

فَوَإِنَّكَ لَتَمُعْتَبِرُنَّ
فِي هَٰذَا بَلَدِ الْوَصْنَيْنِ

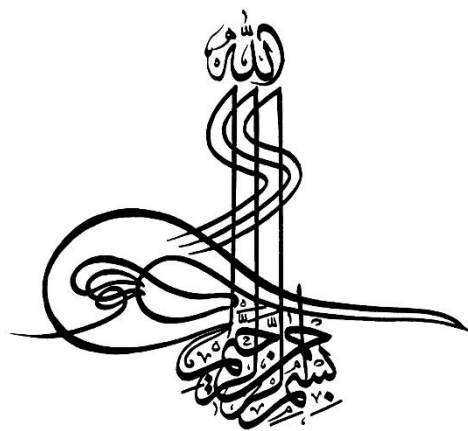
الجزء الرابع

فَوَائِدُ الْمُعْتَمِدِينَ
فِي مَلَائِكَةِ الرُّوحَانِيَّةِ

الجزء الرابع

تأليف
السيد محمد حسين الطباطبائي الحكيم

دار السلام





الطبعة الأولى

١٤٤١هـ - ٢٠٢٠م

اسم الكتاب فوائد اللمعتين في مدارك الروضتين
الجزء الرابع
تأليف السيد محمد حسين الطباطبائي الحكيم
المطبعة نينوا
العدد ١٠٠٠ نسخة
الناشر دار الهلال
تصنيف مكتبة الكونغرس: BP182/3
الفهرسة طبق نظام ديوي: 297/342
الأيداع في المكتبة الوطنية: 6179050
شابك : 978-600-6992-93-8
شابك الدورة: 978-600-6992-90-7

كتاب النكاح

[كتاب النكاح]

[وفيه فصول]

[الفصل الأول: في المقدمات:

النكاح] لغة - على المشهور بين اللغويين - هو الوطاء، وقد يستعمل في العقد، ففي الصحاح: النكاح الوطاء، وقد يقال للعقد. وشرعاً - على المشهور، بل عن ابن إدريس نفي الخلاف فيه، بل عن الشيخ وابن فهد والفخر الإجماع عليه - هو: العقد المستلزم لجواز الاستمتاع بالمرأة، والظاهر صدقه على المعنيين، لشيوع استعمال لفظ النكاح المقابل للسفاح قبل الشرع، كالبيع والإجارة والصلح وغيرها بمعانيها العرفية، وبملاحظة النصوص المرغبة في النكاح يظهر منها أن المراد منه ما هو الأعم من الوطاء والعقد، بل استعمل في القرآن الكريم في الوطاء في قوله ﷻ: ﴿وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾^(١).

وهو [مستحب مؤكد] {لمن يمكنه فعله} ولو لم تشتق إليه نفسه من الرجال والنساء، إجماعاً بقسميه من المسلمين، وكتاباً، وسنة مستفيضة، بل متواترة، كما في الجواهر {ولا يخاف بتركه الوقوع في المحرم، وإلا وجب} إجماعاً، ولكونه مقدمة لترك الحرام، وقد {قال الله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(٢)

(١) سورة النور، آية (٣).

(٢) سورة النساء، آية (٣).

﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْغِنِهِمْ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾^(١) وأقل مراتب الأمر الاستحباب، وقال ﷺ: (من رغب عن سنتي فليس مني، وإن من سنتي النكاح)^(٢) ونحوه غيره، وهو متواتر.

[وفضله مشهور] {بين المسلمين} [محقق] {في شرعهم} [حتى أن المتزوج يحرز نصف دينه] {رواه في الكافي بإسناده إلى النبي ﷺ قال: (من تزوج أحرز نصف دينه، فليتنق الله في النصف الآخر) أو (الباقى)^(٣) { [وروي] أيضاً [ثلثا دينه] في قوله ﷺ: (وما من شاب تزوج في حداثة سنه إلا عج شيطانه، يا ويله عصم مني ثلثي دينه، فليتنق الله العبد في الثلث الباقي)^(٤) [وهو من أعظم الفوائد بعد الإسلام] {فقد روي عن النبي ﷺ بطريق أهل البيت عليهم السلام أنه قال: (ما استفاد امرؤ مسلم فائدة بعد الإسلام أفضل من زوجة مسلمة تسره إذا نظر إليها، وتطيعه إذا أمرها، وتحفظه إذا غاب عنها في نفسها وماله)^(٥) وقال ﷺ: (قال الله عز وجل: إذا أردت أن أجمع للمسلم خير الدنيا والآخرة جعلت له قلباً خاشعاً، ولساناً ذاكراً، وجسداً على البلاء صابراً، وزوجة مؤمنة تسره إذا نظر إليها، وتحفظه إذا غاب عنها في نفسها وماله)^(٦) { ونحوه غيره.

(١) سورة النور، آية (٣٢).

(٢) مستدرک الوسائل، باب (١) مقدمات النكاح، ح ١٥. بتفاوت.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (١) مقدمات النكاح، ح ١٢.

(٤) مستدرک الوسائل، باب (١) مقدمات النكاح، ٢.

(٥) الوسائل، ج ٢٠، باب (٩) مقدمات النكاح، ح ١٠.

(٦) الوسائل، ج ٢٠، باب (٩) مقدمات النكاح، ح ٨.

[وليتخير البكر] {قال النبي ﷺ: (تزوَّجوا الأَبكار فإنهن أطيب شيء أفواهاً، وأنشفه أرحاماً، وأدر شيء أخلاقاً، وأفتح شيء أرحاماً)^(١)} ونحوه غيره [العفيفة] {عن الزنا} ففي صحيح أبي حمزة عن جابر بن عبد الله قال: سمعته يقول: كنا عند النبي ﷺ فقال: (إن خير نسائكم الولود الودود العفيفة، العزيزة في أهلها، الذليلة مع بعلمها، المتبرجة مع زوجها، الحصان على غيره، التي تسمع قوله وتطيع أمره... الحديث)^(٢) ونحوه غيره وهو متواتر [الولود] {أي ما من شأنها ذلك، بأن لا تكون يائساً، ولا صغيرة، ولا عقياً، قال ﷺ}: في صحيح محمد بن مسلم {تزوَّجوا بكرةً ولوداً، ولا تزوَّجوا حسناء جميلة عاقراً، فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة)^(٣) وفيما تضمنه صحيح عبد الأعلى بن أعين: (حتى بالسقط يظل محبباً على باب الجنة فيقول الله عز وجل: ادخل الجنة، فيقول: لا حتى يدخل أبواي قبلي، فيقول الله تبارك وتعالى للملك من الملائكة: ائمني بأبويه، فيأمر بهما إلى الجنة. فيقول: هذا بفضل رحمتي لك)^(٤)} ونحوهما غيرهما [الكريمة الأصل] {بأن يكون أبواها صالحين مؤمنين} ففي ميثاق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: {أنكحوا الأكفاء، وأنكحوا فيهم، واختاروا لنطفكم)^(٥) ونحوه غيره [ولا يقتصر على الجمال والثروة] {من دون مراعاة الأصل، والعفة} ففي ميثاق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال النبي ﷺ: إياكم وخضراء الدمن، قيل: يا رسول الله: وما خضراء الدمن؟

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٧) مقدمات النكاح، ح ١، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦) مقدمات النكاح، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٦) مقدمات النكاح، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٧) مقدمات النكاح، ح ٢.

(٥) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٣) مقدمات النكاح، ح ٣.

قال: المرأة الحسناء في منبت السوء^(١)، و{ في صحيح هشام بن الحكم {عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا تزوج الرجل المرأة لجمالها، أو لما لها وُكِّل إلى ذلك، وإذا تزوجها لدينها رزقه الله المال والجمال)^(٢) } ونحوه غيره.

[ويستحب] {لمن أراد التزويج قبل تعيين المرأة} [صلاة ركعتين، والاستخارة] {وهو أن يطلب من الله تعالى الخيرة له في ذلك} [والدعاء بعدهما بالخيرة] بما تضمنه صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام {بقوله: اللهم إني أريد أن أتزوج فقدر لي من النساء أعفهن فرجاً، وأحفظهن في نفسها ومالي، وأوسعهن رزقاً، وأعظمهن بركة، وقدر لي ولداً طيباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي، وبعد موتي)^(٣) أو غيره من الدعاء} ولو من إنشائه [وركعتي الحاجة] وهي كثيرة ومتنوعة تطلب في مظانها {لأنه من مهام الحوائج} [والدعاء] {بعدهما بالمأثور} عنهم عليه السلام أفضل بلا إشكال {أو بما سنح} له كيف اتفق [والإشهاد] {على العقد} كما هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، ولمكاتبة المهلب الدلال (التزويج الدائم لا يكون إلا بولي وشاهدين)^(٤) ولا يشترط في صحة العقد، خلافاً لابن أبي عقيل وجماعة من العامة، لأصالة عدم الاشتراط، ولصحيح حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يتزوج بغير بينة، قال: لا بأس)^(٥) ونحوه غيره وهو مستفيض [والإعلان] الذي هو أبلغ من الإشهاد {إذا كان دائماً} للأمر به في

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٣) مقدمات النكاح، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٤) مقدمات النكاح، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٥٣) مقدمات النكاح، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢١، باب (١١) المتعة، ح ١١.

(٥) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٣) مقدمات النكاح، ح ٤.

النبوي قال ﷺ: (أعلنوا هذا النكاح)^(١) ونحوه غيره [والخطبة] {بضم الخاء} [أمام العقد] {للتأسي} بالنبي ﷺ والأئمة عليهم السلام وخطبهم مشهورة^(٢) {وأقلها الحمد لله} وأكملها مختصراً ما في معتبر عبد الله بن ميمون القداح عن أبي عبد الله عليه السلام (إن علي بن الحسين عليه السلام كان يتزوج وهو يتعرق عرقاً يأكل، فما يزيد علي أن يقول: الحمد لله، وصلى الله على محمد وآله، ونستغفر الله، وقد زوجناك على شرط الله، ثم قال علي بن الحسين عليه السلام: إذا حمد الله فقد خطب)^(٣) [وإيقاعه ليلاً] كما هو المشهور، ففي مضمون خبر الحسن بن علي الوشا {قال الرضا عليه السلام: من السنة التزويج بالليل؛ لأن الله جعل الليل سكناً، والنساء إنما هنّ سكن)^(٤) { ونحوه غيره.

[وليتجنب إيقاعه والقمر في] {برج} {العقرب} قال في مجمع البحرين في شرح قوله عز وجل: ﴿وَالسَّمَاءَ ذَاتِ الْبُرُوجِ﴾^(٥) البروج: المنازل العالية: وهي اثنا عشر برجاً يسير القمر في كل برج منها يومين وثلاث، وتسير الشمس في كل برج شهراً، و {لقول الصادق عليه السلام} في خبر محمد بن حمران قال: {من تزوّج امرأة والقمر في برج العقرب لم ير الحسنى)^(٦) والتزويج حقيقة {عرفية، بل وشرعية} {في العقد} كما تقدّم.

(١) السنن الكبرى، ج ٧، ص (٤٧٣).

(٢) راجع مستدرک الوسائل، باب (٣٣) مقدمات النكاح.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤١) مقدمات النكاح، ح ٢.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٧) مقدمات النكاح، ح ٣.

(٥) سورة البروج، آية (١).

(٦) الوسائل، ج ٢٠، باب (٥٤) مقدمات النكاح، ح ١.

[فإذا أراد الدخول] {بالزوجة} [صلى ركعتين] استحباباً مؤكداً {قبله} لصحيح أبي بصير قال: (سمعت رجلاً وهو يقول لأبي جعفر عليه السلام: إني رجل قد أسننت وقد تزوجت امرأة بكرة صغيرة ولم أدخل بها، وأنا أخاف إن دخلت علي فرأيتني أن تكرهني لخضابي وكبري، فقال أبو جعفر عليه السلام: إذا دخلت فمرهم قبل أن تصل إليك أن تكون متوضئة، ثم أنت لا تصل إليها حتى توضأ وصل ركعتين... الحديث^(١)) [ودعا] {بعدهما بعد أن يمجد الله سبحانه، ويصلي على النبي صلى الله عليه وآله بقوله: (اللهم ارزقني إلفها وودها ورضاها، وأرضني بها واجمع بيننا بأحسن اجتماع وأنس ائتلاف، فإنك تحب الحلال وتكره الحرام) كما تضمنه الصحيح المتقدم {أو غيره من الدعاء} المأثور، أو غيره، وإن كان بالمأثور أفضل [وتفعل المرأة كذلك] {فتصلي ركعتين بعد الطهارة، وتدعو الله تعالى بمعنى ما دعا به الزوج، كما هو المشهور؛ إذ لا خصوصية للرجل [وليكن] {الدخول} {ليلاً} {كالعقد، قال الصادق عليه السلام} في موثق السكوني {زفوا نساءكم ليلاً، وأطعموا ضحى^(٢)} {ويضع يده على ناصيتها} {وهي ما بين نزعتيها من مقدم رأسها عند دخولها عليه، وليقل: ما تضمنه موثق أبي بصير قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام - إلى إن قال: - ويقول: {اللهم على كتابك تزوجتها، وفي أمانتك أخذتها، وبكلماتك استحلتت فرجها، فإن قضيت في رحمها شيئاً، فاجعله مسلماً سوياً، ولا تجعله شرك شيطان^(٣)}} .

[ويسمي] {الله تعالى} [عند الجماع دائماً] {عند الدخول بها، وبعده، ليتباعد عنه الشيطان، ويسلم من شركه} كما تضمنه الموثق المتقدم في قوله: (وكيف يكون

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٥٥) مقدمات النكاح، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٧) مقدمات النكاح، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٥٣) مقدمات النكاح، ح ١.

شرك شيطان؟ فقال: إن الرجل إذا دنا من المرأة وجلس مجلسه حضره الشيطان، فإن هو ذكر اسم الله تنحى الشيطان عنه، وإن فعل ولم يسم أدخل الشيطان ذكره فكان العمل منهما جميعاً والنظفة واحدة، قلت: فبأي شيء يعرف هذا جعلت فداك؟ قال: بحبنا وبغضنا).

[ويسأل الله الولد الذكر السوي الصالح] {قال عبد الرحمن بن كثير: (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فذكر شرك الشيطان فعظمه حتى أفرغني، قلت: جعلت فداك فما المخرج من ذلك؟ فقال: إذا أردت الجماع فقل: بسم الله الرحمن الرحيم الذي لا إله إلا هو بديع السماوات والأرض، اللهم إن قضيت مني في هذه الليلة خليفة، فلا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً ولا حظاً، واجعله مؤمناً مخلصاً صفيماً من الشيطان ورجزه جلّ ثناؤك^(١)} ونحوه غيره [وليولم] {عند الزفاف} {يوماً، أو يومين} {تأسياً بالنبي صلى الله عليه وآله فقد أولم على جملة من نسائه} ففي صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إن رسول الله صلى الله عليه وآله حين تزوج ميمونة بنت الحارث أو لم عليها، وأطعم الناس الحيس)^(٢) {وقال صلى الله عليه وآله} في معتبر الوشا عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: - إلى أن قال - ثم قال: { (إن من سنن المرسلين الإطعام عند التزويج)^(٣) } وقال صلى الله عليه وآله { في موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: { (الوليمة أول يوم حق، والثاني معروف، وما زاد رياء وسمعة)^(٤) } ونحوهما غيرهما.

[ويدعو المؤمنين] {إليها} لأنهم أفضل من غيرهم، وأولى بالمودة بينهم {وأفضلهم الفقراء، ويكره أن يكونوا كلهم أغنياء} لقوله صلى الله عليه وآله: (شر الولائم ما

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٠) مقدمات النكاح، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٠) مقدمات النكاح، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٠) مقدمات النكاح، ح ٤.

يدعى لها الأغنياء ويترك الفقراء^(١) {ولا بأس بالشركة} بما تقتضيه مناسبة الحال [ويستحب] {لهم} [الإجابة] {استحباً مؤكداً} إن كان الداعي مؤمناً فعن داود بن حفص قال: (كنا عند أبي عبد الله عليه السلام إذ عطس فهممنا أن نسمته، فقال: ألا سمّتم؟ إن من حق المؤمن على أخيه أربع خصال: إذا عطس أن يسمته، وإذا دعا أن يجيبه، وإذا مرض أن يعود، وإذا توفّي شيع جنازته)^(٢) ونحوه غيره، ولا تجب عندنا، خلافاً لبعض العامة، حيث أوجبه، لقوله صلى الله عليه وآله: (من دعي إلى وليمة فليأتها)^(٣) ونحوه غيره مما لم تثبت حجته، فتحمل على الاستحباب، عملاً بقاعدة التسامح في أدلة السنن {ومن كان صائماً ندباً فالأفضل له الإفطار} لصحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (من دخل على أخيه فأفطر عنده ولم يعلمه بصومه فيمن عليه كتب الله له صيام سنة)^(٤) ونحوه غيره {خصوصاً إذا شق بصاحب الدعوة صيامه} فقد روي (أن النبي صلى الله عليه وآله حضر دار بعضهم فلما تقدم الطعام أمسك بعض القوم، وقال: إني صائم، فقال النبي صلى الله عليه وآله: يتكلف لك أخوك المسلم وتقول: إني صائم، أفطر ثم اقض يوماً مكانه)^(٥) وظهوره في الصوم الواجب قريب، فينبغي أن يكون الإفطار في الصوم المستحب أولى، ثم إنه مع إطلاق النصوص لا يختص استحباب الإجابة والإفطار بولائم الأعراس، بل يعم كل دعوة.

(١) التلخيص الحبير ج٣، ص (٤١٣).

(٢) الوسائل، ج١٢، باب (١٢٢) أحكام العشرة، ح ١٥.

(٣) السنن الكبرى، ج٧، ص (٤٢٦).

(٤) الوسائل، ج١٠، باب (٨) آداب الصائم، ح ٤.

(٥) التلخيص الحبير ج٣، ص (٤٠١).

[ويجوز أكل نثار العرس، وأخذه] بلا خلاف ولا إشكال عملاً [بشاهد الحال] { أي مع شهادة الحال بالإذن في أخذه؛ لأن الحال يشهد بأخذه دائماً } للسيرة المستمرة في كل عصر ومصر، بل قد يقال: إن في تركه من الخزازة في نفس المؤمن ما لا يرغب فيها الشارع الأقدس { وعلى تقدير أخذه به، فهل يملك بالأخذ، أو هو مجرد إباحة؟ قولان } من أنه بمنزلة الحيازة للمباح الأصلي من الملك، كما عن المبسوط والمهذب والإرشاد والتذكرة، للسيرة القطعية في جميع العصور والبلدان على معاملته معاملة المملوك بالهبة والإرث ونحوهما، ولا سيما مع إباحة التملك لشاهد الحال، ومن استصحاب بقاءه على ملك مالكة حتى يحصل الناقل الشرعي، ويشكل: بانقطاع الأصل بما تقدم، ومنه يظهر التأمل في قوله: { أجودهما الثاني، وتظهر الفائدة في جواز الرجوع } فيه على القول بالإباحة، وعدمه على القول بالملك { ما دامت عينه باقية } وإلا فلا.

[ويكره الجماع] { مطلقاً } في الدخول الأول وغيره [عند الزوال] فعن أبي سعيد الخدري في وصية النبي ﷺ لعلي عليه السلام أنه قال: (يا علي لا تجامع امرأتك بعد الزوال، فإنه إن قضي بينكما ولد في ذلك الوقت يكون أحول، والشیطان يفرح بالحول في الإنسان... الحديث)^(١) { إلا يوم الخميس، فقد روي: (أن الشيطان لا يقرب الولد الذي يتولد حيثئذ حتى يشيب)^(٢) } كما تضمنه خبر أبي سعيد الخدري الآخر [وبعد الغروب حتى يذهب الشفق] { الأحمر، ومثله ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، لوروده معه في الخبر } عن عبد الرحمن بن سالم عن أبيه عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قلت له: هل يكره الجماع في وقت من الأوقات وإن كان

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٤٩) مقدمات النكاح، ح ١. بتفاوت.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٥١) مقدمات النكاح، ح ١.

حلالاً؟ قال: نعم، ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، ومن مغيب الشمس إلى الشفق... الحديث^(١) [وعارياً] للنهي عنه، رواه الصدوق عن محمد بن العيص {عن أبي عبد الله عليه السلام} أنه سألَه فقال: (أجامع وأنا عريان؟ فقال: لا، ولا تستقبل القبلة، ولا تستدبرها)^(٢) ونحوه غيره [وعقب الاحتلام قبل الغسل، أو الوضوء] قال عليه السلام: (يكره أن يغشى الرجل المرأة وقد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي رأى، فإن فعل ذلك وخرج الولد مجنوناً فلا يلومن إلا نفسه)^(٣) ولا تكره معاودة الجماع بغير غسل، للأصل {وهو عدم الكراهة، ولا يقطعه ما عن الرسالة الذهبية المنسوبة للإمام الرضا عليه السلام} (الجماع بعد الجماع من غير فصل بينهما بغسل يورث الولد الجنون)^(٤) لعدم توفر شروط الحجية فيه، مع ظهوره في الإرشاد [والجماع عند ناظر إليه] {بحيث لا يرى العورة، قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: {في خبر زيد عن أبي عبد الله عليه السلام} (والذي نفسي بيده لو أن رجلاً غشي امرأته وفي البيت مستيقظ يراهما، ويسمع كلامهما ونفسهما ما أفلح أبداً، إن كان غلاماً كان زانياً، وإن كانت جارية كانت زانية)^(٥) وعن الصادق عليه السلام} في خبر ابن راشد عن أبيه {قال: لا يجامع الرجل امرأته، ولا جاريتَه وفي البيت صبي، فإن ذلك مما يورث الزنا)^(٦) وهل يعتبر كونه مميزاً؟ وجه {غير واضح، بل لا {يشعر به الخبر الأول، وأما الثاني فمطلق} والعمل به أجود.

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦٢) مقدمات النكاح، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦٩) مقدمات النكاح، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٧٠) مقدمات النكاح، ح ١.

(٤) مستدرک الوسائل، باب (١١٧) مقدمات النكاح، ح ١٩.

(٥) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦٧) مقدمات النكاح، ح ٢.

(٦) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦٧) مقدمات النكاح، ح ١.

[والنظر إلى الفرج حال الجماع] {وغيره} لإطلاق قوله ﷺ في خبر أبي سعيد الخدري في وصيته لعلي عليه السلام: (ولا ينظر أحد إلى فرج امرأته، وليغض بصره عند الجماع، فإن النظر إلى الفرج يورث العمى في الولد)^(١) {وحال الجماع أشد كراهة} كما هو الظاهر من ذيل الخبر المتقدم {وإلى باطن الفرج أقوى شدة} كما هو المشهور، وليس عليه نص بخصوصه {وحرمة بعض الأصحاب} وهو ابن حمزة {وقد روي أنه يورث العمى في الولد} كما في الخبر المتقدم وغيره.

[والجماع مستقبل القبلة ومستدبرها] {للهي عنه} في خبر محمد بن العيص المتقدم [والكلام] {من كل منهما} [عند التقاء الختانين إلا بذكر الله تعالى] لحسنه على كل حال {قال الصادق عليه السلام}: {في خبر عبد الله بن سنان} {اتقوا الكلام عند ملتقى الختانين فإنه يورث الخرس}^(٢) {و} ينبغي تقييده بالكثير حملاً للمطلق على المقيد لما سيأتي {في الرجل} بأنه {أكد، ففي وصية النبي ﷺ: (يا علي لا تتكلم عند الجماع كثيراً، فإنه إن قضي بينكما ولد لا يؤمن أن يكون أخرس)^(٣) {وليلة الخسوف، ويوم الكسوف، وعند هبوب الريح الصفراء، أو السوداء، أو الزلزلة} {فعن الباقر عليه السلام} في صحيح عبد الرحمن بن سالم عن أبيه قال: (قلت له: هل يكره الجماع في وقت من الأوقات وإن كان حلالاً؟ قال: نعم، ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، ومن مغيب الشمس إلى مغيب الشفق، وفي اليوم الذي تنكسف فيه الشمس، وفي الليلة التي ينخسف فيها القمر، وفي الليلة وفي اليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء، والريح الحمراء، والريح الصفراء، واليوم والليلة اللذين يكون

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٥٩) مقدمات النكاح، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦٠) مقدمات النكاح، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦٠) مقدمات النكاح، ح ٣.

فيهما الزلزلة - إلى إن قال -: {إنه قال: والذي بعث محمدًا ﷺ بالنبوة، واختصه بالرسالة، واصطفاه بالكرامة، لا يجامع أحد منكم في وقت من هذه الأوقات فيرزق ذرية يرى فيها قرعة عين} ^(١).

[وأول ليلة من كل شهر إلا شهر رمضان، ونصفه] {عطف على أول، لا على المستثنى، ففي الوصية: يا علي لا تجامع امرأتك في أول الشهر، ووسطه، وآخره، فإن الجنون والجذام والخبل يسرع إليها، وإلى ولدها} ^(٢)، وعن الصادق عليه السلام { لكن الحديث مروي عن علي بن محمد العسكري عن أبيه عن آبائه عليه السلام { يكره للرجل أن يجامع في أول ليلة من الشهر، وفي وسطه، وفي آخره فإنه من فعل ذلك خرج الولد مجنوناً، ألا ترى أن المجنون أكثر ما يصرع في أول الشهر، ووسطه، وآخره} ^(٣)، وروى الصدوق عن علي عليه السلام أنه قال: (يستحب للرجل أن يأتي أهله أول ليلة من شهر رمضان لقوله عز وجل: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾) { والرفث المجامعة} ^(٤) [وفي السفر مع عدم الماء] {لتنهي عنه عن الكاظم عليه السلام مستثنياً منه خوفه على نفسه} بل عن أبي عبد الله عليه السلام كما في موثق إسحاق بن عمار قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون معه أهله في سفر لا يجد الماء، يأتي أهله؟ قال: ما أحب أن يفعل إلا أن يخاف على نفسه... الحديث) ^(٥).

[ويجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها] إلى كفيها، بل وجميع محاسنها من تحت ثيابها {وإن لم يستأذنها} بلا خلاف بين المسلمين، بل الإجماع بقسميه عليه،

-
- (١) مستدرک الوسائل، باب (٤٧) مقدمات النكاح، ح ١.
 - (٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦٤) مقدمات النكاح، ح ٥.
 - (٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦٤) مقدمات النكاح، ح ٦.
 - (٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦٤) مقدمات النكاح، ح ٤.
 - (٥) الوسائل، ج ٢٠، باب (٥٠) مقدمات النكاح، ح ١.

كما في الجواهر، ولصحيح يونس بن يعقوب قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يتزوج المرأة، يجوز له أن ينظر إليها؟ قال: نعم، وترقق له الشاب؛ لأنه يريد أن يشتريها بأغلى الثمن)^(١) ونحوه غيره وهو متواتر {بل يستحب له النظر، ليرتفع عنه الغرر، فإنه مستام يأخذ بأغلى ثمن، كما ورد في الخبر} الموثق عن غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: (في رجل ينظر إلى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها، قال: لا بأس إنما هو مستام... الحديث)^(٢) ومثله الصحيح المتقدم وغيره.

[ويختص الجواز بالوجه والكفين] {ظاهرها وباطنها إلى الزندين} لصحيح سالم وحماد وحفص بن البخري كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا بأس بأن ينظر إلى وجهها ومعاصمها إذا أراد أن يتزوجها)^(٣) [وينظرها قائمة وماشية] لصحيح يونس بن يعقوب قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة وأحب أن ينظر إليها؟ قال: تحتجز - يعني تأتزر - ولتقعد وليدخل فلينظر، قال: قلت: تقوم حتى ينظر إليها، قال: نعم، قلت: فتمشي بين يديه؟ قال: ما أحب أن تفعل)^(٤) وغايته الكراهة، وكل مكروه جائز، لا سيما في مثل المقام {وكذا يجوز نظره} من قبلها {كذلك} إلى وجهه وكفيه، قائماً وقاعداً وماشياً، كما علله العلامة في القواعد وغيره: لاشتراكهما في العلة، بل وربما كانت فيها أتم، باعتبار كون الطلاق بيده دونها، ويشكل: بأن العلة كونه مستاماً يأخذ

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٦) مقدمات النكاح، ح ١١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٦) مقدمات النكاح، ح ٨.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٦) مقدمات النكاح، ح ٢.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٦) مقدمات النكاح، ح ١٠.

بأعلى ثمن، ولا ريب في عدم تحققها فيها بعد حرمة القياس، اللهم إلا أن يقال: بإشعار التعليل بالمودة بينهما في بعض النصوص، لكن لضعفه سنداً لا يصلح للخروج به عن مقتضى عمومات الغض، اللهم إلا أن يقال: بعدم شمولها للوجه والكفين؛ إذ السيرة القطعية على خلافها [وروى] {عبد الله بن الفضل عن الصادق عليه السلام} [جواز النظر إلى شعرها، ومحاسنها] {وهي مواضع الزينة إذا لم يكن متلذذاً، وهي مردودة بالإرسال، وغيره} وهو المعارضة لنصوص الاقتصار على الوجه والكفين، ويشكل: الأول بعدم الانحصار فيه، ففي صحيح عبد الله بن سنان قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يريد أن يتزوج المرأة، أينظر إلى شعرها؟ فقال: نعم... الحديث)^(١) وفي موثق غياث المتقدم (في رجل ينظر إلى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها، قال: لا بأس... الحديث)^(٢) ومعه ترتفع المعارضة.

{ويشترط العلم بصلاحياتها للتزويج بخلوها من البعل، والعدة، والتحريم} بمصاهرة ورضاع وغيرهما {وتجوز إجابتها، ومباشرة المريد بنفسه} لأنه حكم مخالف للأصل، فيقتصر فيه على مورد النص {فلا يجوز الاستنابة فيه وإن كان أعمى، وأن لا يكون} النظر {بريبة، ولا تلذذ} كما عن جمع، ولعله لاختصاص النصوص بالنظر للاطلاع، لكنه كما ترى! لأن المحرم النظر للتلذذ، لا ما قد تحصل اللذة به وإن كان للاطلاع؛ لأنه من التكليف بما لا يطاق، ولا أقل من تعسره، وهو مرفوع {وشرط بعضهم أن يستفيد بالنظر فائدة، فلو كان عالماً بحالها قبله لم يصح، وهو حسن، لكن النص مطلق} فيكون ما اشترط اجتهاد في مقابلة

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٦) مقدمات النكاح، ح ٧.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٦) مقدمات النكاح، ح ٨.

النص {وأن يكون الباعث على النظر إرادة التزويج} منها بالخصوص، لتصريح النصوص به {دون العكس} بكون النظر باعثاً على التزويج بها {وليس بجيد؛ لأن المعبر قصد التزويج قبل النظر كيف كان الباعث} عليه مطلقاً.

[ويجوز النظر إلى وجه الأمة] {أي أمة الغير} [ويديها] فإن كان لإرادة شرائها، فمحل وفاق، كما عن المسالك، وإن لم يكن بإذن المولى؛ لأن عرضها للبيع إذن في النظر، ولا يختص بها ذكر، بل عداه المشهور إلى معظم جسدها، بل قيل: ويمسها، لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يعترض الأمة ليشتريها، قال عليه السلام: لا بأس أن ينظر إلى محاسنها، ويمسها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه) ^(١) ونحوه غيره، وأما إن كان لغير الشراء، فعن المسالك وغيره: أنه المشهور مقيداً بعدم التلذذ والريبة، وللنصوص الواردة في مملوكة الأب الظاهرة في مفروغية جواز النظر إلى مملوكة الغير، بل هو مقتضى السيرة المستمرة في جميع الأعصار والأمصار، في عدم وجوب الستر حتى مع عدم رضا المالك؛ لأنه حكم شرعي لا مالكي، لكن ينبغي الاقتصار عليه ولا يشمل اللمس {وكذا} [الذمية] فعن المسالك نسبته إلى المشهور؛ لأنهم بمنزلة الإماء للمسلمين باعتبار كونهن كغيرهن فيئاً لهم، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (إن أهل الكتاب ممالك للإمام... الحديث) ^(٢) ونحوه غيره، ويشكل: بأن الرقية لا تحصل إلا بالملك، وظاهر الصحيح أنهم بمنزلة الإماء، فكان الأولى الاستدلال عليه بموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢٠) بيع الحيوان، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٨) ما يجرم بالكفر، ح ١.

الله ﷻ لا حرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر إلى شعورهن وأيديهن^(١) ونحوه غيره، لا سيما مع اعتضاده بالمشهور {وغيرها من الكفار} لأنه إذا جاز النظر إليهن مع حرمتهم في الجملة، لكونهن من أهل الذمة فيكون الحكم في غير الذمية {بطريق أولى} [لا لشهوة] {قيد فيهما} لظهور النصوص المجوزة للنظر في عدم التلذذ به، والريية الموجبة للوقوع في الحرام، وخوف الفتنة.

[و] {يجوز} {أن ينظر الرجل إلى مثله} {ما عدا العورتين} الواجب سترهما في الصلاة [وإن كان] {المنظور} [شاباً حسن الصورة، لا لريية] {وهو خوف الفتنة} [ولا تلذذ] {وكذا تنظر المرأة إلى مثلها كذلك} بلا رية ولا تلذذ، فعن المسالك: أنه موضع وفاق، وفي الجواهر: بل لعله من ضروريات الدين المعلومة باستمرار عمل المسلمين عليه في جميع الأعصار والأمصا. ولمرسل الصدوق قال: (وكان الصادق عليه السلام يطلي في الحمام، فإذا بلغ موضع العورة قال للذي يطلي: افتح ثم يطلي هو ذلك الموضع)^(٢) ونحوه غيره، ويعضدها، بل يدل عليه ما ورد في تغسيل الأموات المتضمنة للأمر بوضع الخرق على عورة الميت^(٣) بضميمة اشتراك الميت مع الحي في الحرمة.

[والنظر إلى جسد الزوجة باطناً وظاهراً] بتلذذ ودونه حتى العورة، بلا خلاف ولا إشكال، بل هو مستحب، لموثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل ينظر إلى امرأته وهي عريانة، قال: لا بأس بذلك، وهل اللذة إلا ذلك)^(٤)

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١١٢) مقدمات النكاح، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢، باب (٣١) آداب الحمام، ح ٣.

(٣) يراجع بشأنها الوسائل، ج ٢، باب (٢) غسل الميت.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (٥٩) مقدمات النكاح، ح ١.

ونحوه غيره {وكذا أمته} فإنها بحكم الزوجة اتفاقاً، كما تقدم في بيع الحيوان {غير المزوجة، والمعتدة} لأنها بحكم الزوجة التي لا يجوز نكاحها ذاتاً، إجماعاً، ولصحيح عبد الرحمان بن الحجاج قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج مملوكته عبده، أتقوم عليه كما كانت تقوم فتراه منكشفاً أو يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك، وقال: قد منعني أن أزوج بعض خدمني غلامي لذلك) ^(١) والكرهية فيه ظاهرة في الحرمة، ونحوه غيره {وبالعكس} فيجوز للمزوجة والأمة غير المزوجة ولا المعتدة النظر إلى بدن زوجها، وسيدها، ظاهراً وباطناً بما فيها العورة مطلقاً، بتلذذ وبدونه، من غير خلاف يعرف.

{ويكره إلى العورة} حين الجماع لا مطلقاً، كما تقدم {فيها} [وإلى المحارم] {وهو من يحرم نكاحهن مؤبداً بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة} أو ملك إن كانت مزوجة، أو معتدة [خلا العورة] {وهي - هنا - القبل والدبر} من غير تلذذ أو ريبة، بلا خلاف في شيء من ذلك، بل هو من الضروريات، كذا في الجواهر، ولصحيح منصور قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخرج في السفر ومعه امرأته، يغسلها؟ قال: نعم، وأمه وأخته، ونحو هذا يلقي على عورتها خرقة) ^(٢) ونحوه غيره.

{وقيل} والقائل العلامة في ظاهر التحرير والقواعد في آخر أبواب حد المحارب، والشافعية في وجه {تختص الإباحة بالمحاسن، جمعاً بين قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ ^(٣) وقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٤) مقدمات النكاح، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢، باب (٢٠) غسل الميت، ح ١.

(٣) سورة النور، آية (٣٠).

لِبُعُولَتِهِنَّ^(١) إلى آخره} وشاهد الجمع خبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام (في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ فقال عليه السلام: فهي الثياب والكحل والخاتم وخضاب الكف والسوار، والزينة ثلاثة: زينة للناس، وزينة للمحرم، وزينة للزوج، فأما زينة الناس فقد ذكرنا، وأما زينة المحرم فموضع القلادة فما فوقها، والدملج فما دونه، والخلخال وما سفلى منه، وأما زينة الزوج فالجسد كله^(٢) ولكن ضعفه سنداً، وعدم انجباره بشهرة أو عمل يمنع من الاستناد إليه، وقد حمله شيخنا المعظم في جواهره على خصوص الزينة بعنوان الأولوية.

[ولا ينظر الرجل إلى] {المرأة} [الأجنبية] {وهي غير محرم، والزوجة، والأمة} كما تقدم [إلا مرة] {واحدة} [من غير معاودة] {في الوقت الواحد عرفاً} كما عن المحقق في الشرائع، والعلامة في القواعد وغيرهم؛ لأن إطالته وتكراره مظنة الفتنة، كما في خبر الكاهلي، قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: النظرة بعد النظرة تزرع في القلب الشهوة وكفى بها لصاحبها فتنة)^(٣) بخلاف النظرة الأولى الصادرة عن غير شهوة، لخبر الحسن بن عبد الله بن محمد الرازي عن أبيه عن الرضا عن آبائه عليهم السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا تتبع النظرة النظرة، فليس لك يا علي، إلا أول نظرة)^(٤) ونحوه غيره [إلا لضرورة] لأن الضرورات تبيح المحظورات، لرفع الحرج، ولموثق أبي بصير (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المريض - إلى أن قال -: وليس شيء مما حرم الله إلا وقد أحله لمن اضطر إليه)^(٥) ونحوه غيره [كالمعاملة،

(١) سورة النور، آية (٣١).

(٢) مستدرک الوسائل، باب (٨٥) مقدمات النكاح، ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٠٤) مقدمات النكاح، ح ٦.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٠٤) مقدمات النكاح، ح ١١.

(٥) الوسائل، ج ٥، باب (١) القيام، ح ٧.

والشهادة] {عليها إذا دعي إليها} لوجوبها حينئذٍ، لقوله ﷺ: ﴿وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾^(١) {أو لتحقيق الوطء في الزنا وإن لم يُدع} إلى الشهادة، كما عن العلامة في القواعد، وقد علله في المسالك: بأنه وسيلة إلى إقامة حدود الله تعالى، وما في المنع من عموم الفساد واجتراء النفوس على هذا المحرم، وانسداد باب ركن من أركان الشرع [والعلاج] {من الطبيب، وشبهه} كالمضمد والمدلك في العلاج الطبيعي ونحوهما، لصحيح أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألته عن المرأة المسلمة يصيبها البلاء في جسدها: إما كسر، وإما جرح في مكان لا يصلح النظر إليه يكون الرجل أرفق بعلاجه من النساء، يصلح له النظر إليها؟ قال: إذا اضطرت إليه فليعالجها إن شاءت)^(٢) ونحوه غيره.

[وكذا يحرم على المرأة أن تنظر إلى الأجنبي] كما هو المشهور، لقوله ﷺ: ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ﴾^(٣) عدا الوجه والكفين كالرجل [أو تسمع صوته] مع الريبة أو التلذذ، وإلا فالجواز هو الأجود، للسيرة القطعية المستمرة، بل من المقطوع به تكلم النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام مع النساء الأجنيات، وهو المراد بقوله: [إلا لضرورة] {كالمعاملة والطب} ونحوهما، ففي صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: (وسألته عن الرجل يكون ببطن فخذه أو إلبته الجرح، هل يصلح للمرأة أن تنظر إليه وتداويه؟ قال: إذا لم يكن عورة فلا بأس)^(٤) [وإن كان] {الرجل} [أعمى] {لتناول النهي} الوارد في الآية المتقدمة

(١) سورة البقرة، آية (٢٨٢).

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٣٠) مقدمات النكاح، ح ١.

(٣) سورة النور، آية (٣١).

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٣٠) مقدمات النكاح، ح ٤.

{له، ولقول النبي ﷺ لأُم سلمة وميمونة لما أمرهما بالاحتجاب من ابن أم مكتوم، وقولها: إنه أعمى: (أعمياوان أنتما؟! أَلستما تبصرانه؟!)(١)} ونحوه غيره.

[وفي جواز نظر المرأة إلى الخصى المملوك لها، أو بالعكس] بأن ينظر هو لما كتبه [خلاف] {منشؤه ظاهر قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (٢) المتناول بعمومه لموضع النزاع} فإن جاز لها جاز له، للتلازم بينهما، كما وقد نسب ذلك إلى ظاهر ابن الجنيّد لكن على كراهة، والعلامة في المختلف أجازة في المملوك بالنسبة إلى مالكتها {وما قيل} والقاتل الشيخ وابن إدريس والراوندي والمحقق وغيرهم، بل هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً {من اختصاصه بالإماء جمعاً بينه، وبين الأمر بغض البصر} عن الرجال {وحفظ الفرج مطلقاً} عن الرجال والنساء بما فيهن الإماء {ولا يرد دخولهن في نسائهن} الوارد في قوله عزّ وجلّ: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا - إِلَى أَنْ قَالَ - أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ (٣) للزوم الإعادة بلا فائدة، و {لاختصاصهن بالمسلّمات} لانصرافه إليهن {وعموم ملك اليمين للكافرات} فكان في الإعادة إفادة {ولا يخفى أن هذا} الدليل على الحرمة {خلاف ظاهر الآية} الشامل لمطلق المملوك، سواء كان ذكراً أم أنثى {من غير وجه للتخصيص ظاهراً} وهو كما ترى! مخالف لما استقر عليه فقهاء المذهب، وحمل النصوص الوارد فيها الجواز على التقية لقرائن واضحة عليها، وعملوا بما رواه الشيخ من اختصاص ملك اليمين بالإماء مؤيداً بخبر محمد بن إسحاق قال:

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٢٩) مقدمات النكاح، ح ٤.

(٢) سورة النور، آية (٣١).

(٣) سورة النور، آية (٣١).

(سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت: أ يكون للرجل الخصي يدخل على نسائه فيناولهن الوضوء فيرى شعورهن؟ قال: لا) ^(١) ونحوه غيره.

أحكام استمتاع الزوجين

[ويجوز استمتاع الزوج بما شاء من الزوجة] إجماعاً قطعياً، بل عده بعضهم من الضروريات، ولصحيح علي بن جعفر قال: (سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل يقبل قبل المرأة؟ قال: لا بأس) ^(٢) ونحوه غيره [إلا القبل في الحيض، والنفاس] {وهو موضع وفاق إلا من شاذ من الأصحاب} وهو ابن حمزة {حيث حرم النظر إلى الفرج، والأخبار} الصحيحة المتقدمة وغيرها {ناطقة بالجواز} وهي حجة عليه {وكذا القول في الأمة} لما تقدم من النصوص أيضاً.

[والوطء في دبرها مكروه كراهة مغلظة] {من غير تحريم على أشهر القولين} بين أكثر الأصحاب كالشيخين والمرضى وجميع المتأخرين، بل في الانتصار والغنية ومحكي الخلاف والسرائر الإجماع عليه، خلافاً للقميين وابن حمزة وغيرهم حيث ذهبوا إلى الحرمة، استناداً إلى خبر سدير الذي سيذكره المصنف، وغيره، وطريق الجمع بينها وبين المجوزة القول بالكراهة الشديدة مع رضاها {و} أشهر {الروايتين} كصحيح علي بن الحكم قال: (سمعت صفوان يقول للرضا عليه السلام: إن رجلاً من مواليك أمرني أن أسألك عن مسألة، فهابك واستحيا منك أن يسألك عنها، قال عليه السلام: ما هي؟ قال: قلت: الرجل يأتي امرأته في دبرها، قال: نعم، ذلك له... الحديث) ^(٣) ونحوه غيره وهو مستفيض {وظاهر آية الحرث} في قوله وإذا

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٢٥) مقدمات النكاح، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٥١) مقدمات النكاح، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٧٣) مقدمات النكاح، ح ١.

﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾^(١) لأن (أنى) إما أنها موضوعة للمكان - كما عن أئمة أهل اللغة - أو تعم الكيفية أيضاً، وعلى كلا التقديرين فهي دالة على المطلوب، كما استدل بها الإمام عليه السلام في صحيح ابن أبي يعفور الآتي.

[وفي رواية] {سدير عن الصادق عليه السلام} {يحرم} {لأنه روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال:

{محاش النساء على أمتي حرام}^(٢) وهو مع {فرض} {سلامة سنده} ولكنه غير سليم {محمول على شدة الكراهة، جمعاً بينه وبين صحيحة ابن أبي يعفور} قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي المرأة في دبرها؟ قال: لا بأس إذا رضيت، قلت: فأين قول الله عز وجل: ﴿فَأَتَوْهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ قال: هذا في طلب الولد، فاطلبوا الولد من حيث أمركم الله، إن الله تعالى يقول: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾^(٣) ومثلها غيرها وهي مستفيضة {الدالة على الجواز صريحاً} ولكن يقيد برضاها، كما تضمنته الصحيحة المتقدمة وغيرها {والمحاش: جمع محشة وهو: الدبر} كما عن الصحاح وغيره {ويقال أيضاً: بالسين المهملة، كني بالمحاش عن الأدبار، كما كني بالحشوش عن مواضع الغائط، فإن أصلها الحش بفتح الحاء المهملة وهو: الكنيف، وأصله البستان؛ لأنهم كانوا كثيراً ما يتغوطون في البساتين، كذا في نهاية ابن الأثير}.

[ولا يجوز العزل عن الحرة] المزوجة بالعقد الدائم [بغير شرط] {ذلك حال العقد} كما هو المشهور نقلاً وتحصيلاً، كما في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل؟ فقال: ذاك إلى الرجل يصرفه حيث

(١) سورة البقرة، آية (٢٢٣).

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٧٢) مقدمات النكاح، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٧٣) مقدمات النكاح، ح ٢.

شاء^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض، و {لمنافاته لحكمة النكاح وهي الاستيلاد فيكون منافياً لغرض الشارع} خلافاً للشيخين، حيث حرماه استناداً إلى صحيح محمد بن مسلم الآتي وغيره [والأشهر] بل المشهور نقلاً وتحصيلاً، كذا في الجواهر {الكراهة، لصحيفة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (أنه سأله عن العزل، فقال: أما الأمة فلا بأس، وأما الحرة فإني أكره ذلك، إلا أن يشترط عليها حين يتزوجها)^(٢) ونحوه غيره {والكراهة} في النصوص المتقدمة {ظاهرة في المرجوح الذي لا يمنع من النقيض، بل حقيقة فيه، فلا تصلح حجة للمنع من حيث إطلاقها على التحريم في بعض موارد {كالصحيح المتقدم وغيره، الذي استدل به الشيخان على الحرمة {فإن ذلك على وجه المجاز، وعلى تقدير الحقيقة فاشتراكها يمنع من دلالة التحريم} ومعه فلا مجال لدلالة اللفظ {فيرجع إلى أصل الإباحة} بالمعنى الأعم الذي يجمع الكراهة، لكن مقتضى الاستثناء عدم الكراهة مع الشرط، جمعاً بين الأدلة.

{وحيث يحكم بالتحريم} وفاقاً للشيخين [فيجب دية النطفة لها] {أي للمرأة خاصة} [عشرة دنانير] كما عن الشيخ والقاضي والتقي الحلبي وابني زهرة وحمزة والمحقق والعلامة في القواعد وغيرهم، لما تضمنه كتاب ظريف بن ناصح عن أمير المؤمنين عليه السلام المتضمن لحكم بعض الديات - وهو صحيح بشهادة يونس - عن الرضاء عليه السلام (وأفتى عليه السلام في مني الرجل يفزع عن عرسه فيعزل عنها الماء ولم يرد ذلك، نصف خمس المئة، عشرة دنانير)^(٣) بدعوى كونها دية النطفة المعزولة

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٧٥) مقدمات النكاح، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٧٦) مقدمات النكاح، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٩، باب (١٩) الديات، ح ١.

بأي سبب كان، وهي كما ترى! فإنها غير ظاهرة بكونها على الزوج، بل على المفزع له، مضافاً إلى نصوص جواز العزل الظاهرة في عدم الدية، كما عن المعظم، ومن الغريب ما عن المحقق في الشرائع والعلامة في القواعد من الحكم بجواز العزل، ووجوب الدية؛ إذ هي لا تجب إلا على القول بحرمة العزل.

{ولو كرهناه} كما هو المشهور {فهي على الاستحباب} احتياطاً خروجاً عن شبهة من أوجبها {واحترز بالحرمة عن الأمة فلا يحرم العزل عنها إجماعاً وإن كانت زوجة} لصراحة صحيح محمد بن مسلم المتقدم وغيره في ذلك {ويشترط في الحرمة الدوام، فلا تحريم في المتعة} قولاً واحداً، كما عن جامع المقاصد. وإجماعاً، كما عن غيره، وليس عليه نص بخصوصه، فلو قيل بالحرمة، فيكون العمدة في التخصيص الإجماع المذكور {وعدم الإذن، فلو أذنت انتفى أيضاً} كما هو المعروف، كذا في المستمسك، ولصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (أنه سئل عن العزل؟ فقال: أما الأمة فلا بأس، وأما الحرمة فإني أكره ذلك إلا أن ترضى أو يشترط ذلك عليها حين يتزوجها)^(١) ونحوه غيره {وكذا يكره لها العزل بدون إذنه} لأصل الجواز المحمول على الكراهة، لمنافاته لحكمة النكاح {وهل يحرم} العزل منها {لو قلنا به فيه؟ مقتضى الدليل الأول} وهو المنافاة لحكمة النكاح، وهي الاستيلاد {ذلك، والأخبار خالية عنه، ومثله القول في دية النطفة} عليها، كما استظهره شيخنا المعظم في جواهره بدعوى: كونها كالمفزع، أو أعظم في التفويت إذا كانت قد منعت نفسها عنه عند إنزاله، ويشكل: بأنه قياس مع

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٧٦) مقدمات النكاح، ح ١.

الفارق؛ لأن الجنائية في الحديث من الأجنبي، وفي المورد من أحد الأبوين، وحمل الأم على الأجنبي قياس باطل بالضرورة من المذهب.

[ولا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر] فإنه موضع وفاق، كما في المسالك، ولإطلاق صحيح صفوان بن يحيى عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (أنه سألته عن الرجل يكون عنده المرأة الشابة فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقربها، ليس يريد الإضرار بها، يكون لهم مصيبة، يكون في ذلك آثماً؟ قال: إذا تركها أربعة أشهر كان آثماً بعد ذلك)^(١) ونحوه غيره، ولا يختص بالشابة - كما هو مورد النص - لأن المورد لا يخصص الوارد، وكذا لا فرق بين الحرة والأمة، والحاضر والمسافر سافراً غير واجب، لإطلاق معقد الاتفاق؛ ولأن ثبوت الحكم إنما كان لكونها زوجة، ومعه فلا يفرق بين كونها شابة أو لا {والمعتبر في الوجوب مسماها، وهو الموجب للغسل} للإطلاق، وصدق الوطء به {ولا يشترط الإنزال} ويشكل: بأنه إرفاق بالمرأة، وهو يقتضي مراعاة حالها، ولا يبعد انصرافه إلى الوطء مع الإنزال {ولا يكفي الدبر} لانصراف الصحيح المتقدم إلى الوطء المعهود في الفرج.

[و] {كذا} {لا يجوز} {الدخول} {قبل} {إكمالها} {تسع} {سنين} حرة كانت أو أمة، دواماً كان النكاح أو متعة. ففي الجواهر: إجماعاً بقسميه، ولإطلاق النهي في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا تزوّج الرجل الجارية وهي صغيرة، فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين)^(٢) ونحوه غيره وهو مستفيض {هلالية} لانصراف إطلاق مقعد الإجماع والنصوص إلى ذلك، وأما غيره من

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٧١) مقدمات النكاح، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٥) مقدمات النكاح، ح ١.

الاستمتاع فجائز على المشهور، للأصل السالم عن المعارض [ف] لو فعل [تحرم عليه مؤبداً لو أفضاها] {بالوطء} على المشهور، بل إجماعاً محكياً صريحاً عن الإيضاح والتنقيح وكنز الفوائد وغاية المرام، وظاهراً في المسالك وكشف الرموز والمقتصر والمهذب البارع، بل والسرائر إن لم يكن محصلاً، كما في الجواهر، والمرسل يعقوب بن يزيد عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فرق بينهما ولم تحل له أبداً)^(١) وحمل على حرمة وطئها مؤبداً، كما سيأتي في الإفضاء {بأن صير مسلك البول والحيض واحداً} كما هو الغالب المشهور في تفسيره، وأنه الاتصال، كما عن الرياض. فالعمل عليه، ولا يلتفت إلى ما ذكره اللغويون الذين اختلفوا اختلافاً فاحشاً في تفسيره، لعدم حجية قول اللغوي {أو مسلك الحيض والغائط} كما عن العلامة في القواعد.

{وهل تخرج بذلك من حالته؟ قولان} من منافية التحريم المؤبد للنكاح، كما عن جمع، وقد نسب للشيخين في المقنعة والنهاية، وعن ابن إدريس التحريم بمجرد الدخول، للمرسل المتقدم، وفي صلاحيته لذلك تأمل واضح، لعدم ثبوت الفتوى المذكورة، فضلاً عن صلاحيتها لجبره، وهو المنشأ في قوله: {أظهرهما العدم} لصحيح حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سئل عن رجل تزوج جارية بكرة لم تدرك، فلما دخل بها افتضها فأفضاها، فقال: إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه، وإن كانت لم تبلغ تسع سنين، أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين افتضها فإنه قد أفسدها وعطلها على الأزواج، فعلى

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٤) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.

الإمام أن يغرمه ديتها، وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه^(١) ونحوه غيره. مضافاً إلى أنه مقتضى أصالة البقاء على الزوجية، ولا يوجد ما يوجب الخروج عنها إلا المرسل الذي لا يصلح لذلك {وعلى القولين} المتقدمين {يجب الإنفاق عليها حتى يموت أحدهما} بلا خلاف معتد أجده فيه، بل قد حكى الإجماع عليه جماعة، كما في الجواهر، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن رجل تزوج جارية فوق بها فأفضاها؟ قال: عليه الإجراء عليها ما دامت حية)^(٢) {وعلى ما اخترناه يحرم عليه} الجمع بينها وبين {أختها} مع عدم طلاقها؛ لأنها زوجة فتجري عليها جميع أحكامها {والخامسة} لاستيفائه العدد، واستظهر بعضهم أن العلة في الوجوب هي الإفضاء، فحكموا بلزوم الإنفاق عليها ولو بعد طلاقها، لوجود المقتضى وإن تزوجت بغيره، وله وجه.

{وهل يحرم عليه وطؤها في الدبر والاستمتاع بغير الوطء؟ وجهان} من الحكم بحرمة الوطء مطلقاً فتتبعه مقدماته، ومن أنها زوجة خرج جواز وطئها قبلاً بدليل خاص، فيبقى الباقي على أصل الجواز السالم عن المعارض فيستصحب، وهو الأجود، ومنه تعرف ما في قوله: {أجودهما ذلك، ويجوز له طلاقها} كما يظهر من صحيح حمران المتقدم وغيره {ولا تسقط به النفقة، وإن كان بائناً} على الأقوى؛ لأن المقتضي لها هو الإفضاء وهو متحقق فيؤثر أثره، ولإطلاق صحيح الحلبي المتقدم.

{ولو تزوجت بغيره ففي سقوطها وجهان} من زوال الزوجية التي هي علة الوجوب؛ ولأنها واجبة على الثاني، ومن أن العلة في الوجوب هو الإفضاء وهو

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٤) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٤) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٤.

متحقق، لا الزوجية، وهو الأجود {فإن طلقها الثاني بائناً عادت} النفقة بناء على سقوطها بالزواج من غيره، وقد عرفت ما فيه {وكذا لو تعذر إنفاقه} أي الزوج الثاني {لغية، أو فقر، مع احتمال وجوبها قوياً} [على المضي مطلقاً] تزوجت من غيره أم لا، تعذر الإنفاق عليه أم لا {لإطلاق النص} الصحيح المتقدم وغيره {ولا فرق في الحكم بين الدائم والمتمتع بها} لإطلاق الصحيح المتقدم، ولكنه مشكل لو لم يثبت الإجماع عليه، لمخالفته الأصل الذي هو عدم وجوب النفقة مطلقاً بما فيها المتمتع بها، لفرض حرمتها، خرج عنه خصوص الدائم بالانصراف، فيبقى الباقي على حاله من عدم الوجوب في المتمتع بها، وعموم الإفساد والتعطيل عن الأزواج في صحيح حمران مختص بمقتضاه، وهو وجوب الدية، ولا يعم غيره.

{وهل يثبت الحكم في الأجنبية؟ قولان} العدم، لخروجها عن مورد النص - وهو الزوجة الصغيرة المفضاة - كما نص عليه شيخنا المعظم في جواهره {أقربهما ذلك في التحريم المؤبد، دون النفقة؛ لأن السبب هو الصغر والإفشاء، والمفروض حصولهما فيها} وهو كما ترى! فإنه قياس باطل، فالأجود العدم، لخروجها عن مورد النص بالانصراف إلى الزوجة الصغيرة الدائمة المفضاة بالوطء، وحينئذ يتعين الرجوع في غيرها إلى القواعد المقتضية لعدم التحريم، ووجوب النفقة {وفي الأمة الوجهان} المتقدمان في الأجنبية {وأولى بالتحريم} لأقربيتها من الزوجة، ويشكل: بأنه استحسان محض لا يعول عليه عندنا {ويقوى الإشكال في الإنفاق لو أعتقها} لأنه بحكم الطلاق، ولكنك قد عرفت ضعف الإشكال من أصله.

{ولو أفضى الزوجة بعد التسع ففي تحريمها وجهان} لوجود المقتضي وهو الإفضاء، وقد عرفت ما فيه، ولذا قال: {أجودهما العدم} لاختصاص النصوص بالصغيرة {وأولى بالعدم إفضاء الأجنبي كذلك} لعدم ثبوته في الزوجة الكبيرة، لخروجها عن مورد النص، فالأجنبي أولى {وفي تعدي الحكم إلى الإفضاء بغير الوطء وجهان} من اشتراكهما في العلة الموجبة للحكم، وضعفه ظاهر؛ لأنه قياس محض، ولذا كان {أجودهما العدم، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورد النص، وإن وجبت الدية في الجميع} كما هو صريح جمع، لإطلاق صحيح سليمان بن خالد قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كُسر بعصوه، فلم يملك أخته، ما فيه من الدية؟ فقال: دية كاملة، وسألته عن رجل وقع بجارية فأفضاها وكانت إذا نزلت بتلك المنزلة لم تلد، فقال: الدية كاملة)^(١) ونحوه غيره.

[ويكره للمسافر أن يطرق أهله] {أي يدخل إليهم من سفره} [ليلاً] كما هو المشهور، {وقيده بعضهم بعدم إعلامهم بالحال} وكأنه لمناسبة الحكم والموضوع التي تستلزم عدم الاستعداد لاستقباله، ويؤيده خبر جابر قال: (كنا مع النبي صلى الله عليه وآله في غزوة فلما قدمنا ذهبنا لندخل، فقال: أمهلوا حتى ندخل ليلاً - أي عشياً - لكي تمشط الشعثة، وتستحد المغيبة)^(٢) وهو مع ضعفه في نفسه، ومخالفته للمشهور، ظاهر في الزوجة {والألم يكره، والنص مطلق: روى عبد الله بن سنان} بطريق معتبر {عن الصادق عليه السلام أنه قال: (يكره للرجل إذا قدم من سفره أن يطرق أهله حتى يصبح)^(٣)، وفي تعلق الحكم بمجموع الليل، أو اختصاصه بما بعد المبيت

(١) الوسائل، ج ٢٩، باب (٩) ديات المنافع، ح ١.

(٢) صحيح البخاري، ج ٧، ص ٣٩.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦٥) مقدمات النكاح، ح ١. بتفاوت.

وغلق الأبواب نظر: منشؤه، دلالة كلام أهل اللغة على الأمرين، ففي الصحاح: أنا فلان طروقاً إذا جاء بليل، وهو شامل لجميعه. وفي نهاية ابن الأثير: قيل: أصل الطروق من الطرق وهو: الدق، وسمي الآتي بالليل طارقاً، لاحتياجه إلى دق الباب. وهو مشعر بالثاني، ولعله أجود} ويؤيده خبر جابر المتقدم {والظاهر} من إطلاق النص والفتوى [عدم الفرق بين كون الأهل زوجة، وغيرها عملاً بإطلاق اللفظ} وهو الأهل في المعتبر المتقدم الشامل لغيرها قطعاً {وإن كان الحكم فيها أكد، وهو بيباب النكاح أنسب} ولذا ذكره الأصحاب فيه.

[الفصل الثاني]: [في العقد]

{ويعتبر اشتماله على الإيجاب والقبول اللفظيين} قال شيخنا الأعظم: أجمع علماء الإسلام - كما جزم به غير واحد - على اعتبار أصل الصيغة في عقد النكاح، لا يباح بالإباحة، ولا المعاطاة. وقال في الحقائق: أجمع العلماء من الخاصة والعامة على توقف النكاح على الإيجاب والقبول اللفظيين. ولصحيح بريد قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز وجل: ﴿وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ فقال: الميثاق هو الكلمة التي عقد بها النكاح، وأما قوله: غليظاً فهو ماء الرجل يفضيه إليها^(١) ونحوه غيره، وهو مستفيض {كغيره من العقود اللازمة} كما مرّ في عقد البيع وغيره.

[فالإيجاب زوجتك وأنكحتك ومتعتك لا غير] {أما الأولان فموضع وفاق، وقد ورد بهما القرآن في قوله تعالى: ﴿زَوَّجْنَاكهَا﴾^(٢) ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ﴾^(٣) وأما الأخير فاكتمى به المصنف وجماعة {كالمحقق في الشرائع والنافع والعلامة في القواعد والإرشاد} {لأنه من ألفاظ النكاح، لكونه حقيقة في المنقطع وإن توقف معه على الأجل، كما لو عبّر بأحدهما فيه وميزه به، فأصل اللفظ صالح للنوعين، فيكون حقيقة في القدر المشترك بينهما} الدائم، والمنقطع {ويتميزان بذكر الأجل، وعدمه، ولحكم الأصحاب تبعاً للرواية} الموثقة عن عبد الله بن بكير قال: (قال أبو

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١) عقد النكاح، ح ٤.

(٢) سورة الأحزاب، آية (٣٧).

(٣) سورة النساء، آية (٢٢).

عبد الله ﷺ - في حديث - إن سَمِيَ الأجل فهو متعة، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات^(١) {بأنه لو تزوج متعة ونسي الأجل انقلب دائماً، وذلك فرع صلاحية الصيغة له، وذهب الأكثر إلى المنع منه؛ لأنه حقيقة في المنقطع شرعاً، فيكون مجازاً في الدائم، حذراً من الاشتراك} المستلزم لتعدد الوضع، وهو خلاف الأصل {ولا يكفي ما يدل بالمجاز حذراً من عدم الانحصار} مع اتفاقهم على الانحصار بصيغ معلومة في النكاح شرعاً لأنه مشوب بالعبادة المعلوم توقيفيتها؛ ولأن الأصل تحريم الفروج حتى يثبت سبب الحل الشرعي المقطوع به، ولذا قال: {والقول المحكي ممنوع، والرواية مردودة} بضعف السند - على مذهبه - لأنها من الموثق، وضعف الدلالة، لعدم صراحتها في المدعى، و {بما سيأتي} في باب المتعة من معارضتها لصحيحة زرارة {وهذا أولى} لموافقته للاحتياط.

[والقبول: قبلت التزويج والنكاح] وشبههما كرضيت، بل يكفي فيه كل لفظ دال عليه بالطرق المتعارفة في بيان أفعال المكلف من المقاصد، وعلى كل فلا خلاف ولا إشكال في حصوله باللفظين المذكورين، كذا في الجواهر [أو تزوجت، أو قبلت، مقتصرأ عليه] {من غير أن يذكر المفعول} [كلاهما] {أي الإيجاب والقبول} كغيره من العقود، لما تضمنه مرسل الصدوق قال: (لما تزوج أبو جعفر محمد بن علي الرضا ﷺ ابنة المأمون خطب لنفسه فقال: الحمد لله متمم النعم - إلى أن قال - وهذا أمير المؤمنين زوجني ابنته على ما فرض الله، ثم ذكر قدر المهر، وقال: زوجتني يا أمير المؤمنين؟ قال: بلى، قال: قبلت ورضيت)^(٢) خلافاً لبعض

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٠) المتعة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١) عقد النكاح، ح ٢.

العامة من المنع، بدعوى أنه كناية لا تصريح، وتندفع: بأن الغرض من الألفاظ الدلالة على الإرادة، وقبلت ورضيت صريح في الدلالة عليها.

[بلفظ المضي] كما هو المشهور، كما في المسالك [فلا يكفي قوله: أتزوجك بلفظ المستقبل منشأً على الأقوى، وقوفاً على موضع اليقين] في الخروج عن أصالة عدم الانتقال وترتب الأثر، خصوصاً في الفروج المطلوب فيها شدة الاحتياط، لشوبها بالعبادة، وإن ورد في بعض النصوص بصيغة المضارع {وما روي في جواز مثله في المتعة} في صحيح هشام بن سالم قال: (كيف يتزوج المتعة؟ قال: يقول: أتزوجك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً... الحديث)^(١) ومثله غيره، لكنه {ليس صريحاً فيه} لاحتمال لزوم تلفظه بالقبول بعد إيجابها {مع مخالفته للقواعد} لأن القاعدة صدور الإيجاب من الزوجة وفاقاً لابني حمزة وسعيد. ويشكل: بأن الظاهر من خبر أبان بن تغلب - جوازه - قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعة - إلى أن قال -: فإذا قالت: نعم، فقد رضيت وهي امرأتك، وأنت أولى الناس بها... الحديث)^(٢) المعتضد بعمل الأكثر الصريح في نفي لزوم تلفظه بالقبول، والاكتفاء بلفظ (نعم) منها دال على وقوع إيجاب عقد النكاح من طرف الزوج بقوله: أتزوجك.

[ولا يشترط تقديم الإيجاب] {على القبول} وفاقاً للأكثر، كما في المسالك، بل عن المبسوط الاتفاق عليه {لأن العقد هو الإيجاب والقبول، والترتيب} بينهما {كيف اتفق غير مغل بالمقصود} لإطلاق الأدلة، وخصوص صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: زوجني، فقال

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٨) المتعة، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (١٨) المتعة، ح ١.

رسول الله ﷺ من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، زوجنيها، فقال: ما تعطيها؟ فقال: مالي شيء، قال: لا، فأعادت، فأعاد رسول الله ﷺ الكلام فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت فقال رسول الله ﷺ في المرة الثالثة: أتحسن من القرآن شيئاً؟ فقال: نعم، قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن، فعلمها إياه^(١) {ويزيد النكاح على غيره من العقود أن الإيجاب من المرأة وهي تستحي غالباً من الابتداء به فاغتفر هنا، وإن خولف في غيره} من العقود، فاشتراط الابتداء به، عدا الصلح، كما تقدم في بابه {ومن ثم ادعى بعضهم} وهو الشيخ في المبسوط {الإجماع على جواز تقديم القبول هنا، مع احتمال عدم الصحة كغيره؛ لأن القبول إنما يكون للإيجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولاً} باعتبار كونه حينئذ كالانكسار المتعقب للكسر، ويشكل: بأنه ليس بقبول، بل هو إيجاب ممن وظيفته القبول، وقد أجازته النصوص، وهو ليس من تقديم الإيجاب على القبول {وحيث يتقدم يعتبر بغير لفظ قبلت، كتزوجت ونكحت وهو حينئذ في معنى الإيجاب} {و[كذا] {لا} {يشترط} {القبول بلفظه} {أي بلفظ الإيجاب، بأن يقول: زوجتك. فيقول: قبلت التزويج، أو أنكحتك. فيقول: قبلت النكاح} [فلو قال: زوجتك فقال: قبلت النكاح صح] {لصراحة اللفظ، واشتراك الجميع في الدلالة على المعنى} لترادفها؛ ضرورة قيام الألفاظ المترادفة بعضها مقام بعض في بيان المقصود.

[ولا يجوز] {العقد إيجاباً وقبولاً} [بغير العربية مع القدرة] {عليها} اتفاقاً منا، كما عن المبسوط والتذكرة، ولأصالة عدم ترتب الأثر السالبة عن معارضة الإطلاق، لانصرافه إلى العربية {لأن ذلك هو المعهود من صاحب الشرع، كغيره من

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢) المهور، ح ١.

العقود اللازمة، بل أولى { احتياطاً في الفروج، ويشكل: بأن الإجماع المذكور ليس إجماعاً تعدياً موجباً للقطع، وأن إطلاق التأسّي بصاحب الشرع ممنوع هنا؛ لأنه كان عربياً فهو يتكلم بلغته، وأما الأصل فهو مقطوع بإطلاق قوله عز وجل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ^(١) نعم مع العجز عنها بحيث يشق معه التعلم فيجوز، بلا خلاف ولا إشكال، لفحوى ما ورد في الأخرس.

{وقيل} والقائل ابن حمزة {إن ذلك مستحب لا واجب؛ لأن غير العربية من اللغات من قبيل المترادف يصح أن يقوم مقامه؛ ولأن الغرض إيصال المعاني المقصودة إلى فهم المتعاقدين بأي لفظ اتفق، وهما ممنوعان} لشوب النكاح بالعبادية، وتوقيفيتهما، وللتأسّي بصاحب الشرع صلّى الله عليه وآله وهو كما ترى! لمنع التوقيفية فيه، لعدم الدليل عليها، واستحباب التأسّي به صلّى الله عليه وآله ممنوع، لما مر، فيتجه القول بالجواز، لكنه مخالف للاحتياط.

{واعتبر ثالث: كونه بالعربية الصحيحة فلا ينقد بالملاحون} إن كان مغيراً للمعنى؛ لأنه من المستنكر عرفاً {والمحرف} كقوله: جوزتك. فإنه مستنكر كذلك، فيشملة إطلاق عدم النفوذ، وأصالة عدم ترتب الأثر، هذا {مع القدرة على الصحيح، نظراً إلى الواقع من صاحب الشرع} الذي لا يمكن وقوع اللحن والتحريف منه {ولا ريب أنه أولى} تأسيّاً به صلّى الله عليه وآله {ويسقط مع العجز عنه، والمراد به ما يشمل المشقة الكبيرة في التعلم، أو فوات الأغراض، المقصودة} فلا يختص بالعجز الكلي، كما لا يخفى.

(١) سورة المائدة، آية (١).

{ولو عجز أحدهما اختص بالرخصة} لأن الضرورات تقدر بقدرها {ونطق القادر بالعربية بشرط أن يفهم كل منهما كلام الآخر} لأن الغرض من التلفظ هو إفهام مقصود كل من المتكلمين للآخر، والعقود بالقصود {ولو بترجمين عدلين} لعموم حجية البيئة {وفي الاكتفاء بالواحد وجه} وجهه؛ لأنه موجب للاطمئنان المتأخر للعلم، كما قواه جملة من الأصحاب، منهم سيد الرياض {ولا يجب على العاجز التوكيل وإن قدر عليه، للأصل} وهو عدم الوجوب، أو البراءة من وجوبه، بل يظهر من التذكرة اتفاقهم على الجواز مع العجز، ولفحوى ما ورد في طلاق الأخرس وغيره، وكذا لا تنعقد بالكتابة للقادر على النطق، بل للعاجز عنه إلا أن يضم إليها قرينة تدل على القصد، فإنها حينئذ من أقوى الإشارات.

[والأخرس] مطلقاً سواء كانت آفته أصلية أم عرضية {يعقد إيجاباً وقبولاً} [بالإشارة] {المفهمة للمراد} فإن ذلك منه يقوم مقام اللفظ، وهو مما قطع به الأصحاب، كما في كشف اللثام، ولفحوى ما يأتي في الطلاق: من أن طلاقه بالإشارة.

[ويعتبر في العاقد] مجيباً وقابلاً، لنفسه أو لغيره [الكمال] بالعقل والبلوغ، فلا عبرة بعبرة الصبي وإن كان مميزاً، ولا المجنون وإن كان أدوارياً في دوره، بلا خلاف معتد به أجده، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل ربما كان من الضروريات سلب حكم ألفاظهما في جميع العقود، كذا في الجواهر، ولحديث رفع القلم - المشهور - عن أبي البختری عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: (أنه كان

يقول في المجنون، والمعتوه الذي لا يفيق، والصبي الذي لم يبلغ: عمدهما خطأ تحمله العاقلة، وقد رفع عنهما القلم^(١) ومثله غيره.

[فالسكران باطل عقده ولو أجاز بعده] لأنه كالمجنون فلا يميز ما خاطب ويخاطب به، ولا يتحقق منه القصد، وقد عرفت سلب عبارته، فلا تصح إجازته المتأخرة ما وقع باطلاً من أصله {واختصه بالذكر تنبيهاً على رد ما روي} عن ابن بزيع عن الرضا عليه السلام ما مضمونه: {من (أن السكرى لو زوجت نفسها ثم أفادت فرضيت، أو دخل بها، فأفادت وأقرته كان ماضياً)^(٢)، والرواية صحيحة، إلا أنها مخالفة للأصول الشرعية} من اعتبار القصد في العقد، والسكران لا قصد له من رأس، فإجازته بعد الإفاقة لا موضوع لها أصلاً [فاطرحها الأصحاب، إلا الشيخ في النهاية] وابنا البراج وحمزة، كما وحكي عن الصدوق في الفقيه والمقنع، نعم قد حملها العلامة في المختلف على السكر الذي لم يبلغ حد زوال القصد، ويشكل: بأنه حينئذ يكون العقد صحيحاً فلا حاجة للإجازة فيما بعد، كما وحملها شيخنا المعظم في الجواهر على توكيلها في الزواج حال السكر فيكون العقد فضولياً تنفعه الإجازة بعد إفادتها. ويشكل: بأنه خلاف ظاهر الصحيح في تزويجها بنفسها لقوله عليه السلام: (فزوجت نفسها).

[ويجوز تولي المرأة العقد عنها وعن غيرها إيجاباً وقبولاً] {بغير خلاف عندنا} للإطلاق السالم عما يصلح لتقييده {وإنما نبه على خلاف بعض العامة} وهو الشافعي {المانع منه} لسلب عبارتها بولاية الأب عليها. وهو كما ترى! لأن الولاية عليها لا تستوجب سلب عبارتها كالصبي أو المجنون.

(١) الوسائل، ج ٢٩، باب (٣٦) القصاص، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٤) أولياء العقد، ح ١.

[ولا يشترط الشاهدان] {في النكاح الدائم مطلقاً} وإن كانت المرأة غير رشيدة، لأصالة عدم الاشتراط السالبة عن المعارض [ولا الولي] في نكاح الرشيدة [وإن كان أفضل] {على الأشهر، خلافاً لابن أبي عقيل حيث اشترطها فيه، استناداً إلى رواية ضعيفة تصلح سنداً للاستحباب، لا للشرطية} وهي مكاتبة المهلب الدلال أنه كتب إلى أبي الحسن عليه السلام: (إن امرأة كانت معي في الدار، ثم إنها زوجتني نفسها، وأشهدت الله وملائكته على ذلك، ثم إن أباه زوجها من رجل آخر، فما تقول؟ فكتب عليه السلام: التزويج الدائم لا يكون إلا بولي وشاهدين، ولا يكون تزويج متعة بغير، استر على نفسك واكتم رحمك الله^(١)) ويشكل: بضعف السند، ومخالفته للمشهور، وموافقته للعامة.

[ويشترط تعيين الزوجة والزوج] إجماعاً، كما في التذكرة {بالإشارة، أو بالاسم، أو الوصف} المختصين بهما {الرافعين للاشتراك} لأن الزوجية من الإضافات التي لا تتحقق بغير المتعين، كما لا يصح اعتبارها لغير الحي، أو لغير الإنسان ارتكازاً عرفياً [فلو كان له بنات وزوجه واحدة ولم يسمها فإن أبهم ولم يعين شيئاً في نفسه بطل] {العقد} بلا خلاف، كما عن التذكرة {لامتناع استحقاق الاستمتاع بغير معين}.

[وإن عين] الولي {في نفسه من غير أن يسميها لفظاً} [فاختلفا في المعقود عليها، حلف الأب إذا كان الزوج رآهن، وإلا بطل العقد] {ومستند الحكم رواية أبي عبيدة الحذاء} الصحيحة {عن الباقر عليه السلام وفيها على تقدير قبول قول الأب أن عليه فيما بينه وبين الله تعالى أن يدفع إلى الزوج الجارية التي نوى أن يزوجه إياه عند عقد النكاح}

قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كن له ثلاث بنات أبكار فزوج إحداهن رجلاً ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود، وقد كان الزوج قد فرض لها صداقها، فلما بلغ إدخالها على الزوج بلغ الزوج أنها الكبرى من الثلاثة، فقال الزوج لأبيها: إنما تزوجت منك الصغيرة من بناتك، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام: إن كان الزوج رآهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن فالقول في ذلك قول الأب، وعلى الأب فيما بينه وبين الله أن يدفع إلى الزوج الجارية التي كان نوى أن يزوجه إياه عند عقدة النكاح، وإن كان الزوج لم يرهن كلهن، ولم يسم له واحدة منهن عند عقدة النكاح، فالنكاح باطل^(١).

{ويشكل: بأنه إذا لم يسم للزوج واحدة منهن فالعقد باطل، سواء رآهن أم لا، لما تقدم} من عدم تعيينها عنده ليقصد التزويج بها {وأن رؤية الزوجة غير شرط في صحة النكاح، فلا مدخل لها في الصحة والبطالان} بلا إشكال ولا خلاف، ضرورة جواز تفويض التزويج إلى الغير وإن لم يكن رأى المرأة {ونزلها الفاضلان} المحقق في الشرائع والعلامة في القواعد {على أن الزوج إذا كان قد رآهن فقد رضي بما يعقد عليه الأب منهن، ووكل الأمر إليه فكان كوكيله، وقد نوى الأب واحدة معينة فصرف العقد إليها، وإن لم يكن رآهن بطل، لعدم رضا الزوج بما يسميه الأب}.

{ويشكل} هذا التنزيل {بأن رؤيته لمن أعم من تفويض التعيين إلى الأب، وعدمها أعم من عدمه، والرؤية غير شرط في الصحة} كما مر {فتخصيصها بما ذكر} من أن رؤيتهن تفويض وتوكيل {والحكم به لا دليل عليه، فالعمل بإطلاق الرواية} مع الرؤية، وبلا إلزام كحلف الأب {كما صنع جماعة} تبعاً للشيخ {أو ردها

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٥) عقد النكاح، ح ١.

مطلقاً} رأهن أم لا {نظراً إلى مخالفتها لأصول المذهب كما صنع ابن إدريس وهو الأولى، أولى} لأن العقد لم يقع على معينة بخصوصها منهن، وهو شرط صحته {ولو فرض تفويضه إليه التعيين ينبغي الحكم بالصحة} لأن التفويض توكيل، والوكيل كالأصيل {وقبول قول الأب مطلقاً} سواء نظر الزوج أم لا {نظراً إلى أن الاختلاف في فعله} ولا يعلم إلا من قبله، والحلف؛ لأنه منكر لما يدعيه الزوج، مع أن الولاية خالية عن اشتراط اليمين {وأن نظر الزوجة ليس بشرط في صحة النكاح، وإن لم يفوض إليه التعيين، بطل مطلقاً} مع الرؤية وعدمها؛ لأنه فضولي ولم يجز له صاحب العلاقة.

[ولا ولاية في النكاح لغير الأب والجد له] {وإن علا} وثبوتها لهما في الجملة من القطعيات المدعى عليها الإجماع، كذا في المستمسك، ولصحيح هشام بن سالم ومحمد بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا زوج الأب والجد كان التزويج للأول، فإن كان جميعاً في حال واحدة فالجد أولى)^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض، خلافاً لابن أبي عقيل من حصرها بالأب استناداً إلى ما ظاهره الحصر فيه، كصحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا تنكح ذوات الآباء من الأبكار إلاّ بإذن آبائهن)^(٢) وغيره، ويشكل: بالإجماع على خلافه، والنصوص المتضاربة المشتملة على ولايتهما، كالصحيح المتقدم وغيره، مع إمكان حمل نصوص الحصر على الأعم من الجد؛ لأنه أب، وخلافاً له في عموم الولاية للأب وأبائهما، استناداً إلى ما روي عنه عليه السلام: (بأنه أمر نعيم بن النخاع أن يستأمر أم ابنته

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١١) أولياء العقد، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦) أولياء العقد، ح ٥.

في أمرها، وقال: وأتمروهن في بناتهن^(١) وهو - مع ضعف سند - مخالف للإجماع، مضافاً إلى مخالفته لنفسه في مذهبه المتقدم.

[والمولى] لقاعدة السلطنة؛ ولأنه لا يقدر على شيء [والحاكم] وهو الإمام عليه السلام أو منصوبه الخاص، أو العام وهو المجتهد الجامع لشرائط الفتوى مع فقدهما ووصيهما؛ لأنه ولي من لا ولي له [والوصي] {لأحد الأولين} إجماعاً بقسميه في ذلك كله عدا الأم وآبائها، كما في الجواهر، مشيراً إلى خلاف ابن أبي عقيل المتقدم [فولاية القرابة] {للأولين ثابتة} [على الصغيرة، والمجنونة، والبالغة السفية، وكذا الذكر] {المتصف بأحد الأوصاف الثلاثة} بلا خلاف أجده فيه، كذا في المستمسك. وفي المسالك: إنه موضع وفاق، بل في الجواهر: الإجماع عليه، وهو مقتضى الاستصحاب في الأخيرين، وكون الثابت منها قبل البلوغ كان للصغر وقد زال، لا يمنع من جريانه، ولا يوجب تبدل الموضوع [لا على] {البكر البالغة} [الرشيدة في الأصح] كما عن الفاضلين في الشرائع والقواعد وغيرهما، بل عن المرتضى في الانتصار والناصريات: الإجماع عليه {للالية} في قوله عليه السلام: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^(٢) {والأخبار} كصحيح الفضلاء الفضيل بن يسار ومحمد بن مسلم ووزارة وبريد بن معاوية كلهم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفية ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز)^(٣) ونحوه غيره {والأصل} عدم اشتراط ولاية الولي، ولا إذنه في صحة العقد، بعد انتفاء ولايته عنها في غير النكاح. ويشكل: بمنع الإجماع مع ظهور الخلاف، وبأن

(١) المجموع للنووي، ج ١٦، ص (١٦٤).

(٢) سورة البقرة، آية (٢٣٠).

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣) أولياء العقد، ح ١.

الآية الشريفة مختصة بالثيب، فالبكر خارجة عنها، فهي مجملة، ومنع كون البكر مالكة لأمرها غير مولى عليها، فإنه محل الكلام.

ومنه تعرف ما في قوله: {وما ورد من الأخبار الدالة على أنها لا تتزوج إلا بإذن الولي} كصحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا تنكح ذوات الآباء من الأبكار إلا بإذن آبائهن)^(١) ونحوه غيره {محمولة على كراهة الاستبداد جمعاً، إذ لو عمل بها لزم اطراح ما دلّ على انتفاء الولاية} التي قد عرفت عدم دلالتها على المدعى، ليجمع بينها بما ذكر {ومنهم من جمع بينهما بالتشريك بينهما في الولاية} كالمحكي عن الشيخ المفيد والحليين وظاهر الوسائل، جمعاً بين ما دلّ على اعتبار الإذن من الأب في تزويج البكر، كصحيح ابن أبي يعفور المتقدم وغيره، وما دلّ على اعتبار إذنها كصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح إلا بأمرها)^(٢) ونحوه غيره، ويشكل: بأنه وإن كان جمعاً بين طائفتين من النصوص، لكنه قد ترك بقية النصوص الآتية عن هذا الحمل {ومنهم} كما حكاها في الشرائع والتذكرة قولاً [من جمع بحمل إحداها على المتعة] بعدم استقلالها فيه {والأخرى على الدوام} واستقلاليتها فيه، لصحيح محمد بن أبي نصر البزنطي عن الرضا عليه السلام قال: (البكر لا تتزوج متعة إلا بإذن أبيها)^(٣) ونحوه غيره، والتخصيص بالمنقطع، لخوف العار، كما في بعض النصوص {وهو تحكم} لأنه جمع تبرعي لا شاهد عليه من نفسها، أو من غيرها، مضافاً إلى

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦) أولياء العقد، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٩) أولياء العقد، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (١١) المتعة، ح ٥.

استحكام التعارض بينها، ومعه فيحكم بالتساقط، والرجوع للأصل وهو عدم الاشتراط، كما هو المشهور، وهو الأقوى.

[ولو عضلها] {الولي، وهو أن لا يزوجها بالكفو} وهو المؤمن غير ذي العيب القادر على النفقة {مع وجوده ورغبتها} [فلا بحث في سقوط ولايته] إجماعاً منا حكاه جماعة من أصحابنا، كما في الرياض، وفي الجواهر: الإجماع بقسميه عليه، وهو العمدة في الخروج عن عموم الولاية، وأما قوله ع: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾^(١) فغير ظاهر فيما نحن فيه، للاحتمال القوي بكون الخطاب للأزواج السابقين، مع أنه لو كان للأولياء لا يدل على سقوط الولاية؛ لأن تحريم العضل يدل على ثبوت الولاية لها، وارتفاعها عنه {وجواز استقلالها به} لأنه حرج وهو منفي: كما عن جمع {ولا فرق حيثئذ بين كون النكاح بمهر المثل، وغيره} لأن المهر حقها، فلها أن تقبل به مطلقاً، ولا يتعين بقدر {ولو منع من غير الكفو} لم يكن عضلاً؛ بناءً على اشتراط الكفاءة في عقد النكاح، فمع عدمها يكون العقد فاسداً فلا مورد للولاية عليها حتى من نفسها.

[وللمولى تزويج رقيقه ذكراً] {كان أم} [أنثى] بكرة كانت أم ثيباً، صغيرة أم كبيرة، عاقلة أم مجنونة {رشيداً كان أم غير رشيد، ولا خيار له معه} وله إجباره عليه مطلقاً صغيراً كان أم كبيراً، ذكراً كان أم أنثى؛ لأنه المالك لمنافعه إجماعاً فتوى ودليلاً، كما في الرياض، أما الإماء فلا إطلاق قوله ع: ﴿فَإِنْ كُنَّ حُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾^(٢) وأما العبيد فلا إطلاق صحيح زرارة عن أبي جعفر ع: قال: (سألته

(١) سورة البقرة، آية (٢٣٢).

(٢) سورة النساء، آية (٢٥).

عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته، وإن شاء فرق بينهما^(١) ونحوه غيره {ولو تحرر بعضه لم يملك إجباره حينئذٍ} لأنه صار شريكاً للمولى في الحق المتعلق برقبته، فليس لأحدهما التصرف إلا بإذن الآخر، ومنه النكاح، فليس للمولى إجباره عليه مراعاة لجانب الحرية؛ لأن الحر لا يجبر على شيء، مع عدم تبعض النكاح، ولا للعبد الاستقلال به مراعاة لجانب الرقية، ولصحيح عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن عبد بين رجلين زوجه أحدهما والآخر لا يعلم، ثم إنه علم بعد ذلك، أله أن يفرق بينهما؟ قال: للذي لم يعلم ولم يأذن أن يفرق بينهما، وإن شاء تركه على نكاحه)^(٢) ونحوه غيره.

[والحاكم والوصي يزوجان من بلغ فاسد العقل] {أو سفيهاً} [مع كون النكاح صلاحاً له، وخلوه من الأب والجد له] أما الحاكم فبلا خلاف أجده فيه، بل الظاهر كونه مجمعاً عليه، كما في الجواهر، وللنبوي المشهور: (السلطان ولي من لا ولي له)^(٣) والمقصود به هو الإمام عليه السلام، وقد نصب الجامع لشرائط الفتوى حاكماً وقاضياً، كما في مقبولة ابن حنظلة، وتزويج من لا ولي له من وظائفه، وأما الوصي فقد نفى بعضهم الخلاف فيه، بل عن ظاهر الكفاية الإجماع عليه، بل عن القطيفي دعواه صريحاً، لعموم قوله عليه السلام: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ﴾^(٤) المقتضي لوجوب تنفيذ جميع ما يوصي به، ولصحيح محمد بن مسلم وأبي بصير كلاهما عن أبي

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٤) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٥) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٣) سنن ابن ماجه، ج ١، ص (٦٠٥).

(٤) سورة البقرة، آية (١٨١).

جعفر عليه السلام: (سألته عن الذي بيده عقد النكاح؟ قال: هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه... الحديث) ^(١) ومثله غيره، واشتمالها على الأخ الذي لا ولاية له قطعاً لا يسقط حجيتها، مع إمكان حمله على كونه وصياً لها، ودعوى كونه ولياً عرفياً - كما هو المتعارف في جميع الأعصار والأمصار - غير بعيدة.

{ولا ولاية لهما على الصغير مطلقاً} ذكراً كان أم أنثى، مع المصلحة أم لا، صرح الموصي بذلك أم لا {في المشهور} لأصالة العدم، ومفهوم صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان؟ فقال: إذا كان أبواهما اللذان زوجها فنعمة... الحديث) ^(٢)، ومفهومه أنه لو لم يزوجها الأبوان لانتفى التوارث بينهما، ومعه يلزم عدم صحة الزواج، ويشكل: الأول بانقطاعه بعموم ولاية الحاكم، والصحيح معارض بصحيح أبي بصير المتقدم، لكن مع ذهاب المشهور لعدمها يلزم الاحتياط.

{و} كذا {لا} ولاية لهما {على من بلغ رشيداً} ذكراً كان أم أنثى، إجماعاً بقسميه، كما في الجواهر، ولأصل العدم السالم عن المعارض {ويزيد الحاكم} على الوصي {الولاية على من بلغ ورشد ثم تجدد له الجنون} لأنه ولي من لا ولي له.

{وفي ثبوت ولاية الوصي على الصغيرين مع المصلحة مطلقاً} صرح الموصي بذلك أم لا {أو مع تصريحه له في الوصية بالنكاح أقوال، اختار المصنف هنا انتفاءها مطلقاً} مع تصريح الوصي وعدمه، مع المصلحة وعدمها، وتقدم أنه المشهور {وفي شرح الإرشاد اختار الجواز مع التنصيص} وفاقاً للشيخ في الخلاف وابن سعيد في الجامع والمحقق الثاني وغيرهم، حرمة تبديل الوصية، وهي تقتضي

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٨) أولياء العقد، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٢) أولياء العقد، ح ١.

ثبوت ولاية الوصي بتولية الموصي، لقوله عز وجل: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾^(١) والتزويج مع المصلحة إصلاح فيجوز للوصي، ويشكل: بأن الآية الكريمة غير مختصة بالوصي، بل تعم جميع المكلفين {أو مطلقاً، وقبله العلامة في المختلف، وهو حسن؛ لأن تصرفات الوصي منوطة بالغبطة، وقد تتحقق في نكاح الصغير} فيندرج تحت عموم الآية المتقدمة {ولعموم} ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ﴾ ولرواية أبي بصير {الصحيحة المتقدمة} عن الصادق عليه السلام قال: (الذي بيده عقدة النكاح هو الأب، والأخ، والرجل يوصى إليه) وذكر الأخ غير مناف، لإمكان حمله على كونه وصياً أيضاً؛ ولأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك، لتعذر تحصيل الكفو، حيث يراد {فقد تتحقق الغبطة في نكاح الصغير ذكراً كان أم أنثى بوجود كفؤ لا يتفق في كل وقت، ويخاف بتأخير فوته} خصوصاً مع التصريح بالولاية فيه}.

[وهنا مسائل]

[الأولى: يصح اشتراط الخيار في الصداق] كما هو المعروف بينهم، بل هو المصرح به في كلام جمع مرسلين له إرسال المسلمات، كما في المستمسك {لأن ذكره في العقد غير شرط في صحته، فيجوز إخلاؤه عنه، واشتراط عدمه} لكن لا من كل وجه، بحيث يكون موجباً للإبهام المطلق؛ حيث لا يقدم عليه العقلاء {فاشتراط الخيار فيه غير مناف لمقتضى العقد، فيندرج في عموم (المؤمنون عند شروطهم) فإن فسخه ذو الخيار} فيكون كالعقد بلا ذكر المهر، وهو صحيح اتفاقاً، ومعه فقد {ثبت مهر المثل مع الدخول} بلا خلاف ولا إشكال {ولو اتفقا على غيره} وحصل الفسخ {قبله صح} الشرط والعقد معاً.

(١) سورة البقرة، آية (٢٢٠).

{ولا يجوز} {اشتراطه} {في العقد} ففي الجواهر: لا أجد خلافاً في بطلان شرط الخيار، بل لعل الإجماع بقسميه عليه {لأنه ملحق بضروب العبادات} وهي مما لا يلحقها الخيار إجماعاً {لا المعاوضات} التي يلحقها الخيار إجماعاً {فيبطل} {العقد باشرط الخيار فيه} كما هو مختار الشيخ والعلامة في المختلف، بل في المسالك وغيره: على المشهور {لأن التراضي إنما وقع بالشرط الفاسد} وهو مفسد {ولم يحصل} فلا يصح العقد على ما هو المشهور بينهم؛ لأن مقتضاه اللزوم فالخيار مناف له، وقد تقدم في كتاب البيع نظيره والإشكال فيه، فراجع.

{وقيل} والقائل ابن إدريس {يبطل الشرط خاصة؛ لأن الواقع شيان} على نحو تعدد المطلوب {فإذا بطل أحدهما بقي الآخر، ويضعف: بأن الواقع شيء واحد، وهو العقد على وجه الاشتراط} واشترط شيء في شيء لا يجعلها اثنين {فلا يتبعض، ويمكن إرادة القول الثاني من العبارة} بإرجاع ضمير الفاعل في قوله: فيبطل إلى الشرط، لا إلى العقد.

{ويصح توكيل كل من الزوجين في النكاح} اتفاقاً {لأنه مما يقبل النيابة، ولا يختص غرض الشارع بإيقاعه من مباشر معين} كما هو الحال في الواجبات العينية، فإنها لا تقبل النيابة [فليقل الولي] {ولي المرأة لوكيل الزوج} [زوجت من موكلك فلان، ولا يقل: منك] لأن التزويج للموكل لا للوكيل {بخلاف البيع ونحوه من العقود} فإنه يصح أن يقول للوكيل: آجرت منك. فيقبل بلا إشكال {والفرق} من وجوه أربعة ذكرها في جامع المقاصد:

الأول {أن الزوجين في النكاح ركنان بمثابة الثمن والمثمن في البيع، ولا بد من تسميتهما في البيع، فكذا الزوجان في النكاح} ويشكل:
أولاً: بأنه قياس باطل.

وثانياً: بأنهما متعاقدان وهما بمنزلة البائع والمشتري، وأما بدل الثمن، والمثمن - هنا - فهو الصداق والبضع.

{و} الثاني {لأن البيع يرد على المال وهو يقبل النقل من شخص إلى آخر، فلا يمتنع أن يخاطب به الوكيل وإن لم يذكر الموكل، والنكاح يرد على البضع وهو لا يقبل النقل أصلاً} لأنه لا يملك {فلا يخاطب به الوكيل إلا مع ذكر المنقول إليه ابتداءً} ويشكل: بأن البضع يقبل النقل في الجملة حاله حال المنفعة في العين المستأجرة، وهو في النكاح الاستمتاع بالبضع، وإلا لم يصح النكاح، وأما قوله: {ومن ثم لو قبل النكاح وكالة عن غيره فأنكر الموكل الوكالة بطل، ولم يقع للوكيل، بخلاف البيع فإنه يقع مع الإنكار للوكيل} فيشكل: بأن الوكيل قد قصد الموكل، فلو قيل: بوقوعه عن الوكيل لما كان مقصوداً فكيف يصح؟! والعقود تابعة للمقصود.

{و} الثالث {لأن الغرض في الأموال متعلق بحصول الأعواض المالية، ولا نظر غالباً إلى خصوص الأشخاص، بخلاف النكاح فإنه متعلق بالأشخاص فيعتبر التصريح بالزوج} ويشكل: بأن ما ذكر لا يستلزم الفرق المذكور، وإلا لصح البيع مع المشتري المجهول مطلقاً وبطلانه واضح.

{و} الرابع {لأن البيع يتعلق بالمخاطب، دون من له العقد، والنكاح بالعكس} ويشكل: بأنه أول الكلام مع أن قوله: {ومن ثم لو قال: زوجتها من زيد فقبل له وكيله صح} ويشكل: بأنه لو قال بعثتها من زيد فقبل له وكيله صح أيضاً {ولو حلف أن لا ينكح فقبل له وكيله حنث، ولو حلف أن لا يشتري فاشتري له وكيله لم يحنث} ويشكل: بأنه إن كان المراد من متعلق الحلف عدم كونه صاحب العقد، فيحنث في كليهما، وإن كان المراد عدم إيقاعه العقد له مباشرة، فلا يحنث فيهما معاً، فلا فرق {وفي بعض هذه الوجوه نظر} بل كلها، كما بيناه.

[وليقبل] {الوكيل} [قبلت لفلان] {كما ذكر في الإيجاب، ولو اقتصر على قبلت ناوباً موكله فالأقوى الصحة؛ لأن القبول عبارة عن الرضا بالإيجاب السابق، فإذا وقع بعد إيجاب النكاح للموكل صريحاً كان القبول الواقع بعده رضاً به، فيكون للموكل، ووجه عدم الاكتفاء به أن النكاح نسبة} وهي أمر غير مستقل فلا يقوم إلا بشيء آخر يكون مقوماً له {فلا تتحقق إلا بتخصيصه} فيتوقف على التصريح {بمعين كالإيجاب، وضعفه يعلم مما سبق؛ فإنه لما كان رضا بالإيجاب السابق اقتضى التخصيص بمن وقع له}.

[ولا يزوجه الوكيل من نفسه] حتى مع إطلاق الوكالة بأن قالت له: زوجني من كفؤ، لانصراف الإطلاق إلى غيره، بل في المسالك: نفي الخلاف في ذلك هنا [إلا إذا أذنت فيه عموماً] {كزوجني ممن شئت، أو ولو من نفسك} [أو خصوصاً] كقولها: كن وكيلى من زواجى منك {فيصح حينئذ على الأقوى، أما الأول؛ فلأن المفهوم من إطلاق الإذن تزويجها من غيره؛ لأن المتبادر أن الوكيل غير الزوجين، وأما الثاني؛ فلأن العام ناص على جزئياته بخلاف المطلق، وفيه نظر} محصله الشك في أن الوكيل من جزئيات هذا العام لتبادر المغايرة بين الزوج والوكيل. ويشكل: بأن ظهور العام في الاستغراق لجزئياته، وشمول المطلق لأفراده ناشئان من الظهور فيهما، فلا فرق في حجيتها إلا أن الأول ناشئ من لفظ العموم، والثاني ناشئ من مقدمات الحكمة، وهذا ليس بفارق في المقام، كما ثبت في محله {وأما الثالث؛ فلانتفاء المانع} الذي جعله بعضهم اتحاد الموجب والقابل، لكنه غير مانع، لأصالة عدم، ولكفاية التغير الاعتباري خصوصاً {مع النص} من قبل المرأة صريحاً.

{ومنع بعض الأصحاب استناداً إلى رواية عمار الدالة على المنع} قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت فتركه أن يعلم بها أهل بيتها، أيحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها، تقول له: قد وكلتك فاشهد على تزويجي؟ قال: لا - إلى أن قال -: فإن وكلت غيره بتزويجها منه، قال: نعم) ^(١) {وأنه يصير موجباً قابلاً، مردود بضعف الرواية} سنداً، بل ودلالة، لجواز كون المنفي قوله: (وكلتك فاشهد على تزويجي) فإن مجرد الإشهاد غير كاف، وباحتمال الكراهة في النهاية باعتبار تطرق التهمة الموجبة للفتنة، كما في المسالك. وفيه: أنها احتمالات بعيدة لا توجب صرف الرواية عن ظاهرها، نعم الموجب لطرحها عدم مقاومتها للعمومات الشاملة للفرض مع ندرة العمل بها {وجواز تولي الطرفين اكتفاءً بالمغايرة الاعتبارية} لعدم دليل على الحقيقية مع الإجماع المحكي على عدم اعتبارها عندنا، كما في الرياض {وله تزويجها مع الإطلاق من والده وولده وإن كان مولى عليه} أي وإن كان ولياً عليه، كما هو مقتضى الإطلاق.

[الثانية: لو ادعى زوجية امرأة فصدقته حكم بالعقد ظاهراً] كما في الشرائع والقواعد وغيرها، بل في المستمسك: بلا خلاف في ذلك ظاهر {لأنحصار الحق فيهما} مع تصادقهما {و} يندرج تحت {عموم} إقرار العقلاء على أنفسهم {جائز} {وتوارثا} {بالزوجية} وتترتب جميع آثارها {لأن ذلك من لوازم ثبوتها، ولا فرق بين كونها غريبين، أو بلديين} عملاً بعموم الإقرار غير المختص بالبلديين، خلاف لبعض العامة، حيث خصه بالأول، بناء على اعتبار الإشهاد في النكاح، وسهولة إقامة البينة في البلديين، وضعف المبني والابتناء يظهر مما تقدم.

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٠) أولياء العقد، ح ٤.

{ولو اعترف أحدهما} {خاصة} {قضي عليه به} لأن الحكم بعد جريان موازين القضاء لا يبدل الواقع، كما هو صريح صحيح هشام بن الحكم الآتي [دون صاحبه] كما هو المتسالم عليه بينهم، وهو مقتضى عموم الأدلة {سواء حلف المنكر أم لا، فيمنع من التزويج إن كان امرأة ومن أختها وأمها وبنت أخويها بدون إذنهما} لإقرارها بأنها زوجته {و} {كذا} {يثبت عليه ما أقر به من المهر، وليس لها مطالبته به} لعدم اعترافها باستحقاقها إياه {ويجب عليه التوصل إلى تخليص ذمته إن كان صادقاً، ولا نفقة عليه، لعدم التمكن، ولو أقام المدعي بينة، أو حلف اليمين المردودة مع نكول الآخر} سمعت الدعوى، و {ثبتت الزوجية ظاهراً} عملاً بأدلة وجوب العمل بالحكم، وحرمة رده {وعليها فيما بينها وبين الله تعالى العمل بمقتضى الواقع} فعن المسالك وكشف اللثام وغيرهما: أنه إجماعي؛ لأن الحكم عندنا طريق، ولا يبدل الواقع، ففي صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله إنما أفضي بينكم بالبينات والأيمان، وبعضكم ألحن بحجته من بعض، فأبأ رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له قطعة من النار)^(١) ونحوه غيره {ولو انتفت البينة} لمدعي الزوجية {ثبت على المنكر اليمن} بلا خلاف ولا إشكال.

{وهل له التزويج الممتنع} وهو التزويج بأمها وأختها وابنتها {على تقدير الاعتراف قبل الحلف؟ نظر: من تعلق حق الزوجية في الجملة} ولو ادعاءً من حيثية توجه اليمين عليه {وكون تزويجها يمنع من نفوذ إقرارها به على تقدير رجوعها} عن إنكارها {لأنه إقرار في حق الزوج الثاني} فلا يسمع؛ لأنه إقرار في حق الغير،

(١) الوسائل، ج ٢٧، باب (٢) كيفية القضاء، ح ١.

فلا تتزوج قبل الحلف {ومن عدم ثبوته} بالادعاء وحشية اليمين {وهو الأقوى، فيتوجه اليمين متى طلبه المدعي، كما يصح تصرف المنكر في كل ما يدعيه غيره قبل ثبوته، استصحاباً للحكم السابق المحكوم به ظاهراً، ولاستلزام المنع منه الحرج في بعض الموارد، كما إذا غاب المدعي أو آخر الإحلاف}.

{ثم إن استمرت الزوجة} بعد تزويجها الثاني {على الإنكار فواضح، وإن رجعت إلى الاعتراف بعد تزويجها بغيره لم يسمع} لأنه إقرار في حق الغير {بالنسبة إلى حقوق الزوجية} كالوطء وغيره {الثابتة عليها، وفي سماعه بالنسبة إلى حقوقها قوة} لاعترافها بأنها ليست زوجة، فلا يثبت لها عليه حق {إذ لا مانع منه، فيدخل في عموم (جواز إقرار العقلاء على أنفسهم) وعلى هذا فإن ادعت أنها كانت عالة بالعقد حال دخول الثاني بها فلا مهر لها عليه ظاهراً؛ لأنها بزعمها بغي} ولا مهر لبغي {وإن ادعت الذكر بعده، فلها مهر المثل للشبهة، ويرثها الزوج} الثاني، لعدم سماع إقرارها في حقه {ولا ترثه هي} لإقرارها بأنها زوجة لغيره {وفي إرث الأول مما يبقى من تركتها بعد نصيب الثاني نظر: من نفوذ الإقرار على نفسها وهو} إرث الأول، وهو {غير مناف} لإرث الثاني {ومن عدم ثبوتها} أي الزوجية {ظاهراً مع أنه إقرار في حق الوارث} فلا يسمع؛ لأنه إقرار في حق الغير، وهو الأجود.

[الثالثة: لو ادعى زوجية امرأة وادعت أختها عليه الزوجية حلف] في قطع دعواها {على نفى زوجية المدعية؛ لأنه منكر، ودعواه زوجية الأخت متعلق بها وهو أمر آخر} فيحكم في كل منهما بمقتضى القواعد، وحينئذٍ فإن حلف على النفي المذكور فذاك، ويحكم عليه في دعواه بمقتضى القواعد بلا إشكال، وإن لم يحلف وقلنا: بثبوت الحكم بمجرد النكول، أو بعد حلف المدعية ثبتت زوجية المدعية،

ولا تسمع دعواه زوجية الأخت؛ لأن نكوله بمجرد، أو مع حلف المدعية بمنزلة إقراره بزوجة الثانية، فلا تسمع منه دعوى زوجية أختها.

{ويشكل تقديم قوله} بما أنه منكر {مع دخوله بالمدعية، للنص} الآتي مع وجود البيتين {على أن الدخول بها مرجح لها فيما سيأتي} عند تعارض البيتين {ويمكن أن يقال هنا: تعارض الأصل} وهو عدم الزوجية {والظاهر} وهو كون الدخول عن عقد، حملاً لفعل المسلم على الصحة، لكنه لما كان الدخول أعم من الزوجية، وأصالة الصحة تثبت الزوجية، بل تلزم بدفع حمله على الزنا، لاحتمال كونه عن شبهه، وحينئذ يشكل قوله: {فيرجح الأصل، وخلافه خرج بالنص} مع وجود البيتين {وهو منفي هنا، هذا إذا لم تُقم بينة}.

[فإن أقامت بينة، فالعقد لها، وإن أقام بينة] {ولم تقم هي} [فالعقد] {على الأخت} [له] أي على إثبات زوجية المرأة التي ادعى زوجيتها، كما يظهر من قوله: فالعقد على الأخت له. لا على نفي زوجية المدعية، فإنه بالنسبة إليه منكر محض، ولا بينة على المنكر فيما أنكر {ويشكل أيضاً} - مع معارضة دخوله بالمدعية - لما سيأتي من أنه مرجح على البينة، ومع ذلك فهو مكذب بفعله {بدخوله بها} {لبينته، إلا أن يقال - كما سبق -: إن ذلك على خلاف الأصل} المقتضي لحمل فعله على الصحة {ويمنع كونه تكديماً، بل هو أعم منه} لجواز كون الدخول لشبهة وغيرها {فيقتصر في ترجيح الظاهر على الأصل على مورد النص} وهو وجود البينة لكل منهما [فالأقرب توجه اليمين على الآخر] {وهو ذو البينة} [في الموضعين] {وهما: إقامته البينة فيحلف معها} لأن البينة لإثبات دعواه، والحلف لنفي سبق عقده على مدعية الزوجية {وإقامتها فتحلف معها} لنفي سبق عقده على أختها {ولا يخفى منافرة لفظ الآخر لذلك} أي لتوجه اليمين على كل منهما وإن كانت عنده بينة

{وفي بعض النسخ (الآخذ) بالذال المعجمة، والمراد به آخذ الحق المدعى به وهو من حكم له بيئته، وهو قريب من الآخر في الغرابة}.

{وإنما حكم باليمين مع البينة} [جواز صدق البينة] {الشاهدة لها بالعقد} {مع تقدم عقده على من ادعاهما} الزوج {والبينة لم تطلع عليه، فلا بد من تحليفها ليتنفي الاحتمال، وليس حلفها على إثبات عقدها تأكيداً للبينة} لأنها مدعية وهي لا تطالب بأكثر منها، بل {لأن ذلك لا يدفع الاحتمال} في جواز تقدم عقده على من ادعى زوجيتها {وإنما حلفها على نفي عقد أختها، وهل تحلف على البت} والقطع {أو على نفي العلم به؟ مقتضى التعليل} المذكور في كلام المصنف {الأول؛ لأنه بدونه لا يزول الاحتمال، ويشكل: بجواز وقوعه مع عدم إطلاعها فلا يمكنها القطع لعدمه، وبأن اليمين هنا ترجع إلى نفي فعل الغير فيكفي فيه حلفها على نفي علمها بوقوع عقد أختها سابقاً على عقدها، عملاً بالقاعدة} في نفي فعل الغير.

[و] {وجه حلفه مع بيئته على نفي عقده على المدعية} [جواز صدق بيئته] {بالعقد على الأخت} {مع تقدم عقده على من ادعته} {والبينة لا تعلم بالحال فيحلف على نفيه لرفع الاحتمال، والحلف هنا على القطع؛ لأنه حلف على نفي فعله، واليمين في هذين الموضعين لم ينبه عليها أحد من الأصحاب، والنص} الآتي {خالٍ عنها، فيحتمل عدم ثبوتها لذلك، ولثلا يلزم تأخير البيان عن وقت الخطاب، أو الحاجة} والمفروض أن النص في مقام البيان، فسكوته عن لزوم اليمين يعني عدم لزومه، وإلا لزم المحذور المتقدم المعلوم بطلانه، لقبحه عقلاً.

[ولو أقاما بينة] {فإما أن تكونا مطلقتين، أو مؤرختين، أو إحداهما مطلقة} {إما بينة الرجل، أو المرأة، فهاتان صورتان} {والأخرى مؤرخة، وعلى تقدير كونها مؤرختين: إما أن يتفق التأريخان، أو يتقدم تأريخ بيئته، أو تأريخ بيئتها، وعلى التقادير

الستة: إما أن يكون دخل بالمدعية، أو لا، فالصور اثنتا عشرة مضافة إلى ستة سابقة { وهي عدم البينة لهما مع الدخول، وعدمه، وبينه المرأة مع الدخول، وعدمه } وفي جميع هذه الصور الاثني عشرة { فالحكم لبينته، إلا أن يكون معها } { أي مع الأخت المدعية } { مرجح } { لبينتها } { من دخول } { بها } { أو تقدم تأريخ بينتها على تأريخ بينته } { حيث تكونان مؤرختين فيقدم قولها في سبع صور من الاثني عشرة، وهي الستة المجامعة للدخول مطلقاً } سواء كانت بينتها مؤرخة أم لا، متقدمة تأريخاً أم لا { وواحدة من الستة الخالية عنه، وهي ما لو تقدم تأريخها، وقوله في الخمسة الباقية } وهذا الحكم مجمع عليه بين الأصحاب، كما عن جامع المقاصد، وفي الجواهر من غير خلاف يعرف على ما اعترف غير واحد، وعن بعض دعوى الإجماع عليه، ولخبر الزهري عن علي بن الحسين عليه السلام (في رجل ادعى على امرأة أنه تزوجها بولي وشهود، وأنكرت المرأة ذلك، فأقامت أخت هذه المرأة على هذا الرجل البينة أنه تزوجها بولي وشهود، ولم يوقتا وقتاً، فكتب: إن البينة بينة الرجل، ولا تقبل بينة المرأة؛ لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأة، وتريد أختها فساد النكاح، فلا تصدق، ولا تقبل بينتها إلا بوقت قبل وقتها، أو بدخول بها) ^(١) وضعفه منجبر بالشهرة والعمل.

{ وهل يفتقر من قدمت بينته بغير سبق التأريخ إلى اليمين؟ وجهان: منشؤها الحكم بتساقط البينتين، حيث تكونا متفقتين { في الإطلاق والتأريخ { فيحتاج من قدم قوله إلى اليمين خصوصاً المرأة؛ لأنها مدعية محضة } حيث إنها طالبة للنفع مطلقاً؛ من المهر والنفقة وحق القسم ونحو ذلك فتكون محل تهمة، وأما الرجل

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٢) عقد النكاح، ج ١.

فإنه يطلب نفع البضع، لكن مع تحمله الضرر بالأموال المذكورة، ومع كونها كذلك فيكونان مدعين، والمدعي لا يطالب بأكثر من البيئة {وخصوصاً إذا كان المرجح لها الدخول، فإنه بمجرد لا يدل على الزوجية} لأنه أعم، كما ذكرنا {بل الاحتمال} لعدمها {باقٍ معه، ومن إطلاق النص بتقديم بيته مع عدم الأمرين، فلو توقف على اليمين لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، والأقوى الأول} لموافقتها للقواعد الشرعية المقررة في كيفية القضاء.

{وإطلاق النص غير مناف، لثبوت اليمين بدليل آخر} وهو ترجيح إحدى البيتين الذي لا يتم إلا به {وخصوصاً مع جريان الحكم على خلاف الأصل في موضعين: أحدهما تقديم بيته} مع عدم الدخول، أو عدم سبق تأريخ بيته {مع أنه مدع} ويشكل: بأن المدعي لا يطالب بأكثر من البيئة، وهو موافق للأصل، لا مخالف له، كما ادعاه {والثاني ترجيحها بالدخول وهو غير مرجح} لأنه أعم من الزوجية، اللهم إلا أن يعمل بظاهر الحال {ومورد النص الأختان كما ذكر، وفي تعديه إلى مثل الأم والبنت وجهان: من عدم النص، وكونه خلاف الأصل، فيقتصر فيه على مورده} كما عن جامع المقاصد {ومن اشتراك المقتضي} وهو حرمة الجمع بين من ادعى زوجيتها وادعت زوجيته، ولعدم خصوصية للأخت في الحكم ارتكازاً وهو الأظهر، ومنه تعرف التأمل في قوله: {والأول أقوى، فتقدم بيته} أي الأم {مع انفرادها، أو إطلاقهما} أي بيته وبيته؛ لأنها مدعيان، وعلى المدعي البيئة {أو سبق تأريخها} لبطان بيئة الرجل {ومع عدمها يحلف هو؛ لأنه منكر} واليمين على من أنكر، فإن حلف سقطت دعوى الأم، وتبقى دعواه على البنت، فإن قدم بيئة فيها، وإلا فتحلف وتسقط دعواه.

[الرابعة: لو اشترى العبد زوجته لسيده فالنكاح باق] بلا خلاف فيه ظاهر ولا إشكال، بل يظهر منهم أنه من المسلمات، كذا في المستمسك. كما وأنه مقتضى استصحاب الزوجية {فإن شراءها لسيده ليس مانعاً} إذ لم يقم على إبطاله دليل، فيتعين البناء على عدمه.

[وإن اشتراها] {العبد} [لنفسه بإذنه، أو ملكه إياها] {بعد شرائها له} [فإن قلنا: بعدم ملكه فكالأول] بلا خلاف ظاهر، كذا في المستمسك {لبطلان الشراء والتملك، فبقيت كما كانت أولاً على ملك البائع} في صورة الشراء لنفسه {أو السيد} في صورة التملك [وإن حكمنا بملكه بطل العقد] ففي الجواهر - في بيع الحيوان -: دعوى الإجماع بقسميه على بطلان النكاح إذا اشترى أحد الزوجين صاحبه، وهو العمدة في الاستدلال. ويعضده خبر سعيد بن يسار قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرة تكون تحت المملوك فتشتريه هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم؛ لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء)^(١) ونحوه غيره، وبعدم الفصل بين المرأة والرجل يتم الحكم هنا {كما لو اشترى الحر زوجته الأمة واستباح بضعها بالملك} لقوله عليه السلام: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾^(٢) بناء على ظهورها في منع الجمع بينهما؛ لأن التفصيل قاطع للشركة، فلا استباحة إما بالعقد أو بالملك، ولما كان كل منهما سبباً تاماً فمع اجتماعهما لا يكون الأثر إلا لواحد بحسب ظاهر الآية، ومع ثبوت اللاحق لا بد أن يرتفع السابق وهو العقد فيبطل، وتثبت الاستباحة بالملك، للخبر المتقدم المعتضد بالإجماع [أما المبعوض فإنه]

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٩) نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

(٢) سورة المؤمنون، آية (٦).

{بشرائه لنفسه، أو بتملكه} من المولى [يبطل العقد قطعاً] {لأنه بجزئه الحر قابل للتملك ومتى ملك ولو بعضها بطل العقد} لظاهر الآية الكريمة، واستحل وطأها بالملك؛ لأن البضع لا يتبعض.

[الخامسة: لا يزوج الولي، ولا الوكيل] البالغة الرشيدة [بدون مهر المثل، ولا بالمجنون، ولا بالخصي] {ولا بغيره ممن به أحد العيوب المجوزة للفسخ} مع المفسدة، لبطلان العقد؛ لأن تصرف هؤلاء مشروط بعدمها [و] {كذا} {لا يزوج الولي الطفل} ولا وكيل الكبير [بذات العيب] مع كونه كفواً [ف] إن وقع منه ذلك، وكان الزوج كذلك فيحكم بصحة العقد، ولكن [يتخير] {كل منهما} الزوج والزوجة مطلقاً [بعد الكمال] {لو زوج بمن لا يقتضيه الإذن الشرعي} كما هو المشهور شهرة عظيمة، للضرر المنفي في الإلزام، ولإطلاق ما دلّ على جواز الفسخ بأحد العيوب، خلافاً للشيخ في الخلاف حيث لم يحكم بالتخير {لكن في الأول إن وقع العقد بدون مهر المثل على خلاف المصلحة} مع عدم المفسدة {تخيرت في المهر على أصح القولين} كما عن المحقق في الشرائع والعلامة في القواعد؛ لأن المهر عوض لها عن البضع، فالنقص فيه ضرر منفي شرعاً، فيلزم جبره بالخيار، والرجوع إلى مهر المثل، ويشكل: بأن الولي إن كان هو الأب أو الجد فله العفو عن جميع المهر لقوله ﷺ: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(١) فإذا جاز لها العفو مطلقاً، فالنقصان ابتداءً أولى.

{وفي تخيرها في أصل العقد قولان: أحدهما التخير؛ لأن العقد الذي جرى عليه التراضي هو المشتمل على المسمى} الذي هو دون مهر المثل بحسب الفرض {فمتى

لم يكن ماضياً { لفساده، لعدم رضاها به { كان لها فسخه من أصله { ويشكل: بأن فساد المهر لا يوجب فساد العقد، بل يوجب الانتقال إلى مهر المثل، وإطلاق النصوص المتقدمة يقتضي النفوذ ولو مع كونه دون مهر المثل { والثاني عدمه، لعدم مدخلية المهر في صحة العقد وفساده { وهو الأجود.

{ وقيل { والقائل الشيخ في الخلاف { ليس لها الخيار مطلقاً { لا في العقد، ولا في المهر { لأن ما دون مهر المثل أولى من العفو، وهو جائز للذي بيده عقدة النكاح { كما هو ظاهر الآية المتقدمة { وإذا لم يكن لها خيار في المهر ففي العقد أولى { لإطلاق دليل الولاية والنصوص، وهو الأظهر.

{ وعلى القول بتخيرها في المهر يثبت لها مهر المثل { إن فسخت المسمى { وفي توقف ثبوته على الدخول، أم يثبت بمجرد العقد قولان { الظاهر ثبوته مطلقاً؛ لأن المضارة فيه، وليس للدخول أثر في التخيير، اللهم إلا أن يقال: إن تمكينها من نفسها مع فرض علمها بالمهر يقتضي سقوط الخيار، فاللازم التفصيل.

{ وفي تخير الزوج لو فسخت المسمى وجهان: من التزامه بحكم العقد، وهذا { وهو جواز فسخها ورجوعها إلى مهر المثل { من جملة أحكامه { فليس له الرجوع { ومن دخوله على المهر القليل فلا يلزم فيه الرضا بالزائد جبراً { فله الفسخ حينئذ؛ لأنه ضرر عليه، وهو منفي، وهو أجود.

{ ولو كان العقد عليها بدون مهر المثل على وجه المصلحة بأن كان هذا الزواج بهذا القدر أصلح وأكمل من غيره بأضعافه، أو لاضطرارها إلى الزوج ولم يوجد إلا بهذا القدر، أو غير ذلك { من المصالح المقتضية للتزويج { ففي تخيرها قولان: والمتجه هنا عدم الخيار { في العقد والمهر، فعن جامع المقاصد: أنه المعتمد في الفتوى، لإطلاق أدلة الولاية والنصوص { كما أن المتجه هناك { أي فيما لو زوجها بدون مهر المثل

مع عدم المصلحة {ثبوته} فيهما لا في خصوص المهر؛ لئلا يلزم التكرار، حيث تقدم منه أن الحكم فيما دون مهر المثل ثبوته على أصح القولين.

{وأما تزويجها بغير الكفو، أو المعيب} شرعاً، أو عرفاً {فلا إشكال في ثبوت خيارها في أصل العقد} للزوم الضرر عليها فيجبر بالخيار {وكذا القول في جانب الطفل} في جميع التفاصيل السابقة {ولو اشتمل على الأمرين} بأن كان المولى عليه معيباً وغير كفؤ عرفاً {ثبت التخيير فيهما} أي الزوج والزوجة {وعبارة الكتاب في إثبات أصل التخيير} في قوله: فيتخير بعد الكمال {فيهما جملة تجري على جميع الأقوال} من دون مرجح لأحدها.

[السادسة: عقد النكاح لو وقع فضولاً] {من أحد الجانبين، أو منهما} [يقف على الإجازة من المعقود عليه] {إن كان كاملاً} {أو وليه} [الذي له مباشرة العقد إن لم يكن] {ولا يبطل} [من أصله] {على الأقرب} ففي السرائر: تواترت الأخبار به، بل من أنكر الفضولي في غير النكاح، أثبتته هنا، للإجماع، والنصوص. وفي الجواهر: الأشهر، بل المشهور شهرة عظيمة بين القدماء والمتأخرين، بل في الناصريات الإجماع عليه {لما روي: (من أن جارية بكرة أتت النبي ﷺ فذكرت إن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ)^(١)، وروى محمد بن مسلم أنه سأل الباقر عليه السلام (عن رجل زوجته أمه وهو غائب، قال: النكاح جائز، إن شاء الزوج قبل، وإن شاء ترك)^(٢)، وحمل القبول على تجديد العقد خلاف الظاهر، وروى أبو عبيدة الحذاء في الصحيح (أنه سأل الباقر عليه السلام عن غلام وجارية زوجها وليان لهما غير

(١) نيل الأوطار، ج ٦، ص (١٤٥).

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٧) أولياء العقد، ح ٣.

مدركين، فقال: النكاح جائز، وأيهما أدرك كان له الخيار^(١)، وحمل الولي على غير الأب والجد بقرينة التخيير { لأنهما لو كانا الوليين فإن عقدهما ماضٍ عليهما، ولا خيار لهما فيما بعد، خلاف الظاهر، وعلى كل حال يكفي ما سبق { وغيرها من الأخبار^(٢)، وهي دالة على صحة النكاح موقوفاً وإن لم نقل به في غيره في العقود، ويدل على جواز البيع أيضاً حديث عروة البارقي (في شراء الشاة)^(٣) ولا قائل باختصاص الحكم بهما { البيع والنكاح فقط { فإذا ثبت فيهما ثبت في سائر العقود { لعدم الخصوصية فيهما، بل قد يقال: بأن صحته في غيرهما أولى؛ لأنهما من أشد العقود شروطاً { نعم قيل: باختصاصه بالنكاح. وله وجه؛ لو نوقش في حديث عروة { واشتهاره بين المسلمين يغني عن النظر في سنده، وعمل المشهور به جابر له، فلا مجال للنقاش فيه.

{ وقيل { والقائل الشيخ في المبسوط والخلاف ووافقه فخر المحققين { بطلان عقد الفضولي مطلقاً { في النكاح والبيع وغيرهما، أجاز المالك أو المعقود عليه أم لا { استناداً إلى أن العقد سبب { تام { للإباحة { وهو لا يتوقف على شيء آخر { فلا يصح صدوره من غير معقود عنه، أو وليه، لئلا يلزم من صحته عدم سببته بنفسه، وأن رضا المعقود عنه { إن كان كاملاً { أو وليه { إن لم يكن كذلك { شرط، والشرط متقدم، وما روي من بطلان النكاح بدون إذن الولي { فعن عائشة أن النبي ﷺ قال: (أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل)^(٤) ونحوه غيره { وأن

(١) الوسائل، ج٢٦، باب (١١) ميراث الأزواج، ح ١.

(٢) يراجع شأنهما الوسائل، ج٢١، الأبواب (٢٤)، (٢٥)، (٢٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) المستدرک، باب (١٨)، عقد البيع، ح ١.

(٤) سنن الترمذي، ج٣، ص (٣٩٩).

العقود الشرعية تحتاج إلى الأدلة، وهي منتفية { هنا {والأول عين المتنازع فيه، والثاني ممنوع} لأن الرضا شرط اللزوم وهو متأخر عن العقد؛ ولأن العقد هو المتنازع فيه {والرواية عامة} مردودة على أهلها {والدليل موجود} وهي النصوص المتقدمة الدالة على الصحة.

[السابعة: لا يجوز نكاح الأمة إلا بإذن مالِكها وإن كان] {المالك} {امرأة في الدائم والمتعة} إجماعاً في الأول، وعلى الأشهر الأظهر في الثاني، بل عن الحلبي: بلا خلاف لرجوع الشيخ المفتي بالرواية الآتية في النهاية عنها في غيرها، كذا في الرياض {لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه} عقلاً وشرعاً {ولقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ الْيَاقُونَ وَالْكُلُوبَ أُولَئِكَ مُبْتَغِي الْغَيْرِ وَالْغَيْرُ أَخْلَبُ﴾} {ورواية سيف} {بن عميرة عن علي بن المغيرة: قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع بأمة المرأة من غير إذنها، فقال: لا بأس) (٢)} {منافية للأصل} {وهو تحريم التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلاً وشرعاً، فلا يعمل بها وإن كانت صحيحة، فلذلك اطرحها الأصحاب غير الشيخ في النهاية جرياً على قاعدته} من العمل بالخبر الصحيح وإن لم يعمل به الأصحاب، أو كان مخالفاً لأصول وقواعد المذهب، والجمع بين الأخبار إذا تعارضت - كما فيها نحن فيه - كصحيح ابن أبي نصر عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: (لا يتمتع بالأمة إلا بإذن أهلها) (٣) ونحوه غيره.

{وإذا أذن المولى لعبده في التزويج فإن عين له مهراً تعين} وليس له تخطيه، بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنه لا يقدر على شيء إلا بإذن سيده {وإن أطلق انصرف إلى

(١) سورة النساء، آية (٢٥).

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (١٤) المتعة، ح ٢. بتفاوت.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (١٥) المتعة، ح ١.

مهر المثل { عادة كإطلاق الشراء المنصرف إلى ثمن المثل عرفاً [ولو زاد العبد المأذون] {في المعين في الأول} {وعلى مهر المثل} {في الثاني} [صح] كما هو المشهور بين المتأخرين ومتأخريهم {للإذن في أصل النكاح} فلا يكون فضولياً، ولا يحتاج إلى إذن جديد، بلا خلاف ولا إشكال {وهو يقتضي مهر المثل على المولى، أو ما عينه} على المشهور، كذا في المسالك [وكان الزائد في ذمته يتبع به بعد عتقه، ومهر المثل] {أو المعين} [على المولى] {وكذا النفقة} كما هو المشهور.

{وقيل} والقائل الشيخ وابنا سعيد والبراج على ما حكى عنهم {يجب ذلك في كسبه، والأقوى الأول؛ لأن الإذن في النكاح يقتضي الإذن في توابعه، والمهر والنفقة من جملتها، والعبد لا يملك شيئاً فلا يجب عليه شيء، لامتناع التكليف بما لا يطاق فيكون على المولى كسائر ديونه} ولا يختص في مال من أمواله، كما يظهر من موثق علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام (في رجل يزوج مملوكاً له امرأة حرة على مئة درهم ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها، فقال: يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنما هو بمنزلة دين له استدانه بأمر سيده)^(١).

{وأما الزوجة فإن أطلقها تخير ما يليق بحاله} لا مطلقاً، لانصراف الإطلاق إلى ذلك عرفاً [وإن عين تعينت، فلو تخطاها كان فضولياً يقف على إجازة المولى} كما تقدم في المهر [ومن تحرر بعضه ليس للمولى إجباره على النكاح] لأنه صار شريكاً في الحق المتعلق برقبته {مراعاة لجانب الحرية} لأن الحر - ولو مبعوضاً - لا يجبر على شيء [ولا للمبعض الاستقلال] {مراعاة لجانب الرقية، بل يتوقف نكاحه على رضاه، وإذن المولى جمعاً بين الحقين} ضرورة كونها كالشريكين.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٨) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

[الثامنة: لو زوج الفضولي الصغيرين فبلغ أحدهما وأجاز العقد لزم] {من جهته، وبقي لزومه من جهة الآخر موقوفاً على بلوغه وإجازته} [فلو أجاز] {الأول} {ثم مات} {قبل بلوغ الآخر} {عزل للصغير قسطه من ميراثه} {على تقدير إجازته} {بلا خلاف ظاهر، كذا في المستمسك [وإذا بلغ الآخر] {بعد ذلك وفسخ فلا مهر ولا ميراث، لبطلان العقد بالرد} ففي المسالك: هذا لا كلام فيه؛ لأنه مقتضى الأصول والقواعد الشرعية. وللصحيح الآتي [و] {إن} [أجاز حلف على عدم سببية الإرث في الإجازة] {بمعنى أن الباعث على الإجازة ليس هو الإرث، بل لو كان حياً لرضي بتزويجه} [وورث] {حين يحلف كذلك، ومستند هذا التفصيل صحيحه أبي عبيدة الخذاء عن الباقر عليه السلام وموردها الصغيران كما ذكر} قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين، قال: فقال عليه السلام: النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا، قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال عليه السلام: يجوز ذلك عليه إن هو رضي، قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أثره؟ قال عليه السلام: يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث، ونصف المهر، قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرك؟ قال عليه السلام: لا؛ لأن الخيار إذا أدركت، قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك؟ قال عليه السلام: يجوز عليها تزويج الأب، ويجوز على الغلام، والمهر على الأب للجارية^(١)، والإشكال عليها: من جهة تزويج الوليين لهما -

(١) الوسائل، ج٢٦، باب (١١) ميراث الأزواج، ح ١.

بأن تزويج الولي لا خيار فيه للصغيرين كما تقدم - مندفع بلزوم حملها على الولي العرضي، كما يشهد به ذيلها من فرض تزويج الأب، مضافاً إلى الحكم بالخيار للصغير في الأول.

{ولو زوج أحد الصغيرين الولي، أو كان أحدهما بالغاً رشيداً وزوج الآخر الفضولي فمات الأول} وهو الذي لزم العقد من جانبه {عزل للثاني نصيبه، وأحلف بعد بلوغه كذلك} في أن سبب إجازته ليس هو الإرث {وإن مات قبل ذلك بطل العقد} لتعذر الإجازة، فلا ميراث حينئذٍ {وهذا الحكم وإن لم يكن مورد النص} المتقدم لاختصاصه بالصغيرين {إلا أنه ثابت فيه بطريق أولى، للزوم العقد هنا من الطرف الآخر، فهو أقرب إلى الثبوت مما هو جائز من الطرفين} وهو كما ترى! لأن الحكم باليمين من جهة نفي التهمة، لا لكون العقد جائزاً من الطرفين، وهي باقية.

{نعم لو كانا كبيرين وزوجهما الفضولي ففي تعدي الحكم إليهما نظر: من مساواته للمنصوص في كونه فضولياً من الجانبين، ولا مدخل للصغر والكبر في ذلك} وهو اليمين؛ لأنه لنفي التهمة، وهي موجودة في صورتين {ومن ثبوت الحكم في الصغيرين على خلاف الأصل من حيث توقف الإرث على اليمين، وظهور التهمة في الإجازة فيحكم فيما خرج عن المنصوص ببطلان العقد متى مات أحد المعقود عليهما بعد إجازته، وقبل إجازة الآخر} سواء قلنا: بأن الإجازة جزء السبب أم كاشفه عن سبق النكاح من حين العقد، أما الأول: فظاهر؛ لأن موت أحد المتعاقدين قبل تمام السبب مبطل، وأما الثاني؛ فلأن الإجازة من جانب واحد لا تكفي في ثبوت هذا العقد، وفي الحقائق الظاهر: أنه المشهور بينهم وهو الأنسب بقواعدهم. ويشكل: بناء على كون الإجازة كاشفة بأي نحو من الكشف - كما

عليه أكثر المحققين - لتامة العقد، والمتنظر هو الإجازة فإذا حصلت ترتب الأثر، وكذا لا مانع من ترتيب الأثر قبل الموت بتوسط الإجازة اللاحقة، أو مع اليمين، فالإجازة وإن كانت جزء السبب، لكن الأثر يثبت قبلها بناء على الكشف، ومثلها اليمين مع الحاجة إليه من جهة الميراث والمهر.

{ويمكن إثبات الأولوية في البالغين بوجه آخر: وهو أن عقد الفضولي متى كان له مجيز في الحال فلا إشكال عند القائل بصحته في صحته} حينئذٍ {بخلاف ما إذا لم يكن له مجيز كذلك} في حال وقوع العقد، كما هو محل الكلام {فإن فيه خلافاً عند من يجوز عقد الفضولي فإذا ثبت الحكم في العقد الضعيف} من جهة الاختلاف فيحكم بصحة {الذي لا مجيز له في الحال وهو عقد الصغيرين فتعديه إلى الأقوى} لأنه مما لا خلاف فيه {أولى} ويشكل: بإمكان كون عقد الصغيرين من عقد الفضولي القوي فيما لو عقد لهما فضولاً وأجاز وليهما، مضافاً إلى أن الحكم باليمين مع الإجازة لم يكن مسبباً عن كون عقد الفضولي مما فيه خلاف في صورة فيكون أضعف، ومما لا خلاف فيه في صورة أخرى فيكون أقوى، فتكون تعديته إلى ما لا خلاف فيه أولى {ولو عرض للمجيز الثاني مانع عن اليمين كالجنون، والسفر الضروري عزل نصيبه من العين إن أمكن، وإلا فمن الثلث أو القيمة} مطلقاً {أو مع عدم خوف الضرر على الورثة، أو المال فيدفع إليه، ويضمن للمجنون أو المسافر إن أفاق، أو رجع وأجاز وحلف} لعدم معلومية استحقاقه الآن، والأصل عدمه {إلى أن يلحف بشرط كون العذر مما يتوقع زواله، وإلا كان موجباً للضرر على الوارث، ولو نكل عن اليمين فالأقوى أنه لا يرث؛ لأن ثبوته بالنص والفتوى موقوف على الإجازة واليمين معاً، فينتفي بدون أحدهما}.

{وهل يثبت عليه المهر} المسمى في العقد {لو كان} المجيز الثاني {هو الزوج بمجرد الإجازة من دون اليمين؟ وجهان: من أنه مترتب على ثبوت النكاح ولم يثبت بدونها، ومن أن إجازته كالإقرار في حق نفسه بالنسبة إلى ما يتعلق به كالمهر} وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز {وإنما يتوقف الإرث على اليمين، لقيام التهمة، وعود النفع إليه محضاً فيثبت} بإقراره {ما يعود عليه} وهو المهر {دون ماله} وهو الإرث {ولا بعد في تبعض الحكم الظاهري وإن تنافى الأصلان} وهما الأصل الموجب للمهر عليه؛ لأن الأصل في العقود الصحة، والأصل المقتضى لعدم ثبوت ماله وهو الإرث {وله نظائر كثيرة، وقد تقدم مثله ما لو اختلفا في حصول النكاح فإن مدعيه يحكم عليه بلوازم الزوجية دون المنكر، ولا يثبت النكاح ظاهراً، وإطلاق النص بتوقف الإرث على حلفه لا ينافي ثبوت المهر عليه بدليل آخر} وهو إقراره {وهذا متجه} بل متعين.

{واعلم أن التهمة بطمعه في الميراث لا تأتي في جميع الموارد؛ إذ لو كان المتأخر هو الزوج والمهر بقدر الميراث أو أزيد انتفت التهمة، وينبغي هنا عدم اليمين} لانتفاء سببها {إن لم يتعلق غرض بإثبات أعيان التركة، بحيث يرجح على ما يثبت عليه من الدين} وهو المهر {أو يخاف امتناعه من أدائه، أو هربه، ونحو ذلك مما يوجب التهمة} فيلزم اليمين {ومع ذلك فالموجود في الرواية} المتقدمة {موت الزوج وإجازة الزوجة وأنها تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالتزويج، فهي غير منافية لما ذكرناه} لعدم الخصوصية فيها {ولكن فتوى الأصحاب مطلقة} من جهة وجود التهمة وعدمها {في إثبات اليمين} فإن كان إجماع، وإلا فالمتجه ما ذكر.

[التاسعة: لو زوجها الأبوان] {الأب والجد} [برجلين واقتربا] {في العقد: بأن
اتحد زمان القبول} منهما، أو من وكيليهما، أو من وكيل لهما معاً، والمقارنة في
الأولين عرفية وفي الأخير حقيقية [قدم عقد الجد] و {لا نعلم خلافاً} وفي
الجواهر: بل يمكن دعوى الإجماع عليه. وفي المستمسك: والظاهر أنه كذلك
{وتدل عليه من الأخبار رواية عبيد بن زرارة} الموثقة {قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام):
الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ويريدها جدها أن يزوجه من رجل آخر،
فقال: الجد أولى ما لم يكن مضاراً، إن لم يكن الأب زوجها قبله)^(١)} ونحوه غيره وهو
متواتر، وفيها صحاح كثيرة، فلذا كان من الغريب استناده إليها، لضعفها عنده
{وعلل مع ذلك: بأن ولاية الجد أقوى، لثبوت ولايته على الأب على تقدير نقصه
بجنون ونحوه، بخلاف العكس، وهذه العلة لو تمت لزم تعدي الحكم إلى غير
النكاح} من بيع وصلاح وإجارة وغيرها {ولا يقولون به} لأنها علة مستنبطة على
الظاهر {والأجود قصره على محل الوفاق} وهو خصوص النكاح {لأنه على خلاف
الأصل، حيث إنهما مشتركان في الولاية} عندنا إجماعاً، فتقديم الجد يكون بلا
مرجح {ومثل هذه القوة} لولاية الجد {لا تصلح مرجحاً} في جميع الموارد لو لا
النص.

{وفي تعدي الحكم إلى الجد مع جد الأب، وهكذا صاعداً وجه، نظراً إلى العلة،
وإلا قوي العدم، لخروجه عن موضع النص} ولكنه قال في المسالك: ويقوى تقديم
الجد وإن علا على الأب، فيتقدم عليه مع الاقتران، لشمول النص له، فإن الجد
وإن علا يشمله اسم الجد؛ لأنه مقول على الأعلى والأدنى بالتواطؤ {واستوائهما

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١١) عقد النكاح، ح ٢.

في إطلاق الجدة حقيقة} فلا وجه للترجيح إلا العلة، وقد تقدم عدم صلاحيتها للتقديم {و} إطلاق لفظ {الأب} عليهما {كذلك} حقيقة {أو مجازاً} وعليه فلا مرجح.

[وإن سبق عقد أحدهما صح عقده] وإن كان أباً عالمًا بعقد الآخر أم جاهلاً إجماعاً منا، كذا في الرياض {لما ذكر من الخبر وغيره} كصحيح هشام بن سالم ومحمد بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا زوج الأب والجدة كان التزويج للأول، فإن كانا جميعاً في حال واحدة فالجدة أولى)^(١) {ولأنهما مشتركان في الولاية فإذا سبق أحدهما وقع صحيحاً، فامتنع الآخر} لزوال موضوعه.

[ولو زوجها الأخوان برجلين فالعقد للسابق} {منهما} [إن كانا] {أي الأخوان} [وكيلين] {لما ذكر في عقد الأبوين} لاشتراكهما في الوكالة، والوكيل كالأصيل، ومع تقدم أحدهما لا يبقى موضوع للآخر [وإلا] {يكونا وكيلين} فالعقدان فضوليان [فلتخير] {المرأة} [ما شئت] {منهما} أو فسخهما مطلقاً، اقترنا زماناً أم لا، كان العاقدان الأخوين أم غيرهما {كما لو عقد غيرهما فضولاً} فاختيارها لأحدهما إجازة لعقده.

[ويستحب] {لها} [إجازة عقد] {الأخ} [الأكبر] {مع تساوي مختارهما في الكمال} {الديني أو العقلي؛ لأنه لا يدعو إلا إلى الخير، كما هو المشهور، ولصحيح أبي بصير ومحمد بن مسلم كلاهما عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألت عن الذي بيده عقدة النكاح؟ قال: هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه... الحديث)^(٢) ونحوه غيره، المحمول على التوكيل جمعاً بينه وبين الحاصر للولاية بالأبوين، والمولى،

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١١) عقد النكاح، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٨) عقد النكاح، ح ٥.

والحاكم، والوصي {أو رجحان مختار الأكبر} بأي نحو كان {ولو انعكس فالأولى ترجيح الأكمل} [فإن اقترنا] {في العقد قبولاً} [بطلا] كما هو صريح بعض {لاستحالة الترجيح} بينهما عقلاً {والجمع} بينهما شرعاً [إن كان كل منهما وكيلًا] {والقول بتقديم عقد الأكبر هنا} إلا مع دخول من عقد عليه الأصغر، كما عن الشيخ في كتابي الأخبار والنهاية والقاضي والعلامة في المختلف وابني سعيد وحمزة، لخبر الوليد بياع الأسفاط قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا عنده عن جارية كان لها أخوان زوجها الأكبر بالكوفة، وزوجها الأصغر بأرض أخرى؟ قال: الأول بها أولى إلا أن يكون الآخر قد دخل بها فهي امرأته، ونكاحه جائز)^(١) {ضعيف، لضعف مستنده} لفقده شرائط الحجية، وعدم الجابر له، وهو - مع ذلك - غير صالح للتقديم، لاحتمال كون العقد منهما فضولاً باعتبار خلوه من أمانة التوكيل [وإلا] {يكونا وكيلين} [صح عقد الوكيل منهما] {لبطلان عقد الفضولي بمعارضة العقد الصحيح} [ولو كانا فضولين و] {الحال أن عقديهما} [اقترنا تخيرت] {في إجازة ما شاءت منهما، وإبطال الآخر، أو إبطالهما} لأن الأمر إليها واقعاً.

[العاشرة: لا ولاية للأم] ولا لأحد من آبائها {على الولد مطلقاً} ذكراً كان أم أنثى، صغيراً كان أم كبيراً، بلا خلاف أجده فيه إلا من الذي يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، كما في الجواهر، لأصالة عدم ولاية أحد على أحد إلا من ثبتت ولايته شرعاً، ولظاهر النصوص السابقة، خصوصاً الحاصرة للولاية {فلو

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٧) عقد النكاح، ح ٤.

زوجته، أو زوجها اعتبر رضاها {بعد الكمال كالفضولي} توقف على إجازتها فعلاً إن كانا كاملين، وبعد الكمال إن لم يكونا كذلك.

[فلو ادعت الوكالة عن الابن] {الكامل} [وأنكر بطل] {العقد} لعدم صدوره من أهله في محله [وغرمت] {للزوجة} [نصف المهر] كما هو المشهور، ولصحيح أبي عبيدة عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة من أهل البصرة من بني تميم فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بني تميم، قال: خالف أمره وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة، ولا عدة عليها، ولا ميراث بينهما، فقال بعض من حضر: فإن أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضاً ولا قبيلة ثم جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه، فقال: إن كان للمأمور بينة كان الصداق على الأمر، وإن لم يكن له بينة كان الصداق على المأمور لأهل المرأة، ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها، ولها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقاً^(١)) {لتفويتها عليها البضع، وغرورها بدعوى الوكالة، مع أن الفرقة قبل الدخول} وعليه فتستحق نصف المهر.

{وقيل} والقائل الشيخ والقاضي وابن إدريس {يلزمها جميع المهر لما ذكر} من تفويت البضع والغرور {وإنما ينتصف بالطلاق، و} المفروض أنه {لم يقع، ولرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام} (أنه سأله عن رجل زوجته أمه وهو غائب؟ قال: النكاح جائز، إن شاء المتزوج قبل، وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه)^(٢).

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٦) عقد النكاح، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٧) عقد النكاح، ح ٣.

{ويشكل: بأن البضع إنما يضمن بالاستيفاء على بعض الوجوه} كوطئها شبهة أو العقد عليها ثم طلاقها قبل الدخول {لا مطلقاً} في جميع صور التفويت {والعقد لم يثبت فلم يثبت موجهه} وهو المهر {والأقوى أنه لا شيء على الوكيل مطلقاً} سواء كان أمماً أم غيرها، وسواء كان المنفي نصف المهر أم تمامه {إلا مع الضمان} للبضع بالعقد أو الوطء {فيلزمه ما ضمن، ويمكن حمل الرواية - لو سلم سندها - عليه} ويشكل: بمنافاته، لصريح صحيح أبي عبيدة المتقدم الملزم بنصف المهر فيلزم طرحه {وعلى هذا يتعدى الحكم إلى غير الأم} لعدم الخصوصية فيها، كما هو صريح صحيح أبي عبيدة {وبالغ القائل} وهو الشيخ {بلزوم المهر فحكم على الأم وإن لم تدع الوكالة استناداً إلى ظاهر الرواية} المتقدمة {وهو بعيد} لأن المهر إنما يجب بتمامه على الزوج مع الدخول، ونصفه مع عدمه، لا على الوكيل {وقريب منه} في البعد {حملها على دعواها الوكالة، فإن مجرد ذلك لا يصلح لثبوت المهر في ذمة الوكيل} كما هو مقتضى القواعد، ولكن بعد ورود صحيح أبي عبيدة يتعين الالتزام به، ولا بعد.

[الفصل الثالث]: [في المحرمات]

{بالنسب والرضاع وغيرهما من الأسباب} كالمصاهرة، والزنا بذات البعل، وفي ذات العدة، والعقد عليها مع الدخول، والإفضاء، واستيفاء العدد وغيرها، حتى أوصلها في الجواهر إلى أكثر من عشرين سبباً {وتوابعها} فـ [يحرم] {على الذكر} [بالنسب] {تسعة أصناف من الإناث} سبعة تضمنها قوله ﷺ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾^(١)، وأضاف المصنف إليها بنت البنت وبنت الابن فصرن تسعة، وهو كما ترى! لصدق البنت على الثلاثة بعين الصدق، وعلى كل فتحرم:

[الأم وإن علت] {وهي كل امرأة ولدته} مباشرة {أو انتهى نسبه إليها من العلو بالولادة، لأب كانت أم لأم} فدخلت الجدة للأب وأمهاتها، والجدة للأم وأمهاتها [والبنت وبنتها] {وإن نزلت} [وبنت الابن فنازلاً] {وضابطها: من ينتهي إليه نسبه بالتولد ولو بوسائط} [والأخت وبنتها فنازلاً] {وهي كل امرأة ولدها أبواه، أو أحدهما، أو انتهى نسبها إليهما، أو إلى أحدهما بالتولد} [وبنت الأخ] {وإن نزلت} [كذلك] {لأب كان أم لأم أم لهما} [والعمة] {وهي كل أنثى هي أخت ذكر ولده بواسطة، أو غيرها من جهة الأب، أو الأم، أو منهما} [والخاله فصاعداً] {فيهما} أي في العمة والخاله {وهي كل أنثى هي أخت أنثى ولدته بواسطة، أو بغير واسطة، وقد تكون من جهة الأب كأخت أم الأب، والمراد بالصاعد فيهما: عمة الأب، والأم، وخالتهما، وعمة الجد والجدة، وخالتهما، وهكذا، لا عمة العمة، وخالة الخالة فإنها قد

(١) سورة النساء، آية (٢٣).

لا تكونان محرمتين} كما إذا كانت العمة القريبة أختاً لأبيه من أمه والخالة القريبة أختاً لأمه من أبيها، فإن عمة العمة حينئذ تكون أخت زوج الجدة، وخالة الخالة أخت زوجة الجد، ولا نسب بينه وبينها يوجب حرمة النكاح بينهما {ويحرم على المرأة ما يحرم على الرجل بالقياس} لأن حرمة المذكورات على قريبهن الذكر يستلزم العكس، ولذا اكتفى بتحريمهن عليه في الآية الكريمة، وهي واضحة الدلالة على الأمرين {وضابط المحرمات الجامع لها: أنه يحرم على الإنسان كل قريب عدا أولاد العمومة والخؤولة}.

[ويحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب] دل عليه من الكتاب العزيز قوله ﷺ: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾^(١) ومن السنة المتواترة صحيح بريد العجلي عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - (أن رسول الله ﷺ قال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)^(٢) ومثله غيره، وإجماعاً، وضرورة من المذهب أو الدين، كذا في الجواهر {فأمك من الرضاعة هي: كل امرأة أرضعتك، أو رجع نسب من أرضعتك أو صاحب اللبن إليها، أو أرضعت من يرجع نسبك إليه من ذكر أو أنثى وإن علا كمرضعة أحد أبويك، أو أجدادك، أو جداتك، وأختها خالتك من الرضاعة، وأخوها خالك، وأبوها جدك، كما أن ابن مرضعتك} وإن لم يرضع معك {أخ، وبنتها أخت إلى آخر أحكام النسب}.

{والبنت من الرضاع: كل أنثى رضعت من لبنك} لأن الزوج صاحب لبن الزوجة، فنسبة اللبن إليك لهذه المناسبة {أو لبن من ولّده أو أرضعتها امرأة ولدتها،

(١) سورة النساء، آية (٢٣).

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١) ما يحرم بالرضاع، ح ١.

وكذا بناتها من النسب والرضاع، والعلمات، والخالات، أخوات الفحل والمرضعة { على نحو اللف والنشر المرتب {وأخوات من ولدهما من النسب والرضاع، وكذا كل امرأة أرضعتها واحدة من جداتك، أو رضعت بلبن واحد من أجدادك من النسب والرضاع، وبنات الأخ، وبنات الأخت بنات أولاد المرضعة، والفحل من الرضاع والنسب، وكذا كل أنثى أرضعتها أختك { أو ارتضعت بلبن أخيك أو ابن أخيك أو ابن أختك {وبنت أختك، وبنات كل ذكر أرضعته أمك، أو ارتضع بلبن أهلك { فإنه يكون أخاً لك من الأب.

{وإنما يحرم الرضاع { بشرط كونه عن نكاح] ووطء بعقد صحيح {دواماً، ومتعة، وملك يمين { إجماعاً، ولموثق يونس بن يعقوب الآتي وغيره {وشبهة على أصح القولين { كما هو المشهور؛ لأنه كالصحيح في النسب، واللبن تابع له، ولعموم قوله ﷺ: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾^(١) خرج منه الزنا، وما درّته من غير وطء، فيبقى الباقي {مع ثبوتها من الطرفين {ومقابل الأصح ما عن ابن إدريس من التردد فيه {والآ { يكن من الطرفين {ثبت الحكم { ونشر الحرمة {في حق من ثبت له النسب { لأن الرضاع المحرم فرع النسب، فلا يثبت في حق من لم يثبت له النسب؛ لأنه زانٍ.

{ولا فرق في اللبن الخالي عن النكاح بين كونه من صغيرة وكبيرة، بكر وثيب، ذات بعل وخلية { في عدم نشر الحرمة، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولإطلاق موثق يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام

قال: (سألته عن امرأة در لبنها من غير ولادة فأرضعت جارية وغلاماً من ذلك اللبن، هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع؟ قال: لا) ^(١) ونحوه غيره.

{ويعتبر مع صحة النكاح صدور اللبن عن ذات حمل} قبل الوضع، كما نسب إلى المحقق وموضع من مبسوط الشيخ والعلامة في القواعد، وكأنه لإطلاق صحيح عبد الله بن سنان قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لبن الفحل، قال: هو ما أرضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك ولد امرأة أخرى فهو حرام) ^(٢)، ويشكل: بأنه ليس في مقام البيان من هذه الجهة بقريئة ذكر الولد الذي لا يصدق إلا بعد وضعه، مع مخالفته للمشهور بين الأصحاب، ومعارضته لموثق يونس المتقدم بكون اللبن عن ولادة {أو ولد} بالفعل {بالنكاح المذكور} كما هو المشهور، لموثق يونس المتقدم وغيره {فلا عبرة بلبن الخالية منهما} [وإن كانت منكوحة نكاحاً صحيحاً حتى لو طلق الزوج] أو مات عنها {وهي حامل منه أو مرضع، فأرضعت ولداً نشر الحرمة كما لو كانت في حباله} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، بل في المسالك وغيرها: أنه لا فرق بين أن يرتضع في العدة ولا بعدها، ولا بين طول المدة وقصرها، ولا بين أن ينقطع اللبن ثم يعود وعدمه؛ لأنه لم يحدث ما يحال اللبن عليه، فهو على استمراره منسوب إليه حقيقة {وإن تزوجت بغيره} ودخل بها ولم تحمل منه، بل وإن حملت منه مع كون اللبن بحاله ولم ينقطع ولم تحدث فيه زيادة؛ لأنه للأول أيضاً، بلا خلاف أجده فيه، وعن التذكرة الاعتراف به، كذا في الجواهر، لاستصحاب كونه لبنه، السالم عن المعارض.

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٩) ما يحرم بالرضاع، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦) ما يحرم بالرضاع، ح ٤.

{والأقوى اعتبار حياة المرضعة، فلو ماتت في أثناء الرضاع فأكمل النصاب ميتة لم ينشر} الحرمة، كما هو المشهور، بل عن شيخنا الأعظم: أنه لم أعثر على حكاية خلاف صريح، لانصراف أدلة تحريم الرضاع إلى الأفراد المعهودة؛ ولأن موضوع الحكم هو الإرضاع وهو ظاهر في القصد والاختيار المتوقفين على الحياة {وإن تناوله إطلاق العبارة} في قوله: (بشرط كونه عن نكاح) {وصدق عليه اسم الرضاع حملاً} للإطلاق {على المعهود المتعارف، وهو رضاع الحية، ودلالة الأدلة اللفظية على الإرضاع} الظاهرة {في} القصد {والاختيار كقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾^(١)} والميت لا قصد له ولا اختيار {واستصحاباً لبقاء الحل} إلى أن يثبت المحرم، ويشكل: بأن لازمه أن المرضعة لو كانت نائمة، أو فاقدة لشعورها بعده أن لا ينشر الحرمة، ولا يظن الالتزام به من أحد.

{وأن ينبت اللحم، أو يشد العظم} إجماعاً محصلاً ومنقولاً عن التذكرة والإيضاح والمسالك وتلخيص الخلاف وغيرها، كما في الجواهر، ولصحيح علي بن رئاب عن أبي عن عبد الله عليه السلام قال: (قلت: ما يحرم من الرضاع؟ قال: ما أنبت اللحم وشد العظم... الحديث)^(٢) ونحوه غيره وهو مستفيض، وظاهره الاكتفاء بأحد الأمرين، بدعوى الملازمة بينهما عادة، كما عن جمع، لكنه كما ترى! اجتهاد في مقابلة النص الذي جمع بينهما، كما هو مذهب الأكثر {والمرجع فيهما إلى قول أهل الخبرة} كما في غيره من الموارد {ويشترط} فيهم {العدد والعدالة} بناء على أنها شهادة، كما هو مذهب جمع، بل في الجواهر وغيرها اعتبار الإيثار وغيره من شروط الشهادة، ويحتمل قوياً الاكتفاء بخبر الواحد منهم إن كان ثقة،

(١) سورة النساء، آية (٢٣).

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣) ما يحرم بالرضاع، ح ٢.

لعموم أدلة الحجية بحسب المرتكزات العرفية، بل والعقلانية {ليثبت به حكم التحريم} وينقطع أصل العدم {بخلاف خبرهم في مثل المرض المبيح للفطر، والتيمم، فإن المرجع في ذلك} بحكم النص والإجماع {إلى الظن وهو يحصل بالواحد} إن كان ثقة، ولو كان فاسقاً {والموجود في النصوص} كما تقدم {والفتاوى اعتبار الوصفين معاً، وهنا اكتفى بأحدهما، ولعله للتلازم عادة، والأقوى اعتبار تحققهما معاً} تبعاً للنص، ومنع التلازم بينهما دائماً.

[أو يتم يوماً وليلة] بلا خلاف يعرف، بل في الخلاف: إجماع الفرقة عليه، وفي محكي التذكرة نسبته إلى علماء الإمامية، ولموثق زياد بن سودة الآتي وغيره {بحيث ترضع كلما تقاضاه، أو احتاج إليه عادة} وإن لم يتقاضاه، إذ المعتبر في رضاع اليوم واللييلة - كما هو المشهور - كون غذاء المرتضع في ذلك الوقت من لبن المرضعة لا غير {وإن لم يتم العدد} الذي سيذكره فيما بعد {ولم يحصل الوصف السابق} وهو شد العظم وإنبات اللحم، لاستقلال هذه العلامة عن تلك {ولا فرق بين اليوم الطويل وغيره} للإطلاق، وصدقه على كل منهما بنفس الصدق {لأنجباره باللييلة أبداً} كما هو ظاهر.

{وهل يكفي الملقق منهما لو ابتدأ في أثناء أحدهما؟ نظر: من الشك في صدق الشرط} لأن المتيقن منه كون ابتداء الرضاع في أول اليوم، لا في أثناءه، ومعه يستصحب بقاء الحل {وتحقق المعنى} عرفاً فيكفي، لصدق الرضاع يوماً وليلة، وهو أجود.

[أو خمس عشرة رضعة] {تامة متوالية} فلا عبرة بالناقصة مطلقاً، واحدة كانت أم متعددة، فإن الشيخ في المبسوط والنهاية وكتابي الأخبار والحلي والمحقق والآبي والعلامة فيما عدا المختلف والمحقق الثاني وغيرهم، احتجوا على الخمس

عشرة بالإجماع على التحريم {ولرواية زياد بن سوقة} الموثقة {قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال: لا يحرم الرضاع أقل من يوم وليلة، أو خمس عشرة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينها برضعة امرأة غيرها} ^(١) وفي معناها أخبار أخرى كمرسلي الصدوق في الهداية والمقنع ^(٢).

[والأقرب النشر بالعشر] {وعليه المعظم، لعموم قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ ^(٣) ونظائره من العمومات} كقوله عليه السلام في صحيح بريد المتقدم: (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) ^(٤) وغيره {المخصصة بما دون العشر قطعاً، فيبقى الباقي، ولصحيحة الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلام: (لا يحرم من الرضاع إلا المجبور، قال: قلت: وما المجبور؟ قال: أم تربي، أو ظئر تستأجر، أو أمة تشتري ثم ترضع عشر رضعات يروى الصبي وينام) ^(٥)} وقد قال الشارح في المسالك: وجدتها مضبوطة بخط الصدوق بالجيم والباء في كتابه المقنع، فإنه عندي بخطه، وعليه فلا يلتفت إلى ما قيل: من اضطراب المتن لا اضطراب النسخ، وكذا الإشكال عليها بعدم صحة السند لاشتغالها على محمد بن سنان، فقد تقدم - منا - أنه صحيح الحديث، وأنه من أصحاب السر، و{لصحيحة عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام - إلى أن قال: - (وما الذي ينبت اللحم والدم؟ فقال: كان يقال: عشر رضعات) ^(٦)} معتضداً بمفهوم موثق عمر بن يزيد قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغلام يرضع

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢) ما يحرم بالرضاع، ح ١.

(٢) مستدرك الوسائل، باب (٢) ما يحرم بالرضاع، ح ١.

(٣) سورة النساء، آية (٢٣).

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (١) ما يحرم بالرضاع، ح ١.

(٥) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢) ما يحرم بالرضاع، ح ٧. بتفاوت.

(٦) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢) ما يحرم بالرضاع، ح ١٨.

الرضعة والثنتين؟ فقال: لا يحرم، فعددت عليه حتى أكملت عشر رضعات، فقال: إذا كانت متفرقة فلا^(١) ومفهومه أنها لو كانت متوالية لحُرمت، ونحوه غيره.

{و} أما {الأخبار المصروفة بالخمس عشرة} ف {ضعيفة السند} عنده، لأنها من الموثق {أو قريبة منه} وأشار بالضعيف إلى موثق ابن سوقة، وبالقريب منه إلى غيره، فإن فيه خبرين آخرين من الموثق، كما في تعليقة للشارح {وفيه نظر: لمنع صحة الخبر الدال على العشرة} وهو صحيح الفضيل {فإن في طريقه محمد بن سنان وهو ضعيف على أصح القولين وأشهرهما} ولكنه قد تقدم - منا - أن الأقوى صحته {وأما صحيحة عبيد فنسبة} الإمام عليه السلام {العشر إلى غيره مشعراً بعدم اختياره} وقد تقدم ما فيه {وفي آخره ما يدل على ذلك؛ فإن السائل لما فهم منه عدم إرادته قال له: (فهل تحرم عشر رضعات؟ فقال: دع ذا، وقال: ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع) فلو كان حكم العشر حقاً لما نسبته عليه السلام إلى غيره، بل كان يحكم به من غير نسبة، وإعراضه عليه السلام ثانياً عن الجواب إلى غيره} مجيباً بما لا دخل له في السؤال {مشعر بالتقية} أو غيرها من المصالح الخفية {وعدم التحريم بالعشر، فسقط الاحتجاج من الجانبين} لتكافئهما بحسب الظاهر فيتساقطان {وبقي صحيحة عبد الله بن رثاب عن الصادق عليه السلام قال: (قلت له: ما يحرم من الرضاع؟ قال: ما أنبت اللحم وشد العظم، قلت: فتحرم عشر رضعات؟ قال: لا؛ لأنها لا تنبت اللحم ولا تشد العظم عشر رضعات)^(٢)} وهو مروى عن علي بن رثاب، ولعله سهو من النساخ {فانتفت العشر بهذا الخبر} وبغيره وهو مستفيض {فلم يبق إلا القول بالخمس

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢) ما يحرم بالرضاع، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢) ما يحرم بالرضاع، ح ٢.

عشرة وإن لم يذكر { صراحة في هذا الصحيح { إذ لا واسطة بينهما } لعدم القائل بها؛ ولأن الحرمة تدور مدار الخمس عشرة والأكثر، أو ما بينه وبين العشر، والأخيران باطلان بالإجماع المنقول عن الشيخ في الخلاف والحلي والآبي والعلامة في المختلف والمقداد في التنقيح وغيرهم { وبهذا يخص عموم الأدلة أيضاً، ويضعف قول ابن الجنيد بالاكْتفاء بما وقع عليه اسم الرضعة } ولو واحدة { نظراً إلى العموم، حيث اطرَح الأخبار من الجانبين، وما أوردناه من الخبر الصحيح حجة عليه، وتبقى الأخبار المثبتة للخمس عشرة، والنافية للعشر من غيره } كموثق عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سمعتَه يقول: عشر رضعات لا يحرم من شيئاً) ^(١) ونحوه غيره { شاهدة وعاضده له، وهي كثيرة } ^(٢).

[وأن يكون المرتضع في الحولين} بلا خلاف معتد به، كما في الجواهر، ولصحيح الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (الرضاع قبل الحولين قبل أن يفطم) ^(٣) ونحوه غيره، وهو مستفيض { فلا عبرة برضاعه بعدهما وإن كان جائزاً كالشهر والشهرين معهما } إجماعاً بقسميه، كما في الجواهر { والحولان معتبران في المرتضع } بلا خلاف معتد به، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا رضاع بعد فطام) ^(٤) ونحوه غيره، ومعناه - كما في الفقيه -: أنه إذا رضع الصبي حولين كاملين ثم شرب بعد ذلك من لبن امرأة أخرى ما شرب لم يحرم ذلك الرضاع؛ لأنه رضاع بعد فطام، وهو

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢) ما يحرم بالرضاع، ح ٣.

(٢) يراجع بشأنها الوسائل، ج ٢٠، باب (٢) ما يحرم بالرضاع.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٥) ما يحرم بالرضاع، ح ٤.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (٥) ما يحرم بالرضاع، ح ٢.

لا يحرم شيئاً {دون ولد المرضعة فلو كمل حولاً ولدها، ثم أرضعت بلبنه} بعد الحولين {غيره نشر في أصح القولين} كما هو الأشهر وعليه الأكثر، لعموم أدلة تحريم الرضاع بعد حمل (لا رضاع بعد فطام) على المرتضع بفهم الأصحاب، والأصل عدم الاشتراط - مع الشك فيه - في ولد المرضعة، خلافاً للتقي وابني زهرة وحمزة وغيرهم، بل في الغنية الإجماع عليه، لإطلاق قوله: عَلَيْهِ (لا رضاع بعد فطام) فيقع تحته كلا الولدين، وهو كما ترى! لمنع إجماع الغنية، لكثرة المخالف، وانصراف الإطلاق إلى المرتضع.

{ولا فرق بين أن يفطم المرتضع قبل الرضاع في الحولين، وعدمه} للعموم، ونبه به على خلاف ابن أبي عقيل، حيث فرق بين ما قبل الفطام وما بعده بلا دليل صالح عليه {والمعتبر في الحولين الهلالية، فلو انكسر الأول أكمل بعد الأخير} من الشهر الخامس والعشرين {ثلاثين} يوماً {كغيره من الآجال} الشرعية التي تعد بالهلالية، كما هو المعروف من طريقة الشارع الأقدس.

[وأن لا يفصل بين الرضعات] {في الأحوال الثلاثة} الأول الحال وهو: ما شد العظم واللحم، والثاني العدد وهو: خمس عشرة رضعة، والثالث الزمان وهو: اليوم والليلة [برضاع أخرى] {وإن لم تكن رضعة كاملة} اتفاقاً، ولما تضمنه موثق زياد بن سوقة المتقدم، لفوات التوالي بها {ولا عبرة بتخلل غير الرضاع من المأكول والمشروب} وهذا مختص بالأخيرين، كما هو المشهور، لقدحه في التوالي - عرفاً وعادة - المشترط صريحاً في موثق ابن سوقة المتقدم {وشرب اللبن من غير الثدي ونحوه} كإدخال اللبن في أنفه، أو حقنه به وإن كان من المرضعة، لعدم صدق الرضاع عليه {وإنما يقطع اتصال الرضعات إرضاع غيرها من الثدي، وصرح العلامة في القواعد بالاكْتفاء في الفصل بأقل من رضعة كاملة من غير تردد، وفي التذكرة: بأن

الفصل لا يتحقق إلا برضعة تامة، وأن الناقصة بحكم المأكول وغيره، والرواية {الموثقة عن ابن سوقة المتقدمة {مطلقة في اعتبار كونها} أي الرضعات {من امرأة واحدة، قال الباقر عليه السلام: (لا يحرم الرضاع بأقل من رضاع يوم وليلة، أو خمس عشرة رضعة متواليات، من امرأة واحدة، من فحل واحد)^(١) ولعل دلالتها على الاكتفاء بفصل مسمى الرضاع أكثر} لأن تحقق المسمى ينافي التوالي المعتبر فيها ظاهراً.

[وأن يكون اللبن لفحل واحد، فلو أرضعت المرأة جماعة] {ذكوراً وإناثاً} [بلبن فحلين] {فصاعداً بحيث لم يجتمع ذكر وأنثى منهم على رضاع لبن فحل واحد: بأن أرضعت جماعة ذكوراً بلبن واحد، ثم جماعة إناثاً بلبن فحل آخر، أو أرضعت صبيّاً بلبن فحل، ثم أنثى بلبن آخر، ثم ذكراً بلبن ثالث، ثم أنثى بلبن رابع وهكذا} [لم يحرم بعضهم على بعض} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح بريد العجلي - في حديث - قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله ﷺ: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، فسّر لي ذلك فقال: كل امرأة أرضعت من لبن فحلها ولد امرأة أخرى من جارية أو غلام فذلك الذي قال رسول الله ﷺ، وكل امرأة أرضعت من لبن فحلين كانا لها واحداً بعد واحد من جارية أو غلام فإن ذلك رضاع ليس بالرضاع الذي قال رسول الله ﷺ: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، وإنما هو من سبب ناحية الصهر رضاع ولا يحرم شيئاً، وليس هو سبب رضاع من ناحية لبن الفحولة فيحرم)^(٢) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢) ما يحرم بالرضاع، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦) ما يحرم بالرضاع، ح ١.

{ولو اتحد فحل اثنين منهم تحقق التحريم فيها} لتحقق مناط الحرمة {دون الباقين، كما لو أرضعت ذكراً وأنثى بلبن فحل، ثم ذكراً آخر وأنثى بلبن فحل آخر، وهكذا فإنه يحرم كل أنثى رضعت مع ذكرها من لبن فحل واحد عليه، ولا يحرم على الذكر الآخر، والعبارة لا تفي بذلك} لأنها صادقة على ما ذكره من اتحاد فحل اثنين مع أن التحريم متحقق، وكذا لا بد من التقييد فيها بوحدة الفحل؛ لأنها لا تتم بدونه {ولكن المراد منها حاصل} ولو بالقرينة الخارجية.

{ولا فرق مع اتحاد الفحل بين أن تتحد المرضعة كما ذكر، أو تعدد بحيث يرتضع أحدهما من إحداهما كمال النصاب والآخر من الأخرى كذلك، وإن تعددن فبلغن مئة كالمنكوحات بالمتعة، أو بملك اليمين} فتكفي الأخوة من جهة الأب، ولا تشترط الأخوة من جهة الأم، كما هو الظاهر من النصوص {وعلى اعتبار اتحاد الفحل معظم الأصحاب} بل عن المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها الإجماع عليه {وجملة من الأخبار، وقد تقدم بعضها} كموثق زياد بن سوفة.

[وقال] {أبو علي} [الطبرسي صاحب التفسير] رحمه الله {فيه} المعروف بمجمع البيان [لا يشترط اتحاد الفحل] {بل يكفي اتحاد المرضعة} [لأنه يكون بينهم] {مع اتحادها} [أخوة الأم] {وإن تعدد الفحل} [وهي تحرم التناكح] {بالنسب، والرضاع يحرم منه ما يحرم بالنسب، وهو متجه لو لا ورود النصوص عن أهل البيت عليهم السلام بخلافه} كصحيح بريد المتقدم وغيره، وعليه فيكون من الاجتهاد في مقابلة النص، وهو غير مسموع، أو استناداً إلى خبر محمد بن عبيدة الهمداني^(١) المهجور لدى الأصحاب، والضعيف في نفسه، فيتعين رده إلى أهله {وهي

مخصصة لما دُلَّ بعمومه على اتحاد الرضاع والنسب في حكم التحريم { كصحيح عبيد بن زرارة قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنا أهل بيت كبير - إلى أن قال -: فقال: ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع) ^(١) ونحوه غيره.

[ويستحب] { في الاسترضاع } [اختيار] { المرضعة } [العاقلة، المسلمة، العفيفة، الوضيئة] { الحسنة } الكريمة الأصل [للرضاع] { لأن الرضاع مؤثر في الطباع، والأخلاق، والصورة، قال النبي صلى الله عليه وآله: (أنا أفصح العرب بيد أي من قريش، وارتضعت من بني سعد، ونشأت في بني زهرة) ^(٢)، وكانت هذه القبائل أفصح العرب فافتخر بالرضاع كما افتخر بالنسب، وقال أمير المؤمنين عليه السلام { في موثق غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: { انظروا من يرضع أولادكم فإن الولد يشب عليه) ^(٣)، وقال الباقر عليه السلام { في صحيح زرارة: { عليكم بالوضاء من الظؤرة فإن اللبن يعدي) ^(٤) وقال لمحمد بن مروان: (استرضع لولدك بلبن الحسان وإياك والقباح فإن اللبن قد يعدي) ^(٥).

[ويجوز استرضاع الذمية عند الضرورة] { من غير كراهة } لصحيح سعيد بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا تسترضع الصبي المجوسية، وتسترضع له اليهودية والنصرانية، ولا يشربن الخمر، ويمنعن من ذلك) ^(٦) ونحوه غيره، وليس فيها ما يدل على الاضطرار، فتفطن { ويكره بدونها } لتأثير لبنها الخبثة،

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١) ما يحرم بالرضاع، ح ٥.

(٢) سفينة البحار، ج ٢، ص (٦٩٩). بتفاوت.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٨) أحكام الأولاد، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٩) أحكام الأولاد، ح ٢.

(٥) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٩) أحكام الأولاد، ح ١.

(٦) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٦) أحكام الأولاد، ح ١.

كما قيل {ويظهر من العبارة - كعبارة كثير - التحريم من دونها} لأن مفهومها عدم الجواز مع عدم الضرورة {والأخبار دالة على الأول} بل قد عرفت عدم الكراهة ولو مع عدم الضرورة [ويمنعها] {زمن الرضاعة} [من أكل الخنزير، وشرب الخمر] كما صرحت به النصوص المستفيضة المتقدم بعضها {على وجه الاستحقاق إن كانت أمته} لوجوب طاعته {أو مستأجرته وشرط عليها ذلك} للزوم الشرط بحسب المرتكزات العرفية {وإلا} تكن أمته، أو مستأجرته {توصل إليه بالرفق} لعدم لزومه عليها.

[ويكره تسليم الولد إليها لتحمله إلى منزلها] لصحيح الحلبي قال: (سألت عن رجل دفع ولده إلى ظئر يهودية أو نصرانية أو مجوسية ترضعه في بيتها أو ترضعه في بيته؟ قال: ترضعه لك اليهودية والنصرانية في بيتك وتمنعها من شرب الخمر وما لا يحل ولا يذهبن بولدك إلى بيوتهن... الحديث)^(١) لأنها ليست مأمونة عليه {لا بدنياً ولا نفسياً، فقد تسقيه الخمر، وتعلمه بعض عاداتها المحرمة أو المكروهة ونحو ذلك} [والمجوسية أشد كراهة] {أن تسترضع، للنهي عنه في بعض الأخبار المحمولة على الكراهة جمعاً} بين ما {قال عبد الله بن هلال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مظاهرة المجوس؟ فقال: لا، ولكن أهل الكتاب)^(٢)} وبين صحيح الحلبي المتقدم وغيره.

[ويكره أن تسترضع من ولادتها] {التي يصدر عنها اللبن} [عن زنا] {قال الباقر عليه السلام} في صحيح محمد بن مسلم {لبن اليهودية والنصرانية والمجوسية أحب

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٦) أحكام الأولاد، ح ٦.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٦) أحكام الأولاد، ح ٣.

إلي من ولد الزنا^(١) والمراد به ما ذكرنا { لا أن نفسها ولد زنا وإن كان حكمها كذلك، لصحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال: (سألت عن امرأة ولدت من الزنا، هل يصلح أن يسترضع بلبنها؟ قال: لا يصلح، ولا لبن ابنتها التي ولدت من الزنا)^(٢) {لأنه قال بعد ذلك: وكان لا يرى بأساً بولد الزنا إذا جعل مولى الجارية الذي فجر بالمرأة في حل} وقد رماها المحقق في الشرائع بالشذوذ، وعلمه الشارح بإعراض الأصحاب عنها، لمنافاتها للقواعد؛ لأن إحلال ما مضى من الزنا لا يرفع إثمه، ولا يدفع حكمه، فكيف يطيب لبنه؟! واعترضه: بأنه استبعاد محض في مقابلة النصوص الخالية عن المعارض.

{وكذا يكره استرضاع ذات البدعة في دينها، والتشويه في خلقها، والحمقاء، قال النبي ﷺ: { في خبر مسعدة بن صدقة { (لا تسترضعوا الحمقاء فإن اللبن يشب عليه)^(٣) وقال أمير المؤمنين عليه السلام: { في نفس الخبر { (لا تسترضعوا الحمقاء فإن اللبن يغلب الطباع) { ونحوه غيره.

[وإذا كملت الشرائط] {المعتبرة في التحريم} [صارت المرضعة أمّاً] {للرضيع} [والفحل] {صاحب اللبن} [أباً، وأخوتها أعماماً وأخوالاً، وأولادها أخوة، وآبأؤهما أجداداً، فلا ينكح أبو المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً] {لأنهم صاروا أخوة ولده، وأخوة الولد محرمون على الأب، ولذلك عطف المصنف التحريم بالفاء ليكون تفريراً على ما ذكره} وفاقاً للشيخ في غير المبسوط وابني حمزة وإدريس، بل نسبه بعضهم إلى الشهرة، بل وربما ادعي الإجماع عليه، كذا في

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٥) أحكام الأولاد، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٥) أحكام الأولاد، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٨) أحكام الأولاد، ح ٣.

الجواهر {والأخبار الصحيحة مصرحة بالتحريم هنا، وأنهم بمنزلة ولده} ففي صحيح أيوب بن نوح قال: (كتب علي بن شعيب إلى أبي الحسن عليه السلام امرأة أرضعت بعض ولدي، هل يجوز لي أن أتزوج بعض ولدها، فكتب عليه السلام: لا يجوز ذلك؛ لأن ولدها صارت بمنزلة ولدك)^(١) ونحوه غيره.

{وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط والقاضي وابن فهد {لا يحرم عليه مطلقاً} لا نسباً ولا رضاعاً {لأن أخت الابن من النسب إذا لم تكن بنتاً إنما حرمت؛ لأنها بنت الزوجة المدخول بها، فتحریمها بسبب الدخول بأمرها وهو منتف هنا؛ ولأن النص إنما ورد (بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) لا ما يحرم من المصاهرة، وأخت الولد إذا لم تكن ولداً إنما تحرم بالمصاهرة، وهو حسن} من حيث الاعتبار {لو لا معارضة النصوص الصحيحة، فالقول بالتحريم أحسن} بل هو المتعين، لأن مقابله اجتهاد في مقابلة النص الصحيح المعلن، وهو مردود.

[وكذا لا ينكح] {أبو المرتضع} {في أولاد المرضعة ولادة} بلا خلاف، كما في الجواهر {لصحيحة عبد الله بن جعفر قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: (أن امرأة أرضعت ولداً لرجل، هل يحل لذلك الرجل أن يتزوج ابنة هذه المرضعة أم لا؟ فوقع: لا تحل له)^(٢) ومثلها صحيحة أيوب بن نوح، وفيها: (لأن ولدها صارت بمنزلة ولدك)^(٣) ويترتب على ذلك تحريم زوجة أبي المرتضع عليه لو أرضعته جدته لأمه} كما هو المشهور، وللصحيحين المتقدمين وغيرهما {سواء كان بلبن جده أم غيره؛ لأن الزوجة حينئذ من جملة أولاد صاحب اللبن إن كان جداً، ومن جملة أولاد المرضعة نسباً

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٦) ما يحرم بالرضاع، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٦) ما يحرم بالرضاع، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٦) ما يحرم بالرضاع، ح ١.

إن لم يكن {جداً} فلا يجوز لأبي المرتضع نكاحها لاحقاً، كما لا يجوز سابقاً، بمعنى: أنه يمنعه سابقاً، ويبطله لاحقاً، وكذا لو أرضعت الولد بعض نساء جده لأمه بلبنه، وإن لم تكن جدة للرضيع؛ لأن زوجة أبي الرضيع حينئذٍ من جملة أولاد صاحب اللبن {الداخل في عموم الحرمة الدال عليه الصحيحان المتقدمان وغيرهما}.

[و] {كذا} [لا يجوز له] {نكاح أولادها} أي المرضعة [رضاعاً على قول الطبرسي] {لأنهم بمنزلة إخوة أولاده من الأم، وقد تقدم ضعفه، لما عرفت من أن التحريم مشروط باتحاد الفحل، وهو منفي هنا}.

[وينكح أخوة المرتضع نسباً في إخوته رضاعاً] {إذ لا أخوة بينهم، وإنما هم إخوة أخيه، وإخوة الأخ إذا لم يكونوا إخوة} من النسب {لا يجرمون على إخوته، كالأخ من الأب إذا كان له أخت من الأم فإنها لا تحرم على أخيه} من الأب {لانتفاء القرابة بينهما} الموجبة لحرمة النكاح، نعم قد يحكم بالكراهة، لموثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل تزوج أخت أخيه من الرضاعة، فقال: ما أحب أن أتزوج أخت أخي من الرضاعة)^(١) وظهوره في الكراهة واضح.

[وقيل] {والقائل الشيخ} [بالمنع] {للدلالة تعليل التحريم على أب المرتضع في المسألة السابقة بأنهم بمنزلة ولده عليه؛ ولأن أخت الأخ من النسب محرمة، فكذا من الرضاع، ويضعف: بمنع وجود العلة هنا، لأن كونهم بمنزلة أولاد أبي المرتضع غير موجود هنا، وإن وجد ما يجري مجراها، وقد عرفت فساد الأخير} فإن إخوة الأخ إنما يجرمون لو كانوا إخوة من النسب لا من الرضاع، فإن الأخت من الأم رضاعة لا تحرم على أخ أخيها من الأب نسباً.

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦) ما يحرم بالنسب، ح ٢.

[ولو لحق الرضاع العقد حرّم كالسابق] بلا خلاف فيه، للقطع بعدم الفرق بين الابتداء والاستدامة في تحريم الرضاع للنكاح مطلقاً، كما في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (لو أن رجلاً تزوج جارية رضيعة فأرضعتها امرأته ففسد النكاح)^(١) ونحوه غيره {فلو أرضعت أمه، أو من يحرم النكاح بإرضاعه كأخته، وزوجة أبيه، وابنه، وأخيه بلبنهم زوجته ففسد النكاح} اللاحق للعقد؛ لأنه مبطل له.

{ولو أرضعت كبيرة الزوجتين صغيرتهما حرمتا أبداً مع الدخول بالكبيرة} لأن الكبيرة صارت أم زوجة، والصغيرة بنتاً رضاعية وكلاهما يحرم نكاحها، بلا خلاف في ذلك كله، كما عن غير واحد {وإلا} يدخل بها فتحرم {الكبيرة} حيثئذ؛ لأنها بالرضاع تصبح أمّاً للزوجة فتحرم مؤبداً، وأما الصغيرة فلا تحرم مؤبداً؛ لأنها ربيبة غير مدخول بأمرها، فيجوز العقد عليها بعد فراق أمها {وينفسخ نكاح الجميع مطلقاً} سواء دخل بالكبيرة أم لا، كان الرضاع بلبنه أم لا.

[ولا تقبل الشهادة به إلا مفصلة] بلا خلاف، بل إجماعاً، كما عن غير واحد {فلا يكفي الشهادة بحصول الرضاع مطلقاً} وكيف اتفق بلا تفصيل يبين الحالة التي وقع عليها {للاختلاف في شرائطه كيفية وكمية، فجاز أن يكون مذهب الشاهد مخالفاً لمذهب الحاكم، فيشهد بتحريم ما لا يحرمه، ولو عُلِمَ موافقة رأي الشاهد لرأي الحاكم في جميع الشرائط فالمتجه الاكتفاء بالإطلاق} وإن كان التفصيل أحوط خروجاً من شبهة خلاف جمع {إلا أن الأصحاب أطلقوا القول بعدم صحتها إلا

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٠) ما يحرم بالرضا، ح ١.

مفصلة فيشهد الشاهدان: بأن فلاناً ارتضع من فلانة من الثدي، من لبن الولادة، خمس عشرة رضعة تامات، في الحولين من غير أن يفصل بينها برضاع امرأة أخرى، وبالجمللة فلا بد من التعرض لجميع الشرائط {المعتبرة عند الحاكم، ليعمل عليها بحسب اجتهاده} ولا يشترط التعرض لوصول اللبن إلى الجوف على الأقوى {لأن الشهادة بالرضاع تقتضي ذلك عادة.

{ويشترط في صحة شهادته به: أن يعرف المرأة في تلك الحال ذات لبن، وأن يشاهد الولد قد التقم الثدي، وأن يكون مكشوفاً لثلاً يلتقم غير الحلمة، وأن يشاهد امتصاصه له، وتحريك شفثيه، والتجرع، وحركة الحلق على وجه يحصل له القطع به} لا اعتبار العلم بمنطوق الشهادة {ولا يكفي حكاية القرائن وإن كانت هي السبب في علمه} بالرضاع المستلزم لوصول اللبن إلى الجوف {كأن يقول: رأيته قد التقم الثدي وحلقه يتحرك إلى آخره؛ لأن حكاية ذلك لا تعد شهادة وإن كان علمه مترتباً عليها، بل لا بد من التلفظ بما يقتضيه} اقتضاءً صريحاً بالمطابقة {عند الحاكم، ولو كانت الشهادة على الإقرار به قبلت} إلا أن يعلم استناده إلى مذهب مخالف لمذهب السامع، أو الحاكم {مطلقة} من دون تفصيل؛ لأنها شهادة على الإقرار، لا على الرضاع {لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز} الذي يقع تحته الإقرار المستند إلى القرائن {وإن أمكن استناد المقر إلى ما لا يحصل به التحريم عند الحاكم، بخلاف الشهادة على عينه} بالشرائط المتقدمة.

[وتحرم بالمصاهرة] {وهي علاقة تحدث بين الزوجين، وأقرباء كل منهما بسبب النكاح توجب الحرمة، ويلحق بالنكاح الوطء، والنظر، واللمس على وجه مخصوص} بأن يكون الوطء سابقاً على العقد، وأن يكون النظر واللمس على وجه لا يحل لغير مالك الوطء بملك، كما سيأتي تفصيله {وهذا هو المعروف من معناها لغة

وعرفاً، فلا يحتاج إلى إضافة وطء الأمة، والشبهة، والزنا، ونحوه إليها} كما صنع المحقق في الشرائع {وإن أوجب حرمة على بعض الوجوه} كالسابق على العقد في بعض الموارد {إذ ذاك ليس من حيث المصاهرة، بل من جهة ذلك الوطء، وإن جرت العادة بإلحاقه بها في بابها} فإن هذا الإلحاق من باب الاستطراد، وذلك خير من جعل المصاهرة منقولة عن معناها اللغوي إلى معنى أعم، لاندراج هذه الأمور الموجبة للتحريم فيها، كما لا يخفى.

فتحرم [زوجة كل من الأب فصاعداً] {كالجد وإن علا من الطرفين} إجماعاً مستفيض النقل، كما عن غير واحد، ولإطلاق قوله ع: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ﴾^(١) {والابن فنانزلاً} {وإن كان للبنت، وأطلق عليه الابن مجازاً} كما اشتهر، ولكن الأظهر أنه ابن حقيقة، لقوله ع: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾^(٢) كما استشهد بها الإمام عليه السلام على أنه ابن رسول الله ﷺ حقيقة [على الآخر] {وإن لم يدخل بها الزوج، لعموم} قوله ع: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾^(٣) وقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾^(٤) والنكاح حقيقة في العقد على الأقوى، والحليلة حقيقة في المعقود عليها للابن قطعاً} فتشمل المدخول بها وغيرها.

[و] كذا تحرم [أم الموطوء] {حلالاً} بعقد دائم أو منقطع، أو بملك أو تحليل، وإن علت لأب أو أم، وبناتها وإن سفلن لابن أو بنت، سواء تقدمت ولادتهن أم تأخرت ولو لم تكن في حجره وحضانتها، بلا خلاف أجده في شيء

(١) سورة النساء، آية (٢٢).

(٢) سورة النساء، آية (٢٣).

(٣) سورة النساء، آية (٢٢).

(٤) سورة النساء، آية (٢٣).

من ذلك بيننا، بل بين المسلمين كافة، بل هو إجماع منهم، كذا في الجواهر، ولقوله عز وجل: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾^(١) والتقيد بذلك في الآية غير معتبر، لمسل الصدوق قال: (قال علي عليه السلام: الربائب عليكم حرام كن في الجحور أو لم يكن)^(٢) المعتضد بالإجماع المتقدم وغيره من النصوص المتفرقة {أو حراماً} وفاقاً للأكثر نقلاً مستفيضاً ومحصلاً، بل المشهور كذلك، كما في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (أنه سئل عن الرجل يفجر بامرأة، أيتزوج بابنتها؟ قال: لا، ولكن إن كانت عنده امرأة ثم فجر بها أو أختها لم تحرم عليه امرأته، إن الحرام لا يفسد الحلال)^(٣) وصحيحه الآخر عن أحدهما عليه السلام قال: (سألت عن رجل فجر بامرأة أيتزوج أمها من الرضاعة أو ابنتها؟ قال: لا)^(٤) ونحوهما غيرهما.

وكذا [أم المعقود عليها] {وإن لم يدخل بها} [فصاعداً] {وهي جدتها من الطرفين} الأب والأم {وإن علت} [وابنة الموطوءة مطلقاً] تقدمت ولادتها على الوطء أم تأخرت ولو لم تكن في حجره على الأقوى [فنازلاً] {أي ابنة ابنها، وابنتها وإن لم يطلق عليها ابنة حقيقة} [لا ابنة المعقود عليها] {من غير دخول، فلو فارقها قبل الدخول حلّ له تزويج ابنتها، وهو موضع وفاق، والآية الكريمة} في قوله عز وجل: ﴿وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾^(٥) {صریحة في اشتراط الدخول في التحريم، وأما تحريم

(١) سورة النساء، آية (٢٣).

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٨) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٦.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٨) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (٧) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

(٥) سورة النساء، آية (٢٣).

الأم وإن لم يدخل بالبتن فعليه المعظم، بل كاد أن يكون إجماعاً، وإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَمْهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾^(١) يدل عليه، والوصف بعده بقوله: ﴿مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾^(٢) لا حجة فيه، إما لوجوب عوده إلى الجملة الأخيرة كالاستثناء المتعقب لعدة جمل فإنه يرجع على الأخيرة؛ ولو لأنه المتيقن، كما حرر في الأصول {أو لتعذر حمله عليهما من جهة أن من تكون مع الأولى بيانية، ومع الثانية ابتدائية، والمشارك لا يستعمل في معنييه معاً} كما هو صريح جمع في الأصول، ولخبر أبي بصير قال: (سألته عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها؟ فقال: تحل له ابنتها ولا تحل له أمها)^(٣) ونحوه غيره، وهو مستفيض {وبه - مع ذلك - نصوص} كمكاتبة الحميري عن صاحب الزمان (عج): (أنه كتب إليه: هل يجوز للرجل أن يتزوج بنت امرأة؟ فأجاب عليه: إن كانت ربيت في حجره فلا يجوز، وإن لم تكن ربيت في حجره وكانت أمها في غير حباله فقد روي أنه جائز، وكتب إليه: هل يجوز أن يتزوج بنت ابنة امرأة ثم يتزوج جدتها بعد ذلك، أم لا يجوز؟ فأجاب عليه: قد نهي عن ذلك)^(٤) {إلا أنها معارضة بمثلها، ومن ثم ذهب ابن أبي عقيل إلى اشتراط الدخول في تحريمها كالعكس، والمذهب هو الأول} لتضافر الأدلة المعتبرة عليه، مع ضعف المعارض في نفسه، وإعراض المشهور عنه.

[أما الأخت] {للزوجة} لأب كانت أم لأم أم لهما، بنسب أم رضاع [فتحرم جمعاً] {بينها وبينها} بإجماع علمائنا كافة، كذا في الرياض، ولإطلاق قوله عز وجل:

(١) سورة النساء، آية (٢٣).

(٢) سورة النساء، آية (٢٣).

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٨) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٥.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٨) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٧.

﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾^(١) بلا فرق بين الدائم والمنقطع وملك اليمين، كما لا فرق بين دخوله بالأولى أم لا، ولمعتبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في أختين نكح إحداهما رجل ثم طلقها وهي حبلى ثم خطب أختها فجمعهما قبل أن تضع أختها المطلقة ولدها، فأمره أن يفارق الأخيرة حتى تضع أختها المطلقة ولدها... الحديث)^(٢) ونحوه غيره {فمتى فارق الأولى بموت، أو فسخ، أو طلاق بائن، أو انقضت عدتها، حلت الأخرى، لا عينا} بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك، كما عن غير واحد، ولخبر علي بن أبي حمزة عن أبي إبراهيم عليه السلام (وسألت عن رجل كانت له امرأة فهلك، أيتزوج أختها؟ قال عليه السلام: من ساعته إن أحب)^(٣) ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل طلق امرأة أو اختلعت أو بانت، أله أن يتزوج بأختها؟ قال عليه السلام: إذا برئت من عصمتها ولم يكن له عليها رجعة، فله أن يخطب أختها)^(٤) ونحوهما غيرهما.

[والعمة والخالة] {وإن علنا} كعمة أم الزوجة وخالتها، وعمة أب الزوجة وخالته [يجمع بينهما، وبين ابنة أخيها، أو أختها] {وإن نزلنا} [برضاء العمة والخالة، لا بدونه] {بإجماع أصحابنا، وأخبارنا متضافرة به} كمعتبر أبي عبيدة الحذاء قال: (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها إلا بإذن

(١) سورة النساء، آية (٢٣).

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٤) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٨) العدد، ح ٣.

(٤) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٨) العدد، ح ٢.

العمة والخالة^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض {ثم إن تقدم عقد العمة والخالة توقف العقد الثاني على إذنها} كما هو المشهور شهرة عظيمة، ولموثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (لا تزوج ابنة الأخ ولا ابنة الأخت على العمة ولا على الخالة إلا بإذنها، وتزوج العمة والخالة على ابنة الأخ وابنة الأخت بغير إذنها)^(٢) ونحوه غيره.

{فإن بادر بدونه ففي بطلانه، أو وقوفه على رضاها فإن فسختها بطل، أو تخيرها فيه وفي عقدهما أوجه} بل أقوال:

الأول: ما اختاره المحقق في الشرائع والنافع، من انعقاد عقد الأولى صحيحاً فيستصحب، حيث لم يقع ما يجب رفعه، وبطلان الثاني للنهي عنه في أخبار تقدم بعضها، وخصوص خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: (سألته عن امرأة تزوج عليها عمتها وخالتها؟ فقال: لا بأس، وقال: تزوج العمة والخالة على ابنة الأخ وابنة الأخت، ولا تزوج بنت الأخ والأخت على العمة والخالة إلا برضى منهما، فمن فعل فنكاحه باطل)^(٣) والنهي يقتضي الفساد، ويشكل: بأن النهي إنما هو عن المعاملة وهو لا يوجب الفساد، اللهم إلا أن يقال: إن الحكم بالبطلان ظاهر في الفساد، ولكن ضعف الخبر يمنع من العمل به.

الثاني: وقوعه موقوفاً على رضاها مع لزوم عقدهما، كما هو مختار العلامة في جملة من كتبه وجمع غفير من المتأخرين، وتزلزل العقد الثاني، لعموم الوفاء

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٠) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٠) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٠) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٣.

بالعقد واندرج المتنازع فيه إذا تعقبه رضاء من يعتبر رضاه في هذا العموم فوجب الحكم بصحته؛ ولأنه عقد صدر بدون رضاء من يعتبر رضاه، فيكون فضولياً، وهو لا يقع فاسداً، بل موقوفاً، وهو الأجود.

الثالث: تنزل العقدین معاً، كما هو مختار الشيخين وأتباعهما، لوقوع العقدین صحيحين، أما الأول فظاهر، وأما الثاني؛ فلأنه صدر من أهله في محله جامعاً لشرائط الصحة، ثم إذا وقع العقدان صحيحان فنسبتهما إلى العمة والخالة سواء، ولما كان الجمع بينهما موقوفاً على رضاهاما تخيراً في رفع الجمع بين فسخ عقدهما، أو فسخ عقد الثانية، ويشكل: بأن فسخ العقد السابق بعد لزومه ممنوع، فينحصر رفع الجمع في فسخ الثاني، أو إبقائه، ولذا قال: {أوسطها الأوسط}.

{وإن تقدم عقد بنت الأخ والأخت وعلمت العمة والخالة بالحال فرضاهما بعقدتهما رضاً بالجمع} بلا خلاف معتد به أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع مستفيضاً أو متواتراً، كذا في الجواهر، ولإطلاق صحيح أبي عبيدة الحذاء قال: (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: (لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها إلا بإذن العمة والخالة)^(١) ونحوه غيره وهو متواتر، وهي خالية من التقييد بعلمهما، والشارح تبع العلامة في ذلك بلا مستند واضح، ولذا قال في الرياض: لا فرق بين علم الداخلة بكون المدخول عليها بنت أخ أو أخت وفاقاً للأكثر، لأصل الجواز، وإطلاق النصوص، ومنه تعرف التأمل في قوله {وإلا} تعلمان بالحال {ففي تخييرهما في فسخ عقد أنفسهما، أو فيه وفي عقد السابقة، أو بطلان عقدهما أوجه، أوجهها الأول} لأن جواز عقد الداخلة مشروط برضاها، فلا وجه لإبطاله

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٠) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.

بدونه، وعقد السابقة قد حكم بصحته ولزومه قبل العقد الثاني فيستصحب، وهو كما ترى! مبني على اشتراط علمهما، وهو مما لا دليل عليه.

{وهل يلحق الجمع بينهما بالوطء في ملك اليمين بذلك؟ وجهان} من أن الحكمة في عدم الجمع هي إجلال العمة والخالة، كما في خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن تزويج المرأة على عمتها وخالتها إجلالاً للعمة والخالة، فإذا أذنت فلا بأس)^(١)، ومن أن الحكم بعدم الجمع مختص بالعقد، كما هو ظاهر النص والفتوى، وعليه فالأقوى عدم حرمة الجمع بينهما بنكاحهما بالملك، للتعبير بالتزويج في أكثر النصوص المتقدم بعضها، وهو حقيقة في العقد؛ ولأن المملوكة ليست أهلاً للإذن، ولا للسلطنة على الزواج وغيره، اللهم إلا أن يكون حكماً تعبدياً.

{وكذا لو ملك إحداهما وعقد على الأخرى} اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن، وهو خصوص ما كان في العقد والتزويج {ويمكن شمول العبارة} التي ذكرها المصنف حيث لم يقيد بالتزويج والنكاح الظاهرين في العقد فتشمل الكل {لاتحاد الحكم في الجميع} كما تقدم من أن الحكمة في الحكم هو التعظيم وهو غير مختص بالتزويج، ولكن قد عرفت ضعفه.

[وحكم] {وطء} [الشبهة، والزنا السابق على العقد حكم الصحيح في المصاهرة] {فتحرم الموطوءة بهما على أبيه وابنه، وعليه أمها وبنتها إلى غير ذلك من أحكام المصاهرة} كما هو المشهور بما فيهما العمة والخالة، بل عن المرتضى والتذكرة الإجماع عليه، كما في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم قال: (سأل رجل أبا

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٠) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١٠.

عبد الله عليه السلام وأنا جالس عن رجل نال من حالته في شبابه ثم ارتدع، فيتزوج ابنتها؟ قال: لا... الحديث^(١) ونحوه غيره، وأما غيرهما فهو موافق للأكثر نقلاً مستفيضاً ومحصلاً، بل هو المشهور كذلك، كما في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: (أنه سئل عن الرجل يفجر بامرأة، أيتزوج بابنتها؟ قال: لا، ولكن إن كانت عنده امرأة ثم فجر بأمها أو أختها لم تحرم عليه امرأته، إن الحرام لا يفسد الحلال)^(٢) ونحوه غيره {ولو تأخر الوطء فيهما عن العقد، أو الملك لم تحرم المعقود عليها، أو المملوكة. هذا هو الأصح فيهما} كما عرفت في الأول، وأما الثاني فهو المشهور، شهرة عظيمة نقلاً وتحصيلاً، بل إجماعاً محكياً عن التذكرة، معتضداً بنفي الخلاف في محكي المبسوط، كما في الجواهر {وبه يجمع بين الأخبار الدالة على المنع مطلقاً} سواء تقدم الزنا أو الشبهة أم تأخر، كصحيح محمد بن المسلم المتقدم وغيره {و} ما دلّ {على عدمه كذلك} مطلقاً، كصحيح هشام بن المشني عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه سئل عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوجها؟ قال: نعم، وأمها وابنتها)^(٣) ونحوه غيره.

[وتكره ملموسة الابن ومنظورته] {على وجه لا تحل لغير مالك الوطء بعقد، أو ملك} [على الأب، وبالعكس] {وهو منظورة الأب وملموسته} [تحرم] {على ابنه، أما الأول؛ فلأن فيه جمعاً بين الأخبار التي دلّ بعضها على التحريم، كصحيحة محمد بن بزيع} عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٠) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٨) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٧.

لولده؟ فقال: بشهوة؟ قلت: نعم، قال: ما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة، ثم قال ابتداءً منه: إن جردها ونظر إليها بشهوة حرمت على أبيه وابنه^(١) {وغيرها} كصحيح عبد الله بن سنان وغيره وهو مستفيض^(٢) {و} دَلَّ {بعضها على الإباحة} كموثقة علي بن يقطين عن الكاظم عليه السلام بنفي البأس عن ذلك { فقد سأله (عن الرجل يقبل الجارية يباشرها من غير جماع داخل أو خارج، أتحل لابنه أو لأبيه؟ قال عليه السلام: لا بأس)^(٣) } {يحمل النهي على الكراهة}.

{وأما الثاني: وهو تحريم منظورة الأب وملموسته على الابن، فلصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: (إذا جرد الرجل الجارية ووضع يده عليها فلا تحل لابنه)^(٤) ومفهومها الحل لأبيه، فإن عمل بالمفهوم، وإلا {يعمل به لضعفه؛ لأنه من مفهوم اللقب {ف} تحل {بدلالة الأصل} وهو الحل المستفاد من قوله عليه السلام: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٥) {ولما سبق} في موثق ابن يقطين {وفيه نظر؛ لأن صحيحة ابن بزيع} وغيرها من الصحاح {دلت على التحريم فيها، ورواية علي بن يقطين دلت على نفيه فيها، فإن وجب الجمع بينهما بالكراهة، فالحكم في صحيحة محمد بن مسلم كذلك} يحمل على الكراهة جمعاً {وهذا هو الذي اختاره المصنف في شرح الإرشاد وجماعة} بل هو المشهور، لكثرة نصوصه، وصحة أساندها، ووضوح دلالتها.

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

(٢) يراجع بشأنها الوسائل، ج ٢٠، باب (٣) ما يحرم بالمصاهرة.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٧) نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٤.

(٥) سورة النساء، (٢٤).

{أو يعمل بالأولى} وهي صحاح ابن بزيع وغيرها {ترجيحاً للصحيح على الموثق، حيث يتعارضان، أو مطلقاً} ولو مع عدم التعارض، وهو كما ترى! خلاف التحقيق من حجية الموثق كحجية الصحيح بلا فرق، وعليه تعرف التأمل في قوله: {وتكون صحيحة محمد بن مسلم مؤيدة لأحد الطرفين} وهو حرمة ملموسة الأب على الابن {وهو الأظهر، فتحرم فيها، فالتفصيل غير متوجه} لا لما ذكره من ترجيح الصحيح على الموثق؛ لأن الموثق حجة كالصحيح، فالأجود التفصيل كما هو مذهب المصنف، لعدم التكافؤ بين الطائفتين، لكثرة العدد، وصحة السند، ووضوح الدلالة في التحريم في ملموسة ومنظورة الأب، وعدمه في ملموسة ومنظورة الابن.

{وقيدنا النظر واللمس بكونهما لا يحلان لغيره، للاحتراز عن نظر مثل الوجه والكفين بغير شهوة، فانه لا يحرم اتفاقاً} مضافاً إلى أصل الحل، وعموماته، بل حتى لو كان بشهوة فلا يستوجب الحرمة، لظهور النصوص فيما لا يشملها {وأما اللمس فظاهر الأصحاب وصرح به جماعة منهم تحريمه فيها مطلقاً} بشهوة كان أم لا {فيتعلق به الحكم مطلقاً} في الوجه والكفين وغيرهما {نعم يشترط كونهما بشهوة كما ورد في} بعض {الأخبار، وصرح الأصحاب} لكن صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام - مطلق - قال: {إذا جرد الرجل الجارية ووضع يده عليها فلا تحل لابنه} ونحوه غيره {فلا عبرة بالنظر المتفق ولمس الطبيب ونحوهما وإن كانت العبارة مطلقة} لأنه لم يقيد بها بالشهوة، ولعله استند في ذلك إلى الصحيح المتقدم

وغيره، ومقتضى الجمع بين النصوص حمل المقيد على الكراهة {هذا حكم المنظورة والملموسة بالنسبة إليهما} نفسيهما.

{وهل يتعدى التحريم إلى أمهما وابنتهما في حق الفاعل؟ قولان: مأخذهما أصالة الحل} لقوله عز وجل: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وراءَ ذَلِكَ﴾^٢ {واشترط تحريم البنت بالدخول في الآية} في قوله عز وجل: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾^٣ {ولا قائل بالفرق} بين الزوجة الحرة والأمة حتى يقال: إن الدخول شرط للتحريم في بنت الزوجة دون غيرها، وكذا لا فرق بين الأم والبنت هنا بالإجماع حتى يقال: تحريم البنت مشروط بالدخول بالأم، فلا يحرم بالنظر واللمس، بخلافه في الأم فيكفي مجرده، لإطلاق صحيحة عيص بن القاسم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باشر امرأة وقبّل غير أنه لم يفض إليها، ثم تزوج ابنتها؟ فقال: إن لم يكن أفضى إلى الأم فلا بأس، وإن كان أفضى إليها فلا يتزوج ابنتها) ونحوها غيرها {و} المحمولة على الكراهة جمعاً بينها وبين (صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام) (عن رجل تزوج بامرأة فنظر إلى رأسها أو إلى بعض جسدها، أيتزوج ابنتها؟ قال: لا إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها)^(١) {الدالة على التحريم، ويمكن الجمع بحمل النهي على الكراهة، وهو أولى} من القول بالحرمة، كما عن ابن الجنيّد والشيخ في الخلاف؛ لأن فيه طرحاً للنص الصحيح بدون مجوز.

(٢) سورة النساء آية (٢٤).

(٣) سورة النساء آية (٢٣).

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦) ما يحرم المصاهرة، ح ٢.

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٩) ما يحرم المصاهرة، ح ١.

{واعلم أن الحكم مختص بنظر المملوكة على ذلك الوجه} من كونه لا يحل لغير المالك {وما ذكرناه من الروايات دال عليها، وأما الحرة فإن كانت زوجة حرمت على الأب والابن بمجرد العقد} بلا حاجة إلى النظر واللمس، لصدق منكوحة الأب على الأولى، وصدق أنها من حلائل الأبناء على الثانية، وهما محرمتان - كذلك - بالإجماع، وصريح الكتاب العزيز، والسنة المستفيضة {وإن كانت أجنبية ففي تحريمها قولان}: من أن النظر المحرم إلى الأجنبية واللمس به هل ينشر الحرمة فتحرم به الأم وإن علت، والبنت وإن نزلت أم لا؟ - هكذا نقله فخر الدين في شرحه - ولم نقف على القائل بالتحريم، وعلى القول به لا تحرم المنظورة والملموسة على الفاعل، وإنما نقل الخلاف في أمها وبنتها، وكيف كان فهو قول ضعيف جداً، لا دليل عليه {ويظهر من العبارة الجزم به} حيث لم يقيد بالآمة {لأنه فرضها مطلقة، والأدلة لا تساعد عليه}.

[مسائل عشرون]:

[الأولى: لو تزوج الأم وابنتها في عقد واحد بطلا] اتفاقاً، و{للنهي عن العقد الجامع بينهما} في قوله عز وجل: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ ^(١) وخبر مسعدة بن زياد قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: يحرم من الإماء عشر: لا تجمع بين الأم والابنة، ولا بين الأختين، الحديث) ^(٢) و {لاستحالة الترجيح، لاتحاد نسبته إليهما} فالعقد على كل واحدة منهما موجب في نفس الوقت لبطلان عقد الأخرى، لحمة الجمع، ولا مرجح لأحدهما على الأخرى فيبطل كل من العقدين.

{ولو جمع بين الأختين فكذلك} يبطل نكاحهما معاً، كما عن جمع منهم الشيخ في المبسوط وابني إدريس وحمزة وغيرهم {لاشتراكهما في ذلك} وهو حرمة الجمع بينهما، فيمتنع العقد حينئذٍ على كل منهما، والمفروض أن نسبته إليهما واحدة، ولا مرجح، ولتحريم الجمع بينهما في الكتاب الكريم، المقتضي للفساد.

[وقيل] {والقائل الشيخ وجماعة منهم العلامة في المختلف} [يتخير] {واحدة منهما، لمرسلة جميل بن دراج عن أحدهما عليه السلام} (في رجل تزوج أختين في عقد واحد، قال: هو بالخيار أن يمسك أيهما شاء، ويخلي سبيل الأخرى) ^٢ وهي مع إرسالها غير صريحة في ذلك} وهو التخيير بنفس العقد {لإمكان إمساك أحدهما بعقد جديد} ويشكل:

(١) سورة النساء، آية (٢٣).

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٩) ما يحرم المصاهرة، ح ٨.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٥) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.

أولاً: بأن الصدوق رواها بطريق صحيح عن جميل، وهي لا تتضمن ما ينافي حكم العقل، كما وأن له نظائر كثيرة في الشرع.

وثانياً: بأنها صريحة في المطلوب، وتأويلها بما ذكره خلاف الظاهر، اللهم إلا أن يقال: إن إعراض المعظم عن العمل بها، وقوة القواعد المنافية لها موجب لو هنها.

{ومثله} في البطلان بمقتضى نفس الدليل المتقدم {ما لو جمع بين خمس في عقد واحد، أو بين اثنتين وعنده ثلاث} زوجات {أو بالعكس} كما لو كان عنده اثنتان وعقد على ثلاث {ونحوه} كما لو عقد على أربع وعنده واحدة.

[ويجوز الجمع بين الأختين] بل الأخوات {في الملك} دون الوطء اتفاقاً، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال محمد بن علي عليه السلام في أختين مملوكتين تكونان عند الرجل جميعاً، قال: قال علي عليه السلام: أحلتها آية، وحرمتها أخرى وأنا أنهى عنهما نفسي وولدي)^(١) قال الشيخ: يعني أحلتها آية في الملك، وحرمتها أخرى في الوطء، ونحوه غيره {وكذا بين الأم وابنتها فيه، وإنما يحرم الجمع بينهما في النكاح وتوابعه من الاستمتاع} كالوطء والنظر واللمس ونحوهما بشهوة.

[ولو وطأ إحدى الأختين المملوكتين حرمت الأخرى حتى تخرج الأولى عن ملكه] {بيع، أو هبة، أو غيرها} كالتصدق بها، أو عتقها، إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، ولإطلاق قوله عليه السلام: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾^(٢) ولصحيح عبد الله بن سنان قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا كانت عند الرجل الأختان

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٩) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٣.

(٢) سورة النساء، آية (٢٣).

المملوكتان فنكح إحداها ثم بدا له في الثانية فنكحها فليس ينبغي له أن ينكح الأخرى حتى تخرج الأولى من ملكه يهبها، أو يبيعها، فإن وهبها لولده يجزيه^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض.

{وهل يكفي مطلق العقد الناقل للملك أم يشترط لزومه فلا يكفي البيع بخيار، والهبة التي يجوز الرجوع فيها وجهان: من إطلاق النص} المتقدم في {اشتراط خروج الأولى عن ملكه، وهو حاصل بمطلقه، ومن أنها مع تسلطه على فسخه بحكم المملوكة، ويضعف} الأخير {بأن غاية التحريم إذا علق على مطلق الخروج لم يشترط معها أمر آخر، لئلا يلزم جعل ما جعله الشارع غاية ليس بغاية، وقدرته على ردها إلى ملكه لا تصلح للمنع؛ لأنه بعد الإخراج اللازم متمكن منه دائماً على بعض الوجوه بالشراء، والاتهاب وغيرهما من العقود، فلاكتفاء بمطلق الناقل أجود}.

{وفي الاكتفاء بفعل ما يقتضي تحريمها عليه كالتزويج، والرهن، والكتابة وجهان: منشؤهما حصول الغرض: وهو تحريم الوطء، وانتفاء النقل الذي هو مورد النص، وهو الأقوى} وقوفا فيما خالف الأصل على مورد النص {ولا فرق في تحريم الثانية بين وطء الأولى في القبل والدبر} لإطلاق النص والفتوى الشامل لهما {وفي مقدماته من اللمس والقبلة والنظر بشهوة نظر: من قيامها مقام الوطء} في التحريم {كما سلف، وعدم صدق الوطء بها} فيبقى استصحاب الحل بلا قاطع، وهو أجود.

[فلو وطء الثانية فعل حراماً] {مع علمه بالتحريم} لأنه أقدم متعمداً على ما يعلم بحرمة [ولم تحرم الأولى] كما عن الشيخ في المبسوط وابن إدريس والمحقق

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٩) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

وأكثر المتأخرين {لأن الحرام لا يحرم الحلال، والتحریم إنما تعلق بوطء الثانية، فيستصحب، ولأصالة الإباحة} في الأولى {وعلى هذا فمتى أخرج إحداهما فالثانية محرمة دون الأولى} كما هو مورد أكثر من نص.

{وقيل} والقائل الشيخ في النهاية وابن البراج وسعيد والعلامة في المختلف وولده والمصنف في شرح الإرشاد والكركي في جامع المقاصد {متى وطء الثانية علماً بالتحریم حرمت عليه الأولى أيضاً إلى أن تموت الثانية، أو يخرجها عن ملكه لا لغرض العود إلى الأولى، فإن اتفق إخراجها لا لذلك، حلت له الأولى، وإن أخرجها ليرجع إلى الأولى، فالتحریم باق، وإن وطء الثانية جاهلاً بالتحریم لم تحرم عليه الأولى، ومستند هذا التفصيل روايات بعضها صريح فيه {كصحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (سألته عن رجل عنده أختان مملوكتان فوطء إحداهما ثم وطء الأخرى، فقال: إذا وطء الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى، قلت: أرايت إن باعها؟ فقال: إن كان إنما يبيعها لحاجة، ولا يخطر على باله من الأخرى شيء، فلا أرى بذلك بأساً، وإن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا) ^(١) ونحوه غيره {و} هي {خالية عن المعارض} إلا ما يظهر من صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قلت له: الرجل يشتري الأختين فيطأ إحداهما ثم يطأ الأخرى بجهالة، قال: إذا وطء الأخيرة بجهالة لم تحرم عليه الأولى، وإن وطء الأخيرة وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً) ^(٢) ولكن ذيله معرض عنه، لمعارضته بما تقدم {فالقول به متعين، وبه يتنفي ما عللوه في

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٩) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٩.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٩) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٥.

{الأول} من أن الحرام لا يحرم الحلال، وأصالة الإباحة، فإن مثل هذه الأصول مقطوعة بالنصوص الصحيحة الصريحة في الحكم.

{ولو ملك أماً وبنتها ووطء إحداهما حرمت الأخرى مؤبداً} لما مر من حرمة أم الموطوءة وبنتها مطلقاً {فإن وطء المحرمة عالماً حدّ} حد الزنا؛ لأنه زانٍ {ولم تحرم الأولى} لأن الحرام لا يحرم الحلال {وإن كان جاهلاً قيل: حرمت الأولى أيضاً مؤبداً. ويشكل: بأنه حينئذٍ لا يخرج عن وطء الشبهة، أو الزنا، وكلاهما لا يحرم لاحقاً كما مر، وخروج الأخت عن الحكم للنص} المتقدم في القول الثاني {وإلا كان اللازم منه عدم تحريم الأولى مطلقاً} عالماً كان أم جاهلاً {كما اختاره هنا}.

[الثانية: لا يجوز أن يتزوج أمة على حرة إلا بإذنها] {وهو موضع وفاق} ولصحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام هل للرجل أن يتمتع من المملوكة بإذن أهلها وله امرأة حرة؟ قال: نعم إذا رضيت الحرة، قلت: فإن أذنت الحرة يتمتع منها؟ قال: نعم)^(١) وهو وإن كان مورده المتعة إلا أنه لا قائل بالفرق بينها وبين الدوام، كما عن الرياض [فلو فعل] {بدون إذنها} [وقف العقد على إجازتها] {ولا يقع باطلاً} كما عن جمع من المتأخرين {لعموم الأمر بالوفاء بالعقد، وليس المانع هنا إلا عدم رضاها، وهو مجبور بإيقافه على إجازتها كعقد الفضولي، ولرواية سماعه عن الصادق عليه السلام} (عن رجل تزوج أمة على حرة فقال: إن شاءت الحرة أن تقيم مع الأمة أقامت، وإن شاءت ذهبت إلى أهلها... الحديث)^(٢) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٦) المتعة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٧) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٣.

{وقيل} والقائل ابن إدريس والمحقق وهو الذي يظهر من الشيخ في المبسوط والبيان {يطل، لحسنة الحلبي (من تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل)^(١) ونحوه ورد عن حذيفة بن منصور عنه عليه السلام وزاد فيها (أنه يعزر اثني عشر سوطاً ونصفاً ثمن حد الزاني وهو صاغر)^(٢) وتأويل البطلان {الوارد في الحسنة المتقدمة {بأنه آيل إليه على تقدير اعتراض الحرة خلاف ظاهره، ورواية سماعة قاصرة عن معارضته {لكنها لما كانت من الموثق - الذي هو حجة - فالتعارض متحقق، خصوصاً مع موافقتها لصحيح يحيى الأزرق قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له وليدة فتزوج حرة ولم يعلمها بأن له امرأة وليدة؟ فقال: إن شاءت الحرة أقامت، وإن شاءت لم تقم، قلت: قد أخذت المهر فتذهب به؟ قال: نعم، بما استحلت من فرجها)^(٣) وحمل الحسنة على ما ذكر جمعاً أولى من طرحها {وعلى البطلان ينزل عقد الأمة منزلة المعدوم} كما هو ظاهر.

{وعلى} القول بـ {إيقافه، قيل: والقائل} الشيخان وسلار وابنا البراج وحمة {للحرة فسخ عقدها أيضاً، كالعمة والخالة، وهو ضعف في ضعف} لأن مستنده موثق سماعة وهو ضعيف عنده فما يبتني عليه يكون ضعيفاً، ولكن قد عرفت ما فيه {وجواز تزويج الأمة بإذن الحرة المستفاد من الاستثناء} في كلام المصنف المتقدم في أول المسألة {مختص بالعبد} وقوفاً على مورد النص، وقد عرفت ما فيه {أو بمن يعجز عن وطء الحرة دون الأمة ويخشى العنت} وهو أحد القولين في المسألة

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٦) ما يحرم بالمصاهرة ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٧) ما يحرم بالمصاهرة ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٧) ما يحرم بالمصاهرة ح ١.

كما سيأتي {أو مبني على القول بجواز تزويج الأمة بدون الشرطين} وهما الطول وخوف العنت {وإن كان الأقوى خلافه، كما نبه عليه بقوله}:

[و] {كذا} [لا يجوز للحر أن يتزوج الأمة مع قدرته على تزويج الحرة] {بأن يجد الحرة، ويقدر على مهرها، ونفقتها ويمكنه وطؤها، وهو المعبر عنه بالطول} [أو مع عجزه إذا لم يخش العنت] {وهو لغة: المشقة الشديدة، وشرعاً} بناءً على ثبوت الحقيقة الشرعية، وقد تقدم منه إنكارها في أول الكتاب، فتفطن {الضرر الشديد بتركه؛ بحيث يخاف الوقوع في الزنا، لغلبة الشهوة، وضعف التقوى، وينبغي أن يكون الضرر الشديد وحده كافياً وإن قويت التقوى، للحرص، أو الضرر المنفيين، وأصالة عدم النقل} من المعنى اللغوي إلى معنى آخر، كما عن ابني عقيل والجنيد والشيخين وابن البراج وغيرهم، بل في كشف اللثام نسبته إلى أكثر المتقدمين، بل نسبه غير واحد إلى الشهرة، كما في الجواهر، لقوله رحمه الله: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُم مِّنْ بَعْضٍ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ... ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾^(١) ولصحيح زرارة بن أعين عن أبي جعفر قال: (سألته عن الرجل يتزوج الأمة، قال: لا، إلا أن يضطر إلى ذلك)^(٢) ونحوه غيره وهو مستفيض، المحمول فيها الاضطرار على فقد الشرطين، أو أحدهما، بقريئة الآية المتقدمة.

{وعلى اعتبار الشرطين ظاهر الآية} المتقدمة، لتعليق الجواز فيها عليهما {وبمعناها رواية} موثقة عن {محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام}: (قال سألت أبا

(١) سورة النساء، آية (٢٥).

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٥) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

جعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج المملوكة؟ قال: إذا اضطر إليها فلا بأس^(١) ونحوه غيره {ودلالته} على عدم الجواز {بمفهوم الشرط، وهو حجة عند المحققين}.

[وقيل] والقائل جماعة، كما في الجواهر، وفي الشرائع: هو الأشهر، بل في الغنية الإجماع عليه [يجوز] {العقد على الأمة مع القدرة على الحرية} [على كراهة] {للأصل} وهو الجواز، أو عدم الحرمة {وعمومات الكتاب، مثل} ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾^(٢) ﴿وَلَا أُمَّةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ﴾^(٣) ﴿وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٤) ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾^(٥) ولرواية ابن بكير - الرسالة - عن الصادق عليه السلام: (لا ينبغي أن يتزوج الرجل الحر المملوكة اليوم إنما كان ذلك حيث قال الله عز وجل ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً﴾ والطول المهر، ومهر الحرية اليوم مثل مهر الأمة أو اقل)^(٦) ونحوها غيرها {وهو ظاهر في الكراهة}.

{ويضعف: بأن الاشتراط المذكور} في الآية وبعض الروايات المعتبرة {مخصص لما ذكر من العمومات، والرواية - مع إرسالها - ضعيفة} عنده؛ لأنها من الموثق {وضعف مطلق المفهوم} للشرط {ممنوع} ولو سلم، فهو هنا حجة بقرينة النصوص الدالة عليه {وتنزيل الشرط على الأغلب} وهو أن غير المستطيع يتزوج الأمة إذا خشي العنت {خلاف الظاهر} [وهو] {أي القول بالجواز} [مشهور]

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٥) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٦.

(٢) سورة المؤمنون، آية (٦).

(٣) سورة البقرة، آية (٢٢١).

(٤) سورة النساء، آية (٢٤).

(٥) سورة النور، آية (٣٢).

(٦) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٥) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٥.

{بين الأصحاب، إلا أن دليله غير ناهض عليه، فلذا نسبته إلى الشهرة} ويشكل: بأن (من) في صدر الآية ليست من أدوات الشرط، بل التي منها هي (من) الجازمة، فهي هنا اسم موصول بمعنى الذي، وعليه فلا شرط حتى يقال: بحجتيه وعدمها، إلا أن يقال: بأن اقتران الجزاء بالفاء يدل على أن (من) هنا شرطية، لكن دلالة على المفهوم غير واضحة؛ لأن النصوص المدعى دلالتها عليهما غايتها الكراهة، لتعليقه على الاضطرار، الظاهر أنه ليس بمعنى الضرورة التي تبيح المحرم، واشتمال النصوص المقابلة على لفظ (لا ينبغي) الظاهر في الكراهة، مع اعتضادها بالمشهور، وذيل الآية في قوله وَرَدَّ: ﴿وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ فعدم الصبر مع الطول وعدم خوف العنت ليس محرماً، بل غايتها الكراهة، فتدبر ولاحظ.

[فعلى] {القول} {الأول لا يباح} {نكاح الأمة} {إلا بعدم الطول} {وهو لغة: الزيادة والفضل. والمراد به هنا الزيادة في المال وسعته؛ بحيث يتمكن معها من نكاح الحرة، فيقوم بما لا بد منه من مهرها، ونفقتها، ويكفي للنفقة وجوده بالقوة كغلة الملك} لأنه كوجوده فعلاً {وكسب ذي الحرفة} كذلك [وخوف العنت] {بالفتح وأصله انكسار العظم بعد الجبر، فاستعير لكل مشقة وضرر، ولا ضرر أعظم من موقعة المأثم} وهو الزنا {والصبر عنها مع الشرطين أفضل، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾^(١)} {وتكفي الأمة الواحدة} {وهو أحد الشرطين في الجواز} اللهم إلا أن يفرض بقاء الحاجة إلى الزائد عليها [وعلى الثاني] {وهو الجواز

مطلقاً} مع الطول وعدمه، وخوف العنت وعدمه، لكن على كراهة كما استظهرناه، فـ [تباح اثنتان] {لا أزيد، كما سيأتي} في بابه.

[الثالثة: من تزوج امرأة في عدتها بائة كانت أو رجعية] {أو عدة وفاة، أو عدة شبهة، ولعله غلب عليها اسم البائة} [عالمًا بالعدة، والتحريم بطل العقد، وحرمت عليه أبداً] {ولا فرق بين العقد الدائم والمنقطع، لإطلاق النصوص الشامل لجميع ما ذكر} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾^(١) ولموثق إسحاق بن عمار قال: (قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: بلغنا عن أبيك أن الرجل إذا تزوج المرأة في عدتها لم تحل له أبداً، فقال: هذا إذا كان عالمًا، فإذا كان جاهلاً فارقها وتعتد، ثم يتزوجها نكاحاً جديداً)^(٢) ونحوه غيره وهو مستفيض [وإن جهل أحدهما] {العدة، أو التحريم} [أو جهلها حرمت] عليه مؤبداً [إن دخل] {بها قبلاً، أو دبراً} للإطلاق [وإلا فلا] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا تزوج الرجل المرأة في عدتها، ودخل بها لم تحل له أبداً عالمًا كان أو جاهلاً، وإن لم يدخل بها حلت للجاهل، ولم تحل للآخر)^(٣) ونحوه غيره وهو مستفيض.

{ولو اختص العلم بأحدهما دون الآخر اختص به حكمه، وإن حرم على الآخر التزويج به من حيث المساعدة على الإثم والعدوان} لذيل صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام (قال: - إلى أن قال - فقلت: فإن كان أحدهما متعمداً

(١) سورة البقرة، آية، (٢٣٥).

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٧) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١٠.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٧) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٣.

والآخر يجهل، فقال: الذي تعمد لا يحل له أن يرجع إلى صاحبه أبداً^(١) وهو مختص بعدم الدخول، لما تقدم {ويمكن سلامته من ذلك} أي من التحريم من حيث المساعدة {بجهله التحريم، أو بأن يخفى عليه عين الشخص المحرم مع علم الآخر، ونحو ذلك} كجهله بأن المقابل عالم في حال العقد {وفي الحكم بصحة العقد على هذا التقدير نظر} من أن التحريم من حيث المساعدة على الإثم لا يقتضي الفساد، ومن أن الحكم بصحة العقد من طرف الجاهل يناسب الحكم بفساده من طرف العالم، لعدم إمكان الحكم بالصحة من جهة دون أخرى بحسب الواقع؛ لأن الحرمة هنا أبداً من طرف تستلزمها من الطرف الآخر، لعدم قابلية التبعض في نفس الأمر، ولذا اكتفي في المحرمات أجمع بذكر حرمتها ولو من جهة.

{ويتعدى التحريم على تقدير الدخول إلى أبيه وابنه، كالمطوعة بشبهة مع الجهل، والمزني بها مع العلم، وفي إلحاق مدة الاستبراء بالعدة} للأمة المشتراة {فتحرم بوطئها فيها وجهان، أجودهما عدم، للأصل} وهو استصحاب الحل؛ ولأن المتبادر من العدة في النصوص لا يشمل مدة الاستبراء، لانصرافه إلى غيرها {وكذا الوجهان} التحريم، والعدم {في العقد عليها مع الوفاة المجهولة ظاهراً قبل العدة مع وقوعه بعد الوفاة في نفس الأمر، أو الدخول مع الجهل، والأقوى عدم التحريم، لانتفاء المقتضي له، وهو كونها معتدة، أو مزوجة، سواء كانت المدة} التي وقع فيها العقد أو الدخول {المتخللة بين الوفاة والعدة بقدرها أم أزيد أم أنقص، وسواء وقع العقد أو الدخول في المدة الزائدة عنها أم لا؛ لأن العدة إنما تكون بعد العلم بالوفاة، أو

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٧) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٤.

ما في معناه { كشهادة العدلين، أو حكم الحاكم بها بعد الفحص } وإن طال الزمان { .

{ وفي إلحاق ذات البعل بالمعتدة وجهان: من أن علاقة الزوجية فيها أقوى } فيكون التحريم فيها من باب أولى، ويشكل: باحتمال كون التحريم من مختصات العدة، فلا يشمل ذات البعل، وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال { وانتفاء النص } في ذات البعل، وهذا من الغرائب، لتعدد النصوص في هذا المقام، كموثق أديم بن الحر - المطلق - قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام): التي تتزوج ولها زوج يفرق بينهما ثم لا يتعاودان أبداً)^(١) ونحوه غيره { والأقوى أنه مع الجهل وعدم الدخول لا تحرم } مؤبداً مع اليقين بطلان العقد، إجماعاً، كما عن الرياض { كما أنه لو دخل بها عالماً حرمت } عليه مؤبداً بلا خلاف، كما عن الرياض وغيره { لأنه زان بذات البعل، والإشكال فيهما واه } بل لا إشكال فيهما { وإنما يقع الاشتباه } في الحرمة الأبدية { مع الجهل والدخول، أو العلم مع عدمه، ووجه الإشكال: من عدم النص عليه بخصوصه } ويشكل: بوجوده في كلتا صورتين، أما الأولى، فموثق زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (إذا نعي الرجل إلى أهله، أو أخبروها أنه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت، فجاء زوجها الأول، فإن زوجها الأول أحق بها من هذا الأخير، دخل بها الأول أم لم يدخل بها، وليس للآخر أن يتزوجها أبداً، ولها المهر بما استحلت من فرجها)^(٢) وفي الثانية مفهوم مرفوع أحمد بن محمد (أن الرجل إذا

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٦) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٦) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٦.

تزوج امرأة وعلم أن لها زوجاً، فرق بينهما، ولم تحل له أبداً^(١) ومنه تعرف ما في قوله: {وكون الحكم بالتحريم هنا أولى، للعلاقة، ولعله أقوى}.

{وحيث لا يحكم بالتحريم يحدد العقد بعد العدة إن شاء، ويلحق الولد به لكونه وطء شبهة {مع الدخول وجهل الجاهل منها إن ولد في وقت إمكانه منه} كما لو ولدت بعد مضي أقل مدة الحمل - وهي ستة أشهر - من وطء الثاني، وبعد مضي أقصى مدة الحمل - وهي سنة - من وطء الأول، ففي الرياض: بلا إشكال، بل في الجواهر قطعاً، لمسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليه السلام (في المرأة تزوج في عدتها؟ قال: يفرق بينهما وتعد عدة واحدة منهما جميعاً، وإن جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر فهو للأخير، وإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر، فهو للأول)^(٢).

{ولها مهر المثل مع جهلها بالتحريم} وإن كان الواطئ عالماً به، وكان الأولى، بل المتعين استحقاقها المسمى، كما عن الشيخ والعلامة وغيرهما، لموثق سليمان بن خالد (قال: سألته عن رجل تزوج امرأة في عدتها، قال: فقال عليه السلام: يفرق بينهما، وإن كان دخل بها، فلها المهر بما استحل من فرجها... الحديث)^٢ وهو ظاهر في المسمى كما هو أوضح من أن يخفى، ونحوه غيره.

{وتعد منه بعد إكمال الأولى} هذا مع جهلها وإن كان عالماً؛ لأنه مع علمها يكون زانياً ولا عدة له. محتسبة أيام وطء الثاني منها، وتستأنف عدة أخرى للثاني، وفقاً للمشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل يمكن دعوى الإجماع

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٦) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١٠.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٧) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١٤.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٧) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٧.

عليه، بل عن الشيخ في الخلاف الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قال المرأة الحبلى يتوفى عنها زوجها فتضع وتزوج قبل أن تعتد أربعة أشهر وعشراً، فقال: إن كان الذي تزوجها دخل بها فرق بينهما ولم تحل له أبداً، واعتدت بما بقي عليها من عدة الأول، واستقبلت عدة أخرى من الآخر ثلاثة قروء... الحديث) ونحوه غيره.

[الرابعة: لا تحرم المزي بها على الزاني] وفاقاً للمشهور شهرة عظيمة، بل في محكي الخلاف الإجماع عليه، كما في الجواهر، ولصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن رجل فجر بامرأة ثم بدا له أن يتزوجها، فقال عليه السلام: حلال، أوله سفاح، وآخره نكاح، أوله حرام وآخره حلال)^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض [إلا أن تكون ذات بعل] {دواماً ومتعة، والمعتدة رجعية بحكمها} إجماعاً {دون البائن} والمعتدة عدة الوفاة، والموطوءة شبهة، أو بالملك، ولم نجد فيه خلافاً، كذا في الجواهر، لأصل الحل، والعمومات السالمة عن المعارض {والحكم فيه موضع وفاق} وفي الانتصار الإجماع عليه في ذات العدة، بل عن الغنية والحلي والفخر الإجماع عليه مطلقاً، سواء كانت مدخولاً بها أم لا، عالمة أم جاهلة، عالماً كان الزاني أم جاهلاً، وقد يقال: بأولوية ذلك من العقد عليها، وعدم الدخول مع العلم، والدخول بها مع الجهل، وقد نسبه بعض المتأخرين إلى الرواية، لكن لم نجدها في مظانها المعهودة، اللهم إلا ما عن الفقه المنسوب للرضا عليه السلام في قوله: (من زنا بذات بعل محصناً كان أو غير محصن ثم طلقها زوجها، أو مات عنها

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٧) ما يجرم بالمصاهرة، ح ٢

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١١) ما يجرم بالمصاهرة، ح ١.

وأراد الذي زنا بها أن يتزوجها لم تحل له أبداً^(١) لكن لما كان حاله معلوماً عند الأصحاب، فينحصر الدليل بالإجماع.

{وفي إلحاق الموطوءة بالملك بذات البعل وجهان: مأخذهما مساواتها لها في كثير من الأحكام، خصوصاً المصاهرة، واشتراكهما في المعنى المقتضي للتحريم وهو صيانة الأنساب عن الاختلاط} ويشكل: بأن ما ذكر لا يخرج عن كونه علة مستنبطة، ومعه فلا يسري الحكم على جميع الأفراد {و} من {أن ذلك كله لا يوجب الإلحاق مطلقاً} في جميع الموارد والأحكام {وهو الأقوى}.

[ولا تحرم الزانية] {على الزاني، ولا على غيره} لعمومات الحل، وأصالته، ولقولهم عليه السلام: (الحرام لا يفسد الحلال) {ولكن يكره تزويجها} {مطلقاً} على الزاني وغيره، مع التوبة أم لا [على الأصح] {خلافًا لجماعة} كالشيخين وأتباعهما {حيث حرموه على الزاني ما لم يظهر التوبة، ووجه الجواز الأصل} وهو الحل، أو أصالة عدم التحريم المؤبد {وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (أيما رجل فجر بامرأة ثم بدا له أن يتزوجها حلالاً، فإذا أوله سفاح وآخره نكاح، فمثله كمثل النخلة أصاب الرجل من ثمرتها ثم اشتراها فكانت له حلالاً)^(٢) ونحوها غيرها} {ولكن يكره، للنهي عن تزويجها مطلقاً} للزاني وغيره {في عدة أخبار} كصحيح الحلبي قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تتزوج المرأة الملعنة بالزنا، ولا يتزوج الرجل المعلن بالزنا إلا بعد أن تعرف منهما التوبة)^(٣) ونحوه غيره {المحمول على الكراهة جمعاً} بينه وبين ما يظهر منه الجواز مطلقاً.

(١) مستدرك الوسائل باب (١١) ما يحرم بالمصاهرة ج ٨.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١١) ما يحرم بالمصاهرة ج ٣.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٣) ما يحرم بالمصاهرة ج ١.

{واحتج المانع} وهو الشيخ في النهاية وابن البراج وأبو الصلاح {برواية أبي بصير قال: (سألته عن رجل فجر بامرأة ثم أراد بعد أن يتزوجها، فقال: إذا تابت حل له نكاحها، قلت، كيف يعرف توبتها؟ قال: يدعوها إلى ما كانت عليه من الحرام فإن امتنعت واستغفرت ربها عرف توبتها)^(١) وقريب منه ما روى عمار عن الصادق عليه السلام { قال: (سألته عن الرجل يحل له أن يتزوج امرأة كان يفجر بها؟ قال: إن أنس منها رشداً فنعم، وإلا فليرادها على الحرام فإن تابعته فهي عليه حرام، وإن أبت فليتزوجها)^(٢) ونحوه غيره {والسند فيها ضعيف} لم يعرف وجهه سوى ما قيل: من اشتراك أبي بصير بين الثقة والضعيف، لكن الظاهر وثاقة المسمين بأبي بصير ثلاثتهم، ولاشتمال الثاني على عمار وهو واقفي، لكنه ثقة {وفي الأولى قطع} لعدم معرفة المسؤول أهو الإمام أم غيره، ولا يخفى ما فيه؛ لأن مثل أبي بصير لا يسأل غير الإمام عليه السلام {و} على كل {لو صححتا لوجب حملها على الكراهة جمعاً} بينها وبين ما هو ظاهر في الجواز.

[ولو زنت امرأته لم تحرم عليه على الأصح، وإن أصرت] {على الزنا} كما هو المشهور {للأصل} وهو عدم التحريم، ولعموم (أن الحرام لا يحرم الحلال) {والنص} الصحيح عن عباد بن صهيب عن جعفر بن محمد عليه السلام قال: (لا بأس أن يمسك الرجل امرأته إن رآها تزني إذا كانت تزني، وإن لم يقم عليها الحد فليس عليه من إثمها شيء)^(٣) ونحوه غيره {خلافاً للمفيد وسلا ر حيث ذهب إلى تحريمها مع الإصرار، استناداً إلى فوات أعظم فوائد النكاح، وهو التناسل معه،

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١١) ما يحرم بالمصاهرة ج ٧

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١١) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٢) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

لاختلاط النسب حيثنّذ، والغرض من شرعية الحد والرجم للزاني حفظه عن ذلك. ويضعف: بأن الزاني لا نسب له، ولا حرمة {لمائه، لقوله ﷺ: (الولد للفراش وللعاهر الحجر)^(١) مضافاً إلى أنه اجتهد في مقابلة النص، وهو مرفوض.

[الخامسة: من أوقب غلاماً، أو رجلاً] {بأن أدخل به بعض الحشفة وإن لم يجب الغسل} لصدق الإيقاب عليه؛ لأن الاتفاق - في الظاهر - واقع عليه، كما في الرياض [حرمت على الموقب أم الموطوء] {وإن علت} {وأخته} {دون بناتها} لعدم صدق اسم الأخت عليهن اتفاقاً، كما في الرياض [وبنته] {وإن نزلت من ذكر وأنثى من النسب} في الجميع {اتفاقاً} ولمرسل ابن أبي عمير عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يعث بالغلام، قال: إذا أوقب حرمت عليه أخته وابنته)^(٢) وفي موثق إبراهيم بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل لعب بغلام هل تحل له أمه؟ قال: إن كان ثقب فلا)^(٣) ونحوهما غيرهما {ومن الرضاع على الأقوى} لعموم قوله ﷺ: (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)^(٤).

{ولا فرق في المفعول بين الحي والميت على الأقوى، عملاً بالإطلاق} الوارد في النصوص، ولا يخفى انصرافه إلى الحي، كما عن جمع منهم سيد الرياض، وهو الأجود {وإنما تحرم المذكورات مع سبقه على العقد عليهن} [ولو سبق العقد] {على الفعل} [لم يحرم] {للأصل} وهو استصحاب الحل {ولقولهم عليه السلام: (لا يحرم الحرام الحلال)} كما تقدم {والظاهر عدم الفرق} في عدم التحريم {بين مفارقة من سبق

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٤) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٥) ما يحرم بالمصاهرة ح ٦.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٥) ما يحرم بالمصاهرة ح ٧.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (١) ما يحرم بالرضاع ح ١.

عقدها بعد الفعل وعدمه، فيجوز له تجديد نكاحها بعده { استصحاباً للجواز { مع احتمال عدمه، لصدق سبق الفعل بالنسبة إلى العقد الجديد { وقد يؤيده مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل يأتي أخا امرأته، فقال: إذا أوقبه فقد حرمت عليه المرأة)^(١) فالعمل عليه أحوط، لكن ضعفه بالإرسال، وعدم الجابر له من شهرة أو عمل يقوي الجواز استصحاباً.

{ ولا فرق فيهما بين الصغير والكبير على الأقوى، للعموم فيتعلق التحريم قبل البلوغ بالولي { فيحرم عليه تزويج أمه وأخته وبنت الواطئ الصغير { وبعده به، ولا يحرم على المفعول بسببه { أم الفاعل وأخته وابنته { عندنا للأصل { وهو استصحاب الحل، أو عدم التحريم، وعدم شمول النصوص هن، خلافاً لابن حنبل حيث حرم على الموطوء أم الفاعل وابنته { وربما نقل { الشيخ { عن بعض الأصحاب تعلق التحريم به كالفاعل، وفي كثير من الأخبار إطلاق التحريم بحيث يمكن تعلقه بكل منهما { بدعوى إمكان رجوع الضمير فيها إليهما معاً { ولكن المذهب الأول { لأن الضمير إنما يعود على المسؤول عنه وهو الفاعل في النصوص.

[السادسة: لو عقد المحرم] { بفرض أو نفل، بحج أو عمرة بعد إفساده وقبله على أنثى { أصالة عن نفسه، أو نيابة عن غيره [عالمًا بالتحريم حرمت أبداً بالعقد] { وإن لم يدخل { إجماعاً بقسميه، بل المحكي منه مستفيض، أو متواتر، كذا في الجواهر، ولخبر زرارة بن أعين وداود بن سرحان الآتي [وإن جهل التحريم لم تحرم وإن دخل بها] { لكن يقع عقده فاسداً { لكونه في الإحرام، كما مر في كتاب الحج

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٥) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.

{فله العود إليه بعد الإحلال، هذا هو المشهور، ومستنده رواية زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام} - في حديث - قال: (والمحرم إذا تزوج وهو يعلم أنه حرام عليه لم تحل له أبداً)^(١) {الدالة بمنطوقها على حكم العلم، وبمفهومها على غيره، وهو معتضد بالأصل} وهو عدم التحريم المؤبد، أو استصحاب الحل {فلا يضر ضعف دلالة} لأنه من اللقب {ولا تحرم الزوجة} المحرمة {بوطئها في الإحرام مطلقاً} بفرض كان أم نفل، عالماً بالتحريم أم جاهلاً، إجماعاً محكياً عن جمع، كما في الجواهر، ولأصالة الحل السالمة عن المعارض، ولعموم عدم تحريم الحرام للحلال، ولظهور النص المتقدم في العقد، دون الوطء.

[السابعة: لا يجوز للحر أن يجمع زيادة عن أربع حرائر] في العقد الدائم إجماعاً من المسلمين، بل ضرورة من الدين، كذا في الجواهر، ولقوله عليه السلام: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾^(٢) والأمر فيها وإن كان ظاهراً في الإباحة، إلا أن مقتضى إباحة الأعداد المخصوصة تحريم ما زاد عليها؛ إذ لو كان مباحاً لما خص الجواز بها، لمنافاته الامتنان، والتوسعة على العباد، وللنهي في صحيح زرارة بن أعين ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا جمع الرجل أربعاً وطلق إحداهن، فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلق، وقال: لا يجمع ماءه في خمس)^(٣) ونحوه غيره.

[أو حرتين وأمتين] بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، وقد يستفاد ذلك من صحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألت عن

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣١) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

(٢) سورة النساء، آية (٣).

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢) ما يحرم باستبقاء العدد، ح ١.

رجل له امرأة نصرانية له أن يتزوج عليها يهودية؟ فقال: إن أهل الكتاب ممالك للإمام، وذلك موسع منا عليكم خاصة، فلا بأس أن يتزوج، قلت: فإنه يتزوج عليها أمة، قال: لا يصلح له أن يتزوج ثلاث إماء... الحديث^(١).

[أو ثلاث حرائر وأمة] اتفاقاً، كما عن غير واحد، ولإطلاق الآية الشاملة للحررة والأمة {بناء على جواز نكاح الأمة بالعقد بدون الشرطين، وإلا لم تجز الزيادة على الواحدة، لانتفاء العنت معها، وقد تقدم من المصنف اختيار المنع، ويبعد فرض بقاء الحاجة إلى الزائد عن الواحدة، ولا فرق في الأمة بين القنة، والمديرة، والمكاتبة بقسميها حيث لم تؤد شيئاً وأم الولد} للإطلاق.

[ولا للعبد أن يجمع أكثر من أربع إماء، أو حرتين، أو حرة وأمتين، ولا يباح له ثلاث إماء وحررة] {والحكم في الجميع إجماعي} وفي الجواهر: بقسميه، ولصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: (سألته عن العبد يتزوج أربع حرائر؟ قال: لا، ولكن يتزوج حرتين، وإن شاء أربع إماء)^(٢) ونحوه غيره {والمعتق بعضه كالحرة في حق الإماء} فلا يتجاوز اثنتين منهن {وكالعبد في حق الحرائر} فلا يتجاوز حرتين {والمعتق بعضها كالحرة في حق العبد} فلا ينكح العبد أكثر من اثنتين من الحرائر {وكالأمة في حق الحر} حيث لا ينكح الحر من الإماء أكثر من اثنتين {كل ذلك بالدوام} كما هو مقتضى الاحتياط.

[أما المتعة فلا حصر له على الأصح] بلا خلاف معتد به بيننا، كذا في الجواهر {للأصل} وهو الجواز، وعدم الحصر في عدد معين {وصحيحة زرارة قال: قلت:

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢) ما يحرم باستيفاء العدد، ح ٢

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٨) ما يحرم باستيفاء العدد، ح ١

ما يحل من المتعة؟ قال عليه السلام: كم شئت^(١) وعن أبي بصير قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المتعة أهى من الأربع؟ فقال: لا، ولا من السبعين)^(٢) وعن زرارة عن الصادق عليه السلام قال: (ذكرت له المتعة أهى من الأربع؟ قال تزوج منهن ألفاً، فإنهن مستأجرات)^(٣) وفيه نظر؛ لأن الأصل قد عدل عنه بالدليل الآتي، والأخبار المذكورة وغيرها في هذا الباب ضعيفة، أو مجهولة السند، أو مقطوعة، فإثبات مثل هذا الحكم المخالف للآية الشريفة { في قوله عليه السلام: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾^(٤) وغير خافٍ انصرافها إلى الدائم {وإجماع باقي علماء الإسلام} خاصة وعامة {مشكل، لكنه مشهور، حتى أن كثيراً من الأصحاب لم ينقل فيه خلافاً} لكن حكمه على جمع النصوص بالضعف يلزم أن يعد من الغرائب؛ فهناك ما ذكره هو كصحيح زرارة، وإسماعيل، وعمر، مضافاً إلى انجبار المتبقي منها ببعضها، وبالشهرة والعمل، ومنه تعرف التأمل في قوله: {فإن ثبت إجماع كما ادعاه ابن إدريس، وإلا فالأمر كما ترى} ولكنه كما ترى! فتأمل جيداً.

{ونبه بالأصح على خلاف ابن البراج حيث منع في كتابه من الزيادة فيها على الأربع، محتجاً بعموم الآية} التي عرفت انصرافها إلى الدائم {وبصحيحة أحمد بن أبي نصر عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: (سألته عن الرجل تكون عنده المرأة، أيحل له أن يتزوج بأختها متعة؟ قال: لا، قلت: حكى زرارة عن أبي جعفر عليه السلام إنها هي مثل الإماء يتزوج ما شاء، قال: لا هن من الأربع)^(٥) وقد روى عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٤) المتعة، ح ٣

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٤) المتعة، ح ٧.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٤) المتعة، ح ٢.

(٤) سورة النساء، آية (٣).

(٥) الوسائل، ج ٢١، باب (٤) المتعة، ح ١١.

المتعة قال: (هي إحدى الأربع)^(١) وأجيب: بأنه محمول على الأفضل والأحوط؛ جمعاً بينها وبين ما سبق، ولصحيحة أحمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام (قال: قال أبو جعفر عليه السلام: اجعلوهن من الأربع، فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط؟ قال: نعم)^(٢) واعلم أن هذا الحمل يحسن لو صح شيء من أخبار الجواز { وقد علمت صحة كثير منها { لا مع عدمه، والخبر الأخير ليس بصريح في جواز مخالفة الاحتياط { ولكن الظاهر أن مراده الاحتياط من إنكار العامة، لعدم تجويزهم الزيادة، ولإنكارهم المتعة، وإلا فإنه عليه السلام يستحيل عليه الجهل، فيحتاط فيها { وفي المختلف اقتصر من نقل الحكم على مجرد الشهرة، ولم يصرح بالفتوى، ولعله لما ذكرناه { من عدم صحة النصوص، وقد عرفت ما فيه.

[وكذا] { لا حصر للعدد } [بملك اليمين إجماعاً] { والأصل فيه قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ ^(٣) الشاملة لكل عدد يفرض { هذا في ملك العين { وقد يدل عليه ما تضمنه من حكاية كلام زرارة في صحيح البنظي المتقدم { أما ملك المنفعة كالتحليل ففي إلحاقه به نظر: من الشك في إطلاق اسم ملك اليمين عليه، والشك في كونه عقداً، أو إباحة، والأقوى إلحاقه به، وبه جزم في التحرير { والنصوص به متواترة، كإطلاق صحيح زرارة قال: (قلت: لأبي جعفر عليه السلام الرجل محل جاريته لأخيه، فقال: لا بأس، الحديث)^(٤) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٤) المتعة، ح ١٠.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٤) المتعة، ح ٩.

(٣) سورة المؤمنون، آية (٦).

(٤) الوسائل، ج ٢١، باب (٣١) نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

[الثامنة: إذا طلق ذو النصاب] {الذي لا يجوز تجاوزه، واحدة، أو أكثر طلاقاً} [رجعياً لم يحز له التزويج دائماً حتى تخرج المطلقة من العدة] بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولموثق علي بن أبي حمزة قال: (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يكون له أربع نسوة فيطلق إحداهن أيتزوج مكانها أخرى؟ قال: لا، حتى تنقضي عدتها)^(١) وحمل على الرجعية جمعاً، ونحوه غيره {لأن المطلقة الرجعية بمنزلة الزوجة} نصاً وفتوى {فالنكاح الدائم زمن العدة بمنزلة الجمع زائداً على النصاب} الذي عرفت حرمة مفصلاً [وكذا] {لا يجوز له تزويج} [الأخت] {أي أخت المطلقة رجعياً} [دائماً ومتعة] {وإن كانت المطلقة واحدة؛ لأنه يكون جامعاً بين الأختين} بالفعل وهو محرم كتاباً وسنة، كما تقدم تفصيله.

[ولو كان] {الطلاق} [بائناً جازاً] {تزويج الزائدة على النصاب والأخت} قبل انقضاء عدتها اتفاقاً، كما عن غير واحد {لانتقطاع العصمة بالبائن، وصيرورتها كالأجنبية، لكن على} {كراهة شديدة} {لتحرمها بحرمة الزوجية، وللنهي عن تزويجها مطلقاً} رجعياً كان أم بائناً {في صحيحة زرارة عن الصادق عليه السلام قال: (إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهن، فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلق، وقال: لا يجمع ماءه في خمس)^(٢) ونحوه غيره} وحمل النهي على الكراهة جمعاً أو يحمل على الرجعي جمعاً بينه وبين موثق علي بن أبي حمزة المتقدم.

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣) ما يحرم باستيفاء العدد، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢) ما يحرم باستيفاء العدد، ح ١.

[التاسعة: لا تحل الحرة على المطلق ثلاثاً] {يتخللها رجعتان} وإن كان النكاح بعقد جديد {أي أنواع الطلاق} كان سنياً أم عدياً أم غيرهما [إلا بالمحلل، وإن كان المطلق عبداً] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولقوله عز وجل: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ - إِلَى أَنْ قَالَ - فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا^(١)﴾ ولصحيح محمد بن قيس قال: (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: من طلق امرأته ثلاثاً، ولم يراجع حتى تبين، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فإذا تزوجت زوجاً، ودخل بها، حلت لزوجها الأول)^(٢) ونحوه غيره وهو متواتر {لأن الاعتبار في الطلقات عندنا بالزوجة} لا بالزوج.

[ولا تحل الأمة المطلقة اثنتين] {كذلك} [إلا بالمحلل، ولو كان المطلق حراً] {للآية} المتقدمة {والرواية} - أي أن دليل اعتبار الثلاث في الحرة إطلاق الآية المتناول للزوج الحر والعبد - الصحيحة عن أبي بصير - يعني - المرادي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (طلاق الحرة إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، وطلاق الأمة إذا كانت تحت الحر تطليقتان)^(٣) ونحوها غيرها، فالعبرة بالزوجة عندنا، والعامّة جعلوا الاعتبار بالزوج، فإن كان حراً اعتبروا الطلاق ثلاثاً وإن كانت الزوجة أمة، ولو كان عبداً ثبت التحريم بعد تطليقتين وإن كانت الزوجة حرة.

[أما المطلقة تسعاً للعدة] {والمراد به أن يطلقها على الشرائط، ثم يراجع في العدة ويوطأ، ثم يطلق في طهر آخر، ثم يراجع في العدة ويوطأ، ثم يطلق الثالثة، فينكحها بعد

(١) سورة البقرة، آية (٢٣٠).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٧) أقسام الطلاق، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٥) أقسام الطلاق، ح ٥.

عدتها زوج آخر، ثم يفارقها بعد أن يطأها فيتزوجها الأول بعد العدة، ويفعل كما فعل أولاً إلى أن يكمل لها تسعاً كذلك { ينكحها رجلان } { بعد الثالثة والسادسة } { فإنها تحرم أبداً } إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، ولمعتبر زرارة بن أعين وداود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (والذي يطلق الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرات، وتزوج ثلاث مرات، لا تحل له أبداً)^(١) ونحوه غيره { وإطلاق التسع للعدة مجاز؛ لأن الثالثة من كل ثلاث ليست للعدة } بل هو بائن؛ لأنه ليس له أن يرجع إلا أن ينكحها زوج غيره { فإطلاقه عليها إما إطلاق لاسم الأكثر على الأقل، أو باعتبار المجاورة؛ وحيث كانت النصوص والفتاوى مطلقة في اعتبار التسع للعدة في التحريم المؤبد كان أعم من كونها متوالية ومتفرقة، فلو اتفق في كل ثلاث واحدة للعدة اعتبر فيها إكمال التسع كذلك } بالشرائط المتقدمة.

{ لكن هل يفتقر منها الثالثة مع كل ثلاث، لاغتفارها لو جامعته الاثنتين للعدة فيكفي وقوع الست للعدة، أو يعتبر إكمال التسع للعدة حقيقة؟ يحتمل الأول؛ لأنه المعتبر عند التوالي؛ ولأن الثالثة لم يتحقق اعتبار كونها للعدة وإنما استفيد من النص { المتقدم { التحريم بالست الواقعة لها، فيستصحب الحكم مع عدم التوالي، و { يحتمل { الثاني } وهو عدم اغتفار الثالثة من كل دور فلا بد من إكمال التسع حقيقة { لأن اغتفار الثالثة ثبت مع التوالي على خلاف الأصل { الذي هو عدم الاغتفار { فإذا لم يحصل اعتبرت الحقيقة { اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع النص والفتوى خصوصاً مع كون طلبة العدة هي الأولى خاصة، فإن علاقتي المجاز { المتقدمتين

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤) أقسام الطلاق وأحكامه، ح ٤

{منتفيتان عن الثالثة؛ إذ لا مجاورة لها للعديّة، ولا أكثرية لها، بخلاف ما لو كانت العديّة هي الثالثة، فإن علاقة المجاورة موجودة}.

{والثاني أقوى: فإن كانت العديّة هي الأولى تعلق التحريم بالخامسة والعشرين} لأنه به يتحقق إكمال التسع للعدة {وإن كانت الثانية فبالسادسة والعشرين، ويبقى فيه إشكال آخر وهو: أن طلاق العدة حينئذ لا يتحقق إلا بالرجعة بعده والوطء، فإذا توقف التحريم على تحقق التسع كذلك} للعدة بكونه يرجع ويبطأ {لزم تحريمها بعد الدخول في الأخيرة بغير طلاق، وهو بعيد، ولو توقف على طلاق آخر بعده ولم يكن ثالثاً لزم جعل ما ليس بمحرم محرماً} لأن المحرم نصاً وفتوى هو الثالث {والحكم بالتحريم بدون طلاق موقوف على التحليل، وكلاهما بعيد، وليس في المسألة شيء يعتمد عليه، فللتوقف فيما خالف الأصل} وهي صورة التفرق في الجملة {مجال} والمرجع فيه حينئذ أصالة التحريم المؤبد، نعم لا بد في كل ثالث من محلل {هذا كله حكم الحرة}.

{أما الأمة فقد عرفت أنها تحرم بعد كل طلقين، فلا يجتمع لها طلاق تسع للعدة مع نكاح رجلين، وهما معتبران بالتحريم نصاً وفتوى، فيحتمل تحريمها بست؛ لأنها قائمة مقام التسع للحرة، فينكحها بينها رجلان، ويحتمل اعتبار التسع كالحرة، استصحاباً للحل إلى أن يثبت المحرم، ولا يقدر نكاح أزيد من رجلين، لصدقهما مع الزائد، وعلى التقديرين} الست، والتسع {فيحتمل اعتبار العدد كله للعدة} حقيقة {اقتصاراً في المجاز على المتحقق، والاكتفاء في كل اثنتين بواحدة للعدة، وهي الأولى، لقيامهما مقام الاثنتين، ولصدق المجاز في إطلاق العديّة على الجميع بعلاقة المجاورة} ويشكل: بأن الطلاق العدي هو اصطلاح شرعي، وهو ليس بحاجة إلى التوجيه.

{فعلى الأول} وهو اعتبار الحقيقي {يعتبر اثنتا عشرة تطليقة إذا وقعت الأولى من كل اثنتين للعدة، وعلى التسع ثماني عشرة، ويبقى الكلام في الثانية عشر، والثامنة عشر كما مر، وعلى الثاني يكتفى بالست، أو التسع، ويحتمل في الأمة عدم تحريمها مؤبداً مطلقاً} لا بالتسع ولا بالست، لا متفرقة ولا مجتمعة {لأن ظاهر النص أن مورده الحرة بقرينة نكاح الرجلين، فيتمسك في الأمة بأصالة بقاء الحل، ولعدم اجتماع الشرطين فيها} لأن شرط التحريم المؤبد وقوع العدة ينكحها بينهما رجلان وهو منتف في الأمة {وللتوقف مجال} واسع، خصوصاً مع كون المورد مورداً للاحتياط؛ لأنه في الفروج، والدماء، والأموال كذلك، كما قيل.

[العاشرة: تحرم الملاعة أبداً] إجماعاً، كذا في الجواهر، ولذيل صحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: (إن عباد البصري سأل أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر، كيف يلاعن الرجل المرأة؟ - إلى أن قال - ففرق بينهما، وقال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبداً بعدما تلاعتما)^(١) ونحوه غيره {وسياقي الكلام في تحقيق حكمها وشرائطها} في كتاب اللعان.

[وكذا تحرم] أبداً من غير لعان [الصماء والخرساء إذا قذفها زوجها بما يوجب اللعان] {لولا الآفة} لانتفاء شرطه، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح أبي بصير قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا، وهي خرساء صماء لا تسمع ما قال، قال: إن كان لها بينة فشهدت عند الإمام جلد الحد، وفرق بينها وبينه، ثم لا تحل له أبداً، وإن لم يكن

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١) اللعان، ح ١.

لها بينة فهي حرام عليه ما أقام معها، ولا إثم عليها منه^(١) ونحوه غيره {بأن يرميها بالزنا مع دعوى المشاهدة، وعدم البينة، فلو لم يدع، حُدَّ حد القذف، لقوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾^(٢) {ولم تحرم} استصحاباً للحل {ولو أقام بينة بما قذفها به سقط الحد عنه والتحريم، كما يسقط اللعان؛ لأن ذلك هو مقتضى حكم القذف في إيجاب اللعان وعدمه، ولا يسقط الحد بتحريمها عليه، بل يجمع بينهما إن ثبت القذف عند الحاكم، وإلا حُرِّمَتْ فيما بينه وبين الله تعالى، وبقي الحد في ذمته على ما دلت عليه رواية أبي بصير} المتقدمة {التي هي الأصل في الحكم، وإن كان المستند الآن الإجماع عليه، كما ادعاه الشيخ} وغيره، لكنه ليس بمفرده الدليل على الحكم مع وجود النصوص الصحيحة الدالة عليه.

{ودلت الرواية أيضاً على اعتبار الصمم والخرس معاً} لعدم العطف فيها بـ (أو) {فلو اتصفت بأحدهما خاصة فمقتضى الرواية، ودليل الأصل عدم التحريم} واستصحاب الحل {ولكن أكثر الأصحاب عطفوا أحد الوصفين على الآخر بأو مقتضى للاكتفاء بأحدهما} وفقاً لرواية التهذيب^(٣) {والمصنف عطف بالواو وهو يدل عليه أيضاً} لأن الظاهر من العطف المغايرة كما قيل {ولكن ورد الخرس وحده في روايتين} وهما صحيح الحلبي، ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل قذف امرأته وهي خرساء قال يفرق بينهما^(٤)، وقريب منه خبر محمد بن مروان

(١) الوسائل، ج٢٢، باب (٨) اللعان، ح ٢.

(٢) سورة النور، آية (٤).

(٣) تهذيب الأحكام، ج٧، ص ٣١٠.

(٤) الوسائل، ج٢٢، باب (٨) اللعان، ح ١.

{فالاكتفاء به وحده حسن} كما هو المشهور، بل ادعى الإجماع عليه في الغنية والسرائر {أما الصمم وحده فلا نص عليه بخصوصه يعتد به، وفي التحرير استشكل حكم الصماء خاصة بعد أن استقرب التحريم} بناءً على اعتبار كلا الأمرين، ولكن الأظهر الاكتفاء بأحدهما، استناداً إلى رواية التهذيب العاطفة (بأو) وفاقاً للمشهور.

{ولو نفى ولدها على وجه يثبت اللعان به} كادعائه أنه ليس منه {لو كانت غير مؤوفة، ففي ثبوت اللعان، أو تحريمها به كالقذف وجهان: من مساواته للقذف في التحريم المؤبد} في غير الصماء والخرساء {باللعان فيساويه بالمعلول الآخر، ودعوى الشيخ في الخلاف الإجماع على أنه لا لعان للصماء والخرساء، ومن عموم الآية المتناول لكل زوجة خرج منه قذفها بالنص، أو الإجماع، فيبقى الباقي داخلاً في عموم الحكم باللعان، وتوقف التحريم عليه، ولا يلزم من مساواة النفي القذف في حكم} وهو التحريم المؤبد باللعان {مساواته في غيره؛ لأن الأسباب متوقفة على النص، والإجماع إنما نقل على عدم لعانها مع القذف} لا مطلقاً حتى يشمل صورة النفي أيضاً {كما صرح به الشيخ فلا يلحق به غيره} في نفي الولد {والظاهر أنه لا فرق هنا مع القذف بين دخوله بهما وعدمه، عملاً بالإطلاق، أما نفي الولد، فاشتراطه حسن} لأنه مع عدمه يكون نفيه معقولاً، فلا يستلزم حكمه.

{ومتى حرمت قبل الدخول فالأجود ثبوت جميع المهر، لثبوته بالعقد فيستصحب، وتنصيفه في بعض الموارد لا يوجب التعدي} منها إلى غيرها، كما هو الظاهر {وألحق الصدوق في الفقيه بذلك قذف المرأة زوجها الأصم} والأخرس {فحكم بتحريمها عليه مؤبداً حملاً على قذفه لها، وهو - على غرابته - قياس لا نقول به} ويشكل: بإمكان استناده على مرسل الحسن بن محبوب عن بعض أصحابه

عن أبي عبد الله عليه السلام (في امرأة قذفت زوجها وهو أصم، قال: يفرق بينها وبينه، ولا تحل له أبداً)^(١) فلا يكون من القياس كما ادعاه الشارح، نعم هو ضعيف في نفسه مع عدم الجابر له، بل هو مهجور عند الأصحاب، ومخالف لأصول المذهب وقواعده؛ لأن المرأة لو قذفت زوجها السليم بالزنا لم تحرم عليه فضلاً عن المؤوف، فيلزم طرحه.

[الحادية عشر: تحرم الكافرة غير الكتابية] {وهي اليهودية، والنصرانية، والمجوسية} والصابئية كما قيل [على المسلم إجماعاً] من المسلمين فضلاً عن المؤمنين، كذا في الجواهر، ولقوله عليه السلام: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ﴾^(٢) وغيرها، ولخبر أبي الجارود عن جعفر عليه السلام (في قوله تعالى: ولا تمسكوا بعصم الكوافر، قال: من كانت عنده امرأة كافرة - يعني على غير ملة الإسلام - وهو على ملة الإسلام فليعرض عليها الإسلام فإن قبلت فهي امرأته، وإلا فهي بريئة منه، فنهى الله أن يستمسك بعصمتها)^(٣) ونحوه غيره.

[وتحرم الكتابية عليه دواماً، لا متعة وملك يمين] {على أشهر الأقوال} بين المتأخرين، وهو مختار أبي الصلاح وظاهر الشيخ في المبسوط، لصحيح زرارة بن أعين قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز وجل: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ فقال: هي منسوخة بقوله: ﴿وَلَا تُنْسِكُوا بِعَصَمِ الْكَوَافِرِ﴾^(٤) ونحوه غيره، جمعاً بين الأدلة الآتي بعضها.

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٨) اللعان، ح ٣.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٢١).

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٥) ما يجرم بالكفر، ح ٧.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (١) ما يجرم بالكفر، ح ١.

{والقول الآخر: الجواز مطلقاً} دواماً، ومتعةً، وملك يمين، وفاقاً للحسن والصدوقين على كراهية في الشدة والضعف بالنسبة إلى الدائم والمنقطع وملك اليمين، كما سيظهر من بعض النصوص الآتية، وقواه شيخنا المعظم في الجواهر، لقوله رحمه الله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾^(١) وبضميمة قوله عليه السلام: (إن سورة المائدة آخر القرآن نزولاً، فأحلوا حلالها، وحرّموا حرامها)^(٢) ونحوه غيره وهو مستفيض، ولصحيح معاوية بن وهب وغيره جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل المؤمن يتزوج اليهودية والنصرانية، فقال: إذا أصاب المسلمة فما يصنع باليهودية، والنصرانية؟!، فقلت له: يكون له فيها الهوى، قال: إن فعل فليمنعها من شرب الخمر، وأكل لحم الخنزير، واعلم أن عليه في دينه غضاضة)^(٣) وظهوره في الكراهة غير خاف، ونحوه غيره وهو متواتر، وهو الأقوى، لوضوح دلالة نصوصه، وأكثريتها عدداً، وأصحها سنداً.

{والثالث: المنع مطلقاً} كما هو مذهب الشيخ المفيد والسيد وابن إدريس، بل ادعى السيد عليه الإجماع، لإطلاق قوله رحمه الله: ﴿وَلَا تُنْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ﴾^(٤) وهو عام يشمل اليهود والنصارى والمجوس وغيرهم، ولصحيح زرارة المتقدم {وإنما جعلنا المجوسية من أقسام الكتابية مع أنها مغايرة لها وإن ألحقت بها في الحكم، لدعواه الإجماع على تحريم نكاح من عداها، مع وقوع الخلاف في المجوسية، فلولا تغليب الاسم عليها، لدخلت في المجمع على تحريمه، ووجه إطلاقه عليها أن لها شبهة

(١) سورة المائدة، آية (٥).

(٢) فتح القدير للشوكاني، ج ٢، ص (٥). بتفاوت

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢) ما يحرم بالكفر، ح ١

(٤) سورة الممتحنة آية (١٠).

كتاب صح بسببه التجوز} ففي مرسل المقتنع عن أمير المؤمنين عليه السلام إنه قال: (المجوس إنما ألحقوا باليهود والنصارى في الجزية والديات؛ لأنه كان لهم فيما مضى كتاب)^(١) {والمشهور بين المتأخرين أن حكمها حكمهما فناسب الإطلاق، وإنما يمنع من نكاح الكتابية ابتداءً} على القول به، الذي هو خلاف المشهور {لا استدامة، لما سيأتي: من أنه إذا أسلم زوج الكتابية، فالنكاح بحاله}.

[ولو ارتد أحد الزوجين] أو هما دفعة {عن الإسلام} [قبل الدخول بطل النكاح] {سواء كان الارتداد فطرياً أم ملياً} بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل من أهل العلم كافة في الأول على ما عن التذكرة، كذا في الجواهر، ولمعتبر محمد بن مسلم قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرتد؟ فقال: من رغب عن الإسلام وكفر بما أنزل على محمد صلّى الله عليه وآله بعد إسلامه فلا توبة له، وقد وجب قتله، وبانت منه امرأته، ويقسم ما ترك على ولده)^(٢) ونحوه غيره وهو مستفيض، وبعدم الفصل بين الرجل والمرأة يتم الحكم فيها، فتكون كافرة فلا يجوز نكاحها.

[ويجب] {على الزوج} [نصف المهر إن كان الارتداد من الزوج] {لأن الفسخ جاء من جهته فأشبه الطلاق، ثم إن كانت التسمية صحيحة فنصف المسمى، وإلا تكن صحيحة، كما لو كان خمرأً أو خنزيراً} فنصف مهر المثل، وقيل {والقائل جمع من الأصحاب} يجب جميع المهر، لوجوبه بالعقد، ولم يثبت تشطيره إلا بالطلاق، وهو

(١) الوسائل، ج ١٥، باب (٤٩) الجهاد، ح ٨.

(٢) الوسائل، ج ٢٨، باب (١) حد المرتد ح ١.

أقوى} اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع النص، وقياس غيره عليه باطل إجماعاً.

[ولو كان] {الارتداد} [منها فلا مهر] {لها} بلا خلاف أجده، كذا في الجواهر {لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول} وكلما كان كذلك لا تستحق من المهر شيء إلا في صورة ما إذا كان بسبب العنن، ولعلمهم استفادوا ذلك من التعليل الوارد في ذيل موثق السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام (قال علي عليه السلام في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها، قال: يفرق بينهما، ولا صداق لها؛ لأن الحدث كان من قبلها)^(١) وغير خافٍ عموم العلة فيه.

[ولو كان] {الارتداد} [بعده] {أي بعد الدخول} [وقف] {انفساخ النكاح} [على انقضاء العدة] {إن كان الارتداد من الزوجة مطلقاً} ملية كانت أم فطرية {أو من الزوج عن غير فطرة} بلا خلاف في شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، ولموثق عمار قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام وجحد محمداً نبوته وكذبه، فإن دمه مباح لمن سمع ذلك منه، وامراته بائن منه يوم ارتد، ويقسم ماله على ورثته، وتعتد امرأته عدة المتوفى عنها زوجها... الحديث)^(٢) ونحوه غيره {فإن رجع المرتد قبل انقضائها ثبت النكاح} استصحاباً {وإلاّ انفسخ} لما تقدم.

[ولا يسقط شيء من المهر] {لاستقراره بالدخول} [ولو كان ارتداده عن فطرة بانث] {الزوجة} [في الحال] {إذا لا تقبل توبته} بحسب الظاهر، وقيل: تقبل واقعاً

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٦) العيوب والتدليس، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٨، باب (١) حد المرتد ج ٣.

{بل يقتل، وتخرج عنه أمواله بنفس الارتداد، وتبين عنه زوجته، وتعد عدة الوفاة} كما في الموثق المتقدم وغيره.

[ولو أسلم زوج الكتابية] {دونها} [فالنكاح بحاله] {قبل الدخول وبعده، دائماً ومنقطعاً، كتابياً كان الزوج أم وثنياً، جوزنا نكاحها للمسلم ابتداءً أم لا} ففي المسالك وغيرها: الإجماع عليه، ولمعتبر يونس (قال: - إلى أن قال - فإن أسلم الرجل ولم تسلم المرأة يكون عندها بالليل والنهار)^(١) ونحوه غيره.

[ولو أسلمت دونه] {بعد الدخول} [وقف] {الفسخ} [على] {انقضاء} [العدة] {وهي عدة الطلاق من حين إسلامها} وفاقاً للأكثر، بل المشهور، كذا في الجواهر، ولصحيح محمد بن أبي نصر (قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم، هل يحل لها أن تقيم معه؟ قال: إذا أسلمت لم تحل له، قلت: فإن الزوج أسلم بعد ذلك، أ يكونان على النكاح؟ قال: لا بتزوج جديد)^(٢) {فإن انقضت ولم يسلم تبين أنها بانت منه حين إسلامها، وإن أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح، هذا هو المشهور بين الأصحاب، وعليه الفتوى} ولصحيح عبيد بن زرارة قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: النصراني يتزوج النصرانية على ثلاثين دين خمرًا وثلاثين خنزيراً ثم أسلم بعد ذلك، ولم يكن قد دخل بها، فقال: ينظر كم قيمة الخنزير - إلى أن قال -: وهما على نكاحهما الأول)^(٣) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٩) ما يحرم بالكفر، ح ٨.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٥) ما يحرم بالكفر، ح ٥.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٥) ما يحرم بالكفر، ح ٦.

{وللشيخ قول} في النهاية والتهذيبين {بأن النكاح لا يفسخ بانقضاء العدة إذا كان الزوج ذمياً، لكن لا يمكن من الدخول، ولا من الخلوة بها، ولا من إخراجها إلى دار الحرب ما دام قائماً بشرائط الذمة، استناداً إلى روايات ضعيفة} كمرسلة جميل بن دراج - التي في طريقها علي بن حديد الضعيف - عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام (أنه قال: في اليهودي والنصراني والمجوسي إذا أسلمت امرأته ولم يسلم، قال: هما على نكاحهما، ولا يفرق بينهما، ولا يترك أن يخرج بها من دار الإسلام إلى الهجرة)^(١) وخبر رومي بن زرارة^(٢) {أو معارضة بما هو أقوى منها} كالصحيح المتقدم وغيره من الصحاح المصرحة بالحكم.

[وإن كان] {الإسلام} [قبل الدخول وأسلمت الزوجة بطل] {العقد} لأن النكاح سبيل، وهو منفي بصريح الكتاب العزيز، وصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا أسلمت امرأة وزوجها على غير الإسلام فرق بينهما، الحديث)^(٣) ونحوه غيره {ولا مهر لها؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها، وإن أسلم الزوج بقي النكاح، كما مر، ولو أسلما معاً ثبت النكاح} نصاً، وفتوى {لانتفاء المقتضي للفسخ} وهو كون أحدهما غير مسلم.

[الثانية عشر: لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين] {المنسويين إلى عبادة الوثن، وهو الصنم، وكذا من بحكمهما من الكفار غير الفرق الثلاثة وكان الإسلام} [قبل الدخول بطل] {النكاح مطلقاً} زوجاً كان المسلم أم زوجة، بلا خلاف في شيء من ذلك، ولا إشكال نصاً وفتوى، بل لعل الاتفاق نقلاً وتحصيلاً عليه، كذا في الجواهر

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٩) ما يحرم بالكفر، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٩) ما يحرم بالكفر، ح ٩.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٩) ما يحرم بالكفر، ح ٤.

{لأن المسلم إن كان هو الزوج استحال بقاءه على نكاح الكافرة غير الكتابية، لتحريمه ابتداءً واستدامة} لإطلاق قوله عز وجل: ﴿وَلَا تُنْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ﴾^(١) {وإن كان هي الزوجة فأظهر} لأن حرمة نكاح المسلمة على الكافر لا استثناء فيها؛ لأن النكاح سبيل وهو منفي.

[ويجب النصف] {أي نصف المهر} [بإسلام الزوج] لأنه كطلاقه موجب لتنصيفه {وعلى ما تقدم} من أن الأقوى اختصاص التنصيف بالطلاق {فالجميع، ويسقط بإسلامها} لأنها هي السبب في ذلك [وبعده] {أي بعد الدخول} [يقف] {الفسخ} [على] {انقضاء} [العدة] {فإن انقضت ولم يسلم الآخر تبين انفساخه من حين الإسلام، وإن أسلم فيها استمر النكاح} اتفاقاً، ولصحيح منصور بن حازم - برواية الكليني - قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مجوسي أو مشرك من غير أهل الكتاب كانت تحته امرأة فأسلم أو أسلمت، قال: ينتظر بذلك انقضاء عدتها، فإن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضي عدتها، فهما على نكاحهما الأول، وإن هي لم تسلم حتى تنقضي العدة بانت منه)^(٢) ونحوه غيره {وعلى الزوج نفقة العدة مع الدخول} لأنها بحكم الزوجة {إن كانت هي المسلمة، وكذا في السابق، ولو كان المسلم هو فلا نفقة لها عن زمن الكفر مطلقاً} سواء كان إسلامها في العدة أم لا {لأن المانع منها، مع قدرتها على زواله} بالإسلام المقدور لها.

[ولو أسلما معاً فالنكاح بحاله] اتفاقاً، ولصحيح منصور المتقدم وغيره {لعدم المقتضي للفسخ} وهو كفر أحدهما وإسلام الآخر {والمعتبر في ترتب الإسلام ومعيته بآخر كلمة الإسلام} وهي الشهادة لله عز وجل بالألوهية، ولمحمد صلوات الله عليه وآله بالرسالة

(١) سورة الممتحنة، آية (١٠).

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٩) ما يجرم بالكفر، ح ٣.

{ لا بأولها، ولو كانا صغيرين قد أنكحهما الولي فالمعتبر إسلام أحد الأبوين في إسلام ولده } لأنه تابع لأشرفهما { ولا اعتبار بـ } اتحاد { مجلس الإسلام عندنا } بل بالتلفظ بالشهادتين، فأيهما سبق إليهما فهو المسلم وإن تأخر مجلسه.

{ ولو أسلم الوثني } { ومن في حكمه } غير الكتابي [أو الكتابي على أكثر من أربع] { نسوة بالعقد الدائم } { فأسلمن، أو كن كتابيات } { وإن لم يسلمن } { تخير أربعاً } { منهن وفارق سائرهن إن كان حراً وهن حرائر } فعن المبسوط والتذكرة ظهور الاتفاق على الاستدامة لما روي من أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فقال النبي ﷺ: (اختر أربع، وفارق سائرهن)^(١) وغيره { وإلاّ اختار ما عين له سابقاً من حرتين وأمتين، أو ثلاث حرائر وأمة، والعبد يختار حرتين، أو أربع إماء، أو حرة وأمتين، ثم تتخير الحرة في فسخ عقد الأمة وإجازته، كما مر } في المسألة الثانية.

{ ولو شرطنا في نكاح الأمة الشرطين توجه انفساخ نكاحها هنا إذا جمعت حرة، لقدرته عليها، المنافية لنكاح الأمة، ولو تعددت الحرائر اعتبر رضاها جميعاً } لأنه حق لكل واحدة منهن بلا مرجح { ما لم يزدن على أربع } بل ثلاث؛ لأنه لو كان تحته أربع حرائر لم يجز له أن ينكح أمة حتى مع احتياجه { فيعتبر رضاه من يختارهن من النصاب، ولا فرق في التخيير بين من ترتب عقدهن، وافترق، ولا بين اختيار الأوائل والأواخر، ولا بين من دخل بهن وغيرهن } لعموم أدلة الاختيار، ولإطلاق قوله ﷺ المتقدم: (اختر أربعاً) ولأن الكثير من الكفار أسلموا على عهده ﷺ فأقرهم على نكاحهم من غير استفصال { ولو أسلم معه أربع وبقي أربع كتابيات،

فالأقوى بقاء التخيير { لأن الإسلام لا يمنع من استمرار نكاح الكتابيات، ولا يلزم بنكاح المسلمة، كما مر على الأقوى، نعم الأفضل له اختيار المسلمات، لشرفهن على الكوافر.

[الثالثة عشر: لا يحكم بفسخ نكاح العبد بإبائه وإن لم يعد في العدة على الأقوى]
 { لأصالة بقاء الزوجية { ورواية عمار } { الساباطي } الموثقة { عن الصادق عليه السلام قال: (سألت عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة فتزوجها، ثم إن العبد أبى، فقال: ليس لها على مولاه نفقة، وقد بانت عصمتها منه، فإن إباق العبد طلاق امرأته، وهو بمنزلة المرتد عن الإسلام، قلت: فإن رجع إلى مولاه ترجع امرأته إليه؟ قال عليه السلام: إن كانت قد انقضت عدتها ثم تزوجت غيره، فلا سبيل له عليها، وإن لم تتزوج ولم تنقض العدة، فهي امرأته على النكاح الأول) ^(١) } { ضعيفة } { السند؛ فإن عماراً وإن كان ثقة إلا أنه فطحي لا يعتمد على ما ينفرده به } وكفيها وهناً هجرها عند المشهور.

{ ونبه بالأقوى على خلاف الشيخ في النهاية حيث عمل بمضمونها، وتبعه ابن حمزة إلا أنه خص الحكم بكون العبد زوجاً لأمة غير سيده، وقد تزوجها بإذن السيدين، والحق المنع من الحكم بالانفساخ مطلقاً } سواء كان العبد زوجاً لأمة سيده أم لغيرها، لعدم صلاحية دليله { ووجوب النفقة على السيد } لأنه زوجها بإذنه؛ والأذن في الشيء إذن في لوازمه { ولا تبين المرأة إلا بالطلاق } أو الارتداد، والإباق ليس طلاقاً، ولا ارتداداً.

[الرابعة عشر: الكفاءة] { بالفتح والمد، وهي: تساوي الزوجين في الإسلام، والإيمان، إلا أن يكون المؤمن هو الزوج، والزوجة مسلمة من غير الفرق المحكوم

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٣) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

بكفرها { كالحوارج، والنواصب، والمجسمين، والمغالين، وعليه الإجماع بقسميه، كما في الجواهر، ولصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يتزوج المؤمن الناصبة المعروفة بذلك)^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض، ولما كان المناط هو الكفر فيعم ما ذكر، لوحدة المناط، وبعدم الفصل بين الناصب وغيره ممن حكم بكفره يتم الحكم في الجميع { مطلقاً } دواماً ومتعةً { أو كتابية في غير الدائم } بناء على مذهب المصنفين، لكنه خلاف الأقوى والمشهور.

{ وقيل } والقاتل الشيخان في المقنعة والمبسوط والخلاف وبنو زهرة و إدريس وسعيد والعلامة في التذكرة والمختلف { يعتبر مع ذلك يسار الزوج بالنفقة قوة، أو فعلاً } استناداً إلى قوله عز وجل: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(٢) وقوله صلوات الله لفاطمة بنت قيس لما أخبرته أن معاوية قد خطبها: (إن معاوية صعلوك لا مال له)^(٣) ولخبر محمد بن الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (الكفو أن يكون عفيفاً، وعنده يسار)^(٤) ونحوه غيره، ويشكل الأول: بدلالته على أن عدم اليسار في المهر شرط في نكاح الأمة على القول به، لا مطلقاً، والثاني: بظهوره في الإرشاد والنصيحة، والثالث: بأن المراد من الكفو - في الحديث - هو الكفو العرفي، لا الشرعي بقرينة ذكر العفة، مضافاً إلى معارضتها بما هو أصرح دلالة، وأصح سنداً؛ ولذا كان مذهب الأكثر.

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٠) ما يحرم بالكفر، ح ٣.

(٢) سورة النساء، آية (٢٥).

(٣) مستدرک الوسائل، باب المواضع التي تجوز فيها الغيبة، ح ٥. بتفاوت

(٤) الوسائل، ج ١٢، باب (٢٨) مقدمات النكاح وآدابه، ح ٥.

{وقيل: يكتفى بالإسلام} وهو الأوفق بالقواعد، ويعضده ذيل صحيح أبي حمزة الثمالي - في حديث - قال: (كنت عند أبي جعفر عليه السلام فقال له رجل: إني خطبت إلى مولاك فلان بن أبي رافع ابنته فلانة، فردني ورغب عني وازدراني لدمامتي وحاجتي وغربتني، فقال أبو جعفر عليه السلام: اذهب فأنت رسولي إليه، فقل له: يقول لك محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب: زوج منجح مولاي بنتك فلانة ولا ترده - إلى أن قال -: قال أبو جعفر عليه السلام: إن رجلاً كان من أهل اليمامة يقال له جويبر أتى رسول الله ﷺ منتجعاً للإسلام فأسلم وحسن إسلامه، وكان رجلاً قصيراً دميماً محتاجاً عارياً، وكان من قباح السودان - إلى أن قال -: وإن رسول الله ﷺ نظر إلى جويبر ذات يوم برحمة ورقة عليه، فقال له يا جويبر لو تزوجت امرأة فعففت بها فرجك وأعانتك على دينك وآخرتك، فقال له جويبر: يا رسول الله بأبي أنت وأمي، من يرغب في؟! فوالله ما من حسب، ولا نسب، ولا مال، ولا جمال، فأية امرأة ترغب في؟! فقال له رسول الله ﷺ: يا جويبر إن الله قد وضع بالإسلام من كان في الجاهلية شريفاً، وشرف بالإسلام من كان في الجاهلية ذليلاً، وأذهب بالإسلام ما كان من نخوة الجاهلية، وتفاخرها بعشائرها، وباسق أنسابها، فالناس اليوم كلهم أبيضهم، وأسودهم، وقرشيهم، وعرييهم، وعجميهم من آدم، وإن آدم خلقه الله من طين، وإن أحب الناس إلى الله أطوعهم له، وأتقاهم، وما أعلم يا جويبر لأحد من المسلمين عليك اليوم فضلاً، إلا من كان أتقى منك وأطوع، ثم قال له: انطلق إلى زياد بن لبيد فإنه من أشرف بني بياضة حسباً فيهم، فقل له: إني رسول، رسول الله ﷺ إليك، وهو يقول لك: زوج جويبراً ابتكت الذلفاء - إلى أن قال -: وأن زياداً راجع النبي ﷺ فقال له: يا زياد جويبر مؤمن والمؤمن كفؤ المؤمنة، والمسلم كفؤ المسلمة، فزوجه

يا زياد، ولا ترغب عنه^(١) ونحوه غيره {والأشهر} بين المتأخرين {الأول} وهو اعتبار الإيمان بالمعنى الأخص.

{وكيف فسرت فهي} [معتبرة في النكاح، فلا يجوز للمسلمة] {مطلقاً} مؤمنة بالمعنى الأخص كانت أم غيرها، دواماً كان النكاح أم متعة [التزوج بالكافر] مطلقاً {وهو موضع وفاق} ولأنه سبيل ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ ولا يجوز للناصب التزويج بالمؤمنة [اتفاقاً] لأن الناصبي أشر من اليهودي على ما روي في أخبار أهل البيت (عليه السلام) {كصحيح عبد الله بن أبي يعفور عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: (إياك أن تغتسل من غسالة الحمام وفيها تجتمع غسالة اليهودي والنصراني والمجوسي والناصب لنا أهل البيت فهو شرهم فإن الله تعالى لم يخلق خلقاً أنجس من الكلب، وإن الناصب لنا أهل البيت لأنجس منه)^(٢) ونحوه غيره {وكذا العكس} وهو تزوج المؤمن بالناصبية {سواء الدائم أم المتعة} لقاعدة الاشتراك في الأحكام.

[ويجوز للمسلم التزويج متعة واستدامة] {للنكاح على تقدير إسلامه} [كما مر] لكنه قد تقدم أن الأقوى جواز نكاحها ابتداءً فضلاً عن الاستدامة [بالكافرة] {الكتابية ومنها المجوسية، وكان عليه أن يقيدها، ولعله اكتفى بالتشبيه بما مر} [وهل للمؤمنة التزويج بالمخالف] {من أي فرق الإسلام كان ولو من الشيعة غير الأمامية؟} [قولان]:

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٥) مقدمات النكاح، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١، باب (١١) الماء المضاف والمستعمل، ح ٥.

{أحدهما: - وعليه المعظم - المنع، لقول النبي ﷺ: (المؤمنون بعضهم أكفاء بعض)^(١) دل بمفهومه على أن غير المؤمن لا يكون كفؤاً للمؤمنة، وقوله ﷺ: (إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه، إن لا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير)^(٢) والمؤمن لا يرضى دين غيره، وقول الصادق عليه الصلاة والسلام { في ذيل صحيح الفضيل بن يسار { (إن العارفة لا توضع إلا عند عارف)^(٣) وفي معناها كثيرة^(٤) واضحة الدلالة على المنع لو صح سندها وفي بعضها { كما في ذيل موثق عن أبي عبد الله عليه السلام { تعليل ذلك؛ بأن المرأة تأخذ من أدب زوجها، ويقهرها على دينه)^(٥) }.

{والثاني: الجواز على كراهية، اختاره المفيد والمحقق ابن سعيد، إما لأن الإيمان هو الإسلام، أو لضعف الدليل الدال على اشتراط الإيمان، فإن الأخبار بين مرسل، وضعيف، ومجهول، ولا شك أن الاحتياط المطلوب في النكاح المترتب عليه مهام الدين { كحلية الوطاء، ولحوق النسب، والتوارث، وسقوط الحد وغيرها { مع تضافر الأخبار بالنهي، وذهاب المعظم إليه، حتى ادعى بعضهم الإجماع عليه يرجح القول الأول، واقتصر المصنف على حكاية القولين مشعر بما نبهنا عليه { من ضعف الأدلة، وحسن الاحتياط [أما العكس فجائز] { قطعاً } [لأن المرأة تأخذ من دين בעلها] { فيقودها إلى الإيمان { كما لمسنه - كثيراً - ممن تزوج من المخالفات { والإذن فيه من الأخبار كثير { كصحيح زرارة قال: (قلت لأبي جعفر عليه السلام إني أخشى أن لا

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٣) استحباب تعجيل زواج البنت عند بلوغها، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٨) مقدمات النكاح، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٠) ما يحرم بالكفر ج ٥.

(٤) يراجع بشأنها الوسائل، ج ٢٠، باب (١٠، ١١) من أبواب ما يحرم بالكفر.

(٥) الوسائل، ج ٢٠، باب (١١) ما يحرم بالكفر، ح ٢.

يحل لي أن أتزوج ممن لم يكن على أمري، فقال: وما يمنعك من البله؟ قلت: وما البله؟ قال: هن المستضعفات اللاتي لا يتعصبن، ولا يعرفن ما انتم عليه^(١) ونحوه غيره.

[الخامسة عشر: ليس التمكن من النفقة] {قوة، أو فعلاً} [شرطاً في صحة العقد] ابتداءً كما هو مذهب الأكثر {لقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾^(٢) والخبرين السابقين} الأول ذيل ما أرسله الكليني حيث تضمن قوله: (فقام إليه رجل فقال: يا رسول الله فمن نزوج؟ فقال ﷺ: الأكفاء، فقال يا رسول الله: ومن الأكفاء؟ فقال ﷺ: المؤمنون بعضهم أكفاء بعض)^(٣) والثاني صحيح الفضيل بن يسار قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الناصب؟ فقال: لا، والله ما يحل، قال فضيل: ثم سألته مرة أخرى فقلت: جعلت فداك، ما تقول في نكاحهم؟ قال: والمرأة عارفة؟ قلت عارفة: قال: إن العارفة لا توضع إلا عند عارف)^(٤).

{ثم إن كانت عالمة بفقره لزم العقد} بلا خلاف ولا إشكال؛ لأن التمكن من المهر ليس شرطاً في صحة العقد {وإلا ففي تسلطها على الفسخ إذا علمت قولان: مأخذهما؛ لزوم التضمر ببقائها معه كذلك المنفي بالآية} في قوله ﷺ: ﴿وَمَا جَعَلَ

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١١) ما يحرم بالكفر ح ٣.

(٢) سورة النور آية (٣٢).

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٣) مقدمات النكاح وآدابه، ح ٢.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٠) ما يحرم بالكفر، ح ٥.

عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرْجٍ ﴿١﴾ {والرواية} الموثقة عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - (أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) ^(٢)) ونحوه غيره {وأن النكاح عقد لازم، والأصل البقاء، ولقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ ^(٣) وهو عام} يشمل كل عسر {وهو الأجود}.

{والوجهان} في تسلطها على الفسخ وعدمه {آتيان فيما إذا تجدد عجزه} والمشهور أنه ليس لها الفسخ، لما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام (أن امرأة استعدت إليه على زوجها للإعسار، فأبى أن يحبسها، وقال: إن مع العسر يسراً) ^(٤) {وقيل} والقائل الشيخان وابن زهرة والعلامة في التذكرة {هو شرط في صحة النكاح كالإسلام، وأن الكفاءة مركبة منهما، أو منهما ومن الإيمان، والأقوى عدم شرطيته مطلقاً} لا ابتداءً، ولا استدامة، لما تقدم.

[نعم هو شرط في وجوب الإجابة] {منها، أو من وليها؛ لأن الصبر على الفقر ضرر عظيم في الجملة، فينبغي جبره بعدم وجوب إجابته، وإن جازت أو رجحت مع تمام خلقه، وتام دينه، كما أمر النبي صلى الله عليه وآله في إنكاح جوير، وغيره ^(٥)، وملاحظة المال مع تمام الدين ليس محط نظر ذوي الهمم العوالي} لقوله صلى الله عليه وآله في ما رواه علي بن مهزيار في مكاتبة علي بن أسباط - المعتبرة - قال: (كتب علي بن أسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته، وأنه لا يجد أحداً مثله، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام: فهمت ما ذكرت من أمر بناتك، وأنت لا تجد أحداً مثلك فلا تنظر في ذلك رحمك الله فإن رسول

(١) سورة الحج، آية (٧٨).

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٧) الخيار، ح ٣. بتفاوت

(٣) سورة البقرة آية (٢٨٠).

(٤) تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٥٤، ح ٢٥.

(٥) يراجع الوسائل، ج ٢٠، الباب (٢٥) من أبواب مقدمات النكاح.

الله ﷻ قال: إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير^(١) ومثله غيره.

[السادسة عشر: يكره تزويج الفاسق] كما في القواعد وغيرها، بل في المسالك: لا شبهة في كراهة تزويجه حتى منع منه بعض العلماء، لمفهوم قوله ﷻ المتقدم في المكاتبة المتقدمة (لأن الفاسق ممن لا يرضى دينه، ولا يؤمن الإضرار بها) {خصوصاً من شارب الخمر، قال الصادق عليه السلام} في مرفوع أحمد بن محمد {من زوج كريمته من شارب خمر فقد قطع رحمها}^(٢) ونحوه غيره {وذهب بعض العامة} وهو الشافعي {إلى عدم تزويج الفاسق مطلقاً} سواء كان فسقه بشرب الخمر أم بغيره {إلا لمثله لقوله تعالى: ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ﴾^(٣)} ويضعف: بأن المراد من الفسق فيها - والله العالم - هو النفاق بقريته مقابلته بالإيمان.

[السابعة عشر: لا يجوز التعريض بالعقد لذات البعل] {اتفاقاً} وهو الحجة {ولما فيه من الفساد} الذي ربما قد يؤدي بها إلى التخلص منه، كما هو المشهور من قصة جعدة بنت الأشعث مع الحسن عليه السلام حين مناهها معاوية بتزويجه من جروه يزيد لعنه الله [ولا للمعتدة رجعية] إجماعاً محكياً عن غير واحد إن لم يكن محصلاً، كذا في الجواهر {لأنها في حكم الزوجة} بلا خلاف ولا إشكال {والمراد بالتعريض: الإتيان بلفظ يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها، مع ظهور إرادتها، مثل رب

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٨) مقدمات النكاح، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٩) مقدمات النكاح، ح ١.

(٣) سورة السجدة، آية (١٨).

راغب فيك، وحريص عليك، أو إني راغب فيك، أو أنت عليّ كريمة أو عزيزة، أو إن الله لسائق إليك خيراً ورزقاً، ونحو ذلك، وإذا حرم التعريض لهما، فالتصريح أولى { بلا ريب.

{ ويجوز في المعتدة بائناً } { كالمختلعة } { التعريض من الزوج } { وإن لم تحل له في الحال } { إلا إذا رجعت في البذل [وغيره، والتصريح منه] { وهو الإتيان بلفظ لا يحتمل غير إرادة النكاح } { إن حلت له في الحال } { بأن تكون على طليقة، أو طلقين وإن توقف الحل على رجوعها في البذل } { ويحرم } { التصريح منه } { إن توقف } { حلها له } { [على المحلل] لحرمتها عليه حينئذٍ [وكذا يحرم التصريح في العدة من غيره] لأنها بحكم ذات البعل [مطلقاً] { سواء توقف حلها للزوج على محل أم لا، وكذا منه بعد العدة } { ويحرم التعريض للمطلقة تسعاً للعدة من الزوج } { لامتناع نكاحه لها، ومثله الملاعنة ونحوها من المحرمات على التأييد } { ويجوز } { التعريض لها } { [من غيره] { كغيرها من المطلقات بائناً } { والعمدة في هذه الأحكام ما حكوه من الإجماع، كما في الجواهر، والذي به يتم إرادة خصوص التعريض المرادف للتلويح، المقابل للتصريح، ولقوله ﷺ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَثْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عِلْمَ اللَّهِ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾^(١) ويشكل الاستدلال بها؛ لأنه من الوصف الذي لا مفهوم له، ولا سيما بعد خلو النصوص الوارد فيها ذلك، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن قول الله ﷻ: ﴿وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ قال: هو الرجل يقول للمرأة قبل أن تنقضي عدتها: أواعدك بيت فلان

ليعرض لها بالخطبة، ويعني بقوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ التعريض بالخطبة، ولا يعزم عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله^(١) فيبقى الإجماع المحكي، فإن أوجب القطع، وإلاّ فهذه الأحكام مبنية على الاحتياط.

{واعلم أن الإجابة تابعة للخطبة في الجواز والتحريم، ولو فعل الممنوع تصريحاً، أو تعريضاً لم تحرم بذلك} إجماعاً على الظاهر، كما في الرياض، واستصحاباً للجواز؛ لأن النهي تكليفي وعصيانه لا يوجب حرمة النكاح {فيجوز له بعد انقضاء العدة تزويجها، كما لو نظر إليها في وقت تحريمه ثم أراد نكاحها}.

[الثامنة عشر: تحرم الخطبة بعد إجابة الغير] {منها، أو من وكيلها، أو وليها} كما هو قول الشيخ في بعض كتبه {لقوله ﷺ: (لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه)^(٢)} فإن النهي ظاهر في التحريم، ولما فيه من إيذاء المؤمن، وإثارة الشحنة المحرم، فيحرم ما كان وسيلة إليه} ويشكل: بأن ضعف الحديث، وعدم الجابر له من شهرة أو عمل لا يصحح الاستناد إليه، لا سيما بعد خلو النصوص المعتبرة من التحريم، فأصالة الجواز - حيث - سالمة عن المعارض، نعم يقوى الحكم بالكراهة، لما فيه من الخزاة.

{ولو ردّ لم تحرم إجماعاً} ولعمومات الأدلة، وأصالة الحل {ولو انتفى الأمران فظاهر الحديث التحريم أيضاً، لكن لم نقف على قائل به} {ولو خالف} {وخطب} [وعقد صح] قطعاً، كذا في الجواهر، لأصل الجواز، ولعمومات الحل، وعدم

(٢) الوسائل، ج٢٠، باب (٣٧) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.

(٢) السنن الكبرى، ج٧، ص٢٩١.

اقتضاء ذلك الفساد {وإن فعل محرماً} على القول به {إذ لا منافاة بين تحريم الخطبة، وصحة العقد} كما هو واضح.

[وقيل: تكره الخطبة] {بعد إجابة الغير من غير تحريم، لأصالة الإباحة، وعدم صيرورتها بالإجابة زوجة} ليكون مشمولاً بتحريم التعريض لذات البعل {ولعدم ثبوت الحديث} بطريق معتبر {كحديث النهي في سومه، وهذا أقوى، وإن كان الاجتناب طريق الاحتياط، هذا كله في الخاطب المسلم، أما الذمي إذا خطب الذمية لم تحرم خطبة المسلم لها قطعاً، للأصل} وهو الجواز {وعدم دخوله في النهي، لقوله ﷺ: على خطبة أخيه} لأن المسلم سيد الذمي، وليس أخاه.

[التاسعة عشر: يكره العقد على القابلة المريية] كما هو المشهور {للهي عنه في عدة أخبار} كخبر جابر بن يزيد قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن القابلة، أيحل للمولود أن ينكحها؟ فقال: لا، ولا ابنتها، هي بعض أمهاته) ^(١) ونحوه غيره {المحمولة على الكراهة جمعاً بينها، وبين ما دل صريحاً على الحل} كصحيح أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: (سألت عن المرأة تقبلها القابلة فتلد الغلام، يحل للغلام أن يتزوج قابلة أمه؟ قال: سبحانه الله، وما يجرم عليه من ذلك) ^(٢) ونحوه غيره.

{وقيل} والقائل الصدوق فيما حكى عنه {تحرم عملاً بظاهر النهي} وضعفه ظاهر، لاستلزامه طرح ما دل على الجواز صراحة مع صحة سنده {ولو قبلت ولم ترب، أو بالعكس، لم تحرم قطعاً} لأن القائل بالتحريم خصه بمن قبلت وربت،

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٩) ما يجرم بالمصاهرة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٩) ما يجرم بالمصاهرة، ح ٥.

كما في بعض النصوص التي عرفت لزوم حملها على الكراهة جمعاً {والمعتبر في التريبة مسأها} عرفاً {عملاً بالإطلاق} الوارد في الأدلة.

{وكذا يكره العقد على ابنتها} لما في الخبر المتقدم {لأنها بمنزلة أخته، كما أن القابلة بمنزلة أمه، لورودها معها في بعض الأخبار} كموثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يتزوج المرأة التي قبلته ولا ابنتها)^(١) ونحوه غيره {وكان عليه أن يذكرها} لورودها في عدة نصوص معتبرة {إلا أنه لا قائل هنا بالمنع} ولعله اعتمد على ذلك في عدم الذكر.

[و] {كذا يكره} [أن يزوج ابنه بنت زوجته المولودة بعد مفارقتها] {لأمها، وكذا ابنة أمته كذلك، للنهي عنه عن الباقر عليه السلام معللاً بأن أباه لها بمنزلة الأب} في صحيح إسماعيل بن همام قال: (قال أبو الحسن عليه السلام: قال محمد بن علي عليه السلام: في الرجل يتزوج المرأة ويزوج ابنتها ابنه فيفارقها ويتزوجها آخر بعد فتلد منه بنتاً، فكره أن يتزوجها أحد من ولده؛ لأنها كانت امرأته، فطلقها فصار بمنزلة الأب وكان قبل ذلك أباً لها)^(٢) ونحوه غيره، المحمولة على الكراهة جمعاً بينها وبين صحيح عيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن الرجل يطلق امرأته ثم خلف عليها رجل بعد فولدت للآخر، هل يحل ولدها من الآخر لولد الأول من غيرها؟ قال: نعم، قال: وسألته عن رجل أعتق سرية له، ثم خلف عليها رجل بعده ثم ولدت للآخر، هل يحل ولدها لولد الذي أعتقها؟ قال: نعم)^(٣) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٣٩) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٨.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٣) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٥.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٣) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

{وكذا يكره تزويج ابنته لابنها كذلك، والرواية شاملة لهما؛ لأنه فرضها في تزويج ولده لولدها، فلو فرضها المصنف كذلك كان أشمل} {أما} {لو ولدتها} {قبل تزويجها فلا كراهة} {لعدم النهي، وانتفاء العلة} ففي خبر زيد بن الجهم الهلالي قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة ويزوج ابنه ابنتها؟ فقال: إن كانت الابنة لها قبل أن يتزوج بها فلا بأس).^١

[وأن يتزوج بضرة الأم من غير الأب لو فارقتها الزوج] كما هو المشهور شهرة عظيمة، كما عن غير واحد {ولرواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال: (ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج ضرة كانت لأمه مع غير أبيه)^(١) وهو شامل لما إذا كان تزوج ذلك الغير قبل أبيه وبعده} خلافاً للمحقق؛ حيث خص الحكم بما إذا كانت ضرة لأمه قبل أبيه، ويشكل: بإطلاق الرواية.

[العشرون: نكاح الشغار] {بالكسر} كما عن الصحاح وغيره {وقيل: بالفتح أيضاً} [باطل] عندنا {إجماعاً} بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولخبر غياث بن إبراهيم قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا جلب*، ولا جنب**، ولا شغار في الإسلام، والشغار أن يزوج الرجل، الرجل ابنته أو أخته ويتزوج هو ابنة المتزوج أو أخته، ولا يكون بينهما مهر غير تزويج هذا هذا، وهذا هذا)^(٢) ونحوه غيره [وهو أن يزوج كل من الوليين] ولو عرفاً كالأخ [الآخر على

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٢) ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

* الجلب من الزكاة، جمع العامل المواشي إلى مكان واحد، وفي الباقي أن يتبع فرسه رجلاً يزجره ويحلب عليه ويصيح، كذا في النهاية الأثرية، ج ١، ص ٢٨١.

** أن يحلب الرجل مع فرسه فرساً آخر عند الرهان. كذا في الصحاح، ج ١، ص ١٠٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٧) عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٢.

أن يكون بضع كل واحدة مهرًا للآخرى] {وهو نكاح كان في الجاهلية: مأخوذ من الشَّغَر وهو رفع إحدى الرجلين، إما لأن النكاح يفضي إلى ذلك. ومنه قولهم: أشغراً وفخراً} وهو كناية عن يفعل ما هو قبيح ومع ذلك يفتخر به {أو لأنه يتضمن رفع المهر، أو من قبيل شغل البلد إذا خلا من القاضي والسلطان، لخلوه من المهر، والأصل في تحريمه ما روي من النهي عنه عن النبي ﷺ} من طرقنا كما في الخبر المتقدم، ومن طرق العامة قوله ﷺ: (لا شغار في الإسلام)^(١) وفي آخر النهي عنه^(٢) فما عن أبي حنيفة وجماعة من صحته وبطلان المهر خاصة اجتهدا في مقابلة النص والإجماع، وهو غير مسموع.

{ولو خلا المهر من أحد الجانبين بطل خاصة} لكونه من الشغار الباطل، وصح ما تضمن المهر بلا إشكال {ولو شرط كل منهما تزويج الآخر بمهر معلوم صح العقدان} لأنه صدر من أهله في محله {وبطل المسمى؛ لأنه شرط معه تزويج وهو غير لازم، والنكاح لا يقبل الخيار} فلا بد أن يكون شرطاً للمهر، ولما كان مجهولاً سرت جهالته إلى المهر، ويبطل المسمى {فيثبت مهر المثل، وكذا لو زوجه بمهرٍ وشرط أن يزوجه ولم يذكر مهرًا} فيثبت مهر المثل، لعين ما سبق.

(١) السنن الكبرى، ج٧، ص ٣٢٥.

(٢) السنن الكبرى، ج٧، ص ٣٢٥.

[الفصل الرابع]: [في نكاح المتعة]

{وهو النكاح المنقطع} [ولا خلاف] {بين الإمامية} [في شرعيته] {مستمراً إلى الآن، ولا خلاف بين المسلمين قاطبة في أصل شرعيته، وإن اختلفوا بعد ذلك في نسخه} {والقرآن} {الكريم} [مصرح به] {في قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾^(١) اتفق جمهور المفسرين على أن المراد به نكاح المتعة، وأجمع أهل البيت عليهم السلام على ذلك، وروي عن جماعة من الصحابة منهم أبي بن كعب، وابن عباس، وابن مسعود أنهم قرأوا ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾*}.

[ودعوى نسخه] {أي نسخ جوازه من الجمهور} [لم تثبت] {لتنقض رواياتهم بنسخه، فإنهم رووا عن علي عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن متعة النساء يوم خيبر**، ورووا عن ربيع بن سبرة عن أبيه أنه قال: شكونا العزبة في حجة الوداع فقال: (استمتعوا من هذه النساء، فتزوجت امرأة ثم غدوت على رسول الله صلى الله عليه وآله وهو قائم بين الركن والباب وهو يقول: إني قد أذنت لكم في الاستمتاع، ألا وإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة)^(٢)}

(١) سورة النساء، آية (٢٤).

* راجع النووي لشرح مسلم ج٩، ص ١٧٩.

** صحيح مسلم، ج ٢، ص ١٠٢٤.

(٢) صحيح مسلم، ج ٤، ص ١٠٢٥.

{ومن المعلوم ضرورة من مذهب علي وأولاده عليهم الصلاة والسلام حلها، وإنكار تحريمها بالغاية، فالرواية عن علي عليه السلام بخلافه باطلة، ثم اللازم من الروایتين {المتقدمتين} أن تكون قد نسخت مرتين؛ لأن إباحتها في حجة الوداع أولاً ناسخة لتحريمها يوم خيبر ولا قائل به، ومع ذلك يتوجه إلى خبر سبرة الضعف في سنده {لأن في طريقه الربيع بن سبرة وهو مجهول عندهم، مضافاً إلى اضطرابه في نفسه حيث يسأله بالأمس فيأمره بها، يخبره اليوم فيحرمها {واختلاف ألفاظه} في مصادره عندهم {ومعارضته لغيره} كالمروي عن أبي نضرة قال: (كنت عند جابر بن عبد الله فأتاه آت فقال: ابن عباس وابن الزبير اختلفا في المتعتين، فقال جابر: فعلناهما مع رسول الله صلى الله عليه وآله ثم نهانا عمر فلم نعد لهما)^(١) ومن ألطف ما ذكر في هذا الباب ما حكاه الراغب في محاضراته: من أن يحيى بن أكثم قال لشيخ بالبصرة كان يتمتع: عمن أخذت المتعة؟! فقال: عن عمر، فقال له: كيف وهو أشد الناس نهيًا عنها؟! فقال: إن الخبر الصحيح جاء عنه: أنه صعد المنبر وقال: إن الله ورسوله أحل لكم متعتين وأنا أحرمهما وأعاقب عليهما، فقبلنا بشهادته، ولم نقبل تحريمه*.

{وروا عن جماعة من الصحابة منهم جابر بن عبد الله، وعبد الله بن عباس، وابن مسعود، وسلمة بن الأكوع، وعمران بن الحصين، وأنس بن مالك: أنها لم تنسخ. وفي صحيح مسلم بإسناده إلى عطاء قال: (قدم جابر بن عبد الله معتمراً فجئناه في منزله فسأله القوم عن أشياء، ثم ذكروا المتعة فقال: استمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وأبي

(١) صحيح مسلم، ج١، ص ٩١٤.

* محاضرات الراغب، ج٢، ص ٢٣٥.

بكر وعمر^(١) وهو صريح في بقاء شرعيتها بعد موت النبي ﷺ من غير نسخ { وأكبر دليل عليه هذا التخطب في رواياتهم، ومصنفاتهم، وضعف استدلالهم عليه، فراجعها وتفظن واغتنم.

[وتحريم بعض الصحابة] {وهو عمر} [إياه تشريع] {من عنده} [مردود عليه] {لأنه إن كان بطريق الاجتهاد، فهو باطل في مقابلة النص إجماعاً، وإن كان بطريق الرواية، فكيف خفي ذلك على الصحابة أجمع في بقية زمن النبي ﷺ وجميع خلافة أبي بكر، وبعض خلافة المحرم؟! ثم يدل على أن تحريمه من عنده، لا بطريق الرواية، قوله في الرواية المشهورة عنه بين الفريقين: (متعنان كانتا على عهد رسول الله ﷺ حلالاً أنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما)^(٢) ولو كان النبي ﷺ قد نهى عنهما في وقت من الأوقات لكان إسناده إليه ﷺ أولى وأدخل في الزجر، وروى شعبة عن الحكم بن عتيبة - وهو من أكابرهم - قال: سألته عن هذه الآية ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ﴾ أَمْسُوخَةٌ هِيَ؟ قال: لا، ثم قال الحكم: قال علي بن أبي طالب عليه السلام: (لولا أن عمر نهى عن المتعة ما زنى إلا شقي)^(٣) وفي صحيح الترمذي: (أن رجلاً من أهل الشام سأل ابن عمر عن متعة النساء فقال: هي حلال، فقال: إن أباك قد نهى عنها، فقال ابن عمر: أرايت إن كان أبي قد نهى عنها وقد سنّها (صنعها) رسول الله ﷺ أترك السنة وتتبع قول أبي؟!)^(٤).

{وأما الأخبار بشرعيتها من طريق أهل البيت عليهم السلام فبالغة، أو كادت أن تبلغ حد التواتر لكثرتها، حتى أنه مع كثرة اختلاف أخبارنا الذي أكثره بسبب التقية، وكثرة

(١) صحيح مسلم، ج٤، ص ١٠٢٣.

(٢) تفسير القرطبي، ج٢ ص ٣٩٢.

(٣) تفسير الطبري، ج٦، ص ٥٨٨.

(٤) سنن الترمذي، ج٣، ص ١٧٦.

مخالفينا فيه لم يوجد خبر واحد يدل على منعه، وهو عجيب { حتى أثر عنهم عليه السلام : أن التقية في كل شيء إلا الدم، والمتعة، وزيارة الحسين عليه السلام، بل الثابت استحبابه الأكيد إجماعاً، والنصوص به متضاربة، بل يظهر من بعضها الاستحباب الأكيد، كخبر بشير بن حمزة عن رجل من قريش قال: (بعثت إلي ابنة عم لي كان لها مال كثير: قد عرفت كثرة من يخطبني من الرجال فلم أزوجهم نفسي، وما بعثت إليك رغبة في الرجال، غير أنه بلغني أنه أحلها الله في كتابه، وبينها رسول الله صلى الله عليه وآله في سنته فحرمها زفر، فأحببت أن أطيع الله عز وجل فوق عرشه، وأطيع رسول الله صلى الله عليه وآله وأعصي زفر فتزوجني متعة، فقلت لها: حتى أدخل على أبي جعفر عليه السلام فأستشيره، قال: فدخلت عليه فخبرته، فقال: افعل صلى الله عليكما من زوج) ^(١) ونحوه غيره.

[وإيجابه كالدائم] { بأحد الألفاظ الثلاثة } زوجت، وأنكحت، ومتعت اتفاقاً، ولا يجوز التعدي إلى غيرها كما هو المشهور، اقتصاراً على المتيقن من النص والإجماع، لا سيما وأن في النكاح شائبة العبادة { ولا إشكال هنا في متعتك } وإن استشكل بعضهم فيها في الدائم [وقوله كذلك] لا بد فيه من اللفظ الصريح، كقبلت ورضيت إجماعاً [ويزيد] { هنا } [ذكر الأجل] { المضبوط المحروس عن الزيادة والنقصان } [وذكر المهر] { المضبوط كذلك بالكيل، أو الوزن، أو العد مع المشاهدة، أو الوصف الرافع للجهالة، ولو أخل به بطل العقد } بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح إسماعيل بن الفضل الهاشمي

قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة، فقال: مهر معلوم إلى أجل معلوم)^(١) ونحوه غيره {بخلاف الدائم} حيث لا يشترط فيه شيء من ذلك.

[وحكمه كاللدائم في جميع ما سلف] {من الأحكام: شرطاً، وولاية، وتحريماً بنوعيه} العيني كنكاح الأم وغيرها، والجمعي كالجمع بين الأختين وغيرهما، بلا خلاف ولا إشكال، لإطلاق أدلة النكاح [إلا ما استثنى] {من أن المتعة لا تنحصر} [في عدد ونصاب] إجماعاً، ولصحيح زرارة بن أعين قال: (قلت: ما يحل من المتعة؟ قال: كم شئت)^(٢) ونحوه غيره وهو مستفيض {ومن أنها تصح بالكتابية ابتداءً} إجماعاً ونصاً.

[ولا تقدير في المهر قلة وكثرة] {بل ما تراضيا عليه مما يتمول، ولو بكف من بر} كما هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، كما عن غير واحد، لإطلاق الأدلة، بل صراحتها فيه، كموثق زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في المتعة قال: (لا بد من أن يصدقها شيئاً قل أم كثر، والصدّاق كل شيء تراضيا عليه في تمتع أو تزويج بغير متعة)^(٣) ونحوه غيره {وقدره الصدوق بدرهم} استناداً إلى خبر أبي بصير قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن متعة النساء؟ قال: حلال وأنه يجزي فيه الدرهم فما فوقه)^(٤) ويشكل: بمعارضته بما تقدم، وعدم دلالته على التحديد، للقرائن المقامية الدالة - عرفاً - على عدم إرادة التحديد من مثل هذه العبارات، أضف إلى أن دلالته إنما تتم بمفهوم اللقب المعلوم عدم حجّيته، حاله في ذلك

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٧) المتعة، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٤) المتعة، ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٢١) المتعة، ح ٩.

(٤) الوسائل، ج ٢١، باب (٢١) المتعة، ح ١.

حال خبر الأحوال قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أدنى ما يتزوج به المتعة؟ قال: كف من بر)^(١) ونحوه غيره.

[وكذا] { لا تقدير } [في الأجل] { قلة وكثرة } لصريح غير واحد من النصوص في إيقاعه على ما شاء من الأجل وتراضيا عليه، مؤيداً بإطلاق الفتاوى على وجه يمكن دعوى الإجماع عليه، كما في الجواهر، وإطلاق معتبر محمد بن مسلم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام: كم المهر، يعني في المتعة؟ قال: ما تراضيا عليه إلى ما شاء من الأجل)^(٢) ونحوه غيره { وشذ قول بعض الأصحاب } وهو ابن حمزة في الوسيلة { بتقديره قلة بما بين طلوع الشمس والزوال } لأنه اجتهد في مقابلة النص.

[ولو وهبها المدة قبل الدخول فعليه نصف المسمى] { كما لو طلق في الدوام قبله } وفاقاً للمشهور، كذا في الجواهر، بل في جامع المقاصد: إجماع الأصحاب عليه، ولموثق سماعة قال: (سألته عن رجل تزوج جارية، أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها في حل، يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟ قال: نعم، إذا جعلته في حل فقد قبضته منه، فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الرجل نصف الصداق)^(٣) فلو وهبها المدة قبل الدخول استحقت عليه نصفه { وفي إلحاق هبة بعض المدة قبله بالجميع نظر } لخروجه عن النص المحمول على هبة الجميع، ويشكل: بأنه مطلق من هذه الجهة فتقييده به خلاف الظاهر { والأصل يقتضي عدم السقوط } ويشكل: بانقطاعه بالدليل، وهو الموثق المتقدم المعتضد بالشهرة

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢١) المتعة، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٢١) المتعة، ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٠) المتعة، ح ١.

والعمل {ولو كانت الهبة بعد الدخول للجميع، أو البعض لم يسقط منه شيء قطعاً، لاستقراره بالدخول، والظاهر أن هذه الهبة إسقاط} لما في ذمتها المستحق عليها بالعقد من التمكين والاستمتاع، فهو {بمنزلة الإبراء فلا يفتقر إلى القبول} اتفاقاً.

[ولو أخلت بشيء من المدة] {اختياراً قبل الدخول، أو بعده} [قاصّها] {من المهر بنسبة ما أخلت به من المدة} إن نصفاً فنصف، وإن ثلثاً فثلث وهكذا، بلا خلاف أجده فيه، بل ولا إشكال، كذا في الجواهر، ولموثق إسحاق بن عمار قال: (قلت لأبي الحسن عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة متعة تشترط له أن تأتيه كل يوم حتى توفي شرطه، أو يشترط أياماً معلومة تأتيه، فتغدر به ولا تأتيه على ما شرطه عليها، فهل يصلح له أن يحاسبها على ما لم تأت به من الأيام فيحبس عنها بحساب ذلك؟ قال: نعم، ينظر إلى ما قطعت من الشرط فيحبس عنها من مهرها مقدار ما لم تف به، ما خلا أيام الطمث فإنها لها، ولا يكون له إلا ما أحل له من فرجها)^(١) ونحوه غيره {بأن يبسط المهر على جميع المدة ويسقط منه بحسابه، حتى لو أخلت بها أجمع سقط عنه المهر} أجمع؛ لأنها مستأجرة فإن لم تف بشيء مما استؤجرت عليه لم تستحق من أجرها شيئاً، بلا خلاف ولا إشكال.

{ولو كان المنع لعذر كالحيض، و} ما ألحق به من الأعذار العرفية، لعدم الخصوصية فيه كـ {المرض، والخوف من ظالم لم يسقط باعتباره شيء} كما هو المشهور، ولما تضمنه الموثق المتقدم من قوله عليه السلام: (ما خلا أيام الطمث) {ويحتمل ضعيفاً السقوط بالنسبة كالاختياري؛ نظراً إلى أنه في مقابلة الاستمتاع بقريئة المنع الاختياري، وهو مشترك بين الاختياري والاضطراري، وضعفه ظاهر} لمخالفته

صريح النصوص، مع عدم الدليل عليه سوى القياس الباطل {وفي رواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام ما يدل على الحكمين} السقوط في الاختياري، وعدمه في الاضطراري، قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأة شهراً بشيء مسمى فتأتي بعض الشهر ولا تنفي ببعض، فقال: تحبس عنها من صداقها مقدار ما احتبست عنك إلا أيام حيضها فإنها لها)^(١).

{وإطلاق المقاصة على ذلك الوجه مجاز؛ لأن مجرد إخلالها بالمدة يوجب سقوط مقابلها من العوض الآخر} لأنها مستأجرة {ومثل هذا لا يعد مقاصة} في الاصطلاح؛ لأنها أخذ الدائن من مال المدين - مع إنكاره وعدم إمكان إثباته شرعاً - إذا وقع في يده {ولو ماتت في أثناء المدة، أو قبل الدخول فأولى بعدم سقوط شيء} لأن المنع ليس من قبلها، بل هو من قبل الله عز وجل مع كون هذا الاضطرار أقوى من الحيض وما ألحق به، لإمكان تمكينه فيها من الاستمتاع بغير القبل، وهو {كالدائم} من هذه الحثية؛ لأنها تستحق جميع المهر بمجرد العقد.

[ولو أُخِلَّ بالأجل] {في متن العقد} [انقلب دائماً] في المشهور نقلاً وتحصيلاً، كذا في الجواهر؛ ولأنه الأصل في العقد، ولخبر أبان بن تغلب في حديث المتعة (أنه قال لأبي عبد الله عليه السلام: فإني أستحيي أن أذكر شرط الأيام، قال: هو أضر عليك، قلت: كيف؟ قال: لأنك إن لم تشترط كان تزويج مقام، ولزمتك النفقة في العدة، وكانت وارثاً، ولم تقدر أن تطلقها إلا طلاق السنة)^(٢) ونحوه غيره] أو بطل على خلاف] {في ذلك منشؤه: من صلاحية أصل العقد لكل منهما، وإنما يتمحض للمتعة بذكر الأجل، وللدوام بعدمه، فإذا انتفى الأول ثبت الثاني؛ لأن

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٧) المتعة، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٠) المتعة، ح ٢.

الأصل في العقد الصحة، وموثقة ابن بكير عن الصادق عليه السلام قال: (إن سمي الأجل فهو متعة، وإن لم يسم فهو نكاح باق)^(١) وفي المصدر (بات) {وعلى هذا عمل الشيخ والأكثر ومنهم المصنف في شرح الإرشاد، ومن أن المتعة شرطها الأجل إجماعاً، والمشروط عدم عند عدم شرطه، ولصحيحة زرارة عنه عليه السلام: (لا تكون متعة إلا بأمرين: بأجل مسمى، وأجر مسمى)^(٢)، وأن الدوام لم يقصد، والعقود تابعة للقصد، وصلاحية الإيجاب لهما لا يوجب حمل المشترك على أحد معنييه مع إرادة المعنى الآخر المبين له، وهذا هو الأقوى، والرواية {الموثقة المتقدمة} ليس فيها تصريح بأنهما أرادا المتعة وأخلا بالأجل، بل مضمونها: أن النكاح مع الأجل متعة، وبدونه دائم، ولا نزاع فيه {ويشكل: بأن عدم الصراحة لا ينافي الظهور الكافي في الاستدلال، وخبر أبان وغيره صريح في قصد المتعة، مع انجباره بالشهرة.

{وأما القول} المحكي عن ابن إدريس {بأن العقد إن وقع بلفظ التزويج أو النكاح انقلب دائماً، أو بلفظ التمتع بطل، أو بأن ترك الأجل إن كان جهلاً منها، أو من أحدهما، أو نسياناً كذلك بطل، وإن كان عمداً انقلب دائماً، فقد ظهر ضعفه مما ذكرناه} لا سيما مع عدم وضوح الدليل على الثاني من الشقين {فالقول بالبطان مطلقاً} سواء مع نسيان ذكر الأجل أم تركه عمداً، أم ذكره بلفظ التمتع أم التزويج {مع قصد التمتع الذي هو موضع النزاع أوجه} ولكن قد عرفت التأمل فيه، فالأحوط العقد عليها دائماً ثم طلاقها، ثم التمتع بها من جديد.

[ولو تبين فساد العقد] {إما بظهور زوج، أو عدة، أو كونها محرمة عليه جمعاً، أو عيناً، أو غير ذلك من المفسدات} [فمهر المثل مع الدخول] {وجعلها حالة الوطء}

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٠) المتعة، ح ١. بتفاوت.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (١٧) المتعة، ح ١.

كما هو المشهور {لأنه وطء محترم، فلا بد له من عوض، وقد بطل المسمى} لفساد العقد {فيثبت مهر مثلها في المتعة المخصوصة، وقيل} والقائل الشيخان وابن البراج {تأخذ ما قبضته، ولا يسلم الباقي استناداً إلى رواية} صحيحة عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا بقي عليه شيء من المهر وعلم أن لها زوجاً فما أخذته فلها بما استحل من فرجها، ويحبس عليها ما بقي عنده)^(١) {حملها على كون المقبوض بقدر مهر المثل أولى من إطلاقها المخالف للأصل} المقتضي عدم استحقاقها شيء، لكونها بغياً مع علمها، واستحقاقها مهر المثل مع جهلها؛ لأنه وطء شبهة {و} لذا قال: {وقبل الدخول لا شيء لها، لبطلان العقد المقتضي لبطلان المسمى، فإن كانت قد قبضته استعاده، وإن تلف في يدها ضمنته مطلقاً} بتفريط كان أم لا {وكذا لو دخل وهي عالة بالفساد؛ لأنها بغية، ولا مهر لبغية} كما اشتهر على ألسنة الأصحاب.

[ويجوز العزل عنها] ولو مع عدم رضاها [وإن لم تشرط] {ذلك في متن العقد، وهو هنا موضع وفاق، وهو منصوص بخصوصه} في صحيح محمد بن مسلم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل؟ فقال: ذاك إلى الرجل يصرفه حيث يشاء)^(٢) ونحوه غيره {ولأن الغرض الأصلي منه الاستمتاع، دون النسل، بخلاف الدوام} [و] {لكن} [يلحق به الولد] {على تقدير ولادتها بعد وطئه بحيث يمكن كونه منه} [وإن عزل] بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر {لأنها فراش، والولد للفراش، وهو مروي أيضاً} في معتبر محمد بن مسلم عن أبي عبد

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٨) المتعة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٤) المتعة، ح ١.

الله ﷺ قال: (قلت: أرأيت إن حبلى؟ قال: هو ولده)^(١) ونحوه غيره {لكن لو نفاه انتفى ظاهراً بغير لعان} بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله ﷺ قال: (لا يلاعن الرجل امرأته التي يتمتع بها)^(٢) ونحوه غيره {بخلاف الدوام} فإنه لا بد فيه من اللعان إجماعاً ونصاً، كما سيأتي في بابه.

[ويجوز اشتراط السائغ في العقد لإطلاق (المؤمنون عند شروطهم) كاشتراط الإتيان ليلاً أو نهاراً] {لأنه شرط لا ينافي مقتضى العقد، لجواز تعلق الغرض بالاستمتاع في وقت دون آخر، إما طلباً للاستبداد، أو توفيراً لما سواه على غيره من المطالب} بل ولها أيضاً، للإطلاق، ولخصوص صحيح مروان بن عمار عن أبي عبد الله ﷺ قال: (قلت: رجل جاء إلى امرأة فسأها أن تزوجه نفسها، فقالت: أزوجك نفسي على أن تلمس مني ما شئت من نظر والتماس، وتنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أن تدخل فرجك في فرجي، وتتلذذ بما شئت فإني أخاف الفضيحة، قال: ليس له إلا ما اشترط)^(٣) [أو شرط إتيانها مرة، أو مراراً] {مضبوطة} [في الزمان المعين] {لما ذكر} من أنه شرط لا ينافي مقتضى العقد {ولو لم يعين الوقت} في أصل الصيغة {بل أطلق المرة والمرات بطل، للجهالة} الموجبة لعدم ذكر الأجل في نكاح المتعة الذي عرفت أنه شرط إجماعاً، وهل ينقلب دائماً أو لا؟ الوجهان.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٣) المتعة، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٠) اللعان، ح ١. بتفاوت

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٦) المتعة، ح ١.

[ولا يقع بها طلاق] {بل تبين بانقضاء المدة، أو بهيته إياها} بلا خلاف نصاً وفتوى، كذا في الجواهر {وفي رواية محمد بن إسماعيل} الصحيحة {عن الرضا عليه السلام} قلت: وتبين بغير طلاق؟ قال: نعم^(١) {ونحوه غيره.

[ولا إيلاء] {على أصح القولين} وهو المشهور، كذا في الجواهر {لقوله تعالى في قصة الإيلاء: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾^(٢) وليس في المتعة طلاق؛ ولأن من لوازم الإيلاء المطالبة بالوطء، وهو منتفٍ في المتعة} لأن الحق هنا مختص بالرجل {وبانتفاء اللازم ينتفي المزوم، وللمرتضى قول بوقوعه بها، لعموم لفظ النساء، ودفع بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ فإن عود الضمير إلى العام} يلزمه {تخصيصه} على الأظهر.

[ولا لعان إلا في القذف بالزنا] {على قول المرتضى والمفيد استناداً إلى أنها زوجة فيقع بها اللعان، لعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾^(٣) فإن الجمع المضاف يعم، وأجيب: بأنه مخصوص بالسنة، لصحيفة ابن سنان عن الصادق عليه السلام: (لا يلاعن الحر الأمة، ولا الذمية، ولا التي يتمتع بها)^(٤) ومثله رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام، ولا قائل بالفرق بين الحر والعبد، فالقول بعدم وقوعه مطلقاً} سواء كان الزوج حراً أم عبداً {أقوى، وأما لعانها لنفي الولد فمنفي إجماعاً، ولانتفائه بدونه} إجماعاً، كما مر.

(١) الوسائل، ج٢١، باب (٢٥) المتعة، ح ١.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٢٧).

(٣) سورة النور، آية (٦).

(٤) الوسائل، ج٢٢، باب (١٠) اللعان، ح ٢.

[ولا توارث] {بينهما} شرطاً سقوطه أو أطلقاً، وفقاً للأكثر، بل المشهور، خلافاً للقاضي حيث جعله كالدائم، لصدق الزوجة التي لا يصح اشتراط سقوط إرثها؛ لأنه شرط مخالف للكتاب الكريم، ولابن عقيل والسيد ما لم يشترط السقوط جمعاً بين ما تقدم وقوله ﷺ: (المؤمنون عند شروطهم) ولخصوص موثق محمد بن مسلم قال: (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: في الرجل يتزوج المرأة متعة أنها يتوارثان إذا لم يشترطاً، وإنما الشرط بعد النكاح)^(١) ويشكل: بأنه معارض بالنصوص المعتبرة المستفيضة على عدم التوارث مطلقاً، كصحيح سعيد بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث؟ قال: ليس بينهما ميراث اشترط أم لم يشترط)^(٢) ونحوه غيره.

[إلا مع شرطه] {في العقد، فيثبت على حسب ما يشترطانه} كما عن جمع من الأصحاب {أما انتفاؤه بدون الشرط} فلأصل المقتضي عدم كون الزوجية موجبة للتوارث مطلقاً، بل قد تراث، وقد لا تراث كالذمية {ولأن الإرث حكم شرعي، فيتوقف ثبوته على توظيف الشارع، ولم يثبت هنا} كما عن جمع، بل هو المحكي عن أكثر المتأخرين، بل عن العلامة: أنه المشهور {بل الثابت خلافه، كقول الصادق عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم: (من حدودها - يعني المتعة - أن لا تراثك، ولا تراثها)} ولم أجدها في كتب الحديث المعهودة، نعم الموجود في الوسائل هو خبر عبد الله بن عمرو قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة؟ فقال: حلال

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٩) المتعة، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٢) المتعة، ح ٧.

لك من الله ومن رسوله، قلت: فما حدها؟ قال: من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك، الحديث^(١).

{وأما ثبوته معه، فلعوم (المؤمنون عند شروطهم) ولقول الصادق عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم: (إن اشترط الميراث فهما على شرطهما)^(٢)، وقول الرضا عليه السلام في حسنة البزنطي: (إن اشترطت الميراث كان، وإن لم تشترط لم يكن)^(٣)} كما هو مذهب الشيخ وأتباعه، عدا أبي الصلاح، وبه قطع المحقق {وفي المسألة أقوال مأخذها أخبار} ضعيفة بحسب مذهب المصنفين {أو إطلاقات} كإطلاق قوله عليه السلام: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾^(٤) الشامل للدائم والمنقطع {و} هي {لا تقاوم هذه} في الاستدلال.

{أحدها: التوارث مطلقاً} اشترط أم لم يشترط، بل حتى لو اشترط العدم، كما هو المحكي عن القاضي، وقد تقدم ضعفه.

{ثانيها: عدمه مطلقاً} حتى مع اشتراطه، وهو المحكي عن المشهور، استناداً إلى صحيح سعيد بن يسار المتقدم وغيره، وهو الأجود.

{ثالثها: ثبوته مع عدم شرط عدمه} وهو المحكي عن السيد وابن أبي عقيل {والأظهر مختار المصنف} لكن عرفت الإشكال فيه {ثم إن شرطاهما فعلى ما شرطاه} بمقتضى عموم (المؤمنون عند شروطهم) {أو لأحدهما خاصة احتمل

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٢) المتعة، ح ٨.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٢) المتعة، ح ٥.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٢) المتعة، ح ١.

(٤) سورة النساء، آية (١٢).

كذلك عملاً بالشرط، و {احتمل قوياً} بطلانه، لمخالفته مقتضاه؛ لأن الزوجية إن اقتضت الإرث وانتفت موانعه ثبت من الجانبين، وإلا انتفى منها}.

[ويقع بها الظهار] {على أصح القولين} وفاقاً للمحكي عن الأكثر {لعموم الآية} في قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾^(١) {فإن المستمع بها زوجة ولم تخص} بما يصلح له {بخلاف ما سبق} فإنه مخصص بما هو صالح له، كما تقدم {وذهب جماعة} وهم بنوا أبي عقيل والجنيد وإدريس في أحد قوليهِ {إلى عدم وقوعه بها، لقول الصادق عليه السلام} {في مرسل ابن فضال عمن أخبره بما محصله أن {الظهار مثل الطلاق}}^(٢) والمتبادر من المماثلة أن تكون في جميع الأحكام؛ ولأن المظاهر يلزم بالفئة {وهي الرجوع والجماع بعد التكفير {أو الطلاق، وهو هنا متعذر} لعدم وقوعه في المنقطع، إجماعاً ونصاً} والإلزام بالفئة وحدها بعيد} لأن الوطاء هنا ليس بواجب {وبهية المدة بدل الطلاق أبعد} لأنه قياس باطل {ويضعف: بضعف الرواية} لأن راويها فطحي {وإرسالها، والمماثلة لا تقتضي العموم} في جميع الأحكام، لإمكان كونه مشروطاً بشروط الطلاق {والإلزام بأحد الأمرين جاز أن يختص بالدائم، ويكون أثر الظهار هنا وجوب اعتزالها كالمملوكة} من حيث إن شروطه شروط الطلاق.

[وعدها] {مع الدخول إذا انقضت مدتها، أو وهبها} الباقي منها [حيضتان] وفاقاً للشيخ ومن بعده، كما في كشف اللثام {إن كانت ممن تحيض، لرواية محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال: (طلاق الأمة تطليقتان، وعدتها حيضتان)}^(٣)

(١) سورة المجادلة، آية (٣).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢) الظهار، ح ٣. بتفاوت

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٠) العدد، ح ٥.

وروى زرارة في الصحيح عن الباقر: عليه السلام (أن على المتمتعة ما على الأمة)^(١) { ويشكل: بأن ما ذكره ليس مذهب المصنف في الأمة؛ حيث سيأتي منه أن عدتها طهران، ولذا كان الأولى أن يستدل عليه بصحيح إسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة؟ فقال: الق عبد الملك بن جريج فإن عنده منها علماً، فلقيته - إلى أن قال -: فإذا انقضى الأجل بانت منه بغير طلاق، ويعطيها الشيء اليسير، وعدتها حيضتان، وإن كانت لا تحيض فخمسة وأربعون يوماً، قال: فأتيت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام فقال: صدق، وأقر به... الحديث)^(٢) ونحوه غيره.

[وقيل] والقائل الشيخ المفيد والحلي والعلامة في المختلف وغيرهم {عدتها قرآن، وهما طهران، لحسنة زرارة عن الباقر عليه السلام: (وإن كان حر تحته أمة فطلاقها تطليقتان، وعدتها قرآن)^(٣) مضافة إلى صحيحة زرارة { المتقدمة التي تجعل المتمتع بها كالأمة من حيث العدة.

{والأول أحوط} لأن العدة بالحيضتين أكثر مدة منها بالطهرين، وأما القول المحكي عن زرارة وابن أبي عقيل من أنها حيضة واحدة، لما رواه زرارة - في الصحيح - عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: (إن كانت تحيض فحيضة، وإن كانت لا تحيض، فشهْر ونصف)^(٤) فهو متروك، كما في الشرائع، لمخالفته المشهور بين الأصحاب، مع معارضته بما هو أكثر عدداً، وأشهر رواية {وعليه لو انقضت

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٥٢) العدد، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤) المتعة، ح ٨.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٠) العدد، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٢) المتعة، ح ١.

أيامها، أو وهبها في أثناء الحيض لم يحسب ما بقي منه؛ لأن الحيضة لا تصدق على بعضها { لتبادر الجميع منها، كما قيل { وإن احتسب ما بقي من الطهر طهراً } على القول الآخر، لصدقه على اللحظة، كما مر في كتاب الطهارة.

[ولو استرابت] { بأن لم تحض وهي في سن من تحيض } [فخمسة وأربعون يوماً] { وهو موضع وفاق } ولمعتبر أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: (قال أبو جعفر عليه السلام: عدة المتمعة خمسة وأربعون يوماً... الحديث) ^(١) ونحوه غيره، المحمولة على المسترابة بقرينة فهم الأصحاب { ولا فرق فيها بين الحرة والأمة } لإطلاق الأدلة.

[وتعتد من الوفاة شهرين وخمسة أيام إن كانت أمة] وفاقاً للمشهور، كذا في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (الأمة إذا توفي عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام) ^(٢) ومثله غيره وهو مستفيض [وبضعفها إن كانت حرة] ولو مع عدم الدخول، إجماعاً، كذا في الجواهر { ومستند ذلك الأخبار الكثيرة الدالة على أن عدة الأمة من وفاة زوجها شهران وخمسة أيام، والحرة ضعفها من غير فرق بين الدوام والمتعة } كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعة، ثم يتوفى عنها زوجها، هل عليها العدة؟ فقال: تعتد أربعة أشهر وعشرًا، فإذا انقضت أيامها وهو حي، فحيضة ونصف، مثل ما يجب على الأمة... الحديث) ^(٣) ونحوه غيره { وتزيد الأمة هنا بخصوصها مرسله علي بن شعبة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج امرأة متعة

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٢) المتعة، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٢) العدد، ح ٩.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٥٢) العدد، ح ١.

ثم مات عنها ما عدتها؟ قال: خمسة وستون يوماً^(١) بحملها على الأمة جمعاً بينها وبين صحيح ابن الحجاج المتقدم، كما ذهب إليه العماني والشيخ المفيد وسلاار.

{وقيل} والقائل ابن إدريس والعلامة في المختلف وغيرهما {إن عدتها أربعة أشهر وعشراً مطلقاً} حرة كانت أم أمة {لصحيحة زرارة عن الباقر عليه الصلاة والسلام قال: (سألت ما عدة المتمتعة إذا مات عنها الذي تمتع بها؟ قال: أربعة أشهر وعشراً، ثم قال: يا زرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت، أو أمة، وعلى أي وجه كان النكاح منه متعة، أو تزويجاً، أو ملك يمين فالعدة أربعة أشهر وعشراً)^(٢) وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: (سألت عن المرأة يتزوجها الرجل متعة، ثم يتوفى عنها، هل عليها العدة؟ فقال عليه السلام: تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام)^(٣)، ويشكل: بأن هذه {الصحيحة الأخيرة} مطلقة فيمكن حملها على الحرة جمعاً بينها وبين ما هو أكثر عدداً مما ذكر فيه أن عدة الأمة نصف عدة الحرة {وصحيحة زرارة تضمنت أن عدة الأمة في الدوام كالحرّة، ولا قائل به} فتكون مخالفة لأصول المذهب وقواعده فيلزم ردها إلى أهلها {ومع ذلك} فهي {معارضة بمطلق الأخبار الكثيرة الدالة على أن عدة الأمة في الوفاة على نصف الحرة، وبأن كونها على النصف في الدوام يقتضي أولويته في المتعة؛ لأن عدتها أضعف في كثير من أفرادها، ونكاحها أضعف} لأنها لا تستوجب النفقة، ولا القسم، ولا التوارث، ولا حصر لها في عدد معين، ولا يقع بها اللعان {فلا يناسبها أن تكون أقوى، وهذه مخالفة أخرى في صحيحة زرارة للأصول} كقاعدة الأولوية القطعية

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٥٢) العدد، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٥٢) العدد، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٥٢) العدد، ح ١.

وغيرها {وإن كان العمل بها أحوط} استحباباً؛ لأن الأصل في الفروج الاحتياط، كما تعارف بين الأصحاب.

[ولو كانت حاملاً فبأبعد الأجلين] {من أربعة أشهر وعشرة} أيام إن كانت حرة، بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر {أو شهرين وخمسة} أيام إن كانت أمة على الأظهر {ومن وضع الحمل} [فيهما] {أي في الحرة والأمة} من غير خلاف يعرف، ولإطلاق صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال في الحامل المتوفى عنها زوجها: تنقضي عدتها آخر الأجلين)^(١) ونحوه غيره {أما إذا كانت الأشهر أبعد فظاهر، للتحديد بها في الآية} في قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٢) والرواية {وهما صحيحتا زرارة وابن الحجاج المتقدمتان} وأما إذا كان الوضع أبعد، فلامتناع الخروج من العدة مع بقاء الحمل {لأنه أثر ماء الميت، وليس المقصود بالعدة إلّا إزالته، ولصريح قوله ﷺ: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٣).

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣١) العدد، ح ١.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٣٤).

(٣) سورة الطلاق، آية (٤).

[الفصل الخامس]: [في نكاح الإماء]

{بكسر الهمزة مع المد، جمع أمة بفتحها} والعبيد، فـ [لا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا لأنفسهما نكاحاً إلا بإذن المولى] اتفاقاً {لأنهما ملك له، فلا يتصرفان في ملكه بغير إذنه، لقبحه} عقلاً؛ المستلزم للنهي عنه شرعاً [أو إجازته] {لعقدهما لو وقع بغير إذنه على أشهر القولين} في صحة عقد الفضولي، خصوصاً في النكاح، ولا سيما في العبد، فعن الخلاف الإجماع عليه، ولصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألتته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: ذاك إلى سيده، إن شاء أجازته وإن شاء فرق بينهما، قلت: أصلحك الله، إن الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، ولا تحل إجازة السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز)^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض {وعلى هذا فتكون الإجازة كاشفة عن صحته من حين إيقاعه كغيره من العقود الفضولية} كما هو الأشهر الأظهر.

{وقيل} والقائل الشيخ في النهاية والتهذيب وابن البراج في المهذب {بل يكون كالعقد المستأنف} بناء منه على كون الإجازة ناقلة، ولكنه خلاف ما عليه جل المحققين من كونها كاشفة {وقيل} والقائل ابن إدريس {يقع باطلاً، إما بناء على بطلان عقد الفضولي مطلقاً} في النكاح وغيره {أو بطلان نكاح الفضولي مطلقاً} في الحر والعبد {أو بطلان هذا} بخصوصه {نظراً إلى أنه منهي عنه، لقبح التصرف في مال الغير، فيكون فاسداً، ولما روي عن النبي صلى الله عليه وآله: (أيما مملوك تزوج بغير إذن مولاه،

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٤) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

فنكاحه باطل^(١) وكلية الكبرى والسند ممنوعان { أما الأول؛ فلأن النهي لا يقتضي الفساد مطلقاً، حتى في غير العادة، وأما في غيرها فالتحقيق أنه لا يقتضي الفساد، وأما السند؛ فلأنه عامي، ومجهول حتى عندهم.

{وقيل} والقائل ابن حمزة وتبعه البحراني في الحقائق {تختص الإجازة بعقد العبد، دون الأمة، عملاً بظاهر النص السابق} الصحيح عن زرارة المختص بالعبد؛ بدعوى الانصراف إليه من لفظ المملوك {ورجوعاً في غيره إلى النهي المفيد للبطلان، وكلاهما ممنوعان} أما الأول {فإن الملك يصلح لهما} معاً، ويصدق عليهما بعين الصدق، فلا يختص بالعبد {و} أما الثاني فإن {النهي لا يقتضيه هنا} لأنه في المعاملات، وهو لا يقتضي فسادها، كما عليه جمهور الأصحاب.

{وحيث يأذن المولى، أو يميز عقد العبد فالمهر ونفقة الزوجة عليه، سواء في ذلك كسب العبد، وغيره من سائر أمواله، على أصح القولين} وهو الأشهر الأظهر، كما عن سيد الرياض، خلافاً للشيخ في أحد قوليهِ؛ حيث جعله في كسب العبد المتجدد، ومنه ربح تجارته، وخلافاً للعلامة حيث حكم بتعلقه بربقته، وضعفهما ظاهر؛ لأنهما استحسان محض، بل هما اجتهدا في مقابلة النص الموثق عن علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام (في رجل زوج مملوكاً له من امرأة حرة على مئة درهم، ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها، قال: فقال: يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنما هو بمنزلة دين لو كان استدانه بإذن سيده)^(٢) فهو ظاهر بأن الإذن صار منشأ لتعلق دين العبد مطلقاً بذمته، وهو هنا حاصل {وله مهر أمته} بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر؛ ولأنها ومنافعها ملك له.

(١) السنن الكبرى، ج٧، ص(٢٠٥).

(٢) الوسائل، ج٢١، باب (٦٠) المهور، ح ١.

[وإذا كانا] {أي الأبوان} [رقاً فالولد رق] بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر {لأنه فرعها، وتابع لها} في النسب {ويملكه المولى إن اتحد} [و] إن كان كل منهما مالك [يملكه المولى إن أذناهما] {في النكاح} {أو لم يأذن أحدهما} {أي كل واحد منهما} مع الوطء علماً أو جهلاً {لأنه نماء ملكهما، فلا مزية لأحدهما على الآخر، والنسب لاحق بهما، بخلاف باقي الحيوانات فإن النسب غير معتبر، والنمو والتبعية فيه لاحق بالأم خاصة، والنص دال عليه أيضاً} وهو صحيح جميل بن دراج قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج بأمة فجاءت بولد؟ قال: يلحق الولد بأبيه، قلت: فعبد تزوج حرة؟ قال: يلحق الولد بأمه)^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض {والفرق به أوضح} في إلحاق الإنسان بأشرف الأبوين، وإلا فبهما، دون سائر الحيوانات.

[ولو أذن أحدهما] {خاصة} [فالولد لمن لم يأذن] {سواء كان مولى الأب أم مولى الأم} وظاهرهم الاتفاق عليه، كما في المسالك، لكنه كما ترى! لأنه من الإجماع المعلن، لقوله {وعلل مع النص} الذي أنكر وجوده في المسالك، كما لم نقف عليه بعد البحث الدقيق في مظانه {بأن الآذن قد أقدم على فوات الولد منه، فإنه قد يتزوج بمن ليس برق فينعتد الولد حراً، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة، ويشكل الفرق فيما لو انحصر إذن الآذن في وطء المملوكة} فقط {فإنه لم يضع الولد حينئذ} لأنه نماء ملكه {ويشكل الحكم فيما لو اشترك أحدهما بين اثنين فأذن مولى المختص، وأحد الشريكين دون الآخر، أو تعدد مولى كل منهما فإنه خارج عن موضع النص} المفروض افتقاده {والفتوى} التي لم تثبت حجيتها في موضع الفرض {فيحتمل}

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٠) نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

ضعيفاً {كونه كذلك، فيختص الولد بمن لم يأذن، اتحد أم تعدد، و} {يحتمل} {اشترائه بين الجميع على الأصل} {في كون الولد نهاءً لملكه فيكون لهم أجمع} {حيث لا نص} {مخرج عن هذا الأصل.

{ولو شرط أحد المولين انفراده بالولد، أو بأكثره صح الشرط} على قول مشهور، كما في الشرائع، وفي الجواهر: بل لم أجد فيه تردداً فضلاً عن الخلاف {لعموم المؤمنون عند شروطهم؛ ولأنه شرط لا ينافي النكاح} ولا الكتاب، ولا السنة.

{ولو كان أحد الزوجين حراً فالولد حر} إجماعاً مستفيض النقل، ولقاعدة الإلحاق بأشرف الأبوين المتفق عليها، و {للأخبار الكثيرة الدالة عليه، سواء في ذلك الأب والأم} كصحيح جميل المتقدم وغيره {ولأنه نهاء الحر في الجملة} فهو حر {وحق الحرية مقدم؛ لأنها أقوى، ولهذا بني العتق على التغليب والسراية، وقول ابن الجنيد: بأنه لسيد المملوك منها إلا مع اشتراط حرية تغلياً لحق الآدمي على حق الله ضعيف} لأن الأصل في الإنسان الحرية، فخرج ما خرج بالدليل وهذا منه؛ ومستنده ضعيف، لا يصلح لمعارضة ما تقدم، مع موافقته للعامة، الذين جعل الله الرشد في خلافهم، ولما ذكره الشارح من تغليب جانب الحرية، وسراية العتق في كثير من موارد اجتماعه مع الرقية.

{ولو شرط مولى الرق رقيته جاز} {وصار رقاً} [على قول مشهور] {بين الأصحاب} لكنه [ضعيف المأخذ] {لأنه رواية مقطوعة} عن أبي بصير - كما في التهذيب - ولكنها في الكافي والاستبصار مروية عن الإمام أبي عبد الله عليه السلام، نعم هي ضعيفة بأبي سعيد المكاري المجهول الحال، وقد {دلت على أن ولد الحر من مملوكة مملوك} حيث ورد في ذيلها قوله: (كما لو أن رجلاً أتى قوماً فتزوج إليهم

مملوكهتهم كان ما ولد لهم ممالك^(١) {وحملوها} والحامل الشيخ ومن تبعه {على ما إذا شرط المولى الرقية، ومثل هذه الرواية لا تصلح مؤسسة لهذا الحكم المخالف للأصل} الأولي وهو الحرية في الإنسان، وقاعدة تبعية الولد للحر من الأبوين، كما تضافرت به النصوص {فإن الولد إذا كان مع الإطلاق} وعدم اشتراط رقيته في متن العقد {ينعقد حرّاً، فلا تأثير في رقيته للشرط} بدعوى فساد {لأنه ليس ملكاً لأبيه حتى يؤثر} فيه {شرطه} لكنه يشكل: بأنه شرط غير مخالف للكتاب، ولا للسنة، ولا العقل، مع اشتهاار صحته بين الأصحاب، معتضداً بظاهر صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل زوج أمته من رجل وشرط عليه أن ما ولدت من ولد فهو حر، فطلقها زوجها، أو مات عنها، فزوجه من رجل آخر، ما منزلة ولدها؟ قال: منزلتها ما جعل ذلك إلاّ للأول، وهو في الآخر بالخيار إن شاء أعتق، وإن شاء أمسك)^(٢) ونحوه غيره، وهو ظاهر في التخيير بين الاسترقاق والحرية مع عدم الاشتراط، فتكون صحته مع الاشتراط أولى، ومنه يعلم ما في تنظيره بقوله {كما لا يصح اشتراط رقية من ولد حرّاً، سيما مع ورود الأخبار الكثيرة} التي تقدم بعضها {بحرية من أحد أبوية حر، وفي بعضها} كخبر جميل بن دراج {لا يملك ولد حر} حيث قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحر يتزوج الأمة، أو عبد يتزوج حرة، قال: فقال لي: ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً، إنه يلحق بالحر منهما أيهما كان، أباً كان أو أمّاً)^(٣) ونحوه غيره، لكنها كما ترى! فإنها مطلقة ويلزم تقييدها بما دل على صحة الاشتراط.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٠) نكاح العبيد والإماء، ح ١٠.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٠) نكاح العبيد والإماء، ح ١٣.

(٣) الوسائل، باب ج ٢١، (٣٠) نكاح العبيد والإماء، ح ٨.

{ثم على تقدير اشتراط رقيته في العقد، أو التحليل، وقلنا: بعدم صحة الشرط، هل يحكم بفساد العقد، لعدم وقوع التراضي بدون الشرط الفاسد، كما في غيره من العقود المشتملة على شرط فاسد أم يصح، ويبطل الشرط خاصة؟ يحتمل الأول؛ لأن العقد يتبع القصد، ولم يحصل إلا بالشرط، والشرط لم يحصل {لفساده بحسب نظره {و} يحتمل {الثاني؛ لأن عقد النكاح كثيراً ما يصح بدون الشرط الفاسد} كما إذا اشترط في العقد مهراً فاسداً كمجهوليته، أو جعله مما لا يملكه المسلم كالخمر والخنزير، فيصح العقد دون الشرط {وإن لم يصح غيره من العقود} على قول مشهور، مبني على فساد المشروط بفساد شرطه {وفي الأول قوة} ولكنك عرفت التأمل فيه، ومنه تعرف ما في قوله {وصحته في بعض الموارد لدليل خارج لا يقتضي عمومته في جميع موارد، وأولى بعدم الصحة لو كان تحليلاً؛ لأنه مردد بين العقد والإذن، كما سيأتي، ولا يلزم من ثبوت الحكم في العقد ثبوته في الإذن المجرد، بل يبقى على الأصل} وهو فساد المشروط عند فساد شرطه مطلقاً، ولكنه غير تام على إطلاقه، على الأقوى.

{وعلى هذا لو دخل مع فساد الشرط، وحكمنا بفساد العقد كان زانياً مع علمه} بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر، لعدم ما يوجب الحلية {وانعقد الولد رقاً} لأنه نماء الأمة التي هي ملك الغير {كنظائره} في الزنا بأمة الغير {نعم لو جهل الفساد كان حراً، للشبهة} المقتضية لدرء الحد، وإلحاق الولد، وثبوت المهر؛ لأنها بمنزلة العقد الصحيح من هذه الجهة.

{وإن قلنا: بصحته لزم} العقد {بالشرط، ولم يسقط بالإسقاط بعد العقد؛ لأن ذلك مقتضى الوفاء به} لأنه شرط في عقد لازم، فيلزم، لعموم المؤمنون عند شروطهم {مع احتمال} للإسقاط بلا خلاف، كذا في الجواهر {تغلياً للحرية}

ويشكل: بعدم صحة التغليب بعد العموم الدال على وجوب الوفاء بالعقد المقتضي للزوم الوفاء بالشرط، إن لم يكن مخالفاً للكتاب، أو السنة، ومنه تعرف التأمل في تنظيره بقوله {كما لو أسقط حق التحجير ونحوه} فإن إسقاطه إنما صح، لكونه غير لازم، دون ما نحن فيه؛ لأنه لازم فلا يصح إسقاطه.

[ويستحب إذا زوج عبده من أمته أن يعطيها شيئاً من ماله] {أو من مال العبد إن كان له مال} كما هو الأشهر، بل المشهور بين المتأخرين ومتأخريهم، لأصالة عدم الوجوب، وعدم تصور استحقاقه شيء لنفسه على نفسه؛ ضرورة أن مهر الأمة لسيدها، نعم {ليكون بصورة المهر، جبراً لقلبها، ورفعاً لمنزلة العبد، ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: (سألت عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: يجزيه أن يقول: أنكحتك فلانة، ويعطيها شيئاً من قبله، أو من قبل مولاه ولو بمد من طعام، أو درهم، أو نحو ذلك)^(١) ونحوه غيره.

{وقيل} والقائل الشيخان وابنا حمزة والبراج وأبو الصلاح {بوجوب الإعطاء، عملاً بظاهر الأمر} في الصحيح المتقدم {ولئلا يلزم خلو النكاح عن المهر والدخول معاً، ويضعف: بأن المهر يستحقه المولى؛ إذ هو عوض البضع المملوك له، ولا يعقل استحقاقه شيئاً على نفسه، وإن كان الدفع من العبد كما تضمنته الرواية؛ لأن ما بيده ملك للمولى، أما الاستحباب فلا حرج فيه، لما ذكر وإن لم يخرج عن ملكه، ويكفي فيه كونه إباحة بعض ماله للأمة تنتفع به بإذنه، والفرق بين النفقة اللازمة للمولى والمهر؛ أنه في مقابلة شيء} وهو البضع، و {هو ملك المولى، بخلافها} لأنها من لوازم

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٣) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

زواج العبد، فلا تجب {فإنها مجرد نفع، ودفع ضرر} للاستمرار في الحياة {لا معاوضة} على شيء.

{واعلم أنه يكفي في إنكاح عبده لأتمته مجرد اللفظ الدال على الإذن فيه، كما يظهر من الرواية} المتقدمة وغيرها، لعدم ذكر القبول فيها {ولا يشترط قبول العبد، ولا المولى لفظاً، ولا يقدر تسميته فيها نكاحاً - وهو متوقف على العقد - وإيجابه إعطاء شيء - وهو ينافي بالإباحة - لأن قوله ﷺ: يجزيه، ظاهر في الاكتفاء بالإيجاب، والإعطاء على وجه الاستحباب} لا ينافي بالإباحة {ولأن رفعه بيد المولى، والنكاح الحقيقي ليس كذلك} لأن رفعه بالطلاق، وهو بيد من أخذ بالساق وإن كان مملوكاً على الأقوى، أو الفسخ لأحد العيوب الموجبة له، ولزوم النفقة والقسم، وهذه اللوازم منتفية فيه، وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم {ولأن العبد ليس له أهلية الملك، فلا وجه لقبوله} خصوصاً مع تزويجه من قبل مولاه {والمولى بيده الإيجاب، والجهتان} وهما البضع والمهر {ملكه، فلا ثمرة لتعليقه ملكاً بملك، نعم يعتبر رضاه بالفعل، وهو يحصل بالإباحة الحاصلة بالإيجاب المدلول عليه بالرواية} التي هي في مقام البيان؛ حيث اقتضت عليه.

{وقيل} والقائل جمع {يعتبر القبول من العبد إما؛ لأنه عقد؛ أو لأن الإباحة منحصرة في العقد، أو التملك، وكلاهما يتوقف على القبول، وربما قيل: يعتبر قبول المولى؛ لأنه الولي كما يعتبر منه الإيجاب} ويظهر ضعفه مما تقدم.

[ويجوز تزويج الأمة بين الشريكين لأجنبي باتفاقهما] بلا خلاف ولا إشكال، كما عن غير واحد {لأنحصار الحق فيهما، واتحاد سبب الحل، ولو عقد أحدهما وحل الآخر لم يصح} كما هو المشهور {لتبعض البضع} مع أن الشارع حصر سبب الحل بأحد أمرين على نحو الاستقلال المستفاد من قوله ﷺ: **﴿إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا**

مَلَكَتْ أَيْمَانَهُمْ^(١) والتفصيل قاطع للشركة، فلا يكون الملفق منهما سبباً {مع احتمال الجواز لو جعلنا التحليل عقداً} كما هو أحد الأقوال في المسألة، لكنه ضعيف؛ لأن المشهور بين المحققين بأن التحليل إباحة، وهي لا تحتاج إلى القبول {ثم إن اتحد العقد منهما، فلا إشكال في الصحة} لأنه عقد صدر من أهله في محله {وإن أوقع كل منهما عقداً على المجموع صح أيضاً} لإطلاق أدلة جواز تزويج المولى أمتة من أجنبي الشامل لمملوكية الجزء، أو الكل، والمفروض أنه صدر من كل منهما، فينصرف عقد كل واحد منهما إلى ما يملكه {وإن أوقعه على ملكه لم يصح} لأن البضع لا يتبعض، لإناطة الشارع الأقدس جوازه وصحته بسبب بسيط واحد.

[ولا يجوز تزويجها لأحدهما] كما هو المشهور {لاستلزامه تبعض البضع من حيث استباحته بالملك والعقد، والبضع لا يتبعض؛ ولأن الحل منحصر في الأزواج وملك الأيمان، والمستباح بهما خارج عن القسمة؛ لأن التفصيل يقطع الاشتراك، ودوران الحكم بين منع الخلو} من أحد السبيين {ومنع الجمع} بكلا السبيين معاً {يوجب الشك في الإباحة، فيرجع إلى أصل المنع} وهو تحريم الفرج إلا بالسبب المحلل يقيناً، وهو أحد السبيين المذكورين في الآية فقط.

[ولو حلل أحدهما لصاحبه] {حصته} [فالوجه] عند ابن إدريس والمصنف هنا والفاضل الهندي وسيد الرياض وغيرهم [الجواز] {لأن الإباحة بمنزلة الملك؛ لأنها تمليك المنفعة، فيكون حل جميعها بالملك، ولرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: (في جارية بين رجلين دبراها جميعاً ثم أحل أحدهما فرجها لصاحبه، قال: هو له حلال... الحديث)^(٢).

(١) سورة المؤمنون، آية (٦).

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٤١) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

{وقيل} بل نسبه في الجواهر إلى المشهور {بالمنع أيضاً، بناء على تبعض السبب، حيث إن بعضها مستباح بالملك، والبعض بالتحليل، وهو مغاير لملك الرقبة في الجملة؛ أو لأنه عقد، أو إباحة، والكل مغاير للكه، كمغايرة الإباحة بالعقد لها بالملك، مع اشتراكهما في أصل الإباحة، والرواية ضعيفة السند} كما عن نسخة من التهذيب، لكنها مروية في الفقيه بطريق صحيح، وإن لم يعمل بها المشهور، لشبهة تبعض البضع، وقد عرفت دفعها في القول السابق، بل هو في الحقيقة من الاجتهاد في مقابلة النص الصحيح الصريح، ومنه تعرف التأمل في قوله {وأما تعليل الجواز بأنها قبل التحليل محرمة، وإنما حلت به، فالسبب واحد، فقيه: أنه حينئذ يكون تمام السبب، لا السبب التام في الإباحة، ضرورة أن التحليل مختص بحصة الشريك، لا بالجميع، وتحقق المسبب عند تمام السبب لا يوجب كون الجزء الأخير منه سبباً تاماً}.

[ولو أعتقت المملوكة] {التي قد زوجها مولاهما قبل العتق} [فلها الفسخ] على المشهور بين الأصحاب {لخبر بريرة} المذكور ضمن صحيح الحلبي قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أمة كانت تحت عبد فأعتقت الأمة، قال: أمرها بيدها، إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، وإن شاءت نزعت نفسها منه، وقال: وذكر أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشتريتها عائشة، وأعتقتها فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقال: إن شاءت أن تفر عند زوجها، وإن شاءت فارقت... الحديث)^(١) {وغيره} من الصحاح وغيرها البالغة حد الاستفاضة {ولما فيه من حدوث الكمال، وزوال الإجمار} لها بحريتها {ولا فرق بين حدوث العتق قبل الدخول وبعده} لإطلاق النص والفتوى.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٢) نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

[والفسخ على الفور] بلا خلاف معتد به {اقتصاراً في فسخ العقد اللازم على موضع اليقين، والضرورة تندفع به، وتعذر مع جهلها بالعتق، وفورية الخيار، وأصله} وتقبل دعواها بذلك مع إمكانها في حقها مع يمينها {على الأقوى} كما نسب ذلك إلى الأصحاب؛ لأن الجهل عذر شرعي، بل وعقلي، واستصحاباً للخيار بعد ثبوته، والجهل بسببه، أو ثبوته، أو حكمه لا يرفعه [وإن كانت] {الأمة} [تحت حر] كما هو خيرة الأكثر، كما في الجواهر {لعموم صحيحة الكناني عن الصادق عليه السلام} (أي امرأة أعتقت فأمرها ببيدها، إن شاءت أقامت، وإن شاءت فارقتها)^(١) وغيرها {كصحيح زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا أعتقت الأمة ولها زوج خيرت، إن كانت تحت عبد أو حر)^(٢) ونحوه غيره.

{وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط والخلاف والمحقق في الشرائع {يختص الخيار بزوجة العبد، لما روي} عن العامة {من أن بريرة كانت تحت عبد، وهو مغيب، ولا دلالة فيه على التخصيص} لأن المورد لا يخصص الوارد، لا سيما مع صحته، وحجيته، وعمل أكثر الأصحاب به، هذا {لو تم} الخبر الدال على عبوديته، لاختلاف الرواية عنهم بأنه كان حراً أيضاً^(٣) ومعه يسقط الاستدلال به، للتعارض [بخلاف العبد فإنه لا خيار له بالعتق] {للأصل} وهو اللزوم في العقد، ولاختصاص النص بالتخير بالأمة {و} قياسه عليها - كما عن الإسكافي - ضعيف؛ لأنه مع الفارق {لأنجبار كماله} بحريته، و {بكون الطلاق بيده، وكذا لا خيار لسيده} لانتفاء المقتضي له بعد خروج العبد عن ملكه {ولا لزوجه حرة كانت

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٢) نكاح العبيد والإماء، ح ٨.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٢) نكاح العبيد والإماء، ح ١٣.

(٣) السنن الكبرى، ج ٧، ص (٣٦٥).

أم أمة، للأصل { وهو استصحاب الزوجية، ولأولوية رضاها به حينئذٍ، كما في خبر علي بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل زوج أم ولد له من عبد فأعتق العبد بعد ما دخل بها، هل يكون لها الخيار؟ قال: لا، قد تزوجته عبداً ورضيت به فهو حين صار حراً أحق أن ترضى به) ^(١).

[ويجوز جعل عتق أمتة صداقها] بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، والأصل فيه أن النبي صلى الله عليه وآله (اصطفى صفية بنت حي بن أخطب من ولد هارون عليه السلام في فتح خيبر ثم أعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها بعد أن حاضت حيضة) ^(٢) حتى زعم العامة أنه من خواصه عليه السلام ولكن نصوصنا مطبقة على جوازه مطلقاً، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سئل عن الرجل يعتق الأمة ويقول: مهرك عتقك، فقال حسن) ^(٣) ونحوه غيره { فيقول: تزوجتك وأعتقتك، وجعلت مهرك عتقك } [ويقدم] { في اللفظ } [ما شاء من العتق والتزويج] على الأشهر الأظهر { لأن الصيغة أجمع جملة واحدة لا يتم إلا بآخرها، ولا فرق بين المتقدم والمتأخر } كما هو مقتضى إطلاق الصحيح المتقدم وغيره، وخصوص موثق عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قلت له: رجل قال لجاريته: أعتقتك وجعلت عتقك مهرك، قال: فقال: جائز) ^(٤) ونحوه غيره.

{ وقيل } والقائل الشيخان وأبو الصلاح والعلامة في الإرشاد والمختلف وولده في الإيضاح { يتعين تقديم العتق؛ لأن تزويج المولى أمتة باطل { إجماعاً؛ لأن

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٤) نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

(٢) البحار ج ٢٢، ص ٢٠٤.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (١١) نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

(٤) الوسائل، ج ٢١، باب (١١) نكاح العبيد والإماء، ح ٦.

بضعها مستباح له بالملك، فلا يستباح بالعقد فلا بد من عتقها ثم الزواج بها، ولموثق عبيد المتقدم، الذي تضمن تقدم لفظ العتق {ويضعف بما مر} من كون الصيغة أجمع جملة واحدة لا يتم أثرها إلا بتمامها {وبأنه يستلزم عدم جواز جعل العتق مهراً؛ لأنه لو حكم بوقوعه بأول الصيغة امتنع اعتباره في التزويج المتعقب} للزوم جعل ما هو متقدم شرعاً متأخراً فيه، مع مخالفته لما دل عليه الموثق المتقدم وغيره صراحة.

{وقيل} بل نسبه غير واحد للمشهور، كما في الجواهر {بل يقدم التزويج؛ لئلا تعتق فلا تصلح لجعل عتقها مهراً؛ ولأنها تملك أمرها} لحريتها {فلا يصح تزويجها بدون رضاها، ولرواية علي بن جعفر عليه السلام عن أخيه موسى عليه السلام قال: (سألت عن رجل قال لأتمته: أعتقتك، وجعلت مهر ك عتقك، فقال: عتقت وهي بالخيار إن شاءت تزوجته، وإن شاءت فلا، فإن تزوجته فيعطيه شيئاً) ^(١) ونحوه روي عن الرضا عليه السلام ^(٢) وفيه نظر: لما ذكر {من كون الصيغة إلخ، و {لأن المانع في الخبر عدم التصريح بلفظ التزويج، لا تقديم العتق، وهو غير المتنازع، والحق أنها صيغة واحدة لا يترتب شيء من مقتضاها إلا بتمامها فيقع مدلولها، وهو العتق، وكونه مهراً، وكونها زوجة} كما صرحت به النصوص المتقدمة.

[ويجب قبولها على قول] ضعيف {لاشتمال الصيغة على عقد النكاح وهو مركب شرعاً على الإيجاب والقبول، ولا يمنع منه كونها حال الصيغة رقيقة؛ لأنها بمنزلة الحرية حيث تصير حرة بتمامه، فرقيتها غير مستقرة، ولو لا ذلك امتنع تزويجها} وانحصر وطؤها بالملك، وهو كما ترى! مخالف لما هو المشهور بين الأصحاب من

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٢) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (١٢) نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

صحة تزويجها بجعل مهرها عتقها، ولما تضافرت به النصوص المطلقة من هذه الجهة.

{ووجه عدم الوجوب؛ أن مستند شرعية هذه الصيغة هو النقل المستفيض عن النبي ﷺ والأئمة عليهم صلوات الله، وليس في شيء منه ما يدل على اعتبار القبول، ولو وقع لنقل؛ لأنه مما تعم به البلوى، وأن حل الوطاء مملوك له فهو بمنزلة التزويج، فإذا أعتقها على هذا الوجه كان في معنى استثناء بقاء الحل من مقتضيات العتق؛ ولأن القبول إنما يعتبر من الزوج؛ لا من المرأة، وإنما وظيفتها الإيجاب ولم يقع منها، وبذلك يظهر أن عدم اعتبار قبولها أقوى، وإن كان القول به أحوط} مراعاة لما يقتضيه العقد خصوصاً النكاح المشوب بالعبادة، وخروجاً عن شبهة المخالف، فتدبر ولا حظ.

{ويظهر أيضاً جواب ما قيل} والقائل المحقق في نكت النهاية {إنه كيف يتزوج جاريته؟!} فيقال: إنه كما جاز أن يعقد لغيره عليها، لعدم تملك ذلك الغير جاز أن يعقد عليها لنفسه، لعدم استقرار ملكه؛ لأنها تصير حرة بذلك العقد {وكيف يتحقق الإيجاب والقبول وهي مملوكة؟!} فيقال: إن جاز وقوع العقد عليها لم يحتج إلى القبول {وما قيل: من أن المهر يجب أن يكون متحققاً قبل العقد، ومع تقديم التزويج لا يكون متحققاً، وأنه يلوح منه الدور؛ فإن العقد لا يتحقق إلا بالمهر الذي هو العتق، والعتق لا يتحقق إلا بعد العقد، مندفع بمنع اعتبار تقدمه، بل يكفي مقارنته للعقد وهو هنا كذلك، وبمنع توقف العقد على المهر وإن استلزمه} مع التسمية والدخول {وإذا جاز العقد على الأمة - وهي صالحة لأن تكون مهرأً لغيرها - جاز جعلها، أو فك ملكها مهرأً لنفسها، مع أن ذلك كله} اجتهد {في مقابلة النص الصحيح المستفيض فلا يسمع}.

{ولو بيع أحد الزوجين فللمشتري والبائع الخيار} {في فسخ النكاح وإمضائه} لأن البيع كالطلاق، بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: {إذا بيعت الأمة ولها زوج فالذي اشتراها بالخيار إن شاء فرق بينهما، وإن شاء تركها معه، فإن تركها معه فليس له أن يفرق بينهما بعد التراضي، قال: وإن بيع العبد، فإن شاء مولاه الذي اشتراه أن يصنع مثل الذي صنع صاحب الجارية فذلك له، وإن هو سلم فليس له أن يفرق بينهما بعد ما سلم} ^(١) ونحوه غيره {سواء دخل أم لا، وسواء كان الآخر حراً أم لا، وسواء كانا لملك أم كل واحد لملك} لإطلاق معقد الإجماع والنصوص. {وهذا الخيار على الفور كخيار العتق} للأمة المزوجة، فإذا علم ولم يفسخ لزم العقد، بلا خلاف في الظاهر، كما اعترف به في الرياض، بل فيه: أن ظاهرهم الإجماع عليه. كما هو ظاهر صحيح الكناني المتقدم؛ ولأنه خلاف أصل اللزوم في العقد، فيقتصر على المتيقن منه الذي خرج بالدليل {ويعذر جاهله، وجاهل الفورية على الظاهر} كما هو صريح غير واحد، بل في الرياض: نفي الخلاف فيه، لاستصحاب الخيار، ولكون الجهل عذراً شرعاً، بل وعقلاً.

{وكذا يتخير كل من انتقل إليه الملك بأي سبب كان} {من هبة، أو صلح، أو صداق وغيره} من النواقل الاختيارية، بل والقهرية، كالإرث بلا خلاف ولا إشكال، لكون الحكم منوطاً بتجدد الملك مطلقاً، ولا خصوصية للبيع، للتعليل في معتبر الحسن بن زياد قال: {سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية يطؤها

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٨) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

فبلغه أن لها زوجاً، قال: يطؤها، فإن بيعها طلاقها، وذلك أنها لا يقدران على شيء من أمرهما إذا بيعا^(١).

{ولو اختلف الموليان في الفسخ والالتزام، قدم الفاسخ كغيره من الخيار المشترك} لأن في إلزامه بالترك ضرراً عليه، وهو منفي [ولو بيع الزوجان معاً على واحد تخير] {لقيام المقتضي} وهو الانتقال إلى ملكه [ولو بيع كل منهما على واحد تخيراً] كلاهما {لما ذكر} من وجود المقتضي وهو الانتقال {وكذا} يثبت الخيار للمشتريين {لو باعها المالك من اثنين على جهة الاشتراك} لوجود المقتضي، وهو الانتقال إلى ملكها.

[وليس للعبد طلاق أمة سيده] {لو كان متزوجاً بها بعقد يلزمه جواز الطلاق} احترازاً عن التمتع فإنه لا طلاق فيه [إلا برضاه] {كما أن تزويجه بيده، وهو موضع نص} صحيح ومستفيض، كصحيح زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام قالوا: (المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده، قلت: فإن السيد كان زوجه، بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ أفشيء الطلاق؟!)^(٢) ونحوه غيره {وإجماع} قطعي من الطائفة.

[ويجوز] {للعبد} [طلاق غيرها] {أي غير أمة سيده وإن كان قد زوجه بها مولاه} [أمة كانت] {الزوجة} [أو حرة، أذن المولى] [في طلاقها] [أو لا، على المشهور] {لعموم قوله ﷺ: (الطلاق بيد من أخذ بالساق)^(٣) وروى ليث المرادي عن الصادق عليه السلام (وقد سأله عن جواز طلاق العبد، فقال: إن كانت أمتك فلا، إن الله تعالى

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٧) نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٥) الطلاق مقدماته وشروطه، ح ١.

(٣) السنن الكبرى، ج ٧، ص (٥٩١).

يقول: ﴿عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ وإن كانت أمة قوم آخرين جاز طلاقه^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض.

{وقيل} والقائل العماني وابن الجنيد وغيرهما {ليس له الاستبداد به كالأول، استناداً إلى أخبار مطلقة} كصحيح شعيب بن يعقوب العرقوفي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سئل وأنا عنده أسمع عن طلاق العبد، قال: ليس له طلاق، ولا نكاح أما تسمع الله تعالى يقول: ﴿عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ قال: لا يقدر على طلاق ولا نكاح إلا بإذن مولاه)^(٢) ونحوه غيره، و{حملها على كون الزوجة أمة المولى طريق الجمع} بينها وبين ما تقدم من المخصصات، وشاهده رواية ليث المتقدمة.

{وفي} قول {ثالث} لأبي الصلاح الحلبي: إنه {يجوز للسيد إجباره على الطلاق كما له إجباره على النكاح} لوجوب الطاعة مطلقاً، وضعفه ظاهر، لاقتضائه وجوب طلاق الولد لو أمره به أحد أبويه، ولم يقل به أحد {والرواية} التي استدل بها على ذلك؛ رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام (أنه أتاه رجل بعبد، فقال: إن عبدي تزوج بغير إذني، فقال علي عليه السلام لسيدة: فرق بينهما، فقال السيد لعبده: يا عدو الله طلق، فقال له علي عليه السلام: كيف قلت له؟ قال: قلت له: طلق، فقال علي عليه السلام للعبد: أمّا الآن فإن شئت فطلق، وإن شئت فأمسك، فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري! قال:

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٣) الطلاق مقدماته وشروطه، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٦٦) نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

ذلك لأنك حين قلت له: طلق أقررت له بالنكاح^(١) وهي مع ضعفها {مطلقة يتعين حملها على أمته كما مر} جمعاً بين المطلق والمقيد.

[وللسيد أن يفرق بين رقيقه متى شاء بلفظ الطلاق وبغيره] {من الفسخ، والأمر بالاعتزال، ونحوهما} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سمعتة يقول: إذا زوج الرجل عبده أمته ثم اشتهاها، قال له: اعتزلها، فإذا طمشت وطأها ثم يردها عليه إن شاء)^(٢) ونحوه غيره، وهو مستفيض {هذا إذا زوجها بعقد النكاح، أما إذا جعله إباحة} له {فلا طلاق، إلا أن يجعل} الطلاق لو تلفظ به {دالاً على التفريق من غير أن يأخذ أحكامه} ككونه محرماً في الثالث وغيره {ولو أوقع لفظ الطلاق مع كون السابق عقداً، فظاهر الأصحاب لحق أحكامه، واشترائه بشرائطه، عملاً بالعموم} الذي لم يستثن منه العبد {مع احتمال العدم بناءً على أنه إباحة وإن وقع بعقد} كما عن ابن إدريس ووافقه سيد الرياض، ويشكل: بمخالفته لظاهر الأصحاب، والعموم في كون التزويج المذكور عقداً يلحقه الطلاق، فاللازم اعتبار أحكامه وشرائطه.

[وتباح الأمة] {لغير مالکها} [بالتحليل] {من المالك لمن يجوز له التزويج بها، وقد تقدمت شرائطه التي من جملتها كونه مؤمناً في المؤمنة، ومسلماً في المسلمة، وكونها كتابية لو كانت كافرة، وغير ذلك من أحكام النسب والمصاهرة وغيرها، وحل الأمة بذلك هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعاً} خلافاً للخلاف والسرائر {وأخبارهم الصحيحة به مستفيضة} كصحيح رفاعة - برواية الكافي - عن أبي عبد

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٧) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٥) نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

الله ﷺ قال: (قلت لأبي عبد الله ﷺ: إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت: إذا أحل الرجل لأخيه جاريته فهي له حلال، فقال: نعم، الحديث)^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض.

[ولابد له من صيغة دالة عليه] لأن مجرد الرضا في النكاح غير كافٍ في حل الاستمتاع، كما هو المقطوع به في كلام الأصحاب، نعم يكفي فيه [مثل أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حل من وطئها] {وهاتان الصيغتان كافيتان فيه اتفاقاً} لصراحتها، وكونها بصيغة الماضي المتفق على كفايتها في عقد النكاح [وفي صحته بلفظ الإباحة قولان] {أحدهما إلحاقها به} كما عن الشيخ في المبسوط وابن إدريس والمحقق والعلامة في قول [لمشاركتها له في المعنى فيكون كالمرادف الذي يجوز إقامته مقام رديفه، والأكثر] ومنهم الشيخ في النهاية والسيد والعلامة في أحد قوليه وغيرهم {على منعه، وقوفاً فيما خالف الأصل} وهو عدم حلية الفرج إلا بالعقد، أو الملك، أو ما يقوم مقامه {على موضع اليقين} وهو ما ذكر من الصيغتين {وتمسكا بالأصل} وهو الحرمة إلا ما أخرجه الدليل الصالح له {ومراعاة للاحتياط في الفروج المبنية عليه، وهو الأقوى، ونمنع المرادفة} بين الإباحة والتحليل {أولاً، ثم} نمنع {الاكتفاء بالمرادف مطلقاً} حتى في النكاح {فإن كثيراً من أحكام النكاح توقيفية، وفيه شائبة العبادة، والاحتياط فيه مهم، فإن جوزناه بلفظ} يدل على {الإباحة كفى أذنت، وسوغت، وملكت، ووهبت ونحوه} كأجزت، ورضيت، لدلالاتها عليها صراحة.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣١) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

[والأشبهه] بالأصول والقواعد المعول عليها بين الأصحاب [أنه ملك يمين، لا عقد نكاح] كما عن السيد المرتضى {لأنحصار العقد في الدائم والمتعة، وكلاهما منتفیان عنه، لتوقف رفع الأول على الطلاق في غير الفسخ بأمر محصورة ليس هذا منها، ولزوم المهر فيه بالدخول، وغير ذلك من لوازمه، وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم، ولتوقف الثاني على المهر والأجل، وهما منتفیان هنا أيضاً، فينتفي { كونه متعة } ولأن عقد النكاح لازم، ولا شيء من التحليل بلازم، وإذا انتفى كونه عقداً ثبت الملك، لأنحصار حل النكاح فيهما بمقتضى الآية { في قوله ﷺ: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾^(١) فإن التفصيل قاطع للشركة، وهو مع ذلك ليس منه، لكنه ملحق به.

{وعلى القولين لا بد من القبول} كما أرسله الأصحاب إرسال المسلمات؛ لأنه على القول بكونه عقداً، فلا بد من اشتماله على الإيجاب والقبول، وعلى القول بأنه إباحة، فإنها في معنى هبة المنفعة وهي أيضاً محتاجة إلى الإيجاب والقبول؛ لأنها من جملة العقود كما ثبت في محله.

{وقيل} والقائل ابن إدريس {إن الفائدة تظهر} بين القولين {فيما لو أباح أمته لعبده، فإن قلنا: إنه عقد، أو تمليك وأن العبد يملك حلت، وإلا فلا، وفيه نظر؛ لأن الملك فيه ليس على حد الملك المحض بحيث لا يكون العبد أهلاً له، بل المراد به الاستحقاق، كما يقال: يملك زيد إحضار مجلس الحكم ونحوه، ومثل هذا يستوي فيه الحر والعبد، فصحة التحليل في حقه على القول بعدم الملك متجهة} إذ لا مانع منها شرعاً.

(١) سورة المؤمنون، آية (٦).

[ويجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ] الكاشف عن إرادة اللفظ حقيقة بالدلالة المطابقة، أو التضمنية، أو الزومية لزوماً بيناً بالمعنى الأخص، بل ومجازاً بالقرائن المقالية الموجبة للقطع بالمراد [وما يشهد الحال بدخوله فيه] من القرائن المقامية والحالية المعول عليها عند العرف {فإن أحله بعض مقدمات الوطء كالقبيل، أو النظر لم يحل له الآخر، ولا الوطء} لعدم دخولها في لفظه لا حقيقة، ولا مجازاً، ولا تبعاً، ولأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، ولصحيح هشام بن سالم وحفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يقول لامرأته: أحلي لي جاريتك فإني أكره أن تراني منكشفاً، فأحلتها له، قال: لا يحل له منها إلا ذاك، وليس له أن يمسه، ولا يطأها، وزاد فيه هشام، له أن يأتيها؟ قال: لا يحل له إلا الذي قالت)^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض {وكذا لو أحله بعضها في عضو مخصوص اختص به} لما تقدم {وإن أحله الوطء حلت المقدمات بشهادة الحال؛ ولأنه لا ينفك عنها غالباً، ولا موقع له بدونها} في واقع الحال {ولأن تحليل الأقوى} وهو الوطء {يدل على الأضعف بطريق أولى} معتضداً بخبر الحسن بن عطية عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا أحل الرجل للرجل من جاريتيه قبلة لم يحل له غيرها، فإن أحل له دون الفرج لم يحل له غيره، فإن أحل له الفرج حل له جميعها)^(٢) {بخلاف المساوي، والعكس} بحسب ما هو المرتكز عرفاً.

{وهل يدخل اللمس بشهوة في تحليل القبلة؟ نظر: من الاستلزام المذكور} بين تحليل الأقوى الموجب لتحليل الأضعف {في الجملة، فيدخل، ومن أن اللازم دخول لمس ما استلزمته القبلة، لا مطلقاً، فلا يدخل إلا ما توقفت عليه خاصة، وهو الأقوى}

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٥) نكاح العبيد والإماء، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٦) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

لموافقته قواعد وأصول المذهب الملزمة بالاحتياط في باب الفروج، كما يشعر به الخبر المتقدم.

{والولد} {الحاصل من الأمة المحللة} للحر [حر] {مع اشتراط حرته، أو الإطلاق} تغليبا لها، وإلحاقاً للولد بأشرف الأبوين، ولصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (في الرجل يحل فرج جاريته لأخيه، قال: لا بأس بذلك، قلت: فإنه أولدها، قال: يضم إليه ولده، وترد الجارية على مولاه، قلت: فإنه لم يأذن في ذلك، قال: إنه قد حلله منها وهو لا يأمن أن يكون ذلك)^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض {ولو شرط رقيته ففيه ما مر} من المصنف في قوله: ولو شرط مولى الرق جاز على قول مشهور، لكنه ضعيف المأخذ، وقد عرفت الإشكال فيه.

{ويظهر من العبارة عدم صحة الشرط حيث أطلق الحرمة، وهو الوجه} لما تقدم من بطلان الشرط لو اشترطت الرقية مع تزويجها من الحر، وقد تقدم الإشكال فيه {ولا يخفى أن ذلك} وهو إطلاق حرية ولد المحللة {مبني على الغالب من حرية الأب، أو على القول باختصاصه} بالحر بناء على أنه تمليك للمنفعة، والعبد لا يملك شيئاً {فلو كان مملوكاً وسوغناه كما سلف، فهو رق} اتفاقاً.

{و} {حيث يحكم بحريته} [لا قيمة على الأب] {مع اشتراط حرته إجماعاً} والنصوص به متضافرة، كصحيح ضريس بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يحل لأخيه جاريته وهي تخرج في حوائجه؟ قال: هي حلال، قلت: رأيت إن جاءت بولد ما يصنع به؟ قال: هو لمولى الجارية إلا أن يكون اشترط عليه حين أحلها له أنها إن جاءت بولد فهو حر، فإن كان فعل فهو حر... الحديث)^(٢) {ومع

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٧) نكاح العبيد والإماء، ح ٤. برواية الكافي.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٧) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

الإطلاق على أصح القولين} كما هو مذهب الشيخ في الخلاف وجميع من تأخر عنه {وبه أخبار كثيرة} كصحيح زرارة المتقدم وغيره {ولأن الحرية مبنية على التغليب، ولهذا يسري العتق بأقل جزء يتصور، ولا شبهة في كون الولد متكوناً من نطفة الرجل والمرأة فيغلب جانب الحرية، والحر لا قيمة له، وفي قول آخر} منسوب للصدوق وللشيخ فيما عدا الخلاف {إنه يكون رقاً، ويفكه أبوه إن كان له مال} استناداً إلى خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام (في امرأة قالت لرجل: فرج جاريتي لك حلال، فوطأها فولدت ولداً، قال: يقوم الولد عليه بقيمته)^(١) ونحوه غيره {وإلا} يكن له مال {استسعي في ثمنه، والأول أشهر} وأظهر.

[ولا بأس بوطء الأمة وفي البيت آخر مميز] كما هو المشهور، ولصحيح عبد الله بن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل ينكح الجارية من جواريه ومعه في البيت من يرى ذلك ويسمعه، قال: لا بأس)^(٢) {أما غيره فلا يكره مطلقاً} سواء في ذلك الحرة والأمة، ويشكل: بأنه مخالف للحشمة المعلوم التأكيد عليها من قبل الشارع الأقدس، ولخصوص النهي عن ذلك، في خبر ابن راشد عن أبيه قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا يجامع الرجل امرأته، ولا جاريتها وفي البيت صبي، فإن ذلك مما يورث الزنا)^(٣) ونحوه غيره، اللهم إلا أن يقال: بحمله على المميز؛ جمعاً بين النصوص.

[و] لا يكره [أن ينام بين أمتين] كما هو المشهور، والمرسل ابن أبي نجران عن أبي الحسن عليه السلام: {إنه كان ينام بين جاريتيه)^(٤)} [ويكره ذلك] {المذكور في

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٧) نكاح العبيد والإماء، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٥) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦٧) مقدمات النكاح، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢١، باب (٨٤) نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

الموضعين} [في الحرية] اتفاقاً، ولخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: (إياك أن تجتمع أهلك وصبي ينظر إليك، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله كان يكره ذلك أشد كراهية)^(١) ولخبر ذريح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال الباقر عليه السلام: لا تجتمع الحرية بين يدي الحرية، فأما الإمام بين يدي الإمام فلا بأس)^(٢).

[وكذا يكره وطء الأمة الفاجرة كالحرة الفاجرة] اتفاقاً، ولصحيح الحلبي الآتي، وغيره، و {لما فيه من العار وخوف اختلاط المائتين} [ووطء من ولدت من الزنا بالعقد] ولو كانت عفيفة، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سئل عن الرجل تكون له الخادم ولد زنا، هل عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا، وإن تنزه عن ذلك فهو أحب إلي)^(٣) ومنه يعلم أن تخصيصه الكراهة بالعقد فقط ليس في محله {ولا بأس بالملك، ولكنه لا يتخذها أم ولد، بل يعزل عنها حذراً من الحمل، روى ذلك محمد بن مسلم} في الصحيح {عن أحدهما عليه السلام} (في الرجل يشتري جارية أو يتزوجها لغير رشدة ويتخذها لنفسه، قال: إن لم يخف العيب على ولده فلا بأس)^(٤) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦٧) مقدمات النكاح، ح ٩.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٦٦) مقدمات النكاح، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٦٠) نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٤) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٤.

[الفصل السادس]: [في المهر]

[المهر: كل ما يصلح أن يملك] من قبل المسلم {وإن قل بعد أن يكون متمولاً} عرفاً [عيناً كان أو منفعة] {وإن كانت منفعة حر، ولو أنه الزوج، كتعليم صنعة، أو سورة، أو علم غير واجب، أو شيء من الحكم والآداب، أو شعر، أو غيرها من الأعمال المحللة المقصودة} عند العقلاء [يصح إمهاره] {ولا خلاف في ذلك كله} لعموم صحيح فضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السلام قال: (الصداق ما تراضيا عليه من قليل أو كثير، فهذا الصداق)^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض {سوى العقد على منفعة الزوج} حيث ذهب المشهور إلى جوازه، لعموم النصوص أو إطلاقها البالغة حد التواتر، ومع ذلك {فقد منعه الشيخ في أحد قوليه استناداً إلى رواية} أحمد بن محمد بن أبي نصر - المروية بسندين كل منهما ضعيف عند المصنفين - قال: (قلت لأبي الحسن عليه السلام: قول شعيب: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَاجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ﴾ أي الأجلين قضى؟ قال: الوفاء منهما أبعدهما عشر سنين، قلت: فدخل بها قبل أن ينقضي الشرط أو بعد انقضائه؟ قال: قبل أن ينقضي، قلت: فالرجل يتزوج المرأة ويشترط لأبيها إجارة شهرين، يجوز ذلك؟ فقال: إن موسى قد علم أنه سيتم له شرطه، فكيف لهذا بأن يعلم أن سيقى حتى يفى؟! وقد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يتزوج المرأة على السورة من القرآن، وعلى الدرهم، وعلى القبضة من الحنطة)^(٢) وهي {لا تنهض

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١) المهور، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٢) المهور، ح ١.

دليلاً متناً} لإمكان حمله على الإرشاد بسبب عدم العلم بالبقاء، فتحمل على الكراهة {وسنداً} لاشتغالها على سهل وهو عندهما ضعيف، وقد تقدم منا أنه معتبر الرواية، لكنها لا تقاوم عموم أو إطلاق الكثير من النصوص الصحيحة السند، الصريحة الدلالة على الجواز فلا تصلح لتقييدها، أو تخصيصها.

[ولو عقد الذميان على ما لا يملك في شرعنا] {كالخمر والخنزير} [صح] العقد والمهر، كما هو المشهور شهرة عظيمة، ولصحيح طلحة بن زيد قال: (سألتها عن رجلين من أهل الذمة أو من أهل الحرب تزوج كل واحد منهما امرأة ومهرها خمرًا أو خنازير ثم أسلما؟ قال: ذلك النكاح جائز حلال لا يحرم من قبل الخمر والخنازير... الحديث)^(١) ونحوه غيره {لأنهما} بحسب دينهما {يملكانه} [فإن أسلما] {أو أحدهما قبل التقابض} [انتقل إلى القيمة] {عند مستحيله، لخروجه عن ملك المسلم، سواء كان عيناً أم مضموناً} في الذمة {لأن المسمى لم يفسد، ولهذا لو كان قد أقبضها إياه قبل الإسلام برئ، وإنما تعذر الحكم به} بعدئذٍ لعدم جواز تملكه {فوجب المصير إلى قيمته} كالمثلي إذا تعذر مثله فيصار إلى قيمته {لأنها أقرب شيء إليه، كما لو جرى العقد على عين وتعذر تسليمها} كما هو المشهور شهرة عظيمة، ولخبر عبيد بن زرارة قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: النصراني يتزوج النصرانية على ثلاثين دنًا خمرًا وثلاثين خنزيرًا ثم أسلما بعد ذلك ولم يكن دخل بها؟ قال: ينظر كم قيمة الخنازير وكم قيمة الخمر، ويرسل إليها ثم يدخل عليها وهما على نكاحهما الأول)^(٢) ونحوه غيره {ومثله ما لو جعلاه ثمنًا لمبيع، أو عرضاً لصلح أو غيرهما} من عقد أو إيقاع، لعين ما ذكر.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣) المهور، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٣) المهور، ح ٢.

{وقيل: يجب مهر المثل، تنزيلاً لتعذر تسلم العين منزلة الفساد؛ ولأن وجوب القيمة فرع وجوب دفع العين مع الإمكان، وهو هنا ممكن، وإنما عرض عدم صلاحيته للملك لهما} وقد يؤيده ما في صحيح طلحة بن زيد المتقدم {ويضعف بمنع الفساد كما تقدم} في قوله: لأن المسمى لم يفسد {والتعذر الشرعي منزل منزلة الحسي، أو أقوى، ومهر المثل قد يكون أزيد من المسمى، فهي تعترف بعدم استحقاق الزائد} فكيف يلزم دفعه؟ {أو أنقص فيعترف هو باستحقاق الزائد؛ حيث لم يقع المسمى فاسداً، فكيف يرجع إلى غيره بعد استقراره؟!، ولو كان الإسلام بعد قبض بعضه، سقط بقدر المقبوض ووجب قيمة الباقي} لعدم صحته شرعاً {وعلى القول الآخر يجب بنسبته من مهر المثل}.

[ولا تقدير في المهر قلة] {ما لم يقصر عن التقويم كحبة حنطة} بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، وللنصوص الصحيحة المتقدم بعضها [ولا كثرة] {على المشهور} شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، بل لعلها كذلك، كما في الجواهر {لقوله تعالى: ﴿وَأَتَيْنُمُ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا﴾^(١) وهو المال العظيم، وفي القاموس: القنطار بالكسر وزن أربعين أوقية من ذهب، أو فضة، أو ألف دينار، أو ألف ومئتا أوقية من ذهب، أو فضة، أو سبعون ألف دينار، أو ثمانون ألف درهم، أو مئة رطل من ذهب، أو فضة، أو ملء مسك ثور ذهباً، أو فضة، وفي صحيحة الوشا عن الرضا عليه السلام: (لو أن رجلاً تزوج امرأة، وجعل مهرها عشرين

(١) سورة النساء، آية (٢٠).

ألفاً، ولأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً، والذي جعله لأبيها فاسداً^(١) { ونحوه غيره.

[ويكره] [أن يتجاوز مهر السنة] كما هو المشهور شهرة عظيمة كادت أن تكون إجماعاً { وهو ما أصدقه النبي ﷺ لأزواجه جمع } ولما في صحيح حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سمعتة يقول: قال أبي: ما زوج رسول الله ﷺ شيئاً من بناته ولا تزوج شيئاً من نسائه على أكثر من اثنتي عشرة أوقية ونش، والأوقية أربعون، والنش عشرون درهماً)^(٢) ونحوه غيره [وهو خمس مئة درهم] { قيمتها خمسون ديناراً } كما هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، وللتأسي به ﷺ كما سمعت في الصحيح المتقدم وغيره { ومنع المرتضى من الزيادة عليها، وحكم برد من زاد عنها إليها، محتجاً بالإجماع، وبه خبر ضعيف } عن الحسين بن خالد قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن مهر السنة، كيف صار خمس مئة درهم - إلى أن قال: - ثم أوحى الله إلى نبيه ﷺ: أن سن مهور المؤمنات خمس مئة درهم ففعل ذلك رسول الله ﷺ وأيما مؤمن خطب إلى أخيه حرمة فبذل له خمس مئة درهم فلم يزوجه فقد عقه، واستحق من الله عز وجل أن لا يزوجه حوراء)^(٣) وهو { لا يصلح حجة } لضعفه سنداً، ودلالة بحمله على الإرشاد، كما لا يخفى؛ فلذا يحمل على الكراهة { والإجماع ممنوع } لمخالفة الأكثر { وجميع التفسيرات السابقة للقنطار ترد عليه، والخبر الصحيح } المستفيض { حجة بينة، نعم يستحب الاقتصار عليه لذلك } وهو التأسي به ﷺ.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٩) المهور، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٤) المهور، ح ٤.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٤) المهور، ح ٢.

[ويكفي فيه المشاهدة عن اعتباره] {بالكيل، أو الوزن، أو العدد كقطعة من ذهب لا يعلم وزنها، وقبة من طعام لا يعلم كيلها، لارتفاع معظم الغرر بالمشاهدة، واغتفار الباقي في النكاح} لأن العبرة برضا الزوجين، و {لأنه ليس معاوضة محضة بحيث ينافي ما زاد منه} بلا خلاف أجده فيه، بل نسبه بعضهم إلى قطع الأصحاب، كذا في الجواهر، ولإطلاق النصوص المتقدم بعضها.

{ويشكل الحال لو تلف قبل التسليم، أو بعده وقد طلقها قبل الدخول} لاستحقاقها نصفه غير المعين، ويندفع الإشكال بالصلح {ولو لم يشاهد اعتبر اليقين قدرًا، ووصفًا إن كان مما يعتبر به} بلا خلاف أجده في ذلك، كما في الجواهر، لعدم تحقق ما يرتفع به الغرر {أو وصفًا خاصة إن اكتفي به كالعبد} على قول مشهور، وإلا فلا بد من الاعتماد على ما ترتفع به الجهالة والغرر.

[ولو تزوجها على كتاب الله وسنة نبيه ﷺ فهو خمس مئة درهم] {للنص} {المعتبر عن أسامة بن حفص - وكان قبيًا لأبي الحسن موسى عليه السلام - قال: (قلت له: رجل يتزوج امرأة ولم يسم لها مهرًا، وكان في الكلام: أتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه، فمات عنها أو أراد أن يدخل بها، فما لها من المهر؟ قال: مهر السنة، قال: قلت: يقولون: لها مهوور نسائها؟ فقال: مهر السنة، وكلما قلت له شيئًا، قال: مهر السنة)^(١) وقد تقدم أنه خمس مئة درهم في عدد من النصوص الصحيحة {والإجماع، وبهما يندفع الإشكال مع جهل الزوجين، أو أحدهما بما جرت به السنة منه، وبقبوله الغرر كما تقرر} من أنه ليس معاوضة محضة لا تقبله مطلقًا.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٣) المهور، ح ١.

{ويجوز جعل تعليم القرآن مهراً} بلا خلاف ولا إشكال {لرواية سهل الساعدي المشهورة} وهي: (أن النبي ﷺ جاءت إليه امرأة، فقالت: يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك، فقال ﷺ: لا إربة لي في النساء، فقالت: زوجني بمن شئت من أصحابك، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها، فقال: هل معك شيء تصدقها؟ فقال: والله ما معي إلا ردائي هذا، فقال: إن أعطيتها إياه تبقى ولا رداء لك، هل معك شيء من القرآن؟ فقال: نعم سورة كذا وكذا، فقال ﷺ: زوجتكها على ما معك من القرآن^(١) ونحوها غيرها، وعليه {فيعتبر تقديره بسورة معينة، أو آيات خاصة} مما يصدق معه القرآن، لا مثل: كهيعص، أو يس، أو الم ونحوها.

{ويجب حينئذ أن يعلمها القراءة الجائزة شرعاً} وهي القراءات المتداولة بين المسلمين، دون الشاذ منها {ولا يجب تعيين قراءة شخص بعينه} لأصالة عدمه {وإن تفاوتت في السهولة والصعوبة} لصدق القرآن عليها أجمع {ولو تشاحا في التعيين قدم مختاره؛ لأن الواجب في ذمته منها أمر كلي فتعيينه إليه كالدين، وحد التعليم أن تستقل بالتلاوة، ولا يكفي تتبعها نطقه، والمرجع في قدر المستقل به إلى العرف، فلا يكفي الاستقلال بنحو الكلمة والكلمتين، ومتى صدق التعليم عرفاً لا يقدح فيه نسيانها ما علمته وإن لم تكن قد أكملت جميع ما شرط، لتحقيق البراءة} بصدق تعليمه إياها {ولو تعذر تعلمها لبلادتها، أو موتها، أو موت الزوج حيث يشترط التعليم منه، أو تعلمت من غيره فعليه أجره المثل؛ لأنها عوضه حيث يتعذر، ولو افتقرت إلى مشقة عظيمة زائدة على عادة أمثالها لم يبعد إلحاقه بالتعذر} الذي يلزم بالقيمة معه، لتعذر المثل {وكذا القول في تعليم الصنعة}.

(١) مستدرک الوسائل، باب (٢) المهور، ح ٢.

[ويصح العقد الدائم من غير ذكر المهر] إجماعاً بقسميه عليه، كما في الجواهر، لعدم مدخلية المهر في صحته، ولصحيح الحلبي قال: (سألته عن الرجل تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهراً ثم طلقها؟ فقال: لها مهر مثل مهر نساها ويمتعها)^(١) ونحوه غيره {وهو المعبر عنه بتفويض البضع، بأن تقول: زوجتك نفسي، فيقول: قبلت، سواء أهمل ذكره أم نفياه صريحاً} لا نفيه مطلقاً؛ لأنه لا خلاف ولا إشكال في فساده، بل قيل: بفساد العقد أيضاً، لصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألته عن قول الله عز وجل: ﴿وَأَمْرًا مِّنْهُ إِنَّ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ فقال: لا تحل الهبة إلا لرسول الله صلى الله عليه وآله وأما غيره فلا يصلح نكاح إلا بمهر)^(٢) {وحيث فلا يجب المهر بمجرد العقد} كذلك [فإن دخل بها فمهر المثل] اتفاقاً، ولصحيح زرارة المتقدم وغيره {والمراد به ما يرغب به في مثلها نسباً، وسناً، وعقلاً، ويساراً، وبكارة، وأضدادها، وغيرها مما تختلف به الأغراض} كالجمال، واللون، وحسن العشرة ونحوها.

[وإن طلق قبل الدخول] {وقبل اتفاقهما على فرض مهر} بعد العقد [فلها المتعة] وهو المعبر عنه بتفويض المهر، بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر {المدلول عليها بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ﴾} ﴿مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾^(٣) [حرة كانت] {الزوجة المفوضة} [أم أمة] لإطلاق الأدلة كتاباً، وسنة مستفيضة، كصحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٢) المهور، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢) عقد النكاح، ح ٤.

(٣) سورة البقرة، آية (٢٣٦).

الله ﷻ قال: (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها، وإن لم يكن سمى لها مهراً فمتاع بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، وليس لها عدة، تزوج إن شاءت من ساعتها)^(١) ونحوه غيره.

{والمعتبر في المتعة بحال الزوج في السعة والإقتار} كما هو المشهور، بل عن الغنية الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولقوله ﷺ: ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾^(٢) الصريح في اعتبار حال الزوج، لكن الشيخ وجماعة اعتبروا حالها أيضاً، استناداً إلى صحيح الحلبي عن أبي عبد الله ﷻ: (في الرجل يطلق امرأته قبل أن يدخل بها، قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً، وإن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على نحو ما يمتع به مثلها من النساء)^(٣) وقد حمله بعضهم على التقية لموافقة لبعض مذاهب العامة مع أنه لا يصلح لمعارضة ما تقدم، لكثرة وشهرته.

[فالفني] {يمتع} [بالدابة] ولعله لما روي في الفقه المنسوب للرضا ﷻ (يمتعها منه قل أو كثر على قدر يساره، فالموسع يمتع بخادم أو دابة، والوسط بثوب، والفقير بدرهم أو خاتم)^(٤) {وهي الفرس؛ لأنه الشائع في معناها عرفاً، والمعتبر منها ما يقع عليها اسمها صغيرة كانت أم كبيرة، برزونا كانت أم عتيقاً، قاربت قيمته الثوب والعشرة دنائير أم لا} وكأنه لإطلاق النص المتقدم [أو الثوب المرتفع] {قيمته عادة، ناسبت قيمته قسيمه أم لا} [أو عشرة دنائير] {وهي المئاقيل الشرعية} ولا يخفى عدم مدرك صالح هذين التقديرين، فيكون مستند الحكم مرسل الفقيه

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٨) المهور، ح ٨.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٣٦).

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٨) المهور، ح ٧.

(٤) مستدرک الوسائل، باب (٣٤) المهور، ح ٥.

حيث قال: (روي أن الغني يمتع بدار وخادم، والوسط يمتع بثوب، والفقير بدرهم وخاتم)^(١) لانجباره بعمل الأصحاب.

[والمتوسط] {في الفقر والغناء يمتع} [بخمسة دنانير، والفقير بدينار، أو خاتم] {ذهب أو فضة معتد به عادة} [وشبهه] {من الأموال المناسبة لما ذكر في مرتبة، والمرجع في الأحوال الثلاثة إلى العرف بحسب زمانه، ومكانه، وشأنه} مع مراجعة النصوص والعمل بمضمون ما شاء منها.

[ولا متعة لغير هذه] {الزوجة: وهي المفوضة لبضعها، المطلقة قبل الدخول والفرض} للمهر، إجماعاً بقسميه، كما في الجواهر، ولما عن الطبرسي في مجمع البيان في قوله ﷺ: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ﴾^(٢) قال: إنما تجب المتعة للتي لم يسم لها صداق خاصة، وهو المروي عن الباقر والصادق عليهما السلام^(٣) ونحوه غيره {لكن يستحب لو فارقتها بغير الطلاق من لعان وفسخ} كما عن جمع من الأصحاب، للتسامح فيه، فقد يكتفى في الاستدلال عليه بما قد يشعر به صحيح حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يطلق امرأته، أيمتها؟ قال: نعم، أما يجب أن يكون من المحسنين، أما يجب أن يكون من المتقين)^(٤) لعدم تقييده بالمفوضة، لكنه كما ترى! فإنه أشبه ما يكون بالقياس {بل قيل} كما مال إليه الشيخ في المبسوط، وجزم به العلامة في المختلف {بوجوبه حيثئذ؛ لأنه في معنى الطلاق} ويضعف بما مر.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٩) المهور، ح ٣.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٣٦).

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٨) المهور، ح ١٠.

(٤) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٨) المهور، ح ٥.

{و} لذا كان {الأول أقوى؛ لأنه مدلول الآية، وأصالة البراءة في غيره تقتضي العدم، وألحق بهذه} المفوضة للبضع {من فرض لها مهر فاسد، فإنه في قوة التفويض، ومن فسخت في المهر قبل الدخول بوجه مجوز}.

{ولو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز وصار لازماً} كما عن غير واحد {لأن الحق فيه لهما، زاد عن مهر المثل أم ساواه أم قصر} وسواء كانا عالمين أم جاهلين، أم كان أحدهما عالماً دون الآخر؛ لأن المهر إليهما ابتداءً فجاز انتهاءً، وليس لأحدهما الرجوع عما وقع التراضي عليه، بل يكون حينئذٍ كالواقع في العقد اللازم فيلزم {فإن اختلفا قليل} والقائل بعض العامة {للمحكم فرضه بمهر المثل، كما أن له تعيين النفقة للزوجة على الغائب، ومن جرى مجراه} ويشكل: بأنه ليس في شيء من أخبار الباب ولا فتاوى الأصحاب تعرض لذلك {ويحتمل} قوياً {إبقاء الحال إلى أن يحصل أحد الأمور الموجبة للقدر} كالطلاق الموجب للمتعة، أو الدخول المستلزم لمهر المثل ونحوهما.

{ولو فوضا} [في العقد] [تقدير المهر إلى أحدهما] بعينه [صح] كما في الشرائع والتحرير وغيرهما، بل نسبه بعضهم إلى المشهور {وهو المعبر عنه بتفويض المهر، بأن تقول: زوجتك نفسي على أن تفرض من المهر ما شئت أو ما شئت} لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل تزوج امرأة على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها، قال: لها المتعة والميراث، ولا مهر لها... الحديث) ^(١) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢١) المهور، ح ٢.

{وفي جواز تفويضه إلى غيرهما، أو إليهما معاً وجهان: من عدم النص، ومن أنه كالنائب عنهما، والوقوف مع النص طريق اليقين} ولكنه في المسالك جواز التفويض إليهما معاً تبعاً للخلاف والمبسوط والسرائر، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) ولا يخفى حسنه [ولزم ما حكم به الزوج مما يتمول] شرعاً وعرفاً {وإن قل} إجماعاً نصاً وفتوى [وما حكمت به الزوجة إذا لم يتجاوز مهر السنة] {وهو خمس مئة درهم، وكذا الأجنبي لو قيل به، لرواية زرارة} الصحيحة {عن الباقر عليه السلام وعلمه بأنه} إذا حكمها لم يكن لها أن تتجاوز ما سن رسول الله صلى الله عليه وآله وتزوج عليه نساءه، وإذا حكمته فعليها أن تقبل حكمه قليلاً كان أو كثيراً^(١) {ونحوه غيره.

[ولو طلق قبل الدخول فنصف ما يحكم به الحاكم] مقدمة لإيصال الحق إلى أهله {لأن ذلك هو الفرض الذي يتنصف بالطلاق، سواء وقع الحكم قبل الطلاق أم بعده، وكذا لو طلقها بعد الدخول لزم الحاكم الفرض} بتمامه {واستقر في ذمة الزوج} بسبب الدخول المقتضي لاستحقاقها تمامه.

[ولو مات الحاكم قبل الدخول والحكم، فالمروي] {في صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: (في رجل تزوج امرأة على حكمها، أو حكمه فمات، أو ماتت قبل الدخول) {أن لها المتعة} {والميراث، ولا مهر لها}^(٢) ويؤيده أن مهر المثل لا يجب إلا مع الدخول ولم يحصل، ولا مسمى {متفق عليه بينهما} {ولا يجوز إخلاء النكاح عن مهر} إجماعاً، كما تضافرت به النصوص {فتجب المتعة؛ إذ لا رابع} لغير هذه الموارد حتى يرجع إليه.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢١) المهور، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٢١) المهور، ح ٢.

{وقيل} والقائل العلامة في القواعد {يثبت لها مهر المثل؛ لأنه قيمة المعوض؛ حيث لم يتعين غيره؛ ولأن المهر مذكور، غايته أنه مجهول، فإذا تعذرت معرفته وجب الرجوع إلى مهر المثل، وهو غير مسموع في مقابل النص الصحيح، ولا فرق مع موت الحاكم بين موت المحكوم عليه معه، وعدمه، عملاً بإطلاق النص { وعدم القائل بالفرق، كما عن سيد الرياض.

{ولو مات المحكوم عليه} [وحدّه] {فللحاكم الحكم} بلا خلاف فيه، كما في الرياض، لإطلاق الأدلة {إذ لا يشترط حضور المحكوم عليه عنده، والتفويض إليه قد لزم بالعقد فلا يبطل بموت المحكوم عليه، ولأصالة بقائه، والنص { المتقدم عن ابن مسلم {لا يعارضه} لظهوره في موت الحاكم، لا في موت المحكوم {وربما قيل} والقائل ابن إدريس وقد نسب إلى الشيخ في الخلاف وابن الجنيّد {بأنه مع موت الحاكم لا شيء} بدعوى: أن مهر المثل لا يجب إلا بالدخول وهو هنا منتفٍ، وكذا المتعة لا تجب إلا بالطلاق وهو هنا كذلك، والأصل براءته من كل شيء آخر {وهو ضعيف} لأن إلحاق موت الحاكم بالطلاق قياس باطل، مع أنه اجتهد في مقابلة النص، وهو غير مقبول.

{ولو مات أحد الزوجين مع تفويض البضع قبل الدخول فلا شيء} {لرضاهما بغير مهر، ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول، إن كان فرض لها مهراً فلها، وإن لم يكن فرض مهراً لها فلا مهر لها} {وعليها العدة ولها الميراث} ^(١) {وهذا مما لا خلاف فيه ظاهراً}.

{وهنا} [مسائل عشر]

الأولى: الصدّاق يملك بأجمعه [للزوجة] {بـ} مجرد [العقد] ولا اعتبار للدخول فيه، لإطلاق قوله عزّ: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ﴾^(١) الشامل لحالتي الدخول وعدمه، ولموثق عبيد بن زرارة قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأة على مئة شاة ثم ساق إليها الغنم، ثم طلقها قبل أن يدخل بها وقد ولدت الغنم، قال: إن كانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها ونصف أولادها، وإن لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها ولم يرجع من الأولاد شيء)^(٢) فحكمه عليه السلام بتام النماء لها يلزمه ملكها تمام المهر؛ لأنه عوض البضع، فكما يملكه الزوج بالعقد تملك الزوجة عوضه به، كما هو شأن المعاوضات، لكنه يكون {ملكاً متزلزلاً ويستقر بأحد أمور أربعة}:-.

الأول: {الدخول} قبلاً ودبراً {إجماعاً} ونصوصاً مستفيضة، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل دخل بامرأة، قال: إذا التقى الختانان وجب المهر والعدة)^(٣) ونحوه غيره.

{و} الثاني {ردة الزوج عن فطرة} كما تقدم في المحرمات - على الأشهر - من أنه لو ارتد الزوج فللزوجة نصف المهر قياساً على طلاقه، ولكن الأظهر ثبوته بتامه.

{و} الثالث والرابع {موته وموتها في الأشهر} لصحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا توفي الرجل عن امرأته ولم يدخل بها فلها المهر كله،

(١) سورة النساء، آية (٤).

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٤) المهور، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٤) المهور، ح ٣.

إن كان سمي لها مهراً، وسهمها من الميراث، وإن لم يكن سمي لها مهراً لم يكن لها مهر، وكان لها الميراث^(١) ونحوه غيره، والمشهور بين قدماء الطائفة وجمع من المتأخرين: أنه لا يستقر بموت أحدهما، بل حكم الموت حكم الطلاق المستلزم لتنصيب المهر، لصحيح زرارة قال: (سألت عن المرأة تموت قبل أن يدخل بها؟ أو يموت الزوج قبل أن يدخل بها؟ قال: أيهما مات فللمرأة نصف ما فرض لها، وإن لم يكن فرض لها، فلا مهر لها)^(٢) ونحوه غيره، وهو الأقوى، للتنصيب على موت كل واحد منهما، مع اعتضاده بالمشهور عند القدماء.

[ولها التصرف فيه قبل القبض] كما هو المشهور من تملك تمام المهر بمجرد العقد، ولعموم قاعدة السلطنة {إذ لا مدخلية للقبض هنا في الملك، سواء طلقها قبل الدخول أم لا} خلافاً للإسكافي حيث ذهب إلى أنها تملك النصف بالعقد والآخر بالدخول، ويضعف: بعدم الدليل صالح عليه {وإن رجع إليه نصف بالطلاق} [فلو نما] {بعد العقد} [كان] {النماء} [لها] {خاصة، لرواية عبيد بن زرارة} {الموثقة} {عن الصادق عليه السلام} (في رجل ساق إلى زوجته غنماً ورقيقاً فولدت له عندها وطلقها قبل أن يدخل بها، فقال: إن كن حملن عنده فله نصفها ونصف ولدها، وإن كن حملن عندها فلا شيء له من الأولاد)^(٣) لأنه نماء في ملكها، وهو ظاهر في ملكها المهر بتمامه بمجرد العقد، ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٨) المهور، ح ٢١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٨) المهور، ح ٧.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٤) المهور، ح ١.

{فإن تعقبه طلاق قبل الدخول ملك الزوج النصف حينئذٍ} اتفاقاً، ولقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾^(١) ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها، قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً)^(٢) ونحوه غيره {ولا شيء له من النماء} للملكيتها المهر بتمامه بمجرد العقد، على الأقوى {ثم إن وجدته باقياً على ملكها أجمع أخذ نصفه} لاستحقاقه له بعينه {وإن وجدته تالفاً، أو منتقلاً عن ملكها فنصف مثله} إن كان مثلياً [أو] نصف {قيّمته} إن كان قيمياً، لقاعدة الضمان.

{ثم إن اتفقت القيمة} فيها ونعمت {وإلا} فإن اختلفت {فله الأقل من حين العقد إلى حين التسليم؛ لأن الزيادة حدثت في ملكها} ولأن ما نقص قبل القبض كان مضموناً عليه فلا يضمّنها ما هو بضمانه، وإن كانت القيمة يوم القبض أكثر فما زاد بعد العقد فلها، فلا يضمّنها نماء ملكها {وإن وجدته معيماً رجع في نصف العين مع الأرض} على الأشهر الأظهر، نعم لا يجب إجباره على قبضه، للزوم المنّة عليه {ولو نقصت القيمة للسوق فله نصف العين خاصة} لأنه عين ما فرض، فنقصان القيمة غير مضمون عليها {وكذا لو زادت وهي باقية} لأنه عين المفروض {ولو زادت زيادة متصلة كالسمن تخيرت بين دفع نصف العين الزائدة، ونصف القيمة من دونها} لأن الزيادة إنما حصلت في ملكها، ولا يمكن فصلها فلا تجبر على بذلها مجاناً فتتخير {وكذا لو تغيرت في يدها بما أوجب زيادة القيمة كصياغة الفضة، وخياطة الثوب} لعين ما سبق {ويجبر على العين لو بذلها في الأول} لأن أصل حقه في العين، والنفع عائد إليه {دون الثاني} لأن الخياطة قد تنافي غرضه {لقبول الفضة لما يريده منها،

(١) سورة البقرة، آية (٢٣٧).

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٥١) المهور، ح ٢.

دون الثوب، إلا أن يكون مفصلاً على ذلك الوجه { الذي خاطته { قبل دفعه إليها { من دون تصرفها فيه بما لا ينافي قصده.

[ويستحب لها العفو عن الجميع] {لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾^(١)} وخبر إسحاق بن عمار قال: (سألت جعفر بن محمد عليه السلام عن قول الله: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ قال: المرأة تعفو عن نصف الصداق... الحديث)^(٢) ونحوه غيره { والمراد بالعفو إسقاط المهر بالهبة إن كان عيناً { لأن العين يمكن التنازل عنها بهبتها فيقبضها بهذا العنوان {والإبراء وما في معناه من العفو والإسقاط إن كان ديناً { لاختصاصه بما في الذمة.

{وربما قيل { والقائل الشيخ في المبسوط والعلامة في التحرير { بصحته بلفظ العفو مطلقاً { عيناً كان المهر أم ديناً { عملاً بظاهر الآية { المتقدمة { وردّه إلى القوانين الشرعية أولى، والآية لا تدل على أزيد منه { وعليه ففي حال كونه عيناً لا يكتفى بالعفو، بل لابد من لفظ الهبة أو التحليل، نعم يكفي العفو فيما لو كان المهر ديناً، لما تقدم.

[ولوليها الإجماري] {الذي بيده عقدة النكاح أصالة وهو الأب والجد له بالنسبة إلى الصغيرة} [العفو عن البعض] {أي بعض النصف الذي تستحقه بالطلاق قبل الدخول؛ لأن عفو الولي مشروط بكون الطلاق قبل الدخول} وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع اليقين [لا الجميع] كما هو المشهور، ولصحيح رفاة عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الذي بيده عقدة النكاح، فقال: الولي الذي يأخذ بعضاً ويترك

(١) سورة البقرة، آية (٢٣٧).

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٢) المهور، ح ٥.

بعضاً وليس له أن يدع كله^(١) ونحوه غيره، وبه يقيد إطلاق قوله عز وجل: ﴿أَوْ يَعْفُوَ
الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(٢) {واحترز بالإجباري عن وكيل الرشيدة فليس له العفو
مع الإطلاق} في الوكالة، لانصرافه إلى العقد عليها فقط {في أصح القولين} ومقابله
ما عن ابن البراج والشيخ لإطلاق الوكالة، وضعفه ظاهر {نعم لو وكلته في العفو
جاز قطعاً، وكذا وكيل الزوج في النصف الذي يستحقه بالطلاق} قبل الدخول.

[الثانية: لو دخل قبل دفع المهر كان ديناً عليه وإن طالت المدة] طالبت به أم لا،
إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، و {للأصل} وهو عدم السقوط، أو استصحاب
ثبوته بالدخول {والأخبار} كمؤثق عبد الحميد بن عواض قال: (سألت أبا عبد
الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فلا يكون عنده ما يعطيها فيدخل بها؟ قال: لا بأس
إنما هو دين عليه لها)^(٣) ونحوه غيره وهو مستفيض {وما روي} في مؤثق عبيد بن
زرارة وغيره { (من أن الدخول يهدم العاجل)^(٤) أو أن طول المدة يسقطه} كما قد
يشعر به صحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل
والمرأة يهلكان جميعاً فيأتي ورثة المرأة يدعون على ورثة الرجل الصداق؟ فقال: وقد
هلكا وقسم الميراث؟ فقلت: نعم، فقال: ليس لهم شيء... الحديث)^(٥) وإلا فلم
أجد فيما لدي من المصادر حديث بهذا المعنى، وعلى كل فمثل هذه النصوص
{شاذ} لمخالفته القواعد والأصول {أو مؤول بقبول الزوج في براءته من المهر لو

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٨) عقد النكاح، ح ٣.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٣٧).

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٨) المهور، ح ٢.

(٤) الوسائل، ج ٢١، باب (٨) المهور، ح ٥.

(٥) الوسائل، ج ٢١، باب (٨) المهور، ح ٨.

تنازعا} كما عن الشيخ، لظاهر صحيح الحسن بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر، وقال: قد أعطيتك، فعليها البينة وعليه اليمين)^(١).

[والدخول] {الموجب للمهر تاماً} [هو الوطاء] {المتحقق بغيبوبة الحشفة، أو قدرها من مقطوعها، وضابطه ما أوجب الغسل} [قبلاً أو دبراً] كما هو المشهور شهرة عظيمة، كذا في الجواهر، ولإطلاق صحيح حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا التقى الختانان وجب المهر والعدة والغسل)^(٢) لصدق الختان عليهما معاً، ونحوه غيره [لا مجرد الخلوة] [بالمرأة، وإرخاء الستر على وجه ينتفي المانع من الوطاء على أصح القولين: والأخبار في ذلك مختلفة ففي بعضها: أن وجوبه أجمع متوقف على الدخول} كما في الصحيح المتقدم {وفي أخرى بالخلوة} كما في موثق زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (إذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها فأغلق عليها باباً، أو أرخى ستراً ثم طلقها فقد وجب الصداق، وخلاؤه بها دخول)^(٣) ونحوه غيره {والآية} وهي قوله عز وجل: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾^(٤) {ظاهرة في الأول} لأن المراد من المس في القرآن الكريم هو مطلق الدخول {ومعه - مع ذلك - الشهرة بين الأصحاب، وكثرة الأخبار} فيكون هو الأقوى.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٨) المهور، ح ٧.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٤) المهور، ح ٤.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٥) المهور، ح ٣.

(٤) سورة البقرة، آية (٢٣٧).

[الثالثة: لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجع] {عليها} [بنصفه] وفاقاً للمشهور، كما في الجواهر، ولصحيح شهاب بن عبد ربه قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على ألف درهم فبعث بها إليها فردتها عليه ووهبتها له، وقالت: أنا فيك أرغب مني في هذا الألف، هي لك فقبلها منها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها؟ قال: لا شيء لها، وترد عليه خمس مئة درهم)^(١) ونحوه غيره، وحين الإبراء كانت مالكة لجميع المهر ملكاً تاماً، وما يرجع إليه بالطلاق ملك جديد، ولهذا كان نأؤه لها، فإذا طلقها رجع عليها بنصفه، كما لو صادفها قد أتلفته، فإن تصرفها فيه بالإبراء بمنزلة الإتلاف فيرجع بنصفه، وكذا لو كان عيناً ووهبته إياها، ثم طلقها فإنه يرجع عليها بنصف القيمة} كما هو الظاهر من الصحيح المتقدم وغيره.

{ويحتمل ضعيفاً} كما عن محكي المبسوط والقواعد {عدم الرجوع في صورة الإبراء؛ لأنها لم تأخذ منه مالاً، ولا نقلت إليه الصداق؛ لأن الإبراء إسقاط لا تمليك، ولا أتلفته عليه} ليرجع عليها بقاعدة الضمان {كما لو رجع الشاهدان بدين في ذمة زيد لعمره بعد حكم الحاكم عليه، وقبل الاستيفاء وكان قد أبرأ المشهود عليه، فإنه لا يرجع على الشاهدين بشيء، ولو كان الإبراء إتلافاً على من في ذمته لغرم له} وهو كما ترى! اجتهد في مقابلة النص، مع صدق التصرف به قطعاً على وجه يقتضي فراغ الذمة منه وإيفاءه {و} على ذلك {الفرق واضح؛ فإن حق المهر ثابت حال الإبراء في ذمة الزوج ظاهراً وباطناً، فإسقاط الحق بعد ثبوته متحقق، بخلاف مسألة الشاهد فإن الحق لم يكن ثابتاً كذلك} ظاهراً وباطناً {فلم تصادف البراءة حقاً يسقط بالإبراء}.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٤١) المهور، ح ١.

{وكذا} {يرجع عليها بنصفه} {لو خلعها به أجمع قبل الدخول} كما في الشرائع والقواعد وغيرها {لاستحقاقه له ببذلها عوضاً مع الطلاق، فكان انتقاله عنها سابقاً على استحقاقه النصف بالطلاق فينزل منزلة المنتقل عنها حين استحقاقه النصف، فيرجع عليها بنصفه ديناً أو عيناً} ويشكل: بأن المهر لم ينتقل إلى الزوج بمجرد بذله من الزوجة، بل به وبالخلع من الزوج؛ لأنها قد جعلت المهر عوضاً عن البينة، وعليه فلا يملك المهر إلا بتمام سبب الخلع، وهو الطلاق، والمفروض أنه قبل الدخول وهو يستوجب تنصيف المهر فيتحد السببان على تمليكه المهر حينئذٍ، نعم غاية ما في الباب أن الخلع سبب لتمليكه تمام المهر، والطلاق سبب لتمليك نصفه.

[الرابعة: يجوز اشتراط ما يوافق الشرع في عقد النكاح] {سواء كان من مقتضى عقد النكاح؛ كأن تشترط عليه العدل في القسم والنفقة، أو يشترط عليها أن يتزوج عليها متى شاء، أو يتسرى} ويشكل: بأنها ليست مما يقتضيه العقد، بل مما يقتضيه الشرع؛ لأنه هو الذي أجاز له هذه الأمور {أو خارجاً عنه، كشرط تأجيل المهر، أو بعضه إلى أجل معين} كل ذلك مما لا إشكال فيه ولا خلاف، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) {فلو شرط ما يخالفه لغي الشرط} اتفاقاً، كما في كشف اللثام وغيره [وصح] {العقد} اتفاقاً، كذا في الجواهر، لكونه ليس معاوضة محضة {والمهر} كما هو المشهور، بل قد يظهر من محكي المبسوط الاتفاق عليه [كاشتراط أن لا يتزوج عليها، وأن لا يتسرى] {أو لا يوطأ، أو يطلق} من غير دخول، وذوق عسيلة {كما في نكاح المحلل، أما فساد الشرط حينئذٍ فواضح، لمخالفته المشروع} المصرح به في صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل قال لامرأته: إن نكحت عليك أو

تسريت فهي طالق، قال: ليس ذلك بشيء، إن رسول الله ﷺ قال: من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه^(١) ونحوه غيره.

{وأما صحة العقد فالظاهر إطباق الأصحاب عليه، وإلا كان للنظر فيه مجال، كما علم من غيره من العقود المشتملة على الشرط الفاسد} بدعوى أن القصد إلى العقد المقيد بالشرط، ولم يسلم الشرط فلم يتحقق العقد، والعقود تابعة للقصود، وقد تقدم دفعها في كتاب البيع، فراجع {وربما قيل} والقائل العلامة في القواعد {بفساد المهر خاصة؛ لأن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق، فهو في حكم المال، والرجوع إلى قيمته متعذر، للجهالة فيجهل الصداق فيرجع إلى مهر المثل} ويشكل: بأنه إنما يتم في الشروط المالية، وأما في غيرها فلا.

{ولو شرطت إبقاءها في بلدها لزم} كما عن النهاية والمهذب والوسيلة والجامع والنافع {لأنه شرط لا يخالف المشروع، فإن خصوصيات الوطن أمر مطلوب للعقلاء بواسطة النشوء والأهل، والأنس وغيرها، فجاز شرطه توصلاً إلى الغرض المباح، ولصحيحة أبي العباس عن الصادق عليه السلام (في الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها أن لا يخرجها من بلدها، قال عليه السلام: يفي لها بذلك، أو قال: يلزمه ذلك)^(٢) ولعموم (المؤمنون عند شروطهم) {وكذا} {لو شرط إبقاءها} [في منزلها] {وإن لم يكن منصوباً، لاتحاد الطريق} وهو كون الشرط غير مخالف للمشروع، واندرجه تحت العموم المذكور.

{وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط والخلاف وابن زهرة وإدريس {يطل الشرط فيهما؛ لأن الاستمتاع بالزوجة في الأزمنة والأمكنة حق الزوج بأصل الشرع،

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٨) المهور، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٠) المهور، ح ١.

وكذا السلطنة عليها، فإذا شُرط ما يخالفه كان باطلاً، وحملوا الرواية على الاستحباب، ويشكل: بأن ذلك وارد في سائر الشروط السائغة التي ليست بمقتضى العقد كتأجيل المهر، فإن استحقاقها المطالبة به في كل زمان ومكان ثابت بأصل الشرع أيضاً، فالتزام عدم ذلك في مدة الأجل يكون مخالفاً، وكذا القول في كل تأجيل ونحوه من الشروط السائغة}.

{والحق أن مثل ذلك} المذكور في بطلان الشرط {لا يمنع، خصوصاً مع ورود النص الصحيح بجوازه} بل لا يسمع؛ لأنه اجتهد في مقابلة النص الصحيح {وأما حمل الأمر المستفاد من الخبر} المتقدم في قوله: يفي، أو يلزمه {الذي بمعناه على الاستحباب فلا ريب في أنه خلاف الحقيقة، فلا يصار إليه مع إمكان الحمل عليها، وهو ممكن} بل لازم؛ لأن الخبر أظهر في الوجوب من الاستحباب كما هو الأقوى {فالقول بالجواز أوجه في مسألة النص، وأما المنزل فيمكن القول بالمنع فيه؛ وقوفاً فيما خالف الأصل} الذي هو جواز الاستماع بالزوجة في كل مكان وزمان {على موضع النص، وفي التعدي إليه قوة، لعموم الأدلة، واتحاد طريق المسألتين، وحكم المحلة والموضع المخصوص حكم المنزل} بعد عدم الخصوصية له عرفاً.

{ومتى حكمنا بصحته} كما هو الأجود {لم يصح إسقاطه بوجه؛ لأنه حق يتجدد في كل آن، فلا يعقل إسقاط ما لم يوجد حكمه} لعدم وجود آن الاستحقاق الآن {وإن وجد سببه} وهو الاشتراط في متن العقد، ويشكل: بأن فرض كونه حقاً مساوق لفرض إمكان إسقاطه من قبل الشروط له.

[الخامسة: لو أصدقها تعليم صناعة ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف أجره التعليم] {لعدم إمكان تعليمها نصف الصنعة} لأنه ليس له حد معلوم، فيكون كالتالف، ويرجع فيه إلى قيمته وهي هنا نصف الأجرة {وهو الواجب لها بالطلاق

خاصة} {ولو كان قد علمها} {الصنعة} {رجع بنصف الأجرة} {لعدم إمكان ارتجاع نفس الواجب، فيرجع إلى عوضه} {ولو كان} {الصدّاق} {تعليم سورة} {ونحوها} {فكذلك} {لأنه وإن أمكن التعليم عقلاً} بتعليمها مقدار النصف من عدد حروفها {إلا أنه ممتنع شرعاً؛ لأنها صارت أجنبية} بناء على عدم جواز إسماع مطلق صوت المرأة للرجل، ويشكل: بأنه في حال كون الزوج لا يقتضي سماعه صوتها، بل هي التي تسمعه، اللهم إلا أن يقال: بأن التعلم الصحيح لا يتم إلا بإسماعها ما تعلمته، وهو يقتضي سماع صوتها.

[وقيل] والقائل الشيخ في الخلاف والمبسوط [يعلمها النصف من وراء حجاب] كما يعلمها الواجب [وهو قريب] {لأن تحريم سماع صوتها مشروط بحالة الاختيار والسماع هنا من الضرورة} والضرورات تبيح المحظورات، ولحاجتها - عرفاً، بل وشرعاً - لمكالمة الأجنبي كالطبيب والمعلم والبائع وغيرهم فمنعها من ذلك يسبب لها الحرج الشديد المنفي كتاباً وسنة، فالأقوى جوازه.

[السادسة: لو اعتاضت عن المهر بدونه، أو أزيد منه] {أو بمغايره جنساً، أو وصفاً} {ثم طلقها} قبل الدخول [رجع بنصف المسمى] {لأنه الواجب بالطلاق} إجماعاً [لا] {بنصف} {العوض} {لأنه معاوضة جديدة لا تعلق له بها} بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر، ولصحيح الفضيل قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بألف درهم، فأعطاهها عبداً له أبقاً وبرداً حبرة بألف درهم التي أصدقها؟ قال: إذا رضيت بالعبد وكانت قد عرفته، فلا بأس إذا هي قبضت الثوب

ورضيت بالعبد، قلت: فإن طلقها قبل أن يدخل بها؟ قال: لا مهر لها، وترد عليه خمس مئة درهم، ويكون العبد لها^(١) لأنه هبة لا تعلق له بالطلاق.

[السابعة: لو وهبته نصف مهرها مشاعاً قبل الدخول فله الباقي] كما هو المشهور {لأنه بقدر حقه، فينحصر فيه؛ ولأنه لا ينتقل مستحق العين إلى بدلها إلا بالتراضي، أو تعذر الرجوع لمانع} كالانتقال عن ملكها {أو تلف، والكل منتف، ويحتمل} كما في القواعد والمسالك {الرجوع إلى نصف النصف الموجود، وبدل نصف الموهوب؛ لأن الهبة وردت على مطلق النصف، فيشيع فيكون حقه في الباقي والتالف، فيرجع بنصفه ويبدل الذاهب، ويكون هذا هو المانع} من الرجوع إلى العين {وهو أحد الثلاثة المسوغة للانتقال إلى البدل، ورد: بأنه يؤدي إلى الضرر بتبعيض حقه، فيلزم ثبوت احتمال آخر، وهو تخيره} كما نسب إلى الشيخ {بين أخذ النصف الموجود وبين التشطير المذكور} لكنه كما ترى! ضرورة عدم ورود هذه التصورات مع بقاء النصف المشاع الذي هو مصداق لقوله ﷺ: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾^(٢).

[ولو كان] {الموهوب} [معيناً فله نصف الباقي ونصف ما وهبته مثلاً، أو قيمة] بلا خلاف ولا إشكال {لأن حقه شاع في جميع العين وقد ذهب نصفها معيناً، فينتقل إلى بدله، بخلاف الموهوب على الإشاعة، ونبه بقوله: وهبته على أن المهر عين} لانحصار الهبة في الأعيان {فلو كان ديناً برىء من الكل وجهاً واحداً} كما تقدم.

[وكذا لو تزوجها بعبدتين فمات أحدهما، أو باعته فللزوجة نصف الباقي ونصف قيمة التالف] عندنا {لأنه تلف على ملكها، واستحقاقه لنصفه تجدد بالطلاق من غير اعتبار الموجود وغيره، والتقريب ما تقدم} من كون حق الزوجة مشاعاً في جميع

(١) الوسائل، ج٢١، باب (٢٤) المهور، ح١.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٣٧).

للزوجة الامتناع قبل الدخول حتى تقبض مهرها ٢٣٣

الصداق، ولما كان طلاقه قبل الدخول، فله نصف ما دفع وهو نصف الباقي، ونصف قيمة التالف.

[الثامنة: للزوجة الامتناع قبل الدخول حتى تقبض مهرها إن كان المهر حالاً]

اتفاقاً، كما في كشف اللثام، ولمفهوم موثق سماعة قال: (سألته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها في حل، أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟ قال: نعم... الحديث)^(١) ومفهومه؛ أنها إن لم تجعله في حل لم يجز دخوله بها، ويلزمه جواز امتناعها من تسليم نفسها {موسراً كان الزوج أم معسراً، عيناً كان المهر أم منفعة، متعيناً كان أم في الذمة} لإطلاق الأدلة، و {لأن النكاح في معنى المعاوضة وإن لم تكن محضة، ومن حكمها أن لكل من المتعاضين الامتناع من التسليم إلى أن يسلم الآخر، فيجبرهما الحاكم على التقابض معاً، لعدم الأولوية، بوضع الصداق عند عدل إن لم يدفعه إليها، ويأمرها بالتمكين، وهذا الحكم لا يختلف على تلك التقديرات} المتقدمة، للإطلاق، أو عموم الأدلة.

{وربما قيل} والقائل ابن إدريس {إنه إذا كان معسراً ليس لها الامتناع، لمنع مطالبته} لقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٢) {ويضعف: بأن منع المطالبة لا ينفي وجوب التسليم قبل قبض العوض} لعدم التلازم بينهما؛ لأنه لم يعلم كون التمكين من قبيل الدين الذي هو مدلول الآية الشريفة.

{واحترز بالحال عما لو كان مؤجلاً فإن تمكينها لا يتوقف على قبضه؛ إذ لا يجب لها حينئذ شيء، فيبقى وجوب حقه عليها بغير معارض، ولو أقدمت على فعل المحرم

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٤١) المهور، ح ٢.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٨٠).

وامتنعت إلى إن حل الأجل ففي جواز امتناعها حينئذٍ إلى أن تقبضه تنزيلاً له منزله الحال ابتداءً، وعدمه بناءً على وجوب تمكينها قبل حلوله فيستصحب؛ ولأنها لما رضيت بالتأجيل بنت أمرها على أن لا حق لها في الامتناع، فلا يثبت بعد ذلك، لانتفاء المقتضي {الموجب لجواز الامتناع {وجهان: أوجود هما الثاني} وهو عدم جواز الامتناع بعد حلول الأجل، وفاقاً للأكثر، كما في الجواهر {ولو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً كان لكلٍ منهما حكم مماثله} فلها أن تمتنع حتى تقبض الحال، دون المؤجل.

{وإنما يجب تسليمه إذا كانت مهياً للاستمتاع، فلو كانت ممنوعة بعذر} ما {وإن كان شرعياً كالإحرام لم يلزم؛ لأن الواجب التسليم من الجانبين، فإذا تعذر من أحدهما} ولو شرعاً {لم يجب على الآخر، نعم لو كانت صغيرة يحرم وطؤها فالأقوى} تبعاً للعلامة في القواعد {وجوب تسليم مهرها إذا طلبه الولي؛ لأنه حق ثابت حال طلبه ممن له حق الطلب، فيجب دفعه كغيره من الحقوق} المستحقة فعلاً {وعدم قبض العوض الآخر جاء من قبل الزوج حيث عقد عليها كذلك موجباً على نفسه عوضاً حالاً ورضي بتأخير قبض المعوض إلى محله} خلافاً للشيخ في المبسوط حيث حكم بعدم الوجوب، لتعذر التقابض من الجانبين، لعدم إمكان الاستمتاع بها، فكيف يحصل التمكين؟!، وضعفه يظهر مما تقدم {وهذا بخلاف النفقة؛ لأن سبب وجوبها التمكين التام} ولم يحصل {دون العقد، ووجه عدم الوجوب قد علم مما سلف، مع جوابه} من أن الواجب التسليم من الجانبين مع عدم التعذر من أحدهما، ومعه يسقط الوجوب.

[وليس لها بعد الدخول الامتناع في أصح القولين] كما هو المشهور، بل عن السرائر الإجماع عليه {لاستقرار المهر بالوطء وقد حصل تسليمها نفسها برضاها

فانحصر حقها في المطالبة، دون الامتناع؛ ولأن النكاح معاوضة ومتى سلم أحد المتعاضين العوض الذي من قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبه ليتسلم العوض الآخر؛ ولأن منعها قبل الدخول ثابت بالإجماع، ولا دليل عليه بعده، فينتفي بالأصل { وهو عدم المنع، اللهم إلا أن يقال: بمعارضته باستصحاب المنع الثابت قبل الدخول، فتدبر ولا حظ { فإن التسليم حق عليها، والمهر حق عليه والأصل عدم تعلق أحدهما بالآخر إلى أن يثبت الناقل } ويشكل: بأن النكاح لما كان نحواً من المعاوضات وهي تقتضي تعلق بعضها ببعض فلا مورد للتمسك بأصالة عدم تعلق أحدهما بالآخر.

{وقيل} والقائل القاضي والمفيد والشيخ في النهاية والمبسوط { لها الامتناع كقبل الدخول؛ لأن المقصود بعقد النكاح منافع البضع، فيكون المهر في مقابلها، ويكون تعلق الوطاء الأول به كتعلق غيره، والأقوى الأول { لأنه أوفق بقواعد وأصول المذهب { هذا كله إذا سلمت نفسها اختياراً، فلو دخل بها كرهاً فحق الامتناع بحاله؛ لأنه قبض فاسد، فلا يترتب عليه أثر الصحيح، ولأصالة البقاء { لجواز الامتناع { إلى أن يثبت المزيل، مع احتمال عدمه { احتمالاً ضعيفاً { لصدق القبض { ويشكل: بأنه لما لم يكن قبضاً صحيحاً، فلا يترتب أثره.

[التاسعة: إذا زوج الأب ولده الصغير] {الذي لم يبلغ ويرشد} [وللولد مال يفي] {بالمهر} [ففي ماله المهر، وإلا] {يكن له مال أصلاً} [ففي مال الأب] فلو مات الأب أخرج من أصل تركته؛ لأنه من ديونه، سواء بلغ الولد وأيسر أم مات قبل ذلك، بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح محمد - يعني ابن مسلم - عن أحدهما عليه السلام قال: (قلت: الرجل يزوج ابنه وهو صغير، فيجوز طلاق أبيه؟ قال: لا، قلت: فعلى من الصداق؟ قال: على أبيه

إذا كان قد ضمنه لهم، فإن لم يكن قد ضمنه لهم فعلى الغلام، إلا أن لا يكون للغلام مال فعلى الأب، ضمن أو لم يضمن^(١) ونحوه غيره.

{ولو ملك مقدار بعضه فهو في ماله، والباقي على الأب، هذا هو المشهور بين الأصحاب} وفي المسالك: وأخبارهم الصحيحة دالة عليه كما تقدم بعضها {ونسبه في التذكرة إلى علمائنا وهو يشعر بالاتفاق عليه، ثم اختار أن ذلك مع عدم شرطه كونه على الولد مطلقاً} كان للولد مال أم لا {أو كونه عليه مطلقاً} كان للولد مال أم لا {وإلا} فإن كان قد شرط {كان على الولد في الأول} مطلقاً {وعليه في الثاني مطلقاً} وهذا التفصيل كما ترى! استحسان حيث إنه لا يوافق نصوص الباب؛ لأنها علقت الضمان على الأب لو لم يكن للولد مال، ولم تعلقه على شرط الأب، بل هو اجتهد في مقابلة النص الصحيح.

{ولو بلغ} {الصبي} [فطلق قبل الدخول كان النصف المستعاد للولد] {لا للأب} كما هو المشهور شهرة عظيمة {لأن دفع الأب له كاهبة للابن وملك الابن له بالطلاق ملك جديد، لا إبطال لملك المرأة السابق، ليرجع إلى مالكه} ومنه يعلم عدم الوجه في تردد المحقق في الشرائع في هذا الحكم.

{وكذا لو طلق قبل أن يدفع الأب عنه؛ لأن المرأة ملكته بالعقد وإن لم تقبضه، وقطع في القواعد هنا سقوط النصف عن الأب} لكونه كاهبة، ويشكل: بأنه أصبح ملكاً للزوجة، فإذا طلق الزوج استحق نصف المهر المملوك لها {وأن الابن لا يستحق مطالبته بشيء، والفرق} بين دفع الأب المهر وعدمه {غير واضح} حيث إن المهر في كلا المقامين مترتب على الأب.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٨) المهور، ح ٥.

{ولو دفع الأب عن الولد الكبير المهر تبرعاً، أو عن أجنبي ثم طلق قبل الدخول، ففي عود النصف إلى الدافع أو الزوج قولان: من ملك المرأة له كالأول، فيرجع إلى الزوج} كما عن جمع من الأصحاب {ومن أن الكبير لا يملك بغير اختياره} بخلاف الصغير؛ لأن اختيار الأب اختياره {وإنما أسقط عنه الحق، فإذا سقط نصفه رجع النصف إلى الدافع} كما عن المبسوط والتحرير.

{واختلفت كلام العلامة هنا ففي التذكرة قطع برجوعه إلى الزوج كالصغير، وفي التحرير قوى عدمه، واستشكل في القواعد بعد حكمه بإلحاقه بالصغير، والأقوى الأول} لما عرفت من ظهور النص والفتوى في أن الطلاق مملك، لا فاسخ يعود به السبب الأول للملك، بل ظاهر المحكي عن الشيخ الإجماع عليه، وحينئذ لا فرق بين دفع الأب وعدمه، ولا بينه وبين المضمون تبرعاً، ولا بين كونه عيناً أو ديناً، ومع عدم الفرق في تسيبه الملك لنصف الدين أو العين، فله مطالبة الأب به مطلقاً.

[العاشرة: لو اختلفا في التسمية] {فادعاها أحدهما وادعى الآخر التفويض} [حلف المنكر لها] {لأصالة عدمها} ولأن الأصل في النكاح التفويض بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر {فيثبت مقتضى عدمه من المتعة} لو كان الطلاق قبل الدخول {أو مهر المثل} لو كان بعد الدخول {أو غيرها} من عدم شيء إذا كان الفراق بموت، أو فسخ، أو لعان.

[ولو اختلفا في القدر قدم قول الزوج] كما هو المشهور بين الأصحاب، بل هو كالمجمع عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فادعت أن صداقها مئة دينار، وذكر الزوج أن صداقها

خمسون ديناراً وليس لها بينة على ذلك، قال: القول قول الزوج مع يمينه^(١) و { لأصالة البراءة من الزائد على ما يعترف به }.

{ واحتمل العلامة في القواعد تقديم قول من يدعي مهر المثل، عملاً بالظاهر من عدم العقد على ما دونه، وأنه الأصل في عوض الوطاء المجرد عنه كالشبهة، وفيه: أن الأصل مقدم على الظاهر عند العقد، أو في مواضع خاصة، ولو كان النزاع قبل الدخول فلا اشتباه في تقديم قوله { لعدم ما يوجب مهر المثل، لعدم الدخول، ولأصل البراءة المعتضد بالصحيح المتقدم. }

{ ولو قيل: بقبول قولها في مهر المثل فما دون مع الدخول، لتطابق الأصل والظاهر؛ إذ الأصل عدم التسمية، وهو موجب له حيثئذ { مع الدخول } والظاهر تسميته { مما يوازي مهر المثل غالباً { وعدم قبوله قبله } أي قبل الدخول { لأصالة البراءة } من الزائد { و } لأصالة { عدم التسمية كان حسناً، نعم لو كان اختلافهما في القدر بعد اتفاقهما على التسمية قدم قول الزوج مطلقاً قبل الدخول وبعده، لأصالة البراءة من الزائد { ومثله ما لو اختلفا في أصل المهر } فالمشهور، كما في كشف اللثام، عدم سماع دعواها المقتضي لتقديم قوله { إذا ادعت الزوجة مهراً ولم يمكن الجواب من قبل الزوج، أو وارثه لصغر، أو غيبة، ونحوهما } كحبس لا يمكن معه الوصول إليه، ويشكل: بما تقدم من عدم خلو النكاح من المهر، فتدبر ولاحظ. }

[وكذا] { لو اختلفا } [في الصفة] { كالجيد والرديء، والصحيح والمكسر، فإن القول قول الزوج مع اليمين } كما هو المشهور بين الأصحاب، بل ربما حكى الإجماع عليه بعضهم، كما في الجواهر، لأصالة البراءة من الوصف الذي هو بمنزلة

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٨) المهور، ح ١.

الاشتراط؛ إذ الأصل عدمه {سواء كان النزاع قبل الدخول أم بعده، وسواء وافق أحدهما مهر المثل أم لا؛ لأنه الغارم، فيقبل قوله فيه، كما يقبل في القدر} لما سبق.

[وفي التسليم يقدم قولها] بلا خلاف معتد به، بل ولا إشكال، كما في الجواهر {لأصالة عدمه، واستصحاب اشتغال ذمته، هذا هو المشهور، وفي قول الشيخ: إنه بعد تسليم نفسها يقدم قوله استناداً إلى رواية} الحسن بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر وقال: قد أعطيتك، فعليها البينة، وعليه اليمين)^(١) وهي محمولة على ما لو جرت العادة بتقديم المهر قبل الدخول، بحيث يكون الظاهر حينئذ أقوى من الأصل، فقوله بالتسليم: موافق للظاهر المقدم على الأصل الموافق لقولها، وهو كما ترى! لأنه خروج عن محل النزاع؛ إذ هو في التسليم وعدمه مع عدم وجود هذا الظاهر {و} لذا ف {هو شاذ}.

[وفي الواقعة لو أنكرها] {ليندفع عنه نصف المهر بالطلاق} [يقدم قوله] كما هو المشهور {لأصالة عدمها، وقيل} والقائل الشيخ في النهاية والتهذيب: يقدم [قولها مع الخلوة التامة] {التي لا مانع معها من الوطء شرعاً، ولا عقلاً، ولا عرفاً} [وهو قريب] {عملاً بالظاهر من حال الصحيح إذا خلا بالخليلة} فيكون قولها موافقاً للظاهر، وهو المحكي عن ابن أبي عمير وجمع من القدماء {وللأخبار} المستفيضة، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن الرجل يطلق المرأة وقد مس كل شيء منها إلا أنه لم يجامعها، أها عدة؟ فقال: ابتلي أبو جعفر عليه السلام بذلك، فقال له أبوه علي بن الحسين عليه السلام: إذا أغلق باباً، وأرخى ستراً، وجب المهر والعدة)^(٢) ونحوه غيره {الدالة على وجوب المهر بالخلوة التامة بحملها على كونه دخل بشهادة

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٨) المهور، ح ٧.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٥) المهور، ح ٢.

الظاهر، والأشهر الأول} بل لعله إجماع بين المتأخرين، كما في الجواهر {ترجيحاً للأصل} وهو عدم الدخول، وطرحاً للأخبار المتقدمة لموافقتها أبا حنيفة وكثيراً من العامة؛ ولأن الظاهر إذا لم يكن عليه دليل شرعي فلا يعارض الأصل {وحكم اختلاف ورثتهما، أو أحدهما مع الآخر حكمه} لعين ما ذكر في الأصل.

[الفصل السابع]: [في العيوب والتدليس]:

[وهي] {أي العيوب المجوزة لفسخ النكاح على الوجه الذي يأتي} [في الرجل]
{بل الزوج مطلقاً} وإن كان صغيراً [خمس]:

الأول: [الجنون] وهو مرض في العقل يقتضي فسادَه وتعطيله عن أفعاله وأحكامه ولو في بعض الأوقات، وهو سبب لتسلط الزوجة الجاهلة به على الفسخ مطبقاً كان أم أدواراً، إن كان سابقاً على العقد أو مقارناً له، بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل الإجماع إن لم يكن محصلاً فهو محكي عليه، كذا في الجواهر، ولإطلاق صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (إنه قال: في الرجل يتزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له، قال: لا ترد، وقال: إنما يرد النكاح من البرص، والجذام، والجنون، والعفل، الحديث)^(١) ونحوه غيره.

[و] الثاني: [الخصاء] {بكسر الخاء مع المد، وهو سل الأنثيين وإن أمكن الوطء} فالمشهور بين الأصحاب أنه عيب تتسلط به المرأة الجاهلة على الفسخ، كذا في الجواهر، وللضرر المنفي، ولصحيح ابن مسكان قال: (بعثت بمسألة مع ابن أعين قلت: سله عن خصي دلس نفسه لامرأة، ودخل بها فوجدته خصياً؟ قال: يفرق بينهما ويوجع ظهره، ويكون لها المهر لدخوله عليها)^(٢) ونحوه غيره، خلافاً للشيخ في المبسوط والخلاف؛ لأنه قد يولج، بل ربما كان أبلغ من الفحل، لعدم فتوره، إلا

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١) العيوب والتدليس ح ٦.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (١٣) العيوب والتدليس ح ٣.

أنه لا ينزل، وعدمه ليس بعيب. وهو كما ترى! اجتهد في مقابل النص، فلا يسمع.

[و] الثالث: [الجب] {وهو قطع مجموع الذكر، أو ما لا يبقى معه قدر الحشفة} لم أجد فيه خلافاً، كما في الجواهر، بل عن المبسوط والخلاف نفيه عنه، لتحقق العجز عن الوطء الذي بسببه يندرج تحت إطلاق صحيح أبي الصباح الكناني قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلي زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً، أتفارقه؟ قال: نعم، إن شاءت) ^(١) ومثله غيره.

[و] الرابع: [العنن] {وهو مرض يعجز معه عن الإيلاج، لضعف الذكر عن الانتشار} بل لا يبعد اندراج ما كان عن سحر فيه، كما في كشف اللثام وغيره، فلا إشكال في أنه سبب لفسخ العقد، إجماعاً بقسميه، كما في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (العنن يتربص به سنة، ثم إن شاءت امرأته تزوجت، وإن شاءت أقامت) ^(٢) ولموثق عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه سئل عن رجل أخذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها؟ فقال: إذا لم يقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلا برضاها، الحديث) ^(٣) ونحوهما غيرهما هو مستفيض.

[و] الخامس: [الجدام] {بضم الجيم، وهو مرض يظهر معه يبس الأعضاء وتناثر اللحم} [على قول] {القاضي وابن الجنيد، واستحسنه في المختلف وقواه المحقق

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٤) العيوب والتدليس ح ٦.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (١٤) العيوب والتدليس ح ٥.

* التأخير: سحر أو رقيه لا يستطيع الرجل معها من إتيان امرأته، كذا في الصحاح.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (١٤) العيوب والتدليس ح ٣.

الشيخ علي، لعموم قول الصادق عليه السلام في صحيحة الحلبي: (إنما يرد النكاح من البرص، والجذام، والجنون، والعفل)^(١) فإنه عام في الرجل والمرأة، إلا ما أخرجه الدليل، ولأدائه إلى الضرر المنفي، فإنه من الأمراض المعدية باتفاق الأطباء، وقد روي أنه عليه السلام قال: (فر من المجذوم فرارك من الأسد)^(٢) فلا بد من طريق إلى التخلص، ولا طريق للمرأة إلا الخيار، والنص والفتوى الدالان على كونه عيباً في المرأة - مع وجود وسيلة للرجل إلى الفرقة بالطلاق - قد يقتضيه من المرأة بطريق أولى { لعدم الوسيلة إلى التخلص منها.

{وذهب الأكثر إلى عدم ثبوت الخيار لها، تمسكاً بالأصل} وهو اللزوم في العقد {ولرواية غياث الضبي عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل لا يرد من عيب)^(٣) فإنه يتناول النزاع، ولا يخفى قوة القول الأول، ورجحان روايته، لصحتها، شهرتها مع ما ضم إليها} من نفي الضرر {وهي ناقله عن حكم الأصل}.

{واعلم أن القائل بكونه عيباً في الرجل ألحق به البرص، لوجوده معه في النص الصحيح} المتقدم عن الحلبي وغيره {ومشاركته له في الضرر، والإضرار، والعدوى فكان ينبغي ذكره معه} لأن المصنف من القائلين بكون الجذام من العيوب - كما تقدم - استناداً إلى الصحيح المذكور، اللهم إلا أن يقال: إن عطف الإمام عليه السلام البرص على الجذام عطفاً تفسيرياً، فيكون معناهما واحداً. لكنه كما ترى! خلاف الظاهر جداً.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١) العيوب والتدليس ح ٦.

(٢) الوسائل، ج ١٥، باب (٤٩) جهاد النفس، ح ١٧.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (١٤) العيوب والتدليس ح ٢.

{ولا فرق بين الجنون المطبق} {المستوعب لجميع أوقاته} {وغيره} {وهو الذي ينوب أدواراً} {ولا بين} {الحاصل} {قبل العقد وبعده} {سواء} {وطأ أولاً} بلا خلاف أجده فيه مع عدم عقل أوقات الصلاة، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كما هو ظاهر غير واحد، بل مطلقاً وفاقاً لجماعة، كذا في الجواهر، لنفي الضرر، و {لإطلاق النص} الصحيح المتقدم وغيره {بكونه عيباً صادقاً على جميع ما ذكر؛ لأن الجنون فنون، والجامع لها فساد العقل على أي وجه كان، وفي بعض الأخبار} وهو موثق علي بن أبي حمزة - برواية الكافي - {تصريح بجواز الحادث منه بعد العقد} قال: (سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن امرأة يكون لها زوج قد أصيب في عقله بعد ما تزوجها، أو عرض له جنون؟ قال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت) ^(١) مع اعتضاها بما تقدم.

{وقيل} والقائل ابن بابويه والشيخان وبنو زهرة والبراج وإدريس {يشترط فيه كونه بحيث لا يعقل أوقات الصلاة، وليس عليه دليل واضح} يعتد به سوى أصل اللزوم في العقد، المنقطع بالدليل، ومرسل الصدوق حيث قال: (روي أنه إن بلغ به الجنون مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرق بينهما، فإن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه فقد بليت) ^(٢) ومثله ما عن الفقه المنسوب للرضا، بل يظهر أنه نفسه، لاتحاد العبارة، وهو كما ترى! ضعيف السند جداً، ولا يصلح لتقييد إطلاق النص الذي هو حجة على التحقيق.

{وفي معنى الخصاء الوجاء} {بكسر أوله والمد، وهو: رض الخصيتين بحيث تبطل قوتها، بل قيل} والقائل بعض أهل اللغة {إنه من أفراد الخصاء، فيتناولوه نصه،

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٢) العيوب والتدليس، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (١٢) العيوب والتدليس، ح ٣.

أو يشاركه في العلة} وهي عدم إمكانه الوطء {المقتضية للحكم} [وشرط الجب أن لا يبقى قدر الحشفة] {فلو بقي قدرها فلا خيار لها} قولاً واحداً، كذا في الجواهر {لإمكان الوطء حينئذٍ} فلا تجري فيه أدلة الخيار.

[وشرط العنة] {بالضم} [أن يعجز عن الوطء في القبل والدبر منها، ومن غيرها] {فلو وطأها في ذلك النكاح ولو مرة، أو وطأ غيرها فليس بعين} على الأظهر الأشهر، بل عن المبسوط والخلاف نفى الخلاف فيه، كذا في الجواهر، لموثق عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام (إنه سئل عن رجل أخذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها؟ فقال: إذا لم يقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلا برضاها، وإن كان يقدر على غيرها، فلا بأس بإمساكها)^(١) ونحوه غيره.

{وكذا لو عجز عن الوطء قبلاً وقدر عليه دبراً عند من يجوز، لتحقق القدرة} على الوطء {النافية للعنة} ولقوله عليه السلام: (هو أحد المأتين)^(٢) {ومع تحقق العجز عن ذلك أجمع فإنما تفسخ} [بعد رفع أمرها إلى الحاكم، وانتظاره سنة] {من حين المرافعة فإذا مضت أجمع، وهو عاجز عن الوطء في الفصول الأربعة جاز لها الفسخ حينئذٍ} بلا خلاف يذكر، لخبر أبي البختري عن جعفر عن أبيه عليه السلام: (إن علياً عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنة من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص إليها، وإلا فرق بينهما، فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار، ولا خيار لها)^(٣) ونحوه غيره {ولو لم ترفع أمرها إليه وإن كان حياً، فلا خيار لها} ولعل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، ولمرسل الفقيه قال: (روي أنه متى أقامت المرأة مع

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٤) العيوب والتدليس، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٧٣) مقدمات النكاح، ح ٧.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (١٤) العيوب والتدليس، ح ٩.

زوجها بعد ما علمت أنه عنين ورضيت به لم يكن لها خيار بعد الرضا^(١) فإن السكوت - ولو حياء - بحكم الرضا في مثل هذه الموارد، بحسب ما هو المرتكز عرفاً، بل وشرعاً {وإنما احتيج إلى مضي السنة هنا، دون غيره من العيوب، لجواز كون تعذر الجماع لعارض حرارة فيزول في الشتاء، أو برودة فيزول في الصيف، أو رطوبة فيزول في الخريف، أو يبوسة فيزول في الربيع} وهو كما ترى! تعليل بعد ورود النص به فلا حاجة إليه، نعم ورد في بعض النصوص: أن إنظاره سنة لعلاج، فكان تعليله به أولى.

[وشرط الجذام تحققه] لأنه مما يخفى أمره قبل استحكامه، ولما كان الخيار على خلاف الأصل متوقفاً على أسباب خاصة اشترط ثبوته {بظهوره على البدن، أو بشهادة عدلين} من أهل الخبرة {أو تصادقهما عليه، لا مجرد ظهور أماراته من تعجر الوجه، واحمراره، أو اسوداده، واستدارة العين، وكمودتها إلى حمرة، وضيق النفس، وبيعة الصوت، وتنن العرق، وتساقط الشعر فإن ذلك قد يعرض من غيره، نعم مجموع هذه العلامات قد يفيد أهل الخبرة به حصوله، والعمدة على تحققه كيف كان}.

[ولو تجددت] {هذه العيوب غير الجنون} [بعد العقد فلا فسخ] كما هو المشهور {تمسكاً بأصالة لزوم العقد، واستصحاباً لحكمه} وهو اللزوم وعدم جواز الفسخ {مع عدم دليل صالح على ثبوت الفسخ، وقيل: يفسخ بها مطلقاً} قبل العقد وبعده، وقبل الدخول وبعده {نظراً إلى إطلاق الأخبار بكونها عيوباً الشامل لموضع النزاع} لفهم عدم الخصوصية {وما ورد منها} في العنن حيث منعت الفسخ به بعد الوطء {مما يدل على الفسخ بعد العقد غير مقاوم لها سنداً، ودلالة} فإن ذكر الجب مع العنن

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٤) العيوب والتدليس، ح ١٠.

في النص، لا يقتضي المشاركة له في جميع الأحكام {ولمشاركة ما بعد العقد لما قبله في الضرر المنفي} لكنه كما ترى! لأن التفكيك في الحكم الوارد على عدة عناوين في نص واحد خلاف الظاهر جداً، هذا أولاً، وثانياً؛ لأنه من العلة المستنبطة، ولا نقول به، وإلا لو كان الضرر هو الدليل لاستدل به، مضافاً إلى أنه ليس كل ما فيه ضرر فهو منفي؛ لأن الضرر متحقق في كثير مما ذكر مما لا يجوز الفسخ به.

{وفصل آخرون فحكموا بالفسخ قبل الدخول، لا بعده، استناداً إلى خبرين لم أجد لهما أثراً في كتب الحديث التي بأيدينا على كثرتها {لا ينهضان حجة} على المقصود {وتوقف في المختلف، وله وجه} وجيه، لعدم الدليل الصالح عليه، وليعلم أن التفصيل ليس للمجموع، بل اختلف كلامهم في كل عيب على حده، ومن أراد الاطلاع فليراجع المطولات.

[وقيل] {والقائل الشيخ} في المبسوط [لو بان] {الزوج} [خشي فلها الفسخ] {وكذا العكس} [ويضعف: بأنه إن كان مشكلاً فالنكاح باطل] لاحتمال كونه أثنى ولا يجوز نكاح الأثنى مثلها إجماعاً، ولعدم العلم بحصول شرطه، فالأصل بقاء البضع على حاله من الحرمة إلى أن يثبت المجيز و {لا يحتاج رفعه إلى الفسخ} لبطلانه قطعاً [وإن كان محكوماً بذكوريته] {ياحدى العلامات الموجبة لها} [فلا وجه للفسخ؛ لأنه كزيادة عضو في الرجل] الذي لا يجوز الفسخ معه قطعاً {وكذا لو كان هو الزوجة وحكم بأنوثيتها؛ لأنه حينئذٍ كالزيادة في المرأة، وهي غير مجوزة للفسخ على التقديرين} في المرأة والرجل إجماعاً.

{وربما قيل} والقائل الشيخ في موضع من المبسوط {إن موضع الخلاف ما لو كان محكوماً عليه بأحد القسمين} الذكورة أو الأنوثة {ووجه الخيار حينئذٍ أن العلامة الدالة عليه ظنية لا تدفع الثمرة والعار عن الآخر، وهما ضرران منفيان، وفيه: أن مجرد

ذلك غير كاف في رفع ما حكم بصحته { في العقد { واستصحابه من غير نص { صالح لقطع حكم الأصل { وربما منع من الأمرين معاً؛ لأن الزائد هنا بمنزلة السلعة والثقة، وهما لا يوجبان الخيار { إجماعاً { والظاهر أن الشيخ فرضه على تقدير الاشتباه، لا الوضوح؛ لأنه حكم في الميراث بأن الخنثى المشكل لو كان زوجاً، أو زوجة أعطي نصف النصين، لكنه ضعيف جداً { لما عرفت من بطلان النكاح من أصله { فالمبني عليه أولى بالضعف {.

[وعيوب المرأة تسعة]

الأول: [الجنون] الذي لا خلاف نصاً وفتوى في كونه عيباً فيها، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام: قال: (المرأة ترد من أربعة أشياء: من البرص والجذام والجنون والقرن، وهو العفل، ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا) ^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض.

[و] الثاني: [الجذام] بلا خلاف في ذلك، كما تقدم في الرجل.

[و] الثالث: [البرص] وهو أيضاً محل وفاق، ولاندراجه تحت العمومات السابقة.

[و] الرابع: [العمى] بلا خلاف صريح أجده فيه، بل عن المرتضى وابن زهرة الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: ترد على وليها الحديث) ^(٢) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١) العيوب والتدليس، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (١) العيوب والتدليس، ح ٩.

[و] الخامس: [الإقعاد] الحاصل من مطلق العرج، كما عن الأكثر، لإطلاق صحيح داود المتقدم وغيره.

[و] السادس: [القرن] {بسكون الراء وفتحها} اتفاقاً، كما عن غير واحد، ولصحيح أبي الصباح قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً، قال: هذه لا تحبل وينقبض زوجها عن مجامعتها ترد على أهلها صاغرة ولا مهر لها، الحديث)^(١) ونحوه غيره، وعرفه بكونه [عظماً] {كما هو أحد تفسيريه} في الصحاح والنهاية والجمهرة {كالسن يكون في الفرج يمنع الوطء، فلو كان لحماً فهو العفل} ففي محكي المبسوط: قال أهل الخبرة: العظم لا يكون في الفرج، لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم في فرجها، وهو الذي يسمى بالعفل {وقد يطلق عليه القرن أيضاً} كما في صحيح عبد الرحمن المتقدم وغيره {وسيائي حكمه}.

[و] السابع: [الإفضاء] {وقد تقدم تفسيره} في الفصل الأول من كتاب النكاح، ولا خلاف في كونه عيباً، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها، قال: فقال: إذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان بها زمانة ظاهرة، فإنها ترد على أهلها من غير طلاق... الحديث)^(٢).

[و] الثامن: [العفل] {بالتحريك وهو: شيء يخرج في قبل النساء شبيه الأذرة للرجل} كما في الصحاح، وقد تقدم في بعض النصوص ما يدل على أنه هو القرن، وهو أجود، وقد سبق حكمه.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١) العيوب والتدليس، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٢) العيوب والتدليس، ح ١.

[و] التاسع: [الرتق] {بالتحريك وهو: أن يكون الفرج ملتحمًا ليس فيه مدخل للذكر} {على خلاف فيهما} {أي في العقل والرتق ومنشأ الخلاف من عدم النص} وهو كما ترى في العقل! فإنه قد صرح به في أكثر من نص صحيح، وأنه موجب للفسخ {ومساواتهما للقرن المنصوص في المعنى المقتضي لثبوت الخيار وهو المنع من الوطء، وفيه قوة} لكنه كما ترى! فإنه أشبه بالقياس، اللهم إلا أن يقال: باستفادة العموم لكل ما يمنع من الدخول في قوله عليه السلام: فيما تضمنه صحيح أبي عبيدة المتقدم (فوجد بها عيباً) وما ذكر بعده من باب المثال، فتدبر ولا حظ.

{وفي بعض كلام أهل اللغة: أن العقل هو القرن} بل ورد ذلك في نصوص صحيحة تقدم بعضها {فيكون منصوباً، وفي كلام آخرين: أن الألفاظ الثلاثة} القرن، والعقل، والرتق {مترادفة في كونها لحماً ينبت في الفرج يمنع الوطء} ولو قلنا: إن كلامهم حجة، فيظهر قوة ما ذهب إليه المحقق في الشرائع من عد عيوب المرأة سبعة فقط، لتداخل الثلاثة الأخيرة في واحد.

[ولا خيار] {للزواج} {لو تجددت} {هذه العيوب} [بعد العقد] {وإن كان قبل الوطء في المشهور} شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، بل لعلها كذلك في الأعصار المتأخرة عن المخالف على وجه كان قوله من الشواذ المقطوع ببطلانها، كما في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: قال: (في كتاب علي عليه السلام: من زوج امرأة فيها عيب دلّسه ولم يبين ذلك لزوجها فإنه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها... الحديث)^(١) الظاهر في السابق على الدخول ولو بعد العقد، فيبقى اللاحق سواء كان قبل الدخول أم بعده على مقتضى الأصل - وهو عدم جواز

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢) العيوب والتدليس، ح ٧.

الفسخ - السالم عن المعارض، ونحوه غيره، و{تمسكاً بأصالة اللزوم} في العقد {واستصحاباً لحكم العقد، واستضعافاً للدليل الخيار} المطلق الشامل لما بعد العقد.

{وقيل} والقائل الشيخ في الخلاف والمبسوط وظاهر أبي علي {يفسخ بالمتجدد مطلقاً} قبل الدخول وبعده {عملاً بإطلاق بعض النصوص} كصحيح زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (ترد البرصاء، والمجنونة، والمجنونة... الحديث)^(١) ونحوه غيره {وقيد ثالث} وهو الشيخ في موضع من المبسوط والخلاف {بكونه قبل الدخول، والأشهر الأول} وهو الأقوى جمعاً بين مطلق النصوص ومقيدها، مع اعتضاده بأصل اللزوم في العقد، واستصحاب حكمه [أو كان يمكن وطء الرتقاء أو القرناء] {أو العفلاء} وقد نسبه في المسالك إلى الأكثر {لانتفاء الضرر مع إمكانه} ولصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام: (المرأة ترد من أربعة أشياء، من البرص والجدام والجنون والقرن، وهو العفل ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا)^(٢) ونحوه غيره، خلافاً لجمع وقد مال إليه المحقق في الشرائع بقوله: ولو قيل: بالفسخ به مطلقاً، تمسكاً بظاهر النقل - كصحيح أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام: (في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها، قال: فقال: إذا دلست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان بها زمانة ظاهرة فإنها ترد على أهلها من غير طلاق)^(٣) ونحوه غيره - أمكن، لكنه كما ترى! فإنه مطلق ولا بد من تقييده بما سبق [أو] {كان الوطء غير ممكن، لكن كان يمكن} [علاجه] {بفتح الموضع، أو قطع المانع} [إلا أن تمتنع المرأة] {من علاجه، ولا يجب

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١) العيوب والتدليس ح ١١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (١) العيوب والتدليس، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٢) العيوب والتدليس، ح ١.

عليها الإجابة، لما فيها من تحمل الضرر والمشقة { وانتفاء الضرر عن الزوج بالخيار } كما أنها لو أرادته لم يكن له المنع؛ لأنه تداو ولا تعلق له به.

[وخيار العيب على الفور] {عندنا، اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع الضرورة، فلو آخر من إليه الفسخ مختاراً مع علمه بها بطل خياره، سواء الرجل والمرأة، ولو جهل الخيار، أو الفورية فالأقوى أنه عذر} لإطلاق ما دل على الخيار المقتصر في تقييده على معقد الإجماع {فيختار بعد العلم على الفور، وكذا لو نسيهما، ولو منع منه بالقبض على فيه، أو التهديد على وجه يُعد إكراهاً فالخيار بحاله إلى أن يزول المانع، ثم تعتبر الفورية حينئذٍ} بلا خلاف يذكر فيه [ولا يشترط فيه الحاكم] كما هو المشهور شهرة عظيمة {لأنه حق ثبت} بحكم الشرع {فلا يتوقف عليه كسائر الحقوق، خلافاً لابن الجنييد رحمته الله} وقد تبعه الشيخ، وضعفه ظاهر.

[وليس] {الفسخ} [بطلاق] بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر، لعدم اعتبار لفظ الطلاق فيه، ولما تضمنه صحيح أبي عبيدة المتقدم {فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق، ولا يعد في الثلاث، ولا يطرد معه تنصيف المهر، وإن ثبت في بعض موارد} وهو الفسخ للعنن، لكنه لدليل خاص به.

{ويشترط الحاكم في ضرب أجل العنة} بلا خلاف ولا إشكال، لخبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: (أنه كان يقضي في العنين أنه يؤجل سنة من يوم ترافعه المرأة)^(١) ونحوه غيره {لا في فسخها بعده، بل تستقل به حينئذٍ} كما أفتى به الأصحاب من غير إشكال فيه ولا تردد؛ لأنه مقتضى الأدلة المثبتة للخيار لذي الخيار السالمة عن معارضة ما يدل على اعتبار حضور الحاكم.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٤) العيوب والتدليس، ح ١٢.

[ويقدم قول منكر العيب مع عدم البينة] كما هو المتسالم عليه بينهم {لأصالة عدمه فيكون مدعيه هو المدعي فعليه البينة وعلى منكره اليمين، ولا يخفى أن ذلك فيما لا يمكن الوقوف عليه كالجلب، والخصاء، وإلا توصل الحاكم إلى معرفته} بنفسه بإحدى الطرق المثبتة له {ومع قيام البينة به إن كان ظاهراً كالعيينين المذكورين كفى في الشاهدين العدالة، وإن كان خفياً يتوقف العلم به على الخبرة، كالجذام والبرص، اشترط فيهما مع ذلك الخبرة بحيث يقطعان بوجوده، وإن كان لا يعلمه غالباً غير صاحبه، ولا يطلع عليه إلا من قبله كالعنة، فطريق ثبوته إقراره، أو البينة على إقراره، أو اليمين المدودة من المنكر، أو من الحاكم مع نكول المنكر عن اليمين، بناء على عدم القضاء بمجردة} كما هو المشهور.

{وأما اختبارها بجلوسه في الماء البارد، فإن استرخى ذكره فهو عنين، وإن تشنج فليس به، كما ذهب إليه بعض} وهم ابنا بابويه وحمة، استناداً إلى مرسل الفقيه قال: (قال الصادق عليه السلام: إذا ادعت المرأة على زوجها أنه عنين وأنكر الرجل أن يكون كذلك فالحكم فيه أن يقعد الرجل في ماء بارد، فإن استرخى ذكره فهو عنين، وإن تشنج فليس بعنين)^(١) {فليس بمعتبر في الأرجح} كما عليه عامة المتأخرين، لعدم الوثوق بالانضباط، ولضعف النص.

{وفي العيوب الباطنة للنساء بإقرارها} لأنه مما لا يمكن الاطلاع عليه إلا من قبلهن، فيقبل قولهن فيه {وشهادة أربع منهن} لقبولها فيما لا يمكن للرجال الاطلاع عليه اتفاقاً، ولصحيح داوود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: (وإن كان بها - يعني المرأة - زمانة لا تراها الرجال أجزت شهادة النساء عليها)^(٢) {فلا

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٥) العيوب والتدليس، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٤) العيوب والتدليس، ح ١.

{تسمع} شهادتهن {في عيوب الرجال وإن أمكن اطلاعهن كأربع زوجات طلقهن بعته} لأن قبول شهادتهن منفردات منحصر فيها لا يمكن للرجال الاطلاع عليه، وهذا ليس منه [وحيث يثبت] {العيب، ويحصل الفسخ} [لا مهر] {للزوجة} [إن كان الفسخ قبل الدخول] {في جميع العيوب} بلا خلاف، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولذيل صحيح أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (وإن لم يكن دخل بها فلا عدة عليها، ولا مهر لها)^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض [إلا في العنة] {على أصح القولين} وهو المشهور بين الأصحاب، ولصحيح أبي حمزة قال: (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: - إلى أن قال -: فإن تزوجت وهي بكر فزعمت أنه لم يصل إليها فإن مثل هذا تعرف النساء فلينظر إليها من يوثق به منهن فإذا ذكرن أنها عذراء فعلى الإمام أن يؤجله سنة، فإن وصل إليها، وإلا فرق بينهما، وأعطيت نصف الصداق، ولا عدة عليها)^(٢) {وإنما خرجت العنة بالنص} {الصحيح} {الموافق للحكمة من إشرافه عليها، وعلى محارمها، فناسب أن لا يخلو من عوض، ولم يجب الجميع، لانتفاء الدخول}.

{وقيل} والقائل ابن الجنيد {يجب جميع المهر وإن لم يولج} بناءً منه على إلحاق الخلوة بالدخول، استناداً إلى خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: (سألته عن عنين دلس نفسه لامرأة ما حاله؟ قال: عليه المهر، ويفرق بينهما إذا علم أنه لا يأتي النساء)^(٣) وهو - مع أنه خالٍ عن الخلوة - ضعيف السند، ومهجور عند الأصحاب.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢) العيوب والتدليس، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (١٥) العيوب والتدليس، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (١٤) العيوب والتدليس، ح ١٢.

[وإن كان] {الفسخ} [بعد الدخول، فالمسمى] بما استحل من فرجها نصاً وفتوى، كذا في الجواهر {لاستقراره به} كما هو ظاهر صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إلى أن قال: قيل له: فإن كان واقعها في الفرج ولم ينزل؟ فقال: إذا أدخله وجب الغسل والمهر والعدة)^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض [ويرجع] {الزوج به} [على المدلس] {إن كان} ولياً أو لا، متعدداً كان أم متحداً، كما أفتى به الأصحاب من غير خلاف بينهم، كما في الجواهر، لقاعدة الغرور، ولخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (في كتاب علي عليه السلام: من زوج امرأة فيها عيب دلسه ولم يبين ذلك لزوجها فإنه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها، ويكون الذي ساق الرجل إليها على الذي زوجها ولم يبين)^(٢) ونحوه غيره.

{وإلا} يكن هناك مدلساً {فلا رجوع} كما هو المشهور، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل ولته امرأة أمرها أو ذات قرابة أو جار لها لا يعلم دخيلة أمرها فوجدها قد دلست عيباً هو بها، قال: يؤخذ المهر منها، ولا يكون على الذي زوجها شيء)^(٣) ونحوه غيره.

{ولو كانت هي المدلسة رجع عليها إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهراً، وهو أقل ما يتمول على المشهور، وفي الفرق بين تدليسها وتدليس غيرها في ذلك نظر} من تصريح النصوص بأخذ المهر منها كما سمعت، ومن أن الوطاء المحترم لا يخلو من المهر، ويشكل: بأنه اجتهد في مقابلة النص الصحيح فلا يسمع {ولو تولى ذلك جماعة

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٤) المهور، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٢) العيوب والتدليس، ح ٧.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٢) العيوب والتدليس، ح ٤.

وزع عليهم بالسوية ذكوراً كانوا أم إناثاً، أم بالتفريق { لقاعدة رجوع المغرور على من غره، وهي بإطلاقها تشمل الواحد والمتعدد مطلقاً، وبالتساوي، لعدم المرجح.

{والمراد بالتدليس: السكوت عن العيب الخارج عن الخلقة مع العلم به، أو دعوى صفة كمال مع عدمها} كما هو صريح جماعة من الأصحاب، كما في الجواهر، كما وهو الظاهر من النصوص، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (إنه قال: في الرجل يتزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له... الحديث)^(١) ونحوه غيره.

[ولو تزوج امرأة على أنها حرة] {أي شرط ذلك في متن العقد} [فظهرت أمة] {أو مبغضة} [فله الفسخ] {وإن دخل بها} لإطلاق الأدلة، والإجماع المحكي عن السرائر، ولصحيح إسماعيل بن جابر قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته فسأل عنها ف قيل: هي ابنة فلان، فأثنى أباه فقال: زوجني ابنتك، فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غير ابنته، وأنها أمة؟ قال: ترد الوليدة على مواليتها، والولد للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل وخدعه)^(٢) ونحوه غيره، و {لأن ذلك فائدة الشرط، هذا كله إذا كان الزوج ممن يجوز له نكاح الأمة، ووقع بإذن مولاها، أو مباشرته، وإلا بطل في الأول} من أصله، لعدم جوازه كما تقدم {ووقع موقوفاً على إجازته في الثاني على أصح القولين} من جواز نكاح الفضولي كما مر، خلافاً للشيخ في المحكي عن مبسوطه وخلافه ببطلان العقد، لقاعدة لزوم الوفاء بالشرط المتعذر هنا، بل هو مشخص للمعقود عليها، فمع انتفائه يكون الواقع غير مقصود والمقصود غير واقع، لكنه كما

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١) العيوب والتدليس، ح ٦.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٧) العيوب والتدليس، ح ١.

ترى! لأن لزوم الوفاء به لا يقتضي بطلان العقد بتعذره خصوصاً مع كونه حقاً للمشروط له، فله إسقاطه ورفع اليد عنه.

{ولو لم يشترط الحرية في نفس العقد، بل تزوجها على أنها حرة، أو أخبرته بها قبله، أو أخبره مخبر، ففي إلحاقها بما لو شرط نظر: من ظهور التدليس} المقتضي للخيار {وعدم الاعتبار بما تقدم من الشروط على العقد} مضافاً إلى أصل اللزوم في العقد {وعبارة المصنف والأكثر محتملة للأمرين} ومختار الشيخ في المبسوط والشارح في المسالك وقواه سيد الرياض عدم الإلحاق، وهو الأظهر، خلافاً للأكثر، كما في الرياض.

[وكذا] {تفسخ} {هي لو تزوجته على أنه حر فظهر عبداً} {بتقريب ما سبق} [ولا مهر] {في الصورتين} [بالفسخ قبل الدخول] كما هو المشهور شهرة عظيمة {لأن الفاسخ إن كان هي فقد جاء من قبلها، وهو ضابط عدم وجوبه لها قبل الدخول، وإن كان هو فبسببها} {ويجب} {جميع المهر} {بعده} {لاستقراره به} بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، كذا في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرة تزوجت مملوكاً على أنه حر فعلمت بعد أنه مملوك؟ فقال: هي أملك بنفسها إن شاءت قرت معه، وإن شاءت فلا، فإن كان دخل بها، فلها الصداق، وإن لم يكن دخل بها فليس لها شيء، فإن هو دخل بها بعدما علمت أنه مملوك وأقرت بذلك فهو أملك بها)^(١) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١١) العيوب والتدليس، ح ١.

[ولو شرط كونها بنت مهيّرة] {يفتح الميم وكسرهما فعيّلة بمعنى مفعولة أي: بنت حرة تنكح بمهر وإن كانت معتقة في أظهر الوجهين} لأن المراد منه لغة الحرة، وهي شاملة لهما {خلاف الأمة فإنها قد توطأ بالملك} [فظهرت بنت أمة فله الفسخ] فعن بعضهم دعوى الإجماع عليه صريحاً، كذا في الجواهر {قضية للشرط} الذي لا خلاف في ثبوت الخيار معه، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) ولصحيح محمد بن مسلم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخطب إلى الرجل ابنته من مهيّرة، فأتاه بغيرها؟ قال: تزف إليه التي سميت له بمهر آخر من عند أبيها، والمهر الأول للتي دخل بها)^(١) ونحوه غيره.

[فإن كان قبل الدخول فلا مهر] {لما تقدم} من عدم استقرار المهر إلا به، كما هو المجمع عليه [وإن كان بعده وجب المهر] المسمى {ويرجع به على المدلس} سواء كان الولي أم الأب أم غيرهما، كما هو المشهور، ولما تقدم من النصوص، و {لغروره، ولو لم يشترط ذلك، بل ذكره قبل العقد فلا حكم له} ومعه فلا خيار له {مع احتماله كما سلف} [فإن كانت هي] {المدلسة} [رجع عليها] {بالمسمى} {إلا بأقل مهر} {وهو ما يتمول؛ لأن الوطاء المحترم لا يخلو عن مهر} كما هو المشهور، ولصحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا تحل الهبة إلا لرسول الله صلى الله عليه وآله، وأما غيره فلا يصلح نكاح إلا بمهر)^(٢) ونحوه غيره، وهو مستفيض {وحيث ورد النص برجوعه على المدلس فيقتصر فيما خالف الأصل} وهو كون المهر على الزوج في مقابل البضع {على موضع اليقين، وهو ما ذكر.

وفي المسألة وجهان آخران، أو قولان:

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٨) العيوب والتدليس، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢) عقد النكاح، ح ٢.

أحدهما: أن المستثنى أقل مهر أمثالها {وهو مختار ابن الجنيد} لأنه قد استوفى منفعة البضع، فوجب عوض مثله.

الثاني: عدم استثناء شيء عملاً بظاهر النصوص، والمشهور الأول { لكن الأقوى الثاني تبعاً للنصوص الصحيحة التي تقدم بعضها، وأما القول الأول فهو اجتهد في مقابلة النص الصحيح فلا يسمع {وكذا يرجع بالمهر على المدلس لو ظهرت أمة} وكذا بقيمة ولد، ونفقة لفساد النكاح، بلا خلاف معتد به أجده فيه، كما في الجواهر، ولقاعدة الغرور، ولما سبق من النصوص {ويمكن شمول هذه العبارة} وهي رجوع الزوج على المدلس في مسألة بنت المهيرة {له بتكلف} وهو إرادة معنى عام - وإن كان خلاف الظاهر - بملاحظة أن بنت الأمة أمة أيضاً في الغالب {وتختص الأمة بأنها لو كانت هي المدلسة فإنما يرجع عليها على تقدير عتقها} ويسارها، كما هو المشهور شهرة عظيمة {ولو كان المدلس مولاهما اعتبر تلفظه بما يقتضي العتق} كقوله: هذه الحرة التي قد زوجتك إياها، أو يسأله الزوج بأن يقول: هل هي الحرة التي وعدتني بتزويجها؟ فيجيب بنعم ونحو ذلك مما يكون إنشاء للعتق أو إقراراً به {وإلا حكم بحريتها ظاهراً، وصح العقد} فلا خيار له حيثئذ، لعدم المقتضي له.

[ولو شرطها بكرة فظهرت ثيباً فله الفسخ] {بمقتضى الشرط} [إذا ثبت سبقه] {أي الثيوبه} [على العقد] ولعله لا خلاف فيه ولا إشكال، كذا في الجواهر {وإلا فقد يمكن تجرده بين العقد والدخول بنحو الخطوة} كما في خبر محمد بن القاسم بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام: (في الرجل يتزوج المرأة على أنها بكر فيجدها ثيباً،

أيجوز له أن يقيم عليها؟ قال: قد تفتق البكر من المركب، ومن النزوة^(١) {والحرقوص} وهو دويبة كالبرغوث يدخل في فروج الجواري وتأكل بكارتهن، كما عن بعض أهل اللغة {ثم إن فسخ قبل الدخول فلا مهر} لعدم استقراره {وبعده فيجب لها المسمى} لاستقراره بالدخول {ويرجع به على المدلس} لقاعدة الغرور {وهو العاقد - كذلك - العالم بحالها، وإلا فعليها مع استثناء أقل ما يكون مهراً كما سبق} من عدم خلو النكاح من المهر.

[وقيل] {والقائل ابن إدريس} وتبعه العلامة في القواعد والتحرير والإرشاد، وفي الرياض: يل هو عن الأكثر {لا فسخ ولكن} [ينقص من مهرها بنسبة ما بين مهر البكر والثيب] {فإذا كان المهر المسمى مئة، ومهر مثلها بكرة مئة، وثيباً خمسون نقص منه النصف، ولو كان مهرها بكرة مئتين، وثيباً مئة نقص من المسمى خمسون؛ لأنها نسبة ما بينهما، لا مجموع تفاوت ما بينهما؛ لثلا يسقط جميع المسمى كما قرر في الأرش، ووجه هذا القول: إن الرضا بالمهر المعين إنما حصل على تقدير اتصافها بالبكرة، ولم تحصل إلا خالية عن الوصف فيلزم التفاوت، كأرش ما بين كون المبيع صحيحاً ومعيباً} ويشكل: بأن ذلك إنما يتم حيث يكون فواته قبل العقد، أما مع إمكان تجدده، أو العلم بتجدده - بناء على كونه كذلك - فلا، لعدم مقتضي للسقوط حينئذٍ، أو عدم العلم به.

{واعلم أن الموجود في الرواية} عن محمد بن جزك {أن صداقها ينتقص} قال: (كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن رجل تزوج جارية بكرة فوجدها ثيباً، هل يجب لها الصداق وافياً أم ينتقص؟ قال: ينتقص)^(٢) {فحكم الشيخ بنقص شيء من غير

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٠) العيوب والتدليس، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (١٠) العيوب والتدليس ح ٢.

تعيين، لإطلاق الرواية، فأغرب القطب الراوندي في أن الناقص السدس، بناء على أن الشيء سدس، كما ورد في الوصية به، وهو قياس على ما لا يطرد { لاختصاصه بالوصية {مع أن الشيء من كلام الشيخ} وليس من كلام الإمام عليه السلام {قصداً للإيهام تبعاً للرواية المتضمنة للنقص مطلقاً} من غير تعيين.

{وربما قيل} والقائل المحقق في النكت، وتبعه جمع من المتأخرين {يرجع إلى نظر الحاكم، لعدم تفسيره لغة، ولا شرعاً، ولا عرفاً} كما هو الشأن في كل ما لا تقدير له كذلك، ولا يخفى حسنه.

[الفصل الثامن]: في القسم والنشوز والشقاق

[في القسم] {وهو بفتح القاف مصدر قسمت الشيء، أما بالكسر فهو الحظ والنصيب} هذا بحسب اللغة، وأما شرعاً فهو قسمة الليالي بين الزوجات بالحق [والنشوز] {وهو ارتفاع أحد الزوجين عن طاعة الآخر} الواجبة على كل منهما للآخر شرعاً، وأصله لغة الارتفاع: يقال: نشز الرجل ينشز إذا كان قاعداً فنهض قائماً، قال عمر بن الخطاب: ﴿وَإِذَا قِيلَ انشُزُوا فَانْشُزُوا﴾^(١) [والشقاق] {وهو} لغة {خروج كل منهما عن طاعته} وشرعاً: حصول الكراهة والارتفاع والمعصية والاختلاف من كل منهما.

{أما القسم فهو حق لكلٍ منهما، لاشتراك ثمرته، وهو العشرة بالمعروف المأمور بها} في قوله عمر بن الخطاب: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢) [ويجب للزوجة الواحدة ليلة من أربع] {وله ثلاث ليالٍ يبيتها حيث شاء، وللزوجتين ليلتان من الأربع، وله ليلتان} [وعلى هذا فإذا تمت الأربع فلا فاضل له] كما هو المشهور، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سئل عن الرجل يكون عنده امرأتان إحداهما أحب إليه من الأخرى، أله أن يفضل إحداهما على الأخرى؟ قال: نعم، يفضل بعضهن على بعض ما لم يكنَّ أربعاً، الحديث)^(٣) ونحوه غيره {لاستغراقهن النصاب، ومقتضى العبارة أن القسمة تجب ابتداءً وإن لم يُبتدأ بها، وهو أشهر القولين} بل هو المشهور على ما حكاه غير

(١) سورة المجادلة، آية (١١).

(٢) النساء، آية (١٩).

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (١) القسم، ح ١.

واحد، كما في الجواهر {لورود الأمر بها مطلقاً} ابتداءً أم لم يتبدئ، واحدة كانت عنده أم أكثر، لقوله ﷺ: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١) المقتضي للتكرار قطعاً، وليس في كل الأوقات فبقي بحسب ما تقتضيه القسمة؛ إذ لا قائل بثالث، ولصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: (سألته عن الرجل يتزوج المملوكة على الحرية؟ قال: لا، فإذا كانت تحتة امرأة مملوكة فتزوج عليها حرية قسم للحرية مثلي ما يقسم للمملوكة... الحديث)^(٢) ونحوه غيره.

{وللشيخ قول: إنها لا تجب إلا إذا ابتداءً بها، واختاره المحقق في الشرائع والعلامة في التحرير، وهو متجه، والأوامر المدعاة} في القول الأول {لا تنافيه} وهي لا تدل على وجوبه ابتداءً، مضافاً إلى أن النصوص التي تذكر حق الزوجة - والتي بلغت حد التواتر - لم يذكر في واحد منها لزوم القسم ابتداءً، فأصالة عدم الوجوب جارية ولا يصلح ما سبق لرفعها {ثم إن كانت واحدة فلا قسمة} بناء على القول الثاني {وكذا لو كن أكثر وأعرض عنهن} لعدم وجوبه ابتداءً {وإن بات عند واحدة منهن ليلة لزمه للباقيات مثلها} إجماعاً، وليتم بذلك الدوران عليهن أجمع.

{وعلى المشهور يجب مطلقاً} وإن لم يبت عند إحداهن {وحيثئذ فإن تعددن ابتداءً بالقرعة} لعدم المرجح {ثم إن كانتا اثنتين} فكذلك يكتفي بقرعة واحدة {وإلا افتقر إلى قرعة أخرى للثانية، وهكذا، لثلا يرجح بغير مرجح}.

{وقيل} والقائل المحقق، بل قيل: والأكثر {يتخير} ويبدأ بمن شاء منهن حتى يأتي عليهن ثم تجب التسوية على الترتيب؛ لأن ولاية القسمة بيده؛ إذ هو

(١) سورة النساء، آية (١٩).

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٨) القسم، ح ١.

المخاطب بها {وعلى قول الشيخ يتخير من غير قرعة} لأنه لا حق لأحد منهن عليه خاصة، فحينئذٍ له الابتداء بمن شاء منهن.

{ولا تجوز الزيادة في القسمة بدون رضاهن، وهو أحد القولين} في المسألة وهو مذهب المحقق وجمع {لأنه الأصل} في القسمة الاستفادة من النصوص، وأنها ليلة لكل زوجة {وللتأسي بالنبي ﷺ فقد كان يقسم كذلك} ليلة لكل واحدة منهن، فعن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام: (أن النبي ﷺ كان يقسم بين نسائه في مرضه فيطاف به بينهن)^(١) {ولئلا يلحق بعضهن ضرر مع الزيادة بعروض ما يقطعه} من سفر أو مرض {عن القسم للمتأخرة، والآخر} قول الشيخ في المبسوط وجمع {جوازها مطلقاً} رضين أم لا {للأصل} وهو الجواز {ولو قيل: بتقييده بالضرر، كما لو كن في أماكن متباعدة يشق عليه الكون كل ليلة مع واحدة كان حسناً} لأنه أقرب لقاعدة العدل والإنصاف {وحيثئذٍ فيتقيد بما يندفع به الضرر، ويتوقف ما زاد على رضاهن، وكذا لا يجوز أقل من ليلة} بلا خلاف ظاهر فيه {للضرر} المنفي، ولظاهر صحيح الحسن بن محبوب - برواية الكليني - قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في ليالهن فيمسهن، فإذا بات عند الرابعة في ليلتها لم يمسها، فهل عليه في هذا إثم؟ قال: إنما عليه أن يبيت عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها، وليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك)^(٢).

[ولا فرق] {في وجوب القسم} [بين الحر، والعبد، والخصي، والعين، وغيرهم] بلا خلاف أجده في ذلك، بل ظاهرهم المفروغية منه، كما في الجواهر {لإطلاق

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٥) القسم، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٥) القسم، ح ١.

الأمر} بالعشرة بالمعروف الشامل لهم أجمع {وكون الغرض منه الإيناس بالمضاجعة، لا الواقعة} كما في ذيل الخبر المتقدم.

[وتسقط القسمة بالنشوز] بلا خلاف أجده فيها، كما في الجواهر؛ لأن القسمة من جملة حقوق الزوجية وهي بمنزلة النفقة المعلوم سقوطها عن الناشز، والصغيرة، والمجنونة مطبقاً، والمسافرة بغير إذن {إلى أن ترجع إلى الطاعة}.

[والسفر] {أي سفر مطلقاً مع استصحابه لإحداهن} أو بعد ابتدائه بالقسم وقبل إكماله {أو على القول بوجوبه مطلقاً} سواء ابتداء أم لا، للإجماع الفعلي من المسلمين على المسافرة كذلك من غير نكير، ولا نقل قضاء، كذا في الجواهر، مع أصالة عدم وجوبه بعد قصور أدلة القسم لمثله {فإنه لا يقضي للمتخلفات وإن لم يقرع للخارجة} لأصالة عدم وجوبها، مع عدم نقله عن المعصومين عليه السلام على كثرة أسفارهم {وقيل: مع القرعة} يسقط القضاء، لعدم الاستحقاق حينئذٍ {وإلا} يقرع {قضى} لأنه تفضيل غير شرعي، وهو كما ترى! لا دليل صالح عليه، نعم تستحب القرعة تأسيماً به سَلَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ لأنه كان يقرع بين أزواجه حين يريد السفر {وأما سفرها فإن كان لواجب} كالحج {أو جائز بإذنه وجب القضاء} ويظهر من بعضهم عدم الخلاف فيه، كما في الجواهر {ولو كان لغرضها ففي القضاء قولان للعلامة في القواعد} بعدم القضاء، لفوات التمكن والاستمتاع اللازم عليها {والتحرير} بلزوم القضاء، للإذن في تفويت حقه المستلزم لقضاء حقها {والمتجه وجوبه} مطلقاً؛ لأنه مع إذنه لها بالسفر هو الذي أسقط حقه، فيبقى حقها على حاله فيلزم قضاؤه {وإن كان في غير واجب بغير إذن ولا ضرورة إليه فهي ناشئة} لا تستحق القسم والنفقة من غير خلاف ظاهر.

[ويختص الوجوب بالليل] الذي جعله الله ﷻ سكناً ولباساً، فيكون ذلك لهم جماعاً وقوة، ولينالوا لذة وشهوة في المضاجعة والمواقعة ونحوهما، مضافاً إلى اقتصار النصوص عليه، والسيرة المستمرة المتصلة بزمان المعصومين ﷺ على ذلك [وأما النهار فلمعاشه] {إن كان له معاش} يبتغي من فضله، ويتسبب إلى رزقه، ويسرح في أرضه طلباً لما فيه نيل العاجل من دنياه، ودرك الآجل من أخرائه [إلا في نحو الحارس] {ومن لا يتم عمله إلا في الليل} {فتنعكس} {قسمته فتجب نهاراً دون الليل} لأنه حق لا يمكن استيفاؤه إلا فيه، فيجب.

{وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط {تجب الإقامة صبيحة كل ليلة مع صاحبها} وزاد ابن الجنيد قيلولة صبيحة الليلة {لرواية إبراهيم الكرخي عن الصادق عليه السلام} المتقدمة {وهي محمولة مع تسليم سندها} وهو غير سالم، لجهالة حال الكرخي {على الاستحباب، والظاهر أن المراد بالصبيحة أول النهار بحيث يسمى صبيحة عرفاً، لا مجموع اليوم} كما هو أوضح من أن يخفى.

{هذا كله في المقيم، وأما المسافر الذي معه زوجاته فعماد القسمة في حقه وقت النزول ليلاً كان أم نهاراً، كثيراً كان أم قليلاً} وقد ذكر هذا الحكم جمع منا ومن العامة، فإن تم إجماع كان هو الحجة، وإلا فالتأمل فيه مجال واسع، للاحتمال القوي بسقوط القسم في حقه لعسر محله عادة.

[وللأمة] {المعقود عليها دواماً حيث يسوغ} [نصف القسم] بلا خلاف معتد به أجده فيه، كما في الجواهر {لصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام} قال: (إذا كان تحت أمة مملوكة فتزوج عليها حرة قسم للحره مثلي ما يقسم للمملوكة)^(١)

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٨) القسم ح ١.

ونحوه غيره {وحيث لا تكون القسمة في أقل من ليلة فلأمة ليلة من ثمان، وللحرة ليلتان، وله خمس} يقضيها مع من شاء، لإطلاق النصوص.

{ويجب تفريق ليلتي الحرة، لتقع من كل أربع واحدة إن لم ترض بغيره} استصحباً لوجوب التفريق الثابت قبل دخول الأمة، لكنه كما ترى! مقطوع بإطلاق النصوص، وقال في المسالك: فالليلتان للحرة بمنزلة الليلة من الأربع فيتخير الزوج بين إيفائها إياهما مجتمعين ومتفرقين {وإنما تستحق الأمة القسمة إذا استحققت النفقة بأن كانت مسلمة للزوج ليلاً ونهاراً كالحرة} بلا إشكال ولا خلاف، كما في الجواهر، ولاشترط التمكين التام من قبل الزوجة حتى تستحق النفقة والقسمة، فلو مكنه مولاهما منها ليلاً فقط، أو نهاراً كذلك فليس بالتمكين التام، وكذا لو مكنته من نفسها مطلقاً لكن من غير إذن مولاهما فإنه لا عبرة به؛ لأنها ومنافعها مملوكة له، وعليه فلا تستحق القسم؛ لأن تمكينها كذلك تصرف في مال الغير من غير إذنه، وهو ممنوع فلا يترتب عليه أثر شرعاً.

[وكذا الكتابية الحرة] {حيث يجوز نكاحها دواماً على المشهور} فهي كالأمة في القسم، بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل عن الخلاف الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام: هل للرجل أن يتزوج النصرانية على المسلمة، والأمة على الحرة؟ فقال: لا تزوج واحدة منهما على المسلمة، وتزوج المسلمة على الأمة والنصرانية، وللمسلمة الثلثان، وللأمة والنصرانية الثلث)^(١) {وعلى بنقصها بسبب الكفر فلا تساوي المسلمة الحرة} ولا يخفى عدم الحاجة لهذا التعليل بعد ورود النص الصحيح به.

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٧) ما يحرم بالكفر، ح ٣.

[وللكتابية الأمة ربع القسم] كما ذكره غير واحد من الأصحاب قاطعين به، كما في الجواهر {لثلا تساوي الأمة المسلمة} [قتصير القسمة من ست عشرة ليلة] {للأمة الكتابية منها ليلة، وللحرة المسلمة أربع كما سلف، وللأمة المسلمة ليلتان لو اتفقت} بأن ساغ له نكاحها دائماً مع عدم الطول {وكذا الكتابية} على المشهور {ومن هنا يتفرع باقي صور اجتماع الزوجات المتفرقات في القسمة وهي أربعون صورة تبلغ مع الصور المتفقة اثنين وخمسين تعرف مع أحكامها بالتأمل، وتستحق القسم مريضة، ورتقاء، وقرناء، وحائض، ونفساء} لإطلاق الأدلة، و {لأن المقصود منه الأنس، لا الوطء} كما سلف.

[ولا قسمة للصغيرة] {التي لم تبلغ التسع} [ولا للمجنونة المطبقة إذا خاف أذاها] {مع مضاجعتها} بلا خلاف معتد به {لأن القسمة مشروطة بالتمكين، وهو منتفٍ فيهما، ولو لم يخف من المجنونة وجب} للإطلاق {وكذا غير المطبقة} في أيام إفاقتها، وهو مقطوع به في كلام الأصحاب، لتحقق التمكين معها.

[ويقسم الولي بالمجنون] {بأن يطوف به على أزواجه بالعدل} من سنخ واحد كنَّ أم متفرقات بحسب ما مضى من الأحكام {أو يستدعيهن إليه، أو بالتفريق} مراعيّاً في ذلك الجانبين كما هو مقتضى قاعدة العدل والإنصاف، ورفع الضرر والخرج {ولو خص به بعضهن فقد جار} الولي {وعليه القضاء، فإن أفاق قضى ما جار فيه الولي، وفي وجوبه عليه نظر، لعدم جوره} لأن المجنون غير مكلف، والقضاء تابع للتكليف بالفعل.

[وتختص البكر عند الدخول بسبع] {ليالٍ ولأء} وجوباً كما هو المشهور شهرة عظيمة {ولو فرقه لم يحتسب} لاعتبار التوالي فيه {واستأنف} لأنه حق لا بد من الخروج منه، والقيام به {وقضى المفرق للأخريات} لعدم كونه من جملة ما تختص به

الجديدة {ويحتمل الاحتساب} لامتناله الأمر بالعدد فكان ذلك بمنزلة القضاء، لكنه كما ترى! لأن التوالي يشتمل على غاية لا تحصل بدونه {مع الإثم} لعصيانه الأمر بالتوالي.

[والثيب بثلاث] {ولاء} على المشهور، كذا في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم قال: (قلت له: الرجل تكون عنده المرأة يتزوج أخرى، أله أن يفضلها؟ قال: نعم، إن كانت بكرًا فسبعة أيام، وإن كانت ثيبًا فثلاثة أيام)^(١) ونحوه غيره {والظاهر} من جمع من الأصحاب وبعض النصوص {أن ذلك على وجه الوجوب} خلافًا للشيخ حيث حمل السبع على الاستحباب جمعًا بينها وبين صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (إذا تزوج الرجل بكرًا وعنده ثيب فله أن يفضل البكر بثلاثة أيام)^(٢) ونحوه غيره، والمشهور الأول وقد نقل الإجماع عليه جمع، مضافاً إلى اعتضاد نصوصه بالشهرة العظيمة، لكنه مع ذلك يرجح مذهب الشيخ عملاً بالقواعد المعتمدة عند الأصحاب.

{ولا فرق بين كون الزوجة حرة وأمة، مسلمة وكتابية إن جوزنا تزويجها دواماً، عملاً بالإطلاق، واستقرب في التحرير تخصيص الأمة بنصف ما تختص به لو كانت حرة} لكنه كما ترى! اجتهد في مقابلة النص، فلا يسمع {وفي القواعد المساواة} عملاً بالإطلاق {وعلى التنصيف يجب عليه الخروج من عندها بعد انتصاف الليل إلى مكان خارج عن الأزواج} وهو كما ترى! لأنه موجب للخرج والضرر المنفيين، وهو مما يوجب ضعف ما في التحرير، وقياسه على غيره قياس مع الفارق؛ لأنه فيما يأتي مضطر إلى ذلك {كما يجب ذلك لو بات عند واحدة نصف ليلة ثم منع من

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢) القسم، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٢) القسم، ح ٦.

الإكمال، فإنه يبيت عند الباقيات مثلها مع المساواة، أو بحسابه { لوجوب المساواة أو التفريق، تحقيقاً لقاعدة العدل والإنصاف.

[وليس للزوجة أن تهب ليلتها للضرة إلا برضاء الزوج] {لأن الحق مشترك بينهما} على المشهور {أو مختص به على القول بعدم وجوبه ابتداءً، فإن رضي بالهبة ووهبت لمعينة منهن بات عندها ليلتها، كل ليلة في وقتها متصلتين كانتا أم منفصلتين} لأن الهبة هنا بمنزلة هبة المال فيتعين للموهوب له، ويؤيده المرسل عن النبي ﷺ (أن سودة بنت زمعة لما كبرت وهبت نوبتها لعائشة فكان النبي ﷺ يقسم لها يوم سودة ويومها)^(١).

{وقيل} في صورة الانفصال {يجوز وصلها تسهلاً عليه، والمقدار} المقرر في مبيت الليلة {لا يختلف، ويضعف: بأن فيه تأخير حق من بين ليلتين، وبأن الواهبة قد ترجع بينهما، والموالة تفوت حق الرجوع، وإن وهبتها لمن سوى بينهما، فيجعل الواهبة كالمعدومة، ولو وهبتها له فله تخصيص نوبتها بمن شاء، ويأتي في الاتصال والانفصال ما سبق} من التفصيل ودفعه.

[ولها الرجوع قبل تمام المبيت] {لأن ذلك بمنزلة البذل، لا هبة حقيقية، ومن ثم لا يشترط رضا الموهوبة} [لا بعده] {لذهاب حقها من الليلة فلا يمكن الرجوع فيها، ولا يجب قضاؤها لها} لأصالة البراءة منه؛ ولأنها بمنزلة التالف بسببها المانع عن رجوعها فيه [ولو رجعت في أثناء الليلة تحول إليها] وجوباً {لبطلان الهبة لما بقي من الزمان} [ولو رجعت ولما يعلم فلا شيء عليه] {لاستحالة تكليف الغافل، ولها أن ترجع في المستقبل} لجواز الرجوع في الهبة {دون الماضي} لأنه بمنزلة التالف، ولا

(١) السنن الكبرى، ج٧، ص(٤٨٤).

يجوز الرجوع فيه {ويثبت حقها} ولزوم التحول إليها {من حين علمه به ولو في بعض الليل}.

[ولا يصح الاعتياض عن القسم بشيء] {من المال؛ لأن المعوض كون الرجل عندها، وهو لا يقابل بالعوض؛ لأنه ليس بعين، ولا منفعة، كذا ذكره الشيخ وتبعه عليه الجماعة، وفي التحرير نسب القول إليه ساكتاً عليه مشعراً بتوقفه فيه، أو تمرضه، وله وجه؛ لأن المعاوضة غير منحصرة فيما ذكر، ولقد كان ينبغي جواز الصلح عليه، كما يجوز الصلح على حق الشفعة، والتحجير ونحوهما من الحقوق} بل هو الأقوى، لصحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: (سألت عن رجل له امرأتان قالت إحدهما: ليلتي ويومي لك، يوماً أو شهراً أو ما كان، أيجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها واشترى ذلك منها فلا بأس)^(١) ومن المعلوم أن إطلاق الشراء مجاز؛ لأن البيع إنما يتعلق بالأعيان، فهو كناية عن المعاوضة عليه بالصلح مثلاً.

{وحيث لا تجوز المعاوضة} [فيجب عليها رد العوض] {إن كانت قبضته، ويجب عليه القضاء لها إن كانت ليلتها قد فاتت؛ لأنه لم يسلم لها العوض، هذا مع جهلها بالفساد، أو علمها، وبقاء العين، وإلا أشكل الرجوع، لتسلطه على إتلافه بغير عوض، حيث يعلم أنه لا يسلم له، وقد تقدم البحث فيه في البيع الفاسد، وأن المصنف مال إلى الرجوع مطلقاً} تلف العوض أم لا {كما هنا، خلافاً للأكثر}.

[ولا يزور الزوج الضرة في ليلة ضررتها] بغير إذنها {لما فيه من تفويت حقها زمن الزيارة} ولما في ذلك من منافاة العدل والإيذاء غالباً {وكذا لا يدخل إليها فيها لغير

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٦) القسم، ح ٢.

الزيارة، إلا لضرورة} شرعية كالتداوي، أو عرفية كتهنتها بمولود، أو تعزيتها بعزير ونحو ذلك {فإن مكث عندها وجب قضاء زمانه ما لم يقصر جداً، بحيث لا يعد إقامة عرفاً فيأثم خاصة} لمخالفته الأمر بعدمه {وقيل: لا يجب القضاء إلا مع استيعاب الليلة، والقولان للفاضل} الأول {في القواعد، و} الثاني في {التحرير}.

[ويجوز عيادتها في مرضها] بل يستحب، لقضاء العادة، كما تجوز زيارة الأجنبي، ولعدم التهمة لمكان المرض [لكن يقضي لو استوعب الليلة عند المزورة] {لعدم إيصالها حقها} ولأن الأصل التدارك، وليس من ضروريات الزيارة الإقامة طول الليلة؛ لأنه ظلم، وكل ظلم للزوجة في المبيت يقضى.

{وقيل} كما مال إليه المحقق في الشرائع {لا، كما لو زار أجنبياً} ويشكل: بوضوح الفرق بين الصورتين؛ لأن زيارة الأجنبي مشروطة بعدم الاستيعاب {وهل تحسب الليلة على المزورة؟ الظاهر لا؛ لأنها ليست حقها، ولو لم يستوعب الليلة فلا قضاء هنا} بخلاف غير العيادة.

[والواجب] {في المبيت} [المضاجعة] {وهي أن ينام معها قريباً منها عادة، معطياً وجه دائماً، أو أكثرياً بحيث لا يعد هاجراً وإن لم يتلاصق الجسدان} [لا المواقعة] {فإنها لا تجب} اتفاقاً {إلا في كل أربعة أشهر مرة، كما سلف} مع دليله [ولو جار في القسمة قضى] {واجباً لمن أخل بليلتها} بلا خلاف، كذا في الجواهر {فلو قسم لكل واحدة من الأربع عشراً فوفى الزوجات ثلاثاً ثم عاد عليهن، دون الرابعة بعشر قضى لها ثلاث عشرة وثلاثاً، ولو باتها منفرداً قضى لها عشرًا خاصة} لأنها هي الفاتئة فقط.

{ولو طلقها قبل القضاء، أو بعد حضور ليلتها قبل إيفائها بقي حقها في ذمته، فإن تزوجها، أو راجعها وجب عليه التخلص منها، وإلا استقرت في ذمته} ووجب التخلص منها إما بصلح، أو إبراء؛ لأنه حق يجوز فيه ذلك {وكذا لو فارق المظلوم

بها وجدد غيرها { فتبقى ظلامتها في ذمته ويجب التخلص منها بصلح ونحوه } لأن قضاء الظلم يستلزم الظلم للجديدة { ولا يجوز دفع الظلم بالظلم { ولو كان الظلم بعض ليلة وجب إيفاؤها قدر حقها، وإكمال باقي الليلة خارجاً عن الزوجات، ولو شك في القدر بنى على المتيقن { لأصالة البراءة من الزائد المشكوك.

[والنشوز] { وأصله } لغة { الارتفاع } [وهو] { هنا } [الخروج عن الطاعة] { أي خروج أحد الزوجين عما يجب عليه من حق الآخر وطاعته؛ لأنه بالخروج يتعالى عما أوجب الله تعالى عليه من الطاعة } [فإذا ظهرت أمارته للزوج بتقطيعها في وجهه، والتبرم] { أي التضجر والسأم } [بحوائجه] { التي يجب عليها فعلها من مقدمات الاستمتاع بأن تمتنع، أو تتناقل إذا دعاها إليه، لا مطلق حوائجه؛ إذ لا يجب عليها قضاء حاجته التي لا تتعلق بالاستمتاع } إجماعاً { أو تغير عاداتها في أدبها معه قولاً } { كأن تحببه بكلام خشن بعد أن كان بلين، أو غير مقبلة بوجهها بعد أن كانت تقبل } [أو فعلاً] { كأن يجد إعراضاً، وعبوساً } بتقطيب وجهها وظهور الامتناع { بعد لطف وطلاقة، ونحو ذلك } [وعظها] { أولاً بلا هجر، ولا ضرب فلعلها تبدي عذراً وتتوب عما جرى منها من غير عذر } وهو ظاهر في الترتيب بين المراتب الثلاثة، لا التخيير ولا الجمع بينها، كما هو ظاهر الآية الشريفة، وهو الأوفق بمراتب النهي عن المنكر، وهو الأجود { والوعظ كأن يقول: اتق الله في الحق الواجب لي عليك، واحذري العقوبة، ويبين لها ما يترتب على ذلك من عذاب الله تعالى في الآخرة، وسقوط النفقة، والقسم في الدنيا }.

[ثم حول ظهره إليها في المضجع] { بكسر الجيم إن لم ينجع الوعظ } وهذا أول مراتب الهجر، كما نسبه في المبسوط إلى رواية أصحابنا، ونسبه في مجمع البيان إلى الإمام الباقر عليه السلام { ثم اعتزلها } { ناحية في غير فراشها } [ولا يجوز ضربها] { إن رجا

رجوعه بدونه} كما هو مقتضى مراتب النهي عن المنكر [فإذا امتنعت من طاعته فيما يجب له] {ولم ينجع ذلك كله} [ضربها] بمندبل ملفوف، أو عصا رقيقة، كما نسبه في المبسوط إلى قوم، وفي مجمع البيان الضرب بالسواك مروي عن الباقر عليه السلام [مقتصراً على ما يؤمل به رجوعها] {فلا يجوز الزيادة عليه مع حصول الغرض به، وإلا} ينفع {تدرج إلى الأقوى فالأقوى} [ما لم يكن مدمياً، ولا مبرحاً] {أي شديداً كثيراً} قال الله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾^(١) والمراد فعظوهن إذا وجدتم أمارات النشوز، واهجروهن إن نشزن، واضربوهن إن أصررن عليه} تبعاً للعلامة في التحرير {وأفهم قوله تعالى: (في المضاجع) أنه لا يهجرها في الكلام} لتخصيصه شرعاً بها {وهذا فيما زاد عن ثلاثة أيام لقوله عليه السلام: (لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه في الكلام فوق ثلاثة)}^(٢) ويجوز في الثلاثة إن رجا به رجوعها، ولو حصل بالضرب تلف، أو إدماء ضمن {لإطلاق أدلة الضمان.

[ولو نشز] {الزوج} [بمنع حقوقها] {الواجبة لها عليه من قسم، ونفقة} [فلها المطالبة] {بها} [وللحاكم إلزامه بها] كما صرح به غير واحد مرسلين له إرسال المسلمات، كذا في الجواهر، وليس لها هجره ولا ضربه وإن رجت عوده إلى الحق بهما؛ لأنهما متوقفان على الإذن الشرعي، وهو مفقود {فإن أساء خلقه وآذاها بضرب وغيره بلا سبب صحيح نهاه عن ذلك، فإن عاد عززه بما يراه} لجوازه مع الإصرار على كل معصية {وإن قال كل منهما: إن صاحبه متعدي تعرف الحاكم الحال بثقة في جوارهما يختبرهما، ومنع الظالم منهما} تحقيقاً للعدل ومنع الظلم.

(١) سورة النساء، آية (٣٤).

(٢) مستدرک الوسائل، باب (١٢٤) أحكام العشرة، ح ١.

{ولو تركت} [الزوجة] {بعض حقوقها} {الواجبة لها عليه من قسم ونفقة} [استمالة له حل] {له} {قبوله} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولقوله عز: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾^(١) وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن قول الله عز: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾ فقال: هي المرأة تكون عند الرجل فيكرها فيقول لها: إني أريد أن أطلقك، فتقول له: لا تفعل، إني أكره أن تشمت بي، ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت، وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك، ودعني على حالتي، فهو قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾ وهذا هو الصلح^(٢) ونحوه غيره.

{وليس له منع بعض حقوقها لتبذل له مالا ليخلعها} لمخالفته النهي في قوله عز: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَعْتَدُوا﴾^(٣) المفسر بذلك {فإن فعل، فبذلت أثم} لفعله ما يحرم عليه المدلول عليه في الآية المتقدمة {وصح قبوله، ولم يكن إكراها} كما عن الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع والعلامة في الإرشاد والقواعد وغيرهم، لكنه كما ترى! فإنه أشبه بعوض المحرم، بل هو منه، لاندراجه تحت إطلاق الآية الشريفة المتقدمة، ومنه يعرف ما في قوله: {نعم لو قهرها عليه بخصوصه لم يحل} لأنه إكراه صريح، فيحرم البذل به قطعاً.

(١) سورة النساء، آية (١٢٨).

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (١١) القسم، ح ١.

(٣) سورة البقرة، آية (٢٣١).

[والشقاق] مصدر على وزن فعال من الشق: وهو الناحية كأن كل واحد منهما أصبح في ناحية غير ناحية الآخر، وفي الصحاح: المشاقة والشقاق الخلاف والعداوة. والأولى كونه من الشق بمعنى التفرق الذي منه شق فلان العصا، أي فارق الجماعة. وشرعاً [هو أن يكون النشوز منهما] {كأن كان كل واحد منهما قد صار في شق غير الآخر} [وتخشى الفرقة] {أو الاستمرار على ذلك} [فبيعت الحاكم الحكيم من أهل الزوجين] {أي أحدهما من أهله، والآخر من أهلها، كما تضمنته الآية الشريفة} في قوله عز وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾^(١) {لينظرا في أمرهما بعد اختلاء حَكَمِهِ به، وحكمها بها، ومعرفة ما عندهما في ذلك} ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن قول الله عز وجل: ﴿فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ قال: ليس للحكيم أن يفرقا حتى يستأمر الرجل والمرأة، ويشترطان عليهما إن شاءا جمعا، وإن شاءا فرقا، فإن جمعا فجائز، وإن فرقا فجائز)^(٢) ونحوه غيره.

{وهل بعثهما واجب، أو مستحب؟ وجهان} من ظهور الأمر في الآية في الوجوب؛ ولأن الظاهر من حال الشقاق وقوع الزوجين في المحرم فيجب تخليصهما منه، ومن أصالة عدم الوجوب، وظهور الأمر بالبعث في الآية في الإرشاد، وإمكان الإصلاح بدونه فيستحب ولا يكون واجبا، كما عن العلامة في التحرير {أوجهها الوجوب عملاً بظاهر الأمر في الآية} [أو من غيرهما] {لحصول الغرض به؛ ولأن القرابة غير معتبرة في الحكم، ولا في التوكيل} قطعاً {وكونهما من

(١) سورة النساء، الآية (٣٥).

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (١٠) القسم، ح ١.

الأهل فی الآیة للإرشاد وإلى ما هو الأصلح { غالباً، لاطلاعهم على طبائع أهلهم، وأقاربهم.

{ وقیل: یتعین كونها من أهلها عملاً بظاهر الآیة؛ ولأن الأهل أعرف بالمصلحة من الأجانب، ولو تعذر الأهل { أو توقف الإصلاح على الأجنبي { فلا كلام فی جواز الأجانب { لانحصار الإصلاح وفك الخصومة بهم.

{ وبعثها یكون { تحکیماً] كما هو المشهور، بل عن ظاهر السرائر وفقه القرآن الإجماع علیه، کذا فی الجواهر { لا توكیلاً؛ لأن الله خاطب بالبعث الحکام وجعلها حکمین، ولو كان توكیلاً لخاطب به الزوجین؛ ولأنهما إن رأيا الإصلاح فعلاه من غیر استئذان { لأن الغرض الأساسي منه ذلك وهو مقتضى تحکیمهما { وإن رأيا التفريق توقف على الإذن { كما هو المشهور، ولما تضمنه الصحيح المتقدم فی قوله عليه السلام: (لیس للحکمین بأن یفرقا حتی یستأمرا الرجل والمرأة)^(١) { ولو كان توكیلاً لكان تابعاً لما دل علیه لفظهما، وبذلك یضعف قول القاضي { ابن البراج { بكونه توكیلاً، استناداً إلى أن البضع حق للزوج، والمال حق للمرأة، ولیس لأحد التصرف فیها إلا بإذنهما، لعدم الحجر علیهما؛ لأن إذن الشارع قد یجري على غیر المحجور کالماتل {.

{ وحيث كان تحکیماً { [فإن اتفاقاً] الحکمان [على الإصلاح] { بینهما { [فعلاه] { من غیر مراجعة { الحاکم؛ لأنه مقتضى تحکیمهما، أو توكیلهما على ذلك [وإن اتفاقاً على التفريق لم یصح] بناء على التوكیل [إلا بإذن الزوج فی الطلاق، وإذن الزوجة فی البذل] { إن كان خلعاً { وأما على التحکیم فالأشهر، بل المشهور عدم جوازه أيضاً

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٠) القسم، ح ١.

إلا مع مراجعتها؛ لأن ذلك هو مقتضى التحكيم، كما تضمنه صحيح الحلبي المتقدم.

{وكلما شرطاه} {أي الحكمان على الزوجين} {يلزم إذا كان سائغاً} {شريعاً وإن لم يرض به الزوجان} بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) {ولو لم يكن سائغاً كاشتراط ترك بعض النفقة، أو القسمة، أو أن لا يسافر بها لم يلزم الوفاء به} لعدم اندراجه في العموم المتقدم.

{ويشترط في الحكمين: البلوغ، والعقل، والحرية، والعدالة، والاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثهما} لا ريب في اشتراط الأولين والآخر، وأما العدالة والحرية فإن جعلناهما حكّمين، كما هو المشهور، اعتبرنا قطعاً، وإن جعلناهما وكيلين، فالأجود عدم اعتبارهما؛ لأنها ليسا شرطاً في الوكيل {دون الاجتهاد} لإطلاق الآية الشريفة؛ ولأنه مشروط في الحاكم الباعث لهما.

[ويلحق بذلك نظران:

الأول: في الأولاد] من الأزواج مطلقاً ودواماً وانقطاعاً، والوطء بالملك أو الشبهة [ويلحق الولد بالزوج الدائم] {نكاحه} [ب] شروط ثلاثة:

أولها: [الدخول] {بالزوجة} قبلاً أو دبراً، أنزل أم لم ينزل، كما هو المشهور، لإطلاق الفتاوى، وإطلاق قول الباقر عليه السلام لأبي مريم الأنصاري: (إذا أتاها فقد طلب ولدها)^(١) وهو شامل لمطلق الدخول.

[و] ثانيها: [مضي ستة أشهر] {هلالية} [من حين الوطء] لأنه أقل الحمل إجماعاً محكياً بالتواتر، بل محصلاً، كما في الجواهر، بل في المسالك نسبة ذلك إلى علماء

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٠٣) مقدمات النكاح، ح ١.

الإسلام، ولدليل الإشارة المستفاد من الجمع بين قوله عز وجل: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾^(١) و ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾^(٢) وبعد إسقاط العامين من الثلاثين شهراً يبقى ستة أشهر {والمراد به - على ما يظهر من إطلاقهم، وصرح به المصنف في قواعده - غيبوبة الحشفة قبلاً، أو دبراً وإن لم ينزل، ولا يخلو ذلك من إشكال إن لم يكن مجمعاً عليه} وهو كذلك لمخالفة ابن إدريس والعلامة في التحرير وتبعهم سيد الرياض {وللقطع بانتفاء الولد عنه عادة في كثير من موارد، ولم أقف على شيء ينافي ما نقلناه يعتمد عليه} لكن مع فرض إمكان سبق المني وعدم الشعور به لا سبيل حينئذٍ للقطع بنفي الاحتمال ولو بعيداً بعد تحقق مسمى الدخول، مع إمكان التولد بالدخول وإن لم ينزل، كما هو المستفاد من إطلاق قوله صلوات الله عليه: (الولد للفراش وللعاهر الحجر)^(٣).

[و] ثالثها: [عدم تجاوز أقصى الحمل] إجماعاً {وقد اختلف الأصحاب في تحديده فقليل} والقاتل المشهور، بل عن ظاهر الإسكافي والشيخ في المبسوط والخلاف إجماعاً عليه، ولمرسل عبد الرحمن بن سيابة عمن حدثه عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألته عن غاية الحمل بالولد في بطن أمه، كم هو؟ فإن الناس يقولون: ربما بقي في بطنها سنتين، فقال: كذبوا، أقصى مدة الحمل تسعة أشهر، ولا يزيد لحظة، ولو زاد ساعة لقتل أمه قبل أن يخرج)^(٤) ونحوه غيره وهو مستفيض.

(١) سورة الأحقاف آية (١٥).

(٢) سورة لقمان، آية (١٤).

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٤) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢١، باب (١٧) أحكام الأولاد، ح ٣.

{وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط {عشرة} أشهر، واستحسنه المحقق في الشرائع والعلامة في أكثر كتبه، بدعوى اعتضاده بالوجدان في كثير من الموارد، لكنه لما لم يرد به نص فيضعف العمل به {و غاية ما قيل فيه عندنا: سنة} وقد ادعى عليه السيد في الانتصار الإجماع وكذا أبو الصلاح، ومال إليه العلامة في المختلف، وفي المسالك: إنه أقرب للصواب {ومستند الكل مفهوم الروايات} لكن قد عرفت أن القول الثاني لا نص فيه {و} لذا {عدل المصنف عن ترجيح قول، لعدم دليل قوي على الترجيح} ويشكل: بما عرفت من الشهرة والنصوص المعتضدة بها في القول الأول.

{ويمكن حمل الروايات على اختلاف عادات النساء فإن بعضهن تلد لتسعة أشهر، وبعضهن لعشرة، وقد يتفق نادراً بلوغ السنة، واتفق الأصحاب على أنه لا يزيد عن السنة، مع أنهم رووا أن النبي ﷺ حملت به أمه أيام التشريق} من شهر ذي الحجة الحرام {واتفقوا على أنه ولد في شهر ربيع الأول، فأقل ما يكون لبثه في بطن أمه سنة وثلاثة أشهر} لعدم معقولية ولادته في ربيع الأول الذي يلي ذي الحجة؛ لأنه سيكون عمره الشريف آنذاك ثلاثة أشهر، فلا بد أن تكون ولادته في شهر ربيع الأول التالي في السنة الثانية {وما نقل أحد من العلماء أن ذلك من خصائصه ﷺ} وقد دفع هذا الإشكال بوجوه لا مجال لذكرها هنا.

[هذا في] {الولد التام} [الذي ولجته الروح، وفي غيره] {مما تسقطه المرأة} [يرجع] [في إلحاقه بالزوج حيث يحتاج إلى الإلحاق، ليجب عليه تكفينه ومؤونة تجهيزه ونحو ذلك من الأحكام التي لا تترتب على حياته] {إلى المعتاد} [لمثله] {من الأيام والأشهر، وإن نقصت عن الستة الأشهر} [فإن أمكن عادة كونه منه لحقه الحكم، وإن

علم عادة انتفاؤه عنه، لغيبة عنها مدة تزيد عن تخلقه عادة منه انتفى عنه { وحرّم على الزوجة إلحاقه به؛ لأنه إدخال في النسب من ليس منه وهو محرم قطعاً.

{ولو فجر بها} {أي بالزوجة الدائمة فاجر} [فالولد للزوج] إجماعاً {ولـ} قوله ﷺ المشهور بين الفريقين: (الولد للفراش، و {للعاهر الحبر} ^(١)) {ولا يجوز نفيه لذلك} {للحكم بلحقه بالفراش شرعاً وإن أشبه الزاني خلقه} لإطلاق معقد الإجماع والنصوص [ولو نفاه لم ينتف عنه إلا باللعان] {لأمه فإن لم يلاعن حد به} حد القذف.

{ولو اختلفا في الدخول} {فادعته وأنكره هو} {أو في ولادته} {بأن أنكر كونها ولدته} {حلف الزوج} {لأصالة عدمهما؛ ولأن النزاع في الأول في فعله} فيقبل قوله فيه؛ لأنه لا يعلم إلا من قبله {ويمكنها إقامة البينة على الولادة في الثاني، فلا يقبل قولها فيها بغير بينة} لأنه فعل خارجي يمكن إقامة البينة عليه.

{ولو} {اتفقا عليهما} {واختلفا في المدة} {فادعى ولادته لدون ستة أشهر، أو لأزيد من أقصى الحمل} {حلفت} {هي، تغلياً للفراش، ولأصالة عدم زيادة المدة في الثاني، أما الأول فالأصل معه فيحتمل قبول قوله فيه عملاً بالأصل} وهو عدم مضي أقل الحمل {ولأن مآله إلى النزاع في الدخول، فإنه إذا قال: لم تنقض ستة أشهر من حين الوطء، فمعناه أنه لم يطأ منذ مدة ستة أشهر، وإنما وقع الوطء فيها دونها} ولما كانت المرأة تدعي الوطء منذ ستة أشهر فيكون هو منكرًا، فالقول قوله مع يمينه، لأصالة عدم الدخول.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٨) نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

{وربما فسر بعضهم النزاع في المدة} المتنازع فيها بينهما {بالمعنى الثاني خاصة} بحيث ادعى الزوج أنه أكثر من أقصى الحمل، وهي منكرة لذلك فيكون القول قولها مع يمينها {ليوافق الأصل} وهو عدم مضي الزيادة عن أقصى الحمل {وليس يبعد إن تحقق في ذلك خلاف، إلا أن كلام الأصحاب مطلق} في تقديم قولها في المسألتين، ولهذا الإطلاق يشكل التخصيص السابق للنزاع، وإن كان أوفق بالأصل.

[وولد المملوكة إذا حصلت الشروط الثلاثة] {وهي الدخول، وولادته لسته أشهر فصاعداً، ولم يتجاوز الأقصى} [يلحق به، وكذلك ولد المتعة] لإطلاق أدلة الشروط الثلاثة الشامل للدائم والمتمتع والمملوك {ولا يجوز له نفيه} إلا مع العلم بانتفائه {لمكان الشبهة فيها} كما هو المشهور بينهم، لصحيح سعيد بن يسار عن أبي الحسن عليه السلام: (عن الجارية تكون للرجل يطيف بها وهي تخرج فتعلق، قال: أيتهمها الرجل أو يتهمها أهله؟ قلت: أما ظاهره فلا، قال: إذا لزمه الولد)^(١) ونحوه غيره [لكن لو نفاه انتفى] {ظاهراً} [بغير لعان فيها وإن فعل حراماً] {حيث نفى ما حكم الشارع ظاهراً بلحقه به، أما ولد الأمة فموضع وفاق، ولتعليق اللعان على رمي الزوجة في الآية} الشريفة في قوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾^(٢).

{وأما ولد المتعة فانتفاؤه بذلك هو المشهور، ومستنده غلبة إطلاق الزوجة على الدائمة} بل انصرافه إليها، مضافاً إلى صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يلاعن الحر الأمة ولا الذمية، ولا التي يتمتع بها)^(٣) ونحوه غيره {ومن ثم

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٦) نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

(٢) سورة النور، آية (٦).

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٥) اللعان، ح ٤.

حملت عليها آية الإرث} في قوله ﷺ: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾^(١) {وغيره} كقوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٢) وذهب المرتضى وجماعة إلى إلحاقها بالدائمة هنا؛ لأنها زوجة حقيقة، وإلا لحرمتم لقوله ﷺ: ﴿فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾^(٣) ويظهر ضعفه مما سبق.

[فلو عاد واعترف به صح] لاندراجه تحت عموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) [ولحق به] {بخلاف ما لو اعترف به أولاً ثم نفاه فإنه لا يتنفي عنه وألحق به} للزوم الإقرار، وعدم سماع ما ينافيه بعده، وللنصوص المستفيضة، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا أقر رجل بولد ثم نفاه لزمه)^(٤) ونحوه غيره.

[ولا يجوز نفي الولد] {مطلقاً} بلعان وغيره، في الدائم وغيره [لمكان العزل] {عن أمه} من غير خلاف معتد به {لإطلاق النص} الصحيح المشهور (الولد للفراش وللعاهر الحجر) {والفتوى بلحق الولد لفراش الواطئ، وهو صادق مع العزل ويمكن سبق الماء قبله} كما هو الظاهر من خبر أبي البخري عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام قال: (جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: كنت أعزل عن جارية لي فجاءت بولد؟ فقال عليه السلام: إن الوكاء قد ينفلت، فألحق به الولد)^(٥) ونحوه غيره.

(١) سورة النساء، آية (١٢).

(٢) سورة البقرة، آية (٢٣٤).

(٣) سورة المعارج، آية (٢١).

(٤) الوسائل، ج ٢٦، باب (٦) ميراث الملاءنة، ح ٢.

(٥) الوسائل، ج ٢١، باب (١٥) أحكام الأولاد، ح ١.

{وعلى ما ذكرناه} في تعريف الوطء من أنه التقاء الختانين مطلقاً {لا اعتبار بالإنزال في إلحاق الولد مطلقاً} أي بمجرد الإيلاج في القبل أو الدبر ولو لم ينزل {فمع العزل بالماء أولى} كما هو ظاهر الخبر المتقدم {وقيد العلامة هنا الوطء مع العزل بكونه قبلاً، والمصنف صرح في القواعد باستواء القبل والدبر في ذلك، وفي باب العدد صرحوا بعدم الفرق بينهما في اعتبار العدة} لصدق الوطء بمجرد الدخول الموجب لكلا الحكمين، ومنه يظهر أن تقييد العلامة تحكم.

[وولد الشبهة يلحق بالواطئ بالشروط] {الثلاثة} المتقدمة في إلحاق الولد [وعدم الزوج الحاضر] {الداخل بها بحيث يمكن إلحاقه به، والمولى في ذلك} بالنسبة لأتمته {في حكم الزوج} بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولعموم (الولد للفراش) {لكن لو انتفى عن المولى} لانتفاء الشروط {أغرم قيمة الولد يوم ولد سقطاً حياً لمولاه} لأن ولد الحر لا يكون رقاً، ومعه يفوت على المولى نهاء ملكه، فيجمع بين الحقين بدفع الواطئ قيمة الولد يوم ولد، ويحكم بحرية الولد، كما هو المشهور؛ لأنه وقت الحيلولة، وخبر سماعة قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوكة أتت قوماً وزعمت أنها حرة فتزوجها رجل منهم وأولدها ولداً ثم إن مولاهم أتاهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكة، وأقرت الجارية بذلك، فقال: تدفع إلى مولاهم هي وولدها وعلى مولاهم أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه... الحديث)^(١).

[ويجب] {كفاية} على من علم بها من النساء، لوجوب حفظ النفس المحترمة عند تحقق ما يخشى منه تلفها مع عدم الحضور [استبداد النساء] {أي انفرادهن}

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٦) نكاح العبيد والإماء، ح ٥.

[بالمرأة عند الولادة] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل ولا إشكال، كذا في الجواهر، ويؤيده ما دل من النصوص والفتاوى على قبول شهادة النساء منفردات بالولادة والاستهلال ونحوهما، كما مر في كتاب الشهادات [أو الزوج] مطلقاً سواء وجدت النساء أم لا، لعدم حرمة شيء عليه من غير خلاف ولا إشكال [فإن تعذر، فالرجال] {المحارم، فإن تعذرُوا، فغيرهم} وقدم المصنف {في القواعد الرجال الأقارب غير المحارم على الأجانب، وهنا أطلق الرجال} وهو أجود، لعدم الفرق بين الأقارب والأجانب من هذه الجهة.

{هذا جملة ما ذكره فيه، ولا يخلو من نظر، بل ذلك مقيد بما يستلزم اطلاعه على العورة، أما ما لا يستلزمه من مساعدتها فتحريمه على الرجال} مطلقاً {غير واضح، وينبغي فيما يستلزم الاطلاع على العورة تقديم الزوج مع إمكانه، ومع عدمه يجوز غيره} من غير فرق بين المحارم والأجانب {للضرورة كنظر الطبيب، وأما الفرق بين أقارب الرجال من غير المحارم، والأجانب فلا أصل له في قواعد الشرع} لحرمة نظرهم إلى المرأة مطلقاً.

[ويستحب غسل] بفتح العين [المولود] {حين يولد} كما هو المشهور، ولخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام عن آبائه عن علي عليه السلام قال: (اغسلوا صبيانكم من الغمر، فإن الشيطان يشم الغمر فيفزع الصبي في رقاده ويتأذى به الكاتبان) ^(١) وهو الأظهر، وقيل: بضم العين، وهو يقتضي الوجوب، لظاهر موثق سماعة قال:

(١) الوسائل، ج٣، باب (٢٧) الأغسال المسنونة، ح ١.

(سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غسل الجمعة - إلى أن قال -: وغسل المولود واجب)^(١) لكن الظاهر من الوجوب - هنا - أنه للإرشاد فلذا حمل على الاستحباب.

[والأذان في إذنه اليمنى، والإقامة في اليسرى] إجماعاً عندنا، ولموثق السكوني الآتي {ولیکن ذلك قبل قطع سرتة، فلا يصيبه لم، ولا تابعة، ولا يفزع، ولا تصيبه أم الصبيان} كما تضمنه خبر أبي يحيى الرازي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا ولد لكم المولود أي شيء تصنعون به؟ قلت: لا أدري ما يصنع به، قال: خذ عدسة جاوشر فديفه بهاء، ثم قطر في أنفه بالمنخر الأيمن قطرتين، وفي الأيسر قطرة، وأذن في أذنه اليمنى، وأقم في اليسرى، يفعل ذلك به قبل أن تقطع سرتة، فإنه لا يفزع أبداً، ولا تصبه أم الصبيان)^(٢) و {روي ذلك} في موثق السكوني {عن أبي عبد الله عليه السلام عن النبي ﷺ} (من ولد له مولود فليؤذن في أذنه اليمنى بأذان الصلاة، وليقم في أذنه اليسرى فإنها عصمة من الشيطان الرجيم)^(٣) ونحوه غيره.

[وتحنیکه بتربة الحسين عليه الصلاة والسلام، وماء الفرات] {وهو النهر المعروف} [أو ماء فرات] {أي عذب} كما هو المعروف بينهم، ولمرسل الكليني الآتي [ولو بخلطه بالتمر، أو بالعسل] {ليعذب إن لم يكن عذباً، وظاهر العبارة التخيير بين الثلاثة، والأجود الترتيب بينها فيقدم ماء الفرات مع إمكانه، ثم الماء الفرات بالأصالة، ثم بإصلاح ماله بالحلو، وفي بعض الأخبار} وهو مرسل الكليني

(١) الوسائل، ج ٣، باب (١) الأغسال المسنونة، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٥) أحكام الأولاد ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٥) أحكام الأولاد ح ١.

قال: وفي رواية أخرى { (حنكوا أولادكم بماء الفرات، وتربة الحسين عليه السلام فإذا لم يكن فيماء السماء) ^(١) والمراد بالحنك إدخال ذلك إلى حنكه وهو أعلى داخل الفم } .

{ وكذا يستحب تحنيكه بالتمر } تأسيساً به صلى الله عليه وآله حيث فعل ذلك بالحسين عليه السلام { بأن يمضغ التمرة ويجعلها في فيه ويوصلها إلى حنكه بسبابته حتى يتحلل في حلقه } ففي خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: { (قال أمير المؤمنين عليه السلام: حنكوا أولادكم بالتمر فكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وآله بالحسن والحسين عليه السلام) ^(٢) قال الهروي يقال: حنكه وحنكه بتخفيف النون وتشديدها } { وتسميته محمداً } { إن كان ذكراً } { إلى اليوم السابع، فإن غير } { بعد ذلك } { جاز } { قال الصادق عليه السلام } { في مرسل أحمد بن محمد عن بعض أصحابنا عن ذكره } { (لا يولد لنا ولد إلا سميناه محمد فإذا مضى سبعة أيام فإن شئنا غيرنا، وإلا تركنا) } ^(٣) { وأصدق الأسماء ما عبّد به الله } { أي اشتمل على عبوديته تعالى، كعبد الله، وعبد الرحمن، والرحيم، وغيره من أسمائه تعالى } .

[وأفضلها] { أي الأسماء مطلقاً } بما فيها ما تضمن العبودية [اسم محمد، وعلي، وأسماء الأنبياء، والأئمة عليهم السلام] { قال الباقر عليه السلام } { في مرسل أبي إسحاق ثعلبه عن أخبره } { (أصدق الأسماء ما سمي بالعبودية، وأفضلها أسماء الأنبياء) ^(٤) وعن الصادق عليه السلام } { في خبر عاصم الكوزي } { (أن النبي صلى الله عليه وآله قال: من ولد له أربعة أولاد ولم يسم أحدهم باسمي فقد جفاني) ^(٥)، وعنه عليه السلام } { في ذيل خبر أبي هارون مولى آل جعدة - إلى أن قال -: (واعلم أنه ليس في الأرض داراً فيها اسم محمد إلا وهي

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٦) أحكام الأولاد ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٦) أحكام الأولاد ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٤) أحكام الأولاد ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٣) أحكام الأولاد ح ١.

(٥) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٤) أحكام الأولاد ح ٢.

تقدس كل يوم^(١) وعن الحسين عليه السلام في حديث طويل { عن عبد الرحمن بن محمد العرزمي قال: (استعمل معاوية مروان بن الحكم على المدينة وأمره أن يفرض لشباب قريش، ففرض لهم، فقال علي بن الحسين عليه السلام: فأتيته فقال: ما اسمك؟ فقلت: علي بن الحسين، فقال: ما اسم أخيك؟ فقلت: علي، فقال علي وعلي، ما يريد أبوك أن يدع أحداً من ولده إلا سماه علياً؟! ثم فرض لي، فرجعت إلى أبي فأخبرته، فقال: ويلى علي ابن الزرقاء دباغة الأدم { لو ولد لي مئة، لأحببت أن لا أسمى أحداً منهم إلا علياً^(٢)، وقال الرضا عليه السلام { في خبر سليمان الجعفري { (لا يدخل الفقر بيتاً فيه اسم محمد، أو أحمد، أو علي، أو الحسن والحسين، أو جعفر، أو طالب، أو عبد الله، أو فاطمة من النساء)^(٣) } ونحوها غيرها.

[وتكنيته] بالكنى الحسنة { بأبي فلان إن كان ذكراً، أو أم فلان إن كان أنثى، قال الباقر عليه السلام { في خبر معمر بن خيثم (قال لي أبو جعفر عليه السلام ما تكنى؟ قال: ما اكنيت بعد، ومالي من ولد ولا امرأة ولا جارية، قال: فما يمنعك من ذلك؟ قال: قلت: حديث بلغنا عن علي عليه السلام قال: وما هو؟ قلت: بلغنا عن علي عليه السلام إنه قال: من اكنى وليس له أهل فهو أبو جعر* فقال أبو جعفر عليه السلام: شوه ليس هذا من حديث علي { وإنا لنكني أولادنا في صغرهم مخافة النبز* أن يلحق بهم)^(٤) } ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج٢١، باب (٢٤) أحكام الأولاد ح ٤.

(٢) الوسائل، ج٢١، باب (٢٥) أحكام الأولاد ح ١.

(٣) الوسائل، ج٢١، باب (٢٦) أحكام الأولاد ح ١.

★ ما ييس من الثفل في الدبر، النهاية الاثرية، ج١، ص (٢٧٥).

★ النبز: اللقب الذميم، وفي المسالك: النبز ما يكره من اللقب.

(٤) الوسائل، ج٢١، باب (٢٧) أحكام الأولاد ح ١.

[ويجوز اللقب] {وهو ما أشعر من الأعلام بمدح، أو ذم، والمراد هنا الأول خاصة} {ويكره الجمع بين كنيته} {بضم الكاف} {بأبي القاسم وتسميته محمداً، قال الصادق عليه السلام} [في موثق السكوني] {إن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن أربع كنى، عن أبي عيسى، وعن أبي الحكم، وعن أبي مالك، وعن أبي القاسم إذا كان الاسم محمداً} ^(١) {وأن يسمى حكماً، أو حكيماً، أو خالداً، أو حارثاً، أو ضراراً، أو مالكا} {قال الباقر عليه السلام} في خبر محمد بن مسلم {أبغض الأسماء إلى الله تعالى حارث، ومالك، وخالد} ^(٢)، وعن الصادق عليه السلام {في صحيح حماد بن عثمان} {أن رسول الله صلى الله عليه وآله دعا بصحيفة حين حضره الموت يريد أن ينهى عن أسماء يسمى بها فقبض ولم يسمها، منها الحكم، وحكيم، وخالد، ومالك، وذكر أنها ستة أو سبعة مما لا يجوز أن يسمى بها} ^(٣) {ومن الغريب إنكار الشارح في المسالك التصريح بالنهي عن ضرار بخصوصه، مع أنه ورد في حديث يقرب من الصحيح عن جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله على منبره: ألا إن خير الأسماء: عبد الله، وعبد الرحمن، وحارثة، وهمام، وشر الأسماء ضرار، ومرة، وحرب، وظالم} ^(٤).

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٩) أحكام الأولاد ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٨) أحكام الأولاد ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٨) أحكام الأولاد ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢١، باب (٢٨) أحكام الأولاد ح ٥.

أحكام الأولاد

[وأحكام الأولاد: أمور] [منها: - العقيقة، والحلق، والختان، وثقب الأذن اليمنى] {في شحمتها، واليسرى في أعلاها كل ذلك} {في اليوم السابع} {من يوم ولد، ولو في آخر جزء من النهار، قال الصادق عليه السلام} {في صحيح على} {العقيقة واجبة} ^(١) {وفي صحيح أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (كل إنسان مرتين بالفطرة {وكل مولود مرتين بعقيقته} ^(٢)، وعنه عليه السلام} {في خبر عبد الله بن سنان قال: {عق عنه، واحلق رأسه يوم السابع} وتصدق بوزن شعره ذهباً أو فضة، وأعط القابلة طائفة من ذلك، فأى فعلت فقد أجزأك} ^(٣) {وعنه عليه السلام} {في موثق مسعدة بن صدقة قال: {اختلفوا أولادكم لسبعة أيام فإنه أطهر وأسرع لنبات اللحم، وأن الأرض لتكره بول الأغلف} ^(٤) {وعنه عليه السلام} {في موثق مسعدة بن صدقة قال: {إن ثقب أذن الغلام من السنة، وختانه لسبعة أيام من السنة} ^(٥) وفي خبر آخر {عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام} {عن النبي ﷺ} {تتنجس الأرض من بول الأغلف أربعين صباحاً} ^(٦)، وفي آخر {عن عبد الله بن جعفر أنه كتب إلى أبي محمد عليه السلام أنه

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٣٨) أحكام الأولاد ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢١ باب (٣٨) أحكام الأولاد ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٤) أحكام الأولاد ح ٧.

(٤) الوسائل، ج ٢١ باب (٥٢) أحكام الأولاد ح ٥.

(٥) الوسائل، ج ٢١ باب (٥١) أحكام الأولاد، ح ١.

(٦) الوسائل، ج ٢١ باب (٥٢) أحكام الأولاد، ح ٤.

روي عن الصادق عليه السلام (أن اختنوا أولادكم يوم السابع يطهروا {فإن الأرض تضحج إلى الله تعالى من بول الأغلف})^(١) الحديث.

[وليكن الخلق] {لرأسه} [قبل] {ذبح} [العقيقة، ويتصدق بوزن شعره ذهباً، أو فضة] {قال إسحاق بن عمار للصادق عليه السلام: بأي ذلك نبدا؟ فقال: عليه السلام بحلق رأسه، ويعق عنه، ويتصدق بوزن شعره فضة يكون ذلك في مكان واحد}^(٢)، وفي خبر آخر {بل في أخبار عدة، كموثق سماعة قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: الصبي يعق عنه، ويحلق رأسه وهو ابن سبعة أيام، ويوزن شعره، ويتصدق بوزن شعره ذهب أو فضة... الحديث)^(٣) ونحوه غيره وهو مستفيض.

[ويكره القنازع] {وهو أن يحلق من الرأس موضعاً، ويترك موضعاً في أي جانب كان} كما عن النهاية الاثرية والقاموس كما وقد {روي ذلك عن أمير المؤمنين عليه السلام} في موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا تحلقوا الصبيان القنز، والقنز أن يحلق موضعاً ويترك موضعاً)^(٤) {وفي خبر آخر عن الصادق عليه السلام} {لابن القداح} {أنه كره القنز في رؤوس الصبيان، وذكر أن القنز أن يحلق الرأس إلا قليلاً وسط الرأس تسمى القنزعة)^(٥) {وفي المصدر القنز، فتدبر ولا حظ؛ لأنه غالباً ما ينقل مضمون الحديث، لا نصه} {وعنه عليه السلام} في موثق

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٥٢) أحكام الأولاد، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٤) أحكام الأولاد، ح ٩.

(٣) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٤) أحكام الأولاد، ح ٦.

(٤) الوسائل، ج ٢١ باب (٦٦) أحكام الأولاد، ح ١.

(٥) الوسائل، ج ٢١ باب (٦٦) أحكام الأولاد، ح ٣.

السكوني } (قال: أتى النبي ﷺ بصبي يدعو له وله قنازع فأبى أن يدعو له، وأمر أن يخلق رأسه)^(١).

[ويجب على الصبي الختان عند البلوغ] {أي بلا فصل لو ترك وليه ختانه} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر. ولموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا أسلم الرجل اختن ولو بلغ ثمانين سنة)^(٢) ونحوه غيره.

{وهل يجب على الولي ذلك قبله؟ وجهان: من عدم التكليف حينئذٍ} إجماعاً، وظهور ما تضمن خطاب الولي من النصوص في الاستحباب، خصوصاً المصرح به في جواز التأخير {واستلزام تأخيره إلى البلوغ تأخير الواجب المضيق عن أول وقته، وفي التحرير: لا يجوز تأخيره إلى البلوغ وهو دال على الثاني، ودليله غير واضح} وضعفه ظاهر.

[ويستحب خفض النساء وإن بلغن] بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر {قال الصادق عليه السلام} في موثق مسعدة بن صدقة {(خفض النساء مكرمة} وليس من السنة، والمراد بها - هنا - السنة الواجبة التي أتى بها إبراهيم الخليل عليه السلام وأقرها الإسلام، لا شيئاً واجباً {وأي شيء أفضل من المكرمة)^(٣) ونحوه غيره.

[والعقيدة] مستحبة استحباباً مؤكداً، كما هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، خلافاً لابن الجنيد والمرتضى حيث أوجباها استناداً إلى خبر أبي بصير

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٦٦) أحكام الأولاد، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢١ باب (٥٥) أحكام الأولاد، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١ باب (٥٦) أحكام الأولاد، ح ٣.

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن العقيقة، أو أجابة هي؟ قال: نعم، واجبة)^(١) ونحوه غيره لكنها ضعاف الأسناد ولا تقاوم ما ظاهره الاستحباب، كصحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سمعتة يقول: كل امرئ مرتين يوم القيامة بعقيقته، والعقيقة أو جب من الأضحية)^(٢) ونحوه غيره مما هو ظاهر في الاستحباب المؤكد، كما وهو مقتضى الجمع بين النصوص، وهي [شاة] {أو جزور} ففي موثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا ولد لك غلام أو جارية فعق عنه يوم السابع شاة أو جزوراً... الحديث)^(٣) ونحوه غيره، ويستحب أن [تجتمع فيها شرائط الأضحية] {وهي السلامة من العيوب والسمن، والسن} كما مر في كتاب الحج {على الأفضل} وقد يكون لموثق عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - أنه قال في العقيقة: (يذبح عنه كبش، فإن لم يوجد كبش أجزأه ما يجزي في الأضحية، وإلا فحمل أعظم ما يكون من حملان السنة)^(٤) ونحوه غيره.

{ويجزي فيها مطلق الشاة، قال الصادق عليه السلام في صحيح منهال القباط {إنما هي شاة لحم ليست بمنزلة الأضحية يجزي منها كل شيء}^(٥) {وخيرها أسمنها}^(٦) { كما في ذيل خبر مرازم.

[ويستحب مساواتها للولد في الذكورة والأنوثة] فعن الخلاف عليه إجماع الفرقة، ولخبر محمد بن مارد عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (إن كان ذكراً

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٨) أحكام الأولاد، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٨) أحكام الأولاد، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٤) أحكام الأولاد، ح ٧.

(٤) الوسائل، ج ٢١، باب (٤١) أحكام الأولاد، ح ١.

(٥) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٥) أحكام الأولاد، ح ١.

(٦) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٥) أحكام الأولاد، ح ٢.

عق عنه ذكراً، وإن كان أنثى عق عنها أنثى^(١) ونحوه غيره {ولو خالفته أجزأت} قطعاً، لتضافر النصوص بذلك، كصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (العقيدة في الغلام والجارية سواء)^(٢) ونحوه غيره.

[والدعاء بالمأثور] {وهو} كثير ومتنوع ومن جملته {بسم الله وبالله اللهم هذه عقيدة عن فلان لحمها بلحمه، ودمها بدمه، وعظمها بعظمه، اللهم اجعله وقاءً لآل محمد ﷺ رواه الكرخي عن أبي عبد الله عليه السلام^(٣) وعن الباقر عليه السلام} كما في مرسل يونس عن بعض أصحابه {قال: (إذا ذبحت فقل: بسم الله وبالله والله أكبر إيماناً بالله، وثناءً على رسول الله ﷺ والعصمة لأمره، والشكر لرزقه، والمعرفة بفضلته علينا أهل البيت، فإن كان ذكراً فقل: اللهم إنك وهبت لنا ذكراً وأنت أعلم بما وهبت، ومنك ما أعطيت، وكل ما صنعنا فتقبله منا على سنتك وسنة نبيك ﷺ، واخسأ عنا الشيطان الرجيم، اللهم لك سفكت الدماء لا شريك لك والحمد لله رب العالمين)^(٤) وعن الصادق عليه السلام مثله} في مرسل سهل بين زياد عن بعض أصحابه {وزاد فيه: (اللهم لحمها بلحمه، ودمها بدمه، وعظمها بعظمه، وشعرها بشعره، وجلدها بجلده، اللهم اجعلها وقاءً لفلان بن فلان)^(٥) وعنه عليه السلام} في موثق عمار قال: {إذا أردت أن تذبح العقيدة قلت: يا قوم إني بريء مما تشركون، إني وجهت وجهي للذي فطر السماوات والأرض حنيفاً مسلماً وما أنا من المشركين إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين، اللهم منك ولك بسم الله والله

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٢) أحكام الأولاد، ح ٧.

(٢) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٢) أحكام الأولاد، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٦) أحكام الأولاد، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٦) أحكام الأولاد، ح ٤.

(٥) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٦) أحكام الأولاد، ح ٥.

أكبر، وتسمي المولود باسمه ثم تذبح^(١)، وعنه عليه السلام { في خبر محمد بن مارد قال: {يقال عند العقبة: اللهم منك ولك ما وهبت وأنت أعطيت اللهم فتقبله منا على سنة نبيك صلى الله عليه وآله وسلم ونستعيز بالله من الشيطان الرجيم، وتسمي وتذبح وتقول: لك سفكت الدماء لا شريك لك والحمد لله رب العالمين، اللهم اخسأ عنا الشيطان الرجيم^(٢) فهذه جملة ما وقفت عليه من المأثور { وبقي ما تضمنه خبر الكاهلي، ومرسل يونس الآخر وهو قريب مما تقدم.

[وسؤال الله تعالى أن يجعلها فدية] كما في مرسل سهل المتقدم {لحمًا بلحم، وعظمًا بعظم، وجلدًا بجلد، وهذا داخل في المأثور فكان يستغنى عن تخصيصه، ولعله لمزيد الاهتمام به، أو التنبيه عليه حيث لا يتفق الدعاء بـ {نص {المأثور} [ولا تكفي الصدقة بئمنها] {وإن تعذرت، بل ينتظر الوجدان بخلاف الأضحية} بلا خلاف، كما في الجواهر، والأصل عدم الإجزاء {قليل للصادق عليه السلام} { في موثق ابن بكير {إننا طلبنا العقبة فلم نجدها فما ترى نتصدق بئمنها؟ فقال: لا إن الله تعالى يحب إطعام الطعام، وإراقة الدماء^(٣) } ونحوه غيره.

[ولتخص القابلة بالرجل والورك] ففي صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في المولود قال: (يسمى في اليوم السابع، ويعق عنه، ويحلق رأسه، ويتصدق بوزن شعره فضه، ويبعث إلى القابلة بالرجل مع الورك، ويطعم منه ويتصدق^(٤)) ونحوه غيره {وفي بعض الإخبار { كما تضمنه موثق عمار { (إن لها ربع العقبة)^(٥) } ونحوه

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٦) أحكام الأولاد، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٦) أحكام الأولاد، ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٠) أحكام الأولاد، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٤) أحكام الأولاد، ح ١.

(٥) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٤) أحكام الأولاد، ح ٤.

غيره {وفي بعضها ثلثها} كما تضمنه خبر أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام ^(١) {ولو لم تكن قابلة تصدقت به الأم بمعنى: أن حصة القابلة تكون لها، وإن كان الذابح الأب، ثم هي تتصدق بها؛ لأنه يكره لها الأكل كما سيأتي، ولا تختص الصدقة بالفقراء، بل تعطي من شئت، كما ورد في الخبر} الموثق - المتقدم - عن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (وسألته عن العقيقة عن المولود كيف هي؟ - إلى أن قال -: وإن لم تكن قابلة فلائمه تعطيها من تشاء... الحديث) ^(٢) وهو مطلق يشمل الفقير وغيره.

[ولو بلغ الولد ولما يعق عنه استحَب له العقيقة عن نفسه] اتفاقاً [وإن شك] {الولد هل عَق عنه أم لا؟} {فليعق} {هو} {إذ الأصل عدم عقيقة أبيه} {ولرواية عبد الله بن سنان عن عمر بن يزيد قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني والله ما أدري كان أبي عَق عني أم لا؟ قال: فأمرني أبو عبد الله عليه السلام فعققت عن نفسي وأنا شيخ كبير) ^(٣)، وقال عمر: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: (كل امرئ مرتين بعقيقته والعقيقة أوجب من الأضحية) ^(٤)} والوجوب هنا بمعنى الأهمية القصوى، لا الوجوب المصطلح.

[ولو مات الصبي يوم السابع بعد الزوال لم يسقط] الاستحباب [وقبله يسقط] {روي ذلك} صحيحاً عن {إدريس بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام} قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مولود يولد فيموت يوم السابع هل يعق عنه؟ فقال: إن كان مات قبل الظهر لم يعق عنه، وإن مات بعد الظهر عَق عنه) ^(٥) وقد يقال: إن الساقط تأكد الاستحباب، لإطلاق الأدلة باستحباب العَق عنه من حين الولادة.

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٧) أحكام الأولاد، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٤) أحكام الأولاد، ح ٤.

(٣) الوسائل، ج ٢١ باب (٣٩) أحكام الأولاد، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢١ باب (٣٨) أحكام الأولاد ح ١.

(٥) الوسائل، ج ٢١ باب (٦١) أحكام الأولاد، ح ١.

[ويكره للوالدين أن يأكلا منها شيئاً، وكذا من في عيالهما] {وإن كانت القابلة منهم، لقول الصادق عليه السلام} { في خبر أبي خديجة قال: { (لا يأكل هو ولا أحد من عياله من العقيقة، وقال: وللقابلة ثلث العقيقة، فإن كانت القابلة أم الرجل أو في عياله فليس لها منها شيء، وتتأكد الكراهة في الأم، لقوله عليه السلام في هذا الحديث: (يأكل العقيقة كل أحد إلا الأم)}^(١) نعم ورد في خبر يحيى بن أبي العلاء عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سمى رسول الله عليه السلام حسناً وحسيناً يوم سابعهما، وعق عنهما شاة شاة، وبعثوا برجل شاة إلى القابلة، ونظروا ما غيره فأكلوا منه، واهدوا إلى الجيران... الحديث)^(٢) ونحوه غيره، ولو لا اشتها تلك النصوص والعمل على طبقها بين أكثر الأصحاب لقلنا: باستحباب الأكل منها تأسيماً به صلى الله عليه وآله.

[وأن تكسر عظامها، بل تفصل أعضاء] {لقوله عليه السلام في هذا الخبر} المتقدم عن أبي خديجة { (وتجعل أعضاء ثم يطبخها) } لكنه كما ترى! ضرورة أن ذلك لا يقتضي كراهة الكسر، لا سيما بعد موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه سئل عن العقيقة إذا ذبحت يكسر عظمها؟ قال: نعم، يكسر عظمها، ويقطع لحمها، ويصنع بها بعد الذبح ما شئت)^(٣).

[ويستحب أن يدعى لها المؤمنون، وأقلهم عشرة] {قال الصادق عليه السلام} { فيما تضمنه موثق عمار { (يطعم عشرة من المسلمين، فإن زاد فهو أفضل) وفي الخبر السابق: (لا يعطيها إلا لأهل الولاية) } [وأن يطبخ طبخاً] {دون أن تفرق لحماً، أو تشوى على النار، لما تقدم} في خبر أبي خديجة {من الأمر بطبخها، والمعتبر مسماها،

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٧) أحكام الأولاد، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١ باب (٥٠) أحكام الأولاد، ح ٤.

(٣) الوسائل، ج ٢١ باب (٤٤) أحكام الأولاد، ح ١٧.

وأقله أن يطبخ} [بالماء والملح] {ولو أضيف إليهما غيرهما فلا بأس، لإطلاق الأمر}
بالطبخ {الصديق به، بل ربما كان أكمل، وما ذكره المصنف للتنبيه على أقل ما يتأدى به
الطبخ، لا الحصر؛ إذ لم يرد نص بكون الطبخ بالماء والملح خاصة، بل به مطلقاً} من
دون تقييد بشيء.

[ومنها: الرضاع]

[فيجب على الأم إرضاع اللبأ] {بكسر اللام، وهو: أول اللبن في النتاج، قاله الجوهري، وفي نهاية ابن الأثير: هو أول ما يـحلب عند الولادة. ولم أقف على تحديد مقدار ما يجب منه، وربما قيده بعض بثلاثة أيام، وظاهر ما نقلناه عن أهل اللغة أنه حلبة واحدة، وإنما وجب عليها ذلك؛ لأن الولد لا يعيش بدونه} كما نسب إلى بعض الأطباء، لكنه محل تأمل؛ لتكذيب الوجدان له، فكم من طفل عاش من دونه كما شاهدناه {ومع ذلك لا يجب عليها التبرع به، بل} {بأجرة على الأب} الموسر بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر؛ لأن ذلك من موارد نفقته الواجبة عليه إجماعاً، كذا في الجواهر، ولقوله ﷺ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾^(١) هذا [إن لم يكن للولد مال] {وإلا ففي ماله، جمعاً بين الحقين} حق الولد بلزوم إرضاعه اللبأ، وحق الوالدة باستحقاقها الأجرة {ولا منافاة بين وجوب الفعل، واستحقاق عوضه، كبذل المال في المخصصة للمحتاج، وبذلك يظهر ضعف ما قيل} والقائل المقداد في التنقيح {بعدم استحقاق الأجرة عليه، لوجوبه عليها، لما علم من عدم جواز أخذ الأجرة على العمل الواجب، والفرق؛ أن الممنوع من أخذ أجرته هو نفس العمل} وهو - هنا - الإرضاع {لا عين المال الذي يجب بذله، واللبأ من قبيل الثاني، لا الأول} كما هو أوضح من أن يخفى {نعم يجيء على هذا: أنها لا تستحق أجرة على إيصاله إلى فمه؛ لأنه عمل واجب} نعم لو مات الأب وجب من مال الولد، لصحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل

(١) سورة الطلاق آية، (٦).

توفي وترك صبياً فاسترضع له، قال: أجر رضاع الصبي مما يرث من أبيه وأمه^(١) ونحوه غيره.

{وربما منع من كونه لا يعيش بدونه} كما هو الأظهر {فينقذ حينئذٍ عدم الوجوب، والعلامة قطع في القواعد بكونه لا يعيش بدونه، وقيد بعضهم بالغالب وهو أولى} لدعوى بعض أهل الخبرة: من أن اللبا هو الذي يحفز جهاز المناعة من الأمراض عند الإنسان، لكنه ليس على إطلاقه، بل إذا ثبت الضرر على الولد بدونه فعند ذلك يقدر دفعه بقدره، والله عز وجل هو العالم.

[ويستحب أن ترضعه] لأنها أفضل المراضع بالنسبة إليه، لصحيح طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: ما من لبن رضع به الصبي أعظم بركة عليه من لبن أمه)^(٢) [طول المدة المعتبرة في الرضاع] {وهي حولان كاملان لمن أراد أن يتم الرضاعة، فإن أراد الاقتصار على أقل المجزي فأحد وعشرون شهراً} لأن الغالب في مدة الحمل هي تسعة أشهر فإذا طرحت من ثلاثين شهراً التي هي مدة الحمل والرضاع معاً بقي ما ذكر، ولموثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (الرضاع واحد وعشرون شهراً فما نقص فهو جور على الصبي)^(٣) {ولا يجوز نقصانه عنها} لأنه جور على الولد، ولا بد من حمله على الرجحان، لا الحرمة المصطلحة، لاستحباب أصل الحكم {ويجوز الزيادة على الحولين شهراً وشهرين خاصة} كما عن جمع منهم المحقق مدعين بأنه مروى، ولم أطلع عليه فيما بين يدي من المصادر، فالأولى عدم التقييد بهما طبقاً لصحيح سعد بن سعد الأشعري عن أبي

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٧١) أحكام الأولاد، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢١ باب (٦٨) أحكام الأولاد، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢١ باب (٧٠) أحكام الأولاد، ح ٥.

الحسن الرضاء عليه السلام قال: (سألته عن الصبي، هل يرضع أكثر من سنتين؟ فقال: عامين، فقلت: فإن زاد على سنتين، هل على أبيه من ذلك شيء؟ قال: لا) ^(١) وهو يتفق غالباً مع عدم إمكان الفطام عند رأس السنتين بالضبط {لكن لا تستحق المرضعة على الزائد أجره} لعدم حاجة الولد إليه بعد تحديد الرضاع شرعاً بعامين.

{وإنما كان إرضاع الأم مستحباً؛ لأن لبنها أوفق بمزاجه، لتغذيته به في الرحم دماً} والأولى تعليله بما تضمنه صحيح طلحة المتقدم [والأجرة كما قلناه] {من كونها في مال الولد إن كان له مال وإلا فعلى الأب وإن علا كما} تقدم، و{سيأتي مع يساره، وإلا فلا أجرة لها، بل يجب عليها كما يجب عليها الإنفاق عليه لو كان الأب معسراً} فترضعه بلا أجرة، لوجوبه عليها؛ لأنه من جملة النفقة الواجبة عليها حينئذ.

[ولها إرضاعه] {حيث يستأجرها الأب} [بنفسها وبغيرها] حتى وإن كانت مطلقة بائناً، بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر، نعم لو كانت زوجة له أو لغيره فالمشهور الجواز، خلافاً للشيخ في المبسوط؛ حيث منع من استئجارها للإرضاع، لعدم قدرتها على التسليم باعتبار ملك الزوج للاستمتاع بها، ويشكل: بأن استئجار الزوج لزوجته إسقاط منه لحقه، بل هو أولى بالصحة من أجير أذن له المؤجر بالإجارة من غيره، نعم لو كان المستأجر الغير فلا ريب في تقييده بما لا ينافي حقه، هذا {إذا لم يشترط عليها إرضاعه بنفسها، كما في كل أجير مطلق} لعموم (المؤمنون عند شروطهم) [وهي أولى] {بإرضاعه ولو بالأجرة} [إذا قنعت بما يقع به الغير] اتفاقاً، ولصحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا طلق الرجل المرأة وهي حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها، وإذا وضعته أعطاها أجرها

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٧٠) أحكام الأولاد، ح ٤.

ولا يضارها، إلا أن يجد من هو أرخص أجراً منها، فإن هي رضى بذلك الأجر فهي أحق بابنها حتى تفضمه^(١) ومثله غيره {أو قنعت به أنقص، أو تبرعت} فهي أحق به {بطريق أولى فيهما} أي النقصان والتبرع.

[ولو طلبت زيادة] {عن غيرها} [جاز للأب انتزاعه منها وتسليمه إلى الغير] {الذي يأخذ أنقص أو يتبرع} بلا خلاف ولا إشكال، لقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتَ مِنْهُمَا يُؤْتَ كِلَاهُمَا ذِكْرُ اللَّهِ أَكْبَرُ وَاللَّهُ يَخْتَارُ﴾ ولموثق داود بن الحصين الآتي وغيره {ويفهم من قوله: انتزاعه وتسليمه: سقوط حضانتها أيضاً، وهو أحد القولين، ووجهه لزوم الحرج بالجمع بين كونه في يدها، وتولي غيرها إرضاعه، ولظاهر رواية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام: (إن وجد الأب من يرضعه بأربعة دراهم وقالت الأم: لا أرضعه إلا بخسمة دراهم، فإن له أن ينزعه منها)^(٢) والأقوى بقاء الحضانة لها} جمعاً بين الحقين {لعدم تلازمهما، وحيث فتأتى المرضعة وترضعه عندها مع الإمكان، فإن تعذر، حمل الصبي إلى المرضعة وقت الإرضاع خاصة، فإن تعذر جميع ذلك، اتجه سقوط حقها من الحضانة، للحرج والضرر} المنفيين.

[وللمولى إجبار أمته على الإرضاع لولدها وغيره] بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر {لأن منافعتها مملوكة له، فله التصرف فيها كيف شاء، بخلاف الزوجة، حرة كانت أم مملوكة لغيره، معتادة لإرضاع أولادها أم غير معتادة؛ لأنه لا يستحق بالزوجية منافعتها، وإنما يستحق الاستمتاع} بها خاصة.

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٨١) أحكام الأولاد، ح ٢.

(٢) سورة الطلاق، آية (٦).

(٣) الوسائل، ج ٢١ باب (٨١) أحكام الأولاد، ح ١.

[ومنها: الحضانة]

[بافتتاح وهي: ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصلحته: - من حفظه، وجعله في سريره، ورفع كحلته، ودهنه، وتنظيفه، وغسل خرقة وثيابه، ونحوه، وهي بالأنثى أليق منها بالرجل} لمزيد حرصها وشفقتها ومناسبة مثل هذه الأمور لطبعها مما خلقها الله ﷻ من أجلها.

[فالأم أحق بالولد مدة الرضاع] {وإن كان الولد} [ذكرًا إذا كانت] {الأم} [حرة مسلمة] {عاقلة} سواء كانت المرضعة له هي أم غيرها، بلا خلاف معتد به أجده فيه، كما في الجواهر، بل في الرياض: إجماعاً، نصاً، وفتوى: ولقوله ﷻ ﴿لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا﴾^(١) ولما تقدم من النصوص الدالة على أحقية الأم بولدها [أو كانا] {أي الأبوان} معاً {رقيقين أو كافرين} فإنه يسقط اعتبار الحرية في الأول، والإسلام في الثاني، لعدم الترجيح {لأحد الأبوين على الآخر، ويكون المرجح عموم ثبوت حضانة الأم مدة الرضاع} ولو كانت الأم خاصة حرة مسلمة فهي أحق بالولد مطلقاً} سواء كان ذكرًا أم أنثى {من الأب الرق} لأن منفعتة مملوكة لسيده، فمع تفرغه له يمنع من تفرغه للحضانة، ولصحيح الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (أيما امرأة حرة تزوجت عبداً فولدت منه أولاداً فهي أحق بولدها منه وهم أحرار، فإذا أعتق الرجل فهو أحق بولده منها لموضع الأب)^(٢) ونحوه غيره.

{أو الكافر} بناء على أن الحضانة ولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم، وللخشية على عقيدة الولد {إلى أن يبلغ وإن تزوجت} لأن الحضانة نحو ولاية،

(١) سورة البقرة، آية (٢٣٣).

(٢) الوسائل، باب (٧٣) أحكام الأولاد، ح ١.

وهي من السبيل ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(١) وخشية على عقيدة الولد ببقائه عنده، واقتباسه من أخلاقه وعاداته.

[فإن فصل] {عن الرضاع} [فالأم أحق بالأنثى سبع سنين] على الأشهر، بل المشهور، كذا في الجواهر، بل عن الغنية الإجماع عليه، ولخبر أيوب بن نوح قال: (كتب إليه بعض أصحابه: كانت لي امرأة ولي منها ولد وخليت سبيلها فكتب عليه: المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأة)^(٢) ونحوه غيره، المحمولة على الأنثى جمعاً بين النصوص {وقيل} والقائل المفيد والقاضي {إلى تسع} قال في الجواهر: إلا أنا لم نقف على مستنده {وقيل} والقائل الصدوق وابن الجنيد كما حكى عنهما {ما لم تتزوج الأم} استناداً إلى مرسل المنقري عن ذكره قال: (سئل أبو عبد الله عليه عن الرجل يطلق امرأته وبينهما ولد، أيها أحق بالولد؟ قال: المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج)^(٣) وهو محمول على ما قبل الفطام جمعاً بينه وبين غيره من النصوص {وقيل} والقائل الشيخ في الخلاف وابن الجنيد {إلى سبع فيهما} الذكر والأنثى {والأول مع شهرته جامع بين الأخبار المطلقة} في مطلق الحضانة ما لم تتزوج، أو السبع سنين، أو مدة الرضاع.

[والأب أحق بالذكر] {بعد فصاله} [إلى البلوغ] إجماعاً، كما عن السرائر، ولخبر داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه قال: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ قال: ما دام الولد في الرضاع فهو بين الأبوين بالسوية، فإذا فطم فالأب أحق به من

(١) سورة النساء، آية (١٤١).

(٢) الوسائل، ج ٢١ باب (٨١) أحكام الأولاد، ح ٦.

(٣) الوسائل، ج ٢١ باب (٨١) أحكام الأولاد، ح ٤.

الأم، فإذا مات الأب، فالأم أحق به من العصبية... الحديث^(١) [و] هو {أحق} [بالأنثى بعد السبع] على الأشهر، بل المشهور، كما في الجواهر، بل عن الغنية الإجماع عليه، لمكاتبة أيوب بن نوح قال: (كتبت إليه مع بشر بن بشار: جعلت فداك، رجل تزوج امرأة فولدت منه ثم فارقتها متى يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب: إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله، وإن تركه فله)^(٢) ونحوه غيره.

{والأقوى أن الخنثى المشكل هنا كالأنثى، استصحاباً لولاية الأم الثابتة عليه ابتداءً إلى أن يثبت المزيل، ولا ثبوت له قبل السبع، لعدم العلم بالذكورية التي هي مناط زوال ولايتها عنه بعد الحولين، وأصالة عدم استحقاقه الولاية قبلها} ويشكل: بأن عموم نصوص السبع ليس بأولى من عموم نصوص التعليق على الفطام، الذي لم يعلم خروج غير الأنثى منه، فيتجه حينئذ الرجوع إلى إطلاق نصوص ولاية الأب على ولده المقتصر في تقييده على خصوص الحولين في حضانة الذكر، والسبع في الأنثى، فيبقى الخنثى في غير القدر المشترك - وهو الحولين - تحت الإطلاق، فينقطع الأصلان معاً {هذا كله إذا كان الأبوان موجودين، فإن مات أحدهما كان الآخر أحق بالولد مطلقاً} ذكراً كان أم أنثى {من جميع الأقارب إلى أن يبلغ} [و] {كذلك} [الأم أحق من الوصي] {أي وصي الأب} [بالابن] {وكذا بالبنت بعد السبع، كما هي أحق من الأقارب وإن تزوجت} بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل ظاهرهم الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولقوله عز وجل: ﴿لَا تَصَارُ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾^(٣) وأخذ الولد منها من دون إذن شرعي ضرر مرفوع، ولصحيح ابن سنان - يعني

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٨١) أحكام الأولاد، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١ باب (٨١) أحكام الأولاد، ح ٧.

(٣) سورة البقرة، آية (٢٣٣).

عبد الله - عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل مات وترك امرأة ومعها منه ولد، فألقته على خادم لها فأرضعته ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصي، فقال: لها أجر مثلها، وليس للوصي أن يخرجها من حجرها حتى يدرك ويدفع إليه ماله) ^(١) ونحوه غيره.

[فإن فقد الأبوان فالحضانة لأب الأب] {لأنه أب في الجملة، فيكون أولى من غيره من الأقارب؛ ولأنه أولى بالمال، فيكون أولى بالحضانة، وبهذا جزم في القواعد} وفاقاً للشيخ في موضع من المبسوط وابن إدريس والمحقق في الشرائع {فقدم الجد للأب على غيره من الأقارب، ويشكل: بأن ذلك لو كان موجباً لتقديمه لاقتضى تقديم أم الأم عليه؛ لأنها بمنزلة الأم، وهي مقدمة على الأب على ما فصل، وولاية المال لا مدخل لها في الحضانة، وإلا لكان الأب أولى من الأم، وكذا الجد له، وليس كذلك إجماعاً، والنصوص خالية من غير الأبوين من الأقارب، وإنما استفيد حكمهم من آية أولي الأرحام، وهي لا تدل على تقديمه على غيره في درجته، وبهذا جزم في المختلف وهو أجد} لأصالة عدم الأحقية في بعض الموارد ويتم الحكم في بعض الموارد الأخرى بعدم القول بالفصل.

[فإن فقد أبو الأب] {أو لم نرجحه} وفاقاً للأكثر [فللأقارب: الأقرب منهم] {إلى الولد} [فالأقرب] {على المشهور، لآية أولي الأرحام، فالجدة لأم كانت أم لأب وإن علت أولى من العمة والخالة} لأنها من المرتبة الثانية، وهما من المرتبة الثالثة في الإرث {كما أنها أولى من بنات العمومة والخؤولة، وكذا الجدة الدنيا، والعمة والخالة أولى من العليا منهن، وكذا ذكور كل مرتبة؛ لأن الأدنى أقرب عرفاً من الأعلى وإن

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٧١) أحكام الأولاد، ح ١.

كانوا جميعاً من مرتبة واحدة} كما هو صريح خبر عبيد الله بن علي عن الرضا عن آباءه عن علي عليه السلام: (أن النبي صلى الله عليه وآله قضى بابنة حمزة لخالتها، وقال: الخالة والدة)^(١) {ثم إن اتحد الأقرب فالحضانة مختصة به، وإن تعدد أقرع بينهم، لما في اشتراكها من الإضرار بالولد}.

{ولو اجتمع ذكر وأنثى ففي تقديم الأنثى قول} للعلامة في التحرير مع اعترافه بعدم النص فيه، فيكون {مأخذه: تقديم الأم على الأب، وكون الأنثى أوفق لتربية الولد، وأقوم بمصالحه لا سيما الصغير والأنثى، وإطلاق الدليل المستفاد من الآية} في قوله عز وجل: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾^(٢) {يقتضي التسوية بينهما، كما يقتضي التسوية بين كثير النصيب وقليله، ومن يمت بالأبوين وبالأُم خاصة، لاشتراك الجميع في الإرث}.

{وقيل} والقائل الشيخ في الخلاف ووافقه العلامة في القواعد {إن الأخت من الأبوين أولى من الأخت من الأم، وكذا أم الأب أولى من أم الأم، والجدّة أولى من الأخوات، والعمة أولى من الخالة؛ نظراً إلى زيادة النصيب، أو كثرة النصيب. وفيه نظر بين؛ لأن المستند - وهو الآية - مشترك، ومجرد ما ذكر لا يصلح دليلاً} لمخالفته لإطلاق الآية الشريفة، وخبر عبيد الله المتقدم.

{وقيل} والقائل ابن إدريس ومال إليه المحقق في الشرائع {لا حضانة لغير الأبوين اقتصاراً على موضع النص، وعموم الآية يدفعه} وهناك أقوال آخر لا مجال لاستعراضها في هذا المختصر.

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٧٣) أحكام الأولاد، ح ٤.

(٢) سورة الأنفال، آية (٧٥).

{ولو تزوجت الأم} {بغير الأب مع وجوده كاملاً} بالبلوغ والعقل والحرية والقدرة على الحضانة [سقطت حضانتها] {للنص} المستفيض كمفهوم صحيح داود الرقي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرة نكحت عبداً فأولدها أولاداً ثم إنه طلقها فلم تقم عنده مع ولدها وتزوجت، فلما بلغ العبد أنها تزوجت أراد أن يأخذ ولده منها وقال: أنا أحق بهم منك إن تزوجت، فقال: ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها وإن تزوجت حتى يعتق، هي أحق بولدها منه ما دام مملوكاً، فإذا أعتق فهو أحق بهم منها^(١) ونحوه غيره {و} {المعتضد بـ} {الإجماع} [فإن طلقت عادت] {الحضانة على المشهور، لزوال المانع منها، وهو تزويجها واشتغالها بحقوق الزوج التي هي أقوى من حق الحضانة}.

{وقيل} والقائل ابن إدريس {لا تعود لخروجها عن الاستحقاق بالنكاح فيستصحب، ويحتاج عوده إليها إلى دليل آخر، وهو مفقود، وله وجه وجيه} لاستناده إلى الأصل الشرعي {لكن الأشهر الأول، وإنما تعود بمجرد الطلاق إذا كان بائناً، وإلا فبعد العدة إن بقي لها شيء من المدة} لأنها في خلالها زوجة {ولو لم يكن الأب موجوداً لم تسقط حضانتها بالتزويج مطلقاً} في الدوام والمتعة، كان الولد ذكراً أو أنثى، طلقت أم لا، في مدة الحضانة كانت أم لا {كما مر} مع مدركه.

{وإذا بلغ الولد رشيداً سقطت الحضانة عنه} {لأنها ولاية، والبالغ الرشيد لا ولاية عليه لأحد، سواء في ذلك الذكر والأنثى، البكر والشيب} وله الانضمام إلى من شاء من الأبوين وغيرهما ويمكن تحصيل الإجماع عليه، كما في الجواهر، ولأصالة

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٧٣) أحكام الأولاد، ح ٢

عدم ولاية أحد على أحد {لكن يستحب له أن لا يفارق أمه خصوصاً الأنثى إلى أن تتزوج} رعاية لشفقتها، وقيامها بها يصلحها بحسب تجربتها.

{واعلم أنه لا شبهة في كون الحضانة حقاً لمن ذكر، ولكن هل تجب عليه مع ذلك أم له إسقاط حقه منها؟ الأصل} وهو عدم الوجوب {يقتضي ذلك، وهو الذي صرح به المصنف في قواعده فقال: لو امتنعت الأم من الحضانة صار الأب أولى به، قال: ولو امتنعا معاً فالظاهر إجبار الأب} دفعاً للضرر عن الولد {ونقل عن بعض الأصحاب وجوبها وهو حسن؛ حيث يستلزم تركها تضييع الولد، إلا أن حضانتها حيث تجب كفاية كغيره من المضطرين، وفي اختصاص الوجوب بذي الحق نظر} لعدم كون الاستلزام المذكور للترك منوطاً للوجوب العيني على ذي الحق {وليس في الأخبار ما يدل على غير ثبوت أصل الاستحقاق} فيجوز إسقاطه؛ لأنه غير مستلزم للوجوب، ولمكاتبة أيوب بن نوح قال: (كتب إليه بعض أصحابه: كانت لي امرأة ولي منها ولد وخليت سبيلها، فكتب: المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأة)^(١) فتعليقه الحضانة على مشيئتها يدل على أنه حق يجوز إسقاطه.

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٨١) أحكام الأولاد، ح ٦.

[النظر الثاني]: [في النفقات]

[وأسبابه ثلاثة: الزوجية، والقراة] {البعضية} [والملك] بإجماع الأمة، كما في الجواهر، وكتاباً، وسنة مستفيضة.

[فالأول: تجب نفقة الزوجة بالعقد الدائم] {دون المنقطع سواء في ذلك الحرة والأمة المسلمة والكافرة} إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، ولقوله عز وجل: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾^(١) ونحوها غيرها من الآيات الشريفة، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قلت: من الذي أجبر على نفقته؟ قال: الوالدان والولد والزوجة والوارث الصغير)^(٢) وموثق إسحاق بن عمار: (أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن حق المرأة على زوجها؟ قال: يشبع بطنها، ويكسو جثتها، وإن جهلت غفر لها، الحديث)^(٣) ونحوهما غيرها [بشرط التمكين الكامل] {وهو أن تخلي بينه وبين نفسها قولاً وفعلاً} [في كل زمان ومكان يسوغ فيه الاستمتاع] على وجه تحقق به عدم نشوزها الذي لا خلاف في اعتباره في وجوب الإنفاق، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر {فلو بذلت في زمان دون زمان، أو مكان كذلك يصلحان للاستمتاع، فلا نفقة لها} اتفاقاً، لتحقيق نشوزها بذلك، بل لو مكنته قبلاً ومنعت غيره من الدبر - عند من يجوزه - أو سائر الاستمتاع لا لعذر، سقطت نفقتها أجمع في وجه قوي.

(١) سورة الطلاق، آية (٧).

(٢) الوسائل، ج ٢١ باب (١) النفقات، ح ٩.

(٣) الوسائل، ج ٢١ باب (١) النفقات، ح ٣.

{وحيث كان مشروطاً بالتمكين} [فلا نفقة للصغيرة] {التي لم تبلغ سنّاً يجوز الاستمتاع بالجماع على أشهر القولين، لفقد الشرط وهو التمكين من الاستمتاع، وقال ابن إدريس: تجب النفقة على الصغيرة، لعموم وجوبها على الزوجة، فتخصيصه بالكبيرة الممكنة يحتاج إلى دليل. وسيأتي الكلام على هذا الشرط، ولو انعكس} {الفرض} {بأن كانت كبيرة ممكنة والزوج صغيراً وجبت النفقة} {على الأشهر} {لوجود المقتضي، وانتفاء المانع؛ لأن الصغر لا يصلح للمنع، كما في نفقة الأقارب فإنها تجب على الصغير والكبير، خلافاً للشيخ والقاضي في المذهب، وابن سعيد في الجامع، محتجاً بأصالة البراءة، وهي مندفعة بما دل على وجوب نفقة الزوجة الممكنة، أو مطلقاً} كما هو مذهب ابن إدريس {ولو قيل} والقاتل الشيخ ومن تبعه {إن الوجوب من باب خطاب الشرع المختص بالمكلفين، أمكن جوابه بكون التكليف - هنا - متعلقاً بالولي أن يؤدي من مال الطفل، كما يكلف بأداء أعواض متلفاته التي لا خلاف في ضمانه، أو قضاء ديونه وغراماته}.

[ولا للناشزة] {الخارجة عن طاعة الزوج ولو بالخروج من بيته بلا إذن، ومنع لمس بلا عذر} اتفاقاً، إما لعدم تحقق شرط النفقة وهو التمكين، وإما لكون النشوز مانعاً منها، ولموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول صلى الله عليه وآله: أيها امرأة خرجت من بيتها بغير إذن زوجها فلا نفقة لها حتى ترجع)^(١) ونحوه غيره.

[ولا للساكنة بعد العقد ما] {أي مدة} {لم تعرض التمكين عليه} {بأن تقول: سلمت نفسي إليك في أي مكان شئت، ونحوه وتعمل بمقتضى قولها حيث يطلب، ومقتضى ذلك أن التمكين الفعلي خاصة غير كاف} في وجوب النفقة {وأنه لا فرق في

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٦) النفقات، ح ١.

ذلك بين الجاهلة بالحال والعالمة، ولا بين من طلب منها التمكين وطالبته بالتسليم وغيره، وهذا هو المشهور بين الأصحاب، واستدلوا عليه بأن الأصل براءة الذمة من وجوب النفقة خرج منه حال التمكين بالإجماع فيبقى الباقي على الأصل. وفيه نظر؛ لأن النصوص { الموجبة للنفقة على الزوج { عامة أو مطلقة، فهي قاطعة للأصل إلى أن يوجد المخصص والمقيد { هذا إن بقينا على ما تقتضيه صناعة الاستدلال { إلا أن الخلاف { في شرطية التمكين في وجوب النفقة، لا بمجرد العقد { غير متحقق فالقول بما عليه الأصحاب متعين { لأنه مع عدم ظهور الخلاف يكون من المجمع عليه، ويشكل: بأنه ليس من الإجماع القطعي الذي قام الدليل على حجتيه، والعقد إنما أفاد كونها زوجة، والشارع أثبت النفقة للزوجة مطلقاً. نعم قد يستفاد كون التمكين شرطاً في وجوب النفقة مما دل على سقوط نفقتها بخروجها من بيته بغير إذنه، وكون ذلك موجباً للنشوز المانع من وجوب النفقة باعتبار وجوب طاعتها ولو على ظهر قتب وعرضها نفسها عليه غدوة وعشية، وعليه فلا فرق بين كون التمكين شرطاً وبين كون النشوز مانعاً، لاتحاد مصداق المراء من مفهوم التمكين وعدم النشوز بالنسبة إلى وجوب الإنفاق، اللهم إلا أن يقال: بأن المانع أمر عديم، والشرط أمر وجودي، فلو كان وجوب النفقة يسقط بالنشوز لم يلزم عليها عرض نفسها، بل يكفي العقد في وجوب الإنفاق عليها، فتأمل جيداً.

{ وتظهر الفائدة { بناء على ما ذكره من القولين { فيما ذكر { سابقاً { وفيما إذا اختلفا في التمكين، وفي وجوب قضاء النفقة الماضية، فعلى المشهور، القول قوله في عدمها عملاً بالأصل فيها { وهو أصالة عدم التمكين، وعدم وجوب القضاء { وعلى الاحتمال { في كون النشوز مانعاً، فيقدم { قولها؛ لأن الأصل بقاء ما وجب { من النفقة بمجرد العقد { كما يقدم قولها لو اختلفا في دفعها مع اتفاقهما على

الوجوب} لأصالة عدم الدفع، وهنالك ثمرات أخرى كثيرة ذكروها في المطولات من أحب الاطلاع عليها فليراجع الجواهر وغيره.

[والواجب] {على الزوج} [القيام بما تحتاج إليه المرأة] {التي تجب نفقتها} وهي الدائمة الممكنة المطيعة [من طعام وإدام وكسوة وإسكان وإخدام وآلة الدهن والتنظيف] {من المشط والدهن والصابون، دون الكحل والطيب} لأنهما من الزينة وهي غير واجبة عليه إجماعاً {والحمام مع الحاجة إليه لبرد ونحوه} دفعاً للضرر أو الحرج المنفيين [تبعاً لعادة أمثالها من بلدها] {المقيمة بها؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١) ومن العشرة به: الإنفاق عليها بما يليق بها عادة} بعد عدم حصره شرعاً، وقد يشير إلى ذلك إجمالاً صحيح شهاب بن عبد ربه قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما حق المرأة على زوجها؟ قال: يسد جوعتها، ويستتر عورتها، ولا يقبح لها وجهاً فإذا فعل ذلك فقد والله أدى إليها حقها، قلت: فالدهن، قال: غباً يوم، ويوم لا، قلت: فاللحم، قال: في كل ثلاثة فيكون في الشهر عشر مرات لا أكثر من ذلك، والصبيغ في كل ستة أشهر، ويكسوها في كل سنة أربعة أثواب، ثوبين للشتاء وثوبين للصيف، ولا ينبغي أن يفرغ بيته من ثلاثة أشياء دهن الرأس والخل والزيت، ويقوتهن بالمد فإني أقوت به نفسي وليقدر لكل إنسان منهم قوته، فإن شاء أكله، وإن شاء وهبه، وإن شاء تصدق به، ولا تكون فاكهة عامة إلا أطعم عياله منها، ولا يدع أن يكون للعيد عندهم فضل في الطعام أن

يسنى * لهم في ذلك شيء ما لم يسناه لهم في سائر الأيام^(١) ويحمل على عادة بعض الناس، وإلا فقد تضمن كثيراً من المستحبات، ولذا حمّله بعضهم عليها.

[و] {لا يتقدر الإطعام بمد} للموسر والمعسر، والوضيعة والرفيعة، كما عن الشيخ في الخلاف {ولا بمدين} للموسر، ومد للمعسر، ومد ونصف للمتوسط، كما عن الشيخ في المبسوط {ولا غيرهما} لعدم الدليل عليها {بل} [المرجع في الإطعام إلى سد الخلّة] بفتح الخاء: وهي الحاجة {كما هو المشهور شهرة عظيمة، وهو بأصول المذهب أشبه تحكياً للعرف فيما لا مقدر شرعي فيه.

[ويجب الخادم إذا كانت من أهله] {في بيت أبيها، دون أن ترتفع بالانتقال إلى بيت زوجها} [أو كانت مريضة] {أو زمّة تحتاج إلى الخادم} لأن ذلك مقتضى الأمر بالمعاشرة بالمعروف {ويتخير بين إعدامها بحرة أو أمة ولو بأجرة، ولو كان معها خادم تخير بين إبقائها وينفق عليها، وبين إبدالها وإن كانت مألوفة لها؛ لأن حق التعيين له، لا لها} لوجوبه عليه {حتى لو أراد أن يخدمها بنفسه أجزأ، ولو خدمت نفسها لم يكن لها المطالبة بنفقة الخادم} لأن الواجب إعدامها وقد حصل منها تبرعاً بحسب الظاهر، لعدم مطالبتها بها.

[وجنس المأدوم، والملبوس، والمسكن يتبع عادة أمثالها] {في بلد السكنى، لا في بيت أهلها، ولو تعدد قوتها من غير غالب، وجب اللائق به} بحسب المرتكز عرفاً المحمول عليه قوله عز وجل: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾^(٢).

★ سنه: رفعه، سنيت الشيء إذا فتحته وسهلته، كذا في الصحاح.

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (٢) النفقات، ح ١.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٣٣).

[ولها المنع من مشاركة غير الزوج] {في المسكن؛ بأن تنفرد ببيت صالح لها ولو في دار، لا بدار} مستقلة بها، ولما في ذلك من الحرج عليه، ولما في مشاركة غيره من الضرر} والحرج عليها.

[ويزيد كسوتها في الشتاء المحشوة] {بالقطن} [لليقظة، واللحاف للنوم] {إن اعتيد ذلك في البلد} [ولو كان في بلد يعتاد فيه الفرو للنساء وجب] {على الزوج بذله} لأنه مقتضى المعاشرة بالمعروف [ويرجع في جنسه] {من حرير أو كتان أو قطن، أو في جنس الفرو من غنم وسنجاب ونحوهما} [إلى عادة أمثالها] {في البلد} بحسب الارتكاز عرفاً {ويعتبر في مراتب الجنس المعتاد حاله في يساره وغيره} لقوله ﷺ: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(١).

{وقيل: لا يجب الزيادة على القطن؛ لأن غيره رعونة} وترف ونحن مأمورون بتركه {وهو ضعيف، لاقتضاء المعاشرة بالمعروف ذلك} [وكذا لو احتيج إلى تعدد اللحاف] {لشدة البرد، أو لاختلاف الفصول فيه، ولكن هنا لا يجب إبقاء المستغنى عنه في الوقت الآخر عندها} لأن الواجب قضاء حاجتها كل في وقته [وتزاد المتجملة ثياب التجميل بحسب العادة] {لأمثالها في تلك البلدة}.

[ولو دخل بها، واستمرت تأكل معه على العادة، فليس لها مطالبته بمدة مؤاكلته] لصدق الإنفاق عليها بذلك عرفاً، المسقط للواجب شرعاً و {لحصول الغرض، وإطباق الناس عليه في سائر الأعصار، ويحتمل جواز مطالبتها بالنفقة؛ لأنه لم يؤد عين الواجب، وتطوع بغيره} وضعفه ظاهر، لصدق النفقة عليه عرفاً وعادة.

(١) سورة البقرة، آية (٢٨٦).

{واعلم أن المعتبر من المسكن الإمتاع} وليس التملك {اتفاقاً} ولأن الانتفاع الواجب لا يتوقف على الإتلاف حتى تملك إياه {ومن المؤونة التملك في صبيحة كل يوم، لا أزيد بشرط بقائها ممكنة إلى آخره} من غير خلاف فيه، ولما تضمنه صحيح شهاب المتقدم في قوله عليه السلام: (وليقدر لكل إنسان منهم قوته، فإن شاء أكله، وإن شاء وهبه، وإن شاء تصدق به) لكون المدار في المؤونة على اليوم وهو يبدأ صباحاً {فلو نشزت في أثناؤه استحققت بالنسبة} لما مكنت فيه، دون غيره.

{وفي الكسوة قولان} للشيخ في المبسوط وظاهر المحقق في الشرائع والعلامة في القواعد وغيرها بأنه تملك، لقوله عز وجل: ﴿وَعَلَى الْمُؤَلَّد لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾^(١) والحكم في الرزق التملك فيلزم مثله في الكسوة، لاقتضاء العطف التسوية في الحكم، ويشكل: بأن العطف لا يقتضي التسوية من جميع الوجوه، بل القدر المشترك منه وهو وجوب الكسوة كوجوب الرزق، وأما كيفية الاستحقاق فهو أمر خارج عن أصل الحكم، ولذا كان القول الآخر {أجودهما أنها إمتاع} كما في شرح الإرشاد وكشف اللثام ومال إليه في فوائد الشرائع، بل في الرياض: أنه أشهر وأجود؛ ضرورة عدم ما يدل على اعتبار الملك في صدق الإنفاق المأمور به شرعاً، والمفروض عدم قصد الباذل، فلا سبب للملك شرعاً، ولا قصداً {فليس لها بيعها، ولا التصرف فيها بغير اللبس من أنواع التصرفات} كالإجارة والعارية ونحوهما، لتوقفها على الملك {ولا لبسها زيادة على المعتاد كيفية، وكمية، فإن فعلت فأبالتها قبل المدة التي تبلى فيها عادة لم يجب عليه إبدالها} لأن التفريط جاء من قبلها {وكذا لو أبقتها زيادة على المدة، وله إبدالها بغيرها مطلقاً} مستعملة أم مبلاة أم لا {وتحصيلها

(١) سورة البقرة، آية (٢٣٣).

بالإعارة والاستئجار وغيرهما، ولو طلقها أو ماتت، أو مات، أو نشزت استحق ما يجده منها مطلقاً} سواء كانت مستعملة أم لا، ملكاً أم استعارة أم استئجاراً، مبالاة كانت أم لا {وما تحتاج إليه من الفرش والآلات في حكم الكسوة} لأنها من سنخها في نحو الاستحقاق.

[الثاني: القرابة] {البعضية دون مطلق النسبة} فيها [وتجب النفقة على الأبوين فصاعداً] {وهم آباء الأب وأمّهاته وإن علو، وآباء الأم وأمّهاتها وإن علو} [والأولاد فنانزلاً] {ذكوراً كانوا أم إناثاً، لابن المنفق أم بنته} أما الأولان وهم: الآباء والأولاد الصليبيون، فعليه إجماع المسلمين فضلاً عن المؤمنين، كما في الجواهر، ولصحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قلت له: من الذي أجبر عليه وتلزمي نفقته؟ قال: الوالدان والولد والزوجة)^(١) ونحوه غيره، وأما ما عداهما فظاهر الأصحاب عليه، بل عن المقدس البغدادي الإجماع عليه، كما في الجواهر، ولوقوعهم تحت إطلاق الأبوين والأولاد ولو بمعونة اتفاق الأصحاب ظاهراً، وقد يشعر به، خبر زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال في الزكاة: يعطى منها الأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة، ولا يعطى الجد والجدة)^(٢).

[وتستحب] {النفقة} [على باقي الأقارب] {من الأخوة والأخوات وأولادهم والأعمام والأخوال ذكوراً وإناثاً وأولادهم} اتفاقاً؛ ولأنه من صلة الرحم، ولصحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سئل عن الصدقة، على من يسأل

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (١١) النفقات، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٩ باب (١٣) المستحقين للزكاة، ح ٣.

على الأبواب، أو يمسك ذلك عنهم ويعطيه ذوي قرابته؟ قال: لا، بل يبعث بها إلى من بينه وبينه قرابة فهذا أعظم للأجر^(١) ونحوه غيره.

[ويتأكد] {الاستحباب} [في الوارث منهم] {في أصح القولين} بل هو المشهور بين الأصحاب، خلافاً للعلامة في القواعد، ونسبه في الإيضاح إلى الشيخ، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قلت: من الذي أجبر على نفقته؟ قال: الوالدان والولد والزوجة والوارث الصغير)^(٢) ونحوه غيره، وقد عرفت لزوم حمله على الاستحباب جمعاً بينه وبين ما تقدم من النصوص.

{وقيل} والقائل ابن أبي ليلى {تجب النفقة على الوارث لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾^(٣) بعد قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٤) وإذا وجب على الوارث - والعلة هي الإرث - ثبت من الطرفين {الوارث والموروث} لتساويهما فيه، ولا فرق في المنفق بين الذكر والأنثى، ولا بين الصغير والكبير عملاً بالعموم {ويشكل: بمعارضته لقوله سبحانه: (لا صدقة وذو رحم محتاج)^(٥) بالإضافة إلى ما تقدم من النصوص الصحيحة الحاصرة للنفقة بالعمودين؛ فلذا يلزم حمل الآية على الاستحباب.

[وإنما يجب الإنفاق على الفقير] المنفق عليه وهو من لا يجد تمام ما يقوته خلال السنة، بلا خلاف، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه، كما في الجواهر، ولا نصرف الأدلة المتقدمة إليه، وخروج الغني منها، هذا في [العاجز عن التكسب]

(١) الوسائل، ج ٩ باب (٢٠) الصدقة، ح ٦.

(٢) الوسائل، ج ٢١ باب (١) النفقات، ح ٩.

(٣) سورة البقرة، آية (٢٣٣).

(٤) سورة البقرة، آية (٢٣٣).

(٥) البيان في مذهب الإمام الشافعي، العمراني، ج ٨ ص (٦٩).

{فلو كان مالكا مؤونة سنة، أو قادراً على تحصيلها بالكسب تدريجاً لم يجب الإنفاق عليه} على الأظهر الأشهر، بل لم أعثر على مخالف هنا، كما في الجواهر؛ لأن النفقة معونة على سد الخلّة، والمكتسب قادر فهو غني بالقوة، ولذا منع من الزكاة والكفارة، وللنبوي ﷺ: (لا تحل الصدقة لغني، ولا لقوي مكتسب)^(١) معتضداً بالشهرة والعمل.

{ولا يشترط عدالته ولا إسلامه، بل يجب} [وإن كان فاسقاً أو كافراً] بلا خلاف أجده فيه، بل عن جماعة الإجماع عليه، كذا في الجواهر {للعوم} الوارد في النصوص، ولقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾^(٢) وهي تقتضي الإنفاق عليهما مع حاجتهما وفقرهما وإن كانا كافرين؛ لأنه من أظهر مصاديق المصاحبة بالمعروف، ومنه تعرف ما في قوله: {ويجب تقييد الكافر بكونه محقون الدم، فلو كان حربياً لم يجب، لجواز إتلافه، فترك الإنفاق لا يزيد عنه} واللازم تقييده بغير الأبوين، اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع اليقين.

{أما الحرية فهي شرط} بلا خلاف أجده فيه، كما في الجواهر، بل في الرياض الإجماع على اشتراط الحرية {لأن المملوك نفقته على مولاه} إجماعاً، ولصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (خمسة لا يعطون من الزكاة شيئاً: الأب، والأم، والولد والمملوك، والمرأة، وذلك أنهم عياله لازمون له)^(٣) ونحوه غيره.

(١) مستدرک الوسائل باب (٦) أبواب المستحقين للزكاة، ح ٢.

(٢) سورة لقمان، آية (١٥).

(٣) الوسائل، ج ٢١ باب (١١) النفقات، ح ١.

{نعم لو امتنع منها أو كان معسراً أمكن وجوبه على القريب عملاً بالعموم}
الوارد في وجوب نفقة الأقارب {وقيل: لا يجب مطلقاً} ممتنعاً كان المولى أم لا،
موسراً كان أم معسراً {بل يلزم بيعه، أو الإنفاق عليه كما سيأتي} في نفقة المملوك
{وهو حسن}.

[ويشترط في المنفق أن يفضل ماله عن قوته وقوت زوجته] {ليومه الحاضر وليلته
ليصرف إلى من ذكر} بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر؛ لوجوب حفظ نفسه
من التهلكة، واستحقاق زوجته بها استحلال من فرجها، وهي مقدمة على غيرها من
الأقارب اتفاقاً {فإن لم يفضل شيء فلا شيء عليه؛ لأنها مواساة وهو ليس من أهلها}
ولا يكلف الله عز وجل نفساً إلا ما آتاها.

[والواجب] {منها} [قدر الكفاية] {للمنفق عليه} [من الإطعام والكسوة
والمسكن] {بحسب زمانه ومكانه} بلا خلاف أجده فيه هنا، بل عن جماعة الإجماع
عليه، كما في الجواهر، ولإطلاق الأدلة المنصرف إلى قدر الكفاية في الجميع بما
قضت العادة به اللائق بحاله، ولأصالة البراءة من الزائد.

[ولا يجب إعفاف واجب النفقة] {أي تزويجه ليصير ذا عفة وإن كان أباً} أو دفع
مهر، أو تملك أمة ونحوهما، بلا خلاف معتد به أجده فيه، كذا في الجواهر {ولا
النفقة على زوجته، للأصل} وهو عدم الوجوب السالم عن معارضة إطلاق النفقة،
للقطع بعدم إرادة ما يشمل ذلك؛ لأن المراد منها سد الخلة، وستر العورة، ومع
الشك فالأصل البراءة {نعم يستحب تزويج الأب} لأنه من المصاحبة بالمعروف
{وعليه يحمل ما ورد من الأمر به} في قوله عز وجل: ﴿وَصَاحِبُهَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾^(١)

(١) سورة لقمان، آية (١٥).

{وكذا لا يجب إعدامه، ولا النفقة على خادمه إلا مع الزمانة المحوجة إليه} لأنها ستكون حينئذٍ من الضرورة الداخلة في المؤونة الواجبة.

[وتقضى نفقة الزوجة] من غير خلاف معتد به فيه أجده فيه {لأنها حق مالي وجب في مقابلة الاستمتاع، فكانت كالعوض اللازم في المعاوضة} [لا نفقة الأقارب] {لأنها وجبت على طريق المواساة وسد الخلة، لا التملك، فلا تستقر في الذمة، وإنما يأنم بتركها} لأنها واجبة شرعاً، وترك الواجب موجب للإثم، وإنما وجب القضاء معه في موارد ليس هذا منها [ولو قدرها الحاكم] {لأن التقدير لا يفيد الاستقرار} في الذمة [نعم لو أذن] {الحاكم للقريب} [في الاستدانة] {لغيبته، أو مدافعتة بها} {أو أمره الحاكم} [بالإنفاق] {قضي} {لأنها تصير ديناً في الذمة بذلك} تنزيلاً لأمر الحاكم منزلة أمر المنفق؛ لأن الحاكم ولي الغائب والممتنع ومن لا ولي له.

[والأب مقدم] {على الأم وغيرها} [في الإنفاق على الولد مع وجوده ويساره] بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر، لقوله عز وجل: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾^(١) ومنها يفهم أن الأصل في الإنفاق هو الأب وإن كانت أمه موسرة وقادرة على الصرف عليه، وللإجماع على عدم وجوب الإرضاع على الأم، ولظاهر ما تقدم من النصوص التي يتعدى فيها إلى الأم [ومع عدمه وفقره فعلى أب الأب فصاعداً] {يقدم الأقرب منهم فالأقرب} حيث إنه أب حقيقة في خصوص النفقة، والترتيب إنما استفيد من آية أولى الأرحام، ولموثق غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (أتى أمير المؤمنين عليه السلام بيتيم، فقال: خذوا بنفقتة أقرب الناس منه من العشيرة كما يأكل ميراثه)^(٢).

(١) سورة الطلاق، آية (٦).

(٢) الوسائل، ج ٢١ باب (١١) النفقات، ح ٤.

{وإن عدمت الآباء} {أو كانوا معسرين} {فعلى الأم} {مع وجودها ويسارها} بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، كما في الجواهر؛ لأنها أقرب الناس إليه حيثئذ، ولمشاركتها للرجل في وجوب النفقة على الولد الفقير بقاعدة الاشتراك في الحكم {ثم على أبويها بالسوية} بمقتضى قاعدة العدل والإنصاف {لا على جهة الإرث، وأم الأب بحكم أم الأم وأبيها، وكذا أم الجد للأب مع أبوي الجد والجدة للأم، وهكذا} بلا خلاف أجده، بل عن جماعة الإجماع عليه، كذا في الجواهر.

{والأقرب} {إلى المنفق عليه} {في كل مرتبة} {من المراتب} {مقدم على الأبعد} اتفاقاً، ولإطلاق قوله عز وجل: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾^(١) الشامل للإرث والإنفاق وغيرهما {وإنما ينتقل إلى الأبعد مع عدمه أو فقره، فالولد مقدم في الإنفاق على أبيه وأمه وإن علوا على ابنه، وهكذا} بمقتضى قاعدة العدل الموجبة للتسوية بينهم {ومتى تعدد من يجب عليه الإنفاق تساوا فيه وإن اختلفوا في الذكورية والأنوثة، وكذا يتساوى الغني فعلاً وقوة على الأقوى فيهما} للإجماع - بحسب الظاهر - في الأول، خلافاً لبعض العامة، وللعلامة في الثاني، للإطلاق؛ لأن المكتسب غني بالقوة القريبة من الفعل.

{وأما ترتيب المنفق عليهم: فالأبوان والأولاد سواء} {لأن نسبتهم إلى المنفق واحدة بحسب الدرجة، وإنما اختلفت بكونها في إحداها عليا} وهما الأبوان {وفي الآخر دنيا} وهم الأولاد {فلو كان له أب وابن، أو أبوان وأولاد معهما، أو مع أحدهما، وجب قسمة الميسور} بعد نفقته على نفسه لوجوب الحفاظ عليها، وزوجته، لاستحقاقها بالاستمتاع فيقسم الباقي {على الجمع بالسوية ذكوراً كانوا أم

(١) سورة الأنفال، آية (٧٥).

إنثاء أم ذكوراً وإنثاءً لاستوائهم في الدرجة {ثم إن كفاهم، أو نفع كل واحد نصيبه نفعاً معتداً به اقتسموه، وإن لم ينتفع به أحدهم، لقلته وكثرتهم، فالأجود القرعة} خلافاً للعلامة، مستدلاً عليه بعدم اندفاع ضرورة من خرجت القرعة له أولاً في بقية يومه فيبقى حينئذٍ استحقاقه معهم، وهو كما ترى! {لاستحالة الترجيح بغير مرجح، والتشريك ينافي الغرض} في سد الخلة {ولو كان نصيب بعضهم يكفيه لصغره ونحوه} من مرض أو شيخوخة {ونصيب الباقي لا ينفعهم منقسماً، اعتبرت القرعة في من عدا المنتفع} لخروجهم بانتفاعهم.

[وهم] {يعني الآباء والأولاد} [أولى من آبائهم وأولادهم] {لزيادة القرب} والأقربون أولى بالمعروف [و] {هكذا} [كل طبقة أولى من التي بعدها] {ويتساوى الأعلى والأدنى مع تساوي الدرجة كالأجداد وأولاد الأولاد وهكذا، كل ذلك} [مع القصور] كما تقدم {أما مع سعة ماله للإنفاق على الجميع فيجب التعميم} إجماعاً نصاً وفتوى، كما عن غير واحد [ولو كان للعاجز أب وابن قادران فعليهما] {نفقته} [بالسوية] {لتساويهما في المرتبة بالنسبة إليه، والبنت كالابن} لو اجتمعت مع أبيه {أما الأم} لو اجتمعت مع ولده {ففي مساواتها للأب في مشاركة الولد، أو تقديمه عليها، وجهان: مأخذهما اتحاد الرتبة} فتشاركه، كما عن العلامة في التحرير {وكون الولد مقدماً على الجد المقدم عليها، فيكون} الولد {أولى بالتقديم} لأن المقدم على المقدم أولى بالتقديم، فلا تشاركه الأم في تحمل النفقة.

{فإن اجتمعوا، فعلى الأب والولدين خاصة بالسوية} دون الأم من غير إشكال {لما تقدم من أن الأب مقدم على الأم، وأما الأولاد فعلى أصل الوجوب من غير ترجيح} للذكر على الأنثى {مع احتمال تقديم الذكور} كما عن بعض العامة {نظراً

إلى الخطاب في الأمر بها بصيغة المذكر { في قوله ﷺ: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾^(١) وذو للمذكر، وضعفه ظاهر؛ لأن المراد جنس ذي السعة وهو أعم من الذكر والأنثى، كما في قوله ﷺ: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ﴾^(٢) فهو لا يختص بالذكر قطعاً، بل يعمهما؛ لأن (من) وضعت لمطلق العاقل.

[ويجبر الحاكم الممتنع عن الإنفاق {مع وجوبه عليه} حسبة {وإن كان له مال} {يجب صرفه في الدين} من غير المستثنيات فيه {بأعه الحاكم} {إن شاء} {وأنفق منه} وإن شاء حبسه، لينفق بنفسه من ماله إن فرض توقف حصولها عليه لخفاء ماله مثلاً {وفي كيفية بيعه وجهان: أحدهما أن يبيع كل يوم جزءً بقدر الحاجة، والثاني: أن لا يفعل ذلك؛ لأنه يشق، ولكن يقترض عليه إلى أن يجتمع ما يسهل بيع العقار له، والأقوى: جواز الأمرين} لأن كلاهما مقدمة لواجب {ولو تعذرا فلم يوجد راغب في شراء الجزء اليسير، ولا مقرض، ولا بيت مال يقترض منه جاز بيع أقل ما يمكن بيعه وإن زاد على قدر نفقة اليوم، لتوقف {الإنفاق} {الواجب عليه} كالدين الذي لا ريب في جواز بيع الحاكم ذلك للوفاء عنه مع فرض امتناعه، بل له الأمر بالاستدانة عليه.

[الثالث: الملك وتجب النفقة على الرقيق] {ذكراً وأنثى وإن كان أعمى وزمناً} إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، ولصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله قال: (خمسة لا يعطون من الزكاة شيئاً: الأب والأم والولد والمملوك والمرأة، وذلك لأنهم عياله لازمون له)^(٣) ونحوه غيره.

(١) سورة الطلاق، آية (٧).

(٢) سورة البقرة، آية (٢٤٥).

(٣) الوسائل، ج ٢١ باب (١١) النفقات، ح ١.

[والبهيمة] {بالعلف والسقي، حيث تفتقر إليهما، والمكان من مراح وإسطبل يليق بحالها، وإن كانت غير منتفع بها، أو مشرفة على التلف، ومنها دودة القز} بلا خلاف، كما في الجواهر، ولموثق إسماعيل بن أبي زياد عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام قال: (قال رسول الله ﷺ: للدابة على صاحبها خصال: يبدأ بعلفها إذا نزل، ويعرض عليها الماء إذا مر به، الحديث)^(١) ونحوه غيره، ومقتضاها عدم تقدير النفقة، بل الواجب القيام بكل ما يحتاجه الحيوان مما تتوقف عليه حياته ويختلف ذلك باختلاف الحيوان والزمان {فيأثم بالتقصير في إيصاله قدر كفايته، ووضعه في مكان يقصر عن صلاحيته له بحسب الزمان، ومثله ما تحتاج إليه البهيمة مطلقاً} أي نوع من الحيوان كان {من الآلات حيث يستعملها، أو الجُل لدفع البرد وغيره حيث يحتاج إليه} قطعاً، لوجوب حفظ النفس المحترمة شرعاً.

[ولو كان للرقيق كسب جاز للمولى أن يكله إليه، فإن كفاه] {الكسب بجميع ما يحتاج إليه من النفقة} [اقتصر عليه] من غير خلاف يعرف، كما في الجواهر [وإلا يكفه أتم له] {قدر كفايته وجوباً} لما تقدم [ويرجع في جنس ذلك إلى عادة ممالك أمثال السيد من أهل بلده] {بحسب شرفه وضعته، وإعساره، ويساره} كما هو المرتكز عرفاً من أن حال العبد من حال مولاه {و} لذا {لا يكفي سائر العورة} فقط {في اللباس ببلادنا} لأنه غير متعارف عندنا {وإن اكتفي به في بلاد الرقيق، ولا فرق بين كون نفقة السيد على نفسه دون الغالب في نفقة الرقيق عادة} إما {تقتيراً، أو بخلاً، أو رياضة، و} كذا لو كان من عادته الإنفاق {فوقه فليس له الاقتصار به على نفسه في الأول} لأن المدار في نفقة العبد هو المتعارف في أمثاله {ولا عبرة في الكمية

(١) الوسائل، ج ٢١ باب (١٤) النفقات، ح ١.

بالغالب، بل تجب الكفاية لو كان الغالب أقل منها، كما لا يجب الزائد لو كان فوقها، وإنما تعتبر فيه الكيفية { عرفاً، نعم يستحب أن يطعمه مما يأكل، ويلبسه مما يلبس، كما هو المشهور شهرة عظيمة، لما روي عن النبي ﷺ قال: (إخوانكم حولكم جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده، فليطعمه مما يأكل، ويلبسه مما يلبس)^(١) ونحوه غيره.

[ويجبر السيد على الإنفاق أو البيع] {مع إمكانها، وإلا أجبر على الممكن خاصة} كما هو الشأن في كل واجب مخير فإن تعذر أحدهما وجب الآخر، بلا خلاف ولا إشكال {وفي حكم البيع: الإجارة مع شرط النفقة على المستأجر، والعق، فإن لم يفعل باعه الحاكم أو أجره} لأنه ولي الممتنع عن أداء ما وجب عليه {وهل يبيعه شيئاً فشيئاً أو يستدين عليه إلى أن يجتمع شيء فيبيع ما يفي به؟ الوجهان} المتقدمان في نفقة الأقارب.

[ولا فرق] {في الرقيق} [بين القن] {وأصله الذي ملك هو وأبواه، والمراد هنا: المملوك الخالص غير المتشبت بالحرية بتدبير، ولا كتابة، ولا استيلاد} [والمدير، وأم الولد] {لاشتراك الجميع في المملوكية} المطلقة الشاملة لهم جميعاً والتي هي السبب في وجوب النفقة، إجماعاً نصاً وفتوى، كما تقدم {وإن تشبت الأخيران بالحرية، وأما المكاتب فنفتته في كسبه وإن كان مشروطاً أو لم يؤد شيئاً} بلا خلاف ولا إشكال إن وفي به، وإلا أتمه المولى من دون فرق بين الصنفين.

{وكذا يجبر على الإنفاق على البهيمة المملوكة} التي منها دود القز والنحل وغيرهما، بلا خلاف، كذا في الجواهر، لوجوب حفظ النفس المحترمة شرعاً [إلا أن

(١) مستدرک الوسائل، باب (١٣) کتاب العتق، ح ٨.

تجتزىء بالرعي [وتترد الماء بنفسها فيجتزأ به فيسقطان عنه ما دام ذلك ممكناً] فإن امتنع أجبر على الإنفاق [عليها] [أو البيع، أو الذبح إن كانت] [البهيمة] [مقصودة بالذبح] [وإلا أجبر على البيع أو الإنفاق صوتاً لها عن التلف، فإن لم يفعل ناب الحاكم عنه في ذلك على ما يراه] من المصلحة للمالك [وتقتضيه الحال، وإنما يتخير مع إمكان الأفراد] الثلاثة من البيع، أو الإنفاق، أو الذبح [وإلا تعين الممكن منها] [وإن كان لها ولد وفر عليه من لبنها ما يكفيه] [وجوباً] لكونه من النفقة الواجبة عليه حينئذٍ [وحلب ما يفضل منه خاصة] [إلا أن يقوم بكفائته] [من غير اللبن؛ حيث يكفي به] من علف أو رعي ونحوهما.

[وبقي من المملوك ما لا روح فيه كالزرع والشجر مما يتلف بترك العمل، وقد اختلف في وجوب عمله: ففي التحرير: قرب الوجوب من حيث إنه تضييع للمال فلا يقر عليه، وفي القواعد: قطع بعدمه؛ لأنه تنمية للمال فلا تجب، كما لا يجب تملكه، ويشكل: بأن ترك التملك لا يقتضي الإضاعة] والإتلاف [بخلاف التنمية التي يوجب تركها فواته رأساً] الذي قد ينطبق عليه السفه، لعدم حفظ المال المحترم [أما عمارة العقار فلا تجب] بلا خلاف فيه، كما في الجواهر [لكن يكره تركه إذا أدى إلى الخراب] ولعله لما في تضييع المال من السفه الموجب لضعته عند الناس.

كتاب الطلاق

[كتاب الطلاق]

{وهو} لغة حل القيد، ويطلق على الإرسال والترك، يقال: ناقة طالق أي مرسلة ترعى حيث تشاء، وطلقت القوم إذا تركتهم، وشرعاً {إزالة قيد النكاح بغير عوض بصيغة طالق} بالشروط المعتبرة فيه، كما ستأتي، وقوله: بغير عوض أخرج به الخلع والمباراة؛ لأنها بعوض، وقوله بصيغة: أخرج به الفسخ بالعيب أو التدليس، لا يقال: إنه على التحقيق ليس في العقود والإيقاعات حقيقة شرعية، للقطع بوجود هذه المعاني قبل زمانه ﷺ فإنه يقال: لقد اعتبر الأصحاب في الصحيح منها أموراً وبهذا المعنى جعلوه معنى شرعياً مقابلاً للمعنى اللغوي.

[وفيه فصول:

الأول: في أركانه وهي] {أربعة} [الصيغة، والمطلق، والمطلقة، والإشهاد] {على الصيغة}.

[واللفظ الصريح] {من الصيغة} المخصوصة المتلقاة من الشارع لإزالة قيد النكاح [أنت، أو هذه، أو فلانة] {ويذكر اسمها أو ما يفيد التعيين} ولو بعلامة فيها [أو زوجتي] مع اتحادها [مثلاً طالق] {وينحصر عندنا في هذه اللفظة} ولصحيح محمد بن مسلم (أنه سأل أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته: أنت علي حرام، أو بائنة، أو بته، أو برية، أو خلية؟ قال: هذا كله ليس بشيء، إنما الطلاق أن يقول لها في قبل العدة بعد ما تطهر من محيضها قبل أن يجامعها: أنت طالق، أو اعتدي يريد

بذلك الطلاق، وشهد على ذلك رجلين عدلين^(١) وإنما من أدوات الحصر، فعن ابن سماعه قال: (ليس الطلاق إلا كما روى بكير بن أعين، أن يقول لها وهي طاهر من غير جماع: أنت طالق، ويشهد شاهدين عدلين، وكل ما سوى ذلك فهو ملغى)^(٢) ونحوهما غيرهما.

[فلا يكفي أنت طلاق] {وإن صح إطلاق المصدر على اسم الفاعل وقصده، فصار بمعنى طالق، وقوفاً على موضع النص والإجماع، واستصحاباً للزوجية؛ ولأن المصادر إنما تستعمل في غير موضوعها مجازاً، وإن كان في الفاعل شهيراً} كاستعمالهم في مثل عدل بمعنى عادل {وهو غير كافٍ في استعمالها في مثل الطلاق} لأنه ميثاق غليظ، وأمر توقيفي، فلا يصح الخروج من عهده إلا بلفظ صريح يدل عليه [ولا من المطلقات، ولا مطلقة، ولا طلقت فلانة على قول] {مشهور} بل في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، لعدم الهيأة الخاصة - وهي طالق - وإن وجدت المادة.

{لأنه ليس بصريح فيه؛ ولأنه إخبار ونقله إلى الإنشاء على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع الوفاق وهو صيغ العقود، وإطراده في الطلاق قياس، والنص} المعتبر المستفيض {دل على طالق ولم يدل على غيره} بل دل على نفيه، كما تقدم في بعض النصوص {فيقتصر عليه، ومنه يظهر جواب ما احتج به القائل بالوقوع وهو الشيخ في أحد قوليه؛ استناداً إلى كون صيغة الماضي في غيره منقولة إلى الإنشاء، ونسبة المصنف البطلان إلى القول يشعر بميله إلى الصحة} ويضعف بكون الفارق هو النص المعمول به قديماً وحديثاً بين الطائفة في مقابل ما ابتدعه مخالفوهم من التوسعة في ذلك حتى أوقعوه بالكتابة المراد بها الطلاق، وكذا يظهر ضعف وقوعه عنده

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٦) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٦) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ١.

وبعض أتباعه بسؤاله هل طلقت امرأتك؟ فيقول نعم، استناداً إلى موثق السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (في الرجل يقال له: أطلقت امرأتك؟ فيقول: نعم، قال: قال: قد طلقها حينئذٍ)^(١) لوهنه بمعارضة النصوص المعتبرة المستفيضة، والإجماع القطعي على العدم، مع ضعف دلالته؛ لأنه قد يكون من باب الإقرار والإخبار - كما هو غير بعيد - بأنه طلق زوجته، كما في بعض النصوص.

[ولا عبرة] {عندنا} [بالسراح والفراق] {وإن عبر عن الطلاق بهما في القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿أَوْ تَسْرِحْ بِإِحْسَانٍ﴾^(٢) أَوْ ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٣)؛ لأنها عند الإطلاق لا يطلقان عليه، فكانا كناية عنه، لا صراحة فيهما، والتعبير بهما لا يدل على جواز إيقاعه} لأنه إخبار عن وقوع الطلاق، لا أنه واقع به، كما تقدم في لفظ طلاق [وكذا الخلية والبرية] {وغيرهما من الكنايات كالبته، وحرام، وبائن، واعتدي} [وإن قصد الطلاق] وضم إليها قرينة دالة على النية، بلا خلاف، كما في الرياض، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، ولصحيح ابن مسلم المتقدم وغيره، و {لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت شرعاً ما يزيله}.

[وطلاق الأخرس بالإشارة] {المفهمة له} بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر [وإلقاء القناع] {على رأسها ليكون قرينة على وجوب سترها منه، والموجود في كلام الأصحاب الإشارة خاصة، وفي الرواية} الصحيحة عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها، ويضعها على رأسها، ثم

(١) الوسائل، ج ٢٢ باب (١٦) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٦.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٢٩).

(٣) سورة الطلاق، آية (٢).

يعتزلها^(١) ونحوها غيرها { فجمع المصنف بينهما، وهو أقوى دلالة، والظاهر أن إلقاء القناع من جملة الإشارات } لا أن الأمر منحصر فيها { ويكفي منها ما دل على قصد الطلاق، كما يقع غيره من العقود والإيقاعات والدعاوى والأقارير } كما هو المشهور شهرة عظيمة، ولصحيح أحمد بن أبي نصر البزنطي (أنه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة، يصمت ولا يتكلم، قال: أخرس هو؟ قلت: نعم، ويعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها، أيجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك، قلت: أصلحك الله، فإنه لا يكتب ولا يسمع، كيف يطلقها؟ قال: بالذي يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت: من كراهته وبغضه لها^(٢).

[ولا يقع] { الطلاق } [بالتكلم] { بفتح الكاف، مصدر كتب كالكتابة من دون تلفظ ممن يحسنه } [حاضراً كان] { الكاتب } قولاً واحداً، كذا في الجواهر [أو غائباً] { على أشهر القولين، لأصالة بقاء النكاح، ولـ } ما تضمنته { حسنة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام (إنما الطلاق أن يقول: أنت طالق الخبر)^(٣) } { لمضمون } حسنة زرارة عنه عليه السلام (في رجل كتب بطلاق امرأته، قال عليه السلام: ليس ذلك بطلاق)^(٤) وللشيخ قول { وافقه فيه ابنا حمزة والبراج } بوقوعه به للغائب دون الحاضر، لصحيحة أبي حمزة الثمالي عن الصادق عليه السلام { بل عن الباقر عليه السلام } { في الغائب لا يكون طلاق حتى ينطق به بلسانه، أو يخطه بيده وهو يريد الطلاق }^(٥) وحمل على حالة الاضطرار جمعاً { بينها بين ما تقدمها من الصحاح.

(١) الوسائل، ج ٢٢ باب (١٩) الطلاق مقدماته وشروطه، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ٢٢ باب (١٩) الطلاق مقدماته وشروطه، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٢ باب (١٦) الطلاق مقدماته وشروطه، ح ٣.

(٤) الوسائل، ج ٢٢ باب (١٤) الطلاق مقدماته وشروطه، ح ٢.

(٥) الوسائل، ج ٢٢ باب (١٤) الطلاق مقدماته وشروطه، ح ٣.

{ثم على تقدير وقوعه للضرورة أو مطلقاً على وجه} كما عن الشيخ حيث أطلق جوازه في حال الغيبة ولو لم يكن مضطراً {يعتبر رؤية الشاهدين لكتابته حالتها؛ لأن ذلك بمنزلة النطق بالطلاق، فلا يتم إلا بالشاهدين، وكذا تعتبر رويتهما إشارة العاجز} لأنها بمنزلة النطق أيضاً.

[ولا بالتخير] {للزوجة بين الطلاق والبقاء بقصد الطلاق} [وإن اختارت نفسها في الحال] {على أصح القولين} فعن الفخر في الإيضاح: إذا تأخر اختيارها لم يقع اتفاقاً، وإن اختارت عقيب قوله بلا فصل، فالأكثر كالشيخ أنه لا يقع {لما مر} من أصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل {وقول الصادق عليه السلام} في خبر محمد بن مسلم قال: {ما للناس والخيار إنما هذا شيء خص الله به رسول الله ﷺ} ^(١) ونحوه غيره.

{وذهب ابن الجنيّد} وابن أبي عقيل والمرضى وظاهر الصدوق {إلى وقوعه به، لصحيحة حمran عن الباقر عليه السلام: (المخيرة تبين من ساعتها من غير طلاق) ^(٢)} وغيرها وهي مستفيضة {وحملت على تحييرها بسبب غير الطلاق كتدليس وعيب، جمعاً} لكنه كما ترى! فإنه جمع تبرعي لا شاهد له، وعليه فالأقوى طرحها، كما هو المشهور، لموافقتها العامة الذين جعل الله عز وجل الرشد في خلافهم.

[ولا معلقاً على شرط] {وهو ما أمكن وقوعه وعدمه، كقدوم المسافر، ودخول الدار} [أو صفة] {وهو ما قطع بحصوله عادة، كطلوع الشمس وزوالها، وهو موضع وفاق منا} ولنصوص الحصر المتقدمة، معتضدة بأصالة بقاء النكاح حتى يثبت المزيل {إلا أن يكون الشرط معلوم الوقوع له حالة الصيغة، كما لو قال: أنت طالق إن

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤١) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤١) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ١١.

كان الطلاق يقع بك وهو يعلم وقوعه على الأقوى؛ لأنه حينئذٍ غير معلق، ومن الشرط تعلقه على مشيئة الله تعالى { فيبطل بغير خلاف بين أصحابنا، كما عن السرائر. كما أنه لا معنى لتعليق الواقع في الماضي؛ لأنه بقوله: أنت طالق فقد تحقق منه الطلاق وانتهى أمره، فتعليقه على المشيئة تعليق لأمر متحقق سابقاً، كالإقرار بشيء ثم تعليقه على المشيئة، أضف إليه أنه لا معنى لتعليق الأسباب الشرعية التي شاء الله عز وجل وجعلها أسباباً لمسبباتها على مشيئته مرة أخرى.

[ولو فسر الطلقة بأزيد من واحدة] {لقوله: أنت طالق ثلاثاً} [لغا التفسير] {ووقع واحدة} كما هو المشهور، بل عن المرتضى في الناصريات ما يشعر بالإجماع عليه، وكذا عن الخلاف، بل عن العلامة في نهج الحق ذلك صريحاً، كذا في الجواهر {لوجود المقتضي} وهو الصيغة المشتملة على شرائط الصحة {وهو قوله: أنت طالق، وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلا الضميمة وهي مؤكدة، ولا تنافيه} لعدم المنافاة بين الكل والجزء فإن الواحدة جزء الثلاث {ولصحيحة جميل} عن زرارة عن أحدهما عليه السلام قال: (سألته عن رجل طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، وهي طاهر؟ قال: هي واحدة)^(١) {وغيرها} من النصوص التي بلغت حد التواتر {في الذي يطلق ثلاثاً في مجلس، قال: هي واحدة}^(٢).

{وقيل} والقائل سلاّر وبنو أبي عقيل وحمزة وسعيد {يبطل الجميع؛ لأنه بدعة، لقول الصادق عليه السلام} في صحيح أبي بصير قال: {(من طلق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء، من خالف كتاب الله رد إلى كتاب الله)^(٣) وحمل على إرادة عدم وقوع الثلاث التي أرادها} جمعاً بينها وبين ما تقدم من الروايات المعتمدة بالشهرة والعمل بين

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٩) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٩) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٩) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٨.

الأصحاب، ويحتمل حملها على وقوعها في طهر الواقعة، بشهادة صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (من طلق امرأته ثلاثاً في مجلس وهي حائض فليس بشيء، وقد رد رسول الله صلى الله عليه وآله طلاق ابن عمر؛ إذ طلق امرأته ثلاثاً وهي حائض، فأبطل رسول الله صلى الله عليه وآله ذلك الطلاق... الحديث) ^(١) فتدبر ولا حظ.

[ويعتبر في المطلق البلوغ] {فلا يصح طلاق الصبي وإن أذن له الولي} بلا خلاف أجده في الجملة، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (ليس طلاق الصبي بشيء) ^(٢) ونحوه غيره {أو إذا بلغ عشرًا، على أصح القولين} لإطلاق معقد الإجماع والنصوص، معتضداً بحديث رفع القلم، خلافاً للشيخين وجمع من القدماء، استناداً إلى مرسل ابن أبي عمير عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين) ^(٣) وهو مع ضعفه في نفسه - فقد رواه في الكافي بزيادة (لا) - ونحوه غيره، لكنها لا تقاوم ما تقدم من النصوص.

[والعقل] {فلا يصح طلاق المجنون المطبق مطلقاً} سواء اتصل جنونه ببلوغه أم لا {ولا غيره حال جنونه} بلا خلاف أجده بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه، أو الصبي، أو مبرسم* أو مجنون، أو مكره) ^(٤) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٩) الطلاق مقدماته وشروطه، ح ٩.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣٢) الطلاق مقدماته وشروطه، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣٢) الطلاق مقدماته وشروطه، ح ٢.

★ وهو المصاب بذات الجنب وهو: التهاب في الغشاء المحيط بالرئة، كذا في المعجم الوسيط.

(٤) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣٤) الطلاق مقدماته وشروطه، ح ٣.

[ويطلق الولي] {وهو الأب والجد له مع اتصال جنونه بصغره، والحاكم عند عدمها أو عدمه} أي عدم اتصال الجنون بالصغر [عن المجنون] {المطبق مع المصلحة} كما هو المشهور شهرة عظيمة، ولصحيح أبي خالد القمط قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل الأحق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عليه؟ قال: ولم لا يطلق هو؟ قلت: لا يؤمن إن طلق هو أن يقول غداً: لم أطلق، أو لا يحسن أن يطلق، قال: ما أرى وليه إلا بمنزلة السلطان)^(١) فإن السلطان ولي من لا ولي له فمن يكون بمنزلته يكون ولياً قطعاً، ونحوه غيره، ومنه يعرف ضعف ما عن الشيخ وابن إدريس من عدم الجواز استناداً إلى النبوي المشهور (الطلاق بيد من اخذ بالساق)^(٢) [لا عن الصبي] {لأن له حداً يرتقب ويزول نقصه فيه، وكذا المجنون ذو الأدوار، ولو بلغ الصبي فاسد العقل طلق عنه الولي حيثئذٍ، وأطلق جماعة من الأصحاب {بل المشهور، كما في الجواهر} جواز طلاق الولي عن المجنون من غير فرق بين المطبق وغيره، وفي بعض الأخبار دلالة عليه {كصحيح القمط المتقدم وغيره} والتفصيل متوجه، وبه قطع في القواعد}.

{واعلم أن الأخبار غير صريحة في جوازه من وليه} أباً كان أم جداً، ويشكل: بما رواه شهاب بن عبد ربه قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام المعتوه الذي لا يحسن أن يطلق، يطلق عنه وليه على السنة... الحديث)^(٣) وهو معتضد بالشهرة والعمل {ولكن فخر المحققين ادعى الإجماع على جوازه فكان أقوى في حجيته منها} فيلزم الاستناد إليه في الحكم، وجعل النصوص المذكورة مؤيدة، لكنه لما كان معارضاً بدعوى إجماع الشيخ، فيكون الأمر بالعكس، فتكون النصوص هي الدليل ودعواه الإجماع مؤيدة

(١) الوسائل، ج ٢٢ باب (٣٥) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ١.

(٢) كنز العمال، ج ٩، ص (٦٤٠). ح ٢٧٧٧٠.

(٣) الوسائل، ج ٢٢ باب (٣٥) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٢.

{والعجب أن الشيخ في الخلاف ادعى الإجماع على عدمه} مع مخالفته لمعظم الأصحاب، وبعده عن مذاق الشارع؛ ضرورة منافاته لمصلحة الزوج والزوجة بلا أمد ينتظر، مع مخالفته لخبر شهاب، وصحيح القمات المتقدمين وغيرهما.

{وكذا} [لا يطلق الولي] {عن السكران} {وكذا المغنى عليه، وشارب المرقد كالنائم} بلا إشكال ولا خلاف في ذلك، كذا في الجواهر {لأن عذرهم متوقع الزوال} ولأصالة بقاء النكاح حتى يثبت المزيل الشرعي، ولعموم النبوي المقبول عند الأصحاب (الطلاق بيد من أخذ بالساق)^(١).

{والاختيار فلا يقع طلاق المكره} بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألت عن طلاق المكره وعتقه، فقال: ليس طلاقه بطلاق، ولا عتقه بعق... الحديث)^(٢) ونحوه غيره {كما لا يقع شيء من تصرفاته} بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر، لعموم أو إطلاق حديث الرفع {إلا ما استثنى} كإجبار الحاكم له على بيع ماله لوفاء دينه المماطل فيه ونحوه من الموارد.

{ويتحقق الإكراه} بحسب ما هو المرتكز عرفاً {بتوعده بما يكون مضراً به في نفسه، أو من يجري مجراه بحسب حاله} من الأقارب والأخوان المؤمنين، كما وأن الضرر المذكور أعم من النفسي والعرضي والمالي المعتد به عرفاً {مع قدرة المتوعد على فعل ما توعد به، والعلم أو الظن أنه يفعل به لو لم يفعل} ما أكره عليه {ولا فرق بين كون المتوعد به قتلاً، وجرحاً، وأخذ مال وإن قل، وشتماً، وضرباً، وحبساً، ويستوي في الثلاثة الأول جميع الناس} لأنه ضرر، وهو مرفوع {أما في الثلاثة الأخيرة فيختلف

(١) كنز العمال، ج٩، ص(٦٤٠). ح ٢٧٧٧٠.

(٢) الوسائل، ج٢٢ باب (٣٧) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ١.

باختلاف الناس { رفعة وضعة } فقد يؤثر قليلها في الوجيه الذي ينقصه ذلك، وقد
يحتمل بعض الناس شيئاً منها لا يؤثر في قدره، والمرجع في ذلك إلى العرف { .
{ولو خيره المكره بين الطلاق} أو غيره من أفعاله المنوط صحتها باختياره
{ودفع مال غير مستحق فهو إكراه، بخلاف ما لو خيره بينه وبين فعل يستحقه الأمر
من مال وغيره، وإن حتم أحدهما عليه} فإنه لا إكراه فيه بلا خلاف، كما عن الرياض
{كما لا إكراه لو ألزمه بالطلاق ففعله قاصداً إليه} مع حصول صيغته المستلزمة
لترتب الأثر عليها مع القصد فيصح حينئذٍ، أو {أكراهه على طلاق معينة فطلق
غيرها} لا لشبهة؛ لأنه غير المكره عليه قطعاً {أو على طلقة فطلق أزيد} فيصح
الجميع؛ لأنه يشعر برغبته وإرادته له {ولو أكراهه على طلاق إحدى الزوجتين فطلق
معينة فالأقوى أنه إكراه} لأنه أحد أفراد الكلي المكره عليه {إذ لا يتحقق فعل مقتضى
أمره بدون إحداها، وكذا القول في غيره من العقود والإيقاع، ولا يشترط التورية بأن
ينوي غيرها وإن أمكنت} لوقوعه فاسداً من أصله فلا موجب لها، خلافاً لبعض
العامة حيث أوجبها، وضعفه ظاهر، لعدم الحاجة إليها.

[والقصد] بمعنى كونه مريداً بلفظ الطلاق معناه، بلا خلاف أجده فيه بيننا،
بل الإجماع عليه بقسميه، كذا في الجواهر، ولصحيح هشام بن سالم عن أبي عبد
الله عليه السلام قال: (لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق)^(١) ومثله غيره وهو مستفيض {فلا عبرة
بعبارة الساهي} والهازل، والمتفوه بالصيغة مع عدم معرفة معناها، ومن سبق لسانه
إليها {والنائم، والغالط} بلا خلاف عندنا في البطلان، بل ظني أنه كذلك عند
العامة فضلاً عن الخاصة، كما في الجواهر {والفرق بين الأول والأخير: أن الأول}

(١) الوسائل، ج ٢٢ باب (١١) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٤.

وما جرى مجراه {لا قصد له مطلقاً} لا للفظ ولا للمعنى {والثاني له قصد إلى غير من طلقها، فغلط وتلفظ بها، ومثله ما لو ظن زوجته أجنبية؛ بأن كانت في ظلمة، أو أنكحها له وليه، أو وكيله ولم يعلم} وغير ذلك مما هو فاقد لقصد الفراق بينها وبينه، وإرادته له، بلا خلاف أجده فيه، بل لم أجد من احتمل الصحة في المقام، كما في الجواهر؛ لأنه غير قاصد للطلاق من اللفظ أصلاً.

{وأطلق جماعة من الأصحاب} بل هو المشهور كما تقدم {قبول قوله في العدة من غير تفصيل} بين الرجعية والبائنة {في ظنه ظاهراً، وفي عدم القصد لو ادعاه} سواء في العدة الرجعية أم البائنة، كما هو المشهور؛ لأنه لا يعلم إلا من قبله، ولكن جمعاً منهم الشارح قيدوا تصديق دعواه عدم القصد بـ {ما إذا لم تخرج من العدة الرجعية ولا يقبل في غيرها} لأن للزوج الرجوع في الرجعية، فدعواه عدم القصد يقوم مقام الرجعة حينئذٍ، كما لو أنكر الطلاق، بخلاف ما لو كانت المرأة في العدة البائنة فليس للزوج الرجوع، وهو كما ترى! تقييد بما لا يصلح له؛ لأن تصديقه في عدم القصد إلى الطلاق يستلزم بطلانه مطلقاً سواء كانت العدة رجعية أم بائنة {إلا مع اتصال الدعوى بالصيغة} فتكون قرينة متصلة لا توجب انعقاد الطلاق، فلا يصح مطلقاً، وظاهر المبسوط وصريح الخلاف الإجماع على ذلك؛ لأنه إخبار عن نيته التي لا تعلم إلا من قبله، ومقتضى الأصل عدمها، وإنما حكم بها قبل التفسير اعتماداً على ظاهر حال العاقل المختار المعلوم حجتيه في ذلك، ما لم تصدر الدعوى منه بما ينافيه.

[ويجوز توكيل الزوجة في طلاق نفسها وغيرها] لإطلاق الأدلة، ومنع ظهور أدلة الحصر في إرادة التقييد بذلك، بعد الشهرة العظيمة على العدم، كما في الجواهر {كما يجوز توليها غيره من العقود} كما هو المشهور شهرة عظيمة {لأنها كاملة، فلا

وجه لسلب عبارتها فيه، ولا يقدح كونها بمنزلة موجبة وقابلة - على تقدير طلاق نفسها - لأن المغايرة الاعتبارية كافيه، وهو مما يقبل النيابة { إجماعاً حكاه غير واحد } فلا خصوصية للنائب، وقوله ﷺ: (الطلاق بيد من أخذ بالساق)^(١) لا ينافيه؛ لأن يدها مستفادة من يده، مع أن دلالة على الحصر ضعيفة { لعدم إفادة الجملة الاسمية والابتداء للحصر، وليس من أدواته، بخلاف أدوات الاستثناء، وتقديم ما حقه التأخير ونحوهما مما هو ظاهر في الحصر، خلافاً للشيخ في المبسوط والنهاية وأتباعه، لما تقدم مما أشكله الشارح، وجمعاً بين صحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل جعل أمر امرأته إلى رجل، فقال اشهدوا أنني قد جعلت أمر فلانة إلى فلان، أيجوز ذلك للرجل؟ فقال: نعم^(٢) وبين خبر زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا تجوز الوكالة في الطلاق)^(٣) بحمل الأول على الغائب، والثاني على الحاضر، ويشكل: بأنه - مع عدم الشاهد له - فرع التكافؤ بين النصين وهو مفقود، لضعف سند الثاني وعدم الجابر له، ومخالفته للشهرة العظيمة بين الأصحاب.

[ويعتبر في المطلقة الزوجية] بالفعل { فلا يقع بالأجنبية وإن علقه على النكاح } بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعله من ضروريات المذهب، كذا في الجواهر، واقتصاراً فيما خالف الأصل على ما ثبت جوازه من السنة الشريفة، وما جعله الشارع الأقدس سبباً للبينونة وليس إلا الطلاق في الزوجة فعلاً، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (أنه سئل عن رجل قال: كل امرأة أتزوجها

(١) كنز العمال، ج٩، ص٦٤٠. ح ٢٧٧٧٠.

(٢) الوسائل، ج٢٢، باب (٣٩) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ١.

(٣) الوسائل، ج٢٢، باب (٣٩) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٥.

ما عاشت أُمِّي فهي طالق، فقال: لا طلاق إلا بعد نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك^(١) ونحوه غيره {ولا بالأمّة} وإن كانت محللة، بلا خلاف في ذلك ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر؛ ولأنها لا تندرج في المفهوم من النكاح، لانصرافه إلى العقد الذي نفي الطلاق قبله في النصوص المتقدمة.

[والدوام] {فلا يقع بالمتنع بها} من غير خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، ولما تضمنه صحيح إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي جعفر عليه السلام (فإذا انقضى الأجل بانت منه بغير طلاق)^(٢) ونحوه غيره.

[والطهر من الحيض والنفاس إذا كانت] {المطلقة} [مدخولاً] {بها} مطلقاً {حائلاً، حاضراً زوجها معها} بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، ولصحيح عمر بن أذينة عن ابن بكير وغيره عن أبي جعفر عليه السلام قال: (كل طلاق لغير العدة فليس بطلاق، وإن طلقها وهي حائض، أو في دم نفاسها، أو بعدما يغشاها قبل أن تحيض، فليس طلاقه بطلاق)^(٣) ونحوه غيره وهو مستفيض {فلو اختل أحد الشروط الثلاثة: بأن كانت غير مدخول بها، أو حاملاً إن قلنا بجواز حيضها، أو زوجها غائب عنها صح طلاقها وإن كانت حائضاً، أو نفساء، لكن ليس مطلق الغيبة كافياً في صحة طلاقها، بل الغيبة على وجه مخصوص} وهو عدم إمكان استعلام حالها، إجماعاً مستفيض النقل، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا بأس بطلاق خمس على كل حال: الغائب عنها

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٢) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٤) المتنع، ح ٨.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٨) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٩.

زوجها، والتي لم تحض، والتي لم يدخل بها زوجها، والحبل، والتي يئست من الحيض^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض.

{وقد اختلف في حد الغيبة المجوزة له على أقوال} فبين مطلق جوازه من دون تقدير للمدة بقدر تبعاً لإطلاق بعض النصوص، ومقدر لها بشهر، استناداً إلى بعض آخر، ومقدر لأدناها بالأول، وأوسطها بالثاني، وأقصاها بالخمسة أو الستة أشهر {أجودها مضي مدة يعلم أو يظن انتقالها من الطهر الذي واقعها فيه إلى غيره، ويختلف ذلك باختلاف عاداتها} لتعذر معرفة حالها حينه، أو تعسره غالباً {ومن ثم اختلفت الأخبار في تقديرها، واختلفت بسببها الأقوال، فإذا حصل الظن بذلك جاز طلاقها وإن اتفق كونها حائضاً حال الطلاق إذا لم يعلم بحيضها حينئذ ولو بخبر من يعتمد على خبره شرعاً} كالبينة ونحوها، بلا خلاف فيه نصاً وفتوى، كذا في الجواهر، ولا يبعد الاكتفاء بخبر الثقة الواحد، ولخبر أبي بصير (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يطلق امرأته وهو غائب، فيعلم أنه يوم طلقها كانت طامثاً؟ قال: يجوز)^(٢) ونحوه غيره {وإلا} بأن كان يعلم بحيضها {بطل} قولاً واحداً؛ لأن الظاهر من النصوص جوازه مع جهله بحالها؛ ولأنه طلاق لغير العدة، بل إن مقتضى قوله عز وجل: ﴿فَطَلَّوْهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(٣) والفتاوى بطلانه مع استمرار الاشتباه مع إمكانه باستعلام حالها.

ثم إنه كان ينبغي تخصيص ذكر اشتراط كونها في طهر لم يواقعها فيه، وهو مجمع عليه بين الأصحاب، ولصحيح الفضلاء زرارة ومحمد بن مسلم وبكير وبريد

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٥) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٦) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٦.

(٣) سورة الطلاق، آية (١).

وإسماعيل الأزرق ومعمّر بن يحيى عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قال: (إذا طلق الرجل في دم النفاس أو طلقها بعد ما يمسه فليس طلاقه إياها بطلاق) ^(١) ونحوه غيره، ليتفرع عليه قوله {وفي حكم علمه بحيضها علمه بكونها في طهر الواقعة} في جميع الأحكام المتقدمة فيه {على الأقوى} كما هو الأشهر بين الأصحاب، لإطلاق صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: (سألت عن الرجل يطلق امرأته وهو غائب؟ قال: يجوز طلاقها على كل حال، وتعتد امرأته من يوم طلقها) ^(٢) الواقع تحته عدم علمه بحالها من هذه الجهة {وفي المسألة بحث عريض قد حققناه في رسالة مفردة من أراد تحقيق الحال فليقف عليها} وليستفد منها.

{وفي حكم الغائب من لا يمكنه معرفة حالها لحبس ونحوه مع حضوره} اتفاقاً، ولصحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوج امرأة سرّاً من أهلها، وهي في منزل أهلها، وقد أراد أن يطلقها، وليس يصل إليها فيعلم طمئتها إذا طمئت، ولا يعلم بطهرها إذا طهرت، قال: فقال: هذا مثل الغائب عن أهله... الحديث) ^(٣) ونحوه غيره.

{كما أن الغائب الذي يمكنه معرفة حالها، أو قبل انقضاء المدة المعتبرة} على اختلاف الأقوال {في حكم الحاضر} كما هو المشهور نصاً وفتوى، كما عن غير واحد {ويتحقق ظن انقضاء نفاسها بمضي زمان تلد فيه عادة، وأكثر النفاس بعدها، أو عاداتها فيه} إذا تجاوز العشرة، وهو أكثر النفاس، كما هو المشهور شهرة عظيمة، إلحاقاً لحكم النفاء بالحائض، لصحيح الفضلاء الآتي {ولو لم يعلم ذلك كله، ولم

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٩) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٦) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٨) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ١.

يظنه تربص ثلاثة أشهر} من حين الواقعة {كالمستراية} التي يجب أن ينتظرها ثلاثة أشهر، بلا خلاف أجده في ذلك، كذا في الجواهر، استصحاباً لموضوعها وحكمها، ثم يطلقها بعدها، ولمرسل العطار - المنجبر بالشهرة والعمل - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن المرأة يستراب بها ومثلها تحمل ومثلها لا تحمل ولا تحيض وقد واقعها زوجها، كيف يطلقها إذا أراد طلاقها؟ قال: ليمسك عنها ثلاثة أشهر ثم يطلقها)^(١) ونحوه غيره.

[والتعين] مع التعدد {أي تعين المطلقة لفظاً} كأن يقول: زوجتي هند طالق، أو إشارة إليها ولو بعلامة فيها، كما هو المشهور، لمكاتبة محمد بن أحمد بن المطهر قال: (كتب إلى أبي الحسن صاحب العسكر: إني تزوجت بأربع نسوة ولم أسأل عن أسائهن، ثم إني أردت طلاق إحداهن وأتزوج امرأة أخرى، فكتب عليه السلام: انظر إلى علامة إن كانت بواحدة منهن فتقول: اشهدوا أن فلانة التي بها علامة كذا وكذا هي طالق... الحديث)^(٢) وهو نص في التعين، ونحوه غيره، مضافاً إلى استصحاب بقاء النكاح المتوقف زواله على السبب الشرعي الظاهر مدخلية التعيين فيه خارجاً ولو بالقرائن المستفادة من النصوص مع الشك في تناول العمومات التي لم تسق لبيان مشروعية مسمى الطلاق، ومنه تعرف التأمل في قوله {أو نية} وقد ادعى في المسالك المفروغية عن صحته كذلك، فإنه مخالف لصريح وظاهر النصوص المتقدمة.

(١) الوسائل، ج ٢٢ باب (٤٠) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ باب (٣) ما يحرم باستيفاء العدد، ح ٣.

{فلو طلق إحدى زوجتيه لا بعينها بطل} [على الأقوى] بل هو المشهور نقلاً وتحصيلاً، بل في الانتصار ومحكي الطبريات الإجماع عليه، كذا في الجواهر، وللنصوص المتقدمة {ولأصالة بقاء النكاح، فلا يزول إلا بسبب محقق السببية؛ ولأن الطلاق أمر معين، فلا بد له من محل معين، وحيث لا محل فلا طلاق؛ ولأن الأحكام من قبيل الأعراض فلا بد لها من محل تقوم فيه؛ ولأن توابع الطلاق من العدة وغيرها لا بد لها من محل معين} لكنها كما ترى! فإنها تعليقات اجتهادية فلا حاجة لها بعد النصوص المتقدمة التي دلت على لزوم التعيين.

{وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط وابن البراج والمحقق في الشرايع والعلامة في القواعد في أحد قوليه ووافقهم الشارح في المسالك {لا يشترط ويستخرج المطلقة بالقرعة، أو يعين من شاء، لعموم مشروعية الطلاق} ولأصالة عدم الاشتراط، لكنها معارضة بأصالة بقاء النكاح فيتساقطان {ومحل المبهمة جاز أن يكون مبهماً؛ ولأن إحداهما زوجة وكل زوجة يصح طلاقها} وهو كما ترى! لمنع كلية الكبرى، حيث لا دليل عليها سوى العموم المدعى على إطلاقه، وهو ممنوع، لمخالفته صريح بعض النصوص {و} مع ذلك {قواه المصنف في الشرح، ويتفرع على ذلك العدة؛ فقل: ابتداءها من حين الإيقاع} لأن الصيغة المبهمة بنفسها مؤثرة في بينونة في الحال {وقيل: من حين التعيين} لأن صلاحيتها في التأثير عند التعيين {ويتفرع عليه فروع كثيرة ليس هذا موضع ذكرها} لابتنائها على الاختصار ومع ذلك فقد ذكر المصنف من شروط الطلاق الإشهاد على الصيغة وقد ترك الشارح الاستدلال عليه، وهو مما أجمع عليه الأمامية، وهو من مختصاتهم، ولقوله ع: ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ

وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴿١﴾ وللنصوص المتضافرة، كصحيح الفضلاء عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام - في حديث - أنه قال: (وإن طلقها في استقبال عدتها طاهراً من غير جماع، ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين، فليس طلاقه إياها بطلاق) ^(٢) ونحوه غيره، فتفطن واغتنم.

(١) سورة الطلاق: آية ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٢ باب (١٠) الطلاق مقدماته وشروطه، ح ٣.

[الفصل الثاني]: [في أقسامه]

{وهو ينقسم أربعة أقسام:

وهي - ما عدا المباح: وهو متساوي الطرفين - من الأحكام الخمسة، فإنه لا يكون كذلك، بل إما راجح، أو مرجوح مع المنع من النقيض وتعيينه {أي تعين نقيضه فيكون حراماً أو لا، فقوله: مع المنع من النقيض مع قوله: وتعيينه من اللف والنشر المرتب بالنسبة إلى الراجح والمرجوح} أم لا {متعلق بكليهما} وتفصيلها أنه {:

[إما حرام] وضعاً بمعنى بطلانه، لا تكليفاً، ومن ثم لو طلق زوجته حال حيضها لم تترتب عليه المعصية قطعاً [وهو طلاق الحائض لا مع المصحح له] {وهو أحد الأمور الثلاثة السابقة أعني: عدم الدخول، أو الحمل، أو الغيبة} [و] {كذا} [النفساء، وفي طهر جامعها فيه] {وهي غير صغيرة، ولا يائسة، ولا حامل مع علمه بحالها} من أنها في طهر الواقعة {مطلقاً} عالماً كان أم جاهلاً كالمسافر {نظراً إلى أنه لا يستثنى للغائب إلا كونها حائضاً عملاً بظاهر النص} وهو خبر أبي بصير قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يطلق امرأته وهو غائب فيعلم أنه يوم طلقها كانت طامثاً، قال: يجوز)^(١) كما وهو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، وبها ينجبر ضعف النص المتقدم.

[والثلاث] مرسلة بأن يقول: أنت طالق بالثلاث أو ثلاثاً، أو مرتبة بأن يقول: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق مع اعتقاد وقوعها [من غير رجعة] تتخللها {والتحريم هنا يرجع إلى المجموع من حيث هو مجموع} لأنه من التشريع المحرم

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٦) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٦.

{وذلك لا ينافي تحليل بعض أفرادهِ وهو الطلقة الأولى؛ إذ لا منع منها} نصاً وفتوى {إذا اجتمعت الشرائط} {وكله} {أي الطلاق المحرم بجميع أقسامهِ} وهو المعبر عنه بطلاق البدعة [لا يقع] {بل يبطل} ويأثم فاعله إن كان بعنوان المشروعية؛ لأنه تشريع وهو محرم بإجماع المسلمين، كما في الجواهر [لكن] يجوز أن يقع في [الطلقات] {الثلاث} [من غير رجعة] {واحدة} كما تقدم {وهي الأولى، أو الثانية على تقدير وقوع خلل في الأولى، أو الثالثة على تقدير فساد الأولين} وعلى تقدير فساد الجميع فلا يقع، اتفاقاً، لفقد شرط الصحة.

[وإما مكروه وهو الطلاق مع التثام الأخلاق] {أي أخلاق الزوجين، فإنه (ما من شيء مما أحله الله تعالى أبغض إليه من الطلاق، وأن الله عز وجل يبغض المطلق الذواق)^(١)} كما في مرسل ابن أبي عمير عن غير واحد عن أبي عبد الله عليه السلام {وذلك حيث لا موجب له} ففي موثق سعد بن طريف عن أبي جعفر عليه السلام قال: (مر رسول الله ﷺ برجل فقال: ما فعلت امرأتك؟ قال: طلقته يا رسول الله، قال: من غير سوء؟ قال: من غير سوء، فقال رسول الله ﷺ: إن الله عز وجل يبغض، أو يلعن كل ذواق* من الرجال وكل ذواق من النساء)^(٢) ونحوه غيره.

[وإما واجب وهو طلاق المولي، والمظاهر] {فإنه يجب عليه أحد الأمرين الفته} وهو الرجوع مع الكفارة {أو الطلاق كما سيأتي، فكل واحد منهما يوصف بالوجوب التخيري، وهو} هنا {واجب بقول مطلق} من غير تقييد له بتخير أو تعيين [وإما سنة] يعني مستحب [وهو الطلاق مع الشقاق] {بينهما} [وعدم رجاء الاجتماع]

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٥.

★ الذواق: الملول، كذا في الصحاح.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٦.

{والوفاق} اتفاقاً، لخبر خطاب بن سلمة قال: (دخلت عليه - يعني أبا الحسن عليه السلام - وأنا أريد أن أشكو إليه ما ألقى من امرأتي من سوء خلقها، فابتدأني فقال: إن أبي زوجني مرة امرأة سيئة الخلق فشكوت ذلك إليه فقال: ما يمنعك من فراقها؟ قد جعل الله ذلك إليك فقلت: فيما بين وبين نفسي قد فرجت عني)^(١) [والخوف من الوقوع في المعصية] كالزنا واللواط، و {يمكن أن يكون هذا من تنمة شرائط سنته على تقدير الشقاق، ويمكن كونه فرداً برأسه، وهو الأظهر، فإن خوف الوقوع في المعصية قد يجامع اتفاقهما، فيسن} الطلاق {تخلصاً من الخوف المذكور إن لم يجب، كما وجب النكاح له}.

[ويطلق الطلاق السني] {المنسوب إلى السنة} بمعنى الطريقة، لا الاستحباب [على كل طلاق جائز شرعاً] {والمراد الجائز بالمعنى الأعم} {وهو هنا ما قابل الحرام} أي الباطل {ويقال له: طلاق السنة بالمعنى الأعم، ويقابله البدعي وهو الحرام، ويطلق على معنى أخص من الأول وهو: أن يطلق على الشرائط، ثم يتركها حتى تخرج من العدة ويعقد عليها ثانياً، ويقال له: طلاق السنة بالمعنى الأخص، وسيأتي ما يختلف من حكمهما}.

{وهو} {أي الطلاق السني بالمعنى الأعم} {ثلاثة} {أقسام}:

{بائن} {لا يمكن للمطلق الرجوع فيه ابتداءً} {وهو ستة} أصناف بلا خلاف نصاً وفتوى، كذا في الجواهر.

الأول: [طلاق غير المدخول بها] {دخولاً يوجب الغسل} بغيوبة الحشفة {في قبل أو دبر} بلا خلاف ولا إشكال، لإطلاق صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣) الطلاق مقدماته وشرائطه، ح ٣.

قال: (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها، فليس عليها عدة، تزوج من ساعتها إن شاءت، وتبينها تطليقة واحدة، وإن كان فرض لها مهرأ فنصف ما فرض)^(١) ونحوه غيره.

[و] الثاني: طلاق [اليائسة] {من الحيض، ومثلها لا تحيض} وهي من بلغت خمسين أو ستين سنة على ما تقدم في كتاب الطهارة، بلا خلاف ولا إشكال، ولصحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن التي قد يئست من المحيض، والتي لا تحيض مثلها، قال: ليس عليها عدة)^(٢) ونحوه غيره.

[و] الثالث: طلاق [الصغيرة] التي لم تبلغ تسع سنين وإن دخل بها، بلا خلاف لمسل جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام: (في الرجل يطلق الصبية التي لم تبلغ، ولا يحمل مثلها، فقال: ليس عليها عدة، وإن دخل بها)^(٣) ونحوه غيره، وللأمن من اختلاط المائتين {إذ لا عدة لهذه الثلاث، ولا رجوع إلا في العدة} إجماعاً.

[و] الرابع، والخامس: طلاق [المختلعة، والمباراة ما لم ترجعا في البذل] {فإذا رجعتا صار رجعيًا} فهو حينئذ بائن في حال، ورجعي في آخر، بلا خلاف ولا إشكال، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (الخلع والمباراة تطليقة بائن، وهو خاطب من الخطاب)^(٤) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١) العدد، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢) العدد، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢) العدد، ح ٢.

(٤) الوسائل، ج ٢٢، باب (٨) العدد، ح ١.

[و] السادس: طلاق [المطلقة الثالثة] {ثلاثة} [بعد رجعتين] {كل واحدة عقيب طلقة إن كانت حرة} ولو بعقد جديد كما سيأتي {وثانية بينها وبين الأولى رجعة إن كانت أمة} لأن عدة الأمة نصف عدة الحرة، كما سيأتي.

[و] القسم الثاني: [رجعي وهو: ما للمطلق فيه الرجعة] {سواء} [رجع أو لا] {فإطلاق الرجعي عليه بسبب جوازها فيه، كإطلاق الكاتب على مطلق الإنسان من حيث صلاحيته لها} بلا خلاف ولا إشكال، وهو ما عدا الستة المتقدمة، سواء اعتدت بالأقراء أم بالشهور أم بالوضع، رجع أم لم يرجع، ودل عليه الكتاب في قوله عز وجل: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾^(١)، والسنة، كصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (وأما طلاق الرجعة فأن يدعها حتى تحيض وتطهر، ثم يطلقها بشهادة شاهدين، ثم يراجعها ويوقعها ثم ينتظر بها الطهر فإذا حاضت وطهرت أشهد شاهدين على تطليقة أخرى ثم يراجعها ويوقعها، ثم ينتظر بها الطهر، فإذا حاضت وطهرت أشهد شاهدين على التطليقة الثالثة، ثم لا تحل له أبداً حتى تنكح زوجاً غيره... الحديث)^(٢).

[و] القسم {الثالث}: [طلاق العدة، وهو أن يطلق على الشرائط ثم يرجع في العدة ويطأ، ثم يطلق في طهر آخر] {وإطلاق العدي عليه من حيث الرجوع فيه في العدة، وجعله قسيماً للأولين يقتضي مغايرته لهما مع أنه أخص من الثاني، فإنه من جملة أفرادها، بل أظهرها حيث رجع في العدة، فلو جعله قسمين ثم قسم الرجعي إليه وإلى غيره كان أجود}.

(١) سورة البقرة، آية (٢٢٩).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢) أقسام الطلاق، ح ٢.

[وهذه] {أعني المطلقة للعدة} [تحرم في التاسعة أبداً] {إذا كانت حرة، وقد تقدم} في كتاب النكاح {أنها تحرم في كل ثلاثة حتى تنكح زوجاً غيره، وأن المعتبر طلاقها للعدة مرتين من كل ثلاثة؛ لأن الثالث لا يكون عدياً؛ حيث لا رجوع فيها فيه} فيكون بائناً، وحرمتها كذلك، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ومفهوم خبر المعلى بن خنيس عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل طلق امرأته، ثم لم يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض، ثم تزوجها، ثم طلقها من غير أن يراجع ثم تركها حتى حاضت ثلاث حيض، قال: له أن يتزوجها أبداً ما لم يراجع ويمس، الحديث)^(١) ومفهومه أنه إن راجع ومس فتحرم عليه في التاسعة مؤبداً.

[وما عداه] {من أقسام الطلاق الصحيح: وهو ما إذا رجع عنها وتجرد عن الوطء، أو بعدها بعقد جديد وإن وطأ} [تحرم] {المطلقة} [في كل ثلاثة للحر، وفي كل ثانية للأمة] كما مر مفصلاً {وفي إلحاق طلاق المختلعة إذا رجع في العدة بعد رجوعها في البذل، والمعقود عليها في العدة الرجعية به قولان: منشؤهما: من أن الأول من أقسام البائن، والعدّي من أقسام الرجعي، وأن شرطه الرجوع في العدة، والعقد الجديد لا يعد رجوعاً، ومن أن رجوعها في البذل صيره رجعيّاً، وأن العقد في الرجعي بمعنى الرجعة، والأقوى إلحاق الأول به، دون الثاني، لاختلال الشرط، ومنع إلحاق المساوي بمثله} مطلقاً وإن ماثلته في المعنى.

[والأفضل في الطلاق أن يطلق على الشرائط] {المعتبرة في صحته} [ثم يتركها حتى تخرج من العدة، ثم يتزوجها إن شاء على هذا] {وهذا هو طلاق السنة بالمعنى

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣) أقسام الطلاق، ح ١٣.

الأخص، ولا تحرم المطلقة به مؤبداً أبداً} ولو في التاسعة {وإنما كان أفضل، للأخبار الدالة عليه} كصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (الطلاق الذي يحبه الله، والذي يطلق الفقيه وهو العدل بين الرجل والمرأة، أن يطلقها في استقبال الطهر بشهادة شاهدين وإرادة من القلب، ثم يتركها حتى تمضي ثلاثة قروء... الحديث)^(١) {وإنما يكون أفضل حيث تشترك أفراده في أصل الأفضلية وجوباً، أو ندباً، لاقتضاء أفعال التفضيل الاشتراك في أصل المصدر، وما يكون مكروهاً، أو حراماً لا فضيلة فيه} كيف وقد ورد عنه عليه السلام: (إن أبغض الحلال إلى الله الطلاق)^(٢).

[وقد قال بعض الأصحاب] {وهو عبد الله بن بكير} [إن هذا الطلاق لا يحتاج إلى محل بعد الثلاث] {بل استيفاء العدة الثالثة يهدم التحريم، استناداً إلى رواية زرارة قال: (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: الطلاق الذي يحبه الله تعالى والذي يطلق الفقيه وهو العدل بين المرأة والرجل أن يطلقها في استقبال الطهر بشهادة شاهدين وإرادة من القلب، ثم يتركها حتى تمضي ثلاثة قروء فإذا رأت الدم في أول قطرة من الثالثة وهو آخر القرء؛ لأن الأقراء هي الأطهار فقد بانت منه وهي أملك بنفسها، فإن شاءت تزوجته وحلت له، فإن فعل هذا بها مرة هدم ما قبله وحلت بلا زوج، الحديث)^(٣).

{وإنما كان ذلك قول عبد الله؛ لأنه قال حين سئل عنه: هذا مما رزق الله من الرأي} ففي خبر عبد الله بن المغيرة قال: (سألت عبد الله بن بكير عن رجل طلق امرأته واحدة ثم تركها حتى بانت منه ثم تزوجها، قال: هي معه كما كانت في

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٥) أقسام الطلاق، ح ٣.

(٢) السنن الكبرى، ج ٧، ص (٥٢٧).

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣) أقسام الطلاق، ح ١٦.

التزويج، قال: قلت: فإن رواية رفاعه إذا كان بينهما زوج، فقال لي عبد الله: هذا زوج، وهذا مما رزق الله من الرأي^(١) ونحوه غيره {ومع ذلك رواه بسند صحيح وقد قال الشيخ} في الفهرست {إن العصابة أجمعت على تصحيح ما يصح عن عبد الله بن بكير، وأقروا له بالفقه والثقة}.

{وفيه نظر؛ لأنه فطحي المذهب، ولو كان ما رواه حقاً لما جعله رأياً له، ومع ذلك فقد اختلف سند الرواية عنه فتارة أسندها إلى رفاعه، وأخرى إلى زرارة، ومع ذلك نسبه إلى نفسه، والعجب من الشيخ - مع دعواه الإجماع المذكور - أنه قال: إن إسناده إلى زرارة وقع نصرة لمذهبه الذي أفتى به لما رأى أن أصحابه لا يقبلون ما يقوله برأيه، قال: وقد وقع منه من العدول عن اعتقاد مذهب الحق إلى الفطحية ما هو معروف، والغلط في ذلك أعظم من الغلط في إسناده فتياً يعتقد صحتها لشبهة دخلت عليه إلى بعض أصحاب الأئمة عليه السلام}.

[والأصح احتياجه إليه] {أي إلى المحلل، للأخبار الصحيحة الدالة عليه} كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (في رجل طلق امرأته ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم تزوجها ثم طلقها من غير أن يدخل بها حتى فعل ذلك بها ثلاثاً، فقال: لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره)^(٢) ونحوه غيره {وعموم القرآن الكريم} في قوله عز وجل: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ إلى أن قال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾^(٣) فيقع تحت عمومه جميع أصناف الطلاق سواء كان بائناً أم رجعياً، وسواء كان عدياً أم سنياً بالمعنى الأخص أو الأعم {بل لا يكاد يتحقق في ذلك

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣) أقسام الطلاق، ح ١٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣) أقسام الطلاق، ح ٤.

(٣) سورة البقرة آية (٢٢٩، ٢٣٠).

خلاف؛ لأنه لم يذهب إلى القول الأول أحد من الأصحاب على ما ذكره جماعة، وعبد الله بن بكير ليس من أصحابنا الإمامية، ونسبة المصنف له إلى أصحابنا التفاتاً منه إلى أنه من الشيعة في الجملة، بل من فقهاءهم على ما نقلناه عن الشيخ وإن لم يكن إمامياً، ولقد كان ترك حكاية قوله في هذا المختصر أولى.

[ويجوز طلاق الحامل أزيد من مرة] {مطلقاً} سواء مضى عليه ثلاثة أشهر - كما هو مذهب الصدوقين - وسواء في ذلك طلاق العدة وغيره أم لا، وسواء مضى على طلاق العدة شهر - كما هو مذهب ابن الجنيد - أم لا، والشيخ أطلق جواز العدة ومنع من طلاقها ثانياً للسنة {على الأقوى} كما عن ابن إدريس والمحقق وباقي المتأخرين، بل في الجواهر: للعدة إجماعاً في القواعد ومحكي الإيضاح وشرح الصيمري وذلك، لإطلاق الأدلة وعمومها، ولموثق إسحاق بن عمار قال: (قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الحامل يطلقها زوجها، ثم يراجعها، ثم يطلقها، ثم يراجعها، ثم يطلقها الثالثة، قال: تبين منه، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره)^(١) ونحوه غيره.

[ويكون طلاق عدة إن وطأ] {بعد الرجعة ثم يطلق، وإلا يطأ بعدها} [فسنة بمعناه الأعم] مقابل البدعي {وأما طلاق السنة بالمعنى الأخص فلا يقع بها؛ لأنه مشروط بانقضاء العدة، ثم تزويجها كما سبق، وعدة الحامل بانقضاء العدة، ثم تزويجها كما سبق، وعدة الحامل لا تنقضي إلا بالوضع، وبه تخرج عن كونها حاملاً، فلا يصدق أنها طلقت طلاق السنة بالمعنى الأخص ما دامت حاملاً، إلا أن يجعل وضعها قبل الرجعة كاشفاً عن كون طلاقها السابق طلاق سنة بذلك المعنى، والأقوال هنا} في طلاق الحامل {مختلفة} كما سبق {كالأخبار* والمحصل ما ذكرناه}.

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣) أقسام الطلاق، ح ٥.

* يراجع بشأنها، ج ٢٢، باب (٢٠) أقسام الطلاق.

[والأولى تفريق الطلقات] الثلاث [على الأطهار] {بأن يوقع كل طلقة في طهر غير طهر الطلقة السابقة} [لمن أراد أن يطلق ويراجع] {أزيد من مرة بأن يراجعها بعد وطئها وهذه الأولوية بالإضافة إلى ما يأتي بعده، وإلا فهو موضع الخلاف} مع ابن أبي عقيل {وإن كان} وقوعه صحيحاً؛ لأن {أصح الروايتين صحته} وهي صحيحة عبد الحميد بن عواض ومحمد بن مسلم قالوا: (سألنا أبا عبد الله عليه السلام): عن رجل طلق امرأته، وأشهد على الرجعة، ولم يجامع ثم طلق في طهر آخر على السنة، أثبت التولية الثانية بغير جماع؟ قال: نعم، إذا هو أشهد على الرجعة، ولم يجامع كانت التولية ثابتة^(١) ونحوها غيرها {وإنما الأولى المخرج من الخلاف أن يراجع ويوطأ، ثم يطلق في طهر آخر فإن الطلاق هنا يقع إجماعاً} بقسميه، ونصوصاً مستفيضة أو متواترة، كذا في الجواهر، ولصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - قال: (وأما طلاق العدة الذي قال الله عز وجل: ﴿فَطَلَّوْهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ فإذا أراد الرجل منكم أن يطلق امرأته طلاق العدة فليتظر بها حتى تحيض وتخرج من حيضها، ثم يطلقها تطليقة من غير جماع بشهادة شاهدين عدلين، ويراجعها من يومه ذلك إن أحب، أو بعد ذلك بأيام قبل أن تحيض، ويشهد على رجعتها، ويواقعها حتى تحيض، فإذا حاضت وخرجت من حيضها طلقها تطليقة أخرى من غير جماع يشهد على ذلك، ثم يراجعها أيضاً متى شاء قبل أن تحيض، ويشهد على رجعتها ويواقعها، وتكون معه إلى أن تحيض الحيضة الثالثة، فإذا خرجت من حيضتها الثالثة طلقها التطليقة الثالثة بغير جماع، ويشهد على ذلك، فإذا فعل ذلك فقد بانت منه، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره... الحديث)^(٢) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٩) أقسام الطلاق، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢) أقسام الطلاق، ح ١.

{ولو طلق مرات في طهر واحد} {بأن يطلق ويراجع} {من غير أن يواقع} {ثم يطلق ويراجع، وهكذا ثلاثاً} {فخلاف أقربه الوقوع مع تخلل الرجعة} {بين كل طلاقين} كما هو المشهور شهرة عظيمة {لعموم القرآن} في قوله ﷺ: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾^(١) {والأخبار الصحيحة بصحة الطلاق إن أُراده في الجملة} كصحيح أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: (سألت الرضا عليه السلام عن رجل طلق امرأته بشاهدين، ثم راجعها، ولم يجامعها بعد الرجعة حتى طهرت من حيضها، ثم طلقها على طهر بشاهدين، أتقع عليها التطليقة الثانية، وقد راجعها، ولم يجامعها؟ قال: نعم)^(٢) ونحوه غيره {إلا ما أخرجه الدليل} وهو طلاقها ثانياً في طهر واقعها فيه ثم راجعها {وروى إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام قال: (قلت له: رجل طلق امرأته، ثم طلقها بشهود، ثم راجعها بشهود، ثم طلقها بشهود تبين منه، قال: نعم، قلت: كل ذلك في طهر واحد، قال: تبين منه)^(٣) وهذه الرواية من الموثق، ولا معارض لها إلا رواية عبد الرحمن بن الحجاج} الصحيحة {عن الصادق عليه السلام (في الرجل يطلق امرأته، له أن يراجعها؟ قال: لا يطلق التطليقة الأخرى حتى يمسه)^(٤)} ونحوها موثق إسحاق بن عمار، وخبر أبي بصير* {وهي لا تدل على بطلانه؛ نظراً إلى أن النهي في غير العبادة لا يفسد} فتكون دالة على الكراهة الشديدة، أو إرشاداً للفساد.

(١) سورة البقرة، آية (٢٢٩).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٩) أقسام الطلاق، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٩) أقسام الطلاق، ح ٥.

(٤) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٧) أقسام الطلاق، ح ٢.

★ الوسائل، ج ٢٢، باب (١٧) أقسام الطلاق، ح ١، ٢، ٤.

{واعلم أن الرجعة بعد الطلقة تجعلها بمنزلة المدومة بالنسبة إلى اعتبار حالها قبل الطلاق وإن بقي لها أثر في الجملة، كعدها في الثلاث فيبقى حكم الزوجية بعدها كما كان قبلها، فإذا كانت مدخولاً بها قبل الطلاق، ثم طلقها وراجع، ثم طلق يكون طلاقه طلاق مدخول بها، لا طلاق غير مدخول بها؛ نظراً إلى أن الرجعة بمنزلة التزويج الجديد فيكون طلاقها بعده واقعاً على غير مدخول بها} ليقال: بأن طلاقها سيكون بائناً ولا عدة عليها؛ لأنه طلاق غير مدخول بها {لما عرفت من أن الرجعة أسقطت حكم الطلاق} ولولا ذلك لما أمكن وقوع الطلاق ثلاثاً {وإن فرق الطلاقات على الأظهار من غير دخول، والروايات الصحيحة} المتقدم بعضها وغيرها {ناطقة بصحتها حينئذٍ، وكذا فتوى الأصحاب إلا من شذ} وهو ابن أبي عقيل {وحينئذٍ فيكون الطلاق الثاني رجعيّاً، لا بائناً وإن وقع بغير مدخول بها بالنسبة إلى ما بعد الرجعة فإنها مدخول بها قبله، وهو كاف} لصدق طلاق المدخول بها في الجملة.

[وتحتاج] {المطلقة مطلقاً} من أي قسم كان الطلاق [مع كمال] {الطلاقات} [الثلاث إلى المحلل] {للنص} من الكتاب في قوله عز وجل: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ - إلى قال: - ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾^(١) ومن السنة صحيح أبي بصير - يعني المرادي - قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المرأة التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره، قال: هي التي تطلق، ثم تراجع، ثم تطلق، ثم تراجع، ثم تطلق، ثم تنكح زوجاً غيره، قال: هي التي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، ويذوق عسيلتها)^(٢) ونحوه غيره {والإجماع} القطعي من جميع المسلمين {ومخالفة من سبق ذكره} وهو ابن بكير

(١) سورة البقرة، آية (٢٣٠، ٢٢٩).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤) أقسام الطلاق، ح ١.

{في بعض موارد غير قادح فيه بوجه} لتصريحه بأنه مما رزقه الله من الرأي، وهو مردود عليه؛ لأنه على الأقل اجتهاد في مقابلة النص، وهو غير مسموع.

[ولا يلزم الطلاق بالشك] {فيه، لتدفع الشبهة الناشئة من احتمال وقوعه} كما احتمله الشافعي {بل تبقى على حكم الزوجية، لأصالة عدمه، وبقاء النكاح، لكن لا يخفى الورع في ذلك} بناء على ما قيل: من انقلاب الأصل في الفروج إلى الاحتياط {فيراجع إن كان الشك في طلاق رجعي، ليكون على يقين من الحل، أو في البائن بدون ثلاث جدد النكاح، أو بثلاث أمسك عنها وطلقها ثلاثاً} بينها رجعتان {لتحل لغيره يقيناً} فينكحها الآخر ثم يطلقها، لتحل له يقيناً {وكذا يبني على الأقل لو شك في عدده} لأنه المتيقن، ولأصالة عدم الزائد عليه {والورع} يقتضي البناء على {الأكثر} ولا يخفى ما فيه من التكلف، بل التعسف، لمخالفته لأصل ثبتت حجتيه.

[ويكره للمريض الطلاق] إضافة إلى كراهته في ذاته، على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، كما في الجواهر {للهي عنه في بعض الأخبار} كصحيحة زارة عن أحدهما عليه السلام قال: (ليس للمريض أن يطلق، وله أن يتزوج... الحديث)^(١) ونحوها غيرها {المحمولة على الكراهة جمعاً بينها وبين ما دل على وقوعه صريحاً} كصحيح الحلبي (أنه سئل عن رجل يحضره الموت، فيطلق امرأته، هل يجوز طلاقه؟ قال: نعم، وإن مات ورثته... الحديث)^(٢) ونحوه غيره [فإن فعل توارثاً في] {العدة} [الرجعية] {من الجانبين كغيره} من أقسام الطلاق، إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر؛ ولأنها بحكم الزوجة [وترثه هي في البائن والرجعي إلى سنة] {من حين الطلاق للنص} الصحيح عن أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢١) أقسام الطلاق، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٢) أقسام الطلاق، ح ٢.

(إذا طلق الرجل المرأة في مرضه، ورثته ما دام في مرضه ذلك، وإن انقضت عدتها، إلا أن يصح منه، قال: قلت: فإن طال به المرض؟ فقال: ما بينه وبين سنة^(١)) ونحوه غيره {والإجماع} بقسميه عليه، كذا في الجواهر.

{وربما علل بالتهمة بإرادة إسقاط إرثها فيؤاخذ بنقيض مطلوبة، وهو لا يتم حيث تسأله الطلاق، أو تخالعه، أو تبارئه، والأقوى عموم الحكم} لموضع التهمة، كما هو المشهور؛ ولأن عنوان الحكم هو الطلاق في المرض، و {لإطلاق النصوص} وليس للتهمة أثر فيه، وإن تضمنتها بعض النصوص الضعيفة التي لا تقاوم إطلاق ما تقدم [ما لم تتزوج] {بغيره} بلا خلاف يعرف، لمسل عبد الرحمن بن الحجاج عمن حدثه عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال في رجل طلق امرأته، وهو مريض، قال: إن مات في مرضه ولم تتزوج ورثته، وإن كانت تزوجت فقد رضىت بالذي صنع، لا ميراث لها)^(٢) ونحوه غيره.

[أو يبرأ من مرضه] {فيتنفي إرثها بعد العدة الرجعية وإن مات في أثناء السنة} من غير خلاف يعرف، لصحيح أبي العباس المتقدم وغيره {وعلى هذا لو طلق أربعاً في مرضه، ثم تزوج أربعاً ودخل بهن ومات في السنة مريضاً قبل أن تتزوج المطلقات ورث الثمان الثمن} مع الولد {أو الربع} لا معه {بالسوية} بينهما، لوقوعه تحت العموم المتقدم {ولا ترث أزيد من أربع زوجات اتفاقاً إلا هنا، ولا يلحق الفسخ في المرض بالطلاق عملاً بالأصل} وهو عدم الإرث، السالم عن المعارض؛ لأن الفسخ خارج عن موضع النص، مضافاً إلى أنه قياس معلوم البطالان عندنا.

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٢) أقسام الطلاق، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٢) أقسام الطلاق، ح ٦.

[والرجعة تكون بالقول مثل: رجعت وارتجعت] {متصلاً بضميرها، فيقول: رجعتك، وارتجعتك، ومثله راجعتك، وهذه الثلاثة صريحة، وينبغي إضافة إلي، أو إلى نكاحي، وفي معناها رددتك وأمسكتك لورودها في القرآن، قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾^(١) ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِوفٍ﴾^(٢) { ولا خلاف بين المسلمين في مشروعيتها، كذا في الجواهر، ولصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - قال: (وأما طلاق العدة الذي قال الله عز وجل: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ فإذا أراد الرجل منكم أن يطلق امرأته طلاق العدة، فلينتظر بها حتى تحيض وتخرج من حيضها، ثم يطلقها تطليقة من غير جماع بشهادة شاهدين عدلين، ويراجعها من يومه ذلك ... الحديث)^(٣) { ولا يفتقر إلى نية الرجعة، لصراحة الألفاظ { فلا حاجة لقريئة مظهرة لنيتها { وقيل: يفتقر إليها في { اللفظين { الآخرين، لاحتمالها غيرها كالإمساك باليد، أو في البيت، ونحوه { كالرد إلى الدار { وهو حسن { لموافقته للاحتياط.

[وبالفعل كالوطء، والتقبيل، واللمس بشهوة] بلا خلاف بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل عن بعض العامة موافقتنا عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح محمد بن القاسم قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من غشي امرأته بعد انقضاء العدة جلد الحد، وإن غشيها قبل انقضاء العدة كان غشيانها إياها رجعة)^(٤) ونحوه غيره { لدلالته على الرجعة كالقول، وربما كان أقوى منه، ولا تتوقف على تقدم رجعة { باللفظ { لأنها زوجة، وينبغي تقييده بقصد الرجوع به، أو بعدم قصد غيره؛ لأنه أعم؛

(١) سورة البقرة، آية (٢٢٨).

(٢) سورة البقرة، آية: (٢٢٩).

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢) أقسام الطلاق، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢٨، باب (٢٩) حد الزنا، ح ١.

خصوصاً لو وقع منه سهواً { عن طلاقها، فقبلها أو وطأها باعتبار أنها زوجته {والأجود اعتبار الأول} وهو التقييد بقصد الرجوع.

[وإنكار الطلاق رجعة] بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح أبي ولاد الحنات عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها تطليقة طلاق العدة طلاقاً صحيحاً - يعني على طهر من غير جماع - وأشهد لها شهوداً على ذلك، ثم أنكر الزوج بعد ذلك، فقال: إن كان إنكاره الطلاق قبل انقضاء العدة، فإن إنكاره رجعة لها... الحديث) ^(١) و{لدلالته على ارتفاعه في الأزمنة الثلاثة} إن كان المراد الماضي والحال والاستقبال، لم يتم في الثالث؛ لأنه لم يتحقق بعد، فلا معنى للرجعة فيه، فلاحظ {ودلالة الرجعة على رفعه في غير الماضي، فيكون أقوى دلالة عليها} من ألفاظ الرجعة {ضمنناً، ولا يقدر فيه كون الرجعة من توابع الطلاق، فينتفي حيث ينتفي المتبوع} لأن إنكار الطلاق إنكار للرجعة، فيكون إنكار المتبوع إنكار للتابع، وعليه فلا يكون الإنكار رجعة، وإلا لكان الإنكار سبباً لثبوت الرجعة كما هو المدعى، ولثبوت عدمها، وهو كما ترى! سبباً للنقيضين وهو محال، ويندفع بقوله: {لأن غايتها التزام ثبوت النكاح، والإنكار يدل عليه فيحصل المطلوب منها وإن أنكر سبب شرعيتها} وهو الطلاق، أضف إليه التصريح به في صحيح أبي ولاد المتقدم.

[ولو طلق الذمية جاز مراجعتها، ولو منعنا من ابتداء نكاحها دواماً] كما هو مقتضى إطلاق النص والفتوى، كذا في الجواهر، و {لما تقدم من أن الرجعة ترفع حكم الطلاق، فيستصحب حكم الزوجية السابقة، لا أنها تحدث حكم نكاح جديد،

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٤) أقسام الطلاق، ح ١.

ومن ثمَّ أمكن طلاقها ثلاثاً قبل الدخول بعدها استصحاباً لحكم الدخول السابق؛ ولأن الرجعية زوجة، ولهذا يثبت لها أحكام الزوجية، ولجواز وطئه ابتداءً من غير تلفظ بشيء، وربما يحيل المنع هنا من حيث إن الطلاق إزالة قيد النكاح، والرجعة تقتضي ثبوته، فإما أن يثبت بالرجعة عين النكاح الأول أو غيره، والأول محال، لاستحالة إعادة المعلوم، والثاني يكون ابتداءً { وهو ممنوع ولو بحسب الفرض { لا استدامة } ليطم الإشكال { ويضعف؛ بمنع زوال النكاح أصلاً، بل إنها يزول بالطلاق، وانقضاء العدة { إجماعاً نصاً وفتوى { ولم يحصل } .

[ولو أنكرت الدخول عقيب الطلاق] { لمتنعه من الرجعة، قدم قولها { [وحلفت] { لأصالة عدم الدخول، كما يقدم قوله لو أنكره ليسقط عنه نصف المهر، ثم مع دعواه الدخول يكون مقراً بالمهر وهي مقرة على نفسها بسقوط نصفه، فإن كانت قبضته، فلا رجوع به بشيء عملاً بإقراره، وإلا فلا تطالبه إلا بنصفه عملاً بإنكارها، ولو رجعت إلى الإقرار بالدخول، لتأخذ النصف ففي ثبوته لها، أو توقفه على إقرار جديد منه وجهان { من أن مجرد إقراره بالدخول يستلزم استحقاقها نصف المهر، فلا حاجة إلى إقرار جديد، ومن أن إقراره المتقدم بالدخول لا يستلزم استحقاقها المهر لإنكارها له، فلا بد من إقرار جديد بالدخول { وأولى بالعدم { في ثبوت النصف { لو كان رجوعها { إلى الإقرار بالدخول { بعد انقضاء العدة على تقدير الدخول { لأنه محل النزاع، لإنكارها له ثم رجوعها إليه .

[ورجعة الأخرس بالإشارة] { المفهمة لها { وفقاً للمشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، كذا في الجواهر [وأخذ القناع] { عن رأسها لما تقدم من أن وضعه عليه إشارة إلى الطلاق، وضد العلامة علامة الضد، ولا نص هنا عليه بخصوصه فلا يجب الجمع بينهما، بل يكفي الإشارة مطلقاً { سواء في ذلك أخذ القناع أم غيرها، خلافاً

للمحكي عن الصدوقين والشيخ وابن البراج من اختصاصه بأخذ القناع، استناداً إلى المضادة التي ذكرها الشارح المدعى استفادتها من موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها، ويضعها على رأسها، ويعتزلها)^(١) ويضعف؛ بعدم انحصارها فيه، ولعدم صلاحية الموثق المذكور سنداً لتقييد ما دل على قيام مطلق إشارته، لكثرتها وشهرتها.

[ويقبل قولها في انقضاء العدة في الزمان المحتمل] {لأنقضائها فيه} كما هو المشهور، ولصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (العدة والحيض للنساء، إذا ادعت صدقت)^(٢) ونحوه غيره [وأقله ستة وعشرون يوماً ولحظتان] {إن كانت معتدة بالأقراء، وذلك بأن يطلق وقد بقي من الطهر لحظة، ثم تحيض أقل الحيض ثلاثة أيام، ثم تطهر أقل الطهر عشرة، ثم تحيض وتطهر كذلك، ثم تطعن في الحيض لحظة} [و] {هذه اللحظة} [الأخيرة دلالة على الخروج] {من العدة، أو من الطهر بها} {لا جزء} {من العدة} على المشهور {لأنها ثلاثة قروء وقد انقضت قبلها، فلا تصح الرجعة فيها، ويصح العقد عليها}.

{وقيل} والقائل الشيخ {هي منها؛ لأن الحكم بانقضائها موقوف على تحققها، وهو لا يدل على المدعى} بل هو كاشف عن انقضائها في اللحظة الأخيرة، فلا يكون منها {وهذا إذا كانت حرة، ولو كانت أمة فأقل عدتها ثلاثة عشر يوماً ولحظتان} إن كانت ممن تحيض، كما هو المشهور بل المجمع عليه من أن عدة الأمة نصف عدة الحرة في الزمان، للنصوص المتضاربة في ذلك المتقدم بعضها {وقد يتفق نادراً انقضاؤها في الحرة بثلاثة وعشرين يوماً وثلاث لحظات، وفي الأمة بعشرة} أيام

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٩) أقسام الطلاق، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٤) العدد، ح ١.

{وثلاث} لحظات {بأن يطلقها بعد الوضع وقبل رؤية دم النفاس بلحظة، ثم تراه لحظة، ثم تطهر عشرة} أيام، وهو أقل الطهر {ثم تحيض ثلاثة} أيام، وهو أقل الحيض {ثم تطهر عشرة، ثم ترى الحيض لحظة، والنفاس معدود بحيضة، ومنه يعلم حكم الأمة}.

{ولو ادعت ولادة تام فإمكانه بستة أشهر ولحظتين من وقت النكاح لحظة للوطء، ولحظة للولادة، وإن ادعتها بعد الطلاق بلحظة} فتصدق كما هو المشهور شهرة عظيمة كادت أن تكون إجماعاً، وإن ادعته قبل ذلك ولو بلحظة فلا تصدق {ولو ادعت ولادة سقط مصور، أو مضغة، أو علقه اعتبر إمكانه عادة} كما هو المعروف بينهم، وللنصوص الآتي بعضها.

{وربما قيل: إنه مئة وعشرون يوماً ولحظتان في الأول} وهو السقط المصور {وثمانون يوماً ولحظتان في الثاني، وأربعون كذلك في الثالث، ولا بأس به} لعدم تحقق المخالفة بينها ولموافقته لصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - (فتصل النطفة إلى الرحم فتزد فيه أربعين يوماً، ثم تصير علقة أربعين يوماً، ثم تصير مضغة أربعين يوماً)^(١) ونحوه غيره.

[وظاهر الروايات أنه لا يقبل منها غير المضاد إلا بشهادة أربع من النساء المطلعات على باطن أمرها] ولكن لم نجد إلا رواية واحدة وهي موثقة بإسماعيل بن أبي زياد عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: (في امرأة ادعت أنها حاضت في شهر واحد ثلاث حيض، فقال: كلفوا نسوة من بطانتها أن حيضها كان فيما مضى على ما ادعت، فإن شهدن صدقت، وإلا فهي كاذبة)^(٢) وهي - مع ضعفها

(١) الكافي، ج٦، ص (١٦).

(٢) الوسائل، ج٢، باب (٤٧) الحيض، ح٣.

بالإرسال، وشذوذها - محمولة على التهمة، مع كثرة المعارض لها في تصديق المرأة في حيضها، وحملها، وطهرها، كما سيأتي، فقلوله [وهو قريب] لكنه ضعيف وإن استدل له الشارح بقوله: {عملاً بالأصل} وهو عدم انقضاء العدة {والظاهر} من حال المرأة، فإن دعواها الانقضاء في الزمن المحتمل موافق للعادة {واستصحاباً لحكم العدة، ولإمكان إقامتها البينة عليه} لانقطاعها أجمع بما سيأتي من صحيح زرارة وغيره، مع مخالفته للمشهور.

{ووجه المشهور: أن النساء مؤتمنات على أرحامهن ولا يعرف إلا من جهتهن غالباً، وإقامة البينة عسرة على ذلك غالباً، وروى زرارة في الحسن} بل الصحيح {عن الباقر عليه السلام قال: (العدة والحيض للنساء، إذا ادعت صدقت)^(١) ونحوه غيره {والأقوى المشهور} لقوة أدلته سنداً، ودلالة.

{الفصل الثالث}: {في العدد}:

{جمع عدة وهي: مدة تربص فيها المرأة} المستقيمة الحيض {لتعرف براءة رحمها من الحمل، أو تعبدًا} من غير نظر إلى العلة فيها، كما في عدة الوفاة في غير المدخول بها [ولا عدة على من لم يدخل بها الزوج] مطلقاً {من الطلاق والفسخ} وهبة المدة في المتمتع بها، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولقوله عز: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾^(١) ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها، فليس عليها عدة، الحديث)^(٢) [إلا في الوفاة فتجب] {على الزوجة} الحائل {مطلقاً} سواء المدخول بها أم لا، الدائمة أم المتمتع بها، المسلمة أم الذمية، الصغيرة أم الكبيرة {الاعتداد} [أربعة أشهر وعشرة أيام إن كانت حرة] {وإن كان زوجها عبداً} لقوله عز: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٣) وإجماعاً بقسميه كما في الجواهر، ولصحيح زرارة قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام ما عدة المتعة إذا مات عنها الذي تمتع بها؟ قال: أربعة أشهر وعشر قال: ثم قال: يازرارة، كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت، أو أمة وعلى أي وجه كان النكاح منه متعة أو ترويجاً، أو ملك يمين فالعدة أربعة أشهر وعشراً... الحديث)^(٤) ونحوه غيره.

(١) سورة الأحزاب، آية (٤٩).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١) العدد، ح ٤.

(٣) سورة البقرة، آية (٢٣٤).

(٤) الوسائل، ج ٢٢، باب (٥٢) العدد، ح ٢.

{ونصفها} {شهران وخمسة أيام} {إن كانت أمة} {وإن كان زوجها حراً على الأشهر، ومستنده صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: (الأمة إذا توفي عنها زوجها، فعدتها شهران وخمسة أيام)^(١)} ونحوه غيره وهو مستفيض.

{وقيل} والقائل ابن إدريس والعلامة في المختلف وجمع من الأصحاب هي {كالخرة، استناداً إلى عموم الآية} المتقدمة {وبعض الروايات} كصحيح زرارة المتقدم وغيره {وتخصيصهما بغيرها طريق الجمع} {سواء دخل بها أو لا} {صغيرة كانت أم كبيرة ولو يائسة، دائماً كان النكاح أم منقطعاً} مسلمة كانت أم ذمية، من ذوات الأقراء أم لا، لإطلاق النصوص، ومعقد الإجماع المنقول في الجواهر.

{وفي باقي الأسباب} {الموجبة للفرقة} من طلاق أو فسخ [تعدد ذات الأقراء] {جمع قرء بالفتح، والضم وهو الطهر، أو الحيض} {المستقيمة الحيض} {بأن يكون لها فيه عادة مضبوطة وقتاً، سواء انضبط عدداً أم لا} {مع الدخول} {بها المتحقق بإيلاج الحشفة، أو قدرها من مقطوعها قبلاً أو دبراً على المشهور وإن لم ينزل} {لصحيح أبي عبيدة قال: (سئل أبو جعفر عليه السلام عن خصي تزوج امرأة وفرض لها صداقاً، وهي تعلم أنه خصي؟ فقال: جائز، فقيل: فإنه مكث معها ما شاء الله ثم طلقها، هل عليها عدة؟ قال: نعم، أليس قد لذ منها ولذت منه؟ الحديث)^(٢)} [بثلاثة أطهار] ففي صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (الأقراء هي الأطهار)^(٣) ونحوه غيره.

{أحدها ما بقي من طهر الطلاق بعده وإن قل} كما هو المشهور، ولما تضمنه صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (إذا رأت الدم من الحيضة الثالثة بانت منه

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٢) العدد، ح ٩.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣٩) العدد، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٤) العدد، ح ٣.

... الحديث^(١) ونحوه غيره، فلا بد من حساب الطهر الذي بعد الطلاق، ليتم لها ثلاثة أقراء التي بها تخرج من العدة إجماعاً، ونصاً {وغير مستقيمة الحيض ترجع إلى التمييز} بين دم الحيض والاستحاضة، فتجعل واجد صفات الحيض حيضاً، وغيره استحاضة، كما مر في كتاب الطهارة {ثم ترجع إلى عادة نسائها إن كانت مبتدأة، ثم تعد بالشهور} عند فقد التمييز كالمضطربة، والناسية لو فقدتا التمييز بالصفات، ففي الجواهر: لم يكن خلاف بين الأصحاب فيما أجد في اعتدادها بذلك، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (عدة المرأة التي لا تحيض والمستحاضة التي لا تطهر والجارية التي قد يئست، ولم تدرك الحيض، ثلاثة أشهر... الحديث)^(٢).

[وذاوات الشهور وهي: التي لا يحصل لها الحيض بالمعتاد، وهي في سن من تحيض] {سواء كانت مسترابة كما عبر به كثير إن انقطع عنها الحيض لعارض من مرض، وحمل، ورضاع، وغيرها تعد} [بثلاثة أشهر] لقوله عليه السلام: ﴿وَاللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمُحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ﴾^(٣) والفرض داخل في إطلاق الأخير، وعليه الاتفاق، كما عن كشف الثام، ولصحيح الحلبي المتقدم والأشهر الثلاث {هلالية} من غير إشكال ولا خلاف، لانصراف الشهر إلى ما هو المعروف عند الشرع، هذا {إن طلقها عند الهلال، وإلا أكملت المنكسر ثلاثين يوماً على الأقوى} لأن الشهر الأول لم يتفق هلالياً، فينتقل إلى العرفي وهو ثلاثون يوماً، ومع الشهرين الهالين المتوسطين تتم الثلاثة.

(١) الوسائل، ج٢٢، باب (١٥) العدد، ح٤.

(٢) الوسائل، ج٢٢، باب (٢) العدد، ح٨.

(٣) سورة الطلاق، آية (٤).

[والأمة] {تعتد} {بطهرين} {إن كانت مستقيمة الحيض} من غير خلاف يذكر، ولصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألت عن حر تحت أمة، أو عبد تحت حرة، كم طلاقها؟ وكم عدتها؟ فقال: السنة في النساء في الطلاق، فإن كانت حرة فطلاقها ثلاثاً، وعدتها ثلاثة أقراء، وإن كان حر تحت أمة فطلاقه تطليقتان، وعدتها قرءان)^(١) ونحوه غيره.

[أو خمسة وأربعين يوماً] {إن لم تكن} {مستقيمة الحيض، بلا خلاف ولا إشكال، ولخبر محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال: (طلاق الأمة تطليقتان، وعدتها حيضتان، فإن كانت قد قعدت عن المحيض، فعدها شهر ونصف)^(٢) ونحوه غيره.

[ولو رأت] {الحرة} {الدم في الأشهر} {الثلاثة} {مرة أو مرتين} {ثم احتبس إلى أن انقضت الأشهر} {انتظرت تمام الأقراء} {لأنها قد استرايت بالحمل غالباً} [فإن تمت] {الأقراء قبل أقصى الحمل انقضت عدتها} {لأنها ستكون بالأقراء على المشهور} [وإلا صبرت تسعة أشهر] {على أشهر القولين} {من أنه أقصى الحمل، ولصحيح عبد الرحمان بن الحجاج قال: (سمعت أبا إبراهيم عليه السلام يقول: إذا طلق الرجل امرأته، فادعت حبلاً انتظر بها تسعة أشهر، فإن ولدت، وإلا اعتدت بثلاثة أشهر، ثم قد بانث منه)^(٣) ونحوه غيره.

[أو سنة] {على قول} الشيخ في النهاية، استناداً إلى موثق عمار الساباطي قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل عنده امرأة شابة، وهي تحيض في كل شهرين، أو

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٠) العدد، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٠) العدد، ح ٥.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٥) العدد، ح ١.

ثلاثة أشهر حيضة واحدة، كيف يطلقها زوجها؟ فقال: أمر هذه شديد - إلى أن قال: قلت له: فإن مضت سنة ولم تحض فيها ثلاث حيض؟ فقال: يتربص بها بعد السنة ثلاثة أشهر، ثم قد انقضت عدتها... الحديث^(١).

[فإن وضعت ولداً، أو اجتمعت الأقراء الثلاثة] {فذاك هو المطلوب في انقضاء العدة} [وإلا يتفق] {أحد الأمرين} [اعتدت بعدها] {أي بعد التسعة} على المشهور {أو السنة} على قول الشيخ [بثلاثة أشهر، إلا أن تتم الأقراء قبلها] {فيكتفى بها} لتحقيق الأقراء الثلاثة المستلزمة لانقضاء العدة {وقيل: لا بد من وقوع الأقراء بعد أقصى الحمل كالثلاثة أشهر، والأول أقوى، وإطلاق النص والفتوى يقتضي عدم الفرق بين استرابتها بالحمل وعدمه في وجوب التربص تسعة أشهر {أو سنة، ثم الاعتداد بعدها حتى لو كان زوجها غائباً عنها، فحكمها كذلك} للإطلاق {وإن كان ظاهر الحكمة} من التربص إلى أقصى الحمل {يقتضي اختصاصه بالمستربة} لكنها لما كانت حكمة، فهي تختلف وتتخلف، مع أنها مستنبطة وليست منصوصة، فلا اعتبار بها.

{واحتمل المصنف في بعض تحقیقاته الاكتفاء بالتسعة لزوجة الغائب محتجاً بحصول مسمى العدة} وهو كما ترى! لأن {الدليل في محل النزاع} فيكون مصادرة، فلا يعتد به مع إطلاق النص والفتوى.

{والضابط أن المعتدة المذكورة، إن مضى لها ثلاثة أقراء قبل ثلاثة أشهر انقضت عدتها بها} لكونها من ذوات الأقراء التي يعول في انقضاء عدتها عليها {وإن مضى لها ثلاثة أشهر لم تر فيها دم حيض انقضت عدتها بها} لتحقيق ثلاثة أطهار خلالها

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٣) العدد، ح ١.

وحينئذ تكون عدتها بالأطهار {وإن كان لها عادة مستقيمة فيما زاد عليها: بأن كانت ترى الدم في كل أربعة أشهر مرة، أو ما زاد، أو نقص بحيث يزيد عن ثلاثة} أشهر {ولو بلحظة، ومتى رأت في الثلاثة دماً ولو قبل انقضائها بلحظة، فحكمها ما فصل سابقاً من انتظار أقرب الأمرين من تمام الأقراء، ووضع الولد، فإن انتفيا اعتدت بعد تسعة أشهر} على المشهور {بثلاثة أشهر، إلا أن يتم لها أقراء قبلها، ولو مبنية على ما سبق} من التربص {ولا فرق بين أن يتجدد لها دم حيض آخر في الثلاثة أو قبلها وعدمه} لإطلاق النص والفتوى.

[وعدة الحامل وضع الحمل] كما دل عليه الكتاب في قوله ﷺ: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(١) وسنة مستفيضة، كصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (طلاق الحامل واحدة، فإذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه)^(٢) ونحوه غيره، وإجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، وظاهرها كون الوضع عدتها، لا الأقراء، ولا الأشهر، خلافاً للصدوق وابن حمزة حيث ذهبوا إلى أن عدتها أقرب الأجلين منها ومن الوضع، استناداً إلى صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (طلاق الحبل واحدة، وأجلها أن تضع حملها، وهو أقرب الأجلين)^(٣) ونحوه صحيحاً أبي الصباح والحلي* ولكنه كما ترى! حيث إنها لا تصلح لمعارضة صريح القرآن الكريم، مع معارضتها لكثير من النصوص، نعم يمكن أن يجمع بينها وبين غيرها من أن المقصود من أقرب الأجلين أنه يمكن أن يكون أقربها واقعاً، كما في

(١) سورة الطلاق، آية (٤).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٩) العدد، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٩) العدد، ح ٦.

★ الوسائل، ج ٢٢، باب (٩) العدد، ح (٣، ٨).

موثق زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (إذا طلقت المرأة وهي حامل، فأجلها أن تضع حملها، وإن وضعت من ساعتها) ^(١) فتأمل فيه؛ لأنه يمكن أن يكون الوضع أقرب من الأشهر والأقراء، كما ويمكن أن تكون أقرب منه، نعم هذا يصلح دليلاً على قوله {أجمع} لأن خروج البعض لا يصدق معه الوضع {كيف وقع إذا علم أنه نشوء آدمي} {وإن كان علقه} {ووضعت بعد الطلاق بلحظة} لإطلاق الأدلة، وخصوص موثق عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي الحسن عليه السلام قال: (سألته عن الحبل إذا طلقها زوجها، فوضعت سقطاً تم أو لم يتم، أو وضعت مضغة؟ فقال: كل شيء يستبين أنه حمل تم أو لم يتم، فقد انقضت عدتها، وإن كان مضغة) ^(٢).

{و} حينئذٍ {لا عبرة بالنطفة} كما هو المشهور، للشك في وقوعها تحت إطلاق وضع الحمل الذي عليه المعول في انقضاء العدة، فيستصحب عدمه، خلافاً للشيخ والعلامة في التحرير بدعوى وقوعها تحت إطلاق الأدلة؛ لأن النطفة بدء نشوء الآدمي، ويشكل: بأن العبرة في انقضاء العدة هو الوضع وليس ما كان مبدأ نشوء الآدمي وإن لم يكن مضغة، فلا يكون مشمولاً لإطلاق الأدلة، وقد يشعر به اقتصار موثق ابن الحجاج المتقدم على المضغة، فتدبر ولا حظ.

هذا [في غير الوفاة، وفيها] تعتد [بأبعد الأجلين من وضعه، ومن الأشهر] {الأربعة والعشرة أيام في الحرة، والشهرين والخمسة أيام في الأمة} كما تقدم مفصلاً. [ويجب الحداد على الزوجة المتوفى عنها زوجها] {في جميع مدة العدة} بلا خلاف نصاً وفتوى، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، ولخبر محمد بن مسلم قال:

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٩) العدد، ح ٧.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١١) العدد، ح ١.

(ليس لأحد أن يجد أكثر من ثلاث، إلا المرأة على زوجها حتى تنقضي عدتها)^(١) ونحوه غيره [وهو] شرعاً [ترك الزينة من الثياب، والإدّهان، والطيب، والكحل الأسود] {والحناء، وخضب الحاجبين بالسواد، واستعمال الإسفيداج*} في الوجه، وغير ذلك مما يعد زينة عرفاً} اتفاقاً، لصحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن المتوفى عنها زوجها؟ قال: لا تكتحل للزينة، ولا تطيب، ولا تلبس ثوباً مصبوغة، ولا تبتي عن بيتها، وتقضي الحقوق، وتمشط بغسلة*، وتحج، وإن كان في عدتها)^(٢) ونحوه غيره.

{ولا يختص المنع بلون خاص من الثياب، بل يختلف ذلك باختلاف البلاد، والأزمان، والعادات} والنساء {فكل لون يعد زينة عرفاً يحرم لبس الثوب المصبوغ به، ولو احتاجت إلى الاكتحال بالسواد لعله جاز، فإن تأدت الضرورة باستعماله ليلاً ومسحه نهراً وجب، وإلا اقتضت على ما تتأدى به الضرورة} لأن الضرورات تبيح المحظورات، ولكن تقدر بقدرها، وهو الظاهر من ذيل صحيح ابن أبي يعفور المتقدم {ولا يحرم عليها التنظيف، ولا دخول الحمام، ولا تسريح الشعر، ولا السواك، ولا قلم الأظفار، ولا السكنى في المساكن العالية، ولا استعمال الفرش الفاخرة} كما هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، ولعدم صدق الزينة عليها عرفاً {ولا تزين أولادها وخدمها} لاختصاص الحرمة بها، وكذا يجوز لها الخروج للحج والزيارة لقبور الأئمة عليهم السلام والأولياء وأمواتها، والذهاب إلى الطبيب وزيارة أقاربها

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٩) العدد، ح ٥.

☆ ١ وهو قرص مركب من بعض المساحيق يوجب نعومة البشرة.

☆ ٢ الغسلة بالكسر: الطيب وما تجعله المرأة في شعرها عند الامتشاط، وما يغسل به الرأس من خطمي ونحوه، كذا في القاموس.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٩) العدد، ح ٢.

والتسوق المحتاجة إليه وغير ذلك اتفاقاً، ولموثق عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه سأله عن المرأة يموت عنها زوجها، هل يحل لها أن تخرج من منزلها في عدتها؟ قال: نعم وتختضب، وتكتحل، وتمشط، وتصبغ، وتلبس المصبغ، وتصنع ما شئت بغير زينة لزوج)^(١) ونحوه غيره {ولا فرق بين الزوجة الكبيرة والصغيرة، الحائل والحامل إذا كانت حرة} لإطلاق الأدلة.

{وفي الأمة قولان} الأشهر، بل المشهور، و [المروي] {صحيحاً} عن زرارة {عن الباقر عليه السلام} {أنها تحل} {لأنه قال: (إن الحرة والأمة كليهما إذا مات عنها زوجها سواء في العدة إلا أن الحرة تحل، والأمة لا تحل)^(٢) وهذا هو الأقوى، وذهب الشيخ في أحد قوليهِ} كما في موضع من المبسوط {وجماعة} وهم أبو الصلاح وابنا حمزة وإدريس {إلى وجوب الحداد عليها، لعموم قول النبي صلى الله عليه وآله: (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحل على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً)^(٣) وفيه: مع سلامة السند} وهو غير سليم {أنه عام، وذاك خاص، فيجب التوفيق بينهما بتخصيص العام، ولا حداد} واجب {على غير الزوج مطلقاً} من جميع أقاربها، ثلاثة أيام أو أكثر {وفي الحديث} المتقدم {دلالة عليه} لعموم النهي فيه من غير استفصال {بل مقتضاه أنه محرم} لقوله صلى الله عليه وآله: {لا يحل} {والأولى حمله على المبالغة في النفي والكرهية} لأن الثلاثة أيام منصوص على جوازها في خبر محمد بن مسلم المتقدم.

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٩) العدد، ح ٧.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٢) العدد، ح ٢.

(٣) مستدرک الوسائل، باب (٢٥) العدد، ح ٩.

[والمفقود إذا جهل خبره] {وكان لزوجته من ينفق عليها} [وجب عليها التربص] {إلى أن يحضر، أو تثبت وفاته، أو ما يقوم مقامه} وإن أرادت ما تريد النساء وطالت المدة عليها، فهي مبتلاة فلتصبر، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، كذا في الجواهر، ولا تستصحب زوجيتها إلى أن يثبت الناقل، ولصحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام: (في امرأة غاب عنها زوجها أربع سنين، ولم ينفق عليها ولم يدرى أحي هو أم ميت؟ أيجبر وليه على أن يطلقها؟ قال: نعم، وإن لم يكن له ولي طلقها السطان، قلت: فإن قال الولي: أنا أنفق عليها، قال: فلا يجبر على طلاقها، قال: قلت: أرأيت إن قالت: أنا أريد مثل ما تريد النساء ولا أصبر، ولا أقعد كما أنا؟ قال: ليس لها ذلك، ولا كرامة إذا أنفق عليها)^(١) ومثله غيره.

[وإن لم يكن له ولي ينفق عليها] {ولا متبرع، فإن صبرت فلا كلام} لأن الأمر منوط بها {وإن رفعت أمرها إلى الحاكم، بحث عن أمره} [وطُلب أربع سنين] {من حين رفع أمرها إليه في الجهة التي فقد فيها إن كانت معينة، وإلا ففي الجهات الأربع حيث يحتمل الأربع} وإلا اقتصر على موضع الاحتمال المعتد به وإن كان جهة واحدة [ثم يطلقها الحاكم] {بنفسه، أو يأمر الولي به} بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر، ولصحيح بريد بن معاوية قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المفقود، كيف تصنع امرأته؟ فقال: ما سكنت عنه وصبرت فخلّ عنها، وإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجلها أربع سنين، ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه فليسأل عنه، فإن خبر عنه بحياة صبرت، وإن لم يخبر عنه بحياة حتى تمضي الأربع سنين دعا ولي الزوج المفقود، فقيل له: هل للمفقود مال؟ فإن كان للمفقود مال أنفق عليها، حتى يعلم

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٣) أقسام الطلاق، ح ٥.

حياته من موته، وإن لم يكن له مال قيل للولي: أنفق عليها فإن فعل، فلا سبيل لها إلى أن تتزوج ما أنفق عليها، وإن أبى أن ينفق عليها أجبره الوالي على أن يطلق تطليقة في استقبال العدة وهي طاهر، فيصير طلاق الولي طلاق الزوج، فإن جاء زوجها قبل أن تنقضي عدتها من يوم طلقها الولي، فبدا له أن يراجعها فهي امرأته، وهي عنده على تطليقتين، وإن انقضت العدة قبل أن يجيء ويراجع فقد حلت للأزواج، ولا سبيل للأول عليها^(١) ومثله غيره.

{والأجود تقديم أمر الولي به، فإن امتنع طلق الحاكم؛ لأنه مدلول الأخبار الصحيحة} التي منها صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه سئل عن المفقود، فقال: المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالي، أو يكتب إلى الناحية التي هو غائب فيها، فإن لم يوجد له أثر، أمر الوالي وليه أن ينفق عليها، فما أنفق عليها فهي امرأته، قال: قلت: فإنها تقول: فإني أريد ما تريد النساء، قال: ليس ذلك لها، ولا كرامة، فإن لم ينفق عليها وليه، أو وكيله أمره أن يطلقها، فكان ذلك عليها طلاقاً واجباً^(٢) ونحوه غيره، ويطلقها [بعدها] {أي بعد المدة، ورجوع الرسل، أو ما في حكمه} كأجوبة الرسائل [وتعتد] {بعده.

{والمشهور} {بين الأصحاب} {أنها تعتد عدة الوفاة} وفي الجواهر: بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى، بل الإجماع بقسميه عليه {وفي خبر سماع دالة عليه؛ لأنه لم يذكر الطلاق وقال: (بعد مضي أربع سنين أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً)^(٣) وباقي الأخبار مطلقة} لم تقيد بعدة الوفاة {إلا أن ظاهرها أن العدة عدة الطلاق حيث حكم

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٣) أقسام الطلاق، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٣) أقسام الطلاق، ح ٤.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (٤٤) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.

فيها بأنه يطلقها ثم تعتد، وفي حسنة بريد { المتقدمة { دلالة عليه؛ لأنه قال فيها: (فإن جاء زوجها قبل أن تنقضي عدتها فبدا له أن يراجعها فهي امرأته، وهي عنده على تطليقتين، وإن انقضت العدة قبل أن يجيء ويراجع فقد حلت للأزواج، ولا سبيل للأول عليها) وفي الرواية دلالة على أنه إذا جاء في العدة لا يصير أحق بها إلا مع الرجوع، فلو لم يرجع بانت منه ووجهه: أن ذلك لازم حكم الطلاق الصحيح، وإنما نسب المصنف القول إلى الشهرة لضعف مستنده { ويشكل: باحتمال كون هذه العدة عدة وفاة لملاحظة الحكم عليه بالموت، ومن هنا صرح كل من قال بالطلاق: بكون العدة هنا عدة وفاة، وليس في حسنة بريد ما يدل على أن مدتها مدة عدة الطلاق { وتظهر الفائدة { بين المشهور وغيره { في المقدار، والحداد، والنفقة {.

[وتباح] { بعد العدة { [للأزواج] إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، و { لدلالة الأخبار عليه { كصحيح بريد المتقدم وغيره { ولأن ذلك هو فائدة الطلاق { [فإن جاء] { المفقود { [في العدة فهو أملك بها] { وإن حكم بكونها عدة وفاة بآئنة للنص { الصحيح المتقدم [وإلا] { يجيء في العدة { [فلا سبيل له عليها] { سواء وجدها قد [تزوجت] { بغيره { [أو لا] { أما مع تزويجها فموضع وفاق { كما دلت عليه النصوص الصحيحة المستفيضة { وأما بدونه فهو أصح القولين { كما هو المشهور { وفي الرواية السابقة دلالة عليه { خلافاً للشيخ في نهايته وخلافه، وللфخر في إيضاحه، وادعى الشيخ أن به نصاً، لكنه قال في المسالك: لم نقف عليها بعد التبع التام، وكذا قال: جماعة ممن سبقنا { ولأن حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق فكيف مع الطلاق؟! { فيكون من باب أولى { والحكم بالتسلط بعد قطع السلطنة { بالطلاق وانقضاء العدة { يحتاج إلى دليل وهو منفي، ووجه الجواز: بطلان ظن وفاته

فيبطل ما يترتب عليه، وهو متجه إن لم نوجب طلاقها بعد البحث، أما معه فلا { لما تقدم.

{وعلى الإمام أن ينفق عليها من بيت المال طول المدة} {أي مدة الغيبة إن صبرت، ومدة البحث إن لم تصبر} لأنه معد للمصالح العامة وهذا منها {هذا إذا لم يكن له مال، وإلا} فإن كان للمفقود مال {أنفق الحاكم منه مقدماً على بيت المال} بلا خلاف، لدلالة بعض النصوص المتقدمة.

{ولو أعتقت الأمة في أثناء العدة أكملت عدة الحرة إن كان الطلاق رجعياً، أو عدة وفاة} {أما الأول} بلا خلاف فيه، بل لعله إجماع، كما في الجواهر {فلأنها في حكم الزوجة وقد أعتقت} ولصحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: (في أمة طلقت، ثم أعتقت قبل أن تنقضي عدتها، قال: تعتد بثلاث حيض، فإن مات عنها زوجها، ثم أعتقت قبل أن تنقضي عدتها، فإن عدتها أربعة أشهر وعشراً^(١)) ونحوه غيره {وأما الثاني، فلرواية أبي بصير} الموثقة {عن أبي عبد الله عليه السلام} قال: (سألته عن رجل أعتق وليدته عند الموت؟ فقال: عدتها عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً... الحديث)^(٢) وهو كما ترى! ظاهر في المملوكة ومحل الكلام الزوجة، فكان الاستدلال لها بالصحيح المتقدم وغيره أوجه.

{ولو كان بائناً أتمت عدة الأمة} بلا خلاف فيه، بل لعله إجماع، كما في الجواهر، لصدق عدم خروجها بذلك عن صدق كونها أمة قد طلقت فتستصحب عدتها {للمحكم بها ابتداءً، وصيرورتها بعد العتق أجنبية عنه فلا يقدر عتقها في العدة} وهذا

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٥٠) العدد، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٣) العدد، ح ٦.

الحكم جارٍ في الفرض الأول، كما هو ظاهر، ولكنه خرج بالأدلة الصحيحة المتقدمة.

[والذمية كالحرّة في الطلاق، والوفاة على الأشهر] {بل لا نعلم القائل بخلافه} وإن نسبه العلامة إلى بعض الأصحاب، بل عن جمع الإجماع عليه، كما في الجواهر، ولإطلاق الأدلة، وخصوص صحيح يعقوب السراج - في الثاني - قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نصرانية مات عنها زوجها وهو نصراني، ما عدتها؟ قال: عدة الحرّة المسلمة أربعة أشهر وعشر)^(١) {نعم روى زرارة - في الصحيح - عن الباقر عليه السلام قال: (سألت عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها، هل عليها عدة مثل عدة المسلمة؟ فقال: لا - إلى قوله -: قلت: فما عدتها إن أراد المسلم أن يتزوجها؟ قال: عدتها عدة الأمة حيضتان، أو خمسة وأربعون يوماً، الحديث)^(٢)} وهي شاذة ولذا هجرها الأصحاب {والعمل على المشهور، وتظهر فائدة الخلاف لو جعلنا عدة الأمة في الوفاة نصف عدة الحرّة كما سلف، ولو جعلناها كالحرّة فلا إشكال هنا في عدة الوفاة للذمية، ويبقى الكلام مع الطلاق} والأشهر، بل المشهور أن عدتها معه كعدة الحرّة.

[وتعتد أم الولد من وفاة زوجها] {لو كان مولها قد زوجها من غيره بعد أن صارت أم ولده} [أو من وفاة سيدها] {لو لم يكن حين وفاته مزوجاً لها} [عدة الحرّة] وقد نسبه في المسالك إلى الشيخ وأتباعه وللمحقق وباقي المتأخرين، وفي الرياض هو الأشهر، بل لعل عليه عامة من تأخر، بل في كشف اللثام عن الخلاف وظاهر المبسوط الإجماع عليه، خلافاً للمحكي عن الشيخ المفيد وسلاح وابني أبي عقيل

(١) الوسائل، ج٢٢، باب (٤٥) العدد، ح٢.

(٢) الوسائل، ج٢٢، باب (٤٥) العدد، ح١.

والجنيد {لرواية إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام: (في الأمة يموت سيدها، قال: تعدد عدة المتوفى عنها زوجها)^(١)} ونحوه غيره، وفيه الصحيح.

{وقيل} والقائل ابن إدريس {لا عدة عليها من وفاة سيدها؛ لأنها ليست زوجة كغيرها من إماءه الموطوءة من غير ولد، فإن عدتهن من وفاة المولى الواطئ قرء واحد، وهذا القول ليس ببعيد لمن لم يعمل بالخبر الموثق فإن خبر إسحاق كذلك، والأجود الأول} لأنه المشهور، معترضاً بصحيح وهب بن عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن رجل كانت له أم ولد فمات ولدها منه، فزوجه من رجل فأولدها، ثم إن الرجل مات فرجعت إلى سيدها، أله أن يطأها قبل أن يتزوج بها؟ فقال: لا يطؤها حتى تعدد من الزوج الميت أربعة أشهر وعشرة أيام، ثم يطؤها بالملك من غير نكاح، الحديث)^(٢) فمع عدم وطئها لا عدة عليها، فلو كانت مزوجة من غيره يكون عدم اعتدادها من باب أولى.

{ولا} يجب عليها {استبراء} على الأقوى، لعدم الموجب له؛ لأنه مختص بنقلها من مالك إلى آخر {وكذا} لا عدة عليها ولا استبراء {لو مات سيدها قبل انقضاء عدتها} من وفاة زوجها، لعدم وطئ السيد لها المستلزم لعدم العدة منه، كما تقدم {أما لو مات بعدها وقبل دخوله ففي اعتدادها منه، أو استبرائها نظر: من إطلاق النص} المتقدم {باعتداد أم الولد من سيدها، وانتفاء حكمة العدة والاستبراء، لعدم الدخول وسقوط حكم السابق بتوسط التزويج} ويشكل: بأنه من المفروغ عنه اعتبار الوطء في الاعتداد، كما هو ظاهر صحيح وهب بن عبد ربه المتقدم.

(١) الوسائل، ج٢٢، باب (٤٢) العدد، ح٤.

(٢) الوسائل، ج٢٦، باب (٢٠) موانع الإرث، ح١٢.

[ولو أعتق السيد أُمته] {الموطوءة سواء كانت أم ولد أم لا} [ثلاثة أقرء]
 {لوطئه إن كانت من ذوات الحيض، وإلا فثلاثة أشهر} على المشهور شهرة عظيمة،
 جمعاً بين صحيح داود الرقي عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - (قيل له: فالرجل
 يعتق مملوكته قبل موته بيوم أو بساعة ثم يموت، فقال: فهذه تعتد بثلاث حيض،
 أو ثلاثة قروء من يوم أعتقها سيدها)^(١) وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:
 (قلت له: الرجل تكون تحته السرية فيعتقها، فقال: لا يصلح لها أن تنكح حتى
 تنقضي عدتها ثلاثة أشهر... الحديث)^(٢) بحمل الأول على الأولى، وحمل الثاني على
 الثانية.

[ويجب الاستبراء] {للأمة} [بحدوث الملك] {على المتملك} {وزواله} {على
 الناقل بأي وجه كان من وجوه الملك إن كان قد وطأ} [بحيضة] {واحدة} [إن كانت
 تحيض، أو بخمسة وأربعين يوماً إذا كانت لا تحيض وهي في سن من تحيض] {والمراد
 بالاستبراء ترك وطئها قبلاً ودبراً في المدة المذكورة، دون غيره من وجوه الاستمتاع،
 وقد تقدم البحث في ذلك مستوفى مما يسقط معه الاستبراء في باب البيع} في بيع

(١) الوسائل، ج٢٢، باب (٤٣) العدد، ح٧.

(٢) الوسائل، ج٢٢، باب (٤٣) العدد، ح١.

[الفصل الرابع]: [في الأحكام]

[يجب الإنفاق] {على الزوجة} [في العدة الرجعية] بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر، ولموثق زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (المطلقة ثلاثاً ليس لها نفقة على زوجها، إنما ذلك للتي لزوجها عليها رجعة)^(١) ونحوه غيره {مع عدم نشوزها قبل الطلاق} بحيث طلقت وهي ناشز؛ لأن النفقة مشروطة بعدمه {وفي زمن العدة} بأن خرجت من مسكنها بغير إذنه [كما كان في صلب النكاح] {شروطاً، وكمية، وكيفية} بلا خلاف ولا إشكال في جميع ذلك.

[ويحرم عليها الخروج من منزل الطلاق] إجماعاً بقسميه عليه، كما في الجواهر، وكتاباً في قوله عليه السلام: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾^(٢) ولما تضمنه صحيح سعد بن أبي خلف قال: (سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن شيء من الطلاق، فقال: - إلى أن قال - : وقلت: أليس الله يقول: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ﴾ قال: فقال: إنما عنى بذلك التي تطلق تطليقة بعد تطليقة فتلك التي لا تخرج ولا تخرج حتى تطلق الثالثة... الحديث)^(٣) ونحوه غيره {وهو المنزل الذي طلقت وهي فيه إذا كان مسكن أمثالها وإن لم يكن مسكنها الأول، فإن كان دون حقها فلها طلب المناسب، أو فوقه فله ذلك} وهو إرجاعها إلى المناسب {وإنما يحرم الخروج مع الاختيار} كما هو ظاهر الأدلة المتقدمة، أما مع الاضطرار فيجوز بلا خلاف ولا إشكال، ولمكاتبة الصفار أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام (في امرأة طلقها زوجها ولم يجر عليها النفقة للعدة وهي محتاجة، هل يجوز

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٨) النفقات، ح ٢.

(٢) سورة الطلاق، آية (١).

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٨) النفقات، ح ١.

لها أن تخرج وتبيت عن منزلها للعمل أو الحاجة؟ فوقع عليه السلام: لا بأس بذلك إذا علم الله الصحة منها^(١) وتقتصر فيه على ما تقتضيه حاجتها.

{ولا فرق بين منزل الحضرية والبدوية، البرية والبحرية، ولو اضطرت إليه حاجة خرجت بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر مع تأديها بذلك} كما هو الأشهر، بل المشهور، لموثق سماعة - برواية الصدوق - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن المطلقة أين تعتد؟ قال: في بيتها لا تخرج، وإن أرادت زيارة خرجت بعد نصف الليل ولا تخرج نهاراً... الحديث)^(٢) {وإلا خرجت بحسب الضرورة} ولا تتعدها؛ لأنها تقدر بقدرها {ولا فرق في تحريم الخروج بين اتفاقهما عليه وعدمه على الأقوى} وعليه الأكثر {لأن ذلك من حق الله تعالى، وقد قال: (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن)^(٣)} ففي الكشف للزخشي: إنما جمع بين النهيين في الآية ليشعر بأن لا يأذنون، وليس بإذنه {بخلاف زمن الزوجية فإن الحق لهما، واستقرب في التحرير} وفاقاً للفضل بن شاذان وأبي الصلاح الحلبي {جوازه بإذنه، وهو بعيد} وإن ورد في جملة من النصوص، لكونها معارضة بنصوص أخرى موافقة للكتاب العزيز، فترجح عليها، ولما ذكره من أنه حق لله عز وجل وليس لهما.

{ولو لم تكن حال الطلاق في مسكن وجب العود إليه على الفور} بناء على ما تقدم منه من أنه حق لله عز وجل فيجب الإتيان به فوراً {إلا أن تكون في واجب} مضيق {كحج فتممه كما يجوز لها ابتداءه} إن وجب عليها؛ اتفاقاً؛ لأنه من الضرورات المبيحة للمحظورات.

(١) الوسائل، ج٢٢، باب (٥٥) العدد، ح ١.

(٢) الوسائل، ج٢٢، باب (١٩) العدد، ح ١.

(٣) سورة الطلاق، آية (١).

{ولو كانت في سفر مباح، أو مندوب ففي وجوب العود أن أمكن إدراكها جزءاً من العدة أو مطلقاً} وإن لم تدرك منها شيء {وتتخير بينه، وبين الاعتداد في السفر أوجه: من إطلاق النهي عن الخروج من بيتها فيجب عليها تحصيل الكون به} وهو يبتني على أن النهي عن الشيء يقتضي الأمر بضده، ومن المعلوم ضعفه {ومن عدم صدق النهي هنا؛ لأنها غير مستوطنة} اقتصاراً في الحكم على موضع النهي وهي المستوطنة، وعليه فلا يجب عليها العود، وحسنه ظاهر {وللمشقة في العود} والخرج، المرفوعان {وانتفاء الفائدة حيث لا تدرك جزءاً من العدة، كل ذلك مع إمكان الرجوع} وإلا فلا يجب {وعدم الضرورة إلى عدمه} أي الرجوع، وإلا فمع الضرورة لا يجب العود إلى البيت.

[و] {كما يحرم عليها الخروج} [يحرم عليه الإخراج] {لتعلق النهي بهما في الآية} [إلا أن تأتي بفاحشة] {مبينة بحيث} {يجب بها الحد، أو تؤذي أهله} [بالقول، أو الفعل فتخرج في الأول لإقامته ثم ترد إليه عاجلاً] اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن.

{وفي الثاني تخرج إلى مسكن آخر يناسب حالها من غير عود إن لم تتب، وإلا} فإن تابت {فوجهان: أجودهما جواز إبقائها في الثاني، للإذن في الإخراج معها مطلقاً} تابت أو لا {ولعدم الوثوق بتوبتها، لنقصان عقلها ودينها، نعم يجوز الرد} إن تابت {فإن استمرت عليها، وإلا أخرجت، وهكذا}.

{واعلم أن تفسير الفاحشة في العبارة بالأول هو ظاهر الآية، ومدلولها لغة ما هو أعم منه، وأما الثاني ففيه روايتان مرسلتان} الأولى عن إبراهيم بن هاشم عن بعض أصحابه عن الرضا عليه السلام (في قوله تعالى: ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ

يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ ﴿١﴾ قال: أذاها لأهل زوجها، وسوء خلقها) ^(١) والثانية مرسله الطبرسي في مجمع البيان قال: وروى علي بن أسباط عن الرضا عليه السلام قال: (الفاحشة أن تؤذي أهل زوجها وتسبهم) ^(٢) {والآية غير ظاهرة فيه، لكنه مشهور بين الأصحاب، وتردد في المختلف لما ذكرناه} من عدم ظهور الآية فيه، وضعف النصوص الدالة عليه بالإرسال {وله وجه} إن لم نجعل الشهرة المعتضدة بقول أهل اللغة جابرة للسند، وإلا - كما هو الأجود - فلا وجه للتردد.

[ويجب الإنفاق] {في العدة} [الرجعية على الأمة] {كما يجب على الحرة} [إذا أرسلها مولاها ليلاً ونهاراً] {ليتحقق به تمام التمكين كما يشترط ذلك في وجوب الإنفاق عليها قبل الطلاق، فلو منعها ليلاً أو نهاراً أو بعض واحد منهما، فلا نفقة لها ولا سكنى} وقت المنع بلا خلاف ظاهر، بل ادعى سيد الرياض الإجماع على ذلك {لكن لا يحرم عليه إمساكها نهاراً للخدمة} لأنها من حقه {وإن توقفت عليه النفقة وإنما يجب عليه إرسالها ليلاً} لأنه حق للزوج {وكذا الحكم قبل الطلاق} في عدم حرمة الإمساك في النهار للخدمة، وعدم استحقاق النفقة معه، لعدم تحقق التمكين فيه، ووجوب الإرسال في الليل.

[ولا نفقة للبائن] {طلاقها} [إلا أن تكون حاملاً] فتجب لها النفقة والسكنى حتى تضع، لقوله ﷺ: ﴿وَإِنْ كُنْ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ ^(٣) وإجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، ولإطلاق صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٣) العدد، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٣) العدد، ح ٦.

(٣) سورة الطلاق، آية (٦).

قال: (الحبلى المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها، الحديث)^(١) {ولا شبهة في كون النفقة بسبب الحمل، لكن هل هي له أو لها؟ قولان: أشهرهما الأول، للدوران وجوداً وعدمًا كالزوجية، ووجه الثاني} المحكي عن ابن حمزة و تبعه جمع {أنها لو كانت للولد لسقطت عن الأب بيساره كما لو ورث أخاه لأبيه، وأبوه قاتل لا يرث، ولا وارث غير الحمل، لوجبت على الجد مع فقر الأب، لكن التالي فيهما باطل فالقدم مثله، وأجيب: بمنع البطلان فيهما، وتظهر فائدة القولين في مواضع:

منها: إذا تزوج الحر أمة شرط مولاهما الولد وجوزناه {فلا نفقة على الزوج الحر على المشهور، لكون النفقة للحمل وهو رق - بحسب الفرض - ونفقة الرق على مولاه، بخلاف ما إذا قلنا: إنها للحامل، فالنفقة على الزوج {وفي العبد إذا تزوج أمة أو حرة و شرط مولاه الانفراد برق الولد، فإن جعلناها للحمل فلا نفقة على الزوج، أما الأول؛ فلأنه ملك لغيره} ونفقة الزوج على مولاه {وأما في الثاني؛ فلأن العبد لا يجب عليه نفقة أقاربه والمفروض أن الحمل من الأقارب؛ لأنه ولد، وإن جعلناها للحامل وجبت {على الزوج {وهو في الأول ظاهر، وفي الثاني في كسب العبد، أو ذمة مولاه على الخلاف} المعروف بينهم {وتظهر الفائدة أيضاً فيما لو كان النكاح فاسداً والزوج حراً، فمن جعل النفقة لها نفاها هنا؛ إذ لا نفقة للمعتدة عن غير نكاح له حرمة، ومن جعلها للحمل فعليه؛ لأنها نفقة ولده}.

[ولو انهدم المسكن] {الذي طلقت فيه} [أو كان مستعاراً فرجع مالكة] [في إعارته] {أو مستأجراً انقضت مدته} وجب على الزوج مطالبة المالك بالسكنى ولو بأجرة توصلًا إلى تحصيل الواجب، وهو إسكانها في مسكن الطلاق من غير

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٧) النفقات، ح ٤.

إخراج، فإن امتنع أو طلب أجره أكثر من أجره المثل {أخرجها إلى مسكن يناسبها} [ويجب تحري الأقرب إلى المنتقل عنه فالأقرب، اقتصاراً على موضع الضرورة] كما عن المبسوط والتحرير وغيرهما {وظاهره كغيره} من الأصحاب {أنه لا يجب تجديد استئجاره ثانياً وإن أمكن، وليس ببعيد وجوبه مع إمكانه، تحصيلاً للواجب بحسب الإمكان، وقد قطع في التحرير بوجوب تحري الأقرب، وهو الظاهر، فتحصيل نفسه أولى} وهو كما ترى! لأنه مع جواز إخراجها لأي سبب كان، فيشك في وجوب كونه الأقرب إليه فالأقرب، والأصل عدمه.

[وكذا لو طلقت في مسكن لا يناسبها أخرجها إلى مسكن مناسب] استصحاباً لجواز مطالبتها الثابت لها قبل الطلاق {متحرياً للأقرب فالأقرب كما ذكر} وقد عرفت ما فيه [ولو مات فورث المسكن جماعة لم يكن لهم قسمته] {حيث ينافي القسمة سكنها} لأن فيها ضرراً عليها بعد كون النفقة - التي منها السكنى - ثابتة للمعتدة عدة الوفاة وهي حامل، كما هو المشهور بين المتقدمين، وعلمه الشيخ بقوله {لسبق حقها، إلا مع انقضاء عدتها} لأنها استحققت السكن فيه على حال - وهي كونها مطلقة رجعيّاً - قبل موت الزوج فالحق لها، ويشكل: بعدم انطباقه على شيء من أصول مذهبنا بعد انقلاب عدتها إلى عدة وفاة [هذا إذا كانت حاملاً وقلنا: لها السكنى] {مع موته، كما هو أحد القولين في المسألة} وهو المشهور بين المتقدمين {و} لكن لما كانت {أشهر الروايتين} كما تقدم {أنه لا نفقة للمتوفى عنها، ولا سكنى مطلقاً} حاملاً كانت أم لا، كما هو الأظهر {فيبطل حقها في المسكن، وجمع في المختلف بين الأخبار} المختلفة المتضمن بعضها عدم وجوب الإنفاق في عدة الوفاة، ووجوبه {بوجوب نفقتها من مال الولد، لا من مال المتوفى} وهو كما ترى! لعدم تملك الحمل إلا بعد سقوطه حياً، ولعدم وجوب نفقة الأقارب إلا عند الإعسار،

وكلامه مطلق [وإلا] {تكن حاملاً، أو قلنا: لا سكنى للحامل المتوفى عنها} زوجها [جازت القسمة] {لعدم المانع منها حينئذ}.

{وتعتد زوجة الحاضر من حين السبب} {الموجب للعدة من طلاق، أو فسخ وإن لم تعلم به} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولقاعدة اتصال العدة بسببها، ولإطلاق صحيح ابن أبي نصر عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: (في المطلقة إذا قامت البينة أنه قد طلقها منذ كذا وكذا، فكانت عدتها قد انقضت فقد بانت)^(١) ونحوه غيره.

{وزوجة الغائب في الوفاة من حين بلوغ الخبر بموته} {وإن لم يثبت شرعاً} لا من حين الوفاة على المشهور، بل عن الناصريات الاتفاق عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح الفضلاء زرارة ومحمد بن مسلم وبريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام (أنه قال في الغائب عنها زوجها إذا توفي، قال: المتوفى عنها تعتد من يوم يأتيها الخبر؛ لأنها تحد عليه)^(٢) ونحوه غيره وهو مستفيض {لكن لا يجوز لها التزويج إلا بعد ثبوته} شرعاً، كما عن غير واحد، بل لم أجده فيه خلافاً، كما في الجواهر.

{وفي الطلاق من حين الطلاق} {والفرق مع النص} {المستفيض} {ثبوت الحداد على المتوفى عنها، ولا يتم إلا مع بلوغها الخبر بموته، بخلاف الطلاق، فعلى هذا لو لم يبلغها الطلاق إلا بعد مضي مقدار العدة جاز لها التزويج بعد ثبوته} عندها وإن لم يكن ببينة شرعية، لإطلاق النصوص المتقدمة {بخلاف المتوفى عنها} زوجها.

{وقيل} والقائل ابن الجنيد {تشتركان في الاعتداد من حين بلوغ الخبر، وبه روايات} منها خبر الحسن بن زياد قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المطلقة يطلقها

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٧) العدد، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٨) العدد، ح ٣.

زوجها، ولا تعلم إلا بعد سنة، والمتوفى عنها زوجها، ولا تعلم بموته إلا بعد سنة، قال: إن جاء شاهدان عدلان فلا تعتدان، وإلا تعتدان^(١) ونحوه غيره، وقد حملت على التقية؛ لأنه مذهب بعض العامة {و} ولذا كان {الأشهر الأول، ولو لم نوجب الحداد على الأمة} كما هو المشهور، خلافاً للشيخ في المبسوط وسلاح وأبي الصلاح وابن حمزة والحلي حيث أو جبوه {فهى كالمطلقة عملاً بالعلة المنصوصة} وهى الحداد عليها، ولا حداد على الأمة فيجب أن تعتد من حين الوفاة، لا من حين بلوغ الخبر؛ لأن النصوص أوجبت الاعتداد في الوفاة من حين بلوغ الخبر في الحرية، اللهم إلا أن يقال: بأنها حكمة وليست علة، فلا يدور معها الحكم وجوداً وعدمًا، فيبقى إطلاق النصوص الشاملة للحرية والأمة في اعتدادهما من حين بلوغ الخبر في الوفاة سالماً عن المعارض، ولعله لذا قال سيد الرياض: فجمود الروضة على العلة ونفي العدة عن الأمة كالمطلقة لعله ضعيف جداً.

كتاب الخلع والمباراة

[كتاب الخلع والمباراة]

{وهو طلاق بعوض مقصود، لازم لجهة الزوج ويفترقان بأمر تأتي، والخلع بالضم اسم لذلك مأخوذ منه بالفتح استعارة من خلع الثوب: وهو نزع، لقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِيَاسٍ لَكُمْ﴾^(١) [وصيغة الخلع أن يقول الزوج: خلعتك على كذا، أو أنت مختلعة على كذا] {أو خلعت فلانة، أو هي مختلعة على كذا} {ثم يتبعه بالطلاق} {على الفور فيقول بعد ذلك: فأنت طالق} [في القول الأقوى] الذي هو مذهب الشيخ وابني زهرة وإدريس، كما نسب إلى جعفر والحسن ابني سماعة وابن حذيفة والحسن بن رباط من أصحاب الأئمة عليهم السلام {لرواية موسى بن بكر عن العبد الصالح عليه السلام: قال: قال علي عليه السلام: المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في العدة^(٢)} المراد بالعدة هنا: عدة الطهر، كذا في الوسائل {وقيل} والقائل الصدوق والمفيد وسلاح وابن حمزة {يقع بمجرد من غير إتباعه به، ذهب إليه المرتضى وابن الجنيد وتبعهم العلامة في المختلف والتحرير والمصنف في شرح الإرشاد} بل نسبه غير واحد إلى المشهور {لصحيحة محمد بن إسماعيل بن نوح بن بزيع أنه قال للرضا عليه السلام - في حديث -: (قد روي لنا أنها لا تبين حتى يتبعها بالطلاق، قال: ليس ذلك إذن خلعاً، فقلت: تبين منه، قال: نعم)^(٣) وغيرها من الأخبار} الصحيحة المستفيضة {والخبر السابق ضعيف السند} لاشتراكه على إبراهيم بن أبي سماك وهو واقفي وضعيف {مع إمكان حمله على الأفضلية،

(١) سورة البقرة، آية (١٨٧).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣) الخلع والمباراة، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣) الخلع والمباراة، ح ٩.

ومخالفته لمذهب العامة فيكون أبعد عن التقية - مع تسليمه - لا يكفي في المصير إليه وترك الأخبار الصحيحة - وهو على ما وصفناه - فالقول الثاني أصح .

{ثم إن اعتبرنا إتباعه بالطلاق فلا شبهة في عده طلاقاً} كما هو المشهور، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (عدة المختلة عدة المطلقة، وخلعها طلاقها، من غير أن يسمى طلاقاً... الحديث)^(١) ونحوه غيره {وعلى القول الآخر} وهو عدم اعتبار الإتيان {هل يكون فسخاً أو طلاقاً؟ قولان} كما عن الشيخ مستدلاً عليه: بأنه ليس بلفظ الطلاق، وهو لا يقع عندنا بالكنائية، ولو كان طلاقاً لكان رابعاً في قوله عليه السلام: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾^(٢) لأن قبلها قوله عليه السلام: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ وبعده ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ﴾ إلى آخرها، فذكر تطليقتين والخلع تطليقة بعدها؛ ولأنها خلت من صريح الطلاق ونيته فكان فسخاً كسائر الفسوخ، وهو كما ترى! اجتهد في مقابلة النص، ولذا قال {أصحهما الثاني وهو مذهب المرتضى، بل المشهور، لدلالة الأخبار الكثيرة عليه} المتقدم بعضها {فيعد فيها ويفتقر إلى المحلل بعد الثلاث} وإن كان خلعاً وقد رجعت في البذل.

{وعلى القولين لا بد من قبول المرأة عقيبها بلا فصل معتد به، أو تقدم سؤالها له قبله كذلك} لأن الخلع من المعاوضات، فلا بد من مقارنته للعوض، وإلا يقع باطلاً، بلا خلاف فيه، كما في الجواهر، وقد يشعر به تشبيهه بالشراء في خبر أبي البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لكل مطلقة متعة إلا المختلة، فإنها اشترت نفسها)^(٣) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣) الخلع والمباراة، ح ٤.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٢٩).

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (١١) الخلع والمباراة، ح ٣.

{ولو أتى بالطلاق مع العوض} {فقال: أنت طالق على كذا، مع سبق سؤاها له، أو مع قبولها بعده كذلك} بلا فصل معتد به {أغنى عن لفظ الخلع} {وأفاد فائدته ولم يفتقر إلى ما يفتقر إليه الخلع من كراهتها له خاصة؛ لأنه طلاق بعوض، لا خلع} وظاهره دعوى كون الطلاق بعوض أعم مطلقاً من الخلع فتشترط الكراهة في الثاني، دون الأول، ولكنه كما ترى! لعدم الدليل على ذلك، بل ظاهر الأدلة خلافها.

{وكل ما صح أن يكون مهراً} {من المال المعلوم، والمنفعة، والتعليم، وغيرها} كما مر في النكاح [صح أن يكون فدية] {في الخلع} [ولا تقدير فيه] {أي في المجعول فدية في طرف الزيادة والنقصان} {من صداقها} {بعد أن يكون متمولاً} بلا خلاف فيه بينهم، كما في الجواهر، ولإطلاق قوله ع: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(١) ولصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (المبارئة يؤخذ منها دون الصداق، والمختلعة يؤخذ منها ما شاء، أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر... الحديث)^(٢) ونحوه غيره [فيجوز على أزيد مما وصل إليها منه] {من مهر، وغيره؛ لأن الكراهة منها، فلا يتقدر عليها في جانب الزيادة}.

{ويصح بذل الفدية منها} إجماعاً؛ ولأنه هو المنطبق على نسبتها إليها في قوله ع: ﴿فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ وللنصوص المستفيضة، كصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن المختلعة - إلى أن قال -: وحلّ له ما أخذ منها من مهرها، وما زاد وذلك قول الله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾... الحديث)^(٣) [ومن

(١) سورة البقرة، آية (٢٢٩).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤) الخلع والمباراة، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (١) الخلع والمباراة، ح ٩.

وكيلها] {الباذل له من مالها} لأن الوكيل كالأصيل، لعموم أدلة الوكالة أو إطلاقها [وومن يضمنه] {في ذمته} [بإذنها] {فيقول للزوج: طلق زوجتك على مئة وعلي ضمانها، والفرق بينه وبين الوكيل أن الوكيل يبذل من مالها بإذنها وهذا من ماله بإذنها} ليرجع عليها بما يبذله بعد ذلك، فهو بمعنى الوكيل الذي يدفع العوض عن الموكل من ماله ليرجع به عليه، فدفعه له بمنزلة إقراضه لها وإن كان بصورة الضمان، ويتم هذا لو دفع عيناً عنها، أما لو بذل كلياً في ذمته ففيل: لا يتصور قرضه لها، وكأنه لعدم قبضها إياه، كما لا يتصور شغل ذمته به للخالع وشغل ذمته له بإيقاع الخلع؛ لأنه من ضمان ما لم يجب، ويشكل: بأن فرض البذل بإذنها يقتضي ضمانها.

{وقد يشكل هذا: بأنه ضمان ما لم يجب، لكن قد وقع مثله صحيحاً فيما لو قال راكب البحر لذي المتاع: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه} فإنه ضمان للمتللف قبل إتلافه {وفي ضمان ما يحدثه المشتري من بناء، أو غرس على قول، وفي أخذ الطبيب البراءة قبل الفعل} وثبوت الصحة لمثل هذه الموارد لدليل خاص، لا يفيد الحكم بصحته هنا مع فقدان الدليل عليها.

[وفي] {صحته من} [المتبرع] {بالبذل من ماله} [قولان]:

الأول: الصحة بناء على أن الخلع فداء وليس معاوضة ويصح الفداء عن الأجنبي كما يصح المال من الأجنبي للطلاق، وهو كما ترى! لأنه مبني على القياس الباطل، ولذا كان مذهب جميع العامة.

والثاني: وهو [أقربهما المنع] {لأن الخلع من عقود المعاوضات} ولم يعرف القائل بالجواز منا، كما في المسالك {فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب العوض كالبيع؛

ولأنه تعالى أضاف الفدية إليها في قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(١) وبذل الوكيل والضامن بإذنها كبذلها فيبقى المتبرع على أصل المنع، ولأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل، ولو قلنا بمفهوم الخطاب { وهو مفهوم اللقب الذي لم تثبت حجيته في الآية الكريمة؛ حيث يقتضي ثبوت الجناح فيما لو افتدى غيرها، وهو كما ترى! } فـ {لذا كان {المنع أوضح، وحيث فلا يملك الزوج البذل، ولا يقع الطلاق إن لم يتبع به، فإن أتبع به كان رجعيًا} بخلاف ما لو قلنا بصحة الخلع فيكون الطلاق بائناً.

{ووجه الصحة: أنه افتداء وهو جائز من الأجنبي كما تقع الجعالة منه على الفعل لغيره وإن كان طلاقاً، والفرق بين الجعالة والبذل تبرعاً أن المقصود من البذل جعل الواقع خلعاً، ليرتب عليه أحكامه المخصوصة، لا مجرد بذل المال في مقابلة الفعل، بخلاف الجعالة فإن غرضه وقوع الطلاق بأن يقول: طلقها وعلي ألف، ولا مانع من صحته} لأن الجعالة تصح على كل عمل محلل مقصود للعقلاء يصح بذل المال بإزائه، والطلاق منه {حتى لا يشترط في إجابته الفورية، والمقارنة لسؤاله} لأنها من العقود الجائزة {بخلاف الخلع} فإنه مشروط بها، كما مر.

{ولو قلنا: بصحته من الأجنبي، فهو خلع لفظاً وحكماً، فللأجنبي أن يرجع في البذل ما دامت في العدة، فللزوجة حينئذ أن يرجع في الطلاق، وليس للزوجة - هنا - رجوع في البذل؛ لأنها لا تملكه، فلا معنى لرجوعها فيه، ويحتمل {قوياً} عدم جواز الرجوع هنا مطلقاً} سواء كان الباذل الزوجة أم الأجنبي {اقتصاراً فيما خالف

(١) سورة البقرة، آية (٢٢٩).

{الأصل} وهو اللزوم في المعاوضة {على موضع اليقين وهو رجوع الزوجة فيما بذلته خاصة}.

{وفي معنى التبرع ما لو قال: طلقها على ألف من مالها وعلي ضمانها، أو على عبدها هذا كذلك، فلا يقع الخلع، ولا يضمن؛ لأنه ضمان ما لم يجب، وإن جاز ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، لمسيس الحاجة بحفظ النفس ثم دون هذا، والإنفاق على ذلك على خلاف الأصل} وهو عدم ضمان ما لم يجب {فيقتصر عليه} اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع الضرورة.

[ولو تلف العوض] {المعين المبذول} خلعاً [قبل القبض فعليها ضمانه مثلاً] {أي بمثله إن كان مثلياً} [أو قيمة] {إن كان قيمياً، سواء تلف باختيارها أم تلف بأفة من الله تعالى أم أتلفه أجنبي، لكن في الثالث يتخير الزوج بين الرجوع عليها وعلى الأجنبي، وترجع هي على الأجنبي لو رجع عليها إن أتلفه بغير إذنها} من غير خلاف ولا إشكال، لقاعدة الضمان؛ لأن الزوج ما زال على استحقاقه للعوض المبذول ومع التلف يرجع بمثله أو قيمته {ولو عاب فله أرشه} لعين ما سبق [وكذا تضمن] {مثله أو قيمته} [لو ظهر مستحقاً لغيرها] {ولا يبطل الخلع} بلا خلاف ولا إشكال، بل ظاهر كشف اللثام اتفاقنا عليه، كذا في الجواهر {لأصالة الصحة} في العقود {والمعاوضة - هنا - ليست حقيقته كما في البيع، فلا يؤثر بطلان العوض المعين في بطلانه، بل ينجر بضمانها المثل أو القيمة} خلافاً للشيخ وجمع باعتبار أن الخلع معاوضة وهي تبطل ببطلان أحد العوضين كالبيع، وهو كما ترى! إذ المعاوضة الحقيقية ما كان المقصود الأصلي فيها العوض، بخلاف الخلع فإن المقصود منه الفراق ولا يحصل إلا بالطلاق المشروط بالعوض، فلا يلزم من بطلانه بطلان أصل العقد.

{ويشكل مع علمه باستحقاقه حالة الخلع، لقدومه على معاوضة فاسدة إن لم يتبعه بالطلاق، ومطلقاً} حتى مع جهله {من حيث إن العوض لازم لماهيته، وبطلان اللازم يستلزم بطلان الملزوم} وهو الخلع، ويشكل: بأن لازم ماهية الخلع هو مطلق العوض، لا العوض الخاص، فلا يلزم من بطلانه بطلان الخلع، لقيام المثل أو القيمة مقامه، هذا بناء على أن الخلع معاوضة حقيقية، وأما لو كانت غير حقيقية - على الأظهر - فعدم البطلان أوضح {والمتجه البطلان مطلقاً} علماً كان الزوج باستحقاق العوض أم جاهلاً {إن لم يتبعه بالطلاق، وإلا وقع رجعيّاً} لبطلان البذل والخلع فلم يبق إلا الطلاق، بخلاف ما لو قلنا: بصحة الخلع فيقع الطلاق بائناً.

[ويصح البذل من الأمة بإذن المولى] بلا خلاف أجده فيه، بل لعله إجماع، كذا في الجواهر {فإن أذن في عين من أعيان ماله تعينت، فإن زادت عنها شيئاً من ماله وقف على إجازته} بناء على عموم صحة الفضولي على الأقوى {فإن رد بطل فيه، وفي صحة الخلع، ويلزمها مثله أو قيمته تتبع به بعد العتق، أو بطلانه الوجهان} المتقدمان فيما لو ظهر العوض مستحقاً {وكذا} الوجهان {لو بذلت شيئاً من ماله ولم يجزه، ولو أجاز فكالإذن المبتدأ} فيصح الخلع بلا خلاف ولا إشكال، ويتعين العوض من مال المولى.

{وإن أذن في بذلها في الذمة} في دين له في ذمة شخص معين {أو من ماله من غير تعيين} [فإن عين قدرّاً] {تعين، وكان الحكم مع تخطيه ما سبق} [وإلا] {يعين قدرّاً} [انصرف] {إطلاق الإذن} [إلى] {بذل} [مهر المثل] بلا خلاف ولا إشكال {كما ينصرف الإذن في البيع إلى ثمن المثل؛ نظراً إلى أنه في معنى المعاوضة وإن لم تكن حقيقية، ومهر المثل عوض البضع فيحمل الإطلاق عليه} كما في غيره من الموارد.

[ولو لم يأذن] {لها في البذل مطلقاً} بأحد الوجوه السابقة [صح] {الخلع في ذمتها دون كسبها} لأنه لمولها [وتبعت به بعد العتق] واليسار {كما لو عاملها بإقراض وغيره} كهبة معوضة، أو بيع، أو إجارة ونحوها {ولا إشكال هنا وإن علم بالحال؛ لأن العوض صحيح متعلق بذمتها وإن امتنع قبضه حالاً، خصوصاً مع علمه بالحكم، لقدومه عليه، وثبوت العوض في الجملة، بخلاف بذل العين حيث لا يصح، لخلو الخلع عن العوض، ولو بذلت مع الإطلاق} في الإذن {أزيد من مهر المثل فالزائد كالمبتدأ بغير إذن} يبطل فيه خاصة إلا مع إجازته، فإن أجاز فيتعلق الجميع بهاله، خلافاً للمحقق وجمع حيث حكموا بأنها تتبع بالجميع بعد العتق واليسار.

[والمكاتبة المشروطة كالقن] لأنها لا تتحرر من الرقية إلا بدفع جميع المال، فهي قبله بحكم القن {فيتعلق البذل بما في يدها مع الإذن} لأنه من مال المولى {وبذمتها مع عدمه} وتتبع به بعد العتق واليسار {إن كان مطلقاً} غير معين في عين مخصوصة {وفي صحة الخلع ولزوم المثل، أو القيمة تتبع به الوجهان} المتقدمان حال ظهور استحقاقه للغير [وأما] {المكاتبة} [المطلقة فلا اعتراض عليها] {للمولى مطلقاً} سواء كان المبذول عيناً أم ديناً في ذمتها، مساوياً لمهر المثل أم أزيد {هكذا أطلق الأصحاب تبعاً للشيخ رحمه الله}.

{وفي الفرق نظر؛ لما اتفقوا عليه في باب الكتابة من أن المكاتب مطلقاً} مشروطاً أو مطلقاً {ممنوع من التصرف المنافي للاكتساب ومسوغ فيه، من غير فرق بينهما، فالفدية إن كانت غير اكتساب كما هو الظاهر؛ لأن العائد إليها البضع وهو غير مالي، لم يصح فيها، وإن اعتبر كونه معاوضة وأنه كالمال من وجه} لأنها بإمكانها أن تتزوج غير الخالع بأزيد مما بذلت له {وجب الحكم بالصحة فيهما} ولا اعتراض للمولى {والأصحاب لم ينقلوا في ذلك خلافاً، لكن الشيخ في المبسوط حكى في المسألة أقوالاً:

الصحة مطلقاً} مشروطة أو مطلقة {والمنع مطلقاً} كذلك {واختار التفصيل، وجعله الموافق لأصولنا وتبعه الجماعة، والظاهر أن الأقوال التي نقلها للعامة كما هي عادته، فإن لم تكن المسألة إجماعية فالتجّه عدم الصحة فيهما} المطلقة والمشروطة؛ لأنهما لا يقدران على شيء {إلا بإذن المولى}.

[ولا يصح الخلع إلا مع كراهتها] {له} بلا خلاف في أصل اشتراطها، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، وللنصوص المستفيضة المشعرة بذلك، كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (إذا قالت المرأة لزوجها جملة: لا أطيع لك أمراً، مفسراً وغير مفسر، حل له ما أخذ منها، وليس له عليها رجعة)^(١) ونحوه غيره.

إنما الكلام بكفاية مطلق الكراهة كما هو مذهب المحقق ومشهور المتأخرين، ولا يشترط تلفظها بما تضمنته جميع نصوص الباب الآتي بعضها على اختلافها كما هو مذهب الشيخ والمشهور بين المتقدمين، كصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (المختلعة التي تقول لزوجها: اخلعني، وأنا أعطيك ما أخذت منك، فقال: لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً حتى تقول: والله لا أبر لك قسماً، ولا أطيع لك أمراً، ولا أذن في بيتك بغير إذنك، ولأوطئن فراشك غيرك، فإذا فعلت من غير أن يعلمها، حل له ما أخذ منها... الحديث)^(٢) وغيره وهو مستفيض لكن اختلاف النصوص في الصيغة المدعى شرطيتها يكشف عن أن المدار على الكراهة، وليس مجرد صدور هذه الأقوال منها، نعم لما كانت الكراهة لا تعلم إلا بالقول، لذا صرحت النصوص بضرورة التلفظ بما تضمنته، ومما يعضده ظاهر قوله عليه السلام: ﴿فإن

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١) الخلع والمباراة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١) الخلع والمباراة، ح ٤.

خِفْتُمْ أَلَّا يُقَيِّمَ اللَّهُ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ^(١) ومن الظاهر أنها مع كراهتها له يخاف ألا تقيم معه حدود الله، مضافاً إلى أن سبب نزول الآية الكريمة هي قصه جميلة زوجة ثابت بن قيس فقد (أتى النبي ﷺ وأظهرت الكراهة منه فنزلت الآية، وكان قد أصدقها حديقة، فقال ثابت: يا رسول الله ترد الحديقة؟ فقال رسول الله ﷺ ما تقولين؟ قالت: وأزيدة، فقال: لا، حديقة فقط، فاختلعت منه)^(٢) وهي ظاهرة في كفاية الكراهة، معتضدة بالإجماع، فالأجود ما عليه المحقق ومن تأخر عنه.

[فلو طلقها] {والأخلاق ملتئمة} [ولم تكره بطل البذل] لفقد شرطه [ووقع الطلاق رجعيًا] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر؛ لأنه مع إتباعه بالطلاق فلو بطل الخلع فتبقى صيغته المقتضية لوقوعه إما رجعيًا {من حيث البذل، وقد يكون بائناً من جهة أخرى، ككونها غير مدخول بها، أو كون الطلقة ثالثة}.

[ولو أكرهها على الفدية فعل حراماً] {للإكراه بغير حق} بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنه ظلم وهو قبيح عقلاً، ومحرم شرعاً [ولم يملكها بالبذل] {لبطلان تصرف المكره إلا ما استثنى} كالمماطل [وطلاقها رجعي] {من هذه الجهة، لبطلان الفدية، فلا ينافي كونه بائناً من جهة أخرى إن اتفقت} ككون الطلقة ثالثة، أو كونها غير مدخول بها.

[نعم لو أتت بفاحشة مبينة] {وهي الزنا} كما عن الحسن وأبي قدامة والسدي {وقيل: ما يوجب الحد مطلقاً} ولو لم يكن زنا {وقيل} والقائل الشيخ في التبيان

(١) سورة البقرة، آية (٢٢٩).

(٢) السنن الكبرى، ج٧، ص٥١٢.

والطبرسي في مجمع البيان، والراوندي في أحكام القرآن {كل معصية} وإن لم تستوجب حداً، وعن ابن عباس: أنها النشوز [جاز عضلها] عندنا، كما في الجواهر {وهو منعها بعض حقوقها أو جميعها من غير أن يفارقها} [لتفدي نفسها] {لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَةٍ﴾^(١) والاستثناء من النهي إباحة؛ ولأنها إذا زنت لم يؤمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه، فلا تقيم حدود الله تعالى في حقه فتدخل في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(٢) وصح خلعهما على ما تبذل له.

{وقيل: لا يصح ذلك، ولا يستبيح المذلول مع الفضل؛ لأنه في معنى الإكراه، ولقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾^(٣) والمشرط عدم عند شرطه {ويشكل: بمعارضته للآية المتقدمة، حيث إنها ظاهرة في حال الوثام والمحبة، لا عند الكراهة والنفرة، ولما صرحت به النصوص السابقة {وقيل {والقائل بعض العامة {إن الآية الأولى منسوخة بآية الحد، ولم يثبت {النسخ {إذ لا منافاة بينهما} أي جواز عضلها لتفدي نفسها، وإقامة الحد، ومع عدم المنافاة لا موضوع للنسخ {والأصل عدم النسخ}.

{وعلى الأول هل يتقيد جواز العضل ببذل ما وصل إليها منه من مهر، وغيره، فلا يجوز الزيادة عليه أم لا يتقيد إلا برضاه؟ اختار المصنف الأول؛ حذراً من الضرر العظيم، واستناداً إلى قول النبي ﷺ لجميلة بنت عبد الله بن أبي كرهت زوجها ثابت

(١) سورة النساء، آية (١٩).

(٢) سورة البقرة، آية (٢٢٩).

(٣) سورة النساء، آية (٤).

بن قيس وقال لها: (أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم وأزيدة، لا حديقته فقط)^(١) ويشكل: بأن بذل الزائد لو كان ضرراً لجرى مثله في الخلع، وللزم عدم بذل الزائد فيه مع أنه جائز بالإجماع، وأما الخبر فهو خارج موضوعاً؛ لأن المرأة ليست ممن يجوز عضلها، لإتيانها الفاحشة، بل هي كارهة فتقييد النبي ﷺ الحديقة؛ لأن زوجها طلبها منها فلم يزد، وإلا لو طلب الأزيد لجاز كما هو المشهور {ووجه الثاني: إطلاق الاستثناء الشامل، وعدّ الأصحاب مثل هذا خلعاً، وهو غير مقيد، وفيه نظر؛ لأن المستثنى منه إذهاب بعض ما أعطاهما فالمستثنى هو ذلك البعض فيبقى المساوي والزائد على أصل المنع، فإن خرج المساوي بدليل آخر بقي الزائد، وإطلاق الخلع عليه محل نظر؛ لأنها ليست كارهة، أو الكراهة مختصة بها بحسب الظاهر، وذكرها في باب الخلع لا يدل على كونها منه}.

[وإذا تم الخلع فلا رجعة للزوج] {قبل رجوعها في البذل} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح إسماعيل بن بزيع قال: (سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تباري زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع، هل تبين منه بذلك، أو هي امرأته ما لم يتبعها بطلاق؟ فقال: تبين منه، وإن شاءت أن يرد إليها ما أخذ منها، وتكون امرأته فعلت... الحديث)^(٢) ونحوه غيره.

[وللزوجة الرجوع في البذل ما دامت في العدة] {إن كانت ذات عدة} وإن لم يرض الزوج، بلا خلاف ولا إشكال، كما عن غير واحد، ولموثق فضل أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (المختلعة إن رجعت في شيء من الصلح، يقول: لأرجعن

(١) مستدرک الوسائل، باب (١٣) الخلع، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣) الخلع والمباراة، ح ٩.

في بضعت^(١) {فلو خرجت عدتها، أو لم يكن لها عدة، كغير المدخول بها، والصغيرة، واليائسة فلا رجوع لها مطلقاً} وأبدأ، لاشتراط صحة الرجوع بإمكانه، والمذكورات لا يمكن الرجوع بهن.

[فإذا رجعت] {هي حيث يجوز لها الرجوع صار الطلاق رجعيًا يترتب عليه أحكامه من النفقة، وتحريم الأخت، والرابعة} [ورجع هو إن شاء] بلا خلاف إلا من ابن حمزة حيث اعتبر التراضي منهما مع الإطلاق، وهو كما ترى! اجتهد في مقابلة النص، هذا {ما دامت العدة باقية ولم يمنع من رجوعه مانع كما لو تزوج بأختها، أو رابعة قبل رجوعها إن جوزناه} بناء على أنه يجوز التزويج بالأخت أو الرابعة قبل رجوعها في البذل؛ لأنه مترزل كالرجعي، فيأخذ حكمه وإن كان بحسب ظاهره بائن بالفعل {نعم لو طلقها بائناً في العدة جاز له الرجوع حينئذٍ فيها، لزوال المانع، ولو كان الطلاق بائناً مع وجود العدة كالطلقة الثالثة ففي جواز رجوعها في العدة وجهان: من إطلاق الإذن فيه المتناول له} كما عن الفاضلين {ومن أن جواز رجوعها في البذل مشروط بإمكان رجوعه في النكاح بالنظر إلى الخلع، لا بسبب خارجي يمكن زواله كتزويجه بأختها} حيث يمكن زواله بالطلاق البائن، ولذا لم يمنع لو وقع قبل رجوع المختلعة بالبذل {ولأنه برجوعها يصير الطلاق رجعيًا} لأنه الطلاق الثالث {ولا يخفى أن هذين} الدليلين على عدم جواز رجوع المختلعة بالبذل {مصادرة على المطلوب} لأنه عين المتنازع فيه، فلماذا لا يجوز أن ترجع في البذل وإن لم يمكنه الرجوع في الطلاق؟! مع عدم الدليل على التلازم بينهما {لكن المشهور المنع}.

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٧) الخلع والمباراة، ح ٣.

{والوجهان آتيان فيما لو رجعت ولما يعلم حتى خرجت العدة حيث يمكنه الرجوع لو علم؛ من إطلاق الإذن لها في الرجوع} وإن لم يعلم به الزوج {ولزوم الإضرار به} لأنه لو جاز رجوعها في البذل من دون علمه للزم الرجوع عليه به مع فوات البضع عليه، وهو ضرر منفي {والأقوى الجواز هنا، للإطلاق؛ ولأن جواز رجوعه مشروط بتقدم رجوعها} إجماعاً نصاً وفتوى {فلا يكون شرطاً فيه، وإلا دار} لتوقف رجوعها على رجوعه {والإضرار حصل باختياره حيث أقدم على ذلك مع أن له طريقاً إلى الرجعة في الأوقات المحتملة} لرجوعها {إلى آخر جزء من العدة} وإن لم يعلم برجوعها.

{ولو تنازعا في القدر} {أي قدر الفدية} [حلفت] لموافقة دعاوها {لأصالة عدم زيادتها عما تعترف به منها} [وكذا] {قدم قولها مع اليمين} {ولو تنازعا في الجنس} {مع اتفاقهما على القدر؛ بأن اتفقا على أنها مئة لكن ادعى أنها دنائير وادعت أنها دراهم، لأصالة عدم استحقاق ما يدعيه} لمخالفته لأصالة عدم الزيادة {ولأنه مدع فعليه البينة، فتحلف يميناً جامعة بين نفي ما يدعيه، وإثبات ما تدعيه، فينتفي مدعاه، وليس له أخذ ما تدعيه، لاعترافه بأنه لا يستحقه، وينبغي جواز أخذه مقاصة} فقط {لا أصلاً} وأخذه من كل وجه.

{ويحتمل تحالفهما؛ لأن كلاً منهما منكر لما يدعيه صاحبه، وهي قاعدة التحالف، وحينئذ يسقط ما تدعيه بالفسخ} من كلٍ منهما من غير يمين {أو الانفساخ} بالتحالف {ويثبت مهر المثل، إلا أن أصحابنا أعرضوا عن هذا الاحتمال رأساً، ومخالفونا جزموا به} وكفى به سبباً للإعراض.

[أو] اختلفا في [الإرادة] {مع اتفاقهما عليها؛ بأن اتفقا على ذكر القدر وعدم ذكر الجنس لفظاً، وعلى إرادة جنس معين لكن اختلفا في الجنس المراد، وإنما كان القول

قولها فيها} كما عن المحقق وجمع {لأن الاختلاف في إرادتها ولا يطلع عليها إلا من قبلها، فيقدم قولها فيها، ويشكل: بأن المعتبر إرادتها معاً للجنس المعين، ولا تكفي إرادتها خاصة، وإرادة كل منهما لا يطلع عليها إلا من قبله} ولذا يقوى القول بالتحالف هنا أيضاً.

{ولو علل؛ بأن الإرادة إذا كانت كافية عن ذكر الجنس المعين، كان الاختلاف فيها اختلافاً في الجنس المعين، فتقديم قولها من هذه الحثية، لا من جهة تخصيص الإرادة، وقال الشيخ} في المبسوط {يبطل الخلع هنا مع موافقته على السابق، وللقول بالتحالف هنا وجه} وجهه {كالسابق} {ولو كان اختلافهما في أصل الإرادة مع اتفاقهما على عدم ذكر الجنس فقال أحدهما: أردنا جنساً معيناً، وقال الآخر: إنا لم نرد، بل أطلقنا، رجع النزاع إلى دعوى الصحة والفساد} لأن مدعي إرادة الجنس المعين يدعي صحة الخلع، بخلاف الآخر حيث يدعي بطلانه، لاشتراط الخلع بتحديد الفدية جنساً وقدراً إجماعاً {ومقتضى القاعدة تقديم مدعيها منهما مع يمينه، ويحتمل تقديم منكرها والبطلان، لأصالة عدمها، وهو ظاهر القواعد} ويحتمل {تقديم قول المرأة، لرجوع النزاع إلى إرادتها، كما هو ظاهر التحرير، وفيه ما ذكر} من رجوع النزاع إلى إرادتها معاً، ومعه ينبغي التحالف {ولو قال: خلعتك على ألف في ذمتك، فقالت: بل في ذمة زيد، حلفت على الأقوى} تبعاً للشيخ والمشهور بين المتأخرين {لأنه مدع وهي منكرة لثبوت شيء في ذمتها، فكانت اليمين عليها} لأصل براءة ذمتها {وقال ابن البراج: عليه اليمين؛ لأن الأصل في مال الخلع أن يكون في ذمتها، فإذا ادعت كونه في ذمة غيرها لم تسمع، لأصالة عدم انتقالها عن ذمتها} ويشكل: بأنه أصل غير ثابت مع البناء على جواز تبرع الأجنبي.

{وعلى الأول لا عوض عليها، ولا على زيد إلا باعترافه، وتبين منه بمقتضى دعواه، ومثله ما لو قالت: بل خالعك فلان والعوض عليه، لرجوعه إلى إنكارها الخلع من قبلها، أما لو قالت: خالعتك على ألف ضمنها فلان عني، أو دفعتها، أو أبرأتني، ونحو ذلك، فعليها المال مع عدم البيئة} لها، ويحلف هو؛ لأنه منكر وقوله موافق لأصالة عدم وصول حقه إليه واعترافها بثبوتها عليها.

[والمباراة] {وأصلها المفارقة، قال الجوهري: تقول: بارأت شريكي إذا فارقت، وبارأ الرجل امرأته} {وهي كالخلع} {في الشرائط والأحكام} {إجماعاً} [إلا أنها] {تفارقة في أمور:

منها: أنها} {تترتب على كراهية كل من الزوجين} {لصاحبه} بلا خلاف أجده فيه بينهم، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولموثق سماعة قال: (سألته عن المباراة كيف هي؟ فقال: يكون للمرأة شيء على زوجها من مهر، أو من غيره، ويكون قد أعطاها بعضه، فيكره كل واحد منهما صاحبه، فتقول المرأة لزوجها: ما أخذت منك فهو لي، وما بقي عليك فهو لك، وأبارئك، فيقول الرجل لها: فإن أنت رجعت في شيء مما تركت، فأنا أحق ببضعك)^(١) {فلو كانت الكراهة من أحدهما خاصة، أو خالية عنهما لم تصح بلفظ المباراة} اقتصاراً على موضع النص والإجماع.

{وحيث كانت الكراهة منهما} {فلا تجوز الزيادة} {في الفدية} {على ما أعطاها} {من المهر} بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، ولصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (المباراة يؤخذ منها دون الصداق، والمختلعة يؤخذ

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٨) الخلع والمباراة، ح ٣.

منها ما شاء، أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر... الحديث^(١) {بخلاف الخلع حيث كانت الكراهة منها فجازت الزيادة، ونبه بالفاء على كون هذا الحكم مرتباً على الكراهة منها، وإن كان حكماً آخر يحصل به الفرق بينها وبين الخلع}.

[و] {منها أنه} [لا بد فيها من الإتيان بالطلاق] {على المشهور، بل لا نعلم فيه مخالفاً، وادعى جماعة أنه إجماع} [ولو قلنا في الخلع: لا يجب] {إتيانه بالطلاق، وروي أنها لا تفتقر أيضاً إلى الإتيان} في موثق جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (المباراة تكون من غير أن يتبعها الطلاق)^(٢) ونحوه غيره {وربما كان به قائل؛ لأن الشيخ نسب في كتابي الحديث القول بلزوم إتيانها بالطلاق إلى المحصلين من أصحابنا، وهو يدل بمفهومه على مخالف منهم غير محصل، والمحقق في النافع نسبه إلى الشهرة، وكيف كان فالعمل به متعين}.

{وصيغتها} [بارأتك] [بألمزة] {على كذا} [فأنت طالق] اتفاقاً منا، كما في الشرائع.

{ومنها: أن صيغتها لا تنحصر في لفظها، بل تقع بالكنيات الدالة عليها، كفاسختك على كذا، أو أبتتك؛ لأن البينة تحصل بالطلاق وهو صريح، بخلاف الخلع على القول المختار فيه} من عدم وجوب إتيان الخلع بالطلاق {ينبغي على القول بافتقاره إلى الطلاق أن يكون كالمباراة}.

[ويشترط في الخلع والمباراة شروط الطلاق] اتفاقاً {من كمال الزوج} بالبلوغ والعقل {وقصده، واختياره، وكون المرأة طاهراً طهراً لم يقاربه فيها بجماع إن كانت

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤) الخلع والمباراة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٩) الخلع والمباراة، ح ٤.

مدخولاً بها، حائلاً غير يائس، والزّوج حاضراً أو في حكمه { وهو القادر على استعمال حال المرأة وإن كان غائباً } وغيرها من الشروط { لأنّ المباراة والخلع طلاق مخصوص فيشترط فيهما ما يشترط فيه بنفس دليله.

كتاب الظهار

[كتاب الظهار]

{وهو فعال من الظهر، اختص به الاشتقاق؛ لأنه محل الركوب في المركوب، والمراد به هنا تشبيه المكلف من يملك نكاحها بظهر محرمة عليه أبداً بنسب، أو رضاع، قيل: أو مصاهرة، وهو محرم وإن ترتبت عليه الأحكام لقوله ﷺ: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا﴾^(١) لكن قيل: إنه لا عقاب فيه، لتعقبه بالعفو، ويضعف: بأنه وصف مطلق {لعلمنا بأنه ﷺ عفو غفور عفا عن ذنب خاص أم لم يعف {فلا يتعين كونه عن هذا الذنب المعين}.

{وصيغته هي} [أو أنت، أو هذه، أو فلانة] [عليّ] {ونحوه} من الصلوات المختلفة، كعندي، أو لديّ {أو محذوف الصلة} [كظهر أُمي، أو أختي، أو بنتي] {أو غيرهن من المحرمات} اتفاقاً من الأصحاب، كما في المسالك، ولذيل صحيح حران عن أبي جعفر عليه السلام {قال: - إلى أن قال: - فجعل الله عقوبة من ظاهر بعد النهي هذا... الحديث}^(٢) [ولو من الرضاع على الأشهر] {في الأمرين: وهما وقوعه بتعليقه بغير الأم من المحارم النسبيات، ومحرمات الرضاع مطلقاً}.

{ومستند عموم الحكم في الأول - مع أن ظاهر الآية وسبب الحكم} المذكور في النصوص {تعلقه بالأم - صحيحنا زرارة وجميل عن الباقر والصادق عليه السلام} حيث قال في الأولى: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الظهار؟ فقال: هو من كل ذي محرم من أم، أو

(١) سورة المجادلة، آية (٢).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١) الظهار، ح ٢.

أخت، أو عمّة، أو خالة... الحديث^(١) وقال في الثانية: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يقول لامرأته: أنت علي كظهر عمته أو خالته، قال: هو الظهار، الحديث^(٢)) {الدالتان عليه صريحاً، ولا شاهد للتخصيص بالأم النسبية في قوله تعالى: ﴿مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ﴾ لأنه لا ينفي غير الأم} حيث إن إثبات الشيء لا يستلزم نفي ما عداه {ونحن نثبت غيرها بالأخبار الصحيحة، لا بالآية، ولا في صحيحة سيف التمار عن الصادق عليه السلام قال: (قلت له: الرجل يقول: لامرأته أنت علي كظهر أختي، أو عمتي، أو خالتي، قال: فقال: إنما ذكر الله تعالى الأمهات وأن هذا الحرام)^(٣)؛ لأن عدم ذكره لغيرهن لا يدل على الاختصاص، ولا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، أو الخطاب؛ لأنه عليه السلام أجاب بالتحريم، ولعل السائل استفاد مقصوده منه؛ إذ ليس في السؤال ما يدل على موضع حاجته}.

{ومستند عمومه في الثاني قوله صلى الله عليه وآله: (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)^(٤) وقول الباقر عليه السلام في صحيحة زرارة: (هو من كل ذي محرم من أم، أو أخت، أو عمّة، أو خالة الحديث)^(٥) وكل من ألفاظ العموم يشمل المحرمة رضاعاً، ومن في الخبر تعليلية مثلها في قوله تعالى: ﴿مِمَّا خَطِيئَاتِهِمْ أُغْرِقُوا فَأَذْخَلُوا نَارًا﴾^(٦) وقوله: يغضى من مهابته، أو بمعنى الباء مثلها في قوله تعالى: ﴿يَنْظُرُونَ مِنْ طَرْفٍ خَفِيٍّ﴾^(٧) والتقدير يحرم لأجل

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤) الظهار، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤) الظهار، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤) الظهار، ح ٣.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (١) الظهار، ح ١.

(٥) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤) الظهار، ح ١.

(٦) سورة نوح، آية (٢٥).

(٧) سورة الشورى، آية (٤٥).

الرضاع، أو بسببه، ما يحرم لأجل النسب، أو بسببه، والتحريم في الظهار بسبب النسب ثابت في الجملة إجماعاً فيثبت بسبب الرضاع كذلك، وحينئذٍ فيندفع ما قيل: من أن الظهار سببه التشبيه بالنسب، لا نفس النسب، فلا يلزم من كون التشبيه بالنسب سبباً في التحريم كون التشبيه بالرضاع سبباً فيه، لما قد عرفت من الملازمة {بينهما في الحكم} ويمكن أن ينه بالأشهر على {قول {ثالث وهو: اختصاص التشبيه بمن ذكر، وهو محرمات النسب والرضاع، دون غيرهن، لتخرج المحرمات مؤبداً بالمصاهرة، فقد قيل} والقائل العلامة في المختلف {بوقوعه بالتشبيه بهن، للاشتراك في العلة، وهي التحريم المؤبد، ولعموم قوله عليه السلام} في صحيح زرارة قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الظهار؟ فقال: {هو من كل ذي محرم)، ولا ينافيه قوله عليه السلام بعد ذلك: (من أم، أو أخت، أو عمة)^(١) لأن ذكرهن للمثال، لا للحصر؛ إذ المحرم النسبي أيضاً غير منحصر فيهن، ولم يقل أحد باختصاص الحكم بالثلاثة {الواردة في الصحيح المتقدم فقط} لكن المشهور عدم وقوعه متعلقاً بهن {استصحاباً لحكم الزوجية، وأصالة عدم الحرمة، لاختصاص ظاهر الأدلة من الكتاب والسنة بالمحرمات النسبيات، والرضاعيات.

[ولا اعتبار بغير لفظ الظهر] {من أجزاء البدن كقوله: أنت علي كبطن أمي، أو يدها، أو رجلها، أو فرجها} فعن المرتضى في الانتصار: أنه مما انفردت به الإمامية، وقد تبعه جمع من المتأخرين {لأصالة الإباحة} السالمة عن المعارض {وعدم التحريم بشيء من الأقوال إلا ما أخرجه الدليل، ولدلالة الآية} في قوله عز وجل ﴿وَالَّذِينَ

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤) الظهار، ح ١.

يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ»^(١) حيث إن سبب نزولها قول أوس بن الصامت لزوجته: أنت علي كظهر أمي، كما تضمنه ذيل صحيح حمران المتقدم {والرواية} وهما صحيحتا زرارة وجميل المتقدمتان {على الظهر؛ ولأنه مشتق منه فلا يصدق} المشتق {بدونه}.

{وقيل} والقائل الصدوق في المقنع وابنا البراح وحمة والشيخ في الخلاف مدعيًا عليه الإجماع {يقع بجميع ذلك استناداً إلى رواية ضعيفة} عن سدير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قلت له الرجل يقول لامرأته: أنت علي كشعر أمي، أو ككفها، أو كبطنها، أو كرجلها، قال: ما عني به؟ إن أراد به الظهار فهو الظهار)^(٢) ونحوه مرسل يونس* وسبب ضعف الأول اشتماله على غياث وهو بتري، وعلى محمد بن سليمان وكليهما إما ضعيف في نفسه، أو مشترك بين الثقة والضعيف، والنتيجة تتبع أحسن المقدمات، والثاني إرساله، لكن قد يشكل ما ذكر: بانجبارهما بما تقدم.

{ولو علقه بما يشمل الظهر كالبدن والجسم فالوجهان} من عدم الوقوع، لما تقدم، والوقوع، بل {وأولى بالوقوع} لدلالته عليه بالفحوى، لاشتماله على الظهر وزيادة، ويشكل: بأن المانع اشترط صدق المشتق منه حال صدق المشتق، والظاهر عدم صدق الظهر ولو تلفظ بما يشمل.

[ولا التشبيه بالأب] وغيره من المحارم كالأخ والعم والخال {وإن عين ظهره} بلا خلاف أجده، كذا في الجواهر، بل في المسالك: هو محل وفاق، ولأصالة الإباحة إلا ما أخرجه الدليل وهذا ليس منه، مضافاً إلى أن الرجل غير قابل للاستمتاع

(١) سورة المجادلة، آية (٣).

(٢) سورة المجادلة، آية (٣).

★ الوسائل، ج ٢٢، باب (٩) الظهار، ح ١.

مطلقاً، وليس محلاً للاستحلال ليأتي ما يحرمه [أو الأجنبية] {وإن شاركا في التحريم} اتفاقاً، ولأصالة الإباحة إلا ما أخرجه الدليل، وليس هذا منه [أو أخت الزوجة] وغير من يكون تحريمها بالجمع كابنتي الأخت والأخ {لأن تحريمها غير مؤبد} فحالتها حال الأجنبية بالاتفاق.

{ويفهم من تخصيصها بالذكر من بين المحرمات بالمصاهرة الميل إلى التحريم بهن} لكنه خلاف التحقيق، لانصراف الحكم بالتشبيه إلى المحرمات بالنسب والرضاع فقط {وإلا لكان التمثيل بمن حرم منهن مؤبداً} كأم الزوجة والريبة المدخول بأمها وغيرهما {أولى} لأن تحريمهن مؤبد.

[أو مظاهرتها منه] {لأصالة عدم التحريم في ذلك كله، وكون التحريم حكماً شرعياً يقف على مورده} وهو الرجل كالطلاق إجماعاً، كذا في الجواهر.

[ولا يقع إلا منجزاً] {غير معلق على شرط، ولا صفة كقدوم زيد، وطلوع الشمس} كما هو مذهب المرتضى وبني زهرة والبراج وسعيد وإدريس، بل عن الغنية والسرائر الإجماع عليه، لمعلومية منافية التعليق لإنشاء العقد والإيقاع {كما لا يقع الطلاق معلقاً إجماعاً، وإنما كان مثله، لقول الصادق عليه السلام} {في مرسل ابن فضال} {لا يكون الظهار إلا على مثل موقع الطلاق} ^(١) ولرواية القاسم بن محمد الزيات {الضعيفة عند كلا المصنفين} قال: (قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: إني ظاهرت من امرأتي، فقال: كيف قلت؟ قال: قلت: أنت علي كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا، فقال: لا شيء عليك، ولا تعد) ^(٢) ومثله روى ابن بكير عن أبي الحسن عليه السلام ^(٣).

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢) الظهار، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٦) الظهار، ح ٤.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٦) الظهار، ح ٣.

[وقيل] {والقائل الشيخ وجماعة} [يصح تعليقه على الشرط] {وهو ما يجوز وقوعه في الحال وعدمه كدخول الدار} [لا على الصفة] {وهي ما لا يقع في الحال قطعاً، بل في المستقبل، كانقضاء الشهر} [وهو قوي] {لصحيحة حريز عن الصادق عليه السلام قال: (الظهار ظهاران فأحدهما أن يقول: أنت علي كظهر أمي ثم يسكت، فذلك الذي يكفر قبل أن يواقع، فإذا قال: أنت علي كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا، وفعل وجبت عليه الكفارة حين يحنث)^(١) وقريب منها صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام فخرج الشرط عن المنع بهما، وبقي غيره على أصل المنع}.

{وأما أخبار المنع من التعليق مطلقاً على الصفة أو الشرط {فضعيفة جداً، لا تعارض الصحيح، مع إمكان حملها على اختلال بعض الشروط غير الصيغة، كسماع الشاهدين فإنه لو لم يكن ظاهراً} وهو غير ظاهر {لوجب} الحمل المذكور بناء على قاعدة الشيخ: من أن الجمع مهما أمكن أولى من الطرح {جمعاً بينهما لو اعتبرت} لكنها غير معتبرة، والجمع فرع التعارض والتكافؤ والمفروض عدم الأخير فلا وجه للحمل المذكور.

[والأقرب صحة توقيته بمدة] كما هو مذهب ابن الجنيد والعلامة في المختلف {كأن يقول: أنت علي كظهر أمي إلى ستة أشهر مثلاً، لعموم الآيات} كقوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾^(٢) فهو شامل للموقت وغيره {والروايات} كصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألته عن الظهار فقال: هو من كل ذي محرم... الحديث)^(٣) {ولأن الظهار كاليمين القابلة للاقتران بالمدة، وللأصل} الذي

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٦) الظهار، ح ٧.

(٢) سورة المجادلة، آية (٣).

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤) الظهار، ح ١.

هو عدم اشتراط التأييد {ولحديث سلمة بن قيس بن صخر: أنه ظاهر من امرأته إلى سلخ رمضان وأقره النبي ﷺ وأمره بالتكفير والمواقعة قبله^(١) وإقراره حجة كفعله وقوله ﷺ}.

{وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط وابنا البراج وإدريس {لا يقع مطلقاً} سواء كان التوقيت بثلاثة أشهر أم لا، في قبال التفصيل الآتي {لأن الله تعالى علق حل الوطء في كل المظاهرين بالتكفير} في قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَا﴾^(٢) {ولو وقع مؤقتاً أفضى إلى الحل بغيره، واللازم} وهو الإفضاء إلى الحل بغير التكفير {كالملزوم} وهو الظهار الموقت {في البطلان، وربما فرق بين المدة الزائدة على ثلاثة أشهر، وغيرها، لعدم المطالبة بالوطء قبلها، وهي من لوازم وقوعه، وهو غير كافٍ في تخصيص العموم} وللتأمل فيما ذكره مجال واسع ليس هنا محل ذكره؛ لأنه خروج عن وضع الكتاب.

[ولابد من حضور عدلين] {يسمعان الصيغة كالطلاق} بلا خلاف أجده نصاً وفتوى، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح حران - في حديث - قال: (قال أبو جعفر عليه السلام: لا يكون ظهار في يمين، ولا في إضرار، ولا في غضب، ولا يكون ظهاراً إلا في طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين)^(٣) ونحوه غيره {فلو ظاهر ولم يسمعه الشاهدان وقع لاغياً} لأن المشروط عدم عند عدم شرطه.

[وكونها طاهراً من الحيض والنفاس] {مع حضور الزوج، أو حكمه، وعدم الحبل كالطلاق} بلا خلاف أجده بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر،

(١) مستدرك الوسائل، باب (١) الظهار، ح ٤.

(٢) سورة المجادلة، آية (٣).

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢) الظهار، ح ١.

وللصحيح المتقدم وغيره {وكان عليه أن ينبه عليه ولعله أهمله لظهور أن هذه شرائط الطلاق} مع الإجماع على أن شرائطه شرائطه.

[وأن لا يكون قد قربها في ذلك الطهر] {مع حضوره أيضاً كما سبق} في كتاب الطلاق {فلو غاب وظن انتقالها منه إلى غيره وقع منه مطلقاً} سواء صادف الطهر أم لا.

[وأن يكون المظاهر كاملاً] {بالبلوغ والعقل} [قاصداً] {فلا يقع ظهار الصبي، والمجنون، وفاقد القصد بالإكراه والسكر والإغماء والغضب إن اتفق} بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولعموم الأدلة الشاملة لما ذكر، وخصوص موثق عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق، ولا ظهار إلا ما أريد به الظهار)^(١).

[ويصح من الكافر] {على أصح القولين} وفاقاً للأكثر نقلاً إن لم يكن تحصيلاً، كذا في الجواهر {للأصل} الذي هو عدم اشتراط الإسلام في المظاهر {والعموم} في قوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾^(٢) {وعدم المانع؛ إذ ليس} هو {عبادة} يمتنع وقوعها منه.

{ومنع الشيخ} في المبسوط والخلاف قال: والظهار لا يقع من الكفار عندنا. وهو مشعر بدعوى الإجماع، وتبعه الإسكافي والقاضي {لأنه لا يقر بالشرع، والظهار حكم شرعي؛ ولأنه لا تصح منه الكفارة، لا اشتراط نية القرية فيها، فتمتنع منه الفئة، وهي من لوازم وقوعه} لقوله عز وجل: ﴿نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣) الظهار، ح ١.

(٢) سورة المجادلة، آية (٣).

رَقَبَةٍ ﴿١﴾ {ويضعف: بأنه من قبيل الأسباب، وهي لا تتوقف على اعتقادها، والتمكن من التكفير متحقق بتقديمه الإسلام؛ لأنه قادر عليه ولو لم يقدر على العبادات، لامتنع تكليفه بها عندنا، وإنما تقع منه باطلة لفقد شرط مقدور} عليه بإسلامه المتمكن منه عقلاً وعرفاً.

[والأقرب صحته بملك اليمين] {ولو مدبرة، أو أم ولد} عندنا، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر {لدخولها في عموم (والذين يظاهرون من نسائهم) (٢)} كدخولها في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ (٣) فحرمت أم الموطوءة بالملك، ولصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: (وسألت عن الظهار على الحرية والأمة، فقال: نعم) (٤) وهي تشمل الموطوءة بالملك والزوجية}.

{وذهب جماعة} وهم بنو ابن أبي عقيل وحمزة والبراج وإدريس والشيخ المفيد وأبو الصلاح وسلاح {إلى عدم وقوعه على ما لا يقع عليه الطلاق؛ لأن المفهوم} انصرافاً {من النساء الزوجة، ولورود السبب فيها، ولرواية حمزة بن حمران عن الصادق عليه السلام (فيمن يظاهر أمته، قال: يأتيها وليس عليه شيء) (٥)؛ ولأن الظهار كان في الجاهلية طلاقاً وهو لا يقع بها، وللأصل} وهو عدم الحرمة مع الشك فيها {ويضعف: بمنع الحمل على الزوجة، وقد سلف} دخولها في قوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ (٦) {والسبب لا يخصص وقد حقق في الأصول} أن المورد لا يخصص

(١) سورة المجادلة، آية (٣).

(٢) سورة المجادلة، آية (٣).

(٣) سورة النساء، آية (٢٣).

(٤) الوسائل، ج ٢٢، باب (١١) الظهار، ح ٢.

(٥) الوسائل، ج ٢٢، باب (١١) الظهار، ح ٦.

(٦) سورة النساء، آية (٢٣).

الوارد {والرواية ضعيفة السند} عنده؛ لأنها من الموثق - وهي وإن كانت حجة على التحقيق - لكنها غير قابلة لمعارضة ما سبق من الأدلة على الوقوع، لكثرتها وصحتها {وفعل الجاهلية لا حجة فيه، وقد نقل أنهم كانوا يظاهرون من الأمة أيضاً، والأصل} المدعى جريانه {قد اندفع بالدليل}.

{وهل يشترط كونها مدخولاً بها؟ قيل} والقائل المفيد والمرضى وسلار وابنا زهرة وإدريس {لا، للأصل} وهو عدم الاشتراط {والعموم} المستفاد من قوله ع: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾^(١) الشامل للمدخول بها وغيرها [والمروي] {صحيحاً} [اشتراط الدخول] {روى محمد بن مسلم - في الصحيح - عن أحدهما عليه السلام} قال: (لا يكون ظهاراً، ولا إيلاءً حتى يدخل بها)^(٢) وفي صحيحة الفضيل بن يسار أن الصادق عليه السلام قال: (لا يكون ظهاراً، ولا إيلاءً حتى يدخل بها)^(٣) وهذا هو الأصح {وفاقاً للصدوق والشيخ وأكثر المتأخرين، كذا في المسالك} وهو مخصص للعموم، بناءً على أن خبر الواحد حجة ويخصص عموم الكتاب {كما عليه جل المحققين [و] عليه [يكفي الدبر]} لصدق الوطاء به كالقبل {كما هو المشهور شهرة عظيمة، كما صرحت به بعض النصوص المتقدمة في كتاب الطهارة}.

{ويقع الظهار بالرتقاء والقرناء والمريضة التي لا توطأ} {كذا ذكره المصنف وجماعة، وهو ينم على عدم اشتراط الدخول} لصدق عنوان النساء عليهن {أما عليه فلا، لإطلاق النص باشتراطه من غير فرق بين من يمكن ذلك في حقها بالنظر إليه وإليها، ولكن ذكر ذلك من اشترط الدخول كالمصنف، ومن توقف} في الاشتراط

(١) سورة المجادلة، آية (٣).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٨) الظهار، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٨) الظهار، ح ١.

{كالعلامة والمحقق، ويمكن أن يكون قول المصنف - هنا - من هذا القبيل، وكيف كان فبناء الحكم على اشتراط الدخول غير واضح} ويشكل: بوضوح ظهوره حيث يمكن أن يكون الدخول قد حصل قبل الرتق، والقرن، والمرض، أو كان في الدبر الذي اكتفى به الشارح، ومنه تعرف التأمل في قوله {والقول بأنه إنما يشترط حيث يمكن تحكم، ومثله حكمهم بوقوعه من الخصي والمجبوب حيث يمتنع الوطء منهما} حال الظهار، ولكن يمكن أن يقع منها قبله، ولو بدخول مقدار الحشفة الذي يمكن تحقيقه منها ولو بتكلف، ومعه فلا تحكم في حكمهم، فتدبر ولاحظ.

[وتجب الكفارة بالعود وهي] {أنث الضمير، لتوسطه بين مذكر ومؤنث أحدهما مفسر للآخر قاعدة مطردة، أي المراد من العود} {إرادة الوطء} ويظهر من التبيان ومجمع البيان وغيرهما الإتفاق عليه، ولصحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (سألناه عن الظهار، متى يقع على صاحبه الكفارة؟ قال: إذا أراد أن يواقع امرأته، قلت: فإن طلقها قبل أن يواقعها أعليه كفارة؟ قال: لا، سقطت عنه الكفارة)^(١) ونحوه غيره {لا بمعنى وجوبها مستقراً بإرادته، بل} [بمعنى تحريم وطئها حتى يكفر] {فلو عزم ولم يكفر ثم بدا له في ذلك، فطلقها سقطت عنه الكفارة} كما هو ظاهر الصحيح المتقدم وغيره.

{ورجح في التحرير استقرارها به، محتجاً بدلالة الآية وهي قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾^(٢) عليه، وفي الدلالة عليه نظر؛ وإنما ظاهرها وجوبها بالعود قبل أن يتامسا، لا مطلقاً} ولو لم يرد العود، بل هي مشروطة بإرادته {وإنما

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٠) الظهار، ح ٤.

(٢) سورة المجادلة، آية (٤).

يحرم الوطء عليه به، إلا أن تكون معاونة له على الإثم فيحرم لذلك، لا للظهار، فلو تشبهت عليه على وجه لا يحرم عليه، أو استدخلته وهو نائم لم يحرم عليها، لثبوت الحل لها قبله، والأصل { وهو الاستصحاب {بقاؤه} .

{ويفهم من قوله: بمعنى تحريم وطئها حتى يكفر؛ أن غير الوطء من ضروب الاستمتاع لا يحرم عليه، وهو أحد القولين في المسألة} كما عن المشهور، كذا في الجواهر {لظاهر قوله تعالى: ﴿مَنْ قَبِلَ أَنْ يَتَّسَا﴾^(١) إذ الظاهر منه الوطء كما في قوله تعالى: ﴿مِنْ قَبِلَ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾^(٢) وإن كان بحسب اللغة أعم منه؛ حذراً من الاشتراك { لأن الأصل عدمه {ولا يرد استلزامه النقل} لاحتياجه إلى وضع جديد، والأصل عدمه {والاشتراك خير منه} لعدم الإعراض فيه عن المعنى الأول، بخلاف النقل لاستلزامه الإعراض عنه {لأننا نجعله متواطئاً على معنى يشترك فيه كثير: وهو تلاقي الأبدان مطلقاً} بوطء وغيره {وإطلاقه على الوطء استعمال للفظ في بعض أفراده} وجزئي من جزئياته واستعماله كذلك يكون استعمالاً حقيقياً {وهو أولى منها ومن المجاز أيضاً، ومنه يظهر جواب ما احتج به الشيخ} وتبعه العلامة وجمع ممن تأخر عنه {على تحريم الجميع استناداً إلى إطلاق المسيس، وأما الاستناد إلى تنزيلها منزلة المحرمة أبداً، فهو مصادرة} لأنه عين المتنازع فيه.

{هذا كله إذا كان الظهار مطلقاً} غير معلق على شرط أو صفة {أما لو كان مشروطاً} كما دلت عليه النصوص {لم يحرم حتى يقع الشرط} لأن المشروط عدم عند عدم شرطه {سواء كان اشترط الوطء أم غيره، ثم إن كان هو الوطء تحقق

(١) سورة المجادلة، آية (٤).

(٢) سورة البقرة، آية (٢٣٧).

بالنزع، فتحرم المعاودة قبلها، ولا تجب قبله وإن طالت مدته على أصح القولين، حملاً على المتعارف}.

[ولو وطأ قبل التكفير عامداً] {حيث يتحقق التحريم} {فكفارتان} {إحداهما للوطء، والأخرى للظهار، وهي الواجبة بالعزم} على الوطء، بلا خلاف يعتد به أجده فيه، كذا في الجواهر، بل عن الانتصار والخلاف والسرائر والغنية وظاهر المبسوط والتبيان الإجماع عليه، ولصحيح أبي بصير (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: متى تجب الكفارة على المظاهر؟ قال: إذا أراد أن يواقع، قال: قلت: فإن واقع قبل أن يكفر؟ قال: عليه كفارة أخرى)^(١) ونحوه غيره.

{ولا شيء على الناسي} لقبح تكليفه، ولحديث الرفع {وفي الجاهل وجهان: من أنه عامد} فيجب عليه التكفير، ويشكل: بمخالفته لصريح حديث الرفع {وعذره في كثير من نظائره} لحديث الرفع وغيره.

[ولو كرر الوطء] {قبل التكفير عن الظهار وإن كان قد كفر عن الأول} [تكررت الواحدة] {وهي التي وجبت للوطء} وفاقاً للمشهور، بل لا خلاف معتد به أجده فيه، كذا في الجواهر، ولصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: (إذا واقع المرة الثانية قبل أن يكفر فعليه كفارة أخرى، ليس في هذا اختلاف)^(٢) {دون كفارة الظهار، فيجب عليه ثلاث للوطء الثاني، وأربع للثالث، وهكذا} لصدق الوطء قبل التكفير على كل منها، وقد عرفت ظهور الأدلة في كونه سبباً للتكفير،

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٥) الظهار، ح ٦.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٥) الظهار، ح ١.

والأصل عدم التداخل {ويتحقق تكراره بالعود بعد النزاع التام} لصدقه به [وكفارة الظهار بحالها] {لا تتكرر بتكرر الوطء}.

[ولو طلقها طلاقاً بائناً، أو رجعيًا وانقضت العدة حلت له من غير تكفير] وفاقاً للمشهور، كذا في الجواهر، ولأصالة البراءة من الكفارة، و{لرواية بريد العجلي} الصحيحة قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها تطليقة؟ فقال: إذا طلقها تطليقة فقد بطل الظهار وهدم الطلاق الظهار، قلت: أفله أن يراجعها؟ قال: نعم هي امرأته، فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماسا، قلت: فإن تركها حتى يحل أجلها، وتملك نفسها، وتزوجها بعد هل يلزمه الظهار قبل أن يمسه؟ قال: لا، قد بانت منه وملكت نفسها، الحديث^(١)) {وغيره} وهو صحيح يزيد الكناسي {ولصيرورته بذلك كالأجنبي، واستباحة الوطء ليس بالعقد الذي لحقه التحريم} بل بالعقد الجديد {وروي أن ذلك لا يسقطها} في خبر علي بن جعفر (أنه سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها بعد ذلك بشهر أو شهرين، فتزوجت ثم طلقها الذي تزوجها، فراجعها الأول، هل عليه الكفارة للظهار الأول؟ قال: نعم، عتق رقبة، أو صيام، أو صدقة^(٢)) {وحملت على الاستحباب} وحملها الشيخ على التقية؛ لأنه مذهب قوم من المخالفين.

{ولو راجع في الرجعية عاد التحريم قطعاً} لأنها حينئذٍ بحكم الزوجة، كما هو صريح كثير من النصوص المتقدمة في ذلك [وكذا لو ظاهر من أمة] {هي زوجته} [ثم اشتراها] {من مولاها} بلا خلاف فيه {لاستباحتها حينئذٍ بالملك، وبطلان حكم

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٠) الظهار، ح ٢، برواية الصدوق.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٠) الظهار، ح ٩.

العقد { هنا { كما بطل حكم } العقد { السابق في } الفرع { السابق، وكذا يسقط حكم الظهار لو اشتراها غيره وفسخ العقد، ثم تزوجها المظاهر بعقد جديد { لسقوط حكم العقد الأول الذي وقع فيه الظهار.

[ويجب تقديم الكفارة على المسيس] { لقوله تعالى: ﴿مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتِمَّ سَأًا﴾^(١) } وللنصوص الصحيحة المتقدم بعضها، وإجماعاً من المسلمين، كما عن غير واحد [ولو ماطل] { بالعود، أو التكفير } [رافعته إلى الحاكم فينظره ثلاثة أشهر] { من حين المرافعة } [حتى يكفر ويفيء] { أي يرجع عن الظهار مقدماً للرجعة } وهي العزم على الوطء { على الكفارة، كما مر } [أو يطلق ويحبره على ذلك بعدها] { أي بعد المدة } [لو امتنع] { فإن لم يختار أحدهما ضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يختار أحدهما، ولا يجبر على أحدهما عيناً، ولا يطلق عنه } لأنه ليس له ذلك { كما لا يعترضه لو صبرت } الزوجة ولم ترفع أمرها إلى الحاكم، كل ذلك مما لا خلاف فيه، بل في الرياض: ظاهر جماعة الإجماع عليه، ولموثق أبي بصير قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته قال: إن أتاه فعليته عتق رقبته، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً، وإلا ترك ثلاثة أشهر فإن فاء، وإلا أوقف حتى يسأل هل لك في امرأتك حاجة أو تطلقها؟ فإن فاء فليس عليه شيء وهي امرأته، وإن طلق واحدة فهو أملك برجعته)^(٢) والموثق حجة كالصحيح، مضافاً إليه عمل الأصحاب.

(١) سورة المجادلة، آية (٤).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٨) الظهار، ح ١.

كتاب الإيلاء

[كتاب الإيلاء]

{وهو} لغة {مصدر آلى يولي إذا حلف مطلقاً} على فعل شيء، أو تركه [و] {شرعاً} [هو الحلف على ترك وطء الزوجة الدائمة] {المدخول بها قبلاً أو مطلقاً} قبلاً ودبراً [أبداً] في كل زمان [أو مطلقاً] {من غير تقييد بزمان} [أو زيادة على أربعة أشهر، للإضرار بها] كما ذكره غير واحد، مرسلين له إرسال المسلمات، وقد كان طلاقاً في الجاهلية كالظهار، فغيّره الشارع الأقدس وجعل له أحكاماً وشرائط خاصة، فإن اجتمعت شرائطه، وإلاّ {فهو جزئي من جزئيات الإيلاء الكلي، أطلق عليه، والحلف فيه كالجنس يشمل الإيلاء الشرعي وغيره، والمراد الحلف بالله تعالى كما سيأتي}.

{وتقييده بترك وطء الزوجة يخرج اليمين على غيره} من الاستمتاعا كالتقبيل والتفخيذ ونحوهما {فإنه لا يلحقه أحكام الإيلاء الخاصة به، بل حكم مطلق اليمين} بلا خلاف ولا إشكال {وإطلاق الزوجة يشمل الحرة والأمة المسلمة، والكافرة، وخرج بها الحلف على ترك الأمة الموطوءة بالملك، وبتقييدها بالدائمة، المتمتع بها فإن الحلف على ترك وطئها لا يعد إيلاءً، بل يمينا مطلقاً فيتبع الأولى في الدين، أو الدنيا، فإن تساويا انعقد يمينا يلزمه حكمه، وكذا الحلف على ترك وطء الدائمة مدة لا تزيد عن أربعة أشهر} فإنه ليس بإيلاء، بل هو يمين مطلق يلحقه حكمه.

{وزدنا في التعريف قيد المدخول بها، لما هو المشهور بن الأصحاب من اشتراطه من غير نقل خلاف فيه، وقد اعترف المصنف في بعض تحقیقاته بعدم وقوفه على خلاف فيه، والأخبار الصحيحة مصرحة باشتراطه فيه، وفي الظهار {كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: (في المرأة التي لم يدخل بها زوجها، قال: لا يقع عليها إيلاء ولا ظهار)^(١) ونحوه غيره {وقد تقدم بعضها} في كتاب الظهار {وقيد قبل، أو مطلقاً احترازاً عما لو حلف على ترك وطئها دبراً فإنه لا ينعقد إيلاء} لأن من حقها الوطء قبلاً كل أربعة أشهر، فالحلف على ترك وطئها كذلك لا ينافي حقها أبداً، بل قد يكون راجحاً شرعاً، لكرهته الشديدة على الأقوى، والحلف على ترك المكروه راجح شرعاً {كما لا تحصل به الفئة} اتفاقاً.

{واعلم أن كل موضع لا ينعقد إيلاء مع اجتماع شرائط اليمين يكون يميناً، والفرق بين اليمين والإيلاء - مع اشتراكهما في أصل الحلف والكفارة الخاصة - جواز مخالفة اليمين في الإيلاء، بل وجوبها على وجه مع الكفارة، دون اليمين المطلقة} فتحرّم بمخالفتها مطلقاً، مع وجوب كفارة الحنث {وعدم اشتراط انعقاده مع تعلقه بالمباح بأولويته ديناً، أو دنياً، أو تساوي طرفيه، بخلاف اليمين} حيث يشترط فيها ذلك، كما تقدم في بابه {واشتراطه بالإضرار بالزوجة كما علم من تعريفه، فلو حلف على ترك وطئها لمصلحتها، كإصلاح لبنها، أو كونها مريضة} يضرها الوطء {كان يميناً، لا إيلاء} بلا خلاف فيه ولا إشكال، ولموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال: يا أمير المؤمنين إن امرأتی أرضعت

(١) الوسائل، ج٢٢، باب (٨) الظهار، ح ٢.

غلاماً، وإني قلت: والله لا أقربك حتى تفتطميه، فقال: ليس في الإصلاح إيلاء^(١) {واشترطه بدوام عقد الزوجة دون مطلق اليمين، وانحلال اليمين على ترك وطئها بالوطء دبراً مع الكفارة، دون الإيلاء، إلى غير ذلك من الأحكام المختصة بالإيلاء المذكورة في بابه}.

[ولا ينعقد الإيلاء] {كمطلق اليمين} [إلا باسم الله تعالى] {المختص به، أو الغالب كما سبق تحقيقه في اليمين، لا بغيره من الأسماء، وإن كانت معظمة} بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر، ولأصالة عدم الانعقاد، و {لأنه حلف خاص، وقد قال ﷺ: { (ومن كان حالفاً فليحلف بالله تعالى، أو فليصمت)^(٢) } وخصوص صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث إلى أن قال -: (وقال ﷺ: أيما رجل آلى من امرأته - والإيلاء أن يقول: والله لا أجامعك كذا وكذا، والله لأغيضنك، ثم يغاضبها - فإنه يتربص به أربعة أشهر... الحديث)^(٣) ونحوه غيره {ولا تكفي نيته، بل يعتبر كونه} [متلفظاً به] {ولا يختص بلغة، بل ينعقد} [بالعربية وغيرها] {لصدقه عرفاً بأي لسان اتفق} من غير خلاف يعرف فيه، بل عن جمع الاتفاق عليه.

[ولابد في المحلوف عليه] {وهو الجماع في القبل} دون غيره [من اللفظ الصريح] {الدال عليه} [كإدخال الفرج في الفرج] {أو تغيب الحشفة فيه} [أو اللفظة المختصة بذلك] {لغة وعرفاً وهي مشهورة} ولو كانت باللهجة العامية [ولو تلفظ

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤) الإيلاء، ح ١.

(٢) السنن الكبرى، ج ١٠، ص (٥٠).

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (١) الإيلاء، ح ١.

بالجماع، أو الوطء وأراد الإيلاء صح] اتفاقاً {وإلا فلا} على الأشهر الأظهر {لاحتماهما إرادة غيره، فإنهما وضعا لغة لغيره، وإنما كني بهما عنه عدولاً عما يستهجن إلى بعض لوازمه ثم اشتهر فيه عرفاً فوق به مع قصده}.

{والتحقيق أن القصد} للمعنى الموضوع له اللفظ تعيناً أو تعيناً {معتبر في جميع الألفاظ وإن كانت صريحة، فلا وجه لتخصيص اللفظين به، واشتراكها أو إطلاقهما لغة على غيره لا يضر مع إطباق العرف على انصرافهما إليه} وإن لم يقصد بهما الإيلاء تفصيلاً {وقد روى أبو بصير - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام قال: (سألته عن الإيلاء ما هو؟ قال: هو أن يقول الرجل لامرأته: والله لا أجامعك كذا وكذا، الحديث)^(١) ولم يقيده بالقصد فإنه معتبر مطلقاً} وإن لم يكن بهذين اللفظين {بل أجاب به في جواب (ما هو) المحمول على نفس الماهية، فيكون حقيقة الإيلاء، ودخول غيره من الألفاظ الصريحة حيثئذ بطريق أولى} لأن ما ذكر في الجواب ليس بصراحة ما ذكر من الألفاظ المستهجن بعضها حتى عند العرف {فلا ينافيه خروجها عن الماهية المجاب بها}.

{نعم يستفاد منه أنه لا يقع بمثل المباشعة، والملازمة، والمباشرة التي يعبر بها عنه كثيراً وإن قصده، لاشتتار اشتراكها، خلافاً لجماعة حيث حكموا بوقوعه بها، نعم لو تحقق في العرف انصرافها أو بعضها إليه} كما هو الأقرب {وقع به}.

{ويمكن أن تكون فائدة تقييده بالإرادة: أنه لا يقع عليه ظاهراً بمجرد سماعه موقعاً للصيغة بهما، بل يرجع إليه في قصده، فإن اعترف بإرادته حكم عليه به، وإن

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٩) الإيلاء، ح ١.

ادعى عدمه قُبَل، بخلاف ما لو سمع منه الصيغة الصريحة فإنه لا يقبل منه دعوى عدم القصد، عملاً بالظاهر من حال العاقل المختار، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيرجع إلى نيته {.

[ولو كنى بقوله: لا جمع رأسي ورأسك مخدة] {واحدة} [أو لا ساقفتك] {بمعنى لا جمعني وإياك سقف} واحد [وقصد الإيلاء] {أي الحلف على ترك وطئها} [حكم الشيخ] في المبسوط {والعلامة في المختلف} والتحرير والتلخيص، وتبعهما جمع من المتأخرين [بالوقوع] {لأنه لفظ استعمل عرفاً فيما نواه، فيحمل عليه كغيره من الألفاظ، ولدلالة ظاهر الأخبار عليه حيث دلت على وقوعه بقوله: لأغضنك، فهذه أولى} لشيوع استعمالها في الجماع عرفاً، بخلاف الكناية الواردة في الخبر؛ فإنها لست بذلك الشيع في مقام التعبير عنه {وفي حسنة بريد عن الصادق عليه السلام أنه قال: (إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته، ولا يمسها، ولا يجمع رأسه ورأسها فهو في سعة ما لم تمض الأربعة أشهر)^(١).

{والأشهر عدم الوقوع} كما عليه الشيخ في الخلاف وابن إدريس والعلامة في غير ما ذكر من كتبه وغيرهم {لأصالة الحل، واحتمال الألفاظ لغيره احتمالاً ظاهراً فلا يزول الحل المتحقق بالمحتمل} فيستصحب المتيقن {والروايات ليست صريحة فيه، ويمكن كون الواو في الأخيرة للجمع} بين القرب وعدم المس، وعدم الجمع بين الرأسين {فيتعلق الإيلاء بالجميع، ولا يلزم تعلقه بكل واحد} ويشكل: بأنه خلاف الظاهر، وعليه فيقوى قول الشيخ بالوقوع مع قصده {واعلم أن اليمين

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٠) الإيلاء، ح ١.

في جميع هذه المواضع تقع على وفق ما قصده من مدلولاتها؛ لأن اليمين تتعين بالنية حيث تقع الألفاظ محتملة { لوجوه متعددة } فإن قصد بقوله: لا جمع رأسي ورأسك مخدة نومها مجتمعين عليها، انعقدت كذلك؛ حيث لا أولوية في خلافها { لاشتراط متعلقها بأنه غير مرجوح شرعاً } وإن قصد به الجماع، انعقد كذلك { يميناً على ترك الجماع } وكذا غيره من الألفاظ حيث لا يقع الإيلاء به { وقد عرفت ما فيه.

[ولابد من تجريده عن الشرط والصفة] { على أشهر القولين } كما عن الشيخ وبني حمزة وزهرة وإدريس وسعيد والمحقق والعلامة في أحد قولي { لأصالة عدم الوقوع في غير المتفق عليه، وهو المجرد عنهما، وقال الشيخ في المبسوط والعلامة في المختلف: يقع معلقاً، لعموم القرآن } في قوله ﷺ: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾^(١) { السالم عن المعارض } من النصوص؛ حيث إنها وردت في بيان صيغة الإيلاء، لا في مقام أنه لا يقع إلا منجزاً { والسلامة عزيزة } ولذا يقوى العمل بالعموم مع سلامته من المعارض.

[ولا يقع] عندنا يميناً فضلاً عن الإيلاء، كذا في الجواهر [لو جعله يميناً] { كأن يقول: إن فعلت كذا فوالله لا جامعتك، قاصداً تحقيق الفعل على تقدير المخالفة زجراً لها عن ما علقه عليه، وبهذا يمتاز عن الشرط مع اشتراكهما في مطلق التعليق، فإنه لا يريد من الشرط إلا مجرد التعليق { للإيلاء على مجرد وقوعه } لا الالتزام في المعلق عليه، ويتميزان أيضاً بأن الشرط أعم من فعلهما، واليمين لا تكون متعلقة إلا بفعلها { زجراً عن فعل المعلق عليه } أو فعله { كذلك } وعدم وقوعه يميناً بعد اعتبار تجريده

(١) سورة البقرة، آية (٢٢٦).

عن الشرط { اتفاقاً } واختصاص الحلف بالله تعالى واضح { مما سبق في كتاب الأيمان [أو حلف بالطلاق، أو العتاق] { بأن قال: إن وطأتك ففلانة - إحدى زوجاته - طالق، أو عبده حر؛ لأنه يمين بغير الله تعالى { وقد سبق أنه لا ينعقد إلا باسمه تعالى.

[ويشترط في المولي الكمال] { بالبلوغ والعقل } { والاختيار والقصد } { إلى مدلول لفظه } بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر؛ ولأنه نحو من الإيقاعات المشترطة شرعاً بما ذكر { فلا يقع من الصبي، والمجنون، والمكره، والساهي، والعاث به ونحوهم ممن لا يقصد الإيلاء }.

[ويجوز من العبد] { بدون إذن مولاه، اتفاقاً، حرة كانت زوجته أم أمة { أمة مولاه أم غيره، مع اشتراط رقية الولد أم عدمه، لعموم الكتاب والسنة } إذ لاحق لسيدته في وطئه لها، بل له الامتناع منه وإن أمره به { [و] { من الكافر } [الذمي] { لإمكان وقوعه منه حيث يقر بالله تعالى، ولا ينافيه وجوب الكفارة المتعذرة منه حال كفره، لإمكانها في الجملة، كما تقدم في الظهار، وكان ينبغي أن يكون فيه خلاف مثله، للاشتراك في العلة { وهي عدم صحة الكفارة منه { لكن لم ينقل هنا، ولا وجه للتقييد بالذمي، بل الضابط الكافر المقر بالله تعالى ليتمكن حلفه به { بل يمكن تعميمه حتى لمن لم يقر بالله عز وجل؛ لأنه مكلف بالفروع التي منها ترتب ذلك على الحلف بالله عز وجل من المقر وغيره، لعموم الكتاب؛ ولأنه لولا ذلك لم يتوجه اليمين عليه لو ادعى عليه وأنكر.

[وإذا تم الإيلاء] { بشرائطه } [فللزوجة المرافعة] { إلى الحاكم } { مع امتناعه عن الوطاء فينظره الحاكم أربعة أشهر] من حين المرافعة، لا من حين الإيلاء؛ لأن

الأربعة أشهر من حينه حق له، لصحيح بكير بن أعين وبريد بن معاوية عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام أنها قالوا: (إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول ولا حق في الأربعة أشهر، ولا إثم عليه في كفه عنها في الأربعة أشهر، فإن مضت الأربعة أشهر قبل أن يمسه فسكتت ورضيت، فهو في حل وسعة، فإن رفعت أمرها، قيل له: إما أن تفيء فتمسها، وإما أن تطلق، وعزم الطلاق أن يخلي عنها فإذا حاضت وطهرت طلقها وهو أحق برجعتهما، ما لم تمض ثلاثة قروء، فهذا الإيلاء الذي أنزله الله تعالى في كتابه وسنة رسوله ﷺ ونحوه غيره [ثم يجبره بعدها على الفقة] {وهي وطؤها قبلاً ولو بمسها: بأن تغيب الحشفة وإن لم ينزل مع القدرة، أو إظهار العزم عليه أول أوقات الإمكان مع العجز} لإطلاق المس في النص المتقدم وغيره [أو الطلاق] {فإن فعل أحدهما وإن كان الطلاق رجعيًا خرج من حقها، وإن امتنع منهما ضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يفعل أحدهما وروي} في خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام {أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يجسه في حظيرة من قصب، ويعطيه ربع قوته حتى يطلق} ^(٢) ونحوه غيره [ولا يجبره] {الحاكم} [على أحدهما عيناً] {ولا يطلق عنه، بل يخيره بينهما} كما قطع به الأصحاب؛ تبعاً لظاهر النصوص المتقدم بعضها، وللنبوي المشهور (الطلاق بيد من أخذ بالساق) ^(٣).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢) الإيلاء، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (١١) الإيلاء، ح ٣.

(٤) كنز العمال، ج ٩، ص (٦٤٠). ح ٢٧٧٧٠.

[ولو آلى مدة معينة] {تزيد عن الأربعة} أشهر [ودافع] {فلم يفعل أحد الأمرين} [حتى انقضت] {المدة} [سقط حكم الإيلاء] {لأنحلال اليمين بانقضاء مدته، ولم تلزمه الكفارة مع الوطء} لأنها إنما تجب مع الحنث باليمين، ولا يتحقق إلا مع الوطء فيها، سواء رافعته وألزمه الحاكم بأحد الأمرين أم لا {وإن أثم بالمرافعة} لعدم انصياعه لأمر الحاكم مع المرافعة، ولترك الواجب وهو الوطء كل أربعة أشهر.

[ولو اختلفا في انقضاء المدة] {المضروبة} [قدم قول مدعي البقاء] {مع يمينه، لأصالة عدم الانقضاء} [ولو اختلفا في زمان وقوع الإيلاء، حلف من يدعي تأخره] {لأصالة عدم التقدم، والمدعي للانقضاء في الأول هو الزوجة، لتطالبه بأحد الأمرين، ولا يتوجه كونها منه، أما الثاني فيمكن وقوعها من كل منهما، فتدعي هي تأخر زمانه إذا كان مقدراً بمدة لم تمض قبل المدة المضروبة فترافعه ليلزم بأحدهما، ويدعي الزوج تقدمه على وجه تنقضي مدته قبل المدة المضروبة، ليسلم من الإلزام بأحدهما، وقد يدعي تأخره على وجه لا تتم الأربعة المضروبة، لثلا يلزم إذا جعلنا مبدأها من حين الإيلاء، وتدعي هي تقدمه لتتم} دعواها في إلزامه بأحد الأمرين.

[ويصح الإيلاء من الخصي والمجبوب] {إذا بقي منه قدر يمكن معه الوطء إجماعاً} ولعموم الأدلة {ولو لم يبق ذلك فكذا} {يصح} {عند المصنف وجماعة} منهم الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع والعلامة في التحرير وغيرهم {لعموم الآيات، وإطلاق الروايات، والأقوى عدم الوقوع؛ لأن متعلق اليمين ممتنع، كما لو حلف أن لا يصعد إلى السماء؛ ولأن شرطه الإضرار بها} إجماعاً {وهو غير

متصور هنا { لارتفاع موضوعه [وفئته] {على تقدير وقوعه منه} [العزم على الوطء مظهراً له] {أي للعزم عليه} [معتذراً من عجزه] {وكذا فئة الصحيح} [لو انقضت المدة، وله مانع من الوطء] {عقلي كالمرض، أو شرعي كالحيض، أو عادي كالتعب، والجوع، والشبع} من غير خلاف في جميع ذلك، لعدم جواز تكليف العاجز، ومعدوريته في مثل هذه الأحوال.

[ومتى وطأ] {المولي} [لزمته الكفارة، سواء كان في مدة التربص] {أو قبلها لو جعلناها من حين المرافعة} [أو بعدها] {لتحقق الحنث في الجميع، وهو في غير الأخير} وهو ما بعد مدة التربص {موضع وفاق، ونفاها الشيخ في المبسوط، لأصالة البراءة، وأمره به المنافي للتحريم الموجب للكفارة، والأصح أنه كغيره، لما ذكر} من تحقق الحنث {ولقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةٌ أَيَّمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾^(١) ولم يفصل} بين المرجوح وغيره {ولقول الصادق عليه السلام} {في خبر منصور} {في من آلى من امرأته فمضت أربعة أشهر: (يوقف فإن عزم الطلاق بانت منه، وإلا كفر يمينه وأمسكها)^(٢)} ونحوه غيره.

[ومدة الإيلاء من حين الترافع] {في المشهور كالظهار؛ لأن ضرب المدة إلى الحاكم} لأنها حكم شرعي متوقف على حكمه {فلا يحكم بها قبلها؛ ولأنه حقها فيتوقف على مطالبتها، ولأصالة عدم التسلط على الزوج بحبس وغيره قبل تحقق السبب} الذي لا يعلم إلا بعد مضي المدة المضروبة من قبل الحاكم الشرعي.

(١) سورة المائدة، الآية (٨٩).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٢) الإيلاء، ح ٣.

{وقيل} والقائل ابنا أبي عقيل والجنيد والعلامة في المختلف و ولده في الإيضاح وغيرهم {من حين الإيلاء عملاً بظاهر الآية؛ حيث رتب التربص عليه من غير تعرض للمرافعة، وكذا الأخبار. وقد تقدم في الخبر السابق ما يدل عليه، وفي حسنة} بل صحيحة {يريد عن الصادق عليه السلام قال: (لا يكون إيلاء ما لم يمض أربعة أشهر، فإذا مضت وقف، فإذا أن يفىء، وإما أن يعزم على الطلاق)^(١) فعلى هذا لو لم ترافعه حتى انقضت المدة أمره بأحد الأمرين منجزاً} من غير مهلة ما.

[ويزول حكم الإيلاء بالطلاق البائن] {لخروجها عن حكم الزوجية} بلا إشكال، ولزوال العقد الذي تعلق به الحلف {والظاهر أن هذا الحكم ثابت وإن عقد عليها ثانياً في العدة؛ لأن العقد لم يرفع حكم الطلاق، بل أحدث نكاحاً جديداً كما لو وقع بعد العدة، بخلاف الرجعة في الرجعي} فلا يسقط حكم الإيلاء، لبقاء الزوجية؛ لأن المطلقة رجعية زوجة {ولو كان الطلاق رجعياً خرج من حقها} بالنسبة للوطء {لكن لا يزول حكم الإيلاء إلا بانقضاء العدة، فلو راجع فيها بقي التحريم} بالنسبة لوطئها.

{وهل يلزم حينئذٍ بأحد الأمرين بناءً على المدة السابقة أم يضرب له مدة ثانية، ثم يوقف بعد انقضائها؟ وجهان: من بطلان حكم الطلاق، وعود النكاح الأول بعينه} فتعود أحكامه ومن جملتها احتساب المدة السابقة {ومن ثم جاز طلاقها قبل الدخول، وكان الطلاق رجعياً بناءً على عود النكاح الأول، وأنها في حكم الزوجة. ومن سقوط الحكم عنه بالطلاق فيفتقر إلى حكم جديد، استصحاباً لما قد ثبت، وبهذا

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٠) الإيلاء، ح ١.

جزم في التحرير، ثم إن طلق وفي { لالتزامه بأحد الأمرين { وإن راجع ضربت له مدة أخرى وهكذا } .

[و] { كذا يزول حكم الإيلاء } [بشراء الأمة ثم عتقها] { وتزوجها بعده، لبطلان العقد الأول بشرائها } لأن البضع لا يتبعض { وتزويجها بعد العتق حكم جديد كتزويجها بعد الطلاق البائن } الثابت معه رفع حكم الإيلاء { بل أبعد } لكون رفعه أصبح بسببين الشراء والعتق، ولا يخفى كفاية أحدهما فاشترط الشارح التزويج بها لا موجب له { ولا فرق بين تزويجها بعد العتق، وتزويجها به جاعلاً له مهراً، لاتحاد العلة } وهي كون الحل بسبب غير السبب الأول { وهل يزول بمجرد شرائها من غير عتق؟ الظاهر ذلك، لبطلان العقد بالشراء، واستباحتها حيثئذٍ بالملك، وهو حكم جديد غير الأول، ولكن الأصحاب فرضوا المسألة كما هنا } .

{ نعم لو انعكس الفرض بأن: كان المولي عبداً فاشتريته الزوجة توقف حلها له على عتقه وتزويجه ثانياً، والظاهر بطلان الإيلاء هنا أيضاً بالشراء } لبطلان حكم النكاح السابق { وإن توقف حلها له على الأمرين، كما بطل بالطلاق البائن وإن لم يتزوجها، وتظهر الفائدة فيما لو وطأها بعد ذلك بشبهة أو حراماً فإنه لا كفارة إن أبطلناه بمجرد الملك والطلاق } كما هو الأظهر .

[ولا تتكرر الكفارة بتكرر اليمين] { سواء } [قصد التأكيد] { وهو تقوية الحكم السابق } [أو التأسيس] { وهو إحداث حكم آخر، أو أطلق } ولم يقصد أحدهما بعينه، وقد نسبه في المسالك إلى ظاهر الأصحاب؛ لأن اليمين إذا تكررت على مخلوف واحد أفاده التأكيد والمبالغة، ومعه لا يجدي قصد المغايرة، والأصل البراءة من التكرار؛ ولأنه يعد من الإيلاء بالواحد والمتعدد على سواء [إلا مع

تغاير الزمان] {أي زمان الإيلاء وهو الوقت المحلوف على ترك الوطء فيه، لا زمان الصيغة، بأن يقول: والله لا وطأتك ستة أشهر فإذا انقضت فوالله لا وطأتك سنة، فيتعدد الإيلاء إن قلنا: بوقوعه معلقاً على الصفة؛ وحينئذ فلها المرافعة لكل منهما، فلو ماطل في الأول حتى انقضت مدته انحل ودخل الآخر، وعلى ما اختاره المصنف سابقاً من اشتراط تجريده عن الشرط والصفة يبطل الثاني} لتعليقه {ولا يتحقق تعدد الكفارة بتعده} لبطلانه {ولا يقع الاستثناء موقعه} في قول المصنف إلا مع تغاير الزمان.

[وفي الظهار خلاف أقربه التكرار] {بتكرار الصيغة، سواء فرق الظهار أم تابعه في مجلس واحد، وسواء قصد التأسيس أم لم يقصد ما لم يقصد التأكيد} كما هو مذهب الأكثر {لصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: (سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات، أو أكثر، فقال عليه السلام: قال علي عليه السلام مكان كل مرة كفارة)^(١) وغيرها من الأخبار} ولأصالة عدم التداخل في الأسباب.

{وقال ابن الجنيدي: لا تتكرر إلا مع تغاير المشبهة بها، أو تخلل التكفير، استناداً إلى خبر} صحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل ظاهر من امرأته أربع مرات في مجلس واحد قال: عليه كفارة واحدة)^(٢) {لا دلالة فيه على مطلوبه} لأن الصحيح المذكور ظاهر في التأكيد، وقد صرح الفخر أن محل الخلاف غير صورة التأكيد.

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٣) الظهار، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٣) الظهار، ح ٦.

{وإذا وطأ المولى ساهياً، أو مجنوناً، أو لشبهة} {لم تلزمه كفارة} بلا خلاف ولا إشكال {لعدم الحنث} ولحديث الرفع {و} {بطل حكم الإيلاء عند الشيخ} {لتحقق الإصابة، ومخالفة مقتضى اليمين، كما يبطل لو وطأ متعمداً لذلك وإن وجبت الكفارة} في حال العمد {وتبعه على هذا القول جماعة، ونسبة المصنف القول إليه يشعر بتمريضه، ووجهه أصالة البقاء} للإيلاء {واغتفار الفعل بالأعذار} لحديث الرفع وغيره {وكون الإيلاء يميناً، وهي في النفي تقتضي الدوام، والنسيان والجهل لم يدخلتا تحت مقتضاها؛ لأن الغرض من البعث والزجر في اليمين إنما يكون عند ذكرها، وذكر المحلوف عليه حتى يكون تركه لأجل اليمين، مع أنه في قواعده استقرب انحلال اليمين مطلقاً} لإيلاء كانت أم لغيره {بمخالفة مقتضاها نسياناً وجهلاً وإكراهاً مع عدم الحنث، محتجاً بأن المخالفة قد حصلت وهي لا تتكرر، وبحكم الأصحاب ببطان الإيلاء بالوطء ساهياً مع أنها يمين، فنسب الحكم المذكور هنا} في القواعد {إلى الأصحاب، لا إلى الشيخ وحده، وللتوقف وجه} وجيه لما ذكره في نقض كلام الشيخ.

{ولو ترفع الذميان إلينا} {في حكم الإيلاء} {تخير الإمام، أو الحاكم} {المتراجع إليه} {بين الحكم بينهم بما يحكم على المولى المسلم} لتكليفهم بالفروع، ولقوله ﷺ: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾^(١) [وبين ردهم إلى أهل ملتهم] إقراراً منه لما عندهم من الأحكام، والحكم على صدقها عليهم، و {جمع الضمير للاسم المثني

(١) سورة النساء، آية (١٠٥).

تجوزاً، أو بناءً على وقوع الجمع عليه حقيقة، كما هو أحد القولين { في أن أقل الجمع اثنان.

[ولو آلى ثم ارتد] {عن ملة} [حسب عليه من المدة] {التي تضرب له} [زمان الردة على الأقوى] {لتمكنه من الوطء بالرجوع عن الردة، فلا تكون عذراً لانتفاء معناه، وقال الشيخ: لا يحتسب عليه مدة الردة؛ لأن المنع بسبب الارتداد، لا بسبب الإيلاء، كما لا يحتسب مدة الطلاق منها لو راجع وإن كان يمكنه المراجعة في كل وقت. وأجيب بالفرق بينهما: فإن المرتد إذا عاد إلى الإسلام تبين أن النكاح لم يرتفع، بخلاف الطلاق إلى حكم النكاح السابق كما سبق، ولهذا لو راجع المطلقة تبقى معه على طلقين، ولو كان ارتداده عن فطرة فهو بمنزلة الموت يبطل معها التبرص، وإنما أطلقه، لظهور حكم الارتدادين}.

[كتاب اللعان]

[كتاب اللعان]

{وهو لغة المباهلة المطلقة} والتضرع إلى الله، واستعير لطلب اللعنة على المبطل من المتخاصمين {أو فعال من اللعن} وهو مصدر مجرد {أو جمع له، وهو الطرد والإبعاد من الخير، والاسم} للمصدر {اللعنة، وشرعاً هو: المباهلة بين الزوجين في إزالة حد} وهو رجم الزوجة بدعوى مشاهدة زناها، وحد القذف للزوج لها بالزنا {أو نفى ولد بلفظ بخصوص عند الحاكم} كما سيأتي.
[وله سبيان:

أحدهما: رمي الزوجة المحصنة]

{بفتح الصاد} وهي التي أٌحصنت بزواجها فهي: العفيفة غير المشهورة بالزنا، كما عن بعض أهل اللغة {وكسرهما} أي من عفت نفسها بنفسها فهي محصنة لها [المدخول بها] {دخولاً يوجب تمام المهر، وسيأتي الخلاف في اشتراطه} [بالزنا] خاصة، لا بالمساحقة وغيرها من المحرمات [قبلاً، أو دبراً] عندنا، بل عن الخلاف الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولعموم قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ﴾^(١) ونحوه وغيره، وهو مستفيض [مع دعوى المشاهدة] {للزنا} بلا خلاف ولا إشكال، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا قذف الرجل امرأته، فإنه لا يلاعنها حتى يقول: رأيت بين رجليها رجلاً يزني بها، الحديث)^(٢)

(١) سورة النور، آية (٦).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤) اللعان، ح ٤.

ونحوه غيره وهو مستفيض {وسلامتها من الصمم والخرس} اتفاقاً، وهو موجب للتحريم بلا لعان، كما تقدم في أسباب التحريم في كتاب النكاح.

{ولو انتفى أحد الشرائط} المتقدمة {ثبت الحد من غير لعان، إلا مع عدم الإحصان فالتعزير، كما سيأتي، والمطلقة رجعية زوجة} فإذا قذفها وهي في العدة، كان له لعانها؛ لأنها بحكم الزوجة إجماعاً {بخلاف البائن} لأنها أجنبية عندنا، فلا يثبت بقذفها إلا الحد، ولا لعان معها {وشمل إطلاق رميها ما إذا ادعى وقوعه زمن الزوجية وقبله، وهو في الأول موضع وفاق، وفي الثاني قولان: أجودهما ذلك} تبعاً للشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع {اعتباراً بحال القذف} لصدق قذف الزوجة بالزنا فيقع تحت عموم قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾^(١) والقول الآخر للشيخ في الخلاف: بثبوت حد القذف دون اللعان؛ لأن الملاحظ حال الزنا، ولم تكن زوجته حينئذٍ، فيقع تحت عموم قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾^(٢).

[وقيل] {والقائل الشيخ والمحقق والعلامة وجماعة} [و] {يشترط زيادة على ما تقدم} من الشروط [عدم البينة] {على الزنا على وجه يثبت بها، فلو كان له بينة لم يشرع اللعان، لاشتراطه في الآية بعدم الشهداء} في قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ﴾^(٣) {والمشروط عدم عند عدم شرطه؛ ولأن اللعان حجة ضعيفة؛ لأنه إما شهادة لنفسه، أو يمين، فلا يعمل به مع الحجة القوية وهي البينة؛ ولأن حد الزنا مبني على التخفيف} لأنه لا يثبت بيمين المدعي، ولا يتوجه به يمين

(١) سورة النور، آية (٦).

(٢) سورة النور، آية (٤).

(٣) سورة النور، آية (٦).

على المنكر {فناسب نفي اليمين فيه، ونسبته إلى القول يؤذن بتوقفه فيه، ووجهه أصالة عدم الاشتراط} مع فقد البينة {والحكم في الآية وقع مقيداً بالوصف، وهو لا يدل على نفيه عما عداه} فلا مفهوم له {وجاز خروجه مخرج الأغلب، وقد روي أن النبي ﷺ لا عن بين عويمر العجلاني وزوجته، ولم يسألها عن البينة} كما في تفسير النعماني* والأول أظهر؛ اقتصاراً فيما خالف إطلاق أدلة القذف على المتيقن وهو عدم البينة، مضافاً إلى أن الظاهر من نصوص اللعان: أن أصل شرعيته عدم تيسر البينة، فمع وجودها لا يصار إليه، وعدم السؤال من النبي ﷺ عنها لعله لعلمه بالحال، وليس هو من ترك الاستفصال في شيء حتى يقال: بأنه دليل على عدم الاشتراط.

[والمعني بالمحصنة العفيفة] {عن وطء محرم لا يصادف ملكاً} حليلة البضع {وإن اشتمل على عقد} دائم كان أم منقطع {لا مصادفة وإن حرم كوقت الحيض، والإحرام، والظهار، فلا تخرج به عن الإحصان، وكذا وطء الشبهة، ومقدمات الوطء مطلقاً} عمداً كان أم شبهة، ملكاً كان أم عقداً؛ لأن موضوع اللعان هو رمي الزوجة بالزنا بالوطء قبلاً أو دبراً.

[فلو رمى المشهورة بالزنا] {ولو مرة} [فلا حد، ولا لعان] كما أرسله غير واحد إرسال المسلمات؛ لأن تشريع اللعان صوّن لعرضها من الانتهاك، وعرض المشهورة متتهك {بل يعزر} تأديباً، لصدق كونه ممن يجب أن تشيع الفاحشة في المؤمنين.

{ولا يجوز القذف إلا مع المعاينة} {للزنا} {كالميل في المكحلة} كما تقدم الاستدلال عليه {ليترتب عليه اللعان؛ إذ هو شهادة، أو في معناها} وهي لا تكون كذلك إلا مع الاطلاع الفعلي على المشهود به {لا بالشياخ، أو غلبة الظن} بالفعل فإن ذلك لا يجوز الاعتماد عليه في ثبوت الزنا {عندنا، كذا في الجواهر} هذا إذا لم يشترط في الشياخ حصول العلم بالخبر فإنه حينئذ يكون كالبينة، وهي لا تجوز القذف أيضاً، أما لو اشترطنا فيه العلم لم يبعد الجواز به؛ لأنه حينئذ كالمشاهدة {وعليه يتفرع سقوط اللعان بقذف الأعمى، لانتفاءها في حقه، وينحصر لعانه حينئذ بنفي الولد، كما هو المشهور، واستناداً إلى الظاهر من النصوص.

السبب [الثاني: إنكار من ولد على فراشه]

بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى، كذا في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: {لا يكون اللعان إلا بنفي ولد، وقال: إذا قذف الرجل امرأته لا عنها} ^(١) ونحوه غيره [بالشرائط السابقة] {المعتبرة في إلحاق الولد به، وهي: وضعه لسته أشهر فصاعداً من حين وطئه} أقل مدة الحمل {ولم يتجاوز حملها أقصى مدته} وهي سنة من حين الوطء {وكونها موطوءة بالعقد الدائم} كما تقدم الاستدلال عليه [وإن سكت حال الولادة] {ولم ينفيه} [على الأقوى] كما هو المشهور {لأن السكوت أعم من الاعتراف به، فلا يدل عليه} إذ لا دلالة للعام على الخاص.

{وقال الشيخ} وقد نسبه في المبسوط إلى المشهور {ليس له إنكاره حينئذ، لحكم الشارع بإلحاقه} به {بمجرد الولادة} بلا حاجة إلى اعتراف الزوج به

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٩) اللعان، ح ١.

{العاري عن النفي؛ إذ اللقوق لا يحتاج إلى غير الفراش، فيمتنع أن يزيل إنكاره حكم الشارع، ولأدائه إلى عدم استقرار الأنساب. وفيه: إن حكم الشارع بالإلحاق مبني على أصالة عدم النفي} للولد المولود على فراشه {أو على الظاهر} من حال الزوجة المفروض إحصانها {وقد ظهر خلافه} بنفي الزوج الولد عنه.

{ولو لم يمكنه النفي حال الولادة؛ إما لعدم قدرته عليه لمرض، أو حبس، أو اشتغال بحفظ ماله من حرق، أو غرق، أو لص ولم يمكنه الإشهاد} على نفيه {ونحو ذلك، أو لعدم علمه بأن له النفي، لقرب عهده بالإسلام، أو بعده عن الأحكام فلا إشكال في قبوله عند زوال المانع، ولو ادعى عدم العلم به قبل مع إمكانه في حقه} وإلا فلا {وإنما يجوز له نفيه باللعان على أي وجه كان} [ما لم يسبق الاعتراف منه به صريحاً] بلا خلاف ولا إشكال، ولموثق السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: (إذا أقر الرجل بالولد ساعة لم ينف عنه أبداً)^(١) {أو فحوى} عندنا، بل عن الخلاف الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولعموم قوله عليه السلام ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ﴾^(٢) ونحوه غيره {فالأول ظاهر، والثاني أن يجيب المبشر بما يدل على الرضا به والاعتراف} [مثل أن يقال له: بارك الله لك في هذا الولد فيؤمن، أو يقول: إن شاء الله، بخلاف] {قوله في الجواب} [بارك الله فيك وشبهه] {كأحسن الله إليك، ورزقك الله مثله، فإنه لا يقتضي الإقرار، لاحتمال غيره احتمالاً ظاهراً} كأن يكون مكافأة للدعاء بالدعاء ونحوه.

{ولو قذفها بالزنا، ونفي الولد وأقام بينة} {بزناها} [سقط الحد] {عنه} بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر، ولظاهر قوله عليه السلام ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ

(١) الوسائل، ج ٢٦، باب (٦) ميراث ولد الملاعنة، ح ٤.

(٢) سورة النور، آية (٦).

ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً^(١) فِي أَنَّهُمْ إِنْ أَتَوْا بِالشَّهَدَاءِ فَلَا جَلْدَ {لَأَجْلَ} أَنْ {القذف} كَانَ {بالبينة} {ولم ينتف عنه الولد إلا باللعان} {لأنه لاحق بالفراش وان زنت أمه كما مر، لقاعدة (الولد للفراش وللعاهر الحجر)} {ولو لم يقم بينة كان له اللعان للأمرين معاً، وهل يكتفى بلعانٍ واحد أم يتعدد؟ وجهان: من أنه كالشهادة أو اليمين وهما كافيان على ما سبق عليهما من الدعوى. ومن تعدد السبب الموجب لتعدد المسبب} لأصالة عدم التداخل {إلا ما خرجه الدليل} ولا دليل في البين.

[ولا بد من كون الملاحن كاملاً] {بالبلوغ والعقل} بلا خلاف في ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، ولسلب عبارة غيرهما فيما يشمل المقام الذي هو إما شهادة أو يمين، وكل منهما ليسا من أهله، بل لا يترتب على قذفهما حد كي يراد إسقاطه باللعان {ولا يشترط العدالة} بلا خلاف ولا إشكال، لعموم الأدلة {ولا الحرية} فإن المشهور جوازه، كذا في الجواهر، ونفى عنه الخلاف في المسالك، لإطلاق الآية، ولصحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن الحر، بينه وبين المملوكة لعان؟ فقال: نعم، وبين المملوك والحرّة، وبين العبد والأمة، وبين المسلم واليهودية والنصرانية... الحديث)^(٢) ونحوه غيره {ولا انتفاء الحد عن قذف} لإطلاق الأدلة {ولا إسلام، بل يلاعن} [ولو كان كافراً] {أو مملوكاً، أو فاسقاً، لعموم الآية، ودلالة الروايات عليه} كالصحيح المتقدم وغيره.

(١) سورة النور، آية (٤).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٥) اللعان، ح ٢.

{وقيل} والقائل الإسكافي {لا يلاعن الكافر} مطلقاً في اللعان ونفي الولد، وعن الحلي اشتراطه في اللعان للكدف {ولا المملوك} كما عن الشيخ المفيد والحلي {بناء على أنه شهادات كما يظهر من قوله تعالى: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ﴾^(١) وهما ليسا من أهلها. وهو ممنوع، لجواز كونه أيماناً، لافتقاره إلى ذكر اسم الله تعالى، واليمين يستوي فيه العدل والفاسق، والحر والعبد، والمسلم والكافر، والذكر والأنثى، وما ذكره {القائل} معارض بوقوعه من الفاسق إجماعاً {وللصحيح المتقدم وغيره.

[ويصح لعان الأخرس بالإشارة المعقولة إن أمكن معرفته] {للعان} بلا خلاف أجده فيه، بل عن الشيخ إجماع الفرقة عليه وأخبارهم، كذا في الجواهر {كما يصح منه إقامة الشهادة، والأيمان، والإقرار، وغيرهما من الأحكام} لأن اللعان لا يخلو إمّا أنه شهادة، أو أيمان وخلافهما يصحان منه إجماعاً {ولعموم الآية} ولعموم ما دل على قيام إشارته مقام اللفظ في جميع ما اعتبر فيه ذلك، سواء كان عبادة كتكبيرة الإحرام وغيرها أم كان عقداً أم إيقاعاً^(٢).

{وقيل} والقائل ابن إدريس {بالمنع} لتعذر العلم بإشارته {والفرق؛ لأنه مشروط بالألفاظ الخاصة، دون الإقرار والشهادة، فإنهما يقعان بأي عبارة اتفقت، ولأصالة عدم ثبوته إلا مع تيقنه وهو متنفٍ هنا. وأجيب: بأن الألفاظ الخاصة إنما تعتبر مع الإمكان، وإشارته قائمة مقامها، كما قامت في الطلاق وغيره من الأحكام المعتمدة بالألفاظ الخاصة. نعم استبعاد فهمه {أي الأخرس} له موجه، لكنه غير مانع؛ لأن الحكم مبني عليه}.

(١) سورة النور، آية (٦).

(٢) يراجع بشأنها، الوسائل، ج٦، الباب (٥٩) من أبواب القراءة في الصلاة، ح ١.

[ويجب] {على ذي الفراش مطلقاً} سواء علم بزنا الأم أم لا، حرة كانت أم أمة، وافقت صفاته صفات المولود له أم لا [نفي الولد] {المولود على فراشه} {إذا عرف اختلال شروط الإلحاق} {فيلاعن وجوباً} من غير خلاف فيه بينهم ولا إشكال، كذا في الجواهر؛ ولئلا يلحق بنسبه من ليس منه، ويترتب عليه حكم الولد في الميراث، والنكاح، ونظره إلى محارمه وغيرها، لاقتضاء قاعدة الفراش الإلحاق به ظاهراً {لأنه لا ينتفي بدونه} {ويحرم} {عليه نفية} {بدونه} {أي بدون علمه باختلال شروط الإلحاق} {وإن ظن انتفاء عنه} {بزنا أمه أو غيره} كما لو ظن وطأها بشبهة [أو خالفت صفاته صفاته] كما هو المشهور، ولصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (كفر بالله من تبرأ من نسب وإن دق)^(١) ونحوه غيره، و {لأن ذلك لا مدخل له في الإلحاق، والخالق على كل شيء قدير، والحكم مبني على الظاهر، ويلحق الولد بالفراش دون غيره} وهو العاهر {ولو لم يجد من علم انتفاء من يلاعن بينهما} وهو الحاكم {لم يفده نفية مطلقاً} لا تصريحاً، ولا تلويحاً، ولا تعريضاً {وفي جواز التصريح به نظر، لانتفاء الفائدة مع التعريض بـ} حد {القذف إن لم يحصل التصريح} به.

[ويعتبر في الملاعة الكمال] بالبلوغ والعقل، بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر، ولسلب عبارة الصبي والمجنون وغيرهما كما تقدم مكرراً [والسلامة من الصمم والخرس] {فلو قذف الصغير فلا لعان، بل يجد إن كانت في محل الوطء كبنت الشامي} من غير خلاف يذكر، ولعموم قوله عليه السلام: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾^(٢)

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٠٧) أحكام الأولاد، ح ١.

(٢) سورة النور آية (٤).

{وإلاّ عزّر خاصة، للسبب المتيقن كذبه} لعدم إمكان وطئها شرعاً {ولو قذف المجنونة بزنا أضافه إلى حالة الجنون عزّر} لعدم احتماله منها، لتوقفه على القصد، ولا يحصل منها {أو حالة الصحة فالحد} لعموم دليله المتقدم {وله إسقاطه باللعان بعد إفاقتها، وكذا لو نفى ولدها} فله نفيه باللعان بعد إفاقتها.

{ولو قذف الصماء والخرساء حرمتا عليه أبداً، ولا لعان} اتفاقاً، ولصحيح أبي بصير قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء صماء لا تسمع ما قال، قال: إن كان لها بينة فشهدت عند الإمام جلد الحد، وفرق بينها وبينه، ثم لا تحل له أبداً، وإن لم يكن لها بينة فهي حرام عليه ما أقام معها ولا إثم عليها منه)^(١) ونحوه وغيره.

{وفي لعانها لنفي الولد وجهان: من عدم النص فيرجع إلى الأصل} المقتضي للّعان {ومساواته للقذف في الحكم} لكنه كما ترى! فإنه أشبه ما يكون بالقياس {و} لذا كان {الأوجه الأول، لعموم النص} في اللعان الواقع تحته كل زوجة خرج منه الخرساء والصماء فيبقى نفي الولد على حاله {ومنع المساواة مطلقاً} من كل وجه {وقد تقدم البحث في ذلك} من كتاب النكاح.

[والدوام] {فلا يقع بالمتمتع بها؛ لأن ولدها ينتفي بنفيه من غير لعان} [إلاّ أن يكون اللعان لنفي الحد] {بسبب القذف فيثبت، لعدم المانع} من ثبوته {مع عموم النص} في الآية الكريمة بدعوى: أنها زوجة {وهذا جزم من المصنف بعد التردد؛ لأنه فيما سلف نسب الحكم به إلى قول، وقد تقدم أن الأقوى} بلا خلاف معتد به، كذا في الجواهر {عدم ثبوت اللعان بالمتمتع بها مطلقاً} في القذف، ونفي الولد

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٨) اللعان، ح ٢.

{وأن المخصص للآية صحيحة محمد بن سنان عن الصادق عليه السلام} وفي الوسائل عن ابن سنان، ومع إطلاقه ينصرف إلى عبد الله قال: (لا يلاعن الحر الأمة، ولا الذمية، ولا التي يتمتع بها)^(١) ونحوه غيره.

{وفي} {اشتراط} {الدخول} {بالزوجة في لعانها} {قولان} {مأخذهما عموم الآية، فإن أزواجهم فيها جمع مضاف، فيعم المدخول بها وغيرها، وتخصيصها برواية محمد بن مضارب قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل لاعن امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال: لا يكون ملاعناً حتى يدخل بها، يضرب حداً وهي امرأته)^(٢) والمستند إليه ضعيف، أو متوقف فيه} لمجهولية حال محمد بن مضارب {فالتخصيص غير متحقق} هذا إن قلنا: بأن مستنده خصوص الرواية المتقدمة، ولكن الأمر ليس كذلك فقد روي ذلك في موثق أبي بصير - بعبد الكريم - الظاهر أنه الخثعمي بقرينة رواية ابن أبي نصر عنه، ومرسل ابن أبي عمير، المعتضد بالعمل والشهرة بين الأصحاب، فالأظهر الاشتراط {ولكن يشكل ثبوته مطلقاً} بحيث يدخل فيه اللعان لنفي ولد غير المدخول بها {لأن ولد غير المدخول بها لا يلحق بالزوج، فكيف يتوقف نفيه على اللعان؟! نعم يتم ذلك في القذف بالزنا، فالتفصيل كما ذهب إليه ابن إدريس حسن، لكنه حمل اختلاف الأصحاب عليه، وهو} كما ترى! {صلح من غير تراضي الخصمين؛ لأن النزاع معنوي، لا لفظي بين الفريقين، بل النزاع لا يتحقق إلا في القذف، للإجماع على انتفاء الولد عند عدم اجتماع شروط اللحق بغير لعان، وإن كان كلامهم هنا مطلقاً} من غير تفصيل بين نفي الولد والقذف.

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٠) اللعان، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢) اللعان، ح ٨.

{ويثبت} {اللعان} {بين الحر، و} {زوجته} {المملوكة لنفي الولد} على المشهور بين الأصحاب، كذا في الجواهر [أو] {نفي} {التعزير} {بقذفها، للعموم} {المستفاد من الآية الشريفة} {وصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام} قال: {سألته عن الحر يلاعن المملوكة، قال: نعم إذا كان مولاهم الذي زوجها إياه لاعنها} ^(١) وغيره {كصاح جميل، وحريز، والحلي} ^{*} وغيرها.

{وقيل} {والقائل الشيخ المفيد} {لا لعان بينهما مطلقاً} في القذف ونفي الولد {استناداً إلى أخبار} وهي صحيحة ابن سنان المتقدمة، وصحيحة علي بن جعفر، وموثق السكوني وغيرها ^{*} وقد {دلت على نفيه بين الحر والمملوكة وحملها على كونها مملوكة للقاذف} أو على أنها متزوجة بغير إذن مولاهم، أو على التقية، كما عن الشيخ {طريق الجمع بينهما وبين ما ذكرناه من وقوعه بالزوجة المملوكة صريحاً. و} ولذا كان {فضّل ابن إدريس هنا غير جيد، فأثبتته مع نفي الولد، دون القذف؛ نظراً إلى عدم الحد به لها} حتى تحتاج في نفيه إلى اللعان {ولكن دفع التعزير به كافٍ، مضافاً إلى ما دل عليه مطلقاً، ووافقه عليه فخر المحققين؛ محتجاً بأنه جامع بين الأخبار} المثبتة والنافية، لكنه كما ترى! اجتهد في مقابلة النص المثبت للعان في صورة القذف، كصحيح الحلبي، فكيف يمكن القول: بأن عدم لعان المملوكة في القذف طريق الجمع بين النصوص؟! {و} لذا كان {الجمع بينهما بما ذكرناه} من حمل النصوص النافية على مملوكة القاذف {أولى}.

(١) الوسائل، ج٢٢، باب (٥) اللعان، ح ٥.

★ ١ اراجع بشأنها، الوسائل، ج٢٢، باب (٥) اللعان.

★ ٢ اراجع بشأنها، الوسائل، ج٢٢، باب (٥) اللعان، ح ١٢، ١١، ٤.

[ولا يلحق ولد المملوكة بآلها إلا بالإقرار به] لعدم كونها فراشاً الذي لا يستلزم الإلحاق بمجرد {على أشهر القولين} كما هو مذهب المحقق والعلامة وغيرهما، بل لم يحك الخلاف إلا عن ظاهر الاستبصار وصريح الجامع لابن سعيد، {و} أشهر {الروايتين} وهي صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إن رجلاً من الأنصار أتى أبي عليه السلام فقال: إني ابتليت بأمر عظيم، إن لي جارية كنت أطؤها، فوطأتها يوماً وخرجت في حاجة لي بعد ما اغتسلت منها، ونسيت نفقة لي فرجعت إلى المنزل لآخذها فوجدت غلامي على بطنها، فعددت لها من يومي ذلك تسعة أشهر فولدت جارية، قال: فقال له أبي عليه السلام: لا ينبغي لك أن تقربها ولا أن تبيعها، ولكن أنفق عليها من مالك... الحديث^(١)) فالأمر بعدم بيعها وقربها ظاهر بالتوقف فيها، اللهم إلا أن يقر بها فتكون ابنته، ونحوها غيرها [ولو اعترف بوطئها] كما هو صريح الرواية المتقدمة [ولو نفاه انتفى بغير لعان] {إجماعاً} ونصوصاً مستفيضة.

{وإنما الخلاف في أنه هل يلحق به بمجرد إمكان كونه منه وإن لم يقر به} ولم يعلم بوطئها؟ {أم لا بد من العلم بوطئه، وإمكان لحوقه به، أو إقراره به، فعلى ما اختاره المصنف والأكثر لا يلحق به إلا بإقراره، أو وطئه وإمكان لحوقه به، وعلى القول الآخر لا ينتفي إلا بنفيه، أو العلم بانتفائه عنه، ويظهر من العبارة وغيرها من عبارة المحقق والعلامة: أنه لا يلحق به إلا بإقراره، فلو سكت ولم ينفيه ولم يقر به، لم يلحق به، وجعلوا ذلك فائدة عدم كون الأمة فراشاً بالوطء، والذي حققه جماعة} وهو فخر المحققين ومن تبعه {أنه يلحق به بإقراره، أو العلم بوطئه، وإمكان لحوقه به وإن لم

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٥٥) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

يقر به، وجعلوا الفرق بين الفراش وغيره: أن الفراش يلحق به الولد وإن لم يعلم وطؤه مع إمكانه إلا مع النفي واللعان، وغيره من الأمة والمتمتع بها يلحق به الولد إلا مع النفي، وحملوا عدم لحوقه { في عبارات الأصحاب } { إلا بالإقرار على الحقوق اللازم؛ لأنه بدون الإقرار ينتفي بنفيه من غير لعان، ولو أقر به استقر ولم يكن له نفيه بعده، وهذا هو الظاهر، وقد سبق في أحكام الأولاد ما ينبه عليه، ولولا هذا المعنى لنافي - ما ذكره هنا - ما حكموا به فيما سبق من لحوقه به بشرطه } وهو إمكان كونه منه من غير اعتبار الإقرار به.

[القول في كيفية اللعان وأحكامه]:

[يجب كونه عند الحاكم] { وهو هنا الإمام عليه السلام } [أو من نصبه] { للحكم، أو اللعان بخصوصه } كما صرح به جماعة، بل عن موضع من المبسوط: إنه إجماع، ولظاهر صحيح محمد بن أبي نصر قال: (سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام كيف الملاعنة؟ فقال: يقعد الإمام ويجعل ظهره إلى القبلة، ويجعل الرجل عن يمينه، والمرأة عن يساره)^(١) ونحوه غيره؛ لأنه شهادة، أو يمين لا يعتد بهما إلا الحاكم؛ ولأنه حد ولا يقيمه إلا الحاكم فكذلك ما يدرؤه.

[ويجوز التحكيم فيه] { من الزوجين } [للعالم المجتهد] { وإن كان الإمام ومن نصبه موجودين، كما يجوز التحكيم في غيره من الأحكام، وربما أطلق بعض الأصحاب } وهو المحقق في الشرائع والعلامة في القواعد { على المحكم هنا كونه عامياً؛ نظراً إلى أنه غير منصوب بخصوصه، فعاميته إضافية؛ لا أن المسألة خلافية، بل الإجماع على اشتراط اجتهاد الحاكم مطلقاً } المنصوب وغيره حتى قاضي التحكيم

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١) اللعان، ح ٥.

{نعم منع بعض الأصحاب} وهو العلامة في المختلف {من التحكيم هنا} يعني مع وجود الإمام عليه السلام أو منصوبه الخاص، لعدم كون المجتهد ولياً مع وجود الإمام أو من نصبه {لأن أحكام اللعان لا تختص بالمتلاعنين فإن نفي الولد يتعلق بحقه} فلا يؤثر رضاهما في حقه {ومن ثم لو تصادقا على نفيه لم ينتف بدون اللعان، خصوصاً عند من يشترط تراضيهما بحكمه بعده} كالشيخ في قضاء المبسوط {والأشهر الأول، هذا كله في حال حضور الإمام عليه السلام لما تقدم في باب القضاء: من أن قاضي التحكيم لا يتحقق إلا مع حضوره، أما مع غيبته فيتولى ذلك الفقيه المجتهد؛ لأنه منصوب من قبل الإمام عموماً كما يتولى غيره من الأحكام، ولا يتوقف على تراضيهما بعده بحكمه، لاختصاص ذلك - على القول به - بقاضي التحكيم، والأقوى عدم اعتباره} أي عدم اعتبار التراضي بحكم قاضي التحكيم هنا وفي غيره من أفراد القضاء {مطلقاً} في اللعان وغيره.

{وإذا حضرا بين يدي الحاكم، فليبدأ الرجل بعد تلقين الحاكم له الشهادة} [فيشهد الرجل أربع مرات بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به] كما صرح به الكتاب العزيز^(١) والسنة المستفيضة* مع اتفاق الأصحاب {متلفظاً بما رمى به؛ فيقول له: أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا فيتبعه فيه؛ لأن اللعان يمين، فلا يعتد بها قبل استحلاف الحاكم وإن كان فيها شائبة الشهادة، أو شهادة فهي لا تؤدي إلاً بإذنه أيضاً، وإن نفى الولد زاد: وأن هذا الولد من زنا وليس مني، كذا عبر في التحرير وزاد: أنه لو اقتصر على أحدهما لم يجوز. ويشكل: فيما لو كان اللعان لنفي الولد خاصة من غير قذف فإنه لا يلزم إسناده إلى الزنا، لجواز الشبهة، فينبغي أن يكتفي

(١) سورة النور، آية (٦).

* يراجع بشأنها، الوسائل، ج٢٢، باب (١) اللعان.

بقوله: إنه لمن الصادقين في نفي الولد المعين { ثم يقول } { بعد شهادته أربعاً كذلك } [أن لعنة الله عليه] { جاعلاً المجرور بعلى ياء المتكلم } { إن كان من الكاذبين } { فيما رماها به من الزنا، أو نفي الولد كما ذكر في الشهادات } { ثم تشهد المرأة } { بعد فراغه من الشهادة واللعنة } { أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به } { فتقول: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا } { ثم تقول: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين } { فيه مقتصرة على ذلك فيها } فلا تحتاج في نفي الولد أن تقول: وهذا الولد ولده؛ لأن لعانها لا يؤثر فيه.

[ولابد من التلفظ بالشهادة على الوجه المذكور] { فلو أبدلها بمعناها كأقسم، أو أحلف، أو شهدت، أو أبدل الجلالة بغيرها من أسمائه تعالى، أو أبدل اللعن والغضب، والصدق والكذب بمرادفها } كالإبعاد والسخط والعذاب { أو حذف لام التأكيد، أو علقه على غير (من) كقوله: إني لصادق ونحو ذلك من التعبيرات لم يصح { إجماعاً، ولأصالة عدم ترتب الأثر، ومخالفته للمنقول شرعاً، وهو من الأمور التوقيفية؛ لأنه من مستجدات الشارع الأقدس.

[و] يجب { أن يكون الرجل قائماً عند إirاده } { الشهادة واللعن وإن كانت المرأة حينئذٍ جالسة } { وكذا } { تكون } { المرأة } { قائمة عند إirادها الشهادة والغضب وإن كان الرجل حينئذٍ جالساً } وفاقاً للمحكي عن المقتنع والمبسوط والسرائر، استناداً للنبي قال ﷺ: (يقول الرجل فيحلف - إلى قال - ثم تقف المرأة فتحلف)^(١) وغيره.

(١) راجع: شرح صحيح البخاري، ابن بطال جـ ٧ صفحـه (٤٦٣).

[وقيل] والقائل الأكثر، كذا في المسالك [يكونان معاً قائمين في الإيرادين]
 {ومنشأ القولين اختلاف الروايات} كما في صحيح ابن أبي نصر وغيره حيث
 أوجبه، والنبوي المتقدم حيث لم يوجبه {وأشهرها وأصحها ما دل على الثاني} وهو
 الوجوب، وعليه فيكون هو الأقوى.

[و] يجب [أن يتقدم الرجل أولاً] عندنا {فلو تقدمت المرأة لم يصح، عملاً
 بالمنقول من فعل النبي ﷺ} كما في الحديث المتقدم {وظاهر الآية} حيث قدمت
 شهادة الرجل {ولأن لعانها لإسقاط الحد الذي وجب عليها بلعان الزوج}.

[و] كذا يجب [أن يميز الزوجة من غيرها تمييزاً يمنع المشاركة] {إما بأن يذكر
 اسمها ويرفع نسبها بما يميزها، أو يصفها بما يميزها عن غيرها، أو يشير إليها إن كانت
 حاضرة} حتى لو لم تكن له زوجة غيرها؛ لأن اللعان مبني على التغليظ
 والاحتياط، ولا ريب في حسنه.

[و] كذا يجب [أن يكون] {الإيراد بجميع ما ذكر} [باللفظ العربي]
 {الصحيح} لأنه الثابت شرعاً في العقود والإيقاعات، خصوصاً مثل المقام المبني
 على الاحتياط [إلا مع التعذر] {فيُجتزأ بمقدورهما منه} لأن الضرورات تقدر
 بقدرها {فإن تعذر تلفظهما بالعربية أصلاً أجزأ غيرها من اللغات من غير ترجيح}
 للضرورة، وحصول الغرض من الأيمان [يفتقر الحاكم إلى مترجمين عدلين] فلا
 يكفي الواحد، ولا غير العدل، كما في سائر الشهادات {يلقيان عليهما الصيغة بما
 يحسنانه من اللغة} [إن لم يعرف] {الحاكم} [تلك اللغة] {وإلاّ باشرها بنفسه، ولا
 يكفي أقل من عدلين حيث يفتقر إلى الترجمة، ولا يحتاج إلى الأزيد} كما عن بعض
 العامة بدعوى أنها شهادة على الزنا، وهي مدفوعة؛ بأنها شهادة التلفظ باللعان
 من المرأة والرجل.

[وتجب البدأة] {من الرجل} [بالشهادة، ثم اللعن] {كما ذكر} [وفي المرأة بالشهادة] على كذبه [ثم الغضب] كما سلف {وكما يجب الترتيب المذكور، تجب الموالاة بين كلمتهما، فلو تراخى بما يعد فصلاً، أو تكلم بخلاله بغيره بطل} كما عن العلامة في القواعد، وكأن وجهه الاقتصار فيما خالف الأصل على الواقع بحضرته ﷺ كما تضمنته النصوص مما لم يتخلله فصل طويل بينها؛ ولأنها من الزوج شهادات، ويجب اجتماع الشهود على الزنا إجماعاً عندنا.

[ويستحب أن يجلس الحاكم مستدبراً القبلة] {ليكون وجههما إليها} [وأن يقف الرجل عن يمينه، والمرأة] والصبي في نفيه [عن يمين الرجل] كما تضمنه صحيح البزنطي المتقدم [وأن يحضر] {من الناس} [من يستمع اللعان] {ولو أربعة عدد شهود الزنا} وليس عليه نص بخصوصه، نعم روي: (أنه حضر اللعان على عهد الرسول ﷺ جماعة من الصحابة منهم ابن عباس وابن عمر وابن سهل بن سعد^(١)) وهو كما ترى! لم يتضمن الأمر بالحضور حتى يحمل على الاستحباب، وعلى كل فالأمر سهل في المستحبات عندهم.

[وأن يعظه الحاكم قبل كلمة اللعنة] {ويخوفه الله تعالى ويقول له: إن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا} ففي صحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: (إن عباد البصري سأل أبا عبد الله عليه السلام - وأنا عنده حاضر - إلى أن قال -: (اتق الله، فإن لعنة الله شديدة، ثم قال: اشهد الخامسة - إلى أن قال -: أمسكي، فوعظها، ثم قال لها: اتق الله، فإن غضب الله شديد، ثم قال لها: اشهدي الخامسة... الحديث)^(٢) ونحوه غيره {ويقرأ عليه: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا

(١) السنن الكبرى، ج٧، ص(٦٦٣).

(٢) الوسائل، ج٢٢، باب (١) اللعان، ح ١.

قَلِيلًا^(١) الآية، وأن لعنه لنفسه يوجب اللعنة إن كان كاذباً ونحو ذلك} [ويعظها قبل كلمة الغضب] {بنحو ذلك} المذكور في الزوج.

[و] كذا يستحب [أن يغلف بالقول] {وهو تكرار الشهادات أربع مرات وهو واجب، لكنه أطلق الاستحباب نظراً إلى التغليظ بمجموع الأمور الثلاثة} القول، والمكان، والزمان {من حيث هو مجموع، وبما قررناه صرح في التحرير، وأما حمله على زيادة لفظ في الشهادة، أو الغضب على نحو ما يذكر في اليمين المطلقة، كأشهد بالله الطالب الغالب المهلك، ونحو ذلك، فإنه وإن كان ممكناً، لو نص عليه} كما في قول النبي ﷺ لهلال بن أمية: (احلف بالله الذي لا إله إلا هو أنك من الصادقين)^(٢) {إلا أنه يشكل: بإخلاله بالموالاة المعتبرة في اللفظ المنصوص} في الآية الشريفة {مع عدم الإذن في تحلل المذكور} من الزيادة {بالخصوص} لكنه كما ترى! لعدم الإخلال عرفاً، بل قال في المسالك: ولا يخل بالموالاة؛ لأنه من متعلقاته.

[و] كذا يستحب التغليظ في [المكان] {بان يلاعن بينهما في موضع شريف} [كبين الركن] {الذي فيه الحجر الأسود} [والمقام] {مقام إبراهيم على نبينا وآله وعليه السلام، وهو المسمى بالحطيم} [بمكة، وفي الروضة] {وهي ما بين القبر الشريف والمنبر} [بالمدينة، وتحت الصخرة في] [المسجد] [الأقصى، وفي المساجد بالأمصار] {غير ما ذكر عند المنبر} [أو المشاهد الشريفة] {للائمة والأنبياء ﷺ} إن اتفق، ولو كانت المرأة حائضاً فباب المسجد {لأنه أنسب بالتغليظ} فيخرج الحاكم إليها، أو يبعث نائباً عنه، ولا يشترط فيه الاجتهاد؛ لأنه ناقل لكلامه، وليس هو الحاكم {أو كانا ذميين فبيعة، أو كنيسة، أو مجوسيين فبيت نار، لا بيت صنم لوثنى؛ إذ لا

(١) سورة آل عمران، آية (٧٧).

(٢) السنن الكبرى، ج٧، ص (٦٦٩).

حرمة له، واعتقادهم غير مرعي { بخلاف أهل الكتاب حيث يقرب اعتقادهم من الشرع، ولذا أقرروا على دينهم. واعلم أن المصنفين لم يذكروا التغليظ في الزمان مع أن جميع الأصحاب قد ذكروه، كيوم الجمعة، بل بعد العصر منه المفسر به قوله عز: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسَمَانِ بِاللَّهِ﴾^(١) ويوم القدر ونحو ذلك، ما لم يستلزم الانتظار طول المدة.

[وإذا لاعن الرجل سقط عنه الحد ووجب على المرأة] {لأن لعانه حجة كالبينة} [فإذا أقرت بالزنا، أو] {لم تقر ولكن} {نكلت} {عن اللعان} {وجب عليها} {الحد} بلا خلاف فيه بيننا ولا إشكال، كما في الجواهر، ولإطلاق الأدلة كتاباً، وسنة [وإن لاعنت سقط] {عنها} الحد، عندنا لقوله عز: ﴿وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ﴾^(٢) الظاهر منه الحد، خلافاً لأبي حنيفة حيث ذهب إلى وجوب حبسها حتى تلاعن، وهو كما ترى! فإنه خلاف الظاهر جداً.

[ويتعلق بلعانها] {معاً} {أحكام أربعة} {في الجملة، لا في كل لعان} حيث إنه تارة يكون لنفي الولد، وأخرى لنفي الحد، وكل منهما مختص بأحكامه ومن جملتها [سقوط الحدين عنهما، وزوال الفراش] بينهما {وهذان ثابتان في كل لعان} يقع منهما معاً، سواء كان لنفي الحد أم لنفي الولد، بلا خلاف ولا إشكال في شيء منهما عندنا نصاً وفتوى، كما في الجواهر.

[و] كذا [نفي الولد عن الرجل] {لا عن المرأة إن كان اللعان لنفيه} فلا ينسب حينئذٍ لأبيه، ولا يرمى بأنه ولد زنا، بل ينسب لأمه، إجماعاً، ولخبر أبي بصير عن

(١) سورة المائدة، آية (١٠٦).

(٢) سورة النور، آية (٨).

أبي عبد الله عليه السلام (في المرأة يلاعنها زوجها، ويفرق بينهما، إلى من ينسب ولدها؟ قال: إلى أمه) ^(١) ونحوه غيره.

[و] كذا يثبت [التحريم المؤبد] بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر، ولذيل صحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: - إلى أن قال -: (ففرق بينهما، وقال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبداً بعد ما تلاعنتما) ^(٢) {وهو ثابت مطلقاً} سواء كان اللعان للقذف أم لنفي الولد {كالأولين} حيث إنهما ثابتان لكل لعان منهما {ولا ينتفي عنه الحد إلا بمجموع لعانه} من الشهادات الأربع واللعنة {وكذا المرأة، ولا تثبت الأحكام} الأربعة المتقدمة {أجمع إلا بمجموع لعانها} إجماعاً نصاً وفتوى، كما في الجواهر.

[و] {على هذا} {لو أكذب نفسه في أثناء اللعان} أو نكل عنه، أو عن جزء منه [وجب عليه حد القذف] {ولم يثبت شيء من الأحكام} المتقدمة لترتيبها على تمام اللعان، لصحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال: (سألته عن رجل لاعن امرأته فحلف أربع شهادات بالله، ثم نكل في الخامسة؟ فقال: إن نكل عن الخامسة فهي امرأته، وجلد وإن نكلت المرأة عن ذلك إذا كانت اليمين عليها فعليها مثل ذلك، الحديث) ^(٣) ونحوه غيره.

[و] {لو أكذب نفسه} [بعد لعانه] {وقبل لعانها ففي وجوب الحد عليه} [قولان] {منشؤهما: من سقوط الحد عنه بلعانه، ولم يتجدد منه قذف بعده} ليستحق حداً {فلا وجه لوجوبه} كما هو مذهب الشيخ في النهاية والتهذيب والمحقق في

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٤) اللعان، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١) اللعان، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣) اللعان، ح ٣.

الشرائع، استناداً إلى صحيح الحلبي قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل لاعن امرأته وهي حبلى قد استبان حملها وأنكر ما في بطنها، فلما وضعت ادعاه، وأقر به، وزعم أنه منه قال: فقال: يرد إليه ولده، ويرثه، ولا يجلد؛ لأن اللعان قد مضى^(١) ونحوه غيره {ومن أنه قد أكد القذف السابق باللعان، لتكراره إياه فيه، و{ يعضده أن {السقوط إنما يكون مع علم صدقه، أو اشتباه حاله، واعترافه بكذبه ينفيهما، فيكون لعانه قذفاً محضاً، فكيف يكون مسقطاً؟!} ويؤيده استصحاب الحد الذي ثبت عليه بالقذف قبل اللعان الذي أكذب نفسه فيه حيث لا قاطع له.

[وكذا] {القولان لو أكذب نفسه} [بعد لعانها] {لعين ما ذكر في الجانبين، والأقوى} تبعاً للشيخين في المقنعة والمبسوط والعلامة في القواعد {ثبوتها فيها لما ذكر، ولرواية محمد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام (أنه سأله عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم أكذب نفسه، هل يرد عليه ولده؟ قال: إذا أكذب نفسه جلد الحد، ورد عليه ابنه، ولا ترجع إليه امرأته أبداً)^(٢) {لكن} [لو كان رجوعه بعد لعانها] {لا يعود الحل} {للرواية} المتقدمة وغيرها {وللحكم بالتحريم شرعاً} استصحاباً له بعد لعانها إلى أن يثبت المزيل {واعترافه لا يصلح لإزالته}.

[ولا يرث] الوالد [الولد] {لما ذكر} في الرواية من رد ابنه عليه، بل صريح صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: (سألت عن الملاءنة - إلى أن قال -: ويرث الابن الأب، ولا يرث الأب الابن، يكون ميراثه لأخواله... الحديث)^(٣) [وإن ورثه الولد] {لأن اعترافه} به بتكذيب نفسه {إقرار في حق نفسه

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٦) اللعان، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٦) اللعان، ح ٦.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٦) اللعان، ح ١.

بإرثه منه، ودعوى ولادته قد انتفت شرعاً { بعد لعانه لأمه } فيثبت إقراره على نفسه، ولا تثبت دعواه على غيره، وكذا لا يرث الولد أقرباء الأب، ولا يرثونه إلا مع تصديقهم على نسبه في قول { قوي { لأن الإقرار لا يتعدى المقر { لكونه إقراراً في حق الغير وهو غير مسموع.

{ ولو أكذبت } { المرأة } { نفسها بعد لعانها فكذلك } { لا يعود الفراش، ولا يزول التحريم } { ولا حد عليها } { بمجرد إكذابها نفسها؛ لأنه إقرار بالزنا وهو لا يثبت { [إلا أن تقر أربعاً] { كما سيأتي إن شاء الله تعالى، فإذا أقرت أربعاً حدث { [على خلاف] { في ذلك منشؤه ما ذكرناه: من أن الإقرار بالزنا أربعاً من الكامل الحر المختار يثبت حده، ومن سقوطه بلعانها، لقوله تعالى: ﴿وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾^(١) الآية، فلا يعود { لإطلاق الآية.

{ ولو قذفها } { الزوج } { برجل } { معين } { وجب عليه حدان } { أحدهما لها، والآخر للرجل؛ لأنه قذف لاثنين } بلا خلاف ولا إشكال [وله إسقاط حدها باللعان] لما تقدم { دون حد الرجل } لثبوتة بنفس القذف.

{ ولو أقام بيته } { بذلك } { سقط الحدان } { كما يسقط حد كل قذف بإقامة البيته بالفعل المقذوف به } { لعموم حجيتها } { وكذا يسقط الحد لو عفا مستحقه } { كما في كل حق فلذي الحق إسقاطه } { أو صدق } { المقذوف } { على الفعل } { لأنه لا يكون حينئذ قذفاً } { لكن إن كانت هي المصدقة وهناك نسب لم ينتف لتصديقها؛ لأنه إقرار في حق الغير } فلا يسمع.

(١) سورة النور، آية (٨) .

{وهل له أن يلاعن لنفيه؟ قولان: من عموم ثبوته لنفي الولد} كما عن الشيخ في المبسوط {و} من {كونه غير متصور هنا؛ إذ لا يمكن للزوجة أن تشهد بالله إنه لمن الكاذبين بعد تصديقها إياه} كما عن المحقق والعلامة في القواعد بنحو من التردد {نعم لو صادفته على أصل الزنا، دون كون الولد منه توجه اللعان منها، لإمكان شهادتها لكذبه في نفيه وإن ثبت زناها} فتكون فائدته مجرد تكذيبه في نفي الولد.

{ولو قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان} {لتعذر بموتها} [وورثها] الزوج {لبقاء الزوجية} {وعليه الحد للوارث} {بسبب القذف} بناء على عموم الإرث للحد {لعدم تقدم مسقطه} {وله أن يلاعن لسقوطه} {وإن لم يكن بحضور الوارث؛ لأنه إما شهادات، أو أيمان وكلاهما لا يتوقف على حياة المشهود عليه، والمحلوف لأجله، ولعموم الآية، وقد تقدم: أن لعانه يسقط عنه الحد، ويوجب الحد عليها، ولعانهما يوجب الأحكام الأربعة، فإذا انتفى الثاني بموتها، بقي الأول خاصة فيسقط الحد} {بلعانه} [ولا ينتفي الإرث بلعانه بعد الموت] {كما لا تنتفي الزوجية بلعانه قبله} [إلا على رواية] {أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: (إن قام رجل من أهلها فلاعنه، فلا ميراث له، وإن أبى أحد منهم فله الميراث)}^(١) ومثله روى عمرو بن خالد عن زيد عن آبائه عليه السلام، و بمضمونها عمل جماعة {منهم الشيخ في الخلاف والنهاية والقاضي وابن حمزة} والروايتان - مع إرسال الأولى، وضعف سند الثانية - مخالفتان للأصل من حيث إن اللعان شرع بين الزوجين فلا يتعدى، وأن لعان الوارث متعذر؛ لأنه إن أريد مجرد حضوره، فليس بلعان حقيقي، وإن أريد إيقاع الصيغ المعهودة من الزوجة فبعيد، لتعذر القطع {الذي هو شرط الشهادة} {من الوارث على نفي فعل غيره غالباً،

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٥) اللعان، ح ١.

وإيقاعه على نفي العلم تغيير للصورة المنقولة شرعاً لأنه لعانها على نفي الفعل المنسوب إليها، ودرء الحد عنها {ولأن} الأصل يقتضي أن {الإرث قد استقر بالموت، فلا وجه لإسقاط اللعان المتجدد له}.

[ولو كان الزوج أحد الأربعة] {الشهود بالزنا} [فالأقرب حدها] وهو قول الأكثر، كما في المسالك {لأن شهادة الزوج مقبولة على زوجته} [إن لم تختل الشرائط] {المعتبرة في الشهادة} به [بخلاف ما إذا سبق الزوج بالقذف] {فإن شهادته ترد لذلك} لقوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^(١) {وهو من جملة اختلال الشرائط} [أو اختل غيره من الشرائط] {كاختلال كلامهم في الشهادة، أو أدائهم الشهادة مختلفي المجلس، أو عداوة أحدهم لها، أو فسقه، أو غير ذلك} مما يأتي إن شاء الله ﷻ في بحث حد القذف [فإنها] {حينئذ} [لا تحد] {لعدم اجتماع شرائط ثبوت الزنا} [ويلاعن الزوج] {لإسقاط الحد عنه بالقذف} [وإلا] {يلاعن} {حد} {ويجد باقي الشهود للفرية} إجماعاً.

{واعلم أن الأخبار، وكلام الأصحاب اختلف في هذه المسألة: فروى إبراهيم بن نعيم عن الصادق عليه السلام (جواز شهادة الأربعة الذين أحدهم الزوج)^(٢) ولا معنى للجواز هنا إلا الصحة التي يترتب عليها أثرها، وهو حد المرأة، وعمل بها جماعة} وهم الأكثر، كما في المسالك {ويؤيدها قوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾^(٣) فإن ظاهرها: أنه إذا كان غيره فلا لعان، وقوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ

(١) سورة النور، آية (٤).

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٢) اللعان، ح ١.

(٣) سورة النور، آية (٦).

نَسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ^(١) فان الظاهر كون الخطاب للحاكم؛ لأنه المرجع في الشهادة، فيشمل الزوج وغيره، وروى زرارة عن أحدهما عليهما السلام (في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها قال: يلاعن ويجلد الآخرون)^(٢) وعمل بها الصدوق وجماعة { منهم ابن البراج وغيره {ويؤيدها قوله تعالى: ﴿لَوْلَا جَآؤُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ﴾^(٣) { لظهورها في لا بدية الأربعة من غير الزوج.

{والمختار القبول} وإن كان أحدهم الزوج وفاقاً للأكثر {ويمكن الجمع بين الروایتين - مع تسليم أسنادهما - بحمل الثانية على اختلال شرائط الشهادة} وفاقاً للشيخ {كسبق الزوج للزنف، أو غيره، كما نبه عليه المصنف بقوله: إن لم تحتل الشرائط، إلى آخره، وأما تعليلها} كما عن ابن البراج {بكون الزوج خصماً لها، فلا تقبل شهادته عليها، فهو شهادته في حيز المنع} لأنه إنما يكون خصماً لها إن كان قبل شهادته عليها، لا بسبب.

(١) سورة النساء، آية (١٥).

(٢) الوسائل، ج٢٢، باب (١٢) اللعان، ح٢.

(٣) سورة النور، آية (١٣).

كتاب العتق

[كتاب العتق]

{وهو لغة: الخلو، ومنه سميت جياذ الخيل عتاقاً} خالصة من الهجنة {والبيت الشريف عتيقاً} خالصاً من الطوفان، أو من أيدي الجبارة {وشرعاً: خلوص المملوك الآدمي، أو بعضه من الرق} سواء كان اختيارياً كعتقه مولاه أم قهرياً كالتنكيل به، أم مملوكيته من قبل أحد أقاربه كما سيأتي تفصيله {وبالنسبة إلى عتق المباشرة المقصود بالذات من الكتاب: تخلص المملوك الآدمي أو بعضه من الرق منجزاً بصيغة مخصوصة} [وفيه أجر عظيم] {قال النبي ﷺ} {في مرفوع أبي البلاد}: {من أعتق مؤمناً أعتق الله العزيز الجبار بكل عضوٍ عضواً له من النار، فإن كان أنثى أعتق الله العزيز الجبار بكل عضوين منها عضواً من النار؛ لأن المرأة نصف الرجل} (١) وقال ﷺ: {من أعتق رقبة مؤمنة كانت فداءه من النار} (٢) ولما فيه من تخلص الآدمي من ضرر الرق، وتملكه منافعه، وتكامل أحكامه {باستقلاله في جميع شؤونه، ومعاملاته وغيرها.

{ويحصل العتق باختيار سببه، وغيره} مما لا يكون بالاختيار.

{فالأول: بالصيغة المنجزة} فعلاً غير المعلقة {والتدبير، والكتابة، والاستيلاد، وشراء الذكر أحد العمودين، أو المحارم من النساء، والأنثى أحد العمودين، وإسلام

(١) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٣) ح ١ .

(٢) عوالي اللئالي، ابن أبي جمهور، ج ٣ ص ٤٢١ .

المملوك في دار الحرب قبل مولاه مع خروجه منها قبله، وتنكيل المولى به، و{ يحصل السبب {الثاني} وهو مما لا يكون {ب} الاختيار، ك {الجدام، والعمى، والإقعاد، وموت المورث، وكون أحد الأبوين حراً إلا أن يشترط رقه على الخلاف} المتقدم في مبحث نكاح العبيد والإماء {وهذه الأسباب، منها تامة في العتق، كالإعتاق بالصيغة، وشراء القريب، والتنكيل، والجدام، والإقعاد، ومنها ناقصة تتوقف على أمر آخر، كالاستيلاد، لتوقفه على موت المولى وأمور أخرى، والكتابة لتوقفها على أداء المال، والتدبير لتوقفه على موت المولى ونفوذه من ثلث ماله، وموت المورث، لتوقفه على دفع القيمة إلى مالكه وغيره مما يفصل في محله إن شاء الله تعالى}.

{ويفتقر الأول إلى صيغة مخصوصة} [وعبارته الصريحة التحرير مثل أنت] {مثلاً، أو هذا، أو فلان} أو فلانة أو يشير إليه بعلامة فيه [حر] {ووقوعه بلفظ التحرير: موضع وفاق} وفي الجواهر: بل الإجماع بقسميه عليه {وصراحته فيه واضحة قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ﴾^(١) [وفي قوله: أنت عتيق، أو معتق خلاف] منشؤه الشك في كونه مرادفاً للتحرير، فيدل عليه صريحاً، أو كناية عنه فلا يقع به {والأقرب وقوعه} به، لغلبة استعماله فيه في اللغة، والحديث، والعرف، وقد تقدم بعضه {في بحث نكاح العبيد والإماء} واتفق الأصحاب على صحته في قول السيد لأمه: أعتقتك وتزوجتك {وجعلت مهر كعتقتك} {إلخ}.

[ولا عبرة بغير ذلك من الألفاظ] {التي لم توضع له شرعاً} [صريحاً كان] {في إزالة الرق} [مثل أزلت عنك الرق، أو فككت رقبتك، أو كناية عنه] {تحتمل غير العتق} [مثل أنت] {بفتح التاء} [سائبة] {أو لا ملك لي عليك، أو لا سلطان، أو لا

سبيل، أو أنت مولاي} بمعنى المعتق {ويدخل في} قول المصنف المتقدم {غير ذلك ما دل على الإعناق بلفظ الماضي الذي يقع به غيره كأعتقتك، بل الصريح محضاً كحررتك، وظاهرهم عدم وقوعه بهما} ويشكل: بأنه قبل قليل نقل الاتفاق على وقوعه بأعتقتك وجعلت مهر كعتقك، وهو بلفظ الماضي، فتأمل {ولعله لبعد الماضي عن الإنشاء وقيامه مقامه في العقود على وجه النقل خلاف الأصل فيقتصر فيه على محله، مع احتمال الوقوع به هنا، لظهوره فيه} وهو أجود.

[وكذا لا عبرة بالنداء مثل يا حر] {ويا عتيق، ويا معتق} [وإن قصد التحرير بذلك] {المذكور من اللفظ غير المنقول شرعاً، ومنه الكناية، والنداء} [كله] {اقتصاراً في الحكم بالحرية على موضع اليقين} لأنه من الإيقاعات اللازمة التي لا يصح فيها ما تقدم {ولبعد النداء عن الإنشاء، وربما احتمل الوقوع به} بعض العامة {من حيث إن حرف الإشارة إلى المملوك لم يعتبره الشارع بخصوصه، وإنما الاعتبار بالتحرير، والإعناق، واستعمال يا بمعنى أنت، أو فلان مع القصد} إلى العتق والتحرير {جائز. ويضعف: بأن غاية ذلك أن يكون كناية، لا صريحاً، فلا يقع به، ولا يخرج الملك المعلوم عن أصله} استصحاباً له إلا مع ما يقطعه يقيناً.

{وحيث لا يكون اللفظ مؤثراً شرعاً في الحكم لا ينفعه ضم القصد إليه، ونبه بالغاية} في قول المصنف: وإن قصد التحرير بذلك {على خلاف من اكتفى بغير الصريح إذا انضم إلى النية من العامة، ويقوى الإشكال لو كان اسمها حرة فقال: أنت حرة، وشك في قصده، لمطابقة اللفظ للمتفق على التحرير به، واحتمال الإخبار بالاسم، والأقوى عدم الوقوع} مع الشك، وعدم إمكان استعلام القصد من قائله {نعم لو صرح بقصد الإنشاء صح} لصراحته ووروده في النصوص {كما أنه لو صرح بقصد الإخبار قبل ولم يعتق}.

[وفي اعتبار التعيين] {للمعتق} [نظر] {منشؤه: النظر إلى عموم الأدلة الدالة على وقوعه بالصيغة الخاصة} كما هو المشهور، ولصحيح محمد بن مسلم قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون له المملوكون فيوصي بعتق ثلثهم، فقال: كان علي عليه السلام يسهم بينهم)^(١) ونحوه غيره وهي صريحة في جواز الإبهام {وأصالة عدم التعيين، وعدم مانعية الإبهام في العتق شرعاً من حيث وقع لمريض أعتق عبداً يزيدون عن ثلث ماله ولم يحز الورثة} فتعليق العتق بالمبهم وإجازة الإمام عليه السلام له دليل على جوازه {والالتفات إلى أن العتق أمر معين فلا بد له من محل معين} فمع عدم التعيين لا يصح، كما عن الفخر، وضعفه ظاهر؛ لأنه اجتهد في مقابلة النص {وقد تقدم مثله في الطلاق، والمصنف رجع في شرح الإرشاد الوقوع، وهنا توقف، وله وجه إن لم يترجح اعتباره} وهو كذلك كما عرفت في مدرك القول الأول {فإن لم يعتبر التعيين فقال: أحد عبيدي حر صح، وعين من شاء} عند المشهور، كذا في الجواهر، وإن اعتبر بعض الأصحاب الرجوع إلى القرعة في التعيين.

{وفي وجوب الإنفاق عليهم قبله، والمنع من استخدام أحدهم وبيعه وجهان: من ثبوت النفقة قبل العتق ولم يتحقق بالنسبة إلى كل واحد فيستصحب، و{ للعلم الإجمالي في {اشتباه الحر منهم بالرق مع انحصارهم فيحرم} على ما هو الأصل في الشبهة المحصورة {استخدامهم وبيعهم، ومن استلزام ذلك الإنفاق على الحر بسبب الملك، والمنع من استعمال المملوك} وبطلان التالي واضح فيتبعه بطلان المقدم.

{والأقوى الأول، واحتمل المصنف استخراج المعتق بالقرعة، وقطع بها لو مات قبل التعيين، ويشكل كل منهما: بأن القرعة لاستخراج ما هو معين في نفسه غير متعين

(١) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٦٥) ح ١ .

ظاهراً، لا لتحصيل التعيين} واقعاً الذي هو غير متعين كذلك كما هو مفروض المسألة {فالأقوى الرجوع إليه فيه، أو إلى وارثه بعده} لأنه يقوم مقامه، بل ادعى جمع انتقاله إليه بالإرث كحق الخيار وغيره {ولو عدل المعين عن من عتقه لم يقبل} لأنه إنكار بعد إقرار للغير بحق الحرية {ولم يتعين الثاني؛ إذ لم يبق للعتق محل} بعد استقراره في المعدول عنه {بخلاف ما لو اعتق معيناً واشتبه، ثم عدل} عن المعين المشتبه {فإنهما ينعتمان} أما الأول، فلاقراره الذي لا يصح معه العدول كما تقدم، وأما الثاني فعملاً بإقراره للثاني.

[ويشترط بلوغ المولى] {المعتق} [واختياره، ورشده، وقصده] {إلى العتق} بلا خلاف فيه عدا من بلغ عشرين في الأول، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، ولعموم الأدلة، وخصوص صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألته عن عتق المكره؟ فقال: ليس عتقه بعتق)^(١) ونحوه غيره [والتقرب به إلى الله تعالى] بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، و {لأنه عبادة، ولقولهم عليه السلام} في صحيح حماد وغير واحد { (لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى)^(٢) } ونحوه غيره.

[وكونه غير محجور عليه بفلس، أو مرض فيما زاد على الثلث] {فلا يقع من الصبي وإن بلغ عشرين} كما هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، خلافاً للشيخ مستنداً إلى خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (إذا أتى على الغلام عشر

(١) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (١٩) ح ١.

(٢) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (٤) ح ١.

سنين، فإنه يجوز له من ماله ما أعتق... الحديث^(١) وهي كما ترى! لأنها ضعيفة السند مع مخالفتها للأصل الذي هو سلب عبارة الصبي مطلقاً.

{ولا من المجنون المطبق، ولا غيره في غير وقت كماله} بلا خلاف ولا إشكال، لسلب عبارته {ولا المكره، ولا السفیه، ولا الناسي والغافل والسكران} لعدم تأتي القصد من هؤلاء، وهو شرط في صحة العتق إجماعاً {ولا من غير المتقرب به إلى الله تعالى، سواء قصد الرياء أم لم يقصد شيئاً} لما تقدم من الإجماع والنصوص {ولا من المفلس بعد الحجر عليه} لأن أمواله تصرف إلى الغرماء {أما قبله فيجوز وإن استوعب دينه ماله} لأن دين الغرماء متعلق بذمته لا بعين أمواله {ولا من المريض إذا استغرق دينه تركته، أو زاد المعتق عن ثلث ماله بعد الدين إن كان، إلا مع إجازة الغرماء} مع استيعاب الدين تركته {والورثة} مع زيادة ثمن المعتق على الثلث {وفي الاكتفاء بإجازة الغرماء في الصورة الأولى وجهان: من أن المنع من العتق لحقهم، ومن اختصاص الوارث بعين التركة، والأقوى التوقف على إجازة الجميع} لأن الأصل في الأموال هو الاحتياط.

[والأقرب صحة مباشرة الكافر] {للمعتق} وفاقاً للشيخ في المبسوط والخلاف {لإطلاق الأدلة، أو عمومها؛ ولأن العتق إزالة ملك، وملك الكافر أضعف من ملك المسلم، فهو أولى بقبول الزوال، واشتراطه بنية القربة لا ينافية؛ لأن ظاهر الخبر السالف أن المراد منها إرادة وجه الله تعالى، سواء حصل الثواب أم لم يحصل، وهذا القدر ممكن ممن يقر بالله تعالى، نعم لو كان الكفر بجحد الإلهية مطلقاً توجه إليه المنع} لعدم اعترافه بالله عز وجل حتى تتأتى منه إرادة وجهه تعالى {وكونه عبادة مطلقاً} في كل

(١) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٥٦) ح ١.

الأحوال {ممنوع، بل هو عبادة خاصة يغلب فيها فك الملك، فلا يمتنع من الكافر مطلقاً}.

{وقيل} والقائل ابن إدريس والمحقق والعلامة {لا يقع من الكافر مطلقاً} سواء جحد الربوبية أم الرسالة، أم الضروري من الدين {نظراً إلى أنه عبادة تتوقف على القربة، وأن المعتبر من القربة ترتب أثرها من الثواب، لا مطلق طلبها كما ينبه عليه حكمهم ببطلان صلاته، وصومه، لتعذر القربة منه، فإن القدر المتعذر هو هذا المعنى، لا ما ادعوه أولاً} في القول الأول {ولأن العتق شرعاً ملزوم للولاء ولا يثبت ولاء الكافر على المسلم؛ لأنه سبيل منفي عنه، وانتقاء اللازم يستلزم انتقاء الملزوم، وفي الأول ما مر} من أن المعتبر من القربة ترتب أثرها وهو الثواب {وفي الثاني: أن الكفر مانع من الإرث كالقتل، كما هو مانع من النسب} فلا ملازمة؛ لأنه أعم.

{والحق: أن اتفاقهم على بطلان عبادته من الصلاة ونحوها، واختلافهم في عتقه، وصدقته، ووقفه عند من يعتبر نية القربة فيه يدل على أن لهذا النوع من التصرف المالي حكماً ناقصاً عن مطلق العبادات من حيث المالية، وكون الغرض منها نفع الغير فجانب المالية فيها أغلب من جانب العبادة، فمن ثم وقع الخلاف فيها، دون غيرها من العبادات، والقول بصحة عتقه متجه مع تحقق قصده إلى القربة، وإن لم يحصل لازمها} وهو الثواب [وكونه] {بالجر عطفاً على مباشرة الكافر أي والأقرب صحة كون الكافر} {محلاً} {للعتق: بأن يكون العبد المعتق كافراً، لكن} {بالنذر، لا غيره} {بأن ينذر عتق مملوك بعينه وهو كافر، أما المنع من عتقه مطلقاً ولو بالنذر كما هو مذهب جمع} {فلأنه خبيث وعتقه إنفاق له في سبيل الله، وقد نهى الله تعالى عنه بقوله: ﴿وَلَا

تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ^(١) ولاشترط القربة فيه، كما مر، ولا قربة من الكافر، ولرواية سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام قال: (سألته أيجوز للمسلم أن يعتق مملوكاً مشركاً؟ قال: لا)^(٢).

{وأما جوازه بالنذر} كما عن الشيخ في النهاية {فللجمع بين ذلك} الاعتبار والنص المتقدم في دليل المنع {ووين ما روي} عن الحسن بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام { (أن علياً عليه السلام أعتق عبداً نصرانياً فأسلم حين أعتقه)^(٣) بحمله على النذر، والأولى على عدمه، وفيهما معاً نظر؛ لأن ظاهر الآية، وقول المفسرين: أن الخبيث هو الرديء من المال يعطى الفقير، وربما كانت المالية في الكافر خيراً من العبد المسلم، والإنفاق لماليته، لا لمعتقه الخبيث، ومع ذلك فالنهي مخصوص بالصدقة الواجبة، لعدم تحريم الصدقة المندوبة بما قل وردء حتى بشق ثمرة إجماعاً، والقربة يمكن تحققها في عتق المولى الكافر المقر بالله تعالى الموافق له في الاعتقاد، فإنه يقصد به وجه الله تعالى كما مر وإن لم يحصل الثواب، وفي المسلم إذا ظن القربة بالإحسان إليه، وفك رقبته من الرق، وترغيبه في الإسلام، كما روي من فعل علي عليه الصلاة والسلام، وخبر سيف مع ضعف سنده أخص من المدعى {لأنه وارد في المشرك والكلام في مطلق الكافر} ولا ضرورة للجمع حينئذ بما لا يدل عليه اللفظ أصلاً، فالقول بالصحة مطلقاً {بالنذر وغيره} مع تحقق القربة متجه، وهو مختار المصنف في الشرح.

[ولا يقف العتق على إجازة المالك] {لو وقع من غيره} [بل يبطل عتق الفضولي]
 {من رأس إجماعاً، ولقوله عليه السلام} {في خبر مسمع أبي سيار عن أبي عبد الله عليه السلام}: { (لا

(١) سورة البقرة، آية (٢٦٧).

(٢) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (١٧) ح ٥.

(٣) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (١٧) ح ٢.

عتق (إلا في ملك) ^(١) ونحوه غيره {ووقعه من غيره} وهو الشريك {بالسراية خروج عن المتنازع} لأن الكلام في العتق الاختياري وإن كان من غير المالك ولو لجزء منه {واستثنائه إما منقطع} باعتبار أن المراد بالعتق في الرواية ما هو بالاختيار والمباشرة {أو} متصل {نظراً إلى مطلق الإنعتاق، ولو علق غير المالك العتق بالملك لغى} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر وللتعليق، وعدم الملك حال تلفظه بالصيغة، ولصحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: (سألت عن رجل يقول: إن اشتريت فلاناً فهو حر، وإن اشتريت هذا الثوب فهو صدقة، وإن نكحت فلانة فهي طالق، قال: ليس ذلك بشيء) ^(٢) {إلا أن يجعله نذراً، أو ما في معناه: كـ الله علي إعاقته إن ملكته، فيجب عند حصول الشرط} لعموم قوله جزء: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ ^(٣).

{ويفتقر إلى صيغة العتق وإن قال: لله علي أنه حر إن ملكته على الأقوى} وفاقاً للمشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً؛ ولأن العتق مشروط بانتقاله إلى ملكه ولو أنا ما، فلو عتق بمجرد الصيغة لزم العتق في غير ملك، والتالي باطل فالمقدم مثله، أضف إليه أنه من نذر النتيجة الباطل على التحقيق، ولتعليقه على شرط وهو مبطل له {وربما قيل} والقائل ابن حمزة {بالاكتفاء هنا بالصيغة الأولى اكتفاءً بالملك الضمني كملك القريب أنا ثم يعتق} لكنه كما ترى! لأنه من القياس الباطل، لعدم الدليل على انعاقه بهذه الصيغة، لكي يلتزم بالتقدير المذكور في ملك القريب؛ لأنه

(١) الوسائل، جـ ٢٣، العتق، باب (٥) ح ٢. وفي المصدر: لا عتق الا بعد ملك.

(٢) الوسائل، جـ ٢٣، العتق، باب (٥) ح ٧.

(٣) سورة الحج، آية (٢٩).

لا عتق إلا في ملك، وأدلة النذر تقتضي وجوب الوفاء بالنذر بشرائطه الشرعية، ومنها كونه بصيغة مخصوصة، اتفاقاً.

[ولا يجوز تعليقه على شرط] {كقوله: أنت حر إن فعلت كذا، أو} صفة ك {إذا طلعت الشمس [إلا في التدبير فإنه] {يجوز أن} {يعلق بالموت} {كما سيأتي} [لا غيره] {وإلا في النذر حيث لا يفتقر إلى صيغة إن قلنا به}.

[نعم لو نذر عتق عبده عند شرط] {سائغ على ما فصل} {انعقد} {النذر} لعموم أدلة وجوب الوفاء به {وانعقد مع وجود الشرط إن كانت الصيغة إنه إن كان كذا - من الشروط السائغة - فعبدي حر، ووجب عتقه إن قال: فله علي أن أعتقه، والمطابق للعبارة الأول؛ لأنه العتق المعلق} وهو ما يعبر بنذر النتيجة وبطلانه واضح؛ لأن أدلة النذر تقتضي وجوب الوفاء بالمندور على شرائطه الشرعية، لا أنها تشريع الشيء لنفسه، مع أن المصنف يريد استثناءه فيقع الإشكال على المتن، ولكن التأمل يقضي بأن المصنف أراد استثناء النذر المعلق وليس العتق المعلق، ومنه تعرف التأمل في قوله {لا الثاني} وهو النذر الذي لا إشكال فيه {فإنه الإعتاق} المحتاج إلى صيغة العتق.

{ومثله} في الإشكال بكلا فرضيه {القول فيما إذا نذر أن يكون ماله صدقة، أو لزيد، أو أن يتصدق به، أو يعطيه لزيد، فإنه ينتقل عن ملكه بحصول الشرط في الأول، وبصير ملكاً لزيد قهرياً} إلا أنه من نذر النتيجة الذي قد عرفت بطلانه {بخلاف الأخير: فإنه لا يزول ملكه به، وإنما يجب أن يتصدق، أو يعطي زيداً، فإن لم يفعل بقي على ملكه وإن حث} في نذره، لتحقيق شرطه {ويتفرع على ذلك} أي الفرق بين

نذر النتيجة، ونذر الفعل {إبرأؤه منه قبل القبض، فيصح في الأول} لأنه ملكه بمجرد النذر {دون الثاني}.

{ولو شرط عليه} {في صيغة العتق} {خدمته} {مدة مضبوطة متصلة بالعتق، أو منفصلة، أو متفرقة مع الضبط} {صح} {الشرط والعتق} بلا خلاف كما اعترف به غير واحد، بل في نهاية المرام الإجماع عليه، كذا في الجواهر {لعموم} {المؤمنون عند شروطهم} {وخصوص صحيح أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن رجل قال: غلامي حر وعليه عمالة كذا وكذا سنة؟ قال: هو حر، وعليه العمالة)^(١) ونحوه غيره} {ولأن منافعه المتجددة ورقبته ملك للمولى فإذا أعتقه بالشرط فقد فك رقبته، وغير المشترط من المنافع، وأبقى المشترط على ملكه فيبقى استصحاباً للملك، ووفاء بالشرط} وهذا الاستدلال لا حاجه له بعد ورود النصوص الصحيحة المستفيضة على صحة العتق ولزوم الشرط.

{وهل يشترط قبول العبد؟ الأقوى عدم، وهو ظاهر إطلاق العبارة، لما ذكرناه} وفاقاً للمحقق في الشرائع {ووجه اشتراط قبوله} كما عن العلامة في التحرير {أن الإعتاق يقتضي التحرير، والمنافع تابعة، فلا يصح شرط شيء منها إلا بقبوله} والظاهر الأول، لإطلاق النصوص، والشهرة المحققة بين الأصحاب.

{وهل تجب على المولى نفقته في المدة المشترطة؟ قيل} والقائل ابن الجنيّد {نعم، لقطعه بها عن التكسب. ويشكل: بأنه لا يستلزم وجوب النفقة كالأجير، والموصى بخدمته، والمناسب للأصل} الذي هو الإنفاق على من لا يمكنه تحصيل نفقته {ثبوتها من بيت المال، أو من الصدقات؛ لأن أسباب النفقة مضبوطة شرعاً، وليس هذا منها،

(١) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (١٠) ح ٢.

وللأصل { وهو عدم وجوبها } وكما يصح اشتراط الخدمة يصح اشتراط شيء معين من المال، للعموم، لكن الأقوى هنا اشتراط قبوله؛ لأن المولى لا يملك إثبات مال في ذمة العبد { بدون رضاه، ولعدم قابليته للملك على مذهبه } ولصحيحة حريز عن الصادق عليه السلام { قال لمملوكه: أنت حر ولي مالك، قال: لا، يبدأ بالحرية قبل المال، يقول: لي مالك، وأنت حر، برضا المملوك، فإن ذلك أحب إلي }^(١) ولم يروها عن حريز إلا الصدوق، ومع ذلك فقد أسندها إلى أبي الحسن الكاظم عليه السلام وكذلك في بقية الكتب الأربعة إلا أن فيها عن أبي جرير، وهو ضعيف، فلاستناد إليها مشكل جداً، لاسيما على مذهبه من عدم ملك العبد.

{ وقيل } والقائل الأكثر { لا يشترط كالخدمة، لاستحقاقه عليه رقاً السعي في الكسب كما يستحق الخدمة، فإذا اشترط عليه مالا فقد استثنى من منافعه بعضها، وضعفه ظاهر } بناءً على عدم استحقاق المولى على العبد تحصيل المال، مضافاً لمعارضته لصحيح حريز المتقدم، ولكن قد عرفت ما فيه، فتأمل جيداً { وحيث يشترط الخدمة لا يتوقف انعاقه على استيفائها فإن وفي بها في وقتها } فيها ونعمت { وإلا استقرت أجرة مثلها في ذمته } كما عن ابن إدريس والمحقق والمشهور عند المتأخرين { لأنها مستحقة عليه وقد فاتت فيرجع إلى أجرتها، ولا فرق بين المعتق ووارثه في ذلك }.

{ ولو شرط عوده في الرق إن خالف شرطاً } شرط عليه في صيغة العتق { فالأقرب } كما هو المشهور [بطلان العتق] { لتضمن الشرط عود من تثبت حريته رقاً، وهو غير جائز } وفاسد، وفساد الشرط مستلزم لفساد المشروط عند جمع من

(١) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٢٤) ح ٥ .

الأصحاب {ولا يرد مثله في المكاتب المشروط؛ لأنه لم يخرج عن الرقية وإن تشبث بالحرية بوجه ضعيف، بخلاف المعتق بشرط، وقول السيد للمكاتب فأنت رد في الرق} قد يستلزم أنه لو لم يخرج من الرق كيف يقول له سيده: أنت رد في الرق؟ ويدفعه أنه {يريد به الرق المحض، لا مطلق الرق} وإن كان مكاتباً.

{وقيل} والقائل القاضي والشيخ في النهاية وغيرهما {يصح الشرط ويرجع بالإخلال} بالشرط من قبل العبد {للعوم} الوارد في قولهم للمعتق: (المؤمنون عند شروطهم) {و} لـ {رواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: (أنه سأل عن الرجل يعتق مملوكه، ويزوجه ابنته، ويشترط عليه إن أغارها أن يرده في الرق، قال: له شرطه)^(١) وطريق الرواية ضعيف} عنده لأنه من الموثق {ومتنها مناف للأصول} والقواعد المعمول بها عند علماء المذهب، والتي منها عدم استرقاق من كان حراً، ولذا رميت بالشذوذ من كثير منهم {فالقول بالبطلان أقوى، وذهب بعض الأصحاب} وهو ابن إدريس وتبعه الفخر {إلى صحة العتق، وبطلان الشرط، لبنائه} العتق {على التغليب، ويضعف: بعدم القصد إليه مجرداً عن الشرط، وهو شرط الصحة كغيره من الشروط}.

{ويستحب عتق} {المملوك} {المؤمن} {ذكراً كان أم أنثى} {إذا أتى عليه} {في ملك المولى المندوب إلى عتقه} {سبع سنين} {لقول الصادق عليه السلام} في مرسل محمد بن عبد الله بن زرارة عن بعض آل أعين: {من كان مؤمناً فقد عتق بعد سبع سنين، أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، ولا تحل خدمة من كان مؤمناً بعد سبع سنين}^(٢) وهو محمول

(١) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (١٢) ح ٣.

(٢) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (٣٣) ح ١.

على تأكد استحباب عتقه، للإجماع على أنه لا يعتق بدون الإعتاق {المقصود من المالك [بل يستحب] استحباباً مؤكداً {العتق} {مطلقاً} مضى عليه سبع سنين أم لا، بل حتى المسلم المستضعف، بل حتى الكتاني {خصوصاً للمؤمن}.

[ويكره عتق العاجز عن الاكتساب] اتفاقاً [إلا أن يعينه] {بالإنفاق، قال الرضا عليه السلام} فيما تضمنته مكاتبة ابن محبوب الصحيحة {:(من أعتق مملوكاً لا حيلة له فإن عليه أن يعوله حتى يستغني عنه، وكذلك كان علي عليه السلام يفعل إذا أعتق الصغار ومن لا حيلة له) ^(١)}. لا حيلة له).

[و] {كذا يكره} كراهة عبادة أي موجبة لقلة الثواب [عتق المخالف] غير المستضعف {للحق في الاعتقاد، للنهي عنه في الأخبار، المحمول على الكراهة جمعاً} بين ما سيذكره من الخبر {قال الصادق عليه السلام} فيما تضمنه خبر ناجية {:(ما أغنى الله عن عتق أحدكم تعتقون اليوم يكون علينا غداً، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفاً) ^(٢) [ولا] {يكره عتق} [المستضعف] {الذي لا يعرف الحق ولا يعاند فيه، ولا يوالي أحداً بعينه، لرواية الحلبي} الصحيحة {عن الصادق عليه السلام قال: (قلت له: الرقبة تعتق من المستضعفين؟ قال: نعم) ^(٣)}. {

[ومن خواص العتق السراية] على المشهور، كما في الجواهر {وهو انعقاد باقي المملوك إذا أعتق بعضه بشرائط خاصة} وهي كون المعتق صحيحاً وليس في مرض الموت، جائز التصرف، وليس هنالك مانع من نفوذ العتق في المعتق، بلا خلاف

(١) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (١٤) ح ١.

(٢) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (١٧) ح ٣.

(٣) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (١٧) ح ١.

فيه، كما هو ظاهر المحقق في الشرائع [فمن أعتق شقصاً] {بكسر الشين أي جزءاً} [من عبده] {أو أمته وإن قل الجزء سرى العتق فيه أجمع، و} {عتق كله} {وإن لم يملك سواه} {إلا أن يكون} {المعتق} {مريضاً ولم يبرأ} {من مرضه الذي أعتق فيه} {ولم يخرج} {المملوك} {من الثلث} {أي من ثلث مال المعتق، فلا يعتق حينئذٍ أجمع، بل ما يسعه الثلث} {إلا مع الإجازة} {من الوارث فيعتق أجمع إن أجازته، وإلا فبحسب ما أجازته، هذا هو المشهور بين الأصحاب وربما كان إجماعاً، ومستنده من الأخبار ضعيف} وهي خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليه السلام: (أن رجلاً أعتق بعض غلامه، فقال علي عليه السلام: هو حر كله، ليس لله شريك)^(١) ومثله غيره {ومن ثم ذهب السيد جمال الدين بن طاووس إلى عدم السراية بعتق البعض مطلقاً} وإن لم يكن مريضاً، أو وفي ثلثه بقيمته {استضعافاً للدليل المخرج عن حكم الأصل} وهو عدم السراية، واستصحب الرقية {ولموافقته لمذهب العامة} وهو كما ترى!

أولاً: لانجبار ضعف ما ذكر من الأخبار بالشهرة المحققة القريبة من الإجماع.

وثانياً: إن موافقة العامة إنما يكون مرجحاً لترك العمل عند التعارض والتكافؤ والمفروض أنه لا تعارض في البين، لترجح الأخبار الدالة على السراية بالشهرة المحققة.

وثالثاً: شذوذ مثل هذه النصوص التي ينبغي طرحها إن لم تقبل التأويل، لرجحان ما تقدم عليها، ولذا كان للتأمل مجال واسع في قوله: {مع أنه قد روى حمزة بن حمران عن أحدهما ÷ قال: (سألت عن الرجل أعتق نصف جاريته، ثم قذفها بالزنا،

(١) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٦٤) ح ١.

قال: فقال: أرى أن عليه خمسين جلدة، ويستغفر ربه، الحديث^(١) { فلا وجه لثبوت الحد عليه إلا كونها حرة، نعم قد ينافيه كمية الحد، لكن قد يمكن حمله على التعزير لا الحد، فتأمل في هذا الحمل فإنه خلاف المتفق عليه بين الأصحاب من ثبوت الحد كاملاً وهو ثمانون جلدة، ولذا حملها الشيخ على أنه لا يملك إلا نصفها، وحملها في الوسائل على أنها مكاتبة قد أدت نصف ما عليها بقرينة قوله: حتى تؤدي ما عليها {وفي معناه خبران آخران} وهما صحيح عبد الله بن سنان، وخبر أبي بصير^(٢) حيث يمكن حمل الأول على عدم ملك غيرها، والثاني يحمل على المكاتبة المشروطة {وحملها الشيخ على أنه لا يملك نصفها الآخر مع إعساره} وعدم سعيها في الباقي.

[ولو كان له فيه] {أي في المملوك الذي أعتق بعضه} [شريك قوم عليه نصيبه وعتق] {أجمع} [مع يساره] {أي يسار المعتق: بأن يملك حال العتق زيادة عما يستثنى في الدين من داره، وخادمه، ودابته، وثيابه اللاتقة بحاله كمية وكيفية، وقوت يومه له ولعياله ما يسع قيمة نصيب الشريك فتدفع إليه ويعتق} بلا خلاف أجده فيه مع قصده الإضرار، إلا ما حكاه في المختلف عن أبي الصلاح الحلبي من إطلاق وجوب السعي على العبد في الفك، بل ومع عدم قصده عند الأكثر، خلافاً للشيخ والقاضي فأوجبا على العبد السعي، مع قصده، كما في الجواهر، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (في جارية كانت بين اثنين، فأعتق أحدهما نصيبه، قال: إن كان موسراً كلف أن يضمن، فإن كان معسراً خدمت بالخصص)^(٣) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (٦٤) ح ٣.

(٢) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (٦٤) ح ٧. الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (١٨) ح ١٤.

(٣) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (١٨) ح ٧.

{ولو كان مديوناً يستغرق دينه ماله الذي يصرف فيه، ففي كونه موسراً} حينئذٍ {أو معسراً قولان} أولهما أنه موسر، كما يظهر من الشرائع، وعليه فلا يمنع الدين السراية، وثانيهما أنه معسر، كما عن القواعد؛ لأنه فقير شرعاً، وتحل له الزكاة، فلا سراية في حقه {أوجهها الأول، لبقاء الملك معه، وهل تنعتق حصة الشريك بعتق المالك حصته، أو بأداء قيمتها إليه، أو بالعتق مراعى بالأداء؟ أقوال}:

الأول: ما عن ابن إدريس من أنه ينعتق بصيغة العتق التي وقعت على نصيبه؛ لأن ذلك مقتضى السراية، لقول النبي ﷺ: (إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه وكان له فقد عتق كله)^(١) ونحوه غيره، ويشكل:

أولاً: بأنه لا يعمل بالخبر الصحيح من أخبارنا فضلاً عن أخبار غيرنا.

وثانياً: بأن الخبر ضعيف في نفسه مع كونه ليس من أخبارنا.

وثالثاً: لا وجود للحكم في أخبارنا.

الثاني: وفاقاً للمشهور، بل عن المرتضى الإجماع عليه، كما في الجواهر، انعتاقه بأداء القيمة؛ لأنه المستفاد من أكثر النصوص، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه سئل عن رجلين، كان بينهما عبد، فأعتق أحدهما نصيبه، فقال: إن كان مضاراً كلف أن يعتقه كله)^(٢) وظهوره في أن للأداء مدخلة في الانعتاق واضح، ولذا لا ينعتق مع الإعسار، ونحوه غيره، وهو الأظهر.

(١) السنن الكبرى، ج ١٠، ص ٢٧٧. مع اختلاف في المصدر.

(٢) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (١٨) ح ٢.

الثالث: ما عن الشيخ في المبسوط من أن الأداء كاشف عن العتق بالصيغة. ويشكل: بأنه ليس في نصوصنا ما يقتضي انعताقه بالعتق؛ ولأنه من عتق النتيجة المشهور بطلانه ومنه يظهر التأمل في قوله {وفي الأخبار ما يدل على الأولين، والأخير طريق الجمع} لكنه كما ترى! جمع تبرعي لا شاهد له.

{وتظهر الفائدة} بين الأقوال {فيما لو أعتق الشريك حصته قبل الأداء، فيصح على الثاني} وذلك لمصادفة عتقه لملكه فينفذ {دون الأول} لأنه لم يبق للشريك حصة في المملوك، فلا يصادف عتقه لما يملك حتى ينفذ {وفي اعتبار القيمة فعلى الأول يوم العتق} وهو يوم الضمان باعتبار السراية {وعلى الثاني يوم الأداء} لأنه وقت السراية المقتضي للضمان {والظاهر أن الثالث} مقتضاه {كالأول} لأنه حين الأداء تنكشف السراية من حين العتق، وهو وقت الضمان، هذا بناء على ما ذكره الشارح، ويشكل ظهور هذه الفوائد بعد تصريح النصوص: بأن المعتبر من القيمة يوم العتق، كما في صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - إلى أن قال - : (وإن لم يكن له سعة في مال نظر قيمته يوم أعتق)^(١) ونحوه صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله، فتأمل جيداً.

{و} تظهر الفائدة بين الأقوال أيضاً {فيما لو مات} المملوك {قبل الأداء فيموت حراً على الأول} لانعتاقه بالصيغة {ويرثه وارثه} لو كان له مال {دون الثاني} لعدم تحقق السريان {ويعتبر الأداء في ظهور حرثته على الثالث} ومع فرض موته قبل الأداء فيبقى نصفه مملوكاً {وفيما لو وجب عليه حد قبله فكالحر على الأول} لانعتاقه يوم الصيغة {و} يأخذ حكم {المبعض على الثاني} لعدم الأداء {وفي الحكم على

(١) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (١٨) ح٣، ح٦. بتفاوت يسير.

الثالث} في هذه الصورة {نظر} من كونه مبعضاً لاشتراط مراعاة الحرية بالأداء في السريان، ومن أنه حر واقعاً والأداء كاشف عنها {وفياً لو أيسر المباشر بعد العتق وقبل الأداء، فعلى الأول لا يجب عليه الفك} لأنه حين عتقه كان معسراً ومعه لا ضمان عليه، بل الضمان على العبد {وعلى الثاني يجب} لأنه وقت السريان فيضمن المعتق {وفي الثالث نظر} من أن قيمة حصة الشريك على المعتق؛ لأنه موسر، ومن أن المباشر معسر حال العتق، والعبرة بالسريان حال العتق، والأداء كاشف بحسب الظاهر عنه {وإلحاقه بالأول مطلقاً} في جميع الفروض {حسن}.

[وسعى العبد في باقي قيمته] {بجميع سعيه، لا نصيب الحرية خاصة} [مع إعساره] {عنه أجمع، فإذا أدى، عتق كالمكاتب المطلق، ولو أيسر} المعتق {بالبعض سرى عليه بقدره على الأقوى} لعموم قوله ﷺ : (إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)^(١) {وسعى العبد في الباقي}.

{ولا فرق في عتق الشريك بين وقوعه للإضرار بالشريك وعدمه} كما هو المشهور {مع تحقق القرية المشترطة} في العتق {خلافًا للشيخ حيث شرط في السراية مع اليسار قصد الإضرار، وأبطل العتق بالإعسار معه، وحكم بسعي العبد مطلقاً} سواء كان موسراً أم معسراً {مع قصد القرية، استناداً إلى أخبار^(٢) تأويلها بما يدفع المنافاة بينها وبين ما دل على المشهور طريق الجمع}.

(١) عوالي اللئالي، ج٤ ص٥٨.

(٢) يراجع بشأنها، الوسائل، ج٢٣، العتق، الباب (١٨).

{ولو عجز العبد} {عن السعي، أو امتنع منه ولم يمكن إجباره، أو مطلقاً} أمكن إجباره أم لا {في ظاهر كلامهم} {فالمهاياة} {بالهمز} {في كسبه} {بمعنى أنها يقتسمان الزمان بحسب ما يتفقان عليه، ويكون كسبه في كل وقت لمن ظهر له بالقسمة}.

{وتتناول} {المهاياة} {المعتاد من الكسب} {كالاحتطاب} {والنادر} {كالالتقاط} بلا خلاف أجده بيننا، كذا في الجواهر، ولإطلاق الأدلة {وقيل} والقائل بعض العامة {لا تتناول النادر؛ لأنها معاوضة، فلو تناولته لجهلت} لمجهولية الالتقاط كما وكيفاً {والمذهب خلافه} لأن المنافع الحاصلة به مضبوطة بالزمن وهو رافع للجهالة {والأدلة عامة} وما ذكر لا يصلح لتخصيصها.

{والنفقة والفطرة عليهما بالنسبة} لخصه كل منهما، كما هو مقتضى الشركة ارتكازاً {ولو ملك بجزئه الحر مالاً، كالإرث، والوصية لم يشاركه المولى فيه وإن اتفق في نوبته} لاختصاصه بسببه {ولو امتنعا أو أحدهما عن المهاياة لم يجبر الممتنع، وكان على المولى نصف أجره عمله الذي يأمره به} لتفويته عليه بامتناعه عن المهاياة {وعلى البعض نصف أجره ما يغصبه من المدة ويفوته اختياراً} لتفويته عليه منفعة المستحقة له في كلا الحالين، لقاعدة الضمان.

{ولو اختلفا في القيمة حلف الشريك؛ لأنه ينتزع من يده} {فلا ينتزع إلا بما يقوله، لأصالة عدم استحقاق ملكه إلا بعوض يختاره، كما يحلف المشتري لو نازعه الشفيع فيها للعلة} المذكورة في كلام المصنف {وقيل} والقائل المحقق في الشرائع {يحلف المعتق؛ لأنه غارم} وهو منكر للزيادة فيكون القول قوله لموافقته لأصل البراءة من الزائد {وربما بني الخلاف على عتقه بالأداء، أو الإعتاق، فعلى الأول، الأول} لبقائه على ملكه فلا ينتزع إلا برضاه {وعلى الثاني، الثاني} وهو المعتق؛ لأنه

الغارم، وهو منكر للزيادة {وعليه المصنف في الدروس، لكن قدم على الحلف عرضه على المقومين مع الإمكان} كما لو كان حياً أو قريب عهد بالموت، وهو مخالف لما ذكره هنا {و} على كل فـ {الأقوى تقديم قول المعتق للأصل} وهو براءة ذمته من الزائد {ولأنه متلف، فلا يقصر عن الغاصب المتلف} والمقدم قوله بلا خلاف ولا إشكال.

[وقد يحصل العتق بالعمى] {أي عمى المملوك بحيث لا يبصر أصلاً} بلا خلاف أجده، بل عن الشيخ في الخلاف الإجماع، كما في الجواهر، و {لقول الصادق عليه السلام في حسنة حماد: (إذا عمي المملوك فقد أعتق)}^(١) وروى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله ﷺ: إذا عمي المملوك فلا رق عليه، والعبد إذا أجذم فلا رق عليه)^(٢) وفي معناهما أخبار كثيرة^(٣).

[والجذام] {وكأنه إجماع، ومن ثم لم ينكره ابن إدريس، وإلا فالمستند ضعيف} وهو موثق السكوني، وقد عرفت غير مرة أنه من الموثق الذي هو حجة على التحقيق {وألحق به ابن حمزة البرص، ولم يثبت} لعدم الدليل الصالح عليه إلا القياس، وبطلانه عندنا واضح.

[والإقعاد] كذا {ذكره الأصحاب، ولم نقف على مستنده} سوى ما أرسله ابن الجنيد في المحكي عنه، والظاهر أنه موثق السكوني المتقد {وفي النافع نسبه إلى

(١) الوسائل، جـ ٢٣، العتق، باب (٢٣) ح ١. وفي المصدر عتق بدل اعتق.

(٢) الوسائل، جـ ٢٣، العتق، باب (٢٣) ح ٢.

(٣) يراجع بشأنها، الوسائل، العتق، جـ ٢٣، الباب (٢٣).

الأصحاب، مشعراً بتمريره إن لم يكن إشارة إلى أنه إجماع، وكونه المستند { وهو حسن، وفاقاً للمشهور عند الأصحاب.

[وإسلام المملوك في دار الحرب سابقاً على مولاه] {خارجاً منها قبله على أصح القولين} بل صريح المختلف وظاهر غيره الإجماع عليه {للخبر} الموثق عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام (أن النبي صلى الله عليه وآله حيث حاصر أهل الطائف، قال: أيما عبد خرج إلينا قبل مولاه فهو حر، وأيما عبد خرج إلينا بعد مولاه فهو عبد) ^(١) ومقابل الأصح ما عن ظاهر المبسوط وصريح ابن إدريس ولكن لم نتحققه، كما في الجواهر، كما وهو ظاهر المحقق في الشرائع حيث أطلق ولم يقيد بالخروج، لآية نفي السبيل وهو مانع من ملك الكافر، وهو كما ترى!

أولاً: لمخالفته للمشهور.

وثانياً: لا سبيل للكافر بعد الإسلام وتحرره به قبل مولاه {ولأن إسلام المملوك لا ينافي ملك الكافر له، غايته أنه يجبر على بيعه، وإنما يملك نفسه بالقهر لسيده، ولا يتحقق ثمّ إلا بالخروج إلينا قبله، ولو أسلم العبد بعده لم يعتق وإن خرج إلينا قبله} لأن الأصل عدم الانعتاق إلا ما خرج بالدليل، والدليل إنما دل على قبلية خروج العبد فيقتصر عليه، لمخالفته للأصل {ومتى ملك نفسه أمكن بعد ذلك أن يسترى مولاه إذا قهره، فتنعكس المولوية}.

[ودفع قيمته] {المملوك} [الوارث] {إلى سيده ليعتق ويرث} مع انحصار الإرث فيه ليرث ما زاد عن قيمته من حصته، كما هو المتفق عليه، وسيأتي تفصيله

(١) الوسائل، ج ١٥، باب (٤٤) جهاد العدو، ح ١.

إن شاء الله ﷻ في كتاب الإرث {ويظهر من العبارة اعتناقه بمجرد دفع القيمة، حيث جعله سبب العتق، وكذا يظهر منها الاكتفاء في عتقه بدفع القيمة من غير عقد، وسيأتي في الميراث أنه يشتري ويعتق، ويمكن أن يريد كون دفع القيمة من جملة أسباب العتق وإن توقف على أمر آخر كسببية التدبير، والكتابة، والاستيلاد} والأجود الأخير، لبناء المصنف على الاختصار.

[وتنكيل المولى بعبد] {في المشهور} شهرة عظيمة لم يخالف فيها إلا ابن إدريس، بل في الخلاف الإجماع عليه، كما في الجواهر، ولصحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكل بمملوكه: أنه حر، لا سبيل له عليه ... الحديث)^(١) وعليه تعرف التأمل في قوله: {وبه روايتان: إحداها رسالة} الصدوق قال: (وروي في امرأة قطعت يدي وليدتها، أنها حرة، لا سبيل لمولاتها عليها)^(٢) أو يريد بها رسالة جعفر بن محبوب عن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (كل عبد مثل به فهو حر)^(٣) {وفي سند الأخرى} وهي صحيحة أبي بصير {جهالة} بدعوى اشتراكه بين الثقة والضعيف، وقد سبق منا أنهم ثلاثة كلهم ثقة {ومن ثم أنكره ابن إدريس} بناء على أصله المعلوم ضعفه من عدم العمل بخبر الواحد وإن كان صحيحاً، وعليه فلا عبرة بإنكاره {وأصل التنكيل: فعل الأمر الفظيع في الغير، يقال: نكل به تنكيلاً إذا جعله نكالاً وعبرة لغيره مثل أن يقطع أنفه، أو لسانه، أو أذنيه، أو شفتيه، وليس في كلام الأصحاب هنا شيء محرر، بل اقتصروا على مجرد اللفظ فيرجع فيه إلى العرف، فما يعد تنكيلاً عرفاً يترتب عليه حكمه، والأمة في ذلك كالعبد،

(١) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٢٢) ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٢٢) ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٢٢) ح ١.

ومورد الرواية المملوك فلو عبر به المصنف كان أولى { [و] { قد يحصل العتق { [بالمملك]
{ فيما إذا ملك الذكر أحد العمودين، أو إحدى المحرمات نسباً أو رضاعاً، والمرأة أحد
العمودين { [وقد سبق] { تحقيقه في كتاب البيع { فراجع.

[ويلحق بذلك مسائل]:

المسألة الأولى: [لو قيل لمن أعتق بعض عبيده: أأعتقتهم؟] {أي عبيدك بصيغة العموم من غير تخصيص بمن أعتقه} [فقال: نعم لم يعتق سوى من أعتق] كما عن الشيخ وجمع {لأن هذه الصيغة لا تكفي في العتق، وإنما حكم بعتق من أعتقه بالصيغة السابقة، هذا بحسب نفس الأمر} لموثق سماعه قال: (سألته عن رجل قال لثلاثة ممالك له: أنتم أحرار، وكان له أربعة، فقال له رجل من الناس: أعتقت ممالكك؟ قال: نعم، أوجب العتق لأربعة حين أجملهم؟ أو هو الثلاثة الذين أعتق؟ فقال: إنما يجب العتق لمن أعتق)^(١).

{أما في الظاهر} المستفاد من اللفظ {فإن قوله: نعم عقيب الاستفهام عن عتق عبيده الذي هو جمع مضاف مفيد للعموم عند المحققين يفيد الإقرار بعتق جميع عبيده من أوقع عليه منهم صيغة} العتق {وغيره عملاً بظاهر إقرار المسلم، فإن الإقرار وإن كان إخباراً عما سبق لا يصدق إلا مع مطابقته لأمر واقع في الخارج سابق عليه، إلا أنه لا يشترط العلم بوقوع السبب الخارجي، بل يكفي إمكانه، وهو هنا حاصل، فيلزم الحكم عليه ظاهراً بعتق الجميع لكل من لم يعلم بفساد ذلك}.

{ولكن الأصحاب أطلقوا القول: بأنه لا يعتق إلا من أعتقه من غير فرق بين الظاهر ونفس الأمر، تبعاً للرواية} المتقدمة عن سماعه {وهي ضعيفة} لأن رواها من الواقفية، ولكن قد ثبتت وثاقتهم قبل وقفهم وهي منقولة عنهم كذلك، وكذا هي {مقطوعة} حيث لم ينسبها للإمام عليه السلام ويشكل: بأن مثل سماعه لا يسأل غير

(١) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٥٨) ح ١.

الإمام عليه السلام لجلالة قدره، وعليه فتكون من الموثق المحقق حجتيه، فيندفع الإشكال عليها بالضعف، والانقطاع، وأما قوله {وفيها ما ذكر} من أن الظاهر يقتضي الإقرار بعق الجميع ومخالفته لواقع الحال، فيشكل: بأنه لا معنى للتفريق بين الظاهر ونفس الأمر، بل يحمل الظاهر على نفس الأمر؛ لأنه قرينة حالية عليه، مضافاً إلى عدم ثبوت كون الإقرار من الأسباب الموجبة لإنشاء العتق في الحال، وإنما هو إخبار عما وقع منه.

{ويقوى الإشكال} على ما أطلقه الأصحاب والرواية {لو كان من أعتقه سابقاً لا يبلغ الجمع} وهم ثلاثة نفر على الأقل {فإن إقراره ينافيه من حيث الجمع، والعموم، بل هو في الحقيقة جمع كثرة لا يطلق حقيقة إلا على ما فوق العشرة، فكيف يحمل على الواحد بحسب مدلول اللفظ لو لم يكن أعتق غيره في نفس الأمر؟! نعم هذا} الحكم بعق من أعتق كما هو مورد الرواية وظاهر الأصحاب إنها {يتم بحسب ما يعرفه المعتق ويدين به} واقعاً {لا بحسب إقراره} الدال على عبيده أجمع {لكن الأمر في جمع الكثرة سهل؛ لأن العرف لا يفرق بينه وبين جمع القلة، وهو المحكم في هذا الباب} من مدلولات الألفاظ.

{واشترط بعضهم} وهو العلامة في القواعد {في المحكوم بعقه ظاهراً الكثرة} ولو كان المعتق واحداً {نظراً إلى مدلول لفظ الجمع، فيلزم عتق ما يصدق عليه الجمع حقيقة، ويكون في غير من أعتقه كالمشتبه} فيستخرج بالقرعة {واعتذر لهم} فخر المحققين {عما ذكرناه} من ظهور الجمع في العموم المطلق فكيف حملوه على من أعتق؟! {بأنه إذا أعتق ثلاثة من ممالكه يصدق عليه هؤلاء ممالكه حقيقة، فإذا قيل له: أعتقت ممالكك؟ فقال: نعم، وهي تقتضي إعادة السؤال وتقريره فيكون إقراراً بعق الممالك الذين انعتقوا دون غيرهم، لأصالة البراءة، والإقرار إنما يحمل على المتيقن

لا على ما فيه احتمال، ومما قررناه يعلم فساد الاعتذار، للفرق بين قوله: أعتقت ممالكي المقتضي للعموم {المستغرق لجميعهم} وبين قوله لثلاثة هؤلاء ممالكي؛ لأنه حينئذ يفيد عموم المذكور {المشار إليه هؤلاء} دون غيره، بخلاف المطلق {عن الإشارة} فإنه يفيد في جميع من يملكه بطريق الحقيقة، وهذا الاحتمال فيه من جهة مدلول اللفظ، فكيف يتخصص بما لا دليل عليه ظاهراً؟! ويشكل: بأن التخصيص إنما حصل من انصراف السؤال إلى ما صدر منه؛ لأنه بمنزلة العهد الذي يحمل اللفظ فيه على المعهود، مؤيداً بظاهر الأصحاب، والرواية المعمول بها منهم جابر لضعفها {نعم لو كان الإقرار في محل الاضطرار، كما لو مر بعاشر} وهو من يأخذ الضريبة على العبيد {فأخبر بعقبتهم، ليسلم منه، اتجه القول: بأنه لا يعتق إلا ما أعتقه، عملاً بقرينة الحال في الإقرار، وبه وردت الرواية} عن الوليد بن هشام المرادي قال: (قدمت من مصر ومعى رقيق، فمررت بالعاشر فسألني، فقلت: هم أحرار كلهم، فقدمت المدينة، فدخلت على أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بقولي للعاشر، فقال: ليس عليك شيء، الحديث) ^(١).

[و] المسألة الثانية: {لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين} {أي ولدين في بطن واحد، واحدهما: توأم على} وزن {فوعل} {عتقا} {معاً إن ولدتها دفعة واحدة} بلا خلاف أجده، كذا في الجواهر {لأن ما من صيغ العموم فيشمليهما، ولو ولدتها متعاقبين} كما هو الأغلب في مثله {عتق الأول خاصة} كما هو مقتضى الجمود على مدلول اللفظ لغة وعرفاً.

(١) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٦٠) ح ١.

{والشيخ لم يقيد بالدفعة تبعاً للرواية} المروية في دعائم الإسلام عن أبي عبد الله عليه السلام (من أعتق حملاً لمملوكة له، أو قال لها: ما ولدت، أو أول ولد تلدينه فهو حر فذلك جائز، فإن ولدت توأمين عتقا جميعاً)^(١) وهي مطلقة تشمل صورتي الولادة معاً والتعاقب، وقد يريد بالرواية مرفوعة الفضل الهاشمي رفعه قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل نكح وليدة رجل أعتق ربهما أول ولد تلده، فولدت توأمًا، فقال: أعتق كلاهما)^(٢) فتأمل، لعدم ذكر النذر فيها، وكذا في رواية الدعائم {وتبعه جماعة منهم المصنف هنا} وكذا القاضي والمحقق في الشرائع وغيرهم، بل قيل: إنهم الأكثر {و} مع ذلك {حملت على إرادة أول حمل} لأن المنذور أول مولود، لا أول بطن، وله وجه.

{هذا إن ولدته حياً، وإلا عتق الثاني؛ لأن الميت لا يصلح للعتق، ونذره صحيحاً} كما دل عليه الإجماع، والرواية المتقدمة، وهو {يدل على حياته التزاماً، وقيل} على احتمال قواه شيخنا المعظم في الجواهر {يبطل} النذر {لفوات متعلقه} لأن شرط النذر وجد في الميت الذي لا يصلح أن يكون محلاً للعتق {ولو ولدته حراً} كأن كان من المولى أو غيره من الأحرار {أو مستحقاً للعتق لعارض} من عمى، أو جذام، أو إقعاد {فوجهان} من عدم صلاحيته للعتق فينتعق الثاني، ومن تعلق النذر به وهو غير صالح له فلا مناص من بطلان النذر، ولا تخفى قوة الأول.

[وكذا لو نذر عتق أول ما يملك فملك جماعة] {دفعة واحدة؛ بأن قبل شرائهم} بإجازته لفضولي اشترى له جملة من العبيد، بناء على أن الإجازة ناقلة للملكه من

(١) مستدرک الوسائل، العتق، باب (٢٧) ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٣١) ح ١.

حينها {أو تملكهم في عقد واحد} بهبة أو صلح ونحوهما، أو بايقاع، كنذر له، أو جعل جمالة، بناء على عدم اعتبار القبول فيها {أو ورثهم من واحد} أو من متعدد في آن واحد [عتقوا] {أجمع، لما ذكرناه من العموم} المستفاد من لفظ (ما) الوارد في صيغة النذر.

[و] المسألة الثالثة: [لو قال: أول مملوك أملكه فملك جماعة عتق أحدهم بالقرعة] وفقاً للصدوق والشيخ في النهاية وغيرهم، بل نسبه في الرياض إلى الأكثر {لأن (مملوكاً) نكرة واقعة في} سياق {الإثبات، فلا يعم، بل يصدق بواحد فلا يتناول غيره، لأصالة البراءة} [وكذا لو قال: أول مولود تلده] {فلا فرق حينئذ بين نذر ما تلده، ويملكه فيهما؛ نظراً إلى مدلول الصيغة} في المسألتين {في العموم، وعدمه، ومن خص إحديهما بإحدى العبارتين، والأخرى بالأخرى فقد مثل} فيكون غرض المخصص التمثيل كالمحقق في الشرائع حيث قال: لو نذر عتق أول مملوك يملكه فملك جماعة، قيل: يعتق أحدهم بالقرعة، وقيل: يتخير ويعتق، ولو نذر تحرير أول ما تلده فولدت توأمين كانا معتقين؛ حيث خص مسألة الملك بأول مملوك، ومسألة الولادة بأول ما تلده، مع أن ما الموصولة لو تعلقت بالمملوك، بأن نذر عتق أول ما يملك فملك جماعة دفعة لعتقوا بأجمعهم، مع أن النكرة في سياق الإثبات، لو تعلقت بالمولود، بأن نذر أول مولود تلده، لأتى فيه النزاع المتقدم في الملك {هذا غاية ما بينهما من الفرق}.

{وفيه بحث؛ لأن (ما) هنا تحتمل المصدرية، والنكرة المثبتة تحتمل الجنسية، فيلحق} الفرع {الأول} وهو نذر المملوك إذا كان مشتملاً على لفظ ما {بالثاني} الذي حكم فيه بعدم العموم؛ ولذا وقع الخلاف بينهم في أن تعيينه بالقرعة، أو الاختيار {و} يلحق {الثاني بالأول} الذي حكم فيه بالعموم، ولذا حكم بعتق

الجميع لو ملكهم دفعة {ولا شبهة فيه عند قصده، وإنما الشك مع إطلاقه؛ لأنه حينئذٍ مشترك فلا يخص بأحد معانيه بدون القرينة، إلا أن يدعى وجودها فيما ادعوه من الأفراد، وغير بعيد ظهور الفرد المدعى وإن احتمل خلافه، وهو مرجح، مع أن في دلالة الجنسية على تقدير إرادتها، أو دلالتها على العموم نظر؛ لأنه صالح للقليل والكثير} والمتيقن منه واحد، وعليه فتجري أصالة البراءة في الأكثر.

{ثم على تقدير التعدد} للمولود أو المملوك {والحمل على الواحد} لدلالة النكرة المثبتة على الواحد المشتملة عليها صيغة النذر {يستخرج المعتقد بالقرعة كما ذكر} المصنف تبعاً للأكثر {لصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام} (في رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر فورث سبعة جميعاً، قال: يقرع بينهم ويعتق الذي قرع)^(١) والآخر محمول عليه؛ لأنه بمعناه}.

{وقد يشكل ذلك في غير مورد النص: بأن القرعة لإخراج ما هو معلوم في نفس الأمر مشتبه ظاهراً، وهنا الاشتباه واقع مطلقاً ظاهراً وواقعاً} فلا تتوجه القرعة في غير موضع النص {لأنه خلاف الأصل في القرعة} {إلا أن يمنع تخصيصها بما ذكر} في أصل القرعة {نظراً إلى عموم قولهم عليه السلام: (إنها لكل أمر مشتبه)} كما عن المحقق الثاني نسبتها إليهم عليه السلام {لكن خصوصية هذه العبارة لم تصل إلينا مستندة على وجه يعتمد وإن كانت مشهورة} على السنة الأصحاب.

{وقيل} والقائل الإسكافي والشيخ في التهذيب والمحقق في النكت والمصنف في شرح الإرشاد {يتخير في تعيين من شاء، لرواية الحسن الصيقل عنه عليه السلام} في المسألة بعينها {حيث قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال: أول مملوك أملكه

(١) الوسائل، ج ٢٧، القضاء، باب (١٣) كيفية الحكم، ح ١٥ .

فهو حر، فأصاب ستة، قال: إنما كانت نيته على واحد، فليختر أيهم شاء فليعتقه^(١) {لكن الرواية ضعيفة السند، ولو لا ذلك، لكان القول بالتخيير وحمل القرعة على الاستحباب طريق الجمع بين الاخبار، والمصنف في الشرح اختار التخيير جمعاً مع اعترافه بضعف الرواية}.

{وربما قيل} والقائل ابن إدريس {بيطلان النذر} لعدم تحقق شرطه {لإفادة الصيغة وحدة المعتق، ولم توجد} لفرض تعدده والأول للمملوكية دفعة لا الجملة، وعتقها غير مقصود، والأصل البراءة، ويضعف: بأنه اجتهد في مقابلة النص {وربما احتمل} والمحتمل العلامة في القواعد {عتق الجميع، لوجود الأولوية في كل واحد، كما لو قال: من سبق فله كذا، فسبق جماعة} ويؤيده مرفوع الفضل الهاشمي قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل نكح وليدة رجل أعتق ربه أول ولد تلده، فولدت توأمًا، فقال: أعتق كلاهما)^(٢) {والفرق واضح} بين مسألة من سبق، وبين نذر أول مملوك، فإن الأول فيه دلالة على العموم، لاشتراكه على لفظ (من) دون الثاني الذي هو نكرة في سياق الإثبات وهي لا تفيد.

[و] المسألة الرابعة: [لو نذر عتق أمته إن وطأها] صح النذر، لعموم أدلته وقابليته للتعليق، وأنه ليس من العتق المعلق حينئذٍ [فأخرجها عن ملكه] {قبل الوطء} {ثم أعادها} [إلى ملكه] {لم تعد اليمين} الذي يظهر منه التعليق على الوطء بالملك الأول {لصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما} قال: (سألت عن الرجل تكون له الأمة فيقول يوم يأتيها: فهي حرة ثم يبيعها من رجل، ثم يشتريها بعد ذلك، قال: لا

(١) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (٥٧) ح٣.

(٢) الوسائل، ج٢٣، العتق، باب (٣١) ح١.

بأس بأن يأتيها فقد خرجت عن ملكه^(١) وحمل ما أطلق فيها من التعليق على النذر، ليوافق الأصول { التي تقتضي عدم جواز التعليق على الشرط {ويشهد له أيضاً تعليقه عليه الإتيان بخروجها عن ملكه، ولو لم يكن منذوراً لم يتوقف ذلك على الخروج، كما لا يخفى}.

{ولو عمم النذر بما يشتمل الملك العائد فلا إشكال في بقاء الحكم، وفي تعديته إلى غير الوطاء من الأفعال} كما لو قال: يوم أقبلها ونحوه {و} كذا تعديته {إلى غير الأمة} كقوله: إن ضربت عبدي ونحوه {وجهان: من كونه قياساً} باطلاً {و} من {إيلاء النص} المتقدم {إلى العلة وهي مشتركة} بين الوطاء وغيره من التصرفات، وبين الأمة والعبد {والمتجه التعدي نظراً إلى العلة} لأنها وإن لم تكن منصوصة، فهي كالمنصوصة.

{ويتفرع على ذلك} وهو حمل الرواية على النذر {أيضاً جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط لم يوجد، وهي مسألة إشكالية} وفيها خلاف مشهور {والعلامة اختار في التحرير عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حر، فباعه قبل الفعل، ثم اشتراه، ثم فعل} ما علق عليه النذر فينعتق، والرواية المتقدمة صريحة بعدم تحقق العتق المنذور بناء على التعدي {وولده استقرب عدم جواز التصرف في المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله، وهذا الخبر حجة عليهما} أما على الوالد فيمكن بأنه غير قائل بالتعدي فلا يتم الإشكال عليه، وأما على الولد، فلعله قد منع فيما لو كان الشرط من غير فعل المكلف، والرواية قد جوزت التصرف فيما لو كان التصرف من فعل المكلف، فتأمل جيداً.

(١) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٥٩) ح ١.

[و] المسألة الخامسة: [لو نذر عتق كل مملوك قديم انصرف] {النذر} [إلى من مضى عليه في ملكه ستة أشهر] {فصاعداً على المشهور، وربما قيل} والقائل فخر المحققين {إنه إجماع، ومستنده رواية ضعيفة السند} لإرسالها، وإلا فإن جميع رواياتها من الثقة قال: (دخل ابن أبي سعيد المكاربي على أبي الحسن الرضا عليه السلام - إلى أن قال: فقال له: رجل قال عند موته: كل مملوك لي قديم فهو حر لوجه الله، قال: نعم، إن الله يقول في كتابه: ﴿حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ﴾ فما كان من مملكته أتى له ستة أشهر فهو قديم حر)^(١) ونحوها غيرها، ومنه تعرف ما في قوله: {واعتادهم الآن على الإجماع، واختلفوا في تعديده إلى نذر الصدقة بالمال القديم ونحوه، من حيث إن القديم قد صار حقيقة شرعية في ذلك فيتعدى، ويؤيده تعليقه في الرواية بقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ﴾ فإنه يقتضي ثبوت القدم بالمدة المذكورة مطلقاً} في المملوك وغيره، ونذر الصدقة وغيرها، بل كل ما تعلق به حكم، وهذا هو الأظهر، بل الأقوى، لانجبار الرواية بالشهرة والإجماع {ومن معارضة اللغة والعرف} لعدم صدق القديم على ما مضى عليه ستة أشهر فصاعداً {ومنع تحققه شرعاً، لضعف المستند} وقد عرفت التأمل فيه {والإجماع إن ثبت اختص بمورده} لأنه دليل لبي لا عموم فيه فيؤخذ بالقدر المتيقن منه، وفيه تأمل واضح، لعدم كونه هو الحجة فقط {والأقوى الرجوع في غير المنصوص} وهو نذر غير العتق {إلى العرف، وفيه} أي المنصوص وهو نذر العتق {ولو قصر الكل عن ستة} أشهر {ففي عتق أولهم تملكاً اتحد أم تعدد، أو بطلان النذر، وجهان} من كون الأول أقدم من

(١) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٣٠) ح ١.

لحقه فيعتق، ومن عدم تحقق شرط النذر، لاشرعاً، ولا عرفاً في الصورتين وهو الأجود.

{وعلى الأول لو اتفق ملك الجميع دفعة ففي اعتناق الجميع، أو البطلان، لفقد الوصف الوجهان: والأقوى البطلان فيهما، لدلالة اللغة والعرف على خلافه} ومعه فلا يتحقق شرط النذر فيبطل {و} يضاف اليه {فقد النص} على الأقل من ستة أشهر ولو ضعيفاً.

{واعلم أن ظاهر العبارة كون موضع الوفاق نذر عتق المملوك، سواء فيه الذكر والأنثى، وهو الظاهر؛ لأن مستند الحكم عبر فيه بالمملوك، والعلامة جعل موره} خصوص {العبد، واستشكل الحكم في الأمة كغيرها من المال، واعتذر له ولده: بأن مورد الإجماع العبد وإن كان النص أعم، لضعفه، وإثبات موضع الإجماع في ذلك} وهو خصوص العبد {لو تم لا يخلو من عسر} لاختلاف عبارات الأصحاب اختلافاً فاحشاً.

[و] المسألة السادسة: [لو اشترى أمة نسيئة وأعتقها وتزوجها، وجعل عتقها مهرها] {كما هو مورد الرواية} الصحيحة الآتية [أو تزوجها] {بعد العتق} [بمهر] وإن لم يكن عتقها، لعدم مدخلية في الحكم {أو مفوضة} للبضع {لاشتراك الجميع في الوجه} الذي له مدخلية في الحكم [ثم مات ولم يخلف شيئاً] {ليوفي منه ثمنها} [نفذ العتق] {لوقوعه من أصله صحيحاً} لأنه صدر من أهله في محله [ولا تعود رقاً] {لأن الحر لا تطراً عليه الرقية في غير الكافر} أما فيه فتجوز، لجواز سبيه فيعود في الرق [ولا] {يعود} [ولدها] {منه رقاً أيضاً، لانعقاده حراً، كما ذكر} من عدم طروء الرقية عليه [على ما تقتضيه الأصول] {الشرعية، فإن العتق والنكاح صادفاً ملكاً

صحيحاً، والولد انعقد حراً، فلا وجه لبطلان ذلك} كما عن الشيخ وابني الجنيد والبراج، استناداً إلى الصحيح الآتي.

[وفي رواية هشام بن سالم - الصحيحة - عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام رقهها ورق ولدها لمولاهما الأول] {الذي باعها ولم يقبض ثمنها، ولفظ الرواية قال أبو بصير: (سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جاريتاً بكرةً إلى سنة، فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وتزوجها، وجعل مهرها عتقها، ثم مات بعد ذلك بشهر، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن كان للذي اشتراها إلى سنة مال أو عقدة^(١) تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها، فإن عتقه ونكاحه جائزاً، وإن لم يملك مالاً، أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها، فإن عتقه ونكاحه باطل؛ لأنه أعتق ما لا يملك، وأرى أنها رق لمولاهما الأول، قيل له: فإن كانت قد علقت من الذي أعتقها وتزوجها، ما حال الذي في بطنها؟ فقال: الذي في بطنها مع أمه كهياتها^(٢)) وهذه الرواية منافية للأصول بظاهرها، للإجماع على أن المعسر يملك ما اشتراه في الذمة، ويصح عتقه، ويصير ولده حراً، فالحكم بكون عتقه ونكاحه باطلين، وأنه أعتق ما لا يملك، لا يطابق الأصول، ومقتضاها أنه متى قصر ماله عن مجموع ثمنها يكون الحكم كذلك وإن قل، لكن عمل بمضمونها الشيخ وجماعة، لصحتها، وجواز استثناء هذا الحكم من جميع الأصول لعله غير معقولة} وغير معلومة عندنا.

{وعلى هذا؛ لا فرق بين من جعل عتقها مهرها وغيرها، كما نبه عليه المصنف بقوله: أو تزوجها بمهر، ولا يتقيد الأجل بالسنة، ولا فرق بين البكر والثيب} لأن

(١) والعقدة بالضم: الضيعة: المكان الكثير الشجر أو النخل، كذا في الصحاح.

(٢) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٢٥) ح ١.

الوجه في ذلك هو شراء من ليس له مال، وهو موجود في جميع ما ذكر من الفروض {مع احتمال اختصاص الحكم بما قيد في الرواية} اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن {ولو كان بدوها عبداً قد اشتراه نسيئة وأعتقه، ففي إلحاقه بها وجه، لاتحاد الطريق} وهو كون الشراء والعتق قد وقع ممن ليس له مال يفي بثمن الرقبة {وكذا} الوجه {في تعدي الحكم إلى الشراء نقداً، أو بعضه} والبعض الآخر نسيئة. وهو كما ترى! لأنه خلاف المفروض من عدم دفع شيء من قيمتها وإعسار المالك المعتق، بل يتعين عتقها، وسعيها - على احتمال - بالباقي {ولم يدفع المال، ومضمون الرواية موته قبل الولادة، فلو تقدمت على موته، فأقوى إشكالاً في عوده رقاً، للحكم بحريته من حين ولادته، بخلاف الحمل، لإمكان توهم كون الحكم لتبعية الحمل للحامل}.

{ومن خالف ظاهر الرواية وهم الأكثر اختلفوا في تنزيلها، فحملها العلامة عليكون المشتري مريضاً وصادف عتقه ونكاحه وشراؤه مرض الوفاة، فيكون الحكم ما ذكر فيها؛ لأنه حينئذ يكون العتق مراعى} بإخراجه من ثلث ماله {فإذا مات معسراً كذلك ظهر بطلانه. ورده المصنف} في الدروس {بأن ذلك لا يتم في الولد، لانعقاده حال الحكم بحرية أمه، والحر المسلم لا يصير رقاً وهو لا يقصر عن من تولد من وطء أمة الغير بشبهة، أو شراء فاسد مع جهله}.

{وحملها آخرون على فساد البيع، وينافيه قوله في الرواية: إن كان له مال، فعتقه جائز} ومفهومه أنه إن لم يكن له مال فعتقه باطل {وحملت على أنه فعل ذلك مضارة والعتق يشترط فيه القرية، وهذا الحمل نقله المصنف عن الشيخ طومان بن أحمد العاملي المناري، ورده بأنه لا يتم أيضاً في الولد} لأنه انعقد وأبوه حر، وقد حكم بحرية أمه حال انعقاده، فكيف يحكم بعوده رقاً؟! {وردها ابن إدريس لذلك} لعدم صحة شيء من المحامل {مطلقاً، وهو الأنسب}.

[و] المسألة السابعة: [عتق الحامل لا يتناول الحمل] {كما لا يتناوله البيع وغيره} من النواقل الشرعية الاختيارية {للمغايرة} بينها {فلا يدخل أحدهما في مفهوم الآخر، سواء استثناه أم لا، وسواء علم به أم لا} [إلا على رواية] {السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام (في رجل أعتق أمة وهي حبلى فاستثنى ما في بطنها، قال: الأمة حرة وما في بطنها حر؛ لأن ما في بطنها منها)^(١) وعمل بمضمونها الشيخ وجماعة} وهم بنوا زهرة والبراح وسعيد {وضعف سندها} عنده؛ لأنها من الموثق {يمنع من العمل بها} ولكن ليس هذا هو المانع الأساسي بالعمل بها، بل لمخالفتها المشهور، لاختصاص السراية في العتق بالأشخاص لا بالأشخاص {مع أنها ظاهرة في التقية} لأنه مذهب العامة، والسكوني منهم وإن كان ثقة، فتأمل؛ لأنه يبعد متافاته ملازمته للإمام عليه السلام وكثرة الرواية عنه.

(١) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٦٩) ح ١.

كتاب التدبير، والمكاتبة، والاستيلاء

[كتاب التدبير، والمكاتبة، والاستيلاء]

[والنظر في أمور ثلاثة]:

[الأول: التدبير]

وهو شرعاً [تعليق عتق عبده] {أو أمته} [بوفاته] {تفعيل من الدبر، فإن الوفاة دبر الحياة} {أو تعليقه على وفاة زوج المملوكة} [التي دبرها فعلق عتقها على وفاة زوجها] {أو على وفاة مخدوم العبد} {أو الأمة أيضاً، لجواز إعارتها للخدمة، بل هي المنصوصة، كما سيأتي}.

{وصحته في الأول إجماعي} بين المسلمين فضلاً عن المؤمنين، والنصوص به متواترة^(١) {وفي الآخرين} [على قول مشهور] {لأن العتق لما قَبِل التأخير} من المولى بالإجماع الذي هو {كقبوله للتنجيز، ولا تفاوت بين الأشخاص جاز تعليقه بوفاة غير المالك ممن له ملابسة كزوجية، وخدمة، وللأصل} الذي هو الجواز، أو عدم اشتراط التنجيز {ولصحيحة يعقوب بن شبيب أنه سأل الصادق عليه السلام (عن الرجل يكون له الخادم فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرة، فتأبى الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين، أوست سنين ثم يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها بعد ما أبقت؟ فقال: لا، إذا مات الرجل فقد عتقت)^(٢) وحملت عليه الزوجية، لشدة المشابهة} لكنه كما ترى! لأنه إن بقينا نحن وهذا الاستدلال فإنه قياس ممنوع، ولكن ورد

(١) يراجع بشأنها، الوسائل، ج٢٣، أبواب التدبير المختلفة.

(٢) الوسائل، ج٢٣، التدبير، باب (١١) ح ١.

حكمها في خبر محمد بن حكيم قال: (سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل زوج أمته من رجل حر، وقال لها: إذا مات الزوج فهي حرة، فمات الزوج؟ قال: إذا مات الزوج فهي حرة، تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، ولا ميراث لها منه؛ لأنها إنما صارت حرة بعد موت الزوج)^(١) وضعفه منجبر بالشهرة، نعم قوله {ولا يتعدى إلى غيرهما، لبعده عن النص} ولأنه قياس لا نقول به.

{وربما قيل} والقائل ابن الجنيد {بالتعدي مطلقاً من غير اعتبار الملابس لمفهوم الدليل الأول} لأن مقتضاه صحة العتق المعلق على وفاة المولى مع عدم التفاوت بين الأشخاص، فعليه يصح تعليقه على وفاة كل آدمي، وهو كما ترى! قياس لا نقول به.

{وفي مقابلة المشهور قول ابن ادريس باختصاصه بوفاة المولى؛ عملاً بالمتيقن} لأن دليله الإجماع وهو دليل لبي لا إطلاق له فيؤخذ بالمتيقن منه {ودعوى أنه شرعاً كذلك} يضعف: بأنه عين المتنازع فيه {ولبطلانه بالإباق} من غير خلاف يذكر في المولى، ولخبر محمد مسلم عن أبي جعفر قال: عليه السلام (سألت عن جارية مدبرة أبطت من سيدها مدة سنين كثيرة، ثم جاءت بعد ما مات سيدها بأولاد ومتاع كثير، وشهد لها شاهدان أن سيدها قد كان دبرها في حياته من قبل أن تأبق، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام: أرى أنها وجميع ما معها للورثة، قلت: لا تعتق من ثلث سيدها؟ قال: لا، إنها أبطت عاصية لله وسيدها، فأبطل الإباق التدبير)^(٢) ونحوه غيره {والرواية} وهي صحيحة يعقوب {تضمنت خلافه، والنص الصحيح يدفع

(١) الوسائل، ج٢٣، التدبير، باب (١١) ح ٢.

(٢) الوسائل، ج٢٣، التدبير، باب (١٠) ح ١.

الاقتصار، والثاني مصادرة} لأنه عين المتنازع فيه {والملازمة بين إباحه من المالك ومن المخدم ممنوعة، للفرق بين مقابلة نعمة السيد بالكفران} كما تضمنته رواية ابن مسلم المتقدمة {فقوبل بنقيضه} فانهدم التدبير بالإباق {كقتال العمد في الإرث} فإنه يمنع منه {بخلاف الأجنبي} حيث لا نعمة منه على العبد.

{واعلم أن القول المشهور هو تعديته من موت المالك إلى المخدم كما هو المنصوص} في صحيح يعقوب المتقدم {وأما إلحاق الزوج فليس بمشهور، كما اعترف به المصنف في الشرح} ولكن هنا نسبه للمشهور، ومنه تعرف التأمل في قوله: {فالشهرة المحكية هنا إن عادت إلى الأخير} وهو المخدم {لزم القطع بالأول} وهو الزوج؛ لأنه ملحق بالمالك {دونه} وهو المخدم، لنسبته للشهرة {وهو خلاف الظاهر} للتصريح به في صحيحة يعقوب {بل ينبغي العكس} لأن الثاني منصوص ومشهور {وإن عادت إليهما لم تتم الشهرة في الزوج} كما اعترف به المصنف {إلا أن يجعل له مع الزوجية الخدمة} ليتناوله المنصوص، ولذا لا ملزم بجعل الزوج قسيماً للمخدم {والوقوف على موضع النص} وهو المخدم {والوفاق} وهو المالك {حسن} ويشكل: بأن الزوج أيضاً منصوص عليه في خبر محمد بن حكيم المتقدم المنجبر بالشهرة المحكية عن الفاضلين وغيرهما.

[والوفاة] {المعلق عليها} [قد تكون مطلقة] {غير مقيدة بوقت، ولا مكان، ولا صفة} كما هو المشهور شهرة عظيمة، ولإطلاق النصوص [وقد تكون مقيدة] {بأحدها، كهذه السنة} وهذا مثال للأول {أو في هذا البلد} وهذا مثال للثاني {أو المرض} وهذا مثال للثالث، وجواز تقييدها بذلك هو المشهور شهرة عظيمة، ولخصوص صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال: إن حدث بي حدث في مرضي هذا فغلامي فلان حر؟ فقال:

أبو عبد الله عليه السلام: يرد من وصيته ما يشاء، ويجيز ما يشاء^(١) ونحوه غيره {والتعليق عليهما جائز فلا يتحرر في المقيد بدون القيد} [كما تقدم في الوصية] {من جوازها بعد الوفاة مطلقاً ومقيداً}.

[والصيغة] الصريحة المتفق عليها {في التدبير} [أنت حر، أو عتيق، أو معتق بعد وفاتي] {في المطلق} من التدبير [أو بعد وفاة فلان] [الزوج، أو المخدم، أو بعد وفاتي هذه السنة، أو في هذا المرض، أو في سفري هذا، ونحو ذلك في المقيد، ويستفاد من حصر الصيغة فيما ذكر: أنه لا ينعقد بقوله: أنت مدبر مقتصراً عليه] مع خلوه عن التحرير أو العتق المعلقين على الوفاة {وهو أحد القولين في المسألة؛ لأن التدبير عتق معلق على الوفاة كما استفيد من تعريفه، فينحصر في صيغة تفيده} صراحة.

{ووجه الوقوع بذلك} كما عن الشيخ في الخلاف والمبسوط والقاضي وأبي على والعلامة، بل في الرياض نسبته إلى جمع كثير {أن التدبير حقيقة شرعية في العتق المخصوص، فيكون بمنزلة الصيغة الصريحة فيه، وفي الدروس اقتصر على مجرد نقل الخلاف، والوجه عدم الوقوع} لأنه من الكناية التي ادعي الإجماع على عدم وقوعه بها.

{ولا يقع باللفظ مجرداً، بل} [مع القصد إلى ذلك] {المدلول، فلا عبرة بصيغة الغافل، والساهي، والنائم، والمكره} ونحوهم؛ لأنه من جملة الإيقاعات والعقود، والقصد معتبر في صيغها إجماعاً، فمتى لم يتحقق القصد إلى معانيها لم تقع إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٨) أحكام الوصايا، ح ٨.

[ولا يشترط] {في صحته} [نية التقرب به] {إلى الله تعالى وإن توقف عليه حصول الثواب على الأقوى} وفاقاً للشيخ والمحقق وغيرهم {للأصل} وهو عدم الاشتراط {ولأنه وصية، لا عتق بصفة} لكونه بعد الوفاة {وقيل} والقائل السيد مدعياً عليه الإجماع {يشترط بناءً على أنه عتق، وإلا لافتقر إلى صيغة بعد الوفاة} وهو غير محتاج إليها اتفاقاً {وشرطه القربة، ويتفرع عليهما صحة تدبير الكافر مطلقاً، أو مع إنكاره لله تعالى، كما سلف} في العتق.

[وشرطها] {أي شرط صيغة التدبير} [التنجيز] {فلو علقها بشرط، أو صفة؛ كأن فعلت كذا، أو طلعت الشمس، فأنت حر بعد وفاتي بطل} {وأن يعلق بعد الوفاة بلا فصل، فلو قال: أنت حر بعد وفاتي بسنة} {مثلاً} {بطل} ففي الشرائع: في قول مشهور بين الأصحاب، بل عن ظاهر الخلاف والمبسوط والسرائر الإجماع عليه، أضف إليه ما تكرر منهم من اعتبار التنجيز في العقود والإيقاعات، لمنافاة التعليق للجزم بالإنشاء إلا ما أخرجه الدليل {وقيل} والقائل ابن الجنيد {يصح فيها} أي في الصورتين المذكورتين {ويكون الثاني وصية بعته، وهو شاذ} لابتناؤه على القياس الباطل.

[وشرط المباشر الكمال] {بالبلوغ، والعقل} [والاختيار، وجواز التصرف] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك إلا في البالغ عشر سنين، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر {فلا يصح من الصبي وإن بلغ عشرًا} خلافاً للشيخ مستنداً إلى إطلاق خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (إذا أتى على الغلام عشر سنين، فإنه يجوز له من ماله ما أعتق، وتصدق على وجه المعروف، فهو جائز)^(١) وهو لا يصلح

(١) الوسائل، ج ٢٣، العتق، باب (٥٦) ح ١.

لمعارضة ما دل على سلب عبارة الصبي، لضعفه وعدم الجابر له من شهرة أو عمل.

{ولا} يصح من {المجنون المطبق مطلقاً، ولا ذي الأدوار فيه، ولا المكروه} اتفاقاً، لعدم تحقق القصد منهم وهو شرط إجماعاً {ولا المحجور عليه لسفه مطلقاً} ولو بملاحظة حاله بعد الوفاة {على الأقوى} لأنه تصرف مالي، وهو ممنوع منه، كما هو المشهور.

{وقيل} والقائل الشيخ {لا، لانتقاء معنى الحجر بعد الموت، ويضعف: بأن الحجر عليه حياً يمنع العبارة الواقعة حالتها، فلا تؤثر بعد الموت، أما المحجور عليه لفلس، فلا يمنع منه} على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً {إذ لا ضرر على الغرماء، فإنه إنما يخرج بعد الموت من ثلث ماله بعد وفاء الدين، و مثله مطلق وصية المتبرع بها، و} كان {ينبغي} على المصنف {التنبيه على خروجه من اشتراط جواز التصرف، إلا أن يدعى أن المفلس جائز التصرف بالنسبة إلى التدبير، وإن كان ممنوعاً منه في غيره} أي غير التدبير، وعليه فخروجه يكون بالتخصص {لكن لا يخلو من تكلف} لأن اشتراط جواز التصرف على إطلاقه، يقتضي العموم، وهو غير مراد قطعاً.

[ولا يشترط] {في المدبر} [الإسلام] كما هو مذهب المحقق، بل هو المشهور، لإطلاق الأدلة {كما لا يشترط في مطلق الوصية} [فتصح مباشرة الكافر] {التدبير} [وإن كان حربياً] {أو جاحداً للربوبية، لما تقدم} في كتاب الوصايا {من عدم اشتراط القرية، وللأصل} وهو الصحة في العقود والإيقاعات، أو عدم

الاشتراط، خلافاً لابن إدريس حيث اشترط إسلامه، بناء منه أن التدبير عتق، وهو خلاف التحقيق حيث إنه وصية به.

[فإن دبر] {الحربي حربياً} [مثله واسترق أحدهما] {بعد التدبير} {أو كلاهما بطل التدبير} {أما مع استرقاق المملوك فظاهر، لبطلان ملك الحربي له} لأن الاسترقاق إنما يكون من قبل المسلم {المنافي للتدبير، وأما مع استرقاق المباشر، فلخروجه عن أهلية الملك} لأنه عبد لا يقدر على شيء {وهو يقتضي بطلان كل عقد وإيقاع جائزين} فضلاً عن اللازم منهما.

[ولو أسلم] {المملوك} [المدبر] {من كافر} {بيع على الكافر} {قهرًا} [وبطل تدبيره] كما هو المشور شهرة عظيمة {لانتفاء السبيل له على المسلم بالآية} في قوله ﷺ: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(١) {ولقوله ﷺ: (الإسلام يعلو ولا يعلى عليه)^(٢) وطاعة المولى علو منه، والتدبير لم يخرججه عن الاستيلاء عليه بالاستخدام وغيره} بل وله الرجوع فيه كما سيأتي.

{وقيل} والقاتل ابن البراج {يتخير المولى بين الرجوع في التدبير فبياع عليه، وبين الحيلولة بينه وبينه، وكسبه للمولى، وبين استسعائه في قيمته. وهو ضعيف لا دليل عليه} سوى الاستحسان المحض {نعم لو مات المولى قبل البيع عتق من ثلثه، ولو قصر ولم يجز الوارث فالباقي رق، فإن كان الوارث مسلماً فله، وإلا بيع عليه من مسلم} لنفي السبيل.

(١) سورة النساء، آية (١٤١).

(٢) الفقيه، ج٤، ص٣٣٤، ح ٥٧١٩.

[ولو حملت المدبرة من مملوك] {بزنا، أو شبهة، أو عقد على وجه يملكه السيد} بأن اشترط على من زوجه إياها رقية ولدها [فولدها مدبر] {كأمه} بلا خلاف أجده فيه، بل إجماعاً بقسميه عليه، كما في الجواهر، ولصحيح أبان بن تغلب قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبر مملوكته، ثم زوجها من رجل آخر، فولدت منه أولاداً، ثم مات زوجها وترك أولاده منها، قال: أولاده منها كهيتها، فإذا مات الذي دبر أمهم فهم أحرار)^(١) ونحوه غيره.

{ويشكل: في الزنا مع علمها} بالتحريم؛ لأنه قد يكون مع علم الأب خاصة فيكون الفعل شبهة {لعدم لحوقه بها شرعاً، لكن الشيخ وجماعة أطلقوا الحكم، والمصنف في الدروس قيده بكونه من مملوك المدبر فلو كان من غيره لم يكن مدبراً، واستشكل حكم الزنا، و} يدفعه أن {الأخبار مطلقة في لحوق أولادها بها في التدبير حيث يكونون أرقاء، فالقول بالإطلاق أوجه} لأن سراية التدبير للحمل من حيث كونه نماء المدبرة الذي لا يفرق فيه بين كونه من الزنا وغيره كالملك والشبهة، فضلاً عن ترجيح جانب المالية في الرق، ولذا كان ولدها من الزنا ملكاً للمولى دون مولى الزاني {نعم اشترط إلحاقهم بها في النسب حسن، ليتحقق النسب} فيخرج ولد الزنا نسباً، لا ملكاً.

{واعلم أن الولد بفتح الواو واللام وبضمها فسكونها يطلق على الواحد والجمع، وقد يكون الثاني جمعاً لولد، كأسد وأُسْد} دفع دخل عن توهم عدم شمول الأحاديث للمتعدد.

(١) الوسائل، ج٢٣، التدبير، باب (٥) ح ١.

{ويجوز وطء المدبرة} واستخدامها وتحليلها وغيرهما {ولا يكون رجوعاً} بلا خلاف ولا إشكال، نصاً وفتوى، كذا في الجواهر [ولو حملت من سيدها صارت أم ولد] {ولم يبطل التدبير} عندنا، لصحيح أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر، أيطؤها إن شاء، أو ينكحها، أو يبيع خدمتها حياته؟ فقال: أي ذلك شاء فعل)^(١) ونحوه غيره [فتعتق] {بعد موته} [من الثلث] {بسبب التدبير} لأنه السبب الأول لعتقها [فإن فضلت] {قيمتها عن الثلث} [فمن نصيب الولد] {يعتق الباقي} بالسبب الثاني وهو الاستيلاد، ولو فرض عدم وفائه، عتق منها نصيبه واستسعت في الباقي.

[ولو رجع] {المولى} [في تدبيرها] {ولها ولد} [لم يكن] {رجوعه في تدبيرها} [رجوعاً في تدبير ولدها] اتفاقاً {لعدم الملازمة بينهما} لأن الرجوع فسخ لما حصل بصيغة التدبير، والولد إنما كان تدبيره بالنماء الذي لا يقبل الفسخ؛ ولذا كان الفسخ بالخيار لا يقتضي الفسخ في النماء المتخلل {وتحقق الانفكاك} وجوداً بين الأم وولدها، فلا يكون الدال على أحدهما دال على الآخر {وعدم دلالة عليه باحدى الدلالات} الثلاث المطابقة، والتضمنية، واللزومية، كما هو واضح.

[ولو صرح بالرجوع في تدبيره] {أي تدبير الولد} [فقولان] {أحدهما الجواز} كما عن ابن إدريس وجماعة، بل نسب إلى أكثر المتأخرين {كما يجوز الرجوع في تدبيرها، لكون التدبير جائزاً} لإطلاق الأدلة {فيصح الرجوع فيه، والفرع لا يزيد عن أصله، والثاني} عدم الجواز {وهو الذي اختاره الشيخ مدعياً الإجماع} في الخلاف {وجماعة} وهم القاضي وابن حمزة في الجامع والمحقق في النافع، و {منهم المصنف في

(١) الوسائل، ج ٢٣، التدبير، باب (٣) ح ١.

الدروس} وفي الكفاية نسبته إلى الأكثر، بل في كنز العرفان الإجماع عليه [و] {هو} [المروي] {صحيحاً عن أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام} [المنع] حيث قال: (قلت: رأيت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج، وبقي أولادها من الزوج الحر، أيجوز لسيدها أن يبيع أولادها، وأن يرجع عليهم في التدبير؟ قال: لا، إنما كان له أن يرجع في تدبير أمهم... الحديث)^(١) {ولأنه لم يباشر تدبيره} حتى يمكن له الرجوع فيه {وإنما حكم به شرعاً} بالسراية القهرية {فلا يباشر رده في الرق، وبهذا يحصل الفرق بين الأصل والفرع}.

[ودخول الحمل في التدبير للأم مروي] {في الصحيح عن الحسن بن علي الوشا عن الرضا عليه السلام} قال: (سألته عن رجل دبر جاريته وهي حبلى، فقال: إن كان علم بحبل الجارية فما في بطنها بمنزلتها، وإن كان لم يعلم، فما في بطنها رق)^(٢) والرواية - كما ترى - دالة على اشتراط دخوله {بالتدبير} لأمه {بالعلم به، لا مطلقاً} وإن لم يعلم به {فكان على المصنف أن يقيده حيث نسبته إلى الرواية، نعم ذهب بعض الأصحاب} وهو ابن البراح {إلى دخوله في تدبيرها مطلقاً، كما يدخل لو تجدد، إلا أنه غير مروي، وبمضمون الرواية أفتى الشيخ في النهاية وجماعة} وهم الإسكافي وابنا البراج وحمزة [كعتق الحامل] {فإنه يتبعها الحمل على الرواية السابقة} وهي موثقة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام (في رجل أعتق أمة وهي حبلى فاستثنى ما في بطنها، قال: الأمة حرة، وما في بطنها حر؛ لأن ما في بطنها منها).

(١) الوسائل، ج٢٣، التدبير، باب (٧) ح ١.

(٢) الوسائل، ج٢٣، التدبير، باب (٥) ح ٣.

{والأظهر عدم دخوله فيها مطلقاً} مع علم المدبر وعدمه، في التدبير والعتق {وحملت هذه الرواية على ما إذا قصد تدبير الحمل مع الأم، وأطلق العلم على القصد مجازاً؛ لأنه مسبب عنه، وقد روى الشيخ أيضاً في الموثق عن الكاظم عليه السلام عدم دخوله مطلقاً} علم المولى به أم لا، عن عثمان بن عيسى الكلابي قال: (سألته عن امرأة دبرت جارية لها، فولدت الجارية جارية نفيسة، فلم تدر المرأة ما حال المولودة هي مدبرة، أو غير مدبرة، فقال لي: متى كان الحمل بالمدبرة؟ أقبل ما دبرت أو بعد ما دبرت؟ فقلت: لست أدري، ولكن أجبني فيهما جميعاً، فقال: إن كانت المرأة دبرت، وبها حمل، ولم تذكر ما في بطنها، فالجارية مدبرة، والولد رق، وإن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير، فالولد مدبر في تدبير أمه)^(١) {فالحمل} المذكور في صحيحة الوشا {طريق الجمع} بينها وبين موثق عثمان بحمل العلم على القصد.

[ويتحرر المدبر] {بعد الموت} [من الثلث] بلا خلاف نصاً وفتوى، كما في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: (المدبر من الثلث، الحديث)^(٢) ونحوه غيره {كالوصية} أي بمنزلتها، بمعنى أنه عتق معلق على الوفاة ولكن حكمه حكم الوصية في جواز الرجوع وخروجه من الثلث وغير ذلك، كما هو المشهور، ولصحيح معاوية بن عمار قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المدبر؟ فقال: هو بمنزلة الوصية يرجع فيما شاء منها)^(٣) ونحوه غيره، وهو الأظهر؛ لأنه لو كان وصية محضة لافتقر في عتقه إلى صيغة بعد الموت، خلافاً للشيخ في المبسوط والمحقق في النافع والعلامة في بعض مؤلفاته، استناداً إلى موثق زرارة عن أبي عبد

(١) الوسائل، ج٢٣، التدبير، باب (٥) ح ٢.

(٢) الوسائل، ج٢٣، التدبير، باب (٨) ح ١.

(٣) الوسائل، ج٢٣، التدبير، باب (٢) ح ١.

الله ﷻ قال: (سألته عن المدبر أهو من الثلث؟ قال: نعم، وللموصي أن يرجع في وصيته، أوصى في صحة أو مرض)^(١) ونحوه غيره، وظاهرها أنها وصية حقيقية، وقد عرفت ما فيه، أضف إليه إمكان ترتب ما ذكر عليه من الأحكام على كونها بمنزلتها.

[ولو جامع الوصايا] {كان كأحدها} [وقدم الأول فالأول] {إن لم يكن فيها واجب} مالي كما تقدم تفصيله في كتاب الوصايا [ولو كان على الميت دين قدم الدين] {من الأصل، سواء كان متقدماً على التدبير أم متأخراً} خلافاً للشيخ وابن البراج حيث ذهبوا إلى التفصيل استناداً إلى صحيح أبي بصير قال: (سألت أبا عبد الله ﷻ عن رجل دبر غلامه وعليه دين فراراً من الدين، قال: لا تدبير له، وإن كان دبره في صحة منه وسلامة فلا سبيل للديان عليه)^(٢) ونحوه خبر علي بن يقطين لكنهما قاصران عن معارضة ما تقدم من إطلاق النصوص الدالة على أنه بمنزلة الوصية، وأنه من الثلث.

{ومنه الوصية بواجب مالي} كالخمس والزكاة ونحوهما، كما مر في كتاب الوصايا [فإن فضل] {من التركة} [شيء] {ولم يكن هناك وصية تقدم عليه} [عتق من المدبر ثلث ما بقي] {إن لم يزد عن قيمته كغيره من الوصايا المتبرع بها، حتى لو لم يفضل سواء عتق ثلثه} بلا خلاف نصاً وفتوى، كذا في الجواهر {فإن لم يفضل عن الدين شيء بطل التدبير} لارتفاع موضوعه.

(١) الوسائل، ج٢٣، التدبير، باب (٢) ح ٢.

(٢) الوسائل، ج٢٣، التدبير، باب (٩) ح ٢.

{ولو تعدد المدبر والتدبير} بأن كان تدبير كل واحد مستقلاً {بديء بالأول فالأول} لأحقية الأسبق، لكون التدبير وصية أو بمنزلتها {وبطل ما زاد عن الثلث إن لم يجز الوارث، وإن جهل الترتيب، أو دبرهم بلفظ واحد استخرج الثلث بالقرعة} بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر {وبالجملة فحكمه حكم الوصية}.

{هذا كله إذا كان التدبير متبرعاً به} ولم يجب عليه بنذر وشبهه {وعلق على وفاة المولى ليكون كالوصية} في جميع الأحكام {فلو كان واجباً بنذر وشبهه حال الصحة} لأنه لو كان حال المرض لخرج من الثلث كبقية منجزات المريض {أو معلقاً على وفاة غيره فمات في حياة المولى فهو من الأصل} بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر؛ لأنه كتعجيل العتق في حال الصحة، فإن قلت: إن إطلاق النص والفتوى يقتضي خروج المدبر من الثلث. قلت: إنه منزل على الغالب من كون التدبير معلقاً بموت المولى {ولو مات بعد المولى فهو من الثلث أيضاً، هذا إذا كان النذر - مثلاً - لله علي عتق عبدي بعد وفاي ونحوه} فيخرج من الأصل؛ لأنه واجب مالي.

{أما لو قال: لله علي أن أدبر عبدي، ففي إلحاقه به في خروجه من الأصل نظر؛ لأن الواجب بمقتضى الصيغة هو إيقاع التدبير عليه، فإذا فعله وفي بنذره، وصار التدبير كغيره} يخرج من الثلث {لدخوله في مطلق التدبير} فيأخذ أحكامه {ومثله ما لو نذر أن يوصي بشيء ثم أوصى به، أما لو نذر جعله صدقة بعد وفاته} فيشترط رجحانها، ليصح التقرب بها إلى الباري ﷻ {أو في وجه سائغ، ف} هو لا يتقيد برجحانه شرعاً، بل يكفي فيه عدم حرمة حتى لو كان مكروهاً {فكنذر العتق} يخرج من الأصل؛ لأنه واجب مالي.

{ونقل المصنف} في الدروس {عن ظاهر الأصحاب تساوي القسمين في الخروج من الأصل؛ لأن الغرض} من التدبير {التزام الحرية بعد الوفاة، لا مجرد الصيغة، ونقل عن ابن نما (رحمه الله) الفرق بما حكيناه، وهو متجه} ويشكل:

أولاً؛ بأنه خلاف ظاهر الأصحاب، بل عن السيد الإجماع عليه صريحاً.

وثانياً: بأن الغرض من كلا النذرين إلزام الحرية بعد الوفاة، فتكون هي المنذورة وعلى ذلك ستكون من الواجبات المالية التي تخرج من الأصل، ولا معنى لصدور صيغة التدبير حال الحياة فقط، وهذا التفصيل قد تبع فيه الشارح ومن قبله ابن نما بعض العامة، كما عن سيد الرياض.

{وعلى التقديرين} المساواة - كما هو ظاهر الأصحاب - والفرق - كما هو مختار ابن نما - {لا يخرج بالنذر عن الملك، فيجوز له استخدامه، ووطؤه إن كانت جارية} إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، واستصحاباً لملكه.

{نعم لا يجوز نقله عن ملكه} وهذا إنما يتم على إطلاقه بناء على المشهور من عدم الفرق بين القسمين، وأما على مذهب ابن نما فإنما يحرم إذا كان النذر متعلقاً بالعتق بعد الوفاة، أما لو تعلق بإيقاع الصيغة فأوقعها فلا يحرم بعد النقل كسائر التدابير {فلو فعل صح} النقل {ولزمته الكفارة مع العلم} بالحنث {ولو نقله عن ملكه ناسياً} للنذر {فالظاهر الصحة، ولا كفارة، لعدم الحنث} لكون النسيان عذراً شرعياً، بل وعقلياً {وفي الجاهل وجهان} من أنه عامد إلى النقل المستلزم للحنث الموجب للكفارة، ومن جهله وهو مرفوع بحديثه وهو المنشأ لقوله {وإلحاقه بالناسي قوي} بل متعين {ولو وقع النذر في مرض الموت فهو من الثلث مطلقاً} سواء كان المنذور هو التدبير أم العتق؛ لأن النذر من منجزات المريض وهي تخرج من الثلث في كل الأحوال.

{ويصح الرجوع في التدبير} {المتبرع به ما دام حياً كما يصح الرجوع في الوصية} بلا خلاف بيننا نصاً وفتوى، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، ولموثق زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن المدبر، أهو من الثلث؟ قال: نعم، للموصي أن يرجع في وصيته، أو وصى في صحة، أو مرض ^(١)) ونحوه غيره {وفي جواز الرجوع في الواجب بنذر وشبهه ما تقدم: من عدم الجواز} في الرجوع والنقل {إن كانت الصيغة لله علي عتقه بعد وفاتي} لأن الرجوع يستوجب الحنث في النذر {ووجيء الوجهين} من جواز الرجوع وعدمه {لو كان متعلق النذر هو التدبير؛ من خروجه عن عهدة النذر بإيقاع الصيغة كما حققناه} وقد عرفت ما فيه {ومن أنه تدبير واجب} كي لا يلزم الحنث في النذر؛ إذ غايته التزام حرите بعد الوفاة، لا مجرد إيقاع الصيغة {وقد أطلقوا لزومه} على التقديرين، كما تقدم أنه الأقوى وفقاً للمشهور.

{والرجوع يصح} [قولاً مثل: رجعت في تدبيره] {وأبطلته، ونقضته ونحوه} كفسخته [وفعلاً؛ كأن يهب] {المدبر} أو يعتقه، أو يقفه {وإن لم يقبض} كما هو المشهور، لدالاتها على الرجوع، خلافاً لابن حمزة حيث اشترط تقديم الرجوع القول حتى تصح هذه الموارد، ويضعف: بأن مدلول القول إذا وقع بالفعل يكون أقوى دلالة من القول كما هو المرتكز عرفاً، اللهم إلا أن يقال: كيف يكون الفعل أقوى دلالة من القول وقد اشتهر بينهم: بأن الفعل مجمل يقتصر فيه على مورد اليقين، فتدبر ولا حظ [أو يبيع، أو يوصي به] {وإن لم يفسخه قبل ذلك، أو يقصد به الرجوع على أصح القولين} لاقتضاء هذه الأمور نقل الرقبة المقتضي لبطلان التدبير، ولصحيح محمد بن مسلم قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل دبر مملوكاً له، ثم

(١) الوسائل، ج ٢٣، التدبير، باب (٢) ح ٢.

احتاج إلى ثمنه، فقال: هو مملوكه إن شاء باعه، وإن شاء أعتقه، وإن شاء أمسكه حتى يموت... الحديث^(١) ونحوه غيره، وقيل: إن لم يقصد الرجوع ببيعه، مضى البيع في خدمته دون رقبته، وفي المسألة اختلاف وتفصيل لا مجال لذكره هنا، ومن أحب الاطلاع فليراجع المسالك.

{ولا فرق بين قبول الموصى له الوصية، وردها؛ لأن فسخه جاء من قبل إيجاب المالك} فقبول الوصية وعدمها لا دخل له في الخروج عن التدبير {ولا يعود التدبير بعوده} أي المدبر إلى ملكه {مطلقاً} سواء في ذلك البيع، أو الهبة، أو الوصية أو غيرها؛ لأنه بهذه الأمور يخرج المدبر عن التدبير فلو رد المتهب، أو فسخ المشتري، أو لم يقبل الموصى له، عاد المدبر إلى ملك المدبر ولم يعد التدبير؛ لأن الفسخ جاء من إيجاب المالك لهذه الأمور.

[وإنكاره ليس برجوع] كما هو المشهور {وإن حلف المولى، لعدم الملازمة} لغة، ولا شرعاً، ولا عرفاً {ولا اختلاف اللوازم، فإن الرجوع يستلزم الاعتراف به} إذ الرجوع عنه فرع الإقرار به {وإنكاره يستلزم عدمه، واختلاف اللوازم يقتضي اختلاف الملزومات، ويحتمل كونه رجوعاً} كما عن الشيخ {لاستلزامه رفعه مطلقاً} في سائر الأزمان {وهو أبلغ من رفعه في بعض الأزمان} وهو المستقبل، وضعفه يظهر مما تقدم من عدم الملازمة بينهما.

{وفي الدروس قطع بكونه ليس برجوع إن جعلناه عتقاً، وتوقف فيما لو جعلناه وصية، ونسب القول بكونه رجوعاً إلى الشيخ، وقد تقدم اختياره أن إنكار الطلاق رجعة، والعلامة حكم بأن إنكار سائر العقود الجائزة ليس برجوع إلا الطلاق}

(١) الوسائل، ج٢٣، التدبير، باب (١) ح ١.

لخروجه بدلالة النص الصحيح كما تقدم في كتاب الطلاق {والفرق بينه وبين غيره} من سائر العقود الجائزة {غير واضح} إن كان مرجع الضمير التدبير، وإن كان عتقاً فكذا، وإن كان وصية، فمشكل: يلزم التوقف فيه كما فصله المصنف في الدروس، أما لو كان مرجع الضمير الطلاق فالفارق النص.

[ويبطل التدبير بالإباق] {من مولاه، سواء في ذلك الذكر والأنثى} بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألته عن جارية مدبرة أبقت من سيدها مدة سنين كثيرة، ثم جاءت بعدما مات سيدها بأولاد ومتاع كثير، وشهد لها شاهدان أن سيدها قد كان دبرها في حياته من قبل أن تأبق، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام: أرى أنها وجميع ما معها للورثة، قلت: لا تعتق من ثلث سيدها؟ قال: لا إنها أبقت عاصية لله ولسيدها، فأبطل الإباق التدبير)^(١) ونحوه خبر ابن رزين في الغلام، وضعفها منجبر بالشهرة والعمل، و {لا} يبطل التدبير {بالإباق} من عند مخدمه المعلق عتقه على موته، وقد تقدم ما يدل عليه {وهو صحيح يعقوب بن شعيب المتقدم في جواز التعليق على غير المولى، وكذا لو علق العتق على وفاة الزوج فلا يبطل التدبير بالإباق؛ لأن بطلانه به خلاف الأصل، فيقتصر على مورده.

[فلو ولد له حال الإباق] {أولاد من أمة لسيده، أو غيره حيث يلحق به الولد، أوحرة عالة بتحريم نكاحه} حيث يكون نكاحها حينئذٍ غير مشروع وهو بحكم الزنا فلا يلحقها ولدها بالحرية؛ فلذا [كانوا أرقاء] {مثله} كما تقدم في خبر العلاء

(١) الوسائل، ج ٢٣، التدبير، باب (١٠) ح ١، ح ٢.

بن رزين [وأولاده قبله] أي الإباق [على التدبير] {وإن بطل في حقه، استصحاباً للحكم السابق فيهم} من سراية التدبير لهم {مع عدم المعارض} من نص وغيره.

[ولا يبطل] {التدبير} [بارتداد السيد] {عن غير فطرة، فيعتق لو مات السيد على رده} اتفاقاً، ولأصالة عدم خروجه عن مال المولى بالارتداد، فيستصحب حكم التدبير {أما لو كان عن فطرة ففي بطلانه نظر: من انتقال ماله عنه في حياته} ولا عتق إلا في ملك، فيبطل التدبير {ومن تنزيلها} أي الردة منزلة الموت فيعتق بها، كما عن الشيخ في المبسوط {والأقوى الأول} كما هو المشهور {ولا يلزم من تنزيلها منزلة الموت في بعض الأحكام} كوجوب قتله، واعتداد زوجته، وتقسيم أمواله {ثبوته مطلقاً} في جميع الأحكام {وإطلاق العبارة يقتضي الثاني، وقد استشكل الحكم في الدروس لما ذكرناه}.

[و] {كذا} [لا] {يبطل} التدبير [بارتداد العبد] مطلقاً سواء كان عن فطرة أم ملة كما هو المشهور، لحصول المقتضي، وأصالة عدم بطلانه، خلافاً لابن الجنيد بدعوى: أن الارتداد أقوى من الإباق، وضعفه ظاهر؛ لأنه من القياس الباطل [إلا أن يلحق بدار الحرب] {قبل الموت} كما هو المشهور شهرة عظيمة؛ لأنه إباق وهو موجب للبطلان {ولو التحق} بدار الحرب {بعده تحرر من الثلث، والفارق بين الارتداد والإباق - مع أن طاعة الله أقوى، والخروج عنها أبلغ من الإباق - النص، وقد يقرب بغناء الله عن طاعته له، بخلاف المولى، مع أن الإباق يجمع معصية الله تعالى والمولى، بخلاف الارتداد، ففوة الارتداد ممنوعة} لأنها معصية لله عز وجل فقط، ويشكل: بأنه وإن كان كذلك إلا أنه موجب للكفر، والإباق لا يوجب إلا الفسق، فكيف لا يكون أقوى؟!!!.

[وكسب المدبر في الحياة] {أي حياة المولى} [للمولى] إجماعاً نصاً وفتوى، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر [لأنه رق] {لم يخرج بالتدبير عنها} [ولو استفاده بعد الوفاة فله جميع كسبه إن خرج من الثلث] لأنه حينئذٍ حر [وإلا فبنسبة ما أعتق منه، والباقي] {من كسبه} [للوارث] {هذا إذا كان تدبيره معلقاً على وفاة المولى، فلو كان معلقاً على وفاة غيره} من مخدم، أو زوج {وتأخرت عن وفاة المولى فكسبه بعد وفاة مولاه ككسبه قبلها، لبقائه على الرقية، ولو ادعى بعد الموت تأخر الكسب} عن موت المولى، ليكون له {وأنكره الوارث حلف المدبر، لأصالة عدم التقدم} ولأنه صاحب يد، فيكون منكراً، فالقول قوله بيمينه.

[النظر الثاني: في الكتابة]

{واشتقاقها من الكتب، وهو الجمع، لانضمام بعض النجوم إلى بعض، ومنه كتبت الحروف، وهو مبني على الغالب} في الكتابة باعتبار ضم بعض النجوم إلى بعض {أو الأصل من وضعها بأجال متعددة، وإلاّ فهو} أي الضم {ليس بمعتبر عندنا} بل يكفي فيها أجل واحد {وإن اشترطنا الأجل} في الكتابة بالإجماع.

[وهي مستحبة مع الأمانة] {وهي الديانة} [والتكسب] ابتداءً من غير سؤال العبد، بلا خلاف كما عن الرياض {للاّمر بها في الآية مع الخير} في قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾^(١) وكذا في صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله ﷻ: ﴿أَيِّمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ قال: الخير أن يشهد أن لا إله إلاّ الله، وأن محمداً رسول الله ﷺ، ويكون بيده عمل يكتسب به، أو يكون له حرفة)^(٢) {وأقل مراتبه الاستحباب، وفسر الخير بهما، لإطلاقه على الأول في مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمُهُ اللَّهُ﴾^(٣) ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾^(٤) وعلى الثاني في مثل قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾^(٥) و ﴿إِنْ تَرَكَ خَيْرًا﴾^(٦) فحمل عليهما} معاً في

(١) سورة النور، آية (٣٣).

(٢) الوسائل، ج ٢٣، المكتبة، باب (١) ح ٥.

(٣) سورة البقرة، آية (١٩٧).

(٤) سورة الزلزلة، آية (٧).

(٥) سورة العاديات، آية (٨).

(٦) سورة البقرة، آية (١٨٠).

إطلاق واحد {بناءً على جواز حمل المشترك على كلا معنييه} ولا ضير فيه؛ لأنه ليس من استعمال المشترك في أكثر من معنى الممنوع عند المحققين، بل هو من حمل المطلق على أفرادهِ {إما مطلقاً} سواء كان مع القرينة لهذا الاستعمال أم لا {أو مع القرينة، وهي موجودة، لصحیحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ قال: إن علمتم لهم ديناً ومالاً^(١) ورواه الكليني بسند صحيح، وحيثُ يُدفع ما قيل: إن استعمال المشترك في معنييه مرجوح، أو مجاز لا يصار إليه} لاحتياجه إلى القرينة، والأصل عدمها {نعم روي في التهذيب عن الحلبي - صحيحاً - عنه عليه السلام في الآية قال: (إن علمتم فيهم مالاً) بغير ذكر الدين، والمثبت} للحكم كالصحيح الأول {مقدم} على الساكت عنه كالصحيح الثاني، للزوم العمل بالخبر الحجة مع عدم المنافاة.

[ويتأكد] {الاستحباب} [بالتماس العبد] {مع جمعه للوصفين} كما هو مذهب المحقق وجماعة، لموثق سماعة قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد يكتبه مولاه، وهو يعلم أن ليس له قليل ولا كثير؟ قال: يكتبه وإن كان يسأل الناس، ولا يمنعه المكاتبه من أجل أنه ليس له مال، فإن الله يرزق العباد بعضهم من بعض، والمؤمن معان، ويقال: المحسن معان)^(٢) {أما مع عدمهما، أو أحدهما فلا في ظاهر كلام الأصحاب، وفي النافع: أنها تتأكد بسؤال المملوك ولو كان عاجزاً، فجعل الاستحباب مع عدم سؤاله مشروطاً بالشرطين، ومعه يكتفى بالأول خاصة} لقوله: ولو كان عاجزاً [ولو عدم الامر ان] {الصادق بعدم أحدهما، وعدمهما معاً} {فهي مباحة} {على

(١) الوسائل، ج٢٣، المكاتبه، باب (١) ح ١.

(٢) الوسائل، ج٢٣، المكاتبه، باب (٢) ح ١.

المشهور، وقيل {والقائل الشيخ في المبسوط {مكروهة} ويضعف: باستحباب العتق مطلقاً، كما تقدم في بابه، وخصوص موثق سماعة المتقدم.

[وهي معاملة] {بين المولى، والمملوك} [مستقلة] {بنفسها على الأشهر، وتختص بوقوعها بين المالك ومملوكه، وأن العوض والمعوض ملك السيد، وأن المكاتب على درجة بين الاستقلال وعدمه} فليس هو عاجز مطلقاً كعجز القن، ولا مستقلاً تمام الاستقلال كالأحرار {وأنه يملك من بين العبيد، ويثبت له إرث الجناية على سيده} لو جنى عليه {وعليه الأرش للسيد المجني عليه، وتفارق البيع باعتبار الأجل في المشهور، وسقوط خيار المجلس والحيوان، وعدم قبولها لخيار الشرط} [وليست بيعاً للعبد لنفسه] على المشهور {وإن أشبهته في اعتبار العوض المعلوم، والأجل المضبوط على تقدير ذكره في البيع} خلافاً للثقي وابن زهرة وإدريس وظاهر علي بن إبراهيم في تفسيره حيث اعتبروها بيعاً، لتحقق بعض خواصه، وضعفه ظاهر {لمخالفتها له في الأحكام، ولبعد ملك الإنسان نفسه، فلو باعه بثمان مؤجل لم يصح} [ولا عتقاً بصفة] {وهي شرط عوض معلوم على المملوك في أجل مضبوط، وهو وفاق} بيننا {خلافاً لبعض العامة} الذي يضعف: بعدم صدق العتق عليها عرفاً.

[ويشترط في المتعاقدين الكمال] {بالبلوغ، والعقل} بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر؛ لأنه عقد من العقود، فيشترط فيه ما اشترط فيها، لا سيما العقود المشتملة على التصرف في المال {فلا يقع من الصبي وإن بلغ عشرين وجوزنا عتقه، ولا من المجنون المطبق، ولا الدائر جنونه في غير وقت الإفاقة، وهذان مشتركان بين المولى والمكاتب، وقد يتخيل عدم اشتراطهما في المكاتب؛ لأن المولى وليه، فيمكن قبوله عنه، وكذا الأب والجد والحاكم مع الغبطة، وله وجه وإن استبعده المصنف في الدروس غير مبين وجه البعد} ولعله لما نسبته في غاية المرام إلى القطع به في كلام الأصحاب،

بل في كشف اللثام الاتفاق عليه؛ لأنه ليس لأحدهم أهلية القبول عنهما في المقام، لعدم الدليل على قيامهم مقامهم في هذه المعاملة المخالفة للأصل، المنساق - من موارد أدلتها كتاباً وسنة - العبد المكلف حيث لا ابتغاء للصبي والمجنون، مضافاً إلى وجوب السعي على المكاتب، والصبي والمجنون لا يجب عليهم السعي في كل الأحوال، ولا أقل من الشك في الجواز ولو بملاحظة الإجماع المذكور، ومعه فالأصل عدمه.

[وجواز تصرف المولى] بلا خلاف ولا إشكال، لعدم جواز تصرفه في ماله، والكتابة تصرف مالي {فلا يقع من السفية بدون إذن الولي، ولا من المفلس بدون إذن الغرماء} لأن المنع من التصرف في أمواله حفاظاً على حق الغرماء {ولا من المريض فيما زاد منه على الثلث بدون إجازة الوارث وإن كان العوض بقدر قيمته؛ لأنها ملك المولى فليست معاوضة حقيقية} حتى يقال: بجوازها وإخراجها من الأصل {بل في معنى التبرع ترجع إلى معاملة المولى على ماله بهاله} ولذا تخرج من الثلث، كما في كل تبرع يصدر منه حال مرضه مرض الموت {ويستفاد من تخصيص الشرط} وهو جواز التصرف {بالمولى، جواز كتابة المملوك السفية؛ إذ لا مال له يمنع من التصرف فيه، نعم يمنع من المعاملة المالية} بالبيع والشراء، فينحصر كسبه حيثئذ بإجارة أو جعالة أو التقاط ونحوها {ومن قبض المال لو ملكه بعد تحقق الكتابة} للسفه الموجب للحجر عليه.

[ولابد] {في الكتابة} [من العقد المشتمل على الإيجاب مثل: كاتبتك على أن تؤدي إلي كذا، في وقت كذا] {إن اتحد الأجل} [أو أوقات كذا] {إن تعدد} [فيذا أديت، فأنت حر] كما هو مختار الشيخ في الخلاف وابن ادريس وتبعهما جماعة من الأصحاب.

{وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط، بل نسب إلى الأكثر {لا يفتقر إلى إضافة قوله: فإذا أدبت إلى آخره، بل يكفي قصده؛ لأن التحرير غاية الكتابة فهي دالة عليه، فلا يجب ذكره، كما لا يجب ذكر غاية البيع وغيره} من انتقال السلعة إلى المشتري في البيع، واستعمال المستأجر في الإجارة، وهكذا {خصوصاً لو جعلناها بيعاً للعبد من نفسه} لأن البيع متفق فيه على عدم الاحتياج إلى قول البائع: فإذا اشتريته فهو ملك لك {ويضعف: بأن القصد إليه إذا كان معتبراً، لزم اعتبار التلفظ بما يدل عليه؛ لأن هذا} وهو كل ما اعتبر قصده فلا بد من لفظ يدل عليه {هو الدليل الدال على اعتبار الإيجاب والقبول اللفظيين في كل عقد، ولا يكفي قصد مدلوله} من دون اعتبار التلفظ {نعم لو قيل: بعدم اعتبار قصده} أي التحرير {أيضاً كما في غيره من غايات العقود اتجه} القول بعدم الاحتياج إلى التلفظ {لكن لا يظهر به قائل} فلا يتم مع عدم التلفظ به.

[والقبول مثل: قبلت] {ورضيت} ونحوهما {وتوقف هذه المعاملة على الإيجاب والقبول يلحقها بقسم العقود، فذكرها - في باب الإيقاعات التي يكفي فيها الصيغة من واحد - بالعرض تبعاً للعتق، ولو فصلوها ووضعوها في باب العقود كان أجود} لاشتغالها على أغلب شروطها.

[فإن قال] {المولى في الإيجاب مضافاً إلى ذلك} {فإن عجزت فأنت رد} {بفتح الراء وتشديد الدال مصدر بمعنى المفعول أي مردود} {في الرق، فهي مشروطة، وإلاً} {يقبل ذلك، بل اقتصر على الإيجاب السابق} {فهي مطلقة} {ومن القيد يظهر وجه التسمية} وانقسامها إلى القسمين، بلا خلاف فيه بيننا، كذا في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (إن المكاتب إذا أدى شيئاً عتق بقدر ما أدى،

إلا أن يشترط مواليه إن هو عجز فهو مردود، فلهم شرطهم^(١) ونحوه غيره {ويشترك القسمان في جميع الشرائط وأكثر الأحكام، ويفترقان في أن المكاتب في المطلقة ينعتق منه بقدر ما يؤدي من مال الكتابة} كما تضمنه الصحيح المتقدم {والمشروط لا ينعتق منه شيء حتى يؤدي الجميع، والإجماع على لزوم المطلقة، وفي المشروطة خلاف وسيأتي}.

[والأقرب اشتراط الأجل] {في الكتابة مطلقاً} مشروطة أو مطلقة، وفقاً لجمع من الأصحاب {بناءً على أن العبد لا يملك شيئاً فعجزه حال العقد عن العوض حاصل، ووقت الحصول متوقع مجهول، فلا بد من تأجيله بوقت يمكن فيه حصوله عادة، وفيه نظر: لإمكان التملك عاجلاً ولو بالاقتراض كسراء من لا يملك شيئاً من الأحرار، خصوصاً لو فرض حصول شخص يعده بدفع المال عنه بوجه} كالهبة ونحوها {في المجلس، ويندفع ذلك كله: بأن العجز حالة العقد حاصل، وهو المانع} ويشكل: بإطلاق أدلة الكتابة، كما ذهب إليه الشيخ في الخلاف وابن إدريس وسعيد والعلامة في القواعد والشارح في المسالك، وهو أجود {نعم لو كان بعضه حراً وبه مال فكاتبه على قدره فما دون حالاً فالمتجه الصحة؛ لأنه كالسعاية، ولو كان واقفاً على معدن مباح يمكنه تحصيل العوض منه في الحال، فعلى التعليل لجهالة وقت الحصول يصح، وبالعجز حالة العقد يمتنع} وقد عرفت ما فيه.

{وقيل} والقائل الشيخ في الخلاف وابن إدريس وسعيد والعلامة في القواعد {لا يشترط الأجل مطلقاً} في المطلقة والمشروطة {للاصل} وهو عدم الاشتراط

(١) الوسائل، ج ٢٣، المكاتب، باب (٤) ح ٢.

{وإطلاق الأمر بها} في قوله ﷺ ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾^(١) {خصوصاً على القول بكونها بيعاً، ويمنع اعتبار القدرة على العوض حالة العقد} لعدم الدليل عليه {بل غايته إمكانها بعده، وهو حاصل هنا}.

{وحيث يعتبر} الأجل بناء على القول الأول {أو يراد} لعدم حصول المال حالة العقد {يشترط ضبطه كأجل النسيئة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، ولا يشترط زيادته على أجل واحد عندنا} وأكثر العامة، لإطلاق الأدلة، و {لحصول الغرض} وهو مطلق الأجل {ولو قصر الأجل بحيث يتعذر حصول المال فيه عادة بطل} عقد الكتابة {إن علل} اشتراط الأجل {بالجهالة، وصح إن علل بالعجز} لأنه وقت لا يملك فيه شيئاً، وليس له أهلية التملك، وبعد الكتابة يرتفع العجز وتثبت الأهلية فيصح العقد وإن قصر الأجل.

{وفي اشترط اتصاله بالعقد قولان} من أنه المعهود في العقود، ومن إطلاق الأدلة، ولذا كان {أجودهما عدم، للأصل} وهو عدم الاشتراط، المستفاد من الإطلاق.

[وحد العجز] {المسوغ للفسخ في المشروطة بمخالفة شرطه، فإن شرط عليه التعجيز عند تأخير نجم عن محله، أو إلى نجم آخر، أو إلى مدة مضبوطة اتبع شرطه} إجماعاً، ولعموم المؤمنون عند شروطهم، ولخصوص صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في المكاتب يكاتب، ويشترط عليه مواليه أنه إن عجز فهو مملوك، ولهم ما أخذوا منه، قال: يأخذه مواليه بشروطهم)^(٢) ونحوه غيره وهو مستفيض {وإن

(١) سورة النور، آية (٣٣).

(٢) الوسائل، ج ٢٣، المكاتب، باب (٤) ح ٦. في المصدر بشروطهم.

أطلق فحده} [أن يؤخر نجهان عن محله] كما هو مذهب الشيخ المفيد والشيخ في الاستبصار وابن إدريس، بل نسب إلى الكثير من المتأخرين، لصحيح معاوية بن وهب قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مكاتبة أدت ثلثي مكاتبتها، وقد شرط عليها إن عجزت فهي رد في الرق، ونحن في حل مما أخذنا منها، وقد اجتمع عليها نجهان؟ قال: ترد، ويطيب لهم ما أخذوا منها، وقال: ليس لها أن توخر النجم بعد حله شهراً واحداً إلا بإذهم)^(١) ونحوه غيره {والمراد بالحد هنا العلامة، أو السبب الدال على العجز، لا الحد المصطلح} في فن المعقول {وبالنجم المال المؤدى في المدة المخصوصة، ويطلق على نفس المدة، ويتأخره عن محله عدم أدائه في أول وقت حلوله، وتحديد به بذلك} المذكور في المتن {هو الوارد في الاخبار الصحيحة} المتقدم بعضها.

{وفي المسألة أقوال آخر مستندة إلى أخبار ضعيفة، أو اعتبار} من بعض الأصحاب {غير تام، وأما المطلقة، فإذا نفذ بعض النجوم ولم يؤد قسطه فك من سهم الرقاب} ويشكل: بعدم الدليل على فسخ المطلقة عند تحقق العجز المذكور، ولذا خص أكثر الأصحاب تحقق العجز في المشروطة {فإن تعذر} السهم {استرق إن لم يكن أدى شيئاً، وإلا ف} يسترق {بحسب ما عجز عنه، فحد العجز المذكور يصلح له بوجه} وهو كون المصنف قد ذكر مطلق حد العجز ولم يقيده بالمشروطة.

[ويستحب] {للمولى} [الصبر عليه] {عند العجز} بلا خلاف، كما عن الرياض؛ ولأنه إعانة على التخلص من الرق وهو من البر المأمورين به، وإنظار المعسر في الدين؛ لأنه عليه بمنزلته، و {للأمر بانظاره سنة وستين} في موثق إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام كان يقول: إذا عجز المكاتب

(١) الوسائل، ج ٢٣، المكاتبة، باب (٥) ح ٢.

لم ترد مكاتبتة في الرق، ولكن ينتظر عاماً أو عامين ... الحديث^(١) {وثلاثاً} في خبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألته عن المكاتب يشترط عليه إن عجز فهو رد في الرق، فعجز قبل أن يؤدي شيئاً، فقال أبو جعفر عليه السلام: لا يرده في الرق حتى يمضي ثلاث سنين، ويعتق منه بمقدار ما أدى، فإذا أدى ضرباً فليس لهم أن يردوه في الرق)^(٢) {المحمول على الاستحباب جمعاً} بل تسامحاً في أدلة السنن، وإلاّ فما وجه الجمع؟!.

[والأقرب لزوم الكتابة من الطرفين] {طرف السيد والمكاتب} [في المطلقة والمشروطة] كما هو المشهور، بل عن التحرير الإجماع عليه {بمعنى أنه ليس لأحدهما فسخها إلاّ بالتقابل مع قدرة المكاتب على الأداء، ووجوب السعي عليه في أداء المال، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود} الدال على اللزوم {والكتابة منها، والجمع المحلى} بالألف واللام الجنسية {مفيد للعموم، وخروج نحو الوديعة والعارية بنص، ويبقى الباقي على الأصل} وهو اللزوم.

{وذهب الشيخ وابن إدريس إلى جواز المشروطة من جهة العبد؛ بمعنى أن له الامتناع من أداء ما عليه، فيتخير السيد بين الفسخ والبقاء، ولزومها من طرف السيد، إلاّ على الوجه المذكور} وكأن الوجه فيه ما تقدم من الخلاف في جواز رده في الرق مع عجزه، الدال على أن له تعجيز نفسه، وإلاّ لوجب التكسب ولم يجز رده، ويضعف: بأن جواز رده في الرق مع العجز لا يستلزم جواز تعجيز نفسه اختياراً.

(١) الوسائل، ج ٢٣، المكاتب، باب (٤) ح ١٥.

(٢) الوسائل، ج ٢٣، المكاتب، باب (٤) ح ١٦.

{وذهب ابن حمزة إلى جواز المشروطة مطلقاً} من المالك والمكاتب {والمطلقة من طرق السيد خاصة} لكن المحكي عنه في المسالك والرياض والجواهر: أنها جائزة من طرف العبد، ولعله سهو من القلم {وهو غريب} لمخالفته أصل اللزوم في العقد، مع عدم الدليل عليه من نقل أو اعتبار {ومن خواص العقود اللازمة أنها لا تبطل بموت المتعاقدين، وهو هنا كذلك بالنسبة إلى المولى، أما موت المكاتب، فإنه يبطلها من حيث العجز عن الاكتساب} لا من حيث الموت.

[ويصح فيها التقايل] بلاخلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر {كغيرها من عقود المعاوضات} والظاهر صحته في المطلقة مع أداء البعض بالنسبة لما بقي، نعم لا يصح في الجزء الحر أو الكل بعد الأداء؛ لأن الحر لا يعود رقاً.

[ولا يشترط الإسلام في السيد] كما هو المشهور إن لم يكن إجماعاً، بل عن بعض الاعتراف بمجهولية القائل به، كما في الجواهر؛ ولأن المكاتبه عقد برأسه وليس من شروط المتعاقدين الإسلام {ولا في العبد} وفاقاً للعلامة في المختلف، لإطلاق الأمر بالوفاء بالعقد، وإطلاق دليل الكتابة {بناءً على أنها معاملة مستقلة، والأصل} وهو عدم الاشتراط {يقتضي جوازها كذلك} من غير اشتراط الإسلام {ولو جعلناها عتقاً بني على ما سلف في عتق الكافر فاعلاً وقابلاً، هذا إذا لم يكن المولى كافراً والعبد مسلماً، وإلا} فإن كان كذلك {أشكل جواز المكاتبه من حيث عدم استلزامها رفع سلطنته عنه} والحال أنه لازم واجب {خصوصاً المشروطة} لأنه لا ينعق فيها شيء إلا بعد أداء جميع مالها {والأقوى عدم جوازها} وفاقاً للأكثر {لعدم الاكتفاء بها في رفع يد الكافر عن المسلم؛ لأنها لا ترفع أصل السبيل، وهو بمنزلة الرق في كثير من الأحكام، بل هو رق} لأن رفع بعضها في بعض الموارد لا يخرجها عن الرقية، فلذا أضرب عن الأول.

{ولو كان كفر المولى بالارتداد، فإن كان عن فطرة فعدم صحة كتابته واضح، لانتقال ماله عنه، وإن كان عن ملة ففي صحتها مطلقاً، أو مراعاة بعوده إلى الإسلام، أو البطلان أوجه، أوجهها الجواز ما لم يكن العبد مسلماً بتقريب ما سلف} من عدم رفع السبيل بها {وقيل} وقد نسب إلى الأكثر معتضداً بعدم نقل خلاف فيه من أحد من القدماء {يشترط إسلام العبد مطلقاً} سواء كان مولاه مسلماً أم كافراً {نظراً إلى أن الدين داخل في مفهوم الخير الذي هو شرطها} المذكور في الآية المفسرة في النصوص، كما تقدم {ولأن المكاتب يؤتى من الزكاة} لو تعذر عليه دفع ما بقي {ويتعذر} دفعها له {هنا} بسبب الكفر {ويضعف: بأن الخير شرط في الأمر بها} بمطلق الرجحان سواء الوجوب أم الاستحباب {لا في أصل شرعيتها، والإيتاء من الزكاة مشروط باستحقاقه لها} لا لازم لها مطلقاً حتى يرد الإشكال {وهو منفي مع الكفر، كما ينتفي مع عدم حاجته إليها}.

[ويجوز لولي اليتيم أن يكاتب رقيقه مع الغبطة] {لليتيم في المكاتبه، كما يصح بيعه وعتقه معها} كما هو المشهور شهرة عظيمة {ولصحيحة معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام في مكاتبه جارية الأيتام} قال: (قلت له: إني كاتبت جارية لأيتام لنا، واشترطت عليها إن هي عجزت فهي رد في الرق، وأنا في حل مما أخذت منك، قال: فقال لي: لك شرطك... الحديث)^(١) {وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط {بالمع؛ لأن الكتابة شبيهة بالتبرع من حيث إنها معاملة على ماله بهاله، والخبر حجة عليه} فيكون اجتهاداً في مقابلة النص.

(١) الوسائل، ج ٢٣، المكاتبه، باب (٤) ح ١.

[ويجوز تنجيمها] {نجوماً متعددة بأن يؤدي في كل نجم قدراً من مالها} ولو لم تكن النجوم متساوية، لإطلاق الأدلة وعمومها لكن [بشرط العلم بالقدر] {في كل أجل} [والأجل] على وجه يكون مشخصاً {حذراً من الغرر، سواء تساوت النجوم أجلاً وما لا أم اختلفت، للأصل} وهو عدم وجوب التساوي {وهذا هو الأصل فيها، وليس موضع الاشتباه} لصحته عند الخاصة والعامة {حتى يخص بالذكر، وإنما موضعه النجم الواحد} فهو جائز عندنا وعند أكثر العامة، وخالف البعض الآخر مستدلاً عليه بما لا يصلح له {ولا يجوز حمل مطلقه} في قول المصنف: يجوز تنجيمها {عليه} وهو النجم الواحد الذي هو محل الاشتباه {للعلم به من اشتراط الأجل}.

[ولا تصح] {الكتابة} [مع جهالة العوض] لأنها كالبيع بالنسبة إلى ذلك، بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر {بل يعتبر ضبطه} إن كان من النقيدين {كالنسيئة، وإن كان عرضاً فكالسلم، ويمتنع فيما يمتنع فيه} ضرورة كون المدار على ارتفاع الجهالة في الجميع، وكل يضبط بحسبه.

[ولا على عين] لما تقدم من لزوم كون العوض ديناً، و {لأنها إن كانت للسيد فلا معاوضة} عليها؛ لأنها معاوضة على ماله بماله {وإن كانت لغيره، فهي كجعل ثمن المبيع من مال غير المشتري} مع كون المبيع للمشتري {ولو أذن الغير في الكتابة على عين يملكها، فهي في قوة بيع العبد بها فإن جعلناها بيعاً صح} عقد المكاتبه لصحة البيع، ويشكل: بعدم صحته بيعاً، ولا مكاتبه، أما الأول، فلما ذكره من عدم ترتب لازمه، وأما المكاتبه، فلا شرطها بالأجل، لا سيما بعد ما عرفت من اعتبار الأجل فيها الذي محله الدين لا العين.

{وإلا} فإن لم نجعلها بيعاً {فوجهان: من الأصل} وهو عدم اشتراط تملك العبد للعوض، وعليه تصح الكتابة {و} من {كونه} أي جعل العين مالاً للكتابة {خلاف المعهود شرعاً، كما علم من اشتراط الأجل} في الكتابة، وفي الفرض لا أجل فيها، فتبطل، ويشكل: بأن المعهود لا يصلح لتقييد الإطلاق، ورفع اليد عن الأصل، فالأجود الأول.

[ويستحب أن لا يتجاوز] {مال الكتابة} {قيمة العبد} {يوم المكاتبه} بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر، بل في الرياض: ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه، لمنافاته للإرفاق والإحسان الذين بني عليهما مشروعية الكتابة.

[ويجب] {على مولاه} {الإيتاء} {للمكاتب} {من الزكاة إن وجبت} {الزكاة} [على المولى] {للأمر به في قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾^(١) وليكن من سهم الرقاب إن أوجبنا البسط} وفاقاً للمحقق وجماعة، ولكن الشيخ وجماعة ذهبوا إلى وجوب إعطائه من مطلق ماله، لا من خصوص زكاته، وهو الذي يظهر من النصوص، كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: (سألته عن قول الله عز وجل: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ قال: الذي أضمرت أن تكاتبه عليه، لا تقول: أكاّبه بخمسة آلاف، وأترك له ألفاً، ولكن انظر إلى الذي أضمرته عليه فأعطه، الحديث)^(٢) ونحوه غيره وقد تقدم في كتاب الزكاة عدم وجوب البسط [وإلا] {تجب عليه الزكاة} {استحب له الإيتاء} {وهو إعطاؤه شيئاً} من المال [ولا حد له]

(١) سورة النور، آية (٣٣).

(٢) الوسائل، ج ٢٣، المكاتبه، باب (٩) ح ١.

{أي للمؤتى} {قلة} {بل يكفي ما يطلق عليه اسم المال} خلافاً لبعض العامة حيث قدره بالربع، ولا شاهد له.

[ويكفي الخط من النجوم عنه] {لأنه في معناه} أي الإيتاء، بلا خلاف يعرف، ولمعتبر العلاء بن الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: في قوله عز وجل: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتُوهُمْ مِّنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ قال: تضع عنه من نجومه التي لم تكن تريد أن تنقصه منها، ولا تزيد فوق ما في نفسك، قلت: كم؟ قال: وضع أبو جعفر عليه السلام عن مملوك ألفاً من ستة آلاف)^(١) [ويجب على العبد القبول] {إن آتاه من عين مال الكتابة، أو من جنسه} عملاً بظاهر الأمر في الآية المستلزم لوجوب قبولها، وإلا لكان الأمر لغواً، وهو مبني على وجوب الإعطاء من الزكاة، وقد عرفت أن الأجود دلالة الآية على الأعم كما ذهب إليه الفخر، ومنه تعرف التأمل في قوله {لا من غيره} نعم يبقى أن الخط إبراء أو إسقاط وهو لا يحتاج إلى القبول، فيشكل الحكم بوجوب القبول من هذه الجهة، فتأمل جيداً. {ولو أعتق قبل الإيتاء، ففي وجوب القضاء، وكونه ديناً على المولى وجه، رجحه المصنف في الدروس، وجعله كالدين} وهو كما ترى! لا موضوع له؛ لأنه على تقدير القول بالوجوب فإنما يتم مع كونه مكاتباً، لا معتقاً {ولو دفع إليه} للعبد المكاتب {من الزكاة، وكان مشروطاً فعجز} ورد في الرق {ففي وجوب إخراج الزكاة} المدفوعة له، ودفعها {لغيره، أو ردها إلى دافعها لو كان غيره} أي غير المولى {قول} ضعيف: لبراءة ذمة الدافع؛ لأن دفعه كان لمستقبحها، ومع قبض المستحق برئت ذمته وملك العبد، وبعد عجزه يرجع هو وما ملك إلى المولى.

(١) الوسائل، ج ٢٣، المكاتب، باب (٩) ح ٢.

{ويحتمل ذلك} وهو ردها إلى الدافع {لو كان من الغير تبرعاً، وعدمه فيها} في التبرع، والواجب {لملكه له وقت الدفع، وبراءة ذمة الدافع، وعوده إلى المولى إحداث} ملك جديد {لا يبطل ما سلف} من عقد الكتابة المشروطة {ومن ثم بقيت المعاملة السابقة} على العجز {بحالها وإن لم يرض بها المولى} وهو متجه، بل متعين، لما سبق.

[ولو مات المكاتب المشروط قبل كمال الأداء] {لمال الكتابة} [بطلت] اتفاقاً {وملك المولى ما وصل إليه من المال، وما تركه المكاتب} وإن كان أزيد من مال الكتابة، لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (في مكاتب يموت، وقد أدى بعض مكاتبته وله ابن من جاريته، قال: إن اشترط عليه إن عجز فهو مملوك، رجع ابنه مملوكاً والجارية، وإن لم يكن اشترط عليه أدى ابنه ما بقي من مكاتبته، وورث ما بقي)^(١) ونحوه غيره.

[ولو مات المطلق ولم يؤد شيئاً فكذا] تبطل الكتابة، كما نسبه في الدروس إلى ظاهر الأصحاب، لارتفاع موضوعها ومعه تتعذر الغاية التي من أجلها شرعت الكتابة [وإن أدى] {شيئاً} [تحرر منه بقدر المؤدى] {أي بنسبته من الجميع، وبطل منه بنسبة المتخلف} بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر [وكان ميراثه بين السيد، ووارثه بالنسبة] على المشهور شهرة عظيمة، كما في الجواهر، ولصحيح محمد بن قيس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب توفي، وله مال، قال: يقسم ماله على قدر ما أعتق منه لورثته، وما لم يعتق يحتسب منه لأربابه الذين كاتبوه، هو ماله)^(٢) ونحوه غيره {فإن كان الوارث حراً، فلا شيء عليه} كما هو

(١) الوسائل، ج ٢٣، المكاتب، باب (١٩) ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٣، المكاتب، باب (١٩) ح ١.

المشهور، ولصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (في مكاتب مات وقد أدى من مكاتبته شيئاً وترك مالا، وله ولدان أحرار، فقال: إن علياً عليه السلام كان يقول: يجعل ماله بينهم بالخصص)^(١).

[ويؤدي الوارث التابع له في الكتابة] {كولده من أمته} [بأقبي مال الكتابة] اتفاقاً {لأنه قد تحرر منه بنسبة أبيه وبقي الباقي لازماً له} ولصحيح بريد العجلي قال: (سألته عن رجل كاتب عبداً له على ألف درهم ولم يشترط عليه أنه إن عجز عن مكاتبته فهو رد في الرق، والمكاتب أدى خمسمئة درهم ثم مات المكاتب وترك مالاً وترك ابناً له مدركاً، قال: نصف ما ترك المكاتب من شيء فإنه لمولاه الذي كاتبه، والنصف الباقي لابن المكاتب؛ لأنه مات ونصفه حر ونصفه عبد للذي كاتب أباه، فإن أدى إلى الذي كاتب أباه ما بقي على أبيه فهو حر، لا سبيل لأحد من الناس عليه)^(٢) ونحوه غيره.

[وللمولى إجباره على الأداء] {للباقي} [كما له إجبار المورث] على المشهور بين الأصحاب، كذا في الجواهر، ولظاهر الأمر في ظاهر نصوص الباب، و {لأنه دين فكان له إجباره على أدائه، وقيل} والقائل الإسكافي {لا لعدم وقوع المعاملة معه، وفي صحيحة ابن سنان وجميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام: (يقضى مال الكتابة من الأصل، ويرث وارثه ما بقي)^(٣) واختاره بعض الأصحاب} وهو ابن الجنيد، ونسب إلى ظاهر الصدوق {والمشهور الأول} وعليه العمل، لهجر الأصحاب للنصين السابقين وغيرهما مما يؤدي مؤداهما.

(١) الوسائل، ج٢٦، موانع الإرث، باب (٢٣) ح ٤.

(٢) الوسائل، ج٢٦، موانع الإرث، باب (٢٣) ح ٥.

(٣) الوسائل، ج٢٣، المكاتب، باب (١٩) ح ٣.

[وتصح الوصية للمكاتب المطلق بحساب ما تحرر منه] على المشهور بين الأصحاب، كذا في الجواهر {لرواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام: (في مكاتب كان تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية، ف قضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه)^(١)} ونحوها غيرها {ولو لم يتحرر منه شيء، أو كان مشروطاً لم تصح الوصية له مطلقاً} أدى شيئاً أم لا {على المشهور، واستقرب المصنف في الدروس جواز الوصية للمكاتب مطلقاً مشروطاً} كان أم مطلقاً، أدى شيئاً أم لا {لأن قبولها نوع اكتساب، وهو أهل له، وفيه قوة} وكأنه لاستضعاف الرواية السابقة، لاشتراك محمد بن قيس بين الثقة والضعيف، ويشكل: بأنها صحيحة بقرينة روايتها عن عاصم بن حميد الذي لا يروي إلا عن الثقة مع اعتضاها بالمشهور.

{هذا إذا كان الموصي غير المولى، أما هو فتصح وصيته مطلقاً} مشروطاً كان المكاتب أم مطلقاً، أدى شيئاً أم لا، اتفاقاً {ويعتق منه بقدر الوصية، فإن كانت بقدر النجوم عتق أجمع، وإن زادت فالزائد له، ولا فرق بين كون قيمته بقدر مال الكتابة، أو أقل؛ لأن الواجب الآن هو المال} المكاتب عليه {مع احتمال اعتبار القيمة} الحالية للمكاتب {لو نقصت، فيعتق من الوصية وله الزائد وإن لم تف بمال الكتابة؛ لأن ذلك حكم القن، والمكاتب لا يقصر عنه} ويشكل: بأن المكاتب لما خرج بالكتابة عن حكم القن فصار مال الكتابة في ذمته، وعليه فيكون اعتبارها أولى من اعتبار قيمته.

[وكل ما يشترط في عقد الكتابة مما لا يخالف المشروع لازم] بلا خلاف ولا إشكال {لأن الشرط في العقد يصير كالجزم منه، فالأمر بالوفاء به} في قوله عنه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ {يتناوله، ولقوله عليه السلام: (المؤمنون عند شروطهم) ولو خالف المشروع

(١) الوسائل، ج ٢٣، المكاتبه باب (٢٠) ح ٢ .

كشروط أن يطاء المكاتبه، أو أمة المكاتب مطلقاً} مشروطاً كان أم مطلقاً {أو يترك التكسب، أو رد المطلق في الرق حيث شاء، ونحوه} كشرط عدم الحرية بعد أداء مال الكتابة {بطل الشرط، ويتبعه بطلان العقد على الأقوى} وقد تقدم أنه خلاف التحقيق.

[وليس له] {أي المكاتب بنوعيه} [التصرف في ماله ببيع] {ينافي الاكتساب} بلا خلاف؛ لأنه لم يخرج بالمكاتبه عن العبودية، وإنما اقتضت التكسب له خاصة، ولصحيح معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: (في رجل كاتب على نفسه وماله وله أمة، وقد شرط عليه أن لا يتزوج، فأعتق الأمة وتزوجها، قال: لا يصلح له أن يحدث في ماله إلا الأكلة من الطعام، ونكاحه فاسد مردود، الحديث)^(١) {كالبيع نسيئة بغير رهن، ولا ضمين، أو محاباة، أو بغبن، لا مطلق البيع} كما أطلقه المصنف {فإن له التصرف بالبيع والشراء، وغيرهما من أنواع التكسب التي لا خطر فيها، ولا تبرع} {ولا هبة} {لا تستلزم عوضاً زائداً على الموهوب، وإلا فلا منع، للغبطة، وفي صحة العوض المساوي وجه؛ إذ لا ضرر حينئذ كالبيع بضمن المثل والشراء به} {ولا عتق} {لأنه تبرع محض، ومنه شراء من ينعق عليه، وله قبول هبة مع عدم الضرر بأن يكون مكتسباً قدر مؤونته فصاعداً}.

[ولا إقراض] {مع عدم الغبطة، فلو كان في طريق خطر يكون الإقراض فيه أغبط من بقاء المال، أو خاف تلفه قبل دفعه، أو بيعه ونحو ذلك، فالمتجه الصحة، ولكنهم أطلقوا المنع فيما ذكر} [إلا بإذن المولى] لعدم خروجه بالكتابة عن العبودية، ولما تضمنه صحيح معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام (في حيث المكاتبه - إلى أن

(١) الوسائل، ج٢٣، المكاتبه، باب (٦) ح ١.

قال: قيل: فإن سيده علم بنكاحه ولم يقل شيئاً، فقال: إذا صمت حين يعلم ذلك فقد أقر ... الحديث^(١) وإطلاقه يقتضي عدم الفرق بين المطلق والمشروط، ويظهر من نصوص آخر^(٢): أن الحكم مختص بالمشروط، لكنها مهجورة عند الأصحاب.

{فلو أذن في ذلك كله جاز؛ لأن الحق لهما، وحيث يعتق بإذنه فالولاء له} للمكاتب {إن عتق، وإلا} فإن رد إلى الرق {فللمولى، ولو اشترى من يعتق عليه لم يعتق في الحال، فإن عتق} المكاتب {تبعه، وإلا استرقها المولى} لرجوعه ومن أعتقه إليه {ولو مات العتق في زمن الكتابة وقف ميراثه توقفاً لعتق المكاتب، وحيث لا يأذن المولى فيما لا غبطة فيه ولم يبطله حتى عتق المكاتب نفذ} التصرف المذكور، لوجود المقتضي وهو أهلية المكاتب في التصرف في ماله، و {لزوال المانع} الذي هو الحفاظ على مال المولى {كالفضولي}.

{وقيل: لا، لوقوعه على غير الوجه المشروع} فتكون منهيّاً عنها، كما في الرياض {وهو ممنوع} لأن النهي على تقدير توجهه لا يقتضي الفساد؛ لأنه في المعاملات [ولا يتصرف المولى في ماله أيضاً] {بما ينافي الاكتساب} بلا خلاف ولا إشكال، لخروجه عن محض الرقية بالكتابة، وانقطاع سلطنة المولى عنه [إلا بما يتعلق بالاستيفاء] بإذن المكاتب {مطلقة كانت أم مشروطه} للإطلاق.

{ويحرم عليه وطء} [الأمة] {المكاتبة عقداً وملكاً} {بإذنها وغيره} لعدم كونها مملوكة محضاً، أو حرة كذلك مع انحصار جواز الوطء بالعقد أو الملك {فلو وطأها} وكانا عالين بالحرمة عزراً معاً، ولم يثبت عليهما حد، لعدم خروجها عن الرقية

(١) الوسائل، ج ٢١، نكاح العبيد والإماء، باب (٢٦) ح ٢.

(٢) يراجع بشأنها، الوسائل، ج ٢٣، الباب (٦) من أبواب المكاتب.

بالمكاتبه، ولو كان العالم أحدهما عزز فقط، ومع الجهل فلا تعزير، ومع ذلك كله {فعلية المهر وإن طاوعته} لأنه من كسبها، وهي ليست زانية، لبقائها على ملكه، ولموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (أن أمير المؤمنين عليه السلام قال في مكاتبه يطؤها مولاهما فتحمل، قال: يرد عليها مهر مثلها، وتوطأ في قيمتها، فإن عجزت فهي من أمهات الأولاد)^(١) {لأنها لم تستقل بملكه} أي بسبب ملكه المستلزم لعدم استقلالها استقلال الأحرار {ليسقط} المهر {ببغيتها}.

{وفي تكرار المهر بتكرار الوطء أوجه}

أولها: التكرار، لقاعدة عدم التداخل.

وثانيها: عدم التكرار، لأصالة البراءة من المهر في الثاني، ويعضده ظاهر موثق السكوني المتقدم، و {ثالثها}: تكرره مع تخلل الأداء بين الوطئين، وإلا {يتخلل الأداء} {فلا} يلزم، أجودها الأول؛ لأن الوطء من كسبها، فلا يجوز للمولى الانتفاع به من دون عوض {وتصير أم ولد لو ولدت منه، فإن مات وعليها شيء من مال الكتابة عتق باقيها من نصيب ولدها} إجماعاً {فإن عجز النصيب بقي الباقي مكاتباً} فتسعى للورثة به، كما هو المشهور شهرة عظيمة، ولموثق السكوني المتقدم.

{وله تزويجها} {من غيره} [بإذنها] {والفرق بينه وبين المولى: أن الملك له غير تام، لتشبهها بالحرية، والعقد كذلك} غير تام {لعدم استقلالها، والبضع لا يتبعض، أما الأجنبي فلما كان الحق منحصراً فيها، وعقد له بإذنها فقد أباحه بوجه واحد} وهو العقد عليها.

(١) الوسائل، ج ٢٣، المكاتبه، باب (١٤) ح ٢.

{ويجوز بيع مال الكتابة بعد حلوله} كما هو المشهور نقلاً وتحصيلاً، كما في الجواهر {ونقله بسائر وجوه النقل} كغيره من الديون المعلومة الثابتة بعد الحلول {فيجب على المكاتب تسليمه إلى من صار إليه، خلافاً للمبسوط، استناداً إلى النهي عن بيع ما لم يقبض^(١)، وإطلاقه} بحيث يشمل ما نحن فيه {ممنوع، لتقييده بانتقاله إلى البائع بالبيع} لا بالكتابة [إذا أداها] {المكاتب} [إلى المشتري عتق] {لأن قبضه كقبض المولى} لاستحقاقه له بالشراء.

{ولو قيل: بالفساد، ففي عتقه بقبض المشتري مع إذنه له بالقبض} الحاصل بالبيع الفاسد {وجهان: من أنه كالوكيل} فيكون قبضه كقبض الأصل، فيصح {ومن قبضه لنفسه وهو غير مستحق} لبطلان البيع {ففارق الوكيل بذلك} وهو قبضه لنفسه {والوجهان اختارهما العلامة في التحرير} في موضعين مختلفين منه.

{ولو اختلفا في قدر مال الكتاب، أو في} {قدر} {النجوم} {وهي الآجال، أما في قدر كل أجل مع اتفاقهما على عددها، أو في عددها مع اتفاقهما على مقدار كل أجل} {أجل} {أقدم المنكر} {وهو المكاتب في الأول، والمولى في الثاني} {مع يمينه} كما هو قول الأكثر {لأصالة البراءة من الزائد، وقيل} والقائل الشيخ في الخلاف {يقدم قول السيد مطلقاً} في الصورتين {لأصالة عدم العتق إلا بما يتفقان عليه} ويشكل: بأن المولى بعد اعترافه بأصل الكتابة والعتق يلزمه خروج المكاتب عن أصالة بقاء الرق فيه وفي ماله.

(١) يراجع بشأنها، الوسائل، ج ١٨، الباب (١٦) أحكام العقود.

[النظر الثالث: في الاستيلاء]

{للإماء بملك اليمين، ويترتب عليه أحكام خاصة كإبطال كل تصرف ناقل للملك عنه إلى غيره، غير مستلزم للعتق، أو مستلزم للنقل كالرهن، وعتقها بموت المولى قبلها} فتنتعق من نصيب ولدها {مع خلو ذمته من ثمن رقبته، أو وفاء التركة وحياة الولد وغير ذلك} مما هو مخالف للأصول والقواعد، لأدلة خاصة استدعاها الاستيلاء [وهو يحصل بعلوق أمته منه في ملكه] {بما يكون مبدأ نشوء آدمي ولو مضغة} بلا خلاف، كما عن غير واحد، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث قال - : (إنه قال في جارية رجل كان يأتيتها، فأسقطت سقطاً منه بعد ثلاثة أشهر، قال: هي أم ولد)^(١) ونحوه غيره.

و{لا} يثبت الاستيلاء {بعلوق الزوجة الأمة، ولا الموطوءة بشبهة وإن ولدته حراً، أو ملكها بعد، على الأشهر} لأصالة عدم اللحق {ولا يشترط الوطء، بل يكفي مطلق العلوق منه} ولو كان يأتيتها من الدبر، أو يعزل عنها، أو يلقي ماءه خارج الفرج على سطحه أو أشفاره {ولا} يشترط {حل الوطء إذا كان التحريم عارضاً، كالصوم، والإحرام، والحيض، والرهن، أما} التحريم {الأصلي بتزويج الأمة} من غيره {مع العلم بالتحريم فلا، لعدم لحوق النسب} به، الذي هو المناط في الاستيلاء، ليصح صدق أم ولده عليها وتأخذ أحكامها.

(١) الوسائل، ج ٢٣، الاستيلاء، باب (٣) ح ١ .

{ويشترط مع ذلك الحكم بحرية الوالد} على المشهور بينهم شهرة عظيمة، كما في الجواهر، ولخبر محمد بن مارد عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يتزوج الأمة، فتلد منه أولاداً، ثم يشتريها، فتمكث عنده ما شاء الله، لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها، قال: هي أمته، إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، وإن شاء أعتق)^(١) وضعفها متجبر بالشهرة والعمل {فلا يحصل بوطء المكاتب أمته قبل الحكم بعته} لعدم حرية الولد {فلو عجز استرق المولى الجميع} كما تضمنه الخبر المتقدم {نعم لو عتق} المكاتب {صارت أم ولد} له وإن كان الحمل قبل العتق، لصدق لحق النسب إليه {و} حينئذٍ {ليس له بيعها قبل عجزه وعته، لتشبهها بالحرية، ولا} يحصل الاستيلاد {بوطء العبد أمته التي ملكه إياها مولاه لو قلنا بملكه} لعدم حرية الولد الذي هو مناط الاستيلاد.

[وهي مملوكة] ما دام مولاه حياً، بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر، ولصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألته عن أم الولد؟ فقال: أمة)^(٢) ونحوه غيره، ف {فيجوز استخدامها، ووطؤها بالملك، وتزويجها بغير رضاها، وإجارتها وعتقها} [ولا تتحرر بموت المولى] {أي بمجرد موته كما يتحرر المدبر لو خرج من ثلث ماله، أو أجاز الوارث} [بل] {تتحرر} [من نصيب ولدها] {من ميراثه من أبيه} بلا خلاف فيه، ولصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: (قال: قال: أمير المؤمنين عليه السلام: أيما رجل ترك سرية لها ولد، أو في بطنها ولد، أو لا ولد لها، فإن أعتقها ربحها عتقت، وإن لم يعتقها حتى توفي فقد سبق فيها كتاب الله، وكتاب الله

(١) الوسائل، ج٢٣، الاستيلاد، باب (٤) ح ١.

(٢) الوسائل، ج٣، الاستيلاد، باب (١) ح ١.

أحق، فإن كان لها ولد وترك مالا، جعلت في نصيب ولدها... الحديث^(١) ونحوه غيره [فإن عجز النصيب] {عن قيمتها كما لو لم يخلف سواها، وخلف وارثاً سواه} [سعت] {هي} [في المتخلف] {من قيمتها عن نصيبه} في المشهور، كذا في الجواهر، لذيل مقطوع يونس (في أم ولد - إلى إن قال: وإذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها، وإن كانت بين شركاء، فقد عتقت من نصيب ولدها، وتستسعى في بقية ثمنها)^(٢) ونحوه غيره {ولا اعتبار بملك ولدها من غير الإرث؛ لأن عتقها عليه قهري، فلا يسري عليه في المشهور} ولما تقدم في مقطوع يونس وغيره.

{وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط وابن الجنيد {يقوم عليه الباقي، بناء على السراية بمطلق الملك} استناداً للنبي (من ملك ذا رحم فهو حر)^(٣) ويعضده موثق أبي بصير قال: (سألت أبا عبد الله عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات، قال: إن شاء أن يبيعها باعها، وإن مات مولاهما وعليه دين قومت على ابنها فإن كان ابنها صغيراً، تنتظر به حتى يكبر، ثم يجبر على قيمتها... الحديث)^(٤) ويشكل: بأن النبي مع أنه ضعيف في نفسه، فهو قاصر عن معارضة ما سبق من النصوص، مع أنه ظاهر في الجميع لا البعض، وأن الموثق مهجور لدى الأصحاب.

[ولا يجوز بيعها ما دام ولدها حياً] بلا خلاف ولا إشكال، ولصحيح وهب بن عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل زوج عبداً له من أم ولد له، ولا ولد لها من

(١) الوسائل، ج ٢٣، الاستيلاء، باب (٦) ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٣، الاستيلاء، باب (٥) ح ٣.

(٣) مستدرک الوسائل، العتق، باب (١٢) ح ١.

(٤) الاستبصار، ج ٤، ص ١٤٤، ح ٥.

السيد ثم مات السيد قال: لا خيار لها على العبد هي مملوكة للورثة^(١) [إلا فيما استثنى] {في كتاب البيع، فإذا مات} الولد {أو ولدته سقطاً زال حكم الاستيلاد رأساً، وفائدة الحكم به بوضع العلة والمضغة فما فوقهما، إبطال للتصرفات السابقة الواقعة حالة الحمل} التي فيها نقل أو تؤول إليه {وإن جاز تجديدها} أي التصرفات لزوال حكم الاستيلاد {حينئذٍ} أي حين وضع العلة والمضغة وما فوقهما.

[وإذا جنت] {أم الولد خطأ تعلق الجناية برقبته على المشهور، و} {فكها} {المولى} {بأقل الأمرين من قيمتها، وأرش الجناية} {على الأقوى؛ لأن الأقل إن كان هو الإرث فظاهر، وإن كان القيمة فهي بدل من العين فيقوم مقامها} لأن الجاني لا يجني على أكثر من نفسه {وإلا} لو لم تكن القيمة قائمة مقام العين {لم تكن بدلاً، ولا سبيل إلى الزائد؛ لأن المولى لا يعقل مملوكاً} ولا يتحمل دية جنائته {وهذا الحكم لا يختص بأم الولد، بل بكل مملوك}.

{وقيل} والقاتل الشيخ في الخلاف والمحقق {بل يفكها بأرش الجناية مطلقاً} سواء كان هو الأقل من قيمتها أم لا {لتعلقها برقبته} استناداً إلى خبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: (أم الولد جنائتها في حقوق الناس على سيدها، ومتى كان من حقوق الله عز وجل في الحدود فإن ذلك في بدنها... الحديث)^(٢) وهو محمول على ما لو أراد السيد الفك والفداء جمعاً بين مطلق النصوص ومقيدتها {ولا يتعين ذلك} وهو الفك {بل يفكها} [إن شاء، وإلا] {يفكها} [سلمها] {إلى المجني عليه، أو وارثه ليملكها فيبطل حكم الاستيلاد، وله حينئذٍ بيعها والتصرف

(١) الوسائل، ج ٢٣، الاستيلاد، باب (٥) ح ٤ .

(٢) الوسائل، ج ٢٩، القصاص في النفس، باب (٤٣) ح ١ .

فيها كيف شاء إن استغرقت الجناية قيمتها} [أو يسلم ما قابل الجناية] {إن لم تستغرق قيمتها} ولم يذكر حكم الباقي بعد تسليم ما قابل الجناية، وكذا حكم ما لو فكها، والظاهر بقاءه على حكم الاستيلاء.

كتاب الإقرار

[كتاب الإقرار]

[وفيه فصول]:

[الأول] في [الصيغة وتوابعها]:

{من شرائط المقر، وجملة من أحكامه المترتبة على الصيغة، ويندرج فيه بعض شرائط المقر به، وكان عليه أن يدرج شرائط المقر له أيضاً فيه، وهي: أهليته للتملك، وأن لا يكذب المقر، وأن يكون ممن يملك المقر به، فلو أقر للحائط، أو الدابة لغا} لعدم أهليتها للتملك {ولو أكذبه لم يعط} لإقراره بعدم استحقاقه {ولو لم يصلح للملكه كما لو أقر لمسلم بخنزير، أو خمر غير محترمة} وهي التي لا يمكن جعلها خلاً {بطل} الإقرار في جميع الموارد المذكورة، لتخلف شروط صحته {وإنما أدرجنا ذلك، ليتم الباب}.

[وهي] {أي الصيغة} الصريحة للفظ الذي يتضمن إخباراً جازماً عن حق لازم كقوله [له عندي كذا] [أو علي] [أو هذا] {الشيء، كهذا البيت، أو البستان} [له] {دون بيتي وبستاني في المشهور} لأنه إنشاء ملك له حين الإقرار {لامتناع اجتماع مالكين مستوعين على شيء واحد، والإقرار يقتضي سبق ملك المقر له على وقت الإقرار، فيجتمع النقيضان، نعم لو قال: بسبب صحيح كسراء ونحوه صح، لجواز أن يكون له حق} في ذمة المقر {وقد جعل داره في مقابلته، والأقوى الصحة مطلقاً} سواء

كانت مع الضميمة أم بدونها {الإمكان تنزيل الخالي من الضميمة عليها؛ لأن الإقرار مطلقاً} مع الضميمة أو بدونها {ينزل على السبب الصحيح مع إمكان غيره؛ ولأن التناقض إنما يتحقق مع ثبوت الملك لهما في نفس الأمر، أما ثبوت أحدهما ظاهراً، والآخر في نفس الأمر فلا} تناقض {والحال هنا كذلك، فإن الإخبار بملك المقر له يقتضي ثبوت ملكه في الواقع، ونسبة المقر به إلى نفسه يحمل على الظاهر، فإنه المطابق لحكم الإقرار؛ إذ لا بد فيه من كون المقر به تحت يد المقر، وهي تقتضي ظاهراً كونه ملكاً له؛ ولأن الإضافة يكفي فيها أدنى ملابسة، مثل ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾^(١) فإن المراد بيوت الأزواج وأضيفت إلى الزوجات بملابسة السكنى، ولو كان ملكاً لما جاز إخراجهن عند الفاحشة، وكقول أحد حاملي الخشبة: خذ طرفك، وككوكب الخرقاء {في قول الشاعر:

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة سهيل أذاعت غزلها في القرائب

ولمناسبة أضاف الكوكب إلى الخرقاء مع أنه سهيل وهي امرأة كانت إذا طلع سهيل علمت بدخول الشتاء فتستعد له بتهيئة أسبابه {وشهادة الله} في قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾^(٢) {ودينه} أي دين الله عز وجل وإضافته إليه باعتبار تشريعه {وهذه الإضافة لو كانت مجازاً لوجب الحمل عليه، لوجود القرينة الصارفة عن الحقيقة، والمعينة له؛ لأن الحكم بصحة إقرار العقلاء مع الإتيان باللام المفيدة للملك والاستحقاق قرينة على أن نسبة المال إلي المقر بحسب الظاهر}.

(١) سورة الطلاق، آية (١).

(٢) سورة البقرة، آية (٢٨٣).

{وفرق المصنف} في الدروس {بين قوله: ملكي لفلان، وداري، فحكم بالبطلان في الأول} للتناقض بين نسبة الملك له، والإقرار به لغيره في نفس الوقت {وتوقف في الثاني} لأن نسبة الدار لشخص تصح وإن لم تكن ملكاً له، ولا يصح لو قال: ملكي {والأقوى عدم الفرق} بين الصورتين؛ لأن الإضافة فيها لا تدل على أكثر من الملك ظاهراً، وهو لا ينافي الإقرار بالملك للغير واقعاً {وليس منه ما لو قال: مسكني له، فإنه يقتضي الإقرار قطعاً؛ لأن إضافة السكنى، لا تقتضي ملكية العين، لجواز أن يسكن ملك غيره} بإجارة أو هبة ونحوهما.

[أو] قال [له في ذمتي كذا وشبهه] {كقوله: له قبلي كذا} [ولو علقه بالمشيئة] {كقوله: إن شئت، أو إن شاء زيد، أو إن شاء الله} [بطل] {الإقرار} قولاً واحداً [إن اتصل] {الشرط؛ لأن الإقرار إخبار جازم عن حق لازم سابق على وقت الصيغة، فالتعليق ينافيه، لانتفاء الجزم في المعلق، إلا أن يقصد في التعليق على مشيئة الله التبرك فلا يضر} لعدم التعليق حقيقة، كما هو واضح.

{وقد يشكل البطلان في الأول} وهو المعلق على غير المشيئة {بأن الصيغة قبل التعليق تامة الإفادة لمقصود الإقرار، فيكون التعليق بعدها كتعقبه بما ينافيه فينبغي أن يلغو المنافي، لا أن يبطل الإقرار، والاعتذار بكون الكلام كالجملية الواحدة لا يتم إلاّ بآخره، وارد في تعقبه بالمنافي، مع حكمه بصحته} كما سيأتي {وقد يفرق بين المقامين: بأن المراد بالمنافي الذي لا يسمع؛ ما وقع بعد تمام صيغة جامعة لشرائط الصحة، وهنا ليس كذلك؛ لأن من جملة الشرائط التنجيز، وهو غير متحقق بالتعليق، فتلغو الصيغة}.

[ويصح الإقرار بالعربية، وغيرها] من العربي وغيره، إجماعاً بقسميه، كما في الجواهر، و {لاشتراك اللغات في التعبير عما في الضمير، والدلالة على المعاني الذهنية بحسب المواضعة} تعييناً أو تعيناً {لكن يشترط في تحقيق اللزوم علم الالفاظ بالوضع فلو أقر عربي بالعجمية، أو بالعكس وهو لا يعلم مؤدى اللفظ لم يقع، ويقبل قوله في عدم العلم إن أمكن في حقه، أو صدقه المقر له؛ عملاً بالظاهر} الذي هو عدم علمه بغير لغته {والأصل من عدم تجدد العلم بغير لغته، والمعتبر في الألفاظ الدالة على الإقرار إفادتها له عرفاً وإن لم يقع على القانون العربي، وقلنا: باعتباره في غيره من العقود والإيقاعات اللازمة، لتوقف تلك على النقل} من الشارع الأقدس {ومن ثم لا يصلح بغير العربية مع إمكانها} وقد تقدم في كتاب البيع ما له تعلق بالمقام، فليراجع.

[ولو علقه بشهادة الغير] {فقال: إن شهد لك فلان علي بكذا فهو لك في ذمتي، أو لك علي كذا إن شهد لك به فلان} [أو قال: إن شهد لك فلان] {علي بكذا} {فهو صادق} [أو فهو صدق، أو حق، أو لازم لذمتي ونحوه] {فالأقرب البطلان} وفاقاً لأكثر المتأخرين، كما في المسالك {وإن كان قد علق ثبوت الحق على الشهادة، وذلك لا يصدق إلا إذا كان ثابتاً في ذمته الآن، وحكم بصدقه على تقدير شهادته، ولا يكون صادقاً إلا إذا كان المشهود به في ذمته، لوجوب مطابقة الخبر الصادق لمخبره بحسب الواقع؛ إذ ليس للشهادة أثر في ثبوت الصدق ولا عدمه، فلو لا حصول الصدق عند المقر لما علقه على الشهادة، لاستحالة أن يجعله الشهادة صادقاً وليس بصادق، وإذا لم يكن للشهادة تأثير في حصول الصدق وقد حكم به وجب أن يلزمه المال وإن أنكر الشهادة فضلاً عن شهادته، أو عدم شهادته} كما عن الشيخ في المبسوط وابن سعيد في الجامع، والعلامة في جملة من كتبه.

{وإنما لم يؤثر هذا كله} في صحة الإقرار [لجواز أن يعتقد استحالة صدقه، لاستحالة شهادته عنده] {ومثله في محاورات العوام كثير، يقول أحدهم: إن شهد فلان أنني لست لأبي فهو صادق، ولا يريد منه إلا أنه لا تصدر عنه الشهادة، للقطع بعدم تصديقه إياه على كونه ليس لأبيه، وغايته قيام الاحتمال، وهو كاف في عدم اللزوم} لأنه إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

{وعدم صراحة الصيغة في المطلوب، معترضاً بأصالة براءة الذمة، مع أن ما ذكر في توجيه اللزوم معارض بالإقرار المعلق على شرط بتقريب ما ذكر، وكذا} لا يتم {قوله} أي الشيخ ومن تبعه {إنه يصدق: كلما لم يكن المال ثابتاً في ذمته، لم يكن صادقاً على تقدير الشهادة، وينعكس بعكس النقيض إلى قولنا: كلما كان صادقاً على تقدير الشهادة كان ثابتاً في ذمته وإن لم يشهد، لكن المقدم حق، لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز)^(١) وقد أقر بصدقه على تقدير الشهادة، فالتالي؛ وهو: ثبوت المال في ذمته مثله، فإنه معارض بالمعلق، ومنقوض باحتمال الظاهر} الجاري في محاورات عوام الناس.

[ولا بد من كون المقر كاملاً] {بالبلوغ والعقل} بلا خلاف ولا إشكال، ولحديث رفع القلم وغيره [خالياً من الحجر للسفه] كما تقدم غير مرة {أما الحجر للفلس، فقد تقدم في باب الدين اختيار المصنف أنه مانع من الإقرار بالعين دون الدين، فلذا لم يذكره هنا} لأن متعلق الإقرار هو الدين {ويعتبر مع ذلك القصد، والاختيار، فلا عبرة بإقرار الصبي وإن بلغ عشرين، إن لم نجز وصيته ووقفه، وصدقته، وإلا} فإن

(١) الوسائل، ج ٢٣، الإقرار، باب (٣) ح ٢.

أجزناها، كما هو مذهب جمع {قبل إقراره بها؛ لأن من ملك شيئاً ملك الإقرار به} قاعدة مجمع عليها بين الأصحاب.

{ولو أقر بالبلوغ استفسر، فإن فسره بالإمناء قبل مع إمكانه، ولا يمين عليه حذراً من الدور} لوقوف اليمين على البلوغ فإذا توقف البلوغ عليه لزم توقف الشيء على نفسه وهو أوضح أقسام الدور {ودفع المصنف له في الدروس: بأن يمينه موقوف على إمكان بلوغه، والموقوف على يمينه هو وقوع بلوغه فتغايرت الجهة مندفع: بأن إمكان البلوغ غير كاف شرعاً في اعتبار أفعال الصبي، وأقواله التي منها يمينه}.

{ومثله إقرار الصبية به، أو بالحيض، وإن ادعاه بالسن كلف البينة، سواء في ذلك الغريب، والخامل} غير المعروف في بلده {وغيرهما، خلافاً للتذكرة حيث ألحقهما فيه} أي ادعاء السن {بمدعي الاحتلام، لتعذر إقامة البينة عليهما غالباً} ولو ادعى الصبي البلوغ {أو بالإنبات اعتبر} وأخذ به بالنظر إلى موضعه {فإن محله ليس من العورة، ولو فرض أنه منها فهو موضع حاجة} وضرورة وهي تبيح المحظور.

{ولا} عبرة {بإقرار المجنون إلا من ذي الدور وقت الوثوق بعقله، ولا بإقرار غير القاصد كالنائم، والهازل، والساهي، والغالط} اتفاقاً، ولحديث الرفع وغيره {ولو ادعى المقر أحد هذه ففي تقديم قوله عملاً بالأصل} وهو عدم القصد {أو قول الآخر} وهو المقر له {عملاً بالظاهر} من أن المتكلم ملتفت وقاصد لكلامه {وجهان، ومثله} في الوجهين {دعواه بعد البلوغ وقوعه حالة الصبي، والمجنون حالته، مع العلم به} في الجملة {فلو لم يعلم له حالة جنون حلف نافية} لأنه منكر {والأقوى عدم القبول} لقوله {في الجميع} ترجيحاً للظاهر من كون المتكلم قاصداً لدلول كلامه، وترجيحاً للأصل في عدم الجنون والصبي حالة الإقرار.

{ولا} عبرة {بإقرار المكره فيما أكره على الإقرار به} اتفاقاً، ولحديث الرفع {إلاّ مع ظهور أمانة اختياره كأن يكره على أمر فيقر بأزيد منه} أو أقل، أو بأمر آخر، لعدم الإكراه فيها {وأما الخلو من السفه فهو شرط في الإقرار المالي} إجماعاً، للحجر عليه {فلو أقر بغيره، كجناية توجب القصاص، ونكاح وطلاق قبل، ولو اجتماعاً قبل في غير المال كالسرقة بالنسبة إلى القطع، ولا يلزم بعد زوال حجره ما بطل قبله} هذا بحسب الظاهر، وأما فيما بينه وبين الله ﷻ فيلزم التخلص مما لزمه منه، كما لو كان قد تلف عليه ما يضمن بالمال {وكذا يقبل إقرار المفلس في غير المال مطلقاً} مهما كان المقر به، أما المال فإن كان عيناً فلا يقبل، وأما الدين فيقبل إقراره فيه، كما مر.

[وإقرار المريض من الثلث مع التهمة] كما هو قول الأكثر، ومنهم المحقق وغيره، سواء كان بالإقرار للوارث أم لغيره، أما الأول، فلصحيح منصور بن حازم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً، فقال: إن كان الميت مريضاً فأعطه الذي أوصى له)^(١) وأما الثاني، فلصحيح العلاء - بيع السابري - قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالاً، فلما حضرها الموت قالت له: إن المال الذي دفعته إليك لفلانة، وماتت المرأة فأتى أولياؤها الرجل فقالوا له: إنه كان لصاحبتنا مال ولا نراه إلاّ عندك فاحلف لنا ما لا قبلك شئ، أفيحلف لهم؟ فقال: إن كانت مأمونة عنده فيحلف لهم، وإن كانت متهمة فلا يحلف، ويضع الأمر على ما كان، فإنها لها من مالها ثلثه)^(٢) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٦) أحكام الوصايا، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (١٦) أحكام الوصايا، ح ٢.

{و} التهمة {هي الظن الغالب بأنه إنما يريد بالإقرار تخصيص المقر له بالمقر به، وأنه في نفس الأمر كاذب، ولو اختلف المقر له، والوارث فيها فعلى المدعي لها البينة، لأصالة عدمها، وعلى منكرها اليمين، ويكفي في يمين المقر له أنه لا يعلم التهمة، لا أنها ليست حاصلة في نفس الأمر، لا ابتناء الإقرار على الظاهر، ولا يكلف الحلف على استحقاق المقر به من حيث إنه يعلم بوجه استحقاقه؛ لأن ذلك غير شرط في استباحة المقر به، بل له أخذه ما لم يعلم فساد السبب، هذا كله مع موت المقر في مرضه، فلو برئ من مرضه نفذ من الأصل مطلقاً مع التهمة وعدمها؛ لأنه إقرار عاقل، وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز {ولا فرق في ذلك بين الوارث والأجنبي} كما تقدم {وإلا} {يكن هناك تهمة ظاهرة} {فمن الأصل} {مطلقاً} سواء مات في مرضه أم لا، وسواء كان الإقرار للوارث أم للأجنبي، مع التهمة أم لا {على أصح الأقوال} - التي وصلت في الجواهر إلى عشرة، وذلك لاختلاف النصوص - كما هو قول الأكثر، لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز وغيره من النصوص التي تقدم بعضها.

[وإطلاق الكيل، أو الوزن] {في الإقرار كأن قال: له عندي كيل حنطة، أو رطل سمن} {يحمل} {على الكيل والوزن} [المتعارف في البلد] {أي بلد المقر وإن خالف بلد المقر له} بلا خلاف، بل ولا إشكال، كما في الجواهر [فإن تعدد] المتعارف من {المكيال والميزان في بلده} [عين المقر] {ما شاء منهما} لصدق المتعارف على كلٍ منهما [ما لم يغلب أحدهما] {في الاستعمال على الباقي} [فيحمل] الإطلاق [على الغالب] بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر {ولو تعذر استفساره فالمتيقن هو الأقل} والزائد مجرى لأصل البراءة {وكذا القول في النقد} حذو القذة بالقذة.

[ولو أقر بلفظ مبهم صح] {إقراره} بلا خلاف، كما في الجواهر، بل في محكي التذكرة الإجماع عليه، لعموم أدلة الإقرار الذي هو إخبار يقبل الإجمال والتفصيل،

مؤيداً بأن الحاجة قد تدعو إليه، كما لو كان في ذمته شيء لا يعلم قدره فيقر به للتخلص منه بصلح ونحوه.

[وألزم تفسيره] بلا خلاف أجده فيه، بل ولا إشكال، كذا في الجواهر {واللفظ المبهم} [كالمال، والشيء، والجزيل، والعظيم، والحقير] {والنفيس، ومال أي مال، ويقبل تفسيره بما قل؛ لأن كل مالٍ عظيم خطره شرعاً، كما ينه عليه كفر مستحله، فيقبل في هذه الأوصاف} [و] {لكن} {لا بد من كونه مما يتمول} {أي يعد مالاً عرفاً} بلا خلاف أجده فيه، بل عن التذكرة الإجماع عليه، كما في الجواهر [لا كقشرة جوزة، أو حبة دخن] {أو حنطة؛ إذ لا قيمة لذلك عادة} كما هو المشهور شهرة عظيمة، كما في الجواهر، ولعدم صدق المال عليه فضلاً عن انصراف إطلاقه إليه على وجه يثبت في الذمة.

{وقيل} والقائل العلامة في التذكرة {يقبل بذلك؛ لأنه مملوك شرعاً، والحقيقة الشرعية مقدمة على العرفية، ولتحريم أخذه بغير إذن مالكة، ووجوب رده، ويشكل: بأن الملك لا يستلزم إطلاق اسم المال شرعاً، والعرف يأباه، نعم يتجه ذلك تفسيراً للشيء وإن وصفه بالأوصاف العظيمة، لما ذكر} من عظم خطره عند الشارع {ويقرب منه ما لو قال: له علي حق} لصدقه على العظيم والحقير بعين الصدق {وفي قبول تفسيرهما برد السلام، والعيادة، وتسميت العاطس وجهان: من إطلاق الحق عليها في الأخبار} ^(١) {فيطلق الشيء؛ لأنه أعم، ومن أنه خلاف المتعارف، وبعدهما عن الفهم في معرض الإقرار، وهو الأشهر} بل والأظهر.

(١) يراجع بشأنها، الوسائل، جـ ١٢، الحج، الباب (٥٨) أحكام العشرة.

{ولو امتنع من التفسير حبس، وعوقب عليه حتى يفسر} على المشهور، كما في الجواهر {لوجوبه عليه، ولو مات قبله طوّل الوارث به إن علمه، وخلف تركه، فإن أنكر العلم} بقدره {وإدعاه عليه المقر له، حلف} الوارث {على عدمه} لأنه منكر، لأصالة عدم العلم.

[ولا فرق] {في الإبهام والرجوع إليه في التفسير} [بين قوله: عظيم، أو كثير] كما هو المشهور شهرة عظيمة، كما في الجواهر {لاشترأكما في الاحتمال} [وقيل] {والقائل الشيخ وجماعة بالفرق، وأن} [الكثير ثمانون] هنا {كالنذر، للرواية الواردة به فيه، والاستشهاد} في الرواية {بقوله تعالى: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾ (١)} ويضعف - مع تسليمه - {أي الوارد؛ لأنه مرسل} ببطلان القياس {للاقرار على النذر} ولا استعمال الكثير في القرآن لغير ذلك مثل ﴿فِتْنَةٌ كَثِيرَةٌ﴾ (١) و ﴿ذِكْرًا كَثِيرًا﴾ (٢) ودعوى: أنه عرف شرعي فلا قياس، خلاف الظاهر {جداً} {والحاق العظيم به} كما عن ابن الجنيد {غريب} لأنه قياس على قياس.

[ولو قال: له علي أكثر من مال فلان] {لزمه بقدره وزيادة} شيء ولو درهم، كما عن الشيخ وابن سعيد وغيرهما [و] {لو} [فسره بدونه، وادعى ظن القلة حلف] {لأصالة عدم علمه به، مع ظهور أن المال من شأنه أن يخفى} [وفسر بما ظنه] {وزاد عليه زيادة} متمولة عرفاً، بلا خلاف أجده بين من تعرض له من الحكم والتعديل، كذا في الجواهر {وينبغي تقييده بإمكان الجهل به في حقه، ولا فرق في ذلك} المفسر

(١) سورة البقرة، آية (٢٤٩).

(٢) سورة الأحزاب، آية (٤١).

طبقاً لظنه {بين قوله قبل ذلك: إني أعلم مال فلان، وعدمه} لأن علمه مستند إلى ما يظهر له.

{نعم لو كان قد أقر بأنه قدر يزيد عما ادعى ظنه، لم يقبل إنكاره ثانياً} لأنه إنكار بعد إقرار، وهو غير مقبول اتفاقاً {ولو تأول، بأن قال: مال فلان حرام، أو شبهة، أو عين وما أقررت به حلال، أو دين، والحلال والدين أكثر نفعاً، أو بقاءً ففي قبوله قولان: من أن المتبادر كثرة المقدار، فيكون حقيقة فيها، وهي مقدمة على المجاز} في كثرة النفع، أو البقاء، أو الثواب وغيرها من الاعتباريات {مع عدم القرينة الصارفة، ومن إمكان إرادة المجاز، ولا يعلم قصده إلا من لفظه فيرجع إليه فيه، ولا تخفى قوة الأول} لأنه الأصل في المحاورات عرفاً {نعم لو اتصل التفسير} مهما كان {بالإقرار لم يبعد القبول} لأن اتصال التفسير قرينة متصلة لا ينعقد للكلام ظهور إلا على مقتضاها.

[ولو قال: له علي كذا درهم، بالحركات الثلاث] {الرفع، والنصب، والجر} [والوقوف] {بالسكون، وما في معناه} من الإشمام وهو: الوقف بحرف مضموم، والإشعار بحركته بضم الشفتين من دون أن يتلفظ بالضم، والروم وهو: الإتيان بحركة الحرف الموقوف عليه ضعيفة لا تبين [فواحد] {لاشترائه بين الواحد فما زاد وضعاً، فيحمل على الأقل؛ لأنه المتيقن إذا لم يفسره بأزيد، فإن (كذا) كناية عن الشيء} كما في الصحاح والقاموس، وهو المشهور بين الأصحاب {فمع الرفع يكون الدرهم بدلاً منه، والتقدير: شيء درهم} واحد، إجماعاً، كما عن التذكرة والإيضاح والمهذب البارع {ومع النصب يكون تمييزاً له} على مذهب أكثر النحاة {وأجاز بعض أهل العربية} من بعض الكوفيين {نصبه على القطع، كأنه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم،

ومع الجر تقدر الإضافة بـ { وهو ما يكون المضاف إليه مبيناً للمضاف كـ } ﴿حَبَّ الحَصِيدِ﴾^(١) والتقدير بشيء هو درهم}.

{ويشكل: بأن ذلك وإن صح إلا أنه يمكن تقدير ما هو أقل منه، بجعل الشيء جزءاً من الدرهم أضيف إليه، فيلزمه جزء يرجع في تفسيره إليه؛ لأنه المتيقن، ولأصالة البراءة من الزائد، ومن ثم حمل الرفع والنصب على الدرهم مع احتمالهما أزيد منه { لأنه المتيقن {وقيل} والقائل مشهور أهل اللغة {إن الجر لحن يحمل على أخويه فيلزمه حكمهما} كما جزم به المعظم، وهو الأجود.

{وأما الوقف فيحتمل الرفع والجر لو أعرب { وأظهرت الحركات {لا النصب، لوجوب إثبات الألف فيه وقفاً، فيحمل على مدلول ما احتمله، فعلى مختاره { أي المصنف {يشتركان في احتمال الدرهم، فيحمل عليه، وعلى ما حققناه { في الإشكال {يلزمه جزء درهم خاصة؛ لأنه باحتماله الرفع والجر حصل الشك فيما زاد على الجزء، فيحمل على المتيقن، وهو ما دلت عليه الإضافة {البيانية.

[وكذا كذا درهما، وكذا وكذا درهماً، كذلك] {في حمله على الدرهم مع الحركات الثلاث، والوقف، لاحتمال كون كذا الثاني تأكيداً للأول في الأول { وهو مع عدم العطف بالواو {والحكم في الإعراب ما سلف، وفي الوقف ينزل على أقل الاحتمالات { وهو جزء من الدرهم؛ لأنه المتيقن {وكون (كذا) شيئاً مبهماً، والثاني معطوفاً عليه في { المثال {الثاني { وهو التكرار مع العطف {وميزا بدرهم على تقدير النصب، وأبدلاً منه على تقدير الرفع، وبُيِّنَا معاً بالدرهم مع الجر، ونُزِلَ على أحدهما مع

الوقف، أو أضيف الجزء إلى جزء الدرهم في الجر على ما اخترناه، وحمل الوقف عليه أيضاً}.

[ولو فسر] {في حالة} [الجر] {من الأقسام الثلاثة} التي هي صورة عدم التكرار، والتكرار من دون عطف، والتكرار مع العطف [ببعض درهم جازا] {لإمكانه وضعاً بجعل الشيء المراد بكذا وما ألحق به كناية عن الجزء. وفيه: أن قبول تفسيره به يقتضي صحته بحسب الوضع، فكيف يحمل مع الإطلاق على ما هو أكثر منه، مع إمكان الأقل؟! فالحمل عليه مطلقاً} فسر أو لم يفسر {أقوى} لتحقيق المطلق بالمسمى من أفراد.

[وقيل] {والقائل به الشيخ وجماعة} كابن زهرة والعلامة في جملة من كتبه [يتبع في ذلك] {المذكور من قوله: كذا درهم، وكذا كذا، وكذا وكذا درهماً، بالحركات الثلاث، والوقف وذلك اثنتا عشر صورة} حاصلة من ضرب الثلاث حالات بأربع حركات [موازنة من الأعداد] {جعلاً لكذا كناية عن العدد، لا عن الشيء، فيكون الدرهم في جميع أحواله تمييزاً لذلك العدد، فينظر إلى ما يناسبه بحسب ما تقتضيه قواعد العربية من إعراب المميز للعدد ويحمل عليه}.

{فيلزمه مع أفراد المبهمة} وهو لفظ كذا {ورفع الدرهم؛ درهم لأن المميز لا يكون مرفوعاً فيجعل بدلاً كما مر، ومع النصب عشرون درهماً؛ لأنه أقل عدد مفرد ينصب بمميزه؛ إذ فوقه ثلاثون إلى تسعين، فيحمل على الأقل، ومع الجر مئة درهم؛ لأنه أقل عدد مفرد فسر بمفرد مجرور؛ إذ فوقه الألف، ومع الوقف درهم، لاحتتماله الرفع والجر فيحمل على الأقل}.

{ومع تكريره بغير عطف ورفع الدرهم درهم، لما ذكرنا في الأفراد مع كون الثاني تأكيداً للأول، ومع نصبه أحد عشر؛ لأنه أقل عدد مركب مع غيره ينصب بعده مميزه؛ إذ فوّه اثنا عشر إلى تسعة عشر فيحمل على المتيقن، ومع جره ثلاث مئة درهم؛ لأنه أقل عدد أضيف إلى آخر، وميز بمفرد مجرور؛ إذ فوّه أربعمئة إلى تسعمئة، ثم مئة مئة، ثم مئة ألف، ثم ألف ألف فيحمل على المتيقن، والتركيب هنا لا يتأتى؛ لأن مميز المركب لم يرد مجروراً، وهذا القسم لم يصرح به صاحب القول، ولكنه لازم له، ومع الوقف يحتمل الرفع والجـر فيحمل على الأقل منهما، وهو الرفع؛ وهو ثلاث مئة درهم.

{ومع تكريره معطوفاً ورفع الدرهم يلزمه درهم، لما ذكر في الأفراد بجعل الدرهم بدلاً من مجموع المعطوف والمعطوف عليه، ويحتمل أن يلزمه درهم وزيادة؛ لأنه ذكر شيئين متغايرين بالعطف، فيجعل الدرهم تفسيراً للقريب منهما، وهو المعطوف، فيبقى المعطوف عليه على إبهامه، فيرجع إليه في تفسيره، وأصالة البراءة تدفعه؛ لأنه بعد حمل لفظ كذا على جزء الدرهم، فيكون المجموع من الجزئين درهماً لا أكثر.

{ومع نصب الدرهم يلزمه أحد وعشرون درهماً؛ لأنه أقل عددين عطف أحدهما على الآخر، وانتصب المميز بعدهما؛ إذ فوّه اثنان وعشرون إلى تسعة وتسعين فيحمل على الأقل، ومع جر الدرهم يلزمه ألف ومئة؛ لأنه أقل عددين عطف أحدهما على الآخر وميز بمفرد مجرور؛ إذ فوّه من الأعداد المعطوف عليها المئة والألف ما لا نهاية له؛ كـثلاثة آلاف وأربعة آلاف إلخ {ويحتمل جعل الدرهم مميزاً للمعطوف، فيكون مئة، ويبقى المعطوف عليه مبهماً فيرجع إليه في تفسيره، وجعله درهماً لمناسبة الأعداد المميزة، فيكون التقدير درهم ومئة درهم، لأصالة البراءة من الزائد. وهذا القسم أيضاً لم يصرحوا بحكمه، ولكنه لازم للقاعدة؛ وهي مراعاة النظير من الأعداد.

{ومع الوقف عليه يحتمل الرفع والجر، فيحمل على الأقل، وهو الرفع} لأنه عليه يلزمه درهم، وعلى الجر يلزمه درهم ومئة، أو ألف ومئة {وإنما حملنا العبارة على جميع هذه الأقسام مع احتمال أن يريد بقوله: كذا كذا درهماً، وكذا وكذا درهماً كذلك حكمهما في حالة النصب؛ لأنه الملفوظ ويكون حكمهما في غير حالة النصب مسكوتاً عنه؛ لأنه عقبه بقوله: ولو فسر في الجر ببعض درهم جاز، وذلك يقتضي كون ما سبق شاملاً لحالة الجر؛ إذ يبعد كون قوله: ولو فسر في الجر تنميماً لحكم كذا المفرد ببعده} للزومه الفصل بالأجنبي {وعلى التقديرين} التعميم لجميع الأقسام، والتخصيص لحالة النصب {يترتب عليه قوله: وقيل: يتبع في ذلك موازنه، فعلى ما ذكرنا تشعب الصور إلى اثنتي عشرة، وهي الحاصلة: من ضرب أقسام الإعراب الأربعة في المسائل الثلاث، وهي: كذا المفرد، والمكرر بغير عطف، ومع العطف، وعلى الاحتمال} وهو التخصيص بحالة النصب {يسقط من القسمين الأخيرين ما زاد على نصب المميز فتتصف الصور}.

{وكيف كان فهذا القول ضعيف؛ فإن هذه الألفاظ لم توضع لهذه المعاني لغة، ولا اصطلاحاً، ومناسبتها على الوجه المذكور لا يوجب اشتغال الذمة بمقتضاها مع أصالة البراءة، واحتمالها لغيرها على الوجه الذي بين، ولا فرق في ذلك بين كون المقر من أهل العربية وغيرهم، لاستعمالها على الوجه المناسب للعربية في غير ما ادعوه استعمالاً شهيراً، خلافاً للعلامة حيث فرق، وحكم بما ادعاه الشيخ على المقر إذا كان من أهل اللسان، وقد ظهر ضعفه} بضعف المبني عليه [و] {إنما} [يمكن هذا] {القول} {مع الاطلاع على القصد} {أي على قصد المقر، وأنه أراد ما ادعاه القائل، ومع الاطلاع لا إشكال} لعموم {إقرار العقلاء على أنفسهم جائز}.

[ولو قال: لي عليك ألف، فقال: نعم، أو أجل، أو بلى، أو أنا مقر به لزمه]
 {الألف} بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر {أما جوابه بنعم فظاهر؛ لأن قول
 المجاب إن كان خبراً فهي بعده حرف تصديق، وإن كان استفهاماً محذوف الهمزة فهي}
 بعده {للإثبات والإعلام؛ لأن الاستفهام عن الماضي إثباته بنعم، ونفيه بلا، وأجل
 مثله، وأما بلى فإنها وإن كانت لإبطال النفي} سواء كان النفي مجرداً كقوله عز وجل:
 ﴿زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّي﴾ ^(١) أم مقروناً بالاستفهام كقوله صلى الله عليه وآله:
 (أترضون أن تكونوا ربيع أهل الجنة؟ قالوا بلى) ^(٢) {إلا أن الاستعمال العرفي جوز
 وقوعها في جواب الخبر المثبت} كما هو محل الكلام {كنعم، والإقرار جار عليه، لا
 على دقائق اللغة، ولو قدر كون القول استفهاماً فقد وقع استعمالها في جوابه لغة وإن
 قل، ومنه قول النبي صلى الله عليه وآله لأصحابه: (أترضون أن تكونوا من أرفع أهل الجنة؟ قالوا:
 بلى) ^(٣) والعرف قاضٍ به}.

{وأما قوله: أنا مقر به، فإنه وإن احتمل كونه مقراً به لغيره، وكونه وعداً
 بالإقرار، من حيث إن مقراً اسم فاعل يحتمل الاستقبال} فيكون مساوفاً لقوله: أنا
 سأقر به، وهو وعد وليس من الإقرار في شيء {إلا أن المتبادر منه كون ضمير (به)
 عائداً إلى ما ذكره المقر له، وكونه إقراراً بالفعل عرفاً، والمرجع فيه إليه} فيلزمه حكمه.
 {وقول المصنف في الدروس: إنه ليس بإقرار حتى يقول: لك. وفيه - مع ما ذكر -
 أنه لا يدفع لولا دلالة العرف، وهي واردة على الأمرين، ومثله أنا المقر بدعواك، أو بما

(١) سورة التغابن، آية (٧).

(٢) سنن ابن ماجه، ج٢، ص ١٤٣٢.

(٣) سنن ابن ماجه، ج٢، ص ١٤٣٢.

ادعيت، أو ليست منكرًا له، لدلالة العرف، مع احتمال أن لا يكون الأخير إقرارًا، لأنه أعم { لأن عدم الإنكار أعم من الإقرار.

[ولو قال: زنه، أو انتقده، أو أنا مقر] {ولم يقل: (به)} {لم يكن شيئًا} {أما الأولان، فلانتفاء دلالتها على الإقرار، لإمكان خروجها مخرج الاستهزاء، فإنه استعمال شائع في العرف، وأما الأخير؛ فلأنه مع انتفاء احتمال الوعد { إذ يحتمل أنه وعد بالإقرار {يحتمل كون المقر به المدعى وغيره، فإنه لو وصل به قوله: بالشهادتين أو ببطلان دعواك، لم يختل اللفظ؛ لأن المقر به غير مذكور، فجاز تقديره بما يطابق المدعى وغيره معتضداً بأصالة البراءة}.

{ويحتمل عده إقرارًا؛ لأن صدوره عقيب الدعوى قرينة صارفه إليها، وقد استعمل لغة كذلك، كما في قوله تعالى: ﴿أَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿قَالَ فَاشْهَدُوا﴾^(٢) ولأنه لو لاه لكان { قول المجيب، أنا مقر إذا تعلق بغير المدعى {هذراً، وفيه منع القرينة} على أنه إقرار بها {لوقوعه كثيراً على خلاف ذلك، واحتمال الاستهزاء مندفع عن الآية، ودعوى الهذرية إنما تتم لو لم يكن الجواب بذلك مفيداً، ولو بطريق الاستهزاء، ولا شبهة في كونه من الأمور المقصودة للعقلاء عرفاً المستعمل لغة، وقيام الاحتمال يمنع لزوم الإقرار بذلك}.

[ولو قال: أليس لي عليك كذا؟ فقال: بلى، كان إقراراً] بلا خلاف فيه ولا إشكال، كما في الجواهر {لأن بلى حرف يقتضي إبطال النفي، سواء كان مجرداً نحو

(١) سورة آل عمران، آية (٨١).

(٢) الآية نفسها.

﴿زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّي﴾ ^(١) أم مقروناً بالاستفهام الحقيقي كالمثال { في قول المصنف {أم التقريري نحو ﴿أَلَمْ يَأْتِكُمْ نَذِيرٌ﴾ * ﴿قَالُوا بَلَىٰ﴾ ^(٢) ﴿أَلَسْتَ بِرَبِّكُمْ﴾ ^(٣) ولأن أصل بلى، بل زيدت عليها الألف، فقوله: بلى، رد لقوله: ليس لي عليك كذا، فإنه الذي دخل عليه حرف الاستفهام، ونفى له، ونفي النفي إثبات، فيكون إقراراً {.

[وكذا لو قال: نعم على الأقوى] {لقيامها مقام بلى لغة وعرفاً؛ أما العرف فظاهر، وأما اللغة فمنها قول النبي ﷺ للأَنْصَارِ: (أَلَسْتُمْ تَرَوْنَ لَهُمْ ذَلِكَ؟ فَقَالُوا: نَعَمْ) وقول بعضهم:

أليس الليل يجمع أم عمر
وإيانا فذاك بنا تداني
نعم، وأرى الهلال كما تراه
ويعلوها النهار كما علاني

ونقل في المغني عن سيويه وقوع نعم في جواب أَلَسْتَ، وحكي عن جمع من المتقدمين والمتأخرين جوازه {.

{والقول الآخر} للشيخ في المبسوط {إنه لا يكون إقراراً؛ لأن نعم حرف تصديق كما مر، فإذا ورد على النفي الداخل عليه الاستفهام كان تصديقاً له، فينافي الإقرار، ولهذا قيل - ونسب إلى ابن عباس - : إن المخاطبين بقوله تعالى: ﴿أَلَسْتَ بِرَبِّكُمْ﴾ قَالُوا بَلَىٰ ﴿ لو قالوا: نعم كفروا، فيكون التقدير حينئذٍ: ليس لك علي، فيكون إنكاراً، لا إقراراً. وجوابه: إنا لا ننزع في إطلاقها كذلك، لكن قد استعملت في المعنى الآخر لغة

(١) سورة التغابن، آية (٧).

(٢) سورة الملك، آية (٨ و ٩).

(٣) سورة الأعراف، آية (١٧٢).

كما اعترف به جماعة. والمثبت مقدم { على النافي؛ لأنه قد اطلع على ورود هذا الاستعمال بخلاف النافي حيث لم يطلع { واشتهرت فيه عرفاً، ورد المحكي عن ابن عباس { بأن الاستفهام التقريري الوارد في الآية خبر موجب وليس بمنفي { وجوز الجواب بنعم { لأنها بعد الإيجاب تصديق { وحمله في المعنى على أنه لم يكن إقراراً كافياً، لاحتتماله، وحيث ظهر ذلك عرفاً، ووافقه اللغة رجح هذا المعنى، وقوي كونه إقراراً {.

[الفصل الثاني: في تعقيب الإقرار بما ينافيه]

{وهو قسمان: مقبول ومردود} [والمقبول منه الاستثناء إذا لم يستوعب المستثنى منه] {سواء بقي أقل مما أخرج أم أكثر أم مساوٍ} كما نسبه غير واحد إلى أكثر علمائنا، كما عن الإيضاح {لأن المستثنى والمستثنى منه كالشيء الواحد، فلا يتفاوت الحال بكثرته وقلته، ولوقوعه في القرآن} كثيراً كقوله ﷻ: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾^(١) {وغيره من اللفظ الفصيح العربي}.

[و] {إنما يصح الاستثناء إذا} [اتصل] {بالمستثنى منه} {بما جرت به العادة} {فيغتفر التنفس بينهما، والسعال وغيرهما} كالعطاس والامتخاط {بما لا يعد منفصلاً عرفاً، ولما كان الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل في اللفظ، كان المستثنى والمستثنى منه متناقضين} تناقض العام والخاص في الحكم.

[فمن الإثبات نفي، ومن النفي إثبات] {أما الأول فعليه إجماع العلماء، وأما الثاني؛ فلأنه لولاه لم يكن (لا إله إلا الله) يتم به التوحيد؛ لأنه لا يتم إلا بإثبات الإلهية لله تعالى، ونفيها عما عداه تعالى، والنفي هنا حاصل، فلو لم يحصل الإثبات لم يتم التوحيد، وعلى ما ذكر من القواعد} [فلو قال: له علي مئة إلا تسعين فهو إقرار بعشرة] {لأن المستثنى منه إثبات للمئة، والمستثنى نفي للتسعين منها فبقي عشرة}.

[ولو قال: إلا تسعون] {بالرفع} [فهو إقرار بمئة] {لأنه لم يستثن منها شيئاً؛ لأن الاستثناء من الموجب التام لا يكون إلا منصوباً، فلما رفعه لم يكن استثناءً، وإنما (إلا) فيه بمنزلة (غير) يوصف بها وبتاليها ما قبلها، ولما كانت المئة مرفوعة بالابتداء كانت

التسعون مرفوعة صفة للمرفوع، والمعنى: له علي مئة موصوفة بأنها غير تسعين، فقد وصف المقر به، ولم يستثن منه شيئاً، وهذه الصفة مؤكدة صالحة للإسقاط { من الكلام من دون أن يتغير المعنى المقصود } إذ كل مئة فهي غير موصوفة بذلك، مثلها (في نفخة واحدة) {.

{واعلم أن المشهور بين النحاة في إلّا الوصفية، كونها وصفاً لجمع منكر كقوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ (١) والمئة ليست من هذا الباب، لكن الذي اختاره جماعة من التأخرين عدم اشتراط ذلك، ونقل في المغني عن سيويه جواز (لو) كان معنا رجل إلّا زيد لغلبنا) أي غير زيد}.

[ولو قال: ليس له علي مئة إلّا تسعون فهو إقرار بتسعين] {لأن المستثنى من المنفي التام يكون مرفوعاً، فلما رفع التسعين علم أنه استثناء من المنفي، فيكون إثباتاً للتسعين بعد نفي المئة}.

[ولو قال: إلّا تسعين] {بالباء} {فليس مقراً} {لأن نصب المستثنى دليل على كون المستثنى منه موجباً، ولما كان ظاهره النفي حمل على أن حرف النفي داخل على الجملة المثبتة المشتملة على الاستثناء، أعني مجموع المستثنى والمستثنى منه، وهي له علي مئة إلّا تسعين. فكأنه قال: المقدار الذي هو مئة إلّا تسعين ليس له علي، أعني العشرة الباقية بعد الاستثناء، كذا قرره المصنف في شرح الإرشاد على نظير العبارة، وغيره، وفيه نظر؛ لأن ذلك لا يتم إلّا مع امتناع النصب على تقدير كون المستثنى منه منفيّاً تاماً، لكن النصب جائز حينئذٍ اتفاقاً وإن لم يبلغ مرتبة الرفع، قال ابن هشام: النصب عربي جيد،

وقد قرئ به في السبع ﴿مَا فَعَلُوهُ إِلَّا قَلِيلًا﴾^(١) ﴿وَلَا يَلْتَمِتْ مِنْكُمْ أَحَدٌ إِلَّا امْرَأَتَكَ﴾^(٢) فالأولى في توجيهه عدم لزوم شيء في المسألة أن يقال - على تقدير النصب - : يحتمل كونه على الاستثناء من المنفي فيكون إقراراً بتسعين، وكونه من المثبت، والمنفي موجه إلى مجموع الجملة فلا يكون إقراراً بشيء، فلا يلزمه شيء لقيام الاحتمال، واشتراك مدلول اللفظ لغة، مع أن حملة على المعنى الثاني - مع جواز الأول - خلاف الظاهر، والمتبادر من صيغ الاستثناء هو الأول، وخلافه يحتاج إلى تكلف لا يتبادر من الإطلاق، وهو قرينة ترجيح أحد المعنيين المشتركين، إلا أن فتواهم المنضم إلى أصالة البراءة، وقيام الاحتمال في الجملة يعين المصير إلى ما قالوه.

{ولو تعدد الاستثناء وكان بعاطف} {كقوله: له علي عشرة إلا أربعة، وإلا ثلاثة} {أو كان} {الاستثناء} {الثاني أزيد من الأول} {كقوله: له علي عشرة إلا أربعة إلا خمسة} {أو مساوياً له} {كقوله في المثال: إلا أربعة إلا أربعة} {رجعا جميعاً إلى المستثنى منه} {أما مع العطف، فلوجوب اشتراك المعطوف والمعطوف عليه في الحكم، فهما كالجملتين الواحدة، ولا فرق بين تكرار حرف الاستثناء وعدمه، ولا بين زيادة الثاني على الأول، ومساوياً له، ونقصانه عنه، وأما مع زيادة الثاني على الأول، ومساواته، فلاستلزام عوده إلى الأقرب الاستغراق، وهو باطل} لأنه مع الاستغراق لا تبقى فائدة في ذكر الأول {فيصان كلامه عن الهذر بعودهما معاً إلى المستثنى منه}.

{واعلم أنه لا يلزم من عودهما معاً إليه صحتها، بل إن لم يستغرق الجميع المستثنى منه صح كالمثاليين، وإلا} يستغرق {فلا} يصح {لكن إن لزم الاستغراق من

(١) سورة النساء، آية (٦٦). قال ابن خالويه: تفرد ابن عامر بنصبه، الحجة في القراءات السبع، ابن

خالويه: ج ١، ص ١٢٤.

(٢) سورة هود، آية (٨١).

الثاني خاصة، كما لو قال: له علي عشرة إلا خمسة إلا خمسة لغا الثاني خاصة؛ لأنه هو الذي أوجب الفساد { في العود {وكذا العطف، سواء كان الثاني مساوياً للأول - كما ذكر - أم أزيد، كله عشرة إلا ثلاثة وإلا سبعة، أم أنقص كما لو قدم السبعة على الثلاثة}.

[وإلا يكن] {بعاطف، ولا مساوياً للأول، ولا أزيد منه، بل كان أنقص بغير عطف، كقوله: له علي عشرة إلا تسعة إلا ثمانية} [رجع التالي إلى متلوه] {لقربه؛ إذ لو عاد إلى البعيد لزم ترجيحه على الأقرب بغير مرجح، وعوده إليهما يوجب التناقض؛ إذ المستثنى والمستثنى منه متخالفان نفيًا وإثباتًا كما مر، فيلزمه في المثال تسعة؛ لأن قوله الأول إقرار بعشرة حيث إنه إثبات، والاستثناء الأول نفي للتسعة منها؛ لأنه وارد على إثبات، فيبقى واحد، واستثناءه الثاني إثبات للثمانية؛ لأنه استثناء من المنفي، فيكون مثبتًا، فيضم ما أثبتته، وهو الثمانية إلى ما بقي وهو الواحد، وذلك تسعة}.

{ولو أنه ضم إلى ذلك قوله: إلا سبعة إلا ستة حتى وصل إلى الواحد لزمه خمسة؛ لأنه بالاستثناء الثالث نفي سبعة مما اجتمع وهو تسعة فيبقى اثنان، وبالرابع أثبت ستة فبقي ثمانية، وبالخامس يصير ثلاثة وبالسادس يصير سبعة، وبالسابع أربعة، وبالثامن ستة، وبالتاسع - وهو الواحد - ينتفي منها واحد فيبقى خمسة}.

{والضابط: أن تجمع الأعداد المثبتة وهي الأزواج على حده، والمنفية وهي الأفراد كذلك، وتسقط جملة المنفي من جملة المثبت، فالمثبت ثلاثون، والمنفي خمسة وعشرون، والباقي بعد الإسقاط خمسة، ولو وصل إلى الواحد وقال: إلا اثنين، إلا ثلاثة إلى أن وصل إلى التسعة لزمه واحد، ولو بدأ باستثناء الواحد وختم به لزمه خمسة، ولو عكس

القسم الأول} في كلام الشارح {فبدأ باستثناء الواحد وختم بالتسعة لزمه واحد، وهو واضح بعد الإحاطة بما تقدم من القواعد، ورتب عليه ما شئت من التفریع}.

[ولو استثنى من غير الجنس صح] لا نعرف خلافاً في صحته لغة، ووروده في كلام العرب والقرآن، وتأويله بما يرجع إلى المتصل لا مقتضي له، كما في شرح المختصر للقاضي وظاهره نفي الخلاف بينهم {وإن كان مجازاً} كما عن أكثر المحققين {لتصرّحه بإرادته، أو لإمكان تأويله بالمتصل بأن يضمّر قيمة المستثنى ونحوها مما يطابق المستثنى منه} {وأسقط} المستثنى باعتبار قيمته [من المستثنى منه، فإذا بقي] {منه} {بقية} {وإن قلت} {لزمت، وإلاّ بطل} {الاستثناء، للاستغراق} {كما لو قال: له عليّ مئة إلاّ ثوباً} {هذا مثال الاستثناء من غير الجنس مطلقاً} بقيت بقية أم لم تبق {فيصح ويطلب بتفسير الثوب، فإن بقي من قيمته بقية من المئة بعد إخراج القيمة قبل، وإن استغرقها بطل الاستثناء على الأقوى، وألزم بالمئة} لأنه وقع مستغرقاً فتلزمه المئة {وقيل} والقائل العلامة في الإرشاد {يبطل التفسير خاصة} لأن الإقرار بالمستثنى منه والمستثنى قد وقع صحيحاً وإنما طرأ البطلان عند بيان التفسير {فيطالب بغيره}.

[و] {الاستثناء} {المستغرق باطل} {اتفاقاً} {كما لو قال: له} {عليّ} {مئة إلاّ مئة} {ولا يحمل على الغلط} بلا خلاف فيه {ولو ادعاه لم يسمع منه} اتفاقاً {هذا إذا لم يتعقبه استثناء آخر يزيل استغراقه، كما لو عقب ذلك بقوله: إلاّ تسعين فيصح الاستثناءان ويلزمه تسعون؛ لأن الكلام جملة واحدة لا يتم إلاّ بآخره، وآخره بصير الأول غير مستوعب، فإن المئة المستثناة منفية؛ لأنها استثناء من مثبت، والتسعين مثبتة؛ لأنها استثناء من منفي، فيصير جملة الكلام في قوة له تسعون، وكأنه استثنى من أول الأمر عشرة}.

{وكذا} {يبطل} [الإضراب] {عن الكلام الأول} {ببل، مثل: له علي مئة، بل تسعون، فيلزمه في الموضعين} {وهما الاستثناء المستغرق ومع الإضراب} {مئة} {لبطلان المتعقب في الأول للاستغراق، وفي الثاني للإضراب الموجب لإنكار ما قد أقر به، فلا يلتفت إليه} {ولا يسمع الرجوع عن الإقرار، لعموم (إقرار العقلاء)} {وليس ذلك كاستثناء؛ لأنه من متممات الكلام لغة، والمحكوم بثبوته فيه هو الباقي من المستثنى منه بعده، بخلاف الإضراب فإنه بعد الإيجاب يجعل ما قبل بل كالمسكوت عنه بعد الإقرار به، فلا يسمع، والفارق بينهما اللغة}.

[ولو قال: له علي عشرة من ثمن مبيع لم أقبضه، ألزم بالعشرة] وهو المحكي عن ابني إدريس وسعيد و عن المحقق في النافع والعلامة وغيرهم {ولم يلتفت إلى دعواه عدم قبض المبيع للتنافي بين قوله: علي، وكونه لم يقبض المبيع؛ لأن مقتضاه عدم استحقاق المطالبة بثمنه مع ثبوته في الذمة، فإن البائع لا يستحق المطالبة بالثمن إلا مع تسليم المبيع}.

{وفيه نظر؛ إذ لا منافاة بين ثبوته في الذمة، وعدم قبض المبيع} {لأن الثمن يثبت ثبوتاً غير مستقر للمشتري، نعم} {إنما التنافي بين استحقاق المطالبة به مع عدم القبض، وهو أمر آخر، ومن ثم ذهب الشيخ إلى قبول هذا الإقرار، لإمكان أن يكون عليه العشرة ثمناً، ولا يجب التسليم قبل القبض، ولأصالة عدم القبض، وبراءة الذمة من المطالبة به؛ ولأن للإنسان أن يخبر بما في ذمته، وقد يشتري شيئاً ولا يقبضه فيخبر بالواقع، فلو ألزم بغير ما أقر به كان ذريعة إلى سد باب الإقرار، وهو منافي للحكمة}.

{والتحقيق أن هذا ليس من باب تعقيب الإقرار بالمنافي} {حتى لا يسمع} {بل هو إقرار بالعشرة، لثبوتها في الذمة، وإن سلم كلامه} {بأنه أتى بالمنافي بعد الإقرار} {فهو

إقرار منضم إلى دعوى عين من أعيان مال المقر له، أو شئ في ذمته، فيسمع الإقرار، ولا تسمع الدعوى} لأن قوله الأول مكذب لدعواه {وذكره في هذا الباب لمناسبة ما} وقد تكون: توهم عدم إلزامه بما أقر؛ لأنه عقبه بما ينافيه.

[وكذا] {يلزم بالعشرة لو أقر بها ثم عقبه بكونها} [من ثمن خمر، أو خنزير] بلا خلاف فيه، كما في الجواهر {لتعقيبه الإقرار بما يقتضي سقوطه، لعدم صلاحية الخمر والخنزير مبيعاً يستحق به الثمن في شرع الإسلام، نعم لو قال المقر: كان ذلك من ثمن خمر، أو خنزير فظننته لازماً لي، وأمكن الجهل بذلك في حقه، توجهت دعواه وكان له تحليف المقر له على نفيه إن ادعى العلم بالاستحقاق، ولو قال: لا أعلم الحال، حلف على عدم العلم بالفساد، ولو لم يمكن الجهل بذلك في حق المقر لم يلتفت إلى دعواه}.

[ولو قال: له علي قفيز حنطة، بل قفيز شعير لزمه] {قفيز الحنطة والشعير} بلا خلاف فيه {لثبوت الأول بإقراره، والثاني بالإضراب} الذي هو نفي لما قبله فلا يسمع [ولو قال] {له علي} [قفيز حنطة، بل قفيزان] {حنطة} {فعليه قفيزان} {وهما الأكثر خاصة} من غير خلاف يذكر، سواء تقدم الأكثر أم تأخر [ولو قال: له هذا الدرهم، بل هذا الدرهم، فعليه الدرهمان] {لاعترافه في الإضراب بدرهم آخر، مع عدم سماع العدول} [ولو قال: له هذا الدرهم، بل درهم فواحد] {لعدم تحقق المغايرة بين المعين والمطلق، لإمكان حمله عليه}.

{وحاصل الفرق بين هذه الصور يرجع إلى تحقيق معنى بل وخلاصته: أنها حرف إضراب، ثم إن تقدمها إيجاب وتلاها مفرد جعلت ما قبلها كالمسكوت عنه، فلا يحكم عليه بشئ وأثبت الحكم لما بعدها، وحيث كان الأول إقراراً صحيحاً استقر حكمه بالإضراب عنه، وإن تقدمها نفي لتقرير ما قبلها على حكمه، وجعل ضده لما بعده، ثم

إن كانا مع الإيجاب مختلفين { في الصنف كالحنطة والشعير {أو معينين} كهذا الدرهم، بل هذا الدرهم {لم يقبل إضرابه، لأنه إنكار للإقرار الأول وهو غير مسموع} اتفاقاً.

{فالأول: كلّه قفيز حنطة، بل قفيز شعير، والثاني: كلّه هذا الدرهم، بل هذا الدرهم، فيلزمه القفيزان والدرهمان؛ لأن أحد المختلفين، وأحد الشخصين غير داخل في الآخر، وإن كانا مطلقين، أو أحدهما {مطلقاً والآخر متعيناً مع اتحاد القدر والصنف {لزمه واحد إن اتحد مقدار ما قبل بل وما بعدها كله درهم، بل درهم، أو هذا الدرهم، بل درهم، أو درهم، بل هذا الدرهم، لكن يلزمه {درهم واحد {مع تعيين أحدهما المعين، وإن اختلفا كمية كلّه قفيز، بل قفيزان، أو هذا القفيز، بل قفيزان، أو بالعكس، لزمه الأكثر، لكن إن كان المعين هو الأقل تعين، ووجب الإكمال} للأكثر من غيره.

[ولو قال: هذه الدار لزيد، بل لعمرو، دفعت إلى زيد] {عمالاً بمقتضى إقراره الأول} اتفاقاً، لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) [وغرم لعمرو قيمتها] على المشهور شهرة عظيمة، كما عن غير واحد {لأنه قد حال بينه وبين الشيء المقر به بإقراره الأول، فيغرم له للحيلولة} بينه وبين ما ملكه بالإقرار {الموجبة للغرم} خلافاً للقاضي حيث حكم بلزوم الرجوع إلى مراد المقر ويقبل قوله مع حياته والإكراه المقر به لهما وهما بحكم المتداعيين بشئ هو بيدهما فيأخذه ذو البنية، ومع عدمها فيأخذ الحالف، فإذا حلفا اقتسماها [إلا أن يصدقه زيد] {في أنها لعمرو، فتدفع إلى عمرو من غير غرم} لاعترافه بعدم استحقاقها.

[ولو أشهد] {شاهدي عدل} [بالبيع] {لزيد} [وقبض الثمن] {منه} {ثم ادعى
المواطأه} {بينه وبين المقر له على الإشهاد، من غير أن يقع بينهما بيع، ولا قبض}
[سمعت دعواه] اتفاقاً {لجريان العادة بذلك} خوفاً من تعذر الشهود وقت الإقباض
[وأحلف المقر له] {على الإقباض، أو على عدم المطأه، ويحتمل عدم السماع، فلا
يتوجه اليمين؛ لأنه مكذب لإقراره، ويضعف: بأن ذلك واقع تعم به البلوى، فعدم
سماعها يفضي إلى الضرر المنفي، هذا إذا شهدت البينة على إقراره بهما، أما لو شهدت
بالقبض لم يلتفت إليه} بدعواه المطأه {لأنه مكذب لها} أي للبينة {طاعن فيها، فلا
يتوجه بدعواه يمين}.

[الفصل الثالث: في الإقرار بالنسب]

الذي أجمع العلماء كافة على قبوله فيه، كما في غاية المرام، ولعموم أدلة الإقرار وخصوص ما يأتي فيه [ويشترط فيه أهلية المقر] {للإقرار ببلوغه وعقله} كما سبق في أصل الإقرار [و] يزيد هنا [إمكان إلحاق المقر به] {بالمقر شرعاً} وعادة ولو نادراً، كما عليه إجماع العلماء كافة، كما عن غير واحد، ولصحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحميل؟ فقال: وأي شيء الحميل؟ قال: قلت: المرأة تسبى من أرضها ومعها الولد الصغير، فتقول: هو ابني، والرجل يسبى فيلقى أخاه فيقول: هو أخي، وليس لهم بينة، إلا قولهم، قال: ما يقول الناس فيهم عندكم؟ قلت: لا يورثونهم؛ لأنهم لم يكن لهم على ولادتهم بينة، إنها هي ولادة الشرك، فقال: سبحان الله! إذا جاءت بابنها أو بيتتها ولم تزل مقرة به، وإذا عرف أخاه وكان ذلك في صحة منهما ولم يزالا مقرين بذلك ورث بعضهم من بعض) ^(١) ونحوه غيره.

[فلو أقر ببنوة المعروف نسبه] {أو أخوته أو غيرها مما يغير ذلك النسب الشرعي} {أو} {أقر} [ببنوة من هو أعلى سنّاً] {من المقر} {أو مساوٍ} {له} [أو أنقص] {منه} {بما لم تجر العادة بتولده منه بطل} {الإقرار} بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ولا إشكال وإن تصادقا، كذا في الجواهر {وكذا المنفي عنه شرعاً كولد الزنا، وإن كان على فراشه، وولد اللعان وإن كان الابن يرثه} اتفاقاً، ولتكذيب الشرع له.

(١) الوسائل، ج ٢٦ باب (٩) ميراث ولد الملاعنة، ح ١.

{ويشترط التصديق} {أي تصديق المقر به للمقر في دعواه النسب} لا نعلم فيه خلافاً، كما عن أبي علي ابن الجنيد الإسكافي [فيما عدا الولد الصغير] {ذكراً كان أم أنثى} كما هو المشهور بين الأصحاب، كذا في الجواهر [والمجنون] {كذلك} لا يعتبر تصديقه ذكراً كان أم أنثى، لسلب عبارتهما [والميت] {وإن كان بالغاً عاقلاً ولم يكن ولداً} للمقر به {أما الثلاثة فلا يعتبر تصديقهم، بل يثبت نسبهم بالنسبة إلى المقر بمجرد إقراره؛ لأن التصديق إنما يعتبر مع إمكانه، وهو ممتنع منهما، وكذا الميت مطلقاً} بالغاً عاقلاً أم لا، ولداً كان أم لا {وربما أشكل حكمه} أي المصنف باشتراط التصديق إن كان {كبيراً مما تقدم، ومن إطلاق اشتراط تصديق البالغ العاقل في لحوقه} عند الأصحاب {ولأن تأخير الاستحقاق إلى الموت يوشك أن يكون خوفاً من إنكاره} قبل موته {إلا أن فتوى الأصحاب على القبول} لإقراره من غير اشتراط التصديق، لعدم إمكانه {ولا يقدح فيه التهمة} كما عن أبي حنيفة، لاحتمال أن يكون إقراره طمعاً بهال الميت؛ لأنها حاصلة أيضاً {بإستيثاق مال الناقص، وإرث الميت} مع صغره، ولم تقدر.

{والمراد بالولد هنا الولد الصلب فلو أقر ببنوة ولد ولده فنازلاً اعتبر التصديق} من قبل المقر به {كغيره من الأقارب، نص عليه المصنف وغيره، وإطلاق الولد} في كلام المصنف {يقتضي عدم الفرق بين دعوى الأب والأم، وهو أحد القولين في المسألة، وأصحهما} كما هو قول الأكثر، لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج المتقدم وغيره {- وهو الذي اختاره المصنف في الدروس - الفرق} بين الأب والأم {وأن ذلك مخصوص بدعوى الأب، أما الأم فيعتبر التصديق لها، لورود النص على الرجل} وهو موثق السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: (إذا أقر الرجل بالولد

ساعة لم ينتف عنه أبداً^(١) {فلا يتناول المرأة، واتحاد طريقهما ممنوع، لإمكان إقامتها البيئة على الولادة دونه؛ ولأنه ثبوت نسب غير معلوم، على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع اليقين} وهو الرجل لورود النص فيه، ويشكل: بعدم التنافي بين النصين، فإن الموثق يفيد قبول إقرار الوالد بنسب الولد، ولا ينفي ما عداه، في حين أن الصحيح يميزه في المرأة وغيرها.

[و] {يشترط أيضاً في نفوذ الإقرار مطلقاً} بنسب صغير أو كبير، حي أو ميت [عدم المنازع] {له في نسب المقر به} اتفاقاً [فلو تنازعا] {فيه} [اعتبرت البيئة] {وحكم لمن شهدت له، فإن فقدت} أو تعارضت البيتان {فالقركة؛ لأنها لكل أمر مشكل، أو معين عند الله مبهم عندنا وهو هنا كذلك} معين عند الله عز وجل مبهم عندنا.

{هذا إذا اشتركا في الفراش} كما لو كانت زوجة لكل منهما في زمنين واحتمال تولده في زمن زوجية كل منهما، بأن لا يتجاوز تولد الولد من طلاق الأول أقصى الحمل، ولا يتجاوز تولد الولدان دخول الثاني أقل الحمل {على تقدير دعوى البنوة، أو انتفى عنهما، كواطئ خالية عن فراش لشبهة، فلو كانت فراشاً لأحدهما حكم له به خاصة، دون الآخر وإن صادقه الزوجان، ولو كانا زانين انتفى عنهما، أو أحدهما فـ} ينتفي {عنه، ولا عبرة في ذلك كله} في صور التنازع {بتصديق الأم} لأن تصديقها إقرار عليها فلا ينفذ في حق الغير.

[ولو تصادق اثنان] {فصاعداً} [على نسب غير التولد] {كالأخوة} [صح] {تصادقهما} [وتوارثا] بلا خلاف في ذلك كله، ولصحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن رجلين حميلين جيئ بهما من أرض الشرك، فقال أحدهما

(١) الوسائل، ج ٢٦، باب (٦) ميراث الملاعنة، ح ٤.

لصاحبه: أنت أخي، فعرفا بذلك، ثم أعتقا ومكثا مقرين بالإخاء، ثم إن أحدهما مات، قال: الميراث للأخ يصدقان^(١) ونحوه غيره {لأن الحق لهما} [ولم يتعدهما التوارث] {إلى ورثتهما؛ لأن حكم النسب إنما ثبت بالإقرار والتصديق، فيقتصر فيه على المتصادقين إلا مع تصادق ورثتهما أيضاً}.

{ومقتضى قولهم} أي الأصحاب {غير التولد: أن التصادق في التولد يتعدى، مضافاً إلى ما سبق من الحكم بثبوت النسب في إلحاق الصغير مطلقاً} مع التصديق أم بدونه {والكبير مع التصادق، والفرق بينه} أي الولد الكبير {وبين غيره من الأنساب مع اشتراكهما في اعتبار التصادق غير بين} ولكن الفارق هو النص فيها.

[ولا عبرة بإنكار الصغير بعد بلوغه] {بنسب المعترف به صغيراً، وكذا المجنون بعد كماله} بلا خلاف أجده فيه، كما في الجواهر {لثبوت النسب قبله فلا يزول بالإنكار اللاحق، وليس له إحلاف المقر أيضاً؛ لأن غايته استخراج رجوعه، أو نكوله، وكلاهما الآن غير مسموع، كما لم يسمع لو نفى} المقر {النسب حينئذٍ صريحاً} لأنه إنكار بعد الإقرار.

[ولو أقر العم] {المحكوم بكونه وارثاً ظاهراً} [بأخ] {للميت وارث} [دفع إليه المال] بلا خلاف ظاهر، لعموم (إقرار العقلاء) و {لاعترافه بكونه أولى منه بالإرث} [فلو أقر العم بعد ذلك بولد] {للميت وارث} [وصدقه الأخ دفع إليه المال] {لاعترافهما بكونه أولى منهما} من غير خلاف يعرف [ولو أكذبه] {أي أكذب الأخ العم في كون المقر به ثانياً ولداً للميت} [لم يدفع إليه] أي إلى الولد المقر به من قبل العم {لاستحقاقه المال باعتراف ذي اليد له، وهو العم، ولم يعلم أولوية الثاني} وهو

(١) الوسائل، ج ٢٦ باب (٩) ميراث الملاعة، ح ٢.

العم {لأن العم حينئذٍ خارج فلا يقبل إقراره في حق الأخ} لأنه إقرار في حق الغير [وغير العم له] {أي لمن اعترف بكونه ولداً} [ما دفع إلى الأخ] {من المال، لإتلافه له} لحيلولته {بإقراره الأول مع مباشرته لدفع المال} إلى الأخ المقر به من قبله.

{ونبه بقوله: غرم ما دفع. على أنه لو لم يدفع إليه لم يغرم بمجرد إقراره بكونه أخاً؛ لأن ذلك لا يستلزم كونه وارثاً، بل هو أعم} لإمكان أن يكون أخاً في الرضاعة ونحوها {وإنما يضمن لو دفع إليه المال لمباشرته إتلافه حينئذٍ}.

{وفي معناه ما لو أقر بانحصار الإرث فيه؛ لأنه بإقراره بالولد بعد ذلك، يكون رجوعاً عن إقراره الأول فلا يسمع، ويغرم للولد لحيلولته بينه وبين التركة بالإقرار الأول، كما لو أقر بهال لواحد ثم أقر به لآخر، ولا فرق في الحكم بضمانه حينئذٍ بين حكم الحاكم عليه بالدفع إلى الأخ وعدمه؛ لأنه مع اعترافه بإرثه مفوت بدون الحكم، نعم لو كان دفعه في صورة عدم اعترافه بكونه الوارث بحكم الحاكم اتجه عدم الضمان، لعدم اختياره في الدفع، وكذا الحكم في كل من أقر بوارث أولى منه ثم أقر بأولى منهما، وتخصيص الأخ والولد مثال} لا لخصوصية فيهما {ولو كان الإقرار الأول بمساو للثاني، كأخ آخر، فإن صدقه تشاركاً، وإلا غرم للثاني نصف التركة على الوجه الذي قررناه}.

[ولو أقرت الزوجة بولد] ولو من غيرها ذكراً كان أم أنثى {للزوجة المتوفى ووارثه ظاهراً إخوته} {فصدقها الإخوة} {على الولد} {أخذ} {الولد} {المال} {الذي بيد الإخوة أجمع} وهو ثلاثة أرباع التركة {ونصف ما في يدها} وهو الربع {لاعترافهم باستحقاقه ذلك} بلا خلاف معتد به في شئ من ذلك، كذا في الجواهر.

[وإن أكذبوها دفعت إليه] {ما بيدها زائداً على نصيبها على تقدير الولد، وهو {الثلث} {لأن بيدها ربعاً، نصيبها على تقدير عدم الولد، فتدفع إلى الولد نصفه، ويحتمل {ضعيفاً} أن تدفع إليه سبعة أثمان ما في يدها، تنزيلاً للإقرار على الإشاعة، فيستحق في كل شيء سبعة أثمانه بمقتضى إقرارها} ويشكل: بأن الإشاعة هي مقتضى الإرث الطبيعي لا الإقرار المختص بأحكام خاصة.

[ولو انعكس] {الفرض بأن اعترف الإخوة بالولد دونها} {دفعوا إليه} {جميع ما بأيديهم، وهو {ثلاثة أرباع، ولو أقر الولد بآخر دفع إليه النصف} {لأن ذلك هو لازم إرث الولدين المتساويين ذكورية وأنثوية} {فإن أقرأ} {معاً} {بثالث دفعاً إليه الثلث} {أي دفع كل واحد منهما ثلث ما بيده، وعلى هذا لو أقر الثلاثة برابع دفع إليه كل واحد منهم، ربع ما بيده} بلا خلاف في ذلك كله ولا إشكال.

[ومع عدالة اثنين] {من الورثة المقرين} {يثبت النسب} بلا خلاف فيه، كما عن حواشي الشهيد، لعموم حجية البيئة [والميراث] على المشهور {لأن النسب إنما يثبت بشاهدين عدلين، والميراث لازمه} [وإلاً] {يكن في المعترفين عدلان} [فالميراث حسب] بلا خلاف فيه، كما عن المبسوط {لأنه لا يتوقف على العدالة، بل الاعتراف} فقط {كما مر}.

[ولو أقر] الوارث [بزوج للميتة أعطاه النصف] {أي نصف ما في يده} [إن كان المقر] [بالزوج] {غير ولدها} {لأن نصيب الزوج مع عدم الولد النصف} [وإلاً] {يكن كذلك بأن كان المقر ولدها} {فالربع} {لأنه نصيب الزوج معه، والضابط: أن المقر يدفع الفاضل مما في يده عن نصيبه على تقدير وجود المقر به، فإن كان أخاً للميتة ولا ولد لها دفع النصف، وإن كان ولداً دفع الربع}.

{وفي العبارة قصور عن تأدية هذا المعنى} سواء بلغ النصف أو الربع أم لا {لأن قوله: أعطاه النصف إن كان المقر غير ولدها - يشمل إقرار بعض الورثة المجامعين للولد كالأبوين، فإن أحدهما لو أقر بالزوج مع وجود ولد يصدق أن المقر غير ولدها، مع أنه لا يدفع النصف، بل قد يدفع ما دونه، وقد لا يدفع شيئاً، فإن الولد إن كان ذكراً والمقر أحد الأبوين، لا يدفع شيئاً مطلقاً} لا نصفاً ولا أقل {لأن نصيبه لا يزداد على السدس على تقدير وجود الزوج وعدمه، وإنما حصة الزوج مع الابن، وإن كان أنثى والمقر الأب يدفع الفاضل مما في يده عن السدس، وكذا إن كان} المقر {الأم وليس لها حاجب ومع الحاجب لا تدفع شيئاً، لعدم زيادة ما في يدها} وهو السدس {عن نصيبها، ولو كان المقر أحد الأبوين مع عدم وجود الولد الذي هو أحد ما تناولته العبارة، فقد يدفع نصف ما في يده، كما لو لم يكن وارثاً غيره، أو هو الأب مطلقاً} وإن كان مع وارث آخر {وقد لا يدفع شيئاً كما لو كان هو الأم مع الحاجب، وتنزيل ذلك على الإشاعة يصحح المسألة، لكن} هذا التنزيل {يفسد ما سبق من الفروع؛ لأنها لم تنزل عليها، ولقد قصر كثير من الأصحاب في تعبير هذا الفرع فتأمله في كلامهم}.

[وإن أقر] {ذلك المقر بالزوج ولداً كان أم غيره} {بآخر، وأكذب نفسه في [الزوج] {الأول أغرم له} {أي للآخر الذي اعترف به ثانياً} بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر {لإتلافه نصيبه بإقراره الأول} {وإلا} {يكذب نفسه} {فلا شئ عليه} {في المشهور؛ لأن الإقرار بزوج ثان إقرار بأمر ممتنع شرعاً، فلا يترتب عليه أثر، والأقوى أنه يغرم للثاني مطلقاً} كذب نفسه أم لا {لأصالة صحة إقرار العقلاء على أنفسهم، مع إمكان كونه هو الزوج، وأنه ظنه الأول فأقر به، ثم تبين خلافه، وإلغاء الإقرار في حق المقر مع إمكان صحته مناف للقواعد الشرعية} لأننا لو حكمنا بفساد الإقرار بمجرد تطرق الاحتمال، لبطلت أكثر الأقاير، لكنه لما كان مخالفاً لما عليه

جل الأصحاب فيضعف الأخذ به، نعم قد يشكل عليه: بأن العرف لا يفهم من الثاني إلا اللغوية بعد امتناع زوجين لها على الوجه المذكور، ولا أقل من الشك في كون الثاني إقراراً، والأصل البراءة {نعم لو أظهر لكلامه تأويلاً ممكناً في حقه كتزوجه إياها في عدة الأول فظن أنه يرثها زوجان فقد استقرب المصنف في الدروس القبول، وهو متجه}.

[ولو أقر بزوجة للميت فالربع] {إن كان المقر غير الولد} [أو الثمن] {إن كان المقر الولد، هذا على تنزيله في الزوج} على الإشاعة {وعلى ما حققناه يتم في الولد خاصة، وغيره يدفع إليها الفاضل مما في يده عن نصيبه على تقديرها، ولو كان بيده أكثر من نصيب الزوجة اقتصر على دفع نصيبها، فالحاصل: أن غير الولد يدفع أقل الأمرين من نصيب الزوجة وما زاد عن نصيبه على تقديرها إن كان معه زيادة، فأحد الأبوين مع الذكر لا يدفع شيئاً} لأن السدس لأحدهما والباقي له قبل الإقرار، وبعد الإقرار يبقى السدس لأحدهما.

{ومع الأنثى يدفع الأقل} لأن أحد الأبوين له السدس والبنت المنفردة لها النصف، والمجتمع أربعة أسداس، والباقي سدسان يرد عليهما بالنسبة، فيكون لأحد الأبوين سدس بالفرض وربع السدسين بالرد، فالمجموع سدس ونصف، فلو اعترف بالزوجة فيرد عليها نصف السدس الذي هو الفاضل، وهو أقل من نصيب الزوجة الذي هو الثمن {والأخ يدفع الربع} لأنه يرث الجميع قبل الإقرار، وبعده يدفع لها الربع لعدم الولد {والولد الثمن كما ذكر}.

[فإن أقر] الوارث ظاهراً [بأخرى، وصدقته] {الزوجة} [الأولى اقتسامه] {الربع، أو الثمن، أو ما حصل} على تقدير إقرار بعض الورثة دون البعض الآخر

{وإن أكذبتها غرم} {المقر} {لها نصيبها} {وهو نصف ما غرم للأولى إن كان باشر تسليمها كما مر، وإلا فلا} {وهكذا} {لو أقر بثالثة، ورابعة فيغرم للثالثة مع تكذيب الأولين ثلث ما لزمه دفعه، وللرابعة مع تكذيب الثلاث ربعه، ولو أقر بخامسة فكالإقرار بزواج ثانٍ فيغرم لها مع إكذاب نفسه، أو مطلقاً} {ولو لم يكذب نفسه} {على ما سبق} {ترجيحه في الزوج} {بل هنا أولى، لإمكان الخامسة الوارثة في المريض إذا تزوج بعد الطلاق وانقضاء العدة ودخل ومات في سنته كما تقدم} {في مبحث الطلاق حيث قلنا: بإرث المطلقة والجديدة معاً} {ويمكن فيه استرسال الإقرار، ولا يقف عند حد إذا مات} {الزوج في سنته مريضاً}.

كتاب الغصب

[كتاب الغصب]

وهو لغة: أخذ الشيء ظلماً، كما في الصحاح وغيره، وهو محرم شرعاً كتاباً وسنة متواتره، بل وعقلاً؛ لأنه ظلم، وهو قبيح، وأخذ مال الغير بغير طيب نفسه ظلم [و] شرعاً [هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً] {والمراد بالاستقلال؛ الإقلال: وهو الاستبداد به، لا طلبه كما هو الغالب في باب الاستفعال، وخرج به ما لا إثبات معه أصلاً كمنعه من ماله حتى تلف} وهو وإن لم يستلزم الضمان لكن لا يسمى غصباً {وما لا استقلال معه كوضع يده على ثوبه الذي هو لابسه فإن ذلك لا يسمى غصباً}.

{وخرج بالمال الاستقلال باليد على الحر، فإنه لا تتحقق فيه الغصبية} لأنه ليس بهال {فلا يضمن} {و} خرج {بإضافة المال إلى الغير ما لو استقل بإثبات يده على مال نفسه عدواناً كالمرهون في يد المرتهن، والوارث على التركة مع الدين فليس بغاصب وإن أئتم} مع التأخير {أو ضمن} مع التلف. {وبالعدوان إثبات المرتهن، والولي، والوكيل، والمستأجر، والمستعير أيديهم على مال الراهن، والمولى عليه، والموكل، والمؤجر، والمعير، ومع ذلك فينتقض في عكسه} فلا يكون جامعاً {ب} خروج {ما لو اشترك اثنان فصاعداً في غصب بحيث لم يستقل كل منهما باليد، فلو أبدل الاستقلال بالاستيلاء لشملة، لصدق الاستيلاء مع المشاركة}.

{وبالاستقلال بإثبات اليد على حق الغير كالتحجير وحق المسجد والمدرسة والرباط ونحوه مما لا يعد مالاً، فإن الغصب متحقق} مع عدم الاستيلاء على المال {وكذا غصب ما لا يتمول عرفاً كحبة الحنطة، فإنه يتحقق به أيضاً على ما اختاره

المصنف ويجب رده على مالكه مع عدم المالية، إلا أن يراد هنا جنس المال { لغة وإن لم يصدق عليه عرفاً } أو يدعى إطلاق المال عليه، ويفرق بينه وبين التمول وهو بعيد { لأن المال في مرتكزات العرف ما كان متمولاً } وعلى الحر الصغير والمجنون إذا تلفت تحت يده بسبب، كلدغ الحية، ووقوع الحائط، فإنه يضمن عند المصنف وجماعة، كما اختاره في الدروس، فلو أبدل المال بالحق لشمل جميع ذلك {.

{وأما من ترتبت يده على يد الغاصب جاهلاً به، ومن سكن دار غيره غلطاً، أو لبس ثوبه خطأ فإنهم ضامنون وإن لم يكونوا غاصبين؛ لأن الغصب من الأفعال المحرمة في الكتاب { كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١) وغيرها {والسنة} المستفيضة كقوله ﷺ: (إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام - إلى أن قال: لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه)^(٢) ونحوه غيره {بل الإجماع} عليه من جميع المسلمين {ودليل العقل} لأنه ظلم وهو قبيح وهو محرم شرعاً {فلا يتناول غير العالم وإن شاركه في بعض الأحكام} كالضمان، لعدم اشتراطه بالعلم {وإبدال العدوان بغير حق ليتناولهم من حيث إنهم ضامنون ليس بجيد، لما ذكرناه} من أن الغصب من الأفعال المحرمة وهؤلاء لا يوصف فعلهم بالحرام {وكذا الاعتذار بكونه بمعناه، أو دعوى الاستغناء عن القيد أصلاً ليشملهم، بل الأجود الافتقار إلى قيد العدوان الدال على الظلم، وقد تلخص: أن الأجود في تعريفه: أنه الاستيلاء على حق الغير عدواناً، وأن أسباب الضمان غير منحصرة فيه} لعموم أو إطلاق قاعدة اليد المستفادة من النبوي المشهور: (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^(٣) أو لإطلاق قاعدة

(١) سورة البقرة، آية (١٨٨).

(٢) الوسائل، ج ٢٩، باب (١) القصاص في النفس، ح ٣.

(٣) مستدرک الوسائل، الودیعة، باب (١) ح ١٢ .

الإتلاف المستفادة من قوله ﷺ : (من أتلف مال غيره فهو له ضامن) ^(١) أو لقاعدة الضرر، كما سيأتي.

{وحيث اعتبر في الضمان الاستقلال، أو الاستيلاء} [فلو منعه من سكنى داره] {ولم يثبت المانع يده عليها} [أو] {منعه} [من إمساك دابته المرسلة] {كذلك} [فليس بغاصب لهما] وقد نسبته في المسالك إلى المشهور {فلا يضمن العين لو تلفت، ولا الأجرة زمن المنع، لعدم إثبات اليد الذي هو جزء مفهوم الغصب. ويشكل: بأنه لا يلزم من عدم الغصب عدم الضمان، لعدم انحصار السبب فيه، بل ينبغي أن يختص ذلك} وهو ما عليه المشهور من عدم الضمان {بما لا يكون المانع سبباً في تلف العين بذلك} وهو منع المانع {بأن اتفق تلفها مع كون السكنى غير معتبرة في حفظها، والمالك غير معتبر في مراعاة الدابة، كما يتفق لكثير من الدور والدواب، أما لو كان حفظه متوقفاً على سكنى الدار، ومراعاة الدابة، لضعفها أو كون أرضها مسبعة مثلاً، فإن المتجه الضمان نظراً إلى كونه سبباً قوياً مع ضعف المباشر} للإتلاف، كما هو المحكي عن المصنف في بعض فتاواه وكذا المحقق الثاني، واستحسنه سيد الرياض، لعموم (لا ضرر ولا ضرار) ^(٢).

{ومثله ما لو منعه من الجلوس على بساط فتلف، أو سرق، أو غصب الأم} لحيوان ما {فمات ولدها جوعاً، وهذا هو الذي اختاره المصنف في بعض فوائده، وإن اتبع هنا وفي الدروس المشهور} من عدم الضمان، لعدم صدق الغصب {أما لو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية مع بقاء العين وصفاتها لم يضمن قطعاً؛ لأن

(١) يراجع: مصباح الفقاهة، ج٣، ص١٤٦.

(٢) الوسائل، ج٢٥، باب (١٢) إحياء الموات، ح٣، ح٥.

الفائت ليس مالاً، بل اكتسابه} وهو غير واقع تحت أي من العمومات والإطلاقات المتقدمة.

[ولو سكن معه قهراً] {في داره} [فهو غاصب للنصف] {عيناً وقيمة} كما عن الشيخ وتبعه الأكثر، وفي الجواهر لم نجد فيه خلافاً محققاً {للاستقلال به، بخلاف النصف الذي بيد المالك، هذا إذا شاركه في سكنى البيت على الإشاعة من غير اختصاص بموضع معين، أما لو اختص بمعين اختص بضمانه، كما لو اختص ببيت من الدار، وموضع خاص من البيت الواحد، ولو كان} الغاصب {قوياً مستولياً وصاحب الدار ضعيفاً اضمحلت يده معه، احتمل قوياً ضمان الجميع} لصدق الاستيلاء على الجميع عرفاً [ولو] {انعكس الفرض بأن} [ضعف الساكن] {الداخل على المالك عن مقاومته، ولكن لم يمنعه المالك مع قدرته} {ضمن} [الساكن] {أجرة ما سكن} {للاستيفائه منفعته بغير إذن مالكة} لقاعدة الاستيفاء بالضمأن.

[وقيل] {والقائل المحقق والعلامة وجماعة} {لا يضمن} [الساكن] {العين} {لعدم تحقق الاستقلال باليد على العين الذي لا يتحقق الغصب بدونه، ونسبته إلى القول يشعر بتوقفه فيه ووجهه؛ ظهور استيلائه على العين التي انتفع بسكنائها، وقدرة المالك على دفعه لا ترفع الغصب مع تحقق العدوان} فيلزم ضمان نصف العين حينئذٍ، وله وجه {نعم لو كان المالك القوي نائياً، فلا شبهة في الضمان} عيناً ومنفعة بلا خلاف أجده بيننا، كذا في الجواهر {لتحقق الاستيلاء}.

[ومد مقود الدابة] {بكسر الميم وهو الحبل الذي يشد بزمامها، أو لجامها} [غصب] {للدابة وما يصحبها} وهو مستلزم لضمأنها وإن كان صاحبها حاضراً لكنه غير مثبت ليده عليها {لـ} تحقق {الاستيلاء عليها عدواناً} [إلا أن يكون صاحبها

راكباً {عليها} {قويّاً} {على دفع القائد} {مستيقظاً} {حالة القود غير نائم، فلا يتحقق الغصب حينئذٍ، لعدم الاستيلاء} فضلاً عن الاستقلال والأخذ {نعم لو اتفق تلفها بذلك ضمنها} بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر {لأنه جانٍ عليها} فيتحقق موضوع قاعدة اليد المستفادة من قوله ﷺ: (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^(١).

{ولو لم تتلف، هل يضمن منفعتها زمن القود؟} يحتمل ذلك قوياً، لتفويتها بمباشرة {وبها يتحقق موضوع الإتلاف المستفاد من قوله ﷺ: (من أتلف مال امرئ فهو له ضامن)} (٢)، {وإن لم يكن غاصباً كالضعيف الساكن} مع القوي فإنه يضمن ما سكنه {ولو كان الراكب ضعيفاً عن مقاومته، أو نائماً، فلا ريب في الضمان للاستيلاء، ولو ساقه قدامه بحيث صار مستولياً عليها لكونها تحت يده، ولا جراح لها فهو غاصب، لتحقق معناه، ولو تردت بالجراح} وهو الهيجان {حينئذٍ، أو غيره فتلفت، أو عابت ضمن} الكل مع التلف، والأرث مع التعب {للسببية} المتحققة من الغاصب وإن لم يكن مباشراً لهما.

[وغصب الحامل غصب للحمل] بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر {لأنه مغصوب كالحامل، والاستقلال باليد عليه حاصل بالتبعية لأمه، وليس كذلك حمل المبيع فاسداً، حيث لا يدخل في البيع؛ لأنه ليس مبيعاً، فيكون أمانة في يد المشتري، لأصالة عدم الضمان؛ ولأن تسلمه بإذن البائع، مع احتماله} الضمان {لعموم} (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^(٣) وبه قطع المحقق في الشرائع {ووافقه العلامة في التذكرة والتحرير وجمع من الأصحاب، وهو الأقوى؛ لأنه مع فرض عدم إذن من المالك

(١) مستدرک الوسائل، الودیعة، باب (١) ح ١٢ .

(٢) یراجع: مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٤٦ .

(٣) مستدرک الوسائل، الودیعة، باب (١) ح ١٢ .

إلا الإذن في البيع الفاسد ومع فساد، فيتبعه الإذن فيه، فيتجه الضمان حينئذٍ، لعدم الإذن، وعموم الضمان.

[ولو تبعها الولد] {حين غضبها} [ففي الضمان] {للولد} [قولان] {مأخذهما: عدم إثبات اليد عليه} ومعه فلا يصدق عليه الغضب، فلا يتحقق موجب الضمان {وإنه سبب قوي، والأقوى الضمان، وهو الذي قرب في الدروس}.

[والأيدي المتعاقبة على المغضوب أيدي ضمان] بلا خلاف ولا إشكال، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولما تضمنه مرسل حماد بن عيسى عن بعض أصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام في حديث - إلى أن قال - : (لأن الغضب كله مردود) ^(١) {سواء علموا جميعاً بالغضب أم جهلوا أم بالتفريق، لتحقيق التصرف في مال الغير بغير إذنه، فيدخل في عموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) ^(٢) وإن انتفى الإثم بالغضب} لحديث الرفع وغيره [فيتخير المالك في تضمين من شاء] {منهم العين والمنفعة} سواء استهلكها بنفسه أم لا [أو] {تضمين} [الجميع] {بدلاً واحداً بالتقسيط وإن لم يكن متساوياً؛ لأن جواز الرجوع على كل واحد بالجميع يستلزم جواز الرجوع بالبعض، وكذا له تقسيط ما يرجع به} كلاً أو بعضاً {على أزيد من واحد، وترك الباقي} أو الرجوع على واحد فقط بالعين والمنفعة الفائتة {لما ذكر}.

[ويرجع الجاهل منهم بالغضب] {إذا رجع} المالك {عليه} [على من غره] {فسلطه على العين، أو المنفعة ولم يعلمه بالحال، وهكذا الآخر إلى أن يستقر الضمان على الغاصب العالم وإن لم ت تلف العين في يده، هذا إذا لم تكن يد من تلفت في يده يد ضمان

(١) الوسائل، ج٩، باب (١) الأنفال، ح ٤.

(٢) مستدرک الوسائل، الوديعة، باب (١) ح ١٢ .

كالعارية المضمونة، وإلا { بأن كانت يده يد ضمان { لم يرجع على غيره، ولو كانت أيدي الجميع عادية تخير المالك كذلك { في الرجوع على بعضهم أو على جميعهم { واستقر الضمان على من تلفت العين في يده فيرجع غيره عليه لو رجع عليه دونه { بلا خلاف ولا إشكال في ذلك كله، لعموم قاعدة الغرور { وكذا يستقر ضمان المنفعة على من استوفاهها عالماً { بالغصب بحيث لو رجع المالك على غيره، رجع هذا الغير على المستوفي العالم.

[والحر لا يضمن بالغصب] { عيناً ومنفعة { بلا خلاف محقق أجده فيه، كذا في الجواهر { لأنه ليس مالاً فلا يدخل تحت { عموم على { اليد { إن مات حتف أنفه { هذا إذا كان كبيراً عاقلاً، إجماعاً، أو صغيراً فمات من قبل الله تعالى، ولو مات بسبب كلدغ الحية، ووقوع الحائط، ففي ضمانه قولان للشيخ { في المبسوط ففي باب الغصب ذهب إلى عدم الضمان، وفي باب الجراح ذهب إلى الضمان { واختار المصنف في الدروس الضمان؛ لأنه سبب الإتلاف؛ ولأن الصغير لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه، وعروضها أكثر، فمن ثم رجع { قوة { السبب { على المباشر؛ بدعوى كونه بغصبه صار سبباً شرعاً لتلفه، لكنها ممنوعة، والاستدلال عليه بخبر وهب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال أمير المؤمنين عليه السلام - إلى أن قال: ومن استعار حراً صغيراً فغيب فهو ضامن) ^(١) ضعيف، لضعفه في نفسه مع عدم الجابر له من شهرة أو عمل، فالأجود عدم الضمان.

{ والظاهر أن حد الصغر العجز عن دفع ذلك عن نفسه حيث يمكن للكبير دفعها عادة، لا عدم التمييز، وألحق به المجنون { كما قواه الشيخ في الخلاف والعلامة

(١) الوسائل، ج ٢٩، باب (١٢) موجبات الضمان، ح ٢.

في المختلف، بل عن التبصرة وشرح الإرشاد وغيرهما اختياره {ولو كان بالكبير خبل، أو بلغ مرتبة الصغير لكبر، أو مرض ففي إلحاقه به وجهان} وجه الضمان قد تقدم، وأما وجه العدم؛ فلأنه ليس بهال فلا يدخل تحت اليد وهو الأجود.

[ويضمن الرقيق] {بالغصب} بلا خلاف ولا إشكال {لأنه مال} [ولو حبس الحر مدة] {لها أجرة عادة} {لم يضمن أجرته إذا لم يستعمله} بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر {لأن منافع الحر لا تدخل تحت اليد تبعاً له، سواء كان قد استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله أم لا، نعم لو كان قد استأجره مدة معينة فمضت زمن اعتقاله، وهو باذل نفسه للعمل استقرت الأجرة لذلك} أي للتفويت {لا للغصب} [بخلاف الرقيق] {لأنه مال محض ومنافعه كذلك} فتضمن.

[وخر الكافر المستتر] {بها} [محترم يضمن بالغصب] {مسلياً كان الغاصب أم كافراً} بإجماع الفرقة وأخبارها، كما في محكي الخلاف {لأنها مال بالإضافة إليه، وقد أقر عليه، ولم تجز مزاحمته فيه، وكان عليه تأنيث ضمائر الخمر؛ لأنها مؤنث سماعي، ولو غصبها من مسلم، أو كافر متظاهر فلا ضمان وإن كان قد اتخذها للتخليل} على المشهور، كما في المسالك، خلافاً للإسكافي حيث أطلق ضمان الخمر المغصوبة بقيمتها خلافاً، وضعفه ظاهر، لمخالفته للمشهور، بل لما عليه عامة المسلمين، كما عن الخلاف {إذ لا قيمة لها في شرع الإسلام، لكن هنا يأنم الغاصب} لحرمة مطلقاً.

{وحيث يضمن الخمر يعتبر} [بقيمته عند مستحليه] بإجماع الفرقة وأخبارها، كما في الخلاف والتذكرة {لا بمثله وإن كان بحسب القاعدة مثلياً، لتعذر الحكم باستحقاق الخمر في شرعنا، وإن كنا لا نعترضهم إذا لم يتظاهروا بها} وهو أحد شروط الذمة {ولا فرق في ذلك بين كون المتلف مسلماً أو كافراً على الأقوى، وقيل}

والقائل القاضي {يضمن الكافر المثل، لإمكانه في حقه من حيث إنه مثلي مملوك له يمكنه دفعه سراً، وردّ بأن استحقاقه كذلك يؤدي إلى إظهاره؛ لأن حكم المستحق أن يحبس غريمه لو امتنع من أدائه، وإلزامه بحقه، وذلك ينافي الاستتار} لكن الأقوى دفعه بأنه: مخالف لما عليه إجماع الفرقة وأخبارها.

[وكذا] {الحكم في} [الخنزير] بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر {إلا أن ضمان قيمة الخنزير واضح} مطلقاً مسلماً كان المتلف أم كافراً {لأنه قيمى حيث يملك}.

[ولو اجتمع المباشر] {وهو موجد علة التلف، كالأكل، والإحراق، والقتل، والإتلاف} للعين أو المنفعة [والسبب] {وهو فاعل ملزوم العلة، كحافر البئر} وطرح المعائر في الطرق ونحوهما [ضمن المباشر] الذي لم أجد فيه خلافاً بينهم، بل أرسلوه إرسال المسلمين في المقام وفي القصاص والديات، كذا في الجواهر {لأنه أقوى} من السبب للتلف، ولصدق المتلف عليه حقيقة ارتكازاً [إلا مع الإكراه، أو الغرور] {للمباشر} [فيستقر الضمان] {في الغرور} [على الغار، و] [في الإكراه] [على المكره] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، كذا في الجواهر {لضعف المباشر بهما، فكان السبب أقوى، كمن قدم طعاماً إلى المغرور فأكله، فقرار الضمان على الغار فيرجع المغرور عليه لو ضُمن} الأكل، لقاعدة الغرور المجمع عليها، والظاهر أن استثناء الإكراه والغرور من باب المثال، وإلا فإن كثيراً من النصوص أشارت إلى موارد متفرقة في قوة السبب على المباشر، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن الشيء يوضع على الطريق، فتمر به الدابة فتتنفر بصاحبها فتعقره، فقال: كل شيء

يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض
 {هذا في المال أما في النفس فيتعلق بالمباشر مطلقاً} مكرهاً أم مغروراً أم غيرهما، أما
 القتل، فلعدم التقية في الدماء {لكن هنا} إن كان السبب أقوى من المباشر {يحبس
 الأمر حتى يموت}.

[ولو أرسل ماءً في ملكه، أو أجاج ناراً فسرى إلى الغير] {فأفسد} [فلا ضمان]
 {على الفاعل} [إذا لم يزد] {في الماء والنار} [عن قدر الحاجة، ولم تكن الريح] {في
 صورة الإحراق} [عاصفة] {بحيث علم، أو ظن التعدي الموجب للضرر} بلا خلاف
 أجده فيه، كذا في الجواهر، بل في المسالك اتفاقاً، ولأصل البراءة من الضمان بعد
 عدم التفريط، و {لأن الناس مسلطون على أموالهم، ولهم الانتفاع بها كيف شاؤوا، نعم
 لو زاد عن قدر حاجته فالزائد مشروط بعدم الضرر بالغير ولو بالظن؛ لأنه مناط أمثال
 ذلك جمعاً بين الحقين} حق المالك وحق الغير {ودفعاً للإضرار المنفي} فيما تضمنه
 موثق زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: إلى أن قال - قال رسول الله صلى الله عليه وآله للأنصاري: (لا
 ضرر ولا ضرار)^(٢) [وإلاً] فلو زاد عن قدر الحاجة، ولم تكن الريح عاصفة
 [ضمن].

{وظاهر العبارة: أن الزائد عن قدر الحاجة يضمن به وإن لم يقترب بظن التعدي،
 وكذا مع عصف الريح وإن اقتصر على حاجته، لكونه مظنة للتعدي، فعدم الضمان على
 هذا مشروط بأمرين: عدم الزيادة عن الحاجة، وعدم ظهور سبب التعدي، كالريح
 فمتى انتفى أحدهما ضمن، ومثله في الدروس إلا أنه اعتبر علم التعدي، ولم يكتف

(١) الوسائل، ج ٢٩، باب (٩) موجبات الضمان، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٥، باب (١٢) إحياء الموات، ح ٣.

بالظن، ولم يعتبر الهواء، فمتى علمه وإن لم يكن هواء ضمن وإن لم يزد عن حاجته فبينهما مغايرة، وفي بعض فتاويه اعتبر في الضمان أحد الأمور الثلاثة: مجاوزة الحاجة، أو عصف الهواء، أو غلبة الظن بالتعدي. واعتبر جماعة منهم الفاضلان { المحقق في الشرائع، والعلامة في القواعد والإرشاد { في الضمان اجتماع الأمرين معاً: وهما مجاوزة الحاجة، وظن التعدي، أو العلم به فمتى انتفى أحدهما فلا ضمان، وهذا قوي { تبعاً للعلامة في التحرير، لتحقيق السببية الموجبة له { وإن كان الأول { وهو اعتبار أحد الثلاثة التي وردت في بعض فتاوى المصنف { أحوط { لأن الأصل في الدماء والأموال والفروج الاحتياط، كما قيل.

[ويجب رد المغصوب] { على مالكة وجوباً فورياً إجماعاً، ولقوله ﷺ : (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) ^(١) { (٣) { ما دامت العين باقية [يمكنه ردها، سواء كانت على هيأتها يوم غصبها أم زائدة أم ناقصة] لإطلاق أدلة وجوب الرد [ولو أدى رده إلى عسر] وخرج مع إمكانه كهدم البناء، أو خراب السفينة، ضرورة بقاءه على ملك مالكة لقول أمير المؤمنين عليه السلام: (الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها) ^(٢) [وذهاب مال الغاصب] { كالخشب في بنائه، واللوح في سفينته؛ لأن البناء على المغصوب لا حرمة له { اتفاقاً، ولقول الصادق عليه السلام - في حديث - : (الغصب كله مردود) ^(٣) { وكذا { لا حرمة لـ { مال الغاصب في السفينة حيث يخشى تلفه، أو غرق السفينة على الأقوى { كما عليه الأكثر؛ لأن رد المغصوب فوري، والضرر الذي سببه

(١) مستدرك الوسائل، الوديعة، باب (١) ح ١٢ .

3- مستدرك الوسائل، الوديعة، باب (١) ح ١٢ .

(٢) الوسائل، ج ٢٥، باب (١) الغصب، ح ٥ .

(٣) الوسائل، ج ٩، باب (١) الأنفال، ح ٤ .

الغاصب على سفينته إنما حصل بعدوانه، خلافاً للشيخ في المبسوط وظاهر السرائر، وصريح التذكرة حيث ذهبوا إلى عدم وجوب النزاع؛ لأن السفينة في البحر لا تدوم، فيسهل الصبر على انتهائها إلى الساحل، فتؤخذ القيمة أولاً، إلى أن يتيسر النزاع، فيرد اللوح وتسترد القيمة جمعاً بين الحقين. وهو كما ترى! استحسان محض مع مخالفته لظواهر النصوص المعتضدة بالشهرة والعمل {نعم لو خيف غرقه، أو غرق حيوان محترم، أو مال لغيره} أي لغير الغاصب {لم ينزع إلى أن تصل الساحل} بلا خلاف في شئ من ذلك، كما في الجواهر، ولا احترام النفس والمال فيلزم الصبر جمعاً بين الحقين.

[فإن تعذر] {رد العين، لتلف ونحوه} [ضمنه] {الغاصب} [بالمثل إن كان] {المغصوب} [مثلياً] بلا خلاف معتد به أجده فيه، كذا في الجواهر، بل هو من قطعيات الفقه {و} {المثلي} هو المتساوي الأجزاء والمنفعة المتقارب الصفات كالحنطة، والشعير، وغيرهما من الحبوب، والأدهان {وإلا} {يكن مثلياً} [فالقيمة العليا من حين الغصب إلى حين التلف] كما حكى عن المبسوط والنهاية في موضع منها والخلاف والوسيلة والغنية والسرائر والإيضاح والمقتصر والتبصرة على إشكال وشرح الإرشاد للفخر، بل في المختلف: أنه أشهر {لأن كل حالة زائدة من حالاته في ذلك الوقت مضمونة، كما يرشد إليه: أنه لو تلف حيثئذ ضمنها، فكذا إذا تلف بعدها}.

[وقيل] {والقائل به المحقق في أحد قوليه على ما نقله المصنف عنه: يضمن الأعلى من حين الغصب} [إلى حين الرد] {أي رد الواجب وهو القيمة. وهذا القول مبني على أن القيمي يضمن بمثله كالمثلي} لأن الضمان بالمثل هو الأصل؛ لأنه الأقرب إلى التالف {وإنما ينتقل إلى القيمة عند دفعها، لتعذر المثل فيجب أعلى القيم إلى حين دفع

القيمة؛ لأن الزائد في كل آن سابق من حين الغصب مضمون تحت يده، ولهذا لو دفع العين حالة الزيادة كانت للمالك، فإذا تلفت في يده ضمنها، وعلى القول المشهور من ضمان القيمي بقيمته ابتداءً لا وجه لهذا القول}.

[وقيل] {والقائل به الأكثر على ما نقله المصنف في الدروس إنما يضمن} [بالقيمة يوم التلف لا غير] {لأن الواجب زمن بقائها إنما هو رد العين، والغاصب مخاطب بردها حينئذ زائدة كانت أم ناقصة من غير ضمان شيء من النقص إجماعاً، فإذا تلفت وجبت قيمة العين وقت التلف، لانتقال الحق إليها حينئذ، لتعذر البدل، ونقل المحقق في الشرائع عن الأكثر: أن المعتبر القيمة يوم الغصب، بناء على أنه أول وقت ضمان العين}.

{ويضعف: بأن ضمانها حينئذ إنما يراد به كونها لو تلفت لوجب بدلها، لا وجوب قيمتها؛ إذ الواجب مع وجود العين منحصر في ردها، وفي صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام في اكتراء البغل، ومخالفة الشرط ما يدل على هذا القول، ويمكن أن يستفاد منه اعتبار الأكثر منه إلى يوم التلف} وهذه الاستفادة غير واضحة المأخذ خصوصاً بعد تصريحه هو بأن الصحيح ظاهر في قيمة يوم الغصب، ومنه تعرف التأمل في قوله {وهو قوي عملاً بالخبر الصحيح، وإلا لكان القول بقيمة يوم التلف مطلقاً} زادت عن بقية القيم أم لا {أقوى} لأنه الوقت الذي يلزم على الغاصب فيه الانتقال من العين إلى القيمة، كما هو قول الأكثر {وموضع الخلاف ما إذا كان الاختلاف بسبب اختلاف القيمة السوقية، أما لو كان} الاختلاف في القيمة {لنقص العين، أو لتعيبها فلا إشكال في ضمان ذلك النقص}.

[وإن عاب] {المغصوب ولم تذهب عينه} {ضمن أرشه} {إجماعاً} ولما تضمنه صحيح أبي ولاد - في حديث - قال: (قلت: أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فإن أصاب البغل كسر، أو دبر، أو عقر، فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه... الحديث) ^(١) و{لأنه عوض عن أجزاء ناقصة أو أوصاف} كذلك {وكلاهما مضمون} لأن العين مضمونة على الغاصب فكذا أبعاضها {سواء كان النقص من الغاصب أم من غيره، ولو من قبل الله تعالى} لعموم (على اليد) وغيره.

{ولو كان العيب غير مستقر} وكان سارياً {بل يزيد على التدرج فإن لم يمكن المالك بعد قبض العين قطعه} بإزالة العيب عنه {أو التصرف فيه} ببيع أو إصلاح ونحوهما {فعلى الغاصب ضمان ما يتجدد أيضاً} بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولعموم الأدلة {وإن أمكن ففي زوال الضمان وجهان: من استناده إلى الغاصب} فيضمنه {و} من {تفريط المالك} بعدم قطعه مع إمكانه {واستقرب المصنف في الدروس عدم الضمان} وهو الأجود.

[ويضمن] {أيضاً} [أجرته إن كان له أجره، لطول المدة] {التي غصبه فيها، سواء} {استعمله أو لا} إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر {لأن منافعه أموال تحت اليد، فتضمن بالفوات، والتفويت} أما الأولى، فللحيلولة بينها وبين صاحبها، وأما الثاني، فلاستيفاء الغاصب لها، فتقعان تحت إطلاق (على اليد) {ولو تعددت المنافع، فإن أمكن فعلها جملة} كالتحميل والحرث والسقي {أو فعل أكثر من واحدة وجب أجره

(١) الوسائل، ج٢٣، باب (٧) الغصب، ح ١.

ما أمكن وإلا كالحياطة والحياكة والكتابة فأعلاها أجرة، ولو كانت واحدة أعلى منفردة عن منافع متعددة يمكن جمعها ضمن الأعلى؛ لفواتها على كل حال.

[ولا فرق بين بهيمة القاضي، والشوكي] وهو جامع الخطب [في ضمان الأرض] لو قطع ذنبها [إجماعاً] عندنا {لعموم الأدلة، وخالف بعض العامة} وهو مالك وأحمد {فحكم في الجناية على بهيمة القاضي بالقيمة ويأخذ الجاني العين نظراً إلى أن المعيب لا يليق بمقام القاضي} ويشكل: بأن العبرة بالمال، لا بصاحب المال، ويشهد له اتفاقهم على أن من وطأ جارية أبيه شبهة فعليه مهر المثل كما لو وطأ جارية الأجنبية كذلك وإن استلزم وطء الأولى تحریمها، لدليل خاص.

[ولو جنى على العبد المغصوب] {جان غير الغاصب} [فعلى الجاني أرش الجناية] {المقرر في باب الديات} [وعلى الغاصب ما زاد عن أرشها من النقص إن اتفق] {زيادة، فلو كانت الجناية مما له مقدر كقطع يده الموجب لنصف قيمته شرعاً فنقص بسببه ثلثا قيمته فعلى الجاني النصف وعلى الغاصب السدس الزائد من النقص، ولو لم يحصل زيادة فلا شيء على الغاصب، بل يستقر الضمان على الجاني، والفرق: أن ضمان الغاصب من جهة المالية فيضمن ما فات منها مطلقاً} زائداً كان عن قيمته أم لا، لإطلاق الأدلة {وضمان الجاني منصوص، فيقف عليه، حتى لو كان الجاني هو الغاصب فيما له مقدر شرعي فالواجب عليه أكثر الأمرين من المقدر الشرعي، والأرض؛ لأن الأكثر إن كان هو المقدر فهو جانٍ، وإن كان هو الأرض، فهو مال فات تحت يده كغيره من الأموال، لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) ولأن الجاني لم يثبت يده على العبد، فيتعلق به ضمان المالية، بخلاف الغاصب، والأقوى عدم الفرق بين استغراق أرش الجناية القيمة وعدمه، فيجتمع عليه رد العين والقيمة فما زاد} وفاقاً للأكثر؛ لأنه مال مضمون عليه فيضمنه مطلقاً وإن زاد عن قيمته، خلافاً للشيخ في

الخلافاً والمبسوط، مستنداً إلى أصالة البراءة من الزائد؛ ولأن الأغلب فيه الإنسانية لا المالية، ويشكل: بانقطاع الأصل بالدليل، وهو إطلاق (على اليد) أولاً؛ ولأنه مال محض شرعاً، فلا تلحظ فيه الإنسانية ثانياً.

[ولو مثل به] {الغاصب} [انعتق] كما اختاره الشيخ {لقول الصادق عليه السلام} في مرسل جعفر بن محبوب عمن ذكره قال {:(كل عبد مثل به فهو حر)}^(١) {وغير قيمة للمالك} لأنه السبب في إتلافه، فيقع تحت إطلاق (من أتلف) {وقيل} والقائل الأكثر، بل نسب إلى المشهور {لا يعتق بذلك، اقتصاراً فيما خالف الأصل} وهو انعتاق المملوك بالتنكيل {على موضع الوفاق، وهو تمثيل المولى، والرواية العامة} المتقدمة {ضعيفة السند} فلا تصلح لمعارضة ما دل على موضع الوفاق.

{وأما بناء الحكم على الحكمة في عتقه} كما عن العلامة في بعض فوائد بأنها {هل هي عقوبة للمولى أو جبر للمملوك؟ فينعتق هنا على الثاني دون الأول، فهو} من الغرابة بمكان؛ لأنه {رد للحكم إلى حكمة مجهولة لم يرد بها نص، والأقوى عدم الانعتاق، نعم لو أقعد، أو عمي عتق، وضمنه الغاصب} كما تقدم في كتاب العتق {لأن هذا السبب غير مختص بالمولى إجماعاً} نصاً وفتوى.

[ولو غصب] {ما ينقصه التفريق} [مثل الخفين، أو المصراعين، أو الكتاب سفرين فتلف أحدهما] {قبل الرد} [ضمن قيمته] {أي قيمة التالف} [مجتمعا] {مع الآخر، ونقص الآخر} بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، كذا في الجواهر {فلو كان قيمة الجميع عشرة وقيمة كل واحد مجتمعاً خمسة، ومنفرداً ثلاثة، ضمن سبعة؛ لأن النقصان الحاصل في يده مستنداً إلى تلف عين مضمونة عليه، وما نقص من قيمة الباقي

(١) الوسائل، ج٢٣، باب (٢٢) العتق، ح ١.

في مقابلة الاجتماع فهو بفوات صفة الاجتماع في يده { فيقع تحت عموم (على اليد) } أما لو لم تثبت يده على الباقي، بل غصب أحدهما ثم تلف في يده، أو أتلفه ابتداءً، ففي ضمان قيمة التالف مجتمعاً { وهي خمسة {أو منفرداً} وهي ثلاثة {أو منضماً إلى نقص الباقي كالأول} فيضمن سبعة {أوجه} أولها: اعتبار قيمة التالف، والمفروض أنها ثلاثة عند الانفراد فلا يضمن غيرها، ويضعف: بأنه السبب في نقص صفة الاجتماع تحت يده فلا بد من ضمانها، وثانيها: اعتبار القيمة حالة الاجتماع؛ لأنه السبب في ذهاب الصفة، فيضمن خمسة فقط؛ لأنها هي التي تلفت تحت يده، ويضعف: بعدم انحصار الضمان في وضع اليد، بل بالتسبب الصادق في المقام، ولذا فإن {أجودها الأخير} وهو الضمان منضماً إلى نقص الباقي {لاستناد الزائد إلى فقد صفة وهي كونه مجتمعاً حصل الفقد منه}.

[ولو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب] كتعليم صنعة، أو كتابة، أو طحن حبوب، أو نسج غزل [فلا شئ عليه] {لعدم النقصان} [ولا له] بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر {لأن الزيادة حصلت في مال غيره} وهي غير محترمة؛ لأن يده يدٌ عادية [إلا أن تكون] {الزيادة} [عيناً] {من مال الغاصب} [كالصبغ، فله قلعه] {لأنه ماله} هذا [إن قبل الفصل] {ولو بنقص قيمة الثوب؛ جمعاً بين الحقين} [و] {نقص الثوب ينجر بأن الغاصب} [يضمن أرش الثوب] وإن لم يأذن المالك، بل وإن منع، وفاقاً للشيخ وابني زهرة وإدريس والعلامة في أكثر كتبه وغيرهم، بل في الرياض: إنه المشهور، خصوصاً بين المتأخرين.

{ولا يرد: أن قلعه يستلزم التصرف في مال الغير بغير إذن، وهو ممتنع، بخلاف تصرف مالك الثوب في الصبغ؛ لأنه وقع عدواناً؛ لأن وقوعه عدواناً لا يقتضي إسقاط ماليته، فإن ذلك عدوان آخر، بل غايته أن ينزع ولا يلتفت إلى نقص قيمته، أو

اضمحلاله، للعدوان بوضعه، ولو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم تجب إجابته؛ بلا خلاف معتد به أجده فيه، كما في الجواهر، لتسلط كلٍ منهما على ماله (ولا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه) ومنه تعرف ضعف ما عن القاضي والعلامة في المختلف، من وجوب القبول على الغاصب {كما لا يجب قبول هبته} على كلٍ منهما، لما فيه من المنة، بلا خلاف معتد أجده فيه، كما في الجواهر {نعم لو طلب مالك الثوب بيعهما، ليأخذ كل واحد حقه لزم الغاصب إجابته} لأنه يعسر بيع الثوب بدون الصبغ، لقلة الراغب فيه، ولما كان الغاصب متعدي فليس له الإضرار بالمالك بما يمنع تحصيل ماله أو قيمته {دون العكس} لأن الغاصب بتعديه ليس له إزالة ملك غير المعتدي.

[ولو بيع مصبوغاً بقيمته مغصوباً] {بغير صبغ} [فلا شيء للغاصب] اتفاقاً {لعدم الزيادة بسبب ماله، هذا إذا بقيت قيمة الثوب بحالها، أما لو تجدد نقصانه للسوق فالزائد للغاصب؛ لأن نقصان السوق مع بقاء العين غير مضمون} لأن الغاصب يضمن قيمة الثوب السوقية وقت التلف، لا مع وجود العين {نعم لو زاد الباقي عن قيمة الصبغ كان الزائد بينهما على نسبة المالين} فلو كانت قيمة الثوب ستة دراهم ثم تنزلت بسبب السوق إلى ثلاثة، وكانت قيمة الصبغ درهماً، ولكن مع انضمامه إلى الثوب زادت قيمة الثوب إلى أربعة دراهم فلو بيع الثوب بستة دراهم أعطي لصاحب الثوب ثلاثة دراهم قيمة ثوبه، ولصاحب الصبغ درهم قيمة صبغه، ودرهم لكلٍ منهما بسبب زيادة الاجتماع {كما لو زادت القيمة عن قيمتها من غير نقصان} للثوب.

{ولو اختلفت قيمتهما بالزيادة والنقصان للسوق فالحكم للقيمة الآن؛ لأن النقص غير مضمون في المغصوب للسوق، وفي الصبغ مطلقاً} كان النقص للسوق أم

لغيره {فلو كان قيمة كل واحد خمسة، وبيع بعشرة إلا أن قيمة الثوب ارتفعت إلى سبعة، وقيمة الصبغ انحطت إلى ثلاثة، فلصاحب الثوب سبعة، وللغاصب ثلاثة، وبالعكس} لأن الحكم يتعلق بما صارت القيمة إليه فعلاً.

[ولو غصب شاة فأطعمها المالك جاهلاً] {بكونها شاته} [ضمنها الغاصب] {له} {بلا خلاف ولا إشكال} {لضعف المباشر بالغرور فيرجع على السبب، وتسليطه المالك على ماله وصيرورته بيده على هذا الوجه لا يوجب البراءة؛ لأن التسليم غير تام، فإن التسليم التام تسليمه على أنه ملكه يتصرف فيه كتصرف المالك، وهنا ليس كذلك، بل اعتقد أنه للغاصب، وأنه أباح إتلافه بالضيافة، وقد يتصرف بعض الناس فيها بما لا يتصرفون في أموالهم كما لا يخفى، وكذا الحكم في غير الشاة من الأطعمة، والأعيان المتتفع بها كاللباس} {بلا خلاف في شيء من ذلك}.

[ولو أطعمها غير صاحبها] {في حالة كون الآكل} [جاهلاً ضمّن المالك] {قيمتها} {من شاء} {من الآكل، والغاصب} على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً {لترتب الأيدي كما سلف} [والقرار] {أي قرار الضمان} [على الغاصب] {لغروره للآكل بإباحته الطعام مجاناً مع أن يده ظاهرة في الملك، وقد ظهر خلافه} {وقيل: إنه يرجع على الغاصب رأساً، ولا ضمان على الآكل، لضعف المباشر هنا؛ لأنه مغرور فكان السبب أقوى. ويشكل: بأن ضعف المباشر لم يبلغ حداً ينتفي معه الرجوع عليه مع كونه هو المتصرف في مال الغير، غايته أنه إن رجع المالك عليه يرجع هو على الغاصب لغروره}.

[ولو مزج] {الغاصب} [المغصوب] {بغيره أو امتزج في يده بغير اختياره} [كلف قسمته] {بتمييزه} {إن أمكن} {التمييز} {وإن شق} {كما لو خلط الحنطة}

بالشعير، أو الحمراء بالصفراء} بلا خلاف يعرف فيه {لوجوب رد العين حيث يمكن} {ولو لم يمكن} [التمييز كما لو خلط الزيت بمثله، أو الحنطة بمثلها وصفاً] ضمن المثل إن مزجه بالأردأ} بلا خلاف، كما عن المقداد في التنقيح {لتعذر رد العين كاملة؛ لأن المزج في حكم الاستهلاك من حيث اختلاط كل جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب وهو أدون من الحق، فلا يجب قبوله، بل ينتقل إلى المثل، وهذا مبني على الغالب من عدم رضاه بالشركة، وهو قول في المسألة، والأقوى تخيره بين المثل والشركة مع الأرض؛ لأن حقه في العين لم يسقط، لبقائها كما لو مزجها بالأجود، والنقص بالخلط يمكن جبره بالأرض} {وإلا} {يمزجه بالأردأ، بل بالمساوي، أو الأجود} {كان شريكاً} {بمقدار عين ماله، لا قيمته} كما هو قول الأكثر {لأن الزيادة الحاصلة صفة حصلت بفعل الغاصب عدواناً، فلا يسقط حق المالك مع بقاء عين ماله كما لو صاغ النقرة، وعلف الدابة فسمنت}.

{وقيل} والقائل ابن إدريس في المثل، وهو والشيخ مع المزج بالأجود {يسقط حقه من العين للاستهلاك فيتخير الغاصب بين الدفع من العين؛ لأنه متطوع بالزائد} عند دفع المختلط بالأجود {ودفع المثل} مدعياً أنه الذي تقتضيه أصول المذهب؛ لأنه لو طالبه برد الأدون لما تمكن من ذلك، ويشكل: بأنه لا شيء من أصول المذهب يقتضي الخروج عن الملك بذلك {و} لذا كان {الأقوى الأول} عند الأكثر.

[ومؤونة القسمة على الغاصب] بلا خلاف يعرف فيه {لوقوع الشركة بفعله تعدياً، هذا كله إذا مزجه بجنسه، فلو مزجه بغيره كالزيت بالشيرج، فهو إتلاف} على المشهور فيضمن المثل {لبطلان فائدته وخاصيته، وقيل} والقائل العلامة في التذكرة {تثبت الشركة هنا أيضاً، كما لو مزجها بالتراضي، أو امتزجا بأنفسهما، لوجود العين، ويشكل: بأن جبر المالك على أخذه بالأرض، أو بدونه إلزام بغير الجنس في المثلي، وهو

خلاف القاعدة { المتسالم عليها بينهم } وجبر الغاصب إثبات لغير المثل عليه بغير رضاه { وهو كما ترى ! مخالف لأصول المذهب وقواعده { فالعدول إلى المثل أجود، ووجود العين غير متميزة من غير جنسها كالتالفة } .

[ولو زرع] { الغاصب } [الحب] { فنبت } { أو أحضن البيض } { فأفرخ } { فالزرع والفرخ للمالك } { على أصح القولين } وهو قول الأكثر، بل في الدروس: أنه فتوى من سبق الشيخ، بل عن الخلاف في باب الدعاوى، والمبسوط في باب العارية التصريح بما عليه الأصحاب { لأنه عين مال المالك، وإنما حدث بالتغير اختلاف الصور، ونماء الملك للمالك وإن كان بفعل الغاصب } استصحاباً للملكه، وتغير الصورة لا يغير الموضوع؛ ولذا لا إشكال في بقائهما على ملكه لو فرض استحالتهما إلى ذلك من غير غصب { وللشيخ قول: بأنه للغاصب تنزيلاً لذلك منزلة الإتلاف؛ ولأن النماء بفعل الغاصب. وضعفها ظاهر } مما تقدم.

[ولو نقله إلى غير بلد المالك وجب عليه نقله] { إلى بلد المالك } [ومؤونة نقله] اتفاقاً، ولوجوب إعادته مقدمة لتسليمه لملكه { وإن استوعبت أضعاف قيمته؛ لأنه عاد بنقله، فيجب عليه الرد مطلقاً } استوعبت القيمة أم لم تستوعب { ولا يجب عليه إجابة المالك إلى أجرة الرد مع إبقائه فيما انتقل إليه؛ لأن حقه الرد، دون الأجرة } { ولو رضي المالك بذلك المكان } { الذي نقله إليه } { لم يجب } { الرد على الغاصب، لإسقاط المالك حقه منه، فلو رده حينئذٍ كان له إلزامه برده إليه } لأنه غصب جديد فيأخذ حكمه.

[ولو اختلفا في القيمة حلف الغاصب] كما عليه أكثر المتأخرين، كما في المسالك { لأصالة البراءة من الزائد؛ ولأنه منكر } للزائد، والأصل عدمه { مما لم يدع ما يعلم

كذبه كالدهرهم قيمة للعبد، فيكلف بدعوى قدر يمكن، مع احتمال تقديم قول المالك حينئذٍ؛ للعلم بكذب الغاصب فيلغو قوله: ويشكل: بعدم الملازمة بين إلغاء قوله لكذبه، وإلغاء قوله مطلقاً، ما دام القول قوله لموافقته للأصل.

{وقيل} والقائل الشيخان في المقنعة والنهاية {يخلف المالك مطلقاً} سواء ادعى ما يعلم كذبه أم لا، استناداً إلى صحيح أبي ولاد المتقدم حيث تضمن قوله عليه السلام: (قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال عليه السلام: أنت أو هو، أما أن يخلف هو على القيمة فتلزمو، فإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود) {وهو ضعيف} لإمكان حمله على إرادة بيان أن ذلك طريق لمعرفة القيمة مع التراضي بينهما في ذلك، لا أن المراد بيان تقديم قوله مع عدم التراضي، وإلا فلا داعي لقوله عليه السلام: (أو يأتي بشهود) ضرورة عدم الحاجة إليهم في إثبات قوله بناء على أن القول قوله.

[وكذا] {يخلف الغاصب} {لو ادعى المالك} {إثبات} [صناعة يزيد بها الثمن] بلا خلاف أجده هنا، كذا في الجواهر {لأصالة عدمها، وكذا لو كان الاختلاف في تقدمها} على الغصب {لتكثر الأجرة، لأصالة عدمه} {وكذا} {يخلف الغاصب} {لو ادعى التلف} فعن ظاهر غاية المراد والتذكرة الإجماع عليه {وإن كان خلاف الأصل، لإمكان صدقه، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس لو فرض التلف، ولا يرد مثله ما لو أقام المالك بينة ببقائه مع إمكان كذب البينة؛ لأن ثبوت البقاء شرعاً مجوز للإهانة والضرب إلى أن يعلم خلافه} بخلاف الأصل؛ لأن حجتيه خفيفة، فلو حلف المالك فلم يثبت بقاء المغصوب شرعاً حتى تجوز إهانة الغاصب وضربه إلى أن يعلم خلافه، وهو كما ترى! مخالف لقواعد المذهب وأصوله، ضرورة أنه استحسان

محض، فإن ثبت إجماع، فذاك، وإلا كان المتجه الحبس إلى أن يظهر للحاكم على نحو البينة.

{ومتى حلف على التلف طولب بالبدل وإن كانت العين باقية بزعم المالك، للعجز عنها بالحلف، كما يستحق} المالك {البدل مع العجز عنها وإن قطع بوجودها، بل هنا أولى} لأنه في صورة الحلف، فالعين تالفة بنظر الغاصب، بخلاف حال التعذر والعجز عن العين، فالعين باقية بنظر الغاصب [أو ادعى] {الغاصب} {تملك ما على العبد من الثياب} {ونحوها} بلا خلاف فيه {لأن العبد بيده، ولهذا يضمه ومنافعه} المستوفاة وغيرها {فيكون ما معه في يده، فيقدم قوله في ملكه} تقديراً للظاهر على الأصل، فإن قلت: إن يد المالك أسبق على العبد، فيلزم الحكم على طبقها. قلت: إنها قد زالت بطروء يد الغاصب التي بسببها حكم بضمائه العين والمنفعة.

[ولو اختلفا في الرد حلف المالك] بلا خلاف ولا إشكال {لأصالة عدمه، وكذا لو ادعى رد بدله مثلاً، أو قيمة، أو تقدم رده على موته وادعى المالك موته قبله، لأصالة عدم التقدم} للحادث {ولا يلزم هنا} من قبول قول المالك في عدم الرد {ما لزم في دعوى التلف، للانتقال إلى البدل حيث يتعذر تخليص العين منه، لكن هل ينتقل إليه ابتداءً، أو بعد الحبس والعذاب إلى أن تظهر أمارة عدم إمكان العين؟ نظر: ولعل الثاني أوجه؛ لأن الانتقال إلى البدل ابتداءً يوجب الرجوع إلى قوله، وتكليفه بالعين مطلقاً حتى في حال كون الغاصب صادقاً في دعواه الرد؛ لأنه {قد يوجب خلود حبسه كالأول} وهو اختلاف المالك والغاصب في التلف {فالوسط متجه، وكلامهم هنا غير منقح} فعليك بالتأمل فيه.

المحتويات

[كتاب النكاح]

٩	في المقدمات
٩	الفصل الأول: في المقدمات:
١٢	مستحبات ومكروهات النكاح
٢٣	أحكام النظر
٣٩	[الفصل الثاني]: [في العقد]
٤٤	شروط العاقد
٤٦	شروط العقد
٤٨	ولاية الأب والجد
٥١	ولاية العبيد والإماء
٥٢	ولاية الحاكم والوصي
٥٤	اشتراط الخيار في الصداق
٥٨	لو ادعى زوجية امرأة

لو اشترى العبد زوجته لسيده	٦٥
شروط تزويج الولي والوكيل	٦٦
العقد الفضولي	٦٨
نكاح الأمة	٧٠
تزويج الفضولي للصغيرين	٧٢
لو زوج الأبوان برجلين واقتربا في العقد	٧٦
لا ولاية للأم على الولد مطلقاً	٧٨
في المحرمات	٨١
[الفصل الثالث]: [في المحرمات]	٨١
يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب	٨٢
الجمع بين الاختين	١٠٢
الجمع مع العمة أو الخالة	١٠٣
وطء الشبهة	١٠٦
وتكره ملموسة الابن ومنظورته	١٠٧
لو تزوج الأم وابنتها في عقد واحد بطلا	١١٣
[مسائل عشرون]:	١١٣
لا يجوز أن يتزوج أمة على حرة إلا بإذنها	١١٧
من تزوج امرأة في عدتها عالماً بالعدة، والتحريم بطل العقد	١٢٢
حكم المزني بها على الزاني	١٢٦

المحتويات	٦٣٩
حكم عقد المحرم	١٣٠
حكم الزيادة على أربعة نساء	١٣١
حكم تطليق ذو النصاب	١٣٥
حكم المطلق ثلاثاً يتخللها رجعتان	١٣٦
تحريم الملاعة أبداً	١٣٩
حكم الكافرة والكتائية على المسلم	١٤٢
حكم ارتداد أحد الزوجين	١٤٤
حكم أسلام أحد الزوجين الوثنيين	١٤٧
حكم نكاح العبد الأبق	١٥٠
حكم كفاءة الزوجين	١٥٠
ليس التمكن من النفقة شرطاً في صحة العقد	١٥٥
يكره تزويج الفاسق	١٥٧
لا يجوز التعريض بالعقد لذات البعل	١٥٧
تحريم الخطبة بعد إجابة الغير	١٥٩
يكره العقد على القابلة المربية	١٦٠
نكاح الشغار باطل	١٦٢
[الفصل الرابع]: [في نكاح المتعة]	١٦٥
عدة المتعة	١٧٩
[الفصل الخامس]: [في نكاح الإماء]	١٨٥

٢٠٩.....	[الفصل السادس]: [في المهر]
٢١١.....	لا تقدير في المهر قلة
٢١٢.....	يكراه أن يتجاوز مهر السنة
٢١٥.....	يصح العقد الدائم من غير ذكر المهر
٢١٦.....	المعتبر في المتعة بحال الزوج في السعة والإقتار
٢١٩.....	حكم موت الحاكم قبل الدخول والحكم
٢٢١.....	الصداق يملك بأجمعه
٢٢١.....	{وهنا} [مسائل عشر]
٢٢٥.....	حكم الدخول قبل دفع المهر
٢٢٧.....	حكم إبراء الزوج من الصداق ثم طلقها قبل الدخول
٢٢٨.....	يجوز اشتراط ما يوافق الشرع في عقد النكاح
٢٣١.....	حكم الاعتياض عن المهر بدونه أو بغيره
٢٣٣.....	للزوجة الامتناع قبل الدخول حتى تقبض مهرها
٢٣٥.....	حكم المهر عند تزويج الأب ولده الصغير
٢٣٧.....	حكم الاختلاف في المهر
٢٤١.....	[الفصل السابع]: [في العيوب والتدليس]:
٢٤٨.....	عيوب المرأة تسعة
٢٥٧.....	أحكام العيوب
٢٥٩.....	لو شرطها بكرة فظهرت ثيباً

المحتويات	٦٤١
[الفصل الثامن]: في القسم والنشوز والشقاق	٢٦٣
القسم	٢٦٣
النشوز	٢٧٤
الشقاق	٢٧٧
يشترط في الحكمين	٢٧٩
لو اختلفا في الدخول	٢٨٢
حكم لحق الولد بأبيه	٢٨٣
مستحبات الولادة	٢٨٦
أحكام الأولاد	٢٩١
العقيقة من المستحبات المؤكدة	٢٩٣
[ومنها: الرضاع]	٣٠١
[ومنها: الحضانة]	٣٠٥
[النظر الثاني]: [في النفقات]	٣١٣
نفقة الزوجة	٣١٣
نفقة القرابة	٣٢٠
نفقة الملك	٣٢٧

[كتاب الطلاق]

أركان الطلاق	٣٣٣
شروط المطلق	٣٣٩

٦٤٢ فوائد للمعتين في مدارك الروضتين: الجزء الرابع

شروط المطلقة ٣٤٤

[الفصل الثاني]: [في أقسامه] ٣٥١

أحكام الرجعة ٣٦٥

{الفصل الثالث}: [في العدد]: ٣٧١

[الفصل الرابع]: [في الأحكام] ٣٨٧

[كتاب الخلع والمباراة]

الخلع ٣٩٧

المباراة ٤١٢

[كتاب الظهار]

تعريف الظهار ومستنده ٤١٧

شرائط الظهار ٤١٩

صحة توقيته بمدة ٤٢٢

شروط الظهار ٤٢٣

تجب الكفارة بالعود ٤٢٧

حكم الوطء قبل التكفير ٤٢٩

[كتاب الإيلاء]

تعريف الإيلاء ٤٣٥

انعقاد الإيلاء ٤٣٧

المحتويات	٦٤٣
شروط المولي	٤٤١
أحكام الإيلاء	٤٤٣
تعريف اللعان وأسبابه	٤٥٣

[كتاب اللعان]

أحدهما: رمي الزوجة المحصنة	٤٥٣
السبب [الثاني: إنكار من ولد على فراشه]	٤٥٦
شروط الملاعن	٤٥٨
شروط الملاعنة	٤٦٠
القول في كيفية اللعان وأحكامه	٤٦٥
[القول في كيفية اللعان وأحكامه]:	٤٦٥

[كتاب العتق]

الأول: بالصيغة المنجزة	٤٨١
شروط المعتق	٤٨٥
أحكام العتق	٤٩٣

[كتاب التدبير، والمكاتبة، والاستيلاء]

النظر الأول: التدبير	٥٢١
النظر الثاني: في الكتابة	٥٤١
النظر الثالث: في الاستيلاء	٥٦٣

[كتاب الإقرار]

٥٧١	الفصل الأول: في الصيغة وتوابعها
٥٩١	الفصل الثاني: في تعقيب الإقرار بما ينفيه
٦٠١	الفصل الثالث: في الإقرار بالنسب

[كتاب الغصب]

٦١٣	تعريف الغصب
٦١٩	الحر لا يضمن بالغصب
٦٢٠	احكام الغصب
٦٣٧	المحتويات