المسلم
فالكتابة بحالها ، وان قلنا بعدمه فهل ترتفع الكتابة بالاسلام ؟ الاقرب العدم ،
لما قلنا من لزومها وبيع المكاتب لا يجوز .

ولا يلزم من بقائها صحتها ابتداء ، للفرق لسبق اللزوم على الاسلام ، وهو
قول الشيخ في المبسوط^(٢) .

قوله : وفي كتابة الكافر تردد اظهره المنع

ينشأ من تفسير الخير المشار اليه في الاية ، فمن قال انه القدرة على الاكتساب
جاز عنده كتابة العبد الكافر مع حصول المعنى فيه ، ومن قال انه الديانة أو ما
يستلزمها فلا تجوز كتابة الكافر عنده ، اذ الكافر لا خير فيه ، ولان المكاتب

(١) المختلف ، الجزء الخامس ٩٤ .

(٢) راجع المبسوط ١٢٨/٦ .

ويعتبر في العوض كونه ديناً مؤجلاً معلوم القدر والوصف مما
يصح تملكه للمولى . ولاحد لاكثره لكن يكره أن يتجاوز قيمته ،
ولو دفع ما عليه قبل الاجل فالولي في قبضه بالخيار . ولو عجز المطلق
عن الاداء فكه الامام من سهم الرقاب وجوباً .

يعطى من الزكاة الواجبة ولاشئ من الكافر بأهل لها . وهو فتوى الشيخ في
المبسوط^(١) لكنه قال: اذا كان لمسلم عبد فارتد ثم كاتبه السيد بعد رده صح لانها عقد
معاوضة والمرتب يصح منه ذلك . والقولان متناهيان مع منع التعليل في الثاني ،
اذ المنع قائم في صحة معاوضة المرتد للحجر عليه .

قوله : ويعتبر في العوض كونه ديناً مؤجلاً

هذا بناء على القول بوجوب التأجيل كما تقدم .

قوله : مما يصح تملكه للمولى

انما قال ذلك ولم يقل تملكه للمسلم ليشمل الذمي كما تقدم من مذهبه من
عدم اشتراط الاسلام وصحة مكاتبة الذمي مثله .

ويتفرع على ذلك أنه لو عقد على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أحدهما فهل للسيد
قيمة العوض كما قاله الشيخ^(٢) او قيمة العبد اذ كانت أقل من قيمة العوض كما قال
ابن الجنيد ؟ الحق الاول ، لان الواجب بالعقد هو عين العوض ، فمع تعذره
شراً ينتقل الى قيمته .

ولابن الجنيد قول ثالث يبطلان الكتابه وليس بشئ .

قوله : ولو دفع ما عليه قبل الاجل فالمولى في قبضه بالخيار

(١) المبسوط ، ج ١ ، ص ١٣٠/٦ .

(١) المبسوط ١٣٠/٦ .

(٢) المبسوط ، ج ١ ، ص ١٢٨/٦ .

(٢) المبسوط ١٢٨/٦ .

وأما الاحكام فمسائل :
(الاولى): اذامات المشروط بطلت الكتابة وكان ماله وأولاده
لمولاه .

هذا الحكم مما اتفق عليه الاصحاب الابن الجنيد فانه خصصه بأنه اذا بذل
العبد قبل الاجل وكانت السلعة مما يفسد عند السيد الى وقت الاجل فللسيد الامتناع
ويفهم منه أنه ليس له الامتناع اذا لم يفسد . وليس بمعتمد .

قوله: اذا مات المشروط بطلت الكتابة وكان ماله وأولاده لمولاه
هذا قول الشيخ في النهاية والمبسوط^(١)، واختاره القاضي وابن ادریس^(٢)
وعليه الفتوى استصحاباً للعبودية، فمان المشروط لا ينعق الأبداء مجموع ما
عليه لا بأداء بعضه ولا بالقدرة على الأداء ولم يؤد .

وتؤيده رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام صحيحاً في مكاتب يموت
وقد أدى بعض مكاتبته وله ابن من جاريته . قال : ان اشترط عليه ان عجز فهو
مملوك رجع ابنه مملوكاً والجارية، وان لم يكن اشترط عليه أدى ابنه ما بقي من
مكاتبته وورث ما بقي^(٣)، وبمعناه روى جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام
أيضاً^(٤) .

وقال الشيخ في الخلاف^(٥): ان كان فيما خلفه وفاء لما عليه وفيه منه ما
عليه والباقي لورثته ، وان لم يكن فيه وفاء كان لمولاه فانه عجز ، وان كان له
أولاد مملوكة له كان حكمهم حكمه ، وان وفي ما عليه انعتقوا ، وان عجزوا

(١) النهاية : ٥٥٣ ، المبسوط ٩١/٦ .

(٢) السرائر : ٣٤٩ .

(٣ ، ٤) الفقيه ٧٧/٣ ، التهذيب ٢٧١/٨ و ٢٧٢ ، الاستبصار ٣٧/٤ .

(٥) الخلاف ٣٧٧/٣ .

وان مات المطلق وقد أدى شيئاً تحرر منه بقدره وكان للمولى من
تركته بنسبة ما بقي من رقبته ولورثته بنسبة الحرية ان كانوا أحراراً في
الأصل والالتحرر منهم بقدر ما تحرر منه وألزموا بما بقي من مال الكتابة
فاذا أدوه تحرروا ، ولو لم يكن لهم مال سعوا فيما بقي منهم ، وفي
رواية يؤدون ما بقي من مال الكتابة وما فضل لهم .

عنه كانوا ممالك لسيد ابيهم .

قوله: وان مات المطلق وقد أدى شيئاً تحرر منه بقدره وكان للمولى
من تركته بنسبة ما بقي من رقبته ولورثته بنسبة الحرية ان كانوا أحراراً في
الأصل والالتحرر منهم بقدر ما تحرر منه وألزموا ما بقي من مال الكتابة ،
فاذا أدوه تحرروا ولولم يكن لهم مال سعوا فيما بقي منهم

هذا هو مذهب الشيخ^(١) في المبسوط والنهاية والخلاف استناداً الى رواية
محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال : قضى علي عليه السلام في مكاتب
توفي وله مال . قال : يقسم ماله على قدر ما أعتق منه لورثته ، وما لم يعتق يحسب
منه لأربابه الذين كاتبوه هو ماله^(٢) . وبمعناها روى بريد بن معاوية^(٣) صحيحاً .
وأما الرواية المشار إليها فهي ما قدمناه من رواية ابن سنان وجميل^(٤) .

وأجاب الشيخ عنهما بأنه ليس فيهما ولا في غيرهما دلالة على أن ما يؤديه
الولد يكون من أصل المال أو مما يخصه ، بل هي أعم من الأمرين ، وإذا
احتمل ذلك حملناه على أن الأداء مما يخص الولد ، فاذا بقي منه شيء كان له .

(١) المبسوط ٩١/٦ ، النهاية : ٥٥٠ ، الخلاف ٣/٣٧٧ .

(٢) التهذيب ٨/٢٧٤ .

(٣) التهذيب ٨/٢٦٦ ، الكافي ٦/١٨٦ .

(٤) قدمنا قبيل هذا .

والمطلق اذا اوصى او اوصى له ، صح نصيب الحرية وبطل
في الزائد . وكذا لو وجب عليه حد اقيم عليه من حد الاحرار بنسبة
ما فيه من الحرية ، ومن حد العبد بنسبة ما فيه من الرقية . ولو زنى
المولى بمكاتبته المطلقة سقط عنه من الحد بقدر نصيبه منها وحد
بما تحرر .

(الثانية): ليس للمكاتب التصرف في ماله بهبة ولا عتق ولا اقراض
الاباذن المولى . وليس للمولى التصرف في ماله بغير الاستيفاء . ولا
يحل له وطء المكاتبه بالملك ولا بالعقد، ولو وطئها مكرهاً لزمه مهرها .
ولا تتزوج الاباذنه، ولو حملت بعد الكتابة كان حكم ولدها حكمها
اذا لم يكونوا أحراراً .

وهنا فوائد :

(الاولى) ان رواية ابن قيس وان كانت ضعيفة بضعف ابن قيس لكنها مجبورة
بعمل الاصحاب وبموافقتها للدليل من تبعية المال للملك التابع للحرية والرقية
وتؤيدها رواية بريد .

(الثانية) معنى كون الاولاد أحراراً في الاصل كما أنه اذا تزوج المكاتب
باذن سيده بحرة ، ومعنى تبعيتهم له انه وطئ أمته باذن سيده أو بغير اذنه أو
تزوج بحرة عالمة بحاله من غير اذن سيده أو غير ذلك .

(الثالثة) اذا آل الحال الى سعي الاولاد فهل للمولى اجبارهم عليه ؟ تردد
المصنف في الشرائع^(١) من أصالة البراءة وكون الاجبار على خلاف الاصل

(١) الشرائع ٢٢٤/٢ .

(الثالثة) : يجب على المولى اعانته من الزكاة ولو لم يكن ،
استحب تبرعاً .

فلا يصار اليه الا بدليل وليس . وتؤيده رواية ابن ابي عمير عن الصادق عليه السلام^(١) .
ومن أن حكم الولد حكم أبيه في أنه يسترق منه بقدر ما بقي ويتحرر بقدر ما
أدى ، فيكون المسيد عليه ولاية الاجبار كما له اجبار أبيه دفعاً للضرر الناشئ من
التشقيص .

والفتوى على الاول ، لما قلناه . ونمنع حصول الضرر ، وبتقديره فهو ناشئ
من اختيار المولى للكتابة .

قوله : يجب على المولى اعانته من الزكاة ولو لم يكن استحب تبرعاً
تنقيح هذا البحث بفوائد :
(الاولى) في اعانته اقوال :

« الاول » وجوبها مطلقاً ، وهو قول الشيخ في المبسوط^(٢) .
« الثاني » وجوبها ان وجب الزكاة على المالك والا استحب ، وهو قول
الشيخ في الخلاف^(٣) والمصنف والعلامة في القواعد^(٤) .
« الثالث » استحبها من سهم الرقاب ، وبه قال القاضي وابن حمزة .
« الرابع » وجوب اعانة المطلق مع عجزه ووجوب الزكاة لا المشروط ،
وبه قال ابن ادريس^(٤) ، قال : وان لم يجب عليه الزكاة فكذلك الامام من سهم الرقاب

(١) التهذيب ٢٧١/٨ ، الفقيه ٧٦/٣ ، الاستبصار ٣٨/٤ .
(٢) المبسوط ٩٣/٦ .
(٣) الخلاف ٣٧٨/٣ ، القواعد : المطلب الثاني من الفصل الثالث من المقصد
الثالث من كتاب العتق .

(٤) السرائر : ٣٥٠ .

«الخامس» الاستحباب مطلقاً للمطلق والمشروط في الزكاة وغيرها، وهو

اختيار العلامة في المختلف^(١).

ومثار هذه الاقوال اطلاق قوله تعالى «وآتوهم من مال الله»^(٢) وانه هل الامر فيه للوجوب أو الاستحباب ، ويرجح الوجوب الاحتياط والاستحباب أصالة البراءة .

(الثانية) هل المراد بمال الله هو الزكاة لانه الموجب لها أو المراد مطلق المال لانه المالك للكل والمعطي له؟ فيه قولان جوزناهما في الكنز .

(الثالثة) هل للاعانة قدر معين؟ الحق لا، لعدم النص على شيء واطلاق

الامر يكفي فيه مسماه ، وبه قال ابن ادريس والعلامة في المختلف^(٣).

(الرابعة) لو أدخل المولى بالايثاء حتى عتق بالاداء هل يجب القضاء لو قلنا

بالوجوب؟ قال في المبسوط^(٤) نعم، لانه حق ثبت في الذمة فلا يزول الابادائه ولومات السيد وجب اخراجه من تركته مقدماً كما في الديون . وتكون الفائدة ليس هو الاعانة على العتق لا غير بل وعلى قوته وبلغته، ويكون ذلك من العبادات اللازم أدائها .

(الخامسة) الاعانة قد تكون باسقاط ما عليه من النجوم وقد تكون باعطائه

شيئاً مما عليه أو من غيره ، سواء كان من جنسه أو غير جنسه، ولا يختص ذلك بالنجم الاخير كما قال بعضهم .

(السادسة) هل يجب على المكاتب قبول الايثار؟ يحتمل العدم للاصل ،

(١) المختلف ، الجزء الخامس : ٧٨ .

(٢) سورة النور : ٣٣ .

(٣) السرائر : ٣٥٠ ، المختلف الجزء الخامس : ٧٨ .

(٤) المبسوط ٦/٩٣ .

وأما الاستيلاء : فهو يتحقق بعلوق أمته منه في ملكه .

ويحتمل الوجوب وقواه في المبسوط^(١) . والتحقيق أن نقول: ان الإتياء اما باسقاط ماعليه فذلك ابراء لا يشترط فيه القبول ، أو باعطائه شيئاً فاما من عين ماعليه أو من غيره ، والاول فيه الخلاف، والحق وجوب قبوله . والثاني اما من جنسه أو مثله فيجب اذا كان قبل العتق لانه اكتساب لاداء دين واجب ادائه أو من غير جنسه فلا يجب للاصل ، وكذا لو كان من جنسه بعد العتق .

قوله : وأما الاستيلاء فهو يتحقق بعلوق أمته منه في ملكه

هنا فوائد :

(الاولى) الاستيلاء طلب الولد، لان السين للطلب غالباً من قولهم «استعطى»

أي طلب العطاء . والمراد به هنا طلب الولد من المملوكة بالوطىء لها .

(الثانية) تقدم أنه يحرم ترك وطىء الزوجة الدائمة مدة تزيد على أربعة

أشهر وغيرها لا يحرم ذلك كالمستمع بها ، أما الامة فقد ورد عن النبي صلى الله

عليه وآله وسلم: من ملك جارية فليتكحها والافلينكحها والافليس من الله في شيء

بمعناه مذاكرة وأظن من سماعي أن تمام الحديث : والافليتبوا مقعده من النار

وعلى التقديرين فهو دال على رجحان وطىء الامة ، وحيث الاصل البراءة

من الوجوب فليحمل على شدة الاستحباب وكراهة الترك كراهة شديدة . نعم

يخرج من العهدة بالوطىء ولو مرة واحدة .

(الثالثة) تصير الامة أم ولد لمولاها بعلوقها منه في ملكه . واحترزنا

بقولنا « في ملكه » عمالو وطئها في ملك غيره بأحد الاسباب المبيحة ثم انتقلت

اليه فانها ليست أم ولد على الرأي الاصح، وهو أحد قولي الشيخ في المبسوط^(٢)

(١) المبسوط ٩٤/٦ . ٨٧ : رسالة سماوية ١٠٥٢ : ١١١١

(٢) راجع المبسوط ١٨٥/٦ . ٢١٦٦ : ١١١١

وهي مملوكة. لكن لا يجوز بيعها مادام ولدها حياً الا في ثمن رقبتهما
اذا كان ديناً على مولاها ولا جهة لقضائه غيرها ، ولومات ولدها

التغليب ولهذا اعتد بالعلقة، فالنطفة بعد الاستقرار واستعدادها لقبول الصورة الانسانية
تشبه العلقه. ولانا نحكم بأنها أم ولد من حين الوطىء اذا تم الحمل أو صار علقه
ولهذا نحكم ببطلان التصرفات من حين الوطىء، فيكون استقرار النطفة كافياً .
وهو المطلوب .

وأجيب : بأن مجرد النطفة لا يحصل معه يقين الاستيلاء لجواز فسادها، وكل
ما يحصل به الاستيلاء يجب تيقنه ، فلا يحصل الاستيلاء بمجرد ما .

(الخامسة) يكفي في الحكم بمجرد الملك وان كان ممنوعاً من التصرف
كالمرهونة أو ممنوعاً من الوطىء شرعاً كالصوم والحيض .

قوله : وهي مملوكة لكن لا يجوز بيعها مادام ولدها حياً الا في ثمن
رقبتها اذا كان ديناً على مولاها ولا جهة لقضائه غيرها

هذا الحكم هو الظاهر من مذهب الاصحاب ، أفنى به الشيخان واتباعهما
وابن الجنيدي وابن ادريس ومستندهم الروايات : كرواية زرارة حسناً عن الباقر عليه
السلام قال : سألت عن أم ولد على أنها تباع وتورث^(١) . ورواية عمرو بن يزيد عن
الكاظم عليه السلام قال : قلت أسألك . قال : سل . قلت : لم باع أمير المؤمنين
عليه السلام أمهات الاولاد . قال : في فكاك رقابهن^(٢) . وغير ذلك من الروايات .
ولم نعلم في ذلك خلافاً الا ما نقل ابن ادريس عن المرتضى أنه منع من
بيعها مادام ولدها حياً . وهو محجوج بما اشتهر من فعل علي عليه السلام .

(١) الكافي ١٩١/٦ ، الفقيه ٨٢/٣ ، التهذيب ٢٣٧/٨ ، ٧١٢ .

(٢) الكافي ١٩٣/٦ ، الفقيه ٨٣/٣ .

ما ذكر من رواية ابن قيس^(١) ، ووجه شدوذها كون ابن قيس راويها أولاً فإنه
اسم لجماعة منهم الضعيف والقوي وهو غير معلوم من القسمين ، ومخالفتها
للأصول ثانياً بأن كون ولدها من النصراني لابنها لا وجه له .

هذا هو المقصود من قوله تعالى (فمن كفر بعد ما آمن به) أي من كفر بعد ما آمن به
تعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى
ولهذا يحكم بطلان التصرفات من حين الوطء من غير أن يكون له في الطقة كفاً .
بالقوة . وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى
وهذا المطلوب .

وقوله تعالى (فمن كفر بعد ما آمن به) أي من كفر بعد ما آمن به
تعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى
ولهذا يحكم بطلان التصرفات من حين الوطء من غير أن يكون له في الطقة كفاً .
بالقوة . وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى وتعالى
وهذا المطلوب .

(١) التهذيب ٢١٣/٨ ، الاستبصار ٢٥٥/٤ . بإسناده عن محمد بن قيس عن أبي
جعفر عليه السلام قال : قضى علي عليه السلام في وليدة كانت نصرانية فأسلمت عند رجل
فولدت لسيدها غلاماً ثم ان سيدها مات فأصابها عتاق السرية فنكحت رجلاً نصرانياً دارياً
وهو العطار فتنصرت ثم ولدت ولدين وحملت آخر . فقضى فيها ان يعرض عليها الاسلام
فأبت . فقال : اما ما ولدت من ولد فانه لابنها من سيدها الاول واحبسها حتى تضع ما في
بطنها فاذا ولدت فاقتلها .

كتاب الاقرار والنظر في الاركان واللواحق

والاركان اربعة :

(الاول). الاقرار. وهو اخبار الانسان بحق لازم له. ولا يختص لفظاً.

قوله : (كتاب الاقرار ١)

شرعيته ثابتة بالكتاب في قوله « كونوا شهداء لله ولو على أنفسكم »^(٢) وقوله « أقررتم وأخذتم على ذلکم اصري »^(٣) ، وبالسنة في قوله صلى الله عليه وآله وسلم اقرار العقلاء على أنفسهم جائز^(٤) ، وبالاجماع ، وهو ظاهر .

قوله : الاول الاقرار هو اخبار الانسان بحق لازم له

(١) في الجواهر: الاترار بمعنى الاعتراف في الصحاح وعن مجمع البحرين، والاذعان للحق عن القاموس ، وفي المسالك والاسعاد لبعض الشافعية : الاثبات من قولك قر الشيء يقر اذا ثبت واقدرته اذا افدته القرار. وعلى كل حال فهو ليس من العقود والايقاعات لانه ليس بانشاء الا انه لما كان مشابهاً للايقاع في الجملة ذكره المصنف فيها .

(٢) سورة الاعراف : ١٧٢ « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم » .

(٣) سورة آل عمران : ٨١ .

(٤) الوسائل ١٦/١٣٣ ، قال فيه : وروى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن

النبي صلى الله عليه وآله وسلم .

وتقوم مقامه الاشارة. لوقال لى عليك كذا ، فقال نعم ا وأجل فهو اقرار.
وكذا لوقال أليس لى عليك كذا؟ فقال. بلى ولوقال نعم ، قال الشيخ

قوله اخبار جنس شامل للاخبارات كلها. وقوله « بحق لازم له » يخرج الشهادة
والحق أعم من أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعة أو شفعة أو خياراً أو قصاصاً أو ابراءً ،
وفي كونه اخباراً فوائد :

(الاولى) لا يختص لفظاً لحصول المعنى بأي عبارة وقعت.
(الثانية) أنه ليس من الاسباب المملكة ولا يحصل به انتقال بل لا بد وان يكون
مسبقاً بما يقتضي ثبوت الحق أو نفيه .

(الثالثة) أنه لا يتعدد بتعدد الوقت كالانشاء المتعدد بتعدد الاوقات ، فلو شهد
اثنان على اقرار شخص في وقتين أحدهما في الخميس والاخر في الجمعة صح
وحكم به ، بخلاف الانشاء كما لو شهد أحدهما بوقوع البيع في الخميس والاخر
في الجمعة لم يثبت أحدهما وكانا متغايرين .

(الرابعة) أنه لا يشترط في نفوذه كون المقر به في يده ، بل ينفذ في حقه
وان كان المقر به في يد غيره ، فلو وصل الى المقر يوماً ما ألزم باقراره .

(الخامسة) أنه ينافي ملكية المقر حال اقراره ، فلو أضاف المقر به الى ملكه
كما لو قال داري أو مالي لفلان بطل لاستحالة اضافة الملك الواحد الى مالكين
في حالة واحدة ، والاضافة بأدنى ملابس ككوكب الخرقاء من قبيل المجاز فلا
يعارض الحقيقة المعلومة من كلام العاقل المصان عن اللغو. اللهم إلا أن يقول بطريق
شرعي أو سبب صحيح وأمثالهما .

قوله : وكذا لوقال أليس عليك كذا فقال بلى ، ولوقال نعم قال الشيخ
لا يكون اقراراً ، وفيه تردد
أما الاول - أعني قوله « بلى » - فلان أهل الادب قالوا ان بلى موضوعه

لا يكون أقراراً . وفيه تردد . ولو قال أنا مقرلم يلزمه الا أن يقول به .

للاثبات بعد النفي واجماعهم حجة، ولذلك قالوا في قوله تعالى « ألسنت بر بكم قالوا بلى»^(١)، معناه أنت ربنا. حتى نقل عن ابن عباس انهم لو قالوا نعم لكفروا. وأما الثاني - أعني لو قال نعم - فقال الشيخ لا يكون اقراراً، لان اهل الادب قالوا ان نعم موضوعة لتقرير ماسبقها اثباتاً أو نفياً، فيكون معناه ليس علي كذا فلا يكون اقراراً. وتردد المصنف من حيث أن اهل العرف يستعملون نعم مكان بلى وقد جاء في أشعارهم :

أليس الليل يجمع أم عمرو و ايانا فذاك بنا تدانسي

نعم وأرى الهلال كما تراه ويعلوها النهار كما علاني^٢

ومن حيث النظر الى وضع اللمعة وأصالة عدم النقل. ويقوى التفصيل، وهو أن ذلك ان صدر من عالم باللغة لم يكن اقراراً، والا كان اقراراً اذ لا يكاد يفرق بين نعم وبلى الا من مضغ^(٣) اللغة بين لحييه .

قوله : ولو قال أنا مقرلم يلزمه الا ان يقول به

أما الثاني فظاهر، لاصالة عود الضمر في « به » الى الكلام المتقدم . وأما

(١) سورة الاعراف : ١٧٢ .

(٢) من اشعار جحدربن مالك ، انشده حين امر الحجاج له بالسجن فقال لبعض مسن يخرج الى اليمامة تحمل عنى شعراً فأنشد الايات .

قوله «ام عمرو» كنية سلمى صاحبة الشاعر، وذاك اشارة الى اجتماع الليل اياهما . والتداني بفتح التاء والبدال المهملة والنون المكسورة والياء مصدر قولهم تدانوا أى دنا بعضهم من بعض ، وهو تفاعل من الدنو بمعنى القرب. وأرى متكلم من الرؤية ، وترى مضارع منه . ويعلو بالعين المهملة مضارع من العلو بمعنى الارتفاع ، وعلاني ماض منه . وخلاصة المعنى : ان التداني بينها وبينى واقع بمشاركتنا فى رؤية القمر وعلو النهار .

(٣) فى نسخة : من وضع اللغة .

ولو قال بعينه او هبنيه فهو اقرار . ولو قال لى عليك كذا ، فقال اتزن
او انتقد لم يكن شيئاً . وكذا لو قال اتزنها او انتقدها . أما لو قال أجلتنى
بها او قضيتكها فقد أقر وانقلب المقر مدعياً .
(الثانى) . المقر . ولا بد من كونه مكلفاً حراً مختاراً جائز
التصرف .

فلا يقبل اقرار الصغير ولا المجنون ولا العبد بماله . ولا حد ولا
جناية ولو أوجبت قصاصاً .

الاول فلانه أعم من الاقرار بالمدعى أو بغيره، اذ يحتمل أن المقر بالشهادة أو ببطلان
دعواه، ولا دلالة للعام على الخاص مع اعتضاده بأصالة البراءة . وهو مقوي العلامة
في القواعد^(١) .

ويحتمل كونه اقراراً ، لانه وقع عقيب الدعوى فيصرف اليها عملاً بالقرينة
ولقوله تعالى « أقررتم وأخذتم على ذلكم اصري قالوا أقررنا »^(٢) ولم يقولوا به،
ولانه لو جاز تعلقه بغير الدعوى لزم حمله على الهذر^(٣) ، فان من ادعى عليه بدين
فقال « انامقريكون السماء فوقنا والارض تحتنا » عد سفيهاً هذاراً ، ودفح الهذر
عن كلام العاقل مقصود شرعاً .

هذا ، وفي المسألتين اشكال، لجواز ارادة الاستقبال باسم الفاعل ، وهو وان
كان مجازاً لكن المجاز وقع كثيراً في كلامهم .

(١) القواعد ، المطب الاول من المقصد الثالث من كتاب الوقوف والعطايا .

(٢) سورة آل عمران : ٨١ .

(٣) هذر فى منطقه هذراً : خلط وتكلم بما لا ينبغى .

(الثالث) : في المقرله : ويشترط فيه أهلية التملك . ويقبل لو
أقر للحمل تنزيلا على الاحتمال وان بعد .
وكذا لو أقر لعبد ويكون للمولى .

قوله : ويقبل لو أقر للحمل تنزيلا على الاحتمال وان بعد
إذا أقر للحمل اما أن يطلق أو ينسب اقراره الى سبب صحيح أو الى سبب

فاسد :

ففي الاول أفتى الاصحاب بالقبول، واختاره المصنف تنزيلا على الاحتمال
بأن يكون سبب الملك صحيحاً كالارث والوصية وأشباههما. ونقل في المبسوط^(١)
عن بعضهم البطلان، وليمس بشيء، لان تمليك الحمل للارث والوصية واقع
قطعاً فلا يستبعد تملكه مع قوله عليه السلام : اقرار العلاء على أنفسهم جائز^(٢).
وفي الثاني يقبل ويلزم بمقتضاه قطعاً ، وفي الثالث للاصحاب قولان: قال
ابن الجنيد والقاضي بالبطلان ، لان الكلام كالجمله الواحدة لا يتم الا بآخره وقد
نافي آخر الاقرار أوله فيبطل ، مع أصالة براءة الذمة مما أقر به .

وقال الشيخ في المبسوط يقبل ويلزم مقتضاه ، قال المصنف في الشرائع^(٣)
انه الوجه ، وذلك لان الاقرار يقتضي الزامه بما أقر به ، لما تقدم من الحديث ،
فاذا نافاه بعد ذلك لم يعتد به، لانه انكار بعد الاعتراف، كما لو قال «لز يدعلي دراهم
من ثمن خمر» .

قوله : وكذا لو أقر لعبد ويكون للمولى

(١) المبسوط ١٤/٣ .

(٢) قد مرفى اول الاقرار .

(٣) الشرائع ٢٣١/٢ .

(الرابع) : فى المقر به . ولو قال : له على مال قبل تفسيره بما يملك
وان قل ولو قال . شىء فلا بد من تفسيره بما يثبت فى الذمة . ولو
قال ألف ودرهم رجع فى تفسير الالف اليه . ولو قال مائه وعشرون
درهماً فالكل دراهم .

وكذا كنايةته عن الشىء ، فلو قال : كذا درهم فالأقرار بدرهم .

تقدم أن الوصية لعبد الغير باطلة ولا يكون للمولى ، وهنا حكم بأن المقر به
يكون للمولى ، فالفرق بينهما حيث أن الوصية تمليك ابتداء والعبد لا يصلح لذلك
وأما الأقرار فهو اعتراف بحق سابق فجاز ثبوته للمولى .

قوله: ولو قال الف ودرهم رجع فى تفسير الالف اليه ، ولو قال مائة
وعشرون درهماً فالكل دراهم

الفرق بين الصورتين ابهام الالف من حيث المعدود فاحتاج الى تفسير ، وليس
المذكور معه صالحاً للتفسير ، لان المفسر لا يعطف على المفسر لاستدعاء العطف
المغايرة .

وأما الصورة الثانية فان المائة والعشرين مبهمان أيضاً من حيث المعدود
يفتقران الى التفسير والمذكور صالح لذلك معاد اليهما ، والمانع - وهو العطف
غير حاصل بين المفسر والمفسر بل بين المبهمين أنفسهما المقتضي ذلك اشتراكهما
فى الحكم العائد اليهما .

قوله : وكذا كنايةته عن الشىء ، فلو قال كذا درهم فالأقرار بدرهم
الكناية لفظ عبره عن لفظ آخر يفيد معنى ، ولا خلاف ان كذا من ألفاظ
الكنايات المبهمة المحتاجة الى التفسير ، لكن هل هي كناية عن شىء او عن عدد؟

أجمع الادباء على الثاني، وبه قال الشيخ^(١)، لاصالة بقاء الوضع الادبي على حاله والنقل على خلاف الاصل .

وقال المصنف وابن ادريس^(٢) بالاول ، لانه يستعمل عرفاً لغير العدد، واللفظ اذا داربين الحقيقة اللغوية والعرفية حمل على العرفية، لما ثبت في الاصول وغير العدد الذي يستعمل فيه كذا في العرف غير معين، فيحمل على القدر المشترك بين الحقائق وهو الشيشية . والشئ مبهم يحتاج الى تفسير، فيحمل على أقل ما يصدق على الاسم المذكور بعده . ولذلك قال: فالاقرب الرجوع في تفسيره الى المقر فعلى قول الشيخ^(٣) هنا مسائل :

(الاولى) لو قال كذا درهم بالرفع لزمه درهم ، كأنه قال معدود هو درهم ، ولو نصب لم يقبل أقل من عشرين، لان أقل عدد مفرد ينصب بعده المميز عشرون . ولو جر لم يقبل تفسيره بأقل من مائة ، لان أقل عدد يخفض بعده المميز مفرداً هو مائة . ولو قال كذا دراهم قال الشيخ لم يقبل تفسيره بأقل من ثلاثة ، لانها أقل عدد يضاف الى الجمع .

(الثانية) لو قال كذا كذا درهماً بالنصب لم يقبل أقل من أحد عشر ، لانه اقل مركب يفسر بمفرد .

(الثالثة) لو قال كذا وكذا درهماً لم يقبل أقل من أحد وعشرين، لانه أقل عدد يعطف فيه العدد على العدد .

وعلى قول المصنف وابن ادريس يرجع الى تفسيره في الكل - أعني المفرد والمركب والمعطوف - والتكرار للتأكيد لا للتحديد^(٤) ، كأنه قال شئ شئ أو شئ شئ ثم فسرهما بما أراد ، كما لو قال له عندي مال أو شئ أو مال

(١) المبسوط ١٣/٣ .

(٢) السرائر : ٢٨١ .

(٣) المبسوط ١٢/٣ .

(٤) في نسخة : لا للتديد .

وقال الشيخ: لو قال. كذا كذا درهماً لم يقبل تفسيره بأقل من أحد عشر .
ولو قال كذا وكذا لم يقبل أقل من أحد وعشرين . والاقرب الرجوع
في تفسيره الى المقرولا يقبل أقل من درهم . ولو أقربشئء مؤجلاً
فأنكر الغريم الاجل لزمه حالا ، وعلى الغريم اليمين .

مال أو شئء شئء ، لكن لا يقبل أقل من درهم لتصريحه في تفسير المبهم به ، فلو
فسره بأقل كان رجوعاً فلا يقبل .

وأما العلامة فقال في المختلف^(١): التحقيق أن القائل ان كان من أهل اللسان
ألزم بما قاله الشيخ والارجع الى تفسيره كما قاله ابن ادريس .
وفي القواعد^(٢) يظهر منه اختيار ما قاله ابن ادريس ، وفرع عليه أنه لو قال
كذا درهم بالجر ألزم جزء درهم ورجع في تفسير الجزء اليه ، لان ذلك أمر محتمل
والاصل براءة الذمة من الزائد . ولو قال كذا كذا درهم بالجر أيضاً احتمل أنه
أضاف جزء الى جزء ثم أضاف الجزء الاخير الى الدرهم كنصف تسع درهم ،
وكذا لو زاد التكرار نحو كذا كذا كذا فمأزاد ، كما لو قال ثلث نصف تسع
درهم . أما لو رفع أو نصب في المواضع الثلاثة فلا يقبل أقل من درهم كما قال
المصنف ، والاختيار والفتوى على قول المختلف .

قوله: ولو أقربشئء مؤجلاً فأنكر الغريم الاجل لزمه حالا وعلى الغريم
اليمين

هذا هو أحد قولي الشيخ في النهاية لاصالة عدم التأجيل ، فيكون القول قول
المقرله . وقال في موضع آخر لزمه مؤجلاً ، لجواز أنه لزمه كذلك ، فلو لم نسمع

(١) المختلف ، الجزء الثاني : ٥٤ .

(٢) القواعد ، الفصل الثاني من المقصد الثالث في الاقرار .

واللواحق ثلاثة :

(الاول): في الاستثناء، ومن شروطه الاتصال العادي.

منه ليجاز أن لا يقر ، فيكون ممنوعاً من ايراد منه .

قوله : ومن شرطه الاتصال العادي

إذا أتبع الاقرار بما ينافي ظاهره، فمن ذلك ما هو مقبول شرعاً وهو الاستثناء خاصة اجمالاً دون باقي المخصصات لورود الاستثناء في الكتاب ، قال تعالى « فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاماً »^(١) . وفي السنة وهو كثير لكن مشروط فيه الاتصال .

وليس المراد به اتصال المستثنى بالمستثنى منه لفظاً بحيث لا يتخللهما زمان أصلاً، لجواز الفصل بينهما بالتنفس والسعال ورد السلام ونحوها من الضرورات طبعاً وشرعاً بالاجماع . ولا انفصال مطلقاً بحيث يتأخر زمان بينهما لا لاضروري لان الاستثناء اخراج حكم من حكم آخر .

ولا بد أن يكون المخرج في نية المتكلم حال التلفظ بالحكم الاول ، اذ لو لم يكن في نيته لزم التناقض ، فلا بد من الدلالة على باقي النية ، وهو استثناء بأحد أدوات المذكورة في اللغة .

ولا بد من ارتباط بين الدليل والمدلول ليعلم اختصاص أحدهما بالآخر ، وهو هنا الاتصال اللفظي . ولا ضابط له سوى العادة فلذلك قال المصنف : ومن شرطه الاتصال العادي، فيجب أن يكون كذلك والا لم يقبل، كما لو سكت زماناً خارجاً عن العادة ثم استثنى ، فان ذلك غير جائز لغة ولا مقبول شرعاً .

(١) سورة العنكبوت : ١٤ .

ولا يشترط الجنسى .

ولانقصان المستثنى عن المستثنى منه .

قوله : ولا يشترط الجنسى

أي ليس من شرط الاستثناء أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه .
وذلك اجماع من النحاة وأهل اللغة .
واختلف فيه الاصوليون والفقهاء ، فشرطه بعض ومنع اشتراطه آخرون .
واختاره المصنف ، لوروده في الكتاب ، كقوله « لا يسمعون فيها لغواً الاًسلاماً »^(١)
و« ما لهم به من علم الاًتباع الظن »^(٢) .
فلو قال « له عندي عشرة دراهم الاًثوباً » قبل منه واستفسر منه قيمة الثوب
وسمع ما يقربه ، الاًن يكون مستغرقاً للعشرة . وتام البحث في الاًصول .

قوله : ولانقصان المستثنى عن المستثنى منه

اتفق الكل على قبول نقصان المستثنى عن الباقي بعد الاستثناء ، كما لو قال
« له عندي عشرة الاًثلاثة » ، واختلف في الاًكثر والمساوي ، كما لو قال « عشرة
الاًسبعة أو عشرة الاًخمسة » ، فمنع اًكثر النحاة وجماعة من الاًصوليين وجوزه
آخرون . وهو الحق عند الفقهاء ، فجازوا سائر اًقسامه الاًالمستغرق فانه باطل
ويلزم المقر عندهم بالحكم الاًول .

فلو قال « له عشرة الاًعشرة » بطل الاستثناء ولزمه العشرة ، ولو قال « له
عشرة الاًثلاثة » لزمه سبعة ، ولو قال « عشرة الاًخمسة » لزمه خمسة ، ولو قال
« عشرة الاًسبعة » لزمه ثلاثة . وكذلك قالوا اذا قال « له عندي عشرة الاًتسعة
الاًثمانية الاًسبعة الاًسته الاًخمسة الاًربعة الاًثلاثة الاًثنين الاًواحداً » جاز ولزمه
خمسة ، وذلك مبني على مقدمات :

(١) سورة مريم : ٦٢ .

(٢) سورة النساء : ١٥٧ .

فلو قال : له على عشرة الاستة لزمه أربعة . ولو قال : ينتقص ستة
لم تقبل منه . ولو قال : له عشرة الاخمسة الاثلاثة لزمه ثمانية . ولو
قال : له عشرة الا ثلاثة الا ثلاثة كان الاقرار بالاربعة .

(الاولى) ان الاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي اثبات .
(الثانية) انه اذا تكرر الاستثناء ولم يكن بحرف العطف أو منع مانع من
عوده الى الاول رجوع كل واحد من المكررات الى ماتقدم عليه ، أما مع العطف
أو امکان العود الى الاول فانه يرجع الى الاول .
(الثالثة) ان الاستثناء الاول من هذه الجمل نفي وما بعده اثبات والثالث
نفي والرابع اثبات والخامس نفي والسادس اثبات والسابع نفي والثامن اثبات
والتاسع نفي ، وذلك ظاهر .

فاذا تقررت هذه المقدمات فاجمع الجمل المثبتة وهي خمسة تكن ثلاثين
ثم اجمع الجمل المنفية وهي خمسة أيضاً تكن خمسة وعشرين فأسقطها من
الثلاثين فتبقى خمسة وهي المقربة .

قوله : ولو قال تنقص ثلاثة لم يقبل (١)

لانه ليس استثناء لغة ولا عرفاً .

قوله : ولو قال له عشرة الاخمسة الاثلاثة لزمه ثمانية

لان الخمسة منفية والثلاثة مثبتة منها فيضم الى الخمسة الباقية من الاصل
تصير ثمانية . ولو أتى بواو العطف لزمه اثنان .

قوله : ولو قال عشرة الا ثلاثة الا ثلاثة كان اقراراً بالاربعة

(١) في متن الشرح الكبير : ولو ينقصه ستة لم يقبل . وفي المختصر النافع ط مصر :

ولو قال ينتقص ستة لم تقبل منه .

ولو قال : درهم ودرهم الادرهمان لزمه درهمان .

لان الثلاثة الاخيرة لايجوز عودها الى الاولى لاستغراقها فيعود الى الباقي بعد الثلاثة الاولى وهي سبعة ، فينفى منها فيبقى أربعة بعد الاستثنائين .

قوله: ولو قال درهم ودرهم الادرهما لزمه درهمان

من قواعد الاستثناء أنه اذا وقعت الجمل المتعددة هل يرجع الى الجميع على سبيل الاشتراك أو يرجع الى احدها: أما الاولى على قول شاذ للاصوليين أو الاخيرة كما هو الحق . وتحقيق ذلك في الاصول .

فبناء على الاول - وهو الرجوع اليهما معاً - قال الشيخ وابن ادريس^(١) يلزمه في هذه المسألة درهم، استدلالاً بأن حرف العطف - وهو الواو - تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجمل الواحدة، فلم يبق فرق بين قوله « علي درهمان الادرهما » وبين قوله « له درهم ودرهم الادرهما »، ويلزمه في الاولى درهم فكذا في الثانية .

ولما كان الحق الرجوع الى الاخيرة قال المصنف ان الاستثناء باطل لكونه مستغرقاً للجمل العائد اليها فيؤخذ المقر بأصل الكلام وهو درهمان . وهو اختيار العلامة في القواعد^(٢) ، لكنه علله لبااعتبار عوده الى الاخيرة، بل فان الاستثناء باطل من أصله ، لان المقر نص على ثبوت كل واحد من الدرهمين فلم يمكنه نفيه ، كما لو قال : جاء زيد وعمرو وخالد الاعمرأ .

(١) الخلاف ٢/١٥٣ ، السرائر : ٢٨١ .

(٢) القواعد، القاعدة الخامسة من المطلب الاول من الفصل الثالث من كتاب الاقرار.

ولو قال : له عشرة الاثوباً سقط من العشرة قيمة الثوب ويرجع اليه تفسير القيمة ما لم يستغرق العشرة .

(الثاني) : في تعقيب الاقرار بما ينافيه . فلو قال هذا لفلان بل

لفلان فهو للاول ويغرم القيمة للثاني . ولو قال : له على مال من ثمن خمر لزمه المال . ولو قال ابتعت بخيار وأنكر البائع الخيار قبل

اقراره في البيع دون الخيار . وكذا لو قال من ثمن مبيع لم أقبضه (الثالث) : الاقرار بالنسب . ويشترط في الاقرار بالولد الصغير

امكان البنوة وجهالة نسب الصغير وعدم المنازع ولا يشترط التصديق لعدم الاهلية . ولو بلغ فأنكر لم يقبل . ولا بد في التكبير من التصديق

وكذا في غيره من الانساب . واذا تصادقا توارثا بينهما : ولا يتعدى

قوله : وكذا لو قال من ثمن مبيع لم أقبضه

يعني اذا قال له عندي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه حكم عليه بألف ولا يقبل قوله من ثمن مبيع لم أقبضه الا باليمين ان ادعى المقر له القبض ، وذلك لانه يتضمن انكار ما أقربه أولاً .

وللشيخ هنا تفصيل^(١) ، تقريره : انه ان وقف على قوله « له عندي ألف من ثمن مبيع » ثم ابتدأ بقوله « لم أقبضه » قبل منه ، واذا قطع عند قوله « عندي ألف » ثم ابتدأ بقوله « من ثمن مبيع لم أقبضه » لم يقبل منه . والمصنف استضعف هذا الفرق فلذلك طرد الحكم ولم يفصل ، لانه في الصورتين منكر للقبض ، فان لم تكن له بينة يحلف ولا يبقى فرق بينهما .

(١) الخلاف ١٥٨/٢ .

المتصادقين: ولو كان للمقر ورثة مشهورون لم يقبل اقراره بالنسب ولو تصادقا . فاذا أقر الوارث بآخر وكان أولى منه دفع اليه ما فى يده وان كان مشار كأدفع اليه بنسبة نصيبه من الاصل . ولو أقر باثنتين فتناكرا لم يلتفت الى تناكرهما : ولو أقر بأولى منه ثم بمن هو أولى من المقر له فان صدقه الاول دفع الى الثانى وان كذبه ضمن المقر ما كان نصيبه : ولو أقر بمساو له فشاركه ثم أقر بمن هو أولى منهما فان صدقه المساوى دفعا اليه ما معهما ، وان أنكر غرم للثانى ما كان فى يده . ولو أقر للميتة بزواج دفع اليه مما فى يده بنسبة نصيبه . ولو أقر بآخر لم يقبل الا أن يكذب نفسه فيغرم له ان أنكر الاول . وكذا الحكم فى الزوجات اذا أقر بخامسة .

قوله : وكذا الحكم فى الزوجات اذا أقر بخامسة

انما لم يقبل اقراره بالخامسة لان الفرض انه أقر بزوجة حقيقية بالنكاح الدائم باقية على النكاح الى أن مات الزوج، وذلك محال فى الخامسة، فلذلك لم يقبل لكن لا يغرم بمجرد اقراره، بل يوقف الغرم على انكاره احدى المقدمات للنص عليه . وهكذا نقول فى اقراره بزواج ثان للميت^(١) . ومن قواعد الفقه ان الاقرار الثانى اذا نافى الاول لا ينفذ لكن يغرم المقر بمجرد اقراره ، الا فى الزوجة والميراث للنص عليه، أما لو أقر بزوجة وارثة فى موضع يمكن ذلك كالمريض يطلق فى المرض ويتزوج بأخرى ويدخل بها ثم يتزوج أخرى ويدخل وهكذا، فانه يمكن أن يكون اكثر من أربع واثبات على الشرائط المذكورة فى محله فانه يقبل اجماعاً .

(١) صفة للانسان الذى فارقت عنه الروح ، ويستوى فيه المذكور والمؤنث .

ولو أقر اثنان عادلان من الورثة صح النسب وقاسم الوارث . ولو لم يكونا مرضيين لم يثبت النسب ودفعوا اليه مما في أيديهما بنسبة نصيبه من التركة .

قوله : ولو اقر اثنان عادلان من الورثة صح النسب وقاسم الوارث ، ولو لم يكونا مرضيين لم يثبت النسب ودفعوا اليه مما في أيديهما بنسبة نصيبه من التركة

هذه المسألة تتمشى على قولنا وقول الشافعي كما لو أقر اخوان من جملة الاخوة بأخ آخر فانهما وارثان مع وجود اقرارهما ، فمع عدالتهما يثبت نسبه وميراثه ، ومع عدم عدالتهما يثبت ميراثه مما في أيدي المقرين خاصة .

أما اذا لم يكونا وارثين مع وجود اقرارهما كما لو أقر اخوان هما الورثة بابن ، فان عندنا ان كانا مرضيين ثبت نسبه وميراثه وان لم يكونا مرضيين لم يثبت نسبه لكن يثبت ميراثه ، فيدفعان اليه ما في أيديهما .

وقال الشافعي في الاول انه أيضاً كذلك ، أعني يثبت النسب دون الميراث ، والالزم الدور .

ومبنى الخلاف أنه يشترط في المقر عندنا أن يكون وارثاً ظاهراً لولا الاقرار فاذا انتفى ميراثه باقراره لم يبطل اقراره بل يحكم عليه ويتنفي ميراثه ويثبت ميراث المقر له ، لانه لولا الاقرار لكانا وارثين ظاهراً . وأما الشافعي فقال فيشترط في نفوذ الاقرار أن يكون المقر وارثاً مع وجود الاقرار ، فهنا يثبت النسب ولا يثبت الميراث ، لانه لو وورث منع الاخوين واذا منعهما لم يكونا وارثين ، فلم يصح اقرارهما فلا يصح نسبه فلا يكون وارثاً ، فيلزم من توريثه عدم توريثه ، وكل ما يلزم من اثباته نفيه فهو محال ، ويسمى دوراً مجازاً .

والمراد بإمكان الخلاف الامكان العقلي ، فلو حلف على ايجاد الممتنع أو الواجب لم ينعقد. وقال ابن ادريس الامكان الشرعي .

ويتفرع عليه الحلف على فعل الواجب وترك الحرام ، فعلى ما قلناه يتحقق اليمين عليهما لامكان مخالفتها نظراً الى القدرة ، وعلى ما قاله ابن ادريس لا يتحقق لاستحالة امكان الخلاف فيهما شرعاً .

وعند الجمهور اليمين قسمان : أحدهما ما قلناه ، والاخر هو التزام ما يمكن فيه الخلاف بتعليق محذور عنده يلزم تعليقه شرعاً على ضد مراده بأحد حروف الشرط ، كقوله « ان فعلت كذا أو ان لم افعل فزوجتي طالق أو عبدي حر » . والفرق بين هذه اليمين وبين الشرط ان المقصود في الشرط نفس التعليق لا غير وليس الجزاء محذوراً عنده ولا وقوع الشرط خلاف مطلوبه ، بخلاف هذه اليمين فان الجزاء محذور عنده والشرط ضد مراده . وهذه غير صحيحة عندنا .

(الثانية) اليمين على أقسام :

الاول : المنعقد ، وهي الحلف على المستقبل فعلاً أو تركاً مع القصد اليه وهي المقصودة هنا .

الثاني : يمين اللغو . ولها تفسيران : أحدهما الحلف لا مع القصد على ماض أو آت ، وثانيهما أن سبق اللسان الى اليمين من غير قصد انبها يمين . وكلاهما غير مؤاخذ به للآية^(١) .

الثالث : الحلف على الماضي أو الحال مع تعمد الكذب ، ويسمى « غموساً » لانها تغمس الحالف في الاثم أو النار . وفي بعض الروايات انها من الكبائر ، وفي بعضها انها تذر الديار بلاقع^(٢) . ولا كفارة فيها لقوله تعالى « بما عقدتم

(١) وهي الآية : ٢٢٥ من سورة البقرة .

(٢) البلاقع جمع بلقع ، مكان بلقع : خال ، والارض القفر التي لا شيء بها . ومعنى

(الاول) : ما به ينعقد، ولا ينعقد الا بالله وبأسمائه الخاصة . وما

ينصرف اطلاقه اليه كخالق والبارى دون ما لا ينصرف اطلاقه اليه
كالموجود .

الايمان^(١) والعقد لا يتصور الامع امكان الحل ولا حل في الماضي ولعدم ذكرها
في الحديث .

(الثالثة) اليمين على الماضي أو الحال مع الصدق ليست غموساً لعدم الكذب .
نعم الاكثار منها مكروه، لقوله « ولا تطع كل حلاف مهين »^(٢) وقوله « ولا تجعلوا
الله عرضة لايمانكم »^(٣) وأما اليمين في مقابلة الدعوى فان كذبت فهي غموس
والا فلا .

قوله : ولا ينعقد الا بالله وبأسمائه الخاصة وما ينصرف اطلاقه اليه
كخالق والبارى دون ما لا ينصرف اطلاقه كالموجود

أجمع أصحابنا على أنه لا حكم لليمين الآن يكون بالله سبحانه، لوجوه :
الاول : ان القسم يستلزم تعظيماً لذلك الشيء المقسم به، ولما لم يكن مستحق
للتعظيم المطلق وبالذات سوى الله لم يجز القسم الا به .
الثاني : قوله صلى الله عليه وآله وسلم : من كان حالفاً فليحلف بالله أوليدر^(٤)
الثالث : قول الباقر عليه السلام في رواية ابن مسلم : ان الله يقسم مسن
خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا الا به^(٥) .

الحديث الشريف : اى يفتر الحالف ويذهب ما فى بيته من الخير والمال سوى ما ذكره
فى الآخرة من الاثم .

(١) سورة المائدة : ٨٩ .

(٢) سورة القلم : ١٠ .

(٣) سورة البقرة : ٢٢٤ .

(٤) سنن الترمذى ٤ / ١١٠ وفيه : ليحلف حالف بالله اوليسكت .

(٥) الكافى ٧ / ٤٤٩ ، التهذيب ٨ / ٢٧٧ .

ولا ينعقد لو قال: أقسم أو احلف حتى يقول بالله .

إذا تقرر هذا، فاللفظ الوارد في القسم إما أن يكون دالاً على الذات الشريفة من غير اعتبار شيء أو يدل عليها مع اعتبار شيء ، وهذا إما أن يكون ذلك الاعتبار مختصاً به تعالى أو يمكن فيه المشاركة. وهذا إما أن ينصرف إطلاقه إليه أولاً . فهنا أقسام أربعة :

الأول: ما يدل على الذات من غير اعتبار شيء ، كقولنا «والواجب وجوده» «والذي نفسي بيده» «ومقلب القلوب والابصار» «والذي فلق الحبة وبرأ النسمة» «والأول الذي ليس قبله شيء» .

الثاني : ما يدل على الذات مع اعتبارات خاصة به ، كقولنا «والله» فإنه اسم للذات الموصوفة بجميع الكمالات، والرحمن والقادر لذاته والعالم لذاته وأمثال ذلك .

الثالث : ما يدل على الذات مع اعتبار يمكن فيه المشاركة لكنه بالإطلاق ينصرف إليه كقولنا : والرب والمخالق والباري والرازق والمحيي والمميت .

الرابع: ما يدل على الذات مع اعتبار يمكن فيه المشاركة ولا ينصرف إطلاقه إليه ، كقولنا : والموجود والسميع والبصير والحي .

فالاقسام الثلاثة الأولى يقع بها اليمين ، وأما الرابع فلا ، لأنه لا اشتراكه لم يكن له حرمة فلم يقع به القسم .

قوله : ولا ينعقد لو قال أقسم أو احلف حتى يقول بالله

لا بد من تفسير اليمين بفعل القسم أو صرفه إما ظاهراً أو مقدرًا ، فالأول كقولك « أقسم أو احلف بالله » والثاني كقولك « والله » والثالث كقولك « الله » بالكسر مع النية .

ولو قال لعمر الله كان يميناً ، ولا كذا لو قال : وحق الله .

قوله : ولو قال لعمر الله كان يميناً ولا كذا لو قال وحق الله

هنا مسألتان :

(الأولى) لو قال « لعمر الله كان يميناً » لورود القسم بالعمر في الكتاب ،

قال تعالى « لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون »^(١) ولورود ذلك في رواية ابن ابي عمير عن الصادق عليه السلام^(٢) . والعمر والعمر واحد ، وخص القسم بالمفتوح ايثاراً للاخف لكثرة دوران الحلف على ألسنتهم ، ولذلك حذفوا الخبر ، أي قسمي كما حذف الفعل في بالله وتالله . والمراد هنا بالعمر الدوام والبقاء ، أي بدوام الله ، وهو مرفوع بالابتداء .

(الثانية) لو قال « وحق الله » هل ينعقد يميناً أم لا ؟ قال الشيخ^(٣) لا ينعقد ،

واختاره ابن ادريس^(٤) والمصنف والعلامة^(٥) ، لان حقوق الله فروضه وعباداته ، لما رواه عبادة بن الصامت قال : قلت يا رسول الله ما حق الله على العباد ؟ فقال صلى الله عليه وآله وسلم : ان لا تشر كسوابه شيئاً وتعبدوه وتقيموا الصلاة وتؤتوا الزكاة^(٦) . فيكون قد حلف بحقه لابه .

وقال في المبسوط^(٥) ينعقد ، لانه في العرف كذلك ، ولان حقه صفة عامة

(١) سورة الحجر : ٧٢ .

(٢) الفقيه ٣ / ٢٣٠ ، التهذيب ٨ / ٢٧٨ ، الكافي ٧ / ٤٤٩ .

(٣) الخلاف ٣ / ٢٧٩ ، السرائر : ٣٥٢ ، القواعد : الفصل الاول من المقصد الاول

من كتاب الايمان .

(٤) عن مجمع الزوائد ١ / ٥٠ .

(٥) المبسوط ٦ / ١٩٧ .

ولا ينعقد الحلف بالطلاق والعتاق والظهار ولا بالحرم ولا بالكعبة ولا
بالمصحف. وينعقد لو قال: حلفت برب المصحف. ولو قال: هو يهودي
او نصراني او حلف بالبراءة من الله او رسوله او الائمة لم يكن يمينا،
والاستثناء بالمشيئة في اليمين يمنعها الانعقاد اذا اتصل بما جرت العادة.

فإذا أضيف إليه تعالى اختص به ، لان الاضافة تفيد الاختصاص ، فكانت يمينا
كسائر صفات ذاته من العزة والقدرة والعظمة .
والحق ما اختار العلامة في المختلف ، وهو أنه ان قصد الحالف الحلف
بالله كانت يمينا ، لان الحق يراد به الثابت ، لانه نقيض الباطل ، فكأنه قد حلف
بشئوت الله ، أي وجوده الذي هو نفس ذاته ، وان لم يقصد ذلك لم يكن يمينا
لما تقدم .

قوله : ولا بالحرم ولا بالكعبة ولا بالمصحف

قال ابن الجنيد: لأبس بالحلف لحقوق عظمها الله، نحو «وحق رسول الله»،
«وحق القرآن»، فان أراد بذلك ما يوجب الكفارة لمخالفته فهو باطل لما تقدم،
وان أراد غير ذلك فالظاهر جواز ذلك لكن على كراهة شديدة .

قوله: والاستثناء بالمشية في اليمين يمنعها الانعقاد اذا اتصل بما جرت العادة

الاستثناء بالمشية هو أن يتبع يمينه بقوله «انشاء الله» ، وذلك يوقف اليمين
عن انعقادها اجماعاً ، لكن اذا اتصل الاستثناء باليمين اتصلا عرفياً كما تقدم
في الاستثناء بالاوأخواتها في الاقرار . وهنا فوائد :
(الاولى) المشهور اشترط النطق بالاستثناء، فلونواه ولم ينطق به انعقد^(١).

(١) كذا في النسختين . واما الشيخ قال في المبسوط ٢٠٠/٦ : . . . فانما يصح

قولا ونطقاً ولا تصح اعتقاداً ونية .

ولو تراخى عن ذلك عن غير عذر ازمت اليمين وسقط الاستثناء
الى أربعين يوماً وهى متروكة .

قاله الشيخ في المبسوط وتبعه ابن ادریس^(١) ، لاصالة العقد وعدم تأثير النية .
وقال الشيخ في النهاية^(٢) تكفي النية اذا حلف سراً . وقال العلامة في-
المختلف^(٣) تكفي النية مطلقاً، وقواه الشهيد ، وليس بالبعيد . نعم يشترط النية
عند التلفظ باليمين .

(الثانية) المشهور أنه لافرق بين متعلقات اليمين كلها في ذلك، وقال العلامة^(٤)
ان كان المحلوف عليه مما يعلم مشية الله اياه كالواجب والندب فلا يدخله استثناء
وانما دخوله فيما لم يعلم مشية الله اياه كالمباح .
(الثالثة) هل يدخل الاستثناء في الطلاق والعتق والنذر والاقرار أم لا ؟
للشيخ^(٥) فيه قولان : احدهما لا يدخل ويلغو الاستثناء لاصالة العقد، وثانيهما نعم
ويبطل ما دخله كاليمين .

وقال ابن ادریس لا يدخل الا في اليمين . وهو الحق ، خصوصاً في الاقرار
أما مع قصد التبرك فلا كلام في عدم البطلان .

قوله : وفيه رواية بالجواز الى اربعين يوماً وهى متروكة
يريد انه لا يجوز تأخير الاستثناء عن اليمين اختياراً لما تقدم ، وأيضاً انه

- (١) السرائر : ٣٥٢ .
(٢) النهاية : ٥٥٦ ، قال فيه : واذا حلف علانية فليستن علانية واذا حلف سراً فليستن
مثل ذلك .
(٣) المختلف ، الجزء الخامس ١٠٣ .
(٤) القواعد ، الفصل الاول من المقصد الاول من كتاب الايمان .
(٥) راجع المبسوط ٦٦/٥ .

(الثاني) : الحالف . ويعتبر فيه البلوغ والتكليف والاختيار
والقصد ، فلو حلف عن غير نية كانت لغواً ، ولو كان اللفظ صريحاً .

صلى الله عليه وآله قال : من حلف على شيء ورأى غيره خيراً منه فليأت الذي هو
خير^(١) . وزاد الجمهور وليكفر عن يمينه . فلو جاز تأخير الاستثناء لارشدها إليه
لتنحل اليمين به لأن ذلك من النصيحة .

وأما الرواية المشار إليها فرواها ابن بابويه صحيحاً عن عبد الله بن ميمون
عن الصادق عليه السلام قال : للعبد أن يستثنى ما بينه وبين أربعين يوماً إذا
نسي ، ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أتاه ناس من اليهود فسألوه عن
اشياء فقال لهم : تعالوا غداً أحدثكم ولم يستثن فاحتبس جبرئيل عليه السلام
عنه أربعين يوماً ثم أتاه وقال : ولانقولن لشيء اني فاعل ذلك غداً الا أن يشاء الله
واذكربك اذا نسيت^(٢) .

قال المصنف انها متروكة . وفي الشرائع^(٣) مهجورة ، أي انه لم يقل بمضمونها
أحد من الفقهاء في الاسلام مع ضعف طريقها . وأما العلامة في المختلف فقال
انها غير متروكة مطلقاً بل محمولة على اضممار الاستثناء ونسيان التلفظ به ، لما
تقدم من جواز الاستثناء بالنية ، وحينئذ لاوجه للتقييد بالأربعين بل يجوز أكثر
من ذلك وأقل ، لكن التخصيص انما حصل للسبب المذكور . والنسيان في
الاية الترك لا المراد السهو لعدم جوازه عليه صلى الله عليه وآله وسلم .

(١) سنن ابن ماجه ١/٦٨٢ ، وفيه : من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليتركها
فان تركها كفارتها .

(٢) سورة الكهف : ٢٤ . والحديث في الفقيه ٣/٢٢٩ ، التهذيب ٨/٢٨١ ، وقد
ذكر صدره .

(٣) الشرائع ٢/٢٣٥ .

ولا يمين للسكران ولا المكره ولا الغضبان الا ان يكون لاحدهم قصد
الى اليمين. وتصح اليمين من الكافر، وفي الخلاف لا يصح.
ولا ينعقد يمين الولد مع الوالد الاباذنه، ولو بادر كان للوالد
حلها ان لم تكن في واجب او ترك محرم. وكذا الزوجة مع زوجها
والمملوك مع مولاه.

قوله: وتصح اليمين من الكافر، وفي الخلاف لا تصح

الاول قول الشيخ في المبسوط^(١) والقاضي، والثاني قوله في الخلاف^(٢)
لان اليمين انما تصح بالله ممن هو عارف به والكافر غير عارف به فلا تصح
بيمينه.

والحق ما فصله العلامة في المختلف^(٣) بأن كفره ان كان بجحد الربوبية
أو بالتشبيه بغيره فلا ينعقد يمينه لعدم عرفانه به، وان كان يجحد نبياً أو فريضة معلومة
من دينه صححت يمينه. وتظهر الفائدة أنه مع الانعقاد والحث يعاقب في الآخرة
ولا يصح تكفيره، أما قبل الاسلام فلان الاسلام شرط في صحته ولم يحصل،
وأما بعده فلسقوطه عنه، لان الاسلام يجب ما قبله.

قوله: ولا ينعقد يمين الولد مع الوالد الاباذنه، ولو بادر كان للوالد
حلها

في هذه العبارة تسامح، فان الحل انما يكون بعد العقد، والمصنف حكم
بأنها لا تنعقد فكيف يقول لو بادر كان للوالد حلها.

(١) المبسوط ٧١٦٢، ٨١٥٨٢، ٨١٥٨٣

(٢) الخلاف ٢٧٦/٣، ١٩٤/٦

(٣) المختلف، الجزء الخامس: ٩٨

(الثالث) : في متعلق اليمين . ولايمين الامع العلم .

واعلم أن اذن الوالد هل هو شرط في صحة اليمين - بمعنى أنها بدونه تقع باطللة - أو شرط في انعقادها ولزومها - بمعنى أنها تقع صحيحة لكن لا يلزم مضمونها الامع اجازة الوالد؟ في عبارات الفقهاء ما يدل على كل من القسمين . ووجه الاول قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لايمين لولد مع والده^(١) ، والمراد نفي الصحة لا الماهية والوجود . ووجه الثاني عموم قوله « ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها »^(٢) وقوله « واحفظوا ايمانكم »^(٣) وغير ذلك من الايات .

وتظهر فائدة الخلاف في مسألتين :

(الاولى) أنه لو حلف الولد ولما يسبق اذن ثم حصل فيما بعد ، فعلى الاول لا بد من اعادة اليمين ليلزم مقتضاها لعدم صحة الاولى ، وعلى الثاني لا حاجة الى الاعادة وصارت لازمة بالاذن اللاحق .

(الثانية) لو حلف الولد ثم مات الوالد ولما يعلم أو علم ولم تحصل منه اجازة ولا منع ، هل يلزم الولد متعلقها أم لا ؟ على الاول لا وعلى الثاني نعم ، لان الاذن انما يكون شرطاً مع وجود الاب لامع عدمه ، بدليل صحتها ولزومها حين عدمه ابتداء .

واعلم أن الكلام في يمين الزوجة والعبد كذلك .

قوله : ولايمين الامع العلم

أما في التي في مقابلة الدعوى فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم : من حلف

(١) التهذيب ٢٨٥/٨ ، الكافي ٤٣٩/٧ .

(٢) سورة النحل : ٩١ .

(٣) سورة المائدة : ٨٩ .

ولا يجب بالغموس كفارة . وتنعقد لو حلف على فعل واجب او مندوب
او على ترك مجرم او مكروه .

بالله فليصدق^(١) . ولا صدق الامع علم المطابقة . وأما المنعقد فلا بد من العلم
بما يحلف عليه ليلزم مقتضاه ويوقعه حسب ما حلف .

قوله : ولا يجب بالغموس كفارة

تقدم بيان ذلك، ويريد هنا أنه انما لم تلزم الكفارة لعظم الذنب فلا يرتفع
بالكفارة ، ولقول الصادق عليه السلام : الايمان ثلاث : يمين ليس فيها كفارة
ويمين فيها كفارة ، ويمين غموس تعقب النار^(٢) . والتفصيل قاطع للشركة .

**قوله : وتنعقد لو حلف على فعل واجب او مندوب او على ترك مجرم
او مكروه ولا تنعقد لو حلف على ترك فعل واجب او مندوب او فعل مجرم
او مكروه**

تحقيق متعلق اليمين أنها تقتضي اما ترجيح ما ليس بمرجوح ولا راجح
ديناً أو دينياً أو المنع من النقيض أو الامتناع عن النقيض، فالاول يتناول المباح والثاني
المندوب والثالث الواجب ، ويدخل ترك الحرام في الواجب وترك المكروه
في المندوب، لان متعلق اليمين اما أن يكون أرجح من نقيضه شرعاً قبل اليمين
أولاً والثاني المباح، والاول اما أن يكون ذلك الترجيح الحاصل قبل اليمين
مانعاً من النقيض أولاً، فان كان الاول لم تقتض اليمين ترجيحه والالزم تحصيل
الحاصل ، وكذا لا تقتضي منعه من النقيض والالزم أيضاً تحصيل الحاصل بل
تقتضي الزام المكلف الامتناع عن النقيض والكفارة مع المخالفة ، وان كان
الثاني اقتضت اليمين المنع من النقيض والامتناع منه .

(١) سنن ابن ماجه ١/٦٧٩ ، الكافي ٧/٤٣٨ ، الفقيه ٣/٢٢٩ .

(٢) الكافي ٧/٤٣٨ .

ولا ينعقد لو حلف على ترك فعل واجب أو مندوب أو فعل محرم أو مكروه . ولو حلف على مباح وكان الأولى مخالفته في دينه أو دنياه فليأت لما هو خير له ولا اثم ولا كفارة . وإذا تساوى فعل ما تعلقت به اليمين وتركه وجب العمل بمقتضى اليمين . ولو حلف لزوجه ألا يتزوج أو يتسرى لم تنعقد يمينه . وكذا لو حلفت هي أن لا تتزوج بعده . وكذا لو حلفت أن لا تخرج معه .

قوله : ولو حلف على مباح وكان الأولى مخالفته في دينه أو دنياه فليأت لما هو خير له ولا اثم ولا كفارة

يشير إلى القسم الذي ليس براجح قبل اليمين ولا مرجوح ، فإنه مع تعلق اليمين بأحد طرفيه إما أن يبقى على صرافة الإباحة أولاً ، فالاول لا كلام في لزوم العمل باليمين ، والثاني إما أن يترجح متعلق اليمين أو نقيضه ، فالاول أيضاً لا كلام في لزوم العمل باليمين ، والثاني لا يلزم مقتضى اليمين ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : من حلف على شيء فرأى غيره خيراً منه فليأت الذي هو خير^(١) .

قوله : ولو حلف لزوجه أن لا يتزوج أو لا يتسرى لم تنعقد يمينه ، وكذا لو حلفت هي أن لا تتزوج بعده ، وكذا لو حلفت أن لا تخرج معه هنا فوائد :

(الاولى) تقدم في باب النكاح أن الاصح أن النكاح مندوب إليه ، وقد يخرج إلى الواجب عند خوف العنت . فعلى هذا يكون اليمين على تركه إما ترك مندوب أو ترك واجب وكلاهما لا تصح اليمين فيه : أما على قول من يقول بجواز كون

(١) قد مر فيما سبق

ولا تنعقد لو قال لغيره : والله لتفعلن. ولا يلزم أحدهما . وكذا لو حلف
لغيره على الإقامة بالبلد وخشى مع الإقامة الضرر ، وكذا لو حلف
ليضربن عبده فالعفو أفضل ولا اثم ولا كفارة . ولو حلف على ممكن
فتجدد العجز انحلت اليمين . ولو حلف على تخليص مؤمن او دفع
أذية لم يآثم ولو كان كاذباً .

النكاح مباحاً غير راجح مطلقاً فقد يصح تعلق اليمين بتركه ، ويجيء فيه التفصيل
المذكور آنفاً .

فظهر بما قررناه ضعف قول الشيخ في الخلاف^(١) اذا حلف أن لا يتسرى
فمتى تسرى حنث ، لما قررنا من استحباب النكاح مطلقاً . نعم يتوجه ذلك على
قول من يجوز الاباحة .

(الثانية) الزواج يشمل الدائم والمنقطع بحرة كان أو بأمة . نعم لا يدخل تحته
التحليل ، اذ الاصح أنه ملك يمين ، ويدخل على قول المرتضى أنه عقد متعة .
(الثالثة) اختلفت عبارات الفقهاء في التسري ما هو ، فقبيل الوطىء
والتخدير^(٢) معاً أنزل أولم ينزل ، وقيل الوطىء خدر أولم يخدر أنزل أولم ينزل
وقيل الوطىء مع الانزال خدر أو لم يخدر . ذكر هذه الأقوال الشيخ في
المبسوط^(٣) واختار القول الاخير ، وفي الخلاف^(٤) واختار الاول ، وتبعه ابن ادريس^(٥)

(١) الخلاف ٣/٢٠٣ .
(٢) التخدير من الخدر وهو الستر ، يقال : خدروها بالتشديد اي ستروها وصانوها عن
الامتهان والخروج لقضاء الحوائج .
(٣) المبسوط ٦/٢٥١ ، الخلاف ٣/٢٠٣ .
(٤) السرائر : ٣٥٦ .

وان أحسن التورية وري. ومن هذا لو وهب له مالا وكتب له ابتياع
وقبض ثمن فتنازعه الوارث على تسليم الثمن حلف ولا اثم، ويورى
بما يخرج من الكذب. وكذا لو حلف أن مماليكه أحراراً وقصد
التخلص من ظالم، لم يأثم ولم يتحرروا. ويكره الحلف على القليل
وان كان صادقاً.

وكذا اختلف أهل اللغة في اشتقاقه، فقيل من السر وهو الجماع، وقيل
الاخفاء لان الانسان كثيراً ما يسرها ويسترها عن حرته، وقال الاخفش من السرور
لانه يسربها، وقيل من السراة أي الخيار لانها مختارة^(١).

قوله: وان احسن التورية وري، ومن هذا لو وهب مالا وكتب له
ابتياع وقبض ثمن فتنازعه الوارث على تسليم الثمن حلف ولا اثم ويورى
ما يخرج من الكذب

قال الشيخ في النهاية^(٢) من وهب له أحد والديه شيئاً ثم مات الواهب فطالبه
الورثة بذلك الشيء جازله أن يحلف أنه كان اشتراه وأعطى ثمنه ولم يكن عليه
كفارة ولا اثم. وتبعه القاضى في الكامل.

ونازعه ابن ادريس^(٣) في ذلك وقال: لا يجوز له أن يحلف على أنه اشتراه،
لانه لم يشتره فيكون كاذباً. وأيضاً ليس اليمين عليه حتى يحلف لهم، فانه مدعي
واليمين على منكري الشراء. اللهم الا أن ترد اليمين عليه فيحلف على أنه ملكه

(١) وقيل من السرى وهو الظهر. قاله فى السرائر.

(٢) النهاية: ٥٥٩.

(٣) السرائر: ٣٥٣.

مسألان : يله شالبه ردا انه يسحبها (قبالا)

(الاولى) : روى ابن عطية فيمن حلف ألا يشرب من لبن عنزة له ولا يأكل من لحمها : أنه يحرم عليه لبن اولادها ولحومهم لانهم منها . وفى الرواية ضعف . وقال فى النهاية : ان شرب لحاجة لم يكن عليه شىء ، والتقيد حسن .

ان رضى به الوارث . والشيخ عول على رواية محمد بن الصباح^(١) . والمصنف جمع بين قول ابن ادريس ومضمون الرواية ، بأن حكم بجواز حلفه مورياً أن أمكنته التورية ورضي الوارث بيمينه كما تضمنته الرواية ، والافعليه البينة بما ادعاه ، فان فقدها حكم برد الملك ميراثاً وللمدعي اليمين على الوارث بنفي العلم بما ادعاه ان ادعى عليه العلم والا فلا يمين عليه . والتورية عند أهل البلاغة أن يكون للفظ معنيان قريب وبعيد فيطلق ويراد به البعيد ، كما يراد بالحاجة الشجرة وبالجمال السحاب وبالثور القطعة الكبيرة من الاقط وبالعنز الاكمة . ولا يجوز صدورها شرعاً من مبطل ، بل انما يستعملها المحق .

قوله : روى ابن عطية فيمن حلف الا يشرب من لبن عنزة له ولا يأكل من لحمها أنه يحرم عليه لبن اولادها ولحومهم لانهم منها ، وفى الرواية ضعف ، وقال فى النهاية ان شرب لحاجة لم يكن عليه شىء . والتقيد حسن هذه رواية عيسى بن عطية عن الباقر عليه السلام ، رواها الشيخ فى التهذيب^(٢) وأفتى بمضمونها فى النهاية^(٣) وقيد الشرب بالحاجة لما تقدم أن من حلف على

(١) التهذيب ٢٨٧/٨ ، الفقيه ٢٢٨/٣ .

(٢) التهذيب ٢٩٢/٨ ، الكافى ٤٦٠/٧ .

(٣) النهاية : ٥٦٠ .

(الثانية) : روى أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل
اعجبته جارية عمته فخاف الاثم فحلف بالايمان ألا يمسه أبداً ،
فورث الجارية أعليه جناح أن يطأها ؟ فقال : انما حلف على الحرام
ولعل الله رحمه فورثه اياها لما علم من عفته .

شئ فرأى غيره خيراً منه فليأت الذي هو خير . لكن في العمل بهامع القيد
المذكور نظر من وجهين :

« الاول » ضعف الراوي والطريق ، فان عيسى المذكور مجهول ، وفي طريق
الرواية سهل بن الحسن ويعقوب بن اسحاق وهما مجهولان أيضاً ، وابو جعفر
الارمني وقد ضعفه النجاشي وابن الغضائري .
« الثاني » أنه على تقدير صحتها في العمل بها اشكال ، فان اليمين لم يتناول
الاولاد فكيف يحرم لحم اولادها ولبنها ، لعدم دلالة اللفظ على ذلك بشئ من
الدلالات .

قوله : روى أبو بصير عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل أعجبته جارية
عمته فخاف الاثم وخاف أن يصيبها حراماً فاعتق كل مملوك له وحلف بالايمان الا
يمسها ابداً فماتت عمته فورث الجارية أعليه جناح ان يطأها ؟ فقال : انما حلف
على الحرام ولعل الله رحمه فورثه اياها لما علم من عفته^(١) ما دلت عليه الرواية
صحيح وفقهها ظاهر ، لان اليمين انما تعلقت بشئ من موصوف معين بصفة التحريم ،
فهي مناط الحكم وقد زالت الصفة فلا يتناولها اليمين ، فهو يجري مجرى من حلف
ان لا يشرب هذا الخمر فينقلب خلا فانه لا يحنث بتناوله ذلك الخمر .

(١) قول من الروى عن القيد . ٧١٨٢٢ . مقتاً . ٨١٧٨٢ . بيدها (١)

(٢) مقتاً . ٧١٠٢٣ . مقتاً . ٨١٢٢٢ . بيدها (٢)

(٣) مقتاً . ٠٢٥ . قولها (٣)

ولاريب في انعقاده مع الشرط . وفي انعقاد التبرع قولان ،
اشبههما الانعقاد .

قوله : ولاريب في انعقاده مع الشرط ، وفي انعقاده (١) مع التبرع
قولان اشبههما الانعقاد

قال المرتضى لا ينعقد المتبرع به ، لان العرب لاتعرف السنذر الا معلقاً
بالشرط ، لشهادة ابي عمرو غلام ثعلب أن النذر وعد بشرط والاصل عدم النقل
وللإجماع .

وفيه نظر ، لان غير ابي عمرو نقل أنه وعد بشرط وبغير شرط ، وقد وجد
في اشعارهم كما قال جميل بن معمر :

فليت رجالا فيك قد نذروا دمي وهموا بقتلى يابئين لقونى^(٢)
والاجماع غير معلوم . وقال الشيخ وابن ادريس بانعقاده ، واختاره المصنف
والعلامة^(٣) ، وعليه الفتوى لوجوه :

« الاول » عموم الكتاب واطلاقه من غير تقييد كقوله « اني نذرت للرحمن
صوماً »^(٤) وقوله « يوفون بالنذر »^(٥) وغير ذلك .

« الثاني » عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : من نذر أن يطيع الله فليطعه
ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه^(٦) وقول الصادق عليه السلام في رواية ابي الصباح

-
- (١) في المختصر النافع ط مصر: وفي انعقاد التبرع .
(٢) البيت من قصيدة لجميل بن معمر العذري صاحب بثينة احد عشاق العرب المشهورين
وله ترجمة في الاغانى والخزانة للبغدادى وغيرهما . وبثين ترخيم بثينة .
(٣) الخلاف ٣/٣٠٣ ، السرائر : ٣٥٧ ، القواعد : المقصد الثاني من كتاب الايمان .
(٤) سورة مريم : ٢٦ .
(٥) سورة الدهر : ٧ .
(٦) سنن ابن ماجه ١/٦٨٧ .

ويشترط النطق بلفظ الجلالة ، فلو قال على كذا لم يلزم ، ولو اعتقد انه ان كان كذا فله عليه كذا ولم يتلفظ بالجلالة ، فقولان اشبههما أنه لا ينعقد ، وان كان الايمان به أفضل . وصيغة العهد ان يقول : عاهدت الله متى كان كذا فعلى كذا . وينعقد نطقاً .

عنه : ليس النذر بشيء حتى يسمى شيئاً لله صيماً أو صدقة أوجهاً أو هدياً^{١١} . وغير ذلك من الاخبار .

« الثالث » العرف دال على ذلك ، فانهم يطلقون ذلك على المعلق وغيره ، ولهذا يصح قسمته اليهما ، ومورد التقسيم مشترك بين الاقسام .

قوله : ولو اعتقد انه ان كان كذا فله عليه كذا ولم يتلفظ بالجلالة فقولان اشبههما انه لا ينعقد وان كان الايمان به افضل

قال الشيخان^{١٢} لاحاجة الى اللفظ ، واختاره القاضي وابن حمزة ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى^{١٣} . وانما للحصر والباء للسببية ، وذلك يدل على حصر السببية في النية . وقال ابن ادريس والشيخ في موضع من المبسوط لا بد من اللفظ . وهو الاشبه والمختار ، لدلالة استقرار الشرع على تعليق الاحكام بالالفاظ دون الاعتقادات المجردة . نعم لا بد مسح اللفظ من النية والقصد ، فلو تجرد عنهما بطل .

- (١) التهذيب ٣٠٣/٨ ، الكافي ٤٥٥/٧ .
- (٢) المقنعة : ٨٨ ، النهاية : ٥٦٢ قال فيه : وان قال ان كان كذا فعلى كذا ولم يقل لله لم يكن ذلك نذراً واجباً بل يكون مخيراً في الوفاء به وتركه والافضل له الوفاء به على كل حال .
- (٣) سنن ابن ماجه ١٤١٣/٢ .

وفى انعقاده اعتقاداً قولان اشبههما أنه لا ينعقد. ويشترط فيه القصد كالنذر .

(الثالث) : في متعلق النذر . وضابطه ما كان طاعة لله مقدوراً للناذر ولا ينعقد مع العجز ، ويسقط لو تجدد العجز . والسبب اذا كان طاعة لله وكان النذر شكراً لزم . ولو كان زجراً لم يلزم . وبالعكس لو كان السبب معصية . ولا ينعقد لو قال : لله علي نذر واقتصر به . وينعقد لو قال : علي قربة ، ويبر بفعل قربة ، ولو صوم يوم او صلاة ركعتين . ولو نذر صوم حين صام ستة أشهر . ولو قال : زماناً ، صام خمسة أشهر . ولو نذر الصدقة بمال كثير كان ثمانين درهماً . ولو

قوله : وفى انعقاده اعتقاداً قولان اشبههما انه لا ينعقد

الخلاف في العهد كالاخلاف في النذر وقد تقدم .

قوله: والسبب اذا كان طاعة وكان النذر شكراً لزم، ولو كان زجراً لم

يلزم ، وبالعكس لو كان السبب معصية

هنا مسائل أربع :

(الاولى) يكون السبب طاعة والجزاء شكراً على فعلها فينعقد كقوله « ان

حججت هذه السنة فله علي صوم أو صدقة » .

(الثانية) أن يكون السبب طاعة والجزاء زجراً عن فعلها فلا ينعقد كالمثال

المذكور .

(الثالثة) أن يكون السبب معصية والجزاء شكراً على فعلها فلا ينعقد كقوله:

ان شربت الخمر فله علي صوم شهر .

(الرابعة) يكون السبب معصية والجزاء زجراً عن فعلها، فينعقد كالمثال المذكور .

قوله : ولو نذر الصدقة بمال كثير كان ثمانين درهماً

هنا فوائد :

(الاولى) ان المراد بالكثير في النذر هو ثمانون، وهو اجماع منا ، مستنده
رواية ابي بكر الحضرمي عن الصادق عليه السلام^١ ، ورواية علي بن ابراهيم
عن ابيه حكاية فتوى الهادي عليه السلام^٢ في قضية المتوكل لما نذر الصدقة
بمال كثير ان عوفي من مرضه فعوفي ، فقال له الفقهاء أقوا الامختلفة، فأفتى الهادي
عليه السلام بالثمانين وعلله بقوله تعالى «لقد نصركم الله في مواطن كثيرة»^٣ فعددنا
تلك المواطن فكانت ثمانين موطناً .

(الثانية) اختلف الاصحاب في جنس الثمانين ، فأطلق ابنا بابويه^٤ ولم
يقيدا بالدرهم لاطلاق الثمانين في فتوى الهادي عليه السلام، وقال الشيخان^٥
يكون المنذور ثمانين درهماً لتقيده بذلك في رواية ابي بكر الحضرمي
المذكورة . واختاره المصنف ، لما ثبت في الاصول من حمل المطلق على
المقيد .

وقال ابن ادريس^٦ : ان كان في عرف الناظر المعاملة بالدرهم كان الثمانون
دراهم ، وان كان في عرفهم المعاملة بالدنانير كان دنانير . وهو تفصيل حسن ،
لكن الاولى ان قصد الناظر أحد النوعين اتبع ، والا فان كانت المعاملة بأحدهما
فكذلك ، وان كانت بهما أولاهما فالثمانون دراهم ، لما تقدم من النص عليه
في الرواية .

- (١) التهذيب ٣١٧/٨ .
- (٢) الكافي ٤٦٣/٧ ، التهذيب ٣٠٩/٨ ، تحف العقول ٤١١ ط دار الكتب الاسلامية .
- (٣) سورة التوبة : ٢٦ .
- (٤) المقنع : ١٣٦ ، وقيد فيه بالدينار [الدرهم] حيث قال : فان الكثير ثمانون ديناراً
[درهماً] .
- (٥) المقنع : ٨٨ ، النهاية : ٥٦٥ .
- (٦) السرائر : ٣٥٧ .

نذر عتق كل عبد قديم اعتق من كان له في ملكه ستة أشهر فصاعداً ،
هذا اذا لم ينوش شيئاً غيره . ومن نذر في سبيل الله صرفه في البر . ولو
نذر الصدقة بما يملك لزم ، فان شق قومه وأخرج شيئاً فشيئاً حتى
يوفي .

(الثالثة) هل الكثير في الافرار والوصية ثمانون أم لا ؟ قال الشيخ نعم ،
وتبعه الراوندي^(١) ، لاستعماله كذلك في النذر والاستعمال دليل الحقيقة .
ومنه ابن ادريس والمصنف والعلامة ، لوروده في الكتاب لغير ذلك
العدد، كقوله تعالى « كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة »^(٢) وقوله تعالى « واذكروا
الله كثيراً »^(٣) . وانما اختص النذر للنص عليه فيبقى في غيره على الاحتمال .
والاستعمال أعم من الحقيقة والمجاز .

قوله: **ولو نذر الصدقة بما يملك لزم فان شق قومه واخرج شيئاً فشيئاً**
ما يملك يشمل العين والدين والمنفعة، لصديق الملك على الجميع وكون
مال للعموم .
وهنا فوائد :

(الاولى) المراد بالمشقة الضرر الحاصل للناذر وأمن يجري مجراه كوله
وزوجته ومن تجب نفقته عليه .

(الثانية) اذا كان ما يملكه قدر الضرورة كما قلنا بطل النذر، ووجوب الصرف

- (١) فقه القرآن ٣١٣/٢ .
(٢) سورة البقرة: ٢٢٩ .
(٣) سورة الانفال : ٤٥ .

(الرابع) : اللواحق . وهي مسائل :
(الاولى) : لو نذريوماً معيناً فاتفق له السفر أفطر وقضاه ، وكذا
لو مرض او حاضت المرأة او نفست . ولو شرط صومه سفراً وحضراً

فيها فالمنافي له حرام فلا يصح نذره . وكذا يبطل في قدر الضرورة لو زاد المال عنها .

(الثالثة) المراد بالضرورة ما لا يؤمل معها حصول عوض عن ذلك المال ، ولا يتقدر بقوت اليوم والليله بل أعم من ذلك ، فلو كان في فلاة سقط النذر في قدر ما يحصل به الوصول الى المأمن ولو طال وكثرت النفقة .

(الرابعة) ما ذكرناه من بطلان النذر في قدر الضرورة وهو ظاهر كلام الشهيد ، واما العلامة فظاهاه وجوب تقديم الجميع وتدريج الصدقة . والعمل بالاول أجود والثاني أحوط .

(الخامسة) لو زاد المال عن قدر الضرورة هل تجب الصدقة بالزائد في الحال ويختص التقويم بقدر الضرورة؟ استشكله العلامة بناء على مذهبه من حيث تمكنه من فعل بعض المنذور وهو مقدور فيجب ، ومن عوم النص بالتقويم ثم الصدقة تدرجاً . واختار السعيد الاول والشهيد الثاني .

(السادسة) التقويم للزائد عن الضرورة على قول الشهيد رخصة لقيام لمقتضي للمنع وهو وجوب الوفاء بالنذر ، وعلى قول العلامة تقويم الضروري عزيمة والزائد رخصة .

(السابعة) لو تعيش بعين المال بعد التقويم فالربح له ولا تجب الصدقة به ، لاختصاص النذر بما يملكه حال النذر ، ولا تجب الصدقة بما يملكه في المستقبل ، لاصالة البراءة وعدم المقتضي .

صام وان اتفق في السفر. ولو اتفق يوم عيد أفطر، وفي القضاء تردد.
ولو عجز عن صومه أصلاً قيل: يسقط. وفي رواية يتصدق عنه بمد.
(الثانية): ما لم يعين بوقت يلزم الذمة مطلقاً. وما قيد بوقت

قوله: ولو اتفق يوم عيد أفطر وفي القضاء تردد

ينشأ من قول الشيخ^(١) في النهاية والمبسوط وابن بابويه^(٢) وابن حمزة
بوجوب القضاء، استناداً إلى رواية علي بن مهزيار عن أبي الحسن عليه السلام:
أنه يصوم يوماً بدلاً يوم انشاء الله^(٣). ومن فتيا القاضي وابن ادريس^(٤) والمصنف
في الشرائع^(٥) والعلامة بعدم الوجوب لماتيين من عدم صحة النذر لعدم قبول
الزمان للصوم، لان ما لا يصبح صومه لا يصبح نذره، وعليه الفتوى. والرواية مع
صحتها محمولة على الاستحباب.

قوله: ولو عجز عن صومه أصلاً قيل يسقط، وفي رواية يتصدق عنه بمد
القول للشيخ، وقال ابن ادريس ان كان العجز لكبراً أو مرض لا يرجى زواله
كذي العتاش الذي لا يرجى برؤه فقول الشيخ صحيح، وان كان المرض يرجى
برؤه فعليه الافطار والقضاء ولا اطعام. وقوله قوي.

وأما الرواية فعن الرضا عليه السلام بطريق محمد بن منصور عنه عليه السلام^(٦)
والكليني مرفوعاً إلى علي بن ادريس عنه عليه السلام^(٧) ايضاً، وهي على النذب

(١) النهاية: ٥٦٥، قال فيه: وجب عليه ان يفطر ذلك اليوم ويقضيه وليس عليه كفارة.
المبسوط ٢٨١/١، المقنع: ١٣٧.

(٢) الكافي ٤٥٦/٧، التهذيب ٣٠٥/٨، الاستبصار ١٠١/٤.

(٣) السرائر: ٣٥٧، الشرائع ٢٤٠/٢، القواعد: المطلب الثالث من الفصل الثاني
من المقصد الثاني من كتاب الايمان.

(٤) الفقيه ٢٣٤/٣، الكافي ١٤٣/٤.

(٥) الكافي ١٤٣/٤.

يلزم فيه، ولو أخل لزمته الكفارة . وما علقه بشرط ولم يقرنه بزمان
فقولان ، أحدهما يتضيق فعله عند الشرط ، والاخر لا يتضيق ،
وهو أشبه .

(الثالثة) : من نذر الصدقة في مكان معين او الصوم والصلاة
في وقت معين لزم ، فان فعل ذلك في غيره أعاد .
(الرابعة) : لو نذر ان برأ مريضه او قدم مسافره فبان البرء
والقدوم قبل النذر لم يلزم ، ولو كان بعده لزم .
(الخامسة) : من نذر ان رزق ولداً حج به او حج عنه ثم مات
حج به او عنه من اصل التركة .

لاصالة البراءة وعدم الاثم .

قوله : وما علقه بشرط ولم يقرنه بزمان فقولان احدهما يتضيق فعلة
عند الشرط والاخر لا يتضيق وهو أشبه

الاول قول الشيخ واتباعه وجعله الشهيد احوط ، والثاني نقله بعض تلاميذ
المصنف عنه . ولاشك انه أشبه بالاصل ، لاصالة عدم التضيق . نعم يستحب التعجيل

قوله : من نذر الصدقة في مكان معين أو الصوم أو الصلاة فيه أوفى (١)
وقت معين لزم ، ولو فعل ذلك في غيره أعاد

قوله « أوفى وقت معين » عطف على مكان معين ، تقدير الكلام : لو نذر

الصدقة أو الصوم أو الصلاة في مكان معين أو وقت لزم .

(١) ليس « فيه او » في المختصر النافع ط بمصر .

إذا عرفت هذا فاعلم : ان المصنف حكم بالاعادة اذا فعل المنذور في غير ذلك المكان والزمان ، وأطلق القول بذلك في الاقسام الثلاثة . وليس هو على إطلاقه بل البحث يتنقح بمسائل :
(الاولى) اذا نذر الصدقة في مكان معين تعيين فعلها فيه ، سواء كان المكان ذامرية أولاً ، لانه في الحقيقة نذر لاهل ذلك المكان فيتعين صرفه اليهم ، وكذا يتعين الزمان المعين وان خلا عن المزية . نعم لو كان المكان ذامرية أو وقعها في الاعلى المزية أو المساوي فاشكال من حصول الغرض في الامرين وزيادة في الاعلى فيبر ، ومن عدم اتيانه بالمنذور على وجهه . وهذا أجود .
(الثانية) لو نذر الصوم في مكان معين فان خلا عن المزية لم يتعين ، لعدم التفاوت مع حصول الوفاء بالنذر أما لو كان ذامرية كأيام الحاجة بالمدينة لو نذرهما تعينت هناك ، فلو فعل في غيرها أعاد لعدم اتيانه بالمنذور مع تعلق الغرض به .
وأطلق الشيخ الصوم أين شاء ، وتردد فيه المصنف في الشرائع . والتحقيق

ماقلناه .

(الثالثة) لو نذر الصلاة في زمان معين تعيين الايتان بها فيه مطلقاً ، سواء كان ذامرية أولاً ، ولو فعلها في غيره لم يجز مطلقاً ، سواء زاد الزمان مزية أولاً . أما المكان فان خلا عن المزية لم يتعين وجازت الصلاة أين كان . وهو فتوى الشيخ في المبسوط ، وتردد فيه المصنف أيضاً من عدم التفاوت ومن وجوب الايتان بالمنذور على وجهه . والفتوى على الاول ، لعدم تنازل النذر خصوصية المكان ، اذ لا رجحان فيه .

ويرد سؤال ، تقريره : ما الفرق بين الزمان والمكان في تعيين الاول وعدم تعيين الثاني مع تعلق النذر بهما ؟ ويجاب بوجوه :

الاول : ان الوقت سبب في حدوث الوجوب بحدوثه بخلاف المكان .

(السادسة) : من جعل دابته او جاريته هدياً لبیت الله بيع ذلك
وصرف ثمنه في معونة الحاج والزائرين .

الثاني: ان الوقت لا يمكن تعدده وهو من مشخصات الافعال، فقبله لا يجب
وبعده يمتنع عوده فلا يكون الفعل في غيره هو المنذور بل مغايراً .

الثالث: النذر يصير الوقت المنذور فيه وقتاً محدوداً لتلك العبادة فلا يجزي
في غيره ، أما اذا كان المكان ذامزياً فلا يجزي في الادون قطعاً كمسجد السوق
بالنسبة الى مسجد القبيلة، فان الاول باثني عشر صلاة والثاني بخمسة وعشرين .

وكذا لا يجزي في المساوي أيضاً على الاقوى ، لعموم « أفوا بعهد الله اذا
عاهدتم »^(١) وعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: من نذر أن يطيع الله تعالى
فليطعه^(٢) .

وهل يجري في الاعلى مزية كما لو نذرها في مسجد النبي صلى الله عليه وآله
وسلم ففعلها في المسجد الحرام ام لا ؟ فاشكال من عدم الاتيان بالمنذور على
وجهه ومن حصول المقصود وزيادة، فان القلانسي روى عن الصادق عليه السلام:
انها في مسجد النبي صلى الله عليه وآله وسلم بعشرة آلاف وفي المسجد الحرام
بمائة الف^(٣) .

قوله : من جعل دابته او جاريته هدياً للبيت بيع ذلك وصرف ثمنه
في معونة الحاج والزائرين

هكذا وردت الرواية^(٤) ، وطرد الاصحاب الحكم بما لو كان المنذور غير

(١) سورة النحل : ٩١ .

(٢) سنن ابن ماجة ١/٦٨٧ .

(٣) الوسائل ٣/٥٣٦ .

(٤) التهذيب ٥/٤٤٠ ، الكافي ٤/٥٤٣ .

١) ٧١٥٥٣ . ٨١٣٠٦ .

٢) ٣٢٥ .

٣) ٨١٥١٦ .

(السابعة) روى اسحاق بن عمار عن أبي ابراهيم عليه السلام
في رجل كانت عليه حجة الاسلام فأراد أن يحجج ، فقيل له : تزوج
ثم حج ، قال : ان تزوجت قبل ان أحج فغلامي حر ، فبدأ بالنكاح
فقال : تحرر الغلام . وفيه اشكال الا أن يكون نذراً .
(الثامنة) : روى رفاعة عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل نذر
الحج ولم يكن له مال فحج عن غيره أيجزى عن نذره ؟ قال : نعم
وفيه اشكال الا أن يقصد ذلك بالنذر .

الدابة والجارية أو كان المنذور له غير البيت كالمسجد والمشهد، لاتحاد الطريق
في ذلك من كله من غير فرق .

قوله: روى اسحاق بن عمار عن أبي ابراهيم عليه السلام (١) في رجل
قال: ان تزوجت قبل ان احج فغلامي حر، فبدأ بالنكاح تحرر الغلام، وفيه
اشكال الا ان يكون نذراً

هذه الرواية أفنى بمضمونها الشيخ في النهاية^(٢) واستشكلها المصنف من
حيث عدم صحة العتق معلقاً على شرط غير النذر والموت، والفرض خلو الرواية
من ذكرهما فلا يقع التحرير . ومن حيث امكان ارادة النذر ووقوعه من اللفظ
والاهمال من الراوي .

والتحقيق أنه ان كان ذلك نذراً وحصلت شرائطه اللفظية والمعنوية حكم
بالتحرير والا فلا .

قوله: روى رفاعة عن أبي عبدالله عليه السلام: رجل نذر الحج ولم
يكن له مال فحج عن غيره أيجزى عن نذره ؟ قال : نعم (٣) وفيه اشكال
الا ان يقصد ذلك بالنذر

(١) الكافي ٤٥٥/٧ ، التهذيب ٣٠٤/٨ .

(٢) النهاية : ٥٦٤ .

(٣) التهذيب ٣١٥/٨ .

(التاسعة) : قيل من نذر ألا يبيع خادماً أبداً لزمه الوفاء وان
احتاج الى ثمنه ! وهو استناداً الى رواية مرسله .

هذه أيضاً أفنى الشيخ في النهاية^(١) بمضمونها. وينشأ الاشكال من حيث أن
نذر الحج مطلقاً يوجب استقراره في ذمة الناذرفيقتقر في ايقاعه الى نية وقصد ،
لما تقرر من افتقار كل عبادة الى ذلك، وحجه عن غيره ليس فيه قصد الحج عن
نفسه أو عن غيره ، فان ذلك لا يوجب تعيين الحج في ذمته عن نفسه بل أعم من
الامرین . وحينئذ لو حج عن غيره فقد أتى بالمنذور ، لانه أحد الامرین
الواجبين على التخيير ، فيتفرع على ذلك فروع :

الاول : أنه يجب عليه التعرض لتحصيل شرط الحج عن نفسه أو عن غيره
بحسب الامكان الشرعي والعرفي .

الثاني : لو لم يتمكن من الاستطاعة عن نفسه وحصلت بالايجار للحج عن
غيره وجب عليه القبول، لانه قيام بأحد الواجبين المجزئتين^(٢) مع عدم الاخر .

الثالث : المراد بالاستطاعة هنا العقلية لا الشرعية التي يشترط فيها ملك
الزاد والراحلة فاضلا عن مسكنه وخادمه وثيابه .

الرابع : لو حج عن غيره بأحد الملزمات وجب في النية التعرض للوجوب
للسبب الملزم أو النذر معاً في نيته .

الخامس : ان كان النذر مقيداً بزمان وجب ما ذكرناه في ذلك الزمان، وان
كان مطلقاً وجب موسعاً ، ويتضيق عند ظن الموت كسائر الموسعات .

قوله : قيل من نذر ان لا يبيع خادماً أبداً لزمه الوفاء وان احتاج الى
ثمنها ، وهو استناد الى رواية مرسله

(١) النهاية : ٥٦٧ .

(٢) في بعض النسخ : المخبرين .

(العاشرة): العهد كالييمين يلزم حيث تلزم. ولو تعلق بما الاعود
مخالفته ديناً او نياً خالف ان شاء، ولا اثم ولا كفارة .

القائل هو الشيخ في النهاية^(١) والمستند رواية احمد بن محمد بن ابي نصر عن
الحسن بن علي عن ابي الحسن عليه السلام قال : قلت له : ان لي جارية ليس
لها مني مكان ولا ناحية وهي تحتل الثمن الا اني كنت حلفت منها يمين فقلت
لله علي ان لا أبيعها أبداً ولي الي ثمنها حاجة مع تخفيف المؤنة . فقال :
ف لله بقولك^(٢) . وهي غير مرسله كما قال المصنف^(٣) .

قال ابن ادريس : هذا غير مستقيم ، للاجماع على أنه متى كان للناذر صلاح
ديني ودنيوي جاز مخالفة نذره من غير كفارة .

قلت : هذا مبني على جواز نذر المباح ، وفيه منع لما تقدم من اشتراط
كون المنذور طاعة ، وعلى تقدير القول به - كما هو مدلول الرواية - انما منع
من المخالفة وأوجب الوفاء بالنذر ، لان المذكور من الحاجة فيها حاجة ضعيفة
وهي تخفيف المؤنة، وذلك غير محوج^(٤) الى مخالفة النذر .

قال الشهيد في قوله عليه السلام « فله بقولك » دقيقة، هي ان النذر يسمى
يميناً فيعلم منه أن كل موضع يتوقف على اذن الغير في اليمين يتوقف في النذر ،
ومنه يستنبط توقف نذر الولد على اذن الوالد، لوجود النص على أنه لا يمين لولد
مع والده .

(١) النهاية : ٥٦٧ .

(٢) التهذيب ٣١٠/٨ ، الاستبصار ٤٦/٤ .

(٣) اي ليس كما قال المصنف بل هي متصلة لكنها ضعيفة الرجال ، فقد شاركت
المرسل في ضعف التمسك بل الضعيف أو هي من المرسل ، لانه لاشك في رده وقد يتمسك

بكثير من المراسيل بل قد يطلق عليها الصحيح . كذا في هامش المخطوطة .

(٤) في بعض النسخ : غير مخرج .

٣٦	لاتنكح الامه الاباذن المولى
٣٨	في تزوج الاب الصغير من اولاده
٤١	لاولاية للام في نكاح اولادها
٤٢	اسباب التحريم في النكاح
٤٣	بعض احكام الرضاع
٥٦	المصاهرة وبعض احكامها
٦٥	حرمة المصاهرة هل تنشر
٧٦	لوملك أختين فوطيء واحدة حرمت الاخرى
٧٨	يكره أن يعقد الحر على الامه
٨٠	لايجوز نكاح الامه على الحرة الاباذنها
٨٣	تزويج ذات البعل ومن في العدة
٨٧	من تحرم بلواط الغلام
٨٨	عدد الزوجات في الدائم والمتعة
٩٤	اللعان بين الزوجين
٩٤	كفر أحد الزوجين
١٠٥	التساوي في الاسلام شرط في صحة العقد
١١٠	التزوير عند النكاح
١١١	تزويج الزانية مع عدم العلم بذلك
١١٢	لايجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية
١١٥	نكاح الشغار ونكاح المربية وبناتها
١١٦	جواز النكاح المنقطع وأدلته
١١٨	بعض احكام الزواج المنقطع
١٣٢	العدة في نكاح المتعة

١٣٥	في نكاح الاماء والعييد
١٤٥	الطوارىء على زواج العبيد
١٤٦	من الطوارىء العتق
١٦٤	ومنها الطلاق
١٦٨	لاحصرفي النكاح بملك الرقبة
١٧١	ملك المنفعة في النكاح
١٧٦	العيوب الفاسخة للنكاح وأقسامها وأحكامها
١٧٨	في عيوب الرجل والمرأة
١٨٥	الخيار في فسخ النكاح على الفور
١٨٩	إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلامهر
١٩٣	ادعاء العنن وانكار الزوج ذلك
١٩٥	التزوير في الحرية والرقبة
٢٠٣	في أحكام المهر
٢٠٥	كل ما يملكه المسلم يكون مهراً
٢١٧	لايشترط في صحة النكاح ذكر المهر
٢٢١	أحكام تتعلق بالمهر
٢٢٣	تملك المرأة المهر بالعقد عليها
٢٢٩	الطلاق قبل الدخول بالزوجة
٢٤٠	لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين
٢٤١	الطلاق بعد اعطاء عوض المهر
٢٤٢	الشرط الفاسد لايفسد العقد
٢٤٧	اختلاف الزوجين في أصل المهر

٢٤٩	أحكام القسم والنشوز والشقاق
٢٥٠	كيفية القسم للزواج
٢٥٦	النشوز ومعناه وأحكامه
٢٥٧	أحكام الشقاق بين الزوجين
٢٥٩	أحكام الاولاد
٢٦٥	ما يستحب للاولاد من التسمية وغيرها
٢٦٦	أحكام الرضاع والحضانة
٢٧٤	في النفقات وأسبابها
٢٧٧	ما يشترط في نفقة الزوجة
٢٨٦	نفقة الولد على الاب
٢٨٧	في نفقة المماليك

كتاب الطلاق (٢٩٠ - ٣٥٨)

٢٩٠	ما يعتبر من الشرائط في المطلق
٢٩٢	ما يعتبر من الشرائط في المطلقة
٣٠٢	صيغة الطلاق وكيفيةها وما يعتبر فيها
٣١٢	الطلاق باثنتين أو بالثلاث
٣١٥	الاشهاد في الطلاق وشرائطه
٣١٧	الطلاق البدعي والسني
٣١٩	الطلاق البائن والرجعي والعدي
٣٢٠	مسائل من أحكام الطلاق
٣٢٣	أحكام طلاق المريض

٣٢٦	ما يعتبر في المحلل
٣٢٩	الرجعة والالفاظ الصالحة لها
٣٣١	أحكام العدد وأنواعها
٣٣٥	في عدة المسترابة
٣٤١	في عدة الحامل
٣٤٥	أحكام المفقود عنها زوجها
٣٥٠	عدد الاماء وكيفية استبرائهن
٣٥٥	لايجوز اخراج الرجعية من البيت الامع الاذية

كتاب الخلع والمباراة (٣٥٩ - ٣٦٦)

٣٥٩	صيغة الخلع وما يعتبر في ألفاظها
٣٦٢	ما يعتبر من الشرائط في الخلع
٣٦٣	ما يعتبر من الشرائط في المختلعة
٣٦٣	مسائل من أحكام الخلع

كتاب الظهار (٣٦٧ - ٣٨٤)

٣٦٧	معنى الظهار لغة وشرعاً
٣٦٨	ما ينعقد به الظهار من الالفاظ
٣٧٣	وقوع الظهار بالتمتع بها والموطوءة بالملك
٣٧٤	مسائل من أحكام الظهار

كتاب الايلاء (٣٨٥ - ٤١٤)

- ٣٨٥ ما ينعقد به الايلاء من الالفاظ
٣٨٦ ما يعتبر في الرجل المولي والزوجة من الشرائط
٣٨٨ اذا رفعت الزوجة أمرها الى الحاكم
٣٩٠ في كفارات الايلاء
٣٩٥ من حلف بالبراءة لزمه كفارة ظاهر
٣٩٨ كفارة جز المرأة شعرها في المصاب
٤٠٠ كفارة من نذر صوم يوم فمجز عنه
٤١١ مسائل من الكفارات

كتاب اللعان (٤١٥ - ٤٢٨)

- ٤١٥ معنى اللعان لغة وشرعاً
٤١٦ سبب اللعان قذف الزوجة وانكار الولد
٤١٨ في شرائط اللعان
٤٢١ كيفية اللعان
٤٢٣ بعض أحكام اللعان

كتاب العتق (٤٢٩ - ٤٥٦)

- ٤٢٩ أسباب الرق والاقرار به
٤٣٠ من لا يملك بالرقية من الاقارب
٤٣١ أسباب ازالة الرق

- ٤٣٥ ما يشترط في المعتق من الشروط
- ٤٣٩ كراهة التفريق بين الولد وأمه
- ٤٣٩ مسائل من أحكام الرق
- ٤٤٩ سراية العتق وأسبابها
- ٤٥٥ العوارض الرافعة للرقية
- كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء (٤٥٧ - ٤٨٤)
- ٤٥٧ معنى التدبير وشرعيته
- ٤٥٨ اللفظ الصريح في التدبير وبعض أحكامه
- ٤٦٠ التدبير وصية يرجع المولى فيه متى شاء
- ٤٦٣ أسباب بطلان التدبير (٥١١ - ٥١٤)
- ٤٦٦ في المكاتبة وبيان أحكامها وأركانها
- ٤٦٩ أقسام الكتابة
- ٤٧٢ ما يعتبر في مالك العبد للكتابة
- ٤٧٥ مسائل من أحكام المكاتبة
- ٤٨٠ الاستيلاء وما يتحقق به

كتاب الاقراء (٤٨٥ - ٥٠٠)

- ٤٨٥ دليل شرعية الاقراء
- ٤٨٥ معنى الاقراء وما يتقوم به
- ٤٨٨ شرائط المقر

- ٤٨٩ شرائط المقر له
 ٤٩٠ شرائط المقر به
 ٤٩٣ الاستثناء عند الاقرار
 ٤٩٧ تعقيب الاقرار بما ينافيه
 ٤٩٧ أحكام الاقرار بالنسب

كتاب الايمان (٥٠١ - ٥١٥)

- ٥٠١ معنى اليمين لغة وشرعاً
 ٥٠٣ ما به ينعقد اليمين
 ٥٠٨ ما يعتبر في الحالف من الشروط
 ٥١٠ في متعلق اليمين
 ٥١٥ مسألتان من أحكام اليمين

كتاب النذور والعهود (٥١٧ - ٥٢٩)

- ٥١٧ الشرائط المعتبرة في الناذر
 ٥١٧ صيغة النذر
 ٥١٩ يشترط في النذر النطق بلفظ الجلالة
 ٥٢٠ في متعلق النذر
 ٥٢٣ مسائل من لواحق النذر

من مخطوطات

مكتبة آية الله المرعشي العامة

سلسلة تعني بالتراث المخطوط المحفوظ في أجنحة مكتبة آية الله العظمى المرعشي العامة بقم، فتطبع تباعاً بطباعة جيدة واخراج أنيق، وقد طبع حتى الان في هذه السلسلة الكتب التالية :

١ - اطائب الكلم في بيان صلة الرحم

تأليف الشيخ حسن بن علي بن عبد العالي الكركي العاملي

اعداد السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٣٩٤ هـ

٢ - فقه القرآن

تأليف قطب الدين سعيد بن هبة الله الراوندي

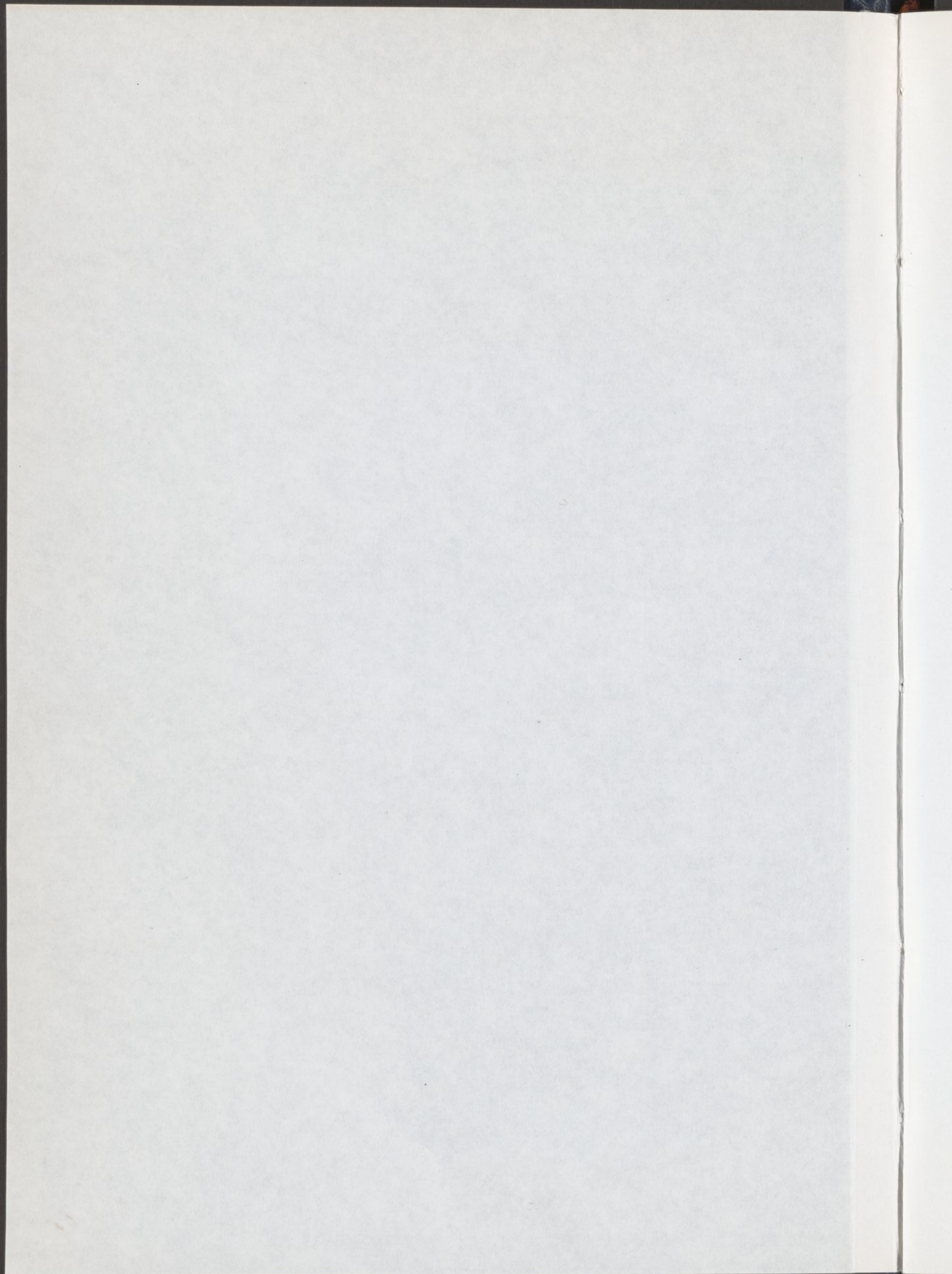
تحقيق السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٣٩٩ هـ في جزئين

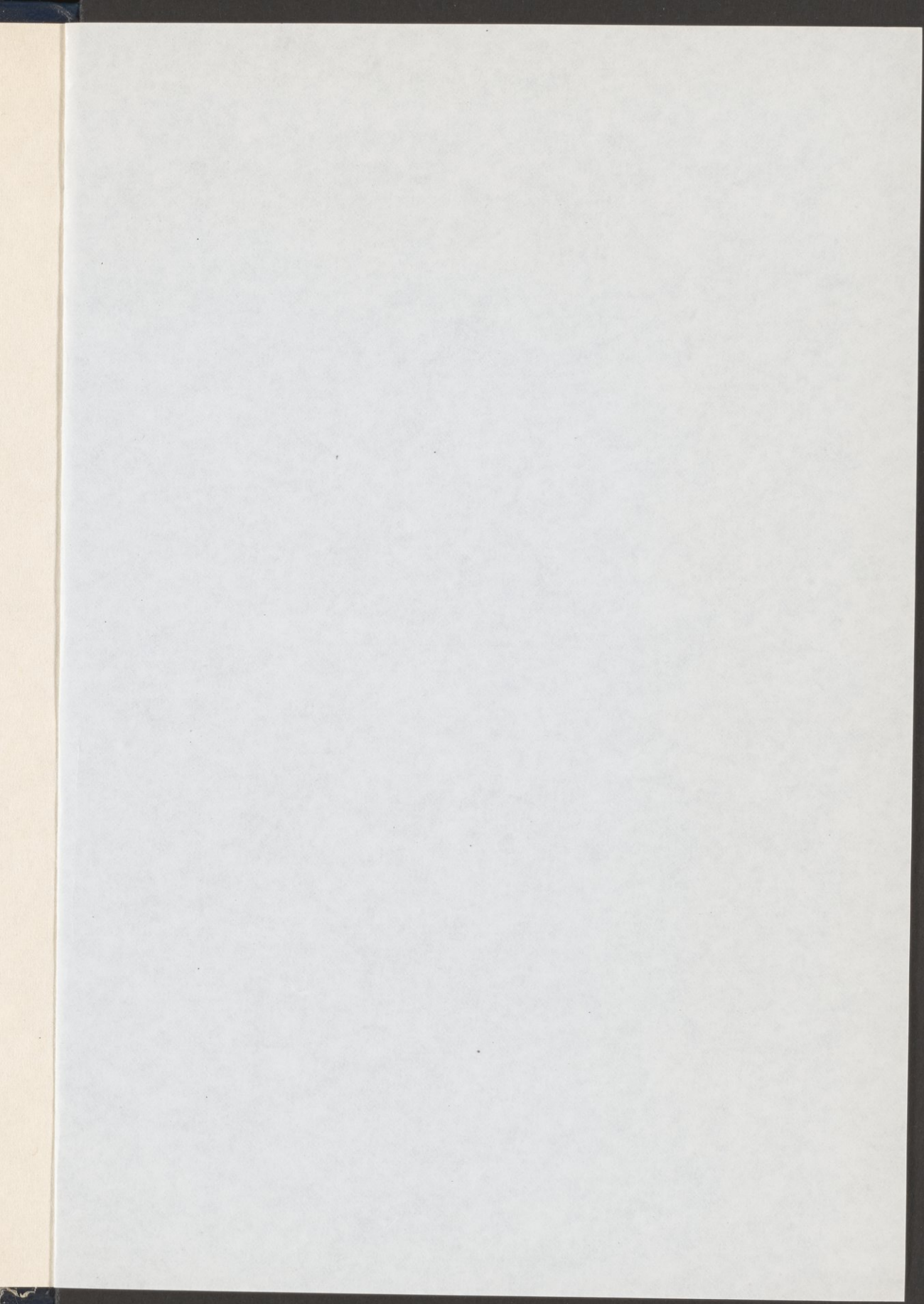
٣ - قواعد المرام في علم الكلام

تأليف كمال الدين ميثم بن علي بن ميثم البحراني

طبع سنة ١٣٩٨ هـ

- ٤ - الدر المنثور من المأثور وغير المأثور
تأليف الشيخ علي بن محمد بن الحسن بن زين الدين العاملي
طبع سنة ١٣٩٨ هـ في جزئين
- ٥ - رياض العلماء وحياض الفضلاء
تأليف الميرزا عبدالله أفندي الاصبهاني
تحقيق السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٤٠١ هـ في ستة أجزاء
- ٦ - فضل زيارة الحسين عليه السلام
تأليف الشريف محمد بن علي بن الحسن العلوي الشجري
اعداد السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٤٠٣ هـ
- ٧ - نضد القواعد الفقهية
تأليف الفقيه المقداد بن عبدالله السيوري
تحقيق السيد عبداللطيف الكوهكمري ، طبع سنة ١٤٠٣ هـ
- ٨ - رسالت آل بابويه وعلماء البحرين
تأليف : الشيخ سليمان بن عبدالله الماحوزي البحراني
تحقيق السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٤٠٤ هـ
- ٩ - التنقيح الرائع لمختصر الشرائع
تأليف الفقيه المقداد بن عبدالله السيوري
تحقيق السيد عبداللطيف الكوهكمري ، طبع سنة ١٤٠٤ هـ في أربعة اجزاء
- ١٠ - هداية الطالبين في شرح نهج المسترشدين
تأليف الفقيه المقداد بن عبدالله السيوري
تحقيق السيد مهدي الرجائي ، طبع سنة ١٤٠٥ هـ







**Elmer Holmes
Bobst Library**

**New York
University**

