العمل الصدوق

من مسائل الحدائق

الجزء الثاني

المعاملات

تأليف

الشيخ حسن آل عصفور

بسم الله الرحمن الرحيم

العمل الصادق

من مسائل الحدائق

لحجة الإسلام

العمل الصدوق

من مسائل الحدائق

الجزء الثاني

المعاملات

تأليف

الشيخ حسن آل عصفور

سرشناسه	:	آل‌عصفور، حسن، ۱۹۷۲ - م.
عنوان و نام پدیدآور	:	العمل‌الصادق من مسائل‌الحدائق/ تالیف حسن آل‌عصفور
مشخصات نشر	:	قم: دارالتفسیر، ١٤٣٤ ق.- = ۱۳۹۳ -
مشخصات ظاهری	:	ج.
شابک	:	دوره:۹۷۸-۹٦٤-٥٣٥-٤٠١-٣ ؛ ج. ۱:۹۷۸-۹٦٤-٥٣٥-٤٠٢-٠ ؛ ج. ۲:۹۷۸-۹٦٤-٥٣٥-٤٠٣-۷
وضعیت فهرست نویسی	:	فیپا
یادداشت	:	عربی.
مندرجات	:	ج. ۱. العبادات.- ج. ۲. المعاملات
موضوع	:	فقه جعفری -- قرن ۱۲ق.
شناسه افزوده	:	بصری، نجم
رده بندی کنگره	:	BP۱۸۳/آ۷ع۸ ۱۳۹۳
رده بندی دیویی	:	۲۹۷/۳٤۲
شماره کتابشناسی ملی	:	۳٤۷۱٥۸۳

العمل الصادق من مسائل الحدائق (ج۲)

- المولف : حسن آل عصفور
- الناشر : دارالتفسیر
- الطبعة : الاولی / ۱۳۹۳ هـش = ١٤٣٥ هـق
- المطبعة : وفا
- ردمك الدوره : ۳-٤۰۱-٥۳٥-۹٦٤-۹۷۸
- ردمك ج /۲ : ۷-٤۰۳-٥۳٥-۹٦٤-۹۷۸
- عدد المطبوع : ۱۰۰۰ نسخة

انتشارات دارالتفسیر

قم : خیابان معلم

میدان روح الله

تلفن: ۰۲۵-۳۷۷۴۴۲۱۲

۰۲۵-۳۷۷۴۱۶۲۱

كتاب التجارة

كتاب التجارة

اعلم انه قد استفاضت الأخبار بالحثّ على طلب الرزق والكسب الحلال ولا سيّما بطريق التجارة مع الاجمال في الطلب والاقتصار على الحلال، فقد روى عن الباقر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله «العبادة سبعون جزء فضلها طلب الحلال»، وقال الصادق عليه السلام «تسعة أعشار الرزق في التجارة»، وهي عز المرء وكرامته.

واعلم أنه كما استفاضت الأخبار بالأمر بطلب الرزق وذمّ تاركه حتّى ورد لعن من القى كلّه على الناس إلّا أن طالب العلم قد استثنىٰ من ذلك بما ورد من الحثّ على العلم وأنه مضمون وقد تكفّل الله له برزقه ان قصد به الاخلاص لوجه الله تعالى وامتثال أمره واصلاح نفسه وإرشاد عباده إلى معالم دينه، ولا يقصد بذلك شيئاً من أعمال الدنيوية من تحصيل مال وجاه ورفعة وشهرة بين الناس أو المباهاة والمفاخرة للأقران والترفع على الأخوان ونحو ذلك ممّا يوجب البعد منه سبحانه وتعالى والخذلان.

ثمّ أعلم أيضاً أن تحصيل الرزق منه ما يكون واجباً وهو ما يحصل به

البلغة والكفاف لنفسه وعياله الواجبي النفقة عليه بحيث يخرج عن أن يكون مضيقاً، ومنه ما يكون مستحباً وهو طلب ما زاد على ذلك للتوسعة على نفسه وعياله، وهو الصرف في وجوه البر والخيرات، ومنه ما يكون مكروهاً وهو ما يقصد به الزيادة في جمع المال وادخاره والمكاثرة والمباهاة والحرص عليه، ومنه ما يكون محرماً وهو ما يقصد بتحصيله الصرف في اللهو واللعب والمعاصي ونحو ذلك.

(مسألة: ١) إذا تزاحم الواجبين العينيين من طلب العلم وطلب الرزق قدم على الظاهر الثاني، نعم لو أمن نفسه من الوجوهات الشرعية كالزكاة والخمس فإن طلب وجوب العلم لا يزاحمه شيء وكذا يقدم لو كان طلب الرزق للتوسعة، وامّا لو كان طلب العلم كفائي ـ كما في عصرنا في بعض البلدان ـ فلا ريب في تقديم طلب الرزق الواجب وإلّا لو كان غير الواجب فالجمع أكمل.

(مسألة: ٢) الواجب هو التعرض للرزق بالعمل ولو بالجلوس في السوق متعرضاً لذلك والله سبحانه مسبب الأسباب يسوق إليه رزقه إذا كان جلوسه عن نيّة صادقة وتوكّل على الله سبحانه وثيق، فإنه تعالى هو الرّزاق، وامّا ما يفعله بعض أبناء هذا الزمان من الكسل وتضييع الوقت بالسهر واللعب أو بالجري وراء الشبهات أو المحرمات من المكاسب فهو من تسويلات الشيطان الرجيم، وفعله الذميم.

(مسألة: ٣) الإنسان متى ايقن أن الرزق بيد الله سبحانه وأنه قد قسمه من عالم الأزل وضمن إيصاله لصاحبه لا يعني التكاسل عن طلب الرزق

والعمل ببدل الجهد والطاقة كما لا يخفىٰ على عامل، وذلك لأنه تعالى قدرها بأسبابها وجعل لكلّ شيء سبباً.

آداب التجارة

(مسألة: ٤) نذكر آداب التجارة بشكل مقتضب من كتاب الأصل.

الأوّل: يستحب التفقه وتعلم أحكام التجارة ويجب في ما يتوقف صحّة المعاملة عليه.

الثاني: المساواة بين المبتاعين والبائعين، فالصغير والكبير والغني والفقير والمجادل وغيره واحد.

الثالث: يجوز الربح في التجارة سواء كان على المؤمن أو على غيره بل يستحبّ ذلك نعم لا بأس بالمسامحة وأنه وجه الرباح كما ورد.

الرابع: أن يقيل من استقاله واستحبابه مؤكد.

الخامس: استحباب الدعاء بالمأثور، والشهادتين عند دخول السوق وعند الشراء.

السادس: يكره مدح البائع لما يبيعه وذمّ المشتري لما يشتريه واليمين على البيع.

(مسألة: ٥) إذا قال شخص للتاجر: اشتر لي متاعاً فلا يجوز له أن يعطيه من عنده وان كان ما عنده أحسن ممّا في السوق لكون المسألة راجعة إلى مسأله الوكالة فيما لو وكله على بيع أو شراء أو اطلق ولم يفهم منه الاذن ولا عدمه بالنسبة إلى الوكيل، فلا يجوز له بيعه عن نفسه أو شرائه لنفسه، نعم لو أمن التهمة أو أخبره بذلك فرضي فالظاهر أنه لا إشكال.

السابع: كراهة السوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، من كون الوقت قد وظف للتعقيب والدعاء.

الثامن: كراهة مبايعة الادنين، وهو من لا يبالي بما يقال ولا ما قيل فيه وهم السفلة وصاحب العاهة لكونه لا يخلون من ظلم للغير، والمحارف وهو المحروم الذي ادبرت عنه الدنيا فلا بخت له بل تعامل من نشأ في الخير.

التاسع: كراهة الاستحطاط من الثمن بعد العقد.

(مسألة: ٦) تحرم الزيادة في السلعة وقت النداء بل يصبر حتّى يفرغ ثمّ يزيد إذا أراد، ومعنى ذلك أن ينادي الدلال على سلعة فمن أعطىٰ أزيد دفعت له، فالنهي وارد عن الزيادة في حال نداء الدلال وجوزه في حال السكوت والوجه فيما قاله عليه السلام غير ظاهر لنا وإنّما نتبعه بمحض التعبد. والدخول في سوم المسلم وهو أن لا يتوسطهما دلال بل مجرد مجاذبه بينهما في فصل الثمن. وكذا النجش وهو زيادة الرجل في ثمن السلعة قبال آخر وهو لا يريد شرائها لترتفع قيمتها، والظاهر أن ذلك يحدث بتواطئ البائع مع رجلاً.

العاشر: استحباب المماكسة إلّا في مواضع مخصوصة، وهي المساومة لدفع الغبن، والمستثنات الأضحية والكفن وثمن النسمة والكراء إلى مكّة.

الحادي عشر: أن يكون سهل البيع والشراء، والقضاء والاقتضاء.

الثاني عشر: استحباب البيع عند حصول الربح وكراهة تركه.

الثالث عشر: استحباب المبادرة إلى الصلاه وترك ما بيده من التجارة والاشتغال بهما.

(مسألة: ٧) يحرم تلقي الركبان: ويعتبر فيه تحققه الشروط التالية:

١ ـ الخروج لشراء البضائع خارج المدينة بمسافة لا تقل على رأس أربعة فراسخ[١].

٢ ـ كون الخروج بقصد ذلك فلو خرج لا لذلك فاتفق الركب لم يحرم.

٣ ـ جهل الركب البائع بسعر البلد فيما يبيعه ويشتريه، فلو علم بهما أو بأحدهما لم يثبت الحكم فيه.

٤ ـ تحقق مسمى الخروج من البلد، فلو تلقى الركب من أوّل وصوله البلد لم يثبت الحكم.

٥ ـ أن يكون التلقي للبيع عليه أو الشراء منه، فلو خرج لغيرهما من المقاصد ولو في بعض المعاملات كالاجارة لم يثبت الحكم، وفي الحاق الصلح ونحوه من عقود المغابنات إشكال، والظاهر أن الأقرب الأوّل.

(مسألة: ٨) لو خالف وتلقىٰ الركبان واشترى منهم أو باع عليهم، انعقد البيع وان قلنا بالتحريم، والأقرب أنه لا خيار إلّا مع الغبن الفاحش.

(مسألة: ٩) الأقوى تحريم الاحتكار وهو جمع الطعام وحبسه يتربص به الغلاء، ويعتبر في تحقق الاحتكار المحرم أمور:

أحدها: النوع، الاحتكار إنّما هو في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والزيت والسمن فقط.

---

(١) وهو ما يقارب (٢٢ كيلو متر) تقريباً.

ثانيها: الأشهر عدم التحديد في الاحتكار سواء في الرخص أو الغلاء.

ثالثها: القصد، يعتبر في السلعة المحتكرة كونها قد اشتريت بقصد ذلك وإلّا لو كانت مذخرة سابقاً وقصد الانتفاع بها لم يحرم ذلك.

(مسألة: ١٠) للإمام أي الحاكم الشرعي أن يجبر المحتكرين على البيع، وامّا أنه هل يسعر عليهم أم لا؟ الظاهر هو الثاني أي عدم التسعير.

رابعها: أن لا يكون في البلد طعام غير هذه الأصناف المزبورة فلو كان كذلك لم يدخل تحت النهي، وأن يسمّى احتكاراً.

فيما يكتسب به

(مسألة: ١١) يحرم التكسب ببيع الأمور التالية:

الأوّل: الميّتة، والمراد به ما يغبن بالموت ممّا له نفس سائلة، فيشمل ما قطع من جسده حيّاً كان أو ميّتاً أمّا الطهارة والنجاسة فقد تقدّم في النجاسات في كتاب الطهارة.

الثاني: الخمر والنجس، لا يحل بيع المائع النجس نجاسة عارضة عدا الدهن للاستصباح أو يعمل صابون وغيرها، وهذا على ما هو الأشهر الأظهر من عدم قبولها للتطهير، وهل يجب اعلام المشتري بذلك؟ إشكال.

الثالث: عذرة الإنسان والحيوان من غير مأكول اللحم، أمّا الروث وبول ما يؤكل لحمه فالظاهر جواز التكسب به متى كان لها منافع تترتب عليها.

الرابع: بيع الكلاب ما عدا كلب الصيد.

(مسألة: ١٢) يجوز بيع الهرة ويملك ثمنها سواء قصد من شراءها لمنفعة معيّنة أو للتسلية.

(مسألة: ١٣) يجوز بيع وشراء السباع كالفهد والذئب والنمر وكذا المسوخ كالفيل، نعم يكره التكسب بالقردة كما يجوز التكسب بالسباع من الطيور كالبزاة والصقور ونحوهما لجواز الانتفاع بها وقبولها التذكية وأمّا الحشرات والجري والطافي من السمك وهو ما مات في الماء ثمّ طفىٰ على وجهه، والضفادع، والسلاحف فالمنع كذا صرح به جملة من الأصحاب فيما يحرم نفسه.

(مسألة: ١٤) المحرمات التي تحرم في نفسه ولأجلها كثير نذكرها كما يلي:

الأوّل: عمل الصور، وهو بتصوير صورة ذوي الروح، اعمّ من أن تكون مجسمة أو منقوشة على جدار وشبهة[١].

الثاني: الغناء، وهو كلّ ما سمّاه أهل العرف غناء حرام، أطرب أم لم يطرب، ويستثنىٰ من ذلك غناء المرأة التي تزف العرائس.

الوظيفة الحكومية

الثالث: معونة الظالمين[٢]. سواء كانت المعونة بما يحرم وما لا يحرم، فالأخبار صريحة في تحريم معونة الظالمين بالأمور المحللة، على ابلغ وجه وأكده، نعم يجب أن يستثنى من ذلك ما إذا ألجاءته ضرورة التقية

---

(١) اقول في شمول الحكم للصور الفتوغرافية والكامرات المتعارف الحيّة وغيرها مشكل لخصوصية الموضوع وزمن النص. (المؤلف)

(٢) أقول: لا تغفل عن عدم اختصاص الحكم بمعونة رجال الدين بل هو شامل لكلّ فرد بقول الصادق عليه السلام «الدخول في أعمالهم»، وقد نقح الشيخ المقام بأتم تحقيق حيث استنبط منها اختصاص الحكم بمن يدعي الخلافة لا مطلق الظالم لاحتمال الخصوصية. (المؤلّف).

والخوف فإن الضرورات تبيع المحظورات، ثمّ إن الظاهر أن ذلك إنّما هو في سلاطين الجور المدّعين للإمامة من الأمويّة والعباسيّة ومن حذا حذوهم لا مطلق الظالم والفاسق وإن كان الظلم والفسق محرماً مطلقاً، وعلى هذا فلو أحبّ أحد بقاء حاكم جور من المؤمنين والشيعة لحبّه المؤمنين وحفظه بيضة الدين من الأعداء والمخالفين، فالظاهر أنه غير داخل في الآية ولا الأخبار المذكورة.

(مسألة: ١٥) الواجب على الداخل في أعمالهم رد ما اكتسبه في عملهم على أصحابه، ومع عدم معرفتهم فالواجب الصدقة به عنهم.

(مسألة: ١٦) يستحب الدخول في وظائف السلطان إذا تمكن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بل قد يجب إذا اقتضاء الأمر ذلك فههنا مقامات ثلاث:

الأوّل: أن يدخل في أعمالهم لحبّ الدنيا، وتحصيل لذّة الرئاسة، والأمر والنهي وهذا لا ريب في تحريمه.

الثاني: أن يكون كذلك ولكن يمزجه بفعل الطاعات وقضاء حوائج المؤمنين وفعل الخيرات، فيجوز العمل.

الثالث: أن يكون قصده من الدخول فيها إنّما هو محض فعل الخير ودفع الأذى عن المؤمنين واصطناع المعروف إليهم، وهو الفرد النادر وأقل قليل وعليه حمل دخول مثل الثقة الجليل علي بن يقطين ومحمّد بن إسماعيل بن بزيع، وأمثالهما من أجلاء الرواة عنهم، وجملة علمائنا الأعلام كالمرتضىٰ والخواجة نصير الدين والملّة وآية الله العلّامة الحلّي، ومن

المتأخرين المحقّق الثاني في سلطنة الشاه إسماعيل، وشيخنا البهائي، وشيخنا المجلسي ونحوهم عطر الله مراقدهم.

وهنا قسم رابع هو ما أكرهه الجائر على الدخول، فإنه يجوز له الولاية دفعاً للضرر على نفسه، ولا يجوز له أن يتعدى الحقّ ما أمكنه، فإن أكره على استعمال ما لا يجوز شرعاً جاز له ما لم يبلغ إلى الدماء، فإنه لا يجوز التقية فيها على حال. وهل أعمّ من القتل والجرح أو مخصوصة بالقتل؟ المسألة لأجل الاجمال في النصّ فهي محل إشكال.

الرابع: نوح النائحة بالباطل بأن تذكر ما لا يجوز ذكره كالكذب فلو كان بحق فإنه لا بأس به، وحينئذٍ فالحرمة فيه إنّما هو لاشتماله على المحرم، وإلّا فإنه في نفسه جائز، فالندب الجائز أن تذكر حسن فعل الميّت وأوصافه، بل يندب ذلك إذا أقيم عليه مأتماً يذكر فيه مصائب أهل البيت عليهم السلام فهي العمدة في الإيمان، وأقل ما يستحق الأجرة عليه هو ضرب إحدىٰ اليدين على الأُخرى.

الخامس: كتب الضلال: وذلك بحفظها من التلف وطباعتها وترويجها إلّا أن في الحكم من أصله توقف، لعدم النصّ، وكيف كان على تقدير ثبوت التحريم أنه إن كان الغرض من أبقائها الاطلاع على المذاهب والأقوال ليكون على بصيرة في تمييز الحقّ من الباطل وعرض ما اختلف من الأخبار عليهما والأخذ بخلافه، فلاإشكال في الجواز.

السادس: هجاء المؤمن والغيبة: والأوّل هو ذكر معايبه في الاشعار، والثاني القول بما يكرهه وإن كان حقاً، وكلاهما في حقّ المؤمن محرم أمّا ما

عداه كالمخالف وأهل الكتاب (المسيحي واليهودي) فضلاً عن الناصب لأهل البيت العداء فيجوز في حقّهم ذلك.

(مسألة: ١٧) كما تحرم الغيبة إنشاءاً تحرم استماعاً أيضاً، وكفّارة الغيبة الاستغفار مطلقاً، حيّاً كان من اغتابه أو ميّتاً، وأمّا توقفه على التحلل منه كما قيل فربّما أثار فتنة أو زيادة حقد وبغض في القلوب، كما هو ظاهر من أحوال أكثر الناس[١].

(مسألة: ١٨) تجوز الغيبة في المواضع التالية:

منها: التظلم عند من يرجو زوال ظلمه، إذا نسب من ظلمه إلى الآثام.

ومنها: الاستفتاء، كما يقول المستفتي: ظلمني أبي أو أخي، فكيف طريقي في الخلاص.

ومنها: تحذير المؤمن من الوقوع في الخطر والشر، ونصح المستشير، ومثال الأوّل أن ينبه الناس بجهل وعدم نفقه من يتقلد بعض المناصب وأنه ليس أهلاً لها أو الطعن في من يحمل بعض الشبهات والتشكيك في بعض المعتقدات والضرورات والثوابت، ومثال الثاني أن يشتري شخص بضاعة تعلم أمّا فيها نقص خفي يضر المشتري فلازم أن تعيره بالعيب المنوط بذلك فقط من غير أن يتجاوز عنه.

ومنها: الجرح للشاهد والراوي للأخبار، صيانة لحقوق المسلمين، وحفظاً للأحكام والسنن الشرعيّة، إلّا أنه ينبغي التحفظ والاخلاص في

---

(١) أجوبة المسائل الدزفولية: تحرم غيبة المميّز الذي يحصل منه الكراهة أمّا من ليس كذلك كالاطفال فاشكال والاحتياط لا يخفى وأمّا غيبة البهائم وسائر الحيوانات فلا بأس بذلك. «مخطوط»

ذلك، بأن لا يكون الباعث أمراً آخر غير قصد الأمر الذي قدمنا ذكره.

ومنها: أن يكون القول فيه بما يكون متظاهراً به كالفاسق المتظاهر بفسقه، بحيث لا يستنكف أن يذكر بذلك الفعل، والظاهر عدم اختصاص الطعن فيه بما يتجاهر به من فعل بل وبما لا يتجاهر به أيضاً إلّا أن الأحوط الاقتصار على ما يتجاهر به دون غيره إلّا أن يكون لذكر ما زاد على ذلك تأثير في ارتداعه عمّا هو عليه من الفسق والتظاهر به، والظاهر أن حكّام الجور والظلمة واتباعهم المتظاهرين بالظلم والفسق، وأخذ أموال الناس، واللعب بالباطل، كما هو معروف الآن في جميع الاصقاع والبلدان بين الشيعة وغيرهم من هذا القبيل بل من أظهر الافراد.

(مسألة: ١٩) الظاهر جواز الغيبة بمجرّد ظهور الفسق وإن لم يكن متظاهراً به وأن ترك الجماعة فسق إلّا أنه مقيد بما إذا تظاهر به.

ومنها: جواز الغيبة لدفع الضرر عنه وقد تقدّم.

ومنها: أن يكون الإنسان معروفاً باسم يعرب عن غيبته كالاعرج والأعمش والأشتر ونحوها، وإن كان الأجود التفريق بين الأموات والأحياء بالجواز في الأوّل ولزوم العلم برضا في الثاني.

ومنها: ما قيل إذا علم اثنان أو ثلاثة فأكثر بمعصية من آخر فذكرها بعضهم للآخر في غيبة صاحب المعصية، فإنه يجوز ذلك لأنها لا تؤثر عند السامع شيئاً زيادة على علمه سابقاً إلّا أنه مشكل لفقد النصّ.

السابع: السحر، ونحوه من القيافة، والكهانة، والشعبذة، ولا ريب في تحريم تعليم الجميع وأخذ الأجرة عليه.

والسحر: هو تصرف في المخيّلة بسرعة وحفّة اليد، ويجوز تداوله أن قصد به الحلّ ورفع الضرر وظاهر عدم لزوم اختصاص الرفع بالقرآن والذكر والتعويذ ونحوها وإن كان أحوط وإلّا ففي غير ذلك يقتل بعد ثبوته بالبيّنة، وما نقل أن النبي ﷺ والإمام عليه السلام قد تأثر بالسحر فالظاهر أن ذلك محل منع، والحقّ هو عدم جوازه عليهم بوجه من الوجوه.

القيافة: هي الاستناد إلى علامات ومقادير، يترتب عليها الحاق بعض الناس ببعض ونحوه إلّا أن الدليل على تحريمها غير ظاهر بل القول بجوازها أقرب إذ أن القيافة لا يقولون إلّا حقاً، ولا يحكمون إلّا صدقاً، نعم يمكن أن يقال: إن الحكم بالحاق شخص بآخر موجب لترتب أحكام كثيرة مثل حلّ النظر والميراث وتحريم المناكحة ونحو ذلك، وهو محتاج لدليل شرعي قاطع.

الكهانة: عمل يوجب طاعة بعض الجان له (التسخير) واتباعه له بحيث يأتيه بالأخبار الغائبة، وهو قريب من السحر، وهو حرام بجميع أشكاله.

الشعبذة: هي الحركات السريعة التي يترتب عليها الأفعال العجيبة بحيث يلتبس على الحسّ الفرق بين الشيء وشبهه، لسرعة الانتقال منه إلى شبهه، ولم نقف على تحريمها من نصّ.

الثامن: القمار: وهي الميسر وتحريمها بالكتاب والسنّة والإجماع بالضرورة وكما يحرم اللعب بذلك كذلك يحرم حضور المجالس التي يلعب فيها والنظر إلى ذلك.

التاسع: الغش والتدليس والتزيين:

الأوّل: الغش وهو لا يكون محرماً إلّا بالخفي كشوب الحليب بالماء أمّا لو غش بما لا يخفىٰ، كالتراب يجعله في الحنطة، والرديء منها بالجيد، والضابطة فيه ظهور العيب المذكور للمشتري فهو إنّما يشتري شيئاً راضياً به، نعم في صورة حصول الاشتباه بعدم التمييز وعدم العلم به يحصل القسم الأوّل وهو الغش الخفي.

(مسألة: ٢٠) لو فرض العلم بعد البيع بظهور ذلك الرديء، فيمكن القول بالكراهة وأن للمشتري الخيار بظهور العيب حينئذٍ، ثمّ إنّه مع خفاء الغش فهل يصحّ البيع وإن تحقق الإثم؟ الظاهر كذلك مع جبره بالخيار للمشتري.

(مسألة: ٢١) جواز الغش وعدمه دائران مدار قصد البائع، فيما لو كان نوع الطعام يحتاج في ظهوره إلى بله كالخضروات، فإنه متى كان قصده إنّما هو لأجل انفاق السلعة وشرائها، وأنه بدون ذلك يكسد عليه، فلا بأس بما يفعله، وإن كان غرضه إنّما هو لأجل زيادة في الوزن فهو غير جائز[1]، نعم لو اتخذ مكاناً يخفي به عيب السلعة كالبيع في الظلام.

الثاني: التدليس، والمراد به أن تفعل المرأة في نفسها ما يستر عيوبها وأن تظهر محاسن ليست فيها كتحمير الوجه ووصل الشعر ونحو ذلك، هذا كلّه مع عدم علم الزوج والمشتري بذلك وأمّا لو فعلت بنفسها ذلك أو فعلت

---

(١) أقول: قد عرفت معنى الغش الذي يحرم وعدمه فلا ينطبق على ما تعارف عليه من اطلاقه على ما يحدث في الامتحانات وغيرها إلّا أن يكون موجب لاخلال في النظام، والله العالم.

الماشطة بها لقصد الزينة لزوجها، فالظاهر أنه لا بأس به، وكذا ما تفعله من تسريح شعرها بشكل معين وحف وجهها ووضع المساحيق المرطبة وغيرها بداعيى اظهار تخفيه من جمال لزوجها ومن يجوز له النظر إليها فلا بأس به.

(مسألة: ٢٢) لا بأس بكسب الماشطة إلّا أن الأفضل لها أن لا تشارط وتقبل ما تعطىٰ.

الثالث: التزيين: وهو ما خصّ بتزيين الرجل بما يحرم عليه، كتزيينه بالذهب والحرير إلّا ما استثني أمّا تزين المرأة بزي الرجل والتحلي بحليه المختصة به كلبس ثيابه المتعارفة فلم نقف على دليل تحريمه، لا بفعل الإنسان بنفسه ولا بفعل الغير به نعم ورد النهي بالتحريم بالتشبه وهو باعتبار التأنيث وعدمه، لا باعتبار اللبس والزي.

(مسألة: ٢٣) هل يجوز الركوب على الفرس المزّينة بآلات الذهب والفضة مثل اللّجام وغيره أم لا؟ الظاهر جواز المموّه منها لا ما كان فضة أو مفضّضاً بل يجب نزعه الاّ الآلات التي فيها الفضة مثل الحلقة والقصعة والسلسلة في المرآة في الدّرع وقبضة السيف فأنها مكروهة والاحتياط لا يخفى[1].

ما يحرم بالقصد

الأوّل: يحرم عمل آلات اللهو والتكسب بها وبيعها، مثل العود والطبل والدف والمزامير وآلات القمار كالنرد والشطرنج والأربعة عشر،

---

(١) أجوبة المسائل الدزفولية (مخطوط)

فلا ريب في تحريم البيع بقصد تلك الأغراض المحرمة بل مطلقاً أيضاً، حيث إنه لا غرض يترتب على هذه الأشياء إلّا ذلك أمّا لو أمكن الانتفاع بها في غير ذلك، فيحتمل الجواز، إلّا أنه فرض نادر فيمكن التحريم بشكل مطلق، بناءً على أن الغرض المتكرر المترتب على تلك الآلات إنّما هو ما ذكرنا فلا يلتفت في تحريمها إلى الأفراد النادرة الوقوع، نعم لو كان الغرض من البيع كسرها مثلاً وبيعت لأجل ذلك، فالظاهر أنه لا ريب في الجواز إذا كان المشتري ممّن يوثق به في ذلك، والحكم شامل لكلّ ما نهى عن اقتنائه كأواني الذهب والفضة يشتريها بقصد إذهاب هيئتها بصهرها وتمويعها[1].

الثاني: يحرم إجارة السفن والمراكب والصالات (القاعات) والوسائل النقلية كالسيارات للمحرمات كنقل وشرب الخمر فيها والبيوت ليخزن ويباع فيها الخمر، والخشب ليصنع به الصلبان والآلات المحرمة وبمعنى أن البيع أو الاجارة وقع لهذا الغايات، أعمّ من أن يكون قد وقع شرطها في متن العقد أو حصل الاتفاق عليها.

(مسألة: ٢٤) لو كانت الاجارة أو البيع لمن يعمل ذلك ولم يعلم أنه يعملها، فإنه يجوز على كراهية بل مع العلم كذلك يجوز فيما إذا لم يقع الاشتراط عليه في العقد أو الاتفاق على البيع أو الاجارة لتلك الغاية المحرمة.

الثالث: بيع السلاح، يحرم بيع السلاح لأعداء الدين وقت المباينة دون

---

(١) لا يخفى شموله للصلبان والمجسمات الروحية فيحرم عملها وشراءها إلّا أن يقصد بشراءها إتلاف هيئتها. (المؤلّف).

وقت الصلح والهدنة، من دون فرق في أعداء الدين بين كونهم مشركين أو مسلمين.

(مسألة: ٢٥) لا يبعد دخول مثل قطاع الطريق ونحوهم من العصابات في الظالمين ولو كانت الاعانة بالمباحات، بل والطاعات فضلاً عمّا في الاعانة على الظلم.

(مسألة: ٢٦) السلاح المحرم بيعه هو السيف والرمح ونحوهما[1] أمّا ما يتخذ جنّة كالدرع والبيضة ولباس الفرس ونحوها فالظاهر عدم دخوله في حكم المذكور.

(مسألة: ٢٧) لو عصى وباع السلاح لأعداء الدين فهل يملك الثمن أم يأثم فقط ؟ القول بعدم التملك لا يخلو من قرب إلّا أن الأقرب تملكه لتعلق النهي بالمعونة.

الأُجرة على الواجب

حكم أخذ الأُجرة على ما يجب على الإنسان فعله، كتغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم، ويلحق بذلك أخذ الأُجرة على الاذان وبيع القرآن، وكذا أخذ الأُجرة على الصلاة بالناس، والقضاء والحكم بين الناس.

(مسألة: ٢٨) تجهيز الميّت والصلاة عليه فالأمر بذلك متوجه إلى الولي بأن يفعل ذلك أو يأمر من يفعله، إلّا أن لا يكون للميّت ولي، وعلى ذلك لا يتجه تحريم أخذ الأُجرة على ذلك وإن أذن الولي لفقد الدليل بكونه واجب كفائي.

---

(١) أقول: ولا يبعد صدقه على الاسلحة الخفيفة والثقيلة كالمسدس والقذيفة ونحوهما.(المؤلّف).

فلو فرضنا أن الغير امتنع من امتثال أمر الولي إلّا بأجرة جاز ذلك بخلاف لو قلنا بأن غير المخاطب كالولي ومكلّف بالتجهيز فلا يجوز له أخذ الأُجرة، ومن ثمّ لا نفرق بين الأُمور الواجبة والمستحبة في التجهيز من مثل زيادة الحفر بمقدار الترقوة ونقله إلى المشاهد المشرفه، وتثليث الغسلات في التغسيل، وتكفينه بالقطع المندوبة ونحو ذلك.

(مسألة: ٢٩) أخذ الأُجرة على الاذان لم يظهر لنا دليل على التحريم وعلى فرض ذلك هل يحرم الأذان أيضاً بذلك أم لا؟ الظاهر عدم تحريمه والقول ببدعيته محل إشكال.

(مسألة: ٣٠) يجوز للمؤذن الارتزاق من بيت المال وهو ما أعد لمصالح المسلمين[1]. وهل يشترط أن يكون ذلك بإذن الإمام عليه السلام أو نائبه (الفقيه) أم يجوز ولو كان الحاكم من حكّام الجور؟ الثاني أقرب.

(مسألة: ٣١) جواز أخذ الأُجرة من النماء الحاصل من الوقف المخصص للمؤذنين أو ما نذر لهم، والظاهر أنه لا يحرم ذلك وإن قصد المؤذن بأذانه ذلك، ولو قيل له أذن ونعطيك كذا وكذا، ولم تعين مدّة الاذان ولا كيفيته كذلك ولا من أي جهة من بيت المال أو من شخص معين فتبرع أو من أهالي المنطقة أو غير ذلك لم يبطل العقد، لأن عمدة ذلك هو التراضي بالألفاظ بعد معلومية ما يقع عليه العقد.

(مسألة: ٣٢) كما يجوز للقاضي الارتزاق من بيت المال بمعنىٰ أن

---

(١) أقول: هي المخصصات والميزانية التي تفرضها الدولة لكلّ قطاع وزاري للدولة صادر عن ثروات وصادرات. (المؤلّف).

يخصص له ما يسد حاجته يجوز له أخذ الأُجرة على القضاء.

(مسألة: ٣٣) قيل بأن الصلاة بالناس أي إمامتهم يحرم أخذ الأُجرة عليها، ولم يحضرني ما يقتضي ذلك إلّا الاحتياط[١].

(مسألة: ٣٤) لا يجوز بيع المصحف، وإنّما يقصد في بيعه الورق والجلد ونحوهما من الآلات التي اشتمل عليها ذلك الكتاب، ويكره كتابة القرآن بالذهب كما يكره كتابة القرآن بغير القلم الأسود لأن أوّل ما كتب بذلك.

(مسألة: ٣٥) كراهة اشتراط الأُجرة على كتابة القرآن وأخذ الأُجرة على تعليمه، كما يكره محو شيء من كتابة القرآن بالريق.

ما يكره التكسب به

الأوّل: الصرف، لأن صاحبه لايكاد يسلم من الربا نعم ترتفع الكراهة بمن يتمكن من التحرز من الوقوع في الربا.

الثاني: بيع الأكفان وبيع الطعام، وبيع الرقيق، والذبح والصياغة، والحياكة والحجامة، وكراهة مزاولة هذه الأُمور إذا اتخذها صنعة لا ما إذا جاء بها مرّة أو مرتان أو ثلاث ونحو ذلك.

(مسألة: ٣٦) إنّما تكره الحجامة مع اشتراط الأُجرة المعيّنة من دون مماكسه واشتراط أمّا بدونهما فلا كراهة وذلك بأن يأخذ ما يدفع له من أجر[٢].

---

(١) أقول: ظاهره الاستحباب. (الحدائق ١٨: ٢١٨). (المؤلّف).

(٢) أقول والوجه في ذلك: أنه لمّا كانت الحجامة من أرقىٰ أنواع الوقاية الصحيّة لغالب الأمراض العضوية والعصبية اقتضاء كونها علاجاً والعلاج الطبي يكره وقيل يحرم أخذ الأُجرة عليه. (المؤلّف).

(مسألة: ٣٧) قد اشتهر في بعض الكتب كراهة التكسب بأُجرة فحل الضراب، وذلك بأن يتخذ فحل الضراب الذي يلقح به اناث الغير مكسبا له إلّا أني لا أعرف الكراهة وجهاً وجيهاً.

الثالث: يكره أخذ الأُجرة على تعليم القرآن أمّا تعليم الشعر والرسائل ونحوها من الآداب والحكم كالعلوم الأدبية من النحو والصرف والمنطق وعلم المعاني والبيان ونحوها، فالظاهر أنه لا إشكال في جواز أخذ الأُجرة عليه مع الشرط وعدمه.

(مسألة: ٣٨) العلوم الفقهية فيها تفصيل بين الواجب منها وغيره، فتحرم الأُجرة في الواجب من حيث الواجب وهي ما يتوقف عليها الصلاة والصيام والخمس والحجّ وهكذا كلّ ما يجب على المكلّف بوجود أسبابه وما زاد من يحصل العلوم فليست واجبة فيجوز أخذ الأُجرة على تعليمها.

(مسألة: ٣٩) ينبغي مع الشرط أن يكون الصبيان عند المعلم سواء في التعليم، لا يفضل بعضهم على بعض، هذا إذا أستوجر لتعليمهم على الاطلاق وأمّا لو تفاوتت الأُجرة بتفاوت المقرر التعليمي فالظاهر جوازه أيضاً وكذا لو وقعت الاجارة على تعليم مقرر آخر اضافي أو حصص اضافية فلا بأس بزيادة بعضهم على بعض، عملاً بما وقع عليه التراضي في الاجارة.

(مسألة: ٤٠) لو دفع إنسان إلى غيره مالاً ليصرفه على أصناف معيّنة كعلماء المنطقة ـ مثلاً ـ وكان القابض له من العلماء، فإن علم عدم دخوله فيهم ولو بقرينة مقامية، كأن يعين له حصة على حدّة من ذلك، فلاإشكال في عدم جواز أخذ منه. وأن علم دخوله فيهم، ولو بقرينة حالية، بأن صرّح له بأن

الغرض وصوله إلى هذا الصنف ـ مثلاً ـ أيّاً كان، وكان هو منهم فإنه يجوز له الأخذ أمّا مع عدم العلم بأحد الأمرين فالظاهر جواز ذلك على كراهة ان أخذ زيادة على غيره وعلم أن مورده غيره.

(مسألة: ٤١) قد عرفت في اشتراط أخذ الصنف من المال المبذول هو عدم زيادته على غيره وأنه لا يجوز له تفضيل بعضهم على بعض لأنه من جملتهم، ويشكل ذلك في غير المحصورين كالفقراء، فإنه يجوز التفاضل مع عدم قرينة على الخلاف كما عليه في قسمة الزكاة، فإن التسوية فيها على المستحقين غير واجبة، نعم لو كانوا محصورين أمكن ذلك كما أنه متى وقعت القسمة بالتفضيل بالمزايا الموجبة لذلك، فينبغي أن يراعي المقسم نفسه بكونه من أصل المزايا الموجبة للتفضيل أم لا، فيأخذ بنسبة القبيل الذي هو منهم، لا يزيد على ذلك.

(مسألة: ٤٢) يجوز للمتصرف بالمال المبذول أن يدفع إلى عياله وأقاربه، كما يدفع إلى غيرهم، من تسوية أو تفاضل، ولا فرق على ما تقدّم بين أن يقول له الباذل: اقسمه أو اصرفه أو ادفعه إليهم أو ضعه فيهم أو نحو ذلك، لاشتراك الجميع عرفاً في المعنى.

ملكية الدولة

(مسألة: ٤٣) أن ما يأخذه السلطان باسم المقاسمة والخراج من الأراضي[1] والغلات، وما يأخذه باسم الزكاة من الأنعام والغلات ونحو ذلك يجوز شراؤه، وقبول إتّهابه إذا لم يتمكن من التفصي عنها وانكارها ومنعها،

---

(١) أقول: لا يبعد صدقه على الضرائب والرسوم الحكومية. (المؤلّف).

وإنّما تؤخذ منه قهراً نعم لو تمكن من عدم الدفع ودفعها لهم اختياراً لم يجز شراؤه وقبوله.

(مسألة: ٤٤) لا إشكال في حلّ جوائز السلطان وجميع الظلمة، على كراهية ما لم يخبره بأن ذلك من ماله، فإنه لا كراهة، وما لم يعلم بكونه حراماً فيجب ردّه على مالكه أو الصدقة به عنه، والأفضل التورع عن كلّ ذلك.

(مسألة: ٤٥) إذا علم أن الوكيل والقائم على الوقف الخاصّ بالفقراء ـ مثلاً ـ أو على جهة معيّنة لا يملك إلّا الذي في يده، وأنه يستحله أكله، وأن جميع ما يصرفه ويهديه أمّا هو من هذا المال الذي في يده لم يجوز الأكل من عنده والشراء منه، نعم لو كان له معاش أو مال غير ذلك بحيث يحتمل كون ما يعطيه من ذلك المال الحلال جاز الأكل، وحينئذٍ فلا يدخل في هذا مجهول الحال.

(مسألة: ٤٦) لا بأس بمعاملة الظلمة والبيع والشراء منهم، وإن كان مكروهاً ما لم يحرز أنه ملك للغير.

(مسألة: ٤٧) اذا وقف الحاكم أو ملك من الملوك ارضاً على مشهدٍ أو مزار فهل الوقف صحيح أم لا؟ الاصل في تصرفات المسلمين الصّحة ظالماً كان أو غيره الاّ ان يعلم ما يوجب البطلان[1].

(مسألة: ٤٨) لا يجوز للولد أن يأخذ من مال والده شيئاً، قليلاً كان أو كثيراً إلّا بإذنه، لا مختاراً ولا مضطراً، وأن اضطر ضرورة يخاف معها على تلف نفسه أخذ من ماله ما يمسك به رمقه، كما يتناول من الميّتة والدم كما أنه

---

(١) أجوبة المسائل الدزفولية. (مخطوط)

ليس للوالد أن يأخذ من مال ولده شيئاً، وإن لم يكن الولد ينفق عليه وكان الوالد مستغنياً عن ماله، فلا يجوز له أيضاً أن يأخذ من ماله شيئاً على حال، فإن احتاج إلى ذلك أخذ من ماله قدر ما يحتاج إليه من غير اسراف بل على طريق القصد وإلّا لو كان الولد ينفق عليه مقدار ما يقوم بأوده وسد خلته، من الكسوة والطعام بالمعروف، فليس لوالده أن يأخذ من ماله بعد ذلك شيئاً، لا لقضاء ديونه ولا ليتزوج به.

(مسألة: ٤٩) كلّ ما تقدّم من استثنىٰ جواز أخذ الوالد من مال ولده في حالة الضرورة لا ينطبق على الوالدة (الأُمّ) فلا يجوز لها أن تأخذ من مال ولدها شيئاً إلّا على سبيل القرض على نفسها.

(مسألة: ٥٠) لا يجوز للمرأة أن تأخذ من مال زوجها شيئاً قل أو كثر إلّا المأدوم (وهو كلّ ما يؤتدم به كالملح واللحم وفي التعدية الخبز والفواكه نظر) فإنه يجوز لها أن تأخذ منه الشيء اليسير وتتصدق به، ما لم يؤد إلى الضرر بالزوج أو لم يمنعها بصريح القول، ولا يجوز للرجل ـ أيضاً ـ أن يأخذ من مال زوجته إلّا بإذنها، فأما إذا اباحته أو وهبته، اقتصر على ما تعلق به ذلك.

(مسألة: ٥١) هل يجوز لمن مرّ على ثمر زرع أو شجر أن يأكل منه من غير إذن صاحبه أم لا؟ القول بالجواز لا يخلو من قوّة إلّا أن ذلك لا يخلو من شوب الإشكال، وكيف كان فيتوقف جواز الأكل على شروط:

أحدها: بأن يكون مروره بها اتفاقاً، وعلى هذا فلو قصدها ابتداءاً لم يجز له الأكل، والمرور هنا أن يكون الطريق قريبة منها بحيث يصدق

ـ عرفاً ـ أنه مرّ بها لا أن يكون الطريق على نفس الشجرة أو ملاصقة للبستان.

ثانيها: أن لا يفسد. والمراد به افساد الحائط أو كسر غصن، أو تلف زرع ونحو ذلك، ولا يبعد اعتبار عدم كثرة الأكل المورث للأثر المفسد لها عرفاً.

ثالثها: أن لا يحمل منها شيئاً بل يأكل في موضعه، وإلّا يغرم قيمة ما حمله مرتين.

رابعها: كون الثمرة على الشجرة.

(مسألة: ٥٢) قد عرفت شمول الحكم بالأكل للزرع أيضاً ولا يختصّ بالثمر إلّا أن الأظهر عدم دخول السنبل في ذلك.

أحكام الأرضي

وهي على ما ذكره الأصحاب ـ رضوان الله عليهم ـ وصرّحت به الأخبار عنهم عليهم السلام على أربعة أقسام:

الأوّل: الأرض المفتوحة عنوة، أي بالقهر والغلبة والسيف، وحكمها أنها للمسلمين قاطبة، من وجد ومن سيوجد إلى يوم القيامة، ليس للغانمين منها إلّا كغيرهم من المسلمين، والأشهر الأظهر أن هذا الحكم مخصوص بالعامر، دون القسم الآخر فإنه للإمام وهو البائر لأن البلاد المفتوحة عنوة، منها ما هو عامر وقت الفتح، ومنها ما هو بائر.

(مسألة: ٥٣) أنه مع وجود الإمام عليه السلام أو نائبه وتمكنهما من القيام بالأحكام الشرعية، فالمرجع إليهما في ذلك، ولا يجوز التصرف بشيء من

أنواع التصرف إلّا بإذن أحدهما، ومع عدم ذلك كما في زمن الحيرة والغيبة فالاقوى جواز تصرف الشيعة مطلقاً كيف شاؤوا وأرادوا.

(مسألة: ٥٤) يجوز التصرف في الأراضي المفتوحة عنوة في المصالح العامة للمسلمين وأمّا وقف أرضها على المسجدية فأنه لا دليل على ما ذكر من اشتراط الوقفية في أرض المسجد، فلاإشكال.

(مسألة: ٥٥) من الأحكام المعلقة على ظهور صاحب العصر والزمان عليه السلام إخراج عن الشيعة الإمامية من تلك الأراضي وأمّا ما في أيدي الشيعة الآن من الأملاك فقد أذن لهم بالتصرف فيها، وأنه بعد خروج قائمهم يأخذ الطسق (الخراج) منهم ويقرهم على ما في أيديهم ولا يخرجها من أيديهم.

(مسألة: ٥٦) لا إشكال في جواز البيع والشراء من تلك الأراضي مع قيام المشتري بما عليها من الخراج وإن لم يكن البيع بإذنهم عليهم السلام فالبيع فيها جائز وإن كانت ليست ملكاً حقيقياً كسائر الأملاك التي لا يتعلق بها طسق ولا خراج.

(مسألة: ٥٧) أرض مكّة المكرمة فتحت عنوة بالسيف ثمّ أمنهم بعد ذلك وإنّما لم يقسم الأراضين والدور لأنها لجميع المسلمين، وكذا على الأصحّ في أرض العراق (أرض السواد) والصحيح عندنا أنها فتحت بأمر ومشورة أميرالمؤمنين عليه السلام في عهد الثاني كما هو الحال في جميع الفتواحات التي حدثت في عهده، نعم نقل أن أرض الحيرة وهي من قرى العراق تقرب إلى الكوفة فتحت صلحاً، وأن نيسابور من بلاد خراسان كذلك

وبلخ وهرات منها، وقيل عنوة، وقوشج والتوابع فتحت صلحاً إلّا أن الذي ظهر لي من الأخبار هو فتح مكّة والعراق عنوة وإن كان قد منّ على أهل مكّة بأموالهم أمّا غير هذين الموضعين فهو محل الاشتباه، والاعتماد في الأحكام الشرعية على مجرد كلام المؤرخين محل إشكال.

(مسألة: ٥٨) قد عرفت أن موات الأرض المفتوحة عنوة وقت الفتح إنّما هي للإمام عليه السلام من جملة الأنفال، وهنا إشكال، وذلك لأن ما يكون معموراً من الأراضي لا يعلم أنه كان معموراً وقت الفتح حتّى يجب العمل فيه بحكم المفتوحة عنوة، من كونه للمسلمين وما يترتب على ذلك من أحكام الخراج إذ يجوز أن يكون في ذلك الوقت مواتاً وإنّما أحيا بعد ذلك، وقد عرفت: أن موات الأرض لهم عليهم السلام وأنهم قد أحلوا شيعتهم بالتصرف فيها فتكون للمحيين لا يتعلق بها خراج بالكلية، فالمحكم هنا التمسك بأصالة العدم أقوى دليل في المقام حتّى يقوم ما يوجب الخروج عنه، وعليه يجب الحكم بتملك كلّ من في يده شيء من تلك الأراضي، من غير أن يجب عليه دفع ما يدعونه من الخراج، وأن ما يؤخذ منه الآن من الخراج ظلم وعدوان في أمثال هذه الأزمان، وأمّا ما يتعلق بإحياء الموات من الأحكام ستأتي في كتاب إحياء الموات إن شاء الله تعالى.

الثاني: الأرض التي أسلم عليها أهلها طوعاً، والحكم فيها أنها باقية على ملكهم يتصرفون فيها تصرف الملاك في ملاكهم إذا عمروها، وإنّما عليهم فيها الزكاة خاصة إذا توفرت شرائط فيه، وإذا تركوا عمارتها وبقيت خراباً، فالقول ببقاء ملكيتها على مالكها الأوّل جيد ومتين إلّا أن الأقرب

التفصيل بين ما كانت ملكيتها له بالإحياء وغيره من شراء وإرث ونحوهما، فإنه يزول ملكه بعد زوال آثاره وترجع إلى حالها الأوّل من جواز تملكها بالإحياء مرة أُخرى وبين بقاء ملكه عليها وأن صارت خربة.

الثالث: أرض الصلح، وهي التي صولح أهلها على أن تكون الأرض لهم، وأنهم يقرون على دينهم، ولكن عليهم الجزية أمّا على رؤوسهم أو على أرضهم حسب ما يراه الإمام عليه السلام، وجعلها على الأرض، بأن يصالحهم على ثلث الحاصل أو ربعه أو نصفه مثلاً، وهذه الأرض ملك لهم يتصرفون فيها بما شاؤا من بيع و غيره، وعليهم الجزية المقررة.

(مسألة: ٥٩) يملك المسلم الارض بوجه مملك كالبيع و نحوه، ولا ينتقل ما على الأرض لو كانت الجزية عليها الى المسلم بل ترجع إلى البائع الذمي.

(مسألة: ٦٠) الضرائب والرسوم التي يأخذها الحكّام من حاصل الأرض امّا أن تكون تلك الارض خراجيّة يعني من الاراضي المفتوحة عنوة أو لا، وعلى كل تقدير يجوز شراء ذلك وقبول اتهابه، وإن كان تصرّف أولئك الحكّام ليس على وجه شرعي أما لو كان الحاكم غير جائر فهل يكون حكمه حكم الذين قدّمنا ذكرهم أم لا؟ المسألة لا تخلو من الإشكال وإن كان الثاني هو الأقرب في هذا المجال، هذا في الأراضي الخراجيّة امّا ما ليس كذلك من الأراضي غير المفتوحة عنوة فإنّها ملك لأربابها وليس فيها خراج ولا مقاسمة فما يأخذه الجائر منها سواء كان ممّن يدّعي الخلافة والإمامة أم لا كحكّام الشيعة الظاهر انّه ظلم محض لا يجوز شراءه ولا قبول اتّهابه.

(مسألة: ٦١) لو وضع أحد سفينة مثلا على الشط لاجل عبور الناس وجاءه أحد لأجل العبور فيها فإنّه يقول له: إنّي لا أحملك فيها إلاّ بكذا وكذا فإن شئت فاركب وإن شئت فاذهب واعبر بنفسك في الشط أو بأيّ نحو كان لم يكن فيه بأس، نعم يحرم لو منع الناس عن الركوب والعبور في غيرهما بإنّ يلجوؤن الناس إليه قهراً من حيث يمنعونهم عن العبور وقد سدّوا عليه الطريق ومنعوه من العبور إلا أن يدفع لهم ما يريدونه.

(مسألة: ٦٢) البذرقة للقوافل بأن يعطى المسافرون شيئاً من المال لمن يدفع عنهم العدوّ في الطريق ويكون سبباً في حراستهم وحفظهم لتوصلهم إلى مكان الأمن ـ وهذا من قبيل الإجارة- فإذا حصل التراضي من الجميع على مبلغ مخصوص بأن يسيرهم ويحميهم ويكون معهم إلى المحلّ الذي وقع عليه الاتّفاق والتراضي فلا بأس[1].

(مسألة: ٦٣) لو أسلم صاحب الأرض سقطت الجزية عنه، لما عرفت من أن المسلم لا جزية عليه، وكانت أرضه له لا يتعلق بها جزية، كما في سائر المسلمين.

(مسألة: ٦٤) لو واقع الصلح بأن تكون الأرض للمسلمين خاصة ويكون للكفار السكنى خاصة، كان حكم هذه الأرض حكم المفتوحة عنوة، معمورها - حال الفتح - للمسلمين و مواتها له عليه السلام حسبما تقدم الكلام فيه مفصلاً.

---

(١) المسائل الثلاث نقلت من الانوار الحيرية والاقمار البدرية. (مخطوط)

أحكام اليتامى وأموالهم

(مسألة: ٦٥) الولاية على اليتيم الصغير للأب ثم الجد له وإن علا على الترتيب، الأقرب فالأقرب للميت، فان عدم الجميع فالوصي من جهة الأب، ثم الوصي من جهة الجد على الترتيب المتقدم، ثم مع عدم جميع هؤلاء فالحاكم الشرعي، ومع تعذر الحاكم فلعدول المؤمنين تولي بعض الحسبيات، المنوطة بنظر الحاكم الشرعي.

(مسألة: ٦٦) بناءاً على أن الولاية على الصغار مخصوصة بالأب والجد له وان علا دون غيرهما من الوصي والحاكم فلو أوصت الأم لطفلها بمال، أو أحد أقاربه، وعين عليه وصيا ليصرفه في مصالح الطفل، فإن للأب أو الجد انتزاعه من ذلك الوصي، لثبوت ولايتهما عليه شرعا، فلا تنفذ وصية الموصى بالولاية لغيرهما.

(مسألة: ٦٧) يعتبر في الولي أن يكون من ذوي الاموال، نعم لا يعتبر ذلك في الاب والجد فقط.

(مسألة: ٦٨) الاتجار بمال الصغير والتصرف به لا يخلو من حالات ثلاثة إما بأن يكون الاتجار لليتيم من الولي، أو الاتجار للولي نفسه بمال اليتيم، أو يكون المتصرف غير ولي شرعي.

الصورة الأولى أن يتجر لليتيم، وفيها يكون الربح للطفل والخسارة على الولي.

أما الصورة الثانية أن يتجر الولي بمال الطفل لنفسه بنيّة الاقتراض والربح هنا له والخسارة عليه إيضاء.

أما الصورة الثالثة أن يكون المتصرف غير الولي الشرعي، والمعاملة صحيحة ـ وإن لم تلحقها أجازه ـ والربح للطفل، وهي محل اشكال إلاّ أنها موافقه للاخبار، وهي الاقوى.

وبكلمة أنه متى لم يكن له مال واتجر به، فإنه ضامن، والربح لليتيم، كما ذكرناه أعم من أن يكون ولياً أو غير ولي، اتجر للطفل أو لنفسه، وقع الشراء بعين المال أو في الذمة.

أحكام العقود والمعاملات

البيع

وأركانه ثلاثة: الصيغة، والمتعاقدان، والعوضان.

الأوّل: الصيغة: بيع المعاطاة: وهو تحقق النقل والانتقال للثمن والمثمن بعد الرضا من المتعاقدين إذا عرفاه وتقابضا، وهي قبال البيع بالصيغة، ولا ريب في جواز التصرف لكلّ من المتعاقدين فيما انتقل إليه أمّا التملك، فالأقوى كذلك وأنها بيعاً حقيقياً موجباً للانتقال وعدم جواز الرجوع، وإن كانت العين موجودة وعليه لا تتوقف الملكيّة على تلف أحد العوضين أو بعضه.

(مسألة: ٦٩) يعتبر اللفظ الدالّ على الرضا بالنسبة للقادر على التكلم أمّا العاجز كالأخرس ومن بلسانه آفة، فإنه تكفيه الإشارة المفهمة، وفي حكمه الكتابة أيضاً على ورق ونحوه، ويجب التوكيل في الصورة المذكورة كما لا يجب التلفظ باللغة العربية فضلاً عن مراعاة أحكام الإعراب والبناء، وإن كان

الاحتياط في ذلك لا سيّما في باب النكاح المبني على الاحتياط[١].

الثاني: المتعاقدين: ويشترط فيهما البلوغ والعقل والاختيار والملك ونحوه بأن يكون مالكاً أو مأذوناً.

(مسألة: ٧٠) لا يصحّ بيع الصبي ولا شراؤه ولو أذن له الولي، ولا فرق بين المميز وغيره، ولا فرق بين كون المال له أو للولي أو لغيرهما، أذن مالكه أو لم يأذن، ومن ثمّ يجب إختبار اليتامى بالبلوغ وعدمه، فإذا علم البلوغ بأحد أسبابه وجب دفع ماله إليه إذا آنس منه الرشد وإلّا فلا يدفع إليه أمّا ما يتحقق به البلوغ فقد تقدّم الكلام فيه مستوفي في كتاب الصيام.

(مسألة: ٧١) لا يصحّ البيع ولا شراء من المجنون ولا مغمى عليه ولا السكران.

(مسألة: ٧٢) لا يصحّ عقد المكره لفوات الاختيار إذ لا قصد، وفي صحّته بلحوق الرضا والاجازة محل منع وإلّا لصحّ عقد الهازل لو لحقه الرضا فإنه قاصد إلى اللفظ دون مدلوله.

(مسألة: ٧٣) ينبغي أن يعلم أن الحكم ببطلان بيع المكره مخصوص بما إذا كان الإكراه بغير حقّ، فلو كان بحقّ كان صحيحاً لا يضره الاكراه، ومثال ذلك:

١ ـ أن يتوجب عليه بيع ماله لوفاء دين عليه، أو شراء مال اسلم إليه قيمته فاكراهه الحاكم عليه، صحّ بيعه وشراؤه، لأنه اكراه بحقّ.

٢ ـ اكراهه على البيع لنفقته ونفقة زوجته مع امتناعه.

---

(١) أقول الاحتياط هنا استحبابي.(المؤلّف)

٣ ـ بيع الحيوان إذا امتنع من الانفاق عليه.

٤ ـ بيع العبد المسلم والمصحف إذا اشتراهما الكافر وسوغناه، فإنهما يباعان عليه شهراً.

٥ ـ الطعام عند المجاعة يشتريه خائف التلف.

٦ ـ المحتكر مع عدم وجود غيره واحتياج الناس إليه.

(مسألة: ٧٤) من شروط صحّة البيع كون البائع مالكاً أو في حكمه أمّا بيع الفضولي وهو أن يبيع مال غيره أو يشتري بأن يكون ذلك البيع أو الشراء للمالك، لكنه من غير إذنه ولا رضاه فأنه من نوع الفاقد لصلاحية المعقود عليه للعقد، لكونه تصرفاً في مال الغير بغير إذنه، وهو قبيح عقلاً ونقلاً كتاباً وسنّة.

(مسألة: ٧٥) اذا باع ملكه وملك غيره بغير إذن من ذلك الغير، فأنه يصحّ فيما يملكه ويبطل فيما لا يملكه، ولا يصحّ بالإجازة، وطريقة فرز القيمتين هو أن يقوما جميعاً بقيمة عادلة ثمّ يقوم أحدهما منفرداً ثمّ ينسب قيمة المنفرد إلى قيمة المجموع، ويؤخذ من الثمن الذي وقع عليه العقد بتلك النسبة، وإن كان الاحتياط بالمصالحة أولى.

أموال القاصرين

(مسألة: ٧٦) كما يصحّ العقد من المالك، يصحّ من القائم مقامه وهم سبعة: الأب، والجدّ له، ـ لا الأمّ ـ والوصي من أحدهما ـ على من لهما الولاية عليه ـ والوكيل من المالك أو ممّن له الولاية، والحاكم الشرعي حيث فقد الأربعة المتقدمة، وأمنية وهو المنصوب من قبله لذلك، أو لما هو أعمّ،

وعدول المؤمنين مع تعذر الحاكم، أو تعذر الوصول إليه.

(مسألة: ٧٧) تثبت ولاية الأب والجد له على الطفل، إلى أن يبلغ رشداً أي غير سفيه ولا مجنون فلو عرض له الجنون والسفه قبل البلوغ واستمر به إلى بعد البلوغ، استمرت الولاية عليه ثمّ إنّه ينبغي أن يعلم أن ولاية الأب لا تنفذ إلّا مع فقد الجدّ وان علا، فلا يجوز أن يعين وصياً على أطفاله مع وجود أحد آبائه وأن علا.

(مسألة: ٧٨) إذا فقد الإمام كما في زمن الغيبة والحيرة تكون الولاية على الأطفال راجعة لعدول المؤمنين بالقيام بما تقضيه مصلحة للطفل.

(مسألة: ٧٩) الأحوط المنع من أن يتولى شخص طرفي العقد فيما لو كان هو الموجب والقابل كما لو كان هو الولي يبيع من نفسه وممّن له الولاية عليه، هذا مع الاذن أمّا مع الاطلاق فهل يجوز البيع من نفسه أم لا؟ الأظهر والأقوى المنع، ولو كان المتولي لطرفي العقد وكيلاً فيهما بأن وكله شخص على الشراء وآخر على البيع، فهل له أن يتولى العقد نيابة عنهما؟ المسألة محل إشكال.

(مسألة: ٨٠) يجوز للوصي أن يقترض من مال الطفل على أن تتوفر الشروط التالية:

١ ـ أن يكون بنيّة القرض لا التملك ونحوه.

٢ ـ أن يكون ملياً ذو مال يمكن استراجع ما اقترضه.

٣ ـ أن يضع رهناً قبال ما أخذه، وهذا الشرط أحوط وإن لم يكن على جهة الاشتراط في صحّة القرض.

٤ ـ الاشهاد بتحمل عدلين ما أخذه من مال.

٥ ـ أن يكون التصرف منه بالاقتراض منوط بالمصلحة للطفل، إذا لا يصحّ بيع ماله بدونها.

(مسألة: ٨١) إذا كان للطفل مال إرثاً أو وصيّة وعليه وصيّ مخصوص من قبل الموصي له به أو المورث بأن ينفقه عليه مثلاً ويقوم بمصالحه مع وجود أب أو جدّ أب للطفل المذكور فهل لأبيه أو جدّه انتزاعه أم لا؟ الولاية في ذلك للأب أو الجدّ ولو كان الاب فاسقاً أو غير ملّي مع تصرّفه في مال الطفل إلى آخر أعتبر في تصرفه بمال الطفل الغبط والمصلحة الراجعة إلى ذلك الطفل فلو تصرّف لا كذلك بطل تصرّفه، نعم يجوز له الاقتراض من ماله بشرط الملاءة ويجوز له النفقة مع إعساره ويسار الابن.

استيفاء ماله

(مسألة: ٨٢) لو كان له على غيره مال فجحده أو تعذر استيفاؤه منه، فإنه يجوز له الاستقلال بأخذ جنس ماله ان وجده وإلّا فمن غيره بالقيمة، مخيراً بين بيعه من نفسه ومن غيره، ولا يشترط أخذ الاذن من الحاكم الشرعي وأن أمكن بوجوده ووجود البيّنة التي تثبت بها حقّه، على الأشهر الأظهر إلّا أن يحلف الجاحد أو يكون وديعة فلا يجوز المقاصة فيما إذا حلف عليها. نعم في الوديعة يجوز التصرف بعد قراءة الدعاء «اللّهم لم آخذه ظلماً ولا خيانة، وإنّما أخذته مكان مالي الذي أخذه مني لم أزد عليه شيئاً» وإلّا كان التصرف من دونه خيانة[1].

---

(١) قال في الانوار الحيرية «لا يجوز الاستيفاء والمقاصة بالأخذ من مال المديون قهراً عليه ومن غير رضاه

الثالث: العوضان

(مسألة: ٨٣) يشترط في العوضين:

الأوّل: أن يكونا عيناً، فلا يصحّ بيع المنفعة.

الثاني: أن يكونا ذوي نفع محلل مقصود لأرباب العقول، فلا يصحّ بيع ما لا منفعة يترتب عليه من الأعيان النجسة والمتنجسة ممّا لا يقبل التطهير، وقد تقدّم في بحث بيع المكاسب المحرمة جملة من هذه الأشياء، كالعذرات والأبوال والسباع والميّتة والكلاب وآلات للهو وهياكل العبادة مثل الصليب ونحو ذلك.

ضابطة: إن كلّ ما كان له نفع محلل مقصود للعقلاء فإنه يجوز بيعه والتجارة فيه، إلّا ما قام الدليل على خلافه، فلا يصحّ بيع الخنافس والعقارب ونحوهما وفضلات الإنسان كشعره وأظفاره ورطوباته إن لم يعد شيئاً منها مالاً عرفاً وشرعاً ذات منفعة.

الثالث: أن يكون العوضان مملوكين لمن له البيع والشراء بأن يتوجه العقد إلى تلك الأعيان الخارجية، وذلك احترازاً عمّا لو وقع البيع والشراء في الذمّة، ودفع ذلك عوضاً عمّا في الذمّة، فإن البيع والشراء صحيح حيث إنّه لم يقع على تلك العين غير المملوكة ولا بها، وإنما وقع على شيء في الذمة، فغاية ما يلزم هو حصول الاثم بدفع المال غير المملوك ثمناً أو مثمناً، وإلّا

مخصوص بصورة الجحد للدين مع عدم الحلف عليه أو كونه وديعة وكذا تجوز المقاصة في قصور يد صاحب المال عمّن في ذمّته المال ويرجع الجميع إلى الامتناع عن أداء الدين لا مطلقاً». (مخطوط)

فالبيع صحيح.

(مسألة: ٨٤) لا إشكال في شرطية الملك، فلا يجوز بيع الحرّ، ولا بيع ما اشترك فيه المسلمون كالماء والكلاء، إذا كانا في أرض مباحة وبمعنى جواز حيازتهم له الموجبة للملك بعد ذلك وأمّا لو كانت الأرض مملوكة فهو تابعاً للأرض في الملك كما يجوز بيع بيوت مكّة وأجارتها.

الرابع: أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه، أو يضمّ إليه ما يصحّ بيعه منفرداً، فلو باع الحمام الطائر أو غيره من الطيور المملوكة لم يصحّ إلّا أن تقضي العادة بعوده فيصحّ، والاحتياط لا يخفىٰ[1].

(مسألة: ٨٥) ينبغي أن يعلم أنه يشترط في بيعه ما يشترط في غيره من كونه معلوماً وموجوداً وقت العقد وغير ذلك سوى القدرة على تسليمه، فلو ظهر تلفه حين العقد أو استحقاق الغير له بطل البيع فيما قابله من الثمن ولو ظهر كونه مخالفاً للوصف تخير المشتري.

الخامس: أن يكون المبيع طلقاً، فلا يصحّ بيع الوقف العام مطلقاً، بضميمة كان أو بغير ضميمة[2].

السادس: معلوميّة الثمن والمثمن، حذراً من الغرر المنهي عنه وقطعاً للنزاع. ولكن المعلوميّة لكلّ شيء بحسبه، فيشترط العلم بالثمن قدراً ووصفاً وجنساً، قبل إيقاع عقد البيع، فلا يصحّ البيع بحكم البائع أو الأجنبي في صورة الجهل وإنّما يصحّ على الأقوى بحكم المشتري في صورة الجهل

---

(١) أقول كما لا يخفى استحبابه. (المؤلف)

(٢) أقول سيأتي منه جواز بيعه بشروط. (المؤلّف)

بالثمن.

(مسألة :٨٦)متى اختل أحدى الشرائط المزبورة، وقد قبض المشتري المبيع، بطل البيع وكانت يده يد أمانة يضمن مع ثبوت التعدي والتفريط، ولا يجوز له التصرف ويجب حفظه وايصاله إلى مالكه معجلاً كالمغصوب حتّى يمكن القول بضمان المنفعة أن صدق فوتها عن مالكها وإن لم ينتفع بها، مثل أجرة الدابة في مدّة التي كانت عنده أمّا مع الجهل بالفساد لا سيّما في أمر غير ظاهر الفساد، وكذا بعد العلم به، ولكن مع عدم العلم بوجوب الرد في الحال، فالضمان غير ظاهر. نعم متى ما أحرز رضا المالك بالتصرف وعرف كلّ واحد من صاحبه ذلك، فحينئذٍ يجوز تصرف كلّ واحد في بدل ماله وإن لم يكن بسبب البيع بل بسبب الاذن المفهوم مع البدل إلّا أنه يجوز له لكلّ واحد الرجوع عن قصده الأوّل وأخذه ماله عيناً وزيادة. نعم إذا علم عدم الرضا إلّا بوجه البيع، أو اشتبه ذلك، يتوجه عدم جواز التصرف والضمان على تقدير فهم عدم الرضا بالمكث عنده.

(مسألة :٨٧)المال المغصوب لو أخذه من يعلم بغصبيّته بعوض من الغاصب وقال له: خذ هذا حلال لك من مالي وأنا آخذ هذا المغصوب هل يكون ذلك العوض حلالاً على الغاصب أم لا، مع أنّه دفعه إليه باختياره ولولاه لم يدفع إليه شيئاً؟ الظاهر هو بطلان المعاوضة وإن قال له بلسانه انّه حلال حيث إنّه إنّما دفعه بشرط المتعوّض عنه لا مجّاناً. نعم لو كان الدفع مجّاناً لكان من قبيل الإباحة التي لصاحبها الرجوع فيها ما دامت العين باقية.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ ما قبضه الغاصب مضمون عليه ومستحقّ لمالكه

لم يعرض له ما يوجب خروجه عن ملكه سواء بقيت العين أو تلفت إذ ليس هذا من قبيل الإباحة التي يلزم بتلف العين كما عرفت.

(مسألة: ٨٨) إذا اشترى بالعين بأن قال بعتك هذا الشيء بهذه الدراهم، فإنّ البيع يقع باطلاً حيث إنّ العوض وهو الثمن مغصوب فلا تصحّ المعاوضة وإن من اشترى في الذمّة بأن باعه بمائة محمّدية مثلاً ولم يعيّن لها تلك العين، فإنّ القيمة تصير في الذمّة ثمّ إنّه بعد ذلك دفع له تلك العين فالبيع صحيح وهو مال المشتري ولكن دفعه الثمن عمّا في ذمّته من ذلك المال باطل فيبقى الثمن في ذمّته ويجب ردّ ما أخذه من الأمانة على صاحبه.

(مسألة: ٨٩) لو تلف المبيع في يد المشتري في صورة يكون مضموناً عليه، فإن كان قيمياً فقيمته قيمة يوم القبض على الأظهر الأقوىٰ، وإن كان مثلياً فيضمن بمثله وهو المتساوي الاجزاء المتقاربة الصفات.

(مسألة: ٩٠) المكيل والموزون هو أمّا أن يعلم بكونه كذلك في زمن المعصوم عليه السلام فيجب اجراء الحكم بذلك عليه في الأزمنة المتأخرة، وما لم يعلم فهل يرجع في تشخيصه للعرف؟ مشكل لاختلاف الأعراف وكذا ما ثبت لا يجوز بيعه بغيره[1].

(مسألة: ٩١) إذا كان العوضان من المكيل والموزون أو المعدود، فلابدّ من اعتبارهما بما هو المتعاد من الكيل والوزن والعدد، فلا يكفي المكيال المجهول كقصمه حاضرة وأن تراضيا بها ولا الوزن المجهول كالاعتماد

---

(١) أجاب في أجوبة المسائل الدزفولية عنه: وبالجملة فالواجب مراعاة الاحتياط في الشراء بالعدول عن الاخذ على جهة البيع والشراء بل يكون على جهة الصلح أو الهبة. (مخطوط)

على صخرة معيّنة وأن عرفا قدرها تخميناً، ولا العدد المجهول بأن عولا عليه ثمّ اعتبر العدد به، للغرر المنهي عنه في ذلك كلّه.

(مسألة: ٩٢) يجوز ابتياع جزء معلوم بالنسبة كالنصف والثلث ـ مثلاً ـ مشاعاً، تساوت أجزاؤه كالحبوب والادهان أو اختلفت كالجواهر والحيوان، إذ كان الأصل الذي بيع جزؤه معلوماً بما يعتبر فيه من كيل أو وزن أو عد أو مشاهدة، فيصحّ بيع نصف الصبرة المعلومة المقدار والوصف، ونصف الشاة المعلومة بالمشاهدة أو الوصف، ولا يبعد التفصيل بين الأشياء التي تتفاوت فيها أجناسها كالشاة بعضها عن بعض من صنف واحد لحصول المجهولية لتفاوت أفرادها بخلاف الأشياء التي لا تتفاوت كالقطعة من القماش المعين ونحو ذلك، والمرجع في التفاوت اغراض العقلاء في القصود.

(مسألة: ٩٣) تكفي رؤية الأجناس التي ترفع الجهالة بها كالقماش المنشور، نعم لو توقف على لمسه وتقليبه وجب معرفته، هذا بالنسبة إلى غير المكيل والموزون والمعدود وإلّا فإنه يجب مع ذلك الاستعلام بأحد الثلاثة المذكورة ولا تكفي المشاهدة وحدها.

(مسألة: ٩٤) تكفي المشاهدة في البيع عن وصفه ولو غاب وقت الابتياع بشرط أن لا يكون ممّا يتغير عادة، كالأرض والأواني والحديد، والنحاس ونحوها أو لا تمضي مدّة تتغير فيها عادة، ويختلف باختلافه زيادةً ونقصاناً، كالفاكهة والطعام والحيوان، فلو مضت مدّة كذلك لم يصحّ البيع، لتحقق الجهالة المترتبة على تغيره عن تلك الحالة وأن احتمل التغير

كفى البناء على الأوّل، أعني المشاهدة السابقة، وصحّ البيع فإن ظهر التغير زيادة أو نقصاناً فإن كان ممّا يتسامح بمثله عادة فلا خيار وإلّا تخير المغبون منهما، وهو البائع أن ظهر زائداً والمشتري أن ظهر ناقصاً.

(مسألة: ٩٥) لو اختلفا في التغير الموجب للخيار، وهو الذي يتسامح بمثله ـ كما عرفت ـ فهل يقدم قول المشتري أو البائع؟ المسألة خالية من النصّ.

(مسألة: ٩٦) لو ابتاع أرضاً على أنهما (٣٠٠ متر) معيّنة فظهرت أقل من ذلك، فله الخيار بين فسخ البيع وبين أخذها بحصتها من الثمن أو يدفع البائع له ما يتم النقص بالأرض التي بجانبها إن كان يملكها.

(مسألة: ٩٧) يختبر ما يراد طعمه كالدبس والعسل، أو ريحه كالمسك أو يوصف، فلو اشتراه من غير اختبار أو وصف بناءً على الأصل ـ وهو الصحّة والسلامة ـ صحّ فإن ظهر معيباً كان له الخيار بين الردّ والأخذ بالارش (وهو قيمة التفاوت بين المعيب والسليم) هذا إن لم يتصرف فيه تصرفاً زائداً على الاختبار وإلّا تعين الارش لو تصرف كذلك كما في غيره من أنواع المبيع، وإن كان المشتري المتصرف أعمىٰ، وأولى بجواز البيع من غير اختبار ما يؤدي اختباره إلى فساده كالجوز والبطيخ والبيض، فإن شراءه جائز مع جهالة ما في بطونه، ويثبت للمشتري الارش بالاختبار مع العيب دون الردّ، نعم لو شرط البائع البراءة من العيوب صحّ، ولا خيار لو ظهر معيباً إلّا أن ذلك مشكل على اطلاقه لا سيّما إذا ظهر كلّه معيباً إذ لم يبقىٰ له قيمة بعد اختياره حتّى الارش فهل يكون العقد مفسوخاً من أصله؟ المسألة محل

توقف.

(مسألة: ٩٨) يجوز بيع السمك في الآجام (الحضرة) مع ضميمة القصب أو غيره وكذا المحصورة في الشباك أو القفص والحوض، وإن كان غير معلوم العدد ولا المشاهدة مع ضمّ ما يكون معلوماً كما يجوز بيع اللبن (الحليب) في الضرع من غير كيل ولا وزن لكن لابدّ من معلومية انقطاع الادرار وزيادة اللبن في الضرع.

(مسألة: ٩٩) يجوز بيع الجلود والأصواف والأشعار على الأنعام ان ضمّ إليه غيره، ولا تضر الجهالة هنا لكفاية الثمن قبال المعلوم فتصحّ المعاملة.

(مسألة: ١٠٠) إذا كان المبيع في ظرف جاز وزنه وبيعه معه، وان ينذر للظرف ما جرت به العادة ممّا يحتمل كونه بذلك القدر أو أزيد قليلاً أو أنقص كذلك، فلو علم يقيناً زيادة المسقط على وزنه لم يصحّ إلّا بتراضي المتبايعين، لان في ذلك تضييعاً لمال أحدهما، بخلاف ما إذا كان برضاهما، نعم معلوم النقيصة فإن البائع لا يندره ويدخل على نفسه الضرر بالنقصان، كما يجوز البيع مع الظروف من غير وضع بشرط رضا المشتري كما في زيادة الظرف يقيناً.

الخيارات

والكلام يقع في مقامين: أقسامه وأحكامه.

الأوّل: أقسامه، ونذكر ثمانية منها:

وينبغي أوّلاً أن يعلم أن مقتضىٰ البيع اللزوم وهو افادة نقل الملك من البائع الى المشتري، وبتصرفه فيما صار إليه يتم اللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه، وإنّما يخرج من أصله بأمرين، أحدهما ثبوت الخيار، والثاني ظهور عيب في أحد العوضين.

الأوّل: خيار المجلس

والتسمية أنّما خرجت بناءً على ما هو الغالب من وقوع ذلك حال الجلوس، والاستقرار في مكان، وهذا الخيار ثابت للمتبايعين سواء كانا مالكين، أو وكيلين أو متفرقين ـ بعد انعقاد البيع بالايجاب والقبول.

(مسألة: ١٠١) يسقط خيار المجلس عن الأخذ به للمتبايعين بما يلي:

الأوّل: أن يشترط سقوطه في العقد، ولو شرط أحدهما خاصة سقط خياره وحده.

الثاني: أن يوجبا العقد بعد وقوعه، والتزامهما به بأن يقولا: تخايرنا أو اخترنا امضاء العقد أو امضينا العقد، أو التزمنا به، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على هذا المعنىٰ إلّا أنه لا يخلو من مناقشة، ولو اختار أحدهما ورضى الآخر فهو في حكم الاختيار أيضاً، إذ لا يختصّ بلفظ، بل كلّ ما دلّ على التراضي فهو كاف، ولو أجبه أحدهما خاصة سقط خيار، ولو وقع ذلك في العقد فأنه من قبيل الشروط التي تجب الوفاء بها، وقبله ينبى ولو خير أحدهما صاحبه فسكت، فلا يسقط خياره بسكوته وكذا المخير على ما تقدّم في المسقط الأوّل.

الثالث: التصرف، فإن كان من البائع في المبيع فهو فسخ منه للعقد،

فيبطل خيارهما، وإن كان من المشتري في المبيع فهو إلتزام بالبيع، ويبطل خياره، ويبقىٰ خيار البائع إلّا أنه لا يخلو من اشكال وكذا ما بعده، وإن كان التصرف في الثمن، فأن الأمر بالعكس، ولو كان التصرف من المشتري في البيع، ومن البائع في الثمن، فهو التزام بصحّة البيع، وبالعكس التزام ببطلانه.

الرابع: التفرق، بمعنىٰ مفارقة كلّ منهما صاحبه، ويصدق بانتقال أحدهما من مكانه بحيث يبتعد عن صاحبه، ولا يشترط القيام والمشي خطأ، وإن كان أظهر في التفرق ولو قاما مصطحبين بحيث لم يحصل التباعد بينهما زيادة على حال العقد، فالخيار باق، لعدم حصول الافتراق.

(مسألة: ١٠٢) لو ضرب بينهما بستر رقيق كالثوب ونحوه أو غليظ كالجدار أو مانع من الاجتماع كالنهر العظيم لم يمنع الخيار لعدم صدق الافتراق وكذا لو أكرها على التفرق فإنه لا يسقط الخيار لاعتبار الافتراق باختيار منهما، والتفرق بينهما قهراً ليس كذلك وكذا يحصل الاكراه بالمنع من الكلام بسد أفواههما أو تهديدهما عن الفسخ.

(مسألة: ١٠٣) لا ريب في ثبوت الخيار للوكيل المجري للعقد إلّا أنه في ثبوته أيضاً للمؤكل (المالك) محل إشكال.

(مسألة: ١٠٤) هل يثبت الافتراق بموت أحدهما أو جنونه أو الاغماء عليه أم لا؟ الحكم محل إشكال لعدم الدليل الواضح.

(مسألة: ١٠٥) لو كان العاقد شخص واحد يقوم عن الموجب والقابل فالأقرب عدم ثبوت الخيار أصلاً كما لو كان العاقد ولياً شرعياً يبيع ماله من ولده أو العكس، أو مال ولديه أحدهما على الآخر وكذا لو كان وكيلاً عن المتبايعين، أمّا لو كان أحد المتبايعين وكيلاً عن الآخر فعدم دخوله تحت

العبارة وهو الأوفق بالأصل.

(مسألة: ١٠٦) يثبت هذا الخيار في البيع فقط بجميع أنواعه إلّا ما وقع فيه الإشكال فلا يثبت في غير البيع من عقود المعاوضات، وأن قام مقام البيع كالصلح.

(مسألة: ١٠٧) يثبت خيار المجلس في البيع مع خيار الرؤية ولا يمنعه اجتماع الخيارين، وكذا بيع خيار الشرط والحيوان، وكذا يثبت في بيع الصرف تقابضا أو لا، فإن إلتزما به قبل القبض، وجب على القابل، فلو هرب أحدهما عصىٰ، وانفسخ العقد، ولو هرب قبل الالتزام فلا معصية، ويحتمل قوياً عدم العصيان مطلقاً.

(مسألة: ١٠٨) لو تنازعا في التفرق حلف المنكر ولو تنازعا في الفسخ وكانا قد تفرقا قدم منكره، ولو قال أحدهما، تفرقنا قبل الفسخ، وقال الآخر: فسخنا قبل التفرق، فالقول قول ربّ السلعة.

الثاني: خيار الحيوان

الشرط فيه ثلاثة أيّام وأنه للمشتري خاصة.

(مسألة: ١٠٩) لو باع الدراهم أو المتاع بالحيوان كأن يقول: بعتك هذه الدراهم أو هذا المتاع بهذا الحيوان، فيقول المشتري اشتريتها به، فأن خيار الحيوان هنا ثابت لمن انتقل له الحيوان بهذا العقد، وهو البائع للدراهم أو المتاع لوقوع الحيوان ثمناً.

(مسألة: ١١٠) مبدء خيار الحيوان وكذا خيار الشرط الآتي إن شاء الله من حين العقد على الأقرب.

(مسألة: ١١١) يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في العقد، وباسقاطه بعد العقد، وبالالتزام بالعقد، وبالتصرف وإن كانت تصرف اختبار وفحص، لأنه قد رخص له ذلك قبل العقد جميع ما يتوقف عليه غرضه من ذلك الحيوان قد علم قبل البيع، وإنّما جعل الخيار في هذه المدّة بالنسبة إلى شيء لم يحصل له الاطلاع عليه من العيوب الخفية، نعم التصرفات التي تقتضيها السلامة والحفظ للحيوان من نقله إلى مكان أمن علفه وسقيه وربطه فالأقرب أنه لا تعد من التصرف المانع من الردّ لخوف تطرق الضرر بدونه[1].

الثالث: خيار الشرط

لا ريب في ثبوت وجوب الوفاء بالشرط إلّا ما حرّم حلالاً وحلّل حراماً.

(مسألة: ١١٢) الأشهر الأظهر هو أنه متى كان الشرط سائغاً في العقد، وجب على المشروط عليه الوفاء به فإن امتنع كان للمشروط له اجباره عليه، فإن لم يمكنه رفع أمره إلى الحاكم الشرعي فإن تعذّر كان له خيار الفسخ.

(مسألة: ١١٣) يجوز اشتراط مدّة يرد فيها البائع الثمن إذا شاء ويرتجع المبيع، على أن تكون المدّة مضبوطة والظاهر كفاية الارجاع بحصول الفسخ، ولو شرط في العقد ردّ المثل أو القيمة في تلك المدّة لزم أيضاً، ولا يتوقف الفسخ أو الامضاء على حضور الآخر أو الحاكم، نعم ثبوته يتوقف على الاشهاد مع النزاع.

---

(١) أقول: بل يعدّ الاخلال بها تفريط موجب للضمان كما لا يخفى. (المؤلّف).

(مسألة: ١١٤) يصح بيع الشرط وهو أن يحصل البيع ويجعل البايع شرط الخيار في مدة معيّنة، والمدة أنّما هي للخيار لا البيع، وصيغته هكذا «بعتك هذه الدار مثلاً بمائة دينار ولي الخيار في فسخ عقد البيع واسترجاع المبيع بعد ردّ مثل الثمن ضمن سنة كاملة» وحينئذ فأن الدار تنتقل للمشتري بذلك ولم يبق للبايع الاّ الخيار، فأن جاء بالثمن ضمن وإلاّ ارتفاع خياره، ومتى أراد البائع الانتفاع بالدار ضمن المدة فله أن يزيد على الصّيغة المتقدمة قبل القبول «ولي الانتفاع بالمبيع ضمن المدة» فيقبل المشتري، ولا يحتاج الى عقد اجارة على المدة الزائدة وان كانت الاجارة لا بأس بها أيضاً[١].

(مسألة: ١١٥) أنه بعد وقوع العقد المشتمل على هذا الشرط من البائع أو المشتري فإنه بمجرّد ردّ البائع الثمن في المدّة المضروبة يجب على المشتري رفع اليد عن المبيع وتسليط البائع عليه.

(مسألة: ١١٦) لو شرط ارتجاع بعضه ببعض الثمن فالأقرب الصحّة[٢] كما أن منافع المبيع ضمن مدّة الخيار للمشتري، وتلفه من المشتري فيكون ملكاً له، هذا ما لو كان الخيار للبائع، أمّا لو كان الخيار للمشتري فإن تلفه من البائع، وهذا جاري على القاعدة وهي «أن تلف المبيع بعد القبض فهو من مال من لا خيار له».

---

(١) أجوبة المسائل الدزفولية (ص ٤) «مخطوط»

(٢) تفريع. أجوبة المسائل الدزفولية: لو رد البعض قبل انقضاء المدة أو البعض الاخر بقي الى ان انقضت المدة فهل له الفسخ حينئذ متى دفع الباقي بعد انقضاء المدة أم لا؟ نعم له الفسخ لعدم الوفاء بالشرط وجاز للمشتري البيع. (مخطوط) مع تصرف.

(مسألة: ١١٧) قد عرفت أنه لابدّ من كون الشرط في متن العقد بين الإيجاب والقبول، ولا اعتداد بالشرط قبله أو بعده، وأن تباينا عليه المتعاقدين[١].

(مسألة: ١١٨) خيار الشرط ثابت لمن اشترطه سواء كانا هما معاً، أو أحدهما أو أجنبياً أو أحدهما مع أجنبي.

(مسألة: ١١٩) يجب أن تكون المدّة مضبوطة، فإن لم تكن كذلك فهل يبطل العقد بسببها؟ الأقرب ذلك، ولو اطلقا ولم يعنيا مدّة لم يصحّ للجهالة.

(مسألة: ١٢٠) مبدأ هذا الخيار من العقد فيتداخل مع خيار المجلس ولا مانع.

(مسألة: ١٢١) التصرف مسقط للخيار فإن اقامته في السوق وجعله في معرض البيع ـ وإن لم يبعه ـ تصرف مسقط للخيار كما يمكن الاسقاط بالشرط والالتزام بعده كما في غيره.

(مسألة: ١٢٢) لا ريب في جواز اشتراط الاستيمار وهو اشتراط أحدهما أو كلاهما استيمار من سمياه والرجوع إلى أمره مدّة مضبوطة، فيلزم العقد من جهتهما ويتوقف على أمره، فإن أمر بالفسخ جاز للمشروط له استيمار والفسخ ولا يتعين عليه بل له الخيار بين الفسخ وبين أن لا يفسخ نعم لو أمره بالالتزام الذي هو مقتضى العقد فليس له المخالفة، وإن كان الفسخ أصلح،

---

(١) أجوبة المسائل الدزفولية: هل يجب الوفاء بالشرط الذي لم يقع في عقد لازم بمقتضى عموم المؤمنون عند شروطهم أم لا؟ لا صراحة في الخبر المذكور بالوجوب بل ربّما اشعر ظاهره بالاستحباب من حيث تعلق الايمان...نعم لو قيل بالوجوب من حيث الوفاء بالوعد وان هذا وعد لكان جيداً...وهذا القول لا يخلو من قوة وان كان خلاف المشهور...(مخطوط)

والفرق بين المؤامرة وجعل الخيار لأجنبي أن الغرض من المؤامرة الانتهاء إلى أمره، وإنّما إليه الأمر والرأي خاصة بخلاف من جعل له الخيار.

الرابع: خيار الغبن

المراد به البيع والشراء بغير القيمة مع الجهالة إذا كان الغبن بما لا يتسامح به غالباً بأن شراه بزيادة على القيمة أو باع بنقصان عنها، فالمرجع فيه إلى العادة لعدم تقديره شرعاً.

(مسألة: ١٢٣) ثبوت خيار الغبن متوقف على أمرين:

الأوّل: جهالة المغبون بالقيمة وقت العقد، فلو عرف القيمة ثمّ زاد أو نقص مع علمه، أو تجددت الزيادة أو النقيصة بعد العقد، فلا غبن ولا خيار.

الثاني: أن يكون الغبن الذي هو عبارة عن الزيادة والنقيصة فاحشاً لا يتسامح بمثله عادة، مثل أن يبيع ما يساوي مأة بخمسين ونحوها، فلو كان يسيراً يتسامح به كالدرهم[1] بل الأربعة والخمسة في المأة فلا غبن، والمرجع في ذلك العرف، فإن أمكن إقامة البيّنة عليه فكذلك في حال النزاع وإلّا فإن ادّعاه مع معلومية عدم امكان ذلك في حقّه حيث يعلم ممارسته لذلك النوع في ذلك الزمان بحيث لا يخفىٰ عليه قيمته لم يقبل قوله، وإلّا ففي القبول إشكال إلّا أن المسألة خالية من نصّ فهي موضع توقف.

(مسألة: ١٢٤) إذا ثبت الغبن تخير المغبون بين الردّ والامساك مجاناً، نعم لو اتفقا على اسقاطه بالعوض صحّ كغيره من الخيار.

(مسألة: ١٢٥) هل أن خيار الغبن فوري أي يسقط بتراخي عن الأخذ به

---

(١) أقول: قد مر وزن الدرهم هو (٤٥،٥ غرام من الفضه). (المؤلّف)

أم ليس فوري؟، الأقرب هو الأوّل على القواعد إلّا أن الأقوى هو عدم اشتراط الفورية، ولو جهل أصل الخيار وأنه يثبت للمغبون الخيار أو الفورية فالظاهر أنه معذور إلى أن يعلم ذلك.

الخامس: خيار التأخير

أي تأخير اقباض الثمن أو المثمن عن ثلاثة أيّام، فلو باع ولم يقبض الثمن ولم يسلم المبيع، ولا اشترط تأخير الثمن، فالبيع لازم ثلاثة أيّام، فإن جاء المشتري بالثمن فيها وإلّا كان البائع أولى بالمبيع.

(مسألة: ١٢٦) قد عرفت أن الخيار فيه ثلاثة أيّام بشروط ثلاثة.

أحدها: عدم قبض الثمن. ثانيها: عدم قبض المبيع. ثالثها: عدم اشتراط التأجيل في الثمن والمثمن وبعض كلّ منهما ولو ساعة، وقبض بعض من كلّ منهما كلا قبض، مجتمعاً ومنفرداً لعدم اعتباره، نعم لو قبض الجميع أو اقبض فلا خيار، لاختلال أحد الشروط المتقدّمة.

(مسألة: ١٢٧) يشترط في القبض المانع من الخيار كونه بإذن المالك، فلا أثر لما يقع بدونه، وكذا لا أثر لما لو ظهر مستحقاً لغير المالك أو بعضه.

(مسألة: ١٢٨) البيع مع عدم القبض والاقباض وعدم اشتراط التأجيل صحيح، ويلزم مراعاة إلى ثلاثة أيّام، فإن حصل القبض والاقباض أو أحدهما فيها لزم البيع، وإلّا بطل من أصله، وهل البيع بعد الثلاثة باق، والبائع مخير في الفسخ أو الصبر إلى أن يأتي المشتري بالثمن، الظاهر البطلان، وعليه لو بدل المشتري الثمن بعد الثلاثة فلا أثر بذلك لبطلان البيع.

(مسألة: ١٢٩) تلف المبيع بعد الثلاثة من مال البائع لما تقرر من القاعدة

من أنه متى تلف قبل القبض فهو من مال البائع.

السادس: خيار ما يفسد ليومه

هذا الخيار فرد من أفراد خيار التأخير، ويشهد لذلك اشتراط عدم القبض والاقباض فيه، فلا يعد قسماً برأسه، وأنه بعد مضي اليوم يتخير البائع بين الصبر وأن فسد فيأخذ الثمن من المشتري، وبين الفسخ وبيعه أو يتصرف فيه بأي نحو أراد، ولا يرجع إلى المشتري، وعليه فيبقى البيع مراعى بمضي المدّة المذكورة، فإن قبضه المشتري فيها أو أقبض الثمن صحّ البيع، وإلّا بطل من أصله.

والحاصل يجب على البائع الصبر إلى أوّل دخول الليل، فإن أتى المشتري بالثمن فهو له، فسد أو لم يفسد، وإلّا بطل البيع كذلك.

(مسألة: ١٣٠) لو قبض المشتري السلعة، ولم يقبض البائع الثمن، فإن البيع يكون لازماً، ولا يقدر بالمدّة المذكورة وكذا بالعكس، ولو قبض بعض الثمن أو سلم بعض المبيع، فكالعدم.

السابع: خيار الرؤية

وهو ثابت لمن لم ير، إذا باع أو اشترى بالوصف، ثمّ ظهر مخالفاً، فإن كانت المخالفة بظهور الزيادة على الوصف تخير البائع، وإن كانت بالنقص عنه تخير المشتري، والوصف الذي لابدّ من توفره قبل اجراء العقد هو ذكر الجنس والوصف الرافعين للجهالة، وضابطة ذلك أن كلّ وصف يتفاوت الرغبات بثبوته وانتفائه، وتتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح بمثله، فإنه يجب ذكره فلابدّ من استقصاء صفات السلم.

(مسألة: ١٣١) لو وصف فوقع البيع والشراء بوصف الغير ثمّ ظهر الزيادة والنقصان من جهتين تخيرا معاً، ويقدم قول الفاسخ، ولو شرطا دفعة فالظاهر بطلان العقد، ولو شرط البائع ابداله إن لم يظهر على الوصف لم يكن سبباً للفساد نعم لو ظهر مخالفاً فإنه يكون فاسداً من حيث المخالفة لا يجبره الشرط.

(مسألة: ١٣٢) لو اشترى برؤية قديمة تخير أيضاً لو ظهر بخلاف ما رآه، وكذا من طرف البائع، إلّا أن هذا ليس من أفراد هذا الخيار فمتى ظهر بخلاف ذلك، لطول المدّة أو عروض عارض أو نحو ذلك تخير بائعاً كان أو مشترياً.

الثامن: خيار العيب

ضابطة العيب في الحيوان كلّما زاد عن أصل الخلقة أو نقص عيناً كان كالاصبع الزائدة أو الناقصة، أو صفة كالحمى ولو يوماً بأن يشتريه فيجده محموماً أو يحم قبل القبض، وللمشتري الخيار بين الرد والقبول مع الارش في صورة الجهل بالعيب عند الشراء، ويسقط الرد خاصة دون الارش بالتصرف في المبيع، سواء كان قبل علمه بالعيب أم بعده، وسواء كان التصرف ناقلاً للملك أم لا، مغير اللعين أم لا.

(مسألة: ١٣٣) يسقط الرد خاصة دون الارش بحدوث عيب بعد القبض، فإنه مانع من الرد بالعيب السابق، ويسقطان معاً بالعلم بالعيب قبل العقد، وكذا يسقطان بالرضا به بعده، وفي حكمه اسقاط الخيار وكذا يسقطان ببراءة البائع من العيوب، ويشكل تخيير المشتري بين الرد والقبول مع الارش في ظهور العيب السابق قبل العقد أو القبض وإنّما الثابت فقط الرد لا الارش

أيضاً.

(مسألة: ١٣٤) الارش هو عبارة عن نسبة التفاوت بين قيمته صحيحاً وقيمته معيباً، فيؤخذ من الثمن بتلك النسبة، لا تفاوت ما بين الصحيح والعيب، لانه قد يحيط بالثمن أو يزيد عليه، فيلزم أخذه العوض والمعوض كما إذا اشتراه بخمسين وقوم معيباً، وقوم صحيحاً بمأة أو أزيد، وعلى اعتبار النسبة يرجع في المثال المزبور بخمسة وعشرين.

أحكام الخيار

(مسألة: ١٣٥) خيار الشرط يثبت في كلّ نوع من أنواع العقود، سوى النكاح والوقف والابراء والطلاق والعتق، والحقّ أن ذلك لا يخلو من شوب الإشكال، وإن كان الأحوط الوقوف عليه.

(مسألة: ١٣٦) ضابطة الصحّة في الشرط، هو أن لا يكون مؤدياً إلى الجهالة في البيع أو الثمن، ولا مخالفاً للكتاب والسنّة، فلو كان مؤدياً إلى الجهالة في أحدهما بطل، كاشتراط تأخير المبيع في يد البائع أو الثمن في يد المشتري ما شاء كلّ واحد منهما، فإنه يلزم منه الجهالة، فإن للأجل قسطاً من الثمن، وإذا كان مجهولاً يجهل الثمن، وكذا القول في جانب المبيع. وكذا يبطل الشرط باشتراط غير المقدور للمشروط عليه، كاشتراط محل الدابة في ما بعد، أو أن الزرع يبلغ السنبل، سواء شرط عليه أن يبلغ ذلك بفعله أو بفعل الله تعالىٰ، لا اشتراكهما في عدم المقدورية.

(مسألة: ١٣٧) إذا شرط تبقية الزرع في الأرض إلى أوان السنبل إذا وقع

البيع على أحدهما دون الآخر جاز، لأن ذلك مقدور له، ولا يعتبر تعيين مدّة البقاء بل يحمل على ما هو المتعارف عن البلوغ لأنه منضبط.

(مسألة: ١٣٨) إذا بطل الشرط هل يسري إلى بطلان العقد أم الشرط خاصة؟ الأجود بطلان العقد.

كلّ شرط لم يسلم للمشترط بأن امتنع المشروط عليه من الوفاء به، فهل الواجب الجبر بالوفاء به أو أنه لا يجب على المشروط عليه وإنّما يمكن التخلص بالفسخ؟ الأظهر هو الأوّل.

(مسألة: ١٣٩) إذا مات من له الخيار انتقل إلى وارثه، من أي أنواع الخيار كان، فلو كان الخيار خيار الشرط ثبت للوارث في بقية المدّة المضروبة، ولو كان غائباً أو حاضراً ولم يبلغه الخبر حتّى انقضت مدّة الخيار سقط خيار، بانقضاء المدّة كالمورث، وإن كان خيار عيب اعتبر فيه الفورية حين بلوغه الخبر وعلمه بالفورية على القول بها، والصحيح ما تقدّم، نعم خيار المجلس لا يثبت للوارث والحقّ كما تقدّم أنه خاص بالمتعاقدين ولا يشمل المالك أن قام به الوكيل.

هذا مع اتحاد الوارث ومع تعدده واختلافه إشكال بل لا يخلو ما تقدّم من إشكال.

(مسألة: ١٤٠) المشهور بين الأصحاب ـ رضوان الله عليهم ـ أن المبيع يملك بالعقد ملكاً متزلزلاً قابلاً للفسخ مدّة الخيار، والأولى والأليق هو الوقوف في كلّ حكم على ما تقتضيه النصوص ـ فمثلاً ـ موت الحيوان في أيّام الخيار من مال البائع إلّا أن يلتزم المشتري بالبيع المسقط للخيار، نعم

خيار الشرط دالّ على كون المبيع ملكاً للمشتري، وان تلفه منه.

أحكام العيوب

(مسألة: ١٤١) إذا ظهر في المبيع عيب سابق على العقد، كان للمشتري الردّ خاصة، ومع الارش إن كان بعد التصرف بالمبيع، والتصرف قبل العلم بالعيب أو بعده، مسقط للخيار إلّا في موضعين.

أحدهما: إذا اشترى أمة ووطأها ثمّ ظهرت أنها حاملاً فله الردّ وكذا غيره.

ثانيها: حلب المصراة، وسيجيء تعريفه وحكمه بعد إن شاء الله تعالى.

(مسألة: ١٤٢) قد عرفت أنه متى كان العيب سابقاً على العقد، فإن للمشتري الخيار وبعد ظهوره يتخيير بين الردّ والأخذ بالارش أمّا لو تجدد بعد العقد وقبل القبض، فإنه لا ريب في أن له الردّ، أمّا أنه مع أخذه والرضا به له الارش أيضاً محل توقف، ولو قبض بعضه ثمّ حدث في الباقي عند البائع حدث فالأظهر أنه يتخير بين ردّ الجميع أو أخذ أرش العيب.

(مسألة: ١٤٣) لو اشترى شيئين صفقة وعلم بالعيب في أحدهما فللمسألة صورتان الأُولى أن يقع العقد مع علمه بتعدد الصفقة، وفيها يجوز التفريق فيصحّ في ما كان سليماً ويبطل في المعيب.

الثانية: أن يقع مع جهله وعدم البناء على التعدد أو بناؤه على الاتحاد فليس لهما إلّا الاتفاق في الردّ أو الارش.

(مسألة: ١٤٤) إذا قال البائع: بعت بالبراءة (عن العيب)، وأنكر المشتري، ولم يكن للبائع بيّنة فالقول قول المشتري بيمينه.

(مسألة: ١٤٥) التصرية تدليس يثبت به الخيار بين الرد، والامساك بالثمن بلا أرش كما في خيار التدليس، والتصرية أن يربط ضرع الشاة ونحوها يومين أو ثلاثة، فيجتمع اللبن في ضرعها، ويظنّ الجاهل بحالها أنها لكثرة ما تحلبه كلّ يوم، فيرغب في شرائها، فإذا اختار الردّ ردّ اللبن الموجود وقت البيع، فإن تعذر فمثله وان تعذر فقيمته وقت الدفع ومكانه أمّا اللبن المتجدد بعد العقد فالأقوى أنه ملكه، ثمّ إنه لو امتزج الموجود حالة البيع بالمتجدد صار شريكاً ورجعا إلى الصلح[1].

(مسألة: ١٤٦) إذا اشترى زيتاً أو بذراً (دهن الكتان) أو نحوهما فوجد فيه ثفلاً[2] فإن كان ممّا جرت العادة بمثله لم يكن له ردّ ولا ارش، وكذا لو كان كثيراً وعلم به قبل البيع وإن كان يعلم أن هذا بحسب العادة ممّا يكون في الزيت ونحوه لم يكن له الردّ وإلّا فله، نعم لو فاق ما جرت به العادة أو أن ظاهره لم يكن يعلم منه فلا إشكال أنه عيب يترتب عليه أحكامه.

(مسألة: ١٤٧) إذا قال المشتري: هذا العيب كان عند البائع، وأنكر البائع ذلك فالقول قول البائع مع يمينه عملاً بالقاعدة المنصوصة والأصل إلّا أن يكون للمشتري بيّنة أو شاهد حال مثل زيادة الأصبع واندمال الجرح مع قصر زمان البيع، بحيث لا يحتمل تأخره عادة، ويعتبر في شاهد الحال هنا كونه مفيداً للقطع. فيقدم قول المشتري حينئذٍ بغير يمين، ولو شهد الحال للبائع كذلك، كطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع فلا يمين عليه أيضاً،

---

(١) قد تعرض الشيخ في (الحدائق ١٩: ٩٤) إلى فروع ليست محل ابتلاء كثيراً فراجع. (المؤلّف).

(٢) الثفل: مارسب خثارته وعلا صفوه من الأشياء كلها. (لسان العرب مادة ثفل).

وحيث يفتقر البائع إلى اليمين، فلابدّ أن يحلف على القطع بعدم العيب، لا على عدم العلم، إن كان اختبر المبيع قبل البيع، واطلع على خفايا أمره، كما يشهد بالقطع على الاعتبار، وبالعدالة وغيرهما ممّا يكتفي فيه بالاختبار الظاهر ولو لم يكن اختبره، ففي جواز حلفه على القطع نظر.

(مسألة: ١٤٨) إذا حدث في الحيوان عيب بعد القبض من غير جهة المشتري، وقبل انقضاء الثلاثة، فالأقرب أنه يجتمع الخيار أن للمشتري، وإن بقى خيار العيب بعد الثلاثة، إذ لا يتقيد خيار العيب بالثلاثة.

(مسألة: ١٤٩) العيب هو الخروج عن المجرى الطبيعي، لزيادة أو نقصان موجب لنقص المالية غالباً كالجذام والبرص والعمىٰ والعور والعرج والقرن والجنون والفتق وغيرها، والمسألة لا تخلو من إشكال.

أحكام العقود

والبحث هنا يقع في مطالب أربعة:

الأوّل: النقد والنسيئة، أي البيع الحال والمؤجل، سمّي الأوّل نقداً باعتبار كون الثمن منقوداً ولو بالقوة والتكسب، والثاني مأخوذ من النسيء وهو تأخير الشيء، تقول: أنسأت الشيء انساء: أي أخرته، والنسيئة اسم: وضع موضع المصدر. والأقسام أربعة.

١ ـ النقد. ٢ ـ بيع الدين بالدين (الكالي بالكالي). ٣ ـ حلول المثمن وتأجيل الثمن وهو النسيئة. ٤ ـ حلول الثمن وتأجيل المثمن وهو السلف.

(مسألة: ١٥٠) إذا اشتري مطلقاً كان الثمن حالاً لاقتضاء التأجيل البيان

والقرينة. والتعجيل التأكيد، ولابدّ أن تكون المدّة معيّنة مضبوطة لا تقبل الزيادة والنقصان، فلو شرط التأجيل بمدّة تحتمل الزيادة والنقصان لم يصحّ، ولا فرق في المدّة بين كونها قصيرة أو طويلة.

(مسألة: ١٥١) ولو باع بثمن حالاً، وبأزيد منه مؤجلاً ـ أو فاوت بين أجلين في الثمن كأنْ يقول بعتك حالاً بمائة، وإلى شهر بمائتين، أو مؤجلاً إلى شهر بمائة وإلى شهرين بمائتين كان للمشتري أن يأخذه مؤجلاً بأقل الثمنين، إلّا أنه لا يخلو من إشكال إلّا أن يسمّي أحدهما قبل الصفقة.

(مسألة: ١٥٢) لو اشتراه البائع في حال كون البيع الأوّل نسيئة صحّ بل يجوز شراء ما باعه نسيئة قبل حلول الأجل بزيادة أو نقيصة نقداً[1]، نعم يمنع من بيعه نسيئة لاستلزامه بيع الدين بالدين لأن هذه الأشياء دين على من اشتراها فمتى باعها بثمن مؤجل لزم بيع الدين بالدين.

(مسألة: ١٥٣) إذا ابتاع شيئاً مؤجلاً، فإنه لا يجب عليه دفع الثمن قبل حلول الأجل، بل لا يجوز طلبه، لوجوب الانظار بالشرط الواقع في العقد، والأظهر أيضاً عدم وجوب قبضه على البائع لو دفعه إليه المشتري قبل الأجل، وأنّما يجب الدفع بعد حلول الأجل ومطالبة البائع، فإن لم يطالب وأراد المشتري الدفع وجب على البائع أخذه، ولو امتنع رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي، فامّا أن يجبره على قبضه، أو يقبضه الحاكم الشرعي حسبة، ومع

---

(١) أقول وهنا فائدة مفيدة للتخلص من ربا القرض بشراء الدين الذي له بزيادة ـ مثلاً ـ البنك يشتري قطعة الارض من المقترض للبناء ثم يبيعه الارض بزيادة الى اجل معين، أما المقترض لشراء الارض أو منزل فيقدر أن يشتري العقار من البنك بالشركة بالنسبة التي يقدر عليها ثم يبيع البنك الحصة ومن ثمّ يشتريها منه بزيادة بأجل. (المؤلّف)

تعذر الحاكم فيقوم عدول المؤمنين بذلك، وبذلك تبرء ذمّة المشتري، فإن تلف بغير تفريط فلا ضمان على المشتري، ولا على الأمين من الحاكم والقائم مقامه، وهكذا الحكم في سائر الحقوق المالية.

ولو تعذر الحاكم ومن يقوم مقامه فلو عزله وأبقاه أمانة عنده وتسلط عليه صاحبه بحيث متىٰ أراده قبضه، فأنه يبرء بذلك من ضمانه، وأنه يخرج بذلك عن عهدته، وأنه يجب على صاحبه أخذه، وإلّا كان مضيعاً لماله بل يمكن ذلك مع وجود الحاكم أيضاً، لأن الحاكم إنّما هو وكيل مع عدم وجود الموكل وأمكانه مثله. ولو امتنع المشتري من دفعه بعد حلول الأجل ومطالبة البائع، فيأخذه بالمقاصة إن لم يتمكن من الأخذ قهراً ثمّ إنه مع امكان الرجوع إلى الحاكم الشرعي فلاإشكال، وامّا مع تعذره وعدم امكان تحصيله قهراً أو مقاصة فهل يرفع الأمرإلى حاكم الجور؟ الظاهر جوازه في هذا المقام، ومتى دار الأمر بين المقاصة والأخذ منه قهراً فيجب مراعاة الأسهل فالأسهل، فإن وجد الجنس المساوي لا يتعدىٰ إلى غيره وينبغي ـ سيّما إذا كان مؤمناً ـ المسامحة والسهولة في الاقتضاء.

(مسألة: ١٥٤) يجوز بيع المتاع حالاً ومؤجلاً بزيادة عن قيمته، ثمّ إنه ينبغي تقييد صحّة المعاملة بالزيادة ما لم تستلزم السفه بأن يتعلق بالزيادة غرض صحيح عند العقلاء، أمّا لقلتها أو لترتب غرض آخر يقابل الزيادة كالصبر عليه بدين حال ونحو ذلك.

(مسألة: ١٥٥) لا يجوز تأخير ثمن المبيع ولا شيء من الحقوق المالية بزيادة فيها، بصيرورتها بيع ربوي، ويجوز تعجيلها بنقصان منها، وهو

يكون بالابراء أو الصلح ويسمّى صلح الحطيطة، نعم يجوز التأجيل في عقد لازم كالبيع ونحوه بزيادة في ثمن ما يبيعه إياه وأن زادت على ثمنه الواقعي اضعافاً مضاعفة كأن يكون له في ذمته مائة درهم حالاً، ويريد تأجيلها إلى سنة بزيادة عشرين درهماً ـ مثلاً فإن الطريق في ذلك أن يبيعه خاتماً قيمته درهم مثلاً بعشرين درهماً، ويشترط تأجيل الثمن مع المائة الدرهم التي في ذمّته إلى سنة، فإنه لاشك في صحّته من غير ربا.

(مسألة: ١٥٦) لا بأس بشراء الأشياء حالاً وإن لم يكن حاضراً في الحال إذا كان الشيء موجوداً في الوقت أو يمكن وجوده، ولا يجوز أن يشتري حالاً ما لا يمكن تحصيله، فأمّا ما يمكن تحصيله فلا بأس به وإن لم يكن عند بايعه في الحال.

(مسألة: ١٥٧) يدخل في المبيع كلّ ما يقتضيه اللفظ على الحقيقة الشرعيّة إن وجدت وإلّا فعلى عرفهم عليهم السلام وإلّا فعلى ما هو المتعارف في ألسن المتخاطبين، والتبادر في محاوراتهم وأن اختلفت في ذلك الاصقاع والبلدان، ثمّ مع تعذر ذلك فاللغة، وهنا مصاديق اختلف فيها إلّا أنه يمكن إدراجها تحت القاعدة التي تلونها لك لاحقاً.

(مسألة: ١٥٨) اطلاق العقد يقتضي تسليم المبيع والثمن، فيجب على المتبايعين دفع العوضين من غير أولوية تقديم أحدهما على الآخر، ويحصل القبض بامكان تصرف المشتري بالمثمن والبائع بالثمن بمقتضىٰ خرج منه سواء من العوض والمعوض، والقبض المعتبر من نقل أو تخلية يكفي لاسقاط الضمان، وإن كان المبيع مشغولاً بأمتعة البائع كالصندوق

الذي فيه المتاع والبيت الذي فيه الامتعة ويكون مكلفاً بأن يفرغه.

(مسألة: ١٥٩) لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً فلا يخلو إمّا أن يكون قد كيل قبل البيع ووزن أو لا، بأن أخبر البائع بكيله أو وزنه، أو باعه قدراً منه معيناً من صبره مشتملة عليه، فإن كان فلابدّ في تحقّق قبضه من كيله أو وزنه، وإن كان الأوّل فالأقوى كذلك أيضاً.

(مسألة: ١٦٠) إذا تلف المبيع في يد البائع قبل تسليمه إلى المشتري كان من مال المشتري وكذا إن نقصت قيمته بحدث فيه أو أصابه عطب أنقص من قيمته من غير تفريط، لأن الأصل عدم الضمان على البائع بعد انتقال المبيع عنه إلّا بالتفريط ولو بمنعه المالك.

(مسألة: ١٦١) إذا حصل للمبيع نماء قبل القبض كالنتاج أو تمرة النخل أو اللقطة كلقطة العبد التي يمكن تملكها ولو بعد التعريف كان ذلك للمشتري فإن تلف الأصل بطل من أصله ويكون النماء للبائع، ولو تلف النماء من غير تفريط لم يلزم البائع دركه وضمان قيمته.

(مسألة: ١٦٢) لو باع جملة فتلف بعضها فله صورتان:

أحدهما: أن يكون للتالف قسط من الثمن فللمشتري التخيير بين فسخ العقد، وبين الرضا بالباقي بحصته من الثمن.

ثانيها: أن لا يكون للتالف قسط من الثمن فللمشتري التخيير أيضاً بين الردّ أو الأخذ بالارش على الأظهر.

(مسألة: ١٦٣) إذا باع شيئاً فغصب من يد البائع، فإن أمكن استعادته من الغاصب في زمن يسير، بحيث لا يفوت فيه منفعة مقصودة يستلزم فواتها

نقصا معتبرا، أو فوات غرض مقصود للمشتري، فليس للمشتري الفسخ، ويجب على البائع استعادته مع الإمكان، لأن التسليم واجب عليه، ولا يتم إلاّ بذلك، وان تعذرت استعادته أو أمكنت، لكن بعد مضى زمان يفوت فيه ما ذكرنا من المنافع المقصودة، والأغراض المطلوبة، فإن للمشتري الخيار حينئذ بين الفسخ و الرجوع الى ثمنه، وبين الرضا بالبيع وانتظار حصوله، وله الانتفاع بما لا يتوقف على القبض، كعتق العبد و نحوه، ثم ان تلف في يد الغاصب فهو ممّا تلف قبل القبض، فيبطل البيع ولو مع رضائه بالصبر، ويحتمل أن يكون الرضاء به قبضا، ونحوه ما لو رضى به في يد البائع، ولو امتنع البائع من تسليمه فللمشتري الأجرة إذا سلمه بعد مدة تلزم فيها الأجرة لو كان له أجرة، ويحتمل أن يكون له الفسخ كما في أخذ الغاصب له ظلما، لانه غاصب في هذه الحال.

ولو حبسه لنقد الثمن فان ذلك له على ما يظهر من الأصحاب، فلاأجرة له حينئذ، وقد تقدم الكلام في ذلك في صدر هذا المقام، وكل موضع يجوز الحبس والمنع فنفقة المبيع على المشترى، لأنه ماله وله نماؤه، وان لم يمكن من قبضه يكون في ضمان البائع.

(مسألة: ١٦٤) كلّ من اشترىٰ شيئاً ممّا يكال أو يوزن فباعه قبل أن يقبضه فالبيع باطل، وإن كان ممّا لا يكال أو يوزن فباعه من قبل أن يقبضه فالبيع جائز، نعم يستثنىٰ من القسم الأوّل فيما لو باعه تولية أي بالقيمة التي اشتراه بها من غير ربح، وعلى الفرض الأوّل لو باع هل يبطل البيع أم يأثم فقط ؟ الأظهر بطلان العقد.

(مسألة: ١٦٥) لو ملك ما يريد بيعه بغير بيع جاز وإن لم يقبضه، كالميراث والصداق للمرأة والخلع ونحوها، ولو كان على غيره طعام من سلم، وعليه مثل ذلك، فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر والأقوى الصحّة لكونها حوالة وليست بيعاً، وحينئذٍ فانصباب العقد على ما قبض، وكونه حينئذٍ بيعاً غير واضح حتّى يحرم، نعم لا بأس حينئذٍ بالكراهة لتحرز عمّا هو مظنّة التحريم.

(مسألة: ١٦٦) لو كان له على غيره طعام من سلم (أي ما يصطلح عليه السلف)، فدفع إليه مالاً وقال اشتر به طعاماً، صحّ الشراء والقبض والاقباض إن أمن التهمة وإلّا مع خوف التهمة لزم تولية الغير ثمّ الاستلام منه.

(مسألة: ١٦٧) إذا قبض المشتري المبيع ثمّ ادّعىٰ نقصانه فإن لم يكن حضر كيله ولا وزنه، فهل القول قوله، أم قول البائع؟ المسألة خالية من النصّ فللتوقف مجال.

(مسألة: ١٦٨) لو كان في ذمّته طعام، وأراده منه أو قيمته في بلد أُخرى غير البلد التي استقر الطعام فيها بذمّته فهو لا يخلو من ثلاثة شقوق، الأوّل: أن يكون الطعام سلفاً ـ مثلاً ـ لو أسلفه اطعام بالعراق، ثمّ طلبه بالشام وجب عليه دفعه إلّا أن تقوم قرينة على دفعه في بلد التي استلف فيها وهي في الفرض العراق.

ولو طالبه في ذلك البلد الآخر بالقيمة ورضى المسلم إليه بالدفع، فإنه يكره بناءً على ما تقدّم. هذا كلّه إذا رضى المسلم إليه بالدفع أمّا لو لم يرض فهل يجبر على ذلك؟ الأظهر العدم، ولو كان الطعام قرضاً فالظاهر وجوب

دفع المثل وقت المطالبة، فإن تعذر فالقيمة أمّا لو كان غصباً فأنه أعلى القيم من حين الغصب إلى حين الدفع، ولو اشترىٰ عيناً بعين، وقبض إحدى العينين وبقيت الأُخرى عند بائعها، ثمّ باع القابض ما قبضه، ثمّ تلفت العين الأُخرى عند بائعها بطل البيع الأوّل، ولا سبيل إلى إعادة ما بيع ثانياً، وعلى هذا فيلزم على البائع الثاني دفع المثل إن كانت العين مثلية، والقيمة إن كانت قيمية، كما لو تلفت العين.

تداعي المتبايعان

(مسألة: ١٦٩) إذا عين المتبايعان نقداً مخصوصاً تعين، وأن اطلقا فإن كان نقد البلد متحداً انصرف الاطلاق إليه، وإن كان متعدداً انصرف إلى ما هو الغالب، وإن كان غيره أكثر استعمالاً كما يتفق ذلك في بعض النقود، فإن اتفقت الغلبة فيهما، فلا إشكال في الحمل على الأغلب وإن اختلفت بأن كان أحدهما أغلب استعمالاً والآخر أغلب وصفاً، ففي ترجيح أحدهما إشكال، وهكذا الكلام في الكيل والوزن وكذا لو كثرت النقود فيها ولا غلبة في شيء منها بطل، للاشتراك إلّا أن يصرف بالقرينة، والغلبة قرينة ظاهرة ومع التساوي فاللازم بطلان البيع، لمجهولية الثمن أو المبيع.

(مسألة: ١٧٠) إذا اختلفا في قدر الثمن فادّعى البائع أكثر، وادّعى المشتري أقل فالقول قول البائع بيمينه إن كانت السلعة قائمة، وقول المشتري مع يمينه إن كانت تالفة. هذا البحث كلّه إذا وقع النزاع بعد قبض المشتري أو قبله مع بقاء عين المبيع، أمّا لو وقع بعد تلفه من البائع، فإن العقد ينفسخ، نعم ذلك فيما لو لم يحصل اقباض بالكلية، وإلّا فلو تلف في يده بعد

حصول الاقباض والعود إليه ثانياً، فإن الحكم فيه كما في صورة الاقباض.

(مسألة: ١٧١) لو اختلفا في المبيع، فقال البائع: بعتك ثوباً فقال المشتري بل ثوبين، فإن القول قول البائع بيمينه، هذا حيث لا يكون المتنازع معيناً، وإلّا فالحكم التحالف، كما لو قال البائع: بعتك هذا الثوب، وقال المشتري بل هذين الثوبين، مشيراً إلى غير ذلك الثوب المعين، فإنه يتعين القول بالتحالف، لعدم الاتفاق على شيء وكذا أيضاً يجب تقييد أصل المسألة بما إذا لم يختلفا في الثمن على كلّ من التقديرين لأنه حينئذٍ يمكن الأخذ بالمشترك بين كلاميهما، بخلاف ما لو قال: بعتك هذا بألف، فقال: بل هذا وهذا بألفين، فلأنه لا مشترك بين كلاميهما يمكن الأخذ به فلابدّ من التحالف.

أعلم أن ضابطة التحالف هو ادّعاء كلّ منهما على صاحبه ما ينفيه الآخر، بحيث لا يتفقان على أمر كما هنا، ومثله ما لو اختلفا في الثمن المعين، أو فيهما معاً، ومثله ما لو ادّعا أحدهما البيع، والآخر الصلح.

ولو اتفقا على أمر واحد واختلفا في وصف زائد أو قدر بحيث كانت الدعوى من طرف واحد حلف المنكر، ولو ادّعى البائع نوع والمشتري آخر من نفس الجنس فيبطل البيع بالتحالف.

أقسام البيع

ينقسم البيع بالنسبة إلى الأخبار بالثمن وعدمه، وهو لا يخلو عن أقسام أربعة لأنه أمّا أن يخبر بالثمن أوّلاً، الثاني ـ المساومة ـ والأوّل ـ أمّا أن يبيع معه رأس ماله، أو بزيادة عليه، أو نقيصة عنه، والأوّل يسمى التولية

والثاني المرابحة والثالث المواضعة وتوضيح ذلك يأتي في مسائل:

(مسألة: ١٧٢) أفضل أقسام البيع المساومة، وأن المرابحة مكروهة، وعلل استحباب المساومة بأن فيه سلامة عن الأخبار بالكذب إذ قد يقع المخبر في الكذب، وصعوبة أداء الأمانة، والبعد عن مشابهة الريا.

فالمساومة هي البيع بما يتفقان عليه، من غير تعرض لذكر ثمن الشراء سواء علمه المشتري أو لم يعلمه، وهو أفضل الأقسام كما عرفت.

(مسألة: ١٧٣) المرابحة يعتبر فيها علم المتعاقدين برأس المال، والربح والعزم والمؤن أن ضمها، ويجب على البائع الصدق في الثمن، والمؤن وما طرء من موجب النقص والأجل وغيره، فإن لم يحدث فيه زيادة، قال: اشتريته بكذا، أو تقوم عليّ بكذا، وان زاد بفعله من غير غرامة مالية أخبر بذلك، بأن يقول: اشتريته بكذا، وعملت فيه عملاً يساوي كذا، وغير من الأجرة التي بدلها كما لابدّ من ذكر الجنس والصرف والوزن أن تعددت النقود، واختلف صرفها ووزنها.

وبكلمة لابدّ من الأخبار بالثمن، وكلّما تجدد ممّا يوجب زيادة أو نقيصة واضافة ما ينقصان من الربح إليه.

(مسألة: ١٧٤) التولية فهو أن يعطيه المتاع برأس ماله، من غير زيادة فيقول: وليتك أو بعتك أو ما يشاكل ذلك من الألفاظ الدالّة على النقل.

(مسألة: ١٧٥) المواضعة وهي كالمرابحة في الأخبار بالثمن، ونحوه ممّا زاد أو نقص حسبما تقدّم، إلّا أنها بنقيصة معلومة، فيقول: بعتك بما اشتريته أو تقوم عليّ وضيعة كذا.

(مسألة: ١٧٦) التشريك فهو أن يقول: شركتك بالتضعيف بنصفه بنسبة ما اشتريت مع علمهما بقدره، ولو قال: اشركتك بالنصف فكذلك، ولزمه مثل نصف الثمن، أمّا لو قال: اشركتك في النصف فإنّما له الربح، إلّا أن يقول: بنصف الثمن، فيتعين النصف، ولو لم يبين الحصة وإنّما قال: في شيء منه، أو اطلق بطل للجهل بالمبيع والتشريك عبارة عن بيع الجزء المشاع برأس ماله، إلّا أنه يختصّ عن مطلق البيع بصحته بلفظ التشريك.

(مسألة: ١٧٧) لو اشترى جملة لم يجز له بيع بعضها مرابحة وأن قوم كلاً منهما بقيمة إلّا أن يخبر بالحال، ولو اختلف الجنس فيها لم تكن من قبيل المرابحة وأن جاز اطلاقها عليه مجازاً لكونه بصورة المرابحة.

(مسألة: ١٧٨) إذا اشترىٰ نسيئة ثمّ باعه ولم يخبر بالأصل كان للمبتاع من الأجل مثل ماله على الأظهر، ولو باع مرابحة فظهر أن رأس ماله كان أنقص، فالمسألة غير منصوصة فيما أعلم، إلّا أن الأقرب هو أن للمشتري الخيار بين ردّه وبين الأخذ بالثمن.

(مسألة: ١٧٩) إذا دفع إلى الدلال متاعاً وقومه عليه بقيمة ولم يواجبه البيع لم يجز للدلال بيعه مرابحة إلّا بعد الإخبار بصورة الحال، سواء كان ما قومه عليه يرجح فيه أم لا، ولهذا لا يجب على التاجر الوفاء بالربح له، لأنه ليس بيع مرابحة وإذا قال للتاجر: خبرني بثمن هذا المتاع وأربح علي فيه كذا وكذا ففعل التاجر ذلك غير أنه لم يواجبه البيع، ولا ضمن هو الثمن ثمّ باع الواسطة بزيادة على رأس المال والثمن، كان ذلك للتاجر، وله أجرة المثل لا أكثر من ذلك.

ربا البيع

وهو لغة الزيادة قال الله تعالى: ﴿فلا يربوا عند الله﴾ وشرعاً بيع أحد المتماثلين المقدرين بالكيل أو الوزن بالآخر مع الزيادة في أحدهما حقيقة كالدرهم بدرهمين أو حكماً مثل (زيادة الأجل بأن يبيع مائة كيلو نقداً بمائة نسيئة، فإن فيه زيادة حكمية، من حيث أن للأجل قسط من الثمن وكذا لو كانت الزيادة منفعة مثل أجرة دابة أو دار أو نحو ذلك) أو اقتراض أحدهما مع الزيادة وإن لم يكونا مقدرين بهما إذا لم يكن الباذل للزيادة حربياً ولم يكن المتعاقدان والدا مع ولده، ولا زوجاً مع زوجته إلى غير ذلك كما سيأتي بيانه في مسائل:

(مسألة: ١٨٠) لا ريب في تحريم أكل مال الربا إن عرف قدره وأهله وإن اختلط أو جهل بغيره من أمواله الحلال جاز أكله وأنه لا يضره ذلك حتّى يكون متعمداً معنى بالاثم، ولا يجب عليه ردّه إلّا في صورة العلم.

(مسألة: ١٨١) شروط الربا ما يلي:

الأوّل: أن يكون العوضان من جنس واحد، والمراد بالجنس هنا الحقيقة النوعية، وضابطته أن يتناوله لفظ خاص كالحنطة والارز ونحوهما، وينبغي أن يستثني من هذه الضابطة الشعير فإنه من أفراد الحنطة للنصّ أمّا دخول العلس والسلت فظاهر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الثمن والمثمن له ثلاث صور:

الأوّل: أن يكونا معاً ربويين، وحينئذٍ فلا يخلو أمّا أن يتحد الجنسان أو

يختلفا، وعلى الثاني فلا يخلو أيضاً أمّا أن يكون أحدهما من النقود والآخر عرضاً من العروض، هي أيضاً أقسامها ثلاثة:

الأوّل: أن يكونا ربويين، ويتحد الجنس، والواجب المساواة في القدر والحلول، فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة، وأن تساويا في القدر جاز.

الثاني: أن يختلف الجنس ويكون أحدهما من الأثمان، والآخر من العروض وهنا يصحّ نقداً ونسيئة.

الثالث: أن يختلف الجنس ويكونا عرضين فيجوز أحدهما بالآخر نقداً متفاضلاً ومتماثلاً، وإنّما الاشكال في النسيئة فهل يجوز أم لا؟ الأظهر التحريم إلّا أن المسألة لا تخلو من شوب الإشكال.

الثاني: أن يكونا غير ربويين كثوب بثوبين، ودابة بدابتين وهكذا ولا ريب في أنه يجوز ذلك نقداً وأمّا النسيئة فالأقوى المنع أي التحريم.

الثالث: أن يكون أحدهما ربوياً والآخر غير ربوي، هو جائز نقداً ونسيئة وكيف اتفق إلّا مع تأجيلهما، تساويا في الأجل أو اختلفا، لأنه من قبيل بيع الدين بالدين.

(مسألة: ١٨٢) الأظهر الأشهر أن الحنطة والشعير هنا جنس واحد فلا يجوز التفاضل بينهما نقداً ولا نسيئة، ولا بيع أحدهما بالآخر نسيئة وأن تساويا.

القاعدة: أن كلّ ما يعمل من جنس واحد فإنه يحرم التفاضل فيه كالحنطة ودقيقها، وكذا كلّ جنس مع فرعه مثل التمر والدبس والرطب والعصير، والعنب والزبيب والدبس، ونحو ذلك. فيجوز بيع الحنطقة بدقيقها متساوياً لا متفاضلاً ولا نسيئة.

وبكلمة النظر إلى الحقيقة الأصلية الأولية وأن اختلفت أسماء أفرادها.

(مسألة: ١٨٣) بيع الرطب بالتمر، بل كلّ رطب بيابسه، إشكال والاحتياط مطلوب على كلّ حال.

(مسألة: ١٨٤) قد عرفت ممّا تقدّم أنه من المقرر أن كلّ شيء وما تفرع منه جنس واحد، وكلّما اشترك في الدخول تحت حقيقة من الحقائق فهو جنس واحد، فالعنب والتمر وما يخرج منهما ويتفرع عليهما من جنس واحد، وهكذا الحنطة وما يتفرع عليها جنس واحد، ومنه الشعير، ولحم المعز والظان جنس واحد، لدخولهما تحت لفظ الغنم، والبقر والجاموس جنس واحد لحماً والطيور أجناس فالحمام كلّه جنس واحد ان هو لحماً، وإلّا فلو بيع عدد أو جزافاً فلا.

(مسألة: ١٨٥) الربا إنّما يثبت في الموزون، والحيوان الحي ليس بموزون فيجوز التفاضل في نوعه، نعم المذبوح ان صدق ـ بالأصل ـ عليه نوع واحد وتفاضل بالزيادة أو النقصان حصل الربا.

الأشهر الأظهر أنه لا ربا إلّا في المكيل والموزون، فما ليس كذلك يجوز بيعه متساوياً ومتفاضلاً.

(مسألة: ١٨٦) المعتبر في باب البيع هو وجوب معرفة المبيع والثمن بالوزن أو الكيل دفعاً للغرر والنزاع، وكذا في باب الربا أنه لا يقع إلّا في المكيل أو الموزون، وأمّا إن علم كونه في الزمان السابق مكيلاً أو موزوناً لا يجوز الخروج من أحدهما إلى الآخر فلم نقف فيه على دليل، فالصحّة ثابتة،

والأولى مراعاة الاحتياط[١].

(مسألة: ١٨٧) لا ربا بين الوالد وولده، ولا بين المولى ومملوكه، ولا بين الرجل وزوجته، والظاهر أن الولد هنا الصلب فلا يتعدى إلى الولد الرضاعي ولا الجد مع الولد، أمّا الولد مع الأمّ فلا إشكال في ثبوت الربا بينهما، ولا فرق بين الزوجة الدائمة والمتمتع بها.

(مسألة: ١٨٨) لا ربا بين المسلم والحربي، بمعنى أن للمسلم أخذ الفضل منه، دون العكس، فإنه محرم بل يجوز أخذ ماله مطلقاً، وأنه لا فرق بين كونه معاهداً أم لا، وإن منع من أخذ ماله من غير حقّ، إلّا أنه إذا رضى بدفع الفضل انتقض أمانه فيه، وكذا يجوز أخذ الزيادة دون العكس من مال الذمّي لنفي الربا بين المسلم والذمّي، بناءً على خرقهم لشرائط الذمّة في تلك الأعصار فضلاً عن زماننا ولم يقوموا بها بل يجوز ذلك في حقّ المخالفين فيجوز للمؤمن أن يأخذ الزيادة منهم دون العكس[٢].

(مسألة: ١٨٩) يجوز بيع درهم ودينار (الفضة والذهب) أو درهم ومتاع بدينارين أو درهمين[٣]. وذلك بمقتضى القاعدة أن ما يعمل من جنسين ربويين أو يضم أحدهما إلى الآخر في عقد واحد، يجوز بيعها بهما أو

---

(١) أقول: لا يخفى استحبابه هنا. (المؤلف).

(٢) أقول: ينبغي الحذر والتخفي بمقتضى الهدنه التي نحن عليها. (المؤلّف).

(٣) أقول لما كانت الاوراق المالية محض اعتبار لم يتعلق الحكم بها فضلاً عن التعامل بالعملات المختلفة كالريال مع الدينار، نعم لو ثبت أن لها نفس حقيقة النقدين من الذهب والفضة ولو بالتعهد الدولي أو الغطاء المصرفي أو الصادراتِ أو التباني كافى ولو بين أفراد الدولة الواحدة وإن لم تكن لها شرعية دولية إلّا أن ذلك كلّه محتاج لإثبات لاختلاف الاعتبارات المصرفية. (المؤلّف).

بأحدهما بشرط زيادته على مجانسيه، وينصرف كلّ من الثمن إلى ما يخالفه من المبيع، وبعبارة أُخرى: إن الربا إنّما يكون في بيع أحد المتجانسين المقدرين بالكيل أو الوزن مع التفاضل، أو نسيئة الآخر، وما نحن فيه ليس كذلك، لأن المركب من الجنسين أو مع ضمّ أحدهما إلى الآخر في العقد ليس بجنس واحد، نعم لو جرت العادة واستمر الناس على الرضا بالتفاضل في أجناس اسقط حكم الزيادة به كبيع كيلو من التبن مع آخر فيه فضل ونحوه الدردى في الخل والدبس والثفف في البذر ونحو ذلك. نعم لو زاد ذلك عن مقتضىٰ العادة فلاإشكال في المنع، وكذا لا يصحّ بيع السمن بالزيت متفاضلاً نسيئة وان جاز نقداً ولا بيع السمسم بدهنه، والكتان بدهنه.

(مسألة: ١٩٠) يتخلص من الربا بوجوه:

منها: أن يبيع أحد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غيره، ثمّ يشتري صاحبه ذلك الجنس بالثمن (ومثاله كما لو كان لزيد كيلو من الحنطة يريد بيعه على عمرو بكيلوين من الشعير فإن زيداً يبيع كيلو الحنطة على عمرو بكيلو من ارز، ويشتري عمرو ذلك الارز بكيلوين من الشعير، ويدفعه إلى زيد).

ومنها: أن يوهب كلّ منهما للآخر سلعته لصاحبه.

ومنها: أن يقرض كلّ منهما سلعته ثمّ تباريا.

ومنها: أن يتبايعا ويهبه الزيادة، هذا على أن لا يشترط تلك الزيادة.

(مسألة: ١٩١) في تحقّق الربا وثبوته في غير البيع والقرض من المعاوضات كلام والاحتياط في القول بالعموم إن لم يكن هو الأظهر.

الصرف

وهو لغة الصوت، وشرعاً بيع الأثمان، وهي الذهب والفضة بالأثمان[١].

(مسألة: ١٩٢) ينبغي أن يعلم أنه يشترط في الصرف ـ زيادة على ما يشترط في مطلق البيع وفي الربا ـ التقابض قبل التفرق، فلو تفرقا قبل التقابض بطل، والأظهر أن المدار على التفرق، فلو فارقا المجلس مصطحبين فإنه ما لم يفترقا يصحّ التقابض، وإن افترقا بطل الصرف ولوجوب التقابض، ولو قبض البعض هل يصح فيه وبطل في غير المقبوض؟ وهل يتخير كلّ منهما في فسخ المقبوض وامضائه لتبعيض الصفقة إن لم يكن حصل منهما تفريط في تأخير القبض، الظاهر البطلان من رأس لا الصحّة في النصف والتخيير في الباقي.

(مسألة: ١٩٣) لو وكّل أحدهما في القبض عنه فقبض الوكيل قبل تفرقهما صحّ، ولو قبض بعد التفرق بطل. ولو اشترى دراهم بدنانير، وقبل قبض الدراهم من البائع اشترى بها دنانير لم تصحّ المعاملة الأولى ولا الثانية، ولو كان له عليه دراهم فاشترى بها دنانير صحّ وإن لم يتقابضا، وكذا لو كان له عليه دنانير فاشترى بها دراهم، لأن النقدين من جنس واحد، وما في الذمّة

---

(١) أقول: راجع الهامش السابق المتعلق بالأوراق المالية. (المؤلّف).

وعليه قد اعرضنا عن بعض المسائل المرتبطة بالنقدين (الذهب والفضة) لقلة الابتلاء.

بمنزلة المقبوض.

(مسألة: ١٩٤) إن تحد الجنس وجب التساوي قدراً وان اختلفا في الجودة والرداءة والصفة، وإذا اختلفا فيه جاز الاختلاف زيادة ونقصاناً.

(مسألة: ١٩٥) المراكب المحلاة كالسيف المذهب والصناديق كذلك إذا علم ما فيها من الحلية يجوز بيعها بجنسها بشرط أن يزيد الثمن عمّا فيها، أو توهب الزيادة من غير شرط ويجوز بيعها أيضاً بغير جنسها مطلقاً، وأن جهل ما فيها ـ وإن أمكن نزعه من غير ضرر ـ بيعت بغير جنس الحلية، وان بيعت بجنس الحلية كالمذهب بالذهب.

(مسألة: ١٩٦) القاعدة المقررة في باب الربا أن المجتمع من جنسين يجوز بيعه بغير جنسيهما مطلقاً، وبهما معاً سواء علم قدر كلّ واحد من المجتمع أم لا إذا عرف قدر الجملة، وسواء أمكن تخليصهما أم لا، ويجوز أيضاً بكلّ واحد منهما إذا علم زيادته عن جنسه بحيث يصلح ثمناً للآخر وأن قلّ ولم يكن قيمته واقعاً.

(مسألة: ١٩٧) الفضة المستعملة نوعان: أحدهما أن تكون الفضة خالصة، وإذا عملت دراهم أو حلي جعل فيها غيرها من نحاس أو رصاص أو غيرهما وسمّى حينئذٍ مغشوشة، وثانيها: أن تكون الفضة من أصلها ومعدنها ردية غير جيدة، والمراد من الدراهم الجياد والدراهم الردية إنّما هو ما كان بهذا الاعتبار لأصل الجوهر، والمشغوشة لا تباع إلّا بغير الجنس، أو به مع الزيادة في الثمن ليقابل ما فيها من الغش.

(مسألة: ١٩٨) البيع أن وقع نقداً فإنه لابدّ في صحّته من علم المتعاقدين

بنسبة المستثنىٰ من المستثنىٰ منه، فإن لم يعلما أو أحدهما لم يصحّ البيع لمكان الجهالة في الثمن، وان وقع نسيئة فان شرطا في الدرهم أو الدنيار المستثنى ما كان متعاملاً به وقت العقد أو اطلقا فيرجع إلى التفصيل المتقدم من علم النسبة صحّ البيع، وإلّا بطل لمكان الجهل وكذا لو شرطا الدرهم أو الدينار المتعامل به وقت حلول الأجل فأولى بالبطلان.

(**مسألة: ١٩٩**) تراب الصياغة ان علم ـ بالقرائن المفيدة لذلك ـ اعراض أصحابه عنه جاز للصائغ تملكه كغيره ممّا يعلم اعراض مالكه عنه، وفي الاكتفاء بالظنّ إشكال، وإلّا فإن علم مالكه وجب ردّه عليهم، وان علم بعضهم وجب التخلص منه ولو بالصلح، وإلّا فالواجب الصدقة به أو بثمنه عن المالكه، كما هو الحكم في نظائره، لكن متى أراد بيعه باعه بجنس آخر من العروض أو بالذهب والفضة معاً، حذراً من الربا لو بيع بأحدهما، أمّا لو علم زيادة الثمن من ذلك الجنس على جنسه بحيث تصلح الزيادة لمقابله الجنس الآخر فلا بأس، والظاهر أن الصدقة هنا عن صاحبه مع الضمان لمالكه متى ظهر ولم يرض بالصدقة كما في نظائره، فإن ظهر له صاحب ورضى بالصدقة أو لم يظهر بالكلية، فالصدقة لصاحب المال، وأن ظهر ولم يرض بالصدقة كانت الصدقة لك وعليك ضمانه.

(**مسألة: ٢٠٠**) إذا اشترىٰ دراهم بمثلها معيّنة[1] ـ كما لو قال: بعتك هذا الفضة بهذه مثلاً فوجد ما صار إليه من البيع من غير جنس المعين كما لو ظهر

---

(١) أقول: فليعلم أنه غالب هذه المسائل لا تختص بالدرهم والدينار بل تعم جميع العملات إلّا على نحو الخصوصية كالذهب والفضة. (المؤلّف).

الفضة نحاساً أو رصاصاً كان البيع باطلاً وكذا لو تعاقد على ثوباً كتاناً فظهر صوفاً، وكذا لو باعه بغلة فظهرت فرساً بطل البيع، ويجب ردّ الثمن وليس له الابدال، لوقوع العقد على عين مشخصة، فلا يتناول العقد غيرها حتّى يصحّ، ولا يمكن الأخذ بالتفاوت.

(مسألة: ٢٠١) لو كان البعض من الجنس والبعض الآخر من غير الجنس الذي تعاقدا عليه صحّ في ما في الجنس وبطل في غيره، وللمشتري الخيار لتبعض الصفقة بين الفسخ وأخذ ما كان من الجنس بقسطه من الثمن، وحيث يختار المشتري الثاني وهو أخذ الجيد بحصته من الثمن، يتخير البائع أيضاً مع جهله بالعيب لتبعيض الصفقة أيضاً.

(مسألة: ٢٠٢) لو كان الجنس واحداً وبه عيب كخشونة الجوهر واضطراب السكة بأن يكون سكتهُ مخالفة للسكة الجارية في المعاملة، فلا يخلو أمّا أن يكون العيب المذكور شاملاً للجميع أو مختصاً بالبعض، فإن كان الأوّل تخير المشتري بين ردّ الجميع وامساكه كما هو سائر المعيبات، وليس له ردّ البعض، للزوم تبعيض الصفقة على البائع، ولا طلب البدل، لأن العقد إنّما وقع على شيء مشخص، وإن كان العيب مختصاً تخير أيضاً بين الردّ الجميع وامساكه، وهل له ردّ المعيب وحده؟ الظاهر كذلك، ثمّ إنّه ينبغي أن يعلم أنه لا أرش في جميع هذه المسائل الثلاثة المتقدّمة نعم لو كان مختلفين جاز له اختيار الامساك بالارش ما داما في المجلس ولو تفرقا لم يجز لاشتراط التقابض في الصرف قبل التفرق إلّا أن تكون المسألة في غيره.

(مسألة: ٢٠٣) إذا اشترى دراهم بدراهم في الذمّة ثمّ وجد ما انتقل إليه

غير ما هو المقصود بالشراء، فله ثلاث صور:

الأولى: أن يكون الجميع من غير الجنس، والحكم فيه المطالبة بالبدل، لأن العوض هنا في الذمّة، وهو أمر كلي، وما بدل له لم يكن من جنس ذلك الكلي فيمتنع كونه عوضاً، فله المطالبة لحقّه ما لم يحصل التفرق.

الثانية: الصورة المتقدّمة مع كون البعض فاقد للصفات، وحكمها أنه يبطل في البعض الذي هو غير الجنس، ويصحّ في الآخر إن كان ظهور ذلك بعد التفرق وإن كان قبل التفرق فله المطالبة بالبدل، نعم ليس له افراده بالردّ في الفرض الأوّل ـ للزوم تبعيض الصفقة على البائع إلّا مع رضاه.

الثالثة: أن يكون الفاقد لا يخرج به عن الجنسية، كخشونة الجوهر واضطراب السكة، والحكم فيه التخيير بين الرد والامساك بالثمن من غير أرش، ولو اختار الامساك فله المطالبة بالبدل قبل التفرق بلاإشكال لما تقدّم، أمّا بعد التفرق فيكون الصرف باطلاً فلا يجوز له أخذ البدل إلّا أن ذلك لا يخلو من إشكال.

(مسألة: ٢٠٤) إذا اشترى ديناراً بدينار فاتفق الزيادة في الدينار الذي هو ثمن غلطاً أو عمداً فعلى الثاني ـ أي العمد ـ تكون أمانة مالكية لا يجب ردّها إلّا مع طلب المالك الأوّل أي وأن وجب حفظها، كما في سائر الأمانات التي يؤمنها مالكها بل يجب اعلام المالك بها، وعلى تقدير الغلط، فيحتمل كونها أمانة شرعية وإن كانت مدفوعة من المالك إلّا أنه لعدم علمه بها وكون ذلك غلطاً يكون حكمها كما لو باعه صندوقاً فوجد فيه متاعاً، فإنه يكون أمانة شرعية مع استناد الدفع إلى المالك نظراً إلى جهله بها، ويحتمل كونها مالكية

نظراً إلى استناد دفعها إليه، والثمرة بينهما في وجوب اعلام المالك بها وردّها عليه على تقدير كونها أمانة شرعية ومع الترك الأثم والضامن، ثمّ إنه على تقدير الغلط فأمّا أن يتبين الحال قبل التفرق أو بعده، فإن كان قبله فلكلّ منهما استرداد الزائد وابداله، وليس للآخر الامتناع تحذراً من الشركة وإن كان بعد التفرق فإن جوزنا الابدال للعيب الجنسي كما تقدّم في به فكذلك وإلّا ثبت الخيار لكلّ منهما لعيب الشركة، ولو كانت الزيادة يسيرة يتسامح بها فلا بأس، ولهذا يستحبّ الاعطاء زائداً والأخذ ناقصاً، وقد يكون ذلك لاختلاف الموازين والمكائيل.

بيع الثمار

من النخل والفواكه والخضار وما يلحق ذلك من الأحكام، والبحث في ذلك يقع ضمن مسائل:

(مسألة: ٢٠٥) ثمرة النخل لا ريب في جواز بيعها بعد ظهور صلاحها، أمّا قبله فله صور:

الأولى: أن يبيعها عاماً واحداً قبل ظهورها مع بلا ضميمة، والظاهر صحّة المعامل، والمراد بالظهور هو بروزها إلى الخارج وإن كانت في طلعها.

الثانية: أن يبيعها عاماً واحداً قبل ظهورها، مع ضميمة، والضميمة هو ضمّ الرطبة أو البقل إلى الثمرة، والأقوىٰ الصحّة هنا أيضاً.

الثالثة: أن يبيعها قبل الظهور أزيد من عام واحد، والقول هنا أيضاً بالصحّة وهو لا مجال لانكاره.

الرابعة: أن يبيعها بعد الظهور وقبل بدو صلاحها، وهنا يكره البيع،

ولعلّ القول بالصحّة من دون كراهة اظهر.

ثمّ إنّه ينبغي أن يعلم أن الوجه في اشتراط الضميمة، وكذا في اشتراط الزيادة عن السنة ظاهر أمّا مع اشتراط القطع فهو لا يخلو عن نوع غموض، لأن الظاهر أن الاشتراء إنّما يكون بشيء يمكن الانتفاع به، ومجرد ظهور الثمرة ـ قبل بدو الصلاح ـ لا يترتب عليها بعد القطع منفعة ـ يعتد به بين العقلاء ـ حتّى أنه تقطع لأجلها، وإنّما المنافع المترتبة بعد صيرورة النخل بسراً، أو ثمرة الكرم حصرماً ونحو ذلك، أمّا قبل ذلك فلا، فاطلاق اشتراط القطع لا يخلو من غموض وإشكال.

(مسألة: ٢٠٦) بدو الصلاح ما هو؟ هل هو عبارة عن الاحمرار أو الاصفرار؟ أو عبارة عن أن تبلغ مبلغاً يؤمن عليها من الآفة والمرجع فيه إلى أهل الخبرة، الأقوى الأوّل وهو الاحمرار والاصفرار، وإذا أدرك بعض ثمرة البستان جاز بيعها أجمع، ولو أدركت ثمرة بستان فهل يجوز أن يضمّ إليه بستان لم يدرك ويباع جميعاً؟ الأوفق بالقواعد الصحّة.

(مسألة: ٢٠٧) الحكم في سائر ثمار الأشجار هو مساوتها للنخل، إلّا أن في جواز بيعه سنة واحدة قبل الظهور توقف، وكذا في جواز بيعه بعد الظهور وقبل البلوغ بأحد الشروط الثلاثة المتقدّمة لجواز بيعها بعد الانعقاد فقط، والأفضل أن تباع وهي تأكل أو بعد بلوغ الثمرة أو صيرورتها حصرماً.

(مسألة: ٢٠٨) لا يجوز بيع الخضروات والبقوليات ونحوهما قبل ظهورها وإنّما يجوز بعد ظهورها لقطة ولقطات، وجزة وجزات فيما يجز كالبقول، وفيما يخترط كالحنا والتوت خرط وخرطات أو اربع خرطات

وادراك ذلك الجنس وعدمه ممّا كان فيه صلاحية الجزة واللقطة وعدمها، كما إذا كان صغاراً لم يبلغ أو أن الانتفاع به لصغره.

أحكام بيع الأشجار

(مسألة: ٢٠٩) لو باع الاشجار بعد انعقاد الثمرة لم يدخل في المبيع إلّا بالشرط، أمّا قبله فتدخل وإن كان ورداً، ومتى لم تدخل في المبيع فالواجب على المشتري ابقاؤها إلى أوان بلوغها، ويرجع في ذلك إلى ما هو المتعارف في تلك الأشجار من حدّ البلوغ، هذا في غير النخل، أمّا النخل إذا بيع فإنه يفرق الحكم فيه بالتأبير وعدمه، فإن أبرت ثمرته فهي للبائع وإن كان قبل التأبير فهي للمشتري.

(مسألة: ٢١٠) يجوز أن يشترط استثناء ثمرة شجرة أو شجرات بعينها، أو يستثنىٰ حصة مشاعة كالنصف أو الثلث مثلاً وكذا استثناء جزء معين من شجرة، كغذق معين من نخلة، وحينئذٍ أن سلمت الثمرة فالأمر واضح بأن يأخذ المستثنىٰ ما استثناه، وللمشتري الباقي، وإن فسدت وتلفت بعضها فإن كان ذلك في صورة استثناء شجرة أو شجرات فلا إشكال، لامتياز المبيع منها، وأمّا في صورة الحصة المشاعة فالأمر أيضاً واضح.

أمّا في صورة الارطال المعلومة فإن الساقط يكون بالنسبة بأن يخمن ثمرة البستان على تقدير السلامة تنسب إليه الارطال المعلومة.

(مسألة: ٢١١) إذا باع ما بدا صلاحه فأصيب قبل قبضه كان من مال المشتري على الأقوى إلّا أن يحصل التفريط من البائع فيضمن، ولو اتلفه البائع قبل قبضه بطل وانفسخ العقد ولم يصحّ الرجوع بالمثل، وأن أصيب

البعض أخذ السليم بحصته من الثمن، ولو اتلفه أجنبي كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع ومطالبته المتلف، ولو كان بعد القبض ـ وهو التخلية ـ لم يرجع على البائع بشيء على الأشبه، ولو اتلفه المشتري في يد البائع وبإذنه فهو قبض، يترتب عليه أحكام القبض مطلقاً وإن كان بغير إذنه فهو قبض من حيث انتقال الضمان إلى المشتري بالاتلاف وإن لم يكن باقي أحكام القبض مترتبة عليه.

(مسألة: ٢١٢) يجوز بيع الثمرة في اشجارها بالنقود والعروض، وإنّما الممنوع منه بيع ثمرة النخل بمثلها من تلك النخلة، أو غيرها على كلام سيأتي؛ وكذا الزرع بحنطة منه أو غيره، وهو المسمّى بالمحاقلة والمزانية هي من التخمين، فالغبن فيها كثير وكلّ من المتبايعان يريد دفعها عن نفسه، والمحاقلة هي الساحة التي يزرع فيها، والذي عليه الاعتماد من الأخبار أن المحاقلة في النخل والمزابنة في الزرع، وتفسير المزابنة ببيع الزرع بالحنطة، والمحاقله ببيع السنبل بالحنطة.

(مسألة: ٢١٣) يحرم بيع الثمرة بتمر منه، والزرع بعد بدو صلاحه بحنطة منه، ويجوز على كراهة بما كان من غيره، وهل ينسحب حكم النخل إلى غيره من ثمار أشجار الفواكه وغيرها؟ الأقرب العدم.

(مسألة: ٢١٤) لو كان بين اثنين أو أكثر نخل أو شجر فيتقبل بعضهم بحصة الباقين شيء معلوم كان جائزاً، وليس هذا من قبيل البيع، وإنّما هو معارضة مخصوصة، تسمّى بـ«العبادة» وهي مستثناة من المزانبة والمحاقلة، وحقيقتها الصلح يصحّ ذلك بأي لفظ أفاد فائدته، ومرجع هذه المعاملة إلى

التراضي بين الشريكين بأن يأخذ كلّ منهما نصف ذلك المشترك مثلاً، بمعنىٰ أن يستحقه أحد الشريكين في ذلك النصف الذي لشريكه، عوض ما يستحقه الآخر من النصف الآخر، وهذا هو الصلح بلا إشكال، والربا لا يشمله لتخصيصه بالبيع.

(مسألة: ٢١٥) يجوز بيع الزرع قائماً على أُصوله، سواء بلغ الحصاد أم لا، أو قصد قصلة أم لا، لأنه عين مملوكة قابلة للنقل. ثمّ إنه متى اشتراه قصيلاً ثمّ يبدو له في تركه حتّى يخرج سنبله، فإنه لا يجوز ذلك إلّا أن يكون اشترط الابقاء، أو الاختيار بين قطعه وابقائه، وإلّا فلا يجوز له أن يتركه، وامّا الرضا بذلك وأخذ الأجرة على بقائه تلك المدّة[1].

بيع الحيوان

(مسألة: ٢١٦) إذا حدث في الحيوان عيب فههنا صور:

أحدها: أن يكون ذلك العيب سابقاً على البيع مع جهل المشتري به، والظاهر أنه يتخير المشتري بين اردّ والامساك بالارش، ولا فرق بين الحيوان وغيره.

الثانية: ما لو تجدد بعد العقد وقبل القبض، وهنا أيضاً يتخير بين الردّ والامساك ومع اختيار الامساك وهل له الارش أم لا؟ فالاظهر الأوّل، ولو هلك قبل القبض فمن البائع، وهذا مخصوص بما إذا كان العيب من قبل الله

---

(١) إلى غير ذلك من الفروع التي تعرض إليها الشيخ في كتابه الحدائق ولم ندرجها هنا لقلة الابتلاء في هذه الأزمان ومن أرادها فليراجع (الحدائق ١٩ / ٣٦٤) كذا حذفنا بعض مسائل بيع الحيوان المتعلقة بالمماليك والعبيد للعلّة نفسها.

سبحانه أو من قبل البائع.

أمّا لو كان من قبل أجنبي فعليه الارش للمشتري إن إلتزم بالمبيع، وللبائع أن يفسخ، ولو أتلفه المشتري فهو قبض، ولو جنى عليه، فالأقرب أنه قبض أيضاً ولو قبض بعض المبيع وهلك الباقي فهو في ضمان البائع، وللمشتري الفسخ لتبعيض الصفقة، ولو أهلكه أجنبي فللمشتري الفسخ أو مطالبة الأجنبي، ولو أهلكه البائع فالأقرب تخير المشتري بين الفسخ، فيطالب بالثمن، وعدمه فيطالب بالقيمة.

الثالثة: ما لو قبضه ثمّ تلف أو حدث فيه عيب في ثلاثة، فإنه مضمون على البائع ما لم يكن الحدث من المشتري، ثمّ إنه في صورة العيب يتخير بين الردّ بخيار الثلاثة والامساك والارش هنا مع الامساك كما تقدّم، والعيب الحادث في الثلاثة الموجب للارش عند من أوجبه لا يمنع الردّ بخيار الثلاثة ولا بخيار العيب السابق، نعم لا يرد بهذا العيب الحادث بل له الارش خاصة، لأنه إنّما حصل بعد القبض، هذا كلّه فيما لو كان الخيار مختصاً بالمشتري، وكذا لو كان مشتركاً بينه وبين البائع أو غيره، أمّا لو كان الخيار مختصاً بالبائع أو مشتركاً بينه وبين أجنبي فلا خيار للمشتري، هذا إذا كان العيب من قبل الله تعالى أو من البائع.

(مسألة: ٢١٧) لو استثنىٰ البائع الرأس والجلد كان شريكاً بقدر ثنياه على الأقرب وإن كانت المسألة لا تخلو من إشكال، وكذا لو اشترك اثنان أو جماعة وشرط أحدهم ذلك فالأقوى الصحّة ومثاله أن يقول: اشتر حيواناً بشركتي فيكون لكلّ واحد نصف، ولو أذن أحدهما لصاحبه أن ينقد عنه

صحّ أيضاً، ولو تلف كان بينهما، وله الرجوع على الآخر بما نقد عنه، ولو قال له: الربح لنا والخسران عليك، فالظاهر الجواز.

(مسألة: ٢١٨) كلّ شرط يشترط البائع على المبتاع من رأس ذبيحة يبيعها وجلدها أو بعضها بالوزن جائز.

(مسألة: ٢١٩) لو قال اشتر حيواناً بشركتي، فيلزم دفع نصف الثمن مع الأمر بشراء الحيوان بالمشاركة، والشراء لا يكون إلّا بالثمن، والظاهر من الشركة هو التساوي باعتبار إرادة الشركة في كلّ جزء جزء منه، فيحمل عليه الكلام إلّا أن ينصب قرينة على خلاف ذلك، وحينئذٍ فلو أذن له في أداء الثمن عنه وأدى عنه رجع به عليه، والاذن أعم من الصريح والفحوى، مثل أن يأمره بشراء حيوان من مكان بعيد والمجيء به مع العلم بأنه لا يكون ذلك إلّا بعد أداء الثمن، أمّا لو أدّى عنه بغير أذنه فلا يلزمه العوض لأنه متبرع في أداء دين غيره، مع التبرع لا يرجع على المديون، ولو تلف الحيوان المشترك بعد قبضه من غير تفريط من المأمور فالتلف بينهما جميعاً، ولا يرجع الآخر عليه، وأن يد الشريك ـ المشتري ـ عليه يد أمانة لا يد ضمان.

(مسألة: ٢٢٠) من قال لغيره اشتر حيواناً بشركتي والربح بيني وبينك فاشتراه ثمّ هلك الحيوان كان الثمن بينهما، كما لو زاد في ثمنه كان أيضاً بينهما على ما اشترطا عليه، فإن اشترط عليه أن يكون له الربح لو ربح وليس على شيء من الخسران كان على ما اشترطا عليه.

السلم

ويقال له السلف، وعرّف بأنه بيع مضمون في الذمّة مضبوط بمال

معلوم مقبوض في المجلس إلى أجل معلوم بصيغة خاصة.

(مسألة: ٢٢١) يشترط في السلم الشروط التالية:

الأوّل: الايجاب والقبول: وينعقد الايجاب بلفظ «بعت» وكذا ينعقد بلفظ التمليك على كـ«استلمت منك كذا»، أمّا «اسلفتك وأسلمت إليك» بل الظاهر أن كلّ ما دلّ من الألفاظ على التراضي من الطرفين فهو كاف في الصحّة.

الثاني والثالث: الجنس والوصف، والمراد بالجنس هنا اللفظ الدالّ على الحقيقة الفرعية كالحنطة والشعير ونحوهما، والوصف هو الفارق بين أصناف ذلك النوع، فلو أخل بهما أو بأحدهما بطل العقد، والضابط فيه أن كلّ ما يختلف لأجله الثمن اختلافاً لا يتسامح بمثله عادة فإنه يجب ذكره، والمرجع في الاوصاف العرف، ثمّ إنّه متى وصفه فلا يبالغ في الوصف ويستقصي فيه، إذ ربّما تعذر وجوده فيبطل السلم بل ينبغي الاقتصار على ما يتناوله اسم الموصوف بالوصف الذي يزيل اختلاف أثمان الأفراد الداخلة في ذلك المعين، فإن استقصى ذلك ووجد الموصوف صحّ السلم، وإلّا بطل كما ذكرناه.

(مسألة: ٢٢٢) لا يجوز اسلاف عرض في عرض إذا كانا مكيلين أو موزونين أو معدودين كالسمن بالزيت، أمّا اسلاف غير النقدين فالظاهر الجواز، وأمّا اسلاف الأثمان في العروض فهو محل اتفاق، وأمّا اسلاف الأثمان وأن اختلفا فالظاهر عدم جوازه لاشتراط التقابض في المجلس.

(مسألة: ٢٢٣) ذكر أن ضابطة السلم هي كلّما ينضبط وصفه يصحّ السلم

فيه، كالأشياء المعدودة، ومنعوا من السلم في اللحم والخبز والجلود والنبل والمعمول، والجواهر واللئالي والعقار إلى غير ذلك من المصاديق غير المنضبطة بشكل كلي، فالحكم مشكل[1].

الرابع: قبض الثمن قبل التفرق فيبطل بدونه على الأشهر، وكذا لو قبض بعض الثمن خاصة لجهالة قسطه من الثمن، ولو كان للمشتري دين في ذمّة البائع فأراد جعله ثمناً، فهنا صورتان:

أحدهما أن يشترط ذلك في العقد، بمعنى أن يجعل الثمن ما في الذمّة بأن يقرنه بالباء، والأقرب الصحّة في ذلك وإن كان الاحتياط في الوقوف على القول بالمنع.

الثانية: المحاسبة قبل التفرق، بمعنىٰ أن يتقابضا في المجلس من غير أن يعينه ثمناً لأنه استيفاء دين قبل التفرق، نعم يفتقر ذلك للمحاسبة إن اختلفا جنساً أو وصفاً أو هما معاً، أمّا لو اتفق ما في الذمّة وما عينه ثمناً فيهما وقع التهاتر قهرياً ولزم العقد.

الخامس: تقدير المبيع والثمن بالكيل والوزن، ولابدّ من معلومية ما يكال به ويوزن كذلك، فلا يجزي ما كان مجهولاً من مكيال أو صنج وان تراضيا عليه فإن ما يعتبر فيه الوزن لابدّ منه نيّة وما يكفي المشاهدة يكتفي بها لرفع الغرر كالثوب وإن أمكن الزرع، وهل يجوز الاسلاف في المعدود عدداً، الأشهر العدم.

السادس: اعتبار الأجل بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، فلو ذكر أجلاً

---

(١) أقول: ذكر الشيخ قدس سره بعض المصاديق لم ننقلها لقلّة الابتلاء (الحدائق ٢٠ / ١٤).

مجهولاً كأن يقول حتّى أردت أو ما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج أو ادراك الثمن كان باطلاً، ولو أتى بلفظ مشترك محتمل اليقين، فالظاهر الصحّة إن كان فهم المتعاقدين متفقاً على إرادة لزمن معين وان علق على أوّل الشهر فإن تعارف الهلالي أخذ به وقت ثبوته وأمّا إن تعارف بالميلادي فواضح، ويرجع في كلّ ذلك إن لم يقم قرينة واضحة للعرف.

السابع: غلبة الوجوب وقت الحلول إذا اشترط الأجل كما هو الأشهر الأظهر، والمراد غلبة الوجود في البلد الذي شرط تسليمه فيه، أو بلد العقد حين يطلق.

أحكام السلم

(مسألة: ٢٢٤) ليس ذكر موضع التسليم شرطاً في العقد، وإنّما يجب التسليم مع الحلول ما حلّ عليه في أي مكان كان، وذلك بما يقتضيه البيع والقرض، نعم الأحوط[1] ذلك خصوصاً مع وقوعه في موضع يعلمان مفارقته قبل حلول الأجل أو يحتاج نقله إلى مؤنة ولم تكن عادة، فإن كان مقتضى العادة والقرينة شيئاً من ذلك وإلّا أنصرف إلى موضع الحلول.

(مسألة: ٢٢٥) لو أراد بيع ما أسلف فيه فههنا صور:

أحدها: أن يبيعه قبل حلول الأجل حالاً، والحكم هنا عدم الجواز لعدم استحقاقه له.

ثانيها: أن يبيعه قبل حلول الأجل مؤجلاً، والحكم هنا كسابقه عدم

---

(١) أقول: ظاهرة الاستحباب (٢٠:٣٥). (المؤلّف).

الجواز.

ثالثها: أن يبيعه بعد الحلول وبعد القبض، وهنا لا إشكال في صحّة.

رابعها: أن يبيعه بعد الحلول وقبل القبض، والحكم هنا جواز بيعه من البائع أو غيره لصيرورة المال ملكاً له يتصرف كيف شاء، سواء اشتراه بدراهم أو عروض، وله بيعه بما شاء من الدراهم والعروض، إلّا أن يفسخ البيع، فيلزم رأس المال خاصة، أمّا مع عدم الفسخ فلا وجه للمنع من تقويمه بالدراهم، والمسألة لا تخلو عن شوب الاشكال.

(مسألة: ٢٢٦) إذا دفع دون الصفة ورضىٰ المشتري فلا إشكال في الجواز، وبراءة ذمّة البائع لأنه مع التراضي من الطرفين لا إشكال في جواز الأخذ ناقصاً وزائداً في العين أو الصفة، وكذا لو دفع فوق الصفة فالأقوى اشتراط طيب نفس الآخذ، فلا يصحّ جبره عليه، نعم لو دفع إليه ما هو على الصفة المشروطة وجب القبول أو الابراء من حقّه ولو امتنع من الأمرين جبره الحاكم، وإلّا قبضه له إذا سأل المسلم إليه ذلك، والظاهر أنه يبرئ لو عزله له.

(مسألة: ٢٢٧) لو وجد في المبيع أو الثمن عيب بعد القبض، فله صورتان:

الأوّلى: يتخير بين الرضاء به مجاناً وبين رده، فيرجع الحقّ إلى ذمّة المسلم إليه، بمعنىٰ أن المدفوع لا يتعين بمجرّد الدفع، وإن كان من الجنس وعلى الوصف، للعيب المذكور، ولا أرش هنا.

تتمه: النماء المنفصل المتجدد زمن الخيار بعد القبض وقبل الردّ متى

اختار الرد فهو للقابض، وأمّا المتصل كالسمن فإنه تابع للعين.

(مسألة: ٢٢٨) إذا ظهر في الثمن بعد قبضه عيب فههنا ستة عشر صور:

أحدها: أن يكون العيب من غير الجنس، ويكون في جملة الثمن بعد التفرق، وكان معينا ولا إشكال في البطلان هنا، لانتفاء شرط السلم، و هو القبض قبل التفرق، كما تقدم.

ثانيها: الصورة بحالها ولكن قبل التفرق، والحكم هو المطالبة بالبدل قبل التفرق.

ثالثها: الصورة الأولى بحالها ولكن كان العيب في بعض الثمن، والحكم فيها صحة البيع فيما هو من الجنس، والبطلان في غيره.

رابعها: الصورة بحالها ولكن قبل التفرق، والحكم فيها الصحة فيما هو من الجنس، والمطالبة بالبدل قبل التفرق.

خامسها: العيب من غير الجنس في جملة الثمن بعد التفرق، ولكن الثمن كلي في الذمة و حكمها كالصورة الأولى لعدم العيب للعلة المذكورة ثمة.

سادسها: الصورة بحالها ولكن قبل التفرق والحكم فيها كما في الصورة الثانية.

سابعها: العيب من غير الجنس بعد التفرق وكون الثمن كليا لكن العيب في بعض الثمن، والحكم فيها كما في الصورة الثالثة.

ثامنها: الصورة كسابقها ولكن قبل التفرق والحكم فيها كما في الرابعة، فهذه ثمان صور فيما لو كان من غير الجنس.

تاسعها: العيب من الجنس كخشونة الجوهر واضطراب السكة ونحوهما وكون ذلك في جملة الثمن بعد التفرق، مع كون الثمن معينا، والحكم فيها التخيير بين الرد والرضا مع الأرش.

عاشرها: الصورة بحالها لكن مع كون الثمن كليا في الذمة، فهل يكون العقد صحيحا لحصول التقابض سابقا ولو في الجملة أو يكون باطلا لعدم التقابض حقيقة قبل التفرق؟ اشكال.

الحادي عشر: الصورة كسابقتها لكن ظهور العيب قبل التفرق، والحكم هنا وجوب الإبدال، لأن الثمن أمر كلي في الذمة محمول على الصحيح السالم من العيب، فمتى كان المدفوع معيبا وجب رده قبل التفرق، لان المقبوض في حكم العدم، ويرجع الحق إلى الذمة، فيجب الأبدال ولا خيار هنا ولا أرش، لاختصاص ذلك بما إذا كان الثمن معينا.

الثانية عشر: الصورة الاولى من صور العيب الجنسي لكن مع ظهور العيب قبل التفرق، والحكم فيها كما في تلك الصورة من التخيير، وهذه الصور الأربع في العيب الجنسي مبنية على ما إذا كان العيب في جملة الثمن، وقس عليها ما إذا كان العيب في بعض الثمن، فإنه يأتي فيه الصور الأربع المذكورة، والحكم فيما قابل الصحيح صحة البيع، وفيما قابل المعيب ما تقدم في كل من الصور الأربع من الخيار في الاولى، والاشكال في الثانية، ووجوب الإبدال في الثالثة، والتخيير في الرابعة.

(مسألة: ٢٢٩) لو اختلفا في قبض الثمن هل كان قبل التفرق أو بعده أو ادّعى البائع أنه قبضه ثمّ ردّه قبل التفرق؟، أمّا الشق الأوّل فمفاده أنهما قد

اتفقا على القبض، إلّا أن أحدهما ادّعى أن القبض تحقق قبل التفرق، فيصحّ العقد حينئذٍ لوجود شرطه، والآخر ادّعى أنه بعده فيبطل، ومقتضى القواعد القول قول مدّعى الصحّة، وأمّا لو اختلفا في أصل قبض الثمن فإن القول قول منكر القبض إلّا أن هذه لا تتعدى كونها احتمال عقلي يشكل الاعتماد عليها، وإن كان الأقرب بالنظر إلى هذه التعليلات هو عدم المطالبة، الزاماً له بالاعتراف بالقبض الذي بنا عليه صحّة العقد، وعدم سماع دعوى الرد.

بيع الغرر والمجازفة(١)

(مسألة: ٢٣٠) من اشترى شيئاً بحكم نفسه ولم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلاً، فإن هلك في يد المبتاع كان عليه قيمته يوم ابتياعه، إلّا أن يحكم على نفسه بأكثر من ذلك، فيلزمه ما حكم به دون القيمة، وإن كان الشيء قائماً بعينه كان لصاحبه انتزاعه من يد المبتاع، فإن أحدث المبتاع فيه حدثاً نقص ثمنه كان له انتزاعه منه وارش ما أحدث فيه، فإن كان الحدث يزيد في قيمته وأراد انتزاعه من يده كان عليه أن يرد على المبتاع قيمة الزيادة لحدثه فيه، فإن ابتاعه بحكم البائع فحكم بأقل من قيمته كان ذلك ماضياً، ولم يكن له أكثر من ذلك، وان حكم بأكثر من قيمته لم يكن له أكثر من القيمة في حال البيع، إلّا أن يتبرع المبتاع بالتزام ذلك على نفسه، فإن لم يفعل لم يكن عليه شيء، والحاصل تقدير المشتري يوجب البطلان بخلاف إن كان الحاكم هو البائع سواء قدره بأقل من قيمته أو أكثر، فإنه يصحّ وان رجع في الأكثر إلى القيمة

---

(١) أقول: إلتزاماً منّا بما تعهدنا به في تدوين الكتاب من ذكر المسائل الابتلائية أعرضنا عن كثير من مسائل هذا الباب. (المؤلّف).

حال البيع أو يرضى المشتري بتلك الزيادة.

نعم في صورة تلف المبيع فإنه يضمن المثل أوّلاً فإن فقد فالقيمة.

(مسألة: ٢٣١) يجوز الجمع في عقد واحد بين المختلفات كبيع، واجارة، ونكاح، وسلف، بعوض واحد، ويقسط الثمن بالمثل، وأجرة المثل ومهره، كأن يقول: بعتك هذا الثوب وآجرتك هذا الدار سنة، وانكحتك ابنتي، وبعتك مأة من حنطة إلى شهر، بمأة دينار فيقول قبلت، إلّا أن للتوقف مجال في ذلك لعدم ورود ذلك من الشارع، فالمسألة محل إشكال.

(مسألة: ٢٣٢) لو تضمن عقد البيع شرطاً فاسداً، بطل الشرط خاصة دون البيع على الأصحّ.

(مسألة: ٢٣٣) يجوز بيع الشيء اليسير بأضعاف قيمته بشرط أن يقرض البائع المشتري شيئاً لجواز بيع الإنسان شيئاً ويشترط الاقتراض أو الاستقراض، أو الاجارة، أو السلف أو غير ذلك من الشروط السابقة وإن كان السبب في هذا القرض من البائع للمشتري هو كون المشتري أخذ سلعته بأضعاف قيمتها، فليس القرض إذا جر المنفعة بطل مطلقاً وإنّما يبطل إذا اشترط فيه النفع، وتوضيح المسألة أكثر، أن يشتري المشتري ثوباً قيمته الفعلية (١٠ دنانير) بـ«مائة دينار) مثلاً على أن يقرضه ما يريده من مال وهو (٥٠٠٠ دينار) فالمعاملة صحيحة بلا إشكال. نعم لو أقرضه البائع بشرط أن يشتري ماله بأضعافه بطل لأنه اشتراط النفع حاصل في الفرض.

(مسألة: ٢٣٤) إذا قوم التاجر على الواسطة المتاع بدراهم معلومة ـ ثمّ قال له ـ بعه بما تيسر لك فوق هذه القيمة فهو لك والقيمة لي جاز ولم يكن

بين التاجر والواسطة بيع مقطوع فإن باعه الواسطة بزيادة على القيمة كانت له، وأن باعه بها لم يكن على التاجر شيء، وأن باعه بدونها كان عليه تمام القيمة لصاحبه إلّا أنه يشكل في الفرض لتفرعه على القول بصحّة بيع الفضولي ونحن لا نقول به، وإن لم يبعه كان له ردّه، ولم يكن للتاجر الامتناع من قبوله، ولو هلك المتاع في يد الواسطة من غير تفريط منه كان من مال التاجر، ولم يكن على الواسطة ضمان، وإذا قبض الواسطة المتاع من التاجر على ما وصفناه لم يجز أن يبيعه مرابحة، ولا يذكر الفضيلة على القيمة في الشراء، وإذا قال الواسطة للتاجر خبرني بثمن هذا الثوب وأربح عليّ فيه شيئاً لابيعه، ففعل التاجر ذلك وباعه الواسطة بزيادة على رأس المال والربح كان ذلك للتاجر، دون الواسطة، إلّا أن يضمنه الواسطة، وأوجبه على نفسه.

الاقالة

(مسألة: ٢٣٥) تستحبّ الاقالة وهي فسخ لا بيع، سواء كان في حقّ المتعاقدين أو غيرهما، وسواء وقعت بلفظ الفسخ أو الاقالة، ولا تصحّ بزيادة في الثمن الذي وقع عليه العقد ولا نقيصة، لأنها فسخ، ومقتضاه رجوع كلّ عوض إلى مالكه، كما يصحّ ذلك في العقد كلّه يصحّ في بعضه، سلماً كان أو غيره.

(مسألة: ٢٣٦) قد عرفت أن الاقالة هي رجوع كلّ عوض إلى مالكه وحينئذٍ فإن كان باقياً أخذه ونماءه المتصل به فإنه تابع للعين، أمّا المنفصل فلا رجوع به وإن كان حملاً لم تضعه يومئذٍ ولم ينفصل، أمّا اللبن في الضرع فالأقرب كونه منفصلاً أمّا الصوف والشعر قبل الجز فأشد إشكال.

العينة

(مسألة: ٢٣٧) العينة هو أن يشتري السلعة بثمن مؤجل ثمّ يبيعها بأذن من ذلك نقداً ليقضي ديناً عليه ممّن قد حلّ له عليه ويكون الدين الثاني وهو العينة من صاحب الدين الأوّل، والغرض من ذلك هو الحيلة في الخروج من الربا، بأن يجيء الرجل محتاجاً إلى مبلغ من النقد يريده إلى مدّة بنفع يكون لصاحب النقد في ذلك المال ضمن المدّة المذكورة، فيشتري منه متاعاً بقيمة زائدة على القيمة الواقعية مؤجلة عليه إلى مدّة معلومة بينهما، فإذا اشتراه واستقر الثمن في ذمّة المشتري وهو طالب العينة، باعه من صاحبه الأوّل أو غيره، بثمن أنقص ممّا اشتراه قبض ثمنه، وبقيٰ ذلك المبلغ الأوّل عليه إلى حلول الأجل، فربّما تعذر عليه بعد حلول الأجل فيتعين أيضاً من ذلك الشخص أو غيره ليوفى دينه.

كتاب الدين

كتاب الدين

هو شغل الذمّة، وحكمه الكراهة سواء كان ذلك للبيع سلفاً ونسيئة بل ربّما أمكن شموله للحال مع عدم احضار النقد، بل تأخيره إلى وقت آخر إلّا أن يخصّ الدين بالمؤجل،

القرض

ثوابه جسيم وأجره عظيم، ومنعه من الطالب المحتاج إليه ذميم، فقد روي عن الصادق عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله «من أقرض مؤمناً قرضاً ينظر به ميسوره، كان ماله في زكاة، وكان هو في صلاة من الملائكة حتى يؤديه إليه» وهي أفضل من الصدقة بمثله من الثواب أي ضعف ثواب الصدقة، إن قصد بها القربة لله سبحانه، كما في نظائره من الطاعات، فلو قصد به الأغراض الدنيوية لم يترتب عليه ذلك.

(مسألة: ٢٣٨) القرض عقد يتوقف على الايجاب والقبول مثل سائر العقود إلّا أنه عقد جائز (يقدر على فسخه)، والصيغة لا تنحصر في لفظ كالعقود الجائزة، بل كلّ لفظ دلّ عليه كفى، إلّا أن «أقرضتك» صريح في معناه، فلا يحتاج إلى ضميمة عليك ردّ عوضه، ونحوه وغيره من الألفاظ يحتاج

إليها، فلو تركها وكان بلفظ التمليك أفاد الهبة إن لم يكن ثمّة ما يدلّ على القرض من قرائن المقام ولم يعلم قصده، ولو كان بلفظ السلف كان فاسداً، ولو كان بغيرهما من الألفاظ الدالّة على الاباحة فهو على ما يقتضيه ظاهر اللفظ، إلّا مع القصد إلى الهبة فيدخل فيهما، ولو اختلفا في القصد فالقول قول الموجب.

(مسألة: ٢٣٩) لو اختلفا في الهبة بأن ادّعى القابض كونه هبة وادّعى المعطى كونه قرضاً حكم لمن يدعي الهبة ما لم تقم قرينة على زائدة على القرض، ومنه يعلم أن أصالة العصمة ما له قد انقطعت باللفظ الصريح الدالّ على الانتقال.

(مسألة: ٢٤٠) هل يكفي القبول الفعلي ويترتب عليه ما يترتب على القول من تمام الملك أو إنّما يكفي بالنسبة إلى اباحة التصرف خاصة؟ الاظهر كما تقدّم في كتاب التجارة الاكتفاء بما دلّ على الرضا الفعلي، فيكتفى بمجرّد الطلب والعطاء وأخذ ذلك بالألفاظ الدالّة على إرادة القرض.

(مسألة: ٢٤١) يبطل القرض ولا يفيد الملك متى اشتمل على اشتراط النفع، وهي الزيادة، وبموجب ذلك لو اقرضه بشرط شيء من النفع عينياً أو حكمياً فإن القرض صحيح يملكه المقترض، وإنّما يحرم ما اشترطه من النفع خاصة، ولا يخفىٰ أن الزيادة التي يحرم اشتراطها في القرض ـ ويجوز أخذها مع عدم الشرط ـ أمّا أن يكون عينية وهو ظاهر أو حكمية كدفع الجيد بدل الردي والصحيح بدل المكسور، والكبير بدل الصغير، ولا إشكال في صورة عدم الاشتراط في أن المقرض يملك الزيادة المذكورة ملكاً مستقراً بقبضه ذلك، لأنها تابعة للعين.

(مسألة: ٢٤٢) لو دفع من اشتغلت ذمّته لشخص بعشرة دنانير اثنتي عشر ديناراً ـ مثلاً ـ فهل يكون الحكم في هذه الزيادة كالزيادة الحكمية؟ بناءً على كونها افراغ ما في الذمّة غايته كونه متفاضلاً، وهو مع عدم الشرط جائزاً أو أنه يكون الزائد بمنزلة الهبة، والحكم بذلك مشكل، نعم لو استقرضه جهاز معطوباً حيواناً صغيراً فارجعه كبيراً ولم يشترط صحّ على كراهة، والأولى لدفع الكراهة أن يصدق بالزائد الهبة.

(مسألة: ٢٤٣) القرض يملك بالقبض فالمال المقترض لا يصحّ التصرف به، ولا يترتب عليه ما يترتب على المال المحلول إلّا بالقبض، كما يجوز للمقرض أن يرجع في القرض قبل قبضه، والنماء الحاصل قبل القبض ملك للمقرض لا المقترض وغيرها من الآثار المترتبة على الملك[١].

(مسألة: ٢٤٤) القرض يملك بالقبض، ومقتضاه ثبوت العوض في الذمّة من مثل أو قيمة[٢]، أمّا أنه بعد رجوع المالك فيما دفعه مع وجود عينه هل له العين أو العوض؟ فلم أوقف فيه على نصّ[٣].

(مسألة: ٢٤٥) الأقوىٰ صحّة التأجيل في القرض ولزوم عقده بعد

---

(١) قال في الانوار الحيرية «القرض من العقود اللازمة ويقع حالاً ومؤجلاً في نفس عقد القرض أو في عقد آخر لازم، والقرض يملك بمجرّد القبض، فإنّه يمتنع تصرّف المقترض في مال القرض الذي هو أمانة عنده». (مخطوط)

(٢) قال في الانوار الحيرية «لا يجوز التصرّف في مال الغير بغير إذنه وحقّ المقرض قد صار في الذمّة واستقرّ فيها فلا تسلّط له على العين». (مخطوط)

(٣) أقول: قد نوه الشيخ إلى كون القرض من العقود اللازمة بمقتضى تعلق القرض بالذمّة بعد القبض وعدم لزوم دفع عين القرض مع بقاءها ج ٢٠/١٢٨. (المؤلّف).

حصول الاتفاق بالشرط بذلك، وعليه يجب الوفاء بالشرط، ويأثم بتركه، ويجبر على الوفاء به لو امتنع، ولو برفع الأمر إلى الحاكم الشرعي، فإن تعذر تحصيل الشرط من جميع الوجوه تسلط على الفسخ إن شاء، وهذا الأمر العارض للعقد لا ينافي لزومه في أصله، وبذلك يحصل الجميع بين الحقّين.

(مسألة: ٢٤٦) يعتبر فيما يصحّ اقراضه أن ينضبط وصفه وقدره، فإنه يجوز اقراضه، فيجوز اقراض الذهب والفضة وزناً، والحنطة والشعير كيلاً ووزناً فلو اقترض شيئاً من ذلك من غير الاعتبار بما يعتبر به لم يفد المالك، ولم يجز له التصرف فيه وأن اعتبره بعد ذلك، ولو تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه، ولا طريق إلى التخلص منه إلّا بالصلح، لكونه مجهولاً، ولا يضر التفاوت اليسير الذي يتسامح به عادة بين أفراده، ثمّ إن الثابت في الذمّة في المثلي هو المثل، وفي القيمي هو القيمة، والأظهر أن الواجب في عوض القيمي هو القيمة مطلقاً، والمعتبر قيمته وقت القبض لا وقت القرض.

(مسألة: ٢٤٧) لو ظهر في العين المقترضة عيب فله ردّها ولا أرش، وأن أمسكها فعليه مثلها أو قيمتها معيبة، نعم لو اختلفا في العيب حلف المقرض مع عدم البيّنة ولو تجدد عنده عيب آخر منع من الردّ، إلّا أن يرضى المقرض به مجاناً بالارش.

(مسألة: ٢٤٨) من أقرض غيره دراهم ثمّ سقطت وجازت غيرها لم يكن له عليه إلّا الدراهم التي أقرضها إيّاه ان وجدت، وإلّا فقيمتها، لكن من غير ذلك الجنس أو منه مع التساوي حذراً من الربا، والاحتياط في المسألة يقتضي الرجوع إلى الصلح من الطرفين، وأحوط منه الابراء بعد ذلك من الجانبين.

(مسألة: ٢٤٩) إذا اقرض رجل رجلاً دنانير ثمّ أخذ المقرض عوض دنانيره دراهم ـ مثلاً ـ وأي عملة من غير مساعرة، ثمّ تغير سعر الدنانير بالزيادة أو النقصان، فالذي يعمل عليه المحاسبة هو الدنانير المقروضة بسعر يوم القرض، فعليه أداء قيمتها إليه بالسعر يوم اقترضها، وأن أخذ المقرض من المستدين دنانير بجنسها لا بالتبديل، والحال أنه ليس له دراهم عنده بالتبديل، فهذه الدنانير عوض دنانيره حسبما تقدّم.

(مسألة: ٢٥٠) إذا اقرض زيد مثلاً من عمرو مبلغاً معيناً وصبر عليه مدّة مع زيادة قد صالحها معه بشيء يسير أو وهبها اليه يعني المستقرض صحّ أخذ الزيادة ان لم تتعلق بالشرط إنّ دفعه بقصد الهدّية أو الهبه أو نحو ذلك فأنه لا بأس به فأن مجرد حصول النفع غير محرمّ أنّما المحرمّ أشتراطه في عقد المقرض[1].

الدين

البحث فيه يقع في مقامين: الأوّل: في الدين المطلق:

(مسألة: ٢٥١) لو غاب المدين وجب نيّة القضاء، أمّا وجوب العزل عند إمارة الموت فأصالة العدم مع عدم ورود نصّ في المقام أقوى مستمسك، نعم يمكن القول بوجوب الوصية به بل الظاهر وجوبها مطلقاً بما له وعليه. فإن لم يعلم انتفاء الوارث وجب حفظه، فإن آيس من وجوده والظفر به أمكن أن يتصدق به، نعم الظاهر جواز التصرف فيه، والتملك له بشرط الرد ان ظهر طالب، والوصية بذلك عند الموت، والأفضل هو الصدقة، وأن جاز

---

(١) أجوبة المسائل الدزفولية. (ص ٦) «مخطوط»

التملك مع الضمان. فالتخيير بين أُمور ثالثة: الابقاء في يده أمانة، والتملك مع الضمان والوصية به، والأفضل التصدق. فإن اتفق حياته ورجوعه إلى ماله، فهو مخير بين قبول ثواب الصدقة، وغرامة ماله، ورجوعه عليه، فالاحسان ظاهر.

(مسألة: ٢٥٢) إذا حصل له القطع بموت صاحب الدين وعدم وجود الوارث له فهو فالدين ملك للإمام عليه السلام.

(مسألة: ٢٥٣) لو كان لأحد في ذمّة آخر دين فباعه بأقل منه عيناً أو قيمة على وجه لا يحصل فيه الربا، ولا الاخلال بشروط الصرف لو كان العوضان من الأثمان فيجب على الذين عليه الدين دفع ذلك الدين كملاً إلى المشتري إلّا أن المسألة محل إشكال. ولو وقع بطريق الصلح صحّ ولا إشكال، ولا يراعى فيه شروط الصرف، لاختصاصه بالبيع امّا الربا فينبغي مراعاته للقول بعدم اختصاصه بالبيع.

(مسألة: ٢٥٤) إذا رأى صاحب الدين المديون في الحرم لم يجز له مطالبته فيه ولا ملازمته بل ينبغي أن يتركه حتّى يخرج من الحرم، ثمّ يطالبه كيف شاء، أمّا لو كانت الاستدانة في الحرم فلا بأس أن يطالبه في الحرم.

(مسألة: ٢٥٥) موت المديون يوجب حلّ ديونه المؤجلة التي تجب عليه في ذمّته، وكذا موت الغريم ونحوها أي صاحب الدين فإذا مات حلّت الديون التي يطلبها من القروض وغيرها.

(مسألة: ٢٥٦) يجوز قضاء الدين من أثمان المحرمات على المسلم، إذا كان المديون البائع ذمياً مستتراً، فلا يتعدى ذلك للحربي ولا المسلم، وإذا

باعه علناً وتظاهر به، فإنه يخرج عن شرائط الذمّة فيخل بالصحّة، ولو كان البائع مسلماً لم يجز، نعم الأقرب عدم كون التستر شرطاً في الصحّة بل الظاهر عدم كونه شرطاً عليهم في الذمّة.

(مسألة: ٢٥٧) إذا كان لاثنين فصاعداً مال في ذمم غيرهم وأرادوا قسمته، كما لو كانوا شركاً في متجر وأرادوا أن يفسخوا الشركة، فإنه لا يصحّ قسمة ما لم يقبض، ولو اقتسموا والحال كذلك لم يصحّ، بل يكون ما يخرج فهو على الشركة وما قوى على الجميع.

(مسألة: ٢٥٨) لو دفع المديون عروضاً عمّا في ذمّته من غير مساعرة، فإنه يحتسب بقيمتها يوم القبض، لأنه إنّما دفعها عوضاً عمّا في ذمّته، وتدخل في ملك الغريم بمجرّد القبض، وإن لم تحصل المساعرة، أمّا بالنسبة إلى الأُجرة فيما لو كانت عروضاً كذلك كما لو كان طعامه أيّام عمله عنده ومنامه من الأُجرة فتغيرت بالزيادة أو النقصان عن سعر يوم شارطه، فالأظهر رجوعه إلى يوم القبض أيضاً.

(مسألة: ٢٥٩) إذا قتل المديون عمداً ولا مال له لم يكن لأولياء القاتل تسليمه للقصاص إلّا بعد ضمان الدين عنه، فإن لم يفعلوا ذلك لم يكن لهم الاقتصاص منه وكذا على الأشهر الأظهر يدفعون من دية الجناية عليه بحكم المال المقتول فيقضي منها دينه ويقضىٰ منه وصاياه وترثها ورثته، نعم إذا حضر الإمام المعصوم وتمكنه من القيام فالدين عليه يؤديه عن الميّت من سهم الغارمين.

(مسألة: ٢٦٠) إذا جحد المديون المال ولا بيّنة للمدّعى فهنا صورتان:

الأولى: أن يحلف المديون، والأشهر الأظهر عدم جواز مطالبته، وأن أقام البيّنة بذلك، نعم لو رجع الحالف بعد ذلك وأتى بالمال من قبل نفسه من غير طلب، واكذب نفسه فإنه يجوز قوله، وعليه أن يأخذ منه رأس المال ونصف الربح إن دفع له ما ربحه منه أيضاً، ويرد عليه نصف الربح. إلّا أن ذلك النصف المأخوذ ليس ملكه بالحقيقة وإنّما هو بالمصالحة بعد تحقق الرضا من الطرفين. وإن لم يأت بالمال فإنه يجوز مطالبته فهل تحل مقاصته ممّا يجده الغريم من أمواله متى امتنع من التسليم؟ لم أقف على نصّ بذلك، والقول بالجواز مشكل.

الثانية: أن يجحد نفسه ويتعذر استيفائه منه، ولا إشكال في جواز الأخذ منه مقاصة، وأن أمكن اقامة البيّنة بالحقّ عند الحاكم، وقد تقدّم الكلام.

(مسألة: ٢٦١) يستحبّ في الدين ما يلي:

الأوّل: الارفاق بالمديون في الاقتضاء والمسامحة في الحساب وعدم الاستقصاء فإنه من سوء حسن الخُلَق.

الثاني: الانظار والتحليل «فلينظر معسراً أو يدع له من حقّه».

الثالث: حسن القضاء.

الرابع: أن لا ينزل على غريمه، ولا يأكل طعامه وشرابه، فإن فعل فلا يزيد على ثلاثة أيّام، بل يكره النزول على الغريم مطلقاً، وإن كانت الثلاثة أخف كراهة، وهي وإن كانت منة بالنسبة إلى الضيف النازل على أهل البلد، لكن في غير صورة الدين، ويستحبّ احتساب الهدية من الدين كما يكره النزول ما لم يظهر من المديون كراهة النزول عليه، والتأذى بالجلوس عنده

وأكل طعامه، وإلّا فلا يبعد التحريم، والاحتياط لا يخفى.

الخامس: ترك التعرض للمديون في الحرم، وقد تقدّم.

السادس: استحباب التقصير على نفسه لأجل التوصل أداء دينه.

السابع: استحباب الاشهاد على الدين.

الثامن: استحباب ترك الاستدانة مع الاستغناء.

التاسع: يستحبّ أداء الدين على الأبوين ويتأكد بعد الموت.

(مسألة: ٢٦٢) لو ضمن أحد عن الميّت دينه، فالظاهر أنه تبرء ذمّته وينتقل المال إلى ذمّة الضامن، سواء كان في مرض الموت أو قبله أو بعده.

(مسألة: ٢٦٣) يجب على المديون دفع جميع ما يملكه في الدين مع حلول الدين وطلب صاحبه، ولا يجوز تأخيره والحال هذه، فإن أخره كان عاصياً، ووجب على الحاكم حبسه، ويستثنىٰ له من ما يملكه دار السكنى فلا يجبره الحاكم على ذلك، أو يبيع عليه قهراً، نعم لو اختار هو قضاء دينه ببيع داره فالظاهر أنه لا مانع منه، ولا ما يصرفه على خادمه، ودابته بمقتضىٰ حاله، وقوت يوم وليلة له ولعياله، وثياب تجمله، وكذا ثياب عياله، والمسألة لا تخلو من شوب، فإن ماطل مع القدرة على الوفاء فإنه يحبس ثمّ يأمر ببيع ما يملكه غير ما يستثنىٰ وإن أبىٰ باعه عنه الحاكم.

(مسألة: ٢٦٤) لا يؤدي عن المديون من سهم الغارمين إلّا مع انفاق الدين في غير معصية، وأنه لا يعطىٰ منه، وقد تقدّم ذلك مفصلاً في كتاب الزكاة وأنه مع الجهل بحاله لم يدفع له من سهم الغارمين، أمّا مع حلول الأجل ومطالبة صاحب الدين مع الحبس بعد القدرة فالظاهر صحّة صلاته

أن زاحمت الابراء وغيرها من الواجبات الموسعة والحقوق كالزكاة والخمس[١].

(مسألة: ٢٦٥) إذا مات المديون ولم يتمكن من القضاء أو تمكن ولكن لم يطالب بالحقّ، سواء خلفّ ما يقضي به عنه أو لم يخلف، وسواء قضى عنه أو لم يقض، والحال أن عزمه ونيّته كانت على القضاء في جميع هذه الصور وكان مصرف الدين الذي عليه في الأمور المباحة، فإنه لا يؤاخذ ولا يعاقب، أمّا مع عدم شيء من هذه القيود، فالظاهر الاثم والمؤاخذة، والحاصل أنه في جميع ما ذكرنا أوّلاً لا يجب الأداء، وعليه ترتب عدم المؤاخذة، ومجمل القول أنه متى كان من نيّته الأداء واتفق موته على أحد الوجوه المذكورة فإنه غير مؤاخذ.

(مسألة: ٢٦٦) متى لم يتمكن المديون من أداء الدين وجب على الإمام أن يؤدي عنه من سهم الغارمين إذا كان قد انفق ما استدانه في طاعة أو في مباح، فلو أنفقه في معصية لم يكن له ذلك، ويستفاد من بعض الأخبار إن لم يتفق الأداء في الدنيا، فإنه ﷺ في الآخرة يقضيه عنه، ولو بارضاء غريمه، وتعويضه، وقد خصّ ذلك بالانفاق في غير المعصية.

(مسألة: ٢٦٧) يقضىٰ عن الغائب إذا قامت البيّنة، ولكن بالكفلاء ويكون

---

(١) قال في انوار الحيرية «إذا توفى رجل موسراً وعليه دين لآخر وامتنع الوصي أو الورثة من وفائه امّا لعدم البيّنة أو لقلّة الديانة وهو فيما بينه وبين الله صادق لم يجوز له أن يحسب ذلك الدين على الميّت من حقّ الله زكاة أو فطرة أو خمساً إن كان هاشميا وكذا لو كان غنيّاً ميّتاً أو حيّاً لم يجز الدفع له وإخلال الورثة وتقصير في الدفع مع ثبوت الدين لا يكون موجباً للاستحقاق والاحتساب عليه. نعم في صورة ما إذا لم يثبت الدين شرعاً مع تيقّن صاحب المال صحّة دعواه فالأحوط التحليل بالإبراء». (مخطوط)

الغائب على حجّته.

(مسألة: ٢٦٨) المعروف من كلمات الأصحاب أنه لا يبطل الحقّ بتأخير المطالبة، وأن طالت المدّة، وقيل في العقار بل كلّ حقّ ترك عشر سنين، اسقط حقّه فيه، إلّا أن المسألة غير خالية من شوب الإشكال.

(مسألة: ٢٦٩) يجوز تعجيل بعض الديون المؤجلة بنقصان منها بابراء أو صلح أو بحد الأجل في الباقي، ولا يجوز تأجيل منها بزيادة[1].

(مسألة: ٢٧٠) لا ريب في أن الكفن مقدم على الدين، كما أن ما يصير إلى الميّت بعد الموت ويوهب له لا يجب صرفه في الدين، ويحل للورثة أكله، سيّما مع الاعسار والحاجة.

(مسألة: ٢٧١) يجوز القرض في بلد مع شرط أن يقضيه في بلد آخر، فلا يجوز للمقرض المطالبة في غير ذلك المكان، كما أنه لا يجوز للمقترض الدفع في غيره.

(مسألة: ٢٧٢) اشتهر بين الأصحاب أنه متى قتل أحد أحداً ظلماً، فإنه ينتقل جميع ما في ذمّة المقتول من الحقوق المالية وغيرها الادمية والالهية إلى ذمّة القاتل، إلّا أن المسألة لا تخلو عن شوب الإشكال.

---

(١) أقول: هنا بحث خطير يقع فيه أكثر الناس حيث إن المديون يطرء عليه ما يوجب تأخير الدين فيمتنع المدين التأخير لفترة أطول إلّا بعوض، وهذا محرم لكونه ربا إلّا أن له التخلص بأن يدفع له قسم من الدين على أن يزيد المدّة على مقتضى العقد الجديد أو على أن يستوفي به الدائن حقّه بالمصالحة ثمّ يقوم بالتعامل بدين جديد أكثر زماننا على شيء بسيط فتكون المعاملة الثانية صورّية لعقد الدين بالمدّة الجديدة، وهنا صورة ثالثة وهي أن يوقع معاملة جديدة من قبل المدين على نحو مغري وفيها محابات أي بسعر رمزي على أن يشترط التأجيل لمدّة جديده للدين الأوّل، وتوجد صورة رابعة وهي أن يهبه المدين مائة درهم إلى الدائن ويشترط عليه عدم المطالبة بالدين إلى مدّة سنة مثلاً. (المؤلّف).

كتاب الرهن

كتاب الرهن

الرهن لغة الثبوت والدوام، يقال: رهن الشيء رهـوناً، إذا ثـبت ودام، ورهنته المتاع بالدين رهناً حبسته به، فهو مرهون، والأصل مرهون بالدين، والكلام في هذا الكتاب يجب بسطه في مسائل:

(مسألة: ٢٧٣) الصيغة المشتملة على الايجاب والقبول، فالمستفاد من الأخبار أن الرهن لا يختصّ بلفظ، وأعلم أن الرهن أمّا أن يكون مبتدأ متبرعاً به، وهو الدين الذي عليّ، فيقول المرتهن، قبلت، وامّا أن يقع شرطاً في عقد لازم كبيع أو أجارة أو نكاح أو غير ذلك، فيقول: بعتك هذا الشيء بشرط أن ترهني بيتك فيقول: اشتريت ورهنت، أو زوجتك ابنتي على مهر قدره كذا، بشرط أن ترهنني دارك على المهر، فيقول الزوج: قبلت ورهنت.

(مسألة: ٢٧٤) لو عجز من النطق كفت الإشارة، ولو كتبه والحال هذه وعرف ذلك من قصده جاز، ولابدّ أن تكون الإشارة مفهمة للمقصود.

(مسألة: ٢٧٥) هل أن قبض الرهن شرط في الرهن أم لا؟ وان شرطية القبض هل هي في الصحّة، أو اللـزوم؟ الظـاهر الثـاني إلّا أن المسألة مـحل إشكال.

(مسألة: ٢٧٦) لو قبض المرتهن الرهن بغير إذن الراهن فالظاهر الصحّة،

ولو عرض للراهن الجنون والاغماء أو الموت بعد العقد وقبل القبض صحّ، ويقوم الولي مقامه في استحقاق الاقباض، إلّا أنه يراعي المصلحة في ذلك، فإن رأى المصلحة في الاقباض كما إذا كان في بيع يتضرر بفسخه أو نحو ذلك من المصالح التي يقتضيها الحال أقبضه، وإلّا فلا.

(مسألة: ٢٧٧) ليس استدامة القبض شرطاً، فلو عاد إلى الراهن أو تصرف فيه لم يخرج عن الرهانة وكذا لو رهن ما في يد المرتهن قبل الرهن فإن كان بعارية أو وديعة أو اجارة ونحو ذلك ممّا كان قبضاً مأذوناً فيه شرعاً فالظاهر الصحّة وإن كان قبضاً غير مأذون فيه شرعاً كقبض الغاصب، والمستام، والمشتري فاسداً، فالصحّة أيضاً، نعم لو كان بعد الرهن بغير إذن فلا يعتد به.

(مسألة: ٢٧٨) لو رهن ما هو غائب وقلنا باشتراط القبض، فلابدّ من حضور المرتهن أو وكيله عند الرهن وقبضه، وأنه لا يصير رهناً صحيحاً أو لازماً إلّا بذلك، والمعتبر في القبض ما تقدّم في كتاب البيع من اعتباره في كلّ بما يناسبه من النقل في المنقولات، والكيل والوزن في المكيلات والموزونات، والتخلية فيما لا يكون كذلك، ولو قلنا بعدم اشتراط القبض سقط البحث هنا.

(مسألة: ٢٧٩) لو أقرّ الراهن بالاقباض قضىٰ عليه به، هذا مع عدم العلم بكذبه كما لو قال: رهنته اليوم داري التي بالحجاز واقبضت إياها مع علمنا بأنه ليست له وسيلة إلى الوصول للحجاز وكونهما في الشام فإنه لا يسمع، للاستحالة[1].

---

(١) أقول: لا مناقشة في المثال لربّما يحصل ذلك بالاتصال. (المؤلّف).

أمّا أنه لو رجع عن اقراره بالاقباض لم يقبل رجوعه، لأنه باقراره أوّلاً فيجب إلزامه والحكم عليه، ولا تسمع دعواه، بحيث تتوجه على المرتهن اليمين، نعم لو ادّعى الغلط في إقراره وأظهر تأويلاً ممكناً في حقّه كما لو قال استندت فيه إلى كتبه وكيلي فظهر مزوراً ونحو ذلك، فالظاهر سماع دعواه بمعنىٰ توجه اليمين على المرتهن بأن القبض حقيقي، أو على نفي ما يدعيه الراهن.

(مسألة: ٢٨٠) لو ادّعى المواطات في الاشهاد إقامة لرسم الوثيقة أي لأجل كتابتها والشهادة عليها حذراً من تعذر ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض، فالأقوىٰ أنها مسموعة، بمعنى توجه اليمين بها كما على المرتهن أيضاً.

وينبغي أن يعلم أن سماع دعواه إنّما يتم لو شهد الشاهدان على إقراره، فادّعى الغلط أو الموطاة كما تقدّم، أمّا لو شهدا على نفس الاقباض وفعله لم تسمع دعواه، لتضمنها تكذيب الشاهدين، بخلاف الشهادة على الإقرار، فإنها لا تنافي دعواه بأحد الوجهين المذكورين، وعلى هذا فلا يثبت على المرتهن باليمين لوقعت الشهادة على نفس الاقباض، وكذا لو شهدا على إقراره بالاقباض فأنكر الاقرار، فإنه لا يلتفت إلى انكاره، لمّا تقدّم من استلزامه تكذيب الشاهدين.

(مسألة: ٢٨١) لو رهن ما هو مشترك بينه وبين غيره على سبيل الاشاعة، فإن كان ممّا ينقل ويحول فإنه لا يجوز الاقباض إلّا بإذن الشريك، لاستلزامه التصرف في مال الغير بغير إذنه، فلو أقبضه والحال هذه فعل محرماً،

والأقوى حصول الاقباض بذلك وبه يتم شرط الرهن، هذا فيما ينقل أمّا إذا كان ممّا لا ينقل ولا يحول كالأرض المشاعة فالظاهر الاكتفاء بالتخلية برفع يد الراهن وتمكين المرتهن من قبضه.

(مسألة: ٢٨٢) الرهن أمانة في يد المرتهن، لا يضمن إلّا مع التفريط، فلا يسقط بتلفه شيء مع عدم التفريط.

(مسألة: ٢٨٣) فوائد الرهن وزوائده المتجددة بعد الرهن إن كانت منفصله كالولد والثمرة بعد الجذاذ أو يقبل الانفصال كالشعر والصوف والثمره قبل الجذاذ فإنها لا تدخل في الرهن على الأقوىٰ وإن كانت المسألة لا تخلو من شوب الإشكال.

أمّا المتصلة اتصلاً لا يقبل الانفصال كالسمن والطول فلا ريب في دخولهما.

(مسألة: ٢٨٤) الرهن لازم من جهة الراهن حتّى يخرج من الحقّ الموجب للرهن، أمّا بأدائه ولو من متبرع عنه، أو ضمان الغير له مع قبول المرتهن، أو الحوالة أو ابراء المرتهن له وفي حكمه الاقالة المسقطة للثمن المرهون به، أو الثمن المسلم فيه المرهون به.

الضابطة براءة الراهن من جميع الدين، وإذا خرج من بعضه دون بعض فهل يخرج الرهن بأجمعه عن الرهانة، أو يبقى كذلك أو بالنسبة، أوجه وقيل بالثاني، نعم لو شرط كونه رهناً على المجموع خاصة تعين الأوّل، كما أنه لو جعله رهناً على كلّ جزء جزء تعين الثاني.

(مسألة: ٢٨٥) إذا وجد المرتهن بالرهن عيباً سابقاً كان له الردّ بالعيب،

فيتخير معه في فسخ البيع، واجازته بلا رهن سواء كان الرهن باقياً بالصفة التي قبضه، أو حدث في يده عيب آخر على الأقوى.

(مسألة: ٢٨٦) إذا رهن عصيراً فصار خمراً بطل الرهن إلّا أنه لا يخرج عن ملكية مالكه إن أمسكه للتخلل والتخليل، ولم تجب إراقته. ولا يجوز رهن المسلم الخمر ولو كان عند الذمي.

شرائط الرهن

(مسألة: ٢٨٧) لا يشترط كون الرهن عيناً مملوكة، فيصحّ على الأقوى رهن ما في الذمّة من الديون، وكذا المنافع، مثل سكنى الدار وخدمة الخادم، فلا مانع من رهن الدين ولو قلنا باشتراط القبض كهبة ما في الذمم ويجتزي بقبض ما يعينه هنا، والمراد باشتراط كون الرهن مملوكاً هو أعم من ملك الأصل أو المنفعة، كما لو أذن له المالك في رهن ماله، فلا يصحّ رهن ما لا يملكه ولا يؤذن فيه، وعلى هذا فالمملوكية بمعنيها من شروط الصحّة.

(مسألة: ٢٨٨) الأقوىٰ جواز الرهن على الأعيان المضمونة، ومعناه جواز الاستيفاء منه إذا تلف أو نقصت أو تعذر الردّ، وإلّا فلا، والمسألة لخلوها من النصّ الصريح لا تخلو من الإشكال.

كما أنه صرّح بجواز الرهن على الحقّ الذي لا يمكن استيفاؤه من الرهن كالحقّ المتعلق بعين مخصوصة كما لو آجره نفسه شهراً أو دابته المعيّنة، أو داره ونحو ذلك فإن تلك المنفعة لا يمكن استيفاؤها إلّا من تلك العين المخصوصة حتّى لو تعذر الاستيفاء منها لموت أو خراب أو نحوهما بطلت الاجارة، بخلاف الاجارة المطلقة المتعلقة بالذمّة، كما لو استأجره

على تحصيل عمل كخياطة ثوب أو كتابة كتاب أو نحو ذلك بنفسه أو غيره، فإن الواجب عليه تحصيل تلك المنفعة بأي وجه اتفق.

(مسألة: ٢٨٩) هل يلحق بالأعيان المضمونة لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما أو نقصان قدرهما كيلاً أو وزناً، ونحو ذلك ممّا يوجب الضرر على أحد المتبايعين، الأقرب الأوّل. والمتجدد فلا لعدم تحقق المقتضي حين العقد، وهذا جيد، إلّا أن المسألة لخلوها من النصوص محل التوقف.

(مسألة: ٢٩٠) لا يصحّ للرهن على مال الجعالة لعدم استحقاق المجعول له المال قبل تمام العمل وأن شرع فيه.

(مسألة: ٢٩١) لو رهن على مال رهناً ثمّ استدان مالاً آخر وجعل ذلك الرهن عليهما معاً جاز، ولا يشترط فسخ الرهن الأوّل ثمّ تجديده لهما بل يضمّ الثاني بعقد جديد، ويجوز العكس أيضاً بأن يرهن على المال رهناً آخر فصاعداً، على أن تكون قيمة الأوّل تفي بالدين الأوّل، هذا إن كان الدين الآخر الذي يريد جعل الرهن الأوّل عليه لصاحب الدين الأوّل، وأما لو كان لغيره فإن وقع بإذنه ورضاه فكذلك، وإلّا فإذا وقع لغيره أو من دون رضاه فيشكل القول بالصحّة.

ما يعتبر في الراهن والمرتهن

(مسألة: ٢٩٢) يشترط في الراهن والمرتهن كحال العقل، وجواز التصرف برفع الحجر عنهما في التصرف المالي والاختيار، فلو أكرها أو أحدهما لم ينعقد، والمراد أنه لم ينعقد انعقاد تاماً على حسب ما يقع من المختار.

(مسألة: ٢٩٣) يجوز لولي الطفل رهن ماله إذا ألجأته الحاجة إلى الاستدانة له، مع مراعاة المصلحة في ذلك، ولو كانت المصلحة في بيع شيء من ماله دون الاستدانة فهو أولى أن أمكن البيع، وحيث يجوز الرهن يجب كونه في يد أمين يكون وديعة عنده، ويعتبر كون الرهن مساوياً للحقّ، أو زائداً عليه، ليمكن استيفاؤه منه، وكونه بيد الولي أو بيد عدل ليتم التوثيق والاشهاد على الحقّ لمن يثبت به عند الحاجة إليه عادة، فلو أخل ببعض هذه الشروط ضمن مع الامكان.

(مسألة: ٢٩٤) يجوز الاستقراض من مال اليتيم من غير رهن، ولا ظهور وجه للغبطة والمصلحة ومن دون خشية التلف بل يسوغ الاقتراض بمجرّد الاحتياج. نعم يجب تقييده بعدم الضرر، كما أن الأقرب عدم اعتبار كونه ثقة ومليأً مع الرهن لانضباط الدين بالرهن، وإن كان الأحوط، ولو دار الأمر بين تركه المؤدي للتلف وبين تعذر الرهن والوثاقة، فالأولى الاقراض لثبوته في ذمّته، فيحتمل تخلصه أو وارثه منه أو أخذه في الآخرة، بخلاف التلف من الله إلّا أن يقال: بثبوت العوض عليه تعالى، فيحتمل ترجحه لأنه أكثر.

(مسألة: ٢٩٥) لا يخفى أن مجرّد اطلاق الرهن لا يقتضي كون المرتهن وكيلاً في بيع الرهن لو تعذر الأداء، نعم يجوز له أن يشترط كون وكيلاً في البيع عند الحلول وتعذر الوفاء، وكذا يجوز اشتراطها لوارثه من بعده أو وصيه بعد موته، وكذا يجوز اشتراطها لأجنبي غيره، وغير وارثه ووصيه، وهل للراهن فسخها بعد ذلك؟ الأظهر أنه ليس له ذلك.

(مسألة: ٢٩٦) تبطل الوكالة بموت المشروط له، من حيث إن الغرض

منها الاذن في التصرف، فيقتصر فيها على من أذن له، فإذا مات بطلت من هذه الجهة، كما تبطل العقود اللازمة الجارية على ذلك، كالاجارة المشروطة فيها العمل بنفسه، فإنها بموته تبطل أمّا أصل عقد الرهن فلا يبطل بموت أحدهما، فيبقى ببقائه فعلى هذا لو كانت الوكالة للمرتهن فإنه بموته ينتقل الرهانة إلى وارثه، دون الوكالة، إلّا أن يكون مشترطة للوارث، ولو كان المرتهن وكيلاً في بيع الرهن، فهل يجوز له ابتياعه وتولى طرفي العقد أم لا؟ الظاهر كذلك.

(مسألة: ٢٩٧) يجب تقديم صاحب الرهن لو حلّ دينه وكانت أمواله تقصر عن ديونه فالمرتهن أحقّ باستيفاء دينه من الرهن، دون غرماء الميّت، هذا لو كان الراهن حيّاً أمّا لو مات فيشترك المرتهن مع الغرماء من دون تقديم حقّه.

(مسألة: ٢٩٨) إذا كان الرهن دابة فركبها المرتهن كانت نفقتها عليه، وكذلك إن كانت شاة شرب لبنها كانت عليه نفقتها، وإذا كانت عند الإنسان دابة أو حيوانا رهناً فإن نفقتها على الراهن دون المرتهن، فإن انفق المرتهن عليها كان له ركوبها والانتفاع بها، أو الرجوع على الراهن بما أنفق، أمّا لو كانت غير ذلك لم يصحّ التصرف به والانتفاع به إلّا ما أذن له، ولو كان للرهن غلة وفوائد وتصرف فيها المرتهن وجب عليه أن يحتسبها من دينه، وكذا لو تصرف من دون إذنه وإنّما يزيد بالاثم.

(مسألة: ٢٩٩) إذا لم يكن المرتهن وكيلاً في البيع أمّا لعدم الوكالة، أو لبطلانها بموت الراهن كما تقدّم فإنه يجوز له لو مات الراهن ولم تكن له

بيّنة يمكن اثبات حقّه عند الحاكم أو كانت ولكن يمكن اثبات حقّه لأمر آخر، وخاف جحود الورثة للدين أن يبيع بنفسه، ويستوفي حقّه، ويرجع الباقي إن كان على الورثة. فإذا توفرت هذه الشروط الثلاثة جاز له بيع الرهن، وينبغي أن يراعي في الخوف الموجب للتصرف ما كان مستنداً إلى القرائن المفيدة للظنّ الغالب بجحود الورثة أو الراهن؛ فلا يكفي مجرد توهم ذلك.

(مسألة: ٣٠٠) يحرم التصرف لكلّ من الراهن والمرتهن في الرهن إلّا بإذن الآخر[1]، نعم هذا فيما لو كان التصرف يوجب زوال الملك وتلفه أو يوجب نقصانه، أمّا ما عدا ذلك فالظاهر عدم المنع منه مع عدم النصّ، كالجلوس على الفرش وركوب الدابة ونحوهما.

(مسألة: ٣٠١) لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله، بمعنى أنه لم يعلم وجود الرهن في التركة ولا عدمه، فإنه يكون كسبيل مال المرتهن في الحكم بكونه ميراثاً، ولا يحكم للراهن هنا بشيء، وكذا لو احتمل أن تلك العين رهناً أجري عليها حكم التركة والملك.

(مسألة: ٣٠٢) إذا حل الأجل وتعذر الأداء فإن كان المرتهن وكيلاً فلا إشكال في جواز بيعه، واستيفاء حقّه، وإلّا لم يكن له البيع بنفسه، لأنه يعد تصرف في مال الغير بغير إذنه، وحينئذٍ فعليه أن يرجع إلى الراهن، ويلزمه بالبيع أو الاذن فيه، فإن امتنع رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي، فيلزمه الحاكم بالبيع أو يبيع عليه كما يفعل ذلك في سائر الحقوق.

---

(١) أجوبة المسائل الدزفولية: لا يجوز لكل من الرّاهن والمرتهن التّصرف في الرّهن الأ بأذن الاخر الأ في استيفاء الحق منه لو مضت المدّة ولم يف بما عليه. (مخطوط)

فرعان: الأوّل: لو غاب الراهن ولم يقدر عليه، فالظاهر أنه يرفع أمره إلى الحاكم ليبيع عليه، فإن تعذر فليبعه المرتهن كما له أن ذلك من دون مراجعة الحاكم ـ كما تقدّم ـ إلّا أن ذلك أولى وأحوط.

الثاني: لو استلزم رفع الأمر إلى الحاكم اثبات الدين مع عجزه عن الاثبات ـ لعدم البيّنة أو تقدّم حضورها أو عدم كونها مقبولة ـ فالظاهر أيضاً جواز مباشرة المرتهن لذلك.

(مسألة: ٣٠٣) يجوز للمرتهن التصرف في الثمن إن كان الحقّ موافقاً للثمن جنساً ووصفاً، فيما إذا كان ما في ذمّة المديون، مثل الدين جنساً ووصفاً فإنه يجوز له الأخذ مقاصة من غير توقف على التراضي، ولو لم يكن موافقاً له لم يجز إلّا بإذن الراهن، كما أنه لا يجوز له التصرف في الرهن لذلك، نعم لو كان جواز التصرف مفهوم من الاذن في البيع والوكالة، لأن فائدته جواز التصرف في الثمن، فذلك جيد إن قامت عليه قرائن وإلّا فالتفصيل أجود.

أمّا لو أذن له في البيع قبل حلول الأجل جاز البيع، لكن ليس له التصرف في الثمن إلّا بعد حلول الأجل، وهل يكون الثمن في هذه الصورة رهناً فلا يجوز للراهن طلبه أم لا؟ إشكال، ويمكن ترجيح العدم، لأن حقّ المرتهن تعلق بالعين.

مسائل المخاصمة والنزاع

(مسألة: ٣٠٤) لو اختلف الراهن والمرتهن في الدين الذي على الرهن مع عدم البيّنة، فالظاهر تقديم قول الراهن بيمينه.

(مسألة: ٣٠٥) لو اختلفا فقال المالك، هو وديعة، وقال الآخر: هو رهن، المشهور تقديم قول المالك، والمسألة في محل من الاشكال من تعارض الأخبار وبعد التأويلات المذكورة.

(مسألة: ٣٠٦) إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن واختلفا في القيمة فهيهنا فروع:

الأوّل: أنه هل القول في ذلك قول الراهن أو المرتهن؟ الأقوىٰ أن القول قول المرتهن.

الثاني: في تعين القيمة هل هي قيمته يوم هلاكه أو يوم قبضه أو أعلى القيم؟ الأنسب الأوّل، أمّا لو كان مثلياً فإنه يضمن بمثله إن وجد، وإلّا فقيمة المثل يوم الأداء على الأظهر.

(مسألة: ٣٠٧) إذا أذن المرتهن للراهن في البيع ثمّ رجع فاختلفا، فقال المرتهن رجعت قبل البيع، وبموجبه يكون الرهن باقياً، والبيع باطل، وقال الراهن: إنّما رجعت بعد البيع فالبيع صحيح، والرهن باطل، قيل إن القول قول المرتهن، والمسألة محل إشكال لعدم النصّ فيها.

كتاب الشفعة

كتاب الشفعة

وقد عرفت بأنها استحقاق أحد الشريكين حصّة شريكه بسبب انتقالها بالبيع.

(مسألة: ٣٠٨) تثبت الشفعة في العقار الثابت القابل للقسمة كالأراضي والبساتين والمساكن، وهي القدر المعلوم جوازه أمّا غيرها وفي كلّ مبيع فمشكل.

(مسألة: ٣٠٩) إذا بيعت الأرض وما فيها من نخل أو شجر أو أبنية فالظاهر ثبوت الشفعة في تلك التي في الأرض تبعاً لها، بل الظاهر أنه لا إشكال فيه لدخولها تحت ما ثبت الشفعة فيه، أمّا لو بيعت منفردة نازعة عن تلك الأرض أو منضمة إلى أرض أُخرى غير ما هي فيها، فالظاهر عدم ثبوت الشفعة للاخلال بالقابل بها.

(مسألة: ٣١٠) هل تثبت الشفعة في الثمرة وإن بيعت على رؤوس النخل والشجر منضمة إليها؟ الظاهر العدم، كما ثبتت الشفعة على الأصحّ في النهر والطرق والحمام ونحو ذلك وان ثبت التضرر بالقسمة.

(مسألة: ٣١١) يشترط في الأخذ بالشفعة أُمور:

الأوّل: الشركة، على الأشهر الأظهر، فلو كان مقسوماً فلا شفعة، نعم يستثنىٰ صورة واحدة، وهي ما اذا كانت دار فيها دور مقسومة لكلّ طرف مالك على حدّة، وطريق الجميع واحدة، فباع أحد المالكين منزله وما يخصّه من الطريق، فإن الشفعة حينئذٍ تثبت في جميع المبيع وإن كان بعضه غير مشترك، فلو انفردت الدار بالبيع، دون الطريق فلا شفعة، ولو بيعت الطريق خاصة تثبت الشفعة إذا كانت الطريق واسعة، بناءً على اشتراط قبول القسمة، وفي تعدي عن الطريق إلى النهر وغيره محل منع.

هلْ يشترط في جواز الشفعة في هذه المسألة كون الدور مقسومة بعد الشركة أو لا؟ أو يكفي كونها منفردة من أصلها، وكلّ منها على حدّة من غير تقدّم شركة، وإن اشتركت في الطريق؟ فعلى هذا يجوز الشفعة فيها أعمّ من أن تكون مشتركة في الأصل أم لا؟ الظاهر الثاني.

(مسألة: ٣١٢) لو باع عرصة مقسومة وشقصاً من أُخرى، فالشفعة في صفقة الشقص خاصة بحصة من الثمن.

الثاني: انتقال الشقص بالبيع خاصة، فلو جعله صداقاً أو صدقة أو هبة أو صالح عليه فلا لشفعة على الأشهر الأظهر.

الثالث: أن لا يكون الشريك أكثر من واحد على الأظهر.

الرابع: قد تقدّم في أوّل الكتاب من كونه ممكن القسمة، وهل تصحّ في كلّ مبيع أم لا؟

(مسألة: ٣١٣) شروط الشفيع

الأوّل: الشركة بحصة مشاعة، فلا شفعة فيما قسم، ولا في الجوار إلّا فيما تقدّم من صورة الاشتراك في الطريق.

الثاني: القدرة على الثمن أعمّ من القدرة بالفعل أو القوة ولو بالقرض.

الثالث: الثمن إذا كان من ذوات الأمثال أمّا ذوات القيم فالأقرب البطلان.

الرابع: التصرف بعد الملك فيشكل بيع الطلق فيما إذا كان بعض الدار أو الأرض وقفاً والبعض الآخر طلقاً، فإن بيع الوقف على وجه يصحّ بيعه، والظاهر يشكل البيع لفقد النصّ.

الخامس: يعتبر في الشفيع الإسلام إذا كان المشتري مسلماً، فلا شفعة ليهودي ولا نصراني ولا مخالف.

السادس: تثبت الشفعة للغائب والصبي والمجنون، ويتولى الأخذ وليهما مع الغبطة.

السابع: لا إشكال في أن لولي اليتيم أن يبيع ماله لمصلحته، كالأنفاق عليه ونحوه، سواء كان أباً أو جداً أو وصياً، كما لا يخلو من قرب القول بالجواز مطلقاً إذا كان الولي شريكاً لليتيم في ذلك الشقص، وأن المسألة لخلوها عن النصّ محل إشكال.

كيفية الأخذ بالشفعة

(مسألة: ٣١٤) لو اشتمل البيع المشفوع على خيار وكان الخيار للمشتري فإن للشفيع الشفعة بنفس العقد، ولا يتوقف على انقضاء الخيار.

أمّا لو كان الخيار للبائع أو لهما، أو للبائع وأجنبي، فإن قلنا بانتقال

المبيع بنفس العقد كما هو الأشهر الأظهر، ثبتت الشفعة؛ وهل يسقط خيار البائع بالأخذ بالشفعة ؟ الأقوى عدم السقوط لبقاء أصل الخيار.

(مسألة: ٣١٥) لا يخفى أن مقتضى الأدلة في الشفعة، هو استحقاق الشفيع لمجموع الشقص المشترك إذا أخذه بالشفعة، وأن ذلك حقّه شرعاً، وحينئذٍ فهل له تبعيض حقّه بأن يشفع في بعضه ويترك بعضاً أم لا ؟ الأظهر الثاني.

(مسألة: ٣١٦) يأخذ بالثمن الذي وقع العقد عليه وإن كان قيمة الشقص المشفوع في حدّ ذاته أكثر أو أقل ولا يلزمه ما يغرمه المشتري من المؤن كأجرة الدلال والوزن ونحو ذلك، والمراد من أخذه بالثمن يعني مثله، لعدم امكان الأخذ به نفسه غالباً.

(مسألة: ٣١٧) يدفع الشفيع مثل الثمن لو كان الثمن مثلياً كالذهب والفضة أمّا لو كان قيمياً كالحيوان والثوب والجواهر ونحوها، فهل تصحّ الشفعة أم لا ؟ قد تقدّم ذلك وأن الأقرب العدم.

(مسألة: ٣١٨) يجب على المشتري دفع الشقص المشفوع بعد الشفعة ما لم يدفع الشفيع الثمن، فإن الشفيع يملك الشقص بمجرّد الشفعة، كما أن المشتري يملك المبيع بمجرّد العقد، لكن هل يتم الملك بمجرّد الأخذ القولي بدون تسليم الثمن أم يتوقف على التقابض ؟ الأقرب هو ما تقدّم في البيع من أن كلاً منهما قد وجبت عليه تسليم ما انتقل عنه إلى صاحبه، ولا أولوية في تقدم احدهما على الآخر، وعدم دفع أحدهما لو أخل بما وجب عليه، لا يقتضي جواز التأخير للآخر مع وجوب الدفع عليه.

(مسألة: ٣١٩) هل الأخذ بالشفعة لمن له على نحو الفورية؟ والمراد أنه متى من كان له حقّ الشفعة ولم يأخذ وتراضى فقد ذهب حقّه، المسألة لعدم النصّ الواضح محل اشكال، وإن كان القول بالفورية أقرب وأحوط، نعم يعذر جاهل الشفعة، ويقبل دعوى الجهل ممّن يمكن في حقّه عادة وكذا لا يقدح فيها تأخيره لعذر يمنع المباشرة أو التوكيل، ثمّ إنه ينبغي أن يعلم أن وجوب المبادرة على تقدير الفورية ليس المبادرة بكلّ وجه ممكن، بل المرجع فيه إلى العادة والعرف، فيكفي مشيه إلى المشتري لأخذ الشفعة بالمعتاد وأن قدر على الزيادة، وانتظار الصبح لو علم ليلاً، ولا يمنع من ذلك أيضاً الصلاة إذا حضر وقتها، وانتظار الجماعة بل انتظار الحرّ والبرد المانعين. هذا كلّه مع عينية المشتري عنه في حال العلم، أمّا حضوره فلا يعد شيء من هذه عذراً.

(مسألة: ٣٢٠) لا تسقط الشفعة بتقايل المتبايعين، نعم لو عفى الشفيع سقطت الشفعة من جهة الشراء، وهل يتجدد بالاقالة بناءً على أنها بيع مطلقاً أو في حقّ الشفيع، الأشهر الأظهر العدم، ويبقىٰ الدرك على المشتري، وكذا لا تسقط ببيع المشتري، ولا وقفه ولا جعله مسجداً، ولا نحو ذلك من تصرفاته، لأنها وأن صحت، لكن لا تبطل ذلك حقّ الشفيع لسبقه، فمتىٰ أخذ بالشفعة بطل ما سبقها من التصرفات.

(مسألة: ٣٢١) يتخير الشفيع بين أخذ الشقص من المشتري الأوّل أو الثاني والثالث لو تعدد، لأن كلّ واحد منهم سبب لثبوتها. ثمّ إنّ أخذ الشفيع بالشراء الأوّل وقع الثمن الأوّل وبطل المتأخر مطلقاً، وان أخذ بالشراء

الأخير أخذها بثمنه، وصحّ السابق عليه مطلقاً، لأن الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه، وأن أخذ من المتوسط أخذ بثمنه، وصحّ ما تقدمه وبطل ما تأخر عنه.

وإن كان التصرف ممّا لا تثبت فيه الشعفة، كالوقف والهبة والاجازة فللشفيع نقضه وأخذ الشقص بالشفعة، والثمن في الهبة للواهب لازمة كانت أو جائزة والمتصدق.

(مسألة: ٣٢٢) لو انهدم البيت أو عاب فهنا صور:

أحدها: أن يكون ذلك بفعل المشتري قبل مطالبة الشفيع بالشفعة، ولا حصل معه تلف شيء من العين، فلشفيع الخيار بين الأخذ بكلّ الثمن أو الترك.

وثانيها: أن يكون ذلك بفعل المشتري بعد المطالبة بالشفعة، وهنا يضمن النقص بمعنىٰ سقوط ما قباله من الثمن.

وثالثها: أن يكون ذلك بفعل غيره، سواء كان قد طالب الشفيع أم لا؟ فإنه يتخير الشفيع بين الأخذ بمجموع الثمن، والترك.

(مسألة: ٣٢٣) هل حقّ الشفعة يورث أم لا؟ المسألة لا تخلو من توقف.

(مسألة: ٣٢٤) لو حمل النخل بعد الابتياع فأخذه الشفيع قبل التأبير، فالحق أن حكمها بالنسبة إلى الشفعة قبل التأبير كحكمها بعده في كونها للمشتري غير داخلة في الشفعة، وعلى هذا فيكون الطلع غير مؤبر وقت الشراء للمشتري فإن أخذه الشفيع وهو بتلك الحال بقى للمشتري، كما لو أخذه بعد التأبير، ويكون البيع في هذه الصورة بمنزلة ما إذا ضمّ غير المشفوع، فيأخذ الشفيع المشفوع وهو غير الثمرة بحصته من الثمن،

وطريقه كما تقدّم في غير موضع أن تقوم المجموع ثمّ يقوم الثمرة وتنسب قيمتها إلى المجموع، ويسقط من الثمن بتلك النسبة.

(مسألة: ٣٢٥) إذا باع الشريك الذي له الشفعة نصيبه من المال المشترك قبل الأخذ بالشفعة فهنا صورتان:

الأُولى: أن يكون بيعه بعد العلم بالشفعة، وحصول شرائطها وشرائط فوريتها على تقدير القول بالفورية[1]، ولا إشكال في بطلان شفعته لفواتها بالاشتغال بالبيع.

الثانية: أن يكون قبل العلم بالشفعة، ومثله أيضاً ما لو كان قبل ثبوت الفورية فيها لمّا تقدّم من الأعذار، كعدم العلم بقدر الثمن، أو جهله بالفورية أو نحو ذلك، فباع والحال هذه ففي بقائها مطلقاً، أو زوالها مطلقاً، أو التفصيل؟ أقوال. والمسألة لعدم النصّ لا يخلو توقف إلّا أن الأظهر هو القول الثاني بل لا يخلو من قوّة.

(مسألة: ٣٢٦) لو عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يرده فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائداً، فهل يكون لصاحب الشفعة المطالبة بها أم لا؟ المسألة لخلوها عن النصّ محل إشكال كغيرها من الفروع المذكورة إلّا أن القول الأوّل أقرب.

(مسألة: ٣٢٧) لو كان الثمن مؤجلاً فالأقرب على القول بفورية الشفعة هو أن يأخذ بالشفعة عاجلاً بالثمن المؤجل الذي وقع عليه العقد، فإن العقد إنّما وقع على المؤجل.

---

(١) أقول: قد عرفت أن الفورية عند الشيخ غير تامة إلّا أنها أحوط. (المؤلّف).

(مسألة: ٣٢٨) إذا أختلف المشتري والشفيع في القيمة بعد الاتفاق في الشراء، فقال المشتري: اشتريت بمأة، وقال الشفيع: بل بخمسين، فإن لم يكن بيّنة لأحدهما، فالأجود هو أن المشتري هو المدعي لزيادة، والشفيع ينكر فالقول قوله مع يمينه، أمّا مع البيّنة فالمسألة خالية عن النصّ.

(مسألة: ٣٢٩) إذا ظهر في الشقص الذي هو محل الشفعة عيب، فإن كان ذلك حال البيع وقبل أخذ الشفيع بالشفعة فالواجب أوّلاً النظر فيما يستقر عليه حكم المشتري في هذه الصورة، فإن اختار أخذ الارش، أو كان الحقّ منحصراً في الارش بأن حدث في المبيع ما يمنع الردّ، فالحكم في الشفيع أنه يسقط عنه من الثمن ما قابل الارش، وإن لم يأخذ الارش بل عفا عنه، تخير الشفيع بين الأخذ بمجموع الثمن الذي وقع عليه العقد، وبين الترك.

إن كان ظهور العيب بعد الأخذ بالشفعة فهيهنا صور أربع:

الأُولى: أن يكونا عالمين فلا خيار لأحدهما ولا أرش، لقدوم المشتري على الشراء والحال هذه، والشفيع على الأخذ بالشفعة والحال كما عرفت.

الثانية: أن يكونا جاهلين، فإن اتفقا بعد العلم على ردّه فلا بحث، وأن اتفقا على أخذه مع الأرش أو بدونه صحّ، والثمن اللازم للشفيع على الأوّل هو ما بعد الأرش، وعلى الثاني هو ما وقع عليه العقد.

الثالثة: أن يعلم الشفيع بالعيب دون المشتري، والحكم فيه لزومه للشفيع لقدومه على الأخذ مع علمه بالعيب، وأمّا المشتري فالظاهر أنه ليس له الردّ.

الرابعة: أن يعلم المشتري خاصة، وحينئذٍ فللشفيع ردّه بالعيب حيث أنه جاهل به، وليس له أرش، وكذا المشتري لا أرش له هنا لقدومه على الشراء مع علمه بالعيب.

(مسألة: ٣٣٠) كلّما دلّ من الألفاظ على الأخذ بالشفعة ـ كقوله: أخذت أو تملكت أو أخترت الأخذ ـ وطلبها فهو موجب لذلك، ثمّ إنّ ظاهر أنه لم يدل دليل على معلومية الثمن عند الشفيع جنساً وقدراً ووصفاً.

موجبات سقوط الشفعة وبطلانها

(مسألة: ٣٣١) الموجب لسقوط الشفعة وبطلانها أُمور:

الأوّل: أن يشتري شقصاً لا يستوي إلّا عشرة بمأة ويدفع عوض المأة ما يساوي عشرة، فالشفيع أمّا أن يدفع المأة، أو ينزل عن الشفعة، لأنك قد عرفت أنه يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد إن أراد الشفعة، وأمّا دفع المشتري عوض المأة ما يساوي عشرة فهي معاوضة أُخرى، وهذا من جملة الحيل لاسقاط الشفعة، وفي معناه أن يبرءه من بعض الثمن.

الثاني: ترك المطالبة بالشفعة مع العلم وعدم العذر، بناءً على القول بالفورية.

الثالث: ما لو تنازل عن الشفعة قبل البيع على ما تقدّم.

الرابع: وهو من الحيل أيضاً في اسقاط الشفعة أن ينقل الشقص بغير البيع كالهبة والصلح على الأشهر الأظهر من اختصاص الشفعة بالبيع.

الخامس: أن يبيع جزءاً من الشقص بثمن كلّه، ثمّ يهب له باقي الشقص.

السادس: أن يبيع عشر الشقص مثلاً بتسعة أعشار الثمن، ثمّ يبيع تسعة أعشاره بعشر الثمن، فالشريك الأوّل لا يرغب في الشفعة في البيع الأوّل لقلة المبيع، وكثره الثمن، ولا شفعة له أيضاً في البيع الثاني لعدد الشركاء، لأن الأشهر الأظهر اشتراط وحدة الشريك بصيرورة الثاني شريكاً.

السابع: أن يبيعه بثمن قيمي كثوب مثلاً، ثمّ يبادر البائع بعد قبضه إلى اتلافه قبل العلم بثمنه، أو يخلطه بغيره بحيث لا يتميز، فإنه تندفع الشفعة هنا لعدم معلومية الثمن والجهل به.

(مسألة: ٣٣٢) لا تبطل الشفعة إلّا مع التصريح باسقاطها بعد ثبوتها فلا تسقط بالشهادة على البيع، ولا أن يبارك للمشتري أو البائع العقد، ولا أن يأذن للمشتري في الابتياع.

كتاب الحجر

كتاب الحجر

وهو لغة المنع، ومنه سمّى الحرام حجراً، لما فيه من المنع، وشرعاً هو المنع من التصرف في المال، أي مال ذلك المجحود عليه، أعمّ من أن يكون في الجميع أو البعض، فيشمل الممنوع من التصرف في الجميع، كالصبي أو في البعض كالمريض، والظاهر أن المنع في الجملة وعلى بعض الوجوه، إذ لا منع شرعاً من الكلّ، إذ لا يكون أضعف من الصبي والمجنون، وهما غير ممنوعين من الأكل والشرب والسكنى ونحوها.

(مسألة: ٣٣٣) موجبات الحجر:

الأوّل: الصغر، وهو الصبي الذي لم يبلغ في الجملة، والظاهر أن الحجر إنّما هو باعتبار التصرف المالي لا جميع التصرفات أمّا تدبيره ووصيته، وكذا العتق منه، قد نصّ على جوازها من ابن عشر سنين، أمّا إيصال الهدية والاذن، فلا تحتاج علم المهدي إليه، والداخل يكون ذلك بإذن الولي صريحاً.

(مسألة: ٣٣٤) الصغر سبب في الحجر، ولا يزول إلّا بالبلوغ، وهو يعلم

في الذكور بأُمور، منها ـ خروج المني وتشركه في هذه العلامة الأُنثى، والمراد منه الماء الدافق الذي يخلق منه الولد في يقظة كان أو نوم.

ومنها: الانبات، والمراد به ما على العانة من الشعر، وهذه العلامة أيضاً مشتركة بين الذكر والأُنثى، وهي بنفسها إمارة على البلوغ لا دليلاً على الأصحّ.

ومنها: السن، وهي الذكر ببلوغ خمس عشر سنة، وفي الأُنثى ببلوغ تسع سنين.

ومنها: الحيض، والحبل (الحمل) للأُنثىٰ، وهما دليلين على سبق البلوغ.

ومنها: انبات الشعر على الوجه للذكر، وهي أيضاً علامة على البلوغ على الأصح.

(مسألة: ٣٣٥) أن الحجر لا يرتفع عن الصغير إلّا بالبلوغ كذلك يعتبر معه الرشد أيضاً فلا يرتفع عنه الحجر إلّا بالبلوغ والرشد، والرشد ملكة نفسانية مرجعها أُمور ثلاثة: أحدها أن يكون مصلحاً لماله على الوجه اللائق بحاله.

وثانيها: كونه غير مفسد له بالتضييع. وثالثها: أن لا يصرفه في المصارف غير اللائقة بحاله، ولا يخفىٰ ما بين هذه الأُمور من التلازم.

وبكلمة لابدّ أن يكون هذه الأُمور عن ملكة يقتدر بها عليها من حفظه، وصرفه في الاغراض الصحيحة، فلا يكفي ذلك مرّة أو مرّات من غير أن يكون ذلك على جهة الملكة، بل يكون من عقله ومعرفته أن لا يضيع

المال، ولو بتحمل الغبن الفاحش في المعاملات، والصرف في المحرمات، والتبذير والاسراف، فإنه مناف للرشد، والأقوى عدم اشتراط العدالة في الرشد.

(مسألة: ٣٣٦) يعلم الرشد بالاختبار فيما يلائمه من الأعمال، ذكراً كان أو أُنثى، ففي الذكر لا يفك عنه الحجر حتّى ينظر لو كان من التجار مثلاً في بيعه وشرائه، لا بمعنى أن يفوض إليه البيع والشراء، بأن يبيع ويشتري لأنه لم يتحقق رشده بعده بل بمعنىٰ أن تعاكس في الأموال على هذا الوجه، أو يدفع إليه المتاع ليبيعه أو الثمن ليشتري به، ولا يلاحظ إلى أن يتم المساومة فيتولى الولي، فإذا تكرر منه ذلك وسلّم من الغبن، والتضييع وصرف المال في غير موضعه ثبت رشده، وهكذا في كلّ أحد بنسبة عمله الذي يمارسه، والمرأة تستعلم بما يناسب حال النساء من الغزل، والطبخ وتدبير المنزل ونحو ذلك ممّا يعتاد ممارسته النساء[1].

الثاني: الجنون

الثالث: الرق والمملوك

الرابع: المرض، فالمريض ممنوع من الوصية بما زاد على ثلث ماله، والزائد على الثلث متوقف نفوذه على اجازة الورثة، لا أنه يقع باطلاً في حدّ ذاته، فإن أجازوه صحّت ولزمت.

الخامس: الفلس، وسيأتي الكلام فيه مستوفىٰ إن شاء الله.

---

(١) أقول: لا يشكل بتمثيل الشيخ ﷺ على ما كانت المرأة تعتاده تلك الفتره ففي زماننا قد تختبر بما يخبر به الذكور أيضاً أو بالشهادة الاكاديمية لكونه طريقاً لاستكشاف الرشد كما لا يخفى. (المؤلّف).

السادس: السفه، وهو مقابل الرشد، وقد عرفت معنى الرشد، فالسفه عبارة عن الملكة التي تترتب عليها أضداد تلك الأُمور، فلا يقدح الغلط في بعض الأحيان، ولا انخداع نادراً لوقوع ذلك من كثير من المتصفين بالرشد.

(مسألة: ٣٣٧) من السفه على ما ذكروه الانفاق في المحرمات، وصرف المال في الأطعمة النفيسة التي لا يليق بحاله، ومثله اللباس الفاخر ونحوه.

أمّا صرفه في وجوه الخيرات كالصدقات وبناء المساجد والقناطر والمدارس واقراء الضيوف ونحو ذلك، فإن كان لا ئق بحاله لم يكن سفيهاً قطعاً، فإن زاد على ذلك عدّ تبذير واسراف على الأصحّ.

أحكام السفيه

(مسألة: ٣٣٨) لو باع السفيه في حال السفه لم يضمن بيعه، وكذا لو وهب أو تصدق أو أقر بمال، والضابط هو منعه من جميع التصرفات المالية، ويصحّ طلاقه وخعله وظهاره، واقراره بالنسب وما يوجب القصاص، لأنها ليست تضييع للمال.

نعم في الاقرار بالنسب بين ما كان يوجب للنسب، وهو ليس بمالي، فلا مانع من الحكم به، وما كان موجب للانفاق فلا يجب عليه وإنّما ينفق على من استلحقه من بيت المال، وينبغي أن يعلم أنه في صورة الخلع لا يسلم إليه مال الخلع.

أمّا توكله لغيره في البيع مثلاً فهو صحيح.

(مسألة: ٣٣٩) هل يثبت الحجر على السفيه بمجرّد ظهور السفه، أم

يتوقف على حكم الحاكم؟ وهل يزول بزوال السفه، أم يتوقف على حكم الحاكم؟ الأظهر قوّة القول بالحكم بالحجر بمجرّد السفه، وعدم التوقف على حكم الحاكم، وأنه يزول أيضاً الحجر بزواله، ومنه يعلم أيضاً أن الرشد مناط صحّة التصرف حيث ما كان وأن ترتب السفه على مجرّد تضييع المال وافساده، كما أنه يحصل السفه بارتكاب بعض المعاصي، كشرب الخمر والزنا، وإن لم يتضمن تضييع المال.

(مسألة: ٣٤٠) إذا ثبت الحجر على السفيه فباعه إنسان كان البيع باطلاً، فإن كان المبيع موجود فلصاحبه استعادته، ولا فرق في جواز استعادته مع وجوده بين كون من باعه عالماً بالسفه أو جاهلاً، وأن تلف وكان القبض بإذن صاحبه مع كونه عالماً بالسفه، فإن تلفه من مال صاحبه، وأن فرض فك الحجر عنه بعد ذلك. وبالجملة فإن العلم بوجود السفه مانع من العوض، فإذا تلف والحال هذه ففك الحجر بعد ذلك لا أثر له في ضمانه، امّا لو تلف والحال أن البائع جاهل بالسفه فيضمنه.

(مسألة: ٣٤١) لو أذن الولي للسفيه في البيع صحّ على الأقوى، ولو أودعه شخص وديعة فأتلفها، فالظاهر عدم الضمان عليه.

(مسألة: ٣٤٢) ولو كان المال مضموناً والحقّ ثابتاً في ذمّة ذلك السفيه كسائر الحقوق المضمونة في ذمم المديونين ـ لم يكن للمنع من الدعاء بخروجه، أو المعاوضة عنه بالأجر والثواب وجه، ويستحقّ التوصل إليه بكلّ وجه من وجوه التوصلات الدعاء مع عدم الحيلة في الوصل بغيره من الأُمور الموجبة لذلك.

وبكلمة لو ثبت كونه حقّاً شرعياً في ذمّة من دفعه إليه لا تستحق المعاوضة كسائر الحقوق التي تفوت على أصحابها، وكيف كان فالمسألة لا تخلو من شوب الإشكال.

(مسألة: ٣٤٣) الحكم بالضمان على الصبي والمجنون في الصور التالية نظر: أحدها: إذا أتلفا مال غيرهما بغير إذنه.

وثانيها: إذا غصبا فتلف في يديهما.

وثالثها: إذا دفع إليهما بقصد الوديعة والعارية فتلف.

(مسألة: ٣٤٤) الولاية في مال الصغير والمجنون المتصل جنونه بالبلوغ للأب والجدّ له وأن علا، وكذا السفيه على الأظهر.

(مسألة: ٣٤٥) لو بلغ عاقلاً ثمّ جدد سفهه فولايته للحاكم، ولا ترجع ولاية الأب والجدّ له.

(مسألة: ٣٤٦) قد عرفت أن الولاية في مال الصغير والمجنون المتصل جنونه بالبلوغ للأب والجدّ وأن علا بلا إشكال، وإنّما الإشكال فيما لو تعارض عقد الأب والجدّ بأن أوقعاه دفعة، فهل يقع باطلاً أم لا؟ أوجه؟ وقد عرفت أنه مشكل لفقد النصّ.

(مسألة: ٣٤٧) هل تعتبر العدالة في الأب والجدّ؟ الظاهر عدم الاعتبار أمّا الوصي ففي اعتبار العدالة فيه، الأظهر اشتراط ذلك بل يبدل ويعزل لو ظهر غير عدل لعدم الأمن منه بالتغيير والتبديل، والاخلال بتنفيذ الوصايا.

الاحتياط في المقام أن يضم الحاكم إليه عدلاً يكون ناظراً عليه في تنفيذ الوصايا (لو لم يعلم حاله) ويظهر من بعض النصوص الأذن لعدول

المؤمنين في تولي بعض الأُمور الحسبية المنوطة بالحاكم الشرعي.

(مسألة: ٣٤٨) السفيه حكمه في العبادات البدنية والمالية الواجبة حكم الرشد في وجوب الاتيان بهما، إلّا أنه لا يمكن من صرف المال، وعلى هذا فمتى كان الحجّ عليه واجباً فليس للولي منعه، بل يجب عليه المبادرة إليه، وعلى الولي تولي الانفاق عليه بنفسه أو وكيله[1]، سواء زادت نفقته سفراً على نفقة الحضر أم لا؟ ولا فرق في ذلك بين حجّة الإسلام أو حجّ النذر إذا كان النذر سابقاً على الحجر. وكذا لو أراد الحجّ ندباً سواء زادت عن الحضر أم لا، بل يجوز فعل الطاعات، والقربات المستحبة والنذر مطلقاً ونحو ذلك، وإنّما الممنوع عنه تصرفاته المالية التي تصرف في المصارف غير الشرعية. وحينئذٍ فلو أراد أن يتصدق بصدقه أو يبني مسجداً أو نحو ذلك، على وجه لا يدفع المال إليه، فلا مانع منه.

(مسألة: ٣٤٩) إذا حلف السفيه وحنث في يمينه، فإنه يجب عليه الكفّارة قطعاً، لأنه بالغ عاقل، ولا يتعين عليه التكفير بالصوم قد عرفت أن ما يوجبه السفه منعه من الصرف في المال بغير الوجوه المشروعة، لا مطلقاً.

المفلس

وهو بكسر اللام لغة الذي ذهب خيار ماله من دراهم ودنانير، وبقىٰ فلوسه، أي صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم، ومرجعه إلى الانتقال من حال اليسر إلى حال العسر، أمّا شرعاً فإنه يقال: مفلس بفتح: وهو الممنوع من التصرف في ماله، يقال: فلسه القاضي تفليساً إذا حكم بافلاسه، والمراد به هنا

---

(١) أقول في عصرنا يكتفى بدفع أُجرة الحجة للمقاول مع الهدي وكذا الزيارات. (المؤلّف)

من يكون عليه ديون تقصر أمواله عن أدائها.

(مسألة: ٣٥٠) لا يتحقّق الحجر عليه إلّا بشروط أربعة:

الأوّل: أن يكون ديونه ثابتة عند الحاكم بالبيّنة أو باقرار أو علم منه على الأظهر.

الثاني: أن يكون أمواله قاصرة عن الديون التي عليه، وإلّا فيأمره الحاكم بالتسديد وإلّا فيحبسه إلى أن يقضي ذلك، أو يبيع عليه متاعه ويقضي عنه دينه، والمراد بأمواله القاصرة عن أداء ديونه ما يشمل معوضات الديون، وهي الأموال التي ملكها بعوض ثابت في ذمّته كالأعيان التي اشتراها أو استدانها، فإنه ملكه، وأن تخير أصحابها بين الرجوع فيها عند قسمة أمواله أو الطلب بعوضها، وكما تحتسب هذه الأشياء من جملة أمواله، فتحتسب أعواضها من جملة ديونه.

الثالث: أن يكون ديونه حاله، فلو كانت ديونه مؤجلة لا وجه للحجر.

الرابع: أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه، فلأنه حقّ الغرماء فلا يتبرع الحاكم بالحجر لأجلهم إلّا أن تكون الديون لمن له الولاية عليه، كاليتيم والمجنون والسفيه وكذا لو كان بعضهم لهم والبعض الآخر بغيرهم مع التماس ذلك الغير، وكذا لو سأل هو الحجر، فإنه لا يجاب إلى ذلك.

بقى هنا شيء لم أقف على من تنبه له، أن الأقوى أن للحاكم قسمة أمواله بالحصص بين الغرماء بعد رفع الأمر إليه، فإن جهل حاله حبسه حتّى يعلم فإن وجد عنده مالاً قسم ما وجده عنده، وإن لم يجد عنده شيئاً أطلقه

حتّى يستفيد مالاً أي يكتسب ويسدد الدين[١].

(مسألة: ٣٥١) لو تصرف فيما منع منه كان تصرفه باطلاً، والبطلان هنا عبارة عن عدم اللزوم لا نفي الحقيقة كعبارة الصبي فإن أجازه الغرماء نفذ وإلّا آخر إلى أن يقسم المال، فلا يباع ولا يسلم إلى الغرماء، فإن لم يفضل من ماله شيء بين بطلانه، وأن فضل ما يسعه صحّ.

(مسألة: ٣٥٢) لو أقرّ بدين سابق صحّ، إنّما الكلام في أنه هل يشارك ذلك المقرّ له بالدين الغرماء أم لا؟ الأقوى أنه يشترك معهم، نعم لو تأخر الاقرار عن القسمة فالظاهر أنه لا يلتفت إلى اقراره، ولا يدخل شريكاً مع الغرماء. هذا إن لم يسند الدين إلى ما بعد الحجر، فإنه وإن كان الاقرار به صحيحاً في نفسه، إلّا أنه لا ينفذ عندهم في حقّ الغرماء.

(مسألة: ٣٥٣) لا ريب في تعلق الحجر بالمال الموجود حال الحجر، وإنّما الكلام في النماء والمال المتجدد بعد الحجر، فهل يتحقق الحجر فيه أيضاً أم لا؟ بناءً على المختار من أنه لا دليل على الحجر وإنّما يستفاد من الأخبار قسمة مال المفلس بالحصص بعد رفع الأمر إلى الحاكم، والواجب قسمة كلّ ما كان له من مال يومئذٍ على الغرماء.

(مسألة: ٣٥٤) لا تحل الديون المؤجلة عليه بالحجر، وإنّما تحل بالموت ـ كما تقدّم في كتاب الدين ـ وكذا لا يحل بالحجر الدين المؤجل

---

(١) أقول: أنظر هذا النضم المتقن في الاقتصاد لا ما نراه من حبس الغريم بمجرّد دعوى منه أو اعلان افلاسه ومن ثمّ يترك بعد فترة بغرامة من دون جدوى أو يحبس ويكون طاقة مجمدة وعب مادي على الدولة فلا يستفيد الدائن. (المؤلّف).

الذي له على غيره، من دون فرق في دين الميّت بين حال السلم والجناية المؤجلة وغيرهما.

(مسألة: ٣٥٥) لو أقرض إنسان مالاً بعد الحجر أو باعه بثمن في ذمّته شارك الغرماء على الأصحّ فضلاً عمّا لو كان جاهلاً. نعم إن لم يكن بيعه وقرضه بعد قسمة المال بين الغرماء فإنه غريم، هذا إلّا إذا ثبت إجماع من المتقدمين على تعلق الغرماء بعين تلك الأموال وتملكها، فإنه يكون حجّة عندنا.

(مسألة: ٣٥٦) بناءاً على ما عرفت من عدم ثبوت الحجر على المفلس إلّا بما يقتضيه تقييم أمواله على الغرماء، فليس للغرماء منعه لو كان له حقّ وأراد أن يقبض دون حقّه بدعوىٰ أنه محجور عليه في أمواله وتصرفاته كما عرفت.

(مسألة: ٣٥٧) إذا كان المديون مفلساً ووجد صاحب الدين عين متاعه فلا يخلو أمّا أن يكون ذلك في حياة المديون أو بعد موته، فإن كان ذلك في حياته، فإن لصاحب المتاع أخذ عين متاعه ولو لم يتملك سواه، وإن كان بعد موته فليس له أخذه إلّا أن يترك الميّت نحواً ممّا عليه، فيجوز له أخذها.

هل لصاحب العين أن يختار بين أخذ العين أو الضرب مع الغرماء؟ الظاهر عدم ثبوت ذلك له بل يختصّ بعين ماله، فلا يشارك الغرماء.

الفسخ هنا بمقتضى اجرى حكم المفلس بقسمة أمواله على الغرماء ومن جملتها هذه العين، فيختصّ به الحاكم صاحبه، ويصير ذلك فسخاً للبيع الأوّل، وإن لم يحصل الرضا من المالك.

(مسألة: ٣٥٨) بناءاً على لزوم توفر شروط الحجر عليه واحدها تعذر استيفاء تمام ثمن العين الذي في ذمّة المفلس، فلو كان في ماله وفاء مع كونه مفلساً بأن نمى المال بعده، أو وجد مال آخر، أو حصلت الزيادة بسبب ارتفاع القيمة السوقية وصارت القيمة أعلا من وقت الحجر، فلا رجوع له إلى العين، إذ سبب الرجوع إنّما هو تعذر الثمن، والغرض أنه ممكن.

(مسألة: ٣٥٩) إذا رجع إلى العين ووجدها زائدة فلا يخلو أمّا أن يكون تلك الزيادة منفصلة كالولد واللبن أو متصلة كالسمن والطول الموجب لزيادة القيمة، والمنفصلة ملك للمشتري، والمتصل ملك للبائع، والمسألة لا تخلو من شوب الإشكال.

(مسألة: ٣٦٠) إذا اشترى عيناً وعمل فيها عملاً يزيد في صفتها كنسج الغزل أو خياطة الثوب أو خبز الذقيق أو جعل الخشب الواحاً أو عمله باباً لم يبطل حقّ البائع، وهو الرجوع إلى العين، ثمّ إنّه إن لم ترد العين بهذه الصفات فإنه لا شيء للمفلس، سواء غرم عليه أم لا، وأن نقصت فلا شيء للبائع على المفلس لو اختار أخذ العين، وان زادت القيمة بذلك صار المفلس شريكاً بنسبة ذلك، فتباع العين ويكون للمفلس بنسبة مازاد وبالتالي تقسم على الغرماء.

(مسألة: ٣٦١) لو اشترى أرضاً فغرسها أو بنىٰ فيهما ثمّ أفلس، كان صاحب الأرض أحقّ بأرضه وليس له إزالة الغرس ولا البناء، وطريق إلى وصول كلّ ذي حقّ إلى حقّه، هو أن تباع الأرض بما فيها من البناء والغرس، فلكلّ منهما من الثمن ما قابل ما يخصه، ويعلم ذلك بأن يقوما معاً ثمّ تقوم

الأرض مشغولة بهما ما بقيا مجاناً، وينسب قيمتها كذلك إلى قيمة المجموع ويؤخذ من الثمن للأرض بنسبة ذلك، فالباقي للمفلس.

هذا إن رضى البائع ببيع الأرض فلو امتنع لم يجبر بل يباع مال المفلس على الحالة المذكورة.

(مسألة: ٣٦٢) ان تولي الحاكم للبيع إنما يكون بنصب رجل يعتمده ينادي على المتاع في السوق لبيعه، هذا أن تولى ذلك الحاكم، وأن حصل اتفاق المفلس والغرماء على رجل ينادي عليه ويبيعه لهم، فكذلك أيضاً.

(مسألة: ٣٦٣) لا يجبر المفلس على بيع داره التي يسكنها ولو كانت زائدة على حاجته ويستثنىٰ أيضاً الكفن ويقتصر على الواجب منه وهو الأثواب الثلاثة ولا يقتصر على الأدون منها، ويلحق بها مؤونة التجهيز من سدر وكافور وماء ونحوها.

(مسألة: ٣٦٤) إذا قسم الحاكم مال المفلس، ثمّ ظهر غريم بعد القسمة نقضها وقسمت على الجميع، فههنا صور أربع: ففي صورتي ما إذا كان الطلب عيناً وأختصّ بها بعض الغرماء، أو باعها الحاكم لا سبيل إلّا بنقض القسمة، أمّا الصورتين الآخرتين وهي ما إذا طلب ديناً أو عيناً ولكنها في يد جميع الغرماء بالسوية، والظاهر هنا أيضاً يقتضي نقض القسمة، والمسألة لما كانت خالية من النصّ فهي محل إشكال.

(مسألة: ٣٦٥) إذا كان عليه ديون حالة ومؤجلة وقت القسمة، قسم المال على الديون الحالة، أمّا لو كانت مؤجلة وقت الحجر وحلّت وقت القسمة شارك فيها أربابها وأن كان الحجر في ابتدائه إنّما وقع لأجل الديون الحالة.

(مسألة: ٣٦٦) لا يجوز حبس الغريم مع ظهور اعساره بموافقة الغريم، أو قيام البيّنة أو علم الحاكم، ولو تعدد الغريم فوافق بعض وخالف آخرون فللمخالف البحث إلّا أن يكون الموافق ممّن يحصل بإخباره الثبوت الشرعي، فيدخل في قيام البيّنة بالنسبة إلى المخالف.

هذا الحكم لا يختصّ بالمفلس بل هذه الأحكام تجري على غيره، ومع عدم ظهوره فإنه يحبسه حتّى تبين افلاسه وحاجته، فإذا تبيّن له خلى عنه حتّى يستفيد مالاً.

(مسألة: ٣٦٧) لو كان له مال ظاهر وامتنع من الوفاء تخير الحاكم بين حبسه حتّى يوفى بنفسه، وبين أن يوفي الحاكم عنه بنفسه، فإن كان ماله من جنس الحقّ صرف فيه الغريم، وإن كان مخالفاً باعه عنه وأوفى.

يحل لصاحب الدين الأغلاظ له في القول، كأن يقول: يا ظالم ونحوه، والعقوبة الحبس، والعرض الأغلاظ له في القول.

(مسألة: ٣٦٨) لو لم يكن للغريم مال ظاهر وادّعى الاعسار، أخذ بقوله ما لم تقم بيّنة على الاعسار، لكن إن كان مستند البيّنة في الشهادة علمها بتلف أمواله قبلت وإن لم تكن مطلعة على باطن أمره، وأن شهدت بالاعسار مطلقاً من غير تعرض لتلف ماله، اعتبر فيها الصحية، والمعاشرة بحيث يطلعان بها على باطن أحواله، بأن يقول أنه معسر لا يملك إلّا قوت يومه، وثياب بدنه ونحو ذلك.

إن لم توجد البيّنة على أحد الوجهين المذكورين وكان له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالاً، حبس حتّى يثبت اعساره، والمراد من قولنا «كان له

أصل مال» أنه كان له مال قبل الآن، ولكن ادعى الآن تلفه، وبقولنا «أو كان أصل الدعوى مالاً» أن غريمه الذي قد ثبت دينه دفع إليه في مقابلته مالاً، بأن يكون قد باعه سلعه، وهو يطالب بثمنها أو أقرضه مالاً، والمديون يدعى تلفه، أو ينكر وصوله إليه مع قيام البيّنة بوصوله إليه، وحكمه حينئذٍ أن يحبس حتّى يثبت اعساره.

(مسألة: ٣٦٩) لا يكلف اليمين لو أقام بيّنة على اثبات مدعاه سواء كانت على الاعسار أو التلف على الأقوى.

إذا قسم المال بين الغرماء وجب اطلاقه من الحبس إن كان محبوساً إلّا أن يكون هناك سبب آخر للحبس، ولا يتوقف على حكم الحاكم على الأقوى.

كتاب الضمان

كتاب الضمان

الضمان لفظ مشترك يطلق على معنيين أحدهما أخص من الآخر، والمعنى الأعم عبارة عن عقد شرع للتعهد بمال أو نفس، والتعهد بالنفس هو الكفالة والتعهد بالمال فإن كان في الذمة فهو الحوالة وإلّا فهو الضمان بالمعنىٰ الأخص.

ويقع البحث في مقاصد ثلاثة

الأوّل: في الضمان بالمعنى الأخص وهو التعهد بالمال من البرئ.

(مسألة: ٣٧٠) يشترط في الضامن جواز التصرف المالي، فلا يصحّ ضمان الصبي ولا المجنون، بل الغافل والساهي أيضاً، والسفيه المحجور عليه لسفهه كذلك.

(مسألة: ٣٧١) لا يشترط علم الضامن بالمضمون له، والمضمون عنه، ومعرفتهما بنسبهما أو وضعهما، على الأصحّ، وكذا لا يعتبر القبول في عقد يشمل عليه.

(مسألة: ٣٧٢) لا يشترط رضا المضمون له في صحّة الضمان، إلّا أنه لا

تخلو المسألة من تعارض في الأخبار يقتضي التوقف والاشكال، وعلى فرض الاعتبار لا يعتبر أزيد ممّا يفيد ذلك بأي لفظ كان بل بغير لفظ أيضاً، أمّا رضى المضمون عنه فالمسألة أيضاً محل إشكال لفقد النصّ.

(مسألة: ٣٧٣) متى تحقق الضمان على الوجه المعتبر شرعاً انتقل المال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، وبرء المضمون عنه من حقّ المضمون له، وإنّما يبقى الحقّ في ذمّة الضامن إذا كان الضمان بإذنه دون ما إذا كان تبرعاً، وعليه لو أبرأ المضمون له ذمّة المضمون عنه لم يفد شيئاً، بل كان لغواً، نعم لو أبرأ ذمّة الضامن برئا جميعاً.

(مسألة: ٣٧٤) الأظهر اشتراط رضا المضمون له بالضامن، وقبوله له ملياً كان أو غير ملي.

(مسألة: ٣٧٥) حقّ المضمون امّا أن يكون حالاً أو مؤجلاً، ثمّ إنّه أمّا أن يضمنه الضامن حالاً أو مؤجلاً، وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلاً، امّا أن يكون الأجل الثاني مساوياً للأوّل، أو أنقص أو أزيد، وعلى التقادير أمّا أن يكون الضمان تبرعاً، أو بسؤال المضمون عنه، فالصور اثنى عشرة، وكلّها جائزة.

(مسألة: ٣٧٦) لو ضمن مؤجلاً مع كون الدين حالاً ثمّ مات قبل حلول الأجل حلّ الدين المذكور، وأخذ من تركته، وللورثة حينئذٍ مطالبة المضمون عنه، والمؤجل إنّما هو الدين الذي في ذمّة الضامن، لا الذي في ذمّته، ويأتي مثله أيضاً في ما لو دفع الضامن المال في حياته قبل حلول الأجل اختياره، فإن له الرجوع على المضمون عنه، هذا بخلاف ما لو كان

الدين مؤجلاً على المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك، فإنه بحلوله عليه بعد الموت وأخذه من تركته لا يحل على المضمون عنه، كما لا يحل عليه المؤجل لو ضمنه الضامن حالاً.

(مسألة: ٣٧٧) متى حصل الضمان على الوجه المعتبر شرعاً، فإنه يرجع الضمان على المضمون عنه بما دفعه إلى المضمون له أن ضمن بإذنه ولو أدى بغير إذنه، ولو ضمن بغير إذنه لم يرجع عليه، وإن أدّى بإذنه، ولو ضمن بإذنه وأدى بإذنه فأولى بالضمان، ولو ضمن بغير إذنه وأدّى بغير إذنه فأولى بعدم الضمان.

(مسألة: ٣٧٨) لو دفع الضامن للمضمون له عمّا في ذمّته عروضاً برء الضامن ممّا عليه وكان له الرجوع من الاذن في الضمان بأقل الأمرين من قيمة العروض وما تباع به في السوق، وممّا كان في ذمّة المضمون عنه، لأن الضامن لا يستحقّ أكثر ممّا أدّى.

المضمون عنه لا يؤدي أكثر ممّا في ذمّته وممّا أداه الضامن، فلو فرضنا أن الذي في ذمّته كان مأة درهم، والعروض التي دفعها الضامن كانت تساوي خمسين درهماً فليس عليه إلّا الخمسين، وكذا لو فرضنا أن العروض كانت تساوي مأة وعشرين فليس عليه إلّا المأة.

(مسألة: ٣٧٩) إذا ضمن بإذنه المضمون عنه لم يحقّ للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه من الضمان وإن لم يطالبه المضمون له.

وإذا ادّعى الضامن الجنون حالة الضمان ولم يعرف حالة الجنون وجب عليه إقامة البيّنة على ذلك ولا يكتفي بقوله.

(مسألة: ٣٨٠) إذا ضمن رجل عن رجل ألف درهم وضمن المضمون عنه عن الضامن صحّ فيتسلسل في الضمان بأن يضمن ضامن، ثمّ يضمن عنه آخر، وهكذا، ويصحّ دوره، فيسقط بذلك الضامن، ويرجع الحقّ كما كان.

من فروعه المترتبة عليه أنه لو وجد المضمون له الأصل الذي صار ضامناً معسراً جاز له الفسخ والرجوع إلى الضامن السابق، ومنها الاختلاف، بأن يضمن الحال مؤجلاً وبالعكس.

(مسألة: ٣٨١) للعلم والجهل في الصلح تسع صور:

الأُولى ـ أن يكون المدعى معلوماً عند كل من المتصالحين، والحكم فيه بالصحة واضح، ولا فرق بين كون المدعى عيناً أو ديناً، وكون الصلح بمقدار مال المدعى من الحق أو أقل منه أو أكثر، مع حصول الرضا الباطني من كل منهما لصحة المعاوضة ظاهراً وباطناً.

الثانية ـ أن يكون مجهولاً عندهما وكان مما يتعذر معرفته والإحاطة به منهما مطلقاً عيناً كان أو ديناً كوارث يتعذر العلم بحصته، ودين غير معلوم الجنس أو الكم، وقفيز من دقيق حنطة أو شعير ممتزج، وكصبرة من طعام أتلفها شخص على آخر، ولم يعلما بقدرها، ففي هذه كلها يصح الصلح ظاهراً وفي نفس الأمر وتفيد نقل الملك وإبراء الذمة.

الثالثة ـ أن يكون مجهولاً عندهما ولكن لا يتعذر العلم به، بل يمكن معرفته مطلقاً، والأظهر هو الصحة.

الرابعة ـ أن يكون مجهولاً عندهما، والعلم به ممكن في الجملة، لكنه متعذر لعدم الميزان والمكيال في الحال، ومساس الحاجة الى الانتقال،

والأظهر الصحة هنا أيضاً، ومن هذا القبيل أيضاً الصلح على نصيب شخص من ميراث أو عين يتعذر العلم بقدره في الحال، مع إمكان الرجوع في وقت آخر إلى فرضي أو عالم به مع مسيس الحاجة الى نقل النصيب في الحال.

الخامسة ـ أن يكون مجهولاً عند المستحق ومعلوماً عند الآخر، وهو من عليه الحق ولم يعلمه بقدره، وصالحه بأقل من حقه، وذلك كتركة موجودة يعلمها الذي هو في يده ويجهلها الآخر، وكذا كل من له نصيب من ميراث أو غيره لا يعلم به، ويعلم به خصمه إذا صالحه بأقل منه من غير اعلامه، سواء كان من عليه الحقّ منكراً ظاهراً أو مقراً بمقدار ما صالح به أو أقل منه، فان الصلح حينئذٍ غير صحيح، والمعاوضة في نفس الأمر باطلة، والواجب عليه اعلام صاحب الحقّ، فإن رضي بالصلح بالأقل، وإلّا وجب إيصال حقّه إليه بتمامه، فأما الصلح قبل الاعلام فهو حرام، لا يثمر تمليكاً ـ لو كان المدعى عيناً ـ ولا إبراء من الباقي لو كان ديناً حتّى لو صالح على العين بمال آخر فهي بأجمعها في يده مغصوبة، ولا يستثني له مقدار ما دفع، لعدم صحة المعاوضة في نفس الأمر.

نعم لو انكشف أمره ظاهراً بعد الصلح، بحيث علم مقدار المدعى، أو زيادته على ما صالح عليه، أو اعترف هو بذلك اتجه بطلان الصلح حينئذٍ ظاهراً أيضاً، ووجب عليه تسليم المدعى ظاهراً لظهور شغل ذمته، وبطلان المعاوضة ظاهراً وباطناً، هذا إذا لم يكن من له الحقّ قد رضى باطناً بالصلح بالأقل، أما لو رضى به باطناً كان الصلح صحيحاً في نفس الأمر حينئذٍ.

السادسة ـ أن يكون مجهولاً عند المستحق معلوماً عند من عليه الحقّ،

ولم يعلم قدره لكن صالحه بمقدار حقّه أو أكثر، والظاهر الصحة.

يشترط في المال المضمون أن يكون ثابتاً في الذمة وإن لم يكن مستقراً، كالثمن في مدة الخيار فيصح ضمانه، وهذا الضمان قد يكون للبائع القابض الثمن، فيضمن له عن المشترى على تقدير ظهور كونه مستحقاً للغير، أو على تقدير ظهور عيب فيه، ليرجع بأرشه، وقد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور كون البيع مستحقاً للغير ليرجع به، وعلى التقديرين فإنما هو ضمان لعهدته، لا له نفسه، والفرق بين الضمانين ظاهر من جهة اللفظ والمعنى.

أما الفرق اللفظي فإنه في ضمانه نفسه، يقول ضمنت لك الثمن الذي في ذمّة زيد مثلاً، وفي ضمان العهدة يقول ضمنت لك عهدته أو دركه.

أما المعنوي فإنه بالنسبة إلى ضمانه نفسه يفيد انتقاله إلى ذمّة الضامن، كما عرفت فيما تقدم، وبرأيه المضمون عنه، و ضمان العهدة ليس كذلك، بل إنّما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات، وفي ضمان المال ليس بلازم، ولكن يؤل الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط، ومال السبق والرماية على خلاف.

(مسألة: ٣٨٢) يصح ضمان نفقة الزوجة الماضية والحاضرة، لاستقرارها في ذمّة الزوج.

(مسألة: ٣٨٣) يصح ضمان المجهول، والمراد به ما يمكن استعلامه بعد ذلك كما لو ضمن ما في ذمته، أما لو لم يكن الاستعلام لم يصح الضمان، إلّا أن ينسب الضمان الذي يرجع به صاحبه على المضمون عنه فباب المناقشة غير مسدود.

(مسألة: ٣٨٤) الذى يرجع إليه في بيان ذلك المجهول وتعيين قدره، هو ما ثبت بالبينة، بأنه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان، لا ما يوجد في كتاب، ولا ما يقرّ به المضمون عنه، ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين عليه من المضمون عنه، فلو لم يكن ثابتاً وقت الضمان بأن تجدد بعده، فإنه لا يصح لانه ضمان ما لم يجب، والشهادة به لا تفيد فائدة ـ ولا عبرة أيضاً بما يوجد في دفتر أو كتاب لعدم الثبوت في ذمته بذلك، وإنّما يلزم ضمان الثابت، ولا ما يقر به المضمون عنه.

وبكلمة فالقدر المتيقن من ذلك هو الحكم بالبينة وكذا مع رد اليمين من الضامن وحلف المضمون عليه وما عدا ذلك محل توقف واشكال.

(مسألة: ٣٨٥) لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح إلّا أن يكون ثابتاً في ذمته وقت الضمان فإنه لا مانع من صحة ضمانه، أما ما تجدد بعد ذلك فلا، لانه ضمان ما لم يجب، ومن شرط صحة الضمان تعلقه بالدين الثابت في الذمة وقت الضمان، وحينئذٍ فضمانه لمّا يشهد به عليه شامل لما كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان وما كان متجدداً، والأوّل صحيح دون الثاني.

(مسألة: ٣٨٦) الأظهر عدم جواز ضمان الأعيان المضمونة التي يجب على من هي في يده ردها، ولو تلفت رد قيمتها كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد، والعارية المضمونة كأحد النقدين المشروط.

(مسألة: ٣٨٧) لا يجوز ضمان العهدة، وهو أن يضمن عهدة الثمن للمشتري عن البائع إذا كان قد قبضه البائع في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من أصله، بأن يكون مستحقاً لغير البائع، ولم يجز المالك البيع على

تقدير صحة بيع الفضولي أو أجازه ولم يرض بقبض الثمن، ومثله ما لو تبين خلل في البيع اقتضى فساده كتخلف شرط فيه أو اقترانه بشرط فاسد على القول بكون ذلك مبطلاً لأصل العقد، وملخصه اشتغال الذمّة بالمضمون على أحد هذه الوجوه وقت الضمان.

نعم لا يبعد ضمان الثمن بعد التصرف فيه ورجوعه إلى الذمّة، فإنه يصير حينئذٍ من قبيل ضمان ما في الذمّة لا ضمان الأعيان، فإنه متى كان ثابتاً في ذمّة المضمون عنه وضمنه الضامن والحال هذه فإنه لا إشكال في صحته.

وبما ذكرنا يظهر لك أن ضمان العهدة أن تعلق بالعين الموجودة فهو داخل تحت ضمان الأعيان المضمونة وأن تعلق بالثمن بعد تلفه واستقراره في الذمّة فهو داخل في ضمان الديون التي في الذمّة، ولا إشكال في الصحة.

(مسألة: ٣٨٨) إذا خرج المبيع مستحقاً رجع على الضامن، على ما هو الأشهر الأظهر في مسألة الرجوع بالارش بسبب العيب، فإنهما من باب واحد لا يعرف بينهما فرق، وبذلك يظهر أن المسألة لا تخلو من الإشكال.

(مسألة: ٣٨٩) لو ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء أو غرس لم يصح، لانه ضمان ما لم يجب، والمراد أنه حيث كان للمشتري التصرف فيما يشتريه بالبناء والغرس ونحو ذلك، فلو خاف ظهور كون المبيع مستحقاً ويذهب ما يغرسه فيه ويبنيه مجاناً فضمن له ضامن أنه إن ظهر كونه مستحقاً وقلع المالك الغرس وهدم البناء فهو ضامن لدرك ذلك، هل يصح هذا الضمان أم لا؟ الوجه أنه لا يصح، والمراد بالدرك الذي ضمنه الضامن هو الارش الذي يلزم للمشتري في مثل هذه الصورة، وهو تفاوت ما بين قيمة تلك الأشجار، والبناء مثبتة ومقلوعة.

أعلم أنه إذا ظهرت الأرض مستحقة وقد بنى المشتري فيها أو غرس، فأزال المالك ما أحدثه فإن له الرجوع على البائع بالارش كما تقدم، فلو ضمن البائع والحال هذه درك ذلك، فهل يصح الضمان؟، عدم الصحة أولى، وبذلك يظهر أنه ثابت على البائع بغير إشكال كما تقدم، ولا يثبت بسبب الضمان ـ وإن كان ثابتاً بدونه، بمعنى أن كلاً منهما سبب على حده، ويظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عن البائع حقّ الرجوع بسبب البيع، فإنه يبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما فإن له الفسخ بالآخر إن شاء.

(مسألة: ٣٩٠) إذا اختلف الضامن والمضمون له في قبض مال الضمان وادعى الضامن دفعه مع كون ضمانه بإذن المضمون عنه، وأنكر المضمون له ذلك فان مقتضى القاعدة أن القول قول المضمون له بيمينه، لانه منكر، ومقتضاها أنه ليس للضامن رجوع على المضمون عنه بشيء لأنه إنّما يرجع عليه بما غرمه، وهنا لم يتحقق غرمه، واستحقاق الرجوع مشروط به، وعلى هذا فلا فرق بين أن يكون ضمانه بالإذن وعدمه.

(مسألة: ٣٩١) أن يشهد المضمون عنه للضامن بأنه دفعه، بشرط عدالته وعدم تطرق التهمة إليه، فإنه تثبت شهادته على القول بدفعه.

قد فرض للتهمة صوراً

منها أن يكون الضامن معسراً ثمّ يعلم المضمون له بإعساره، فإن له الفسخ حيث لا تثبت الأداء، ويرجع المضمون له على المضمون عنه، فيدفع بشهادته عود الحقّ إلى ذمّته.

ومنها أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر بالفلس، والمضمون عنه عليه دين، فإنه يوفر بشهادته مال الضمان، فيزداد ما يضرب به.

(مسألة: ٣٩٢) أن لا يكون شهادة المضمون عنه مقبولة لأحد الوجهين المتقدمين، فيحلف المضمون له، فإنه متى حلف كان له مطالبة الضامن، ويرجع الضامن على المضمون عنه بما ادّعى أنه أداه أولاً، لاعترافه بأنه لا يستحق سواه، وأن ما أخذ منه بعد اليمين إنّما هو ظلم وعدوان، مع موافقة المضمون عنه له على ذلك، وينبغي أن يعلم أن رجوعه بما دفعه أوّلاً مقيد بأن يكون مساوياً للحق أو أقل منه، وإلّا رجع بأقل الأمرين لأنه لا يستحق الرجوع بأزيد من الحقّ.

(مسألة: ٣٩٣) إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما صاحبه، فإنه لا إشكال في صحة هذا الضمان من استكمال شرائطه المتقدمة، وعلى هذا يتحول ما كان على كل واحد منهما الى صاحبه، وحينئذٍ فإن تساوى المالان وكان ضمان كل واحد بسؤال الآخر ولم يتغير وصف الدين بالحلول والتأجيل، ففائدة هذا الضمان تعاكسهما في الاصالة والفرعية، وممّا يترتب على ذلك، ما لو أبرء المضمون له أحدهما، فإنه يبرء الآخر، وهذا الإبراء انما ينصرف الى ما ضمنه عن صاحبه، لانه هو الباقي في ذمّته للمضمون له، وإلّا فأصل المال الذي دفعه قد انتقل بالضمان إلى ذمّة صاحبه، فلا معنى للإبراء منه كما تقدم، وحينئذٍ فإذا أبرأه من مال الضمان لم يكن له الرجوع على صاحبه، لانه لا يرجع عليه إلّا بما اغترمه عنه، والحال أنه لم يغرم شيئاً بسبب الإبراء، فمن أجل ذلك برئت ذمّة الآخر من ذلك.

أما ما اشتغلت به ذمّة الآخر من مال الضمان الذي ضمنه عن ذلك الذي أبرأه المضمون له، فهو باق في ذمّته فبراءة ذمّة الآخر إنّما هو ممّا كان عليه لا ممّا ضمنه، وإنّما يتحول ما كان على كل واحد الى صاحبه مع ضمانهما دفعة، ورضى المضمون له بهما فلو رد أحدهما واجتمع الحقّان على الآخر، وكذا لو ضمنا على التعاقب اجتمعا على الأخير إلّا أن يحصل التخصيص.

(مسألة: ٣٩٤) إذا رضي المضمون له من الضامن ببعض المال، أو أبرأه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه إلّا بما أداه ولو أبرأ من بعضه لم يرجع على المضمون عنه إلّا بما أداه ولو أبرأه منه كاملاً لم يرجع بشيء، وكذا لو دفع الضامن عرضاً عما في ذمّته للمضمون له، فإنه يرجع على المضمون عنه بأقل الأمرين من قيمته السوقية ومن أصل الدين.

(مسألة: ٣٩٥) يجواز ترامى الضمان ودوره، بأن يضمن ضامن ثمّ يضمن عنه آخر وهكذا الى عدة ضمناء، ولا مانع منه لتحقق شرطه، وهو ثبوت المال في ذمّة المضمون عنه، وهو هنا كذلك، وحينئذٍ فيرجع كل ضامن على من ضمن عنه إذا كان الضمان بإذنه بما أداه عنه، ويصح دوره، بأن يضمن الأصل ضامنه، أو ضامن ضامنه وإن تعدد، فيسقط بذلك الضمان، ويرجع الحقّ كما كان، ويترتب عليه أحكامه، كما لو وجد المضمون له الأصل الذي صار ضامناً معسراً مثلاً، فإنّ له الفسخ والرجوع الى الضامن السابق، وقد يختلفان بأن يضمن الحال مؤجلاً، وبالعكس.

الحوالة

الحوالة عقد شرّع لتحويل المال من ذمّة إلى ذمّة مشغولة بمثله، ثمّ إنّ في تعريفهم لها بأنها تحويل الحقّ أو تحويل مال، ما يشير الى أن الحوالة ناقلة للمال من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه، ومن أجل ذلك سميت حوالة.

والبحث فيها يقع في مسائل

(مسألة: ٣٩٦) الأصح أنه لا يشترط في العقود اللفظ والصيغة المعيّنة فى الايجاب والقبول بل تصح بكلّ لفظ بل بمّا دلّ من قول وفعل أيضاً كما أنه تصحّ العقود المعلقة على الشرط.

(مسألة: ٣٩٧) أركان الحوالة ثلاثة: المحيل، والمحتال، والمحال عليه، وهل يعتبر رضا الثلاثة؟ رضى الأولين لا يخلو من قوة وأما المحال عليه فالأظهر قوة القول بعدم اشتراط رضاه، إلّا في صورة اختلاف المال المحال، مع ما في ذمّة المحال عليه، وعدم رضا المحتال بأخذه.

(مسألة: ٣٩٨) القول بعدم اعتبار رضى المحال عليه، إنّما يتجه فيما إذا كان مشغول الذمّة بمال المحيل، أما لو كان بريء الذمّة وقلنا بصحة الحوالة كما هو أصح القولين ـ فإنه يشترط رضاه.

(مسألة: ٣٩٩) اشتراط رضى المحيل في صحة الحوالة مخصوص بما إذا لم يتبرع عنه متبرع بوفاء الدين الذي عليه، أما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فإنه لا تعتبر رضى المحيل قطعاً، لأنه وفاء دينه وضمانه بغير إذنه، والعبارة عنه أن يقول المحال عليه للمحتال: احتلت بالدين الذي لك على فلان على

نفسي، فيقبل، وفي هذه الصورة إنّما يشترط رضى المحتال والمحال عليه ويقومان بركن العقد.

(مسألة: ٤٠٠) تحقق الحوالة فإنه يبرأ المحيل من حقّ المحتال من غير أن يتوقف على الإبراء بل يبرئ بمجرد الحوالة، هذا إن تأخر الإبراء عن الحوالة، وإلّا لم يصادف الحوالة محلاً، وبكلمة فإنّ كلاً من الحوالة والبراءة موجب لخلو ذمّة المحيل، فأيهما سبق كان الثاني لاغياً، لا أثر له كما تجوز الحوالة على البريء.

(مسألة: ٤٠١) يشترط ملاءة المحال عليه أو العلم بإعساره وقت الحوالة، فلو قبل الحوالة جاهلاً بحاله ثمّ بان إعساره وقت الحوالة كان له فسخ الحوالة، والرجوع على المحيل ولو كان وقت الحوالة ملياً ثمّ تجدد له الإعسار فلا خيار، حيث منعنا من الرجوع بعد الحوالة مطلقاً إلّا في صورة إفلاسه وقت الحوالة.

ولو انعكس الفرض المذكور بأن كان وقت الحوالة معسراً ثمّ تجددت الملائة قبل أن يفسخ المحتال، فهل يزول الخيار أم لا؟ إشكال.

(مسألة: ٤٠٢) ثبوت المال في ذمّة المحيل للمحتال، فلو لم يكن المحيل مشغول الذمة للمحتال لم تصح الحوالة ولم تتحقق.

نعم لو أحال على شخص والحال هذه فإن كان ذلك الشخص المحال عليه غير مشغول الذمّة، فإن هذه الحوالة تصير وكالة في القرض منه، فهي وكالة، وإن كانت بهذا اللفظ: فإنها جائزة بكلّ لفظ دل على ذلك، وإن كان مشغول الذمّة فهي وكالة أيضاً، لكن في الاستيفاء.

والحاصل إن ما لم يكن ثابتاً في الذمّة لا تجزى الحوالة فيه، وإن وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل، فإنه لا يصح احالة الجاعل به للمجعول له، لعدم ثبوته، أما لو أحال به المجعول له على الجاعل لمن له عليه دين ثابت، فإنه يجوز، بناءً على القول بصحة الحوالة على البريء.

(مسألة: ٤٠٣) أن يكون المال المحال معلوماً عند المحيل، فلو أحاله بمال مجهول عنده كما لو أحاله بماله من الدين لم يصح للغرر، والأقرب الجواز.

(مسألة: ٤٠٤) لا يشترط تساوي المالين جنساً ووصفاً متى قلنا بجواز الحوالة على البريء ـ كما هو الأشهر الأظهر كما عرفت فيما تقدم ـ فإنه لا وجه للمنع بالكلية، فمتى جوزنا الحوالة على البريء الذي لا حقّ عليه بالكلية، فبالأولى يجوز على من عليه حقّ مخالف، وغاية ما يلزم هو مخالفة الحقّ المحال به لما هو عليه، وهذا لا يصلح للمنع، وبكلمة فإنه متى حصل التراضي من الجانبين كما هو المفروض فلا مانع.

(مسألة: ٤٠٥) يجواز ترامي الحوالات ودورها، لحصول شرائط الصحة، وعدم المانع فكما تصح الأُولى تصح الثانية والثالثة، وهكذا لعين ما ثبت به صحة الأُولى، فلو أحال المديون زيداً على عمرو ثمّ أحال عمرو زيداً على خالد، ثمّ أحال خالد زيداً على بكر صح، هذا في صورة تعدد المحيل والمحال عليه، فإن كلاً منهم ما عدا الأوّل محيل ومحال عليه، مع اتحاد المحتال، فان المحتال في جميع هذه الفروض واحد، وهو زيد، ويجوز أن يرجع الأخير منهم على المديون الأوّل، ويحيل عليه، أما بأن تكون ذمته

مشغولة بدين لمن أحال عليه، أو بناءً على جواز الحوالة على البريء فيصح دورها، ومثله باقي الحوالات السابقة.

(مسألة: ٤٠٦) لو أحال عليه فقبل الحوالة وأدى ثمّ رجع على المحيل بما أداه مدعياً براءة ذمته من مال المحيل، وادّعى المحيل اشتغال ذمّته، وأنه إنّما أحال عليه من حيث كونه مشغول الذمّة بماله، فالأقرب إن القول هنا قول المحال عليه بيمينه، لانه منكر لاشتغال الذمّة.

(مسألة: ٤٠٧) لو أحال البائع أجنبياً بالثمن على المشتري ثمّ فسخ المشتري بالعيب أو بأمر حادث لم تبطل الحوالة، بخلاف ما وكانت حوالة المشتري البائع بالثمن، فإن الحوالة متعلقة بالمتبايعين، وهذا هو وجه الفرق بين المسألتين. وبيان الفرق أن الحقّ في تلك المسألة كان مختصاً بالمتبايعين بسبب البيع، فإذا بطل السبب بطل ما يترتب عليه، بخلاف حوالة الأجنبي، فإنه لا تعلق له بالبيع، ولا بصحته ولا ببطلانه، وأن حكمنا ببطلان البيع بعد الفسخ، حيث إن الثمن صار مملوكاً لذلك الأجنبي المحتال قبل فسخ العقد، وعلى هذا فلا فرق بين أن يكون المحتال قد قبض أم لا، وحينئذٍ فإن المحتال يرجع على المشتري بما أحيل له به من الثمن لو لم يقبضه، والمشتري بعد الفسخ يرجع به على البائع.

(مسألة: ٤٠٨) لو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة في كل من الموضعين المذكورين، اعني حوالة المشتري البائع بالثمن كما مرّ في المسألة الأولى، وحوالة البائع الأجنبي بالثمن على المشتري، وحينئذٍ فإن كان البائع بالنسبة إلى المسألة الأولى أو المحتال بالنسبة إلى الثانية لم يقبض، فليس له القبض

بظهور البطلان وإن كان قد قبض، فإن للمشتري أن يرجع عليه بذلك، وللمشتري أيضاً الرجوع في المسألة الثانية على البائع بما قبضه محتاله، وليس للمشتري الرجوع في المسألة الأُولى، وهي ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على شخص آخر على ذلك الشخص الآخر المحال عليه لصدور القبض بإذنه، وإنّما يرجع على البائع.

الكفالة

الكفالة هي التعهد بالنفس بمعنى إلتزام إحضار المكفول متى طلبه المكفول له، فهي متعلقة بثلاثة، الكفيل وهو هنا بمعنى الفاعل أي الكافل، والمكفول له، والمكفول، ولا ريب في اعتبار رضى الأولين. أما المكفول فلا يعتبر رضاه.

الغرض من الكفالة له راجع الى التزام الكفيل بإحضاره متى طلبه المكفول له، ومتى ثبت وجوب الحضور عليه بعد الطلب وإن لم يكن مكفولاً، فإنه لا يجب في صورة الكفالة أيضاً، لأن الكفيل إنّما هو بمنزلة الوكيل في طلب الإحضار.

(مسألة: ٤٠٩) تصح الكفالة المؤجلة، ثمّ إنّه متى اشترط الأجل وجب أن يكون معلوماً كما في غير هذا الموضع لما في الجهالة من الغرر.

(مسألة: ٤١٠) للمكفول له مطالبة الكفيل بإحضار المكفول عاجلاً إن كانت الكفالة مطلقة أو معجلة، وبعد الأجل إن كانت مؤجلة، فإن أحضره وسلمه فقد بريء، وإلّا وجب حبسه حتّى يحضره أو يؤدي ما عليه، ولو لم يتسلمه المكفول له والحال هذه فهل يكتفي بتسليمه للحاكم إن أمكن، أو

يشهد عند عدلين بإحضاره إلى المكفول له وامتناعه من قبضه، أو يكتفي بالاشهاد بدون التسليم الى الحاكم ؟ الكلّ فيه نظر، إلّا أن يراد بذلك براءة الذمّة عن المطالبة بالإحضار مرّة أُخرى، وإلّا فهو في حدّ ذاته من غير ملاحظة ذلك لا وجه له في كل من الموضعين.

أما لو امتنع التسليم فأن للحاكم حبسه حتّى يحضره.

(مسألة: ٤١١) لا يتعين على المكفول له قبول الحقّ، بل له إلزامه بالإحضار مطلقاً، وأنه لا تبرئ الذمّة إلّا بإحضاره، وقبول ما بذله عنه من المال المطلوب عنه على تقدير كون متعلق الكفالة المال إنّما هي معاملة أُخرى بمنزلة الصلح، يتوقف على رضى الطرفين.

إذا عرفت ذلك فأعلم أنه لو تراضيا على قبول المال كما ذكرنا فبذله الكفيل وقبله المكفول له ورضى به عن حقّه الذي تعلقت به الكفالة، فهل يرجع بما دفعه على المكفول عنه؟ لا يرجع مع الإذن في الكفالة إلّا مع تعذر الإحضار، فلو أمكن الإحضار لم يرجع.

(مسألة: ٤١٢) من ضمن غيره إلى أجل وقال: إن لم آت به كان عليّ كذا وحضر الأجل لم يلزمه إلّا إحضار الرجل، فإن قال: عليّ كذا الى كذا إن لم أحضر فلاناً ثمّ لم يحضره وجب عليه ما ذكر من المال، ومناطه في الفرق ابتداء الكفيل بضمان الدراهم من قبل نفسه مرّة، وإلزام المكفول له بذلك من دون قبوله أُخرى.

(مسألة: ٤١٣) من أطلق غريماً من يد صاحب الحقّ قهراً ضمن إحضاره أو أداء ما عليه، وذلك لو لم يمكن احضاره وكذا لو كان قاتلاً لزمه إحضاره أو

دفع الدية إن لم يتمكن منه.

وبكلمة من اطلق من عليه حقّ من يد غريمه قهراً، فإنه يضمنه، ويجب عليه إحضاره وتسليمه لمن أخذه من يده، وأن للحاكم أن يحبسه كما يحبس الكفيل حتّى يحضره.

(مسألة: ٤١٤) لا فرق بين كون القتل عمداً وغيره، إذ القصاص لا يجب إلّا على المباشر، فإذا تعذر استفاؤه بمعنى أن المخلص له لم يسلمه حتّى مات وجبت الدية، وإلّا فمع حياته فالحكم إنّما هو إحضاره، فيحبس المخلص له حتّى يحضره.

ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله وتعذر استيفاء الحقّ من قصاص أو مال وأخذ المال أو الدية من الكفيل كان له حبس المخلص حتّى يحضر الغريم الذي خلصه ويدفعه الى الكفيل، ثمّ إن الكفيل يدفعه الى المكفول له، وليس على الكفيل أن يغرم المال، ويحتمل قريباً إجرائه في كل موضع تعذر فيه تحصيل الحقّ من الغريم، لا مطلقاً.

(مسألة: ٤١٥) يجب كون المكفول معيناً، فلو قال: كفلت أحد هذين لم يصح، وكذا لو قال: كفلت بزيد أو فلان، وكذا لو قال: كفلت بزيد فان لم آت به فبعمرو، لم يصح.

(مسألة: ٤١٦) إذا تكفل مؤجلاً صح، فإن أحضره قبل الأجل وسأله تسلمه نظر، فحقّه مخصوص بحلول الأجل، فلا يجب أن يقبض غير حقّه ولا يعتديه، ومثاله ما لو شرط تسليمه في مكان أو قلنا باقتضاء الاطلاق الانصراف الى موضع العقد، فسلمه في غيره وان انتفى الضرر أو كان أسهل،

ولو سلمه الكفيل إلّا أن المكفول له لا يمكنه تسلمه وقبضه، لكونه ممنوعاً بيد قاهر لم يبرأ الكفيل، ولو كان في حبس الحاكم الشرعي لم يمنع ذلك تسليمه، للتمكن من استيفاء الحق، بخلاف ما إذا كان في حبس الجائر، والفرق بينهما واضح في الأغلب، فإن الحاكم الشرعي لا يمنع من إحضاره ومطالبته بالحق، بخلاف الجائر، فإنه قد يمنع، فلابدّ من التقييد بمنعه، وإلّا فلو فرض أن المكفول له قادر على تسلمه من حبس الجائر، لصحبة كانت بينه وبينه، أو قوة المكفول له أو نحو ذلك، فإنه في قوة عدم الحبس بالكلية، ثمّ إنه لو كان في حبس الحاكم الشرعي فطلبه الكفيل من الحاكم أمر الحاكم بإحضاره، وحكم بينهما فإن انفصلت الحكومة بينهما رده الى الحبس بالحقّ الأوّل، ولو توجه عليه حقّ يوجب الحبس حبسه أيضاً بالحقّين معاً، وتوقف فكه على خلاصه من الحقّين معاً.

(مسألة: ٤١٧) إذا تكفل بتسليمه في موضع معين وجب عملاً بالشرط ولا يبرء بالدفع في غيره فلا يجب عليه القبول في غيره، لأنه ليس حقّه، أما إذا تكفل بتسليمه مطلقاً ولم يعين موضعاً فالظاهر الاطلاق ينصرف الى بلد العقد، هذا فيما لو كان محل العقد مكاناً لا رجوع لهما إليه كبرّية أو بلد غربة، يقصدان مفارقته، ونحو ذلك، إلّا أن تدل القرائن على استثناء مثل ذلك، وخروجه عن الاطلاق.

(مسألة: ٤١٨) إذا كان المكفول غائباً، والكفالة حالة أو مؤجلة، وحل الأجل وهو غائب، فإن كان الغائب ممن يعرف موضعه ولم ينقطع خبره انتظر بقدر ما يمكن الذهاب إليه والعود به، وإن لم يعرف له خبر ولا موضع

وصار مفقود الخبر لم يكلف الكفيل بإحضاره، لتعذره وعدم إمكانه، ولا شيء عليه، لأنه لم يقصر في الإحضار ليؤخذ بالمال، كما ذكره جملة منهم ولم يضمن المال، فلا يتعلق به شيء.

(مسألة: ٤١٩) إذا تكفل رجلان ببدن رجل لرجل، فسلمه أحدهما برء الآخر، ولو انعكس الفرض بأن تكفل رجل لرجلين برجل، ثمّ سلمه الى أحدهما لم يبرء من الآخر، والأظهر في التنظير إنّما هو كالمال المشترك بين اثنين في ذمّة آخر، فإنه لا يبرئ بالدفع الى أحد الشريكين، إلّا أن يكون وكيلاً عن الآخر في القبض، فيكون المتسلم هنا أصالة من نفسه، ووكالة عن الآخر، بخلاف الصورة السابقة، فإن الغرض من كفالتهما إحضاره، وقد حصل وإن كان بفعل أحدهما فتبطل الكفالة لحصول الغرض منها.

(مسألة: ٤٢٠) لو قال الكفيل: أبرأت المكفول، فأنكر المكفول له، فإن كان للكفيل بيّنة تثبت دعواه فلا إشكال، وإن لم تكن بيّنة فاليمين من طرف المكفول له فأمّا أن يحلف على بقاء حقّه أو يرد اليمين على الكفيل، فإن حلف برأ من دعوى الكفيل عليه، وتثبت الكفالة، ثمّ إن جاء الكفيل بالمكفول فادّعى البراءة أيضاً لم تكف اليمين الأولى التي حلفها المكفول له للكفيل، بل عليه له يمين أُخرى، لأنها دعوى ثانية لا تعلق له بالدعوى الأُولى، فإن الدعوى الأُولى في ثبوت الكفالة وعدمها، وإن لزمها برأيه المكفول لو ثبتت، والدعوى الثانية في ثبوت الحقّ وعدمه.

وإن رد المكفول له اليمين على الكفيل فحلف برأ من الكفالة، ولا يبرء المكفول من المال، وإن كان اللازم من يمينه ذلك، إلّا أن الدعويين مختلفان، ولأن الإنسان لا يبرء بيمين غيره.

(مسألة: ٤٢١) صورة الدعوى بين المكفول والمكفول له لو حلف المكفل اليمين المردودة عليه بأنه بريء الذمّة من دعوى المكفول له برأ المكفول والكفيل، لأنه متى ثبت بها براءة الذمّة بطلت الكفالة، وإن كان قد حلف المكفول له للكفيل أوّلاً على عدم الإبراء، لسقوط الحقّ بيمين المكفول وتصير في حكم ما لو أدى الحقّ فتبرئ ذمّته، وتبطل الكفالة كما ذكرناه.

(مسألة: ٤٢٢) إذا مات المكفول برأ الكفيل، وكذا على الأظهر لو جاء المكفول وسلم نفسه الى المكفول له.

(مسألة: ٤٢٣) ترامي الكفالة، كما تقدم مثله في الضمان والحوالة، لأنه لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حقّ على المكفول وإن لم يكن ما لا صح كفالة الكفيل من كفيل ثان، لأن الكفيل الأوّل عليه حقّ المكفول له، وهو إحضار المكفول الأوّل، وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل، وهكذا في المرتبة الثالثة وما بعدها، و هو المراد بالترامي، إلّا أنه يختلف حكم الاحضار في هذه المراتب، فإنه متى أحضر الكفيل الأخير في هذه المراتب المتعددة مكفولة برء من الكفالة خاصة، وبقي على مكفولة إحضار من كفله وهكذا، ولو أحضر الكفيل الأوّل مكفوله برء الجميع، لانهم فروع عليه، و هكذا لو أحضر الكفيل الثاني الكفيل الأوّل بريء هو ومن بعده من الكفلاء للفرعية عليه كما عرفت، ونحو ذلك لو أبرء المكفول له الأوّل غريمه، وهو المكفول الأوّل بريء جميع من تأخر عنه، لزوال الكفالة بسقوط الحق بالابراء، و لو أبرء بعض أصحاب هذه المراتب غيره من حقّ الكفالة، بمعنى أنه أسقط عنه

حقّ الكفالة، برء كل من كان بعده دون من كان قبله.

(مسألة: ٤٢٤) متى مات واحد منهم برء من كان فرعاً عليه فبموت من عليه الحقّ يبرؤن جميعاً، وبموت الكفيل الأوّل يبرء من بعده، وبموت الثاني يبرء الثالث ومن بعده دون من يكون قبله، وهكذا بعد موت الثالث يبرء من بعده، ولا يبرئ الأوّلان، كل ذلك لما عرفت من الفرعية في المتأخر، فيسري إليه الإبراء دون المتقدم، أما الدور، فإنه لا يصح هنا، لأن حضور المكفول الأوّل يوجب براءة من كفله، وأن تعدد، فلا معنى لمطالبته بإحضار من كفله.

(مسألة: ٤٢٥) لا يخفى أنه حيث إن الغرض من الكفالة إحضار ذات المكفول، فالواجب في عقد الكفالة الاتيان بلفظ يدل على ذلك، ولا إشكال فيما قال: كفلت لك فلاناً أو أنا كفيل به، أو بإحضاره، وفي حكم لفظ ذاته، لفظ نفسه وبدنه، لأن الجميع بمعنى واحد في العرف العام، وإن اختلفت تحقيقاً في الحقيقة.

كتاب الصلح

كتاب الصلح

وهو عقد شرع لقطع التجاذب.

(مسألة: ٤٢٦) لا يشترط في صحة الصلح سبق نزاع، بل لو وقع ابتداء على عين بعوض معلوم صح، وأفاد نقل كل من العوضين كما في البيع، والأشهر الأظهر انه عقداً برأسه ليس متفرعاً على غيره.

أعلم أن صحة الصلح مع الإقرار والاعتراف بالمدعى ممّا لا إشكال فيها لمعلوميته عند صاحبه، ولا فرق بين أن يصالح عنه بأقل، أو أكثر أو ما ساواه، للمعلومية في الجميع، وحصول التراضي من الطرفين.

(مسألة: ٤٢٧) يشكل في صورة الإنكار بأن يدعى شخص على غيره ديناً أو عيناً فينكر المدعى عليه، فتقع المصالحة بينهما أما بمال آخر، أو ببعض المدعى أو غير ذلك من منفعة وغيرها، فإنه باعتبار الإنكار، واختلاف الخصمين في ذلك نفياً وإثباتاً يحتمل أن يكون المدعى محقاً والمدعى عليه مبطلاً في إنكاره، وأنه مشغول الذمّة في الواقع، فالصلح هنا وأن أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر ـ وعدم صحة الدعوى بعد ذلك، لصحته بحسب

الظاهر ـ إلّا أنه لا يفيد براءة ذمّة المدعى عليه ممّا يزيد على مال الصلح، فيما لو فرض أنه صالحه على أقل ممّا في ذمّته في الواقع، أو بعض العين أو المال الآخر، بل يبقى مشغول الذمّة بالباقي وإنّما تبرأ ذمّته بقدر ما دفعه خاصة.

(مسألة: ٤٢٨) لو كانت الدعوى على عين في يده وصالح عنها بأقل من قيمتها فالعين بأجمعها في يده مغصوبة، ولا يستثني له منها مقدار ما دفع، لعدم صحة المعاوضة في نفس الأمر، ويحتمل أن يكون المدعى مبطلاً والمدعى عليه محقاً في إنكاره، وأنه بريء الذمّة في الواقع، فان الصلح وإن صح ظاهراً، لكنه لا يصح بحسب الواقع، ولا يستبيح للمدعى ما دفع اليه من مال الصلح.

(مسألة: ٤٢٩) لو كانت الدعوى مستندة الى شبهة وقرينة تخرج بها عن الكذب المحض، كما لو وجد المدعى بخط مورثه أن له على فلان مالاً أو شهد له من لا يثبت الحقّ بشهادته شرعاً ولم يكن المدعى عالماً بالحال، وإنّما ادعى بناءً على هذا الفرض، وتوجهت له اليمين على المدعى، فصالحه على إسقاط اليمين بمال أو قطع المنازعة، فالظاهر هنا صحة الصلح في نفس الأمر، واستحقاق ما يأخذه من مال الصلح.

وبكلمة الحكم بالصحة في صورة الإنكار مراد بها ما هو أعم من الصحة بحسب ظاهر الشرع دون نفس الأمر تارة كما عرفت، ومن الصحة ظاهراً وواقعاً فيما إذا حصل الصلح على مقدار ما في الذمّة، كما في الصورة الأولى.

(مسألة: ٤٣٠) لو كان مجهولاً عند المستحق معلوماً عند من عليه الحقّ،

ولكن أعلمه بقدره، فلا شك في جواز الصلح وصحته حينئذٍ، سواء صالحه بمقدار حقّه أو بأقل مع الرضا به لحصول العلم وارتفاع الجهالة وحصول الرضا، وعموم أدلة جواز الصلح.

(مسألة: ٤٣١) لو كان معلوماً عند المستحق مجهولاً عند الآخر فصالحه بأكثر من حقّه الذي له في الواقع، لقصد التخلص من دعواه لم يصح هذا الصلح في نفس الأمر، ولم يستبح به ما زاد عن حقّه الذي له في الواقع، لبطلان المعاوضة في نفس الأمر، وإن كانت صحيحة بحسب ظاهر الشرع، كما سبق نظيره، فأن ذلك باطل مع عدم الرضا الباطني من الغريم، كونه حينئذٍ من قبيل أكل المال بالباطل، أما مع رضاه بالصلح كذلك باطناً فالظاهر صحة الصلح حينئذٍ، واباحة ذلك للزائد عن حقّه لطيب نفسه به، والظاهر أن العبرة حينئذٍ في إباحة ذلك الزائد بالرضا به، لا بالصلح كما سبق مثله.

(مسألة: ٤٣٢) لو كان معلوماً عند المستحق مجهولاً عند الآخر وصالحه بقدر حقّه أو أنقص فلا شك في صحة الصلح فيها ظاهراً وباطناً.

(مسألة: ٤٣٣) لا يخفى أن أركان الصلح أربعة، المتصالحان، والمصالح عليه، وهو مال الصلح، والمصالح عنه، وهو المتنازع فيه لو كان ثمة نزاع.

أما المتصالحان يشترط فيهما الكمال، بأن يكون كل واحد منهما بالغاً عاقلاً جائز التصرف فيما وقع الصلح عليه.

أما المصالح عليه فإنه يشترط فيه صحة التملك، فلو كان خمراً أو خنزيراً أو استرقاق حر أو إباحة بضع محرم قبل ذلك لم يصح.

(مسألة: ٤٣٤) كما يشترط العلم بما يقع الصلح عنه، يشترط رضا

المتصالحين، فلا يقع مع الإكراه، ومن صور الإكراه ما لو كان له على غيره حقّ مالي فأنكره المديون، فصالحه المالك على بعضه، توصلا إلى أخذ بعض حقّه، فإنه وإن صح الصلح ظاهراً إلّا أنه لا يصح واقعاً، ولا تحصل به براءة ذمّة المديون من الحقّ الباقي في ذمّته، سواء عرف المالك قدر الحقّ أم لا، وسواء ابتدأ المالك بطلب الصلح أم لا، وقد تقدم تحقيق ذلك في الصور المتقدمة في سابق هذه المسألة.

(مسألة: ٤٣٥) اذا صالح أحد مع احد حقّه على وجه معيّن مثلاً صالح على عشرة فاعطي منها خمساً وبقي خمس فادعها ولم يعطها ايّاه فهل الصّلح باطل أو يجب الوفاء به؟ الصلح صحيح ويجب عليه الوفاء بما بقي في ذمته، ويصير من الدّيون التّي في الذمة[1].

(مسألة: ٤٣٦) إذا وقع الصلح بين شريكين على أن يكون الربح والخسران على أحدهما، وللآخر رأس ماله صح، ومقتضى العقد اللزوم من الطرفين، فلا يجوز لأحدهما فسخه بغير سبب موجب، مع إنه يصح لأحدهما اشتراط خيار الفسخ، ولا ريب أنه مناف لمقتضى العقد الذي هو اللزوم من الطرفين، فيستمران على العمل بالشركة على هذا الوجه الذي اشترط.

(مسألة: ٤٣٧) يلحق بهذا الكتاب أحكاماً تذكر تبعاً.

منها أنه لو كان معهما درهمان فادعاهما أحدهما، وادعى الآخر أحدهما كان لمدعيهما معاً درهم ونصف، وللآخر نصف درهم، والعدول

---

(١) أجوبة المسائل الدزفولية. (مخطوط)

الى كل عين ادعاها اثنان مع إثبات يديهما عليهما ولا بيّنة، أو يكون لكل منهما بيّنة، إلّا أنه لا رجحان لأحديهما على الأُخرى مشكل.

ومنها ما لو أودعه إنسان دينارين وآخر ديناراً وامتزج الجميع ثمّ تلف أحد الدنانير الثلاثة، فإن الحكم هنا كما في سابق هذه المسألة. وقيد الحكم المذكور بما إذا كان امتزاج الدنانير وكذا ضياع أحدهما بغير اختيار ولا تفريط من الأمين، وإلّا لكان ضامناً.

ومنها أنه لو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً وللآخر ثوب بثلاثين درهماً ثمّ اشتبها فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه وأن تعاسرا بيع الثوبان وقسم الثمن بينهما، وأعطى صاحب العشرين سهمين من الثمن، وصاحب الثلاثين ثلاثة أسهم.

(مسألة: ٤٣٨) لو صالحه على عين بعين أو على منفعة بمنفعة أو على عين بمنفعة أو بالعكس صح، وكذا لو صولح على إسقاط خيار، أو على إسقاط حق أولوية تحجير في سوق أو مسجد، صح أيضاً بعين أو منفعة لعين.

كيف كان فلو بان أن أحد العوضين كان مستحقاً بطل الصلح، إذا كان ذلك العوض معيناً في العقد ولو كان مطلقاً رجع ببدله.

(مسألة: ٤٣٩) لو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح الصلح.

(مسألة: ٤٤٠) لو ادعى اثنان عيناً في يد ثالث من دار أو ثوب أو نحوهما بأنهما لهما بالمناصفة، وصرحا معاً بالسبب الموجب للملك من أنهما ورثاهما معاً أو وكلا من شراها لهما معاً بالمناصفة، أو نحو ذلك فصدق

المدعى عليه أحدهما فيما يدعيه من أن النصف له، وكذب الآخر، ثمّ إنه صالح المدعى عليه ذلك الذي صدقه على النصف الذي أقر له به بعوض، وحينئذٍ فإن كان هذا الصلح بإذن شريكه سابقاً على الصلح، صح على تمام النصف الذي وقع العقد عليه، ويكون العوض بينهما نصفين، كما أن الأصل كان كذلك، وإن لم يكن الصلح بإذن شريكه صح الصلح في حقّه المقر له. وهو الربع الذي هو نصف ما وقع عليه الصلح، وبطل في ربع شريكه، ويكون شريكاً مع المدعى عليه بذلك الربع.

هذا كله فيما إذا صرحا بالسبب الموجب للملك بالإشاعة والمناصفة، أما لو لم يصرحا بما يقتضي الشركة سواء صرحا بما ينافيه أم لا، كما لو ادعى أحدهما ملك نصف المدعى فيه بالميراث، وادعى الآخر ملكه بالشراء، فإنهما لا يشتركان فيما أقر به المدعى عليه، فان ملك أحدهما لا يستلزم ملك الآخر، فلا يقتضي الاقرار لأحدهما بما يدعيه مشاركة الآخر إياه.

(مسألة: ٤٤١) لو ادعى عليه شيئاً فأنكر فصالحه المدعى عليه على سقي زرعه أو شجره بمائه، لم يصح الصلح، نعم يصح مع ضبط السقي بمدة معلومة، ومثله ما لو كان الماء معوضاً، فيجوز السقي بالماء عوضاً للصلح، بأن يكون مورده أمراً آخر من عين أو منفعة، وكذا يجوز كونه مورداً له، وعوضه أمر آخر من عين أو منفعة، كل ذلك مع ضبطه بمدة معلومة.

ولو تعلق الصلح بسقي شيء مضبوط دائماً أو بالسقي بالماء أجمع دائماً وان جهل السقي، لم يبعد عن الصحة.

(مسألة: ٤٤٢) يصحّ الصلح لو قال المدعى عليه: صالحني عليه، صحة

وقوعه على الاقرار والانكار، فطلبه لا يكون موجباً للإقرار.

نعم لو قال: بعني أو ملكني اقتضى ذلك الإقرار بعدم ملكه له، فإنه لا إشكال في إقراره بعدم الملك بقوله ذلك.

تتمه: هل يكون بذلك ملكاً لمن طلب منه البيع أو التمليك أم لا؟ الأقرب العدم، نعم لو اقترن بذلك كون المطلوب بيعه تحت يد المخاطب ترجح جانب ملكه، لدلالة اليد على الملكية.

(مسألة: ٤٤٣) لو ضمن شخص عن شخص مالاً بإذنه ثمّ صالح الضامن المضمون له بأقل ممّا ضمنه لم يكن له الرجوع على المضمون عنه إلّا بما صالح به وكذا لو صالح الضامن المضمون له عن المال الذي ضمنه بعروض دفعها إليه، فإنه لا يرجع على المضمون عنه إلّا بأقل الأمرين من قيمة العروض وما كان في ذمّة المضمون عنه.

(مسألة: ٤٤٤) يجوز الصلح على تعجيل بعض الدين المؤجل بنقصان منه، ولا يجوز تأجيل شيء منه بزيادة، ولا يجوز الصلح على تعجيل البعض أيضاً بمد الأجل في الباقي.

تزاحم الحقوق والتنازع في الاملاك

(مسألة: ٤٤٥) يجوز إخراج الرواشن[1] والاجنحة إلى الطرق النافذة إذا كانت عالية لا تضر بالمارة، وهما عبارة عن إخراج خشب من حائط المالك الى الطريق بحيث لا يصل الى الجدار المقابل له ويبنى عليها، ولو وصل الى الجدار سمى ساباطاً وعلى هذا فهما عبارة عن أمر واحد، وربّما فرق بينهما

---

(١) وهي ما تعارف عليه سابقاً بالروزنة وهو رف وراه نافذة.

بأن الاجنحة ينضم إليها مع ما ذكر أن يوضع لها أعمدة من الطريق، وربّما قيل ذلك في الرواشن.

المرجع في التضرر الى العرف بالنظر الى المارة في تلك الطريق وما يليق بها، فلو كانت من الطرق التي تمر فيها المركبات الكبيرة وجب أن لا يضر بالعماريات والكنائس، واعتبر ارتفاع ذلك بحيث تمر فيها بسهولة.

(مسألة: ٤٤٦) لو أضر بغيرهم من جار ونحوه بحيث استلزم الاشراف عليه لم يمنع منه، كما لا يمنع لو كان وضع الجناح والروشن في ملكه فاستلزم الاشراف على جاره، ويجوز إخراج الرواشن والأجنحة إلى الطرق النافذة ما لم يضر بالمارة.

(مسألة: ٤٤٧) يجوز التصرف في الطرق النافذة دون الطرق المرفوعة، لانها ملك لاربابها، كسائر الاملاك المشتركة لا يجوز التصرف فيها إلّا بإذن أربابها، فلا يجوز لأحد منهم احداث جناح أو باب شارع إلّا بإذن الباقين، سواء أضر بهم أم لم تضر، والمراد بالمرفوعة المسدودة التي لا ينتهي إلى طريق آخر ولا مباح، بل الى ملك الغير، والمراد بأربابها من له باب شارع إليها، وممّا يترتب على ملكهم لها جواز سدهم لها عن السكة، مع اتفاقهم على ذلك، كما يحرم التصرف فيها بما تقدم ذكره كذلك يحرم بغيره من أنواع التصرفات، فلا يجوز المرور فيها إلّا بإذنهم ولا الجلوس فيها، ولا إدخال الدواب فيها ونحو ذلك إلّا مع الاذن، ويمكن الاكتفاء في جواز المرور بشاهد الحال، وكذا الجلوس خفيفاً، فلو اتفق في تلك الطرق المرفوعة السلوك الى مسجد أو رباط أو مطهرة أو نحوها من المشتركات

بين العامة لم يكن لأصحاب الطريق المنع من السلوك إليها، ولا احداث ساباط أو جناح يضر بالمارة وان رضى أهل السكة، لأنها صارت مشتركة بينهم وبين عامة الناس المترددين الى تلك المواضع، ونحوه لو جعل أحدهم داره أحد تلك المواضع، وحينئذٍ فلو مر شخص في الجادة يوماً ولم يعد إليها في باقي عمره لا يعد مالكاً، وإن كان قد تصرف مرّة، وهكذا في سائر السالكين وان تفاوتوا، بخلاف ملاك السكة المرفوعة، فإنهم مستمرون على الاستطراق منها الى بيوتهم كما في جملة التصرفات في الاملاك مع كونهم معينين محصورين، وبذلك يظهر لك الفرق بين الطريقين، وعدم قياس إحديهما على الأُخرى في البين.

(مسألة: ٤٤٨) الأظهر أنه ليس لأحد من المسلمين معارضته في إخراج الجناح والروشن، ويدخل فيه الجار، فليس له المعارضة، ليكون الهواء بينهما، بل أيهما سبق استحق ذلك.

نعم للآخر إخراج روشن فيما بقي من الهواء، وليس لصاحب الأوّل منعه ما لم يضع على خشبته شيئاً منه، ويجوز للآخر إخراج روشنه فوق الأوّل أو تحته ما لم يضر به، ويعتبر أن يكون عالياً لا يضر بالمارة على الوجه المتقدم.

(مسألة: ٤٤٩) لو أظلم الطريق بوضع الثاني أزيل خاصة، لأن الضرر إنّما حصل به، وإن كان للأوّل أيضاً أثر في ذلك إلّا أن الحدّ الموجب للضرر إنّما حصل بالثاني. الروشن المحدث إن كان خارجاً عن جميع الأبواب فالحقّ للجميع، والصلح على إخراج الروشن مع الجميع، وإن كان داخلاً عن بعضها

لم يتوقف على إذن الخارج.

(مسألة: ٤٥٠) لو سقط الروشن فسبق جاره الى وضع روشن في ذلك الهواء لم يكن للأوّل منعه، لأنّ الأوّل لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه، وإنّما اكتسب بوضعه الأولوية، كالقعود في المسجد، ولا يخفى الإشكال لو هدمه جار قهراً وتعدياً ثمّ وضع الجار روشناً أو جناحاً في محاذاته ومده الى مكان روشن الأوّل.

(مسألة: ٤٥١) الظاهر جواز فتح الأبواب المستحدثة في الطرق النافذة، فيجوز احداث الأبواب فيها لمجاوزها، سواء كان لتلك الدار باب آخر إليها أم الى غيرها من الطرق النافذة أو المرفوعة، أما الطرق المرفوعة فلا يجوز إلّا برضاء أهلها، ولا حد الشركاء فيها إلا بإذن الباقين، وكذا يجوز وضع الميازيب في الطرق النافذة.

(مسألة: ٤٥٢) يجوز فتح الروازن والشبابيك في الطرق النافذة بلا إشكال، وكذا في الطرق المرفوعة وأن استلزم ذلك الاشراف على جاره، لما تقدم من أن المحرم هو الاشراف والتطلع، لا التصرف في الملك، ليستفيد بذلك الاضاءة في بيته.

نعم للجار وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف عليه وان استلزم سد الضوء، ولا فرق بين أن يكون لصاحب الحائط الذي فتح فيه الروزنة أو الشباك باب في تلك الدرب أم لا، لأن له رفع جميع الحائط، وأن يضع عوضه شباكاً فبعضه أولى.

نعم يمنع من فتح الباب لو لم يكن له باب قديم، وإن لم يستطرق فيه

دفعاً للشبهة، أعني شبهة استحقاقه التطرق، والمرور من تلك الطريق، وبهذا يفرق بين فتح الشباك والروزنة بل رفع جميع الحائط، وبين فتح الباب.

(مسألة: ٤٥٣) لو كان في السكة المرفوعة أبواب بعضها أدخل من الآخر فهل يشترك جميعهم في جميع السكة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم، أم شركة كل واحد يختص بما بين رأس السكة وباب داره؟ المسألة غير منصوصة، إلّا أن الاوفق بالقواعد الشرعية الثانى.

(مسألة: ٤٥٤) لو فضل في صدر الزقاق فضلة عن الاستطراق فأن أرباب الأبواب فيها سواء ولا أولوية لواحد على غيره لاستوائهم في الارتفاق بها. بخلاف ما بين البابين أو الأبواب، فإن أدخلية الباب تقتضي الاستطراق إليه، وهو مختص بالمستطرق، فيتحقق الترجيح، فالادخال ينفرد بما بين البابين، وهكذا لو كانت أكثر من بابين، ويشترك الجميع في الطريقين أعني صدر السكة الخالي عن الاستطراق، لما تقدم، وآخرها الزائد على الأبواب، لاشتراك الجميع في استطراقه.

(مسألة: ٤٥٥) تصير الموضع طرقاً بأُمور:

١ - أن يجعل الإنسان ملكه شارعاً وسبيلاً مسبلاً ويسلك فيه شخص آخر.

٢ - أن يجيء جماعة أرض قرية أو بلدة ويتركوا مسلكاً نافذاً بين الدرب والمساكن، ويفتحوا إليه الأبواب.

٣ - أن يصير موضع من الموات جادة يسلك الناس فيها، فلا يجوز تغييره، وكل موات يجوز استطراقه، لكن لا يمنع أحد من إحيائه بحصول الممر عليه، فليس هو حكم الشوارع.

(مسألة: ٤٥٦) الجدار بين الملكين إما أن يكون لواحد من صاحبي الملكين، أو يكون مشتركاً بينهما، فإن كان مختصاً بأحدهما كان له التصرف فيه كيف شاء، بهدم وبناء ونحو ذلك، وليس للآخر وضع جذع ولا خشبته عليه إلّا بإذن صاحبه، وإن كان مشتركاً لم يجز لأحدهما التصرف فيه إلّا بإذن الآخر، كوضع وتد وفتح كوة ونحو ذلك، ثمّ يستثني من ذلك ما لا يقع المضايقة به كالاستناد إليه، واسناد المتاع إليه إذا لم يتضرر الجدار بذلك، هذا الحكم عام في جدار الغير مطلقاً، لأنه بمنزلة الاستظلال بجدار الغير، والاستضاءة بسراجه، ولو منع المالك أو الشريك من الاستناد فهل يحرم أم لا؟ الظاهر الثاني. هذا إذا كان المجلس للمستند وإلّا لم يجز.

(مسألة: ٤٥٧) إذا إلتمس الجار وضع جذوعه على حائط جاره لم يجب على جاره اجابته، نعم يستحب، ثمّ إنه لو أذن له في الوضع فله الرجوع في الإذن ما لم يضعه، وكذا لو وضعه فله الرجوع لأنه عارية، ولا ارش.

ولو اتفقا على بقائه بالأجرة زال الإشكال والمسألة لخلوها عن النص محل توقف وإشكال. نعم هذه المسألة وإن كانت من قبيل العارية التي حكمها جواز الرجوع فيها، إلّا أن قرائن الحال تشهد بأن المطلوب منها هنا الدوام، فإن المعير إنّما أعار جداره على هذا الوجه، فلا يجوز له الرجوع بعد ذلك.

(مسألة: ٤٥٨) إن رفع صاحب الجذوع جذوعه لم يكن له إعادتها إلّا بإذن جديد، سواء اتحدت الآلة أم لا. وكذا لو أذن في وضع روشن على حائطه أو جناح أو ساباط.

(مسألة: ٤٥٩) لو وقع الصلح بينهما على وضع الخشب أو الجذوع على الجدار بشيء صح، إلّا أنه يشترط معرفة الخشب أو الجذوع الموضوعة طولاً ووزناً، وتكفي المشاهدة عن اعتبارها بما ذكر، ولكن لابدّ من تعيين المدة وضبطها، هذا إذا كان الصلح قبل البناء ووضع الخشب أما لو كان بعده فإنه لا يفتقر إلّا الى تعيين المدة خاصة، لأن الباقي صار معلوماً.

(مسألة: ٤٦٠) لو تداعيا جداراً فأما أن يكون لأحدهما عليه يد في الجملة أم لا يد بالكلية، فعلى الثاني أن حلف عليه أحدهما مع نكول صاحبه قضى به للحالف، وإن حلفاهما معاً أو نكلا قضى به لهما إنصافاً، وعلى الأوّل فأما أن يكون تلك اليد التي في الجملة مثل كونه في أرض أحدهما فإنه يحكم له به، أو يكون متصلاً ببنائه اتصالاً يبعد به كونه محدثاً، كتداخل اللبن والاحجار، ومثلهما ما لو كان لأحدهما عليه قبة أو غرفة أو نحو ذلك فإنه بجميع ذلك يصير صاحب يد، فالقول قوله بيمينه مع فقد البيّنة، وكذا لو كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع، لأن حكم الجذع والجذوع حكم ما تقدم من المرجحات، فيكون القول قوله مع يمينه.

لو تفرقت هذه المرجحات بأن كان لأحدهما بعض، وللآخر بعض، بأن كان البناء متصلاً ببناء كل منهما، أو اختص أحدهما بالجذوع والآخر بالقبة أو الغرفة، أو نحو ذلك حكم باليد لهما، فيرجع الكلام الى ما تقدم من اختصاص الحالف مع نكول الآخر، أو القسمة بينهما مع حلفهما أو نكولهما.

(مسألة: ٤٦١) لو انهدم الجدار المشترك وأراد أحد الشريكين عمارته

دون الآخر، فإنه لا يجبر الممتنع على المشاركة في عمارته.

ولو أراد أحد الشريكين عمارته فهل يتوقف على إذن شريكه الممتنع؟ أم يجوز البناء وان نهاه؟ الأقوى الأوّل ما لم يتضرر الشريك بترك عمارته فيلزم من عدم الإذن له الاضرار به، ولا فلا، ولو خالف وعمّره بغير الإذن، فهل للشريك نقضه؟ الأقوى الأوّل، ثمّ إنه لو خالف وعمّره بغير إذنه، فإن كان في نقضه ضرر على الشريك الذي بناه فليس للآخر نقضه، وإلّا فله نقضه، ثمّ إنه على تقدير تحريم الهدم لو هدمه الشريك لزمه الأرش، كما لو هدمه ابتداء.

(مسألة: ٤٦٢) قد عرفت أنه لو انهدم الجدار المشترك لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته، وكذا لا يجبر صاحب السفل ولا العلو على بناء الجدار الذي يحمل العلو، إلّا أن الأقرب أنه لا يكون لازماً بعقد، بمعنى أن لا يكون حمل جدار العلو أو السقف لازماً على صاحب جدار السفلى بعقد لازم فلو كان واجباً عليه، فإنه يجبر.

(مسألة: ٤٦٣) إذا خرجت أغصان الشجرة إلى ملك الجار وجب على مالك الشجرة عطف تلك الأغصان إن أمكن، وإلّا قطعها، لأنه يجب عليه تفريغ أرض الغير وهواه من ماله كيف ما أمكن، وأن امتنع المالك من ذلك فلمالك الأرض والهواء تولي ذلك، مقدماً للعطف على القطع إن أمكن، ولا يتوقف مالك الأرض مع امتناع مالك الشجرة على إذن الحاكم، لأن سبيل هذا الحكم سبيل بهيمة دخلت في ملكه، فإن له إخراجها من غير توقف على إذن الحاكم، قالوا: وهكذا الحكم في العروق.

لو قطع الأغصان المذكورة مالك الأرض مع إمكان عطفها ضمن بلا إشكال لكن هل يضمن جميع ما قطعه أم تفاوت ما بينه وبين المعطوف إشكال، ولعلّ الثاني أقرب.

ولو صالحه على إبقاء الأغصان المذكورة في الهواء لصحة[1].

(١) أقول لمّا كانت غالب هذه الفروض تعتمد على قرائن خاصة لكل موضوع وقضية لا سيّما في هذه العصور التي تتوقف الاثباتات على الأوراق والمستندات الرسميّة التي هي في مقام الامارة القطعيّة على الملك، اقتصرنا البحث على ما ذكرناه. (المولف)

كتاب الشركة

كتاب الشركة

الشركة هي اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الاشاعة.

والبحث فيها يقتضي رسم مسائل

(مسألة: ٤٦٤) قد يكون سبب الشركة العقد كما لو اشترى اثنان مالاً إنصافاً أو أثلاثاً أو يشتري نصف حيوان بنصف حيوان آخر، وقد يكون سببها الارث ونحوه. نعم، البقاء على حكمه أمر جائز بمعنى أنه لا يجب عليه الصبر على الشركة، بل يجوز رفعها، وأخذ حصته، ثمّ بعد اجتماع هذه الأموال واشتراكها وامتزاجها لا يصح لأحد الشركاء التصرف فيها إلّا بإذن باقي الشركاء، وإذا أذن كل منهم لصاحبه صح التصرف في مال نفسه ومال غيره، وهذه ثمرة العقد عندهم.

نعم يتوقف التصرف بعد حصول الشركة بالمعنى الذي ذكرناه على الإذن، وما يقع منهما عليه التراضي في التجارة ونحوها من التصرفات، وتبعية الربح لرأس المال ونحو ذلك، فالمدار على العلم بالرضا بأي نحو كان.

أركان الشركة ثلاثة

(مسألة: ٤٦٥) الأوّل: المتعاقدان، يشترط في كل منهما البلوغ، والرشد، والعقد، والاختيار، والقصد، وجواز التصرف، والضابط أهلية التوكيل والتوكل، لأن كل واحد من الشريكين متصرف في جميع المال، أما فيما يخصه فبحق الملك، وأما في مال غيره فبحقّ الإذن من ذلك الغير، فهو وكيل عن صاحبه، وموكل لصاحبه في التصرف في ماله، فلا يصح وكالة الصبي، ولا المجنون ولا السفيه، ولا المكره، ولا الساهي والغافل والنائم، ولا المفلس المحجور عليه، ولا يفرق بين من يأذن من له الولاية عليهم في ذلك أو لا.

الثاني: الصيغة، قد عرفت أن الإذن بالشركة لا ينحصر في اللفظ، فضلاً عن العقد المخصوص، ولا اعتبار الامتزاج، ولا شرط التجانس، ولا شرط الامتزاج، والمفهوم من ظواهر الأخبار أنه إذ اشتركا في مال واتجرا به ترتبت عليه أحكام الشركة، سواء كانت ثمّة عقد أو لم يكن، اتفق المال جنساً أو اختلف، مزج بعضه ببعض أم لم يمزج.

(مسألة: ٤٦٦) لا إشكال في أنه مع تساوي المالين يتساوى الشريكان في الربح والنقصان، وكذا لو زاد رأس مال أحدهما كان له من الربح بنسبة الزيادة، وعليه من الخسران بالنسبة أيضاً، وإنّما الإشكال فيما إذا اشترط أحدهما زيادة الربح مع تساوي المالين، أو التساوي في الربح والخسران مع تفاوت المالين، ويزداد الإشكال ما لو شرط الزيادة مع عدم زيادة عمل له يقابل تلك الزيادة، أما لو كان له عمل زائد يقابلها، فأنه يجوز العقد، ويصح الشرط أما

شرط الزيادة من دون عمل قباله فمحل توقف، أما لو كان العامل أحدهما مع شرط الزيادة للعامل فأنه لا إشكال في صحته، ويكون العقد حينئذٍ قراضاً وشركة، فيشتركان في الربح من حيث كون رأس المال شركة، ويختص العامل بالزيادة المشروطة في مقابلة عمله كما يختص عامل المضاربة بالحصة المعينة له من الربح في مقابلة عمله، ويأتي مثل ذلك فيما قدمناه من أنهما لو عملا معاً ولكن كان في عمل أحدهما زيادة، وشرطت الزيادة له في مقابلة زيادة عمله.

أما مع تساويها في المالين وزيادة عمله، أو مع نقصان ماله مع تساويهما في العمل، أو زيادته بطريق أولى، لاشتراك الجميع في كون الزيادة في الربح في مقابلة عمل، فكان العقد عقد معاوضة من الجانبين، بالنظر الى أن العمل متقوم بالمال.

(مسألة: ٤٦٧) متى حصلت الشركة بالمعنى المشهور فإنه لا يجوز لكل من الشريكين التصرف إلّا بإذن الآخر، فإن أذن أحدهما للآخر اختص المأذون بالتصرف، ولا يجوز للأذن التصرف إلّا بإذن المأذون، والإذن توكيل في التصرف، فلا يجوز له أن يتعدى ما أذن له من العموم والخصوص، والإطلاق والتقييد، فإن أطلق في التصرف تصرف كذلك، وان خصص اختص بما خصصه، ويراعى فيه المصلحة، فإن أطلق له في التجارة تصرف كيف شاء من أنواع التجارة، من البيع والشراء مرابحة، ومساومة، وتولية، ومواضعة، حيث تقتضيها المصلحة وقبض الثمن واقباض المثمن، ونحو ذلك مما تقدم في كتاب البيع.

هل يتناول الإطلاق السفر حيث شاء؟ إن اقتضى الحال ذلك وإلّا فمشكل.

(مسألة: ٤٦٨) لا يجوز له إقراض شيء من المال إلّا مع المصلحة، ولا المضاربة عليه.

(مسألة: ٤٦٩) يجب مراعاة ما يجب مراعاته في الوكالة، فلابدّ أن يقتصر على ما أذن له فيه، كما يجب على الوكيل أن يقتصر على ما وكّل عليه، فلو تعدى في بعض المواضع عن محل الإذن أثم وضمن، وحيث كانت الشركة من العقود الجائزة دون اللازمة فلكل من الشركاء الرجوع في الإذن والمطالبة بالقسمة. وإذا عزله عن التصرف، وإبطل وكالته، لا يلزم بطلان العقد وارتفاعه، بل يجوز له الرجوع بغير توكيل آخر، كما ينفسخ الشركة بالفسخ تنفسخ أيضاً بالجنون والموت، لبطلان الوكالة بهما، وهي في معناها كما عرفت، بل هي وكالة في التحقيق، ونحوهما أيضاً الإغماء والحجر لسفه أو فلس.

(مسألة: ٤٧٠) لو شرط التأجيل في الشركة بمعنى ترتب أثرها عليها من التصرف للتجارة ونحوها إلى أجل مخصوص لم يلزم الشرط المذكور، بل لكل منهما فسخها قبل الأجل، لأنها عقد جائز، فلا يؤثر شرط التأجيل فيه، نعم يترتب على الشرط المذكور عدم جواز تصرفهما بعد الأجل إلّا بإذن جديد.

(مسألة: ٤٧١) ينبغي أن يعلم أن الشريك أمين لا يضمن تلف ما في يده إلّا بالتعدي أو التفريط، ويقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف، سواء ادعى سبباً ظاهراً كالغرق، أو خفياً كالسرق.

القسمة

وهي تمييز حقّ أحد الشركاء عن حقّ الآخر، والبحث فيها يقع في مسائل:

(مسألة: ٤٧٢) القسمة برأسها أمر موجب لتمليك الشريك حصة الشريك الآخر بحصته، فإذا حصلت بشرائطها حصل بها الملك، وليست بيعاً ولا صلحاً ولا غيرهما، ويدخلها الإجبار في غير أفراد البيع التي يدخلها الإجبار، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر مع تساويهما، بل يجوز فيه الزيادة والنقصان بينهما.

(مسألة: ٤٧٣) إذا طلب أحد الشركاء القسمة، يجب على الآخر إجابته، وعدم منعه إذا لم يحصل له ضرر بالقسمة، سواء كان في تركها ضرر أم لا، وسواء كان أحدهما مضطراً إلى القسمة أم لا، لأنه يجب إيصال حقّ الغير إليه، ولا يجوز منعه عنه، وهو هنا بالقسمة، ولا تصح إلّا بإذن الشركاء إلّا ما سيأتي التنبيه عليه.

(مسألة: ٤٧٤) مع حدوث ضرر على الكل وعدم ضرورة لا تجوز القسمة، وأما ما لا ضرر في قسمته فإنه يجبر الممتنع مع إلتماس الشريك القسمة، ومعنى الضرر المانع عبارة عن نقصان العين أو القيمة نقصاناً لا يتسامح به عادة، ومتى انتفى مثل هذا الضرر عن الشريك، وطلب الآخر القسمة مع انتفاءه عنه أيضاً، فإنه يجب الإجابة إلى القسمة، ويجبر الممتنع، وأما عدم وجوبها مع ضرر الشريك فهو أيضاً ظاهر إلّا مع تضرر الطالب للقسمة بالشركة، فيتعارض الضرران، فينبغي أن يرجح الأقل ضرراً، ومع

التساوي يشكل الأمر، فيحتمل الرجوع الى القرعة.

(مسألة: ٤٧٥) لو تضرر الطالب بالقسمة دون الممتنع، فلا يجب إجابته، إلّا أن يترتب على ذلك غرض صحيح، ثمّ إنه في كل موضع يتوقف القسمة على الجبر، فأن المجبر هو الحاكم الشرعي أو أمينه، ومع تعذرهما فعدول المؤمنين كما هو في سائر الحسبيات التي يتعذر إرجاعها إلى الحاكم. والأحوط العدلان، وفي الاكتفاء بالواحد احتمال قوى.

(مسألة: ٤٧٦) لا يخفى أن متساوي الأجزاء وهو المثلي الذي يصدق على قليله وكثيره اسم الكل، وأجزاؤه متساوية في ذلك، ولا تفاوت بينها غالباً كالحبوب والادهان تقسم قسمة إجبار، إذ لا ضرر بالقسمة فيتحقق فيها قسمة الإجبار مطلقاً، فان تراضيا بالقسمة وإلّا أجبر الممتنع.

(مسألة: ٤٧٧) غير متساوي الأجزاء وهو القيمي كالثياب والحيوان والعبيد، فلابدّ فيه من تقويم وتعديل، فإن حصل التساوي على وجه يقتضيه النظر من غير رد فإنه يقسم كذلك، ولكنه في هذه الصورة يجري فيه الإجبار.

إن لم يحصل التساوي فلابدّ أن يضم إليه بعض الدراهم أو العروض ممّا يقابل به السهم الآخر، فيقسم قسمة تراض، والقسمة في هذه الصورة يعبر عنها بقسمة الرد لا يدخلها الإجبار، فلا يجبر الممتنع، بل إنّما تصح مع التراضي، فلابدّ من الرضا حينئذٍ.

(مسألة: ٤٧٨) متى حصلت القسمة والتمييز بين السهام سواء كانت القسمة إجبارية، أو قسمة رد بحيث عدلت السهام على ما يقتضيه القسمة،

فلابدّ للتعيين بحيث يصير كل سهم ملكاً لمالك من أولئك الشركاء من القرعة، وبها يصير ملكاً له، لا يجوز التصرف فيه إلّا بإذنه، كسائر أملاكه، وبعد خروج القرعة لا يحتاج الى رضاء الشريك مرة أُخرى، زيادة على الرضاء بأصل القسمة إن كانت قسمة رد. نعم لو لم يحصل التراضي بعد تعديل القسمة أمكن القول بالقرعة.

(مسألة: ٤٧٩) لا تصحّ قسمة الوقف بأن يأخذ كل واحد من الشركاء فيه بعضاً ويتصرف فيه على حدة، وتفصيل هذا الإجمال أنه يقال: إنه متى كان الواقف واحداً أو متعدداً والموقوف عليه متعدداً كأن يقف زيد داره على ذريته من الموجودين وما تناسل منهم وقفاً مؤيداً مشتملاً على شرائط الصحة واللزوم، أو يكون نصف الدار لزيد، ونصفها لعمرو، فيقف كل منهما حصته على تلك الذرية مثلاً، فإنه في هذه الصورة لا يجوز للموقوف عليهم قسمة الوقف، لأنه أوّلاً على خلاف وضع الواقف والموقوف على ما وقفت عليه.

(مسألة: ٤٨٠) يستحب للإمام عليه السلام نصب قاسم، ويشترط عدالته ومعرفته بالحساب، بل ينبغي ذلك للحاكم مطلقاً، فيستحب للقاضي نصب قاسم كامل مؤمن عاقل عارف بالحساب ولو كان عبداً، ولا يراعي فيمن تراض به الخصمان ذلك.

أما معرفته للحساب، فلابدّ منها بمقدار ما يحتاج إليه في القسمة، وأنه لا يكفي الواحد في قسمة الرد إلّا مع الرضا. هذا إذا لم يتراضيا بينهما بالقسمة بأنفسهما أو بشخص يتفقان عليه، عدل أو غير عدل، لأن الرضا سيّد الأحكام كما قيل.

(مسألة: ٤٨١) إذا باع الشريكان المتاع صفقة بثمن معلوم ثمّ استوفي أحدهما من المشتري شيئاً من الثمن، فإنه يشاركه فيه الآخر، أما إذا باع كل منهما نصيبه بعقد على حدة، فإنهما لا يشتركان فيما يقتضيه أحدهما، ويجري ذلك فيما لو كان سبب الشركة ميراثاً ونحوه.

(مسألة: ٤٨٢) إذا اقتسم الشريكان وكان بعض المال في أيديهما وبعضه غائباً عنهما فاقتسما الذي بأيديهما، واختار كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فقبض أحدهما، ولم يقبض الآخر فأما أن يكون ذلك برضا منهما فلا إشكال فيه وأما أن يفرض وقوع القسمة بغير رضا، بأن أخذ أحد الشريكين حصة من الغريم، على أنها حصته فقط، فليس للشريك الآخر مزاحمته والأخذ منه لان حقّه في ذمّة الغريم، وقد أعطاه حقّه، فيكون المال له إلّا أن لزوم ذلك وصيرورته بحيث لا يزاحمه الشريك الآخر موقوف على وصول حقّ الشريك إليه وعدم تلفه.

(مسألة: ٤٨٣) إذا اشتركا شخصان في عمل بأن كانت الآلة من أحدهما والعمل من الآخر لم تصح الشركة لأنها شركة الأبدان وشركة الأموال مع عدم المزج، وكل منها باطل كما تقدم، ومقتضى القواعد في مثل هذا هو ما ذكر أوّلاً من أن الحاصل لصاحب الآلة وللآخر أُجرة المثل.

(مسألة: ٤٨٤) لو كانت الدعوى بين البائع من الشريكين والمشتري، وهي تنجر بالآخرة أيضاً الى الدعوى بين الشريكين كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى، فهيهنا صورتان: **الأُولى** ـ وقوع الدعوى بين البائع من الشريكين والمشتري، والمفروض فيها أن البائع من الشريكين وكيل من جهة الشريك

الآخر في قبض الثمن، كما أنه وكيل في البيع، ففي هذه الحالة ادعى المشتري أنه دفع الثمن إلى البائع، وصدقه الشريك الآخر، وأنكر البائع ذلك، فإن أقام المشتري البيّنة برئت ذمّته من الحقّين، أما من حقّ البائع فبالبيّنة وأما من حقّ الشريك الآخر فبها وبتصديقه للبائع في دعواه، ولو كان عدلاً قبلت شهادته على شريكه، لكنها إنّما تقبل في حصة الشريك البائع لا في الجميع المتضمن لحصة نفسه، وإن لم يقم المشتري بيّنة بأداء الثمن كان القول قول البائع بيمينه، وحينئذٍ فإن حلف استحق أخذ نصيبه خاصة وإن نكل البائع عن اليمين ردت على المشتري.

الصورة الثانية: الدعوى بين الشريكين، وقد عرفت أن الشريك البائع وكيل من جهة شريكه المدعى هنا في قبض الثمن، وهو قد صدق المشتري في قبض شريكه له، وحينئذٍ فالشريك هنا يدعى على شريكه البائع حصته من الثمن، وشريكه يدعى بقاءها في ذمّة المشتري لإنكاره القبض منه وعلى هذا فإن أقام الشريك بيّنة بأن شريكه البائع قد قبض الثمن من المشتري كما يدعيه رجع عليه بحقّه منه، وإلّا فالقول قول شريكه، لأنه منكر القبض، فيقبل قوله مع يمينه، فان حلف انقطعت الدعوى، وإن نكل أورد اليمين حلف الشريك المقر، وأخذ منه حصته، ولا يرجع البائع بذلك على المشتري، وإنّما حقّه باق في ذمّة المشتري.

هذا كله فيما إذا تقدمت الخصومة الأُولى على الثانية كما رتبناه.

أما إذا تقدمت الثانية فإن الحكم كما ذكر أيضاً، إلّا أن الشريك المقر لا تقبل شهادته على البائع.

وثالثهما: لو كانت الدعوى بين المشترى والشريك الإذن بأن ادعى المشتري أنه بعد الشراء من الشريك البائع سلم الثمن الى شريكه الآخر، وصدقه الشريك البائع على ذلك، والشريك المدعى عليه منكر، فالقول قوله بيمينه، كما هي القاعدة المتفق عليها.

فإن حلف أنه اقبض الثمن جميعه انقطعت عنه المطالبة، وإن نكل إلزم بنصيب البائع خاصة.

تفصيل الكلام هنا أن يقال إن البائع هنا إما أن يكون قد أذن للشريك المدعى عليه في قبض حصته من الثمن أو لا، وعلى التقديرين فأما أن قد أذن أيضاً لشريكه البائع في القبض أم لا، وحينئذٍ فإن كان الشريك المدعى عليه مأذوناً في القبض بريء المشتري من حصة البائع، وإن لم يكن مأذوناً في القبض لم يبرئ المشتري من حصة البائع، لأنه لم يدفع حصته إليه، ولا إلى وكيله، أما عدم الدفع إليه فظاهر، لأن المشتري إنّما يدعى الدفع على شريكه، وأما عدم الدفع إلى وكيله فلأن المدعى عليه غير وكيل، ولا مأذون كما هو المفروض، وكذا لا تبرئ ذمّته من حصة الشريك المدعى عليه، لإنكاره القبض. وحينئذٍ فيقدم قول الشريك المدعى عليه بيمينه مع عدم البيّنة.

ثمّ إن طالب البائع المشتري بحصته، فلشريكه مشاركته في ذلك كما في كل مال مشترك، ويرجع على المشتري بحصته ويطالبها، وعلى تقدير مشاركته للبائع في حصته التي قبضها من المشتري، إنّما يبقى للبائع ربع الثمن وليس للبائع مطالبة المشتري بعوض ما أخذه شريكه. ثمّ إنه متى شارك فيما قبضه رجع ببقية حصته على المشتري

(مسألة: ٤٨٥) لا يخلو أما أن يكون الشريك المدعى عليه القبض مأذوناً من جهة شريكه البائع في القبض أم لا، فعلى الأوّل لا تقبل لحصول التهمة، لأنه بالنسبة إلى حصته يشهد لنفسه على الذي لم يبع لأن المفروض أن القابض مأذون من جهته في القبض، ووكيل عنه، فهو في الحقيقة ليشهد لنفسه على شريكه. وحينئذٍ يلزم تبعيض الشهادة، والشهادة إذا ردت في بعض المشهود به هل تسمع في الباقي أم لا؟ وجهان: عندهم.

(مسألة: ٤٨٦) إذا كان لرجلين مركبتان لكل واحد منهما مركبة بانفراده، فباعاهما من رجل واحد بثمن واحد لا يصح البيع، أما لو كانت المركبتان لهما معاً أو كانا لواحد فلا إشكال، ويقسط الثمن عليهما، على نسبة الحصص، وكذا لو كانا لواحد مع أن ذلك التقسيط لو أثر لأمكن تطرقه هنا لو عرض لأحدهما ما يبطل البيع كما لو خرج مستحقاً للغير.

(مسألة: ٤٨٧) قد تقدم أن شركة الأبدان باطلة، وحينئذٍ فلو اشتركا كذلك فان تميز أجرة كل واحد عن صاحبه اختص كل واحد بحصته، ولو تميز بعضها اختص أيضاً به، ويشكل مع اشتباه الحال، والاحتياط فيها واجب، وهو يحصل بالقول بالرجوع الى الصلح، لأنه طريق الى تيقن البراءة كما في كل مال مشتبه.

كتاب المضاربة

كتاب المضاربة

وهي عقد شرعي لتجارة الإنسان بمال غيره بحصة من الربح، وهـذه التسمية لغة أهل العراق، وأما أهل الحجاز فيسمون هذه المعاملة قراضاً.

فأن اشتراط الربح لهما معاً كان قراضاً، وأن اشتراطه للعامل خاصة كان قرضاً، ويكون للمالك خاصة البضاعة، ومرجعه إلى أنه بـاشتراطـه الضـمان كأنه قصد أن المال يكون قرضاً حينئذٍ، كما أنه باشتراط الربح للعامل خاصة كأنه قصد ذلك.

والكلام في هذا الكتاب يقع في مقاصد أربعة:

الأوّل: العقد وما يلحق به

شروط عقد المضاربة

(مسألة: ٤٨٨) الأوّل: اللفظ الدال على رضا من المتعاقدين، والصحيح أنه لا يعتبر لفظ معين يدل عليه، بل يكفى الفعل في جانب القبول، ومتى صح القبول بالفعل دون القول فلا معنى لاشتراط التواصل الذي هـو عـبارة عـن تعقيب الايجاب بالقبول، وعدم الفصل بينهما.

الثاني: التعليق على شرط أو صفة ولو قال «ضاربتك سنة» بمعنى أنه جعل أجلاً للمضاربة لم تلزم المضاربة في هذه المدة، بل لكل منهما فسخها قبل الأجل، والشرط والعقد صحيحان، أما الشرط ففائدته المنع من التصرف بعد السنة، وكذا لو قال له: إن مرّت بك سنة فلا تشتر وبع، أو قال: فلا تبع واشتر، فان العقد صحيح، بخلاف ما لو شرط اللزوم، بأن قال: على أني لا أملك منعك، فان هذا الشرط مناف لمقتضى العقد، ولو شرط عليه أن لا يشتري إلّا من زيد، ولا يبيع إلّا على عمرو أو لا يشتري إلّا المتاع الفلاني، أو لا يسافر إلّا الى البلد الفلانية، أو لا يسافر بالكلية صح ووجب عليه العمل بالشرط فإن خالف ضمن، لكن لو ربح كان الربح بينهما.

(مسألة: ٤٨٩) لو دفع آلة الصيد كالشبكة بحصة من الصيد كان الصيد للصائد وعليه أجرة الآلة، إلّا أن يصير الصيد مشتركاً بينهما حسبما يراه الصائد.

(مسألة: ٤٩٠) لا إشكال فيما إذا كان مال القراض معلوم المقدار معيناً وإن كان مشاعاً، كما لا فرق بين أن يكون العقد مع الشريك أو غيره، ولو كان شاهداً مع كونه مجهولاً، ولا إشكال في كون القول قول العامل بيمينه لو اختلفا في قدره، صحت المضاربة أم بطلت، ومع وجود البيّنتين وتعارضهما فان الحكم لبيّنة المالك، وكذا لا ينعقد القراض بناءً على ما قدمنا لو أحضر مالين معدودين، فقال: قارضتك بأيهما شئت، لانتفاء التعيين الذي هو شرط في صحة العقد، كما عرفت، ولا فرق بين أن يكون المالان متساويين جنساً وقدراً أو مختلفين.

(مسألة: ٤٩١) لو أخذ مالاً للمضاربة مع عجزه عنه بمعنى أنه يعجز عن تقليبه في التجارة والبيع والشراء به لكثرته، فالظاهر تخصيصه بالزائد لأنه هو الذي حصل فيه العجز، فيكون هو غير المأذون فيه، وأما ما كان يمكن العمل به فإنه يكون مأذوناً فيه، والحكم لا يخلو من شوب الإشكال.

(مسألة: ٤٩٢) لو كان له مال مغصوب في يد شخص، وذلك المال موجود معين معلوم القدر، فإنه يجوز أن يقارض عليه الغاصب مع استكمال باقي الشروط، ولا إشكال في المضاربة، وكذا لا إشكال ولا خلاف في أنه متى وقعت المضاربة واشترى العامل وهو الغاصب بذلك المال المغصوب عروضاً ودفعه عن قيمتها، فإنه تبرئ ذمّته من الضمان الثابت عليه بالغصب، لأنه قضى دين المالك بإذنه.

وهل تبرئ ذمّته بمجرد عقد المضاربة أم لا؟ الظاهر أنه كذلك، وحينئذٍ فإذا حصلت المضاربة بذلك المال المغصوب حصل الرضا بالقبض، فيزول موجب الضمان.

(مسألة: ٤٩٣) لو قال: بع هذه السلعة فإذا نض ثمنها فهو قراض كان باطلاً، لأن شرط صحة القراض أن يكون مال القراض عيناً معينة مملوكة للمالك.

لو مات رب المال والمال عروض في يد العامل، وأقرّه الوارث على العقد الأوّل صح، ولو مات رب المال والمال في يد العامل كان نقداً صح تجديد الوارث عقد القراض معه بلا إشكال، وهل يصح بلفظ التقرير؟ والأقوى الصحة.

(مسألة: ٤٩٤) لو اختلف العامل والمالك في قدر رأس المال فمقتضى القاعدة أن القول قول العامل بيمينه، لانه ينكر قبض الزيادة، والمالك يدعي إقباضها ولا فرق في ذلك بين كون المال باقياً، أو تالفاً بتفريط العامل، بل الحكم في الثاني بطريق أولى، فإن العامل حينئذٍ غارم، فالقول قوله في القدر.

الربح:

وفيه مسائل:

(مسألة: ٤٩٥) أن المضارب يستحق من الربح ما وقع عليه الشرط من النصف أو الثلث أو الربع أو غير ذلك.

(مسألة: ٤٩٦) يشترط في الربح الشياع، بمعنى أن يكون كل جزء جزء منه مشتركاً، وما لم يكن مشتركاً فإنه خارج عن مقتضاها، فهذا الشرط داخل في مفهوم المضاربة، ويتفرع عليه صور.

منها ـ أن يجعل لأحدهما شيئاً معيناً كعشرة دراهم مثلاً، فإنه باطل، وكذا لو ضم الى ذلك أن الباقي بينهما.

ومنها أن يقول: خذه قراضاً والربح لي، وهو باطل، ويكون الربح للمالك، وللعامل أجرة المثل كما عرفت. هذا إذا لم ينضم الى الكلام المذكور ما يفهم منه إرادة أحد الأمرين المذكورين من القراض، أو البضاعة من القرائن الحالية أو المقالية، وإلّا كان العمل على ذلك، وما يقتضيه من صحة أو بطلان.

ومنها أن يقول: خذه قراضاً والربح كله لك، الوجه فيه الفساد. وهل

يكون ذلك قرضاً، أو قراضاً فعلى الأوّل يكون الربح كله للعامل، والمال مضمون عليه، كما هو شأن القرض ولا شيء للمالك وعلى الثاني فالربح كله للمالك، وعليه أجرة المثل للعامل. هذا إذا لم يتحقق قصد شيء من الأمرين، بأن لم يقصد شيئاً بالكلية، أو لم يعلم ما قصده، وإلّا كان قرضاً في الأوّل، و قراضاً فاسداً في الثاني.

نعم لو قال في الصورة الثانية: خذه فاتجر به والربح لي، فإنه يكون بضاعة بغير إشكال، وكذا لو قال في الصورة الثالثة: خذه واتجر به والربح لك فإنه قرض بغير إشكال.

ولو قال: خذه على النصف فالظاهر الصحة والربح بينهما نصف. نعم لو انضم إليه قرينة صح حمله على غيره بواسطتها.

(مسألة: ٤٩٧) لو شرط أحدهما لغلامه حصة من الربح، صح، عمل الغلام أم لم يعمل، أما لو شرط لأجنبي فإنه لا يصح إلّا أن يكون عاملاً.

نعم إذا كان عاملاً كان بمنزلة العامل المتعدد، فلا يكون أجنبياً.

(مسألة: ٤٩٨) لو قال: لاثنين لكما نصف الربح صح، وكانا فيه سواء ولو فضل أحدهما صح أيضاً وإن كان عملهما سواء.

(مسألة: ٤٩٩) لو اختلفا في نصيب العامل فان مقتضى القواعد الشرعية أن القول قول المالك بيمينه.

(مسألة: ٥٠٠) لا إشكال فيما لو دفع المالك مال القراض في مرض الموت على الوجه المعتبر من تعيين الحصة من الربح للعامل ونحوه، ثمّ إنه بعد حصوله فهو متجدد بسعي العامل بعد العقد، فليس للوارث فيه

اعتراض، ولا نزاع بوجه من الوجوه، ولا فرق في تلك الحصة المعينة للعامل بين كونها قدر أجرة المثل أو أكثر أو أقل حسبما مرّ في غير هذه الصورة من صور القراض.

(مسألة: ٥٠١) يملك العامل من الربح بظهوره من غير توقف على انضاض العروض، ولا قسمة المال بينهما، ثمّ إنه ينبغي أن يعلم أنه وإن كان العامل يملك حصته بمجرد ظهور الربح إلّا أنه يكون ملكاً متزلزلاً مراعى بإنضاض جميع المال أو قدر رأس المال مع الفسخ أو القسمة حيث إنّ الربح وقاية لرأس المال فيجبر به ما وقع في التجارة من تلف وخسران، سواء كان الربح و الخسران في مرة واحدة أو مرتين، وفي صفقة أو صفقتين، وفي سفر أو سفرين، فلو لم يفضل منه شيء بعد أن حصل وجبرت بالتجارة فلا ربح.

(مسألة: ٥٠٢) إن العامل أمين فيقبل قوله في التلف بغير تفريط بيمينه، سواء كان التلف ظاهراً كالحرق أو خفيا كالسرق، وسواء أمكن إقامة البيّنة عليه أم لم يكن، وكذا يقبل قوله في الخسارة ولا يضمن إلّا مع التفريط، وقد تقدم الكلام فيما إذا اختلف في قدر رأس المال، وأن الأظهر قبول قول العامل بيمينه.

تتمه: في الاختلاف في الرد، فهل يقبل قول العامل في رد المال الى المالك أم لا؟ والحق المدعى هنا هو الرد، فبالبينة يثبت، فينبغي المطالبة، وباليمين يسقط، وتتوجه المطالبة بالمال، وان احتمل بحسب الواقع براءة ذمته لصحة دعواه.

(مسألة: ٥٠٣) لمّا كان القراض من العقود الجائزة، فلكل من المالك

والعامل فسخه بقوله فسخت القراض، أو أبطلته أو رفعته أو نحو ذلك ممّا يؤدى هذا المعنى أو بقول المالك للعامل لا تتصرف بعد هذا، أو يقول رفعت يدك، وكذا يحصل ببيع المالك المال لا بقصد اعانة العامل، وحينئذٍ فإن كان هناك ربح يقسم بعد إخراج رأس المال، وان لم يكن ثمة ربح وكان المال ناضا فلا شى للعامل مطلقا حتّى أجرة المثل.

(مسألة: ٥٠٤) إذا كان في المال عروض فهل للعامل أن يبيعها بغير اذن المالك؟ لا تخلو هذه الصورة أما أن يكون في المال ربح أو لا، فعلى الأوّل متى قلنا بأن الربح يملك بمجرد الظهور كما هو الصحيح، والمؤيد المنصور، فان اتفقا على أن العامل يأخذ حصته من تلك العروض فلا بحث، وكذا ان اتفقا على الانضاض، وأخذ العامل حصته بعد الانضاض، أما لو طلب المالك من العامل الانضاض من غير إرادته ذلك، لم تجب الاجابته وهكذا باقي الكلام فيما لو طلب العامل الانضاض، فهل يجب على المالك إجابته أم لا؟ الظاهر العدم.

هل للعامل أن يبيعه ان أراد بغير رضا المالك أم لا؟ الأظهر انه ليس له ذلك.

نعم لو كان الزبون موجودا بالفعل جاز بيعه من غير رضاه، وكان من قبيل ما لو ظهر فيه ربح، وهل للمالك في هذه الصورة إلزام العامل بالإنضاض أم لا؟ الاقوى أنه ليس له ذلك أيضاً.

(مسألة: ٥٠٥) إذا كان المال سلفا، وتفصيل القول في ذلك أنه لا ريب كما عرفت فيما تقدم أن العامل ليس له البيع بالدين الا مع الإذن، وكذا ليس له

الشراء نسيئة الا مع ذلك، فلو فعل بغير اذن كان الثمن مضمونا عليه، ولا إشكال في ذلك.

أما إذا أذن له المالك، فهل يجب جبايته بعد الفسخ على العامل، الاقوى عدم وجوبه عليه كما إذا اشترى باذن موكله عروضا ثمّ عزله الموكل عن الوكالة، لم يجب عليه بيع تلك العروض، وتنقيد الثمن، والرد على المالك كما قبضه منه بل الظاهر أنه متى عزله الموكل امتنع تصرفه سواء كان المال نقدا أو عروضا.

(مسألة: ٥٠٦) لو مات صاحب المال انفسخ العقد، فلو كان ذلك والمال عروض فلا إشكال في جواز بيع العامل له مع الاتفاق على ذلك بينه وبين الوارث.

أما مع عدم الاتفاق على ذلك فلا يجوز التصرف فيه الا بإذنه لبطلان العقد.

(مسألة: ٥٠٧) قد تقرر ان مقتضى المضاربة هو عمل العامل بنفسه، فلا يجوز أن يضارب غيره الا بإذن المالك وهو محرم، فان اذن له المالك صح وكان وكيلا من قبل المالك في ذلك، فان كان بعد عمل العامل الأوّل وقد ظهر فيه ربح فله حصته من الربح، بناءً على الأشهر الأظهر من أنه يملك الربح بمجرد الظهور، ولا فرق في هذه الصورة بين جعل الحصة للعامل الثاني بقدر حصة الأوّل التي وقع عليها الاتفاق بين المالك والعامل الأوّل، أو أقل، وعلى تقدير كونها أقل فإن هذه الزيادة لا يستحقها العامل الأوّل، بل هي للمالك.

(مسألة: ٥٠٨) لو كان أذن المالك للعامل الأوّل في المضاربة، لا بهذا المعنى المذكور، بل بمعنى إدخال من أراد معه، وجعلهما اثنين مثلا، وحاصله جعل الثاني شريكا له في العمل والحصة، فلا مانع من ذلك، بل يكون صحيحا، هذا كله مع الاذن له في المضاربة، أما لو لم يأذن له فإنه لا يصح القراض الثاني، وحينئذٍ فلو عمل به العامل الثاني والحال هذه، وظهر فيه ربح فكله للمالك، لكونه فضولى فلا يستحق شى.

(مسألة: ٥٠٩) لو أنكر العامل مال القراض فأثبته المالك بالبينة، فادعى العامل بعد ذلك التلف، لم تقبل الدعوى الاخيرة منه، وكذا الحكم فيما لو ادعى عليه وديعة أو غيرها من الأمانات فأنكرها، ثمّ بعد الإثبات ادعى التلف، والواجب عليه في جميع هذه المواضع البدل أو القيمة، أما لو كان جوابه لا يستحق عندي شيئا وما أشبهه لم يضمن، وحينئذٍ فيقبل قوله في التلف من غير تفريط بيمينه.

(مسألة: ٥١٠) لو ادعى الغلط في الربح أو قدره بأن قال أولا ربحت، أو ربحت كذا، ثمّ ادعى الغلط في ذلك، وانه ما ربح شيئا أو ربح شيئا أقل ممّا ذكره أولا، فإنه يؤخذ بإقراره الأوّل، ولا يسمع دعوى الغلط كما هو شأن جميع الأقارير.

نعم لو قال: خسرت بعد ذلك أو تلف، فإنه يقبل قوله بيمينه كما تقدم.

(مسألة: ٥١١) لو ذكر لمّا ادعاه من الغلط وجها يمكن استناده اليه وابتناءه عليه فلا يبعد قبول قوله، كما مر مثله، بأن ظن هنا أن متاعه يشترى بكذا وكذا زيادة على القيمة التي ابتاع بها، فظهر كذب ظنه، ونحو ذلك فليس

فيه الا ارتكاب التجوز في اخباره بالبناء على الظن، ومثله في باب المجاز غير عزيز.

(مسألة: ٥١٢) ليس لأحد من العامل والمالك استحقاق شيء من الربح استحقاقا تاما حتّى يستوفي المالك جميع رأس ماله، فلو كان في المال خسران و ربح جبرت الوضيعة من الربح، سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة، أو الخسران في صفقة، والربح في أخرى أو الربح في سفر، والخسران في سفر آخر، لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال، و إذا لم يفضل شيء فلا ربح، وحينئذٍ فإذا اتفق الخسران بعد قسمتهما الربح رد العامل أقل الأمرين ممّا وصل اليه من الربح، وممّا يصيبه من الخسران، لأن الأقل ان كان هو الخسران، فلا يلزمه سوى جبر المال، والفاضل له، وان كان هو الربح، فلا يلزمه الجبر الا به، و كذا يحتسب المالك برجوع أقل الأمرين اليه.

توضيح ذلك بأن نفرض أن أصل المال مأة درهم، والربح عشرون درهما، والشرط أن يكون الربح بينهما نصفين، وبموجبه يكون النقصان كذلك، فاقتسما الربح وصار حصة العامل عشرة دراهم ثمّ أنّه اتفق نقصان المال من التجارة عشرين درهما، فعلى العامل عشرة دراهم، وهي تمام حصته، لان له نصف الربح فعليه نصف النقصان، وباقي النقصان على حصة المالك، ولو كان الخسران ثلاثين درهما والربح كما تقدم، فان حصته من النقصان بموجب ما عرفت خمسة عشر درهما، وحصته من الربح إنّما هي عشرة، فيأخذ هنا بالأقل الذي هو حصته من الربح، فإنه لا يلزم بأزيد ممّا

يأخذه، ولا يكلف بالجبر من غير الربح، ولو كان الخسران عشرة دراهم، فان حصته من الخسران خمسة دراهم بموجب ما عرفت، وهي أقل من حصته من الربح التي هي عشرة كما عرفت فيؤخذ بالأول الذي هو الأقل، والخمسة الأخرى على المالك، وعلى هذا يكون الزائد له، لأن الأمر هنا بالحصة والرصيد، والذي يتعلق بالعامل من ذلك هو النصف، والنصف الأخر بالمالك، ومنه يعلم ما يتعلق بالمالك.

(مسألة: ٥١٣) لا خلاف في أن التالف من مال التجارة كلاًأو بعضاً بعد دورانه في التجارة يجبر بالربح، والمراد بدورانه في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء، لا مجرد السفر به، قبل وقوع شيء من ذلك، والربح هو الفاضل عن رأس المال فيما لم يفضل عن رأس المال شيء فلا ربح، ولا فرق في الفوائت التي يترتب عليها الخسران بين أن يكون بآفة سماوية أو بغصب غاصب أو سرقة أو نحو ذلك.

أما لو كان قبل دوران سواء كان التلف للجميع أم للبعض، فلا جبر التالف بهذا الربح، إذ المتبادر من الاخبار أن الربح الذي يجبر التالف انّما هو ربح ذلك المال الذي وقعت المعاملة به، ورأس المال الذي يخرج أولا إنّما هو المستعمل في التجارة وكونه مال التجارة، إنّما يصدق حقيقة بعد الدوران لا قبله، بمعنى جبر التالف بالربح أي الذي عرض له التلف بعد حصول الربح فيه، لا ما لم يكن كذلك. وكيف كان فالمانع مستظهر.

(مسألة: ٥١٤) يجوز تعدد كل من العامل والمالك فيضارب المالك اثنين، وبالعكس، فإذا تعدد العامل بأن قارض الواحد اثنين، اشترط تعين

الحصة لهما ويجب تفصيلها، ولو شرط التفاوت بينهما بأن جعل لأحدهما ثلث الربح، والآخر ربعه فأبهم ولم يعين بطل، ولو عين الثلث لواحد بعينه، والربح الآخر صح، وإذا اتحد العامل وتعدد المالك فلو بيّنا نصيب العامل من الربح بأن جعلا له نصف الربح، ولهما الباقي يكون بينهما على ما يشترطانه من التفاضل والتساوي، سواء كان على نسبة المالين أم لا. وكذا يصح لو شرط أحدهما للعامل النصف من حصته من الربح، وشرط الأخر له الثلث على أن يكون الباقي بينهما نصفين.

(مسألة: ٥١٥) لو اشترى العامل شيئا للقراض فتلف الثمن قبل دفعه البائع، فمقتضى القواعد في هذا الباب هو التفصيل، بأن يقال: ان كان تلف المال بعد الشراء بتفريط من العامل أما بعدم الحفظ أو بالتأخير عن الدفع فإنه يكون ضامنا، ويكون القراض باقياً، ويجب عليه الدفع إلى البائع، وان لم يكن بتفريط، فلا يخلو أما أن يكون الشراء بالعين أو في الذمّة، فإن كان الشراء بالعين بطل البيع، ووجب دفع المبيع إلى بائعه، وان كان في الذمّة فإن كان مأذونا من المالك وقع الشراء للقراض، ووجب على المالك دفع الثمن عوض التالف، ويكون الجميع رأس المال فيجبر بالربح، وإن لم يكن مأذونا من المالك بطل الشراء ان أضاف ذلك الى المالك والقراض، وترد المبيع على بائعه، وإن لم يضف ذلك الى المالك ولا القراض، بل أضافه الى نفسه أو أطلق وقع الشراء للعامل، وعليه دفع الثمن.

(مسألة: ٥١٦) إذا دفع اليه مالا قراضا وشرط عليه أن يأخذ له بضاعة، فهل يصح القراض والشرط، أو لا يصح شيء منهما، أو يصح القراض ويبطل

الشرط؟ لم يجب الإلتزام بالشرط ، فإن وفي به فلا بحث، والا أشكل الأمر، ومقتضى القواعد كما عرفت أنه لا يلزم للعامل الوفاء به، فمتى أخل به تسلط المالك على الفسخ، ولو كان ذلك له بدون الشرط الا أن هذا سبب زائد، فلو فسخ والحال هذه فان كان قبل ظهور ربح، فلا شيء له كما تقدم.

(مسألة: ٥١٧) إذا مات وفي يده أموال مضاربة فان علم مال أحدهم بعينه حكم له به، وان جهل كانوا فيه سواء، فان جهل كونه مضاربة حكم به للورثة، ثمّ أنّه على تقدير الثاني، فالمراد باستوائهم في المال هو أن يقسم بينهم على نسبة أموالهم، لا بمعنى أن يقسم بالسوية كما في اقتسام غيرهم من الشركاء.

هذا إذا كانت أموالهم مجتمعة في يده على حده، وأما ان كان المال ممتزجا مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك إن وسعت التركة أموالهم أخذوها، وإن قصرت تحاصوا وعلى تقدير الثالث، فالمراد به أن العامل كان في يده مضاربة في الجملة، ولكن لم يعلم بقاؤها ولا تلفها، ومن أجل ذلك حصل الجهل بكون المال الذي في يده مضاربة، إذ كما يحتمل أن يكون من مال المضاربة، يحتمل أن يكون من ماله، فيحكم بكونه ميراثا، ولكن يبقى الإشكال في أنه هل يحكم بضمانه لمال المضاربة من حيث أصالة بقائها الى أن يعلم التلف بغير تفريط أم لا؟ لعل الثاني أقوى.

كتاب المزارعة والمساقاة

كتاب المزارعة والمساقاة

والكلام في هذا الكتاب يقع في مطلبين

الأوّل ـ في المزارعة

قد عرّفت المزارعة بأنها معاملة على الأرض بحصة من حاصلها.

(مسألة: ٥١٨) الصيغة فيها زارعتك أو ازرع هذه الأرض أو سلمتها إليك ونحو ذلك ممّا يفيد هذا المعنى مدة كذا بحصة معلومة من حاصلها، وهي من العقود اللازمة التي لا تنفسخ إلّا بالتقايل فلابّد فيها من الإيجاب والقبول الدالين على الرضا بالتسليم، والمدار في القبول على حصول الرضا بما دل عليه الإيجاب، وإن لم يكن بلفظ، وكذا في جانب الإيجاب إلّا أن الأظهر اشتراط اللفظ في جانب الإيجاب.

(مسألة: ٥١٩) لابدّ من كون الأرض ملكاً لأحدهما عيناً أو منفعة بالإجارة، أو الأولوية الحاصلة في الأرض الخراجية أو المباحة بالتحجير أو الأحياء، وإن لم نقل بحصول الملك به، فلا تشرع المزارعة في الأرض الخراجية إلّا باستعمال حيلة من الحيل الشرعية.

ومنها جعل البذر منهما فلو اتفق اثنان على المعاملة في مثل ذلك في

الأرض الخراجية فطريق الصحة الاشتراك في البذر، بحيث يمتزج على الوجه المقرر في باب الشركة، ويجعلان باقي الأعمال بينهما على نسبة المال، ولو اتفقا على زيادة عمل من أحدهما نوى به التبرع، فلا رجوع له بالزائد، ولو أرادا جعل الحاصل مختلفاً مع التساوي في البذر أو بالعكس، بنى على ما تقرر في الشركة من جواز ذلك، وقد عرفت أن المختار جواز الزيادة في القدر للعامل، أو من له زيادة في العمل، فليلحظ ذلك أو غيره من الحيل الشرعية على توسيع هذه المعاملة.

(مسألة: ٥٢٠) قد عرفت أن عقد المزارعة عندهم من العقود اللازمة التي لا تبطل إلّا بالتقايل، والمراد به بالنظر الى اختيار المتعاقدين يعنى ليس كالعقود الجائزة التي لكل من المتعاقدين فسخها، وإلّا فإنه يبطل أيضاً بغير التقائل كانقطاع الماء عن الأرض، وفساد منفعة الأرض.

(مسألة: ٥٢١) لا تبطل المزارعة بالبيع ولا بموت أحد المتعاقدين ثمّ إنه إن كان الميت العامل قام مقامه ورثته في العمل، وإلّا رفع الأمر إلى الحاكم فيستأجر الحاكم من يقوم بالعمل من مال الميت أو من حصته من الغلة، وإن كان الميت المالك بقي العامل على عمله، وعليه القيام بتمام العمل، ويستثنى من الأوّل ما لو شرط عليه المالك العمل بنفسه، فإنها تبطل بموته، وهو متجه لو كان الموت قبل ظهور الحاصل، أما بعد ظهوره فيشكل ذلك، فإنه قد ملك الحصة، وأن وجب عليه بقية العمل.

(مسألة: ٥٢٢) شروط المزارعة ثلاث

الأوّل ـ أن يكون النماء مشاعاً بينهما تساوياً فيه أو تفاضلاً، وعلى هذا

فلو شرطه أحدهما لم يصح، وكذا لو اختص أحدهما بنوع من الزرع دون صاحبه، كما لو شرط أحدهما ما حصل أولاً فهو له، ويسمى ذلك «الهرف»، والآخر ما يحصل أخيراً ويسمى «الافل»، ومثلها أيضاً ما لو شرط أحدهما ما يزرع على الجداول، والآخر ما زرع على غيرها، لمنافات جميع ذلك الإشاعة.

(مسألة: ٥٢٣) لو شرط أحدهما قدراً من الحاصل والزائد عليه يكون مشتركاً بينهما، لم يصح، ولا فرق بين ذلك من كون القدر المشروط هو البذر وغيره، ولا بين كون الغالب على تلك الأرض أن يخرج منها ما يزيد على الشروط عادة أم لا، وهذا هو الأشهر الأظهر.

(مسألة: ٥٢٤) لو شرط أحدهما شيئاً يضمنه كعمل يعمله مضافاً إلى الحصة، فالأظهر الصحة، وهل يجوز أن يستأجر الأرض بالحنطة، ويزرعها حنطة أم لا؟ الأقرب الصحة على كراهة، وهل يجوز أن يستأجر الأرض بحنطة منها أم لا؟ الظاهر التحريم.

(مسألة: ٥٢٥) يجوز إجارة الأرض وغيرها من الأعيان المستأجرة بأقل ممّا استأجرها به وبالمساوي وإن لم يحدث فيها شيئاً، وكذا بأكثر ممّا استأجرها به إذا كان قد أحدث فيها عملاً، أما لو استأجرها بالأكثر ولم يحدث فيها شيئاً، الأظهر الأشهر التحريم.

الثاني ـ تعيين المدة، ويناط حينئذٍ بالأمد المتعارف لذلك الزرع، وحصول الحصة المشترطة، إلّا أني لا أعرف دليلاً في هذه المسألة على اشتراط الأجل في المزارعة، ولا موجباً لفسادها بدونه، غاية ما يفهم من

الأخبار وقوع التراضي من الطرفين على المزارعة بالنصف أو الثلث أو نحوهما على حسب ما يتفقان عليه من البذر والعوامل والخراج عليهما معاً، أو على أحدهما، أو بالتفريق، والأرض من أيهما كان.

لو ذكرت المدة في العقد، فهل يترتب عليها أثر أم تكون لغواً من القول؟ ووجوده كعدمه؟، الظاهر الثاني.

يظهر لك الحال فيما إذا عقد المزارعة إلى مدة معينة فشرط في متن العقد تأخير الزرع الى أن يدرك أو الى مدة أُخرى أن بقي الزرع بعد المدة المشترطة غير مدرك لم يبطل العقد، وكذا لو ترك العامل المزارعة حتّى انقضت المدة، لم يلزمه شيء للعامل.

الثالث ـ أن يكون الأرض ممّا يمكن الانتفاع بها في الزرع، بأن تكون من أرض الزراعة، وأن يكون لها ماء معتاد تسقى به من نهر أو بئر أو عين أو نحوها، و من ذلك الأرض في بلد تسقيها الغيوث والأمطار عادة، والضابط إمكان الانتفاع بها في الزراعة، فلو لم يكن كذلك بطلت المزارعة.

لا فرق بين العلم والجهل فيما يتوقف عليه الانتفاع به على الأقوى.

(مسألة: ٥٢٦) قد عرفت أن إمكان الانتفاع شرط في صحة المزارعة، وأنها بدونه تكون باطلة، فلو وجد الشرط المذكور ثمّ تجدد انقطاع الماء فمقتضى القواعد بطلان العقد. وشرطيته ابتداء واستدامة ليترتب عليه الغرض المطلوب من المزارعة.

(مسألة: ٥٢٧) ينبغي أن يعلم أن ما تقدم من البحث والخلاف مخصوص بالمزارعة، وكذا الإجارة بشرط الزراعة، أما لو استأجرها مطلقاً ولم يشترط

الزراعة فالصحة فيه مخصوص بالجاهل بكون الأرض لا ماء لها، وإلّا فإنه متى علم أنه لا ماء لها، واستأجرها مع علمه بذلك فالعقد باطلاً، وهل يجوز الفسخ متى علم أنه استأجرها مطلقاً لا بشرط الزراعة؟ الحكم بالصحة واللزوم مشكل، فيحتمل تسلطه على الفسخ حملاً على المعتاد والغالب، ومتى حصل الفسخ إن حصل شيء فهو لهما، وإلّا لم يكن لأحدهما على الآخر شيء، وهو ظاهر.

أحكام المزارعة

(مسألة: ٥٢٨) لا يخلو الحال في المزارعة من أمرين:

أحدهما: إطلاق المزارعة، وهو يقتضي زراعة ما شاء على الأقرب، ويقابله التعيين وهو إمّا ما دل عليه الوضع أو العادة، وعلى التقديرين فإنه ظاهر في جواز أن تزرع ما شاء سواء أضر بالأرض أم لا.

(مسألة: ٥٢٩) أن تعين العين، والمعنى زرعها تعيناً نوعياً كالحنطة، أو شخصياً كهذه الحنطة، أو صنفياً كالحنطة الفلانية، سواء كان ما عدل إليه أضر ممّا عين في العقد، أو أقل ضرراً، أو مساوياً، ولو خالف انفسخ العقد بالتعدي، فان زرع الأضر مع ذلك استحق أُجرة المثل على الأقوى.

(مسألة: ٥٣٠) إذا كانت الأرض مغمورة بالماء بالكلية في جميع الأوقات، فإنه لا ريب في بطلان إجارتها، وأما لو كان الماء ينكشف عنها وقت الانتفاع عادة، فإن كانت مغمورة به حال العقد، فالصحة متوقفة على رؤية الأرض أولاً قبل استيلاء الماء عليها، وأن الماء المجلل لها صافياً لا

يمنع من رؤيتها، هذا إذا كان الاستيجار للزراعة.

أما لو كان الاستيجار مطلقاً أو لغير الزراعة ممّا يمكن استيفاؤه منها، فإن الإجارة صحيحة، وينتفع بها فيما شاء، ولو باصطياد السمك إن كان، ومع تعذر الانتفاع بها بوجه من الوجوه، فالظاهر هو البطلان، ولو رضى المستأجر بالاجارة مع فرض الانغمار بالماء جاز، وهو ممّا لا إشكال فيه، إلّا أنه لابدّ من تقدم رؤية الأرض قبل الانغمار بالماء، أو إمكان الرؤية حال وجود الماء لصفائه، كما تقدم ذكره.

نعم لو فرض الجهل بها على كل حال اتجه المنع. وبكلمة إذا رضي المستأجر بذلك مع العلم بالأرض بأحد الوجوه جاز، وأما مع الجهل مطلقاً وعدم العلم بوجه فلا، ولو كان الماء قليلاً يمكن معه بعض الزروع جاز، لإمكان الانتفاع في الجملة، سواء أمكن الزرع في جميع الأرض على النقصان، أو أمكن في بعض دون بعض، مع إلحاق ما لا يمكن فيه من الأرض بالجميع.

كيف كان فلابدّ من علم المستأجر بذلك وإلّا تسلط على الفسخ للعيب، وأما لو كان الماء ينكشف عن الأرض تدريجاً فإن الإجارة لا تصح، لجهالة وقت الانتفاع، ولا فرق في ذلك بين رضاء المستأجر بذلك وعدمه.

(مسألة: ٥٣١) إذا اشترط في استيجار الأرض الغرس فيها والزرع معاً، فلابدّ من تعيين مقدار كل واحد منهما.

(مسألة: ٥٣٢) إذا استأجر أرضاً مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة غالباً فهل الاجارة؟ لو قيل ببطلان هذا العقد من أصله لم يكن بعيداً من

الصواب. واللازم منه على تقدير الحكم بصحته أحد المحذورين، إمّا تضرر المستأجر بقلع الغرس مجاناً، أو جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه، والقول الأوّل أشدّ إشكالا.

(مسألة: ٥٣٣) تصح المزارعة إذا كان من أحدهما الأرض حسب، ومن الآخر البذر، والعمل والعوامل، وكذا لو كان من أحدهما الأرض والبذر ومن الآخر العمل، أو كان من أحدهما الأرض والعمل، ومن الآخر البذر خاصة.

الضابطة أن الصور الممكنة في اشتراك هذه الأربعة بينهما كلاًأو بعضاً جائزة، ولا فرق بين أن يكون عقد المزارعة بين اثنين أو كثر بعد توفر عقد الشرائط المذكورة.

(مسألة: ٥٣٤) صور التنازع كثيرة نذكر منها ما يلي:

منها ما لو اختلفا في قدر الحصة، فالقول قول مالك الأرض في تقليل المدة، والبيّنة بيّنة العامل في دعوى الزيادة، وكذا القول قول صاحب البذر في قدر الحصة، والبيّنة بيّنة الآخر، وهو من لا بذر له في ذلك.

ومنها ما لو اختلفا فقال الزارع: إنها في يدي عارية، فأنكر المالك وادعى الحصة أو الأُجرة، ولا بيّنة فالقول قول صاحب الأرض في نفى العارية بيمينه، والواجب هنا هو أُجرة المثل زادت أم نقصت أم ساوت.

والمسألة لخلوها عن النص الواضح محل إشكال، هذا كله فيما إذا وقع النزاع والاختلاف بعد تصرف العامل، واستيفاء المنفعة كلاًأو بعضاً، أما لو كان قبل ذلك فإنه متى تحالفا انتفت العارية والمزارعة والإجارة، وحرم على العامل التصرف ولا إشكال، وحينئذٍ فهل يكون الاختيار في الزرع ببقائه إلى

أو أن الحصاد أو قصله قبل ذلك للزارع، فيه إشكال، فيجوز للمالك إزالته إن لم يرض ببقائه بالأُجرة.

ومنها ما لو اختلفا فقال العامل: إنها إعارة، وقال المالك: إنها غصب، ولم يدع عقداً محللاً كما تقدم، فالقول هنا قول المالك بيمينه.

متى حلف على نفي دعوى العارية وثبت كون وضع الزرع فيها بغير وجه شرعي تخير المالك بين قلعه وبين مطالبته بأُجرة المثل.

وأرش الأرض إن نقصت، وطم الحفر ونحو ذلك ممّا يلزم الغاصب وان اتفقا على بقائه بأُجرة جاز.

(مسألة: ٥٣٥) يجوز للعامل أن يشارك غيره في العمل بالحصة المعلومة، وأن يزارع غيره من غير توقف على إذن المالك، إذا لم يكن شرط عليه العمل بنفسه، لما سيأتي في الإجارة ان شاء الله، لكن لا يسلم الأرض إلّا بإذن المالك، وإلّا كان ضامناً، نعم تسليم الأرض يتوقف على إذنه كما عرفت.

(مسألة: ٥٣٦) خراج الأرض ومؤنتها على المالك إلّا مع شرطها أو بعضها على المزارع، هذا مع عدم اشتراطها على الزارع، أما لو اشترطها المالك على الزارع كلاًأو بعضاً تعلقت بالزارع، بل يجوز قبالة الأرض وإجارتها بما عليها من الخراج قل أو كثر.

(مسألة: ٥٣٧) في كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة، فإنه يجب لصاحب الأرض أجرة المثل، وهو مبنى على ما إذا كان البذر من الزارع، ويجب لصاحب الأرض عليه أجرة مثله، أما لو كان البذر لصاحب الأرض

فإن النماء يكون له لما عرفت، وعليه للعامل أجرة المثل بالنسبة إلى العمل، والعوامل والآلات.

لو كان البذر منهما معاً أنصافاً مثلاً، فالحاصل بينهما كذلك، ولكل منهما على الآخر أجرة ما يخصه على نسبة ما للآخر من الحصة، فلو كان البذر بينهما أنصافاً كما فرضناه رجع المالك بنصف أجرة أرضه على العامل، ورجع العامل على المالك بنصف أجرة عمله وعوامله و آلاته.

على هذا القياس لو كان البذر من ثالث بناء على جواز المزارعة مع الزيادة على اثنين، فان الحاصل له، وعليه أجرة المثل بالنسبة إلى الأرض لصاحبها، وأجرة المثل لعاملها بالنسبة إلى عمله وعوامله وآلاته.

(مسألة: ٥٣٨) يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع، والزارع بالخيار في القبول والرد فان قبل كان استقراره مشروطاً بالسلامة، فلو تلف الزرع بآفة سماوية أو أرضيته لم يكن عليه شيء، ومحل الخرص بعد بلوغ الغلة، وهو عبارة عن انعقاد الحب، أما أن استقراره مشروط بالسلامة، بمعنى أنه لو تلفت الغلة بآفة من جهة الله تعالى فلا شيء عليه، ولو تلف البعض فبالنسبة، محل الإشكال.

الثاني: المساقاة

هي معاملة على أُصول ثابتة بحصة من ثمرها، وأركانها خمسة: العقد، والمحل الذي تقع المساقاة عليه، والمدة، والعمل، والفائدة.

(مسألة: ٥٣٩) المساقاة من العقود اللازمة، والصحيح هو الاكتفاء بالألفاظ الدالة على التراضي بذلك على أي نحو اتفق.

(مسألة: ٥٤٠) لا يجوز لأحدهما فسخه إلّا مع التراضي والتقائل من الطرفين.

نعم ربّما يعرض له البطلان بأسباب أُخر من خارج، مثل عدم حصول شرط، والبطلان لعدم الانتفاع، مثل انقطاع الماء ونحوه ممّا تقدم في المزارعة.

(مسألة: ٥٤١) تصح المساقاة قبل ظهور الثمرة بالكلية بلا إشكال وكذا لا إشكال في عدم الصحة بعدم الظهور على وجه لا يفيد العمل فيها زيادة.

إنّما الإشكال فيها لو كان بعد الظهور، وقد بقي عمل يحصل به الزيادة والنماء في الثمرة، والأقوى والأرجح الصحة إلّا أن المسألة لا تخلو من نوع توقف.

(مسألة: ٥٤٢) لا تبطل المساقاة بموت المساقي ولا بموت العامل، ولا بموتهما معاً، ثمّ إنه إن كان الميت المالك استمر العامل على عمله، وقاسم الوارث، لما عرفت من عدم بطلانها بموت أحد منهما، وإن كان الميت هو العامل، رجع الأمر إلى التفصيل المتقدم من أنه مع شرط العمل عليه بنفسه، هل موته قبل ظهور الثمرة، أو بعدها، وقد عرفت الكلام في ذلك.

تتمه: إن لم يشترط عليه العمل بنفسه، بل هو في ذمته، فإنه يقوم وارثه مقامه في العمل.

الثاني ـ المكان: وهو المحل الذي يرد عليه عقد المساقاة، وهو كل أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه، والمراد بالأصل الثابت كالنخل، والشجر الذي له ساق، فلا تصح المساقاة على نحو البطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر والبقول.

(مسألة: ٥٤٣) ما لا ثمرة له، إنّما له ورق ينتفع به، أو ورد، أو نحو ذلك كالحناء وشجر الورد والتوت ونحوها الحكم بها مشكل، والأقرب فيه عدم الصحة.

(مسألة: ٥٤٤) لو ساقاه على ودي أو شجر غير ثابت لم يصح، والودي بفتح الواو وكسر الدال المهملة وتشديد الياء كغني: فسيل النخل، قبل أن يغرس، أما لو كان مغروساً ثابتاً فإنه قد اشتمل على شرط الصحة من جهة المحل، ولكن بقي الإشكال وتطرق الاختلال من جهة المدة التي توجد فيها الثمرة، فإن ساقاه إلى مدة معينة لا يثمر، مثل هذا الودي فيها علماً أو ظناً متاخماً له بالنظر الى العرف والعادة، أو يكون الاحتمالان متساويين في وجود الثمر تلك المدة وعدمه، بطلت المساقاة.

لو فرض تخلف الظن بأن حصلت الثمرة في المدة، فلا يبعد صحة العقد، وعلى تقدير البطلان فان كان العامل عالماً بذلك فليس له أجرة المثل، لانه متبرع كمن زارع على أن لا يكون له شيء أو استأجر على أن لا يكون له أجرة. وكذا لو كان جاهلاً.

(مسألة: ٥٤٥) وإن ساقاه إلى مدة يحمل مثله غالباً صح وإن لم يحصل الحمل على خلاف العادة، وإن تخلف الغرض منها كما لو ساقاه على شجر كثير فاتفق أنه لم يحمل تلك المدة، لم يستحق أُجرة المثل أيضاً، وأنه يجب عليه إتمام العمل وان علم الانقطاع قبله، ونظيره ما لو تلفت الثمرة كلها أو أكلها الجراد أو غصبها غاصب، فإنه في جميع ذلك يجب على العامل إتمام العمل، ولا أجرة له وإن تضرر كما يجب على عامل المضاربة انضاض المال

وان ظهر الخسران، بل هنا أقوى إلّا أن المسألة لعدم الدليل الواضح فيها لا يخلو من شوب الإشكال، كما في أمثالها من هذا المجال.

الثالث ـ المدة: وهي ما اقتضاه زمان حصول الثمرة، وحينئذٍ فلو اتفقا على المساقاة على ثمرة عام واحد فلا يحتاج في التحديد إلى أزيد من التحديد بالثمرة المساقى عليها، ثمّ إنه لو لم يقع التحديد على الوجه المذكور بطل العقد.

لو اتفقا على المساقاة على أزيد من ذلك العام فإنه لا إشكال في وجوب تعيين المدة بسنتين أو ثلاث أو أزيد أو أقل على حسب ما يتفقان عليه.

الرابع ـ العمل: هذا المقام أن بعض الأعمال مع الإطلاق يختص بالعامل وبعضها يختص بالمالك، والمرجع فى ذلك الى ما تفقا عليه فى العقد، وما تبنا عليه من العرف والعادة، وإلّا فإنه ليس هنا تحديد شرعي في كل من الموضعين، فينبغي أن يكون مناط الحكم في كل من الموضعين هو ذلك.

(مسألة: ٥٤٦) جميع ما ذكر سابقاً ممّا يجب على المالك والعامل إنّما هو من حيث اقتضاء الإطلاق ذلك، فلو وقع الشرط منهما على خلاف ذلك بأن شرط ما على المالك من تلك الأعمال على العامل صح، وكذا لو شرط بعضه بطريق أولى، سواء جعل له زيادة قسط أم لا وليس ذلك بيعاً.

(مسألة: ٥٤٧) لو شرط ما يجب على العامل على المالك، فان كان المشروط جميع العمل، فالظاهر البطلان. نعم لو كان المشروط بعض العمل

وأبقى لنفسه منه شيئا، وكان ممّا يحصل به الزيادة في الثمرة، فلا مانع منه.

(مسألة: ٥٤٨) لو شرط العامل على المالك بأن يستأجر على جميع العمل بحيث لا يبقى له إلّا استعمال الاجراء والقيام عليهم، والسمسرة، فالظاهر المنع.

الخامس ـ الإشاعة: يشترط أن يكون للعامل جزء مشاع من الحاصل ليكون مساقاة كما مرّ في تعريفها، فهنا شيئان: أحدهما ـ الحصة، والثاني ـ كونها شائعة في مجموع الحاصل، فلو لم تكن شايعة بل كانت معينة كان ذلك اجارة، ولو لم تكن حصة بالكلية كان العقد باطلاً وكذا يبطل لو شرط أحدهما الانفراد بالفائدة.

لو شرطها أحدهما وانفرد بها وميزها عن الحاصل في نخيل مفردة أو أشجار معينة، خرج ذلك عن وضع المساقاة، وما بنيت عليه، فيبطل العقد حينئذٍ، لكن يختلف الحكم في ذلك بين العامل والمالك، فإنه إن كان شرط الفائدة على الوجه المذكور وقع للعامل بطل العقد كما عرفت، ومتى بطل لزم أن يكون الثمرة كلها للمالك، وللعامل أجرة المثل حينئذٍ، كما يأتي بيانه ـ إن شاء الله ـ من أن كل موضع حكم بالبطلان فللعامل أجرة المثل.

إن كان الشرط المذكور للمالك فالأقوى عندهم أنه لا أجرة له.

هذا كله ممّا يتفرع على اشتراط الشيوع في الحصة، والاشتراك المتفق عليه. فإن جميع هذه الصور خارجة عن ذلك، ويؤكد البطلان زيادة على ما عرفت أنه إذا اتفق عدم حصول شيء من الحاصل إلّا ذلك المقدار المعين فلا يكون للآخر شيء بالكلية.

(مسألة: ٥٤٩) في جواز الانفراد لكل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر مع علم العامل بمقدار كل نوع، إشكال وكذا فى صحة المساقاة مع تعدد الحصة بتعدد الأنواع سواء كانت الأنواع معلومة أو مجهولة، والظاهر المنع لو شرط مع الحصة من النماء حصة من الأصل الثابت.

(مسألة: ٥٥٠) لو اشترط رب الأرض على العامل شيئاً من ذهب أو فضة، فهل يجب الوفاء به؟ في صحة هذا الشرط إشكالاً لعدم النص الواضح عليه، أما لو كان هذا الشرط من العامل على المالك مضافاً الى الحصة المعينة، فلا إشكال فيه.

(مسألة: ٥٥١) إذا ساقاه بالنصف إن سقى بالنواضح وبالثلث إن سقى بالسيح، ففيه تردد وإن كان الأقرب هو الصحة.

(مسألة: ٥٥٢) كل موضع يحكم بفساد المساقاة فيه فللعامل أجرة المثل، وللمالك جميع الثمرة، وقد تقدم نظير ذلك في المزارعة في مسألة ما لو اختلفا في المزارعة أو العارية، بأن ادعى المالك المزارعة وادعى العامل العارية.

(مسألة: ٥٥٣) إذا استأجر المالك أجيراً للعمل بجزء من الثمرة، فإن كان قبل ظهورها بطلت الاجارة، وإن كان بعد ظهورها، فإن كان بعد بدو صلاحها جاز بلا إشكال، إلّا أنه يشترط تعيين العمل المستأجر عليه كما هو مقتضى قاعدة الإجارة.

(مسألة: ٥٥٤) لو كانت الأُصول لمالكين فساقيا واحداً إما بإيقاع العقد منهما معاً أو من أحدهما أصالة ووكالة، فلا يخلو إما أن يكون الحصة

المشترطة للعامل منهما سواء كالنصف أو الثلث كأن يقول أحدهما: ساقيتك على هذه الأصول أصالة ووكالة بنصف حاصلها فلاإشكال في الصحة، سواء علم العامل بقدر حصة كل منهما أم لم يعلم، أو تكون متفاوتة، بأن شرط له أحدهما النصف، والآخر الثلث فقال: ساقيتك من نفسي وعن شريكي على هذه الأُصول على أن لك من حصتي النصف ومن حصة شريكي الثلث، فلابدّ في صحة العقد من علم العامل بحصة كل واحد، لئلّا يتجهل حصته، لأنه بمنزلة عقدين فلو ساقاه والحال هذه بطلت المساقاة، ورجعت الثمرة إلى المالكين، وكان للعامل أجرة المثل كما تقدم ذكره.

(مسألة: ٥٥٥) إذا هرب العامل بعد العمل، وقبل إتمامه احتمل جواز الفسخ للمالك ولو وجد باذل متبرع أو حاكم يعين من يقوم بالعمل بل يمكن القول بجواز الفسخ له مع الإطلاق أيضاً، خصوصاً مع عدم الباذل، فله أن لا يقبل من غيره، ولا يجب عليه تحصيله من غيره وإن أمكنه، ثمّ إنه متى تحقق الرجوع على العامل فإنه إن أمكن الأخذ منه، وإلّا أخذ من الحصة التي له، فإن زادت على ذلك رد عليه، وإن نقصت كان الباقي ديناً عليه يتبع به.

(مسألة: ٥٥٦) إذا ادعى المالك أن العامل خان أو سرق أو أتلف أو فرط فتلف وأنكر، فالقول المنكر مع يمينه، وبتقدير ثبوت الخيانة هل يرفع يده أو يستأجر من يكون معه من أصل الثمر لو ظهرت الأُصول المساقى عليها مستحقة للغير، بطلت المساقاة والثمرة تكون لمستحق الأصل، وللعامل الأجرة على من ساقاه، فيجب عليه دفع أجرة المثل. هذا كله مع جهل العامل وإلّا فلو كان عالماً بالغصب لم يرجع على المساقي بشيء، ولو هلكت الثمرة كملاً أو سرقت فلا شيء للعامل.

(مسألة: ٥٥٧) لو كان ظهور استحقاق الأُصول بعد ظهور الثمرة فهيهنا صورتان:

الأُولى ـ أن تكون الثمرة باقية، فيجب ردّها على المالك كما تقدم، الثانية ـ أن يتلف الثمرة بعد اقتسامها بين المساقي والعامل، ولو ضم المالك إليه أميناً كانت أجرته على المالك خاصة.

(مسألة: ٥٥٨) الخراج في الأرض الخراجية، وهي المفتوحة عنوة على المالك لأنه بمنزلة الأجرة، بل هو أجرة الأرض مع خلوها عن الشجر، وقد يوضع على الشجر المغروس فيها بواسطة الأرض، لأن حقّ المسلمين إنّما هو في الأرض لا في الشجر، حيث إنه مال المالك الذي غرسه، إلّا أن يكون فيها وقت الفتح، فإنه للمسلمين أيضاً، وبكلمة فالأرض والأشجار لمّا كانت ملكاً للمالك فجميع ما عليها وما يحتاجان إليه يلحق بالمالك، ومنه الخراج، إلّا أن يشترط على العامل، أو يشترط كونه بينهما معاً، وحينئذٍ فلابدّ من علمهما بقدره، ليصح اشتراطه في العقد اللازم، ولا يتجهل لجهل العوض، ولو زاد السلطان بعد ذلك فهو على المالك، ولا يدخل في الشرط كما تقدم نظيره في المزارعة.

(مسألة: ٥٥٩) ليس للعامل أن يساقي غيره، أما إذا شرط في متن العقد العمل على العامل بنفسه فظاهر، وأما مع الإطلاق بأن يكون العمل في الذمّة فالمسألة محل توقف وإشكال.

كتاب الوديعة

كتاب الوديعة

قد عرفت بأنها عقد يفيد الاستنابة في الحفظ، وهو أظهر.

(مسألة: ٥٦٠) اعتبار اشتمال العقد على ايجاب وقبول، والقبول بكونه قولياً أو فعلياً، وبكونه عقداً أو إذناً كله تطويل بغير طائل، فإنه لا إشكال في أن من قصد غيره بمال ليودعه عنده، وجرى بينهما من الكلام ما يدل على الرضا بذلك، من الطرفين بحيث لا يتوهم كونه هدية ولا عطية ولا بيعاً، ولا نحو ذلك ترتب عليه أحكام الوديعة شرعاً، سواء سمى ذلك عقداً أو إذناً أو غير ذلك، ولا فرق أيضاً في ذلك بين أن يكون الدال على المراد من ذلك لفظاً أو فعلاً إذا اقترن بما يدل على المراد كما يكفي ما يدل على الاستنابة وقبولها مطلقاً، وأنها مجرد الإذن في النيابة، وأنه ما لم يقبض أو يقبل بما يفيد القبول لم يدخل في الضمان وإلّا فإنه يلزم الضمان.

(مسألة: ٥٦١) إذا طرح الوديعة عنده فهيهنا صور:

الأُولى ـ أن يطرحها عنده ولا يحصل منه ما يدل على الاستنابة في الحفظ، ولم يحصل من الآخر ما يدل على القبول، ولا إشكال في عدم ثبوت

الوديعة، ولا في عدم وجوب الحفظ.

الثانية ـ الصورة بحالها ولكن حصل القبول القولي من الآخر، وحكمها كسابقها، فإنه بمجرد الطرح ما لم يضم الى ذلك كونه وديعة، لا يستلزم وجوب الحفظ، ولا الضمان.

الثالثة ـ الصورة الأولى بحالها، ولكن قبضه الآخر ولا ريب أنه لا يصير وديعة، ولكن يجب حفظه.

الرابعة ـ أن يطرحه ويضم الى ذلك ما يدل على قصد الإيداع، ويحصل القبول من الآخر قولاً أو فعلاً، ولا ريب في ثبوت كونه وديعة، فيجب الحفظ، ويضمن مع التفريط.

الخامسة ـ الصورة بحالها ولكن لم يحصل من الآخر ما يدل على القبول لا قولاً ولا فعلاً، والظاهر ثبوت كونها وديعة فيجب الحفظ والضمان.

(مسألة: ٥٦٢) لو أكره على قبض الوديعة لم تصر وديعة، ولا يجب عليه حفظها ولا ضمانها، مع احتمال حفظها. نعم لو وضع يده عليها بعد زوال الإكراه مختاراً، فإنه يجب عليه حفظها، باليد الجديدة، والمسألة لخلوها من النص لا تخلو من الإشكال، وإن كان القول بالتفصيل لا يخلو من وجه، وهو بالفرق بين وضع اليد اختياراً بنيّة الاستيداع وعدمه، ويضمن على الثاني دون الأوّل.

(مسألة: ٥٦٣) أعلم أنه قد قسم القبول الذي يتفرع عليه حكم الحفظ إلى أقسام ـ فمنه ما يكون واجباً كما إذا كان المودع مضطراً الى الاستيداع، فإنه

يجب على كل قادر على ذلك واثق من نفسه بالحفظ قبول ذلك منه كفاية، ولو انحصر في واحد كان واجباً عليه عيناً، وقد يكون مستحباً كما في الصورة المذكورة، إلّا أن المودع غير مضطر لمّا فيه من المعاونة على البر، وقضاء حوائج المؤمنين، وقد يكون محرماً كما إذا كان عاجزاً عن الحفظ، أو غير واثق من نفسه بالأمانة لما فيه من تعريض مال الغير الى الذهاب، والتعرض للتفريط المحرم، ومثله ما لو تضمن القبول ضرراً على المستودع في نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين، وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه، وأما كيفية الحفظ فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(مسألة: ٥٦٤) لا درك على الودعي مع عدم التفريط وكذا لو أخذت منه قهراً سواء كان قد تولى الظالم أخذها من يده أو من مكانها التي كانت فيه، أو قهره على الإتيان بها فدفعها إليه، وحينئذٍ فيرجع المالك على الظالم بالعين أو العوض، وفي الرجوع على المؤتمن في الصورة الثانية، من حيث إنه باشر تسليم مال الغير الى غير مالكه، بمعنى أنه يتخير في الرجوع على أيهما شاء؟ الظاهر ضعفه[1].

نعم لو كان الأمين هو الساعي بها الى الظالم، ولم يقدر بعد ذلك على دفعه، فإنه لا يبعد ضمانه من حيث تفريطه في الحفظ بالسعاية إليه، بخلاف ما لو كان السعاية من غيره، أو علم بها الظالم من غير سعاية أحد، فمتى كان هو الساعي بها إلى الظالم والسبب في أخذها فإنه يكون ضامناً، ولا ريب أنه في اخباره الظالم بذلك بعد سؤاله له يكون قد سعى بها إليه.

---

(١) أقول بمعنى لا يجوز الرجوع. (المؤلّف)

(مسألة: ٥٦٥) لو تمكن من الدفع وجب، أي تمكن من دفع الظالم عن الوديعة، فيجب كلما توقف عليه، فلو أهمل مع قدرته على ذلك ضمن بالتقريب المتقدم، سواء كان الدفع بالاختفاء والتواري عن الظالم، أو التوسل الى ذلك بالوسائل، ولو توقف ذلك على دفع المال منها أو من غيرها بحيث لا يندفع بدونه عادة، فالأقرب جوازه، ويرجع به على المالك إن لم يمكن استيذانه قبل الدفع، أو استيذان وليّه، وعدم نيّة التبرع، ولو ترك الدفع عنها ببعضها مع إمكانه ضمن، ما يزيد عما يدفعه به لا الجميع لأن مقدار المدفوع ذاهب على التقديرين.

(مسألة: ٥٦٦) هل يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع كالجرح ونحوه؟ المعتبر ما كان ضرراً كثيراً بالنسبة إلى المؤتمن لا مطلقاً، والأظهر حمل الضرر على ما كان كذلك في حدّ ذاته عرفاً لا بالنسبة إلى المؤتمن، فلا يجوز له وإن كان شريفاً على المرتبة دفع الوديعة بمجرد كلمة تؤذيه وإن كانت ضرراً كثيراً بالنسبة إليه، ويؤيده أنه الاوفق بالاحتياط لبراءة الذمّة.

(مسألة: ٥٦٧) لو أنكرها وطولب باليمين واجب عليه واذا أبيحت في أمثال ذلك كانت هنا واجبة. وهل يجب التورية في يمينه للتحرز عن الكذب إن أمكن؟ الأظهر أنه لا تجب التورية بل ارجحية اليمين الكاذبة عليه.

كيف كان فإنه متى ترك الحلف عند توقف حفظ المال عليه فأخذه الظالم فإنه يضمنه لما عرفت من حصول التفريط بذلك.

(مسألة: ٥٦٨) الوديعة كما تبطل بالفسخ تبطل بالموت والجنون والإغماء من أحد الطرفين، ومتى ثبت البطلان كانت أمانة شرعية يجب ردها

الى المالك فوراً، فان اتفق أحد هذه الأسباب للمودع وجب على المستودع المبادرة إلى ردها إلى المالك في صورة الفسخ، وإلى الوارث في صورة الموت وإلى الولي والحاكم في صورة الجنون والإغماء، وان اتفق ذلك للمستودع وجب ردها الى المالك في صورة الفسخ وإلى الولي والحاكم في صورة الجنون والإغماء وعلى الوارث في صورة الموت.

(مسألة: ٥٦٩) أنه متى مات المودع وطلب الوارث الوديعة من المستودع مع شك المستودع في كونه وارثاً أو في انحصار الإرث فيه وأراد البحث عن ذلك، وتحقيق الحال، والحال أنه ليس ثمة حاكم يرجع إليه، فهل يكون ضامناً؟ والحال هذه، فالأقوى عدم الضمان، خصوصاً مع الشك في كون الموجود وارثاً.

أما مع العلم بكونه وارثاً مع عدم العلم بالانحصار فيه، فالمسألة محل توقف وإشكال، ويمكن ترجيح القول بأنه متى علم كونه وارثاً ولم يعلم وارث سواه إلّا بمجرد احتمال وجوده، فإنّ ظاهر آيات الإرث وأخباره يقتضي الحكم بإرثه لجميع التركة.

(مسألة: ٥٧٠) إن من جملة الأمانة الشرعية التى تجب المبادرة إلى ردها وإن لم يطالب المالك بها ولها صور كثيرة:

أحدها ـ ما ذكر من الوديعة التي يعرض لها البطلان، وكذا غيرها من الأمانات كالمضاربة، والشركة، والعارية.

ومنها ما لو أطارت الريح ثوباً ونحوه الى داره.

ومنها ما لو انتزع المغصوب من الغاصب بطريق الحسبة.

ومنها ما لو أخذ الوديعة من صبي أو مجنون عند خوف تلفها.

ومنها ما يصير بأيدي الصبيان من الأموال التي يكتسبونها بالقمار كالجوز والبيض، وعلم بها الولي، فإنه يجب عليه رده الى مالكه، أو وليه.

ومنها ما لو استعار صندوقاً ونحوه أو اشتراه أو غيره من الأمتعة فوجد فيه شيئاً فإنه يكون أمانة شرعية، وإن كان المستعار مضموناً.

ومنها اللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك، وضابطه ما كان وضع اليد عليه من غير إذن المالك مع الإذن فيه شرعاً.

(مسألة: ٥٧١) يجب حفظ الوديعة بما يناسب حالها، ورجع في ذلك الى العادة والعرف الذي عليه الناس، كالدنانير والدراهم، فان محل حفظها الصندوق المقفل، والثياب منها ما يكون محل حفظه الصندوق أيضاً، ومنها ما يكون البيت، والدابة في الإصطبل، والشاة في المراح ونحو ذلك، ولو جعل أحد هذه الأشياء في مكان أوثق في الحفظ كالشاة والدابة في الدار المغلقة، فالظاهر أنه مزيد إحسان لا يتعقبه الضمان، ولا فرق بين علم المودع بأن المستودع متمكن من تحصيل الحرز وعدمه، فلو أودعه مالاً مع علمه أنه لا صندوق عنده، أو دابة مع علمه أنه لا إصطبل عنده أو نحو ذلك، فإنه لا يكون ذلك عذراً بل يجب الحفظ عليه في المكان المعتاد له متى قبل الوديعة.

لا يعتبر في وجوب ضبط الوديعة وحفظها أزيد ممّا يعتبر من ضبط المالك لما له وحفظه له، وزيادة حرسه على حفظه.

(مسألة: ٥٧٢) لو أودعه دابة، والمراد بها مطلق الحيوان المحترم حتّى

العبد فأما أن يأمره بالإنفاق عليه أو ينهاه عن الإنفاق، أو يطلق فهيهنا صور ثلاث:

الأُولى ـ أن يأمره بالإنفاق وحينئذٍ فيجب عليه، ويرجع بذلك على المالك، ولو أخل به كان مفرطاً ضامناً، ويحصل التفريط والضمان، ولو بمرة واحدة، وفي كل موضع يحصل به التفريط يكون ضامناً، ويخرج عن كونه أميناً، ولا يرجع إلى ذلك إلّا بإذن جديد من المالك، ولو امتنع المستودع من الإنفاق في هذه الصورة، ضمن ما يلحقه من تلف ونقص.

الثانية ـ أن ينهاه عن الإنفاق فإن ترك الإنفاق امتثالاً لأمره، والواجب في هذه الصورة رفع الأمر إلى الحاكم ليأمره بذلك ويجبره عليه، وللحاكم أن يستدين عليه أو يبيع بعض الوديعة للنفقة، أو بعض أمواله لذلك، وأن ينصب أميناً من قبله، فان تعذر جميع ذلك أنفق المستودع وأشهد، ويرجع بما أنفقه مع قصد الرجوع، ولو تعذر الاشهاد فالظاهر الاقتصار على نية الرجوع، فينفق بنيّة الرجوع.

الثالثة ـ أن يطلق وهنا يجب على المستودع القيام بذلك، وفي حكم النفقة ما يحتاج إليه المريض من دواء، وفي حكم الحيوان الشجر الذي يحتاج إلى السقي ونحوه من الخدمة، وحيث ينفق مع عدم الإشهاد أما لتعذره، أو لعدم اشتراطه، فلو اختلفا في قدره فالقول قول المستودع مع يمينه، ولو اختلفا في مدة الإيداع، فالقول قول المودع عملاً بالأصل في الموضعين.

(مسألة: ٥٧٣) أن يتولى المستودع علف الدابة وسقيها بنفسه، أو غلامه

أميناً كان ذلك الغلام أم غير أمين غائباً كان المستودع أو حاضراً، والمراد بالأمين هنا هو من تسكن النفس إلى فعله، وأنه لا يخالف ما يؤمر به لا العدل، وإلّا أشكل غاية الإشكال، ومتى عين له موضعاً لحفظ الوديعة، فإنه لا يجوز له نقلها إلى ما هو دونه، أما لو نقلها إلى ما هو أحرز فالمسألة محل توقف، وإن كان المنع لا يخلو من قوة، سيّما مع أوفقيته بالاحتياط المطلوب، بل الواجب في أمثال هذه الفروع الخالية من النصوص، وعلى هذا فلو نقلها إلى الأحرز أو المساوي ضمن.

نعم لو علم الخوف عليها في المكان المعين أو ظن ظناً قوياً فلاإشكال في جواز النقل، وينبغي أن يتحرى في ذلك الأحرز، ثمّ المساوي مع الإمكان، ثمّ الأدون، لسقوط حكم المعين في الحال المذكورة، ولا ضمان عليه في الصورة المذكورة، حيث إنه مأذون فيه، وهو محسن في ذلك، فلا سبيل عليه، ولو نهاه المالك عن النقل عن ذلك المكان المعين براءة الذمّة من هذا التكليف. ولو توقف النقل على أجرة لم يرجع بها على المالك.

(مسألة: ٥٧٤) لا إشكال في عدم صحة وديعة الطفل والمجنون ولا إيداعهما، بمعنى أنه لا يترتب على ذلك أحكام الوديعة، واللازم منه كون يد المستودع على المال يداً عارية بغير حقّ، فيضمن البتة سواء كان المال لهما أو لغيرهما وان ادعيا الإذن في إيداعه.

بقي هنا شيء وهو الأقرب أنه لو كان قبضه للوديعة بعنوان استنقاذها من يديهما، وخوف هلاكها عندهما بنيّة الحسبة في الحفظ، فإنه لا ضمان عليه، لكن يجب مراجعة الولي أو الحاكم الشرعي إن أمكن، وإلّا كان في يده

وترتب عليه أحكام الوديعة، إلّا أنه لا يبرء بالرد إليهما، لا في هذه الصورة ولا في الصورة المتقدمة، للحجر عليهما المانع من ذلك، ولا يبرء إلّا بالرد إلى الولي أو الحاكم أو هما بعد زوال المانع.

نعم لو كان التلف بغير الإهمال بأن تصرفا في الأمانة وتعديا فيها فتلفت فهل يضمنان مطلقاً أم لا مطلقاً، الأقرب أنه لا ضمان عليهما، وهكذا الحكم فيما أتلفاه من مال الغير مطلقاً.

(مسألة: ٥٧٥) لو ظهر للمستودع أمارات الموت بأن حصل له مرض من الأمراض القاتلة أو حبس للقتل ونحو ذلك، فالاحتياط في المسألة مطلوب بل واجب، والاحتياط هنا في العمل القول بوجوب الرد على المالك أو وكيله، أو الحاكم عند تعذرهما أو إيداعها الثقة عند تعذره، فان تعذر ذلك أشهد عليها، ثمّ إنه على تقدير الإشهاد، فالمراد به إشهاد عدلين، بحيث يحصل الإثبات بها لو أنكر الورثة، أو كانوا جميعاً أو بعضهم صغاراً، فلو أخل بالإشهاد والوصية ضمن، وكذا لو أخل بالرد على الوجه المتقدم، ولكن لا يستقر الضمان إلّا بالموت، ولو فرض موته فجأة فلا ضمان، وإن لزم التلف.

(مسألة: ٥٧٦) يعتبر في الوصي العدالة، والمراد به الأمين الثقة الذي تسكن النفس إلى إيصاله لها الى المالك، ولا فرق بين الأجنبي والوارث في التعيين للوصاية، والمراد بالوصية إليه بذلك أن يعلمه بها ويأمره بردها بعد الموت، لا أن يسلمها إليه، لأنه إيداع لا يصح ابتداء كما سيأتي ذكره إن شاء الله.

(مسألة: ٥٧٧) لو لم يوص ولم يشهد وأنكر الورثة فالقول قولهم، كما لو أنكرها المورث، لأن الأصل عدمها، وكذا كل من يدعى عليه، ولا يمين على الورثة، إلّا أن يدعى عليهم العلم بالوديعة، كما لو ادعى عليه بدين، إلّا أنه إذا ادعى عليهم العلم بذلك لزمهم الحلف على نفي العلم لا على البت.

(مسألة: ٥٧٨) يجب رد الوديعة إلى المالك متى طلبها، وهي باقية في أوّل أوقات الإمكان مسلماً كان أو كافراً، فلو أخل والحال كذلك كان ضامناً، إلّا أن ما ادعي من الفورية محل توقف، نعم لو فهم منه التضييق فالأمر كما ذكر.

(مسألة: ٥٧٩) لو كان المودع غاصباً فإنه لا يجوز ردها عليه، ولا على وارثه لو طلبها، بل يجب إعادتها على مالكها إن عرف، ولو لم يعرف عرفها حولاً كما يعرف اللقطة، فإن جاء صاحبها، وإلّا تصدق بها عنه، ولو مزج الغاصب الامانة بماله وأودع الجميع مع تعذر التمييز أو تعسره، فهل يرد عليه الجميع لو طلبه أم لا، أم يرجع فيه الى الحاكم، ولعل الأقرب الى القواعد الشرعية رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي، فيلزم الغاصب بالإقرار بالقدر المغصوب، ويلزمه المقاسمة إن أمكن ولو بالصلح نيابة عن المالك.

موجبات الضمان

وهو دائر بين أمرين التفريط والتعدي فهنا مقامان:

الأوّل: التفريط، ويرجع الى ترك ما يجب عليه من الحفظ ونحوه، والتفريط كان يطرحها في غير حرز أو يترك نشر الثوب الذي يتوقف حفظه على النشر أو يودعها غيره من غير ضرورة، ولا إذن، أو يسافر بها كذلك مع

خوف الطريق وأمنه، وطرح الأقمشة في المواضع التي تعفنها، وترك سقي الدابة أو علفها مدة لا تصبر عليه في العادة فتموت ونحو ذلك.

(مسألة: ٥٨٠) عد من أسباب الضمان تأخير الإحراز مع المكنة، ويقيد بالتأخير الزائد على المتعارف، وكل ما يتوقف عليه الحفظ كما يجب عند الإطلاق كسقي الدابة وعلفها، ونحو ذلك مما يتوقف عليه بقاؤها، وحفظها، وأن نهاه المالك عن ذلك فإنه يلزمه الضمان، ووجب عليه الحفظ، فالمسألة محل توقف وإشكال.

(مسألة: ٥٨١) يضمن مع إيداعها الغير من غير ضرورة ولا إذن، ويسقط الضمان بأحد شيئين:

أحدهما ـ الإذن، فإنه يجوز الإيداع على النحو المأذون به ولا ضمان.

ثانيهما ـ العذر كخوف سرقة أو نهب أو حرق أو أراد سفراً، إلّا أنه يجب أوّلاً ردها الى المالك أو وكيله إن أمكن، وإلّا فإلى الحاكم، ومع عدم إمكان الحاكم فإنه يودعها الثقة، فلو دفعها إلى الحاكم مع إمكان الدفع إلى المالك أو وكيله ضمن كما أنه لو دفعها إلى الثقة مع إمكان الدفع إلى الحاكم ضمن، ولا فرق في المنع من إيداع الغير بدون أحد الوجهين المذكورين بين أن يكون غير مستقلاً بها، أو شريكاً في الحفظ بحيث تغيب عن نظره.

(مسألة: ٥٨٢) اذا أودعها من غير إذن ولا ضرورة ضمن، وكان لصاحبها أن يرجع على من يشاء منها لو تلفت، فان رجع على المستودع الأوّل فلا رجوع له على الثاني، وان رجع على المستودع الثاني كان للمستودع الثاني أن يرجع على المستودع الأوّل.

(مسألة: ٥٨٣) قد عرفت أنه يضمن مع السفر بها على الوجه المذكور، ولو اضطر إلى السفر بالوديعة بأن يضطر إلى السفر، وليس في البلد حاكم ولا أمين ولم يجد المالك ولا وكيله أو اتفق في البلد ما يوجب الخروج من حريق أو غارة أو نهب، ولم يجد أحداً من هؤلاء المذكورين، فالأجود المنع، وهو الأقرب إلى جادة الاحتياط المطلوب في أمثال هذه المقامات الخالية من النصوص.

وكيف كان فالضمان مما لا إشكال فيه.

هل المراد بالسفر هنا هو السفر الشرعي أعني قصد المسافة أو ما هو أعم منه ومن العرفي كالتردد فيما دون ذلك، الظاهر الثانى.

(مسألة: ٥٨٤) هل يجب القبول على الحاكم لو عزم على السفر، ولم يتمكن من الدفع إلى المالك أو وكيله، الظاهر عدمه بل غاية ما يفهم من الاخبار أنه منصوب للحكم والقضاء والفتوى خاصة، وينبغي أن يعلم أن جواز السفر لضرورته أو ضرورتها مشروط بأمن الطريق، فلو كان مخوفاً علماً أو ظناً بظهور بعض الأمارات فلا يجوز السفر بها والحال كذلك، فلو سافر ضمن، بل حتّى لو فرض الخوف أيضاً في الحضر، وتعارض الخطران رجح الإقامة.

الثاني: التعدي، وهو فعل ما لا يجوز فعله، كلبس الثوب وركوب الدابة، ويجب تقييده بما إذا لم يتوقف الحفظ عليهما، وإلّا كان واجباً فضلاً عن أن يكون جائزاً كما لو كان الثوب من الصوف يتوقف حفظه من الدود على لبسه، بحيث إنه لا يندفع ذلك بمجرد النشر في الهواء وكذا الدابة لو

توقف نقلها إلى الحرز أو سقيها على ركوبها، وفي حكم الثوب الكتب المودعة، فلو توقف حفظها على المطالعة فيها، أو النسخ منها لم يكن ذلك تعدياً[١].

(مسألة: ٥٨٥) صدق الخائن شرعاً وعرفاً لا يحصل إلّا بفعل ما يوجب الخيانة، لا بمجرد النيّة، وإلّا لصدق على من نوى الزنا ولم يزن أنه زان، ونحو ذلك، ولا ريب في بطلانه.

(مسألة: ٥٨٦) لو أمره المالك بدفع الوديعة إلى الوكيل فطلبها الوكيل لم يكن له الامتناع، ولا التأخير مع المكنة، فإن فعل أحدهما كان ضامناً، ولو إنكر المالك وادعى الودعي الدفع إليه فالقول قوله بيمينه، ولا يكلف البيّنة.

(مسألة: ٥٨٧) يعتبر في تحقيق الضمان بالجحود أمور:

الأوّل ـ أن يكون بعد طلب المالك لها، فلو جحدها ابتداء أو عند سؤال غيره لم يضمن.

الثاني ـ أن لا يظهر بجحوده عذراً بنسيان أو غلط أو نحوهما.

الثالث ـ أن لا يكون الجحود لمصلحة الوديعة بأن يقصد به دفع ظالم أو متغلب على المالك أو نحو ذلك.

الرابع ـ الخلط بماله على وجه لا يتمييز.

---

(١) قال في الانوار الحيرية «الاقرب أن الامين لا يضمن إلاّ مع التعدّي أو التفريط، والمتبادر من التعدّي هو فعل الشيء عمداً وظلما، فإذا ثبت أنّ الجناية خطأ ليس بظلم ولا هي عن عمد ثبت انّها لا تدخل تحت التعدّي، فالضمان منوط بالتعدّي وبذلك يتمّ القول بأنّه لا ضمان على الأمين إذا جنى على الأمانة خطأ». (مخطوط)

الخامس ـ هتك الحرز فلو أدعه عشر دراهم مثلاً في كيس، فإن كان مشدوداً أو مختوماً فكسر الختم وحل الشداد أو فعل واحداً منهما ضمن.

لا فرق في الضمان بكسر الختم وحل الشداد، وبين أن يأخذ من الكيس شيئاً وعدمه، ولا في الختم بين أن يكون مشتملاً على علامة للمالك وعدمه، ومثله الصندوق المقفل لو فتح قفله، هذا كله إذا كان الختم والشد من المالك، فلو كان ذلك من الودعي فلا ضمان، إذ لا هتك ولا تصرف فيما فعله المالك، إلّا أن يكون ذلك بأمر المالك.

تتمه: ربّما كان القصد من الختم أو الشد إنّما هو الحفظ والمنع من الانتشار دون الإخفاء، وعدم الاطلاع على ذلك، والحكم فى المسألة كغيرها محل من إشكال، وإن كان لا يخلو من قرب، عدم الضمان في الموضعين.

السادس ـ لو أودعه كيسين فمزجها، نعم لو فتح أحد الكيسين وصبه على الآخر يضمن ذلك المخرج خاصة، لتصرفه فيه، ولا يضمن ما في الكيس المصبوب عليه مع تميزه، هذا كله إذا كان الكيسان للمودع، أما لو كان أحدهما للمستودع فإنه لا ضمان مع بقاء التمييز كما تقدم.

(مسألة: ٥٨٨) لو حمل الدابة أثقل أو أشق ممّا أذن له فيه ضمن، بل لا ريب أن عقد الإجارة على هذا الوجه باطل، لو نوى الخيانة أو التفريط مع عدم الفعل محل إشكال والأقرب الضمان، ثمّ إنه على تقدير المخالفة ووجوب الضمان فهل يضمن الجميع أو بالنسبة؟ والأجود هو بالنسبة إلى الأثقل، كما لو أذن له في حمل وزن مخصوص أو كيل مخصوص لا ثقل فيه، فزاد على ذلك الوزن أو الكيل ما حصل به الثقل، فإنه لا يبعد بالتقسيط، أما لو

كان ما استأجر عليه أضر وأشق على الدابة فالنهي على المجموع.

(مسألة: ٥٨٩) إذا دفع إليه كيساً مختوماً ففضه فإنه يضمن الجميع بفض الختم، وإن لم يأخذ منه شيئاً، فكذا هنا يضمن هنا بفك القفل. وإن لم يأخذ شيئاً، ففيما إذا أخذ بعضها بطريق أولى، أما لو لم يكن في حرز أو كانت ولكن الحرز للودعي، فإنه يضمن ما أخذه خاصة، لأنه لم يحصل منه تعد إلّا فيما أخذه.

لو كان الكيس للودعي وشدّه بأمر المالك فهو بمنزلة شد المالك فيضمن بفتحه.

(مسألة: ٥٩٠) لو أخذ البعض ضمن ما أخذ خاصة في صورة ما إذا كان الحرز من المستودع أو لم يكن في حرز.

تتمه: لو أعاد ما أخذه إلى موضعه أو أعاد بدله فالظاهر بقاء الضمان.

لا فرق في ذلك بين أن يمزجه بغير المضمون مزجاً لا يتميز عنه، أم لا، غايته أنه قد صار بعضه مضموناً وبعضه غير مضمون، وأن هذا الاختلاط كان حاصلاً قبل الأخذ.

(مسألة: ٥٩١) حيث إن الوديعة من العقود الجائزة، فإنه يجوز فسخها أي وقت شاء المستودع، وبطريق الأولى لو كانت إذناً خاصة، إلّا أنه لا يجوز تسليمها إلّا إلى المالك أو وكيله، ومع تعذرهما فإلى الحاكم الشرعي، ومع تعذره فيدفعها إلى ثقة، ولا ضمان مع عمله بهذا الترتيب فلو خالف ودفع إلى الحاكم مع إمكان الدفع إلى المالك أو وكيله أو دفع إلى الثقة مع إمكان الدفع إلى الحاكم ضمن.

تتمه: يجوز الرد في أي وقت شاء إنّما يتم بالنسبة إلى الرد على المالك أو وكيله، أما الرد على الحاكم أو الثقة فإنما يجوز مع العذر المانع من الايتمان، كخوف تلف الأمانة في يده بحرق أو سرق أو اضطراره إلى السفر ونحو ذلك من الأسباب المانعة من بقاءها أمانة في يده، وإن لم يكن له عذر لم يجز الدفع إلى الحاكم ولا الثقة، فلا يبرئ إلّا بالدفع إلى المالك، ولا عذر هنا يجوز له الخروج به عن ذلك من ضرورة تعرض له أو للوديعة كما تقدم.

(مسألة: ٥٩٢) متى صارت يد المستودع يد ضمان بالتعدي أو التفريط على الأنحاء المتقدمة، فهل يخرج عن ذلك، ويعود إلى حكم الوديعة برد الوديعة إلى ما كانت عليه أم لا، الأظهر ذلك.

(مسألة: ٥٩٣) إذا أنكر الوديعة أو أقر بها ولكن ادعى التلف أو ادعى الرد ولا بيّنة فهيهنا مقامات ثلاثة.

الأوّل: الإنكار، ويقبل قوله فيه.

الثاني: دعوى التلف، الأظهر قبول قوله أيضاً من غير يمين.

الثالث: ما لو ادعى الرد على المالك، والمسألة محل توقف. وكذا ولو ادعى الرد إلى وكيل المالك، ولو ادعى الرد على الوارث فعليه البيّنة.

قد عرفت الحكم فيما لو ادعى الودعي رد الوديعة على المالك أو وكيله أو وارثه.

تتمه: لو ادعى الرد على غير من ذكر لكن بإذن المالك، ولا يخلو الحال هنا، امّا أن يوافق المالك على دعوى الإذن، أو ينكر ذلك، فهنا مقامان:

الأوّل: أن يوافق المالك على ذلك، ولكن المدفوع إليه ينكر ذلك،

والدافع لم يشهد عليه، والمسألة عندي محل توقف وإشكال.

الثاني: أن ينكر المالك الإذن وحينئذٍ فالقول قوله بيمينه، إذا لم يكن بيّنة، ويكون الحكم فيه كدعوى الرد على الوارث، ومتى حلف المالك فلا يخلو امّا أن يكون من ادعى عليه القبض مقراً بذلك، أو منكراً، وعلى تقدير الأوّل امّا أن يكون موجودة أو تلفت، فهيهنا صور ثلاثة:

أحدها: أن يقر بالقبض والعين موجودة، ولا إشكال في وجوب ردها إلى المالك.

الثانية: الصورة السابقة مع تلف العين، والحكم تخيير المالك في الرجوع على من شاء منهما، وليس للغارم منهما أن يرجع على صاحبه، لزعمه أن المالك ظالم له في أخذ البدل منه، فلا يرجع به على غير من ظلمه.

الثالثة: أن ينكر القبض الذي ادعاه المستودع، وحينئذٍ فالقول قوله بيمينه مع عدم البيّنة، فيختص الغرم بالمستودع.

(مسألة: ٥٩٤) لو أنكر اودعى الوديعة فأقام المالك البيّنة عليها فصدقها بعد الإنكار إلّا أنه ادعى التلف قبل إنكاره، فالحكم التفصيل بين انكار أصل الإيداع، فلا يقبل قوله وبين قوله لا يلزمني شيء إليك أو نحو ذلك من الألفاظ المذكورة فتسمع دعواه ببيّنته، لعدم التناقض بين كلاميه.

(مسألة: ٥٩٥) إذا اعترف بالوديعة ثمّ مات وجهلت عينها، فإنها تخرج من أصل تركته، ولو كان له غرماء وضاقت التركة حاصهم المستودع، والأقوى أنه ان علم بقاء عينها إلى ما بعد الموت ولم تتميز قدم مالكها على الغرماء، وكان بمنزلة الشريك، وان علم تلفها بتفريط فهو أسوة الغرماء، وإلّا فلا ضمان أصلاً.

والمسألة المذكورة لخلوها عن النص الواضح غير خالية من الإشكال، وإن كان ما ذكرناه لا يخلو من قرب.

(مسألة: ٥٩٦) لو كان في يده وديعة فادعاها اثنان، بأن ادعى كل واحد أنها له بخصوصه، فهنا صور:

الأُولى: أن يقر بها لواحد منهما خاصة يحكم بها لمن أقر له بها، ويجب دفعها إليه، ويجب على الودعي أن يحلف للآخر. فان حلف سقطت دعوى الآخر عنه، وبقي النزاع بين المدعيين، ولمن لم يقر له الودعي إحلاف صاحبه الذي أقر له الودعي، ودفع إليه الوديعة، فإن حلف استقر الملك له، وإن نكل الودعي عن اليمين للآخر أحلف ذلك للآخر على استحقاقها؛ ويغرم الودعي حينئذٍ لذلك الآخر المثل أو القيمة لحيلولته بينه وبين الوديعة بإقراره للأوّل.

الثانية: أن يقر لهما معاً على سبيل الاشتراك، وفيه تكذيب لدعوى كل الاستقلال بالاستحقاق، فقد كذب كل واحد منهما في دعواه الجميع وصدقه في البعض، وحينئذٍ فيقسم بينهما، ويبقى النزاع بينهما في النصف، فان حلفا معاً أو نكلا قسم بينهما أيضاً، وان حلف أحدهما خاصة قضى له به، ويكون بمنزلة مال في يد شخصين يدعيانه هذا بالنسبة إليهما وأما بالنسبة إلى الودعي، فإن حكم التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة اليه، وحينئذٍ فلكل منهما عليه يمين، فإن حلف سقطت دعوى كل واحد منهما عنه، وإن نكل فكما تقدم من الحكم بالنكول، أو إرجاع اليمين وما يترتب على ذلك.

الثالثة: أن يكذبهما معاً، والأقرب بمقتضى القواعد أنهما يحلفان ويقسم بينهما لتكافؤ الدعويين، وتساويهما في الحجة.

الرابعة: أن يقول لا أدري لمن هي لكما أو لغيركما أنها تقر في يده، حتّى يثبت لها مالك.

(مسألة: ٥٩٧) لو اختلفا في القيمة بعد ثبوت التفريط فهل القول قول المالك بيمينه، أو القول قول الغارم؟ الأقرب الثاني.

(مسألة: ٥٩٨) إذا مات المودع سلمت الوديعة إلى ورثته، فان كانوا جماعة بلغاء سلمت الوديعة إلى الجميع أو وكيلهم أو وليهم أو وصيهم لو كانوا أطفالاً، أو الحاكم مع غيبة الوارث، أو عدم وجود ولي خاص للأطفال، وتجب المبادرة بالتسليم.

(مسألة: ٥٩٩) لو كان في يده سلعة فادعى أنها رهن وادعى صاحبها أنها وديعة فهل القول قول من هي في يده، أو قول المالك؟ قد تقدم الحكم في ذلك فى كتاب الرهن.

(مسألة: ٦٠٠) إذا اتجر الودعي بالوديعة بغير إذن المالك كان ضامناً، والمتجر في هذه الصورة غاصب بلاإشكال، إلّا أن الشراء متى وقع في الذمّة، فإنه يكون صحيحاً شرعاً بلاإشكال، وإن كان دفع الثمن من الوديعة محرماً، والربح يكون للمشتري، لصحة الشراء المذكور.

أما لو وقع الشراء بالعين، فإنه يكون باطلاً لا يترتب عليه استحقاق ربح لا للمالك، ولا للبائع، بل الواجب هو رد كل ملك على مالكه من مبيع وثمن وربح.

(مسألة: ٦٠١) لو اختلف المالك ومن عنده الوديعة في أنه وديعة أو دين، فادعى الذي عنده المال أنه وديعة، وادعى المالك أنه دين، فالقول قول صاحب المال مع يمينه، وعلى الذي عنده المال البيّنة على أنه وديعة، فإن لم يكن له بيّنة وجب عليه رد المال، فإن هلك كان ضامناً وإن طالب صاحب المال باليمين أنه لم يودعه ذلك المال كان له.

كتاب العارية

كتاب العارية

العارية بتشديد الياء لغةً مشتقة من التعاور بمعنى التداول، أو من العارة التي هي مصدر أعار يعير إعارة، وشرعاً عقد شرع لإباحة الانتفاع بعين من الأعيان على وجه التبرع، واستحبابها مؤكد فقد ورد عن «قال: نهى النبي ﷺ أن يمنع أحد الماعون جاره» وقال: «من منع الماعون جاره، منعه الله خيره يوم القيامة، ووكله إلى نفسه، ومن وكله إلى نفسه فما أسوء حاله».

(مسألة: ٦٠٢) لا يشترط فيه اللفظ في الإيجاب والقبول، بل يكفى ما يقوم مقام ذلك من الأُمور الدالة على الظن بالرضا، ويترتب ذلك على الرضا كيف اتفق من المعير والمستعير، ولا دليل على ما زاد على ذلك.

(مسألة: ٦٠٣) العارية من العقود الجائزة التي لكل من المتعاقدين فسخه متى شاء، إلّا أنهم استثنوا من ذلك مواضع.

أحدها: إعارة الرهن بعد وقوع الرهن عليه، فإنه لا رجوع للمعير، وتوضيح ذلك أنه لو استعار مال غيره ورهنه بإذن المالك، فلا إشكال في صحة الرهن، وأنها مضمونة على الراهن، وان تلفت بغير تفريط، فيترتب

عليه أحكام الرهن، فيلزم العارية، وتباع عند الحلول، ويؤخذ الدين من ثمنها كما في غيرها من أفراد الرهن، وليس للمعير الرجوع فيها بحيث يتسلط على فسخ عقد الرهانة، نعم له مطالبة الراهن بالفك عند الحلول.

تتمه: يجب لمالكه في صورة بيع المرتهن الرهن، وأخذ ماله من قيمته بأن يكون وكيلاًأو بإذن الحاكم أو البائع الحاكم، فإنه لا يجوز البيع بأقل من ثمن المثل فصاعداً كما هو الحكم في كل وكيل، فإن باعه بثمن المثل فلا إشكال في أن للمالك ذلك، وان باعه بأكثر من ذلك فلا ريب أيضاً في أنه للمالك، هذا كله إذا كان مع إذن المالك كما تقدمت الإشارة إليه، أما لو لم يكن بإذنه فإن للمالك انتزاعه.

وثانيها: لو أعار أرضاً لدفن ميت مسلم ومن بحكمه، فلو رجع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت فإنه يصح رجوعه، ويحرم دفنه فيه ولو رجع بعد وضع الميت في القبر، وقبل أن يواريه بالتراب، فالأقرب أن له الرجوع أيضاً، ومؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر، على الميت أن لو انحصر دفنه فيها وإلّا لزم الولي ذلك.

أما لو الرجوع فيها بعد الدفن، فالظاهر جواز النبش لعدم الحرمة عندنا.

وثالثها: لو أعاره جداراً ليضع عليه أطراف خشبته، والأطراف الأخر حائط المستعير؛ ولتوقف مجال.

ورابعها: لو أعاره لوحاً يرقع به السفينة ثمّ لج في البحر، فإنه لا يجوز للمعير هنا الرجوع ما دامت في البحر، وهكذا في ما إذا حصل بالرجوع ضرر

بالمستعير لا يمكن استدراكه، ولو لم يدخل السفينة في البحر أو خرجت جاز الرجوع قطعاً، ولو كانت في البحر لكن يمكن إخراجها إلى الشاطئ وجب إذا لم يحصل به ضرر على صاحبها، وإن لم يجب تعجيل التسليم.

وخامسها: أن يعيره أرضاً للزرع فيزرع فيها، جاز للملك المطالبة بقلعه قبل إدراكه، مع ضمان الأرش.

وسادسها: أن يعيره أرضاً ليبني فيها أو يغرس مدة معلومة، والظاهر أن للمالك المطالبة بالقلع مع دفع الأرش، كما قلنا في المطلق، ولا يجب الشراء ولو طلبه الغارس.

(مسألة: ٦٠٤) لا تخلو العين التي تعلقت بها العارية أما أن يكون جهة الانتفاع فيها واحدة أو أكثر، فإن كانت واحدة كالبساط الذي لا ينتفع بها إلّا في فرشه، والدار التي لا ينتفع بها إلّا بالسكنى، فمثل هذا لا يجب التعرض للمنفعة، ولا ذكر وجه الانتفاع، وان تعددت الجهات التي يحصل بها الانتفاع كالأرض التي تصلح للزراعة والغرس والبناء، والدابة التي تصلح للحمل والركوب فلا يخلو امّا أن يعمم أو يخصه بوجه واحد أو أزيد، أو يطلق فان عمم جاز له الانتفاع بسائر وجوه الانتفاعات المباحة المتعلقة بتلك العين كما لو أعاره الأرض لينتفع بها في الزرع والغرس والبناء وغير ذلك، وان خصص الوجه كان يعيره الأرض للزرع أو البناء أو الغرس اختص التحليل بما خصصه المعير، في جواز التعدي مع التخصيص وإن لم يمنع من التخطي إلى غيره إلى ما ساواه أو قصر عنه إشكال، بل يشكل كذلك لو تعدى إلى الأقل ضرراً فضلاً عن المساوي، ولا ريب في عدم جواز الغير مع المنع عن غير ما خصصه.

امّا التقييد بالمدة دواماً أو تعييناً إنّما هو صحة التصرف في هذه المدة المضروبة، بمعنى أنه لا يكون عاصياً في تصرفه، وكذا مع الإطلاق، لا أنه يقيد العارية بذلك، إذ لا إشكال من حيث كونها عقداً جائزاً، أن له الرجوع متى أراد إلّا فيما تقدم من المواضع المستثناة، ومتى رجع فإنه ليس للمستعير التصرف، فان تصرف ضمن.

المعير والمستعير

(مسألة: ٦٠٥) يشترط في المعير أن يكون مالكاً مكلفاً جائز التصرف، والمراد بالمالك ما هو أعم من ملك العين أو المنفعة، فلا تصح اعارة الغاصب، ولا فرق بين غاصب العين أو المنفعة، ولا يجوز للمستعير التصرف والحال هذه مع العلم بالغصب وان تصرف كان ضامناً للعين والمنفعة، والمراد بملك المنفعة كما لو استأجر عيناً، فإنه يملك منفعتها فله أن يعيرها إلّا أن يشترط عليه المؤجر مباشرة الانتفاع بنفسه، فيحرم عليه حينئذٍ الإعارة، وكذا الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار، فإنه يجوز له إعارتهما.

(مسألة: ٦٠٦) لا تصح إعارة الصبي والمجنون، من دون فرق في ذلك بين اللازم والجائز، وكذلك المحجور عليه لسفه أو فلس، لاشتراك الجميع في المنع من التصرف.

(مسألة: ٦٠٧) للمستعير الانتفاع بالعين المعارة بما جرت به العادة في الانتفاع بها نوعاً وقدراً وصفة، أما لو كانت وجوه الانتفاعات متعددة فإنه يبنى على ما تقدم من التفصيل، ولو نقص من العين شيء بالاستعمال أو

تلفت من غير تفريط، فالقول بالضمان لا يخلو من قوة.

نعم لو لم يكن الاستعمال متلفاً عادة، وإنّما حصل التلف اتفاقاً لم يضمن.

(مسألة: ٦٠٨) لا يحل للمحرم استعارة الصيد من المحرم، ولا من المحل، فلو استعاره وجب عليه إرساله، وضمن للمالك قيمته، ولو تلف في يده ضمنه أيضاً بالقيمة لصاحبه المحل، وبالجزاء لله تعالى، بل يضمنه بمجرد الإمساك عليه وإن لم يشترط صاحبه الضمان عليه، فلو دفعه إلى صاحبه بريء منه، وضمن لله تعالى. هذا ولو لو استعاره من محل فإنه يجب رده على المالك، ويلزم عليه الفداء لله سبحانه خاصة، وبرء من حق المالك، والواجب شرعاً هو الإرسال، وأن قبضه من محل، وحينئذٍ يضمن قيمته للمحل، فلو خالف الواجب ورده إلى المالك برئت ذمته من القيمة للمالك، وبقي حق الله سبحانه، وأما لو كان المقبوض منه محرماً فإنه غير مالك فيتعين الإرسال مع عدم الضمان لمن قبضه منه.

ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل فلا تصح العارية لفقد شرط الملك. نعم يجوز للمستعير أخذها منه.

(مسألة: ٦٠٩) لو استعار مغصوباً فالضمان على المستعير عالماً كان أو جاهلاً، فلا يرجع على الغاصب، وللغاصب الرجوع عليه إذا أغرمها المالك.

والمستعير هنا غاصب كالذي أعاره، ومن حكم ترتب الأيدي على المغصوب تخير المالك في الرجوع على أيهما شاء، ويستقر الضمان على من تلفت العين في يده.

العين المعارة

وفيه أيضاً مسائل

(مسألة: ٦١٠) الضابط في المستعار، هو أن يكون ممّا يصح الانتفاع به مع بقاء عينه، وهو يتضمن شيئين بقاء العين مع الانتفاع، وجواز ذلك الانتفاع، فكلما يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه، يصح إعارته، كالعقارات والدواب، والثياب، والأقمشة، والأمتعة، والصفر والحلي، وكلب الصيد والماشية، والفحل، وجميع أصناف الحيوانات المنتفع بها كالآدمي والبهائم، ونحو ذلك.

ما لا يتم الانتفاع به إلّا بإتلاف عينه كالأطعمة والأشربة، فإنه لا يجوز إعارتها، وكذا ما لا يجوز الانتفاع به، فإنه لا تصح إعارته كأواني الذهب والفضة للأكل والشرب فيها، ولو استعار كلب الصيد للهو والطرب حرم، ولو استعاره للصيد المشروع جاز، والجواري يجوز استعارتها للخدمة ولا يجوز للاستمتاع، وهكذا كل ما له منفعة محللة ومحرمة، فإنه يجوز الإعارة للأولى دون الثانية، ولو استعاره للمحرمة بطلت الإعارة من أصلها، والظاهر أن التخصيص بالمنافع غالبي.

(مسألة: ٦١١) لا يجوز التخطي عن القدر المأذون فيه بل يقتصر المستعير على القدر المأذون فيه، فلا يتعدى الأقل ضرراً فضلاً عن المساوى.

تتمه: لو عدل إلى الأضر مع النهي أو الإطلاق كما هو محل الاتفاق أو عدل إلى المساوي والأدون مع النهي، أو الإطلاق فالظاهر لزمه أجرة مجموع الزرع على الأقوى.

نعم لو كان المأذون فيه داخلاً في ضمن الفرد المنهي عنه كما لو أذن له في تحميل الدابة قدراً معيناً، فزاد عليه، أو أذن له في ركوبها بنفسه فأردف غيره معه، أمكن إسقاط قدر المأذون فيه، فلا أجرة عليه من حيث كونه مأذوناً، وإنّما الأجرة في مقابلة ما زاده، ومثل ذلك ما لو أذن له في زرع حنطة فزرع حنطة وغيرها[1].

(مسألة: ٦١٢) عرفت أن العارية من العقود الجائزة، وللمالك الرجوع فيها، سواء كانت مطلقة أو مقيدة بمدة إلّا في بعض المواضع التي تقدم استثنائها.

تتمه: لو أذن له في البناء أو الغرس أو الزرع ثمّ طلب إزالته بعد ذلك، فالظاهر أن له ذلك من حيث جواز الرجوع متى شاء، ولكن عليه الأرش من حيث الإذن تفاوت ما بين كونه منزوعاً من الأرض وثابتاً فيها، والمراد بكونه ثابتاً في تلك الأرض في صورة تقويمه كذلك هو ثبوته بأجرة.

وحينئذٍ فإذا أريد التقويم بعد الرجوع لأخذ الأرش إنّما تقوم باقية بالأجرة حيث إنه لا يستحق البقاء بعد الرجوع بدونها، وتقوم مقلوعة، فيؤخذ بالتفاوت بين القيمتين، وينبغي أن يعلم أن ثبوت الأرش إنما يكون في صورة اختلاف حالتي القلع والبقاء، وحيث ينتفي الاختلاف كما في صورة إدراك الزرع وبلوغه، فإنه متى رجع المالك في تلك الحال فإنه لا أرش.

(مسألة: ٦١٣) لو بذل المعير قيمة البناء أو الغرس أو الزرع لم يجب على

---

(١) أقول لا يخفى امكان تطبيق الامثلة على ما ينطبق على زماننا.(المؤلف)

المستعير اجابته، بل له قلعه وإزالته مع أخذ الأرش من المعير، وكذا لو بذل المستعير قيمة الأرش أو الأجرة لم يجب على المعير إجابته، فلا يجوز التصرف فيه إلّا برضاه.

(مسألة: ٦١٤) للمستعير بيع أبنيته وغرسه ولو على غير المالك، حيث إن الجميع ملك له يتصرف فيه كيف شاء، وحينئذٍ فإن كان المشتري جاهلاً تخير بعد العلم بين الفسخ وعدمه، وإن كان عالماً كان حكمه حكم المستعير فيما يترتب على ذلك، ولو اتفقا جميعاً على بيع ملكيهما بثمن واحد صح، ووزع الثمن عليهما، فيقسط على أرض مشغولة به على وجه الإجارة، مستحق القلع بالأرش أو الإبقاء بالأجرة أو التملك بالقيمة مع التراضي، وعلى ما فيها مستحق القلع على أحد الوجوه فلكل قسط ما يملكه.

(مسألة: ٦١٥) يجوز مباشرة الغير بإذن الحاكم الشرعي مع إمكانه، أو لا معه مع تعذره، إذا أحتمال تعذر الرجوع إليه بإفلاس أو غيبة أو نحوهما فيضيع حقّ المستعير، ويلزم الضرر عليه بخلاف ما إذا دفع أوّلاً.

(مسألة: ٦١٦) إذا أعاره أرضاً للغرس فيها فإنه يجوز لكل منهما دخولها، أما المعير فإنه المالك لعينها، فله الدخول في كل وقت شاء وله الاستظلال بالشجر وإن لم يكن ملكه، لأنه جالس في ملكه كما لو جلس في أرض مباحة واتفق له التظليل بشجر غيره، وإنّما يمنع من التصرف في الغرس خاصة، أما المستعير فلأنه يملك الغرس الذي فيها، فله الدخول لأجل إصلاحه، والقيام به بسقي ونحوه مما يتوقف عليه حفظه وحراسته وليس له الدخول لغرض آخر غير ما يتعلق بالغرس من التفرج ونحوه.

(مسألة: ٦١٧) لا يجوز للمستعير اعارة العين بدون إذن المالك، ولهذا لا يجوز له أن يؤجر وإن كان له استيفاءها من حيث الإذن المترتب على الإعارة.

نعم يجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه أو وكيله، وهذا لا يعد إعارة، ولو خالف المستعير فأعار غيره فإن للمالك الرجوع في العارية الثانية بأجرة المثل، وبدل العين لو تلفت على من شاء منهما، لكن لو رجع على المعير لم يرجع على المستعير إذا كان جاهلاً بالحال، إلّا أن يكون العارية مضمونة فيرجع عليه من هذه الحيثية ببدل العين خاصة لو تلفت كما هو حكم العواري المضمونة، ولو كان عالما استقر الضمان عليه كالغاصب.

(مسألة: ٦١٨) العارية أمانة في يد المستعير، لا تستعقب الضمان إلّا في مواضع مخصوصة، فلو تلفت في يد المستعير بغير تفريط ولا عدوان فلا ضمان عليه، سواء كان التلف بآفة سماوية أو أرضية، ومواضع الضمان هي:

الأوّل: اشتراط الضمان.

الثاني: الذهب والفضة، فإنهما مضمونان اشترط أو لم يشترط، أما المصوغ كالحلي ونحوها، فالظاهر عدم استثنائها وكذا الدراهم والدنانير منهما، ويقبل قول المستعير لو ادعى التلف بغير يمين.

الثالث: التعدي والتفريط، فلا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبغها غائلة.

(مسألة: ٦١٩) إذا رد العارية إلى المالك أو وكيله برء، وإذا ردها إلى الحرز لم يبرء، ولو استعار الدابة إلى مسافة فجاوز بها، فالظاهر ضمان العين في

المدة التي تجاوز عنها حتّى يرجع إليها، كما أن الرجوع من محل التجاوز إلى بلد الإعارة مأذون فيه، فلاأجرة عليه في ذلك كذلك لا ضمان للعين أيضاً، أما لو كانت مضمونة كان شرط الضمان في العارية، فان الدابة المذكورة تكون مضمونة إلى نهاية موضع الإذن ضمان عارية، ولا أجرة عليه، فإذا تجاوز موضع الاذن ضمنها ضمان الغصب، ووجب عليه أجرة منافعها إلى أن يعود إلى المكان المأذون فيه، ومنه إلى الرجوع إلى المالك وردها عليه يضمن ضمان العارية.

(مسألة: ٦٢٠) لو ادعى المستعير الإعارة، وادعى المالك الإجارة، وقد مضت لذلك مدة في يد المستعير، فالقول قول المستعير مع يمينه.

أما لو لم يمض لذلك مدة، ولم يحصل الانتفاع بشيء من المنافع المترتبة عليه، فالقول في ذلك قول المتصرف مع يمينه أيضاً، فإذا حلف على نفي الإجارة سقط دعوى الأجرة، واسترد المالك العين، وان نكل حلف المالك اليمين المردودة، واستحق الأجرة.

كتاب الاجارة

كتاب الإجارة

والبحث فيه في مطالب أربعة

الأوّل: الإجارة والعقد، وما يترتب عليه، وقد عرّفت الإجارة بأنها عقد ثمرته تمليك المنفعة بعوض معلوم، وعرفها آخر بأنها عبارة عن تمليك المنفعة الخاصة بعوض معلوم.

(مسألة: ٦٢١) لا دليل شرعاً على أزيد من اعتبار الألفاظ الدالة على الرضا من الجانبين بتلك المعاملة كيف اتفق في هذا الموضع وغيره، فلا يلزم لفظاً خاص فالعقد كآجرتك ونحوه، وكذا لو قال: بعتك هذه الدار وقصد الإجارة، أو قال: بعتك سكناها سنة بكذا، فالظاهر الصحة أيضاً.

(مسألة: ٦٢٢) العقد من العقود اللازمة، وحينئذٍ فلا تبطل إلّا بالتقايل أو أحد الأسباب الموجبة للفسخ، مثل أن يتعذر الانتفاع بالعين المستأجرة لغصبها، أو انهدامها، أو مرض الأجير، ولا تبطل بالبيع إذ لا منافاة بينهما، إلّا أن المشتري متى كان عالماً بالإجارة فإنه يتعين عليه الصبر إلى انقضاء مدة الإجارة، وإن كان جاهلاً تخير بين فسخ البيع وإمضائه مسلوب المنفعة إلى تمام المدة المعينة.

(مسألة: ٦٢٣) الأقرب أنه لا فرق في صحة العقد بين كون المشتري هو المستأجر أو غيره فيجتمع عليه لو كان هو المشتري الثمن من جهة البيع، والأجرة من جهة الإجارة، فإن العقدين صحيحان لا منافاة بينهما، ولو ثبتت المنافاة بين البيع والإجارة لكان الباطل هو البيع، دون الإجارة.

(مسألة: ٦٢٤) موت المسأجر لا يبطل الاجارة بل صارت ديناً في ذمّته بعقد الإجارة مستحقة عليها للموجر، فلا تبرأ إلّا بأدائها حياً كان أو ميتاً.

وقد استثنى من هذا الحكم بناء على القول المذكور ما لو اشترط المؤجر على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه، فإنها تبطل بموته.

(مسألة: ٦٢٥) العين المستأجرة كالدابة ونحوها أمانة في يد المستأجر في ضمن المدة المستأجرة لا يضمنها إلّا بالتفريط أو التعدي، فيما بعد المدة إذا لم يطالب المالك بردها أو طالب ولكن وقع التلف في أثناء الرد بحيث لم يؤخر الدفع بعد الطلب، والأظهر العدم حتّى يقوم على خلافه دليل.

تتمه: لو اشترط عليه الضمان من غير تعد ولا تفريط، والأظهر هنا أيضاً صحة العقد.

(مسألة: ٦٢٦) لا ريب في صحة خيار الشرط في الإجارة، ولا فرق بين شرطه لهما معا، أو لأحدهما، أو لأجنبي كما تقدم في البيع، ولا فرق بين أن تكون الإجارة لعين معينة كهذه العين، أو يكون موردها الذمّة كان يستأجره لعمل مطلق غير مقيد بشخص كبناء حائط، كما لا يدخلها خيار المجلس، لأنه مختص بالبيع، فلا يثبت فيها مع الإطلاق، أما لو شرط فالأظهر كذلك أيضاً.

الثاني الشروط

(مسألة: ٦٢٧) الشروط ستة:

الأوّل: كمال المتعاقدين، فلا ينعقد بالصبي والمجنون، وفي الصبي المميز بإذن الولي الأقوى ذلك.

الثاني: معلومية الأجرة، ولا إشكال في اشتراط كون الأجرة معلومة في الجملة، لكن هل يكفي في المكيل والموزون الاكتفاء بمعلوميتها بالمشاهدة، لانتفاء معظم الغرر بذلك، وأصالة الصحة أم لابدّ من الكيل والوزن في كل منهما؟ قولان: الأقوى الأوّل وإن كان الأحوط الثاني.

الثالث: أن تكون المنفعة مملوكة، أمّا تبعاً لملك العين بأن يكون مالكاً للأصل، فتبعه المنفعة وهو ظاهر، أو منفردة بأن يكون قد استأجره وملك منفعته بالاستيجار من غير أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه، أو عدم الإجارة لغيره، فلو شرط عليه أحد الأمرين لم يجز عملاً بالشرط، والمراد بالملكية هنا هو صحة التصرف والسلطنة على المنفعة بوجه شرعي.

ولو آجر غير المالك شيئاً ممّا يصح للمالك إيجاره فضولاً، هل يقع باطلاًأو يقف على الإجازة؟ الأقوى الأوّل.

الرابع: أن يكون المنفعة معلومة بين المتعاقدين، أمّا بتقدير العمل كخياطة هذا الثوب، وركوب الدابة إلى الموضع الفلاني، أو بتقدير المدة كخياطة شهر، وركوب شهر، وسكنى الدار سنة ونحو ذلك.

ولو قدره بالمدة والعمل معاً، كخياطة هذا الثوب، وركوب الدابة إلى الموضع الفلاني، ويمكن ضبطه بالزمان كخياطة شهر وركوب شهر،

فبأيهما ضبطها كان صحيحاً، والمسألة محل إشكال وإن كان القول ـ بأن الغرض الكلي من الإجارة إنما هو تحصيل المنفعة، فيكون دائراً مدار الفراغ من العمل، والزمان لا دخل له في ذلك إلّا من حيث الظرفية، فبوقوعه فيه قبل تمامه تثبت استحقاق الأجرة، وقبل تمامه يتسلط المستأجر على الفسخ ـ لا يخلو من قرب.

الخامس: أن تكون المنفعة مباحة، والكلام هنا في موضعين:

الأوّل: تحريم اجارة البيت ليحرز فيه الخمر، والدكان ليبيع فيه الآلة المحرمة، والأجير ليعمل له مسكراً، بمعنى أن الإجارة وقعت لهذه الغايات أعم من أن يكون قد وقع شرطها في متن العقد أو حصل الاتفاق عليها، والأقوى أن المعاملة هنا فاسدة. نعم إذا لم تقع الإجارة لهذه الغايات ولكن يعلم أن المستأجر والمشتري يعمل ذلك، فالظاهر الصحة.

(مسألة: ٦٢٨) صحة الاجارة وعدمها متوقفة على الانتفاع المعد عند العقلاء منفعة مباحة لا أن تكون خالية من نفع وله ـ فمثلاً ـ إجارة الحائط المزوق للتنزه والتعلم من البناء المحكم وإن كان الغرض صحيح لأرباب تلك الصناعة.

السادس: أن يكون مقدوراً على تسليمها، بل يكفي إمكان التسلم، فلو كان المستأجر قادراً على استيفاء المنفعة بأخذ العين من الغاصب بنفسه، أو معاون أو قادراً على تحصيل الآبق، فيجوز الاستيجار، ونحوه أيضاً استيجار الغاصب للمغصوب الذي في يده، لحصول التسلم، ويخرج عن الضمان والغاصبية بمجرد العقد، والأظهر في الجميع صحة الإجارة، ثمّ إنه فيما عدا

صورة الغصب إن بذل الجهد في تسليمه ولم يمكن التسليم بطل الإجارة، إلّا أن يقصر المستأجر مع القدرة، فيلزم العقد.

(مسألة: ٦٢٩) لو منعه المؤجر ولم يسلمه العين المستأجرة سقطت الأجرة، وليس للمؤجر المطالبة بها والحال ذلك، والظاهر على هذا بطلان العقد وانفساخه بنفسه، ويكون كتلف العين، والمبيع قبل التسليم.

(مسألة: ٦٣٠) لو منع المستأجر ظالم غير الموجر عن الانتفاع بالعين المستأجرة، فلا يخلو أمّا أن يكون قبل قبضها من المؤجر أو بعده، فهيهنا مقامان:

الأوّل: أن يمنعه قبل القبض، والأقرب أنه لا يسقط هذا التخيير بعود العين إلى المستأجر في أثناء المدة، بل له الفسخ في الجميع، أو يمضيه.

الثاني: أن يمنعه بعد القبض، ولا خلاف في صحة العقد، وعدم فسخه، وعلى هذا فيرجع المستأجر على الغاصب بأجرة مثل المنفعة الفائتة في يده لا غير، ويرجع الموجر على المستأجر بالمسمى لو لم يقبضه سابقاً والعين مضمونة في يد الغاصب لصاحبها.

(مسألة: ٦٣١) إذا انهدم المسكن كان للمستأجر فسخ الإجارة إلّا أن يعيده صاحبه، ويمكنه منه وذلك على تقدير خروج السكنى عن الانتفاع المراد منه عرفاً، فإذا فات في الزمان المقرر فلا أجرة إلّا أن يكون ذلك من المستأجر كما عرفت، والمراد بإعادته المستثناة من الخيار يعني الإعادة بسرعة على وجه لا يفوت به شيء من المنافع.

أحكام الإجارة

(مسألة: ٦٣٢) لا يجوز عمل الأجير المقيد لغير من استأجره، وهو الذي يستأجر مدة معينة للعمل بنفسه أو يستأجر عملاً معيناً مع تعيين أوّل زمانه، بحيث لا يتوانى في فعله حتّى يفرغ منه، ولا يجوز له العمل لغير من استأجره إلّا بإذنه، والأجير المطلق وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة ـ مع تعيين المدة ـ أو عن المدة مع تعيين المباشرة ـ أو مجرداً عنهما. نعم الأقرب أن للأجير المقيد أن يأتي الأعمال غير المنافية لما أستوجر عليه، أو ما جرت عليه العادة ما لم يضر بالاجارة، فلا يجوز له العمل بما ينافي العمل للمستأجر عليه، كذلك لا يجوز للغير استعماله في المنافي.

الأجير المطلق قد عرفت معناه، وهو رجوع إلى ثلاثة أقسام:

الأوّل: الاستيجار على عمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة، كأن يستأجره على تحصيل الخياطة بنفسه أو غيره يوماً.

الثاني: أن يستأجره على عمل مجرد عن المدة مع تعيين المباشرة، كأن يستأجره ليخيط له ثوباً بنفسه، من غير أن يقيده بمدة.

والثالث: أن يكون مجرداً عنهما كأن يستأجره على تحصيل خياطة ثوب بنفسه أو غيره من غير تقييد بزمان، وهذا يجوز له العمل لغير من استأجره، إلّا أن يكون ثمة قرينة تدل على كونه في زمان خاص كالحج، فإنه يصير من قبيل الأجير المقيد.

الإطلاق في كل الإجارات يقتضي التعجيل والمبادرة إلى الفعل، وعلى هذا يقع التنافي بينه وبين عمل آخر في صورة اعتبار المباشرة، وفرع عليه منع صحة إجارة الثانية في الصورة المذكورة.

(مسألة: ٦٣٣) لا إشكال في أنه تملك الأجرة بنفس العقد، كما في البيع وسائر عقود المعاوضات اللازمة، والإجارة منها، لكن لا يجب تسليم الأجرة إلّا بتسليم العين المستأجرة إن كانت الإجارة على عين، أو تمام العمل إن كانت الإجارة على عمل، ولا يجوز تأخيرها مع الطلب، والحال كذلك.

وبكلمة فإن الأجرة تتعلق بذمّة المستأجر بمجرد العقد، ولكن لا يجب التسليم إلّا بعد أحد الأمرين المذكورين، ولو كان المستأجر وصياً لم يجز له التسليم قبل ذلك إلّا مع الأذن صريحاً أو بشاهد الحال، ولو فرض توقف العمل على الأجرة كالحج مثلاً وامتنع المستأجر من التسليم، فالظاهر جواز الفسخ، ولو شرط التعجيل في الأجرة لم يزد على ما اقتضاه الإطلاق كما عرفت من أنه يجب التعجيل مع الإطلاق.

نعم يفيد ذلك تأكيداً، ويتفرع عليه تسلط الموجر على الفسخ لو شرط ذلك في مدة مضبوطة فأخل به، ونحوه لو شرط القبض قبل العمل، أو تسليم العين المؤجرة فإنه يصح، وقد تقدم الكلام في ذلك في كتاب البيع، وتقدم القول بعدم تسلطه على الفسخ، بل الواجب رفع الأمر إلى الحاكم، وجبره على القيام بالشرط.

(مسألة: ٦٣٤) لو شرط التأجيل في الأجرة صح أيضاً بشرط ضبط المدة وكذا لو شرطها نجوماً بأن يدفع العين أو يعمل العمل ولا يطالب بالأجرة إلى الأجل المعين، أو يقسطها فيجعل لكل أجل قسطاً معلوماً منها، فإنه لا مانع من ذلك، وكذا لا فرق بين الإجارة الواردة على عين معينة، أو الإجارة المطلقة الواردة على ما في الذمّة.

(مسألة: ٦٣٥) لو وجد بالأجرة عيباً سابقاً على وقت القبض، فالأظهر أنه أمر كلي لا ينحصر في المدفوع، وقضية ذلك حينئذٍ أنه لا فسخ هنا، وإنّما له العوض، نعم لو تعذر العوض توجه الفسخ.

(مسألة: ٦٣٦) لو استأجر داراً أو دابة أو غيرهما من الأعيان فإن له أن يؤجرها على غيره إذا لم يشترط عليه المالك استيفاء المنفعة بنفسه، وحينئذٍ فله أن يؤجرها بأقل ممّا استأجر أو ما ساواه، أمّا الإجارة بالأكثر فلا يجوز أن يؤجر المسكن، ولا الخان ولا تأجير بأكثر مما استأجره إلّا أن يؤجر بغير جنس الأجرة أو يحدث ما يقابل التفاوت، وكذا لو سكن بعض الملك لم يجز أن يؤجر الباقي.

(مسألة: ٦٣٧) لو استأجره ليحمل عليه متاعاً إلى موضع معين بأجرة في وقت معين فان قصر عنه نقص من أجرته شيئاً جاز، ولو شرط سقوط الأجرة إن لم يوصله فيه لم يجز وكان له أجرة المثل، ولو قال: آجرتك كل شهر بكذا، صحت الاجارة وكان له أجرة ما يجلسه لكل مدة، فان جلس شهراً يعطى ذلك، ونصفه في نصفه. وكذا لو قال: إن عملته اليوم فلك درهمان، وإن عملته في غد فلك درهم، فالأظهر الصحة أيضاً وكذا لو قال: إن خطته فارسياً فلك درهم، وإن خطته رومياً فلك درهمان، وفسر الرومي بدرزين، والفارسي بدرز واحد.

(مسألة: ٦٣٨) قد تقدم أن الأجير يملك الأجرة بنفس العقد، ولكن لا يجب التسليم إلّا بتسليم العين المستأجرة إن كانت الإجارة على عين، أو تمام العمل إن كانت على عمل، وإنما الكلام هنا في أنه هل يتوقف استحقاق

المطالبة بالأجرة بعد العمل على تسليم العين المعمول فيها كثوب يخيطه وشيء يصلحه، ونحو ذلك؟ الأظهر عدم توقفه عليه.

(مسألة: ٦٣٩) كل موضع يبطل فيه عقد الإجارة يجب فيه أجرة المثل، مع استيفاء المنفعة أو بعضها، سواء زادت عن المسمى أو نقصت، كما إذا بطل البيع يرجع البائع إلى مبيعه، والمشتري إلى ثمنه، ولا يملك أحد منهما مال الآخر ولا منافعه، وهذا ظاهر مع الجهل ببطلان العقد، أما مع العلم بالبطلان وأن الأجير لا يستحق بذلك أجرة، ولا يجب على المستأجر دفعها، فلا يستحق شيئاً بالكلية، كمن خاط ثوباً لشخص بغير إذنه بالأجرة، فإنه لا حقّ له شرعاً، ولو دفع المالك له شيئاً، والحال هذه فإنه يكون من قبيل سائر العطايا التي يستحق صاحبها الرجوع فيها مع بقاء العين، وعدم الرجوع مع الإتلاف، لأنه سلطه عليه باختياره، والأجير العالم كالغاصب في تصرفه، فيترتب عليه الضمان.

(مسألة: ٦٤٠) يكره استعمال الأجير قبل أن يقاطعه، ويحتمل أن يقال: إن ذلك وإن كان مكروهاً إلّا أنه من حيث مخالفة أمر المولى حيث إنه عليه السلام نهاهم عن ذلك مراراً كان ما فعلوه محرماً، فيجوز التأديب عليه بلا إشكال.

من جملة ما يكره هنا تضمينه، إلّا مع التهمة، والأظهر هو حمل ذلك على الصائغ والقصار ونحوهما ممن يعطى الأجرة ليصلح فيفسد أو يتلف.

(مسألة: ٦٤١) المنفعة تملك بنفس العقد كما تملك الأجرة، وإن كان إنّما يستوفيها تدريجاً وشيئاً فشيئاً وهو غير مناف للملك، إذ لا يشترط في التمليك وجود المملوك، وملك المستأجر لها هنا على حسب ملك المؤجر

لها، فملك المستأجر لها على حسب ملك المؤجر لها.

(مسألة: ٦٤٢) الأظهر اطلاق العقود يقتضي الاتصال، فلو لم يعين مبدأ اقتضى العقد كون ابتدائها متصلاً بالعقد، فيكون أوّلها من آخر العقد.

(مسألة: ٦٤٣) إذا أسلم المؤجر العين المستأجرة للانتفاع بها ومضت مدة يمكن الانتفاع فيها، واستيفاء المنفعة ولم ينتفع المستأجر بها لزمت الأجرة، ولا فرق في ثبوت الأجرة عليه بالتسليم، ومضى المدة المذكورة بين كون الإجارة صحيحة أو فاسدة، ولكن مع الفساد يلزم أجرة المثل عما فات من المنافع في يده، وفي حكم التسليم ما لو بذل العين فلم يأخذها المستأجر حتّى مضت المدة التي يمكن الاستيفاء فيها، فإنها تستقر الأجرة، إلّا أنه لابدّ من تقييده بالصحيحة، وإذا استأجره لقلع ضرسه فمضت المدة التي يمكن إيقاع ذلك فيها، فلم يقلعه المستأجر استقرت الأجرة، أما لو زال الألم عقيب العقد سقطت الأجرة، كما لا يصح الاستيجار على قطع يده من غير سبب موجب لذلك، نعم لو كان ثمة سبب كما إذا كانت مستأكل (مرض) يخاف من سريان الضرر إلى الصحيح منها، فإنه يجوز.

(مسألة: ٦٤٤) لو استأجر شيئا فعرض له التلف، فههنا صور:

الأولى: أن تتلف العين المستأجرة لاستيفاء المنافع منها قبل القبض، ولا إشكال في بطلان الإجارة، فإذا فات قبل قبضه بطل كما في البيع، فاستيفاء المنفعة هنا كالقبض في البيع، كما أن استيفاء البعض كقبض بعض المبيع.

الثانية: أن تتلف العين بعد القبض وقبل استيفاء شيء عن المنافع،

والحكم كما تقدم من بطلان الإجارة، لفوات أحد العوضين.

الثالثة: أن يكون التلف بعد القبض واستيفاء بعض المنفعة والحكم فيها أنه يصح فيما قبضه، ويبطل فيما بقي ومثله ما لو تجدد فسخ الإجارة والحال كذلك، ويرجع من الأجرة ما قابل المتخلف، ويقسط المسمى على جميع المدة.

الرابعة: أن يتلف بعض العين خاصة فالحكم في التالف كما تقدم، ويتخير عندهم في الباقي بين الفسخ لتبعيض الصفقة وبين إمساك الحصة بقسطها من الأجرة.

الخامسة: لو لم يتلف شيء منها ولكن نقصت المنفعة بحدوث عيب كان ينقص ماء الأرض وماء الرحى أو عرجت الدابة أو مرض الأجير أو نحو ذلك، والحكم أنه يثبت الفسخ للمستأجر.

السادسة: ما لو عرض له ما يوجب زوال المنفعة كما لو استأجر أرضاً للزراعة إلّا أنه قد استولى عليها الماء بحيث لا ينحسر عنها مدة يمكن فيها الزراعة، فلا إشكال في بطلان الإجارة، ولو كانت ممّا ينقطع عنها الماء أحياناً، فإن علم مقدار ما ينقطع عنها الماء وتصلح للزراعة، فصح وإلا فلا للجهالة الموجبة للغرر.

(مسألة: ٦٤٥) يشترط تعيين المحمول بالمشاهدة أو الكيل أو الوزن والمراكب والمحمل وقدر الزاد، وليس له البدل مع الفناء إلّا بالشرط، ومشاهدة الدابة المركوبة أو وصفها وتعين وقت المسير ليلاً أو نهاراً، ولابدّ من ذكر الجنس مع التقدير بأحد الأمرين المذكورين، ليرتفع الجهالة بحذافيرها وهو حسن.

أما لو كان فناه بنحو آخر كضيافة غير معتادة أو أكل غير معتاد أو سرقة أو سقط منه في الطريق كان عليه إبداله، هذا كله مع عدم شرط الأبدال، وإلّا فلاإشكال في الأبدال عملاً بالشرط المذكور.

أما لو كانت في الذمّة بمعنى أنه استأجر للحمل على دابة إلى الموضع الفلاني فإنه لا يحتاج إلى وصف ولا مشاهدة، بل الواجب عليه حمله، وإيصاله إلى الموضع المذكور كيف اتفق على وجه لا يتضرر به، فيضمن مع الضرر.

وأما بالنسبة إلى تعيين وقت السير، فإن كانت هناك عادة يبنى عليها في سلوك تلك الطريق وجب الرجوع إليها واكتفى بها لانصراف الإطلاق إليها، وإلّا وجب تعيين الوقت. نعم يشكل التعيين إذا اختلف السير ولم يمكن التعيين إليهما كطريق الحج.

(مسألة: ٦٤٦) كلما يتوقف عليه توفية المنفعة فهو على المؤجر كالقتب والزمام والحزام والسرج أو البردعة في الدابة، وضابطه كلما جرت العادة للتوطئة به للركوب وبعضها على المستأجر.

(مسألة: ٦٤٧) لو أجر آلة أو مركبة للحرث أو الحفر وجب مشاهدة، أو وصف مكان العمل بما يرفع الجهالة، وكذا إذا استأجر مركبه للسفر بها فهنا أحكام، منها: أنه لو أسرع في السير عليها زيادة على عادة أمثالها بحسب نوعها ووصفها في تلك الطريق، أو حمل فيها ما لا يعتاد حمله فيها من الوزن أو النوع، ضمن.

ومنها: لو أصابها حادث فسبب في الغاء هويتها وصيرها بحكم

الخردة، فانه ينفسخ عقد الاجارة وكذا لو أصابها عطب يفسد الانتفاع بها. نعم لو كان المستأجر عليه في الذمّة، بمعنى كون الإجارة مطلقة غير معينة بمركبة معينة وكذا لو استأجرها لقطع المسافة، فإن له ان يطلب غيرها إلى تمام المقصد.

ومنها لابدّ من تعيين الراكب إذا كان الاستيجار للركوب بمشاهدته أو وصفه.

(مسألة: ٦٤٨) وإذا كانت المركوب حيواناً اقتضاء حفظه عن التلف بالسقي والعلف وإن لم يشترط المالك ذلك عليه بل يجب وإن أهمل ضمن.

ومنها أنه إذا استأجر دابة إلى موضع معين فتجاوز إلى ما زاد عليه فعليه أجرة المثل في الزيادة، وضمان العين ان تلفت وقت العدوان، والأرش ان نقصت، لأنه غاصب وليس له الرجوع بما أنفق عليها مدة الغصب، ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه، أو بينته على الأقوى. ويبطل الصلح مع عدم تمكنه من أخذ حقه.

(مسألة: ٦٤٩) الأقوى جواز إجارة الآدمي وإن كان على كراهة بالنسبة إلى إجارته نفسه، ولا فرق بين الحرّ والمملوك، ولا بين الذكر والأنثى، وأنه متى كانت أنثى فأنه يحرم على المستأجر منها جميع ما يحرم عليه قبل الإجارة، فإن عقد الإجارة إنّما حلل الخدمة والعمل وأباحهما، وأما غيرهما ممّا هو محرم قبل الإجارة فإنه يبقى على تحريمه، ونفقة الأجير المستأجر للسعي في حوائج المستأجر عليه على الأقوى.

(مسألة: ٦٥٠) الوظائف التي تتفاوت فيها الأشخاص بالأداء بالكم

والكيف يجب تعيين العامل سواء كان هو المؤجر أو غيره، إذا أمكن حصول النفقة منه، وكذا يجب تعيين الصانع إذا استأجره مدة، بمعنى أن يعمل له هذا العمل في مدة محدودة بلا زيادة ولا نقيصة، لأنه مع الإطلاق وتفاوت العمال في السرعة والبطؤ واختلافهم في ذلك كثيراً يحصل الغرر أيضاً، وبتعيين العامل ومعرفة ما هو عليه من السرع والبطؤ في عمله يزول ذلك.

ولو استأجره على عمل معين كنسخ هذا الكتاب المعين وخياطة هذا الثوب المخصوص، فالظاهر صحت الاجارة فيه. نعم لو أوجب التفاوت في الصنعة وبالجودة والرداءة، فإنه لا يصح هنا بل لابدّ من تعيين الصانع ليرتفع هذا الغرر.

(مسألة: ٦٥١) الأقوى جواز استيجار المرأة للرضاع مدة معينة بإذن الزوج، نعم متى نافى ذلك شيئاً من حقوق الزوج المواجبة عليها امتنع ذلك بلاإشكال، ثمّ إنه لو وقعت الإجارة على الوجه المذكور، ومنع ذلك شيئاً من حقوقه، فهل يحكم ببطلان العقد وأن الزوج يتسلط على الفسخ؟ الثاني هو الأوفق بقواعد، ولو سبق الاستيجار للرضاع على النكاح، فلا اعتراض للزوج، وله الاستمتاع بما فضل عن ذلك، فلو تضرر الصبي بترك الرضاع باستمتاع الزوج كان للولي منع الزوج لما عرفت من تقدم حقّه، أما مع عدم التضرر فلا.

(مسألة: ٦٥٢) لو وجد المستأجر بالعين المستأجر عيباً يوجب الرد، وكان جاهلاً به وقت العقد تخير بين الفسخ والرضا بالأجرة المسماة من غير أرش، وإنّما يثبت له الأرش مع التصرف. نعم لو لم يكن له الفسخ انحصر فيه، لكن الأمر ليس كذلك.

هذا كله فيما إذا كانت الإجارة واردة على عين، أما لو كانت في الذمّة ودفع له عيناً معيبة فالواجب إبدالها ولا فسخ هنا، إلّا أن يتعذر البدل لعدم وجوده أو لتغلب المؤجر وعدم إمكان جبره فيفسخ المستأجر، ويرجع إلى ماله.

(مسألة: ٦٥٣) ضمن أهل الصناع من المكارين والملاحين والقصارين وسائر الصناع لما جنته أيديهم، سواء كان نقصاً في العين أو تلفاً، وإن كان حاذقاً واحتاط واجتهد، وكذا الحال فيما لو تلفت بغير فعله ومن غير تفريطه، والقاعدة الكلية في كل من أعطى الأجر ليصلح فأفسد فإنه ضامن. نعم إن كان أميناً غير متهم فلا ضمان عليه، وإلّا فهو ضامن، إلّا أن يقيم البيّنة، أو يكون لأمر ظاهراً في دعواه.

(مسألة: ٦٥٤) إذا آجر الأب أو الوصي الصبي أو شيئاً من ماله صحت الإجارة، وينبغي أن يعلم أن هنا صورتان:

إحدهما أن يأجره مدة يعلم بلوغه ورشده قبل انقضائها، كأن يأجره وهو ابن عشر سنين، مدة سبع سنين، ولا ريب هنا أن الإجارة لازمة فيما قبل البلوغ والرشد، وأما بعدهما فإنه يكون موقوفاً على إجازة الصبي، وأما بعد حصول الأمرين المذكورين فلا إشكال في زوال الولاية عنه، وحينئذٍ فلا إشكال في توقف صحة الإجارة والحال هذه على إجازته.

ثانيها: ان يأجره في مدة لا يعلم ذلك، لا يعلم بلوغه ولا رشده أو يعلم بلوغه ولا يعلم رشده، ثمّ اتفق حصولهما، ولو تلف الصبي بعد تسليم المستأجر له وكذا غيره ممن تستأجره للعمل عنده لم يضمنه، ولا فرق هنا

بين الصغير والكبير، والحر والعبد، فان كل من يسلم أجيراً ليعمل له فتلف لم يضمنه، ولا فرق بين تلفه مدة الإجارة وبعدها على الأشهر.

(مسألة: ٦٥٥) من تقبل عملاً لم يجز أن يقبله غيره بنقيصة، إلّا أن يحدث فيه حدثاً يستبيح به الفضل، ثمّ إنه ينبغي أن يعلم أن جواز دفعه إلى غيره مشروط بما إذا كان العمل في الذمّة بأن يحصل له هذا العمل بنفسه أو غيره، أما لو كان الاستيجار على فعله بنفسه فإنه لا يجوز له الدفع إلى غيره.

(مسألة: ٦٥٦) تحرم الإجارة بأكثر مما استأجر إذا لم يحدث فيه حدثاً.

(مسألة: ٦٥٧) إذا دفع إلى غيره سلعة ليعمل له فيها عملاً كالقصار والغسال ونحوهما بأن له أجرة المثل بشرط أحد الأمرين، إما كون العامل من عادته أن يأخذ الأجرة على مثل ذلك العمل، أو كون ذلك العمل ممّا له أجرة في العرف والعادة المستمرة، ويتخرج على ذلك صور أربع:

الأولى: ما إذا حصل الشرطان المذكوران، والأجرة ثابتة فيه.

الثانية: انتفاؤهما معاً ولا أجرة، ولا فرق حينئذٍ بين كون العمل متقوماً بأجرة وعدمه، إذا لم يكن له في العادة أجرة، ولا أعد العامل نفسه لها.

الثالثة: أن يكون العمل مما له أجرة بحسب العادة، ولكن ليس من عادة العامل الاستيجار له، والأجرة ثابتة.

الرابعة: عكس هذه الصورة بأن يكون من عادته الاستيجار له إلّا أن العمل ليس ممّا له أجرة بحسب العادة، والأجرة ثابتة.

أحكام التنازع

(مسألة: ٦٥٨) التنازع في أصل الإجارة، والقول في ذلك قول المنكر منهما بيمينه، سواء كان المالك أو الأجير.

(مسألة: ٦٥٩) لا يخلو التنازع إمّا أن يكون قبل التصرف واستيفاء المنافع كلاً أو بعضاً، أو بعده، وعلى الأوّل لا إشكال في رجوع كل مال إلى صاحبه، وعلى الثاني فلا يخلو امّا أن يكون مدعى الإجارة المالك أو المتصرف، فإن كان المدعى المالك، والحال أن المتصرف حلف على إنكار الإجارة، انتفت الإجارة، وعلى المتصرف أجرة المثل، عوض ما تصرف فيه، فإن كان أجرة المثل زائدة على ما يدعيه المالك من المسمى في العقد بزعمه، فإنه لا يجوز له أخذ الزيادة، وإن وجب على المتصرف دفعها لو لم يدفعها سابقاً، وحرمت المطالبة بها ان دفعها سابقاً، وإن كان المسمى بزعم المالك زائداً على أجرة المثل، فإن هذه الزيادة تنتفي بانتفاء الإجارة بعد اليمين، فليس للمالك طلبها، ولا يجب على المنكر دفعها، وان دفعها سابقاً استرجعها، وإن كان مدعى الإجارة هو المتصرف، والمالك ينكرها، وينكر الإذن في التصرف مطلقاً، فقد عرفت أن القول قوله بيمينه، وحينئذٍ إذا حلف انتفت الإجارة، واستحق أجرة المثل لما تصرف فيه المستأجر بزعمه، فله المطالبة بها إن لم يكن قبض قدرها سابقاً، وان زادت عن المسمى بزعم المستأجر، وأما لو زاد المسمى فإنه لا يجوز له أخذه لإنكاره الإجارة وبطلانها باليمين، وإن كان يجب على المستأجر دفعه لاعترافه به، ولو قبض المسمى سابقاً لم يكن للمستأجر المطالبة بالزائد لاعترافه به، وإن كان المالك يعترف أيضاً

بأنه لا يستحقه، ويضمن المستأجر العين في هذه الصورة بخلاف الأولى التي يدعي المالك فيها الإجارة، فإن العين باعترافه أمانة في يد المستأجر، نعم لو أنكر الإجارة واعترف بالإذن في التصرف، فلا ضمان أيضاً للخروج عن الغصب بالإذن.

(**مسألة: ٦٦٠**) التنازع في قدر العين المستأجرة، بأن ادعى المستأجر انك آجرتني الدار بأجمعها بمأة درهم، فقال المالك بل أجرتك بيتاً خاصاً منها بمأة درهم، ولا يحسم التنازع بلزوم المنكر اليمين فقط بل لابدّ من حلف المستأجر لانكاره تلك الدعوى، فيكون القول قوله بيمينه.

(**مسألة: ٦٦١**) لو اختلفا في رد العين المستأجرة، فإنه لا إشكال في أن القول هنا قول المالك بيمينه، أما لو اختلفا في التلف فلها ثلاثة أقسام:

فقسم تضمن أن جنته يد الصانع والعامل سواء كان عن تفريط أم لا فهو ضامن، وأن ذلك قاعدة كلية في كل من أعطى الأجر ليصلح فأفسد.

وقسم منها تضمن أن مع دعوى التلف فإنه يضمن، إلّا أن يقيم البيّنة أو يكون التلف ظاهراً مشهوراً كالغرق والحرق والغارة، ونحو ذلك.

وقسم منها تضمن أنه مع دعوى التلف فإن كان ثقة مأموناً غير متهم، فلا ضمان عليه، وإلّا فهو ضامن.

(**مسألة: ٦٦٢**) لو دفع إلى الخياط ثوباً فقطعه قباء مدعياً إذن المالك، فقال المالك إنما أمرتك بقطعه قميصاً، فلو قيل: بالتحالف جمعاً بين هذين التعليلين لأمكن.

كتاب الوكالة

كتاب الوكالة

الوكالة عقد شرع للاستنابة في التصرف، والمعتبر فيها هو كل ما يدل على الرضا من الطرفين بذلك المعقود عليه، بل يكتفى بالقبول الفعلي هو فعل ما تعلقت به الوكالة، ولبيان ذلك يتوقف على رسم مسائل:

(مسألة: ٦٦٣) لا يشترط في الوكالة التنجيز، فلو علقها على شرط يمكن وقوعه وعدم وقوعه، مثل «ان قدم زيد» أو على صفة، وهي ما لو كان وجوده في المستقبل محققاً كطلوع الشمس، ومجيء رأس الشهر صحت، سواء كان مقروناً بأداة الشرط مقدماً أو مؤخراً، مثل «إن كان كذا فأنت وكيل» أو «أنت وكيل إن كان كذا» أو غير مقرون بها مثل «وكلتك بشرط مجيء زيد».

وتصح الوكالة لو شرط تأخير التصرف كأن يقول «وكلتك في كذا، ولا تتصرف إلّا بعد شهر»، وكما يجوز التوقيت، مثل أن يقول: وكلتك شهراً.

(مسألة: ٦٦٤) لو وكله في شراء مركبة هل يفتقر إلى وصفه لينتفي الغرر أم لا؟ الاحتياط يقتضي الوقوف على القول بلزوم الوصف.

(مسألة: ٦٦٥) الوكالة من العقود الجائزة من الطرفين فيجوز لكل منها

العزل والفسخ، والكلام هنا يقع في مقامين:

الأوّل: عزل الوكيل نفسه، فالأظهر الأقوى إن بعزله نفسه ـ علم المالك أو لم يعلم ـ لا تبطل الوكالة، ما لم يعزله المالك، ويصرح بعزله، بل غاية ما يوجبه أنه لا يلزمه شرعاً ولا يجب القيام بذلك، كما هو مقتضى العقود اللازمة، بل إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل، وعدم مشيئة الفعل في وقت عزله نفسه ورده لها، لا يوجب منعه من الرجوع متى أراد، إلّا أن يعزله الموكل.

الثاني: عزل المؤكل للوكيل، والأظهر أنه لا ينعزل إلّا بالإعلام.

(مسألة: ٦٦٦) الوكالة تبطل بأمور:

منها عزل الموكل كما عرفت.

ومنها موت كل من الوكيل أو الموكل، لو مات الموكل، فهل تصرف الوكيل بعد الموت مبطل، وإن لم يعلم الموت، عندي فيه توقف.

(مسألة: ٦٦٧) الجنون والإغماء من كل منهما لا يبطل الوكالة، من دون فرق بين أن يكون الجنون مطبقاً أو أدواراً وكذا في الإغماء بين الطويل والقصير، وحينئذٍ فيجوز التصرف فيما وكل فيه، ولا يحتاج إلى تجديد عقد من الموكل بعد زوال ذلك عنه لو كان هو المصاب بأحد الأمرين، ولا يبطل بالنوم وان طال.

ومنها الحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه، فإنه إذا منع ذلك الموكل منع وكيله بطريق أولى.

ومنها تلف ما تعلقت به الوكالة كتلف العبد الموكل ببيعه، وموت المرأة الموكل بتزويجها أو طلاقها، وتلف الدينار الموكل بأن يشري به شيئاً.

ومنها ما لو فعل الموكل ما تعلقت به الوكالة كأن يوكله في بيع عبد ثمّ يبيعه هو، وفي حكمه فعل الموكل ما ينافي الوكالة.

(مسألة: ٦٦٨) إن اتى بالمقدمات التي لها طابع نوعي فى العزل وعدمه أي تحتمل الوجهين فأن أثرها مقترن بالندامة على التوكيل وقصد العزل، ومعه لا إشكال في كونه عزلاً، وأنه تبطل الوكالة بذلك، وان وقع مقروناً بعدم ذلك، فبقاء الوكالة وعدم العزل، وان وقع مشتبهاً فإنه ينبغي استفسار ذلك من الموكل، ويقبل قوله في ذلك، وإن لم يمكن مراجعته واستعلام الحال منه، فالأقرب عدم العزل وبقاء الوكالة، ولو كان المبلغ للعزل غير ثقة لا يترتب على خبره العلم لم يوجب العزل، فكذا هنا بمجرد وقوع هذه الأشياء على وجه لا يعلم به ارأدة العزل لا توجب عزلاً، وحينئذٍ فإذا كان مقروناً بالمنافي من قصد الإمساك وقصد العزل عن الوكالة فلا ريب في كونه عزلاً عندهما.

(مسألة: ٦٦٩) إطلاق الوكالة يقتضي الابتياع بثمن المثل بنقد البلد حالاً، وإن يبتاع الصحيح دون المعيب، ولو خالف بطلت، والضابطة في ذلك كله هي أن المتبادر من الإطلاق ذلك بحسب ما جرى عليه العرف والعادة، كما لا يجوز للوكيل أن ينقص عن ثمن المثل، لا يجوز أن يقتصر عليه، وهناك طالب بالزيادة، بل يجب بيعه على باذل الزيادة، ولو باع بخيار ثمّ وجد باذلاً يزيد في الثمن في زمن الخيار وجب عليه الفسخ، تحصيلاً لمصلحة المالك في ذلك.

(مسألة: ٦٧٠) لو خالف الوكيل وشرى المعيب، فإن كان عالماً كان

فضولياً، وهو مبطل عندنا، ومثله يأتي فيما لو اشترى بزيادة على ثمن المثل عالماً، فإنه للمخالفة يكون باطلاً.

تتمه: خيار العيب بعد العلم به، والرد به أو الإمساك، للموكل دون الوكيل، ولو كانت الوكالة مطلقة أو كان وكيلاً في الشراء والرد، فان للوكيل الرد.

(مسألة: ٦٧١) إطلاق الوكالة بالبيع يقتضي بيع الوكيل على ولده الكبير وزوجته، كما في غيرهما، وكذا على الولد الصغير.

إطلاق الوكالة في البيع لا يقتضي قبض الثمن، إلّا أن يكون هناك قرينة تدل عليه، فيكون الاعتماد في ذلك عليها، كما لو أمره بالبيع في سوق بعيدة أو بلد آخر بحيث إنه يضيع الثمن بترك قبضه، ولا يمكن للموكل قبضه، ففي مثل ذلك يجوز، بل يجب قبضه حتّى أنه لو تركه ولم يقبضه كان ضامناً.

أما الوكيل في الشراء فإطلاق الوكالة في الشراء يقتضي الإذن في تسليم الثمن، ولا يقتضي الإذن في تسلم المبيع، نعم لو دلت القرائن على فوات المبيع وذهابه لو لم يتسلمه لكان الواجب عليه قبضه، فضلاً عن أن يكون جائزاً، كما لو وكله في شراء عين من مكان بعيد يتعذر على الموكل قبضها، بحيث لو لم يقبضها ذهبت وفاتت، فإنه يجب عليه قبضها، وأنه يضمن بترك ذلك، وينبغي أيضاً تقييد ملك تسليم الثمن هنا بما تقدم في الوكالة في البيع من تقييد ملكه لتسليم المبيع، بما إذا قبض الموكل أو من يقوم مقامه الثمن.

وبكلمة لا فرق بين الوكيل البائع والوكيل المشتري في أنه ليس لهما

دفع ما بيده وإقباضه إلّا بعد وصول عوضه إلى الموكل أو من نصبه لقبضه.

(مسألة: ٦٧٢) الوكيل لا يملك الرد بالعيب، وإنّما الخيار للموكل بين الرد والإمساك.

فيما تصح النيابة

(مسألة: ٦٧٣) شرائط التوكيل ثلاثة:

الأوّل: أن يكون مملوكاً للموكل، بمعنى كونه ممّا يمكن الموكل التصرف فيه، ومباشرته بنفسه عقلاً وشرعاً، وأولى منها الأُمور المستحيلة عقلاً أو شرعاً، فلا يجوز التوكيل في الغصب والسرقة والقتل ونحوه، وأحكامها إنّما تلزم المباشر لها، وهل يعتبر الإمكان المذكور من حين التوكيل إلى حين التصرف، الأظهر ذلك، نعم ممتنعة اتفاقاً كالتوكيل بالطلاق قبل التزويج أو في الحيض أو طهر المواقعة.

الثاني: كون الفعل الموكل فيه قابلاً للنيابة، ولا يوجد نص يقوم على صياغة ضابطة كلية في المقام، أما العبادات فالتقريب فيها أنه لمّا كان المقصود منها الانقياد والخضوع والخشوع لله سبحانه، وتهذيب النفس الأمارة وتذليلها كان مستلزماً للمباشرة، وفعل المكلف بنفسه ليترتب عليه الأغراض المذكورة، ولا ينافي ذلك الاستنابة في غسل أعضاء الطهارة مع العجز في الطهارة المائية، أو الترابية فإنه لا يسمى وكالة، ولذلك تجوز الاستنابة فيه، لمن لا يصح توكيله كالمجنون والصغير والنيّة في ذلك من المكلف إذ لا عجز فيها إلّا مع زوال التكليف بالكلية، وأما تطهير الثوب والبدن من النجاسة فليس في حد ذاته من العبادات، ليمتنع التوكيل فيه، وان

ألحق بها من حيث استحباب النيّة، ولهذا يحكم فيه بالطهارة بحصول الغسل كيف اتفق وإن كان لا من قصد ولا نيّة بالكلية.

نعم قد استثنى من العبادات هنا مواضع: منها الصلاة الواجبة كركعتي الطواف حيث تجوز الاستنابة في الحج الواجب مع العذر، ومنها الحج في الصورة المذكورة، ومنها الحج المندوب وركعتا الطواف فيه، والطواف المندوب حيث يناب فيه، وصلاة الزيارة، وأما غيرها من النوافل والصوم المندوب ففي جواز التوكيل فيه إشكال، ومنها أداء الزكاة الواجبة والخمس فإنه يجوز التوكيل فيها بغير إشكال، وكذا الزكوات المستحبة.

(مسألة: ٦٧٤) يشكل التوكيل فيما يلي:

منها الإقرار بأن يقول وكلتك لتقر عني لفلان بكذا وكذا، ومنها التوكيل في إثبات الحدود التي هي حق الله سبحانه، ومنها الجهاد، ومنها وكالة الرجل لزوجته في طلاق نفسها منه، ومنها توكيل الكافر في تزويج المسلمة، ومنها أن يتوكل المسلم للذمي على المسلم، ومنها توكيل الحاضر في الخصومة من غير أن يلزمه الحضور، رضي خصمه بذلك أم لا.

ومنها أيضاً قبض الزكاة والخمس، ففي جواز الفقير والسيد التوكيل في قبض ذلك له ممن عليه ذلك، المنع هو أقرب إلى جادة الاعتدال.

لو تلف المال في يد الوكيل بتفريط أو غير تفريط ففي براءة ذمّته إشكال.

ويتفرع على ذلك لو تصرف الوكيل في المال المدفوع إليه، والمسألة لخلوها من الدليل الواضح باقية في قالب الإشكال.

الثالث: أن يكون ما به التوكيل معلوماً ولو إجمالاً، لا يشترط في متعلق الوكالة وهو ما وكل فيه أن يكون معلوماً من كل وجه، نعم لو اقتضى ذلك الضرر لم تصح الوكالة. نعم إن وجدت مصلحة في تصرفه بنفسه أو وكيله صح التوكيل، وعلى هذا فيمكن القول ببطلان الوكالة في صورة العموم على وجه المذكور، لإدخاله الضرر على نفسه، كما الأقرب بطلان النذر بذلك فيما لو نذر التصدق بأمواله.

في الموكّل

(مسألة: ٦٧٥) يشترط في الموكّل التكليف بالبلوغ والعقل وعدم الحجر عليه بالنسبة إلى ما حجر عليه التصرف فيه، نعم لا ريب في جواز تصرف الصبي المميز بالعتق والوصية والصدقة بالمعروف، أمّا الجنون، ومثله لو طرء الإغماء والحجر عما وكل فيه، فبطلان الوكالة متوقف على استمرارها بحيث لا تحصل له الإفاقة من الجنون ولا من الإغماء ولا دفع الحجر. نعم لو حصلت الوكالة في حال كونه مالكاً للتصرف بحيث يصح وقوع ذلك الفعل منه، فالوكالة صحيحة بل يصح العمل بالوكالة بعد زوال تلك الأُمور على الأظهر.

المراد بمن له حق الولاية هو الأب والجد والوصي والحاكم الشرعي.

(مسألة: ٦٧٦) قد عرفت أن التوكيل في أمر فرع صحة تملك التصرف فيه، ومثله سائر أفراد المحجور عليهم، فإنه يجوز لهم التوكيل، فيما لا يتعلق به الحجر، للمحجور عليه بالفلس أو السفه أو الرق أن يوكلوا فيما لهم الاستقلال حيث شاؤا من التصرفات، فيصح من العبد أن يوكل فيما يملكه

من دون إذن سيده، كالطلاق والخلع، وطلب القصاص، والمفلس له التوكيل في الطلاق والخلع وطلب القصاص، والمعاملة بغير عين المال، والتصرف في نفسه، فإنه يملك ذلك، وأما ماله فلا يملك التصرف فيه، وأما ما لا يستقل أحدهم بالتصرف فيه فيجوز فيه مع إذن الولي والمولى.

(مسألة: ٦٧٧) شرط صحة التوكيل تملك الموكل للتصرف بنفسه ولا ولاية له، فلابدّ من الإذن حينئذٍ، إلّا أن يدل اللفظ بإطلاقه أو عمومه على ذلك، كقوله اصنع ما شئت، ونحوه من الأمثلة، وإن لم يحصل ذلك صريحاً ولا ضمناً، لكن دلت القرائن على ترفع الوكيل عن مثل ذلك الفعل لشرفه وعلو منزلته، وعدم لياقة مباشرة ذلك الفعل به أو عجزه عنه فكذلك أيضاً، لكن يجب علم الموكل بذلك.

فالتوكيل على ثلاثة أقسام

الأوّل: أن يوكل الموكل وكيله في التوكيل، فيجوز أن يوكل.

الثاني: أن ينهاه عن التوكيل، فليس له أن يوكل.

الثالث: أطلق الوكالة، و أقسامه ثلاثة:

الأوّل: أن يكون العمل ممّا لا يرتفع الوكيل عن مثله إلّا أنه عمل كثير منتشر لا يقدر الوكيل على فعل جميعه، فيباشره بنفسه، ولا يمكنه الإتيان بالكل، فيجوز له التوكيل، وله أن يوكل فيما يزيد على قدر الإمكان قطعاً، وفي قدر الإمكان إشكال.

الثاني: ما عدا هذين القسمين، وهو ما أمكنه فعله بنفسه، ولا يرتفع عنه، وقد قلنا أنه لا يجوز له أن يوكل فيه الا بإذن الموكل.

أحدها أن يكون العمل ممّا يرتفع الوكيل عن مثله، كالأعمال الدنيّة في حقّ أشراف الناس المرتفعين عن مثلها في العادة، كما لو وكله في البيع والشراء، والوكيل أمين لا يتبدل بالتصرف في الأسواق، أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه، فله التوكيل فيه.

(مسألة: ٦٧٨) لا يشترط في الوكيل العدالة أي بأن يكون مؤمناً بل لم يشترط فيه غير البلوغ والعقل والإسلام إن كان الغريم مسلماً بل يجوز كونه فاسقاً أو كافراً أو مرتداً، ولا فرق في ذلك بين الوكيل عن المالك، والوكيل عن وكيله.

(مسألة: ٦٧٩) لا يجوز للموكل أن يوكل فيما لا يجوز له مباشرته كما تقدم، ومن فروع ذلك أنه لا يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً في شراء خمر أو خنزير، لأنه لا يجوز شراءه، وإن جاز ذلك للذمي، ومنها أنه لا يجوز للمحرم أن يوكل في عقد النكاح ولا ابتياع الصيد، ولا يجوز له أيضاً أن يتوكل فيما ليس للمحرم فعله كابتياع الصيد وإمساكه وعقد النكاح، فإنه كما يشترط في الموكل أن لا يوكل إلّا فيما يجوز له مباشرته، كذلك يشترط في الوكيل أن لا يكون وكيلاً إلّا فيما يكون قادراً على الإتيان به بنفسه، وحينئذٍ فكما لا يجوز للمحرم أن يوكل في العقد فكذلك لا يجوز له أن يتوكل فيه، وإذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا إشكال في تحريم إيقاع العقد فيهما في حال الإحرام وكذا التوكيل فيه.

(مسألة: ٦٨٠) يستحب أن يكون الوكيل تام البصيرة فيما وكل فيه عارفاً باللغة التي يحاور بها، قالوا: ويكره لذوي المروات بأن يتولوا المنازعة

بأنفسهم، والمراد بأهل المروات يعني أهل الشرف والخطر والمناصب الجليلة الذين لا يليق بهم الامتهان، نعم ما ذكر من اعتبار العرف الذي عليه الناس الآن ممّا لا شك فيه.

شرائط الوكيل

(مسألة: ٦٨١) كلّما يشترط في الموكل من البلوغ والعقل ونحوهما، وضابطه ما تقدم من التمكن من التصرف يشترط في الوكيل أيضاً، وكلما له أن يليه بنفسه وتصح النيابة فيه صح أن يكون فيه وكيلاً.

(مسألة: ٦٨٢) يجوز للمرأة أن تتولى طلاق غيرها بلاإشكال، ولا فرق بين نيابة الذكر والأنثى، أما نيابتها في طلاق نفسها فقد تقدم حكمه، كما يجوز وكالتها في عقد النكاح، وأمّا جواز توكيلها في رجعة نفسها، وتوكيل امرأة أُخرى، فلا يخلو من توقف.

(مسألة: ٦٨٣) مدار الوكالة بالنسبة إلى الإسلام والكفر على ثمان صور، فإنه باعتبار أن الموكل امّا مسلم، أو كافر، وعلى التقديرين فالوكيل امّا مسلم، أو كافر، وعلى التقادير الأربعة فالموكل عليه امّا مسلم، أو كافر، فهذه ثمان صور المسألة، ودعوى الإجماع على البطلان في صورتين منها، وهو كون الكافر وكيلاً على المسلم، سواء كان الموكل مسلماً أو كافراً، وقد عرفت ممّا قدمنا نقله في جواز أن يكون الوكيل فاسقاً أو كافراً أو مرتداً.

المدار في الوكيل وصحة كونه وكيلاً إنّما هو على أهلية التصرف، وهو الضابط في صحة الوكالة.

ويستثنى من ذلك وكيل ولي اليتيم، ووكيل ولي الوقف الذين قد علم

من الشارع أن ولاية موكليهما على ذينك الأمرين إنّما هو لأجل المحافظة على ذلك، ومراعاة المصلحة، فلابدّ من أن يكون عدلاً، إذ لا وثوق بغيره، بخلاف مال الإنسان نفسه، فإنه مخير في دفعه إلى من شاء كيف شاء.

(مسألة: ٦٨٤) يجب على الوكيل اعتماد ما عين الموكل وقرره معه، ولا يجوز له المخالفة في شيء ممّا رسمه له، فيصح تصرف الوكيل فيما وافق الموكل، ويبطل فيما يخالفه مع صحة الوكالة، والموافقة والمخالفة قد يعرفان بالنظر إلى اللفظ تارة، وبالقرائن التي تنضم إليه أُخرى، وأن القرينة قد تقوى فينزل عليها إطلاق اللفظ، ولكن لابدّ من اطرادها بما دلت عليه، فإنه يكون حينئذٍ في حكم المعين، والمرسوم من جهة الموكل.

(مسألة: ٦٨٥) لو أذن له في البيع نسية فباع نقداً أو عين له ثمناً فباع بأزيد منه، فإنه داخل في المأذون فيه بطريق أولى، إلّا أنه يجب تقييده بما إذا لم يعلم له غرض في التعيين بذلك وإلّا لم يجز التعدي عما رسمه، ولو صرح له بالمنع فأولى بعدم الجواز.

(مسألة: ٦٨٦) يجوز للوكيل البيع في أي بلدةٍ أُخرى ما لم يعلم غرضه في التعيين كما لو قال له بع بهذا الثمن إن شئت. نعم لو تعين غرضه وتعدى ضمن مطلقاً، وفي صحة البيع أيضاً إشكال.

(مسألة: ٦٨٧) أن كل موضع يبطل الشراء للموكل إما للمخالفة كما أشير إليه في سابق هذه المسألة، أو لإنكار الموكل التوكيل، فان كان سمى الموكل في العقد لم يقع العقد عن الموكل لعدم الوكالة، أو للمخالفة، ولا عن الوكيل وإن لم يكن سماه وقع عن الوكيل بحسب الظاهر، وأما في نفس الأمر فإن

كان قصده ونواه لنفسه فهو له، وإن نواه للموكل لم يقع له أيضاً لمّا تقدم، والمخرج عن ذلك إما بالمصالحة، أو بأن يقول الموكل إن كان لي فقد بعته من الوكيل.

وإن أردت زيادة توضيح لهذا المقال فاعلم أن ذلك يقع في موضعين:

أحدهما: أن يكون بطلان الشراء مستنداً إلى المخالفة لأمر الموكل، ولا ريب أنه مع تسمية الموكل في العقد، والحال أنه قد خالفه فيما وكله فيه فإنه لا يقع عنه وإن سماه بل يكون فضولياً فيبطل، وأما مع عدم ذكر الموكل في العقد فإنه يقع بحسب الظاهر عن الوكيل، ويلحقه جميع الأحكام المترتبة على البيع بناء على ذلك الظاهر، ولكن يجب تقييد الحكم بكون الشراء للوكيل كما ذكرنا بأن لا يكون قد شرى بعين مال الموكل، وإلّا فإنه يقع فضولياً عن الموكل.

وكذا يجب الحكم بالبطلان في هذه الصورة إذا علم البائع أن الثمن ملك الموكل، أو قامت به البيّنة، ويجب على البائع رد الثمن حينئذٍ، وإن لم يعلم البائع بذلك، ولا بيّنة ثبت البيع ظاهراً كما تقدم، ووجب على الوكيل دفع عوض ذلك الثمن للموكل، وللموكل إحلاف البائع لو ادعى عليه العلم بأن الثمن له وإلّا فلا.

وثانيهما: أن يكون بطلان الشراء لإنكار الموكل التوكيل، ولا يخلو إما أن يكون الاشتراء بعين مال الموكل بناءً على دعواه الوكالة، أو في الذمّة، وعلى الأوّل يكون الشراء فضولياً، سواء ذكر الموكل لفظاً أو قصده نيّة أو لا فيهما أو كان للموكل بيّنة بأن العين له أو كان البائع عالماً بذلك، فلا يخلو إما

أن يكون الوكيل صادقاً في دعوى الوكالة، فإنه يكون العقد صحيحاً بحسب الواقع، فاسداً بحسب الظاهر، وإن كان الوكيل كاذباً بحسب الواقع بطل الشراء بالعين في الواقع والظاهر.

وعلى الثاني وهو الشراء في الذمّة فإن ذكر الموكل لفظاً أو نيّة وقع الشراء له باطناً إن كان صادقاً في دعوى الوكالة، وبطل بحسب الظاهر من حيث إنكار الموكل الوكالة، وإن لم يذكره بالكلية لا لفظاً ولا نيّة فالشراء للوكيل ظاهراً وباطناً، وإن كان الوكيل مبطلاً في دعوى الوكالة وذكر الموكل بطل البيع مطلقاً.

(مسألة: ٦٨٨) إذا وكّل اثنين وصرح بالانفراد فإن كل واحد منهما وكيل على حده، وإذا صرح بالاجتماع لم يكن لأحدهما الانفراد، والمراد باجتماعهما صدور الأمر الموكل فيه عن رأيهما واتفاقهما على ذلك، فإن كان عقداً فينبغي أن يأذن أحدهما للآخر في إيقاع العقد أو يتفقا على ثالث، فيوقع الصيغة، وأما مع الإطلاق فإن وجدت قرينة تدل على الافراد أو الاجتماع وجب العمل بمقتضاها، وإلّا فإن الظاهر هو الحكم بالاجتماع، ولو مات أحدهما بطلت الوكالة من أصلها، كما إذا ماتا معاً، وليس للحاكم ضم آخر إليه، وتنفيذ الوكالة إن كان الموكل غائباً، بخلاف الوصاية، فإنه متى مات أحد الوصيين المجتمعين فإن للحاكم نصب آخر يشاركه في تنفيذ الوصايا، وممّا ذكرنا يعلم بطريق أولى أنه لو غاب أحد الوكيلين المشروطاجتماعهما فليس للحاكم نصب أخر عوضه.

نعم احتمال جواز ضم الحاكم في صورة الموت والغيبة قائم، سيّما في

مقام تطرق الضرر على الموكل ببطلان الوكالة، وبقاء أموره وما وكل فيه في معرض التلف، وتطرق الضرر.

أثبات الوكالة

(مسألة: ٦٨٩) كما أن الوكالة تثبت بالبيّنة وهما الشاهدان عدلان كذلك تثبت بدعوى الوكيل أنه وكيل عن فلان، وهو نوع أقرار على نفسه وكذا بموافقة الغريم له ما لم تحصل منازعة في الوكالة، بأن ينكرها الموكل، وإلّا فإن الظاهر أنه لو ادعاها ولا منازع له فإنه يصح تصرفه والشراء منه، وهي أحد أفراد القاعدة الكلية، وهي من ادعى ولا منازع له فإنه يسمع دعواه، أمّا الاستفاضة فلا تثبت بذلك.

(مسألة: ٦٩٠) إذا اختلفا في تاريخ ما شهدا به لم تثبت الوكالة، وكذا لو اختلفا في اللغة العربية والفارسية، وكذا في العبارة بأن يقول: أحدهما بلفظ وكلتك، ويقول الآخر: بلفظ استنبتك، بل لابدّ من اتفاقهما في كل من هذه الأُمور المذكورة، أما لو كانت الشهادة على الإقرار بها فإنها لا يضر ذلك.

لو ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله، وكان لذلك الغائب مال عند أحد فإن كان ثمة بينة على الوكالة وجب تسليم ذلك إليه، وإن لم تكن بيّنة فلا يخلو امّا أن ينكر الغريم الوكالة، أو يصدقه، وعلى الثاني فامّا أن يكون الحقّ عيناً أو ديناً فهنا صور أربع:

الأولى: أن يقيم الوكيل البيّنة على دعوى الوكالة، وقد عرفت أنه لا إشكال في وجوب الدفع إليه، في هذه الصورة ديناً كان أو عيناً.

الثانية: أن ينكر الغريم الوكالة ولا بيّنة، فإنه لا يكلف بالدفع إليه لعدم

البيّنة وعدم تصديقه وعليه اليمين، فلو دفع بناءً على الظاهر مع كونه غير مكلف بالدفع ثمّ حضر الموكّل وأنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف على نفي الوكالة رجع على الدافع ويرجع الدافع على مدعى الوكالة، فإذا تبين خلافه وقد غرم للمالك رجع بذلك عليه بلاإشكال.

الثالثة: أن يصدق الغريم مدعى الوكالة، والحق الموكّل فيه عين في يده، والحكم أنه لا يؤمر بالتسليم إليه لجواز كذبهما معاً، وهذا الإقرار لا يسمع، لكن لو دفع والحال هذه جاز بناء على علمه بصحة الوكالة وتصديقه له فيها، فإذا حضر وصدق الوكيل برئت ذمّة الدافع، وان كذبه فالقول قوله مع يمينه، فإن كانت العين موجودة أخذها، وله مطالبة من شاء منهما بالرد، وان تعذر ردها لتلف أو غيره، تخير في الرجوع على من شاء منهما، فان رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقاً، وان رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل ان تلفت في يديه بغير تفريط، وإلّا رجع عليه ومنه يظهر أنه لا رجوع للغارم منهما على الآخر لو تلفت بغير تفريط منهما.

الرابعة: الصورة بحالها ويكون الحق ديناً، وهل الحكم هنا كما تقدم في تقدم في سابق هذه الصورة أو أنه يجب الدفع إليه؟ وجهان.

ثمّ إنه لو حضر المالك وأنكر الوكالة فالقول قوله بيمينه، ويطالب الغريم وإن كان ما دفعه الغريم إلى الوكيل موجوداً بعينه. نعم للغريم الرجوع على الوكيل بما دفعه مع بقاء العين أو تلفها بتفريط لا بدونه.

(مسألة: ٦٩١) أن الوكيل أمين لا يضمن، فان تلف ما قبضه من الديون والأثمان أو الأعيان من الموكل أو غرمائه فلا ضمان عليه، سواء كان وكيلاً

بجعل أو بغير جعل، نعم قد استثنى بعض المواضع في مسألة الإعارة.

(مسألة: ٦٩٢) يجب على الوكيل تسليم ما في يده إلى الموكل مع المطالبة وعدم العذر، بل يجب على كل من في يده مال لغيره، أو في ذمّته ذلك، فلو امتنع والحال كذلك ضمن، إلّا أن له الامتناع حتّى يشهد صاحب الحقّ له بالقبض، ويعذر بما عد عذراً فيهما، وإن كان مقدوراً كإكمال الصلاة عند الطلب في أثنائها، وإن كانت نفلاً، والتشاغل بها عند ضيق الوقت وإن كان الطلب قبل الشروع فيها عذر شرعي، والفراغ من الحمام وأكل الطعام ونحو ذلك من الأعذار العرفية.

(مسألة: ٦٩٣) قد عرفت أنه إذا امتنع من الرد بعد المطالبة من غير عذر كان ضامناً، لكن لو ادعى تلف المال قبل الامتناع أو ادعى الرد قبل المطالبة فهل تسمع دعواه وبيّنته بذلك؟ أم لا، تفصيل ذلك أن الامتناع من الرد إن كان مجرد تقصير وماطل، فالظاهر أن هذا لا يمنع من قبول قوله وسماع بيّنته بدعوى التلف قبل الامتناع، أو الرد قبل المطالبة، وإن كان الامتناع بالجحود فلا يخلو امّا أن يرجع إلى نفي الحقّ عن نفسه، بأن يقول: لا حقّ لك عندي أو لا يلزمني دفع شيء إليك، أو يرجع إلى إنكار قبضه وتسلمه منه بالكلية، بأن يقول: ما قبضت منك شيئاً وعلى الأوّل منهما، فالحكم كما تقدم.

هذا كله فيما لو كانت الدعوى بالتلف أو الرد قبل الجحود، أما لو كانت بعده بأن قال: إني قبضت بعد ذلك الزمان الذي جحدت فيه، ورددته إليك أو تلف، فإنه لا يصدق ولا يقبل قوله بمجرده، وإنّما تسمع بيّنته، ويكون بجحوده متعدياً ضامناً، فإذا أقام البيّنة على الرد الذي ادعاه ثبت الحكم، وسقطت المطالبة.

أمّا دعوى تلف العين فإنه وان برئت ذمّته من رد العين بالبيّنة أو اليمين إلّا أنه يلزمه المثل أو القيمة من حيث الضمان المترتب على الخيانة.

(مسألة: ٦٩٤) لو دفع إلى وكيله عيناً وأمره بايداعها عند زيد فأودعها، وأنكر زيد فالقول قوله مع اليمين، فإذا حلف بريء، وأما الوكيل فالظاهر أنه كذلك، فلا يعتبر الاشهاد في قضاء الدين، ولا في الايداع. والمسألة كغيرها لا يخلو من الإشكال.

(مسألة: ٦٩٥) لو تعدى الوكيل في مال الموكل ضمنه، كلبس الثوب، وركوب الدابة الموكل ببيعهما، ولكن لا تبطل وكالته بذلك، ولو باع ما تعدى فيه وسلمه إلى المشتري بريء من ضمانه، وذلك بخلاف الوديعة حيث إنها أمانة محضة، فبالتعدي تزول وتبقى مضمونة.

(مسألة: ٦٩٦) إذا باع ما فرط فيه وقبض الثمن كان الثمن أمانة في يده، غير مضمون عليه، وإن كان أصله مضموناً، ولو تعدى في هذا الثمن بعد قبضه أو دفع إليه نقداً يشترى به شيئاً فتعدي فيه صار ضامناً له، فإذا اشترى به وسلمه إلى البائع زال الضمان.

(مسألة: ٦٩٧) إذا أذن الموكل للوكيل في بيع ماله من نفسه أو الشراء له من نفسه جاز، ويمنع في صورة خوف التهمة والخيانة، وينبغي تفريق في ذلك بين البيع والنكاح، بالمنع مطلقاً في النكاح، هذا كله مع الاذن أما مع الإطلاق فالأظهر هو القول بالمنع، نعم لو فهم منه الإذن جاز وإلّا فلا نزاع مع عدم فهمه، لأن المتبادر من قوله بع هذا الشيء هو البيع على الغير عرفاً وعادة.

تلخيص ما ذكرناه أنه مع الإذن فالصحة في البيع أو الشراء، ومع الإطلاق فالمنع إلّا مع أمن التهمة.

التنازع في الوكالة ولواحقها

وفيه صور:

الأوّلى: الاختلاف في أصل الوكالة، فيحلف المنكر لها إن لم يكن بيّنة، لأن القول قوله بيمينه، أما إنكار الوكيل فإنه بحسب الظاهر لا معنى له، إلّا أنه يمكن فرض ذلك فيما لو كان التوكيل في شيء مشروطاً في عقد لازم، وشرط إيقاعه في وقت معين، كيوم الجمعة مثلاً، ثمّ حصل الاختلاف في الوكالة بعد انقضاء ذلك الوقت، فادعى الموكل الوكالة ليتم له العقد، وأنكرها الوكيل ليتزلزل العقد، ويتسلط على الفسخ، وكما أن القول قول الموكل لو أنكر الوكالة كذلك، لو اتفقا على أصل الوكالة، واختلفا في بعض الكيفيات أو المقادير، كما إذا قال الوكيل: وكلتني في بيعه كله أو بيعه نسيئة أو شرائه بعشرين، وقال الموكل: بل ببيع بعضه أو بيعه نقداً أو شرائه بعشرة فالقول قول الموكل.

الثانية: الاختلاف في التلف والقول قول الوكيل بيمينه في دعوى التلف بالنسبة إلى العين الموكل في بيعها، وثمنها لو كان وكيلاً في قبضه، أعم من أن يكون التلف بسبب ظاهر أو خفي.

الثالثة: الاختلاف في الرد، والأظهر قبول قول الأمين وكيلاً كان أو غيره بجعل كان أو بغير جعل، يقبل قوله فيما ادعاه من تلف أو رد أو غيرهما.

الرابعة: ما إذا ادعى الوكيل التصرف فيما وكل فيه، مثل قوله: بعت ما

وكلتني في بيعه أو قبضت ما وكلتني في قبضه، وأنكر الموكل ذلك، والأقرب الرجوع إلى ما قدمناه ومقتضاه أن القول قول الوكيل، وقضيته ذلك قبول قوله في التصرف وغيره.

الخامسة: الاختلاف في قدر الثمن المشترى به، ومقتضى ما ذكرناه، أن القول قول الوكيل.

السادسة: دعوى الوكيل أنه قبض الثمن وتلف في يده، فأنكر الموكل القبض، فإن كان الدعوى بعد تسليم المبيع للمشتري فالقول قول الوكيل بيمينه مع عدم البيّنة.

(مسألة: ٦٩٨) يقبل قول الوصي في الإنفاق، وكذلك في تسليم المال إلى الموصى له، لكونه أمين والأمين إنّما توجه للذي دفع إليه المال بمعنى أنك ائتمنته، ووثقت بديانته وأمانته، فلا تتهمه بعد ذلك، بل صدقه فيما يدعيه ويقوله، وأما الوصي والأب والجد والحاكم وإن كانوا أمناء، إلّا أنهم لا يدخلون في ذلك عنوان وأنّما تجرى عليهم قاعدة «أن البيّنة على المدعى واليمين على المنكر» وهي تقتضي تقديم قول الموصى له واليتيم.

(مسألة: ٦٩٩) لو اشترى إنسان سلعة وادعي أنه وكيل في ذلك الشراء الآخر، فأنكر ذلك الآخر، فان القول قوله بيمينه، فإذا حلف اندفع عنه الشراء، وحكم به للمشتري، وحكم عليه بالثمن، سواء اشترى بعين أم في الذمّة، ولكن يجب تقييده بعدم اعتراف البائع بكونه وكيلاً أو كون العين التي اشترى بها ملكاً للمنكر، أو قيام البيّنة بذلك، وإلّا يبطل البيع.

(مسألة: ٧٠٠) لو وكله على أن يزوجه امرأة، فعقد له على امرأة ثمّ أنكر

الموكل الوكالة بذلك، فالقول قول الموكل بيمينه، ويلزم الوكيل مهرها، ويجوز للمرأة أن تتزوج بعد ذلك، غير أنه لا يحل للموكل فيما بينه وبين الله تعالى إلّا أن يطلقها.

أعلم أن المرأة إنما يجوز لها التزويج مع حلفه إذا لم تصدق الوكيل عليها، وإلّا لم يجز لها التزويج قبل الطلاق، لأنها باعترافها زوجة، بخلاف ما إذا لم تكن عالمة بالحال، فلو امتنع من الطلاق لم يجبر عليه.

(مسألة: ٧٠١) لو ادعى الوكيل الإذن في البيع بثمن معين فأنكر المالك الإذن في ذلك القدر، فالقول قول الموكل بيمينه، وحينئذٍ فإذا حلف الموكل بطل البيع، ووجب أن يستعاد العين إن كانت باقية، ومثلها أو قيمتها إن تلفت. نعم لا يبعد لزوم الدلال إتمام ما حلف عليه المالك، فيما لو تعذر استعادة العين عن المشترى والقيمة، على أن تكون القيمة مساوية لما ادعاه المالك، وحيث علم بطلان البيع بحلف الموكل على عدم ما ادعاه الوكيل، فلا يخلو إما أن تكون العين باقية أو تالفة، وعلى كل منهما فإما أن يصدق المشترى الوكيل في الوكالة وصحة البيع أم لا، وعلى فرض التلف فإما أن يرجع الموكل على المشتري أو على الوكيل، فهذه خمس صور:

الأولى: أن تكون العين باقية، ولم يصدق المشتري الوكيل، فان الموكل يسترجع العين من كل من كانت في يده، ويرجع المشتري على الوكيل بالثمن الذي دفعه إليه ان دفع إليه ذلك.

الثانية: الصورة بحالها ولكن صدق المشتري الوكيل، والحكم بالنسبة إلى استرجاع العين كما تقدم.

الثالثة: تلف العين مع التصديق، والحكم أنه للموكل الرجوع بالقيمة مع التصديق على أيهما شاء، إلّا أنه متى رجع الموكل على المشترى بالقيمة مع تصديقه لم يرجع المشتري على الوكيل، هذا مع عدم قبض الوكيل الثمن من المشتري أمّا لو قبضه منه، والحال أنه لا يستحقه، والموكل لا يدعيه، فإنه يرجع به المشتري عليه، لكن إذا كان المدفوع بقدر القيمة أو أقل، فالرجوع به ظاهر، وإلّا رجع بمقدار ما غرمه للمالك من قيمة العين، فلو كان المدفوع أزيد كان الزائد في يد الوكيل مجهول المالك.

الرابعة: الصورة بحالها مع عدم التصديق، قالوا: يرجع على الوكيل بما غرمه أجمع لغروره، ولو كان الثمن الذي دفعه إلى الوكيل أزيد ممّا غرمه رجع به عليه لفساد البيع ظاهراً عنده.

الخامسة: رجوع الموكل على الوكيل مع التلف، فإنه في هذه الصورة يرجع الوكيل على المشتري بالأقل من ثمنه وما اغترمه، لكن يبقى الزائد مجهول المالك ظاهراً، مثلاً ثمنه الذي باع به ثمانون درهماً، والذي اغترمه للمالك مائة درهم، فإنه إنّما يرجع بالثمانين، خاصة للعلة المذكورة أو أن الثمن مائة درهم، والذي اغترمه ثمانون درهماً، فإنه إنّما يرجع بما اغترمه.

بقي الكلام في هذه العشرين الزائدة، فإنها مجهولة المالك، وينتزعه الحاكم الشرعي، ويتوصل إلى تحصيل مالكه، ولو قيل: بالتصدق بهذا الزائد المجهول في جميع هذه الصور عن صاحبه، كما في المال المجهول الصاحب، كان له وجه.

(مسألة: ٧٠٢) تقبل شهادة الوكيل على موكله، وكذا فيما لا ولاية له عليه

مطلقاً، وأما فيما له ولاية ووكالة فيه، فتقبل ان عدل.

لو وكله في قبض دين من غريم له، فأقر الوكيل بالقبض، وصدقه الغريم، وأنكر الموكل فالقول قول الوكيل، وكذا يقبل قوله لو أمره ببيع سلعة وتسليمها وقبض ثمنها فتلف الثمن من غير تفريط فأقر الوكيل بالقبض وصدقه المشتري وأنكر الموكل فالقول قول الوكيل.

أمّا لو كانت الدعوى قبل تسليم العين بل هي باقية في يد الوكيل فالقول أيضاً الوكيل على الاصح. نعم يشكل الأمر لو كان الاختلاف قبل تسليم المبيع. ولو ظهرت في العين عيب رجع المشتري على كل من الوكيل والموكل، وفي صورة ظهور العين مستحقة للغير فالظاهر أنه يرجع على الوكيل خاصة.

كتاب الوقوف وصدقات

كتاب الوقوف والصدقات
وتوابعها من الحبس والسكنى والهبات

الأوّل في الوقف

ورد الترغيب فيه في جملة من الأخبار فعن أبى عبدالله عليه السلام قال: «ستة تلحق المؤمن بعد وفاته ولد يستغفر له، ومصحف يخلفه، وغرس يغرسه، وقليب يحفره، وصدقة يجريها، وسنّة يؤخذ بها من بعده». والمراد بالصدقة الجارية في هذا خبر هي الوقف.

لكنه قسمة الصدقة التي هي إحدى الثلاث إلى قسمين، صدقة أجراها في حياته، فهي تجري بعد موته، وهي الوقف، وصدقة مبتولة لا تورث، ولعله مثل بناء المساجد والرباطات وحفر الآبار، وبناء القناطر ونحو ذلك، ولعل المراد بكونها مبتولة كونها مراداً بها وجه الله عزّ وجلّ والتقرب إليه.

والبحث في هذا المقصد يقع في مطالب

المطلب الأوّل ـ في العقد وما يلحق به تعريف الوقف، قالوا: الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، والأظهر اطلاق المنفعة عوض لفظ التسبيل. والبحث فيه

(مسألة: ١) يفتقر صحة الوقف على اللفظ الصريح كوقفت أو حبست أو تصدقت أو سبلت، والأحوط ضم القرائن الدالة على الوقف المدعى، سواء وقع التعبير بلفظ الوقف أو الصدقة، والاقتصار على هذين اللفظين من حيث ورود النصوص بهما.

(مسألة: ٢) الأظهر الأشهر عدم أشتراط القبول من الموقوف عليه ولا رضا منه في الوقف مطلقاً، سواء كان الوقف على جهه خاصة أم عامة.

(مسألة: ٣) شروط الوقف أربعة: الدوام والتنجيز والإقباض وإخراجه عن نفسه، أما الأوّل فأنه كذلك، فلو قرنه بمدة معينة كان حبساً وليس وقفاً، وإن لم يذكر له وقت، أو كان وقتاً مجهولاً كأن يقول: إلى وقت ما، فإنه يكون باطلاً.

لو وقف على من ينقرض غالباً ولم يذكر المصرف بعده كأن وقف على أولاده واقتصر على بطن أو بطون، فهل يصح وقفاً أو حبساً أو يبطل؟

الأقرب هو القول بالتحبيس لما عرفت من ثبوت شرطية الدوام في الوقف، فلا يمكن الحكم بكونه وقفاً، بمعنى أنه ان ذكره الوقف مؤبداً فهو وقف مؤبد، وان ذكره منقطع الآخر فهو وقف ما دام الموقوف عليه موجوداً.

(مسألة: ٤) الوقف المنقطع الآخر والأشهر فيه الصحة، وكونه حبساً، ثمّ إنه لو لم ينقرض الموقوف عليه بل استمر كما لو وقف على أولاده، ثمّ أولاد أولاده، وهكذا واستمر الانتساب، فالظاهر صحة الوقف أما لو انقرضوا فالأحوط أنه يرجع للواقف أو الوارث بعد انقراضه وان سمى وقفاً.

(مسألة: ٥) من جملة شروط الوقف التنجيز، بمعنى أن لا يكون معلقاً

بوصف لابدّ من وقوعه كطلوع الشمس، ومجيء رأس الشهر، وهو تعليق على الصفة، وأن لا يكون معلقاً على ما يحتمل الوقوع وعدمه، كمجيء زيد مثلاً، ويسمى بالمعلق على شرط، أما لو كان الشرط واقعاً والواقف عالم به كقوله وقفت إن كان اليوم الجمعة مع علمه بذلك، فلو وقع الوقف على هذه الكيفية، فيمكن القول بعدم الصحة.

(مسألة: ٦) يشترط القبض في صحة الوقف وتمامه بحيث إنه بعده لا رجوع في الوقف، وأما قبله فله الرجوع ولو مات قبله رجع ميراثاً، بمعنى أن الانتقال عن المالك مشروط بالعقد والقبض فيكون العقد جزء السبب الناقل، وتمامه القبض، وعلى هذا فالعقد في نفسه صحيح، إلّا أنه غير ناقل إلّا بالقبض، ولهذا جاز فسخه قبل القبض، وبطل بالموت قبله، ومن ذلك يعلم أن النماء المتخلل بين العقد والقبض للواقف، ثمّ إنه يجب أن يعلم أن القبض المعتبر هنا هو القبض المتقدم تحقيقه في كتاب البيع.

(مسألة: ٧) لا إشكال في أن قبض الولي لمن هو ولي عليه كقبضه وإن كان الواقف الولي، كما لو وقف على أولاده الأصاغر، فإن قبضه قبل الوقف كاف في قبضه لهم بعده، ولا يجب تجديد النيّة والقصد في كونه قبضاً عن المولى عليه، والظاهر أن ما كان في يد الولي بطريق الوديعة أو العارية، ووقفه صاحبه على المولى عليه، فان قبضه بإحدى الطريقتين المذكورتين كاف، كما لو كان هو الواقف.

لا فرق في الاكتفاء بقبض الولي بين كون الولي أباً أو جداً أو وصيهما أو حاكماً شرعياً، كما أنه لو قبضه الموقوف عليه وإن لم يكن بإذن الواقف

صدق حصول القبض الذي هو الناقل، واشتراط الأذن يحتاج إلى دليل. نعم تخصيص القبض المذكور فيها بما إذا اقترن بالإقباض من الواقف، فلابدّ من تسليم الواقف، ودفعه ليحصل القبض المعتبر شرعاً، والاحتياط يقتضي كون القبض بإذن الواقف، فلو وقع بدونه لغى.

(مسألة: ٨) هل يكتفى بالقبض السابق وإن كان على غير وجه شرعي كالمقبوض بالغصب، والشراء الفاسد إشكال، إلّا أن المختار لدينا هو الصحة.

(مسألة: ٩) لا يشترط في القبض الفورية بعد العقد، وينبغي أن يعلم أن القبض المعتبر شرعاً في الوقف إنما هو بالنسبة إلى البطن الأوّل بغير خلاف يعرف، فيسقط اعتبار ذلك في بقية البطون، ولزم بالقبض أولا.

(مسألة: ١٠) لو كان الوقف على الفقراء أو الفقهاء فلابدّ من نصب قيم للقبض، لما عرفت من أن القبض معتبر شرعاً في صحة الوقف، والموقوف على هؤلاء المذكورين في الحقيقة إنّما هو وقف على الجهة، لا وقف على الأشخاص، فلا يكفي قبض بعضهم، لأنه ليس هو الموقوف عليه، وإنّما الوقف على جهة من جهات مصلحته، فلابدّ من نصب قيم للقبض من الواقف أو الحاكم، أو قبض الحاكم بنفسه، نعم لو كان الواقف ليس حاكماً شرعياً فان الواجب نصب القيم من جهته، أو جهة الحاكم أو الحاكم بنفسه كما ذكرناه.

(مسألة: ١١) لو كان على مصلحة محضة، كالمساجد والقناطر ونحوها، فان القبض في ذلك إلى الناظر المعين لتلك المصلحة من الواقف

أو الحاكم، والحكم في هذا المقام لا يخلو من شوب التردد والإشكال، كما لو كان الوقف على موجود مخصوص، ولا يشترط القبول هنا.

وهل تتحقق القبض في وقف المسجد والمقبرة بصلاة واحد فيه ودفن واحد فيها، وهل يعتبر وقوع ذلك بأذن الواقف، وهل يعتبر قيده ثالث بأن يوقع الصلاة والدفن بنيّة القبض أيضاً فلو أوقعا ذلك لا بنيّته كما لو وقع قبل العلم بالوقف أو بعده قبل الإذن في الصلاة أو بعده، لا بقصد القبض، إما لذهوله عنه أو لغير ذلك لم يلزم، ومثله الدفن، كل ذلك غير معتبر عندنا.

(مسألة: ١٢) قد عرفت أنه بعد القبض ليس للواقف فيه رجوع بوجه، هل يشترط في صحة الوقف القربة إلى الله تعالى به، فلو خلا منها لم يكن وقفاً صحيحاً أم لا؟ فعلى الأوّل لو تجدد من الموقوف عليه بعد الوقف ما ينافي التقرب إلى الله تعالى بصلته كاتصافه بالكفر بطل الوقف، كما أنه يبطل ابتداء لو كان كافراً، فإنه لا يجوز الوقف عليه، إلّا أن يكون الكافر أحد الأبوين على ما سيأتي تفصيله ـ إن شاء الله تعالى ـ في تلك المسألة.

(مسألة: ١٣) قد عرفت أن من شرائط الوقف إخراجه عن نفسه، ويبطل لو وقف على نفسه، سواء اقتصر على ذلك أو جعله بعد نفسه لغيره، وهل يبطل لو جعله لغيره بعد ذكر نفسه، وهو الوقف المنقطع الأوّل؟ الظاهر البطلان. نعم لو وقف على نفسه وغيره بأن وقع العطف بالواو، فالأقرب صحة الوقف على الغير بأن يكون في النصف، ويبطل في النصف الآخر، وإن كانت المسألة لا تخلو من أشكال.

(مسألة: ١٤) لو وقف على غيره وشرط قضاء ديونه أو أداء مؤنته بطل

الوقف، ثمّ إنه لا فرق في البطلان بما يشترط بين أن لا يكون قليلاً أو كثيراً، والظاهر أن منع الاشتراط المذكور إنّما هو بالنسبة إلى نفسه، وإلّا فلو اشترط لغيره من أقاربه أو غيرهم صح الوقف والشرط.

(مسألة: ١٥) يجوز للواقف ـ على الأقرب ـ الانتفاع من الوقف إذا كان موقفاً على جهة عامة ليست ناظرة للافراد لا بالصفات الخاصة كالعلماء ولا العامة كالفقراء بل كالمساجد والمدارس والقناطر العامة، والمسألة لعدم النص لا تخلو من أشكال.

(مسألة: ١٦) إذا شرط الواقف في عقد الوقف عوده إليه عند الحاجة، بطل الوقف باشتراط الرجوع بأحد الوجوه المذكورة من الأكل من الوقف، أو شرط قضاء ديونه، أو الرجوع عند الحاجة، لاشتراك الجميع في العلة المقتضية للمنع، وهو الخروج عن مقتضى الوقف.

(مسألة: ١٧) ذكرت جملة من الشروط زيادة على ما تقدم:

منها: شرط إدخال من يريد مع الموقوف عليهم، والأظهر الجواز، سواء كان الوقف على أولاده أو غيرهم، بل يجوز الادخال من غير شرط، وكيف كان فالمسألة لا تخلو من شوب الاشكال.

ومنها: شرط إخراج من يريد، والأجود البطلان، فلا يجوز للواقف الرجوع إليه بوجه، خصوصاً مع اقترانه بالقربة.

ومنها: شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد، والظاهر بطلان الوقف وأما الوقف على أولاده سنة فليس كذلك، فلا ينافيه التعقيب بالوقف على المساكين، وأما الوقف على الفقراء فهو وقف على الجهة

كالوقف على المساجد، والوقف هنا ينتقل إلى الله تعالى، ويشترك فيه كل من اتصف بذلك العنوان حتّى الواقف نفسه، فلا يحصل هنا نقل عن الموقوف عليه، إنما يصير مراعى ببقاء الصفة المذكورة من الفقر ونحوه، فإذا زالت كان في حكم موت الموقوف عليه.

ومنها: الوقف على أولاده الأصاغر، فإنه يجوز أن يشرك معهم غيرهم بالشرط في العقد، وهل يجوز ذلك مع عدم الشرط أم لا؟ الأقوى الجواز فإذا وقف على ولده الموجودين وكانوا صغاراً ثمّ رزق بعد ذلك أولاد جاز أن يدخلهم معهم فيه، ولا يجوز أن ينقله عنهم بالكلية إليهم، نعم لو اقبضهم الوقف وجعل لهم الولاية في التصرف فليس له الادخال إلّا مع الشرط في أصل العقد، والمسألة غير خالية من الاشكال، وإن كان القول بعدم الجواز مع عدم الشرط أوفق بالقواعد الشرعية.

شرائط الموقوف

(مسألة: ١٨) يشترط في الموقف عليه ثلاثة شروط: أن تكون العين مملوكة، وأن يصح الانتفاع بها مع بقائها، وأن يصح إقباضها، والكلام هنا في مواضع:

الأوّل: أن يكون عيناً، والمراد بالعين ما لم يكن ديناً ولا منفعة ولا مبهماً، لأن العين تطلق في مقابلة كل من هذه الثلاثة.

الثاني: أن تكون مملوكة وهو أمّا بمعنى صحة تملكها بالنظر إلى الواقف فما لا يصح تملكه لا يصح وقفه، فلا يصح وقف الحر ولو رضى

بذلك، ولا يصح وقف الخمر والخنزير من المسلم على مسلم أو كافر، ويصح من الكافر على مثله، ويصح وقف الكلب المملوك، وهو بيع كلب الصيد خاصة، فلا يجوز وقف شيء من الكلاب إلّا كلب الصيد لأنها غير مملوكة، والمعتبر في صحّة الوقف كونها ملكاً للواقف بالفعل فلو لم يكن كذلك لم يصح وقفه، وعلى هذا لا يصح الوقف فضولاً وان أجاز المالك.

الثالث: أن يصح الانتفاع بها مع بقائها، ولا ريب أنه يجب أن يكون لذلك العين نفع محلل مع بقائها فلو وقف ما لا نفع فيه بالكلية، أو كان الانتفاع به محرماً، أو كان الانتفاع موجباً لذهاب عينه كالخبز والفاكهة والطعام بطل، ولا يشترط في الانتفاع كونه في الحال، فيصح وقف العبد الصغير والدابة الصغيرة، ولا يشترط كون العين ممّا تبقى مؤبداً فيصح وقف العبد والثوب وأثاث البيت والقفار.

ضابطته ما عرفت من أنه ما يصح الانتفاع به منفعة محللة مع بقائه، والتأبيد المشترط في الوقف إنّما هو بمعنى دوامه بدوام وجود العين الموقوفة.

الرابع: لابدّ من إقباضها، لما تقدم من أن شرط صحة الوقف القبض، فلو لم يحصل القبض بطل، فلا يجوز وقف الآبق، ونحوه البعير الشارد، نعم لا تعتبر الفورية بذلك، وحينئذٍ فلامانع من وقوع الصيغة صحيحة، وصحة الوقف مراعاة بقبضه بعد ذلك وان طال الزمان، فإن تعذر بطل.

تبصرة: هل يجوز وقف الدنانير والدراهم أم لا؟ تقدم الصحة مبتنية على وجود المنفعة لهما مع بقاء عينهما وعدمه.

(مسألة: ١٩) لا خلاف ولا إشكال في صحة وقف المشاع كغيره ممّا كان متميزاً، والقبض موقوف على اذن الواقف والشريك.

(مسألة: ٢٠) هل يحل لخادم المسجد ومؤذنه ان يعطي من موقوفاته ويتصرف فيه أم لا؟ ان الوقف على ما وقفت عليه، فأن كان الخادم المذكور المؤذن من جملة الموقوف عليهم جاز لهم الاكل من ذلك حسبما عينه الواقف ولكن يكون ذلك بنظر المتولّي للوقف ولاية شرعيّة أمّا من جهة الواقف أو من جهة الحاكم الشرعي وان لم يكونا داخلين في الوقف، فلا يجوز لهم أكل شيئاً من وقف المسجد بل يصرف الوقف فيما عينه الواقف[1].

شرائط الواقف

(مسألة: ٢١) يعتبر في شروط الواقف البلوغ والعقل، وجواز التصرف، والأقوى صحة وقف من بلغ عشراً.

(مسألة: ٢٢) يجوز للواقف أن يجعل النظر لنفسه في الوقف ولغيره أيضاً، ولو لم يعين كان النظر إلى الواقف، أو الموقوف عليه أن قلنا بانتقال الملك إليه، وإلّا فإلى الحاكم الشرعي، وسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

تتمه: متى قلنا إن النظر للواقف ابتداء أو مع شرطه، فهل تشترط عدالته أم لا؟ الظاهر هو ذلك، وقد عرفت أنه متى صرح بالنظر للغير صح إلّا أنه لا يجب على ذلك الغير القبول، ولو قبل لم يجب عليه الاستمرار، فإذا رد صار

---

(١) أجوبة المسائل الدزفولية. (مخطوط)

كما لا ناظر له ابتداء فيتولاه الحاكم أو الموقوف عليه أن قلنا بالانتقال إليه، وكيف كان فالحكم لا يخلو من شوب التردد.

(مسألة: ٢٣) الناظر من قبل الواقف على قسمين:

أحدهما ـ أن يكون مشروطاً في العقد، وإذا كان كذلك فإنه لا يجوز للواقف عزله، عملاً بوجوب الوفاء بالشروط إلّا أن يظهر ما يوجب عزله.

ثانيهما ـ ما لم يكن كذلك، بأن نصبه بعد العقد بالنظر المتناول فإنه يجوز عزله متى شاء.

(مسألة: ٢٤) لو شرط للناظر شيئاً من الريع صحّ وكان ذلك أُجرة عمله ليس له أزيد منه وإن كان أقل من الأجرة وإن أطلق فله مثل أجرة عمله. نعم لو وقع خالياً من التعرض لذلك نفياً ولا إثباتاً فأنه مشكل، ووظيفة الناظر في الوقف العمارة له أوّلاً، وتحصيل الريع وقسمته على المستحق، وحفظ الأصل والغلة، ونحو ذلك من مصالحه، ومقتضاه أنه لا يجوز التصرف في شيء من الأعمال المذكورة، ولا في الغلة إلّا باذنه، ولو كان التصرف من الموقوف عليه، ولا يعني ذلك منع الموقف عليهم مطلقاً بل الظاهر من نصب الناظر إنّما هو فيما يحتاج إلى النظر والعمل، مثل التعمير ودفع الخراج، وقسمة الحاصل بين أربابه ونحو ذلك، وإلّا لأدى ذلك إلى أنه لا يجوز لأحد من الموقوف عليه بعد القسمة وتميز حصته، التصرف فيها إلّا بإذنه، مع أنه ليس كذلك اتفاقاً، وحكم الغلة فيما فرضه، حكمها فيما لو قسمها الناظر وميزه فكما أنها اختصت بصاحبها في صورة القسمة، كذلك في صورة الاتحاد، وإنّما المراد منه ليس له بعد العقد إحداث شيء على

خلاف ما دل عليه العقد، والنظر الذي انتقل إلى الحاكم الشرعي إنّما هو على حسب ما دل عليه العقد، ولا يجوز له الخروج عن مقتضاه، نعم لو قامت قرينة بتفويض الانتفاع إلى كل واحد من أفراد تلك الجهة العامة جاز.

شرائط الموقوف عليه

(مسألة: ٢٥) يشترط فيه أن يكون موجوداً وله أهلية التملك، أو تابعاً لموجود كذلك، وأمكن وجوده عادة، وكان قابلاً للوقف، فيبطل الوقف على المعدوم ابتداء، وفي معناه الحمل أيضاً، نعم لو ذكر المعدوم تبعاً لموجود كما لو وقف على أولاده الموجودين، ومن سيوجد منهم صح، وكذا لو وقف على أولاده ومن سيتجدد منهم وهكذا، أما لو كان التابع ممن لا يمكن وجوده، كالميت أو لا يقبل الملك كالعبد بطل فيما يخصه، ولو ذكر المعدوم أولاً ثمّ الموجود كان منقطع الأوّل، وكذا نفسه أو الميت أو العبد، ثمّ بعده الموجود.

(مسألة: ٢٦) قد عرفت أن من جملة الشروط في الموقوف عليه أن يكون له أهلية التملك، الوقف على المساجد والقناطر ونحوهما، إنّما هو وقف على المسلمين، باعتبار بعض مصالحهم، فكأنه وقف عليهم بشرط صرفه في مصرف خاص، ومصلحة خاصة.

(مسألة: ٢٧) قد اختلف الأصحاب (رضي الله عنهم) في الوقف على الكافر، ويحتمل التخصيص بالجواز للأبوين، والقول بأنه لا يقف المسلم على الحربي وإن كان رحماً، ويقف على الذمي وإن كان أجنبياً، لا يخلو من

وجه، والمسألة لما عرفت محل إشكال وإعضال.

تتمه: وقف الكافر على مثله مطلقاً، أو وقف الحربي على الذمي أو الذمي على الذمي خاصة، فظاهر الأصحاب الصحة، وكذا الوقف على البيع والكنائس، وإنّما يتم بالنسبة إلى الذمي، والمسألة محل توقف.

(مسألة: ٢٨) يبطل الوقف على البيع والكنائس، وكذا لو وقف في معونة الزناة وقطاع الطريق، وشاربي الخمر وأمثالهم، وكذا على الكتب السابقة كالتوراة والإنجيل، نعم لو كان الوقف على أهل الذمّة أنفسهم لا يستلزم معصية، حيث إن نفعهم من حيث الحاجة، وأنهم عباد الله، ومن جملة بني آدم، وممن يجوز أن يتولد منهم المسلمون، ولا معصية فيه، وما ربّما يترتب عليه من الإعانة على شرب الخمر، وسائر المحرمات التي يستحلونها فهي غير مقصودة للواقف، ولو فرض قصدها حكمنا ببطلان الوقف، وكذا لو وقف عليهم لكونهم كفاراً بل على فسقة المسلمين كما سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

المدار في البطلان والصحة على الغاية المترتبة على الوقف، ولمّا كانت الغاية المترتبة عليه بالنظر صحيحة سائغة، صح الوقف، وهذا بخلاف الوقف على البيع والكنائس، حيث إنه وإن كان وقفاً على جهة خاصة من مصالح أهل الذمّة، إلّا أنه معصية محضة، فالغرض والغاية من الوقف هنا ليس على حسب باقي الغايات المترتبة على الوقف عليهم أنفسهم، فلذا صح الوقف هناك وبطل هنا.

امّا لو وقف على من هو متصف بذلك من المسلمين، لكنه لا من هذه

الحيثية فلا إشكال في صحته، سواء أطلق أم قصد جهة محللة.

(مسألة: ٢٩) إذا وصف الموقوف عليه بصفة أو نسبة، دخل فيه كل من تناوله الإطلاق عرفاً مع اتفاق العرف أو الاصطلاح على ذلك، وإلّا فالمتعارف عند الواقف، اعتباراً بشاهد الحال، ولو كان ثمة قرائن وجب العمل بمقتضاها، وفي هذا الباب صور:

الأولىٰ: الوقف على الفقراء، فإن كان الواقف مسلماً انصرف إلى فقراء المسلمين، وإن كان كافراً وقلنا بصحة وقف الكافر انصرف إلى فقراء نحلته.

تتمه: الوقف على الفقراء هل يوجب تتبع من خرج عن بلد الوقف أو يكفي الدفع إلى فقراء البلد؟ يجب استيعاب من في البلد.

الثانية: الوقف على المسلمين، يصدق على من أقر بالشهادتين مع عدم إنكاره ما علم من الدين ضرورة، فيدخل فيه جملة الشكاك والمستضعفين ويخرج منه من حكم بكفره من أفراد المسلمين، كالخوارج، والنواصب، والمجسمة والغلاة، ولفظ المسلمين وإن شمل هؤلاء المذكورين عرفاً، إلّا أنه شرعاً لا يشملهم والعرف الشرعي مقدم على العرف العام اتفاقاً، وفي دخول المخالفين الأظهر العدم على المختار.

الثالثة: الوقف على المؤمنين، ومعنى الايمان، والمشهور أنه عبارة عن الإقرار باللسان، والتصديق بالجنان يعني الإقرار بالشهادتين، وجميع ما جاء به النبي ﷺ مقروناً بالتصديق والإذعان، وزيد في الأخبار أيضاً العمل بالأركان إلى ذلك، والمراد بالعمل الذي يكون جزء من الإيمان هو الإتيان بكبائر الطاعات، واجتناب كبائر المعاصي.

الرابعة: الوقف على الشيعة، وإن كان يطلق على غير الإمامية كالزيدية والواقفة في تلك الأعصار السابقة، إلّا أنه في الأعصار المتأخرة لا يتبادر من لفظ الشيعة إلّا الإمامية، حتّى اشتهر المقابلة له بأهل السنّة، فيقال: شيعي، وسنّي.

الخامسة: الوقف على الإمامية، ولا خلاف في أن المراد بهم الاثني عشرية القائلون بإمامة الأئمة الاثني عشر (صلوات الله عليهم)، ولا ريب أن القول بإمامة الإمام عليه السلام مستلزم للقول بما يستتبع ذلك من عصمته وأفضليته ونحوهما، إذ المراد من الإمامية هو من قال بإمامتهم واعتقدها مع جميع ما يتبعها، والحقّ أن هذه الأشياء كلها لازمة للقول بالإمامة، فاشتراطها لا يزيد على أصل حصولها.

السادسة: الوقف على الزيدية، فمن وقف عليهم كان ذلك للقائلين بإمامة زيد بن علي بن الحسين عليهما السلام فإنهم يجعلون الإمامة بعده لكل من خرج بالسيف من ولد فاطمة عليها السلام من ذوي الرأي والعلم والصلاح، ولا فرق بين أن يكون الواقف منهم، أو من غيرهم.

السابعة: الوقف على الجيران، والجوار إلى أربعين داراً من كل جانب، ولا فرق في ذلك بين الدار الصغيرة والكبيرة، ولا بين قرب المسافة بين الدور وبعدها، عملاً بالإطلاق وحصول مسمى العدد، ويحتمل اعتبار قرب المسافة نظراً إلى العادة والعرف في البلدان، وأن دورها في الغالب متصلة بعضها ببعض، أو يكون بينها مسافة يسيرة ولعله الأقرب، وهل يصدق هذا الحكم في سكان البادية؟ اشكال بناء على القول المختار، ووجه الأشكال أن

مورد النصوص تفسير الجوار بالدور والعدد المخصوص منها، ومن المحتمل قريباً أن استمرار السكنى ممّا له مدخل في ذلك، بخلاف البادية التي ينتقل ويتحول من مكان إلى آخر.

(مسألة: ٣٠) لا فرق في صدق الجوار بين أن يكون الدار ملكاً للساكن أو إجارة أو عارية، وهل يكون الغاصب كذلك؟ اشكال.

تتمه: لو باع الدار التي يسكنها زال حقه من الجوار، وانتقل إلى المشتري إن سكنها، ولو عاد إليها عاد إليه الحقّ، وكذا المستأجر بعد انقضاء المدة يعود إلى كل منهما الحقّ متى حصل السكنى.

(مسألة: ٣١) إذا غاب عن الدار بسفر مع ارادة الرجوع، فالأقرب التفصيل بأنه إن كانت الغيبة بعد السكنى وله فيها أهل وعيال وأسباب، وسافر لأمر من الأمور التي جرت العادة بالسفر لها، فلا ريب في صحة، سواء كان الوقف متقدماً على سفره أم وقع في حال غيبته، وإن كانت غيبته عن الدار وليس له فيها أهل ولا أسباب بالكلية، فمحل اشكال، ولو كان له داران يتردد إليهما في السكنى فهو جار لأهلهما فيستحق بسببهما معاً لصدق الاسم مع وجود القدر المعتبر عند معتبرة، ولو كان يسكنهما على التناوب أو بحسب الفصول استحق زمن السكنى.

تتمه: من لم يكن له فيها عيال ولا مال ولا أسباب وإن كان بنيّة الرجوع، فإنه لا يستحق زمن الغيبة شيئاً.

الثامنة: الوقف على قومه، والأقرب يكون مصروفاً إلى الرجال من قبيلته ممن ينطلق العرف بأنهم أهله وعشيرته، دون من سواهم.

التاسعة: الوقف على عشيرته، ولم نقف على نص في ذلك.

(مسألة: ٣٢) إذا قال: وقفت على أولادي ثمّ على الفقراء، فإن أضاف إلى ذلك ما يدل على الاختصاص بأولاد الصلب كقوله أولادي لصلبي ونحوه أو ما يدل على العموم لكل من تناسل منه، بأن يقول: على أولادي، والحال أنه لا ولد له لصلبه، أو يقول: إلّا ولد البنات، أو إلّا ولد فلان، أو قال: يفضل البطن الأعلى على التالي أو نحو ذلك، فإنه لا إشكال في التخصيص في الأوّل، والعموم في الثاني، إنّما الاخلاف فيما لو أطلق، والأقرب والأظهر هو شمول أولاد البنت لها.

(مسألة: ٣٣) إذا وقف على مصلحة فبطل رسمها، فإنه يصرف في وجوه البر، ونظائره في الشرع عديدة قد ورد الحكم فيها بما ذكره الأصحاب، ويرجع الجميع إلى أنه مع تعذر ما عينه المالك من وصية أو نذر أو نحو ذلك، مما يجب إنفاذه شرعاً، فإنه مع تعذر المصرف المخصوص يصرف في وجوه البر، ولا يرجع إلى الورثة، وصرفه في وجوه البر أنسب بمراعاة غرضه الأصلي إن لم يجز صرفه فيما هو أعم منه.

تتمه: هل يتعين الأقرب فالأقرب إلى تلك المصلحة أم لا؟ الأحوط الأوّل. هذا في أصل الحكم أعني الوقف على المصالح اشكال.

(مسألة: ٣٤) إذا وقف على بني تميم أو بني هاشم، فالأظهر الصحة. وإذا وقف على الذمي، فالأشهر كذلك، ولو وقف ولم يذكر المصرف بطل الوقف، وإذا وقف على أولاده أو أخوته أو ذوي قرابته ولم يفضل بعضاً على بعض، فإن مقتضى الإطلاق الاشتراك والتساوي بين الذكور والأناث، والأقرب والأبعد.

(مسألة: ٣٥) هل ينتقل الموقوف بالوقف عن ملك الواقف أم لا؟ الأظهر هو ذلك، وصيرورته كالأجنبي، فوقف العين عبارة عن قصد المتصدق بها ابتغاء وجه الله سبحانه، بمعنى أنه أخرج هذه العين عن ملكه إلى ملك أولئك الموقوف عليهم ابتغاء وجه الله.

كتاب النكاح

كتاب النكاح

وفيه مقدمة وفصول

الاولى: في بدو النكاح و أصله

روى الصدوق في الفقيه في الصحيح «قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن خلق حواء وقيل له: إن أناسا عندنا يقولون: إن الله عزّ وجّل خلق حواء من ضلع آدم الأيسر الأقصى، فقال: سبحان الله وتعالى عن ذلك علوا كبيرا، أيقول من يقول هذا: إن الله تبارك وتعالى لم يكن له من القدرة ما يخلق لآدم زوجة من غير ضلعه، ويجعل للمتكلم من أهل التشنيع سبيلا إلى الكلام أن يقول: إن آدم كان ينكح بعضه بعضا إذا كانت من ضلعه، ما لهؤلاء! حكم الله بيننا وبينهم، ثم قال عليه السلام: إن الله تبارك وتعالى لما خلق آدم (عليه السلام) من طين وأمر الملائكة فسجدوا له ألقي عليه السبات، ثم ابتدع له حواء فجعلها في موضع النقرة التي بين وركيه، وذلك لكي تكون المرأة تبعا للرجل، فأقبلت تتحرك فانتبه لتحركها، فلما انتبه نوديت أن تنحي عنه، فلما نظر إليها نظر إلى خلق حسن، يشبه صورته، غير أنها أنثى، فكلمها فكلمته

بلغته، فقال لها: من أنت؟ قالت: خلق خلقني الله كما ترى، فقال آدم (عليه السلام) عند ذلك: يا رب ما هذا الخلق الحسن الذي قد آنسني قربه، والنظر إليه؟ فقال الله تبارك وتعالى: يا آدم هذه أمتي حواء أفتحب أن تكون معك تؤنسك وتحدثك وتكون تبعا لأمرك؟ فقال: نعم يا رب، ولك علي بذلك الحمد والشكر ما بقيت، فقال له عزّ وجّل: فاخطبها إلي فإنها أمتي، وقد تصلح لك أيضا زوجة للشهوة، وألقى الله عزّ وجّل عليه الشهوة، وقد علمه قبل ذلك المعرفة بكل شيء فقال: يا ربّ فإني أخطبها إليك فما رضاك لذلك؟ فقال عزّ وجّل: رضاي أن تعلمها معالم ديني، فقال: ذلك لك يا ربّ علي إن شئت ذلك لي، فقال عزّ وجّل: وقد شئت ذلك، وقد زوجتكها فضمها إليك، فقال لها آدم عليه السلام: إلي فاقبلي فقالت له: بل أنت فأقبل إلي فأمر الله عزّ وجّل آدم أن يقوم إليها، ولو لا ذلك لكان النساء هن يذهبن إلى الرجال حتى يخطبن على أنفسهن، فهذه قصة حواء صلوات الله عليها»، أن المراد بخلقها من ضلعه الأيسر يعنى من طينة ضلعه الأيسر كما لا يخفى.

الثانية: فضل الزواج

قال الله عزّ وجل (وَأَنْكِحُوا الأَيامىٰ مِنْكُمْ وَالصّالِحِينَ مِنْ عِبادِكُمْ وَإِمائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَراءَ يُغْنِهِمُ اللّٰهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللّٰهُ واسِعٌ عَلِيمٌ، وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لا يَجِدُونَ نِكاحاً حَتّٰى يُغْنِيَهُمُ اللّٰهُ مِنْ فَضْلِهِ»، وقال تعالى شأنه (وَمِنْ آياتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْواجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْها وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذٰلِكَ لَآياتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ».

وروى المشايخ الثلاثة نور الله تعالى مراقدهم، عن القداح عن أبي عبد

الله عليه السلام «قال: ركعتان يصليهما متزوج أفضل من رجل عزب يقوم ليله ويصوم نهاره».

قال في غيره أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: أكثر أهل النار العزاب».

(مسألة: ٣٦) يستحبّ استحباباً مؤكداً لمن تاقت نفسه إليه، وكذا لم تتق نفسه إليه، فإن استحباب النكاح لا ينحصر في كسر الشهوة، ليكون عدمها رافعا لاستحبابه بل له فوائد وغايات عديدة.

منها: كثرة النسل، وما يترتب عليه من الفوائد كمباهاته (صلى الله عليه وآله) بهم الأمم، وشفاعة الطفل لأبويه ونحو ذلك.

ومنها: مزيد الثواب في عباداته وأن ما كان في الأمم السابقة من الرهبانية والتبتل بترك النكاح وغيره منسوخ في شرعنا.

أفضلية النكاح لمن تتق نفسه إليه هل هو أفضل من التخلي للعبادة، أم التخلي للعبادة أفضل؟ المفهوم من الأخبار هو الأول.

(مسألة: ٣٧) قد تكاثرت الأخبار بالأمر بحب النساء وأن النكاح يزيد في الرزق. ففي الموثق «قال: قال أبو عبدالله (عليه السلام): من أخلاق الأنبياء حب النساء».

يستحبّ التزويج والحث عليه لمن تاقت نفسه أو لم تتق، وأن من لم تتق نفسه للنساء ولم يحبهن فهو ناقص الايمان.

فالتزويج حينئذ مستحب له ليحصل به تمام الايمان والفوز بعلو الشأن.

(مسألة: ٣٨) يحمد من صفات النساء الموجبة لحسنهن وجمالهن، والأوصاف الموجبة لخيريتهن وشريتهن، وأن لا يقتصر في التزويج على المال والجمال بل يكون همته الدين والولد ونحوهما.

فعن جابر بن عبد الله يقول: كنا عند النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) فقال: خير نساءكم الولود الودود، العفيفة، العزيزة في أهلها، الذليلة مع بعلها، المتبرجة مع زوجها، الحصان على غيره، التي تسمع قوله وتطيع أمره، وإذا خلابها بذلت له ما يريد منها، ولم تبذل كتبذل الرجل، ثم قال ألا أخبركم بشرار نسائكم الذليلة في أهلها العزيزة مع بعلها، العقيم الحقود التي لا تورع عن قبيح، المتبرجة إذا غاب عنها بعلها، الحصان معه إذا حضر، لا تسمع قوله، ولا تطيع أمره، وإذا خلابها بعلها تمنعت عنه كما تمنع الصعبة عن ركوبها، لا تقبل له عذرا، ولا تغفر له ذنبا».

(مسألة: ٣٩) يستحبّ أن تكون المرأة كريمة وأما الحسناء التي في منبت السوء المنهي عنها هي المرأة الحسناء غير النجيبة بأن تكون متولدة من زنا، أو يكون الزنا في آبائها أو أمهاتها.

فعن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: إذا تزوج الرجل المرأة لجمالها أو لمالها، وكل إلى ذلك، وإذا تزوجها لدينها رزقه الله الجمال والمال». ومعناه على الأقرب أنه إذا أراد الرجل التزويج، وكان همته في تحصيل زوجة ذات جمال أو مال، فإنه يكله الله إلى إرادته، بمعنى أنه لا يوفق لذلك، وإن كان همته الدين وفق للجمال والمال.

(مسألة: ٤٠) نذكر جملة من مستحبات النكاح:

منها: صلاة ركعتين والدعاء بعدها بالمأثور، وهذه الصلاة عند إرادة التزويج وقصده قبل تعيين المرأة وخطبتها.

ومنها: الوليمة فعن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) الوليمة أول يوم حق، وبيومين مكرمة، وثلاثة أيام رياء وسمعة».

يستحب دعاء المؤمنين لأنهم أفضل وأولى بالمودة وأقرب إلى إجابة الدعاء، ويستحب لهم الإجابة إن خص المدعو بالدعوة أو مع جماعة معينين، فأما لو دعا عاماً ونادى ليحضر من يريد ونحو ذلك لم تجب الإجابة ولم يستحب، لأن الامتناع والحال هذه لا يوجب الوحشة والتأذي الذين هما السبب في استحباب الإجابة.

ومنها: الاشهاد والإعلان في نكاح الدوام وأنه سنة مؤكدة، وليس بشرط في صحة العقد.

ومنها: الخطبة بالضم أمام العقد وأكملها- كما اشتملت عليه خطبهم (عليهم السلام) المروية عنهم المشتملة على حمد الله سبحانه والثناء عليه والشهادتين والصلاة على النبي وآله صلوات الله عليهم والوعظ من الوصية بتقوى الله عزّ وجّل ثم العقد.

ومنها: أن لا يكون العقد القمر في برج العقرب، ولا يكون في محاق الشهر وليلة الأربعاء، والأحوط الاجتناب في كلا الأمرين من العقد والدخول، وينبغي أن يعلم أن المحاق اسم لليالي الثلاثة من آخر الشهر إن كان الشهر تاما لأنه عبارة عن الليالي التي يمحق فيها ضوء القمر لطلوعه مع

الشمس فتمحقه كما أنه يكره أيضا التزويج في الأيام السبعة المشهورة في الشهر، ونحوس الشهر، ففي العشر الأولى الثالث والخامس، وفي العشر الثانية الثالث عشر والسادس عشر، وفي العشر الثالث، الحادي والعشرون، والرابع والعشرون، والخامس والعشرون.

النظر للاجنبية

(مسألة: ٤١) يجوز للرجل النظر إلى امرأة يريد تزويجها، وإن لم يستأذنها، ويختص الجواز بوجهها وكفيها، وله أن يكرر النظر إليها، وأن ينظرها قائمة وماشية، بل يجوز النظر إلى معاصمها، وهو موضع السوار من اليد.

هل يجوز النظر للرجل، كما يجوز للمرأة لاشتراكهما في المقصود، عندي فيه نظر، والأصل التحريم، ولا يجوز الخروج عنه إلا بدليل واضح.

(مسألة: ٤٢) يحرم النظر إلى الأجنبية، وهي من ليست بمحرم ولا زوجة ولا مملوكة، فيما عدا وجهها وكفيها وأما الوجه والكفان فإنه يحرم النظر إليهما، مع قصد التلذذ أو خوف الفتنة، وأما مع عدم الأمرين المذكورين، فالاظهر الجواز، والمراد بالنظرة، التي لا يترتب عليها عقاب ولا ذم، هي ما حصلت له على جهة الاتفاق، فلو أتبعها بنظرة ثانية، ترتب عليه الذم والإثم، والمراد بالنظرة الثانية، هو الاستمرار على النظرة، والمداومة بعد النظرة الأولى، التي حصلت اتفاقا، وكذا الثالثة، وهي طول النظر، زيادة على ذلك، واحتمال صرفه بصره، ثم عوده يمكن أيضا.

(مسألة: ٤٣) يجوز النظر إلى نساء أهل الذمة و شعورهن، كما يجوز

نظر الرجل إلى مثله، ما خلا العورة، والمرأة إلى مثلها كذلك، والرجل إلى محارمه ما عدا العورة كل ذلك مقيد بعدم التلذذ والريبة إلا في الزوجين.

تتمه: يجوز نظر المرأة إلى مثلها المسلمة ناظرة كانت أو منظورة أمّا الكافرة، فلا يجوز أن تنظر إلى المسلمة، حتى الوجه والكفين.

(مسألة: ٤٤) كراهة مزاحمة النساء للرجال في الزيارات سيّما مع الكثرة والغلبة في أيام الفضائل، ومثله في الأسواق أيضا، وإن كان قليلاً.

(مسألة: ٤٥) يستثنى من حرمة النظر إلى الأجنبية:

منها: المعالجة، وما يتوقف عليه، من جراحة وكشف، ومعرفة نبض العروق ونحو ذلك، ولا فرق في ذلك بين العورة وغيرها، ولو أمكن للطبيب، استنابة من لا يحرم نظره ومسه، وجب مقدما على نظره ومسه.

ومنها: الشهادة عليها تحملاً أو أداء.

ومنها: أن تكون المنظورة صغيرة، ليست مظنة الشهوة، فإنه يجوز النظر إليها أو عجوزا مسنة.

ومنها: أن يكون الناظر صغيرا غير مميز، بالنسبة إلى نظر المرأة، ومرجعه من لم يبلغ مبلغا، بحيث يصلح لأن يحكى ما يرى أما لو كان مميزا، بحيث يترتب على نظره، ثوران الشهوة أو التشوق، فهو عند الأصحاب كالبالغ فيجب على الولي، منعه من النظر، وعلى المرأة الأجنبية، الاستتار منه وإن كان مميزا الا على الوجه المذكور. والمسألة بالنظر إلى ما ذكر محل إشكال وتوقف، إلا أنه يمكن أن يرجح الجواز، بأنه الأوفق بمقتضى الأصل، حتى يقوم دليل التحريم بل الاظهر صحة القول بالجواز في المسألة.

(مسألة: ٤٦) يحرم نظر المرأة إلى الأجنبي أعمى كان أو مبصر.

(مسألة: ٤٧) لا يحرم سماع صوت المرأة الأجنبية، مبصرا كان السامع أو أعمى، نعم يحرم إذا أوجب التلذذ والفتنة، ولا يرتاب في الحكم بالجواز في أصل المسألة.

(مسألة: ٤٨) هل يجوز للخصي النظر إلى المرأة الأجنبية أم لا؟ الاظهر التحريم، والمراد بالخصي من قطع خصيتاه وإن بقي ذكره، والمفهوم من كلام أهل اللغة أن الخصي هو من سلت خصيتاه.

(مسألة: ٤٩) «التابعين غير أولي الإربة» الذين يجوز لهم النظر هو الأحمق الذي لا يأتي النساء، و«الحمق» نقصان في العقل، وهو الأبله المولى عليه.

(مسألة: ٥٠) يكره الوطي في الدبر كراهة كما يكره العزل عن الحرة إلا مع اذن الزوجة، فلو عزل بدون الشرط والاذن فقيل: بأنه لم يجب عليه للمرأة شيء.

(مسألة: ٥١) الاظهر عدم جواز ترك وطئ الزوجة الشابة أكثر من أربعة أشهر.

(مسألة: ٥٢) لا يجوز الدخول بالشابة قبل إكمال تسع سنين هلالية، ولو دخل بها والحال كذلك حرمة عليه مؤبدا وان لم يفتضها، والمراد بالإفضاء أن يصير بجماعة مسلك البول والحيض واحدا بإذهاب الحاجز بينهما، أو مسلك الغائط والحيض واحدا، وكلام أهل اللغة هو جعل مسلكي البول والغائط واحدا، والظاهر أنه الأقرب.

(مسألة: ٥٣) يجوز أكل ما ينثر في الأعراس من مأكول، وهل يجوز أخذه واستصحابه مأكولا كان أو غيره؟ ظاهر الحال ذلك ولا ريب، وهل يملكه الآخذ بمجرد الأخذ أم لا؟ أما أخذه على نحو النهب فمحرّم، وأما بالنثر فالاقرب في ذلك أنه يملكه بمجرد الأخذ، ومن ذلك الهدايا ونحوها.

(مسألة: ٥٤) الحقوق الثابة للزوجين هي كالتالي

١ - من حقوق الزوج أن لا تصوم إلا بإذنه، والحكم شامل لمّا لو كان الزوج حاضرا أو غائبا، ويحتمل التخصيص بالحضور، نظرا إلى أن العلة في المنع إنما هو من حيث منافاته للنكاح متى أراده، وهذه العلة منتفية بالغيبة، والظاهر الأول.

٢ - من حق المرأة على زوجها أن يشبع بطنها ويكسو جسدها وإن جهلت غفر لها والأولان واجبان، والثالث مستحب، أنّما يجب حمله على النفقة ما إذا كان قادرا عليها متمكنا منها.

(مسألة: ٥٥) يخير الزوج مع العسر بين الأمرين، إما القيام بها، وإما طلاقها فيجبر على أحدهما، فلو امتنع من الإنفاق بعد إلزام الحاكم بذلك جبره على الطلاق، فإن طلق وإلا طلقها الحاكم.

(مسألة: ٥٦) نذكر جملة من مستحبات النكاح ومناهيه

قد تقدم أنّه يستحبّ الصلاة ركعتين عند إرادة التزويج وكذا استحباب الوليمة والإشهاد والخطبة أمام العقد، وقد تقدم ثمة، وبقي هنا أشياء

منها: استحباب صلاة ركعتين للرجل وكذا للمرأة في وقت الدخول إنما هو بالنسبة إلى المسن الذي قد تزوج امرأة صغيرة بكرا، وخاف منها

البغض له، والنفور عنه اذ لاستحباب صلاة الركعتين إذا هم بالتزويج، إنما الدعاء خاصة، فالحكم بالاستحباب مطلقا كما يدعونه لا يخلو من الاشكال.

(مسألة: ٥٧) قد ورد أنه إذا لم يسم الله عزّ وجّل ويذكره وقت الجماع، أدخل الشيطان ذكره معه وصار الولد إن اتفق شرك شيطان، وأنه يعرف ذلك بحبهم (عليهم السلام) وبغضهم (عليهم السلام) لا يخلو من الإشكال، لأن من الظاهر بل ربما يقطع به أن كثيرا من الشيعة ربما جامعوا عمدا أو سهوا أو جهلا ولم يذكروا اسم الله عزّ وجّل، بل أن أكثر عامة الناس على ذلك، مع أن أولادهم في التشيع والمحبة لأهل البيت (عليهم السلام) في الغاية والنهاية، وإن اتفق لهم الفسق في شيء من أعمالهم.

يمكن أن يقال: في التفصي من هذا الإشكال: بأنه لا ريب أنه مع عدم التسميّة فإن الشيطان يدخل ذكره ويمني مع ذلك الرجل، إلا أن الرجل متى كان مؤمنا فإن الولد إنما يخلق من نطفة الرجل خاصة، فلا يكون للشيطان فيه نصيب، وإن كان مخالفا خلق الولد من النطفتين معا أو من نطفة الشيطان بخصوصه وبذلك يكون الولد مبغضا لهم (عليهم السلام)، ويتفاوت البغض شدة وضعفا بالخلق من النطفتين فيكون أضعف، أو من نطفة خاصة فيكون أشد.

(مسألة: ٥٨) من الحقوق المداعبة والملاعبة قبل الجماع، قال الصادق (عليه السلام) «فإذا أتى أحدكم فليكن بينهما ملاعبة، فإنه أطيب للأمر».

(مسألة: ٥٩) قد مر عليك الأوقات التي يكره فيها الجماع والتزويج فيها كالقمر في برج العقرب، وفي محاق الشهر، وفي الأيام السبعة التي هي

نحس كل شهر وليلة الأربعاء وقد تقدم ذكرها، وبقي هنا أشياء أخر وإن لم تختص بالتزويج، بل موردها الجماع مطلقا 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 الحمر والريح الصفراء، واليوم والليلة اللذين يكون فيهما الزلزلة، أن المنع عن ذلك إنما هو في جماع يمكن حصول الولد منه، فلو لم يكن كذلك كجماع الحامل واليائس احتمل قويا عدم الكراهة، إلا أن يقال: إن علل الشرع ليست عللا حقيقية، يدور المعلول معها وجوداً وعدماً، وإنما هي معرفات، فيكفي وجودها في بعض الأفراد، وهذا هو الأقوى.

(مسألة: ٦٠) النهي عن المجامعة ليلة الهلال وينبغي أن يستثني منه هلال شهر رمضان.

(مسألة: ٦١) يكره الجماع مستقبل للقبلة ومستدبرها وكذا على ظهر طريق عامر، فمن فعل ذلك فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ولعن فاعل محمول على تأكد الكراهة.

(مسألة: ٦٢) يكره الجماع للمحتلم قبل الغسل كما يكره ذلك للمختضب والمختضبة وكذا يكره أن يجامع وفي البيت من ينظره وتتأكد في حقّ الصبي المميز.

(مسألة: ٦٣) يكره الجماع عارياً نعم لو أتفق وقوع الثوب عنه حال الجماع، فإنه لا يكره له الجماع عاريا، أنّما لمن قصد الجماع عاريا.

(مسألة: ٦٤) يكره التزويج في ساعة حارة عند نصف النهار، والمراد بالتزويج هنا الدخول، ويحتمل العقد أيضا على بعد وكذا يكره الجماع ومعه خاتم فيه ذكر الله أو شيء من القرآن كما يكره استصحاب العود المشتملة على ذلك في تلك الحال أيضا.

(مسألة: ٦٥) يكره الكلام من الرجل عند الجماع بغير ذكر الله عزّ وجّل، نعم مقيده بالكثير، فالقليل منه غير منهي عنه، والاحتياط لا يخفى.

(مسألة: ٦٦) يكره النظر إلى فرج المرأة عموم الكراهة لحالة الجماع وغيرها كما يكره الجماع في موضع لا يوجد فيه الماء وكذا كراهة الجماع في الليلة التي يريد السفر فيها.

(مسألة: ٦٧) كراهة الخطبة على خطبة المؤمن بعد إجابة الأول، بمعنى أنه لو خطب أحد امرأة وأجابه وليها، أو هي إن لم يكن نكاحها بيد الولي، فإنه يكره لغيره الخطبة لها، ولو أقدم ذلك الغير على الخطبة في موضع النهي وتزوجها صح نكاحه، كما لو عقد في وقت يضيق فيه عن الصلاة.

(مسألة: ٦٨) كراهية جماع العجوز والجماع على الامتلاء.

(مسألة: ٦٩) يستحبّ التزين لمن عنده من النساء بالخضاب ونحوه، واستحباب التطيب وحلق الشعر وكثرة الجماع مع القوة، فلو كان ممّا يورث ضعف بدنه فلا.

(مسألة: ٧٠) كراهية تزويج الصبي الصغير قبل البلوغ، والمراد بالتزويج هنا الدخول لا مجرد العقد.

(مسألة: ٧١) يستحبّ تعجيل تزويج الأبكار.

(مسألة: ٧٢) كراهية دخول المسافر ليلا إلى أهله.

الفصل الأول: العقد

والكلام فيه يقع في الصيغة وما يلحقها من الأحكام والأولياء للعقد وما يتعلق بهم في المقام، وحينئذ فالبحث هنا يقع في مقصدين:

المقصد الأول: الصيغة

(مسألة: ٧٣) توقف النكاح على الإيجاب والقبول اللفظيين.

الإيجاب في العقد الدائم يقع بلفظ: «زوجتك وأنكحتك» ولفظ «متعتك»، هل ينعقد به أم لا؟ الثاني هو الأوفق بالاحتياط المطلوب.

(مسألة: ٧٤) لا يضر بصيغة العقد ان وقعت بالصورة التالية:

الاوّلى: أن يقع القبول بلفظ الأمر كأن يقول وكيل الزوج «زوجت فلانا فلانه».

الثانية: أن يقدم القبول على الإيجاب بأن يقول الخاطب «زوجيني نفسك على مهراً كذا أو على كتاب الله وسنة نبية (صل الله عليه وآله).

الثالثة: الفصل الكثير بين الإيجاب والقبول.

الرابعة: كونه بلفظ تزوجت ونكحت أو أتزوجك ونحوه لأنه في معنى الإيجاب، وإن سمي قبولا اصطلاحا، وفي الحقيقة أن كلا منهما موجب وقابل.

(مسألة: ٧٥) الولي المتولي للعقد عنهما يعتبر وقوع كل من الإيجاب والقبول منه على حده، ولا يكفي أحد من الفقهاء بلفظ واحد عنهما منه.

(مسألة: ٧٦) هل يشترط العربية في العقد أم لا؟ الظاهر العدم، والمسألة غير خالية من الإشكال في المقام.

بقي الكلام في الاعراب، والظاهر أن كل من جوز التعبير بغير اللغة العربية اختيارا جوز اللحن لو أتى باللفظ العربي الذي لا يغير المعنى بالطريق الأولى.

أمّا من اشترط الصيغة العربية فكذلك أمّا مع العجز أو المشقة عادة فأنه لا خلاف في الصحة، وهل يجب التوكيل؟ الظاهر العدم.

أمّا مع إمكان التعلم بغير عسر ولا مشقة، فإنه لا يصح بدونه.

(مسألة: ٧٧) عدم انعقاد النكاح بعبارة الصبي[1]، ولا عبارة المجنون لا إيجابا ولا قبولا لنفسه أو لغيره، إلا أن يكون الجنون أدوارا، فيقع في حال الإفاقة وكذا السكران الذي بلغ من السكر حدا أزال عقله وارتفع قصده، فأن نكاحه باطل كغيره من عقوده، ولا فرق في ذلك بين الذكر و الأنثى.

(مسألة: ٧٨) لا أعرف هنا مانعا من صحة العقد لو عرض الجنون أو الإغماء بعد الإيجاب ثم حصل القبول بعد زوالهما من غير حاجة إلى تجديد إيجاب آخر،

(مسألة: ٧٩) إذا اعترف الزوج بزوجية امرأة، أو الزوجة بزوجية الرجل، وصدق كل منهما الآخر في الصورتين، فإنه لا ريب في الحكم بالزوجية في ظاهر الشرع، وكذا ما يترتب عليها من الأحكام.

---

(١) أجوبة المسائل الدزفولية أجاب بعدم وقوع عقد النكاح من الصبي وان كان مميزاً لا عن نفسه ولا عن غيره بالوكالة لاعتبار البلوغ. (مخطوط)

أما إذا ادعى أحدهما الزوجية وأنكر الآخر فإن كان للمدعي بيّنة، وإلا فالقول قول المنكر بيمينه، ثم إنه لو أقام المدعي البينة، أو حلف اليمين المردودة وثبت النكاح بذلك ظاهرا، فإنه يجب عليهما فيما بينهما وبين الله عزّ وجّل مراعاة الحكم الواقعي لو لم يوافق الظاهري، فإن كان المثبت الزوج فله طلبها ظاهرا، والواجب عليها مع عدم كونه واقعا الهرب منه، وهكذا لو لم تكن بينة بل حلف المنكر انتفى النكاح ظاهرا، فإن كان الواقع كذلك فلا إشكال، وإلا لزم المدعي أحكام الزوجية، فإن كان المدعي الرجل حرم عليه التزويج بأمها وابنتها وأختها وابنتي أختها وأخيها بغير رضاها، والتزويج بخامسة، ويعتبر بالنسبة إليه كونها زوجة، وكذا يجب عليه التوصل بإعطائها المهر، أما النفقة فلا لاشتراطها بالتمكين[1].

وإن كانت المدعيّة المرأة لم يصح لها التزويج بغيره، ولا فعل ما يتوقف على إذن الزوج بدونه، كالسفر المندوب والعبادات المتوقفة على إذنه، ولو أوقع الرجل المنكر الطلاق ولو معلقاً، بأن قال: إن كنت زوجتي فأنت طالق، أو إن كانت فلانة زوجتي فهي طالق، انتفت عنها الزوجية، وجاز لها التزويج بغيره، ولكن لا ينتفي عنها حرمة المصاهرة فلا يجوز لها التزويج بابنه ولا ابنته لاعترافها بالنكاح الموجب للحرمة.

(مسألة :٨٠) إذا كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة منهن ولم يسمها عند العقد لكن قصدها بالنيّة، فأختلف الأب والزوج بعد ذلك، فإن كان

---

(١) أقول ظاهره اعتبار التمكين شرط فيها مع أنه سيأتي منه اعتبار النشوز مانع وهو موجب للزوم النفقة عليه. والله العالم. (المؤلف)

الزوج قد رآهن كلهن كان القول قول الأب، وعلى الأب أن يسلم إليه التي نوى العقد عليها عند عقدة النكاح، وإن كان الزوج لم يرهن كان العقد باطلا.

(مسألة: ٨١) يصحّ اشتراط الخيار في الصداق، ولا يفسد به العقد، وأما اشتراطه في أصل النكاح فالمشهور أنه غير جائز، ولو اشترطه كان العقد باطلا.

(مسألة: ٨٢) يجوز إخلاء العقد عن المهر، فاشتراط الخيار فيه غير مناف لمقتضى العقد، وغايته فسخه وبقاء العقد بغير مهر، فتصير كالمفوضة البضع، وهو جائز شرعا.

(مسألة: ٨٣) يشترط ضبط مدة الخيار، ولا يتقيد بثلاثة، ثم إن استمر عليه حتى انقضت عدته لزم، وإن فسخه ثبت مهر المثل كما لو عرى العقد عن المهر، ولكن إنما يوجب بالدخول كما سيأتي إن شاء الله تعالى، ولو اتفقا على شيء آخر غيره قبل الدخول صح.

(مسألة: ٨٤) متى اشتمل العقد على شرط فاسد، فهل يصح العقد، ويبطل الشرط خاصة، أو يبطل العقد من أصله؟ المجال من موجبات التوقف.

(مسألة: ٨٥) يشترط في النكاح امتياز الزوجة من غيرها بالإشارة أو التسمية أو الصفة، فلو زوجه إحدى ابنتيه لم يصحّ، وكذلك يشترط تعيين الزوج، فلو قال: زوجتك إحدى ابنتي أو تزوجت ابنتي من إحدى ولديك لم يصحّ.

(مسألة: ٨٦) قد تقدم صحّة عقد الأب على إحدى بناته بمجرد قصده

خاصة، من غير معلوميتها للزوج وإن رآهن الزوج جميعا لعدم امتياز الزوجة عنده بشيء من هذه الأمور المذكورة، ولا فرق بين المسألتين إلا باعتبار النص، وقد تقدم نظير ذلك في البيع بأن يقول: بعتك هذا الفرس، ويشير إلى بغل، وهو محل توقف وتأمل لعدم الدليل الواضح في ذلك.

(مسألة: ٨٧) يعتبر في الوصف بأن يقول زوجتك ابنتي الصغيرة أو الكبيرة أو الوسطى أو البيضاء أو السمراء أو نحو ذلك مع فرض أن له بنات متعددة متميزات بالصفات المذكورة.

(مسألة: ٨٨) لو عقد على امرأة فادعى آخر أنها زوجته لا يلتفت إلى دعواه إلا بالبينة، بمعنى عدم سماع دعواه بالكلية مع عدم البينة بحيث لا يترتب عليها اليمين على المرأة بل ينبغي أن يقال إلا مع إقامة البينة أو حلفها على نفي الزوجية فإن دعواه مسموعة وعلى المنكر اليمين أو ردها، ويترتب على كل منهما ما هو حكمه شرعا، وكذا لو نكل، والحكم هنا ليس كذلك، بل سماع الدعوى مخصوص بإقامة المدعي البينة.

(مسألة: ٨٩) لا يتوجه إمكان ردها اليمين عليه، لو كانت خلية من الزوج لسمعت الدعوى قطعا كغيرها من الدعاوي، ويترتب عليها اليمين مع الإنكار ولزوم العقد بالإقرار، وثبوت النكاح لو نكلت عن اليمين أو ردتها عليه فحلف فهل يجوز العقد عليها لغير المدعي قبل انتهاء الدعوى؟ والأقرب والأنسب بالأصول أنه يجوز لها التزويج مطلقا كما أنه يجوز له التصرف في كل ما يدعيه عليه غيره قبل ثبوت.

(مسألة: ٩٠) لو ادعى زوجية امرأة، وادعت أختها زوجيتهُ، وأقام كل

منهما البينة، فالحكم لبينة الرجل إلا أن يكون مع المرأة ترجيح لبينتها من دخول أو تقدم تاريخ فأن لم تكن كذلك قدمة بينة الرجل وصحّة دعواه بطلت دعوى الأخت.

المقصد الثاني: الأولياء للعقد

(مسألة: ٩١) لا ولاية في عقد النكاح لغير الأب والجد للأب وإن علا، والمولى والوصي والحاكم الشرعي.

(مسألة: ٩٢) هل يشترط في ولاية الجد حياة الأب أم لا؟ لا فرق بين حياة الأب وموته بل يثبت له الولاية مطلقا، والمسألة لا تخلو من شوب الاشكال، وإن كان ما ذكرناه لا يخلو من قوة.

(مسألة: ٩٣) أن عقد الولي لا يتوقف على الإجازة، وإنما يجوز للصبي فسخه، ويتخير الصبي بعد البلوغ بين الإمضاء والفسخ، فإن أمضاه وأجازه كان صحيحاً لازماً، وإن فسخه ولم يرض به كان باطلا، وهذا حكم العقد الفضولي، إلا أن العقد صحيح يترتب عليه أحكام الصحة، إلا أن يفسخه الصبي. وحينئذ فاللازم منه التوارث ووجوب المهر لو ماتا قبل البلوغ لصحّة العقد وعدم فسخه.

(مسألة: ٩٤) لو ذهبت بكارة الصغيرة بوطىء أو نحوه فأن ثبوت الولاية عليها للاب والجد باقية لا تزول بزوالها.

(مسألة: ٩٥) لا خيار للصبية بعد البلوغ اذا عقد عليها الاب أو الجد وكذا الصبي وان كانت فيه المسألة لا تخلو من أشكال وما ذكرناه أوفق

بالاصول المقررة والاخبار.

(مسألة: ٩٦) تستقل البكر البالغة بالولاية على مالها وكذا في ولايتها في النكاح مع فقد الأب والجد أو وجودهما، وانتفاء شرائط الولاية عنهما، وأمّا مع اتصافهما بشرائط الولاية فالمختار استمرار الولاية عليها مطلقا وكذا الحكم في الثيب بغير نكاح والموطؤة دبراً[1]، والاحتياط في أصل المسألة المذكورة بالرضا من البكر البالغة والاب أو الجد والإجازة من الجانبين ممّا لا ينبغي إهماله.

(مسألة: ٩٧) لو عضلها الولي سقط اعتبار رضاه، وجاز لها الاستقلال بالعقد على نفسها، والعضل في اللغة: المنع، والمراد هنا منعها من التزويج بالكفو إذا طلبت ذلك، وفي معنى العضل الغيبة المنقطعة التي يحصل معها المشقة الشديدة من اعتبار استيذان الولي، وقد يحصل العضل أيضاً إن أمتنع الولي من تزويجها إلا بمهر المثل وهي ترضا بدونه.

(مسألة: ٩٨) لا ولاية للأب والجد على الذكر البالغ الرشيد، كما أنّه لا ولاية لهما على الثيب البالغة الرشيدة.

(مسألة: ٩٩) تثبت ولاية الاب والجد على المجنون من الأولاد ذكرا كان أو أنثى بكرا كانت أو ثيبا، هذا مع استمرار الجنون من الصغر إلى ما بعد البلوغ، أما لو طرء بعد البلوغ والرشد فالمشهور أن الولاية للحاكم إلا أن هذا الحكم خال من الدليل، والمراد بالحاكم هو الامام المعصوم ومع غيبته الفقية الجامع للشرائط أو نائبه الخاص وأمّا من بلغ سفيهاً فحكمه كما تجدد بعده

---

(١) أقول بل عنده حتى المطلقه غير المدخول بها بحكم الباكر على الاحوط. (المؤلف)

عند الاكثر، وفي أطلاقه أشكل، وتنتفي ولايته بالبلوغ والرشد ذكرا كان أو أنثى، وتدخل في هذا الحكم البكر الرشيدة فأن لا ولاية للحاكم عليها ولو قلنا بولاية الاب والجد مع وجودهما فأنه مع عدمها تستقل بالولاية وليس للحاكم الشرعي عليها ولاية في هذه الحال أيضاً.

(مسألة: ١٠٠) إن من بلغ وهو فاسد العقل وكان أبوه أو جده موجود فالأظهر أن الولاية لهما بخلاف ما لو تجدد السفه أو الجنون بعد البلوغ فالولاية للحاكم وكذا ان لم يكن أحدهما موجودا.

(مسألة: ١٠١) هل للوصي من الأب أو الجد الولاية على تزويج الصغيرة؟، إطلاق الموصى إليه هو من جعله الميت وصيا على أمواله وأطفاله ووصاياه وإن لم يصرح له بخصوصية الوصية في النكاح، فإنه أحد من بيده عقدة النكاح.

(مسألة: ١٠٢) لا ريب أن المحجور عليه هنا وإن كان سفيها مبذرا إلا أنه بالغ عاقل مكلف بالتكاليف الشرعية واجباتها ومستحباتها هو عدم تمكينه من المال خوفا أن يصرفه في غير المصارف الشرعية أو العرفية ممّا يوجب التبذير المنهي عنه لا أنه يبطل ما يأتي به من المستحبات المتوقفة على دفع المال كالتزويج مثلا، فيجوز له مع الضرورة والحاجة خاصة، ويجب الرجوع في ذلك إلى الولي وهو الحاكم الشرعي.

(مسألة: ١٠٣) لو وكلت المرأة المالكة أمرها أحدا في تزويجها فإن عينت له الزوج فلاإشكال، وإن أطلقت بأن قالت: أنت وكيلي في تزويجي أو وكيلي في تزويجي برجل أو كفو، فالمفهوم من كلام الأكثر أنه كالأول في أنه

إنما يتبادر إلى غير الوكيل، ولو عممت الاذن فقالت: زوجني لمن شئت، فالاظهر أن كالاول فلا يشمله التعمم حتّى يتزوجها.

(مسألة: ١٠٤) لو زوج الولي الصغيرة بدون مهر المثل، فهل لها الاعتراض بعد الكمال أم لا؟ والمراد باعتراضها فيه هو أن لها فسخ المسمى فيرجع إلى مهر المثل مع الدخول، إن كان المتبادر من الاعتراض هنا هو الاعتراض في المهر المذكور في العقد، والارجح أنه لا اعتراض لها في شيء من الامرين لا لاصل النكاح والمهر، ولا غيرهما إلا ما قام دليل على إخراجه واستثنائه كأن يكون بغير الكفو مثلا ونحوه.

(مسألة: ١٠٥) الاظهر صحّة عقد النكاح فضولاً كما في غيره من العقود، ولزومه موقوف على الإجازة، أمّا في البيع و نحوه فقد تقدم تحقيق القول فيه في كتاب التجارة، وأن الحقّ هو القول بالبطلان.

(مسألة: ١٠٦) إذا أدعت الأُم الوكالة على العقد لابنها فأنكر الابن ذلك فالعقد فضولياً، فأن كان الابن صغيراً لم يلزمها المهر وإن أجاز الابن، لعدم الولاية لها بخلاف الاب لو عقد على الصغير أمّا لو كان المعقود عليه كبيراً، فأنه على الابن لو أجاز، وإن أنكر لزم الأُم الضمان، لانها قد فوتت البضع على الزوجة فضمنت.

(مسألة: ١٠٧) يجزي في إجازة البكر وإذنها سكوتها، ويعتبر في الثيب النطق، وينبغي تقييد الاكتفاء بالسكوت عن اللفظ الصريح بما إذا لم يكن ثمّة قرينة دالة على عدم الرضاء، وإلا لم يفد السكوت الاذن.

ولو ضحكت عند استئذانها، ففيه توقف إذ ربمّا يكون الضحك عن

استهزاء وتعجب، فإذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا إشكال في حصول الثيوبة الموجبة لوجوب النطق بالجماع، لعقد كان أو شبهة أو زنا، كبيرة كانت أو صغيرة، وإنما الإشكال في حصول الثيوبة بغير ذلك من طفرة ووثبة وسقطة، أو بالإصبع ونحو ذلك، والمسألة لا تخلو من نوع إشكال، وإن كان الحكم بالعدم لا تخلو من قرب ورجحان وكذا كما هو الاظهر في الموطوءة في الدبر.

(مسألة: ١٠٨) قد عد من جملة مسقطات الولاية أمور أربعة:

الاول: اسلام الولي فلا تثبت للكافر أبا كان أو جدا أو غيرهما الولاية على الولد المسلم صغيرا أو مجنونا ذكرا كان أو أنثى.

الثاني: الكمال بالبلوغ والرشد، فلا ولاية للصبي ولا المجنون ولا المغمى عليه ولا السكران الموجب سكره لذهاب عقله.

الثالث: اشتراط الحرية في الولي، فلا ولاية للمملوك على ولده حرا كان الولد أو مملوكا، لمولى الأب أو لغيره، وهكذا الجد أيضا ليس له ولاية، أمّا لو كان حرا صغيرا، فإن ثبوت ولايته عليه بإذن المولى له مشكل، فلا اختيار له في تزويج ولا غيره إلا بإذن السيد، فبالنسبة إلى غيره بطريق أولى.

الرابع: الإحرام، وهو يسلب ولاية عقد النكاح إيجابا، وأمّا يحرم عليه العقد إيجابا وقبولا فكذلك يحرم عليه شهادة العقد وإن وقع من محلين، إلا أنه هنا لا يوجب بطلان العقد كما في الأول وإن أثم بالحضور والشهادة، لأن الشهادة ليست شرطا في النكاح، ويجوز الطلاق للمحرم ومراجعة المطلقة وشراء الإماء.

(مسألة: ١٠٩) قد عرفت ممّا تقدم أن الأب والجد يشتركان في الولاية على الصغيرين، فلو بادر كل منهما وعقد على شخص غير من عقد عليه الآخر مع علم صاحبه أو غير علمه، فإنه يقدم عقد السابق منهما أبا كان أو جدا، وهذا ثمرة الاشتراك لكن ولاية الجد أقوى وإن اشتركا في أصل الولاية، ولهذا أنه إذا اختار الجد زوجا واختار الأب الآخر قدم مختار الجد، ولا ينبغي للأب معارضته في ذلك، وأظهر من ذلك أنه لو بادر كل منهما وعقد على زوج غير الآخر من غير علم صاحبه أو مع علمه واتفق العقدان في وقت واحد بأن تقترن قبولها معا، قدم عقد الجد في هذه الصورة.

(مسألة: ١١٠) إذا زوج الأبوان الصغيرين لزمهما العقد، فإن مات أحدهما ورثه الآخر على الأشهر الأظهر، ولو كان المزوج لهما غير الأبوين ومات أحد الزوجين قبل البلوغ بطل العقد وسقط المهر والإرث، ولو بلغ أحدهما فرضي بالعقد لزم العقد من جهته، فإن مات والحال هذه عزل من تركته نصيب الآخر، فإن بلغ وأجاز أحلف أنه لم يجز لطمع الميراث والرغبة فيه، فإن حلف ورث، ولو مات الذي لم يجز بطل العقد ولا ميراث.

(مسألة: ١١١) إذا مات الزوج قبل البلوغ بطل عقد النكاح، لأن صحته من جهته متوقفة على إجازته بعد البلوغ وعلى هذا لا ترثه الصبية.

(مسألة: ١١٢) لو كان العاقد عليهما غير الابوين، كان من قبيل العقد الفضولي، والأشهر الأظهر وقف في لزومه على الإجازة فإن كأن هناك ولي لهما وأجاز فلا إشكال أيضا، وإن لم يكن ثمّة ولي أو كان ولكن لم يجزه ولم يرض به وقف على إجازتهما بعد البلوغ، فإن ماتا أو أحدهما قبل البلوغ بطل

النكاح ولا إرث لعدم الإجازة، وإن بلغ أحدهما مع كون الآخر حيا فأجاز العقد لزم العقد من جهته، وبقي من جهة الآخر موقوفا على الإجازة، فإن اتفق بلوغه والآخر حي وأجاز العقد لزم، وإن فرض موت المجيز أولا قبل أن يبلغ الآخر أو بعد بلوغه وقبل إجازته، فإن أجاز بعد ذلك أحلف أنه لم يجز طمعا في الميراث، وأنه لو كان الآخر حيا لرضي به بتزويجه وورث نصيبه منه.

(مسألة: ١١٣) قد تبين فى المسألة السابقة حكم الصغيرين أما لو كانا كبيران، فالظاهر البطلان.

(مسألة: ١١٤) إذا كان العاقد على الصغيرين أحدهما الولي، والآخر فضولي، فمات من عقد له الولي أولاً قبل بلوغ الآخر، فهل الحكم أنه ينتظر بلوغ الآخر وإجازته ويورث بعد يمينه أم لا؟ ونحو هذه الصورة ما لو كان أحدهما بالغا رشيدا عقد على نفسه، والآخر فضولي عن الصغير فمات الأول منهما، فإنه يعزل نصيب الصغير من الميراث إلى أن يبلغ ويجيز فيعطى ذلك بعد اليمين على القول المذكور، والظاهر البطلان لو مات الثاني قبل البلوغ أو بعده وقبل الإجازة وكذا لو كانا بالغين فأوقع أحدهما العقد لنفسه مباشرة والآخر زوجه الفضولي.

(مسألة: ١١٥) بقي الكلام في أنه لو كان العقد الفضولي وقع عن الزوجة مثلا والعقد مباشرة وقع من الزوج، فإنه لا ريب في لزوم العقد وإن كان للزوجة من حيث إن عقدها فضولي فسخه، وقضية ذلك أنه قبل الفسخ منها أو الإجازة يثبت في حقّ الزوج تحريم المصاهرة فليس له أن يتزوج بخامسة

لو كان المعقود عليها رابعة، وإلا لزم الجمع بين خمس زوجات في حال واحد، وهو حرام اتفاقا وليس له أيضا أن يتزوج بأخت الزوجة، وإلا لكان جامعا بين الأختين، ولا بأم الزوجة ولا بنتها وإلا لكان جامعا بين الام والبنت.

أمّا لو فسخت الزوجة ولم يجز ذلك العقد الفضولي. وهذا واضح في الأخت، فإنها لا تحرم إلا جمعا لا عينا، وقد انفسخ النكاح الأول وزال فلا مانع من التزويج بالأخت، وكذا البنت- أي بنت المعقود عليها- حيث إنها بعد فسخ الام العقد لا تحرم، فإنها لا تحرم عينا إلا مع الدخول بأمها، و لم يحصل هنا فلا تحرم عليه بعد فسخ أمها.

أما الأم لو كان المعقود عليها البنت وفسخت النكاح فإنها عند الأصحاب محل إشكال، و مثله ما لو اشتبهت الزوجة المعقود عليها عقدا صحيحا لازما بغيرها، فإن تحريم المصاهرة ثابت بالنسبة إليهما، وكذا القول لو اشتبه الطاهر بالنجس، والحلال بالحرام، والحق أن العقد في الصورة المذكورة يكون موقوفا لا يحكم عليه بلزوم ولا بطلان إلى أن تلحقه الإجازة أو الفسخ فيظهر حاله بذلك، والحكم باللزوم بمجرد كونه من أحد الطرفين لا يخلو من مناقشة وإشكال.

(مسألة: ١١٦) قد عرفت أن ثبوت الميراث للمجيز المتأخر متوقف على يمينه بعد الإجازة، فعلى هذا لو لم يحلف فلاإرث وإن كان تأخر الحلف لعارض من موت أو جنون أو غيبة أو نحو ذلك، نعم لو كان العارض المانع من الحلف ممّا يرجى زواله كالغيبة والجنون والإغماء فإنه يعزل

نصيبه من الميراث إلى أن يزول المانع فيحلف ويأخذ نصيبه أو يحصل اليأس من البرء أو يوجب التأخير ضررا على الوارث بتأخير المال، فلا يبعد حينئذ جواز دفعه إلى الوارث مع ضمانه لو ظهر استحقاق الحالف له، فإن في ذلك جمعا بين الحقين ودفعاً للضرر من البين.

وبكلمة فإن الإجازة على الوجه المذكور لا يعلم كونها مطابقة للواقع ونفس الأمر إلا باليمين الدافعة للتهمة، فالمكمل للعقد الموجب لترتب الميراث عليه الإجازة المقرونة باليمين.

(مسألة: ١١٧) لو كان المتأخر هو الزوج بعد أن أجازت المرأة وماتت ثم إنه أجاز ونكل عن اليمين ولم يحلف، فهل يلزمه المسمّى في العقد أم لا؟

وعلى تقدير اللزوم فهل يرث منه مقدار نصيبه أم لا؟ المسألة لعدم الدليل الواضح محل تأمل وإشكال، إلا أن الأقرب إلى القواعد والأنسب بمقتضى الضوابط هو عدم المهر في الصورة الأولى، ومجرد إجازته النكاح مع عدم تأثيرها في ثبوته لا يترتب عليه فائدة.

(مسألة: ١١٨) يتفرع على ما تقدم لو أنتفت التهمة بالطمع في الميراث بأن يكون ما يلزمه من المهر بعد الحلف بمقدار ما يرثه منها أو أزيد، فهل يتوقف الحكم المذكور على اليمين، إشكال.

(مسألة: ١١٩) قالوا يستحب للمرأة إذا كانت ثيباً أن تستأذن أباها في العقد، وكذا لو كانت بكرا، وقالوا: ويستحبّ لها أن توكل أخاها إذا لم يكن لها أب ولا جد. وفيه ما فيه، فإن الاستحباب من جملة الاحكام الشرعية المتوقفة على الدليل الواضح، وإثباته بمثل هذه التخرصات الوهمية مجازفة.

وكذا قولهم: ويستحب أن تعول على الأكبر من الاخوة لو تعددوا وإن اختلف والأصغر في الاختيار تخيرت خيرة الأكبر، وفيه ما لا يخفي، ولا سيما إذا كان مختار الأصغر في مقام الاختلاف أكمل وأرجح على أن أكملية رأي الأكبر مطلقاً ممنوعة.

(مسألة: ١٢٠) قد عرفت مما تقدم أن حكم الاخ بالنسبة إلى تزويج أخته حكم الأجنبي وإن استحبّ لها توكيله عندهم، وعلى هذا فلو زوجها الاخوان برجلين، ما لو كانا وكيلين مع سبق أحدهما، ولا ريب في صحّة عقد السابق منهما وبطلان المتأخر، وحينئذ فالحكم فيها أنه إن لم يدخل بها الثاني سلمت للأول، وإن دخل بها فإن كانا عالمين بالحال فهما زانيان فلا مهر للمرأة لأنها بغي ولا ولد للزوج لو كان ثمة ولد، لأنه من زنا، وإن علمت المرأة خاصة فلا مهر لها وألحق الولد بأبيه، وإن علم هو خاصة لم يلحق به الولد وكان لها المهر.

وإن كانا جاهلين فالحكم كما تقدم من أن لها على الواطئ مهر المثل وألحق الولد بها وعليها العدة كغيره من وطئ الشبهة الموجب لذلك ثم ترد إلى الأول ولها عليه المسمى فلها الصداقان معا، وإن اختص الجهل بأحدهما لتحقق وطئ الشبهة الموجب للعدة، فتعتد عدة الطلاق عند الأصحاب ثم ترد إلى الأول.

ومن أصحابنا من أوجب العدة من الزنا باستبراء الرحم بحيضة أو خمسة وأربعين يوما، وهو يأتي هنا على هذا القول، ولا بأس به لظاهر بعض الأخبار مع أوفقيته بالاحتياط.

(مسألة: ١٢١) لو اقترن العقدان واتفقا في حالة واحدة، فالاقرب كما هو الحقّ عند جملة تقديم عقد الأكبر، معنى أحقيّة الأول بها كون تلك الأحقيّة أحقية فضل واستحباب، بمعنى أن الأفضل لها ترجيح مختار الأكبر إلا أن يكون الآخر، وهو الذي اختاره الأصغر قد دخل بها، فإن الدخول يكون كاشفا عن الرضا بالعقد.

أما لو لم يكونا وكيلين أو كانا أجنبيين، فإنه لا ريب أنهما فضوليان فتختار من تشاء منهما، وإن كان الأفضل لها عند الأصحاب كما تقدم اختيار عقد الأكبر من الأخوين متقدما كان أو مقارنا أو متأخرا.

هذا مع عدم الدخول بأحدهما بعد العلم بالعقد وإلا كان الدخول إجازة، إلا أنه ينبغي تقييد استحباب اختيارها عقد الأكبر بما إذا تساوى مختارهما في الكمال أو ترجح مختار الأكبر، أما لو ترجح مختار الأصغر فإن الأولى لها اختياره.

الفصل الثاني: أسباب التحريم

المشهور في كلامهم حصرها في ستة وهي: النسب، والرضاع، والمصاهرة واستيفاء العدد، واللعان، والكفر.

لا يخفى أن الأسباب الموجبة للتحريم أكثر من ذلك كما سيمر بك إن شاء الله في تضاعيف مباحث الكتاب، ومنها المعقود عليها في العدة مع العلم أو الدخول، والمزني بها وهي ذات بعل أو في العدة الرجعية، والمعقود عليها كذلك مع الدخول والعلم، والفجور بأبيها وأخيها، والمفضاة بالدخول لأقل

من تسع، والمقذوفة وهي صماء أو خرساء، والمزني بأمها وبنتها، والمعقود عليها في الإحرام مع العلم بالتحريم.

المطلب الأول: فيما يحرم بالنسب

هي سبعة أصناف من النساء حسبما تضمنته الآية أعني قوله عزّ وجّل: «**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهاتُكُمْ وَبَناتُكُمْ وَأَخَواتُكُمْ وَعَمّاتُكُمْ وَخالاتُكُمْ وَبَناتُ الأَخِ وَبَناتُ الأُخْتِ**» وربمّا أنهاها بعضهم إلى تسعة، وهي الأم وإن علت، والبنت وبنتها وإن نزلت، وبنت الابن فنازلاً، والأخت وبنتها فنازلاً، وبنات الأخ كذلك، والعمة والخالة فصاعدا فيهما.

الاول: الأم، والمراد بالأم هنا وإن علت هي كل امرأة ولدتك أو انتهى نسبك إليها من العلو بالولادة لأب كان أو لام، وبعبارة أخرى هي كل أنثى ولدتك أو ولدت من ولدك ذكرا كان أو أنثى، وبعبارة ثالثة هي كل أنثى ينتهي إليها نسبك بالولادة بواسطة أو بغير واسطة.

الثاني: البنت، والمراد بالبنت وبنتها وإن نزلت، وبنت الابن فنازلاً كل من ينتهي إليك نسبه بالتولد ولو بوسائط، وبعبارة اخرى أن ضابطها كل أنثى ولدتها أو ولدت من ولدها ذكرا كان أو أنثى بواسطة أو غير واسطة.

الثالث: الاخت، والمراد بالأخت وابنتها هي كل امرأة ولدها أبواك أو أحدهما، وبعبارة أخرى هي كل امرأة ولدتها أبواك أو أحدهما، أو انتهى نسبهما إليهما أو أحدهما بالتولد، ونحوها أبنة الأخ وإن نزلت، فإنها داخلة تحت الضابط المذكور.

الرابع: العمة، والمراد بالعمة فصاعدا هي كل أنثى هي أخت ذكر

ولدتك بواسطة أو غير واسطة من جهة الأب أو الأم أو منهما.

الخامس: الخالة فصاعدا وضابطها كل أنثى هي أخت أنثى ولدتك بواسطة أو غير واسطة، والمراد بقولنا «فصاعدا» في العمة والخالة ليدخل عمة الأب والام وخالتهما وعمة الجد، والجدة وخالتهما وهكذا، لا عمة العمة وخالة الخالة فإنهما قد لا تكونان محرمتين، وقد تكونان محرمتين، فلا يكون التحريم ضابطة كلية.

السادس: عمّة العمة: فبالنسبة إلى العمة فإن عمة العمة قد تكون محرمة كما إذا كانت العمة القريبة عمته لأبيه وامه أو لأبيه، فعمة هذه العمة تكون أخت جده لأبيه فتكون عمته تحرم عليه، مثل عمته القريبة، وقد لا تكون محرمة كما لو كانت عمته القريبة عمته لام، بمعنى أنها أخت أبيه من الام، فعمتها حينئذ تكون أخت زوج جدته أم أبيه، وأخت زوج الام لا تحرم، فأخت زوج الجدة أولى.

السابع: خالة الخالة، فإن الخالة القريبة قد تكون خالة لأب وأم أو لام، بمعنى أنها أخت أُمه من الأبوين أو من الأُم، فخالتها على هذا تحرم عليه لأنها أخت جدته لأمه.

الثامن: خالته لأب خاصة، بمعنى أنها أخت أُمه من الأب خاصة، فإنها لا تحرم عليها لأن أم خالته القريبة تكون امرأة جده لا أم أُمه، فاختها تكون أخت امرأة الجد، وأخت امرأة الجد لا تحرم عليه.

وبكلمة فإن المحرم من هذه المذكورات في الآية الشريفة أعم من أن تكون صدق هذه العنوانات عليه بطريق الحقيقة أو المجاز إلا الأخت فإنه لا

مجاز فيها، وكذا أولاد البنات فنازلاً في دخولهم في لفظ البنات بناء على المختار، وإن كان المشهور إنما هو المجاز.

(مسألة: ١٢٢) للأصحاب في ضبط المحرمات عبارات تفصيلية وإجمالية، فالأولى منهما ما ذكرناه، ومن الثاني قولهم: أنه يحرم على الإنسان أصوله وفصوله، وفصول أول أصوله، وأول فصل من كل أصل بعده، أي بعد أول الأصول.

قالوا: فالأصول الأمهات بالنسبة إلى الذكر والآباء بالنسبة إلى الأنثى، والفصول البنات والبنون بالنسبة إلى الأمرين، وفصول أول الأصول الاخوة بالنسبة إلى الرجل والأخوات للأنثى وأولاد الأخ وأولاد الأخت وإن نزلوا، وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول الأعمام والعمات والأخوال والخالات.

من الثاني أيضا قولهم: أنه يحرم على الإنسان كل قريب عدا أولاد العمومة والخؤولة وهي أخصر وأظهر، وحينئذ فيحرم على الرجل نساء القرابة مطلقا إلا من دخل في اسم ولد العمومة والخؤولة، وعلى الأنثى ذكور القرابة إلا من دخل في أحد الاسمين المذكورين.

(مسألة: ١٢٣) لا يخفى أن ما تضمنته الآية من التحريم على الرجال مستلزم للتحريم على النساء، بمعنى أنه كما يحرم على الرجل أُمه، يحرم على الام ابنها فإن الحكم بتحريم النكاح من أحد الطرفين يقتضي التحريم من الطرف الآخر لا محالة، وهذا هو النكتة في تخصيص الله عزّ وجّل في الآية المحرمات على الرجال ولم يذكر العكس، وهكذا الكلام في البنت وباقي المحرمات التي في الآية.

(مسألة: ١٢٤) أعلم أنه لا يثبت النسب بالوطء المحرم، أن النسب يثبت بالنكاح الصحيح، والمراد به الوطي المستحق شرعاً بعقد صحيح أو تحليل أو ملك وإن حرم لعارض كالوطئ في الحيض، ولا يعتبر علمه بكون الوطي جائزا له، فلو وطئ حليلته (زوجته) بظن أنها أجنبية قادماً على الزنا لم يقدح ذلك في كون الوطي شرعاً، ويلحق به وطئ الشبهة، والمراد به الوطي الذي ليس بمستحق شرعاً مع ظنه أنه مستحق، ويحتمل عدم الإثم أيضا.

ألحق بوطىء الشبهة وطئ المجنون والنائم ومن في معناه والصبي غير المميز.

(مسألة: ١٢٥) لا يثبت النسب بالوطي بالزنا وهو وطئ المكلف من تحرم عليه بالأصالة مع علمه بالتحريم، لكن هل يثبت به التحريم الذي هو أحد أحكام النسب، فيحرم على الزاني نكاح المخلوقة من مائه، وعلى الزانية نكاح المتولد منها بالزنا؟ الاحتياط هنا واجب كما حققناه في غير موضع، ولا شك في أن التوقف في بعض شقوق المسألة المذكورة والاستشكال فيها، وهي ما قدمنا ذكره من جواز النظر وعتقه على القريب ونحوه ممّا تقدم ذكره وما لم يذكر ممّا يتفرع على النسب.

(مسألة: ١٢٦) قد عرفت أن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت أيضا بوطىء الشبهة، فيمكن اجتماع الأمرين كما إذا وطئ الرجل زوجته ثم وطئها آخر بالشبهة فأتت بولد فإنه يمكن أن تأتي فيه الصور الآتية الممكن فرضها في هذه الحال، والمثال المشهور في كلام الأصحاب هنا هو ما إذا طلق الرجل زوجته فوطأت بالشبهة ثم أتت بولد، وسيأتي إن شاء الله بيان

الوجه في تخصيص التمثيل بذلك، ومرجع الاحتمالات في المسألة بالنسبة إلى إلحاق الولد بهما أو بأحدهما أو عدم الإلحاق إلى صور أربع:

أحدها: أن تلد لأقل من ستة أشهر من وطئ الثاني، ولأقصر مدة الحمل فما دون من وطئ الأول، ولا إشكال في تعين الأول سواء طلقها أو لم يطلقها.

ثانيها: أن تلده لستة أشهر فصاعدا إلى أقصى الحمل من وطئ الثاني، ولزيادة عن أقصى الحمل من وطئ الأول، ولا ريب أنه للثاني وهو الواطئ بشبهة لامتناع إلحاقه بالأول.

ثالثها: أن تلده لأقل من ستة أشهر من وطئ الثاني ولأكثر من أقصى الحمل من وطئ الأول ولا إشكال في أنه منتف عنهما معاً لفقد شرط اللحوق بواحد منهما.

رابعاً: أن تلده لستة أشهر فصاعدا إلى ما دون الأقصى من وطئ الثاني ولأقصى مدة الحمل فما دون من وطي الأول، ولا ريب أن تولده من كل منهما محتمل لحصول الشرط الموجب للإلحاق في كل منهما، والظاهر انحصار الحكم هنا في القرعة.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن كل من حكم بإلحاق الولد به تبعه اللبن وترتب عليه أحكام الرضاع وغيره.

(مسألة: ١٢٧) لو أنكر الولد ولاعن، فلا إشكال في انتفائه عنه، فلو كانت أبنة حرمت على الملاعن مع الدخول بأمها لأنها ربيبة امرأة مدخول بها ولو لم يدخل بأمها، والمسألة لخلوها من النص لا يخلو من إشكال، وإن كان

الاحتمال الأول أقرب إلى قواعدهم، ولا إشكال في أن اللبن تابع للولد فحيث ينتفي باللعان فإنه ينتفي اللبن عن الملاعن.

المطلب الثاني: فيما يحرم بالرضاع

قد استفاضت النصوص وعضدها اتفاق الأصحاب بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، بمعنى أن كل امرأة حرمت بالنسب حرمت نظيرتها الواقعة موقعها في الرضاع.

ومرجعها إلى أن كل موضع ثبت فيه المحرمية بالنسب يثبت المحرمية بمثل ذلك في الرضاع، فالأم من الرضاع تحرم كالأم من النسب، وكذا البنت والأخت والعمة والخالة، وبنات الأخ وبنات الأخت، والمحرمات النسبية قد فصلتها الآية بقوله سبحانه (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهاتُكُمْ وَبَناتُكُمْ وَأَخَواتُكُمْ وَعَمّاتُكُمْ وَخالاتُكُمْ وَبَناتُ الأَخِ وَبَناتُ الأُخْتِ»، وقد عرفت آنفا بما يلي:

الأول: الأم من النسب هي كل امرأة ولدتك أو انتهى نسبك إليها من العلو بالولادة لأب كان أم لأم، وحينئذ فهي في الرضاع عبارة عن كل امرأة أرضعتك أو ولدت مرضعتك أو ولدت من ولدها أو أرضعتها أو أرضعت من ولدها أو ولدت من أرضعتها ولو بوسائط فهي بمنزلة أمك النسبية في التحريم عليك، وكذا كل امرأة ولدت أباك من الرضاعة لو أرضعته أو أرضعت من ولدها أو ولدت من أرضعته ولو بوسائط.

الثاني: البنت النسبية وبنتها وإن نزلت وكذا بنت الابن فنازلا، وضابطها من ينتهي إليها نسبه بالتولد ولو بوسائط، وفي الرضاع هي كل ابنة أرضعت بلبنك أو لبن من ولدته وإن سفل، أو أرضعتها امرأة ولدتها وإن

سفلت، وكذلك بناتها من النسب والرضاع، فإن الجميع بمنزلة بمنزلة بنتك النسبية.

الثالث: الأخت في النسب هي كل امرأة ولدها أبواك أو أحدهما، وفي الرضاع هي كل امرأة أرضعتها أمك أوأرضعت بلبن أبيك، وكذا كل بنت ولدتها المرضعة أو الفحل أو أرضعت بلبنهما.

الرابع: العمة فصاعدا من النسب كما تقدم أيضا هي كل أنثى هي أخت ذكر ولدك بواسطة أو غير واسطة من جهة الأب أو الأم أو منهما.

الخامس: الخالة فصاعدا هي كل أنثى هي أخت أنثى ولدتك بواسطة أو بغير واسطة، وفي الرضاع العمات والخالات هن أخوات الفحل والمرضعة وأخوات من ولدهما من النسب والرضاع وكذا كل امرأة أرضعتها واحدة من جداتك أو أرضعت بلبن واحد من أجدادك من النسب أو الرضاع.

السادس: بنات الأخ وبنات الأخت في النسب كل امرأة تنتهي نسبها إلى من ولدها أبواك أو أحدهما بالتولد، وفي الرضاع بنات أولاد المرضعة والفحل من النسب والرضاع، وكذا كل أنثى أرضعتها أختك أو بنات أولادها من النسب والرضاع، وبنات كل ذكر أرضعته أمك أو أرضع بلبن أخيك وبنات أولاده من النسب والرضاع، فكلهن بنات أخيك وأختك.

المقام الأول: شروط الرضاع

(مسألة: ١٢٨) يشترط في نشر حرمة الرضاع أمور:

الاول: أن يكون اللبن عن نكاح صحيح بشرط حصول الولد، فلو در

اللبن لا كذلك لم ينشر حرمة، وكذا لو كان عن زنا، وهل يشترط انفصال الولد وخروجه أم يكفي مع كونه حملا؟ فلو در اللبن في صورة كونه حملا هل ينشر الحرمة؟ الاقوى عدم النشر.

(مسألة: ١٢٩) حيث علم أن اللبن تابع للنكاح الصحيح الحاصل منه الولد، فحينئذ إن اتحد فلا كلام في تبعيته له، وإن تعدد بأن طلق الزوج الأول أو مات عنها وله منها لبن أو كانت حاملا منه فوضعت وصارت ذات لبن، ثم تزوجت ودخل بها الزوج الثاني وأحبلها، فللمسألة صور:

الاولى: أن يكون إرضاعا بهذا اللبن قبل أن تنكح زوجا غيره، والحكم ظاهر، فإن اللبن للأول قطعا كما لو كانت في حباله فيكون المرتضع منسوبا إلى صاحب اللبن الذي هو الأول حياً كان أو ميتاً كما أنه بذلك صار أب المرضعة، إذ الموت أو الطلاق لا يقطع نسبة اللبن عنه، ولا فرق بين أن يرضع في العدة أو بعدها، ولا بين أن ينقطع اللبن ثم يعود وعدمه، على ان يكون الرضاع وولد المرضعة في الحولين وإلا فلا كما سيأتي.

الثانية: أن يكون الإرضاع بعد أن تزوجت بآخر إلا أنها لم تحمل منه، فإنه في حكم ما لو لم تتزوج، سواء زاد أو نقص أو انقطع ثم عاد.

الثالثة: أن يكون بعد الحمل من الثاني وقبل الولادة واللبن بحاله لم ينقطع ولم تحدث فيه زيادة، فهو للأول أيضا.

الرابعة: أن يكون الإرضاع بعد أن حملت من الثاني وقبل الوضع، كما تقدم في سابقتها، لكن تجدد في اللبن زيادة يمكن استنادها إلى الحمل من الثاني، فاللبن للاول ايضاً.

الخامسة: أن ينقطع اللبن عن الأول انقطاعاً بيناً يعني مدة طويلة لا يتخلل مثلها اللبن الواحد، ثم يعود في وقت يمكن أن يكون للثاني وذلك بعد مضي أربعين يوما من الحمل الثاني.

السادسة: أن يكون الإرضاع بعد الوضع وهو للثاني خاصة.

الثاني: الكمية، فلا ينشر الرضاع الحرمة كيف كان بل لا بد فيه من قدر معين. وقد اتفق الأصحاب على التقدير بالأثر أو الزمان أو العدد، فالكلام يقع هنا في مواضع ثلاثة:

أحدها: الأثر، وهو عبارة عما أنبت اللحم وشد العظم، ويرتبط بذلك أمور:

١ - هل اشتداد العظم أو نبات اللحم أمران متلازمان فيكفي أحدهما مع ظهوره أم لا، فلابد من ظهورهما؟ الاظهر هو التلازم.

٢ - هل تعتبر العدالة والعدد في المخبر إذا كان من أهل الخبرة والمعرفة بذلك.

٣ - هل كل من الثلاثة أصل للتحريم؟ الظاهر كذلك.

ثانيها: الزمان، والأشهر الأظهر أن أقله يوم وليلة بحيث يرتضع كلّما تقاضاه واحتاج إليه بمعنى أن غذائه في هذه المدة من اللبن خاصة لا يداخله شيء من المأكول والمشروب وإن لم يتم العدد ولم يحصل الأثر، ولا فرق بين اليوم الطويل والقصير، وهل يكفي الملفق منهما لو ابتدأ في أثناء أحدهما؟ إشكال في صدق الشرط وتحقق المعنى المراد.

ثالثها: العدد، فأقل ما يحرم به من العدد، خمسة عشرة على الاظهر.

(مسألة :١٣٠) يعتبر في الرضعات لتحقق العدد قيود ثلاثة:

أحدها: كمالية الرضعة، وحد الكمالية أن يروى الصبي أي الولد مطلقا ويصدر من قبل نفسه، والمراد بذلك تفسير لكل رضعة من الرضعات التي مجموعها محرم ينبت اللحم والدم، ويشد العظم، أو يحصل به العدد المحرم، لا أن ذلك وحده كاف في التحريم والإنبات، وعلى هذا فإذا ارتضع ثم قطع باختياره أو أعرض إعراض ممتل كانت رضعة كاملة، وإن قطع لا بنيّة الإعراض كالتنفس أو الالتفات إلى ملاعب أو الانتقال من ثدي إلى آخر، أو قطعت عليه المرضعة، أو حصل له نوم خفيف، فإن عاد بعد ذلك حتى يعرض بنفسه كان الجميع رضعة، وإلا لم يعتبر في العدد لعدم كونها كاملة.

ثانيها: توالي الرضعات، وفسر بانفراد المرأة الواحدة بإكمال العدد، فلو رضع من امرأة بعض العدد المحرم وأكمله من اخرى لم ينشر الحرمة، وفسر أيضا بأن لا يفصل بين العدد المذكور برضاع امرأة أخرى وإن أكملت الأولى العدد، وربّما كان هو الأظهر من لفظ التوالي، فإن المفهوم منه هو حصول العدد المذكور من امرأة واحدة من غير فصل بين أفراده برضاع امرأة أخرى، وعلى هذا فلو تناوب على إرضاع الصبي عدة نساء الرجل الواحد بحيث أكملن العدد المعتبر، فإنه لا ينشر الحرمة بين الرضيع والنسوة ولا بينه وبين صاحب اللبن.

تتمه: على تقدير التفسير الثاني هل يشترط في الرضاع الذي يقطع التوالي أن يكون رضعة كاملة أو مطلق الرضاع وإن كان أقل من رضعة؟ مع اتفاق الجميع على أنه لا يقطع التوالي تخلل المأكول والمشروب بين

الرضعات، المسألة لا تخلو من شوب التوقف والاشكال.

(مسألة: ١٣١) كما يقدح الفصل بالرضعة في توالي العدد المعتبر كذا يقدح في رضاع اليوم والليلة، بل يقدح في اليوم والليلة تناول المأكول والمشروب أيضا بخلاف العدد، وأما التقدير بالأثر فالمعتبر حصوله كيف كان.

ثالثها: الارتضاع من الثدي، وأنه لو وجر في حلقه (رضّاعه) أو وصل إلى جوفه بحقنة ونحوها أو جعل جبنا فأكله لم ينشر حرمة.

(مسألة: ١٣٢) يشترط في الرضاع المحرم أن يكون المرضعة حية، فلو ارتضع من ميتة العدد أو تمامه لم ينشر حرمة.

الثالث: السن، أن يكون الرضاع في الحولين، فيجب أن يكون سنه وقت الرضاع ما دون الحولين، ويكمل عدد الرضعات أو ما به يحصل الأثر أو الزمان المقرر فيهما فلو ارتضع بعد استكمالهما فإنه لا أثر لذلك الرضاع، والأشهر الأظهر أنه لا فرق في التحريم بالرضاع قبل الحولين بين أن يفطم في ضمن الحولين قبل الرضاع ثم يرتضع في ضمنها أو لم يفطم لصدق الرضاع في الحولين الموجب للتحريم.

(مسألة: ١٣٣) يعتبر ابتداء الحولين من حين انفصال الولد، واختصاص هذا الشرط بالمرتضع الأجنبي أمّا ولد المرضعة فلا يشترط فيه ذلك بل لو ارتضع الأجنبي الرضاع المحرم بعد مضي الحولين لولد المرضعة نشر الحرمة، الا ان الاحتياط اللازم على كل حال يقتضى عموم هذا الشرط لولد المرضعة، فيشترط أيضا في حصول التحريم بلبنه كونه في الحولين، فلو

ارتضع الأجنبي بلبنه بعد تمام الحولين أو وقع بعض النصاب خارجهما لم ينشر حرمة.

(مسألة: ١٣٤) إذا انكسر الشهر الأول اعتبر ثلاثة وعشرون بالأهلة وأكمل التكسير بالعدد من الشهر الخامس والعشرين كغيره من الآجال على الأقوى.

الرابع: اتحاد الفحل، بمعنى أن يكون اللبن لزوج واحد وكذا لو أرضعته امرأة واحدة من لبن فحلين بأن أرضعته بعض الرضعات بلبن فحل ثم فارقته، وأرضعت تمام النصاب بلبن فحل آخر، فإن ذلك لا ينشر الحرمة بين المرتضع والمرضعة، ولا واحد من الفحلين المذكورين.

(مسألة: ١٣٥) قد عرفت أنه لو لم يتحد الفحل بل تعدد لم ينشر اللبن حرمة، وهذا يشمل صورتين:

إحداهما: ما ذكرناه من إرضاع المرأة بعض النصاب بلبن فحل وتمامه بلبن فحل آخر وإن ندر الفرض، ويمكن فرض ذلك بأن يطلقها الزوج الأول بعد أن أرضعت بعض النصاب، ويستقل الصبي بالمأكول والمشروب دون إرضاع أجنبية في البين إلى أن تتزوج بزوج آخر وتلد منه، فإن ذلك لا يضر بالتوالي كما تقدم وترضع تمام النصاب بلبنه، فإن تمام هذا الرضاع لعدم اتحاد الفحل لا يوجب تحريما بين المرتضع والمرضعة، ولا بينه وبين واحد من الفحلين، وعلى هذا فاشتراط اتحاد الفحل يجري على نحو الشروط المتقدمة، بمعنى أن التحريم لا يثبت بفقد الشرط.

ثانيهما: اشتراط اتحاد الفحل في حصول التحريم بين المرتضعين

الأجنبيين بمعنى أنها لو أرضعت بلبن فحل صبيا الرضاع المحرم، وأرضعت آخر بلبن فحل آخر الرضاع المحرم أيضا لم يحصل التحريم بين المرتضعين، فيجوز لأحدهما التزويج بالآخر لو كانا صبيا وصبية.

حاصل هذا الشرط أنه إذا ارتضع ذكر وأنثى من لبن فحل واحد سواء كان رضاعهما دفعة أم على التعاقب، وسواء كان رضاعهما بلبن ولد واحد أم ولدين متباعدين فإنه يحرم أحدهما على الآخر، ولو أرضعت مائة بلبن فحل واحد كذلك حرم بعضهم على بعض.

(مسألة: ١٣٦) لا فرق مع اتحاد الفحل بين أن يتحد المرضعة أو يتعدد بحيث يرتضع أحدهما من إحداهن كمال العدد المعتبر، والآخر من الأخرى كذلك، وإن بلغن مائة كالمنكوحات بملك اليمين والعقد المنقطع.

(مسألة: ١٣٧) لو فرض في الأولاد المتعددين رضاع ذكر وأنثى من واحدة بلبن فحل واحد، ثم رضاع آخرين من تلك المرأة بلبن فحل آخر، وهكذا فإنه يشترط هذا الشرط بين المرتضعين تحريم كل أنثى رضعت مع ذكرها من لبن الفحل الواحد عليه، وعدم تحريمها على الآخر، وحينئذ فيكفي الاخوة في الرضاع من قبل الأب، ولا يكفى من جهة الأم وحدها، وبذلك يظهر قوة هذا القول والاحتياط في مثل ذلك ممّا ينبغي المحافظة عليه.

(مسألة: ١٣٨) قد عرفت حكم المرتضعان الاجنبيتان، وحينئذ فلو كان أحدهما ابنها نسبا وإن لم يكن من الفحل الذي أرضعت بلبنه فإنه يحرم على هذا المرتضع.

(مسألة: ١٣٩) يستحب أن يختار للرضاع المرأة العاقلة المسلمة العفيفة الوضيئة، لأن الرضاع يؤثر في الطباع والصورة، ويجوز استرضاع الذمية من غير كراهة. نعم يكره في المجوسية وأنه يمنعها شرب الخمر وأكل لحم الخنزير، ولا يسلم لها الولد إلى منزلها، وأنه يكره أن تسترضع من لبن من ولادتها عن الزنا وإن كانت أمة أحلها مولاها.

(مسألة: ١٤٠) أعلم أن الرضاعة بالشروط المتقدمة يصير بالنسبة إلى المرضعة والفحل في حكم الولد النسبي في انتشار الحرمة منه إليهما ومنهما إليه، فالتي انتشرت منه إليهما هو أنه صار في حكم ابنهما النسبي في تعدي الحرمة إليهما وإلى أصولهما وفروعهما ومن في طبقتهما سواء كانوا من جهة النسب أو الرضاع بمعنى أن المرضعة تصير أُما والفحل أبا، وآبائهما وأمهاتهما أجدادا وجدات، وأولادهما إخوة وأولاد أولادهما أبناء الاخوة، وإخوة المرضعة وأخواتها أخوالا وخالات وإخوة الفحل وأخواته أعماما وعمات.

أما انتشار الحرمة منهما إليه فهي مقصورة على المرتضع وفروعه، لأنه صار لهما ابنا، وأبناءه أبناء الابن، ولا يتعدى التحريم منهما إلى أصوله ومن كان في طبقته، فحكم من كان من أصوله وفي طبقته مع المرضعة والفحل وأصولها وفروعهما، ومن في طبقتهما حكم الأجانب.

(مسألة: ١٤١) لا تدخل تحت قاعدة «يحرم بالنسب ما يحرم بالرضاع»، أربع صور:

الاولى: أم الأخ والأخت في النسب حرام لأنها أم، أو زوجة أب، أمّا أن

يكون زوجة أب فتحريمها إنما هو من حيث المصاهرة لا من حيث النسب.

الثانية: أم ولد الولد حرام لأنها إما بنته أو زوجة ابنه.

الثالثة: جدة الولد في النسب حرام، لأنها إما أمك أو أم زوجتك.

الرابعة: أخت ولدك في النسب حرام عليك، لأنها إما بنتك أو ربيبتك.

ملخص ما ذكرناه في هذا المقام أنه متى ارتضع الولد من لبن امرأة وفحلها بالشروط المتقدمة، فإنه تصير المرضعة أُما، والفحل أبا، وأولاد الفحل ولادة ورضاعا إخوة وأخوات، وأولاد المرضعة ولادة خاصة على المشهور إخوة وأخوات، وأولادها رضاعا على قول الطبرسي إخوة وأخوات أيضا.

وأصول المرضعة والفحل وفروعهما ومن في طبقتهما كما هم للولد النسبي، فينشر التحريم من الجميع على المرتضع بالشروط، وينتشر منه عليهم.

أمّا أصول المرتضع ومن كان في طبقته فلا يلحقهم تحريم مع أحد من هؤلاء المعدودين.

أعلم إن القاعدة «يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب»، الظاهر منها أنه «يحرم عليك نكاحهن لأنهن بمنزلة ولدك»، يعني في التحريم عليك، فالمنزلة إنما تثبت في التحريم عليه خاصة لا مطلقا حتى أنه يمتنع نكاح إخوة أحد المرتضعة إخوة الآخر.

(مسألة: ١٤٢) هل يجوز لأب المرتضع أن ينكح في أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا، وأولاد المرضعة ولادة ورضاعا أم لا؟ لا يجوز.

(مسألة: ١٤٣) هل يحل للفحل أن يتزوج بأم هذا المرتضع النسبية أم لا؟ الاقوى الجواز.

(مسألة: ١٤٤) هل لأولاد أب المرتضع الذين لم يرتضعوا من لبن هذا الفحل أن ينكح في أولاد الفحل ولادة ورضاعا، وأولاد المرضعة ولادة أم لا؟ الأشهر الأظهر الجواز.

(مسألة: ١٤٥) هل يحل للفحل النكاح في إخوة المرتضع بلبنه أم لا؟ الأشهر الأظهر الجواز.

(مسألة: ١٤٦) المصاهرة كما تتعلق بالنسب وتقتضي التحريم به كذلك تتعلق بالرضاع وتقتضي التحريم به، فكما أن نكاح امرأة يحرم عليه أمها وبنتها مع الدخول بالأم وأختها جمعا وبنت أخيها وأختها بدون رضاها على المشهور إذا كان الجميع من جهة النسب، كذاك يحرمن من جهة الرضاع، فتحرم عليه أمها الرضاعية وبنتها وأختها إلى آخر ما ذكر في النسب فإنهن يحرمن في الرضاع، وكما تحرم أيضا زوجة الأب وزوجة الابن النسبيين كذلك زوجتيهما إذا كانا رضاعيين.

تفريع: لو كان تحته كبيرة فطلقها فنكحت صغيرا وأرضعته الرضاع المحرم بلبن المطلق فإنها تحرم عليهما مؤبد أما على المطلق فإنها لما أرضعت بلبنه وكان ابنه وقد نكحته فصارت حليلة ابنه، وأما على الصغير فلأنها امه وزوجة أبيه أيضا، وسيأتي - إن شاء الله - أن الرضاع المحرم كما يمنع من النكاح سابقا يبطله لا حقا.

(مسألة: ١٤٧) الضابط هنا أن ينزل الولد من الرضاع منزلة الولد من

النسب فأمه حينئذ بمنزلة الأم، وأبوه بمنزلة الأب، وأخته بمنزلة الأخت، إلى آخر المحرمات، ثم تلحقهم أحكام المصاهرة النسبية عينا أو جمعا.

التحريم في الرضاع فرع على هذا التحريم بكلا فرديه، بمعنى أنه إذا أرضعت امرأة بلبن اخرى الرضاع المحرم كانت ابنة لها والفحل أبا وأولادهما اخوة، واخوة الفحل وأخواته أعماماً وعمات، واخوة المرضعة وأخواتها أخوالا وخالات وهكذا، فالتحريم هنا في الرضاع فرع النسب بخصوصه، ثم إذا تزوجت تلك المرأة المرتضعة لحق هؤلاء أحكام المصاهرة من تحريم تلك الرضاعية على الزوج عينا وبنتها الرضاعية مع الدخول كذلك، وأختها الرضاعية جمعا وهكذا.

هذا ممّا كان التحريم فيه فرعاً على النسب والمصاهرة معاً فتحرم أم الزوجة الرضاعية لوقوعها موقع الام النسبية، وبنت الزوجة الرضاعية مع الدخول بأمها بوقوعها موقع البنت النسبية المدخول بأمها وهكذا.

(مسألة: ١٤٨) الرضاع المحرم كما يمنع من النكاح لو كان سابقا عليه كذا يبطله لو كان لاحقا له، فكما أن أُمه لو أرضعت بنتاً بالشروط المتقدمة صارت أخته وحرمت عليه، فكذا لو تزوج رضيعة ثم إن أُمه أرضعتها الرضاع المحرم فإنها تصير أخته، وينفسخ نكاحها وتحرم عليه مؤبدا، وههنا صور خمس:

الاولى: أن يكون الرضاع بسبب مختص بالصغيرة، - والمسألة لعدم النص محل توقف وإشكال- إلا أن الأنسب بالقواعد الشرعية والضوابط المرعية والاقوى هو عدم سقوط المهر بذلك.

الثانية: أن يكون الرضاع بمباشرة الكبيرة وفعلها بأن تولت الإرضاع بنفسها من غير ضرورة تدعو إلى ذلك، والحكم هنا إيضاً عدم سقوط المهر. وهل للزوج الرجوع بالمهر على المرضعة أم لا؟ أم يرجع فقط إن قصدت المرضعة بالإرضاع إفساد النكاح، الاحتياط لا يترك، وممّا يخرجه عن الإلحاق بالمال جواز تفويض البضع وعدم لزوم شيء على تقدير عدم الطلاق، والمال ليس كذلك.

هذا كله إذا سمي له مهرا في العقد، فلو كانت مفوضة البضع فهل يجب للصغيرة شيء على الزوج بإرضاع الكبيرة لها؟ لم يجب لها شيء بالكلية.

الثالثة: أن يكون الرضاع بفعل الصغيرة والكبيرة عالمة، لكن لم تعنها عليه، كما لو سعت الصغيرة إليها وشربت من الثدي، وهي مستيقظة ولم تمنعها ولم تعنها، وفي إلحاقها بالسابقة في الضمان أو عدم الضمان وجهان.

الرابعة: أن تتولى الكبيرة الإرضاع، ولكن في موضع الحاجة بأن لا تجد مرضعة غيرها مع اضطرار الصغيرة إلى الارتضاع ووجب على الكبيرة الفعل.

الخامسة: أن تكون الكبيرة مكرهة على الإرضاع، بأن حملها عليه القادر على فعل ما توعدها به مع ظنها فعله واستلزامه ضررا لا يتحمل مثله عادة وإن لم يبلغ حد الإلجاء، والحكم فى هاتين الصورتين بل فى الصور الاربع هو على وفق الاحتياط للامر به شرعاً لفقد النص.

(مسألة: ١٤٩) لو أرضعت الجدة من الام ابن بنتها بلبن جده حرمت البنت على زوجها، بناء على ما تقدم من المسائل الأربع المذكورة في سابق

هذا المقام، وهي أنه لا يجوز لأب المرتضع أن ينكح في أولاد صاحب اللبن، وأنه كما كان مانعا من النكاح كذلك يكون مبطلاً له بعد وقوعه، فإن هذا الصبي لما ارتضع بلبن جده وجدته، وكذا لو ارتضع بلبن بعض أزواج جده، فإنه يصير ولدا للجد والجدة، ويصيران أصحاب اللبن، فلو نكح أبو المرتضع زوجته بعد هذا الرضاع لصدق أنه قد نكح في أولاد صاحب اللبن، وقد عرفت أنه حرام مانع من النكاح فيكون مبطلا له هنا وموجبا لفسخ النكاح.

(مسألة: ١٥٠) لو كانت البنت التي هي أم المرتضع بنتاً للجدة خاصة، وربيبة لصاحب اللبن فإنه يصدق ذلك أيضا بالنسبة إلى الجدة التي هي صاحبة اللبن، وأنه لا يجوز له النكاح في بنتها بعد صيرورتها صاحبة اللبن، كما أنه إذا ارتضع طفل بلبن امرأة وفحلها حرم على أبيه التزويج في أولادهما وأولاد الفحل وأولاد المرضعة وإن لم يكن من ذلك الفحل، كذلك يكون ذلك مبطلاً للنكاح بعد وقوعه كما عرفت، أما لو كانت الجدة للأب فإنه لا مانع من إرضاعها ابن ابنها.

(مسألة: ١٥١) لو تزوج رضيعة فأرضعتها امرأته الكبيرة حرمتا عليه إن كان قد دخل بالمرضعة، وإلا حرمت المرضعة خاصة، وإن كان الرضاع بلبن غيره، فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمتا معا أيضا لأن الكبيرة أم الزوجة، وأم الزوجة حرام من الرضاع، كما في أم الزوجة من النسب، وأما الصغيرة فلأنها بنت المدخول بها وإن لم يكن دخل بالكبيرة لم تحرم الصغيرة مؤبدا وإن انفسخ نكاحها لأنها ربيبة لم يدخل بأمها، وله تجديد النكاح عليها إن شاء،

أمّا الكبيرة فتحرم عليه بناء على تحريم أم الزوجة مطلقا، دخل بالبنت أم لم يدخل كما هو الأشهر الأظهر.

(**مسألة: ١٥٢**)لو كان تحته كبيرة فطلقها فنكحت صغيرا وأرضعته بلبن المطلق، فإنها تحرم عليهما معا، أما على المطلق فلأن الصغير صار ابنا له، فهي زوجة ابنه، وزوجة الابن حرام على أبيه، وأمّا على الصغير فلأنها أُمه من الرضاع، وزوجة أبيه أيضا.

(**مسألة: ١٥٣**)لو كان له زوجتان كبيرتان وزوجة رضيعة فأرضعت إحدى الزوجتين تلك الرضيعة الرضاع المحرم، ثم أرضعتها الثانية كذلك، وحرمة الصغيرة والمرضعة الأولى حسبما تقدم في سابق هذا الموضع، وأما الزوجة الثانية فالاظهر عدم التحريم لانها اصبحت بالرضاع الاول بنتاً للزوجة الاولى.

(**مسألة: ١٥٤**)اذا تزوج رضيعتين فأرضعتهما امرأته حرمن كلهن إن كان قد أرضعتهما بلبنه، سواء أرضعتهما على الاجتماع أم على التعاقب، أما تحريم الصغيرتين فلأنهما صارتا ابنتيه، وأمّا الكبيرة فلأنها أم زوجتيه وأم الزوجة تحرم وإن لم تدخل بالزوجة، والأم من الرضاع كالأم من النسب كما تقرر، وإن أرضعتهما بلبن غيره، فإن كان دخل بالكبيرة حرمن أيضا جميعا مؤبدا، لأن الرضيعتين وإن لم يكونا بالرضاع ابنتيه لكنهما ابنتا زوجته المدخول بها وهي أم زوجتيه فيحرمن كلهن، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فلا يخلو إما أن تكونا ارتضعتا منها دفعة أو على التعاقب، فإن كان الأول بأن أعطتهما في الرضعة الأخيرة كل واحدة ثديا وارتويا دفعة واحدة انفسخ عقد

الجميع لتحقق الجمع بين الأم وبنتيها بالعقد، واختص التحريم المؤبد بالكبيرة لأنها أم زوجتيه، وله تجديد العقد على من شاء من الأختين، وإن أرضعتهما على التعاقب انفسخ نكاح الكبيرة والأولى خاصة لتحقق الجمع المحرم فيهما وبقي نكاح الثانية، لأن الكبيرة لم تصر لها أماً حتّى انفسخ عقدها فلم يتحقق الجمع المحرم، ويبقى حل الصغيرة الاولى موقوفا على مفارقة الثانية كما في كل أخت الزوجة غير معقود عليها، وقس على هذا ما لو أرضعت له زوجة ثالثة ورابعة دفعة أو على التعاقب.

(مسألة: ١٥٥) لو زوج أبنه الصغير بأبنة أخيه الصغيرة ثم أرضعت جدتهما أحدهما انفسخ نكاحهما، لأن الجدة إن كانت للأب وكان المرتضع الذكر، فإنه يصير عما لزوجته، لأنه صار أخا أبيها لأمه من الرضاع بعد أن كان ابن عمها فتحرم عليه، وإن كان المرتضع الأنثى فإنها تصير عمة لزوجها لأنها أخت أبيه لامه فتحرم عليه أيضا، وإن كانت الجدة المرضعة جدة للام بأن كانا ولدي خالة كما كانا ولدي عم، فإن كان المرتضع الذكر فإنه يصير خالا لزوجته لأنه صار أخا أمها من الرضاع، وإن كان المرتضع الأنثى فإنها تصير خالة لزوجها، لأنها أخت امه من الرضاع.

(مسألة: ١٥٦) لو تزوجت المرأة الكبيرة بصغير بأن عقد له عليها وليه الإجباري، ثم فسخت منه بعيب أو غيره من الأمور الموجبة للفسخ ثم إنها تزوجت بكبير وأرضعت ذلك الصغير بلبن زوجها الكبير فإنها تحرم على الزوجين معا، أما على الصغير فلصيرورته ابناً لها وهي أم له، أما الكبير فلأنها كانت زوجة لابنه الرضاعي وحليلة الابن محرمة، وكذا الحكم لو تزوجت

بالكبير أولا ثم طلقها، ثم تزوجت بالصغير ثم أرضعته بلبنه.

(**مسألة: ١٥٧**)لو طلق زوجته الكبيرة فأرضعت زوجته الصغيرة حرمتا عليه إن كان دخل بالكبيرة لصيرورتها أم زوجته، وصيرورة الصغيرة بنتا له إن كان الرضاع بلبنه، وإن لم يكن الرضاع بلبنه تصير بنتا للزوجة المدخول بها، وإن لم يدخل بالكبيرة حرمت الكبيرة خاصة لما عرفت دون الصغيرة، لأن البنت لا تحرم على الزوج بمجرد العقد على أمها بل مع الدخول بالأم. نعم ينفسخ النكاح فله تجديده إن شاء.

(**مسألة: ١٥٨**)لو كان له زوجتان كبيرة وصغيرة فأرضعت أم الزوجة الكبيرة زوجته الصغيرة انفسخ نكاحهما معا لصيرورة الصغيرة حينئذ أختا لزوجته الكبيرة والجمع بين الأختين في النكاح محرم، ولو أرضعت الصغيرة جدة الزوجة الكبيرة أو أختها صارت الصغيرة جدة الكبيرة لأبيها تصير الصغيرة عمة الزوجة الكبيرة، وينفسخ النكاح هنا لعدم جواز الجمع إلا مع رضا العمة، والعمة هنا صغيرة لا يمكن اعتبار رضاها في الصورتين.

الاولى: لو أرضعت الصغيرة جدة الكبيرة للام، تصير الصغيرة خالة الزوجة الكبيرة فينفسخ النكاح أيضا لعين ما ذكرنا في العمة.

الثانية: لو أرضعت الصغيرة أخت الكبيرة تكون الكبيرة خالة الصغيرة، فإن رضيت صحّ النكاح ولا فسخ، ولو أرضعت امرأة أخي الكبيرة تلك الصغيرة صارت الكبيرة عمة الصغيرة، فإن رضيت لم ينفسخ النكاح أيضا، وينبغي أن يعلم أن غاية ما يلزم هنا هو انفساخ العقد لعدم جواز الجمع لا التحريم المؤبد.

(مسألة: ١٥٩) لو كان لاثنين زوجتان صغيرة وكبيرة فطلق كل منهما زوجته، وتزوج كل منهما بزوجة الآخر، ثم أرضعت الصغيرة منهما الكبيرة، قالوا: حرمت الكبيرة عليهما معا لكونهما أم زوجة.

(مسألة: ١٦٠) إذا ادعى أحد الزوجين الرضاع المحرم فلا يخلو إما أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة فالكلام هنا في الموضعين:

الأول: أن يكون المدعي هو الزوج، بأن يدعي على المرأة أنها أمه من الرضاع أو بنته أو أخته مثلا، فإما أن لا يمكن قبول دعواه بحيث يكذبه الحس وينافيه الوجدان، بأن يقضي - الوجدان بالنظر إلى سن كل واحد منهما - أنه لا يمكن ارتضاعهما من لبنه في الحولين، أو لا يمكن رضاعه من لبنها كذلك أو لا يمكن ارتضاعهما من امرأة واحدة أو بلبن رجل واحد، فإنه لا يلتفت إلى دعواه ولا يعمل عليها وجاز له أن يتزوجها، وإن كان قد تزوجها صحّ تزويجه ولم تحرم عليه، أو يمكن ذلك وعلى هذا إن كان قبل العقد عليها يحكم عليه باعترافه، ولا يجوز له التزويج بها ظاهرا سواء صدقته أو كذبته وإن أكذب نفسه وادعى تأويلا محتملا، وإن كانت الدعوى المذكورة بعد العقد عليها وقبل الدخول وصدقته في تلك الدعوى فالعقد باطل، ولا مهر ولا متعة لها لانتفاء النكاح، وإن كانت بعد الدخول وكانت عالمة بذلك قبل الدخول فلا شيء لها أيضا، وإن لم تعلم إلا بعد الدخول فهي حال الدخول جاهلة بالتحريم.

هذا فيما إذا صدقته الزوجة، أما لو كذبته فإن أقام بينة على دعواه التحريم حكم بها وكان كما لو صدقته، وإن لم يكن ثمة بينة حكم على

بالحرمة لاعترافه، ولا يقبل قوله بالنسبة إلى المرأة فإن ادعى عليها العلم فله إحلافها، ومتى حلفت أو لم يدع عليها العلم وكان ذلك قبل الدخول ثبت لها المهر، وأما بعد الدخول فالواجب وهو حكم بالفرقة بينهما.

الثاني: أن يكون مدعي الرضاع المحرم هو الزوجة، وحينئذ فإن كان ذلك قبل التزويج حكم عليها به وحرم عليها نكاحه، وإن كان بعد التزويج سمعت أيضا دعواها الحرمة وإن كانت قد رضيت بالعقد لجواز جهلها بالحرمة حال العقد، وإنما تجدد لها باخبار الثقات بعد ذلك، فلا يكون فعلها مكذبا لدعواها، وحينئذ فإن صدقها الزوج على دعواها وكان ذلك قبل الدخول بها ثبتت الفرقة بينهما ولا شيء لها، وإن كان بعد الدخول فلها مهر المثل أو المسمى على الخلاف المتقدم مع جهلها حال العقد، وإنما حصل العلم بالتحريم لها بعده.

أمّا مع العلم بالتحريم قبله فهي بغي لا مهر لها، وإن كذبها الزوج وكان ذلك بعد العقد وقبل الدخول لم تقبل دعواها في حقه، وله المطالبة بحقوق الزوجية وليس لها الامتناع بحسب الظاهر، ولكن ليس لها ابتداءها بالاستمتاع لأنه محرم بزعمها، ولا مهر لها لفساده بزعمها، ويجب عليها أن تفتدي منه بما أمكنها، والتخلص من ذلك بكل وجه ممكن، وإن كذبها الزوج وكان ذلك بعد الدخول بها فالحكم في المهر كما تقدم، وأما في بطلان العقد فإنه لا يقبل قولها إلا بالبينة، لكن لها إحلافه لو ادعت عليه العلم فيحلف على نفى العلم بذلك، فإن حلف اندفعت دعواها وحكم بصحّة النكاح ظاهرا، وعليها فيما بينها وبين الله التخلص من ذلك بحسب الإمكان،

وإن نكل ردت اليمين عليها فتحلف على البت، لأنه حلف على إثبات فعل، فإن حلفت حكم بالفرقة بينهما، ووجب بالدخول ما مر، وإن نكلت أو نكلا معا بقي النكاح ظاهرا، وحيث يبقى بحسب الظاهر فليس لها الابتداء بالاستمتاع كما عرفت ولا المطالبة بحقوق الزوجية من نفقة وكسوة ومبيت عندها ونحو ذلك، لاعترافها بأنها ليست زوجة. نعم لها قبول ذلك مع دفع الزوج.

(مسألة: ١٦١) هل يثبت بشهادة النساء منفردات أو منضمات أم لا، الاظهر قبولها، للقاعدة الواردة بأن كل ما يعسر إطلاع الرجال عليه يصحّ شهادتهن فيه، وأنه في كل موضع يكفى فيه شهادة النساء منفردات لا يكفي فيه أقل من أربع نساء، ولا يقبل الشهادة بالرضاع مجملة، فلا يكفي الشهادة بحصوله مطلقاً لوقوع الخلاف فيه كمية وكيفية، فلو شهد الشاهد أن بين فلان وفلانة رضاعاً محرماً لم يقبل ذلك.

نعم لو علم أن مذهب الشاهد لا يخرج عن مذهب الحاكم بأن يكون من جملة مقلديه الموثوق بمراعاته مذهبه، فلا يحتاج إلى التفصيل المذكور وإن كان أحوط، ومثله ما لو كان الشاهد فقيهاً موثوقاً به وهو موافق الحاكم في جميع شرائط الرضاع، هذا كله إذا كانت الشهادة على نفس الرضاع، أما لو كانت على إقرار المقر به فإنه لا يعتبر ما ذكر من التفصيل وإن أمكن استناد المقر إلى ما لا يحصل به التحريم عند الحاكم إلا أن يعلم استناده إلى مذهب يخالف مذهب السامع أو الحاكم، ولا تقبل إلا شهادة رجلين، لأن الإقرار ممّا يطلع عليه الرجال غالبا.

(مسألة: ١٦٢) لو كان له أخت من الرضاع أو بنت أو نحوهما فامتزجت بأهل قرية، فهنا صورتان:

إحداهما: أن يكون الاختلاط بعدد غير محصور بالعادة كنسوة بلد أو قرية كبيرة فله نكاح واحدة منهن.

الثانية: أن يكون الاختلاط بعدد محصور في العادة (كبيت فلان مثلاً) فيمنع من النكاح هنا لوجوب اجتناب المحرم، ولا يتم إلا باجتناب الجميع.

تنبة: لو عقد على واحدة من العدد المحصور، فلا ريب أنه منهي عن ذلك وأن العقد باطل بحسب ظاهر الشرع، ولكن لو ظهر بعد العقد أن المعقود عليها ليست من المحرمات عيناً ولا جمعاً، فهل يحكم بصحة العقد ظاهراً؟، الاظهر الثاني والأحوط التجديد.

(مسألة: ١٦٣) لو حصل الشك في بلوغ النصاب من العدد المعتبر أو في وصول اللبن إلى الجوف في بعض المرات أو نحو ذلك من الشروط المعتبرة في التحريم لم تثبت الحرمة، إلا أن الاحتياط يقتضي التحريم كما استفاض الأمر به سيما في النكاح محافظة على النسل الممتد إلى يوم القيمة، أمّا لو شك في وقوع الرضاع في الحولين، فالارجح النفى.

(مسألة: ١٦٤) لو تزوج بنت الأخ أو الأخت على العمة أو الخالة من الرضاع، فإن كان بإذنهما صحّ على الاظهر وإلا بطل.

(مسألة: ١٦٥) إذا أوقب غلاماً حرمت عليه أم الغلام وبنته وأخته مؤبداً إذا كن من النسب، والظاهر أنهن لو كن من الرضاع فكذلك.

(مسألة: ١٦٦) يحرم الجمع بين الأختين في النكاح، سواء كانت الأختية

من النسب أو الرضاع، ولا فرق بين كون العقد دائما أو منقطعا دخل بإحداهما أم لم يدخل.

(مسألة: ١٦٧) متى فجر بعمته أو خالته حرم عليه التزويج بابنتهما نسباً، ومقتضى القاعدة النبوية المتقدمة تحريم البنت الرضاعية أيضا حسبما عرفت في غير هذا الموضع من فرعية الرضاع على النسب في كل موضع حكم بالتحريم فيه نسباً[1].

المطلب الثالث: فيما يحرم بالمصاهرة

الأول: النكاح الصحيح

(مسألة: ١٦٨) من وطأ امرأة بالعقد الصحيح دواما أو متعة أو بالملك حرم على الواطئ أم الموطوءة وبناتها وإن سفلن، تقدمت ولادتهن أو تأخرت ولو لم تكن في حجره وكذا يحرم على الموطوءة أبو الواطئ وإن علا وأولاده وإن سفلوا تحريما مؤبدا، ولو تجرد العقد عن الوطي حرمت المعقود عليها على أب العاقد وإن علا، وأولاده وإن سفلوا.

(مسألة: ١٦٩) تحرم أخت الزوجة جمعاً لا عيناً، فيحرم الجمع بينهما في الدائم والمنقطع، وفي النكاح بالملك سواء كانت الأختية لأب وأم أو لأحدهما، ولو أراد نكاح الأخت الأخرى بعد أن نكح الاولى فليس له ذلك حتى تخرج الاولى من العدة أو يكون الطلاق بائناً، وإذا انقضى أجل المتعة

---

(١) أقول: سيأتي منه تتمه في المقصد الرابع تشتمل على أحكام المرضعة ومدة الرضاع والحضانة. فراجع. (المؤلّف)

فلا يجوز العقد على أختها حتى تنقضي العدة على الصحيح.

(مسألة: ١٧٠) لو وطئ الأب زوجة ابنه لشبهة لم تحرم على ابنه لسبق الحل إنّما يحرم بناء على القول المشهور به إذا كان سابقا على النكاح، فلو كان متأخرا كما هنا لم يحرم، ويتفرع على الخلاف ما لو وطأها الابن ثانيا، فإن قلنا بأنه يحرم لا حقاً فقد حرمت عليه، فلو وطأها ثانيا وكانا عالمين بالتحريم فهو زان ولا مهر لها سوى الأول، وإن كانا جاهلين أو هي جاهلة، فإن لها بهذا الوطي مهر المثل كغيره من وطئ الشبهة، فيكون لها على الولد مهران حينئذ المسمى الأول، ومهر المثل ثانيا، ولها على أبيه أيضا مهر المثل لوطء الشبهة.

(مسألة: ١٧١) الضابطة فى التحريم بالجمع مخصوصا بالأختين والبنت وأمها والأُم وبنتها، أمّا الجمع بين الجمع بين العمة وبنت أخيها، والخالة وبنت أختها، فليس بمحرم، وإنّما يشترط الاذن منهما، فبدونه يحرم ذلك، على الاقوى.

(مسألة: ١٧٢) ليس للزوج إدخال بنت الأخ وبنت الأخت على العمة والخالة إلا مع إذن العمة والخالة، وله إدخال العمة والخالة على بنت الأخ وبنت الأخت من غير استيذان المدخول عليها، وهل يشترط علم العمة والخالة بكون المدخول عليها ابنة أخ أوبنت أخت ويرضيان بذلك أم لا؟ الاظهر العدم.

(مسألة: ١٧٣) أنك قد عرفت أنه لا يجوز إدخال بنت الأخ وبنت الأخت على العمة والخالة إلا برضاهما، وحينئذ فلو عقد عليهما وأدخلهما بدون

ذلك، فما حكم ذلك العقد؟، الاظهر أن صار محلاً للريبة فالظاهر البطلان، ويؤيده أوفقيته للاحتياط المطلوب سيما في النكاح.

(مسألة: ١٧٤) الزنا المتأخر عن العقد الصحيح لا ينشر حرمة المصاهرة، سواء في ذلك الزنا بالعمة والخالة أو غيرهما، ولا ريب في ترجيح هذا القول بموافقة الاحتياط، فالاحتياط يقتضي الوقوف عليه. نعم لا يبعد تخصيص هذا الحكم بالمدخول بها فلو عقد عليها ولم يدخل فزنا أفسد ذلك الزنا نكاحه، كما لو تقدم على العقد.

(مسألة: ١٧٥) لو زنا بالعمة والخالة حرمت عليه بناتهما.

(مسألة: ١٧٦) الاقوى عدم جواز التزويج بالزانية إن كانت مشهورة بالزناء حتى تعرف منها التوبة بطريق أولى وكذا الرجل المشهور بالزناء أمّا التزويج بالزانية غير المشهورة فيشترط في جواز التزويج بها، إمّا ظهور التوبة أو منعها من الزنا الذي عبر عنه بأنه «يحصن بابه».

(مسألة: ١٧٧) هل يجوز إمساك الزوجة وإن أصرت على الزنا، المسألة لا تخلو من شوب التوقف والاشكال.

(مسألة: ١٧٨) تجب العدة على الزانية إذا أرادت أن يتزوج الزاني أو غيره بها، وذلك فى الحامل، أمّا لو كانت ذات بعل أى متزوجة، فالظاهر سقوط العدة، وولد للزوج، ويستحبّ الاستبراء بالعدة وكراهة الجماع بدونه، والاحتياط ظاهر.

(مسألة: ١٧٩) وطئ الشبهة، والمراد به ما ليس بمستحق منه مع عدم العلم بتحريمه، كالوطئ في نكاح فاسد أو شراء فاسد مع عدم العلم

بفسادهما، وإذا ظن أجنبية أنها زوجته أو أمته فوطأها ونحو ذلك، وقد أختلف فى نشر الحرمة بذلك، والمسألة لا تخلو من توقف وإشكال.

(مسألة: ١٨٠) النظر المحرم إلى الأجنبية والمس هل ينشر الحرمة؟ فتحرم به الأم وإن علت، والبنت وإن نزلت أم لا؟ الظاهر أنه لو وقع اللمس أو النظر وكذا القبلة بشبهة فإنه لا يحرم.

(مسألة: ١٨١) المصاهرة بالنكاح الصحيح أو الزنا أو وطئ الشبهة أو النظر واللمس كما تحرم بالنسب كذلك تحرم بالرضاع، فكل من حرم بالمصاهرة بسبب كالأبوة والبنوة والأميّة والبنتية ونحوها إذا كان من النسب حرم نظيره في الرضاع فيحرم الموطوءة بالعقد على أب الواطئ الرضاعي كما تحرم على أبيه النسبي وإن علا، وابنه نسبا ورضاعا وإن نزل، ويحرم على الواطئ أمها رضاعا كما تحرم الأم النسبية وإن علت وهكذا ابنتها، لعموم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

التقريب فيه صدق الام والبنت في موضع التحريم على الرضاعيتين كما تصدق على النسبيتين، وهكذا في الأب والابن والأخت والعمة والخالة ونحوها من المحرمات النسبية.

(مسألة: ١٨٢) حرم الجمع بين الأختين في النكاح، وحينئذ فلو تزوجهما فلا يخلو أن يكونا مترتبتين إحداهما بعد الأخرى، أو يقع ذلك في عقد واحد، فالكلام هنا في موضعين:

أحدهما: أن يتزوجهما بالترتيب إحداهما قبل الأخرى، والظاهر بطلان عقد الثانية خاصة، فإن وطأ الثانية فرق بينهما، ولا يرجع في نكاح

الاولى حتى تخرج التي وطأها من العدة، أمّا لو اشتبه ذلك ولم يعلم السابق من اللاحق، فالظاهر هو تحريمهما معاً.

ثانيها: ما لو تزوجهما معا في عقد واحد، وكذا في الزائد على الأربع.

(مسألة: ١٨٣) هل يجوز الجمع بين اثنين من ولد فاطمة (عليها السلام) أم لا؟ الاظهر عدم الجواز.

التحقيق أن هذه المسألة مثل مسألة الجمع بين الأختين حذو النعل بالنعل، وحينئذ فالمخرج منها هنا كما تقدم ثمة، وهو أنه يفارق الثانية، وإن طلقها فهو أولى وأحوط ويتجنب الاولى حتى تخرج الثانية من العدة، وإن أراد الثانية اعتزلها وطلق الاولى، ومتي خرجت من العدة عقد الثانية عقدا مستأنفا.

الثاني: المحرم عينا

(مسألة: ١٨٤) لا يحل العقد على ذات البعل، والاقرب هنا بطلان العقد. نعم لو اعتقد صحته وصحة ما يترتب عليه كان مشرعاً، وكيف كان فتحريم العقد على ذات البعل أولى.

(مسألة: ١٨٥) هل تحرم على العاقد بذلك العقد فلا يجوز له تزويجها لو طلقها زوجها أم لا؟ الاظهر كذلك في صورتي العلم بكونها ذات بعل، سواء دخل بها أو لم يدخل، و في صورة الدخول بها علم أو لم يعلم، وهذا حكم العقد في العدة.

نعم لو انتفى الأمران: من العلم بكونها ذات بعل والدخول بها، بأن عقد عليها غير عالم بأنها ذات بعل ولم يدخل بها، فالظاهر عدم التحريم.

(مسألة: ١٨٦) لو زنى بذات بعل أو في عدة رجعية، فإنها تحرم عليه مؤبدا، ولا يجب عليه عدتان بل تكتفى بعدة واحدة لكل منهما.

(مسألة: ١٨٧) إذا تزوج الرجل امرأة في العدة فلا ريب في أن العقد فاسد، ثم إنه إن كان عالماً بكونها في عدة وأنه يحرم ذلك، فلا ريب في أنها تحرم مؤبدا بمجرد ذلک العقد، وإن كان جاهلا بأحدهما لم تحرم عليه إلا بالدخول.

ينبغي أن يعلم أن تفصيل أحكام المسألة أنهما إما أن يكونا عالمين أو جاهلين، أو تكون المرأة عالمة والرجل جاهلاأو بالعكس، وعلى كل من هذه التقديرات إما أن يحصل دخول أم لا؟ فهنا صور:

الأولى: أن يكونا عالمين بالعدة والتحريم ويدخل بها تحرم عليه مؤبدا.

الثانية: الصورة بحالها إلا أنه لم يدخل بها، الحرمه مؤبدا.

الثالثة: أن يكونا جاهلين بالعدة أو التحريم ويدخل بها، وهذه كذلك تحرم مؤبدا.

الرابعة: الصورة بحالها إلا أنه لم يدخل، وهذه لا تحرم عليه.

الخامسة: علم إحداهما وجهل الآخر، فأن كانت المرأة عالمة دون الرجل فالنكاح من جهته صحيح لا يلحقه إثم بذلك ولا عقوبة، ومن جهتها باطل فإنها زانية، ويجب عليها حد الزاني، وليس على زوجها بقذفه لها شيء لثبوت الزنا، وإن جهلت تحريم التزويج في العدة، وقذفها زوجها بالزنا والحال هذه فأنه موجب للحد عليه.

(مسألة: ١٨٨) الحكم في عدة الوفاة المجهولة مقيد بما إذا علم الزوج بالوفاة، وإلا فلو لم يعلم ولا حصل دخول، فإنه لا تحرم بغير إشكال، وحينئذ فإذا علم بالوفاة وعقد في تلك المدة المتخللة بين الوفاة وبين العدة، أو دخل والحال كذلك، فالأظهر عدم التحريم المؤبد، بخلاف العدة الرجعية أو البائنة أو غيرهما، والمسألة لا تخلو من الاشكال، ومع الدخول فإنها تحرم على أبيه وابنه مطلقا، لأنه إما زنا أو وطئ شبهة، وقد تقدم أنهما موجبان لذلك على الأصح، وإن كان الثاني منهما لا يخلو عن توقف كما تقدم ذكره، وبالدخول يجب عليه المهر، وهو ممّا لا إشكال فيه، لكن هل الواجب هو المسمى في العقد أو مهر المثل؟ الاظهر ثبوت مهر المثل كما أن الاظهر ثبوته به، ومع عدمه لا شيء لها.

(مسألة: ١٨٩) إذا تزوج في العدة ودخل بها فحملت، فمتى كان جاهلا كان النكاح شبهة فيلحق به الولد، بشرط أن يكون لستة أشهر فصاعدا من وقت الوطي، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين الوطي فهو للأول.

(مسألة: ١٩٠) أعلم أن الجهل تارة بالحكم الشرعي وآخرى ببعض جزئيات الحكم الشرعي وأفراد موضوعه، وقد عرفت معذورية كل منهما، إلا أن الأول أعذر، لعدم قدرته على الاحتياط، وذلك فإن الجاهل بالحكم الشرعي، وهو تحريم التزويج في العدة جهلا ساذجا غير متصور له بالمرة، لا يتصور الاحتياط في حقه بالكلية لعدم تصوره الحكم بالمرة كما عرفت.

أمّا الجاهل بكونها في عدة مع علمه فتحريم التزويج في العدة، فهو جاهل بموضوع الحكم المذكور مع معلومية أصل الحكم له، وهذا يمكنه

الاحتياط بالفحص والسؤال عن كونها ذات عدة أم لا، إلا أنه غير مكلف به، بل ظاهر مرجوحية السؤال والفحص، نعم متى كان الجهل ببعض جزئيات الحكم الشرعي مع العلم بأصل الحكم فإنه يجب الفحص والسؤال.

(مسألة: ١٩١) من لاط بغلام فأوقب، فإنه يحرم على الواطئ العقد على أم ذلك الموطوء وأخته وبنته، هذا مع عدم سبق عقدهن على الفعل المذكور، فلو سبق فإن الفعل المذكور لا يوجب تحريما.

أعلم أن تحقيق الكلام في المقام يتوقف على بيان أمور:

الأول: الظاهر أن الإيقاب المترتب عليه التحريم في هذا المقام هو إدخال بعض الحشفة ولو قليلا وإن لم يترتب عليه الغسل، فإن الغسل إنما يجب بغيبوبة الجميع.

الثاني: تعدي الحكم إلى الأم وإن علت، والبنت وإن سفلت، فتحرم على الفاعل جدات المفعول لأب كن أو لام، لصدق الام على كل منهن، وكذا القول في البنات، سواء كن بنات أولاد أو بنات بنات، أما الأخت فلا يتعدى الحكم إلى بنتها.

الثالث: عدم الفرق في المفعول بين الصغير والكبير أما الفاعل، فالاظهر أنه مختص بالكبير، والمسألة لا يخلو من شوب الاشكال، وإن كان الاحتياط التعميم، وعلى تقدير الشمول للصغير فإن التحريم يتعلق بالولي قبل بلوغ الفاعل، وبعد البلوغ يتعلق به كما صرحوا به أيضا.

(مسألة: ١٩٢) لو عقد المحرم على امرأة عالما بالتحريم حرمت عليه مؤبدا وإن لم يدخل بها، ولو كان جاهلا فسد العقد ولم تحرم مؤبدا وإن

دخل، وينبغي أن يعلم أنه إنما يحصل التحريم بالعقد مع صحته لولا المانع الذي هو الإحرام، وحينئذ فلا عبرة بالفاسد، ولا يترتب عليه تحريم سواء علم بفساده أم لا.

(مسألة: ١٩٣) يحرم وطئ الصبية قبل بلوغ تسع سنين، وعلى هذا فلو خالف وتزوج بصبية لم تبلغ تسع سنين فوطأها، فأنه بالإفضاء يحرم عليه وطؤها ونكاحها وإن كانت زوجته، ولا تبين منه بمجرد ذلك، وأنه إن أمسكها وقام بواجبها فلا إشكال، ولا يجب عليه شيء أزيد من ذلك، وإن طلقها وجب عليه الدية.

الإفضاء هو صيرورة مسلك البول والحيض واحدا بذهاب الحاجز بينهما أما بين الغائط والحيض فبعيد[1].

تتمه: إذا تزوجت، فهل يكون الحكم كذلك أم لا؟ الظاهر كذلك.

(مسألة: ١٩٤) إذا وطأ أجنبية قبل البلوغ بزنا أو نكاح شبهة فأفضاها، فهل تثبت فيها الأحكام المذكورة من التحريم المؤبد والإنفاق إلى أن يموت أحدهما أم لا؟ لا ريب أن القدوم على تحريم ما أحله الله وتحليل ما حرم الله بغير نص واضح جرأة عظيمة لمخالفة الآيات والروايات، وهذه الأجنبية ممّا علم حل نكاحها قبل وقوع الفعل اتفاقا، والقول بتحريمها به يحتاج إلى النص الصريح كما ورد في الزوجة، على أن الأمر في الزوجة كما عرفت آنفا محل إشكال.

---

(١) أقول: قد تقدم منه بعد ذكر ثلاث أحتمالات أنه قرب ما ذكره أهل اللغة وهو تصيرورة مسلك البول والغائط واحدا، وهو بعيد. (المؤلّف)

(مسألة: ١٩٥) لو كان الإفضاء بالوطء بعد بلوغ الزوجة لم يكن على الزوج شيء لأن الوطي مأذون فيه محلل له شرعا، وإذا حصل به الإفضاء لم يثبت به شيء من هذه الأحكام.

(مسألة: ١٩٦) الواجب في البنت المتولدة من ماء الزاني بالنسبة إليه، والولد المتولد من الزانية بالنسبة إليها، وكذا بالنسبة إلى الاخوة وأشباههم في الموضعين هو العمل بما يقتضيه الاحتياط من المعاملة تارة بحكم الأجنبي، وتارة بحكم الأولاد النسبية، فتحرم المناكحة بينه وبين من تولد منه كالولد النسبي، ويحرم النظر واللمس كما يحرم في الأجنبي وعلى هذا فقس.

المطلب الرابع: استيفاء العدد

المراد به ما هو أعم من العدد في الزوجات والمطلقات، وحينئذ فهنا مقامات:

الأول: عدد الزوجات

(مسألة: ١٩٧) لا يجوز للحر أن يجمع بين ما زاد على أربع حرائر بالعقد الدائم، إما بملك اليمين والعقد المنقطع فله ما شاء.

(مسألة: ١٩٨) إذا تزوج الحر بالعقد الدائم أربع حرائر حرم عليه الزائد حتى تموت واحدة منهن أو يطلق واحدة منهن، وتنقضي عدتها إذا طلقها طلاقا رجعياً، لأن الرجعية بحكم الزوجة ومن ثم لزمت نفقتها، وجاز الرجوع إليها بمجرد الفعل كالاستمتاع فلم يفارق الزوجة في الحكم، وحينئذ فلا تحل الخامسة ما لم تنقضي العدة لمّا تقدم من النهي عن جمع

مائه في أكثر من أربع حرائر، وإذا طلقها بائناً، فهل يكون التزويج متوقفا على انقضاء العدة أيضا كما في الرجعية أم لا؟ الاظهر عدم توقفه عليها[1].

تتمه: لو كانت متعة قد انقضى أجلها وبقيت في العدة، فهل يجوز العقد على أختها في تلك الحال؟، الاظهر عدم الجواز.

(مسألة: ١٩٩) إذا طلق إحدى الأربع بائنا وتزوج اثنتين فالعقد للسابقة إن وقع الترتيب، وإن اقترنا في العقد فله ان يختار أيهما شاء.

الثاني: الطلاق المحرم

هو ثلاث أو تسع فالكلام هنا في موضعين.

الاول: في الثلاث أن كل امرأة حرة استكملت الطلاق ثلاثا حرمت حتى تنكح زوجا غير المطلق، سواء كانت مدخولا بها أو لم يكن، راجعها أو تركها، وسواء كان زوجها حرا أو عبدا.

الثاني: في التسع أنه إذا استكملت المطلقة تسعاً للعدة ينكحها بينها رجلان بعد الثالثة وبعد السادسة، فإنها تحرم على المطلق أبدا.

المراد بطلاق العدة هو أن يطلقها بالشرائط ثم يراجعها في العدة ويطأها، ثم يطلقها في طهر آخر، ثم يراجعها في العدة ويطأها، ثم يطلقها الثالثة، ثم ينكح زوجا غيره بعد العدة، ثم يفارقها وتعتد منه فيتزوجها الأول، ويفعل كما فعل أولا، ثم بعد الطلقة السادسة يتزوجها آخر، ثم يرجع إلى زوجها الأول بعد العدة ويعمل بها كما تقدم، فإنها في التطليقة التاسعة تحرم عليه مؤبدا.

---

(١) أقول الاظهر المنع في الطلاق الخلعي قبل انقضاء العدة للعلة نفسها لامكان انقلابه رجعي في العدة برجوع الزوجة بالبذل، والله العالم. (المؤلّف)

ومن هنا يعلم أن إطلاق كون التسع للعدة إنما وقع تجوزا فإن الثالثة من كل ثلاث إنما هي للسنة لا للعدة.

المطلب الخامس: في اللعان

لا خلاف في كونه موجبا للتحريم المؤبد، وكذا الحكم لو قذف الزوج امرأته الخرساء والصماء بمّا يوجب اللعان بأن يرميها بالزنا مع دعوى المشاهدة وعدم البينة، والحكم مقطوع به.

(مسألة :٢٠٠) هل يشترط اجتماع الخرس والصمم أو يكفي أحدهما، الاظهر الاشترط، ولا فرق في الزوجة بين كونها مدخولا بها وعدمه، ومتى حرمت قبل الدخول ثبت جميع المهر استصحاباً لمّا وجب عليه بالعقد، ولي في هذا الحكم توقف.

(مسألة : ٢٠١) لو لم يدع المشاهدة لم تحرم ووجب عليه الحد، ولو أقام البينة بما ادعاه لم تحرم أيضا، إلا أنه لا حد عليه، ولا يسقط الحد عنه بالقذف مع الحكم بتحريمها عليه، وإن سقط باللعان من حيث إقامته مقام الشهود المسقطة للحد عنه، ويبقى الحد في ذمته لو لم ترافعه إلى الحاكم الشرعي أو لم يسمعه أحد، ويحرم عليه بذلك فيما بينه وبين الله، ولو انعكس الفرض بأن قذفت السليمة الأصم أو الأخرس فالتحريم مؤبد.

المطلب السادس: الكفر

(مسألة : ٢٠٢) لا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتابية وأما الكتابية فالأظهر ذلك إلّا أن المسألة محل اشكال، والمجوس من أهل الكتاب، وأنه حيث لم يشتهر نبي المجوس وكتابهم كشهرة كتابي اليهود والنصارى

ونبيّهما بل كانوا عند الناس أوّلاً وآخراً أنهم ليسوا بأهل الكتاب ولا نبي وقع التعبير بأن يسن بهم سنّة أهل الكتاب المشهورين ويلحقوا بهم، إلّا أنه يكره الزواج بهم عند التمكن من غير المجوسية في الدائم، ويجوز في المتعة من غير كراهة، وهو الأظهر.

أما الصابئة، فإجراء أحكام اليهود عليهم لصدق الاسم، ودوران الأحكام مداره، فعن الصادق عليه السلام «قال: سمي الصابئون لأنهم صبوا إلى تعطيل الأنبياء والرسل والشرائع، وقالوا كلما جاءوا به باطل، فجحدوا توحيد الله ونبوة الأنبياء ورسالة المرسلين، ووصية الأوصياء، فهم بلا شريعة ولا كتاب ولا رسول».

(مسألة: ٢٠٣) الارتداد تارة يقع منهما دفعة فأنه ينفسخ النكاح، وهل يسقط المهر أم لا؟ الأصل يقتضي العدم، وأخرى أن يقع من أحد الزوجين عن الإسلام وههنا صور:

الأُولى: أن يكون قبل الدخول انفسخ العقد بينهما في الحال، وهو أيضاً لا يخلو من صور:

الأُولى: أن يكون المرتد هو الزوجة، فإنه لا شيء لها لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول بها.

الثانية: أن يكون المرتد الزوج فأن عليه نصف المهر المسمى إن كانت التسمية صحيحة، وإن كانت التسمية فاسدة فنصف مهر المثل وإن لم يكن سمى شيئاً فالمتعة.

الثانية: أن يكون الارتداد بعد الدخول، وله صورتان:

الأُولى: أن يكون المرتد المرأة ملّية كانت أو فطرّية وقف انفساخ العقد على انقضاء العدة، فإن انقضت العدة ولم ترجع إلى الإسلام فقد بانت، ولا يجوز له في ضمن العدة التزويج بأختها ولا بخامسة لأنها كالعدة الرجعية، حيث إنه يرجى رجوعها وعودها في كل وقت.

الثانية: أن يكون المرتد هو الزوج فإن كان عن ملة أنها تبين منه بمجرد الارتداد كما تبين المطلقة ثلاثاً، وأنه لو تاب وهي في العدة فهو خاطب من الخطاب، غاية الأمر أن له أن يتزوجها في العدة، حيث إنها عدته، وأما غيره فلا يتزوجها إلّا بعد انقضاء العدة.

إن كان ارتداد الزوج عن فطرة فإن زوجته تبين منه في الحال، وتعتد عدة الوفاة لوجوب قتله وعدم قبول توبته بالنسبة إلى الأحكام الدنيوية من بينونة زوجته، وقسمة أمواله ووجوب قتله، وإن قبلت فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ.

فروع

الاول: لو كان ارتداده عن فطرة وبانت منه فلو وطأها شبهة عليها فعليه مهر آخر للشبهة.

الثاني: أن كان ارتداده عن ملة وكان بعد الدخول بها، فإنه يقف نكاحه على العدة ـ كما تقدم ـ فإن رجع إلى الإسلام فيها استمر على نكاحه الأوّل، وإن بقي على ارتداده تبين انفساخ النكاح من حين الردة، وعلى هذا لو وطأها بشبهة على المرأة فإن رجع في العدة فلا شيء عليه، لأن إسلامه كشف عن كونها زوجته حال النكاح، ومن ثم إنه بنى على العقد الأوّل، وإن بقي على

كفره حتّى مضت العدة، فهل عليه مهر لو وطأ الشبهة زائداً على الأوّل أم لا؟ الأقرب الأوّل.

(مسألة: ٢٠٤) قد عرفت حكم غير الكتابي، وأنه مع عدم الدخول يجب انفساخ العقد، ومع الدخول يقف على انقضاء العدة، فأن كانت المسلمة هي الزوجة فلا سبيل للكافر عليها ولا تحل له، وإن كان هو الزوج فقد عرفت أيضاً أن المسلم أنّما لا يجوز له التزويج بالكتابية على الأظهر، هذا في الابتداء، أما الاستدامة فقد تقدم أن الجواز متفق عليه، وأما غير الكتابية فالأدلة على المنع.

(مسألة: ٢٠٥) إذا أسلم الذمي على أكثر من أربع منكوحات بالعقد الدائم من الحرائر وأمتين وحرتين فارق ما زاد على العدد المذكور، ولابدّ من تقييد هذا الحكم المذكور في صدر المسألة بقيود:

منها: تقييد الزوجات بكونهن كتابيات مثله ليصح استدامة نكاح العدد المعتبر كما تقدم إنّما هو في الابتداء دون الاستدامة، وحينئذٍ فيجب تخصيص الزوجات بالذميات، فلو كنّ كافرات غير ذميات فلابدّ من مراعاة ما تقدم فيهن من أنه إن أسلمن معه في العدة إن كان بعد الدخول، أو مطلقاً إن كان قبله، وإلّا انفسخ نكاحهن بإسلامه لعدم جواز تزويج المسلم الكافرة غير الكتابية.

ومنها: يجب تقييدهن بكونهن ممن يجوز نكاحهن في دين الإسلام كما نبّه عليه بعض الأعلام وهو واضح.

ثم إنّ من أراد فراقها لا يخلو إما أن يكون قد دخل بها أم لا، وعلى الثاني

فلا مهر لها، وعلى الأوّل فالمسمى إن كان.

(مسألة: ٢٠٦) ليس للمسلم إجبار زوجته الذمية على الغسل من حيض كان أو جنابة، هذا إن قلنا بجواز الوطي قبل الغسل من الحيض، ولو قلنا بالتحريم كما هو أحد القولين أوجبنا عليها ذلك، فللزوج إجبارها على ذلك لتوقف الاستمتاع الذي هو حقّه عليه، وإن كان الذي يجبر عليه إنّما هو صورة الغسل مع النيّة، لأنّ الغسل وكذا غيره من العبادات لا يصح منها حال الكفر.

نعم له إجبارها أيضاً على كل ما ينقض الاستمتاع بدون فعله، وإزالة كل ما ينقصه بقاؤه كالوسخ الكثير والنتن الغالب، وطول الأظفار وشعر الإبط والعانة، وشرب الخمر إن أوجب منافات للاستمتاع ونفرة للطبع، ومثل هذا لا يختص بالكافرة بل تشاركها فيه المسلمة، حتّى أن له منعها من تناول كل ذي رائحة خبيثة توجب ذلك كالثوم والبصل، وكذا له منعها من الخروج إلى البيع والكنائس وغيرها لمنافاته الاستمتاع الواجب عليها في كل وقت، كما له منع المسلمة من الخروج إلى المساجد ونحوها من بيوت الأقارب والجيران، فإن هذا الحكم يشترك بين الزوجات مطلقاً، ولا فرق بين الشابة والمسنة وإن كان المنع في حقّ الشابة أقوى خوفاً من الفتنة.

أحكام الطلاق

(مسألة: ٢٠٧) يحصل اختيار الزوجات اللاتي كنّ أكثر من العدد إما بالقول أو بالفعل، والأوّل إما بالتصريح أو الكناية.

أمّا التصريح فهو كل ما دل من الألفاظ على الإمساك للنكاح، مثل اخترت نكاحك، أو اخترت تقرير نكاحك، أو اخترت بقاءك على النكاح، ونحو ذلك، وفي اخترتك وأمسكتك مطلقاً إشكال.

أمّا الكناية وهو ما يدل بالكناية، فهو ما يدل عليه اللفظ بالالتزام كما لو كان عنده ثمان نسوة فاختار أربعاً للفسخ، فإنه يلزم نكاح الأربع الباقيات، وإن لم يتلفظ في حقهن بشيء، فإذا اختار فسخ نكاح أربع ثبت عقد البواقي بدون لفظ يدل على الاختيار، بل لا مجال للاختيار هنا بعد خروج أولئك بالفسخ.

أمّا الاختيار بالفعل فمثل أن يطأ أو يلمس أو يقبل بشهوة، فإن ظاهر ذلك أنه لا يطأ إلّا من يختار نكاحها لدلالته على الرغبة فيها، إلّا أن الأظهر في ذلك أعتبار القصد إلى الاختيار، وإلّا فهو محل إشكال.

(مسألة: ٢٠٨) من جملة الألفاظ الدالة على الاختيار الطلاق، لواحدة أو أزيد، فإذا خاطب واحدة منهن به كان ذلك دليلاً على اختيارها زوجة أولاً، ثم يقع بها الطلاق إن حصلت شرائطه، وينقطع نكاح الأربع المطلقات بالطلاق، ويندفع نكاح الباقيات بالشرع، أما لفظ الظهار والإيلاء فليس كذلك.

(مسألة: ٢٠٩) إذا تزوج الكافر امرأة وبنتها ثم أسلم، لم ينظر فيما فعله في حال الكفر من دخول أو عدمه أو نحو ذلك، بل الواجب التفريق بينه وبينهما، حيث إن ذلك غير جائز في شريعة الإسلام، ويجوز اختيار إحداهما وعدمه، والمسألة غير منصوصة كما عرفت، إلّا أنه بالنظر إلى ما ورد في إسلام الكافر على أزيد من أربع أنه يختار أربعاً ويفارق الباقي يمكن القول هنا بذلك، لأن

الجميع من باب واحد فيختار إحداهما حينئذٍ، ويثبت نكاحها بالاختيار، وينفسخ نكاح الثانية.

(مسألة: ٢١٠) لو أسلم عن أختين تخير أيتهما شاء وإن كان قد وطأها، لو أسلم عن عمة وبنت أخيها، أو خالة وبنت أختها، فإن رضيت العمة أو الخالة بالجمع بينها وبين بنت أخيها أو بنت أختها فلا بحث، وإن اختارتا عدم الجمع تخير بين العمة وبنت أخيها والخالة وبنت أختها فكل من اختارها صح نكاحها وبطل نكاح الأُخرى كما في الأختين.

(مسألة: ٢١١) يشترط الكفاءة في صحّة النكاح، وهي لغة التساوي والمماثلة، من قولهم تكافأ القوم أي تماثلوا، وشرعاً التساوي في الإيمان، والإيمان عبارة عن الاعتقاد بالإمامة مع الإسلام، والمراد بالإسلام هنا هو التصديق بالشهادتين وجميع ما جاء به النبيّ ﷺ عدا الإمامة، ومعنى الاشتراط عدم صحّة العقد أي بطلان العقد لو عقد المؤمن أو المؤمنة على المخالف من الذكر والانثى إلّا من المستضعفين والشكاك.

نعم يستثنى المستضعفة فيجوز تزويجها من حيث إسلامها، أما المستضعف فلا يجوز له التزويج بالمؤمنة مطلقاً.

(مسألة: ٢١٢) أن التمكن من النفقة ليس شرطاً في الكفاءة بل يحصل الكفاءة ويصحّ العقد وإن كان عاجزاً عن ذلك، إلّا أن الظاهر أن اليسار شرط في وجوب الإجابة عليها أو على الولي فلو لم يكن ذا يسار لم تجب إجابته، لأن الصبر على الفقر ضرر يدفع الوجوب، وإن ترجحت الإجابة مع كمال دينه كما في قضية جويبر ونحوه، والمعتبر في اليسار من النفقة كونه مالكاً

لها بالفعل أو القوة القريبة منه، بأن يكون قادراً على تحصيلها بحرفة يحترفها أو تجارة يتجرها، ولا يشترط اليسار في المهر.

(**مسألة: ٢١٣**) الأقوى أنه لو تجدد عجز الزوج عن النفقة فليس للمرأة الفسخ، ومتى كان معسراً وجب عليها الصبر، ولا تتخير في فسخ عقدها، ولا يجوز أن يفرق بينهما، وأما إذا كان ذا يسار ولم ينفق عليها فإن الحكم فيه التفريق بينهما، وذلك بالاجبار من الحاكم على الطلاق.

(**مسألة: ٢١٤**) لو خطب المؤمن القادر على النفقة وجبت إجابته على الولي، وإن منعه الولي كان عاصياً، هذا إن لم يقصد الأعلى مع وجوده بالفعل أو القوة، فلو قصد الأعلى مع وجوده لم تجب الإجابة بل يتخير بينهما، وكذا لو ترك الإجابة لما هو عليه من الصفات الذميمة من فسق ونحوه، فإنه لا حرج عليه ولا يكون عاصياً، ويشكل في تعدية الحكم للثيب والبكر البالغ التي لا ولي لها من وجوب الإجابة عليها إن قلنا بالوجوب على الولي إشكال.

(**مسألة: ٢١٥**) إذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت زنت فليس له الفسخ، ولا الرجوع على الولي بالمهر، إلّا في صورة علم الولي، وعدم إخباره بالمهر، على الأقوى.

(**مسألة: ٢١٦**) تتسلط المرأة على الفسخ إذا انتسب الرجل إلى قبيلة، فبان بخلاف ذلك، وكان الباعث على تزويجه ذلك الانتساب، وكذا لو شرط ذلك في متن العقد وظهر خلافه تسلط على الفسخ بغير إشكال بل يجري ذلك حتّى في الصنعة كما لو دلس عليها على أنه يعمل مدير أو مسؤول فظهر أنه عامل كان لها ذلك هذا إن لم يمكن اطلاق الوظيفة على المسؤول ولو

بالمعنى اللغوي أي أنه مسؤول عن عمله مثلاً فأنه لا يكون لها الفسخ، وحينئذٍ يكون حكم الصنعة حكم القبيلة.

(مسألة: ٢١٧) يكره التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية، ويجوز للمطلقة ثلاثاً من الزوج وغيره، وكذا التصريح لها منه ومن غيره، أما المطلقة تسعاً للعدة ينكحها بينها رجلان فيجوز التعريض لها من الزوج ويجوز من غيره، ويجوز التصريح في العدة منه ومن غيره أمّا المعتدة البائنة فيجوز التعريض من الزوج وغيره، والتصريح من الزوج دون غيره.

التصريح هو الخطاب بما لا يحتمل إلّا النكاح، مأخوذ من الصراحة وهو الخلوص، مثل أن يقول: أتزوجك بعد العدة ونحوه، والتعريض هو الخطاب بما يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها، وإن كان في النكاح أقرب كما سيأتي، فلو صرّح بالخطبة في موضع المنع فأنه لا يفيد أزيد من الإثم، فلو نكحها بعد انقضاء العدة فنكاحه صحيح، ولا يؤثر فيه ما صنعه أوّلاً كما لو نظر إليها محرماً ثم تزوجها.

(مسألة: ٢١٨) إذا تزوجت المطلقة ثلاثاً وشرطت في العقد أنه إذا حللها فلا نكاح بينهما بطل العقد، وأما لو لم يصرح بالشرط في العقد، وكان ذلك في نيّته أو نيّة الزوجة أو الولي لم يفسد، وكل موضع قيل يصح العقد فمع الدخول تحل للمطلق مع الفرقة وانقضاء العدة، وكلّ موضع قيل يفسد لا تحل له، لأنه لا يكفي الوطي ما لم يكن عن عقد صحيح، وتفصيل المسألة يتوقف على بيان صور:

الأولى: فيما إذا شرطت في العقد أنه بعد التحليل فلا نكاح بينهما، ولا ريب في بطلان هذا الشرط لمنافاته لمقتضى العقد.

(مسألة: ٢١٩) إذا تزوج الرجل امرأة سرّاً وشرط عليها أن يأتها نهاراً فقط خشيةً من زوجته الأولى أو أهلها مثلاً وإن لا يدفع لها النفقة لم يصح كلا الشرطين النهارية ولا النفقة وأن صحّ العقد.

الصورة الثانية: لو شرط الطلاق، والكلام يجري على نحو ما تقدم في سابقه، من بطلان الشرط فقط.

الصورة الثالثة: إذا لم يصرح بالشرط، وكان ذلك في نيّة أحدهما فإن النكاح صحيح.

(مسألة: ٢٢٠) نكاح الشغار باطل ـ بكسر الشين وفتحها - وهو نكاح كان معمولاً عليه في الجاهلية، وهو أن يجعل بضع امرأة مهراً لأُخرى. بأن يقول الرجل لآخر: زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأُخرى.

(مسألة: ٢٢١) جملة من مكروهات النكاح زيادة على ما تقدم:

منها: العقد على القابلة وبنتها؛ وهي المسقبلة له حين الولادة؛ والمراد باستقبال الصبي القابلة بوجهه يعني وقت الولادة وخروجه من بطن امه، والمسألة لا تخلو من نوع إشكال، وإن كان ما ذكرناه أقرب.

ومنها: أن يزوج ابنه بنت زوجته من غيره إذا ولدتها بعد مفارقته أي التزويج بين أولاد الزوج وأولادها الذين تجددوا بعد مفارقة الزوج لها، ولا بأس بتزويجه ابنتها التي ولدتها من زوج آخر قبله، أي التزويج بين ولد الزوج وولد المرأة الذين كانوا لها قبل أن يتزوج به.

ومنها: أن يتزوج ضرة كانت لأُمه مع غير أبيه.

ومنها: أن يتزوج الرجل أخت أخيه؛ وقد مر في الرضاع ما يدل على الكراهة في الإخوة الرضاعية.

ومنها: التزويج بالزانية قبل التوبة.

ومنها: نكاح المرأة المتولدة من الزنا بالعقد أو الملك، ويتأكد في استيلادها.

ومنها: نكاح المجنونة.

ومنها: نكاح الحمقاء.

ومنها: تزويج شارب الخمر.

ومنها: تزويج سيئ الخلق.

ومنها: تزويج المخنث.

ومنها: تزويج الزنج والأكراد والخزر. قال في الوافي: خوز: بالضم صنف من الناس، وفي بعض النسخ الخزر بالمعجمتين ثم المهملة وهو محركة ضيق العين وصفرها سمي به صنف من الناس هذه صفتهم.

وأعلم أن كراهة تزويج شارب الخمر وسيئ الخلق ونحوهما من الأفراد المعدودة يعلم صحة ما ذكره ابن إدريس في معنى الحديث النبوي ﷺ من أن النهي عن رده متى كان ممن يرضى خلقه ودينه وترتيب الفتنة والفساد على الرد، وعدم التزويج إنّما هو فيما إذا ردّه من حيث الفقر[1] والمسكنة والحقارة في نسبه لا أن يكون رده لاتصافه بهذه الأوصاف المنهي عنهما شرعاً.

---

(١) أقول: قد تقدم منه جواز رد الولي له من دون كراهة. (المؤلّف)

الفصل الثالث: نكاح المتعة

يعبر عنها أيضاً بالنكاح المنقطع لتحديده بأجل معين، وقد أجمع علماء الفريقين كافة على أن نكاح المتعة كان مشروعاً في صدر الإسلام، وفعله الصحابة في زمن النبي ﷺ وزمن أبي بكر وبرهة من زمن عمر، ثم نهى عنها وتوعد من فعلها، ووافقه بعض، وخالفه بعض، وسكت آخرون، وأجمع أهل البيت عليهم السلام وشيعتهم على بقاء شرعيتها وأنه لم ينسخ حكمها، ووافقهم على ذلك جماعة من الصحابة والتابعين.

والأخبار الواردة بها عن أهل البيت عليهم السلام قد بلغت حد التواتر المعنوي، ومن أخبارهم الدالة على إباحتها ما رواه الحميدي في الجمع بين الصحيحين في مسند عبد الله بن عباس «قال: قال أبو نضرة: كان ابن عباس يأمر بالمتعة، وكان ابن الزبير ينهى عنها، قال: فذكرت ذلك لجابر بن عبدالله فقال: على يدي دار الحديث تمتعنا مع رسول الله ﷺ، فلما قام عمر قال: إن الله كان يحل لرسوله ما شاء بما شاء، وإن القرآن قد نزل منازله، فأتموا الحج والعمرة كما أمركم الله، وأبتوا نكاح هذه النساء، فلن اوتي برجل نكح امرأة إلى أجل إلّا رجمته بالحجارة».

إلى غير ذلك من الأخبار التي يضيق عنها المقام.

واللطيف في هذا المقام ما نقله في المسالك عن بعض كتب الجمهور: أن رجلاً كان يفعلها فقيل له: عمن أخذت حلها؟ فقال: عن عمر، فقالوا: كيف ذلك وعمر هو الذي نهى عنها وعاقب على فعلها؟ فقال: لقوله «متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ أنا احرمهما وأعاقب عليهما، متعة الحج ومتعة

النساء» فأنا أقبل روايته في شرعيتها على عهد رسول الله ﷺ، ولا أقبل نهيه من قبل نفسه.

(مسألة: ٢٢٢) تواترة النصوص في فضيلة وأستحباب المتعة، وننقل لك هنا طرفاً من الأخبار المروية عن أهل البيت عليهم السلام تيمناً.

فعن عبدالله بن سليمان «قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: كان علي عليه السلام يقول: لولا ما سبقني به بني الخطاب ما زنى إلّا شقي».

قال ابن إدريس في سرائره: «الشقي» والدليل عليه حديث ابن عباس ذكره الهروي في الغريبين: ما كانت المتعة إلّا رحمة، رحم الله بها أُمّة محمد ﷺ، ولولا نهيه عنها ما احتاج إلى الزنا إلّا شفاء.

وعن بكر بن محمد عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: سألته عن المتعة، فقال: إني لأكره للرجل المسلم أن يخرج عن الدنيا وقد بقيت عليه خلة من خلال رسول الله ﷺ لم يصنعها».

وعن أحمد بن محمد بن عيسى عن علي بن محمد الهمداني عن رجل سماه عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: ما من رجل تمتع ثم اغتسل إلّا خلق الله من كل قطرة يقطر منه سبعين ملكاً يستغفرون له إلى يوم القيامة، ويلعنون متجنبيها إلى أن تقوم الساعة».

نعم يظهر من بعض الأخبار ما يدل على المنع من الإلحاح فيها ومداومتها متى أغناه الله بالأزواج.

فعن الفتح بن يزيد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتعة؟ فقال: هي حلال مباح مطلق لمن لم يغنه الله بالتزويج، فليستعفف بالمتعة، فإن استغنى

عنها بالتزويج فهي مباح له إذا غاب عنها».

وعن ابن شمون «قال: كتب أبو الحسن عليه السلام إلى بعض مواليه لا تلحوا على المتعة، إنما عليكم إقامة السنّة، فلا تشتغلوا بها عن فرشكم وحرائركم فيكفرن ويتبرين ويدعين على الآمر بذلك و يلعنونا» إلى غير ذلك من الأخبار.

(مسألة: ٢٢٣) للمتعة أركان وأحكام فهنا مقامان:

الأوّل: الأركان

وهي عند الأصحاب أربعة: الصيغة، والمحل، والأجل، والمهر. وتفصيل الكلام فيها يقع في موارد:

الاوّل: الصيغة، لا خلاف في انعقاد نكاح المتعة بأحد هذه الألفاظ الثلاثة وهي: زوجتك وأنكحتك ومتعتك بأن تقول المرأة ذلك في الإيجاب، فيقبل الزوج بما يدل على ذلك من الألفاظ، أن المدار في صحة العقود كيف كانت على التراضي من الطرفين بالألفاظ الدالة على مقتضى ذلك العقد، فلا يعتبر الماضوية في الصيغة ولا الايجاب من الزوجة والقبول من الزوج.

الثاني: المحلّ

(مسألة: ٢٢٤) يشترط أن تكون مسلمة أو كتابية كاليهود والنصارى والمجوس على أشكال مرّ فراجع؛ ويمنعها من شرب الخمر، وارتكاب المحرمات، أما المسلمة فلا تتمتع إلّا بالمسلم خاصة، ولا يجوز بالوثنية والناصبية، ولا تتمتع أمة وعنده حرة إلّا بإذنها، ولو فعل كان العقد باطلاً،

وكذا لا يدخل عليها بنت أخيها ولا بنت أختها إلّا مع الاذن، ولو فعل كان العقد باطلاً.

(مسألة: ٢٢٥) يستحب أن تكون مؤمنة عفيفة، وأن يسألها عن حالها مع التهمة، وليس ذلك شرطاً في الصحة.

(مسألة: ٢٢٦) كراهة التمتع بالزانية، والمسألة غير خالية من شوب الإشكال، فإن جملة من أخبار المنع صريح في التحريم.

(مسألة: ٢٢٧) يكره التمتع ببكر ليس لها أب فإن فعل فلا يفتضها وليس محرماً.

الثالث: الاجل

(مسألة: ٢٢٨) اشتراط الأجل في صحة عقد المتعة، وقضية ذلك بطلان العقد لو خلا منه.

(مسألة: ٢٢٩) لو اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على وقوع العقد فادعى أحدهما أنه متعة وادعى الآخر الدوام، فالذي يقتضيه النظر في قواعد في أمثال هذا المقام هو القول بالتحالف وانفساخ النكاح، لأن ضابطة التحالف هو أن يدعي كل منهما على صاحبه ما ينفيه الآخر بحيث لا يتفقان على أمر، وهو هنا كذلك.

(مسألة: ٢٣٠) قد عرفت أنه لابدّ من اعتبار ضبط الأجل على وجه يكون محروساً من احتمال الزيادة والنقصان كقدوم المسافر وإدراك الثمرة كغيره من الآجال، وكذا في جانب القلة بما لا يمكن فيه الجماع لم يقدح في صحته.

(مسألة: ٢٣١) لو كانت المرأة ذات بعل مدة معينة وأراد الغير تزويجها

شهراً معيناً بعد انقضاء أجل الزوج الأوّل وعدتها منه فأنه يصح النكاح؛ وكذا لو لم تكن ذات بعل وقت العقد؛ وأرادت التزويج في المدة التي بين وقت العقد وبين الشهر المعين بحيث تتم عدتها وأجلها قبل ذلك الشهر؛ فأنه يجوز أيضاً.

(مسألة: ٢٣٢) يجوز التعيين لمدة عقد نكاح المتعة شهراً متصلاً بالعقد ومتأخراً عنه، ولو أطلق اقتضى الاتصال.

(مسألة: ٢٣٣) هل يصح العقد مع انفصال الأجل عن العقد قبل حلول المدة المقررة أم لا؟ الأقرب ذلك أي جوازه، أما جعل الأجل ادخال الذكر مرة أو مرتين فيشكل الضبط؛ ولا يخلو القول بانقلابه الى الدائم من قرب. نعم لو المرة أو المرتين في ضمن مدة محددة صحّ بحيث يكون الزمان أجلاً مضبوطاً كيوم وشهر ولكن ذكر العدد شرطاً زائداً على ذلك، وهذا ممّا لا إشكال فيه ولا ريب يعتريه.

تتمه: لو أذنت بالوطء بعد ذلك فهل يجوز أم لا؟ الأظهر الجواز.

(مسألة: ٢٣٤) أن يشترطا العقد في وقت معين بحيث يكون ظرفاً له كاليوم مثلا، ولا مدخل له في التأجيل، والمراد أن لا يقع خارج ذلك اليوم منه شيء، وتبين بانتهاء العدد المشروط، كما أنها تبين بانقضاء ذلك الوقت، وإن لم يفعل، والحكم فيه مشكل.

(مسألة: ٢٣٥) هل يجوز للزوج التزويج بأخت زوجته المتمتع بها بعد انقضاء مدتها وإن كانت في العدة؟

توضيح ذلك: هل أنه لا عدة لها على الزوج وأنه لا يلزمه الصبر إلى

انقضاء عدتها ليحل له ما حرم عليه بتزويجها من نكاح الأخت، والخامسة، وابنة الأخت، وابنة الأخت. المسألة لا تخلو من الإشكال، إلّا أن الاحتياط سيّما في الفروج مطلوب، وهو يقتضي العمل بالتحريم[1].

الرابع: ذكر المهر

(مسألة: ٢٣٦) ذكر المهر شرط في صحة عقد المتعة، فيبطل بفواته بخلاف الدائم؛ ويشترط في ذلك شروط ثلاثة:

أحدها: أن يكون مملوكاً، والمراد به ما يشمل ما يصح تملكه كالخمر والخنزير، وما يختص تملكه بالعاقد، فلا يجوز العقد على مال مغصوب غير مملوك للعاقد، كما لا يقبل التصحيح إن وقع من غير مالك فضولاً.

ثانيها: العلم بمقداره، فإن كان مكيلاً فبالكيل، وإن كان موزوناً فبالوزن أو معدوداً فبالعدد.

ثالثها: إنه لا تقدير له قلة وكثرة وإنّما يتقدر بالمراضاة.

(مسألة: ٢٣٧) تستحق المرأة المتمتع بها المهر بمجرد العقد عليها إلّا أنه لا يحق لها المطالبة به إلّا بعد الدخول بها كما للزوج ان يحرمها مقدار ما تتخلف به من حقّه في الاستمتاع ونحوه بمقتضى العقد والشرط.

(مسألة: ٢٣٨) لو وهب المتمتع زوجته المدة بعد الدخول بها فإنه لا يسقط شيء من المهر لاقتضاء العقد وجوب الجميع واستقراره بالدخول كما عرفت؛ ولو كان هبة المدة قبل الدخول وجب لها نصف المهر وسقط النصف الآخر كما في الطلاق قبل الدخول، أما لو وهبها البعض خاصة قبل

---

(١) أقول: تقدم منه تقريب الحرمة وأنها في حكم الزوجة. (المؤلّف)

الدخول وقلنا بجوازه وانقضت المدة ولم يدخل فالأظهر أنه لا يسقط من المهر شيء.

(مسألة: ٢٣٩) إذا تبين فساد عقد المتعة بأحد الوجوه الموجبة لذلك، كأن ظهر أن لها زوجاً، أو أنها أخت زوجته، أو أمها أو نحو ذلك ممّا يوجب فسخ العقد فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها من المهر، وإن أخذته استعاده منها، إنما الكلام فيما إذا ظهر شيء من ذلك بعد الدخول، فأن الظاهر أن لها ما أخذت ولا يلزمه أن يعطيها ما بقي، وهذا فيما إذا كانت جاهلة، أما لو كانت عالمة لم تستحق شيء لأنها بغية ولا مهر لبغية.

تتمه: لو لم يدفع إليها شيئاً بالكلية، أو دفع الجميع، ومقتضى القواعد في هذا الباب أنها إن كانت عالمة فإنه يسترجع ما دفع ويمنعها من الجميع إن لم يدفع، وإن كانت جاهلة فإنه يكون نكاح شبهة يرجع فيه إلى مهر المثل، لكن هل يقسط على المدة كما إذا أخلفته ولم تف له بتمام المدة أو تستحق الجميع؟ إشكال، ولعل الأوّل أقرب.

(مسألة: ٢٤٠) قد عرفت إنه إن كانت المرأة عالمة فلا شيء لها مطلقاً، لأنها بغي ولا مهر لبغي، وإن كانت جاهلة فلها ما قبضته بمقدار مهر المثل. وهل المراد بمهر المثل مهر أمثالها بحسب حالها لتلك المدة التي سلمت نفسها فيها متعة أو مهر المثل للنكاح الدائم أو غيره؟ سيجيء الكلام في ذلك والمسألة محل إشكال.

الثاني: أحكام المتعة

(مسألة: ٢٤١) لا ريب ولا إشكال في صحّة الاشتراط في العقود بما لا يخالف الكتاب والسنّة، ووجوب الوفاء به، وإنما الشرط إنما يعتد به ويجب

الوفاء إذا وقع بين الإيجاب والقبول ليكون من جملة العقد اللازم، فلو قدمه على العقد أو أخره عنه لم يقع معتداً به.

(مسألة: ٢٤٢) يجوز للمتمتع العزل وإن لم تأذن، وقد تقدم ذلك في العقد الدائم من أن الأظهر الأشهر جواز العزل عن الحرة على كراهية إلّا أنه إذا جاء ولد لم ينكره ويلحق به وإن عزل، وهذا الحكم لا يختص بالمتعة بل يجري في كل وطئ صحيح.

(مسألة: ٢٤٣) لا يجوز له نفي الولد إلّا أن يعلم بانتفائه واقعاً، ومقتضى ذلك لا يحصل النفي له بمجرد العزل ولا التهمة، ويشكل القول: إن سقوط اللعان مطلقاً انتفاء الولد بغير لعان.

(مسألة: ٢٤٤) لا خلاف نصاً وفتوى في أن المتعة لا يقع بها طلاق، بل تبين بانقضاء المدة؛ وقد عرفت أنه يقع بها لعان لنفي الولد على أشكال فيه، وأما اللعان للقذف فالمشهور أنه لا يقع بها، والمشهور أيضاً أنه لا يقع بها إيلاء؛ والمسألة لعدم النص الظاهر لا تخلو من توقف وإن كان القول المشهور لا يخلو من قرب. وهل يقع بها ظهار أم لا؟ المسألة أيضاً محل توقف، لعدم الدليل الواضح.

(مسألة: ٢٤٥) الأقرب في عقد نكاح المتعة عدم حصول التوارث بين الزوجين فلا ترثه الزوجة ولا يرثها ما لم يشترطا ذلك في صيغة العقد.

ممّا يتفرع على القول المذكور أنهما لو اشترطا التوارث لأحدهما دون الآخر فإن مقتضى الأصل العمل بشرطهما، وله نظائر في الأحكام كما في إرث المسلم الكافر دون العكس، وإرث الولد المنفي باللعان إذا اعترف

به الأب بعد ذلك فإن الولد يرثه وهو لا يرث الولد.

(مسألة: ٢٤٦) عدة المتمتع بها متى دخل بها الزوج وانقضت مدتها، أو وهبها إياها ولم تكن يائسة وكانت ممن تحيض أنها حيضتان فإن كانت في سن من تحيض ولا تحيض فخمسة وأربعون يوماً.

(مسألة: ٢٤٧) عدة المتعة من الوفاة لو مات الزوج في المدة المعينة بينهما، عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملاً، وإلّا فبأبعد الأجلين منها ومن وضع الحمل كالدائم.

(مسألة: ٢٤٨) لا ريب في جواز تجديد العقد عليها بعد الأجل وإن كانت في العدة سواء أراد العقد عليها دواماً أو متعة، وهذا مخصوص به، أما غيره فلا يجوز له العقد عليها إلّا بعد تمام العدة.

(مسألة: ٢٤٩) لو اشترطت المرأة المتمتع بها أن لا يطأها في الفرج لزم الشرط ولم يجز له الوطي، ولو أذنت بعد ذلك جاز.

الفصل الرابع: يلحق بالنكاح

المطلب الأوّل: العيوب، وهي إما في الرجل أو المرأة، فههنا مقامان:

الأوّل: عيوب الرجل وهي أربعة:

الاوّل: الجنون: إنما هو في صورة ما إذا كان الجنون بعد العقد، وطأ أم لا، إما قبل العقد أو مقارن له بطل العقد، وهل يفتقر فسخ المرأة في المتجدد إلى طلاق أم لا؟ عدم الحاجة إليه.

الثاني: الخصاء: وهو بكسر الخاء المعجمة: المرسل الأنثيين، قيل:

والحق به الوجاء، وهو رض الخصيتين بحيث تبطل قوتهما، والوجاء إن ثبت أنه داخل تحت الخصاء، وإلّا فالتمسك بأصالة صحة العقد أقوى.

الثالث: العنن: والاسم العنة بالضم، ويقال للرجل إذا كان كذلك: عنين كسكين.

قال في القاموس: العنين كسكين من لا يأتي النساء عجزاً، ولا يريدهن، وعرفه المحقق في الشرائع بأنه مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو بحيث يعجز عن الإيلاج. فأن ثبت عنه ذلك على نحو العلم واليقين كان لها الفسخ وإلّا فبمجرد الشك أو الظن أو العجز فترة لا يعلم منها حاله لا يسوغ لها الفسخ كما إنه لو تجدد العجز بعد وطئها ولو مرة واحدة فإنه لا فسخ لها، فلتصبر فإنها قد ابتليت، وكذا لو رضيت من المرأة بالزوج بعد العلم بالعنن فإنه لا خيار لها.

(مسألة: ٢٥٠) العنن الموجب للفسخ هو عدم إمكان إتيانه النساء، سواء كانت هي أو غيرها، فلو عجز عنها مع إمكان إتيانه غيرها لم يسم عنيناً، إلّا أنه لا وجه لهذا التقدير الذي بنى عليه الكلام من إمكان زوال العنن بالنسبة إلى امرأته دون أُخرى، فإن العنن الذي هو عبارة عن المرض المذكور إن وجد فإنه مانع مطلقاً، وإن زال فهو يقدر على الجماع مطلقاً.

(مسألة: ٢٥١) إذا ثبت أن الزوج عنيناً وفسخت الزوجة والحال أنه لم يحصل دخول بها فلا تستحق إلّا نصف المهر المسمّى فلو دفعه كله رد النصف.

الرابع: الجب: وهو فقد العضو الذكور أصلاً، هذا إذا كان ثابتاً قبل العقد

أما لو تجدد بعد العقد سواء كان قبل الوطي أو بعده، فهل يكون الحكم فيه كذلك أم لا؟، مع الدخول بها ولو مرة فلا فسخ، والفسخ إنما هو فيما عدا ذلك، وحينئذٍ فيكون الحكم في الجب أيضاً كذلك[1].

(مسألة: ٢٥٢) قد ذكر البعض بأن الجذام والبرص والعمى، عيب يوجب للمرأة حق الفسخ والصحيح هو عدم إيجابه لذلك وكذا الزنا سواء كان قبل أو بعد النكاح فليس من موجبات الفسخ على الاصح.

(مسألة: ٢٥٣) لو ظهر كون الزوج خنثى أي المرأة أكتشفت أن الزوج يمتلك ثقباً كقبل المرأة كان لها الفسخ وكذا لو ظهرت كون الزوجة رجلاً بالعلامات التي يستعلم بها الواضح بطل العقد، وكذا لو ظهر كونه خنثى مشكلاً بطل أيضاً.

(مسألة: ٢٥٤) لو انتمى الرجل إلى قبيلة فزوجوه بناءً على ذلك، فظهر خلاف ما ادعاه، فهل للمرأة الخيار أم لا؟

قد تقدم الكلام في هذه المسألة في آخر الفصل الثاني، فلا حاجة الى إعادته.

الثاني: عيوب المرأة، وهي سبعة

الاوّل: الجنون: الذي هو عبارة عن فساد العقل من العيوب الموجبة للفسخ وهو يقتضي الفسخ به متى تحقق، بأي سبب كان، وعلى أي وجه كان

---

(١) أقول لا يعني قولنا عدم جواز الفسخ أو ليس لها الحقّ بالفسخ أنه ليس لها الحقّ أن تطالب الطلاق منه، وأنه لا يجوز لها رفع أمر للقضاء لكون الفسخ أنّما شرّع بأسباب خاصه وهي فيما لو ظهر الزوج غير قادر على الوطء من أول العقد. (المؤلف)

دائما أو أدواراً، عقل معه أوقات الصلوات أو لم يعقل، نعم يشترط استقراره، فلا عبرة بعروض زوال العقل وقتاً ثم يعود، لعدم صدق الجنون عرفاً على من كان كذلك.

الثاني: الجذام: إلّا أنه لا يحكم به إلّا بعد تحققه بتناثر اللحم وسقوط بعض الأطراف كالأنف، وذلك لأن الجذام بالفتح بمعنى القطع، وأما مع ظهور علاماته قبل أن يتحقق من ضيق النفس وبحة الصوت وكمود العينين إلى حمرة، ونحو ذلك، فإنه يرجع فيه إلى أهل الخبرة من الأطباء.

الثالث: البرص: البرص: وهو بياض يظهر في ظاهر البدن لفساد مزاج؛ وخلل في الطبيعة، وإنه يشتبه بالبهق والفرق بينهما أن البرص يكون غائصاً في الجلد واللحم، والبهق يكون في سطح الجلد خاصة ليس له غرز وقد يتميزان بأن يغرز فيه الإبرة، فإن خرج منه دم فهو بهق، وإن خرج منه رطوبة بيضاء فهو برص، ومع اشتباه الحال يرجع فيه إلى أرباب الخبرة بذلك حسبما تقدم في الجذام.

الرابع: القرن: وهو مثل فلس ويسمى العفلة، وهو لحم ينبت في الفرج في مدخل الذكر كالغدة الغليظة، وقد يكون عظماً، وكلام الأكثر يدل على اتحاد العفل والقرن، ولكنه مختلف في أنه هل هو عبارة عن شيء يخرج من قبل المرأة إلى خارج القبل، ويكون كالأدرة للرجال، والأدرة على ما ذكروه وزان غرفة انتفاخ الخصيتين، أو أنه عبارة عن عظم كالسن يكون في باطن القبل يمنع من الوطي أو أنه لحم ينبت في باطن القبل، وبأي معنى كان من هذه المعاني فإن الفسخ به جائز، لدوران الحكم مدار هذا الاسم بل وإن كان

يعسر الدخول جاز عد عيباً وإن أمكن الوطي، ولعلّ العلّة إنّما هو نفرة الزوج من ذلك أو عدم الحبل أو عسر مجامعتها[١].

(مسألة: ٢٥٥) هل العرج من العيوب؟ لا تخلو من الإشكال إلّا أنه بعد لا يخلو من نوع توقف.

الخامس: الزمانة: هو زمن من باب تعب، وهو مرض يدوم زماناً طويلاً يصدق على المقعد.

السادس: العمى: وهو فقد البصر.

السابع: الرتق: وهو التحام الفرج على وجه لا يمكن دخول الذكر فيه.

(مسألة: ٢٥٦) إذا أتت الزوجة بالفجور، وهو الزنا تخير الزوج بين فراقها فيأخذ الصداق ممن زوجها، وبين إمساكها وتركها على حالها.

الثاني: أحكام العيوب

(مسألة: ٢٥٧) عيوب المرأة المبيحة للفسخ إما أن تكون متقدمة على العقد أو متجددة بعده وقبل الدخول أو متأخرة عن الدخول، ولا إشكال في الفسخ في المتقدم على العقد، وعدم الفسخ في المتأخر عن الدخول. أما العيب المتجدد بعد العقد وقبل الدخول، فالأقوى عدم ثبوت حق الفسخ فيه، إلّا أنه بعد لا يخلو من نوع توقف.

(مسألة: ٢٥٨) لخيار الفسخ أحكاماً:

---

(١) أقول: الظاهر أن كل ما ذكر من العيوب الخلقية التي تعد شرعاً عيباً أنّما يجوز الفسخ بها إن لم يمكن علاجه واصلاحه وإلّا لا يجوز له ذلك كما هو ظاهر لاقتضاء الاصل بقاء العقد حتّى يثبت الموجب للرفع. «المؤلّف»

الاوّل: الفورية؛ للرجل كان أم للمرأة، فلو علم بأن له خيار الفسخ ولم يبادر بالفسخ لزم العقد، ثم إنه إن كان العيب ظاهراً متفقاً عليه لا نزاع فيه بينهما فالفورية معتبرة في الفسخ، وإن توقف ثبوته على المرافعة إلى الحاكم، فالفورية في المرافعة إلى الحاكم، فإذا ثبت صار الفسخ فورياً.

الثاني: أن الفسخ المذكور ليس بطلاق، لأن الطلاق يفتقر إلى لفظ خاص.

الثالث: لا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم، سواء كانت في المرأة أو الرجل، بل لكلّ من المرأة والزوج التفرد بالفسخ في موضع يجب له الخيار إلّا في العنة، فإنه يفتقر لضرب الأجل.

(مسألة: ٢٥٩) إذا فسخ الزوج قبل الدخول فإنه لا مهر لها، ولو فسخ بعده فلها المسمى، أعم من أن يكون العيب متقدماً على العقد أو متأخراً، وأن الزوج يرجع بالمهر على وليها الذي دلسها، والمراد من التدليس هو عدم إخبار الزوج بالعيب المذكور مع علم المتولي للتزويج به، ولا فرق في ذلك بين كون المدلس ولياً شرعياً أو غيره، بل لو كان التدليس إنما وقع منها من غير واسطة في البين فإنه يرجع عليها بالمهر متى قبضته، ولو لم يدفع إليها شيئاً لم تستحق شيئا.

(مسألة: ٢٦٠) لو انتفى التدليس بأن كان العيب خفياً لم تطلع عليه المرأة فضلاً عن المتولي لتزويجها، فلا رجوع لانتفاء المقتضي لذلك، ثم إنه لو كان الرجوع على غير الزوجة فلا ريب أنه يرجع لجميع ما غرمه، وإن كان الرجوع عليها فبالجميع.

(مسألة: ٢٦١) إذا فسخت الزوجة بعيب في الزوج، فإن كان بعد الدخول فإن لها المسمى في العقد، لأن المسمى يلزم بالعقد ويستقر بالدخول، وإن كان قبل الدخول فلا شيء لها، لأن الفسخ جاء من قبلها، واستثنى من ذلك الفسخ بالعنن فإن لها نصف المهر.

(مسألة: ٢٦٢) لو فسخت المرأة بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعزر، أن الخصاء وإن كان عيباً إلّا أنه يمكن الجماع معه؛ لأن غايته أنه لا ينزل، وإلّا فإنه يبالغ في الإيلاج أكثر من الفحل، وعدم الانزال ليس بعيب تام، وحينئذٍ فنقول إنه متى دخل الخصي بها وجب المهر. وهو مما لا إشكال فيه.

(مسألة: ٢٦٣) قد مر أن العنن من جملة عيوب الرجل المتفق على جواز فسخ المرأة به، وأحكامه:

الأوّل: إنك قد عرفت أن العنة عبارة عن ضعف الآلة عن الانتشار والولوج في الفرج، فهو أمر مخفي لا يطلع عليه غير من ابتلى به، فلا يمكن الاطلاع عليه بالشهادة حينئذٍ، فلا طريق إلى الحكم به إلّا بإقرار صاحبه على نفسه أو قيام بيّنة بإقراره، فعلى هذا لو ادعت المرأة عليه بذلك وأنكر الرجل، فالقول قوله بيمينه عملاً بأصالة السلامة، فإن حلف استقر النكاح، وإن نكل فإن قضينا بمجرد النكول ثبت العيب، وإلّا ردت اليمين على المرأة، فإن حلفت ثبت العيب، إلّا أنه لابدّ في حلفها من حصول العلم لها به، وذلك يحصل بممارستها له مدة على وجه يحصل لها بتعاضد القرائن العلم بالعنة.

الثاني: إذا تحقق العنن للرجل فإما أن يثبت تقدمه على العقد أو تأخره عنه قبل الوطي أو بعده، وإنما يحصل بعد الوطي، ولا ريب في الفسخ به في

الصورة الأُولى وأما الصورة الثانية أي ما بعد العقد وقبل الوطي، فالظاهر عدم الفسخ به.

(مسألة: ٢٦٤) العنن إنّما يتحقق بالعجز عن وطئها قبلاً ودبراً، والعجز عن وطئ غيرها. فلو عجز عنها مثلاً وأمكن وطئ غيرها لم يكن عنيناً، ولم يترتب عليه جواز الفسخ.

(مسألة: ٢٦٥) لو ادعى الوطي وأنكرت فالقول قوله بيمينه، سواء كان بعد ثبوت العنن أو قبله، وإنّما الإشكال فيما إذا كانت الدعوى بعد ثبوت العنن، فالأظهر إن كانت دعواه الوطي إن كان في القبل، فإن كانت بكراً صدق بشهادة أربع نساء يشهدون بذهابها، وإن كانت ثيباً حشي قبلها خلوقاً، ثم يؤمر بالوطء فإن خرج الخلوق على ذكره كان القول قوله، وإلّا فلا[1].

(مسألة: ٢٦٦) لو ادّعى عود البكارة بعد ثبوتها بشهادة النساء وأنه قد وطأها، ولكن هذه البكارة التي شهدت النساء بها إنّما تجددت بعد الوطي فالقول قول المرأة بيمينها، وإما بعدم الوطي أو بأن هذه البكارة بكارة الأصل لا متجددة، هذا كله فيما لو كانت الدعوى وطؤها قبلاً أمّا لو ادّعى وطؤ غيرها من النساء أو وطؤها دبراً، فإن القول قوله بيمينه أيضاً كما تقدم في سابق هذا الموضع.

(مسألة: ٢٦٧) قد تقدم أن العنن يثبت بأحد الطرق المتقدمة من اعتراف الرجل بالعجز عن المجامعة، وحينئذٍ فإن صبرت المرأة مع علمها بأن لها

---

(١) أقول لا يخفى انّها طريقة بدائية يستكشف بها الوطي، وفي زماننا يعتمد على الفحص المختبري. (المؤلف)

الخيار ورضيت به فلا خيار لها بعد ذلك، لأن الخيار فوري، وإن لم تصبر رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجله سنة من يوم المرافعة، فإن واقعها في ضمن تلك المدة فلا خيار لها، وإلّا تخيرت وفسخت، ولها نصف المهر، وعلل التمديد بالسنة الواقع في الأخبار بأن تعذر الجماع ربّما كان لعارض من خارج من حرارة، فيزول في فصل الشتاء، أو برودة فيزول في فصل الصيف، أو يبوسة فيزول في فصل الربيع، أو رطوبة فيزول في الخريف[1].

فأما مع العجز عن امرأة مخصوصة فإنه قد يتفق ويكون لانحباس الشهوة عنها بسبب نفرة أو حياء أو نحو ذلك، وبذلك لا يكون عنيناً، وقد يكون له نوع اختصاص بالقدور على جماعها بالإنس بها والميل إليها وانتفاء ذلك من غيرها، ولا فرق في العنة عندهم بين كونها خلقية أو عارضة، بين كونها قبل العقد وبعده قبل الدخول، وأما بعد الدخول فقد تقدم أن الأشهر الأظهر عدم الخيار وحيث يختار لها الفسخ فلها نصف المهر.

الثالث، التدليس

تفعيل من الدلس وهو الظلمة. قال في المسالك: والفرق بينه ـ يعني التدليس ـ وبين العيب أن التدليس لا يثبت إلّا بسبب اشتراط صفة كمال،

---

(١) أقول: ربّما يتصور البعض أن الداعي لذلك مجرد محض طريق لاستكشاف المرض ويشهد له العلة المذكورة فتنتفي في عصرنا بإستكشاف ذلك بالفحص الطبي الحادق إلّا أن ذلك تصور خاطأ لانه أوّلاً ليس تلك بعلّة حقيقية عند أهل الفن فغالبها حكمة لتقريب الفهم أو لا أقل كونها جزء علّة غير تامة. وثانياً لا تتصور أن الطب ولو المختبري جديد العهد بالنص بل هو قديم جداً. وثالثاً الشاهد الوجداني على أن مثل هذه الأمور لا يمكن ضبطها بالشكل العملي الفني لأنها تعتمد على العامل النفسي فكم امرأة تمتلك جميع المؤهلات للانجاب ولا تنجب وكذا ما نحن في صدده فتدبر. «المؤلف».

وهي غير موجودة أو ما هو في معنى الشرط، ولولاه لم يثبت الخيار بخلاف العيب، فإن منشأه وجوده، وإن لم يشترط الكمال وما في معناه، فمرجع التدليس إلى إظهار ما يوجب الكمال أو إخفاء ما يوجب النقص، ومنشأ الخيار فوات مقتضى الشرط أو الظاهر.

ظاهر الكلام يقتضي أن للتدليس معنى أخص فيقابل العيب، ومعنى أعم يشمل به العيب، والمفهوم من كلام أهل اللغة هو الثاني، إلّا أنه سبب الخيار في العيب غيره بالنسبة إلى إظهار ما يوجب الكمال.

(مسألة: ٢٦٨) إذا تزوج امرأة على أنها حرة باشتراط ذلك في نفس العقد فبانت أمة، فللزوج فسخ النكاح إذا وقع النكاح بإذن المولى وكان ممّن يجوز له نكاح الإماء، أما بدون ذلك فإنه يقع العقد باطلاً في الثاني، وكذا في الأوّل وهو الأظهر، ولا فرق في جواز الفسخ في الصورة المذكورة بين الدخول بها وعدمه.

(مسألة: ٢٦٩) إذا تزوج الرجل امرأة على أنها بكر فظهرت ثيباً، فأن اشترط بكارتها في العقد أو ذكرت قبله وجرى العقد عليها من غير اشتراط له في نفس العقد، وأنه مع عدم العلم بالتقدم على العقد، فالأظهر أنه لا يوجب له الخيار الفسخ، وإذا ثبتت الثيبوبة أنقص شيء من المسمى، وهي نسبة ما بين البكر والثيب.

(مسألة: ٢٧٠) إذا تزوج رجلان بامرأتين فأدخلت امرأة كل واحد منهما على الآخر فوطأها، فلكل واحدة منهما على واطئها مهر المثل، وترد كل واحدة على زوجها، وعليه مهرها المسمى، وليس له وطؤها حتّى تنقضي

عدتها من وطئ الأوّل،، وإلّا فمع عدمه فإنه ترجع كل واحدة إلى زوجها من حين العلم بالحال، ومتى كان الرجل عالماً بالحال وهي جاهلة فإنه يكون زانياً فيحد لذلك، ولها المهر، وعليها العدة ولو علمت هي وجهل هو كانت زانية لا مهر لها، ويجب عليها الحد وعليها العدة لوطئه المحرم، والعدة تثبت مع احترام الوطي من جهتها أو من جهته كما عرفت، ولو علما معاً كانا زانيين فلا مهر ولا عدة، ولو فرض دخول أحدهما دون الآخر أو العلم من أحدهما دون الآخر اختص كل بما يلزمه من الأحكام المذكورة، ولو ماتتا في العدة أو مات الزوجان ورث كل منهما زوجة نفسه وورثته.

(مسألة: ٢٧١) كل موضع حكم فيه ببطلان العقد فللزوجة مع الوطي مهر المثل لا المسمى، وكل موضع حكم فيه بصحة العقد فلها مع الوطي المسمى وإن تعقبه الفسخ.

الثاني: المهور

جمع مهر، وهو على ما عرفت لغةً: الصداق، وفي هذا المقصد بحوث:

الأوّل: ما يصح أن يكون مهراً

(مسألة: ٢٧٢) أن كل ما يملكه المسلم ممّا يعد مالاً يصلح جعله مهراً للزوجة عيناً كان أو ديناً أو منفعة، والمراد بالمنفعة ما يشمل منفعة العقار والحيوان والغلام والأجير، كما أنه يجوز جعل المهر عملاً من الزوج للزوجة أو وليها.

(مسألة: ٢٧٣) لو عقد الذميان ونحوهما على ما لا يجوز العقد عليه في شريعة الإسلام كالخمر والخنزير صح، لأن ذلك ممّا يملك في شريعتهم

فيجوز جعله مهراً، لكن لو أسلما معاً أو أحدهما، فإن كان بعد التقابض لا شيء للزوجة، لبراءة ذمة الزوج بقبضها في شريعتهم، وإن كان قبل التقابض لم يجز دفع المعقود عليه، أما مع إسلامهما معاً فإنه يحرم القبض والإقباض في دين الإسلام، وأما مع إسلام الزوج فإنه لا يجوز له إقباضه ولا دفعه، وأما مع إسلامها فإنه لا يجوز لها قبضه، والعلة في هذه المواضع هو عدم صحة تملك هذه الأشياء في شريعة الإسلام، وما لا يكون مملوكاً لا يكون مهراً، وحينئذٍ فالواجب هو القيمة عند مستحليه، لأن التسمية وقعت صحيحة، ولهذا لو كان قد حصل التقابض قبل الإسلام برء، ولكن حيث تعذر تسليم العين لما عرفت وجب الانتقال إلى القيمة، ومثله ما لو جعلاه ثمناً لمبيع أو عوضاً لصلح أو إجارة أو نحوهما.

(مسألة: ٢٧٤) إذا كانا الزوجين مسلمين أو أحدهما مسلماً فعقدا على خمر أو خنزير أو نحوهما ممّا لا يصح تملكه، فلا ريب في بطلان المسمى، وهل يبطل العقد أو يصح؟ المسألة لخلوها عن النص محل إشكال، وإن كان القول بالبطلان لا يخلو من رجحان. وعلى تقدير القول بالصحة فما الذي يجب؟ الظاهر التفريق بين كون المهر الذي لا يملكه المسلم متقوماً في الجملة كالخمر والخنزير فيعتبر قيمته، وغير متقوم كالحر فيعتبر مهر المثل.

(مسألة: ٢٧٥) أن المهر لا يتقدر بقدر في جانب القلة إلّا بأقل ما يتمول، أي يعد مالاً. وأما في جانب الكثرة، فالأظهر كذلك أنه لا يتقدر بقدر بل بما شاء إلّا أن الأفضل هو الاقتصار على الخمسمائة درهم[1] لاستفاضة الأخبار

---

(١) أقول: لمّا كان الدرهم عشر الدينار والدينار الشرعي يقارب (٤،٥) أربع ونصف غرام ذهب فالدرهم

بأنه مهر السنّة حتّى وقعت المبالغة فيه بما يؤذن بتعينه.

(مسألة: ٢٧٦) المهر إذا ذكر في العقد فلابدّ من تعيينه ليخرج عن الجهالة إما بالإشارة كهذا الثوب وهذه الدابّة، أو بالوصف الذي يحصل به التعيين.

وظاهرهم أنه يكفي فيه المشاهدة وإن كان مكيلاً أو موزوناً وأمكن استعلامه بها.

(مسألة: ٢٧٧) لو قبضته وكان معلوماً مجملاً فإنه إن لم يتوقف على العلم به أمر وحصل العلم لها بعد ذلك فلا إشكال، وإن استمر الأمر على المجهولية واحتج بعد ذلك إلى معلوميته لتلفه قبل التسليم أو بعده، وقد طلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه، فالظاهر أنه لا وجه للرجوع إلّا بطريق الصلح.

(مسألة: ٢٧٨) لا إشكال في صحة النكاح لو تزوج امرأتين فصاعداً في عقد واحد بمهر واحد، إنّما الإشكال في صحة المهر في هذه الصورة وبطلانه، وأنه على تقدير الصحة، فهل يقسط المهر على عدد رؤوسهن بالسوية أو يقسط على مهر أمثالهن؟ أن طريق الاحتياط فيه هو الصلح، وأن المسألة غير خالية من شوب الإشكال.

(مسألة: ٢٧٩) إذا عقد على مهر مجهول بحيث لا يمكن استعلامه في نفسه كعبد ودابة وشيء ونحو ذلك، فالأظهر ثبوت المهر في المتوسط من نوع المهر ففي المركبة المتوسط منها وهكذا، والظاهر أن الوسط الذي

الشرعي (٤٥٠ غرام فضه) فأن ضرب بـ(٥٠٠ درهم) صار المجموع (٢٢٥ غرام فضه) أمّا بالعملة المحلية فهي غير منضبط. والله العالم. (المؤلّف)

يؤخذ به في قيم هذه الأشياء ما اصطلح عليه الوسط عرفاً وأن حصل التفاوت اليسير فلا يضر فيه.

(مسألة: ٢٨٠) إذا قال الزوج تزوجها على كتاب الله تعالى وسنّة نبيه ﷺ ولم يسم مهراً؛ فمهرها خمسمائة درهم مهر السنّة، وقد مر عليك قدره.

(مسألة: ٢٨١) إذا تزوج المرأة وسمى لها مهراً، وسمى لأبيها أو غيره شيئا بحيث يكون المجموع في مقابلة البضع فإنه يسقط ما سمى لغيرها، لأن المهر إنّما هو حق الزوجة في مقابلة البضع دون غيرها.

(مسألة: ٢٨٢) لا يعتبر التعيين في المهر فيكفي الاجمال وان استلزم الجهالة تفصيلاً، فلو أصدقها تعليم سورة لم يجب تعيينها ولو أبهم لم يفسد المهر، وكان لها مع الدخول ما تصالح عليه.

(مسألة: ٢٨٣) يجوز أن يجعل الصداق تعليم صنعة لا يحسنها بالفعل، أو تعليم سورة لا يعلمها ونحو ذلك، والوجه فيه أن المعتبر كونه معيناً في حد ذاته ومقدوراً عليه عادة، ولا يشترط فيه وجوده بالفعل عنده، بل يعتبر امكان تحصيله له بنفسه أو بمعاون، وغايته أنه يثبت في الذمة، ويجب وفاؤه عند المطالبة إن أمكن ذلك، و مع عدم إمكان حصوله فيما نحن فيه من تعليم الصنعة أو السورة فإنه يرجع إلى أجرة المثل، لأنه قيمة المهر حيث تتعذر عينه.

هل يعتبر في المعلم لها غيره المحرمية؟ الأظهر أنه لا إشكال في جواز تعليم الأجنبي لها، نعم يبقى الإشكال فيما استلزم الفتنة، ثم إنه إن شرط تعليمها بنفسه فلا إشكال في وجوب تعلمه لتعليمها، وأما مع عدمه ففيه إشكال.

(مسألة: ٢٨٤) إذا عقد على مائع ظناً منها أنه خلاً فبان خمراً، أو على شخص معين أنه عبد فبان حراً ونحو ذلك ممّا يظن صلاحيته لأن يكون مهراً فظهر عدمها، فإنه لا خلاف في صحّة العقد، والاحتياط هنا واجب، وأنه يحصل بالتراضي على مهر المثل أو مثل الخل، والثاني أظهر لأنه الأقرب إلى ما ظناه وعقدا على تقديره.

(مسألة: ٢٨٥) المهر مضمون في يد الزوج قبل تسليمه إلى الزوجة، وأن طلّقها فالضمان عليه بمعنى اشتغال ذمته به لا أنه ينفسخ العقد بتلفه كالبيع ونحوه.

(مسألة: ٢٨٦) لا يجوز للزوجة غير المدخول بها الامتناع من تمكين نفسها حتّى تقبض المهر وإن كان حالاً والزوج موسراً فضلاً عن إن يكون معسراً، وكذا لو كانت المطالبة بعد الدخول، وإنّما الكلام فيما لو مضت المدة ولم يدخل بها لمانع من جهته كمرض أو غيبته أو نحوهما، أو مانع من جهتها شرعي كالحج والمرض المانع من جميع أنواع الاستمتاع، أو غير شرعي كما لو منعت نفسها عصياناً وأقدمت على فعل الحرام حتّى انقضت المدة، فعلى ما تقدم يجب عليها بذل الطاعة وعدم جواز الامتناع سواء كان المهر حالاً أو مؤجلاً كما عرفت.

صورة حصول الدخول مكرهاً أو قبض المهر كذلك لا يوجب فساده على الأظهر.

الثاني: التفويض

هو لغة الرد إلى الغير، والإهمال، وشرعاً رد أمر المهر أو البضع إلى أحد الزوجين أو ثالث، أو إهمال المهر في العقد وعدم ذكره بالمرة، والأوّل منهما

يسمى تفويض المهر، والثاني تفويض البضع، فالكلام هنا يقع في مطلبين:

الأوّل: تفويض البضع، وهو أن لا يذكر في العقد مهر، مثل أن تقول هي زوجتك نفسي، أو يقول وليها أو وكيلها زوجتك فلانة، فيقول الزوج قبلت.

(مسألة: ٢٨٧) يجوز إخلاء العقد من المهر، لمّا تقدم من أن المهر ليس من أركان عقد النكاح كالعوضين في البيع ونحوه من عقود المعاوضات وإنّما الأركان فيه الزوجان خاصة، وإن كان المهر لازماً في الجملة، ويتحقق التفويض بعدم ذكر المهر في العقد سواء أطلق، أم شرط أن لا مهر عليه في الحال، أو أطلق بأن قال لا مهر عليه، فإن مرجع الجميع إلى أمر واحد.

نعم لو صرح بنفيه في الحال والمثال على وجه يشمل ما بعد الدخول أو قال: قبل الدخول وبعده، فالظاهر بطلان العقد.

(مسألة: ٢٨٨) إذا عرفت ما تقدم فأعلم أن مجرد العقد في التفويض لا يوجب المهر ولا المتعة، بل إنّما يجب المتعة بالطلاق قبل الدخول، ومهر المثل بالدخول، ويجب أيضاً ما يفرضانه ويتفقان عليه بالفرض قبل الدخول، ولا فرق في وجوب مهر المثل بالدخول بين أن يطلقها أو لا يطلقها، لأنه قد استقر بالدخول.

أمّا ما يفرض قبل الدخول فإنه لو طلقها والحال كذلك فلها نصف المفروض.

(مسألة: ٢٨٩) لو مات أحد الزوجين قبل الدخول والطلاق، فإن كان الموت قبل الفرض فلا شيء لها لانتفاء سبب الوجوب فإنه منحصر في الفرض والدخول.

(مسألة: ٢٩٠) لا يخفى أن المفوضة وإن لم تستحق المهر بنفس العقد ولكنه حيث كان المهر لازماً للنكاح كما عرفت وأنها ملكت بالعقد أن تملك المهر؛ فإن لها المطالبة بفرضه وتعيينه قبل الدخول لتعرف ما تستحق بالوطء أو الموت وما تشطر بالطلاق قبل الدخول أو الفسخ على القول بالتنصيف به.

(مسألة: ٢٩١) إن اتفق الزوجان على قدر معين صح ولزم ولم يكن لها غيره، ولا فرق بين كونه بقدر مهر المثل أو أقل منه أو أكثر، وليس لأحد منهما بعد الاتفاق الرجوع فيه مطلقاً، وإن اختلفا بأن فرض الزوج لها أقل ممّا ترضى به فإشكال، وإن كان المقدر أقل من مهر المثل لم يقع بغير رضاها، فحينئذٍ إن ترافعا إلى الحاكم فرض لها مهر المثل من غير زيادة ولا نقصان ما لم يتجاوز السنّة فيرد إليها إن اعتبرنا ذلك في مهر المثل، وإلّا لم يتقيد بذلك، والمسألة لما عرفت محل توقف وإشكال.

(مسألة: ٢٩٢) المعتبر في مهر المثل بحال المرأة، والمراد به ما يبذل عادة في مقابل نكاح أمثالها، والمراد بأمثالها من كن يتصفن بمثل صفاتها وما هي عليه من الجمال والبكارة والشرف والثروة والعقل والأدب وحسن التدبير في المنزل ونحو ذلك، وأضداد هذه الأشياء لأن ذلك ممّا يختلف به المهر اختلافاً ظاهراً.

(مسألة: ٢٩٣) الزوج الغني يمتع زوجته التي فوضت مقدار المهر إليه بما قلّ أو كثر على قدر يساره.

(مسألة: ٢٩٤) قد عرفت أن مستحق المتعة هي المطلقة على الوجه

المتقدم، فلو حصلت البينونة بينهما بغيره من فسخ أو موت أو لعان أو غير ذلك من قبله أو من قبلها أو منهما فلا مهر ولا متعة.

(مسألة: ٢٩٥) ظاهر الأصحاب هو اختصاص المتعة بغير المدخول بها كما تقدم، إلّا أن جملة من الأخبار قد دلت على ثبوتها للمدخول بها أيضاً؛ وعليه فالمسألة لا تخلو من توقف وإشكال والاحتياط فيها مطلوب على كل حال.

(مسألة: ٢٩٦) لا إشكال في صحة التفويض من البالغة الرشيدة غير المولى عليها، لأن الحق في ذلك لها، وأمر نكاحها بيدها، تختار ما تريد من الوجوه الصحيحة، ومنها التفويض وإنّما الكلام في المولى عليها بجميع أنواعها، فهل للولي أن يزوجها مفوضة أم لا؟ الأظهر صحة التفويض كغيرها، فعلى هذا ليس لها بعد الطلاق وقبل الفرض أو الدخول إلّا المتعة.

الثاني: تفويض المهر

وهو كما تقدمت الإشارة إليه أن يذكر في العقد مجملاً، ويفوض تعيينه إلى أحد الزوجين. وهل يجوز التفويض لشخص ثالث غيرهما وإن كان قريباً أو بعيداً؟ الأظهر اختصاص تفويض المهر بأحد الزوجين.

(مسألة: ٢٩٧) قد عرفت أن المهر متى فوض تقديره إلى الزوج كان له الحكم بما شاء من قليل أو كثير، فلا تقدير له في طرف الكثرة، ومتى فوض إلى الزوجة لم يتقدر في طرف القلة، ويتقدر في طرف الكثرة بمهر السنّة، فلا يمضي حكمها فيما زاد عليه.

(مسألة: ٢٩٨) لو طلقها قبل الدخول وقبل الحكم ألزم من إليه الحكم أن

يحكم، وكان لها النصف ممّا حكم به، ولو كانت الحاكمة هي المرأة وحكمت بما يزيد على مهر السنّة، فالواجب هو نصف مهر السنّة لما تقدم من بطلان ما زاد عليه، ولو كان الحكم بعد الدخول فالواجب هو جميع ما يحكم به الحاكم.

(مسألة: ٢٩٩) لو مات الحاكم قبل الحكم وقبل الدخول فأن لها المتعة.

(مسألة: ٣٠٠) أن المهر كلاً أو بعضاً لا يسقط بالدخول لو لم تقبضه بل يكون ديناً عليه، طالت المدة أم قصرت، طالبت أم لم تطالب، إلى أن من لم ينو إعطاء المهر فهو زان[1]، ولا فرق بين عدم نيته سابقاً أو لاحقاً.

(مسألة: ٣٠١) هل إن الدخول يهدم العاجل من المهر؟ مجرد رضاها بالدخول بعد استقرار المهر في ذمته وإن اشترط تقديمه على الدخول لا يوجب سقوطه بالدخول. نعم متى لم يسم مهراً وأعطاها شيئاً ودخل بها مع رضاها به عن المهر، فإنها لا تستحق سواه، وليس لها مطالبة بشيء.

إذا أختلف الزوجين بعد الدخول في تقديم المهر قبل الدخول وعدمه فالزوجة تدعي عدم تسليم المهر والزوج يدعي خلافها، فالأظهر تقديم قول الزوج.

(مسألة: ٣٠٢) الوطي الموجب للغسل موجب لاستقرار جميع المهر المسمى في العقد. وهل يقوم غيره من مقدمات الوطي ـ كالخلوة ونحوها

---

(١) أقول: المراد بالزنا هنا ليس بمعنى إرتكاب الفاحشة موضوعاً حتّى يستحق الحد بل هو كناية لأجل التغليظ بدفع المهر وعدم سرقة حقها، وذلك بمّا أن الزواج شبهة المعاوضة بين الزوجين فلذا إذا فقد الأجر أصبح فاسداً وإن كان المهر كما هو المشهور الصحيح عدم ركنيته في العقد إلّا أن له آثار حكمّية. «المؤلف».

مما يأتي ذكره ـ مقامه أم لا؟ الأشهر الأظهر الثاني أي يقوم مقامه.

(مسألة: ٣٠٣) إذا طلق زوجته قبل الدخول وقد فرض لها مهراً فإنه يرجع بنصفه، فإن كان قد دفع المهر لها استعاد نصفه، وإلّا أعطاها النصف خاصة، سواء قلنا بأنها تملك المهر جميعاً بمجرد العقد أو نصفه خاصة، ثم إن في هذا المقام صوراً عديدة:

الأُولى: أن يكون المهر ديناً في ذمته، ولا إشكال في أنه إذا طلقها قبل الدخول برءت ذمته من نصفه، ووجب عليه دفع النصف الآخر إليها.

الثانية: أن يكون عيناً إلّا أنها باقية في يد الزوج، وحينئذٍ فإن كانت باقية إلى وقت الطلاق من غير زيادة ولا نقصان فلا إشكال في أنه يستحق نصفها ويكونان شريكين فيها، وإن زادت بزيادة من الله سبحانه، فالزيادة لها بناء على ما هو الأشهر الأظهر من انتقال المهر كملاً إليها بالعقد وأنها تملكت، وإن كانت الزيادة بفعله فهو بمنزلة الغاصب، وإن نقصت كان النقص مضموناً عليه، وإن تلف رجعت عليه بالقيمة أو المثل.

الثالثة: أن يكون عيناً إلّا أنه قد سلمها إليها، فإن كان باقياً استعاد نصفه، وإن وجده تالفاً استعاد نصف مثله إن كان مثلياً، ونصف قيمته إن كان قيمياً، ثم إنه إن اتفقت قيمته من حين العقد إلى حين القبض فلا إشكال، وإن اختلفت قالوا: يرجع بأقل القيم.

الرابعة: كسابقتها إلّا أنه وجد العين ناقصة، وكان النقص نقصان عين، كعور الدابة أو صفة كنسيان الصنعة، وكيفية الرجوع تعلم من الصورة التالية.

الخامسة: الصورة بحالها إلّا أنه وجد العين زائدة، وحينئذٍ فلا يخلوا إما

أن تكون الزيادة باعتبار القيمة السوقية، ولا إشكال في أنه يأخذ نصف العين كما لو نقصت كذلك، وإن كانت الزيادة منفصلة كالولد واللبن وثمرة الشجرة والكسب فهي للمرأة بناءً على ما هو الأشهر الأظهر من ملكها المهر كملاً بمجرد العقد، وهذه الأشياء نماء ملكها سواء كانت العين في يدها أو في يده، ويختص رجوعه بنصف الأصل.

تقريب ذلك: أن النماء تلك من مثل الغنم، فإذا حملن عنده فالمهر مجموع الأمهات والأولاد، فمع الطلاق قبل الدخول يرجع بنصف كل منهما، وأما إذا حملن عندها فإن المهر إنّما هو الأمهات خاصة، وقد فرضنا أنها تملك المهر بأجمعه بمجرد العقد فيكون هذا النماء نماء ملكها، والمسألة غير خالية من شوب الإشكال.

هذا كله في الزيادة المنفصلة، وأما لو كانت متصلة كالسمن وكبر الحيوان، فإنه للزوج نصف قيمته من دون الزيادة، لا نقصان وإن المرأة تجبر على دفع العين، لأن الزيادة ليست ممّا فرض فلا يكون للزوج الرجوع بها.

(مسألة: ٣٠٤) لو أصدقها حيواناً حاملاً وحكمنا بدخول الحمل في الصداق صار الجميع مهراً، فإذا طلقها قبل الدخول رجع بنصف الجميع، لأنه هو المهر سواء كان الطلاق قبل وضع الحمل أو بعده، فإنه يرجع بالنصف في كلتا الحالين.

(مسألة: ٣٠٥) لو أصدقها تعليم صناعة ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف أُجرة تعلمها، ولو كان علمها قبل الطلاق رجع بنصف الأجرة.

(مسألة: ٣٠٦) لو أبرأته من الصداق قبل الدخول بها ثم طلقها قبل

الدخول أنه يرجع عليها نصف المهر الذي وقع عليه العقد، لأنه لا فرق بين تصرفها فيه يصرفه في مصالحها ولا بين تصرفها فيه بالإبراء منه أو بهبته له أو لغيره، ومجملة أنها متى تصرفت فيه تصرفاً ناقلاً عن ملكها لازماً لا يمكن الرجوع فيه، فإنه يلزمها عوض النصف.

(مسألة: ٣٠٧) لو أعطاها عوض المهر متاعاً أو عروضاً أو شيئاً لا يمكن استيفاء ماليتها نقداً ثم طلق قبل الدخول رجع بنصف المسمى دون العوض، وينبغي أن يعلم أن المراد برجوعه بنصف المسمى هنا إنّما هو رجوعه بمثله أو قيمته، كما لو انتقل منها إلى غيره، ولا فرق في ذلك بين انتقاله بعوض يساوي قيمته أو ينقص أو يزيد، ولا بين أنواع الأعواض لاشتراك الجميع في المقتضى وهو خروجه بذلك عن ملكها كما خرج بغير عوض كالهبة.

(مسألة: ٣٠٨) لو شرطت الزوجة إن لا يفتض بكارتها أو لا يدخل بها فأنه يلزمه الشرط ويصح العقد في الدائم والمنقطع، بخلاف ما لو اشتراط أن لا يتزوج ولا يتسرى، فأنه يصح العقد ويبطل الشرط أي لا يجب الوفى به وكذا في صورة اشتراط تسليم المهر إلى أجل فأن وفا فهي امرأته.

نعم لو اشترطت أن لا يستمتع بها مطلقاً كالتقبيل واللمس مثلاً بطل العقد بذلك. ولو أذنت له بعد ذلك بالافتضاض جاز له ذلك.

(مسألة: ٣٠٩) متى شرط الرجل لامرأته في حال العقد أن لا يخرجها من بلدها لم يكن له أن يخرجها إلّا برضاها، ومعه لا ريب في أنه مع الرضاء بالخروج مع طلب الزوج ذلك، فإن الواجب شرعاً هو الخروج لوجوب طاعته. نعم لا يتأتى السقوط بالنسبة إلى الحقّ المالي الذي يتجدد بتجدد

الزمان كنفقة الزوجة مثلا، لا مطلق الحقّ، والحقّ الذي لها هنا هو عدم الخروج ومتابعته فيه لا السكنى، فإذا أسقطت حقها و رضيت بالخروج سقط ووجب عليها الخروج مع طلب الزوج ذلك.

(مسألة: ٣١٠) لو شرط لها مائة دينار إن خرجت معه، وخمسين إن لم تخرج معه، فإن أخرجها إلى بلد الشرك يبطل شرطه ولزمته المائة، وإن أخرجها إلى بلاد الإسلام لزم الشرط؛ ويجوز أن تمتنع عن خروجها إلّا بعد أن يؤدي صداقها، ولو لم تطلبه، لمّا في الإقامة في بلاد الشرك من الشرر بالمسلم في دينه، فلا يجب عليها إطاعته، وإن كان بلاده بلاد الإسلام فله ما اشترط عليها، بمعنى أنه يجب عليها متابعته والوفاء بما شرطه عليها من الخروج إلى بلاده.

(مسألة: ٣١١) الأقوى صحة العقد وبطلان الشرط، واشترط أحد الزوجين خيار الفسخ متى شاء كما لو اشترط ذلك في المهر أيضاً.

(مسألة: ٣١٢) قد عرفت أن الأشهر الأظهر هو وجوب المهر كملاً بمجرد العقد، إلّا أنه لا يستقر إلّا بالدخول، وأنه ينتصف بالطلاق قبل الدخول.

(مسألة: ٣١٣) إذا مات الزوج عن زوجته قبل الدخول بها وجب لها النصف المهر على الأقرب وكذا لو كانت الزوجة هي الميتة كان لاؤليائها نصف المهر.

(مسألة: ٣١٤) قد عرفت أن الأشهر الأظهر هو أن المرأة تملك المهر بمجرد العقد إلّا أنه متى طلقها قبل الدخول عاد نصفه إلى الزوج، وينبغي أن

يعلم أن عود النصف إلى الزوج مقيد بأن لا تعفو عن النصف الباقي لها، فيصير الجميع للزوج حينئذٍ أو يعفو الذي «بيده عقدة النكاح»، إلّا أن من له عقدة النكاح ليس له أن يعفو عن الجميع، وأما هي فإن لها العفو عن الجميع.

(مسألة: ٣١٥) من هو من «بيده عقدة النكاح»؟ هل هو الولي الجبري الذي هو الأب أو الجد له؟ أو هو مع من توليه أمرها في النكاح كان من كان؟ الظاهر هو من توليه، على أنه متى كان جواز عفوه مشروطاً بكونه وكيلاً من جهتها في ذلك، فإنه لا مانع حينئذٍ من ذلك كما سيأتي ذكره.

(مسألة: ٣١٦) ظاهر نصوص «من بيده عقد النكاح» هو من يقوم لها بشؤونها الخاصة والعامة حتّى على مستوى شراء الحاجيات الأولية من البيع والشراء إلّا إن الاحوط هو من كان وكيلاً في النكاح أو العفو، وإلّا فمجرد قيامه بأمرها والبيع والشراء لها لا يسوغ له العفو عن مهرها.

(مسألة: ٣١٧) هل لمن بيده عقد النكاح أن يعفو عن مهر كله أو نصف مهر فقط أو يقرن بالبغبطة والمصلحة؟ الظاهر أن له أن يعفو عن النصف فقط، سواء كان فيه مصلحة المولى عليه أم لا، وأما الزوجة فلها أن تعفو عن الجميع لأنه مالها، ثم إن عفوها من النصف الذي لها إنّما هو على جهة الفضل والاستحباب.

(مسألة: ٣١٨) هل الوكيل إذا تصرف بعد الوكالة بما تقتضية المصلحة لمن يكن للموكل فسخه، ووجب عليه إمضاؤه؟ لا أعرف للزوم ذلك وجه، وإنّما أعم من أن تقتضيه المصلحة أم لا.

(مسألة: ٣١٩) الحلي التّي يتعارف صياغها[١] للزوجة هل تملكها الزّوجة أم لا؟ وهل يجوز التّصرف بها مطلقاً أم لابد من الصيغة الناقلة اليها بعوض؟ اذا لم يكن ذلك من وجه مهرها وانّما هو تبرع فانّه لا تملكه بمجرد ذلك بل له الرجوع فيه[٢]، ولم يتصرف فيها الاّ بالبّس والتجمل دون غيره من انواع التّصرفات، فلابدّ في تملكها له من صيغة ناقلة[٣].

(مسألة: ٣٢٠) الأقوى أن انتقال الجميع إلى الزوج بالعفو عن النصف الباقي لها، إنّما يختص بالدين، وأما العين فلا تنتقل إلّا بلفظ الهبة أو التمليك أو نحوهما، لا بالعفو.

(مسألة: ٣٢١) الأظهر أن لولي الزوج العفو من حقّه كلاًأو بعضاً مع الطلاق، سواء اقتضت المصلحة ذلك أو لا.

(مسألة: ٣٢٢) القدر المعفو عنه ينتقل بمجرد العفو إلى من عفي له من زوج أو زوجة، ولا يتوقف على أمر آخر.

إذا تقرر ذلك فنقول: المهر إما أن يكون عيناً أو ديناً، وعلى الأوّل إما أن يكون في يدها أو في يده، والثاني إما أن يكون في ذمتها ـ بأن قبضته وتلف في يدها ـ أو في ذمته، وعلى التقادير الأربعة إما أن يكون العافي الزوج أو أبو الزوجة أو من يقوم مقامهما في معناهما، فتحقق الملك وانتقاله وسقوطه عن الذمة يتم بثمان صور:

---

(١) أقول: أو شرائها.(المؤلّف)

(٢) أقول كالهدية المحضة نعم لو كان على نحو الهبة لم يصح الرجوع فيها عند الشيخ.(المؤلف)

(٣) أجوبة المسائل الدزفولية.(مخطوط).

الأولى: أن يكون ديناً في ذمة الزوج، والعافي المرأة، فتحصل براءة ذمته بمجرد عفوها، ويصح ذلك بلفظ العفو والإبراء والاسقاط والترك والهبة والتمليك لاشتراك الجميع في الدلالة عليه.

الثانية: الصورة بحالها ويكون عيناً في يده فلا يكفي مجرد العفو، بل لابدّ من لفظ يدل عليه، كلفظ الهبة والتمليك أو العفو على قول قوي، لا الإبراء والاسقاط وما شاكلهما، ويشترط أيضاً قبول المتهب، ولا يشترط قبض جديد.

الثالثة: الصورة بحالها بأن كان عيناً في يده لكن كان هو العافي عن حقّه، فيشترط فيه ما اشترط في السابقة من الإيجاب والقبول، ويزيد اشتراط إقباضها إياه.

الرابعة: الصورة بحالها بأن كان هو العافي، ولكن كان ديناً في ذمته، ولا ينقل بالإبراء، وينتقل بلفظ الهبة لكن بشرط التسليم.

الخامسة: أن يكون ديناً في ذمتها وتكون هي العافية، والحكم فيه كالسابقة، والأقوى افتقاره إلى العقد بعد التعيين فيهما.

السادسة: الصورة بحالها وهو كونه ديناً في ذمتها لكن العافي هو الزوج، وهنا ينزل منزلة الإبراء كما مر في نظيره، ويصح بجميع الألفاظ الستة، ولا يفتقر إلى القبول على الأقوى.

السابعة: أن يكون عيناً في يدها، وهي العافية أيضاً، ويشترط فيه ما يشترط في الهبة من العقد والإقباض.

الثامنة: الصورة بحالها، والعافي هو الزوج فيشترط فيه عقد الهبة، ولا يشترط تجديد الإقباض لحصوله في يدها.

(مسألة: ٣٢٣) إذا زوج الرجل ولده الصغير وللولد مال، فإن المهر في مال الولد، وإن كان الولد فقيراً فالمهر لازم للأب يخرج من أصل ماله لو مات ولم يدفعه، وإن بلغ الولد وأيسر أو مات قبل ذلك؛ فالأقوى عدم ضمان الولد ويضمن في صورة فقر الولد أعم من أن يشترط الضمان على نفسه أو لا يشترط بأن اشترط عدمه أو لم يشترط، ولو كان الصبي مالكاً لبعض المهر دون بعض لزمه بنسبة ما بملكه، ولزم الأب الباقي.

(مسألة: ٣٢٤) متى ما كان للولد مال فإن المهر على الأب شامل لما يؤخذ في الدين وما لا يؤخذ فيه، مثل دار السكنى ودابة الركوب ونحوهما إلّا أن ذلك لا يقتضي صرف الثاني من هذين الفردين في أداء دين المهر لو تزوج والحال كذلك، فلو كان له دار سكنى ومركوب ونحوهما، فإنه يقتضي أن المهر عليه دون الأب، ولكنه متى تزوج كذلك كان المهر في ذمته، ولا يجب عليه صرف هذه الأشياء في أداء دين المهر لو طلبته الزوجة، بل يبقى المهر ثابتاً في ذمته إلى أن يتيسر له قضاؤه، هو أنه متى كان له مال فالمهر عليه دون أبيه، بمعنى أن المهر يكون في ذمته، والحكم بوجوب المهر في ذمته لا يقتضي وجوب صرف هذه الأشياء في أدائه، بل يرجع في ذلك إلى تلك المسألة الأخرى، وهو استثناء هذه الأشياء من الصرف في الدين، بل يبقي في ذمته إلى أن يقدر على الوفاء جمعاً بين الأصلين المذكورين.

(مسألة: ٣٢٥) كل موضع لا يضمن الأب المهر فيه لو أداه تبرعاً عنه، فإنه لا رجوع له به، كما لو أداه الأجنبي، أما لو ضمنه صريحاً وانتقل إلى ذمته بالضمان، فلو أدى بعد ذلك فهل يرجع به أم لا؟ له ذلك إن انضم إلى كون

الأداء والضمان مصلحة للولد مع قصد الرجوع عليه اتجه جوازه، وإلّا فلا.

(مسألة: ٣٢٦) الأظهر أنه إذا دفع الأب عن ولده الصغير مع يسار الولد تبرعاً أو مع فقره لكونه ضامناً له، ثم بلغ الولد وطلق قبل الدخول، فإنه يزول ملك المرأة عن نصف الصداق، وهل يرجع في هذه الصورة إلى الأب أو الابن؟ الأقوى أنه يرجع إلى الابن.

(مسألة: ٣٢٧) لو لم يدفع الأب المهر مع لزومه له وطلقها قبل الدخول لم يستحقه الابن، وتبرأ ذمة الأب من النصف ويلزمه دفع النصف الآخر إلى الزوجة، وإنما يتم فيما إذا كان الأب متبرعاً بالدفع عن الصغير، كما إذا كان الصغير موسراً أو معسراً، وقد شرط الأب عدم الضمان على القول به، أما إذا لزمه ابتداء، كما إذا كان الولد معسراً ولم يشترط عدم ضمانه، فإن المهر يلزمه بالعقد سواء كان قبضته الزوجة أم لا، حتّى لو كان عيناً ملكت نماؤها كما سلف، فلا يظهر الفرق بين قبضها وعدمه هنا.

(مسألة: ٣٢٨) لو دفع الأب المهر عن الولد الكبير متبرعاً، ثم طلق قبل الدخول، فهل يعود النصف إلى الدافع وهو الأب أو إلى الزوج وهو الابن؟ الظاهر الثاني.

الثالث: التنازع

(مسألة: ٣٢٩) ضابطة التخالف أي أن يتحالف كلاً من المتداعيين لإسقاط دعوى الطرف القابل أي ادعاء كل منهما على صاحبه ما ينفيه الآخر، بحيث لا يتفقان على أمر، فلو اتفقا على أمر خرج ذلك عن مقتضى الضابطة المذكورة.

(مسألة: ٣٣٠) اذا اختلفا في أصل المهر بأن ادعته المرأة وأنكر الزوج، فقال: لا مهر لك وما أشبهه، فإن كان ذلك قبل الدخول فالظاهر أنه لا إشكال في أن القول قول الزوج بيمينه، وإن كان بعد الدخول فهل الحكم كذلك أيضاً؟ مشكل إلّا إن ثبت انتفاء التفويض، إما باتفاقهما على ذلك، أو قيام البينة وما في معناها على ذلك.

(مسألة: ٣٣١) لو كان الاختلاف في القدر بأن ادعت الزوجة قدراً زائداً على ما أقر به الزوج، فلا إشكال في أن القول قول الزوج بيمينه، إلّا أنه ينبغي تقييد ذلك بما لو أطلق الدعوى، أو ادعت هي التسمية هذا القدر في العقد، وادعى هو تسمية الأقل، أما لو اتفقا على عدم التسمية فالواجب مهر المثل، والاختلاف يقع حينئذٍ فيه، فإن كان القدر الذي يعترف به الزوج أقل منه، فدعواه في قوة إيفاء الزائد أو التخلص منه بالإبراء ونحوه، ومثل هذا لا يقبل قوله فيه.

وكذا مع اتفاقهما على التسمية، واعترف بأنهما أكثر، ويدعي التخلص من الزائد بإبراء أو وفاء ونحوهما، ولا فرق في ذلك بين الدخول وعدمه، ولا بين ما لو كان ما تدعيه مهر المثل أم أقل.

(مسألة: ٣٣٢) لو أقر بالمهر وادعى تسليمه، وأنكرت المرأة، فمقتضى القواعد الشرعية أن القول قولها بيمينها.

(مسألة: ٣٣٣) لو اختلفا في المدفوع بعد أن كان قدر مهرها، فقالت: دفعته هبة، فقال: بل صداقاً، فظاهر الأصحاب كالمحقق أن القول قوله لأنه أبصر بنيّته.

(مسألة: ٣٣٤) إذا خلا بها فادعت المواقعة، فلا يخلو إما أن تكون بكراً أو ثيباً، وعلى الأوّل فلا إشكال، لإمكان استعلام الحال بنظر الثقات من النساء إلى ذلك، وهو مستثنى لموضع الحاجة، كنظر الطبيب ونحوه، وإنّما الإشكال في الثاني، والظاهر تقديم قولها[1].

(مسألة: ٣٣٥) إذا اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على وقوع عقد نكاح بينهما في وقتين، فادعى الزوج التكرار المحض إما على وجه الاحتياط في تصحيحه أو لقصد اشتهاره أوّلاً كذلك وادعت المرأة أن كلاً منهما عقد شرعي مستقل لا مجرد تكرار، وإن لم تذكر سبب الفرقة من العقد الأوّل، فظاهر كلام الأصحاب أن القول قولها.

تتمه: مع تقديم قولها فما الواجب من المهر في هذه الصورة؟ المسألة لخلوها عن النص القاطع لمادة القيل والقال لا تخلو من الإشكال.

الثالث: القسم والنشوز والشقاق

فهنا مقالتان،

الأولى: القسم

هو حقّ واجب لمن يجب الإنفاق عليه من الزوجات:

(مسألة: ٣٣٦) لا إشكال في أن لكلّ من الزوجين على الآخر حقوقاً واجبة ومستحبة، ومن الواجب على الزوج النفقة والكسوة والإسكان.

---

(١) أقول: الظاهر الاكتفاء بالفحص الطبي في الثيب أيضاً لعدم خصوصية البكر هنا وأنما ذلك لسهولة الأمر في البكر؛ نعم يعتبر التعدد والعدالة على الأحوط وأن جاز شهادة الفرد في الموضوعات. «المؤلف».

من الواجب عليها التمكين من الاستمتاع، ومجمل حقوق الزوج عليها كما دلت عليه الأخبار أن تطيعه ولا تعصيه ولا تصدق من بيته إلّا بإذنه، و لا تصوم تطوعاً إلّا بإذنه، ولا تمنعه نفسها، ولا تخرج من بيته إلّا بإذنه، وعليها أن تطيب وتزين له بأطيب طيبها وأزين زينتها، وأن لا تبيت ليلة وهو عليها ساخط وإن كان ظالماً لها.

إذا تقرر ذلك فالواجب على كل منهما القيام بالحقّ الواجب عليه من غير أن يخرج صاحبه إلى طلبه له والاستعانة بالغير على ذلك.

(مسألة: ٣٣٧) تجب القسمة بين الزوجات لمّا فيه من العدل والمعروف وحسن المعاشرة، وينبغي أن يعلم أن وجوب العدل في القسم إنّما هو باعتبار المساواة فيما تقدم ذكره من الأُمور الواجبة عليه من النفقة والكسوة والإسكان والمبيت والإقامة عندها في يومها وليلتها لا بالنسبة إلى المودة التي هي أمر قلبي.

(مسألة: ٣٣٨) هل تجب القسمة بنفس العقد والتمكين، أم يتوقف على الشروع؟ مبنى هذا الخلاف على أن القسمة هل هي حقّ للزوج خاصة أو مشتركة بينه وبين الزوجة؟ الأصل أنه لا تجب عليه القسمة ابتداء، لكن الذي يجب عليه النفقة والكسوة والمهر والسكنى، فمتى تكفل بهذا لا يلزمه القسم، ويجوز له تركه، وأن يبيت في مكان آخر وعند أصدقائه، فأما إذا أراد أن يبتدئ بواحدة منهن فيجب عليه القسمة، لأنهن ليس واحدة منهن أولى بالتقديم من الأخرى.

(مسألة: ٣٣٩) لو لم يكن عنده إلّا زوجة واحدة لم يجب القسم لها

مطلقاً، بل له أن يبيت عندها متى شاء، ويعتزلها متى شاء، ومن كانت عنده زوجتان فإنه لا يجب عليه القسم لها ابتداء بل له أن يبيت حيث يشاء، فإن بات عند واحدة منهن ليلة وجب عليه أن يبيت عند الأخرى، مراعاة للعدل بينهما، وعملاً بالأمر بالمعاشرة بالمعروف.

(مسألة: ٣٤٠) إذا ساوى بينهما في المبيت كما ذكرنا جاز له اعتزالهما وترك القسمة إلى أن يبيت عند واحدة منهما فيلزمه المبيت عند الأخرى لما تقدم وهكذا، ومثله يأتي فيما لو كان عنده ثلاث أو أربع، فإنه بعد كمال دوره عليهن والمساواة بينهن في ذلك الدور له الاعراض عنهن كما في الابتداء. ولو كان عنده منكوحات لا يجب لهن قسمة، يجوز له المبيت عند كل من لا يستحق قسمته إلى أن يبيت عند واحدة من ذوي القسم فيجب عليه إتمام الدور، وله بعد تمام الدور أن يعدل إلى من لا يستحق قسمة، وذلك واضح.

(مسألة: ٣٤١) لا إشكال في أن أقل أفراد القسم لو تعددت الزوجة ليلة ليلة، وإنّما الكلام في الزيادة، والأقرب جوازه إلّا أن طريق الاحتياط يقتضي الوقوف على القسمة ليلة ليلة، من غير زيادة ولا نقصان، فإنه هو المعلوم من سيرته ﷺ وسيرة أبنائه الطاهرين عليهم السلام وشيعتهم الماضين.

(مسألة: ٣٤٢) الواجب في القسمة هو المضاجعة ليلاً دون المجامعة، والمراد بالمضاجعة النوم معها على فراش واحد قريباً منها عادة بحث لا يعد هاجراً وإن لم يتلاصقا، أمّا المواقعة فلا تجب عند الأصحاب إلّا في كل أربعة أشهر مرة وقد تقدم، أما النهار فأنه لصاحبة تلك الليلة.

عن علي عليه السلام «إنه كان له امرأتان فكان إذا كان يوم واحدة لا يتوضأ في

بيت الأخرى»، ولعله محمول على الفضل والاستحباب، ثم إنه لا يجب المقام عندها من أوّل الليل إلى آخره بل يجب الرجوع إلى ما جرت به العادة من كون ذلك بعد قضاء الحوائج كالصلاة في المسجد ومجالسة الضيف ونحو ذلك. نعم ليس له الدخول في تلك الليلة عند ضرتها إلّا للضرورة، ومن الضرورة عيادتها إذا كانت مريضة.

(مسألة: ٣٤٣) إذا اجتمع عنده حرة وكتابية أو أمة بالعقد فالمشهور أن للكتابية والأمة ليلة وللحرة ليلتين.

(مسألة: ٣٤٤) يجوز للزوج أن يختص بالدخول الباكر بثلاث ليالي والأفضل أن يكمل سبع ليالاً متوالية وبالثيب بثلاث ليالي.

(مسألة: ٣٤٥) المفهوم من كلام جملة من الأصحاب سقوط القسمة بالسفر، بمعنى أنه متى أراد سفراً وأحب أن يصحب بعض نسائه دون بعض فإن له ذلك، ولا يجب عليه القضاء لمن خلفهن بعد الرجوع، ثم إنه القول بالقرعة أو له الاختيار هل يعم الحكم لكل سفر النقلة والإقامة كإرادة الانتقال إلى بلد والتوطن فيها، وسفر الغيبة الذي يريد الرجوع بعد قضاء غرضه إلى بلده كسفره للتجارة ونحوها؟

لم ترد به النصوص فالاحتياط والوقوف فيه على سواء ذلك الصراط كما وردت به أخبارهم عليهم السلام.

(مسألة: ٣٤٦) من المستحبات عند الأصحاب في هذا المقام أن يقرع بينهن إذا أراد أن يصحب بعضهن في السفر معه، وكيفية القرعة هنا أن يكتب أسماء النسوة في رقاع بعددهن، ويدرجها في بنادق متساوية، ويضعها على

وجه لا يتميز ويخرج منها واحدة على السفر، فمن خرج منها صحبها، وإن أراد استصحاب اثنتين معه أخرج رقعة أخرى وهكذا وإن شاء أثبت الحضر في ثلاث رقاع والسفر في واحدة وأدرجها ثم يخرج رقعة على اسم واحدة فإن خرجت رقعة السفر صحبها، وإن خرجت من رقاع الحضر أخرج رقعة أخرى على اسم اخرى، وهكذا حتّى يبقى رقعة السفر، فيتعين المتخلفة، وإذا أراد السفر باثنتين أثبت السفر في رقعتين والحضر في رقعتين، ثم إنه بعد خروج القرعة، على من تخرج عليه من واحدة أو أكثر لا يكون ذلك موجباً لاستصحابها بل يجوز له أن يجعلها مع المتخلفات، لكن هل يجوز له مع تركها أن يستصحب غيرها؟ الأولى مراعاة القرعة.

(مسألة: ٣٤٧) من استحباب التسوية بين الزوجات في الإنفاق وحسن المعاشرة وطلاقة الوجه والجماع ونحو ذلك، لمّا في ذلك من رعاية العدل والإنصاف.

(مسألة: ٣٤٨) لو وهبت إحدى الزوجات حقّها من القسم للزوج أو لبعض نسائه جاز، لكن لا يجب على الزوج القبول لأن الاستمتاع بها حقّ له في الجملة، فإن رضي بذلك جاز، وعلى هذا فلو كانت الهبة لبعض الزوجات، فإن كانت ليلة الواهبة متصلة بليلة الموهوبة بات عند الموهوبة ليلتين متواليتين، وإن كانت منفصلة فالأظهر أنه تبقى على ما كان سابقاً، بمعنى أنه يبيت عند الموهوبة فيها من غير أن يجوز له تقديمها وجعلها متصلة بليلة الموهوبة، لأن من الجائز رجوع الواهبة في تلك الأيام للمتوسطة، وبالتقديم يفوت حقّ الرجوع ولو كانت الهبة للزوج فهو مخير

في وضعها حيث شاء، لكن الظاهر أنه ليس تقديمها على وقتها، فينظر مع ذلك في ليلة التي يريد تخصيصها بها، فإن كانتا متواليتين فلا إشكال، وإلّا أخر المبيت بها عندها إلى ذلك الوقت، لعين ما تقدم، وإن وهبتها لجميع نسوته كان القسم كما لو لم تكن، واختص القسم بمن عداها.

(مسألة: ٣٤٩) ينبغي أن يعلم أنه لما كانت الهبة مشروطة برضاء الزوج كما تقدم، وكانت هذه الهبة في معنى الاسقاط للحقّ والمسامحة به، فلزومها إنما يمكن باعتبار الزمان الماضي بمعنى أنه لو رجعت فيما مضى لم يجب قضاؤه لخروجه عن ملكها بالهبة والقبض وانتقاله إلى الموهوب، وأما المستقبل فلا تلزم الهبة فيه، بل لها الرجوع كما عرفت، وإنما هو بمعنى الاسقاط لا هبة حقيقة، حتّى أنها لو رجعت في أثناء الليل وجب على الزوج الانتقال والخروج مع العلم من عند الموهوبة إليها، وما مضى فلا تأثير للرجوع فيه لجريان الهبة فيه.

(مسألة: ٣٥٠) لو طلبت عوضاً عن هذه الهبة فأجابها الزوج والضرات، فهل يكون العوض المذكور لازماً أم لا؟ الأقوى صحت ذلك ولزومه.

الثانية: النشوز والشقاق

الأوّل: النشوز: وهو لغة الارتفاع، وشرعاً الخروج عن الطاعة.

إذا تقرر ذلك فأعلم أن النشوز قد يكون من الزوجة، وقد يكون من الزوج، وإلى الأوّل يشير قوله عزّ وجلّ **﴿وَاللاّتِي تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾**

وإلى الثاني يشير قوله عزّوجلّ **﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ**

إِعْرَاضاً فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا﴾ الآية.

فالكلام هنا يقع في موضعين:

الأول: نشوز المرأة

(مسألة: ٣٥١) هل تثبت هذه الأمور المذكورة في الآية مع تحقق النشوز أو ظهور أماراته قبل وقوعه أو معهما؟ الظاهر أن الخوف بمعنى العلم بتحققه بالفعل.

(مسألة: ٣٥٢) الأمور الثلاثة المذكورة في الآية (الوعظ والهجران والضرب) على التخيير أو الجمع أو الترتيب بالتدرج من الأخف إلى الأثقل؟ الظاهر الثالث منها.

(مسألة: ٣٥٣) ما هو المراد من الثلاثة المذكورة؟

أمّا الوعظ فهو تخويفها بالله سبحانه وذكر ما ورد من حقوق الزوج على المرأة في الأخبار عن النبي ﷺ وأبنائه الأطهار عليهم السلام.

أمّا الهجر فالمراد منه إنّما هو ما يؤذن بالصد والإعراض والقطعية.

أمّا الضرب فهو غير مبرح، والمراد من غير المبرح ما لا يدمي لحماً، ولا يهشم عظماً، ويكون كضرب الصبيان للتأديب بحيث يتألم منه المضروب، ولا يوجب ضرراً في بدنه.

إن كان الضرب المذكور ليس ممّا يترتب عليه التلف بحسب العادة، وإنما اتفق التلف بعده اتفاقاً، فهذا لا يترتب عليه ضمان، وإن كان ممّا يمكن ترتب التلف عليه فلا يبعد وجوب الضمان.

الثاني: نشوز الزوج

هو عبارة عن أن يتعدى الزوج عليها ويمنعها بعض حقوقها الواجبة من نفقة أو كسوة أو قسم أو نحو ذلك أو أنه يضربها ويؤذيها بغير سبب مبيح له ذلك، وحينئذٍ فترفع أمرها إلى الحاكم، فإن ثبت عنده ما ادعته ببيّنة أو اعتراف أو نحو ذلك عزره بما يراه، وأجرى عليها النفقة من ماله ولو ببيع عقاره عليه، وإلّا نصب بينهما ثقة يستعلم صدق ما ادعته، ويكون الحكم كما تقدم، ولو لم يكن يؤذيها ولا يمنعها شيئاً من حقوقها الواجبة إلّا أنه يكرهها لكبر أو مرض أو غيرهما فلا يدعوها إلى فراشه ويهم بطلاقها، فلها أن تسترضيه بإسقاط بعض حقوقها من القسم أو النفقة أو نحوهما ويحل له ذلك، وتبرء ذمته ممّا أسقطته عنه المرأة بما لو كرهها أو أراد التزويج عليها أو نحو ذلك ممّا لا يتضمن إخلالاً بواجب أو ارتكاب محرم.

(مسألة: ٣٥٤) النشوز الموجب لصحة الصلح بإسقاط بعض الحقوق هو ما لم يتحقق إخلال الزوج بشيء من الحقوق الواجبة عليه، على أنه متى كان القسم والنفقة من الأمور الواجبة عليه، فتركت له النفقة مثلاً لأجل القسم، فإنه يكون هذا الترك لا في مقابلة عوض، لأن القسم واجب عليه تركت النفقة أم لم تتركها، فيكون إسقاط النفقة من غير سبب يوجبه قبيحاً، ولو قهرها على بذل ما تركت له فلا ريب في عدم حله، لأنه إكراه بغير حق شرعي.

الثاني: الشقاق

هو أن يكره كل واحد من الزوجين صاحبه، فيكون كل واحد منهما بكراهيته للآخر في شق عنه ـ أي ناحية ـ والحكم في ذلك، بعث كل واحد

منهما حكماً من أهله حسبما يأتي تفصيله.

(مسألة: ٣٥٥) ما المراد من خوف الشقاق في الآية هو خشية الشقاق كما هو ظاهر اللفظ، أو العلم به؟ الظاهر أن الغرض من بعث الحكمين هو الإصلاح بينهما بإجتماع أو فرقة، ومتى كان الشقاق معلوماً علم أنه لا يمكن الإصلاح بالاجتماع، فموضع إرسالهما إنّما هو في مقام يرجو فيه الإجتماع بأن يظهر الكراهة من كل منهما لصاحبه في الجملة إلّا أنه يرجى الاجتماع حينئذٍ، وهو يرجع إلى المعنى الثاني أي علمتم به، وهو الأقرب.

(مسألة: ٣٥٦) الأمر بإنفاذ الحكمين هل هو من الحاكم الشرعي؟ أو الزوجان؟ أو أهل الزوجين؟ الظاهر أن البعث من الزوجين، فإن أخلا به بعث الحاكم إلّا أن البعث موقوفاً على رضاهما في صورة عدم الاخلال به.

(مسألة: ٣٥٧) إذا بعث الإمام الحكمين هل يكون بعثه جهة التحكيم، أو التوكيل، بأن يكون الإمام قد نصبهما وكيلين عن الزوج والزوجة؟ ظاهر النصوص هو التحكيم، سواء كان الباعث الإمام أو الزوجين.

(مسألة: ٣٥٨) لا إشكال في أن الحكمين لو رأيا الصلح واجتمعا عليه، فإنه لا يتوقف على الاستئذان من الزوجين، وإنما الكلام فيما لو رأيا الفرقة بخلع أو طلاق فهل لهما الاستقلال بذلك أم يتوقف على الاستئذان؟

أنّه إن شرط الحكمان على الزوجين الرضاء بكل ما فعلاه، وقبول كل ما رأياه من فرقة أو اجتماع فإن تفريقهما جائز لا يتوقف على المراجعة متى رأيا ذلك صلاحاً وإن لم يشترطا، فإنه يجب عليهما الاستئذان في الفراق متى رأيا المصلحة فيه.

(مسألة: ٣٥٩) هل يتعين كون الحكمين من أهل الزوجين، بأن يكون المبعوث من قبل الزوج من أهله، والمبعوث من قبل الزوجة من أهلها أو لا يتعين ذلك فيجوز حتّى بالأجنبيين؟ المسألة لا تخلو من نوع إشكال، والاحتياط فيها مطلوب على كل حال، وهو يقتضي كونهما من أهل الزوجين.

(مسألة: ٣٦٠) أن بعث الحكمين هل هو واجب أو مستحب؟ الظاهر عدم وجوبه لإمكان رفع الشقاق بغيره.

(مسألة: ٣٦١) ينبغي للحكمين إخلاص النيّة في السعي وقصد الإصلاح، فمن حسنت نيّته فيما يتحراه أصلح الله مسعاه، وكان ذلك سبباً لحصول مبتغاه.

(مسألة: ٣٦٢) لو غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين فهل ينفذ حكمهما أم لا؟ قد عرفت تحقيق المسألة وهو بما يلي:

الصورة الأولى: ما إذا اشترط الحكمان على الزوجين قبول ما يحكمان به، وأنه ليس في هذه الصورة مراجعة، لا في فرقة ولا إصلاح، وقضية ذلك جواز الحكم مع الغيبة.

الصورة الثانية: إذا لم يشترطا وأنه لابدّ في هذه الصورة من المراجعة في إرادة التفريق؛ وقضية ذلك الجواز مع الغيبة بالنسبة إلى الصلح خاصة دون التفريق.

(مسألة: ٣٦٣) لو منعها شيئاً من حقوقها الواجبة كالنفقة والقسم مثلاً، فبذلت له مالاً للخلع لم يكن ذلك إكراهاً وإن كان محرماً، وإنما لم يكن ذلك

إكراهاً لأنه أمر منفك عن طلب الخلع، فإنه قد يفعل ذلك مع إرادته المقام معها، وإنّما منعها لحرصه على المال، وقلة ديانته وضعف دينه أو ميله إلى ضرتها، وكذا لو بذلت له مالاً للخلع، حيث إنه أغارها وتزوج عليها، وهو أولى بعدم ترتب الإكراه عليه، فإن التزويج جائز، فمقتضى ما ذكر أنه لا يشترط في الكراهة الموجبة للخلع أن تكون ذاتية كما هو المعمول عليه في بلادنا البحرين، وحضرناه مع جملة من مشايخنا المعاصرين بل تكفي الكراهة العارضة بسبب ترك القسم أو النفقة ونحوهما، وسيأتي تحقيق الكلام في باب الخلع إن شاء الله تعالى.

الرابع: أحكام الأولاد

البحث فيه يقع بالنسبة إلى الأولاد وسنن الولادة والحضانة، فهنا مقامات:

المقام الأول: الأولاد، وهم إما أن يكونوا أولاد زوجة موطوءة بالعقد الدائم أو أولاد موطوءة بالملك، أو أولاد موطوءة بالشبهة، فهنا مسائل:

(مسألة: ٣٦٤) يلحق أولاد الموطوءة بالعقد الدائم أي أولاد الزوجة الدائمة بالزوج بشروط ثلاثة:

أحدها: الدخول بالزوجة، والدخول الموجب للحوق الولد يتحقق بغيبوبة الحشفة أو قدرها من مقطوعها في القبل مع الانزال؛ نعم يشكل اللحوق إن لم ينزل، وكذا بالوطأ في الدبر أيضاً.

نعم لو كان قد أنزل لكنه عزل عن الزوجة فإنه يلحق في هذه الصورة،

لإمكان أن يسبقه شيء من الماء يتحقق به الحمل من غير أن يشعر به، ثمّ إنه ينبغي أن يعلم أنه لابدّ أن يكون الزوج ممّن يمكن التولد منه من جهة السن، فلو كان صغيراً لا يمكن حصول ذلك منه لم يلحق به الولد.

الاكتفاء ببلوغ العشر، أشكل إلّا أن يعلم بالعادة وقوع ذلك منه.

ثانيها: مضي أقل مدة الحمل، وهي ستة أشهر من حين الوطء.

فائدة: عدة المسترابة: أن هذه الأشهر الأخيرة هي العدة الشرعية ومضي التسعة الأشهر وإن حصل به براءة الرحم وحصل اليقين بعدم الحبل لمضي المدة التي هي أكثر الحمل، لكنه لا ينافي وجوب الاعتداد، فإن ما علل به وجوب الاعتداد من تحصيل براءة الرحم ليس كلياً يجب إطراده، لتخلفه في مواضع لا تحصى، كمن مات عنها زوجها بعد عشر سنين من مفارقتها، وكذا في الطلاق مع أنه لا ريب في وجوب العدة.

ثالثها: أن لا يزيد عن اقصى مدة الحمل؛ وهو تسعة أشهر على الأشهر الأظهر.

(مسألة: ٣٦٥) لو دخل بزوجته وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر وهو حي كامل، فليس له بولد فسكوته عن نفيه يوجب لحاقه به واعترافه بنسبه، وهو حرام، وكذا يجب أن يكون الحكم كذلك فيما إذا ولدت الزوجة بعد أقصى زمان الحمل من حين الوطء فإنه يجب على الزوج نفيه لانتفائه عنه في نفس الأمر، فهو في معلومية نفيه عنه كما لو ولدت به قبل الدخول، أو ولدت به لأقل من ستة أشهر كما تقدم، ولا فرق في ذلك بين كون الولد مشبهاً للزاني في الخَلق والخُلق أم لا.

(مسألة: ٣٦٦) إذا اختلف الزوجان في الدخول وعدمه؛ فادعته المرأة ليلحق به الولد وأنكره الزوج، فلا ريب في أن القول قوله بيمينه، ولو اتفقا على الدخول لكن أنكر الزوج الولادة وادعى أنها أتت به من خارج، فالقول قوله بيمينه أيضاً، ولو اعترف بالدخول والولادة وحصلت الولادة بعد مضي أقل مدة الحمل وقبل مضي أقصاه، فإن الولد يلحق به شرعاً ويلزمه الإقرار به، ولو أنكره والحال هذه لم ينتف عنه إلا باللعان.

(مسألة: ٣٦٧) لو ادعى الأب ولادته لدون ستة أشهر أو لأزيد من أقصى الحمل وادعت الزوجة ولادته بعد مضي أقل مدته أو قبل مضي أقصاه، الأنسب بقواعدهم والأربط بضوابطهم أن القول قول المرأة فيما إذا ادعى الزوج ولادته بعد مضي أقصى الحمل.

(مسألة: ٣٦٨) إذا ادعى ولادته قبل مضي أقل مدة الحمل وادعت المرأة مضي تلك المدة، فيشكل القول بتقديم قولها؛ والأظهر هنا تقديم قول الزوج في ذلك.

(مسألة: ٣٦٩) لو زنى بامرأة فأحبلها ثمّ تزوجها، وكذا لو زنى بأمة غيره ثمّ اشتراها لم يجز له إلحاق الولد بنفسه، لأن الولد إنّما حصل بالزنا، والنسب لا يثبت بالزنا.

(مسألة: ٣٧٠) إذا طلق الرجل زوجته فاعتدت وتزوجت ثمّ أتت بولد فإن كان لدون ستة أشهر فهو للأوّل ولو كان لستة أشهر فصاعداً فهو للأخير، ونحوه في الحكم بكونه للأوّل أيضاً ما لو أتت به قبل تجاوز أقصى مدة الحمل من وطء الأول ولم تتزوج لأنها فراشه حينئذٍ ولم يشاركه فراش آخر ليشاركه في الولد.

أما الثاني وهو ما لو أتت به لستة أشهر فصاعداً فالحكم به للثاني ظاهر فيما لو كان الإتيان به بعد مضي أقصى مدة الحمل من وطء الأوّل فإنه لا يمكن إلحاقه بالأوّل حينئذٍ، وأما لو أتت به قبل مضي الأقصى، فالأقوى أنه للزوج الثاني.

(مسألة: ٣٧١) أولاد الموطوءة بالعقد المنقطع وما يترتب عليها من الأحكام، وذلك يقع في أمور:

الاوّل: متى وطأ المتمتع بها فجاءت بولد لستة أشهر فصاعداً لزم الإقرار به ويشكل كما تقدم الحكم بنفيه من دون لعان أُمه.

الثاني: متى اعترف به بعد ذلك الحق به، ولا يلحق به مع التهمة، وسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

الثالث: لو علم انتفاؤه عنه فإنه يجوز له نفيه.

الرابع: متى أقر بالولد فإنه لا يقبل منه إنكاره بعد ذلك.

(مسألة: ٣٧٢) وطء الشبهة كالصحيح في لحوق أحكام النسب؛ وقد تقدم الكلام في تعريفه وبيان الخلاف في نشر حرمة المصاهرة به في الفصل الثاني في أسباب التحريم.

(مسألة: ٣٧٣) من أفراد نكاح الشبهة ما لو تزوج امرأة بظن أنها لا زوج لها بموت أو طلاق، فظهر أنه لم يمت أو لم يطلق فإنها ترد على الأوّل بعد الاعتداد من الثاني، وما أتت من الأولاد بعد تزويج الثاني يلحق بالثاني بالشرائط المتقدمة، هذا إذا كان التزويج بحكم الحاكم أو شهادة الشاهدين، لأن وطء الثاني يكون شبهة مسوغة للوطء وموجبة لإلحاق الولد، وثبوت

الاعتداد بعد ظهور الفساد، أما لو كان التزويج وقع بالعمل بخبر من لا يثبت به الحكم شرعاً كالواحد فإن كان لظن جواز التعويل عليه شرعاً جهلاً منهما بالحكم الشرعي فإنه شبهة أيضاً، وإلّا كان ذلك زنا فلا مهر ولا يلحق الولد بالواطئ ولا عدة عليها منه إلّا على القول بوجوبها في الزنا مطلقاً.

الثاني: سنن الولادة

(مسألة: ٣٧٤) الواجب استبداد النساء بالمرأة عند الولادة دون الرجال إلّا مع عدم النساء، وأما الزوج فلا بأس به وإن وجد النساء، ويجوز ذلك للرجال المحارم إلّا أن يستلزم المباشرة لما لا يجوز لهم المباشرة ونظر ما لا يجوز نظره، ومع الضرورة لتعذر النساء بالكلية يسقط البحث لأن الضرورات تبيح المحظورات، وكما صرحوا به من إباحة ذلك للطبيب في وقت الحاجة ولو إلى العورة، وهذا الوجوب في جميع المراتب كفائي يجب على كل من بلغه حالها من النساء إلى أن يحصل من يقوم به فيسقط عن الباقين، وهكذا في الرجال حيث تلجئ الضرورة إليهم.

(مسألة: ٣٧٥) أما السنن التي أشرنا إليها:

فمنها: إخراج من في الغرفة من النساء وقت الولادة.

ومنها: الأذان في أُذن المولود اليمنى، والإقامة في اليسرى.

ومنها: التحنيك بماء الفرات وتربة الحسين عليه السلام؛ وإن لم يكن فبماء السماء، ويوضع فيه شيء من التربة وشيء من حلاوة التمر أو العسل فيحصل العمل بالجميع. التحنيك إدخال ذلك إلى حنكه وهو أعلى داخل الفم.

ومنها: غسل المولود، وقد تقدم الكلام فيه في كتاب الطهارة.

ومنها: أن يسمّيه بأحد الأسماء المستحسنة وأفضلها ما يتضمن العبودية لله تعالى، ويليها في الفضل أسماء الأنبياء والأئمة، قال: سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول: «لا يدخل الفقر بيتاً فيه اسم محمّد أو أحمد أو علي أو الحسن أو الحسين أو جعفر أو طالب أو عبدالله أو فاطمة من النساء»

استحباب التسمية ثابت حتّى قبل الولادة وإلّا فبعد الولادة حتّى السقط.

ومنها: تكنيته، إلّا أن منها ما يستحب ومنها ما يكره، والكنية ـ بضم الكاف ـ من الأعلام ما صدر بأب أو أم، عن أبي عبدالله عليه السلام «أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن أربع كنى عن أبي عيسى وعن أبي الحكم وعن أبي مالك وعن أبي القاسم إذا كان الاسم محمّداً».

ومنها: أن لا يسمى ببعض الأسماء؛ فعن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله دعا بصحيفة حين حضره الموت يريد أن ينهى عن أسماء يسمى بها فقبض ولم يسمها ومنها: الحكم وحكيم وخالد ومالك وذكر أنها ستة أو سبعة ممّا لا يجوز أن يسمى بها».

ومنها: سنن اليوم السابع من ولادته أن يعق عنه ويحلق رأسه ويتصدق بوزن شعره فضة، ويبعث إلى القابلة بالرجل مع الورك ويطعم منه ويتصدق.

ومنها: حلق الرأس كملاً فلا يترك له قنازع فإنه مكروه، والقزع ـ بالتحريك ـ قطع من السحاب واحدها قزعة سمي حلق بعض رأس الصبي وترك بعضه في مواضع متعددة القزع تشبيهاً بقطع السحاب المتفرقة،

ويقال: القنازع أيضاً إلّا أنه تبقى المسألة في زاوية الإشكال إلا أن يقال باختصاص ذلك بهما عليهما السلام.

ومنها: ثقب الأُذن، واستحبابه ثابت للذكور والأُناث فعن السكوني «قال: قال النبي صلى الله عليه وآله: يا فاطمة اثقبي أذني الحسن والحسين عليهما السلام خلافاً لليهود»[1].

ومنها: الختان، فعن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: طهروا أولادكم يوم السابع فإنه أطيب وأطهر وأسرع لنبات اللحم، وإن الأرض تنجس من بول الأغلف أربعين صباحاً».

ولا ريب في أنه يجب الاختتان بعد البلوغ، وإنما يشكل الوجوب فيما قبله حتّى على الولي، نعم يستحب له ذلك.

(مسألة: ٣٧٦) يستحب خفض النساء، وليس بواجب إجماعاً، ويعبر عنه بالخفض بالنسبة إلى النساء والختان بالنسبة إلى الرجال[2].

فعن أبي عبدالله عليه السلام «قال: خفض النساء مكرمة، ليست من السنّة ولا شيئاً واجباً، وأي شيء أفضل من المكرمة» قال بعض مشايخنا:

مكرمة أي موجبة لحسنها وكرامتها عند زوجها، والمعنى ليست من السنن بل من التطوعات.

الخفض هنا الأخذ الشيء يسير من المهبل؛ لقول رسول الله صلى الله عليه وآله لأُمّ حبيب:

---

(١) أقول لا يخفى عدم دلالته على جواز لبس القرط (التركيّة). (المؤلف)

(٢) أجوبة المسائل الدزفولية: اللّجم التّي تسقط عند الختان هل يجب دفنه أم لا؟ لا حرمة له. (مخطوط)

«يا أم حبيب إذا أنت فعلت فلا تهتكي ـ أي لا تستأصلي ـ فإنه أشرق للوجه وأحظى عند الزوج» الحديث.

(مسألة: ٣٧٧) يستحب الدعاء وقت ختن الصبي بما رواه في الفقيه عن أبي عبدالله عليه السلام «في الصبي إذا ختن قال: يقول: اللهم هذه سنتك وسنة نبيك صلواتك عليه وآله واتباع منّا لك ولنبيّك بمشيتك وبإرادتك وقضائك لأمر أردته وقضاء حتمته وأمر أنفذته فأذقته حر الحديد في ختانه وحجامته لأمر أنت أعرف به مني، اللهم فطهره من الذنوب وزد في عمره وادفع الآفات عن بدنه والأوجاع عن جسمه، وزده من الغنى وادفع عنه الفقر فإنك تعلم ولا نعلم».

قال أبو عبدالله عليه السلام: أي رجل لم يقلها عند ختان ولده فليقلها عليه من قبل أن يحتلم، فإن قالها كفى حر الحديد من قتل أو غيره».

العقيقة

ومنها: العقيقة، وقد تقدم ذكرها في سنن يوم السابع إلّا أنها لكثرة ما يتعلق بها من الأحكام حسن إفرادها بالذكر، وأصل العقيقة على ما يفهم من كلام أهل اللغة الشعر الذي يخرج به المولود آدمياً كان أو غيره من بطن أمه، ويقال: بمعنى الشق.

ولا يستحب كون الكبش ذكراً للذكر وأنثى للانثى. كما لا يستحب فيها شروط الأضحية من كونها سليمة من العيوب سمينة ونحو ذلك.

(مسألة: ٣٧٨) لو عجز عنها في الحاضر وتوقع المكنة لم يجزي التصدق بثمنها، ويكره أكل الوالدين منها بل جملة العيال، ويتأكد في الأم،

كما يكره تكسير عظامها بل تقطع من مفاصلها؛ ويستحب طبخها وإطعامها المؤمنين، وكلّما أكثرت فهو أفضل، وحده عشرة أنفس وما زاد، وأفضل ما تطبخ به ماء وملح أي المرق ويفضل الطبخ في منزله وأن يضيف إلى اللحم شيئاً من خبز أو أرز أو بعض الحبوب وأن يدعو لها المؤمنين في منزله، وأن أقل من يدعوه عشرة لا أقل.

لا ريب في استحباب إعطاء القابلة جزء من العقيقة إذا لم تكن من العيال؛ وتعطى ثلثها أو ربعها أو رجلها.

(مسألة: ٣٧٩) لو لم يعق الأب عنه عق عن نفسه بعد البلوغ، فتبقى في عهدته حتّى يحصل الامتثال وأن بلغ ما بلغ من العمر.

من شك في أن أباه هل عق عنه أم لا؟ استحب له أن يعق عن نفسه.

(مسألة: ٣٨٠) يستحب أن يقال وقت الذبح ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: تقول إذا عققت: بسم الله وبالله اللهم عقيقة عن فلان لحمها بلحمه ودمها بدمه وعظمها بعظمه، اللهم اجعله وقاء لآل محمد صلى الله عليه وآله».

تكملة في الرضاع

الكلام فيها يقع في موردين:

الأوّل: الرضاع، والكلام فيه يقع في مواضع:

الأوّل: في أن أفضل ما يرضع به الصبي لبن أمه؛ قالوا: إن أفضل ما يرضع به الصبي لبن أمه لأنه أوفق بمزاجه وأنسب بطبعه، وهو غذاؤه في بطن أُمه.

فعن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قال أميرالمؤمنين عليه السلام: ما من لبن يرضع به الصبي أعظم بركة عليه من لبن أمه».

(مسألة: ٣٨١) لا يجب على الأم إرضاع الولد، وأنما يجب تقييد هذا الحكم بوجود الأب وقدرته على دفع الأجرة، أو عدم تبرعها، أو وجود مال للولد ووجود مرضعة سواها، وإلّا وجب ذلك عليها كما يجب عليها الإنفاق عليه إذا كان الأب معسراً أو مفقوداً، من دون فرق بين اللبأ، وهو أوّل ما يحلب بعد الولادة وغيره.

(مسألة: ٣٨٢) يجوز استئجار الأب الأم للرضاع إذا كانت مطلقة بائنة، وكذا على الأظهر ذات الزوج إن لم تزاحم حقّ زوجها في الاستمتاع.

(مسألة: ٣٨٣) اذا استأجر الزوج زوجته لإرضاع ولدها، فإن تعلقت الإجارة بها نفسها لم يكن لها إرضاع غيره، فإن فعلت فلا أجرة لها، وإن تعلقت بها وبغيرها بأن كان الاستئجار على تحصيل الرضاع كيف اتفق بها أو بغيرها جاز، ومع عدم تعيين أحد الأمرين بأن أطلق إشكال، ولا يبعد إلحاقه بالقسم الأوّل؛ بل هو الأقرب.

(مسألة: ٣٨٤) ينبغي أن يعلم أن الأجرة من مال الولد إن كان له مال وإلّا فعلى الأب، والأم أحق برضاعه إذا تبرعت أو قنعت بما يطلب غيرها، ولو طلبت زيادة على ما يرضى به غيرها فللأب انتزاعه منها.

(مسألة: ٣٨٥) يستحب الإرضاع من الثديين معاً، وهذا الحكم لم يتعرض له أحد من الأصحاب فيما أعلم، فقد روى في الكافي عن أمة أم إسحاق بنت سليمان «قالت: نظر إلى أبو عبدالله عليه السلام وأنا أرضع أحد ابني محمّداً أو إسحاق، فقال، يا أم إسحاق لا ترضعيه من ثدي واحد وأرضعيه من كليهما، يكون أحدهما طعاماً والآخر شراباً».

(مسألة: ٣٨٦) لو ادعى الأب وجود متبرعة وأنكرت الأم فالأنسب بقواعدهم والأقرب إلى ضوابطهم هو أن الأب ادعى وجود متبرعة والأُم أنكرت، فالأب هو المدعي والأُم هي المنكرة، فيجب العمل بمقتضى القاعدة المنصوصة فيهما كما في كل مدع ومنكر، وقضية ذلك أن القول قول الأُم بيمينها.

الثاني: مدته

(مسألة: ٣٨٧) أن مدة الرضاع المحدودة شرعاً وإن جاز النقيصة عنها والزيادة عليها حولان كاملان، ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً لا أقل؛ فإذا حملت به تسعة أشهر كما هو الغالب كان الباقي للرضاع أحداً وعشرين شهراً، كما يجوز الزيادة على الحولين شهراً وشهرين وأكثر، على الأظهر إلّا أنه لا يجوز أخذ الأجرة على هذه المدة الزائدة، وذلك في صورة عدم الضرورة للرضاع كما هو الغالب.

المقام الثالث: الحضانة

الظاهر أن أصلها من حضن الطائر بيضه، أي ضمه تحت جناحه، وشرعاً ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته، وما يتعلق بها من مصلحته من حفظه وتعليمه وتأديبه، وهي بالأنثى أليق منها بالرجل، لمزيد شفقتها وخلقها المعد لذلك.

(مسألة: ٣٨٨) الأم أحق بالولد مدة الرضاع إذا تبرعت أو رضيت بما رضي به غيرها.

وإنما الإشكال فيما إذا أسقطت حقها من الرضاعة واسترضع الأب

غيرها بأن لم تتبرع ولم ترض بما رضي به غيرها، فإنه قد تقدم أن للأب أن ينزعه منها، وحينئذٍ فإذا زال حقها من الرضاع فهل يزول أيضاً حقها من الحضانة أم يبقى؟ الأقرب الزوال، وإن كان البقاء لا يخلو من قوة من حيث الاعتبار.

هذا بالنسبة إلى مدة الحولين، أمّا بعدهما فالأقرب في الجمع بين أخبار المسألة هو أن يقال: إنه بعد الطلاق إن وقع التشاجر والنزاع بين الأبوين في الحضانة فالأب أحق به إلّا في مدة الحولين إذا رضيت بما يرضى به غيرها، أو تبرعت، فإنها تصير حينئذٍ أحق، وإن لم يكن هناك تنازع بينهما فالأم أحق به إلى السبع ما لم تتزوج، سواء في ذلك الذكر والانثى.

ففي كتاب من لا يحضره الفقيه عن أميرالمؤمنين عليه السلام «قال: يربى الصبي سبعاً، ويؤدب سبعاً ويستخدم سبعاً».

(مسألة: ٣٨٩) يشترط في حضانة الأم للولد شروط:

الأوّل: أن تكون مسلمة إذا كان الولد مسلماً كولد المسلم المحكوم بالإسلام لإسلام أبيه.

الثاني: أن تكون حرة، فلا حضانة لها.

الثالث: أن تكون عاقلة، فلا حضانة للمجنون، قالوا: ولا فرق بين أن يكون الجنون مطبقاً أو أدواراً، إلّا أن يقع نادراً من غير أن تطول مدته فلا يبطل الحق، وهل يلحق به المرض المزمن الذي لا يجرى زواله كالسل والفالج بحيث يشغل الألم عن كفالته وتدبير أمره أم لا؟ الارجح عدم الالحاق.

الرابع: أن تكون فارغة من حقوق الزوج، فلو تزوجت سقط حقها من الحضانة، يحتمل اختصاص السقوط بحال الدخول لأنه الذي يحصل فيه الاشتغال بحقوق الزوج المانعة لها من الكفالة.

تتمه: لو طلقت الأُم فهل تعود إليها الولاية أم لا لخروجها بالنكاح عن الاستحقاق؟ الظاهر أنه إذا تزوجت الأُم خرجت باشتغالها بزوجها وحقوقه عن الحضانة للطفل، فلهذا سقطت، فإذا طلقت زال المانع.

ثمّ إنه بناءً على العود بالطلاق فمن الممكن ترتب الحكم على مجرد الطلاق في الرجعي أيضاً وإن لم تنقضي العدة بناءً على أنها لا يجب عليها بعد الطلاق شيء من حقوق الزوجية التي بها حكموا بزوال حضانتها بالتزويج، وحينئذٍ فتكون فارغة لكفالة الصبي والقيام بأحواله.

لعل ترك اشتراط الأمانة في الحاضنة هو الأظهر، فإن الأُم لمزيد شفقتها وحنوها على ولدها طبيعة وجبلة يمنع ممّا توهمه علة لهذا الشرط كما أنه لا يعتبر كونها مقيمة، فلو انتقلت إلى محل تقصر فيه الصلاة لم يسقط حقها من الحضانة على الأظهر.

(مسألة: ٣٩٠) أن الحضانة للأُم في مدة الرضاع كما تقدم، وأن الأب لا يزاحمها فيها، فلو مات في هذه الحال فالأُم باقية على ولايتها، وليس للوصي معارضتها لأنها إذا كانت في هذه الحال أولى من الأب على تقدير وجوده فهي أولى من وصيه بطريق الأولى مع موته، وكذا في السبع في البنت على الأظهر أما بعد هذه المدة فيما إذا صارت الولاية للأب لو مات الأب فلا أعرف دليلاً على رجوع الولاية لها، وأنها حق الوصي، ومع فقد الأبوين

تكون الحضانة لأب الأب مقدماً على غيره من الاخوة والأجداد، وإن شاركوه في الإرث.

المقصد الخامس: النفقات

أسبابها ثلاثة: الزوجية، والقرابة، والملك، ولا خلاف بين علماء الإسلام في وجوبها: بهذه الثلاثة، وحينئذٍ فالكلام في هذا المقصد يقع في مطالبين.

الأول: الزوجية

الأصل في وجوب نفقة الزوجة الكتاب والسنّة قال الله عزّ وجلّ **﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾**.

وروى ثقة الإسلام في الكافي عن إسحاق بن عمار في الموثق «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما حق المرأة على زوجها الذي إذا فعله كان محسناً؟ قال: يشبعها ويكسوها وإن جهلت غفر لها».

(مسألة: ٣٩١) يشترط على الزوج النفقة بالعقد الدائم، فلا يجب لمتمتع بها نفقة، هل تجب النفقة بمجرد العقد إذا كان دائماً وإن سقطت بالنشوز، أو أنه يشترط مع العقد التمكين الكامل؟ الأظهر الاول.

هل يتوقف حصول التمكين على لفظ من قبل المرأة يدل على ذلك مثل أن تقول: سلمت نفسي إليك في أي مكان شئت ونحو ذلك مع حصول التخلية أم لا؟ الأظهر عدم اعتبار ذلك وان ما قدمناه من ترتب وجوب النفقة

على مجرد الزوجية التي لا خلاف في حصولها بمجرد العقد.

(مسألة: ٣٩٢) لو اختلفا في التمكين بأن ادعته المرأة وأنكره الزوج، وقلنا إنها تجب النفقة بالعقد والنشوز مانع كان القول قولها لأن الأصل استمرار ما ثبت بالعقد، وهو يدعي السقوط بالنشوز فعليه البيّنة.

(مسألة: ٣٩٣) لو لم يطالبها الزوج بالزفاف أو الدخول، ولم تمنع هي منه ولا عرضت نفسها عليه ومضت مدة، استحقت النفقة وكذا في إيام الخطوبة؛ نعم لو امتنعت عنه من دون شرط لم تستحق النفقة.

(مسألة: ٣٩٤) إذا غاب الزوج عن المرأة فإن كانت غيبته بعد أن حصل التمكين من الزوجة وجب عليه النفقة واستمرت عليه مدة غيبته، وإن كانت غيبته قبل التمكين واكتفينا بالعقد وجعلنا النشوز مانعاً فالحكم كذلك حيث لم يثبت النشوز، وإن حصل منها النشوز قبل سفره ورجعت عنه وجب أعلامه، وبعد علمه بذلك فإنه يجب عليه الإنفاق عليها لزوال المانع، وهو النشوز، رجع من سفره أم لم يرجع، فلو لم يرجع ولم ينفق عليها رفعت أمرها إلى الحاكم حينئذٍ وأخبرته بالحال ليجزي عليها النفقة من ماله.

(مسألة: ٣٩٥) لا تسقط النفقة بامتناعها عن الوطء لعذر شرعي كالحيض وفعل الواجب أو عقلي كالمرض، وهل يفرق في الواجب بين المضيق والموسع أم لا؟ الأقرب عدم الفرق صوماً كان أو صلاة، لأصالة عدم ثبوت سلطنته عليها في فعل الواجب.

(مسألة: ٣٩٦) قد اتفق الجميع على جواز مبادرتها إلى الصلاة الواجبة في أوّل الوقت بغير إذنه إن كان ممّا لا يتوقف على إذنه جاز لها فعله بغير

الإذن إلّا أن يكون ذلك مانعاً من الاستمتاع بأن يطلبه منها في ذلك الوقت فتجب عليها طاعته، لأن المندوب لا يعارض الواجب، ولو استمرت والحال هذه لم تستحق نفقة لتحقق النشوز، والأظهر صحة العمل وإن أثمت بالمخالفة.

(مسألة: ٣٩٧) لو كانت مريضة أو رتقاء أو قرناء لم تسقط النفقة عنها لمّا عرفت من القاعدة في وجوب النفقة لها تحقق للعقد وعدم النشوز.

(مسألة: ٣٩٨) لا تسقط نفقة المعتدة إلّا بما تسقط به نفقة الزوجة، ويستمر إلى انقضاء العدة، ولو ظهر بالمرأة أمارات الحمل بعد الطلاق فعلى الزوج الإنفاق عليها إلى أن تضع، ولو أنفق عليها ثمّ تبين أنها لم تكن حاملاً، قيل: إنها ترد ما دفع إليها، وفيه تردد، وتسقط نفقة البائن وسكناها إذا لم تكن حاملاً.

(مسألة: ٣٩٩) المرجع في قدر النفقة إلى العرف والعادة، وكذا في الاخدام وعدمه، وهكذا الكلام في الكسوة، والأقوى عدم التقدير، والرجوع إلى قدر الكفاية وسد الخلة، وهي الحاجة أما الطعام ففي اللحم في كل ثلاثة أيام متوسطاً أو غيره.

(مسألة: ٤٠٠) لا يخفى أن في النساء من لا تخدم نفسها بحسب عادة أمثالها وأهل بلدها لشرفها وعلو منزلتها بل لها من يخدمها، فهذه يجب على الزوج أن يتخذ لها خادماً بآية المعاشرة بالمعروف، ولا فرق عند الأصحاب بين كون الزوج معسراً أو موسراً، حراً أو عبداً، لأن الاعتبار بحال المرأة في بيت أبيها، ويجب أن يكون الخادم امرأة أو صبياً أو محرماً لها، وأما من تخدم

نفسها بحسب العادة فلا تجب في حقها ذلك إلّا لمرض ونحوه، فعلى الزوج حينئذٍ إقامة من يخدمها.

(مسألة: ٤٠١) قد عرفت أنه يرجع في جنس المأكول والملبوس والإدام إلى عادة أمثالها من أهل البلد، وكذا في المسكن، قالوا: ولها المطالبة بالتفرد بالمسكن عن مشارك غير الزوج، والمراد من المسكن ما يليق بها من دار وحجرة وبيت فالتي يليق بها الدار والحجرة لا يسكن معها غيرها في دار واحدة بدون رضاها، لكن لو كان في دار حجرة مفردة المرافق فله أن يسكن، وكذا لو أسكن واحدة في العلو وواحدة في السفل والمرافق متميزة، ولا تجمع بين الضرتين، ولا بين المرأة وغيرها في بيت واحد مطلقاً إلّا بالرضا.

(مسألة: ٤٠٢) يجب قضاء النفقة لو أخر دفعها عن وقتها، أما إذا ادعت البائن أنها حامل فهل تصرف لها النفقة يوماً فيوماً، إلى إن يتبين الحمل، وتستعيد مع أنكشاف الخلاف؟ المسألة محل توقف وإشكال.

(مسألة: ٤٠٣) نفقة الإنسان على نفسه مقدمة على غيره من زوجة أو غيرها من الآباء والأولاد بل على جميع الحقوق من الديون وغيرها، ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الأقارب، والمفهوم من الأخبار وجوب النفقة للجميع، وقضية الاشتراك في الوجوب تساوي الجميع في ذلك من غير تقديم لبعض على بعض، والمسألة لا تخلو من الإشكال.

(مسألة: ٤٠٤) تجب النفقة على الأبوين وإن ارتفعا، والأولاد وإن سفلوا، وأما ما عدا من ذكرنا من الأقارب فلا تجب النفقة عليهم بل يستحب، ولا سيّما إذا كان وارثاً.

(مسألة: ٤٠٥) نفقة الولد إنما تجب على أبيه دون أمه، والنفقة الواجبة على الأب لو مات الأب أو كان فقيراً فإنها تنتقل إلى آبائه الأقرب فالأقرب.

الثاني: نفقة الأقارب

الكلام في هذا المطلب يقع في مواضع:

الأول: المفهوم من الأخبار وجوب النفقة للجميع، وقضية الاشتراك في الوجوب تساوي الجميع في ذلك من غير تقديم لبعض على بعض.

(مسألة: ٤٠٦) لا إشكال في وجوب النفقة على الأبوين وإن ارتفعا، والأولاد وإن سفلوا، وأما ما عدا من ذكرنا من الأقارب فقد صرح الأصحاب بأنه لا تجب النفقة عليهم بل يستحب، ولا سيّما إذا كان وارثاً.

(مسألة: ٤٠٧) أن نفقة الولد إنما تجب على أبيه دون أمه، ولو مات الأب أو كان فقيراً فإنها تنتقل إلى آبائه الأقرب فالأقرب.

(مسألة: ٤٠٨) يشترط في المنفق عليه الفقر والعجز عن الاكتساب، فلو لم يكن كذلك لم يجب الإنفاق عليه، نعم يعتبر في الكسب كونها لائقاً بحاله عادة، فلا يكلف من كان شريف القدر والعالم الكنس والدباغة ونحوهما، ولو أمكن المرأة الكسب بالتزويج بمن يليق بها تزويجه عادة فهي قادرة بالقوة، وهل يشترط عدم تمكن القريب من أخذ نفقته من الزكاة ونحوها من الحقوق؟ أظهرهما العدم.

(مسألة: ٤٠٩) يجب الإنفاق على القريب المبغض وإن كان فاسقاً أو كافراً.

(مسألة: ٤١٠) يجب إعفاف من تجب نفقته، والمراد بالإعفاف أن يصيره

ذا عفة إما بتزويجه أو يعطيه مهراً يتزوج به، لأن ذلك من أهم المصاحبة بالمعروف، فيجب على الابن القيام به كالنفقة والكسوة، والأظهر أنه مستحب.

(مسألة: ٤١١) قالوا: يتخير الحاكم بين حبسه وتأديبه لينفق بنفسه، وبين أن يدفع من ماله قدر النفقة إن كان له مال ظاهر، وإن توقف على بيع شيء من عقاره وماله جاز له أن يأذن له في الاستدانة والإنفاق ثمّ الرجوع عليه بعد حضوره.

الثالث: نفقة المملوك

هو إما أن يكون من الأناسي أو غيره من سائر الحيوانات، فالكلام هنا في موضعين:

الأوّل: المملوك الاناسي

(مسألة: ٤١٢) لا تجب النفقة على من تجب عليه كالزوج والابن والأب إذا لم يكن له مال.

الثاني: نفقة البهائم المملوكة

(مسألة: ٤١٣) تجب النفقة على مالك البهائم المأكولة كانت أو غير مأكولة، وذلك بعلفها وما يقوم مقام علفها وسقيها وتخليتها في المرعى لترعى فيه، ويجزي بعلفه كما هو المتعارف في جميع البلدان، ولو لم يجزها فعلى المالك الإتمام، ولو امتنع المالك أجبره الحاكم على بيعها أو علفها أو ذبحها لو كانت مأكولة اللحم، أو للانتفاع بإهابها، وإذا لم ينتفع بها بالذبح اجبر على أحد الأمرين.

فوائد

الأُولى: قالوا: لا يجوز تكليف الدابة ما لا تطيقه من تثقيل الحمل وإدامة السير.

الثانية: قالوا: يجوز غصب العلف لإبقائها إذا لم يوجد غيره ولم يبذله المالك بالعوض، كما يجوز غصبه كذلك لحفظ نفس الإنسان، وإن كان يلزمه المثل أو القيمة.

الثالثة: قالوا: لا يجوز الحلب إذا كان يضر بالبهيمة لقلة العلف وإن لم يضر ولدها، وتركه إذا لم يكن في الحلب إضرار بها لما فيه من تضييع المال والإضرار بالبهيمة.

الرابعة: قالوا: ينبغي أن يبقى للنحل شيء من العسل في الكوارة، ولو احتاجت إليه كوقت الشتاء وجب إبقاء ما يكفيها عادة، ويستحب أن يبقى أكثر من الكفاءة إلّا أن يضر بها.

الخامسة: قد صرحوا بأنه حيث إن ديدان القز إنما تعيش بالتوت، فعلى مالكها القيام بكفايتها منه وحفظها من التلف، فإن عن الورق ولم يعتن بها باع الحاكم من ماله واشترى لها منه ما يكفيها.

السادسة: ما كان من المال ما لا روح له كالعقار، فالمفهوم من كلام الأصحاب أنه لا يجب عمارته ولا زراعة الأرض، لكنه يكره تركه إذا أدى إلى الخراب.

كتاب الطلاق

كتاب الطلاق

قد تكاثرت الأخبار وبه صرح جملة من علمائنا الأبرار، بكراهة الطلاق مع التئام الأخلاق.

عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: إن الله عزّ وجلّ يحب البيت الذي فيه العرس، وما من شيء أبغض إلى الله عزّ وجلّ من الطلاق».

وفي الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: تزوجوا وزوجوا ـ إلى أن قال: ـ وما من شيء أحب إلى الله عزّ وجلّ من بيت يعمر بالنكاح، وما من شيء أبغض إلى الله عزّ وجلّ من بيت يخرب في الإسلام بالفرقة، يعني الطلاق».

الكلام في هذا الكتاب في أركان الطلاق وأقسامه ولواحقه، فهنا مقاصد ثلاثة:

الأوّل: الأركان؛ وهي أربعة:

الأوّل: المطلق؛ ويعتبر فيه شروطاً أربعة:

أحدها: البلوغ: عدم صحة طلاق من لم يبلغ عشراً وإن كان مميزاً، أما

من بلغ عشرا فالأقوى صحة طلاقه ما لم يكن راشداً.

(**مسألة: ١**) ليس للولي أن يطلق عن الصبي قبل بلوغه، نعم لو بلغ فاسد العقل جاز للولي أن يطلق عنه مع مراعاة الغبطة.

الثاني: العقل: فلا يصح طلاق المجنون ولا السكران ولا من زال عقله بإغماء أو شرب مرقد لعدم القصد، وكذا المعتوه، وهو ناقص العقل، والمراد بالمجنون المطبق، لأن من كان جنونه أدواراً فله أن يطلق في حال الإفاقة بغير إشكال، وبالسكران من بلغ بتناول المسكر إلى حد يرتفع معه القصد، وقيل في حده إنه الذي اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم.

الثالث: الاختيار: فلا يصح طلاق المكره كما لا يصح شيء من تصرفاته، وينبغي أن يعلم أن الإكراه الموجب لبطلان ما يترتب عليه من طلاق وغيره مشروط بأمور:

منها: قدرة المكره على ما توعده به لغلبة أو سلطان أو تغلب.

ومنها: عجز المكره عن دفع ذلك عن نفسه، ولو بفرار أو استعانة بالغير.

ومنها: أن يعلم أو يظن غالباً أنه لو لم يفعل ما يريده وامتنع من ذلك أو وقع به المكروه.

ومنها: أن يكون ما توعده به مضراً بالمكره في نفسه أو من يجري مجراها من والديه وولده وأقاربه من قتل أو جرح أو ضرب شديد أو حبس أو شتم أو أخذ مال مضر به، ويختلف ما عدا القتل والجرح باختلاف طبقات الناس ومراتبهم، فربّما كان قليل الشتم يضر بالوجيه صاحب الوقار،

والضرب لا يضر ببعض آخر ولا يبالي به، وربّما ضر أخذ عشرة دراهم ببعض لفقره، ولا يضر مائة دراهم أو أكثر بآخر لكثرة أمواله.

(مسألة: ٢) لو خير الزوج بين الطلاق ودفع مال غير مستحق وألزم بأحد الأمرين فهو إكراه، بخلاف ما لو خير بينه وبين فعل يستحقه الآمر من دفع مال أو غيره إلّا أنه يجب تقييد المال بكونه مضراً به.

(مسألة: ٣) لو اكره على الطلاق فطلق ناوياً له فإن صدق على هذا الطلاق المفروض أنه أريد به الطلاق، بمعنى أنه حصل القصد إليه، لكنه ناش عن الاستكراه والإضرار، فالقصد إليه مع كونه ناشئاً عن الإكراه غير مجد في صحته، والمسألة باقية في غشاوة الإشكال.

(مسألة: ٤) لو أكرهه على طلاق امرأته بعينها فطلق غيرها صح، وكذا لو أكرهه على أن يطلق طلقة واحدة فطلق أزيد أما لو أكرهه على طلاق إحدى الزوجتين فطلق معينة، فالأقرب حصول الاكراه بذلك.

نعم لو صرح له بالحمل على طلاق واحدة مبهمة بأن يقول: أحداً من كما طالق مثلاً فعدل عنه إلى طلاق معينة فلا شبهة هنا في وقوع الطلاق على المعينة.

(مسألة: ٥) لا يعتبر في الحكم ببطلان طلاق المكره التورية، وإن كان يحسنها، فلا يختلف الحال بين التورية وعدمها، ولكن ينبغي التورية للقادر عليها بأن ينوي بطلاق فاطمة المكره عليها غير زوجته ممن يشاركها في الاسم، أو ينوي طلاقها من الوثائق، أو يعلقه في نفسه بشرط، ولو كان جاهلاً بها أو أصابه دهشة عند الإكراه كسل السيف مثلاً عذر.

(مسألة :٦) يستثني من الحكم ببطلان فعل المكره ما إذا كان الإكراه بحق، فإنه صحيح كإكراه الحربي على الإسلام والمرتد، إذ لو لم يصح لمّا كان للإكراه عليه معنى، وله موارد كثيرة.

(مسألة :٧) لو تلفظ بالطلاق ثمّ قال كنت مكرهاً وأنكرت المرأة، فإن كان هناك قرينة تدل على صدقه بأن كان محبوساً أو في يد متغلب دلت القرينة على صدقه قبل قوله بيمينه، وإلّا فلا.

(مسألة :٨) لو طلق في المرض، فقال كنت مغشياً عليّ أو مسلوب القصد يقبل قوله إن ظهر من حال المريض اضطراب واختلاط كعدم انتظام كلامه وتغير أحواله ثمّ ادعى زوال العقل والحال كما فرضنا. نعم لو خالف الظاهر فيطالب البيّنة.

الرابع : القصد: وهو لا يختص بالطلاق بل يشترط القصد في صحة التصرفات اللفظية من الطلاق وغيره، وممّا يترتب على ذلك طلاق الساهي والنائم والغالط والهازل، وحال الغضب الذي يرتفع معه القصد، ومنه أيضاً الأعجمي الذي لقن الصيغة ولا يفهم معناها.

تتمه : لو ادعى المطلق عمد القصد، فالظاهر قبول قوله إذا وقع ذلك في العدة الرجعية لأن ذلك يعد رجعة كإنكار الطلاق.

(مسألة :٩) إذا طلق الغائب زوجته، فأن للمسألة صور:

الأُولى: أن يطلقها بعد المدة المعتبرة ثمّ تظهر الموافقة بأن كانت قد انتقلت من طهر المواقعة إلى طهر آخر، وأن الطلاق وقع حال الطهر، ولا إشكال هنا في صحة الطلاق.

الثانية: الصورة بحالها، ولكن ظهر بعد ذلك كونها حائضاً حال الطلاق، ولا إشكال هنا أيضاً في صحة الطلاق.

الثالثة: الصورة الأولى بحالها، لكن ظهر بعد ذلك كونها باقية في طهر المواقعة لم تنتقل منه إلى حيض ولا طهر آخر، والأقوى الصحة.

الرابعة: أن يطلقها مراعياً للمدة المعتبرة، ويستمر الاشتباه فلا يعلم كونها حال الطلاق ذات حيض أم لا، في طهر المواقعة أم لا، والطلاق هنا صحيح.

الخامسة: أن يطلقها قبل مضي المدة المعتبرة إلّا أنه ظهر بعد الطلاق وقوعه في طهر لم يقربها فيه؛ والأظهر البطلان.

السادسة: الصورة بحالها إلّا أنه تبين عدم الانتقال من طهر المواقعة أو كونها حائضاً أو استمر الاشتباه، والظاهر أنه لا إشكال في بطلان الطلاق لعدم حصول الشرط، وهو مضي المدة المعتبرة، وأكده ظهور كون الطلاق في طهر المواقعة أو حال الحيض أو استمرار الاشتباه، فالإشكال في الأوّل باحتمال الصحة إنّما نشأ من انكشاف الحال بما يقتضي الصحة، والأمر هنا بالعكس.

(مسألة: ١٠) لو تربص بها المدة المعتبرة وأخبره من يعتد بقوله شرعاً أنها حائض بسبب تغيير عادتها، وكذا لو أخبره ببقائها في طهر المواقعة، أو بكونها حائضاً حيضاً آخر بعد الطهر، فطلقها والحالة هذه، فهل يصح أم لا؟ فيه إشكال، والصحة لا تخلو من قوة.

(مسألة: ١١) لو خرج في طهر لم يقربها فيه فإنه لا يصح طلاقها من

غير تربص المدة المقررة، وإن اتفق كون الطلاق في طهر المواقعة أو اتفق كونها حائضاً وقت الطلاق، أما الحاضر فلابدّ من تقدم العلم بعدم الأمرين المذكورين، وحينئذٍ فالحكم بصحة الطلاق مع الغيبة وعدم التربص بل بمجرد العلم بكونها في غير طهر المواقعة، وإن كان حائضاً يشترط العلم بعدم الحيض.

(مسألة: ١٢) لو كان حاضراً لكن لا يمكنه الوصول إلى الزوجة واستعلام حالها لحبس ونحوه، فهو بمنزلة الغائب فيما عرفت، كما أنه لو كان غائباً ولكن يمكنه استعلام أحوالها.

الثالث: الصيغة

بلفظ «طالق» مع إضافته إلى لفظ يدل على التعيين، كقوله أنت أو فلانة أو هذه أو نحو ذلك، وما عدا ذلك لا يقع صحيحاً.

(مسألة: ١٣) لا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر القادر على النطق، هل يقع من الغائب القادر على اللفظ أم لا؟ الأظهر عدم الوقوع.

هل يشترط توقف صدق «الغائب» على المسافر شرعاً أم يَكفي صدق الغياب ولو عن مجلس الطلاق؟ الظاهر أنه يعتبر السفر شرعاً.

هل يشترط في الشهادة أيضاً رؤية حال الكتابة أو يكفي رؤيتها بعد ذلك، المسألة محل توقف.

نعم لو تعذر النطق كفت الكتابة والإشارة، ومنه الأخرس، فيصح طلاقه بذلك كما تصح سائر عقوده وأقاريره وعباراته، ولابدّ من فهم الشاهدين ذلك منه ليحكم عليه به، والظاهر تقديم الكتابة إذا كان ممن يكتب على الإشارة.

(مسألة: ١٤) لا يصح الطلاق بالتخيير بمعنى تفويض الزوج أمر الطلاق إلى المرأة وتخييرها في نفسها قاصداً بذلك الطلاق، بمعنى إذا اختارت نفسها وقع الطلاق.

(مسألة: ١٥) يشترط تجريد صيغة الطلاق من الشرط أي يعتبر التنجيز وعدم تعلقه بشرط، والمراد بالشرط المعلق عليه هو ما يحتمل وقوعه وعدمه كأن يقول لها ان خرجتِ من الدار مثلاً فأنتِ طالق، أو فعلتِ كذا فأنتِ طالق. نعم يستثنى من الحكم ببطلان الطلاق المعلق على الشرط ما إذا كان الشرط معلوم الوقوع عند إيقاع الصيغة كما لو قال: أنت طالق إن كان الطلاق يقع بك، وهو يعلم وقوعه، فإن الطلاق هنا يقع صحيحاً حيث إنه لا تعليق في المعنى. وكذا القول في كل شرط يعلم وقوعه حالة الطلاق كقوله:

إن كان يوم الجمعة فأنت طالق، مع علمه بأنه يوم الجمعة، فإن الطلاق يقع البتة، لأن الشرط في قوة الوصف، فكأنه قال بناءً على المثال الأوّل: أنت طالق في هذا الوقت الذي يقع فيه الطلاق بك، وأنت طالق في هذا اليوم بناءً على المثال الثاني.

(مسألة: ١٦) لو فسر الزوج الطلقة باثنين أو ثلاث، فهل يبطل الطلاق من أصله؟ أو يلغو التفسير وتصير واحدة؟ الأظهر أنه لو قال «طلقتك ثلاثاً» لم يقع أصلاً بخلاف لو كرر الكلمة ثلاثاً بأن قال «أنت طالق؛ أنت طالق؛ أنت طالق» فأنه يقع واحدة فقط.

(مسألة: ١٧) لو كان المطلق مخالفاً يعتقد الطلاق ثلاثاً لزمته، وكذا كل طلاق على غير السنّة ممّا يحكمون بلزومه وصحته كوقوع الطلاق بغير

إشهاد ووقوعه في الحيض وباليمين وبالكناية مع النيّة، فإنه في جميع هذه المواضع يلزمون بصحته ويحكم عليهم بذلك.

(مسألة: ١٨) الأفضل إنه متى أراد الرجل تزويج واحدة ممّن طلقت على رأي أهل الخلاف أنتظر طهرها وأتى بشاهدين معه فسأل زوجها هل طلقت فلانة؟ فإذا قال نعم كانت تطليقة واعتدت لها، فإذا خرجت من العدة جاز تزويجها. وهنا الاحتياط مستحب.

الرابع: الاشهاد

(مسألة: ١٩) يشترط الاشهاد في صحة الطلاق، فلابدّ من حضور شاهدين حال إنشاء الطلاق، ولو تجرد عنهما بطل.

هل يشترط في الشهادة على الطلاق العلم بالمطلقة؟ إن كان المقصود بالعلم بالمطلقة في الجملة فلا ريب في أعتباره وأما لو المراد به العلم الموجب لتميزها وتشخصها دون العلم في الجملة، فلا أعرف عليه دليلاً واضحاً، وأنما يكفي في العلم بها إذا علموا أن اسمها زينب مثلاً، ولا يشترط أزيد من ذلك. نعم يشترط على الأشهر الأظهر التعين أن كانت لديه أكثر من زوجة فأنه لا يكفي قوله «زوجتي طالق».

(مسألة: ٢٠) يشترط في الشاهدين العدالة ولا يكفي مجرد الإسلام بل يعتبر فيهما الإيمان.

من علم من نفسه الفسق مع كونه على ظاهر العدالة بين الناس، فهل يجوز له الدخول في الأمور المشروطة بالعدالة، وتقلدها من الإمامة في الجملة والجماعة والشهادة والجلوس في مجلس الحكم والقضاء بين الناس ونحو ذلك أم لا؟

الذي ظهر لي بعد إمعان النظر في المقام ومراجعة أخبارهم عليهم السلام هو عدم جواز الدخول في هذه الأمور والحال هذه.

(مسألة: ٢١) يشترط في الشهادة إجتماع الشاهدين في السماع، وأنه لا يكفي تفريقهما بأن يطلق بحضرة واحد منهما ثمّ يطلق مرة أخرى بحضرة الآخر.

أمّا لو شهدا بالإقرار لم يشترط الاجتماع. نعم لو كان الطلاق الأوّل باطلاً، كأن يكون بغير شهود أو بشاهد واحد، وعلم أن الإقرار الذي أقر له أخيراً إنّما هو إشارة إلى ذلك الطلاق، فلا ريب في البطلان وإن أقر به عند شاهدين مجتمعين، فإنه إذا لم يصح الطلاق السابق لم يصح الإقرار به، وكذا لو شهد أحدهما بالإنشاء والآخر بالإقرار لم يقبل.

(مسألة: ٢٢) لا تقبل شهادة النساء في الطلاق لا منفردات ولا منضمات إلى الرجال.

المقصد الثاني: أقسام الطلاق

ينقسم إلى بدعي وسني، والسني ينقسم إلى بائن ورجعي، والرجعي ينقسم إلى عدي وغيره، فهنا أقسام أربعة:

الأول: الطلاق البدعي

منسوب إلى البدعة وهو المحرم إيقاعه، والمراد بالسني الذي يقابله هنا هو السني بالمعني الأعم، وهو الجائز شرعاً سواء كان واجباً أو مندوباً أو مكروهاً. وللبدعي أسباب ثلاثة:

أحدها: الحيض، فلا يجوز طلاق الحائض بعد الدخول مع حضور الزوج أو ما في حكمه من غيبته دون المدة المشروطة على ما تقدم تحقيقه مع كونها حائلاً، وكذا النفساء.

ثانيها: عدم استبرائها بطهر آخر غير ما مسها فيه بأن يطلقها في الطهر الذي مسها فيه.

ثالثها: طلاقها أزيد من واحدة بغير رجعة مخللة بين الطلقات.

الثاني: الطلاق السني البائن

وهو ما لا يصح للزوج الرجعة معه، وهو سنة: طلاق التي لم يدخل بها، واليائسة، ومن لم تبلغ المحيض، والمختلعة، والمباراة ما لم ترجعا في البذل، والمطلقة ثلاثاً بينها رجعتان إذا كانت حرة، وإلّا فاثنتان.

المراد بالدخول الموجب للعدة القدر الموجب للغسل، وهو غيبوبة الحشفة أو قدرها في قبل أو دبر، إلّا أن في دخول الموطوءة في الدبر في ذلك إشكال.

المراد بمن لم تبلغ المحيض، أي لم تبلغ التسع، فلو بلغتها لزمتها العدة مع الوطء، وإن لم تكن ممّن تحيض عادة.

تقييد المختلعة والمباراة بما لم ترجعا في البذل يقتضي أن الطلاق يكون رجعياً مع الرجوع فيه، فالعدة هنا قد تكون بائنة ورجعية بالاعتبارين المذكورين.

الثالث: الطلاق الرجعي العدي

وهو الذي يصح معه الرجعة وإن لم يرجع ويكون ذلك فيما عدا الأقسام الستة المتقدمة في البائن، وعلى هذا وما تقدم في سابق هذا القسم

يكون طلاق المختلعة تارة من أقسام البائن، وهو فيما إذا لم ترجع في البذل، وتارة من أقسام الرجعي، وهو في صورة الرجوع، وإطلاق الرجعي على هذا القسم يكون بسبب جواز الرجوع فيه وإمكانه، ويعبر عن بعض أفراده بطلاق العدة وهو إن طلق على الشرائط، ثمّ يراجع قبل الخروج من العدة ويواقع، ثمّ يطلقها في غير طهر المواقعة، ثمّ يراجعها ويواقعها، ثمّ يطلقها في طهر آخر، وهذه تحرم في الثالثة حتّى تنكح زوجاً غيره، وفي التاسعة مؤبداً.

ولو طلق بعد المراجعة قبل المواقعة صح، إلّا أنه لا يسمى طلاق العدة، لاختلال أحد شروطه وهو المواقعة، ويكون طلاق السنة بالمعنى الأعم.

الرابع: الطلاق السني بالمعنى الأخص

وهو المشار إليه آنفاً بأنه غير العدي، وهو عبارة أن يطلقها ويتركها حتّى تخرج من العدة، رجعية كانت العدة أو بائنة، ثمّ يتزوجها إن شاء ثمّ يطلقها ويتركها حتّى تخرج من العدة ثمّ يتزوجها.

(مسألة: ٢٣) ينقسم الطلاق إلى طلاق العدة، وطلاق السنة

الأول: طلاق السنة فإذا طلق الرجل امرأته أنتظر بها حتّى تطمث وتطهر، فإذا خرجت من طمثها طلقها تطليقة من غير جماع، ويشهد شاهدين على ذلك، ثمّ يدعها حتّى تطمث طمثتين فتنقضي عدتها بثلاث حيض وقد بانت منه، ويكون خاطباً من الخطاب، إن شاءت زوجته وإن شاءت لم تزوجه، وعليه نفقتها والسكنى ما دامت في عدتها، وهما يتوارثان حتّى تنقضي العدة.

الثاني: طلاق العدة هو أن يطلق الرجل امرأته بعد أن ينتظر بها حتّى تحيض وتخرج من حيضها ثمّ يطلقها تطليقة من غير جماع، ويشهد شاهدين عدلين ويراجعها من يومه ذلك إن أحب، أو بعد ذلك بأيام قبل أن تحيض، ويشهد على رجعتها ويواقعها حتّى تحيض، فإذا حاضت وخرجت من حيضها طلقها تطليقة أخرى من غير جماع، ويشهد على ذلك، ثمّ 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 حتّى تنكح زوجاً غيره؛ ويسمى طلاق الرجعة، ويختص طلاق السنة بذات العدة الرجعية التي لم يرجع فيها.

نعم التحريم في التاسعة مقصوراً على طلاق العدة، ومشروطاً فيه المراجعة في العدة والمواقعة بعد الرجعة كان ما عداه من الأقسام المذكورة لا تحرم بها المرأة في التاسعة، فهو حكم ثابت لطلاق السنة وغيره من الأفراد المذكورة.

(مسألة: ٢٤) يجوز طلاق الحامل بلا ريب في ذلك، وإنها لا تطلق إلّا مرة واحدة، فلو راجعها قبل خروج العدة فليس له أن يطلقها إلّا بعد وضع الحمل.

(مسألة: ٢٥) يفرق بين طلاق العدة والسنّة بصيرورة السنة بترك المراجعة وترك المواقعة، وللعدة بالرجعة في العدة والمواقعة، فإن طلقها لم يظهر أنه للسنة أو للعدة إلّا بعد وضع الحمل، نعم متى راجع وواقع لم يجز له

الطلاق إلّا بعد مضي شهر من يوم المواقعة.

يتلخص ممّا ذكرنا أنه متى أراد الطلاق للسنة وليس له أن يطلقها إلّا طلقة واحدة ويتركها حتّى تضع حملها وإن أراد الطلاق للعدة، فإن رجع وواقع فليس له الطلاق ثانياً إلّا بعد مضي الشهر، فإن لم يواقع فله أن يطلقها متى شاء، وحينئذٍ فيثبت للحامل طلاق السنّة بالمعنى الأخص كما يجواز الطلاق ثانياً بعد المراجعة من غير مواقعة، وإن لم يكن عدياً ولا سنياً بالمعنى الأخص بل بالمعنى الأعم، على الأظهر.

(مسألة: ٢٦) إذا طلقت الحامل المدخول بها ثمّ راجعها وواقعها كما هو طلاق العدة المتقدم، فإنه يجوز أن يطلقها ثانياً، أما إذا طلقها بعد المراجعة الخالية من المواقعة، سواء كان في طهر الطلاق الأوّل أو الطهر الذي بعده، صح الطلاق.

نعم متى كان قصد من المراجعة مجرد البينونة فلا يجوز له ذلك، ولا يصح طلاقه الثاني لمّا فيه من الإضرار بها في مدة العدد الثلاث بعدم الجماع ونحوه، وقد تكون العدة تسعة أشهر مع أن غاية ما رخص به الشارع في ترك الجماع إذا كانت زوجة أربعة أشهر، فالزيادة على ذلك إضرار محض، فنهى الله سبحانه عنه، قوله سبحانه **﴿وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرارًا لِتَعْتَدُوا﴾**. وحينئذٍ فتبقى بعد الرجعة على حكم الزوجية إذا طلقها ضراراً بغير جماع فيجب لها ما يجب للزوجة. وهذا الوجه في غاية القوة.

(مسألة: ٢٧) لو طلق غائباً ثمّ حضر ودخل بها ولم يعلمها ثمّ بعد ذلك ادعى الطلاق، فإنه لا تقبل دعواه، ولو أقام البينة بالطلاق لم تقبل بينته، ولو

أولدها والحال هذه الحق به الولد للحكم في ظاهر الشرع بثبوت الزوجية.

تتمه: هل يقبل قوله بإلحاق الولد بهما أو بأحدهما، والظاهر أنه لا يقبل قوله وإن أقام البينة.

هذا كله إذا كان الطلاق بائناً أو رجعياً وانقضت المدة قبل فعله المكذب لدعواه، وإلّا قبل وكان الوطء رجعة بلا إشكال.

(مسألة: ٢٨) لو كان غائباً وله أربع نسوة ثمّ طلق إحداهن؛ فأنه لا يجوز أن يتزوج عوضها في حال غيبته إلّا بعد مضي تسعة أشهر كذا (على الأقوى) إذا طلق الغائب وأراد العقد على أختها في حال غيبته، فإنه لا يجوز له إلّا بعد تسعة أشهر.

(مسألة: ٢٩) لا يخفى عليك أن الاعتداد بتسعة أشهر إنما هو فيما لو كانت المرأة مستراية الحمل؛ والفرض فيهما انها غائبة، و إلّا فالعدة إنّما هي ثلاثة أشهر خاصة مع عدم إمكان الاعتداد بالأقراء.

(مسألة: ٣٠) يكره للمريض أن يطلق، ولو طلق كان طلاقه صحيحاً، وأنه يرث زوجته إذا ماتت في العدة الرجعية، ولا يرثها في البائن ولا بعد العدة، وترثه هي سواء طلقها بائناً أو رجعياً ما بين الطلاق وبين السنّة ما لم تتزوج أو يبرأ من المرض الذي طلقها فيه.

(مسألة: ٣١) لا ينبغي للمريض أن يطلق زوجته إضراراً بها، ثمّ إنه إن فعل ذلك وخالف فإن طلاقه يكون صحيحاً، فيجوز للمرأة التزويج بعد الخروج من العدة، فإن تزوجت بعد العدة أو بريء المريض من مرضه أو جاز المرض السنة فلا ميراث بينهما، وإلّا فهي ترثه وإن بانت منه بطلاق

بائن أو خروج من العدة الرجعية عقوبة ومقابلة له بضد ما قصده من منعها من الميراث بالطلاق، وتعتد عدة المتوفى عنها زوجها متى ورثته.

(مسألة: ٣٢) إذا ادعت المطلقة المريض أن المريض طلقها قبل موته في حال المرض، وأنكر الوارث ذلك وزعم أنه طلقها في حال الصحة قالوا: إن القول هنا قول الوارث والأصل عدم التوارث إلّا مع وجود سببه.

(مسألة: ٣٣) لو طلق أربعاً في مرضه وتزوج أربعاً ودخل بهن ثمّ مات فيه كان الربع أو الثمن بينهن بالسوية، وإنّما قيد تزويج الأربع الجديدات بالدخول لما سيأتي إن شاء الله من أن صحة نكاح المريض مشروط بالدخول، فلو مات قبله فلا ميراث، وحينئذٍ فإذا دخل بالأربع الجديدات ورثته بالدخول والزوجية المقتضية لذلك، وورثته الأربع الأوّل أيضاً لوجود سببه، وهو الطلاق في مرض الموت المقتضي للإرث وإن خرجن عن الزوجية، وحينئذٍ فتشترك الجميع في الربع أو الثمن بالسوية كاشتراك الأربع فيه، ولا ميراث لمّا زاد عن الأربع بالزوجية إلّا في هذه الصورة.

المقصد الثالث: أحكام الطلاق

فيه فصول:

الأوّل: المحلل

(مسألة: ٣٤) يشترط في المحلل شروط:

الأوّل: أن يكون الزوج بالغاً، وفي المراهق المقطوع به عند الأكثر العدم، وهو كذلك.

الثاني: أن يطأها المحلل، فلا يكفي العقد المجرد عن الوطء، ولا الخلوة المضاف إليه.

الثالث: أن يكون الوطء في القبل فلا يكفي في الدبر.

الرابع: كون الوطء موجباً للغسل، نعم الظاهر عدم كفاية أدخال الحشفة أو قدرها من مقطوعها؛ بل لابدّ من حصول اللذة به.

الخامس: كون ذلك بالعقد الدائم، فلا يجزي نكاح الملك ولا التحليل ولا المتعة.

إذا عرفت ذلك، فأعلم أن التحليل المذكور إذا استكمل الشرائط المذكورة، فإنه لا خلاف في هدمه الثلاث الطلقات إذا وقع بعدها، وإنّما الخلاف في هدمه ما دون الثلاث، بمعنى أنه إذا طلق الزوجة طلقة واحدة أو طلقتين ثمّ خرجت من العدة فتزوجت بغيره تزويجاً مشتملاً على شروط التحليل المتقدمة ثمّ طلقها أو مات عنها ثمّ رجعت إلى الزوج الأوّل بعقد جديد، فهل تبقى معه على ثلاث تطليقات، بمعنى أن هذا التزويج قد هدم الطلاق الأوّل فكأنه لم يطلقها بالكلية ولا يحسب تلك الطلقة أو الطلقتان؟ أو أنها تبقى معه على ما بقي من الثلاث، بمعنى أن التزويج الثاني لم يهدم الطلاق الأوّل فتبقى بعد عودها إلى الأوّل على واحدة أو اثنتين؟ المشهور الأوّل؛ والظاهر الثاني أي بقائها ولا تسقط بالتزويج.

(مسألة: ٣٥) الاعتبار بالتحريم الموجب للمحلل وكون التحريم يحصل بثلاث أو اثنين إنّما هو بالنسبة إلى المرأة دون الزوج، بمعنى أنه لو كان تحته امرأة حرة واستكلمت ثلاث طلقات فإنها لا تحل له إلّا بمحلل

سواء كان الزوج حراً أو مملوكاً، ولو كان تحته أمة واستكملت اثنين حرمت حتّى تنكح زوجاً غيره سواء كان زوجها حراً أو مملوكاً.

الثاني: الرجعة

الأصل فيها الكتاب والسنّة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذٰلِكَ إِنْ أَرادُوا إِصْلاحاً**﴾ أي بردهن إلى النكاح، والرجعة فيهن في زمان العدة والتربص إن أرادوا بالرجعة إصلاحاً لمّا بينهن، ولم يريدوا المضارة لهن.

قوله تعالى ﴿**فَإِمْسٰاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسٰانٍ**﴾ والإمساك بالمعروف الرجعة وحسن المعاشرة، والتسريح بإحسان التطليقة الثالثة بعد المراجعة كما في الحديث النبوي، أو أن لا يراجعها حتّى تخرج من العدة وتبين منه.

قوله سبحانه ﴿**وَإِذٰا طَلَّقْتُمُ النِّسٰاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ**﴾ أي قاربن بلوغ الأجل ﴿**فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**﴾ أي راجعوهن بقصد المعاشرة بالمعروف والقيام بواجبهن من غير طلب ضرار بالمراجعة، أَوْ «سَرِّحُوهُنَّ» أي خلوهن حتّى تنقضي عدتهن فيكن أملك بأنفسهن ﴿**وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرٰاراً**﴾ أي لا تراجعوهن بقصد الإضرار بهن من غير رغبة فيهن. وتفصيل الكلام يقتضي بسط مسائل:

(مسألة: ٣٦) لا خلاف في أن الرجعة تقع بالقول والفعل. والقول إما صريح في معنى الرجعة كقوله «راجعتك وارتجعتك»، وأصرح منه إضافة قوله إلى نكاحي.

في معناه «رددتك وأمسكتك» ويفتقران إلى نيّة الرجعة كالإمساك باليد أو في البيت ونحوه، فكل ما دل على قصد الرجل في النكاح من الألفاظ بنفسه أو ضم شيء من خارج فهو مفيد للرجوع.

أما الرجوع بالفعل كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة، وربما كان أقوى في الدلالة على الرجعة من القول، ولا عبرة بما وقع منه سهواً أو بقصد عدم الرجعة أو لا بقصدها فإن ذلك لا يفيد الرجوع، وإن فعل حراماً في غير صورة السهو والغفلة لانفساخ النكاح بالطلاق وإن كان رجعياً، ولولا ذلك لم تبن بانقضاء العدة، إلّا أنه لا حدّ عليه وإن كان عالماً بالتحريم لعدم خروجها بعد عن حكم الزوجية رأساً، فغاية ما يلزم هو التعزير على فعل المحرم إلّا مع الجهل بالتحريم.

ممّا يقع به الرجعة أيضاً إنكار الطلاق.

(مسألة: ٣٧) يستحب الاشهاد في الرجعة ولا يجب اتفاقاً، لو طلقها طلاقاً رجعياً فارتدت، فهل يصح مراجعتها في حال الردة؟

قد مرّ أنه متى كانت المرتدة المرأة وكان ذلك قبل الدخول انفسخ العقد بينهما في الحال، وإن كان بعد الدخول كان الفسخ وعدمه مراعى بانقضاء العدة وعدمه، فإن انقضت العدة ولم ترجع إلى الإسلام فقد بانت منه ـ وجريان هذا الحكم فيما نحن فيه، فإنها في العدة وإن كانت زوجته يجوز مراجعتها كما يجوز تزويجها ابتداء، إلّا أنها بالارتداد قد عرض لها ما يوجب انفساخ الزوجية إمّا في الحال كما لو لم يكن ثمة دخول، وإمّا مراعى بانقضاء العدة في صورة الدخول، فالرجوع إليها في حال الارتداد وإن كان

في العدة، إلّا أن الارتداد قد أوجب فسخ النكاح هنا، كما أوجبه لو لم يكن ذات عدة رجعية بل زوجة أصلية، إلّا أنه يمكن أن يقال بصحة الرجعة لا صحة مستقرة، بل مراعاة بعدم انقضاء العدة على الارتداد، بمعنى أنه لو رجعت إلى الإسلام قبل انقضائها استقرت صحة الرجعة، وإلّا تبين فسادها، كما أنها بالارتداد تنفسخ زوجيتها انفساخاً مراعى بانقضاء العدة على الارتداد، فلو رجعت إلى الإسلام قبل انقضائها بقيت على الزوجية السابقة.

(مسألة: ٣٨) لو طلق وراجع فأنكرت الدخول بها أوّلاً وزعمت أن لا عدة عليها ولا رجعة، فالقول قولها بيمينها، وحينئذٍ فإذا حلفت بطلت رجعته التي يدعيها عليها، ولا نفقة لها ولا سكنى ولا عدة عليها، وجاز لها أن تنكح زوجاً غيره في الحال، وليس له أن ينكح أختها، ولا أربعاً غيرها لاعترافه بأنها زوجته.

(مسألة: ٣٩) مقتضى ما تقدم ـ في المسألة السابقة ـ من كلام الزوج أن لها المهر كاملاً، ومقتضى كلامها أنه إنّما تستحق بالنصف خاصة لدعواها عدم الدخول بها، وحينئذٍ فإن كانت قد قبضت المهر كاملاً فليس للزوج مطالبتها بشيء لاعترافه باستحقاقها إياه، لكن لا يجوز لها التصرف في أزيد من النصف، ولو لم تقبضه لم يجز لها أن تقبض إلا النصف خاصة.

وينبغي أن يقبض الحاكم النصف الآخر من يدها أو يده، لأنه مال لا يدعيه أحد، وحفظ مثل ذلك وظيفة الحاكم الشرعي، ولا يبعد أن الحكم فيه الصرف في وجوه البر.

ولو انعكس الحكم فادعت المرأة الدخول وأنكر الزوج فالقول قوله

بيمينه، وحينئذٍ فإذا حلف فلا رجعة ولا سكنى ولا نفقة لها عليه، وعليها العدة لادعائها الدخول، ويرجع بنصف الصداق إن كانت قبضته، ولو لم تقبضه رجعت عليه بالنصف خاصة.

(مسألة: ٤٠) رجعة الأخرس بالإشارة المفهمة لها كغيرها من عقوده وإيقاعاته.

(مسألة: ٤١) إذا ادعت الزوجة انقضاء العدة بالحيض في زمان يمكن فيه ذلك ـ وأقله ستة وعشرون يوماً ولحظتان، وهو أن يطلق وقد بقي من الطهر لحظة؛ ثمّ تحيض أقل الحيض ثلاثة أيام؛ ثمّ تطهر أقل الطهر عشرة ثمّ تطهر عشرة؛ ثمّ تدخل في الحيض بلحظة ـ كان قولها مقبولاً في ذلك.

(مسألة: ٤٢) إذا ادعت الحمل فأنكر الزوج وأحضرت ولداً فأنكر ولادتها له فالقول قوله لإمكان إقامة البيّنة بالولادة، ولا فرق بين أن تحضر ولداً أو تدعي ولادته، فلا يلحق به بمجرد دعواها لجواز التقاطها له، وإنّما يلزمه الاعتراف بما علم ولادته على فراشه لا ما تدعي المرأة ولادته كذلك، وحينئذٍ فلا يحكم بانقضاء العدة بذلك بل يفتقر إلى مضي عدة بالأقراء أو الأشهر فيرجع إليها فيها وإن كذبت في الآخر.

ذكر الحيل الشرعية

يجوز التوصل بالحيل الشرعية المباحة دون المحرمة في إسقاط ما لو لا الحيلة لثبت، ولو توصل بالمحرمة أثم وتمت الحيلة.

ومنها: ما هو باطل، وإن توهم كونه حيلة شرعية موجبة لتحليل ما أريد منها كما سيظهر لك إن شاء الله، إلّا أن العمل على ما لم يوجد فيه نص

بالخصوص على الإطلاق لا يخلو من إشكال لمّا يظهر ممّا حكاه الله تعالى في كتابه عن اليهود في قضية الاصطياد الذي نهوا عنه يوم السبت، وأنه عزّ وجلّ مسخهم قردة بما عملوه من الحيلة في ذلك.

الواجب هنا ذكر جملة ممّا خطر بالبال من الأنواع التي توصل إلى تحليلها بالاحتيال والتمييز بين صحيحها وفاسدها زيادة على ما تقدم سيّما في باب الربا من كتاب البيع وكتاب الشفعة.

(مسألة: ٤٣) ما اشتهر في هذه الأوقات من أنه إذا كان في ذمة الرجل ألف درهم من وجه الخمس أو الزكاة فإنه يبيع سلعة قيمتها مائة درهم على فقير بألف درهم ثمّ يحتسب عليه الثمن بما في ذمته من وجه الخمس أو الزكاة، وهذا البيع بحسب القواعد الشرعية صحيح إذا وقع بالتراضي من الطرفين ومعرفة المبيع من الجانبين، ولكن إذا نظرت إلى الواقع وأنه لم يدفع في الحقيقة من تلك الألف إلّا مائة درهم خاصة حصل الإشكال في حصول البراءة من الزائد بهذه الحيلة، فالجزم ببراءة الذمة في هذه الصورة محل توقف وإشكال.

(مسألة: ٤٤) ما لو خافت المرأة من تزويج زوجها بامرأة معينة فحملت ولدها على أن يتزوج بها قبل أبيه، أو أمة يريد شراءها الأب فاشتراها الابن، أو حملت الأم ابنها على الزنا بتلك المرأة التي يريد أبوه تزويجها أو الأمة التي يريد شراءها بناءً على نشر الحرمة بالزنا، فإنه وإن أثم من حيث حرمة الزنا إلّا أن الحيلة تحصل به.

(مسألة: ٤٥) ما لو كرهت المرأة زوجها وأرادت انفساخ العقد بينهما

فارتدت انفسخ النكاح وبانت منه إن كان قبل الدخول، ولو كان بعده توقف البينونة على انقضاء العدة قبل رجوعها، فإن أخرت إلى انقضائها بانت منه، فإذا رجعت بعد ذلك إلى الإسلام قبل وتمت الحيلة، فإنه لا يظهر في صحة هذه الحيلة على وجه ينفسخ بها النكاح إذ مرجعها إلى إظهار الكفر من غير زوال اعتقاد الإسلام وهو غير موجب للارتداد شرعاً.

(مسألة: ٤٦) يشكل ما عد في هذا الباب من الحيل المبيحة لنكاح جماعة امرأة في يوم واحد بأن يتزوجها أحدهم ويدخل بها ثمّ يطلقها، ثمّ يتزوجها ثانية ويطلقها من غير دخول، فإنه يجوز للآخر أن يتزوجها في تلك الحال لسقوط العدة حيث إنها غير مدخول بها، فإن الطلاق بعد الدخول لا يصح إلّا بعد الاستبراء بحيضة أو ثلاثة أشهر، وحينئذٍ فكيف يمكن ما فرضه من وقوع نكاح القوم في يوم واحد، أنما يجوز للزوج العقد عليها قبل انقضاء العدة لعدم وجوب الاستبراء من مائه الذي هو العلة في وجوب العدة، وأما بالنسبة إلى غير الزوج فلا تسقط، وطلاقه لها ثانياً بعد هذا العقد المجرد عن الدخول لا يؤثر في سقوط تلك العدة الأُولى، وإنّما يؤثر في عدة هذا الطلاق.

(مسألة: ٤٧) ما لو أراد التوصل إلى حل نظر يحرم عليه نظرها، ولمس من يحرم عليه لمسها بأن يعقد الرجل بابنه الصغير متعة على امرأة بالغة لأجل أن يحل للأب نظر تلك المرأة المعقود عليها ولمسها، أو يعقد الرجل بابنته الصغيرة على رجل لأجل أن يكون ذلك الرجل محرماً لأم البنت وجدتها يحل له نظرهما ولمسهما ونحو ذلك، والظاهر صحة ذلك وأنه

يترتب على هذا العقد ما يترتب على عقود النكاح، وإن لم يكن هـذا العـقد مقصوداً به النكاح.

(مسألة: ٤٨) ما لو كان عليه دين قد بريء منه بـالأداء إلى صـاحبه، أو إبراء صاحبه من ذلك الدين فادعى عليه وخاف من دعوى الأداء أو الإبراء أن تنقلب اليمين إلى المدعي لعدم البينة فأنكر الاستدانة من رأس، فإنه يجوز له أن يحلف على ذلك بشرط التورية ليخرج من الكذب. والمراد بالتورية بأن يقصد بمدلول اللفظ إلى أمر غير ما يدل ظاهر اللفظ بأن يـقصد بـقوله «مـا استدنت منك» نفي الاستدانة في مكان مخصوص أو زمان مخصوص غير الزمان أو المكان الذي وضعت فيه الاستدانة واقعاً، أو يقصد نوعاً من المال غير الذي استدانه فينوي في حال حـلفه عـلى أحـد هـذه الوجـوه مـا كـان الضرورة حيث إنه بريء الذمة واقعاً غير مخاطب بالأداء شرعاً. هذا إذا كان المدعى عليه مظلوماً كما عرفت، فإن التورية فـي يـمينه لدفـع ذلك الظـلم جائزة شرعاً.

أما لو كان المدعي محقاً فأنكر المدعى عليه وحلف موريا بها يخرجه عن الكذب فإنه لا تفيده التورية هنا، فيترتب على هذه اليمين ما يترتب على من حلف بالله كاذباً من الإثم والمؤاخذة.

الثالث: العدد

جمع عدة، وهي على ما ذكره أهل اللغة أيام أقراء المرأة؛ وزاد بعضهم أيام حدادها على الزوج.

وعرفها شيخنا الشهيد الثاني بأنها شرعاً اسم لمدة مـعدودة تـتربص

فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو التفجع على الزوج، وشرعت صيانة للأنساب وتحصيناً لها عن الاختلاط.

قال: وأعلم أن المدة المستدل بمضيها على براءة الرحم تتعلق تارة بالنكاح ووطء الشبهة وتشتهر باسم العدة، وأخرى بملك اليمين، وإما حصولاً في الابتداء أو زوالاً في الانتهاء، وتشتهر باسم الاستبراء، والنوع الأوّل منه ما يتعلق بفرقة بين الزوجين، وهو حي كفرقة الطلاق واللعان والفسوخ، ويشمله عدة الطلاق لأنه أظهر أسباب الفراق، وحكم العدة وطء الشبهة حكمها، وإلى ما يتعلق بفرقة تحصل بموت الزوج وهي عدة الوفاة، انتهى.

(مسألة: ٤٩) لا عدة على الزوجة غير المدخول بها، سواء بانت بطلاق أو فسخ لأن الغرض منها براءة الرحم، نعم خرج من هذا الحكم المتوفى عنها زوجها للاتفاق على وجوب العدة في الحال المذكور.

المراد بالدخول الوطء قبلاً وطئاً موجباً للغسل؛ وفي الدبر لا يخلو من توقف وإشكال.

(مسألة: ٥٠) لم يفرق الأصحاب بين وطء الكبير والصغير وإن نقص سنه، عن زمان إمكان التولد منه عادة كالذي بلغ خمس سنين. وفي الصغير نوع توقف.

(مسألة: ٥١) هل يلحق بالوطء دخول المني المحترم في الفرج فيلحق به الولد إن فرض، وتعتد بوضعه؟

فيه توقف أيضاً لعدم الوقوف على نص يصلح دليلاً لهذا الإلحاق.

(مسألة: ٥٢) هل تجب العدة على مدخولة الخصي، وإن لم ينزل ولكنه يولج فيكون بمنزلة الفحل الذي يولج ولا ينزل؟

الظاهر هو ذلك لأن مناط العدة هو الإيلاج وإن لم يحصل إنزال.

لو كان الرجل مجبوباً ـ وهو مقطوع الذكر وسليم الأنثيين ـ فالظاهر أيضاً أنه لا عدة على المرأة لعدم حصول الدخول الذي هو مناط ذلك.

نعم لو ظهر بها حمل لحقه الولد، واعتدت حينئذٍ بوضعه.

أما الممسوح الذي لم يبق له شيء ولا يتصور منه دخول فقد صرح الأصحاب بأنه لو أتت منه بولد لم يلحقه على الظاهر، ولا يجب على زوجته منه عدة، وربّما قيل: حكمه حكم المجبوب، وهو بعيد.

(مسألة: ٥٣) قد تقدم أنه تجب العدة للحامل من الزنا، فلا يجوز لها التزويج قبل الوضع، وكذا مع عدم الحمل بل تجب العدة حتّى لو أراد الفاجر بها أن يتزوجها.

(مسألة: ٥٤) لا تجب العدة بالخلوة. والمراد بالخلوة الانفراد بها في مكان لا يطلع عليهما أحد، وقد تقدم ذكر المسألة؛ وملخصها أن الموجب للمهر والعدة إنّما هو المواقعة دون مجرد الخلوة إلّا في مقام التهمة بأن يخلو بها، وتدل القرائن على الوقاع، ومع هذا يعترف الزوجان بعدمه، فإنه لا يقبل قولهما لقيام التهمة.

(مسألة: ٥٥) مستقيمة الحيض؛ وهي من كان الحيض يأتيها على عادة النساء في كل شهر مرة، وفي معناها من كانت تعتاد الحيض فيما دون الثلاثة أشهر، تعتد بثلاثة أقراء، وهي الأطهار على الأشهر الأظهر إذا كانت حرة سواء كانت تحت حر أو عبد.

انقضاء الأطهار الثلاثة يحصل بالدخول في الدم الثالث مبني على عد الطهر الذي طلقت فيه، وأنه في الغالب يكون الحيض بعده متأخراً عنه بزمان وإن قصر، إلّا فلو فرض حصول أوّل الحيض بعد انقضاء صيغة الطلاق بلا فصل فإنها لا تخرج من العدة برؤية الدم الثالث حيث إنه لم يسبق لها إلّا طهران خاصة، بل لابدّ من الطهر بعد الدم الثالث.

(مسألة: ٥٦) مبدأ الحساب بالطهر الذي طلقت فيه، فيكون أحد الأطهار الثلاثة الموجبة للخروج من العدة، على أنه بالدخول في الدم الثالث تنقضي عدتها.

لو اتفق ذلك بأن حاضت بعد انتهاء لفظ الطلاق ولم يحصل زمان بين الطلاق والحيض صح الطلاق لوقوعه في الطهر، ولم يحسب ذلك الطهر من العدة، لأنه لم يعقب الطلاق بل يفتقر ذلك إلى ثلاثة قروء مستأنفة بعد الحيض.

(مسألة: ٥٧) قد تقدم في باب الحيض من كتاب الطهارة أن المبتدئة والمضطربة تتحيض برؤية الدم هو المختار فلا يجب أن تستظهر بأن لا تتحيض إلّا بعد مضي ثلاثة أيام؛ وحينئذٍ فلا إشكال في انقضاء العدة برؤية الدم الثالث.

(مسألة: ٥٨) أقل زمان تنقضي به العدة ستة وعشرون يوماً ولحظتان، واللحظة الأخيرة ليست من العدة وإنّما هي دالة على الخروج.

بيانه: أنه يمكن أن يفرض أن يطلقها وقد بقي من الطهر لحظة بعد الطلاق، ثمّ تحيض أقل الحيض ثلاثة أيام، ثمّ تطهر أقل الطهر عشرة،

والجميع ثلاثة عشر يوماً ولحظة وقد حصل لها طهران، ثمّ تحيض أقل الحيض ثلاثة أيام، ثمّ تطهر أقل الطهر عشرة، فهذه ثلاثة عشر أُخرى، والجميع ستة وعشرون يوماً ولحظة، ثمّ تحيض بعد تمام العشرة الأخيرة وبالحيض لحظة من أوّله يتبين انقضاء الطهر الثالث وتمامه، فتكون هذه اللحظة الأخيرة من الحيض كاشفة عن الخروج من العدة، ولا مدخل لها في العدة لانقضائها بالطهر الثالث، وحينئذٍ فأقلها في الحقيقة ستة وعشرون يوماً ولحظة، وهي التي من أوّلها لا غير.

هذا، ومما ذكر من أن أقل ما تنقضي به العدة المدة المذكورة مبني على الغالب، وإن كان أيضاً في حد ذاته نادراً، إلّا أنه قد يتفق أيضاً فيما هو أقل من ذلك، بأن يطلقها بعد الوضع وقبل رؤية دم النفاس بلحظة، ثمّ ترى دم النفاس لحظة لأنه محسوب بحيضة وإن كان لحظة كما تقدم في بابه، فإذا رأت بعد الطلاق دم النفاس لحظة ثمّ مضى لها أقل الطهر ثمّ رأت الدم ثلاثة أيام أقل الحيض ثمّ انقطع عشرة أيام ثمّ رأت الدم الثالث انقضت عدتها بأوّل لحظة من الدم الثالث، ومجموع ذلك ثلاثة وعشرون يوماً وثلاث لحظات.

(مسألة: ٥٩) لو اختلف الزوجان فادعت المرأة بقاء جزء من الطهر بعد الطلاق ليكون أوّل الأطهار الثلاثة وتقصر بذلك العدة وأنكر الزوج ذلك بأن ادعى وقوع الحيض بعد الطلاق بلا فاصلة لتكون الأطهار الثلاثة متأخرة عن الحيض فتطول مدة العدة ليتمكن من الرجوع فيها،أن القول قول المرأة هنا.

الثالث: المسترابة

هي المسترابة الحيض أو الحمل، وتسمى ذات الشهور، وما يلحق بذلك من الأحكام:

(مسألة :٦٠) المسترابة بالحيض، وهي التي لا تحيض مع كونها في سن من تحيض، فإنها تعتد من الطلاق والفسخ ـ وفي معناهما وطء الشبهة ـ بثلاثة أشهر إذا كانت حرة تحت عبد أو حر، وينبغي أن يعلم أن الأصل في عدة الحامل الأقراء وأما الاعتداد بالأشهر فإنما هو لفقد الأقراء، وأنه مع إمكان حصول الأقراء فأيهما سبق اعتدت به، وحينئذٍ فلو فرض أن حيضها إنّما يكون فيما زاد ثلاثة أشهر ولو ساعة وطلقت في أوّل الطهر فمضت الثلاثة من غير أن ترى الدم فيها اعتدت بالأشهر، ولو فرض كونها معتادة الحيض في آخر كل ثلاثة بحيث لم تسلم لها ثلاثة أشهر بيض لم تعتد بالأشهر.

وبكلمة المعتادة التي حكمها التحيض بالأقراء هي التي تعتاد الحيض في كل شهر مرة، وفي معناها من تعتاد الحيض فيما دون الثلاثة، وعلى هذا فلو كانت تعتاد الحيض في كل أربعة أشهر مرة مثلاً وطلقت في وقت لا يسلم لها ثلاثة أشهر بيض فإنها تعتد بالأشهر، وتحسب مبدأ الثلاثة الأشهر من طهرها من الحيض الذي عرض لها بعد الطلاق حتّى يكمل الثلاثة.

بقي الإشكال هنا فيمن تحيض في كل ثلاثة أشهر مرة، فأنها تكتفي بثلاثة أشهر مطلقا يعني وإن لم يكن بيضاً، إلّا أن الأوفق بالقواعد هو اعتدادها بالأقراء، والعمل على ما عليه الأصحاب.

(مسألة: ٦١) المستراية بالحمل، وهي التي ابتدأت العدة بالأشهر فرأت في الشهر الثالث أو قبله حيضاً، فإن كملت لها ثلاثة قروء بأن حصل لها قرءان بعد الأوّل وهو السابق على الدم، فإنه محسوب بقرء كما تقدم، ولو أزيد من ثلاثة أشهر اعتدت بها وإن تأخرت الحيضة الثانية أو الثالثة فقد استرابت بالحمل. وهنا تعتد بعد التسعة بثلاثة أشهر.

(مسألة: ٦٢) قد عرفت أن المرأة إذا كانت في سن من تحيض وهي لا تحيض، فإن عدتها ثلاثة أشهر.

(مسألة: ٦٣) لا عدة على الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين إذا طلقت بعد الدخول بها وإن فعل زوجها محرماً، وفي اليائسة وكذا في صورة الفسخ ووطء الشبهة الموجبين للعدة في غير هذا الموضع.

(مسألة: ٦٤) المستحاضة المستمر دمها حكمها بالنسبة إلى العدة الاعتداد ثلاثة أشهر، وأما بالنسبة إلى العبادات فترجع فيها إلى ما تقدم في باب الحيض.

(مسألة: ٦٥) متى طلقت في أوّل الهلال وكانت تعتد بالأشهر اعتدت بثلاثة أشهر هلالية، لأن الشهر حقيقة في الهلالي، أما لو طلقت في أثناء الشهر وانكسر ذلك الشهر اعتبر بعده شهران هلاليان وأكمل المنكسر ثلاثين يوماً.

يعتبر في أولية الشهر وأثنائه العرف لا الحقيقة لانتفائها دائماً أو غالباً إذ لا يتفق المقارنة المحضة بغروب ليلة الهلال، فعلى هذا لا يقدح فيه نحو اللحظة بل والساعة إيضاً، ويقدح فيه نصف الليل ونحوه، وحيث كان المرجع إلى العرف فهو المعيار.

(مسألة: ٦٦) لو ارتابت بالحمل بأن وجدت علامة تفيد الظن به بعد العدة نكحت أو لم تنكح جاز لها التزويج، وكان نكاحها صحيحاً، فلا يعارضه الظن الطارئ بالريبة، أما لو حصلت الريبة قبل انقضاء العدة، فهل يجوز لها التزويج بعد انقضاء العدة أم لا؟ لا يجوز لها أن تنكح بعد انقضاء العدة إلى أن يتبين الحال.

الرابع: عدة الحامل

(مسألة: ٦٧) لو كانت حاملاً باثنين فولدت واحداً فهل تبين بوضع الأوّل، وإن لم تنكح إلّا بعد وضع الثاني؟ أو أنها لا تبين إلّا بوضعهما معاً؟ المختار هو الأوّل.

(مسألة: ٦٨) انقضاء العدة إنّما يحصل بخروجه أجمع، فلو خرج نصفه أو أزيد متصلاً أو منفصلاً فإنه لا يصدق وضع الحمل المترتب عليه الخروج من العدة، فتبقى أحكام الزوجية من الرجعة والميراث لو مات أحدهما، ونحو ذلك.

(مسألة: ٦٩) لا يكفي وضعه نطفة مع عدم استقرارها في الرحم، أما معه فأنه يشكل الحكم بانقضاء العدة بها مطلقاً، للشك في كونه قد صار حملاً، ويأتي مثل ذلك في العلقة من الدم التي لا تخطيط فيها.

(مسألة: ٧٠) يشترط في الحمل كونه منسوباً إلى من العدة منه، إما ظاهراً أو احتمالاً، فلو انتفى عنه شرعاً لم يعتد به، وإمكان تولده منه بأن يكون فحلاً أو مجبوباً له بقية أو لا معها، ولو انتفى عنه شرعاً بأن ولدته تاماً لدون ستة أشهر من يوم النكاح أو لأكثر وبين الزوجين مسافة لا تقطع في

تلك المدة لم تنقض به العدة وكذا لا يلحق بالممسوح على الأظهر وإن أمكنت المساحقة في حقه لفقد آلة التولد.

(مسألة: ٧١) لو طلقت المرأة فادعت الحمل صبر عليها أقصى الحمل، وهو تسعة أشهر ثمّ بعد ذلك الثلاثة الأشهر العدة.

(مسألة: ٧٢) لو طلقها رجعياً ثمّ مات استأنف عدة الوفاة، أما لو كانت بائناً فإنها تقتصر على إتمام عدة الطلاق.

(مسألة: ٧٣) لا إشكال فيما ذكرنا من وجوب استئناف عدة الوفاة لو مات الزوج في عدة الرجعية فيما إذا زادت عدة الوفاة على عدة الطلاق كما هو الغالب، إنّما الإشكال فيما لو انعكس الفرض كالمستراية التي عدتها في الطلاق تسعة أشهر أو سنة ثمّ ثلاثة أشهر بعد ذلك، فإن عدة الطلاق هنا أزيد من عدة الوفاة التي هي أربعة أشهر وعشرة أيام. وهل تجتزي في هذه الحال بعدة الوفاة؟ أو تعتبر بأبعد الأجلين من أربعة أشهر وعشرة أيام ومن مدة يعلم فيها انتفاء الحمل؟ أو أنه يجب عليها إكمال عدة المطلقة بثلاثة أشهر بعد التسعة أو السنة أو أربعة أشهر وعشرة أيام بعدهما عوض الثلاثة الأشهر؟

إن عدة الوفاة هو وجوب إلغاء عدة الطلاق والعمل بعدة الوفاة، وحينئذٍ فلو مات في ضمن التسعة أو السنة وجب إتمامها ثمّ الاعتداد بعدة الوفاة، ولو مات في ضمن الثلاثة وجب استئناف عدة الوفاة، ويؤيد ذلك أنه أحوط.

(مسألة: ٧٤) يشترط في الحمل الذي تنقضي العدة بوضعه كونه

منسوباً إلى من العدة منه، وعلى هذا فلو حملت من الزنا ثمّ طلقها الزوج بأن يعلم انتفاؤه عن الفراش بكونه غائباً عنها تلك المدة، أو تلد تاماً لدون ستة أشهر من يوم النكاح فإنها تعتد بما كانت تعتد به لو لا الزنا، فإن لم يجامع حملها حيض اعتدت بالأشهر، وإن جامعه وقلنا بجواز حيضها كما هو الأظهر اعتدت بالأقراء وبانت بانقضاء الأشهر أو الأقراء، وإن لم تضع حملها فإن الزنا لا حرمة له، حملت منه أو لم تحمل، ولذا أيضاً أنه لو حملت من الزنا ولم تكن ذات بعل، فإنه يجوز لها التزويج قبل أن تضع أما لو لم تحمل من الزنا فأن عليها مع عدم الحمل العدة.

(مسألة: ٧٥) لو كان الوطء بشبهة وحملت ثمّ طلقها فلا يخلو إما أن يكون إلحاق الولد بالزوج من حيث الفراش أم لا، بل بالواطئ لبعد الزوج عنها في تلك المدة فلا يمكن إلحاقه به، وحينئذٍ فيجب عليها عدة الطلاق خاصة على الأوّل، وعلى الثاني يجب عليها عدتان بأن تعتد أوّلاً من الواطئ بوضع الحمل ثمّ من الزوج عدة الطلاق. وكذا لو انعكس الأمر بأن طلقها ثمّ وطئت بالشبهة فأنها تكمل ما بقي من عدة الطلاق بعد وضع الحمل.

الخامس: عدة الوفاة

المعتدة عدة الوفاة إما أن تكون حائلاً أو حاملا، فالكلام هنا في مواضع:

الاوّل: عدة الحائل

(مسألة: ٧٦) الحرة الحائل ـ أي غير الحامل ـ المتوفى عنها زوجها تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام صغيرة كانت أو كبيرة مدخولا بها أم غير مدخول بها

دائمة أو متمتعا بها، والأصل في ذلك قوله عزّ وجّل ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾

على أن المتوفى عنها زوجها قبل الدخول عليها العدة كاملا.

(مسألة: ٧٧) تعتبر مدة العدة بالهلال ما أمكن، فإن مات الزوج في خلال شهر هلالي وكان الباقي منه أكثر من عشرة أيام تعد ما بقي وتحسب ثلاثة أشهر عقيبه بالأهلة، وتكمل ما بقي من شهر الوفاة ثلاثين من الشهر الواقع بعد الثلاثة وتضم إليها عشرة أيام، فإذا انتهت إلى الوقت الذي مات فيه الزوج يوم مات فقد انتهت العدة، وإن كان الباقي أقل من عشرة أيام ولم تعتده وتحسب أربعة أشهر بالأهلة عقيبه وتكمل الباقي عشرة من الشهر السادس، وإن كان الباقي عشرة بلا زيادة ولا نقصان اعتدت بها، وتضم إليها أربعة أشهر بالأهلة، وفي هذا المنكسر ثلاثين، أو الاكتفاء بإكمال ما فات منه خاصة ما تقدم، وإن انطبق الموت على الشهر الهلالي حسبت أربعة أشهر بالأهلة وضمت إليها عشرة أيام من الشهر الخامس، فلو كانت محبوسة لا تعرف الهلال ولا تجد من يخبرها ممّن يعتمد بقوله اعتدت بالأيام، وهي مائة وثلاثون يوماً.

(مسألة: ٧٨) العشرة المعتبرة في العدة هي عشرة ليال مع أيامها، وإن كانت الأيام غير داخلة في العشر المجردة عن التاء.

الثاني: عدة الحامل

(مسألة: ٧٩) عدة الحامل، وهي أبعد الأجلين من وضعها واستكمال أربعة أشهر وعشرة أيام.

(مسألة: ٨٠) ما معنى الحداد؟ لغةً ترك الزينة، وفي الأخبار أن الحداد

هو ترك كل ما يعد زينة في البدن أو اللباس وإن اختلف ذلك باختلاف العادات في البلدان، فيحكم على كل بلد بما هو المعتاد فيها، فلا يحرم عليها دخول الحمام ولا تنظيف البدن ولا تسريح الشعر ولا تقليم الأظفار ولا السواك ولا السكنى في المساكن العالية ولا التدثر بالفرش الفاخرة، لأن ذلك لا يعد من الزينة عرفاً.

أمّا ما كان زينة وألجأت إليه الضرورة فإنه لا بأس به. أما التدهن والامتشاط فأنه غير داخل في الزينة لما عرفت.

(مسألة: ٨١) هل يجواز الخروج من بيتها والمبيت في غيره؟ مع الضرورة إلى الخروج فلا إشكال في جواز الخروج وإن استلزم المبيت في غير بيتها، ومع عدم الضرورة فإنه يرخص لها الخروج لقضاء الحقوق التي يلزمها من عيادة مريض أو حضور تعزية ونحو ذلك من الحقوق التي يقوم بها النساء بعضهن لبعض ونحو ذلك من الأمور المستحبة، لكن لا تبيت إلّا في بيتها.

(مسألة: ٨٢) الأقرب أن جواز الانتقال من منزل إلى آخر لا ينافي وجوب الاستقرار في ذلك المنزل الذي استقرت فيه، فلا يجوز لها الخروج والرجوع إليه إلّا في الصورة التي قدمنا ذكرها من الضرورة وقضاء الحقوق، فلا منافاة.

(مسألة: ٨٣) ما ذكرنا من الحكم المذكور مختص بالزوجة، فلا يتعدى إلى غيرها من أقارب الميت وبناته، ولا إلى إمائه ولو كن موطوءات أو أمهات أولاد. ولا فرق في الزوجية بين الصغير والكبير ولا المسلمة والكافرة، ولا

بين المدخول بها وغيرها، وعلى هذا فالتكليف في الصغيرة متعلق بالولي، فعليه أن يجنبها ما تتجنبه الكبيرة من الأمور المعتبرة في الحداد ونحوها المجنونة؛ إلّا أن أقول بسقوطه عنها وجية.

(مسألة: ٨٤) المطلقة لا حداد عليها رجعية كانت أو بائنة أمّا الرجعية فلبقاء أحكام الزوجية وتوقع الرجعة، بل يستحبّ التزين لها. نعم يجوز لها الزينة ما لم يكن التزين لغير زوجها الذي طلقها من الأجانب.

أمّا البائن فعلل بأنها مجفوة بالطلاق، فلا يلائم التكليف بما يقتضي التفجّع على الزوج والحزن بخلاف المتوفى عنها زوجها.

(مسألة: ٨٥) لو وطئت المرأة بعقد الشبهة ثمّ مات الواطئ فإن العدة الواجبة عليها عدة الطلاق لا عدة الوفاة.

(مسألة: ٨٦) لو أخلت بما وجبت عليها من الحداد فلا إشكال في أنها تكون عاصية لإخلالها بالواجب، وهل تنقضي عدتها؟ أم لا بل يجب عليها استئناف ما أخلت به بأن تحد في قدر ما مضى من تلك الأيام؟ الأظهر الأوّل.

السادس: حكم المفقود زوجها

(مسألة: ٨٧) لا إشكال في أن الغائب إن علمت حياته فهو كالحاضر، وإن علم موته اعتدت منه وجاز تزويجها، ولو علمت الوفاة هي خاصة جاز لها التزويج وإن لم يحكم بها الحاكم، لكن لا يجوز لمن علم بالزوجية ولم يثبت عنده موت الزوج تزويجها، نعم لو كان جاهلاً بحالها وعول على إخبارها بعدم الزوج أو وفاته فإنه يجوز له تزويجها، لأنها مصدقة في إخبارها.

(مسألة: ٨٨) يشكل التزويج بزوجة من انقطع خبره ولم يثبت موته ولا حياته، بل يجب الصبر إلى أن يثبت موته شرعاً، وإنما يجب ما أنفق عليها في مال المفقود أو الولي أو غيرهما، وأما مع عدم من ينفق فإنه يجب الصبر عليها أربع سنين ليطلب فيها، وأن النفقة في ضمن الأربع إما من مال المفقود إن كان له مال، وإلّا فمن بيت المال، وبعد الأربع مع حصول الفحص فيها أو بعدها يجري عليها الحكم المذكور.

(مسألة: ٨٩) إذا بحث عن الزوج المفقود أربع سنين ولم يعرف له خبر فهل يكفي أمر الحاكم لها بالاعتداد عدة الوفاة؟ أم لابدّ من الطلاق أوّلاً من الولي أو الحاكم مع عدمه؟ وعلى تقدير الثاني، فهل العدة عدة الطلاق أو عدة الوفاة؟

يطلقها الولي، ومع عدمه فالحاكم، وتعتد عدة الوفاة.

لا ينافي ذلك جواز المراجعة في العدة لو قدم وهي في العدة، لأن هذه العدة عدة طلاق من جهة، وعدة وفاة من جهة.

(مسألة: ٩٠) لا يقع الطلاق أو الأمر بالاعتداد إلّا بعد الفحص عنه، بأن ترفع أمرها إلى الحاكم فيؤجلها أربع سنين من حين رفع أمرها إليه، ويفحص عنه في تلك الأربع سنين، فإن لم يعرف خبره أمر الولي بالطلاق أو أمرها بالاعتداد.

الأربع سنين المضروبة أعمّ من أن يكون من حين الفقد وانقطاع الخبر، أو رفع الأمر إلى الحاكم، وأن الفحص أعم من أن يكون في الأربع أو قبلها أو بعدها من الولي أو الوالي أو غيرهما.

(مسألة: ٩١) إن لم ترفع أمرها إلى الحاكم إلّا بعد مضي الأربع من حين الفقد فإنه يفحص عنه حتّى يعلم أمره وأنه مع ظهور فقده وعدم العلم بحياته يجري عليه الحكم المذكور من غير تقييد بمدة، وإن رفعت أمرها من أوّل الأمر قبل مضي الأربع من حين الفقد أو في أثنائها فإنه يجب عليها التربص مدة الأربع أو تمامها والفحص في تلك المدة ثمّ إجراء الحكم المذكور.

(مسألة: ٩٢) لو تعذر البحث من الحاكم إما لعدمه أو لقصور يده فهل تصبر إلى أن يُحكم بموته شرعاً أو يظهر حاله بوجه من الوجوه أم يجب على وليها ذلك؟

مع مضي أربع سنين من حين الفقد وحصول الفحص من كل من كان قبل مضي الأربع أو بعده، فإنه بعد مضي المدة المذكورة يجب على الولي طلاقها أو الحاكم، وإن لم ترفع أمرها إلى الحاكم بالكلية، بل يجب التربص أربع سنين، رفعت أمرها إليه قبل الأربع أم لم ترفع، وأن مبدأ الأربع من حين الفقد، وإن كان الاحتياط (استحباباً)[1] الصبر إلى أن يحكم الحاكم، ومتى ثبت أن الحكم لا اختصاص له بالحاكم كما ذكرناه، فلا إشكال في أنه مع فقده أو قصور يده فإنه لا ينتفي الحكم المذكور، بل يجب على عدول المؤمنين القائمين مقامه في تولي بعض الأمور الحسبيّة القيام بذلك.

(مسألة: ٩٣) يختص الحكم بالسفر إلى قطر من الأقطار، أو مطلقاً من غير معلومية أرض مخصوصة، وأنه يكتب أو يرسل في الفحص عنه إلى

---

(١) أقول هذا إن لم تكن هناك مفسدة في الصبر على القول بذلك بل وإن لم تكن كذلك فهو ضرر منفي بالآية والرواية. والله العالم (المؤلف).

ذلك القطر أو في الجوانب الأربعة أو بعضها ممّا يعلم أو يظن السفر إليه، وأما الفقد في البلد أو في معركة القتال أو السفينة التي انكسرت في البحر فلا يتحقق الفحص في شيء من هذه المواضع المعدودة، فإنه بالنسبة إلى هذه الأفراد المعدودة فلتدل القرائن الموجبة للعلم العادي على الموت، بخلاف مجرد السفر إلى بلد وفقد خبره، والفرق بين الأمرين ظاهرين غاية الظهور. فإذا كان الفقد في مفازة كطريق الحج مثلاً إذا قطع على قفل الحاج جملة من المتغلبين وقتلوهم وأخذوا أموالهم فإلى من يرسل وممّن يفحص، وهكذا في معركة القتال.

فائدة تاريخية

كان الآخند المولى محمد جعفر الأصفهاني المشهور بالكرباسي صاحب الحواشي على الكفاية وهو من فضلائنا المعاصرين، وقد زوج جملة من النساء اللآتي فقدت أزواجهن في معركة قتال الأفغان مع عسكر شاه سلطان حسين في مفازة قرب كرمان.

(مسألة: ٩٤) لو أنفق عليها الولي أو الحاكم من ماله ثمّ تبين تقدم موته على الإنفاق فلا ضمان عليها ولا على المنفق للأمر به شرعاً.

(مسألة: ٩٥) لا إشكال في أنه لو قدم الزوج وقد خرجت من العدة وتزوجت فإنه لا سبيل له عليها، ولو جاء وهي في العدة كان أملك بها، وأما لو جاء وقد خرجت من العدة ولم تتزوج فكذلك لا سبيل عليها.

(مسألة: ٩٦) إذا جاء الزوج المفقود وهي في العدة، فإنه لا يحكم له بالزوجية إلّا بأن يراجعها الرجعة التي في الطلاق.

(مسألة: ٩٧) قد ظهر لك أنه لو نكحت بعد العدة ثمّ بان موت الزوج كان العقد الثاني صحيحاً ولا عدة سواء كان موته قبل العدة أو معها أو بعدها.

(مسألة: ٩٨) لا نفقة على الغائب في زمان العدة ولو حضر قبل انقضائها، والمسألة لا تخلو من الإشكال لخلوها من النص القاطع لمادة القيل والقال، إلّا أن الأنسب ما ذكرناه هو ما عليه الأكثر من سقوط النفقة.

(مسألة: ٩٩) لو مات أحد الزوجين بعد العدة والتزويج بزوج آخر، فإنه لا توارث بينهما لانقطاع العصمة بينهما، ومثله ما لو وقع الموت بعد العدة وقبل التزويج على الأشهر الأظهر، إنما الإشكال فيما لو مات أحدهما وهي في العدة، وإلّا أن الأوفق بما نقله هو القول بالعدم.

نعم خرج من ذلك جواز الرجوع لو جاء قبل الخروج من العدة بالنص، فبقي ما عداه من أحكام عدة الوفاة، ولا ينافي ذلك مجامعتها للطلاق، فالأقرب ما ذكرناه.

(مسألة: ١٠٠) إذا تزوجت بعد العدة وهي أربعة أشهر وعشر والفحص وهو أربع سنين وأتت بولد يمكن إلحاقه بالثاني الحق به على الأشهر الأظهر، فلو حضر الزوج الأوّل وادعاه لم يلتفت إلى دعواه لأن الولد لا يبقى في الرحم هذه المدة المذكورة ليمكن إلحاقه به، وإن ادعى أنه قدم عليها في خلال هذه المدة وجامعها، وكان ما يدعيه ممكناً.

(مسألة: ١٠١) لا يجوز لمن طلق رجعياً أن يخرج زوجته من بيته إلّا أن تأتي بفاحشة، وهي أن تفعل ما يجب به الحد فيخرج لإقامته، وأدنى ما تخرج له أن تؤذي أهله، ويحرم عليها الخروج ما لم تضطر، ولو اضطرت إلى

الخروج خرجت بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر، كما تجب لها النفقة، أو يأذن لها زوجها وإن كان المنع مطلقاً أحوط، ولو لم ينفق عليها جاز لها الخروج لاكتساب المعيشة.

(مسألة: ١٠٢) لا يلزم ذلك في البائن والمتوفى عنها زوجها بل تبيت كل منهما حيث شاءت، فعليه لا يجب على مرأة الاعتداد في منزل الزوج خاصة كالمطلقة بل لها أن تخرج إلى منزل أهلها فتعتد فيه أو منزل آخر ولو تعددت المنازل، لكن متى جلست واستقرت في ذلك المنزل لزمها حكم الاعتداد، ومن جملته عدم الخروج إلّا للضرورة أو قضاء الحقوق؛ وحينئذٍ فيحرم عليها المبيت في غير بيتها كما يحرم عليها الزينة.

(مسألة: ١٠٣) المطلقة الرجعية زمن العدة تستحق النفقة والكسوة والمسكن لأنها زوجته مسلمة كانت أو ذمية.

(مسألة: ١٠٤) قد تقدم أن حكم المطلقة الرجعية الحامل لها النفقة والسكنى حتّى تضع حملها إلّا أن الأوفق بالقواعد الشرعية بعد إجتماع الشرائط المعتبرة فيها حال الزوجية من الصلاحية للاستمتاع وتسليم نفسها وغيره، فيعتبر فيما يجب لها ما يعتبر في الزوجة من التمكين، والفرض عدمه فلا تستحق النفقة؛ وكذا لو طلقها وهي ناشزة لم تستحق السكنى والنفقة في العدة كما لا تستحقها في صلب النكاح، وكذا لو نشزت في العدة ولو بالخروج عن مسكنها بغير إذنه تسقط نفقتها وسكناها، ولو عادت إلى الطاعة عاد الاستحقاق.

أما لو كانت صغيرة لا تتحمل الجماع فأنه لا عدة عليها بعد الطلاق لعدم الدخول بها.

(مسألة: ١٠٥) لا ريب أن العدة تجب مع وطء الشبهة، وهل تثبت النفقة لها لو كانت حاملاً؟ الأصل العدم حتّى يقوم دليل على الوجوب ومع المسألة غير خالية من الإشكال أمّا المتوفى عنها زوجها، فإن كانت حائلاً فلا نفقة لها، وإن كانت حاملاً فلا نفقة لها أيضاً في مال المتوفى عنها، وإنما تجب لها النفقة في نصيب الولد.

(مسألة: ١٠٦) عدم صحة العقد عليها في العدة بائنة كانت أو رجعية، علم بالحكم أو لم يعلم، ولم تنقطع عدة الأوّل، فإن لم يدخل فهي في عدة الأوّل.

أمّا أنه إذا وطأها الثاني ودخل بها بعد العقد عالماً بالتحريم فالأظهر لزوم العدة عليها، وحينئذٍ فالأظهر عدم الاكتفاء بإكمال العدة الأولى أمّا أنه لو كان جاهلاً ولم تحمل، فإنها تتم عدة الأوّل ثمّ تستأنف أخرى للثاني.

هذا فيما لو كان جاهلاً ولم تحمل، وأما لو حملت فيأتي ـ بناءً على وجوب تعدد العدة وعدم التداخل ـ التفصيل بأنه إن كان ثمة ما يدل على أنه للأوّل بأن وطئت للشبهة بعد الحمل اعتدت للأوّل أوّلاً بوضعه، ثمّ تعتد للثاني بالأقراء، وإلّا بالأشهر وإن كان الحمل للثاني ويعلم بوضعه لمّا زاد عن أكثر الحمل من وطء الأوّل ولمّا بينه وبين الأوّل من وطء الثاني اعتدت بوضعه للثاني وأكملت عدة الأوّل بعد ذلك، فإن كانت رجعية كان له الرجوع في زمن الإكمال دون زمان الحمل على الأشهر.

توضيح ذلك: بأنه إن وضعته لعشرة أشهر مثلاً من وطء الأوّل؛ والحال إن اقصى الحمل تسعة أشهر كما هو الأشهر الأظهر، فأنه لا يمكن حينئذٍ إلحاق الوالد الأوّل؛ أو تضعه لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني؛ بمعنى أنه إذا اعتبر بوطء الأوّل لأقل من ستة أشهر من وطئه، فأنه يجب الحكم به للثاني إذ

لا يكون الولد حياً لأقل من ستة أشهر.

(مسألة: ١٠٧) لو احتمل أن يكون منهما كما لو ولدته فيما بين أقل الحمل وأقصاه بالنسبة إليهما انقضت إحدى العدتين بوضعه على كل حال واعتدت بعد ذلك للآخر، ثمّ إن الحق بالأوّل استأنفت عدة كاملة للثاني بعد الوضع، وإن الحق بالثاني أكملت عدة الأوّل، كما لو كان الحمل للثاني ابتداء.

تتمه: هذه الصورة التي يحتمل كونه منهما بمن يلحق منهما؟ قد تقدم أنه يلحق بالثاني لأنها فراش له بالفعل.

(مسألة: ١٠٨) أن زوجة الحاضر تعتد من الطلاق من حين وقوعه، ومن الوفاة من حين وقوعها، أمّا لو كان الزوج غائباً فالأشهر الأظهر أنها تعتد من الطلاق من حينه، ومن الوفاة من يوم بلوغ الخبر، وأنه إذا لم تعلم بالطلاق إلّا بعد انقضاء العدة فلا عدة عليها.

(مسألة: ١٠٩) الأظهر إن كانت البلاد التي فيها المطلقة على مسيرة أيام قليلة التي يمكن فيها وصول الخبر عاجلاً، وتصير حينئذٍ في حكم التي في البلد المعتدة من يوم الوفاة، لأنه لا فرق بينهما إلّا تأخر يوماً أو يومين عن يوم الوفاة، وهذا في حكم الوفاة في البلد كما لو كانت البلد متسعة جداً مشتملة على محلات عديدة بحيث يمكن تأخر وصول الخبر من محلة إلى أخرى يوماً أو يومين، أو محافظة فيها قرى عديدة كذلك، بخلاف ما لو كانت في بلاد بعيدة ولا يوجد مرسال أو جهة أتصال، فأنه ينتظر بها الى حين بلوغها الخبر بمقتضى المتعارف[1].

---

(١) أقول المدار على حصول العلم والاطمئنان بوفاته، ولا ريب في حصوله بالوسائل الحديثة عبر الهاتف ونحوه. (المؤلّف)

(مسألة: ١١٠) قد عرفت أن المطلقة تعتد من يوم يبلغها الخبر أو يوم يأتيها الخبر، وأنه لا فرق في جواز الاعتداد لها بين كون المخبر ثقة يفيد قوله ظن الموت أم لا، صغيراً كان أو كبيراً، ذكراً كان أو أنثى، إلّا أنها وإن اعتدت وحدت بمجرد ذلك لكن لا يجوز لها التزويج إلّا بعد الثبوت الشرعي بالبينة أو الشياع وإن طالت المدة المتوسطة، وأما خبر الطلاق فلابدّ أن يكون ثابتاً معلوماً كونه في أي وقت ثمّ إنه متى ثبت عندها خبر الطلاق ووقته، فإن كان قد مضى من الزمان ما تنقضي به العدة فقد انقضت عدتها ولتتزوج إن شاءت وإلّا انتظرت تمام المدة.

(مسألة: ١١١) لو بادرت فتزوجت بعد أن اعتدت بذلك الخبر غير الثابت شرعاً، فإن التزويج يقع باطلاً بحسب الظاهر، لأنا وإن جوزنا لها الاعتداد بمجرد ذلك الخبر إلّا أنه لا يجوز لها التزويج إلّا بعد الثبوت الشرعي، والحال أنه لم يثبت.

نعم لو ظهر أن التزويج كان قد وقع بعد الموت والخروج من العدة كان صحيحاً لمطابقة ما وقع ظاهراً للواقع، وإن أثم بالمبادرة إلى ذلك قبل الثبوت الشرعي لو كان عالماً بتحريم الفعل في تلك الحال.

(مسألة: ١١٢) إذا قامت البينة على طلاقها في يوم معلوم، فإنها تعتد من ذلك اليوم. وإن لم تحفظ في أي يوم ولا أي شهر فلتعتد من يوم بلوغ الخبر.

ولو فرض العلم بتقدم الطلاق مدة كما لو كان الزوج في بلاد بعيدة يتوقف بلوغ الخبر على قطع المسافة بينها وبينه فإنه يحكم بتقدمه في أقل زمان يمكن مجيء الخبر فيه، ويختلف باختلاف مسافات البعد وسرعة

حركة المخبر وبطئها، وحينئذٍ فكل وقت يعلم تقدم الطلاق عليه يحسب من العدة وإن كان ذلك قبل بلوغ الخبر فتضيف بعد بلوغ الخبر إلى ما تقدم ما تتم به العدة.

(مسألة: ١١٣) إذا طلق الزوج طلاقاً رجعياً ثمّ راجعها ثمّ طلقها قبل الدخول؛ فهل بالرجعة قد رجع النكاح الأوّل، فيصير الطلاق الثاني الواقع بعد الرجعة إنّما وقع لزوجة مدخول بها فيجب العدة البتة أم لا؟ المسألة لا تخلو من شوب الإشكال من حيث أنها غير منصوص، فإنه من الجائز أن يكون الطلاق الأوّل قد رفع حكم النكاح أمّا بالنسبة إلى غيره فلا فيجب حينئذٍ بعد الطلاق الثاني استئناف عدة الطلاق الأوّل إذا أرادت التزويج بغير الزوج.

هذا كله في طلاق الرجعي أما البائن، فالظاهر أنه كذلك أيضاً.

(مسألة: ١١٤) إذا كان الطلاق الأوّل بائناً من خلع ونحوه، فهل عليها العدة؟

توضيح ذلك: إذا تزوج امرأة ثمّ خلعها ثمّ تزوجها ثمّ طلقها قبل الدخول بها فهل عليها عدة؟ وعلى هذا بنية الحيلة في إسقاط العدة في هذه الصورة فيجوز لغير الزوج أن يعقد عليها بعد هذا الطلاق الأخير لكونها مطلقة غير مدخول بها. المختار في هذه المسألة هو استئناف العدة.

على ما ذكرناه يتجه أن يقال: إن سقوط العدة الأولى بتزويجها في العدة وهو المشار إليه بالفراش المتجدد إنما تثبت بالنسبة إلى الزوج لحل ذلك له خاصة حيث إنه لا يجب الاستبراء من مائه الذي هو العلة في وجوب العدة،

وأما غيره فإنه لا يجوز له العقد عليها في هذه الحال مع العلم. وحينئذٍ فإذا طلقها بعد هذا العقد فإنه لا عدة عليها من هذا الطلاق الثاني بلا إشكال.

ونحن أنّما نوجب عليها العدة من الخلع الأوّل الذي قد تقدم فإن عدته إنّما سقطت سابقاً بالنسبة إلى الزوج خاصة كما عرفت.

(مسألة: ١١٥) الشبهة في الوطء إن وقعت من الطرفين فالولد يلحق بهما وعليها العدة، ولها مهر المثل إذا كانت حرة، وإن اختصت بأحدهما لحق به النسب ووجبت العدة عليها سواء كانت هي المختصة بالشبهة أو هو مراعاة لحق الوطء الصحيح من طرف المشتبه عليه، ويختص الحدّ بالعالم منهما، ثمّ إن كانت هي العالمة فلا مهر لها، وإلّا ثبت.

(مسألة: ١١٦) إذا طلقها بائناً ثمّ وطأها للشبهة فهل تتداخل العدتان؟ أم لا تتداخل بل تأتي بكل منهما على الكمال؟ الأظهر هو الاتحاد مع التعدد.

المراد من التداخل هو أنه يدخل الأقل منهما تحت الأكثر، فلو كانت بالأقراء أو الأشهر استأنفت العدة من حين الوطء، فيدخل باقي العدة الأولى تحت الثانية، وعلى تقدير كون الأولى رجعية يجوز له الرجعة في تلك البقية لا بعدها وما بعدها من عدة الشبهة، وقد خرجت من عدته فلا رجوع له عليه وقد خرجت من عدته.

(مسألة: ١١٧) لو اجتمعت العدتان من شخصين وكانت إحداهما عدة طلاق والأخرى عدة وطء الشبهة سواء كان المتقدم عدة الطلاق أو وطء الشبهة فيتداخلان على ما اخترنا. وإن حصل هنا حمل، فإن كان من الأوّل فكالأوّل، وإن كان من الثاني قدمت عدته وأكملت عدة الأوّل بعد الوضع،

فإن كانت بالأقراء اعتبرت النفاس حيضاً وأكملتها بعدها إن بقي منها شيء، ولا فرق في ذلك بين العدة الرجعية والبائنة إلا أن الرجعية يجوز للزوج الرجوع فيها سواء تقدمت أم تأخرت، ثمّ إن كانت متقدمة على عدة الشبهة فرجع فيها اعتدت عدة الشبهة بعد الرجوع، ولا يجوز له الوطء إلى أن تنقضي العدة الثانية، وإن كان المتقدم هو عدة الشبهة كما إذا ظهر منه حمل فللزوج الرجوع في بقية عدته بعد الوضع دون زمان الحمل، لأنها حينئذٍ غير معتدة منه.

لو كانت عدة الطلاق بائنة، فالكلام في جواز تزويجها في العدة كالقول في جواز الرجوع، كذا أفاده شيخنا في المسالك سلك الله تعالى به أفضل المسالك.

كتاب الخلع والمبارات

كتاب الخلع والمباراة

ومعنى الخلع لغةً وشرعاً خالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه وطلقها على الفدية، فخلعها هو خلعاً والاسم الخلع بالضم، وهو استعارة من خلع اللباس، لأن كل واحد منهما خالع الآخر، فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه.

إذا تقرر ذلك فأعلم أن البحث في الخلع وتحقيق الكلام فيه يقع في الصيغة والفدية والشرائط والأحكام، فهنا مقامات أربعة:

الأوّل: الصيغة

(مسألة: ١١٨) لا يخفى أنه حيث كان الخلع من العقود المفيدة لابانة الزوجية بعوض مخصوص فلابدّ له من صيغة دالة عليه كغيره من نظائره، وقد ذكروا أنه يقع ذلك بلفظ «خلعتك وخالعتك على كذا، وأنت أو فلانة مختلعة على كذا» ألّا أنك قد عرفت في كتاب البيع وغيره من الكتب السابقة من عدم الانحصار في لفظ خاص ولا صيغة خاصة، بل كل ما أفاد المطلوب فإنه كاف في هذا المقام.

وعلى هذا فكما يقع الخلع بالألفاظ المتقدمة كذا يقع بقوله «أنت طالق على كذا». كما لا يعتبر سبق قولها ولا ترادفهما ولا تطابقهما في اللفظ وإن غاية ما يعتبر فيه ظهور بعض الأقوال الدالة على البغض والكراهة لزوجها حتّى يحل له أن يخلعها.

كقولها: والله لا أبر لك قسماً ولا أطيع لك أمراً ولآذنن في بيتك بغير إذنك ولأوطئن فراشك غيرك، فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حل له ما أخذ منها.

قولها أيضاً: لا أبر لك قسماً ولا أغتسل لك عن جنابة ولأدخلن بيتك من تكره ولأوطئن فراشك ولا أقيم حدود الله فيك، فإذا كان هذا منها فقد طاب له ما أخذ منها، ونحو ذلك.

(مسألة: ١١٩) هل تكفي صيغة الخلع وحدها أم يجب اتباعها بلفظ الطلاق؟ الأظهر الاكتفاء بضيغة الخلع، وإن كانت المسألة لا تخلو من شوب الإشكال، وللتوقف فيها مجال، وعلى تقدير الاجتزاء بلفظ الخلع من غير اتباع له بالطلاق هل يكون ذلك فسخاً أو طلاقاً؟ الأظهر الثاني.

(مسألة: ١٢٠) قد ذكر الأصحاب طلاق الفدية والطلاق بعوض، وأنه تقع به البينونة كما تقع بالخلع، ولم أقف في الأخبار على أثر لهذا الفرد، والموجود فيها إنما هو الخلع والمباراة إلّا من شيخنا الشهيد الثاني أنه هذا الفرد الذي ذكروه لا يخرج عن الخلع أو المباراة، فهو أمر كلي شامل لكل منهما، فهو أعم من كل منهما، وليس بخارج عنهما، بل هو منحصر فيهما لا وجود له في مادة غيرهما لاشتراطه بالكراهة المشترطة فيهما، فإن كانت من

الزوجة خاصة فهو خلع، وإن كانت منهما معا فهو مباراة، ولما كان أعم من كل منهما فهو لا ينصرف إلى واحد منهما إلّا بالنيّة والقصد واجتماع شرائط ذلك المقصود، فحيث يطلق فإن قصد به الخلع واجتمعت شرائطه وقع خلعاً، وإن قصد به المباراة واجتمعت شرائطها وقع مباراة، ومع الإطلاق يقع البينونة به ويجوز انصرافه إلى ما اجتمع شرائطه منهما، ولو انتفت شروط كل منهما كما لو انتفت الكراهة بالكلية فهل يقع باطلاً من أصله أو صحيحاً رجعياً؟ مسألة موضع توقف وإشكال لعدم النص الذي به يتضح الحال.

(مسألة: ١٢١) لا يحل أخذه الفدية من المرأة إلّا مع خوف عدم إقامة حدود الله سبحانه، بأن يظهر لزوجها ما يدل على البغض والكراهة والنفرة منه، وأنه إن لم يطلقها ارتكبت في حقه تلك الأفعال المحرمة، وقضية ذلك أنه لا يجوز للزوج أخذ الفدية في الطلاق بعوض كالخلع إلّا مع الكراهة، ومع عدمها فلا يحل شيء من ذلك، ولا يقع الطلاق بائناً، وكذلك حال في المباراة.

(مسألة: ١٢٢) هل طلاق الفدية والعوض طلاقاً بائناً أم رجعياً؟

إن إستجمعت فيه شرائط الخلع والمبارة فالحكم واحد وإن إختلفتا لم يفيدا إلّا الطلاق الرجعي إن أتى بصيغة الطلاق.

(مسألة: ١٢٣) هل يجب في الكراهة المشترطة في صحة الخلع أن تكون ذاتية؟ أم يصح وإن كانت عارضية؟

المستفاد من كلام من عاصرناه من مشايخنا في بلاد البحرين هو الأوّل، والذي وقفت عليه بعد الفحص والتتبع لكلام الأصحاب ـ رضوان الله

عليهم ـ خلاف ذلك، فإن كلامهم ظاهر في كونها أعم من العارضية والذاتية، والمراد بالعارضية هو أن تكون الكراهة مصطنعة لأجل اكرهها على بذل المال مثلاً وكذا منعها بعض حقوقها أو أغارها أو غير ذلك.

(مسألة: ١٢٤) لو طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها مجرداً عن لفظ الطلاق لم يقع، ولو طلبت خلعاً بعوض فطلق به لم يلزم البذل على القول بوقوع الخلع بمجرده فسخا، ويلزم على القول بأنه طلاق أو أنه يفتقر إلى الطلاق.

للقائل أن يقول إنه إذا كان الحكم الشرعي تساوي الصيغ الثلاث في الأحكام وانتظامها في ذلك على أحسن نظام، فلا فرق حينئذٍ بين أن يطلب منه طلاقاً بعوض فيخلعها أو خلعاً فيطلقها بالعوض، لأن مرجع الجميع شرعاً إلى أمر واحد، وليس بينهما فرق إلّا باختلاف الألفاظ، وإلّا فالمرجع شرعاً إلى أمر واحد كما عرفت، واختلاف الألفاظ لا يترتب عليه أثر شرعاً.

(مسألة: ١٢٥) لو ابتدأ فقال أنت طالق بألف أو عليك ألف هل يصح الطلاق رجعياً ويلزمها الألف؟ ولو لم يلزمها ودفعتها إليه كانت هبة مستأنفة، وتصير المطلقة بدفعها بائنة؟

إن غاية ما يستفاد من الأخبار هو أنه متى حصلت المنازعة والمجادلة بين الزوجين وإظهار النفور منها والتراضي على بذل معين بأي نحو كانت تلك الألفاظ الجارية بينهما من لفظ الخلع أو الطلاق أو غيرهما، فإنه بعد تراضيهما على فدية مخصوصة تنخلع منه بمجرد تلك الألفاظ الجارية بينهما، ويكون ذلك بحضور العدلين، وكونها طاهراً، ونحو ذلك ممّا

يشترط في الصحة، أما وجوب سؤالها أوّلاً أو قبولها ثانياً وكون ذلك فورياً ونحو ذلك فلا يعتبر.

الثاني: الفدية

(مسألة: ١٢٦) كلّما يصح أن يكون مهراً يصح أن يكون فدية في الخلع، وأنه لا تقدير له في جانب الكثرة، وقد تقدم في بحث المهر أن كلّما يملكه المسلم من عين أو دين أو منفعة يصح كونه مهراً إذا كان متمولاً، وحينئذٍ فيصح أن يكون فدية في الخلع، ولا تتقدر الفدية في جانب الكثرة بما وصل إليها من المهر وغيره، بخلاف عوض المباراة فإنه لا يجوز أن يتجاوز به ما وصل إليها.

ومرادنا من قول «كلّما صح أن يكون مهراً صح أن يكون فدية» إنّما هو بيان أنه يجب أن يكون شيئاً متمولاً في الجملة عيناً كان أو ديناً أو منفعة، قليلاً كان أو كثيراً، وأنه لا حدّ له بوجه من الوجوه ولا تقييد فيه بمادة من المواد بخلاف عوض المباراة كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(مسألة: ١٢٧) تصحّ الفدية بكل ما تراضيا عليه من المال ونحوه معلوماً كان في نفسه أو مجهولاً. نعم لابدّ من أن يكون متفقاً عليه بينهما معلوماً لكل منهما ليقع الرضا به وأن لا يكون ممّا يتعقبه الخلاف والنزاع، فعلى هذا لا إشكال في صحة الخلع على الأشياء المشاهدة المشار إليها كهذا العبد وهذا الثوب وهذه الصبرة من الحنطة أو الشعير ونحو ذلك ممّا لم يعلم قدره بالجملة، وكذا يجوز على ما في الذمة من مهر وغيره إذا تراضيا به معلوماً كان مقداره أو مجهولا.

(مسألة: ١٢٨) لو بذلت له مائة درهم أو مائة دينار ولم تكن حاضرة مشاراً إليها انصرف ذلك إلى الرائج من نقد تلك البلد في ذلك الوقت إن اتحد، وإن تعدد فإن كان ثمة نقد غالب حمل عليه، ولا فرق في الغالب بين كونه ناقص الوزن عن الدراهم الشرعية أو زائدة، ولا بين كونه مغشوشاً أو خالصاً، ولو تعدد ولم يكن فيها غالب وجب التعيين وبطل الإطلاق كغيره من المعاوضات، ولو كان هناك نقد غالب أو نقد متحد فعينا غيره وتراضيا عليه صحّ، وقد عرفت أنه لابدّ يكون معلوماً على وجه لا يتطرق إليه النزاع بعد ذلك، ولا يتحقق فيه الاختلاف بينهما.

(مسألة: ١٢٩) يبطل الخلع لو وقع الخلع على ما لا يملكه المسلم كالخمر والخنزير وعلم الزوج بذلك. ولو كان جاهلاً بعدم ماليته كما لو ظنه خلاً فبان خمراً، فالمسألة من أصلها غير خالية من شوب الإشكال لعدم النص الواضح في هذا المجال.

(مسألة: ١٣٠) يصح بذل الفدية من المرأة ومثلها وكيلها الباذل لذلك من مالها لرجوع ذلك بالأخرة إليها.

وتشكل الصحة من المتبرع بالبذل من ماله، بأن يقول للزوج: طلق امرأتك بمائة من مالي بحيث يكون عوضاً للخلع، والأشهر الأظهر العدم.

الثالث: الشرائط

وهي إمّا أن تتعلق بالخالع أو المختلعة أو تكون خارجة عنهما، فهنا مواضع ثلاثة:

الأوّل: ما يتعلق بالخالع، ويشترط فيه البلوغ وكما العقل والاختيار

والقصد، والوجه في ذلك أن الخلع طلاق كما تقدمت الإشارة إليه، فيشترط في الخالع ما يشترط في المطلق، وقد تقدم تحقيق القول في هذه الشروط في كتاب الطلاق فلا وجه لإعادة الكلام فيها.

الثاني: ما يتعلق بالمختلعة، ويشترط فيها مع الدخول بها أن تكون في طهر لم يقربها فيه إذا كان زوجها حاضراً وكان مثلها تحيض، وأن تكون الكراهة منها خاصة، وقد عرفت أن الخلع طلاق، وقد تقدم في كتاب الطلاق جواز طلاق الحامل في الدم إن قلنا بأنها تحيض، وكذا طلاق التي لم يدخل بها وإن كانت في الحيض وكذا اليائسة وإن وطأها في طهر المخلعة، وحينئذٍ يصح خلع هؤلاء الثلاث في المواضع الثلاثة كما يصح طلاقهن.

الثالث: ما هو خارج عن الأوّلين، ومنه الاشهاد، فيتبعه في صحة الخلع حضور شاهدين عدلين، ومنه ما ذكروه من أنه يشترط تجريده من الشرط، والمراد الشرط الذي لا يقتضيه العقد، أما لو اقتضاه كما لو اشترط الرجوع إن رجعت في البذل فإنه لا بأس به، بل اشتراطه في التحقيق كلا اشتراط. فإن هذا الحكم ثابت له اشتراط أو لم يشترط. والمسألة محل توقف، والاحتياط يقتضي الوقوف على ذلك.

الرابع: الأحكام

(مسألة: ١٣١) لو أكرهها على الفدية فعل حراماً، ولو طلق به صحّ الطلاق ولم تسلم له الفدية وكان له الرجعة، ويتحقق الإكراه عليها بتوعده إياها بما لا تحتمله أو لا يليق بحالها من ضرب وشتم ونحوهما، لا بالتقصير في حقوقها الواجبة من النفقة والقسم، فتفتدي منه لذلك، فإنه لا يعد إكراهاً، لأنه

ربّما يكون الحامل عليه ضعف دينه وحرصه على المال. نعم لو ظهر لها أنه إنّما فعل ذلك لتفتدي منه فهو إكراه لصدق تعريفه عليه، وقد تقدم في بحث الشقاق من كتاب النكاح ما يشير إليه.

وأعلم أن هذا الطلاق حقيقته الطلاق بعوض، ويحتمل بطلان الطلاق لعدم توجه القصد إليه إلّا بالفدية، وهذا باطل.

(مسألة: ١٣٢) لو خلعها والأخلاق ملتئمة لم يصح الخلع ولم يملك الفدية، ولو طلقها والحال هذه بعوض صح الطلاق، ولا يملك العوض وله الرجعة.

لا يخفى أن التعبير بالتئام الأخلاق هنا عن عدم الكراهة الموجبة لصحة الخلع إنما خرج مخرج الغالب، وذلك فإن الكراهة أمر نفسي يمكن مجامعتها لالتئام الأخلاق، فيمكن أن تكرهه وتحسن السلوك معه امتثالاً للأوامر الشرعية، والقيام بما هو الواجب عليها من حقوقه، ولكن لمّا كان ذلك على خلاف الغالب والطريقة الجارية بين الناس لم يلتفت إليه الأصحاب وبنوا الأمر على الغالب.

والمقام فيه حكاية يناسب ذكرها وهو أن رجلاً مرض مرضاً شديداً، وكان له زوجة تقوم عليه وتخدمه خدمة فائقة لم ير مثلها في الأزواج، فلما من الله عليه بالصحة قال لزوجته: إن لك عليّ حقّاً من أعظم الحقوق أحب أن أكافيك به واجازيك عليه، وهو أنك قد خدمتني سيّما في هذا المرض خدمة زائدة، فاطلبي ما تريدين، فإنه لابدّ لي من مكافاتك، فقالت له: إله عن هذا، فإني لا أطلب شيئاً، فألح عليها وأكد تمام التأكيد بحيث إنها لم تجد دفعاً له،

فقالت إن كان ولابدّ فإني أطلب الطلاق منك، فتعجب الرجل غاية العجب، وقال:

إنك بهذه المحبة التي تظهر منك بهذه الخدمة العظيمة في الصحة والمرض كيف تطلبين الطلاق؟ فقالت: اعلم إني منذ تزوجت بك فإني كارهة لك تمام الكراهة وإنّما كانت هذه الخدمة مني امتثالاً لأمر الله سبحانه في القيام بما أوجبه عليّ من حقوقك، والظاهر أن الرجل أجابها إلى الطلاق بعد ذلك.

(مسألة: ١٣٣) يجوز عضلها إذا أتت بالفاحشة لتفتدي نفسها. والعضل لغة المنع والتضييق، والمراد هنا التضييق بالمنع من التزويج وسوء العشرة معها لتفتدي منه.

والمراد بالفاحشة في أخبارنا إنما هي بمعنى كل معصية لا خصوص الزنا.

(مسألة: ١٣٤) لا ريب في أنه متى صحّ الخلع واجتمعت شرائطه كانت فرقة بائنة لا رجعة للزوج فيها إلّا أن ترجع هي فيما بذلت إذا كان رجوعها في العدة، فإنه مع رجوعها يكون الطلاق حينئذٍ رجعياً، فإن شاء الرجل أن يرجع رجع.

وهذا الكلام دال بإطلاقه على جواز رجوعها في البذل سواء اشترطت ذلك في العقد أم لا، وسواء اختار الرجل ذلك أم لا، وإن كان الأولى الاشتراط.

أنك قد عرفت أنه برجوع المرأة في البذل تصير العدة رجعية بعد أن كانت بائنة قبل ذلك، وحينئذٍ فهل تترتب عليها أحكام العدة الرجعية مطلقاً

كوجوب النفقة والسكنى وتحديد عدة الوفاة لو مات في هذه العدة ونحو ذلك أم لا؟

الأنسب بالقواعد الشرعيّة والضوابط المرعيّة أنه تجب هذه الأشياء المعدودة ونحوها، ومنها ما لو مات الرجل والمرأة في تلك الحال، فالظاهر أنه ثبت التوارث من الطرفين.

هل يجوز للرجل أن يتزوج أخت الزوجة التي خلعتها؟ وكذا هل يجوز أن يتزوج برابعة أم لا؟ الأظهر الجواز.

ثمّ على ما اخترناه من جواز التزويج فهل للزوجة الرجوع في البذل بعد تزويجه بأختها أو أخذ الرابعة، أم لا؟ الأقرب أنه ليس له ذلك.

وهل له ذلك بتطليق الاخت أو الرابعة، أم لا؟ الأظهر كذلك أي أنه لا يصح بذلك الرجوع، كما لا تصير ذات الطلقة الثالثة وغير المدخول بها امرأته بمجرد الرجعة، فإذا لم تصر امرأته بمجرد رجوعها في البذل امتنع رجوعه، وقد عرفت أنه متى امتنع رجوعه فيها امتنع رجوعها في البذل.

(مسألة: ١٣٥) هل يجوز لها الرجوع في بعض ما بذلته؟ المسألة محل توقف.

(مسألة: ١٣٦) إذا أراد الرجل إعادة الزوجة ولم ترجع في البذل، فإنه لا يكون إلا بعقد جديد ومهر مستأنف، لأنها بالخلع صارت بائنة أجنبية وبطريق أولى لو خرجت من العدة.

(مسألة: ١٣٧) لا إشكال في أنه لا توارث بين المختلعين لمّا عرفت من البينونة بالخلع، والخروج عن الزوجية بالكلية، وانقطاع العصمة بينهما كما

أنه لا ريب في ثبوت التوارث بعد رجوعها ورجوعه، لأنه برجوعه فيها بعد رجوعها صارت زوجة.

وإنما محل الإشكال فيما لو رجعت هي ولم يرجع هو، ويأتي على ما قدمنا ذكره المقام الرابع ثبوت التوارث ونحوه من تلك الأحكام المذكورة ثمة، لأنها برجوعها في العدة تصير العدة رجعية، يملك الزوج الرجوع فيها، ومن شأن العدة الرجعية ترتب تلك الأحكام عليها.

(مسألة: ١٣٨) لو خالعها وشرط الرجوع لم يصح، صحة الخلع وإن بطل الشرط المذكور، ونحو ذلك يأتي في الطلاق بعوض، فإنه كالخلع يكون بائناً، والشرط المذكور مناف لمقتضاه.

(مسألة: ١٣٩) إذا اتفقا على قدر البذل كمائة مثلاً واختلفا في الجنس. فادعت الزوجة أنه مائة درهم وادعى الزوج أنه مائة دينار، فقاعدة التحالف في نظائره من عوض البيع والإجارة وغيرهما، وإنما يتجه تقديم قول أحدهما إذا اتفق قولهما على قدر وادعى الآخر الزيادة عليه وأنكرها الآخر، وإنما يبقى الكلام في أنه بعد التحالف، وسقوط كل ممّا يدعيانه، فإن الظاهر هو بطلان الخلع بالمرة.

(مسألة: ١٤٠) لو خالع المريض لم ترثه الزوجة في العدة، سواء قلنا إنه طلاق أو مفتقر إليه لانتفاء التهمة.

(مسألة: ١٤١) لا تخرج المختلعة من بيتها حتّى تنقضي عدتها، وإذا طلقها فليس لها متعة ولا نفقة ولا سكنى.

المقصد الثاني: المباراة

وأصلها المفارقة، وهي هنا عبارة عن الطلاق بعوض مع كراهة كل من الزوجين الآخر، ولها أحكام تخصها، وأحكام تشارك الخلع فيها، المباراة مشروطة بكراهة كل من الزوجين الآخر، وهذا من جملة المواضع التي يفارق فيها المباراة الخلع، حيث إنه يشترط هنا الكراهة من الطرفين، وفي الخلع من طرف المرأة خاصة.

(مسألة: ١٤٢) لا يجب اتباع المباراة بلفظ الطلاق، بل تقع المباراة بأنها تقول كذا، ويقول الزوج كذا هو صيغة المباراة التي يترتب عليها حكمها مع استكمال باقي الشرائط من الطهارة والاشهاد، وكونها في طهر لم يقربها فيه بصيغة المباراة بأن يقول: بارأتك على كذا فأنت طالق.

(مسألة: ١٤٣) لا ينبغي له أن يأخذ منها أكثر من مهرها بل الأفضل أن يأخذ منها دون مهرها، وإن جاز له أخذ الجميع.

(مسألة: ١٤٤) قد عرفت ممّا قدمنا في كتاب الخلع أن الفرقة الحاصلة بالخلع أو المباراة لا تنحصر في لفظ الخلع أو المباراة، بل كلّما أفاد هذا المعنى من الألفاظ متى استكمل باقي الشروط فإنه يترتب عليه حكم تلك الفرقة الخاصة، ومن ذلك قوله أنت طالق بكذا فإن استكمل شرائط الخلع كان خلعاً، وإن استكمل شرائط المباراة كان مباراة.

(مسألة: ١٤٥) الظاهر أن جميع ما ذكر من الشروط المعتبرة في صحة الطلاق فإنها تعتبر في المباراة أيضاً، وكذا ما يترتب على الخلع من البينونة بعد استكمال الشرائط فإنها تترتب على المباراة كذلك، وكذا ما تقدم من أنه

ليس للزوج الرجوع إلّا أن ترجع هي في البذل.

الظاهر أن له الرجوع في شيء ممّا أعطاها، وهو ظاهر في الترتب على الرجوع في البعض، وقد تقدم الكلام فيه.

كتاب الظهار

كتاب الظهار

تعريفه لغةً عن المصباح: ظاهر من امرأته ظهاراً مثل قاتل قتالاً، وتظهر إذا قال لها: أنت عليّ كظهر أمي، إنّما خص ذلك بالظهر لأن الظهر من الدابة موضع الركوب، والمرأة مركوبة وقت الغشيان، فركوب الأم مستعار من ركوب الدابة، ثمّ شبه ركوب الزوجة بركوب الأم الذي هو ممتنع، وهو استعارة لطيفة، فكأنه قال: ركوبك للنكاح حرام عليّ، وكان الظهار طلاقاً في الجاهلية، فنهوا عن الطلاق بلفظ الجاهلية وأوجب عليهم الكفارة تغليظاً في النهي، انتهى.

وشرعاً في المسالك أيضاً: إنه كان طلاقاً في الجاهلية كالإيلاء، فغير الشرع حكمه إلى تحريمها لذلك ولزوم الكفارة بالعود كما سيأتي، انتهى.

البحث في هذا الكتاب يقع في الصيغة والمظاهر والمظاهرة، وما يترتب على ذلك من الأحكام، فهاهنا مطالب أربعة:

الأوّل: الصيغة

(مسألة: ١٤٦) يشكل انعقاد الظهار بقوله أنت عليّ كظهر أمي، قيل وفي

معنى عليّ غيرها من الألفاظ كمني وعندي ولدي ومعي، وكذا يقوم مقام أنت ما شابهها من الألفاظ الدالة على تميزها من غيرها كهذه أو فلانة.

لو قال: أنت كظهر أمي بحذف حرف الصلة فالأكثر على أنه ظهار، ما لو شبهها بظهر غير الأُم من المحارم نسباً أو رضاعاً أو ككفها أو كبطنها أو كرجلها، فللمسألة صور:

الأُولى: أن يقع التشبيه بين جملة الزوجة وظهر الأُم، وهو أن يقول: أنت عليّ كظهر أمي، هذا بلا ريب موجب للحرمة.

الثانية: أن يقع بين جملة الزوجة وجزء آخر من الأُم غير الظهر، سواء كان ممّا لا يتم حياتها إلّا به كوجهها ورأسها وبطنها أو يتم كيدها ورجلها، وسواء حلته الحياة أم لا، والأظهر وقوعه.

الثالثة: أن يشبه بالجملة بالجملة بأن يقول أنت علي كأمي، أو بدنك أو جسمك علي كبدن أمي أو جسمها، والأظهر أيضاً وقوعه.

الرابعة: أن يشبه جزء الزوجة بظهر الأم بأن يقول بذلك وفرجك كظهر أمي، والأشهر الأظهر العدم.

الخامسة: أن يشبه الجزء بالجزء كأن يقول يدك عليّ كيد أمي، والأشهر الأظهر العدم كما تقدم.

السادسة: أن يقع التشبيه بين الزوجة بصورها الست المذكورة وغير الأُم من المحارم، فإن وقع بين الجملة من الزوجة وبين الظهر من تلك المشبه بها فقد عرفت صحته ممّا تقدم.

إذا وقع بين الجملة من الزوجة والجزء من المحارم غير الظهر فالظاهر

بطلانه، وإن وقع بين الجملة والجملة بغير لفظ الظهر فالأظهر البطلان.

(مسألة: ١٤٧) أن ما عدا من حرم بالنسب أو الرضاع أو المصاهرة من المحرمات غير المؤبدة، فإنه لا يقع بهن ظهار، فصحة المظاهرة وعدمها مداره على كون المشبه بها مؤبدة التحريم وعدمه، فإن كان تحريمها مؤبداً صح أن يشبه بها في الظهار، ويكون ظهاراً صحيحاً، وإلّا فلا، بل ينبغي أن يجعل الحكم منوطاً بكل من خرج عن الأفراد الثلاثة سواء كان تحريمه مؤبداً أم لا، فإنه لا يقع الظهار به.

(مسألة: ١٤٨) لا ريب في تحريم التشبيه بالجدة لأب كانت أو أم على تقدير القول بوقوع الظهار بالتشبيه بالمحرمات النسبية، وإنّما الكلام على تقدير الاختصاص بالأم فهل يتعدى إلى الجدة مطلقاً؟ الأقوى الجواز.

(مسألة: ١٤٩) يشترط في صحة الظهار وترتب أحكامه عليه سماع الشاهدين لنطق المظاهر وأن يكون ظاهرها في طهر لم يقربها فيه.

(مسألة: ١٥٠) تعليق الظهار على الشرط كأن يقول إن دخلت الدار أو فعلت كذا فأنت عليّ كظهر أمي مريداً به التعليق، فهل يقع الظهار متى وجد الشرط أم لا؟ المسألة محل إشكال وإعضال.

هذا مع إمكان أن يقال إنهم قد صرحوا بأن الظهار لا يصح مع قصد الحلف به وإن جعل يميناً، وهو في الصورة يشارك التعليق على الشرط الذي هو محل البحث، وإنما يفارقه بالنيّة والقصد، فإذا قال أنت عليّ كظهر أمي إن كلمت فلاناً وإن تركت الصلاة، فإن قصد به الزجر عن الفعل أو البعث عليه فهو يمين، وإن قصد به مجرد التعليق كان ظهاراً، ويقرب القول بعدم صحة التعليق كالطلاق.

(مسألة: ١٥١) هل يقع الظهار إلّا منجزاً فلو علقه بخروج الشهر أي الصفة لم يصح؟ قد يقال إن الحكم من أصله مترتب على التعليق سواء كان المعلق عليه صفة أو شرطاً، والظاهر من الأخبار صحة وبطلاناً إنما هو بالنسبة إلى التعليق، وأنه هل يشترط كونه منجزاً لا يعلق على شيء بالكلية أم لا؟ إلّا أن المسألة بعد لا تخلو من شوب الاشكال.

(مسألة: ١٥٢) لا يقع الظهار في يمين، ولا في إضرار ولا في غضب ولا في سكر. وتفصيل هذا الإجماع بما يتضح به الحال. أما بالنسبة إلى كونه لا يقع يميناً فالمراد أنه لا يجعل جزاء على فعل أو ترك لقصد البعث على الفعل أو الزجر عن الترك، ولو علق لا بقصد شيء من هذين الأمرين، فهو محل البحث الذي تقدم الكلام فيه صحة وبطلاناً وليس من اليمين في شيء، والفارق بين الأمرين هو القصد كما عرفت.

وليعلم أنه لا يكون الطلاق طلاقاً ولا الظهار ظهاراً يترتب على كل منهما أحكامه إلّا بالإرادة، والقصد إلى الغرض من كل منهما، وهو الفرقة الخاصة، فلو أراد بالظهار ما تقدم من الزجر أو البعث، فقال إن كان كذا أو إن فعلت كذا فامرأته طالق أو كانت كظهر أُمه عليه، فإنه لا يكون طلاقاً ولا ظهاراً.

وينبغي أن يضاف إلى هذه الأفراد ما لو أراد أن يرضي بذلك امرأته.

(مسألة: ١٥٣) لو قيد الظهار بمدة معينة كيوم أو شهر كأن يقول أنت عليّ كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنة، أو إلى شهر أو إلى سنة، فالمسألة لا تخلو من شوب الإشكال.

(مسألة: ١٥٤) قد وقع الخلاف هنا في صيغتين:

(إحداهما) ما لو قال أنت طالق كظهر أمي عرفت من أن اللفظ بانقطاعه عمّا تقدمه ليس صريحاً في الظهار، والنيّة غير كافية في وقوع ما ليس بصريح. نعم لو عكس فقال: أنت كظهر أمي طالق مع قصدهما معاً صح الظهار لوجود صيغته وقصده.

(وثانيهما) ما لو قال أنت عليّ حرام كظهر أمي والأظهر الصحة.

الثاني: المظاهر

يعتبر في المظاهر ما يعتبر في المطلق من البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد، وتحقيق هذه الشروط قد مضى في كتاب الطلاق، فليطلب من هناك، فلا يصح ظهار الطفل ولا المجنون ولا المكره ولا فاقد القصد، بسكر كان أو إغماء أو غضب يبلغ به إلى ذلك، وهو ممّا لا إشكال.

(مسألة: ١٥٥) هل يصح ظهار الخصي والمجبوب أم لا؟ وتفصيل القول في ذلك أنه إن بقي لهما ما يمكن به الجماع المتحقق بإدخال الحشفة أو قدرها من مقطوعها فلا إشكال في صحة ظهارهما.

وتبتني هذه المسألة على ما يأتي في من فائدة الظهار هل يختص بالوطء بمعنى تحريم الوطء عليه خاصة، ويحل له ما سوى ذلك؟ أو يشمل ما عداه من الاستمتاعات، فيحرم عليه الجميع؟، وكذا وعلى أنه هل يشترط في صحة الظهار الدخول أوّلاً بالمظاهرة أم لا؟

(مسألة: ١٥٦) هل يصح الظهار من الكافر أم لا؟ الأظهر عدم الصحة، ومن حيث عدم التكليف بذلك وعدم توجه الأمر إلى الكافر حال كفره، لأن الصحة عبارة عن موافقة الأمر.

الثالث: المظاهرة

(مسألة: ١٥٧) يشترط أن تكون منكوحة بالعقد، فلا يقع بالأجنبية، ولو علقه على النكاح. نعم يقع بملك اليمين، وأن الأشهر الأظهر وقوع الظهار.

(مسألة: ١٥٨) يشترط في المظاهرة أن تكون طاهراً طهراً لم يقربها فيه إذا كان زوجها حاضراً وكان مثلها تحيض، ولو كان غائباً صح، وكذا لو كان حاضراً وهي يائسة أو لم تبلغ، وهذه الأحكام قد تقدم تحقيق الكلام فيها في كتاب الطلاق، والظهار يجرى مجراه في جميع ما ذكر.

(مسألة: ١٥٩) يشترط الدخول بالمظاهرة وعدمه بالنسبة إلى صحة الظهار وعدمها، فإذا لم يكن قد دخل بها لم يصح الظاهر منه.

(مسألة: ١٦٠) يقع الظهار بالمستمتع بها كالزوجة الدائمة.

هل إطلاق الدخول يشمل الدبر؟ وهل إطلاق الحكم يتناول الصغيرة؟ الأظهر أنه لا يطلق الدخول في عرف المتشرعة إلّا على الوطي بالقبل وكذا لا يتناول الصغيرة أيضاً.

الرابع: الأحكام

(مسألة: ١٦١) الكفارة لا تجب بمجرد الظهار، وإنما تجب بالعود والحنث وهو إرادة الوطء وأنه لا استقرار لها، فلا يجوز المواقعة بدون الكفارة، ولو أراد مجرد امساكها لم تجب، فلو أمسكها ما أمسكها ولم يرد المواقعة لم يتحقق العود بذلك.

(مسألة: ١٦٢) لا إشكال في لزوم الكفارة بإرادة العود، لكن الكلام في أنه متى وجبت بذلك هل يكون وجوبها مستقراً بذلك حتّى أنه لو طلقها بعد

إرادة العود وقبل الوطء تبقى الكفارة لازمة له؟ أو أنه لا استقرار لوجوبها إلّا بالوطء بالفعل، فمعنى الوجوب إنّما هو عبارة عن كونها شرطاً في حل الوطء لتحريم العود بدونها؟ الأظهر الثاني.

(مسألة: ١٦٣) لو وطأ قبل الكفارة لزمته كفارة أخرى، ولو كرر الوطء تكررت الكفارة. ولا فرق في شيء منها بين الكفارات، عتقاً كانت الكفارة أو صياماً أو إطعاماً، ويجب تقييد ذلك بالعالم العامد دون الجاهل والناسي.

(مسألة: ١٦٤) المظاهر إذا طلق طلاقاً رجعيا ثمّ راجع في العدة، فإن حكم الظهار باق فلا تحل له حتّى يكفر؛ وإن طلقها بائناً أو رجعياً ولكن تركها حتّى خرجت من العدة ثمّ تزوجها بعقد جديد فهل يكون حكم الظهار باقياً كالصورة الأولى أم لا؟ فالأظهر الثاني أي عدم البقاء[1].

---

(١) إنتهى تلخيص كتاب الاصل (الحدائق الناضرة).

الصيد والأطعمة

كتاب الصيد والأطعمة

الأول: الصيد والدباحة

(مسألة: ١٦٥) لا يحل أصطياد السمك بحيث يلقى إليه شيء يأكله، فإذا أكله خرج على وجه الماء دائخا وله دوران، وإذا لم يحصل له من يصيده مات وطفى على وجه الماء، وهكذا ما يفعل لصطياد الطيور بحيث يغلون الحب مع هذا الشيء فيأكل منها فيمسك كل ذلك لا يعد ألة للصيد شرعا لكون الصيد إزهاق الروح بالآلة المعتبرة فيه من غير تذكية، والمراد من إزهاق هي مجيء ما يوجب قتله بغتة وفجأة وليس ما ذكر منها.

الثاني: الأطعمة والدباحة

(مسألة: ١٦٦) الاصل في الاشياء الحلّ والطهارة حتّى يعلم الحرمة والنجاسة سواء كان في أيدي المسلمين أو الكفّار ما لم يعلم بمباشرتهم لها برطوبة، ومجرّد الاخبار عن ذلك لا يفيد فائدة في الخروج عن هذا الاصل الاصيل، فالاشياء المائعات من المأكولات والدهونات التي في أيدي الكفّار يبيعونها مع عدم العلم بمباشرتهم لها كلها يجوز شرائها والتقلب فيها وكذا

حكم الجلود والنعل التي يجلبونها كذلك أو يبيعونها في بلد المسلمين التي هم فيها ساكنون لكن ما يعلم انّهم لحيوانها ذابحون ولها عاملون.

(مسألة: ١٦٧) البيض تابع للحيوان في الحلّ والحرمة ومع الاشتباه بأن يوجد بيض لا يعلم كونه بيض محلّل أو محرّم، فإنّه يؤكل ما اختلف طرفاه لا ما اتفق، ولا يفرّق في ذلك بين طير الماء ولا غيره، وهل بيض الطير المحرّم لو كسره ومس بياضه أو صفاره هل هو طاهر أم قذر؟ الأصل في الأشياء الطهارة ومجرّد التحريم لا يوجب التنجيس، فهذه الحيوانات المحرّمة من السباع ونحوها الطيور وغيرها فإنّ مجرّد تحريمها لا يوجب الحكم بنجاستها ولو ذكي منها شيء فإنّه طاهر وإن كان حراما، أما نحن فيه إنّما دلّت على التحريم لا على النجاسة وأمّا الصلاة فيه لو لاقى الثوب فلا بأس به من حيث الطهارة، نعم إن عدت من الفضلات غير مأكول اللحم فيمكن تطرّق المنع إليه من هذه الجهة.

(مسألة: ١٦٨) لا يعدّ الجلد من محرّمات الذبيحة سواء كان جلد الرأس أو غيره وكذا جلد الدجاج ونحوها.

(مسألة: ١٦٩) لو صارت جوزة الرأس في الرقبة هل تحرم الذبيحة أم لا؟ هذه الخرزة متّصلة باللسان الصغير الذي هو أقصى الحلق متى وقع الذبح وكانت في الرأس، فإنّه يعلم قطع الحلقوم يقيناً، لأنّ الذبح وقع من أسفلها وهي جزء الأعلى ومتى كانت في البدن لم يعلم قطع الحلقوم حينئذ، لأنّها آخره ومنتهاه، وإنّما يصير الذبح على هذا التقدير في الرأس لا في الحلق، ومحل الذبح إنّما هو الحلق الذي أعلاه متّصل بالرأس وأسفله إلى اللّبة المتّصلة بالصدر.

كتاب المواريث

كتاب المواريث[1]

الكتاب فيه مباحث

الاول: موجبات الأرث

على ما ذكره اصحابنا وعضدته اخبارنا، اما نسب او سبب.

(مسألة :١٧٠) الاول: النسب منهما ينقسم الى مراتب ثلاثة:

الاولى: الآباء والاولاد

الثانية: الاجداد والاخوة

الثالثة: الاعمام والاخوال ولا يرث أهل المرتبة الثانية مع وجود أحد من سابقتها، وكذا في كل مرتبة يحجب الأقرب الأبعد، فلا يرث ولد الولد مع وجود الولد، وكذا لا يرث ولد ولد الولد مع وجود ولد الولد، وكذا في المرتبة الثانية يقدم الجد على ابيه، والاخ على ابنه، وكذا الحكم في الاعمام والاخوال لكن يرث البعيد من أحد صنفي المرتبة مع القريب من الصنف

---

(١) الكتاب مقتبس من الرسالة (المحمدية في أحكام الميراث الابدية) التي شرحها الفقيه الشيخ محمد طاهر الخاقاني.

الآخر فيرث ولد الولد مع الابوين في المرتبة الاولى وابو الجد مع الاخوة واولاد الاخوة مع الجد الأقرب في المرتبة الثانية.

(مسألة: ١٧١) الثاني: منهما ـ وهو السبب ـ ينقسم الى الزوجية وولاء العتق وولاء ضمان الجريرة وولاء الامامة واقسام الولاء مرتبة على مراتب النسب فلا يرث الاعلى من هذه المراتب مع وجود احد مراتب النسب ولو من الاخيرة وهذه ايضاً مرتبة فلا يرث اللاحق منهما مع وجود احد من السابق.

(مسألة: ١٧٢) الوارث، اما ان يرث بالفرض أو بالقرابة، والمراد بالأول من سمى اللّه له منهما معيناً في الكتاب العزيز، وبالثاني: من سمى له إجمالاً كما في آية اولى الارحام والفروض المذكورة في كتاب ستة:

(مسألة: ١٧٣) النصف لاربعة للزوج مع عدم الولد للزوجة قال اللّه تعالى: (ولكم نصف ماترك أزواجكم ان لم يكن لمن ولد) والبنت الواحدة (وان كانت واحدة فلها النصف) والاخت للابوين والاخت للاب مع عدمها وعدم الذكر في الموضعين (ان امرئ هلك ليس له ولد وله اخت، فلها نصف ما ترك).

(مسألة: ١٧٤) الربع لاثنين الزوج مع وجود الولد للزوجة. (فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن) والزوجة مع عدم الولد للزوج (ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد)

(مسألة: ١٧٥) الثمن لواحد، الزوجة مع وجود ولد للزوج (فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم).

(مسألة: ١٧٦) الثلثان لاثنين البنتين فصاعداً (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) والاختين للابوين او الاب مع فقد المقترب بالابوين، (فان كانا اثنتين فلهما ثلثا ما ترك).

(مسألة: ١٧٧) الثلث: لاثنتين الام مع عدم الولد وعدم الحجب (فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث) والاثنين فصاعداً من اولاد الام (فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث).

(مسألة: ١٧٨) السدس لثلاثة الاب مع الولد والام معه (فلابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك، ان كان له ولد) وكذا الام مع الحاجب (فان كان له اخوة فلامه السدس) وللواحد من كلالة الام وله اخ واخت فكل واحد منهما السدس.

(مسألة: ١٧٩) الوارث اذا كان واحداً من أي الطبقات كان ورث المال كله بعضه بالفرض والباقي بالقرابة ان كان من ذوي الفروض وإلا فجميعه بالقرابة، وان كان اكثر من واحد ولم يحجب بعضهم بعضاً.

فاما أن يكون ميراث الجميع بالقرابة أو بالفرض بهذا وبعض بهذا.

فعلى الاول يقسم على ما يأتي من التفصيل في ميراثهم، وعلى الثالث يقدم صاحب الفرض فيعطى فرضه والباقى للباقين.

(مسألة: ١٨٠) على الثاني ـ بالفرض والقرابة ـ اما تنطبق السهام على الفريضة أو تزيد عليها وتنقص عنها.

فعلى الأول لا اشكال وعلى الثاني يدخل النقص عندنا على الاب والبنت والبنات والاخت والاخوات للابوين او للاب.

وضابطه عندنا ان النقص إنما يدخل على من له فرض واحد في الكتاب المجيد لان له الزيادة متى نقصت السهام فيكون عليه النقيصة إذا زادت دون من له فرضان، فانه متى تزل عن الفرض الاعلى كان له الفرض الادنى خلافا للعامة حيث جعلوا النقص موزعاً على الجميع.

وهي مسألة العول التي ابتدعها الصدر الثاني لما التقت عنده الفرائض ودفع بعضها بعضاً فقال والله ما ادرى ايكم قدم الله وايكم اخر وما اجد شيئاً اوسع من ان اقسم عليكم المال بالحصص فادخل على كل ذي حق ما دخل عليه من عول الفريضة، مثالها لو خلفت المرأة زوجها واختين لابويها او لابيها فللاختين فريضة الثلثان كما تقدم اربعة من ستة، وللزوج فريضة النصف ثلاثة من ستة فالسهام قد زادت على الفريضة بواحد فالنقص عندنا يدخل في الصورة المذكورة على الاختين وعندهم يجعلون السهام على حالها ويعولون الفريضة الى سبعة ويجعلون للاختين اربعة من سبعة وللزوج ثلاثة من سبعة وقد استفاضت اخبارنا بالرد عليهم في ذلك. ففي صحيح ابن اذينة عن ابي جعفر عليه السلام في زوج وابوين وابنة قال للزوج الربع ثلاثة اسهم من اثنى عشر سهما وللابوين السدسان اربعة اسهم من اثنى عشر سهما وبقى خمسة اسهم فهي للابنة، ولو كانتا اثنتين فلهما خمسة من اثنى عشر سهما قال زرارة:

هذا هو الحق إذا أردت أن تلقى العول فتجعل الفريضة لاتعول فانما يدخل النقصان على الذين لهم الزيادة من ولد والاخوات من الاب والام. فاما الزوج والاخوة للام فانهم لاينقصون ما سمى الله لهم شيئاً... الحديث، وبمضمونه اخبار لا يسع المقام الاتيان عليها.

(مسألة: ١٨١) على الثالث: ـ نقص الفريضة ـ فالزائد عندنا للانتساب يرد زيادة على سهامهم إذ الاقرب يحرم الأبعد، خلافا لمخالفينا، حيث حكموا به للعصبة وهم من يتقرب بالاب، أو للعصبة.

الثاني: موانع الارث

احدها: ـ الكفر، فلا يرث الكافر عندنا بأنواعه وان انتحل الاسلام مسلماً بل يرثه المسلم وان بعد كولي نعمة وضامن جريرة، وإلا فالامام عليه السلام. ولا يرثه الكافر بحال، ويرث المسلم الكافر ويمنع ورثته الكفار، وإن بعد وقربوا، ومع عدم الوارث المسلم يرثه الكفار.

والحكم في المخالفين مبني على الخلاف في إسلامهم وكفرهم واظهرها الثاني.

ثانيها: ـ الرق، وهو مانع من الارث في الوارث، بمعنى انه لا يرث الانسان إذا كان رقاً، وان كان الموروث مثله، بل يرثه الحر، وان كان ضامن جريرة دون الرق وان كان ولداً.

ولو رثته الاحرار النصف الآخر. ولو لم يكن الميت سوى المملوك اشترى من تركته ثم اعتق.

ثالثها: ـ القتل وهو مانع إذا كان عمداً ظلماً.

(مسألة: ١٨٢) لو كان القتل عمداً بحق، فلا يمنع اتفاقاً.

واختلفوا في منع القتل خطأ، والاقوى ـ ان القاتل خطأ يرث مطلقاً إلا ان الأمر في الدية بعد لا يخلو من شوب إشكال. ويرث من تقرب بالقاتل.

رابعها :ـ اللعان ـ وهو يقطع نسب الولد من الاب، ويمنع بينهما، فلا يرث احدهما الآخر. وكذا يمنع التوارث بينه وبين منْ يتقربُ بالاب من الاعمام والعمات وابنائهن، والاخوة والأخوات للاب خاصة وابنائهم. وينحصر التوارث بينه وبين الام ومن يتقرب بها من الاخوة لها او للابوين من حيث الامومة، فيشاركون اخوة الام ويساوونهم. ولو اعترف به الاب ورثه الا بن دون العكس.

(مسألة : ١٨٣) هل يعتدى إرث الا بن متى اقر الأب به الى أقارب الأب كأب الاب وامه واولاده من غير المرأة الملاعنة واخوته فيرثهم ابن الملاعنة. ولا يرثونه أو يرثونه؟ الاكثر على العدم اقتصاراً فيما خالف الاصل على مورد النص.

(الخامس) ـ الحجب الواقع في الميراث :

(مسألة : ١٨٤) (احدهما) ـ ان يكون حجباً على الارث بالكلية، ويسمى (حجب حرمان) وهو مبنى على مراعاة القرب، كما اشرنا اليه فى المبحث الاول من حجب كل من كان في مرتبة سابقة ـ وإن نزل ـ اصحاب المرتبة المتأخرة، حتى ينتهي الى مرتبة الامامة. وكذا حجب القريب في كل مرتبة البعيد فيها، كما قدمنا الاشارة اليه ايضا.

(مسألة : ١٨٥) ويحجب المتقرب بالابوين المتقرب بالاب وحده مع تساوى الدرجة. وهكذا في سائر الطبقات يمنع الاقرب الابعد، إلا في مسألة اجماعية ستجئ الاشارة اليها.

البنت الواحدة والبنتين فصاعداً، فانها او احدهما يشار كان في الرد،

فتحصل لهما الزيادة، كما سيأتي تفصيله ان شاء الله تعالى.

(مسألة: ١٨٦) المراد بالولد هنا ما يشمل ولد الولد، لاطلاق لفظ الولد عليه،

ذكوراً كانوا ام اناثاً فانهم بمنزلة الولد ويحجبون الأبوين والزوج والزوجة عن سهمهم الاكثر وان سفلوا ببطنين او ثلاثة او اكثر يرثون ما يرث ولد الصلب ويحجبون ما يحجب ولد الصلب ولو كان الولد كافراً فانه لا يحجب الانساب من الأبوين وغيرهما اتفاقاً.

وهل يحجب الزوجين؟ إشكال.

(مسألة: ١٨٧) (الثاني) ـ حجب الاخوة الام عن الثلث الى السدس، بشروط خمسة:

الاول ـ وجود الاب ليوفروا عليه ما حجبوها عنه، وإن لم يحصل لهم منه شيء.

الثانى ـ أن يكون ذكرين فصاعداً. او اربع نساء، او ذكراً وامرأتين استفيد حجب الاخ والاختين إذا اجتمعوا كما عليه الاتفاق.

وحينئذ فالحكم لا يخلوا من شوب اشكال.

الثالث ـ انتفاء موانع الارث عنهم، من الكفر والرقية

وهو القتل للاخ الموروث كذلك؟، «نعم».

الرابع ـ انفصالهم عن البطن احياء فلا يحجب الحمل.

الخامس ـ كونهم للاب، او للابوين، فلا تحجب الاخوة من الام

الثالث: الفرائض

الاول الميراث الآباء والاولاد

ونعني بهم الابوين فقط، والأولاد للصلب واولادهم وإن نزلوا.

(مسألة: ١٨٨)(اختصاص الآباء بالارث) لو انفرد كل من الأبوين بالارث حاز الميراث، فان كان الاب فهو بالقرابة، وان كان الام فالثلث فرضا والباقي قرابة، وان اجتمعا فللام الثلث فرضا مع عدم الحاجب من الاخوة، وإلا فالسدس، والباقي ـ على كلا التقديرين ـ للاب.

(مسألة: ١٨٩)(الاختصاص بالاولاد): لو انفرد الابن فله المال كملا، ولو تعدد فهو بينهم بالسوية، ولو انفردت البنت فلها النصف تسمية والباقي رداً، ولو تعددت فكذلك بالسوية الثلثان فريضة والباقي رداً، ولو اجتمع الذكران والاناث فللذكر مثل حظ الانثيين.

(مسألة: ١٩٠)(دخول الآباء على الاولاد): ـ فلو دخل الابوان او احدها في الفرض الاول والثاني فلكل منهما السدس، والباقي كما تقدم، فلو دخلا في الفرض الثالث فلكل منهما السدس فريضة. والبنت النصف فريضة، والباقي اخماسا: خمسان للابوين وثلاثة اخماس للبنت. والفريضة من خمسة، طبق قسمة الرد، ويدل عليه رواية (زرارة) وحسنة (محمد بن مسلم) وغيرهما. هذا مع عدم الحاجب للام من الاخوة، وإلا فيختص الرد بالاب والبنت على المشهور، فيكون ارباعا، للاب ربع، والبنت ثلاثة ارباع، والفريضة حينئذ تكون من اربعة.

ولو كان الداخل احدهما فله السدس، وللبنت النصف، والباقي ردا ارباعا.

ولو دخلا في الفرض الرابع فلهما السدسان فريضة. والباقي هو الثلثان للباقين بالسوية.

ولو دخل احدهما فله السدس، والثلثان لباقي الورثة، وباقي الفريضة يرد اخماسا.

ولو دخلا او احدهما في الفرض الخامس فالسدسان، او السدس والباقي للباقين، يقتسمونه كما تقدم.

(مسألة: ١٩١) (دخول الازواج على الاولاد): فلو دخل الزوج أو الزوجة في الفرض الاول والثاني، فللزوج الربع وللزوجة الثمن، والباقي للولد او الاولاد على ما تقدم، ولو دخل احدهما في الفرض الثالث، فله فرضه الادنى (الربع) إن كان زوجا (والثمن) إن كان زوجة، والباقي للبنت النصف تسمية والباقي رداً، ولو دخل في الفرض الرابع، فله فرضه الادنى، والباقي للباقين كما تقدم. وهكذا لو دخل في الفرض الخامس.

(مسألة: ١٩٢) (دخول الازواج على الآباء) ـ فلو دخل احدهما على الاب فله نصيبه الاعلى (النصف) ان كان زوجا و(الربع) ان كان زوجة، والباقى للاب، ولو دخل على الام، فله نصيبه المذكور اولا، والباقي للام ثلث الاصل فريضة والباقي رداً، ولو دخل عليهما معاً فله نصيبه كما قلنا، والباقي لهما على ما تقدم في صورة انفرادهما.

(مسألة: ١٩٣) (دخول الازواج على الابوين او احدهما مع الاولاد) ولهم ـ في جميع افراد هذه الصورة ـ النصيب الادني: الربع ان كان زوجا، والثمن إن كان زوجة. والباقي يقسم بين الباقين على حسب ما تقدم في

الفروض السابقة: من التفاضل، والتساوي، والرد وعدمه، والحجب وعدمه، فلا حاجة الى تعداد الفراد.

(مسألة: ١٩٤) قد عرفت: ان هذه المرتبة مشتملة على صنفين: الابوين والاولاد، لا يمنع الاقرب من كل واحد من الصنفين الابعد من الصنف الآخر، بل يمنعه من كان اقرب من صنفه، فالاب لا يمنع ولد الولد وان نزل، وإنما يمنعه الولد الاقرب منه.

(مسألة: ١٩٥) ثبوت الارث لأولاد بشرط عدم الاولاد خاصة، أعم من أن يكون ثمة أحد من الابوين ام لا.

(مسألة: ١٩٦) أولاد الاولاد يقتسمون قسمة الأولاد، من غير ملاحظة من يتقربون به. فلو خلف الميت ابن بنت وبنت ابن، فللابن الثلثان والبنت الثلث فريضتهم، ولو كانوا للصلب، إلا أن الاحوط عند اتفاق ذلك الرجوع الى الصلح او الابراء بين الورثة، خروجاً من خلاف جمهور.

(مسألة: ١٩٧) أن لاكبر الذكور من الاولاد والذكر منهم مع عدم التعدد شيئاً من التركة، يدفع على وجه الوجوب، وانه مجاناً وانه ثياب بدنه وخاتمه وسيفه ومصحفه، وتحمل اخبار الحبوة على الاستحباب والاحتساب بالقيمة.

الثاني: ميراث الاجداد والاخوة

ونعني بالأول أب الأب واب الام وامهما وإن علوا. وبالثاني ما يعم الاخوات واولادهم وإن نزلوا:

(مسألة: ١٩٨) (في اختصاص الاجداد) في انه متى انفرد الجد ـ لاب كان

او لام ـ فله المال كملا، وكذا الجدة لو انفردت، ولو اجتمعا معاً فالمال لهما ايضاً، لكن إن كانا لاب فللذكر مثل حظ الانثيين، وإن كانا لام كانا بالسوية.

(مسألة: ١٩٩) لو اجتمع جد او جدة لو هما لأب مع جد او جدة، او هما لام فالمشهور بين الاصحاب ان للمتقرب بالام الثلث متحداً كان أو متعدداً. والمتقرب بالاب الثلثان متحداً كان او متعدداً. ويقتسم متعدد كل من القبيلتين بالسوية ان كان لام وبالتفاضل إن كان لاب، كما تقدم.

(مسألة: ٢٠٠) (اختصاص الاخوة) أنه متى انفرد الاخ او الاخت ـ لأب كان او لام اولهما ـ فان له الميراث كملا، إلا أن الاخ او الاخت من الام يرث السدس فريضة والباقي رداً، والاخت للابوين او لاب ترث النصف فرضاً والباقي رداً، والاخ من الابوين لو لاب إنما يرث بالقرابة.

(مسألة: ٢٠١) متى تعدد فمع التساوى ـ ذكورية أو انوثية ـ فالسوية مطلقاً. ومع الاختلاف ـ ذكورية او انوثية ـ (فللذكر مثل حظ الانثيين(إن كانوا للابوين الثلث فرضاً والباقي رداً.

(مسألة: ٢٠٢) متى اجتمعت الكلالات الثلاث حجب المتقرب بالابوين المتقرب بالاب، وكان المتقرب بالام السدس، ـ ان كان واحداً ـ والثلث ان كان اكثر بالسوية، والباقي لمتقرب بالابوين بالتفاضل. والنصوص دالة على ما ذكرنا من الاحكام خصوصاً في بعض وعموماً في بعض آخر.

(مسألة: ٢٠٣) لا خلاف في شيء مّما تقدم ـ فيما اعلم ـ إلا في موضعين.

(أحدهما) ـ إذا اجتمعت الاخت من الابوين مع واحد من كلالة الام

ذكراً كان او انثى او جماعة من كلالتها ايضاً، فان للاخت من الابوين النصف فريضة. ولمن كان من كلالة الام السدس فريضة إن كان واحداً، والثلث كذلك ان كان اكثر، فالباقي ـ وهو الثلث على الاول، والسدس على الثاني ـ يرد على المتقرب بالابوين خاصة. المشهور ـ بل كاد أن يكون اجماعاً.

ومثل ذلك إذا اجتمعت اختان للابوين مع واحد من كلالة الام، فان الاختين الثلثين فريضة، وللواحد السدس فريضة. فالباقي ـ وهو السدس ـ يرد على الاختين خاصة.

(مسألة: ٢٠٤) الصورة المذكورة لكن بدل المتقرب بالابوين المتقرب بالأب خاصة، يختص الرد بالمتقرب بالاب.

(مسألة: ٢٠٥) (اجتماع الاخوة والاجداد) ومتى اجتمع الفريقان ـ اعني الاجداد والاخوة ـ في المتقرب للام فلهم الثلث بالسوية، والثلثان للمتقربين بالأب بالتفاضل من غير فرق بين الاجداد والاخوة والجدات والاخوات.

(مسألة: ٢٠٦) إذا اجتمع الاجداد والاخوة واشتركوا في النسبة الى الام او الاب، كما إذا خلف الميت أخاً واختاً للابوين، ومثلهما من قبل الام، وجداً للام كالاخت لها فللمتقربين بالام ـ في الصورة المذكورة ـ من الاخوة والاجداد الثلث بالسوية ارباعاً، والثلثان للاخوة للابوين والأجداد للاب بالتفاضل. اما لو اجتمعوا. لكن اختلفت النسبة في بعض منهم. كما لو خلف جداً أو جدة للام واخوة واجداداً، فان للجد او الجدة للام الثلث، والباقي ـ وهو الثلثان ـ لمن تقرب بالاب من الاخوة والاجداد بالتفاضل، فيخرج الفرض بالنسبة الى ميراث الجد والجدة هنا عن موضوع هذه المسألة، ويرجع الى ما قدمناه في ميراث الاجداد في الصورة الاولى من صور

المسألة: من الثلث على المشهور.

واما بالنسبة الى الاخوة والاجداد لاشتراكهم في نسبة المتقرب بالاب، فهو داخل في موضوع المسألة المذكورة، فلهذا كان الجد كواحد من الاخوة. وعكس هذه الصورة.

(مسألة: ٢٠٧) لو خلف جداً وجدة من الاب، وإخوة وجدين من الام، فان للمتقربين بالام الثلث بالسوية. فكانت الاجداد هنا مثل الاخوة، لاشتراكهم في النسبة الى الام، وللجد او الجدة للاب الثلثان كما هو ميراثهم في مادة الانفراد عن الاخوة.

(مسألة: ٢٠٨) تنزيل الجد والجدة منزلة الاخ والاخت ـ في مادة الاجتماع ـ مخصوص بما ذكرنا من الاشتراك في الانتساب الى الام او الاب. وإلا فمجرد اجتماعهم في الميراث مع كون الاجداد منفردين وبالنسبة لا يقتضي تنزيلهم منزلة الاخوة، بل يرثون ما قررنا في مادة انفرادهم. والاخوة للاب في مادة اجتماع الاخوة والاجداد يقومون مقام الاخوة للابوين عند عدمهم.

(الصورة الرابعة ـ دخول الازواج في المسألة) ـ ولا ريب ان لكل من الزوج والزوجة هنا نصيبه الاعلى، فالنصف للزوج والربع للزوجة، وللمتقرب بالام من الاجداد خاصة او الاخوة كذلك او مجتمعين ثلث الأصل، والباقي لمن يتقرب من الاخوة بالابوين والاب مع عدمه، او الأجداد المتقربين بالأب او الجميع. ويقتسم كل من الكلالة على ما تقدم من الاتحاد او التعدد مع الاشتراك في النسبة او عدمه.

(مسألة: ٢٠٩) أن أولاد الاخوة والاخوات يقومون مقام من يتقربون به،

ويأخذون نصيبه. ولو خلف الميت اولاد أخ للام او أخت لها خاصة كان المال لهم بالسوية: السدس فرضاً والباقي رداً، من غير فرق بين الذكر منهم والانثى، وان تعدد من تقربوا به من الاخوة للام أو الاخوات لها او للجميع كان لكل فريق من الاولاد نصيب من تقرب به، ويقتسمونه بالسوية فان كانوا اولاد اخ للابوين او الاب ولا وارث سواهم كان المال بينهم بالسوية إذا اتفقوا ذكورية او أنوثية، وإلا فبالتفاضل، وان كانوا اولاد أخت للابوين او للاب كان لهم النصف فرضاً، والباقي رداً مع عدم غيرهم، وان كانوا أولاد اختين كذلك فالثلثان لهم فرضاً والباقي رداً مع عدم غيرهم ويقتسمونه كما تقدم.

(مسألة: ٢١٠) لو اجتمع اولاد الاخت للابوين او الاب عند عدمهم مع أولاد الاخ او الاخت او الاخوة او الاخوات للام، فللفريق الثاني السدس مع وحدة من يتقربون به، والثلث مع تعدده، وللفريق الاول النصف والباقي يرد على الفريق الاول على المشهور.

(مسألة: ٢١١) لو اجتمع اولاد الكلالات الثلاث، سقط أولاد من يتقرب بالاب، وكان لمن يتقرب بالام السدس مع وحدة من يتقرب به، وإلا فالثلث ولمن يتقرب بالأبوين الباقي، ولو دخل قي هذا الفرض زوج أو زوجة، كان له النصيب الأعلى والباقي ينقسم على ما تقدم.

(مسألة: ٢١٢) لو اجتمع الأجداد مع اولاد الاخوة او الاخوات قاسموهم كما يقاسمهم الاخوة والاخوات من أي قبيل كان من الفريقين. ولا يمنع الجد وإن قرب ولد الاخ وإن بعد. وكذا لا يمنع الاخ فضلا عن ولده الجد وان

علا، فلو خلف أولاد اخ للابوين، واولاد اخت مثلهم من قبل الام، وجداً وجدة من قبل الاب ومثلها من قبل الام فلكلالة الام مع الجدين لها الثلث، يقتسمونه أرباعاً: ربع للجد وربع للجدة، وربع لاولاد الاخ، وربع لاولاد الاخت. وكل من هؤلاء الاولاد يقتسمون بالسوية، والباقي ـ وهو الثلثان ـ يقسم على الباقين بالتفاضل، فثلثاه للجد من الأب ولأولاد الأخ من الأبوين انصافاً بينه وبنيهم بالتفاضل بينهم، وثلثه للجدة واولاد الاخت انصافاً بينهم وبينها كذلك، ولا فرق بين كون الأخ موافقاً للجد ـ في النسبة ـ او مخالفاً فلو كان ابن اخ لام مع جد لأب، فلابن الأخ السدس فريضة ابيه وللجد الباقى. ولو انعكس فمكان الجد للام وابن الأخ للاب فللجد الثلث ـ كما تقرر سابقاً ـ ولابن الأخ الباقي.

(وبالجملة): فانك تنزل هؤلاء الأولاد ـ من أي جهة كانوا ـ منزلة من يتقربون به، وتقسم عليهم حصته كما تقسم عليه.

(مسألة: ٢١٣) مراتب الارث النسبي الثلاث ان ما اشتمل منها على صنفين فالاقرب من كل صنف يمنع الأبعد من ذلك الصنف، ولا يمنعه من الصنف الآخر المجامع له في المرتبة، فالابن مع وجودة يمنع ابن الابن مطلقاً، لكونه الابعد من صنفه. ولا يمنع الاب ابن الابن، لكونه اقرب منه الى الميت، لانه من صنف آخر، وان كان معه مرتبة.

(مسألة: ٢١٤) يمنع الاخ مع وجود ابن الأخ مطلقاً، لكونه اقرب الى الميّت منه. ولا يمنع الجد ـ وان علا ـ لأن الجد ليس من صنفه ولا يمنع ابن الابن ـ وإن نزل ـ لكونه ليس من صنفه.

(وبالجملة): فالأقربية للميت ـ الموجبة للتقدم في الارث وحجب الأبعد ـ إنما تعتبر في كل صنف من الأصناف المذكورة، لا بالنسبة الى الصنف الآخر، وان كان معه في مرتبة، فان الجد الأدنى اقرب من ابن الأخ، ومع هذا لا يمنعه، بل يشاركه في الارث، لكونه من صنف آخر.

(مسألة: ٢١٥) فاعلم انه لو اجتمع أخ من ام مع ابن أخ لأب وام، فالميراث ـ بناء على ما ذكرنا من القاعدة ـ للاخ من الام خاصة: السدس فرضاً والباقي رداً، وليس لابن الأخ المذكور شيء لكون الجميع من صنف واحد والأول منهما أقرب فيجب الا بعد فى صنفه:

الثالث: ميراث الاعمام والاخوال

المراد بهم ما يشمل الذكور والاناث، ثم مع اولاد الجميع فنازلا:

(مسألة: ٢١٦) (اختصاص الاعمام) ولا خلاف في ان للعم المنفرد المال. وكذلك العمة المنفردة. وكذا الاعمام والعمات. ولو اجتمع الذكور منهم والاناث، فان كانوا جميعاً من قبل الابوين بمعنى انهم اخوة لاب الميت من قبل ابويه اقتسموا بالتفاضل (للذكر مثل حظ الانثيين) وإن كانوا جميعاً من قبل الاب خاصة فكذلك، وان كانوا من قبل الام خاصة اقتسموا بالسوية.

(مسألة: ٢١٧) إذا اجتمعت الكلالات الثلاث سقط المتقرب بالاب خاصة وكان للاعمام من جهة الام السدس إن كان واحداً ـ ذكراً كان او انثي ـ والثلث: إن كان اكثر بالسوية، وللاعمام ـ من جهة الابوين ـ الباقى بالتفاضل.

إلا ان يكون وارث أقرب الى الميت منه.

واما حجب المتقرب بالابوين هنا للمتقرب بالاب خاصة.

(مسألة: ٢١٨)(اختصاص الاخوال) ـ لا خلاف في انه لو انفرد الخال أو الخالة فله المال كملا، وكذا الاخوال والحالات اذا كانوا من نوع واحد: بان يكونوا اخوة ام الميت للابوين او لاحدهما خاصة، ولو اجتمعوا ذكوراً واناثاً ـ والحال كذلك ـ اقتسموا بالسوية، ولو تفرقوا بان كان بعض منهم بالابوين وبعض بالاب وآخرون بالام، حجب المتقرب بالاب المتقرب بالابوين وكان لمن تقرب بالام السدس مع الوحدة، والثلث مع الكثرة بالسوية، والباقي للمتقرب بالابوين او الاب مع عدمه. والمشهور انهم يقتسمون ايضاً بالسوية.

وأن الخؤولة للأبوين أو الأب يقتسمون الواجب الحكم بالتساوى.

(مسألة: ٢١٩) تقرّب الخؤولة مطلقاً إنما هو بالام الموجب لاقتسام من تقرب بها بالسوية، اعم من ان يكون التقرب اليها بالابوين او احدهما خاصة،

وحيث ان النص مفقود في هذا الحال فالمقام لا يخلو من اشكال. ولاحوط ـ في مثل ذلك المصالحة.

(مسألة: ٢٢٠)(اجتماع الاخوال والاعمام) ـ والمشهور بين الاصحاب انه إذا اجتمع الاعمام والاخوال فللو احد من الاخوال الثلث ذكراً كان انثى، وللواحد من الاعمام الثلثان كذلك، وهكذا للاكثر من كل الفريقين، ويقتسم كل من الفريقين على ما تقدم في تقدم في صورة الاختصاص به.

(مسألة: ٢٢١)(دخول احد الزوجين في هذه الصورة) ولا ريب أن له النصيب الاعلى في كل منهما، والباقي يقسم على الباقين من الاعمام خاصة

او الأخوال خاصة، او مجتمعين على حسب ما فصل في الصورة المختصة بكل منهم اتحاداً وتعدداً واجتماعاً وتفرقا، ولكن ينبغي ان يعلم ان المتقرب بالام في جميع الصور يأخذ حصته ـ سدسا كانت او ثلثا ـ من أصل الفريضة، إلا إذا كان أحد المتفرقين في مادة اجتماع الزوج مع الأخوال ومتفرقين أو الاعمام المتفرقين، كما سيأتي، مثلا: إذا اجتمع مع احد الزوجين العم والخال فلاحد الزوجين نصيبه الأعلى من الأصل، وللخال ايضا ثلث الاصل، والباقي للعم. وهكذا لو كان مع العمة والخالة.

(مسألة: ٢٢٢) لواجتمع مع الخؤولة المتفرقين فله نصيبه الاعلى، والمشهور ان للخال من الام السدس من الاصل ان كان واحداً، والثلث ان كان اكثر، والباقي لمن تقرب من الاخوال بالابوين او الاب مع عدمه.

(مسألة: ٢٢٣) لو اجتمع أحد الزوجين مع الأعمام المتفرقين فله النصيب الأعلى، وللمتقرب بالام من العموم سدس الأصل عندهم إن كان واحداً، وثلثه ان كان اكثر، والباقي لمن تقرب بالابوين او الأب مع عدمه.

(مسألة: ٢٢٤) لو اجتمع معه الاخوال المتفرقون والاعمام المتفرقون، فبعد حصة احد الزوجين للاخوال ثلث الاصل: للمتقرب بالام منهم سدس ذلك الثلث مع الاتحاد، وثلثه مع التعدد، والباقي للمتقرب من الاخوال بالابوين او الاب مع عدمه، والباقي ـ بعد حصة أحد الزوجين وحصة الاخوال ـ للاعمام: للمتقرب منهم بالام سدسه مع الوحدة، وثلثه مع التعدد، والباقي للمتقرب بالابوين او الاب مع عدمه. ولم اقف في شئ من هذه الاحكام على نص خاص، والاحتياط لا يخفى.

(مسألة: ٢٢٥) ينبغي أن يعلم ان هذه المرتبة ليست كاسابقتها مشتملة على صنفين، يجتمع أعلى أحدهما مع ادنى الآخر، بل الصنفان فيها بحكم الصنف الواحد، نظراً الى ان ارثهم إنما يكون من جهة كونهم إخوة اب الميت وامه، كما قدمنا نقله عن الاصحاب، والاخوة صنف واحد. وكذا من يتقرب بواسطتهم او الى ان ارثهم فرع على الابوين لكونهم بمنزلتهما، والأبوان ايضاً صنف واحد، ولهذا الصنف درجات متفاوتة صعوداً ونزولا بحسب القرب والبعد، فالعم والعمة، ـ مثلا مطلقاً ـ اقرب من ابن العم والعمة وابن الخال والخالة مطلقاً، فلا يشاركه احد منهم حيث وجد في مرتبته.

وهكذا الخال والخالة مع ابن الخال والخالة وابن العم و العمة، وهكذا تعتبر الاقربية.

(مسألة: ٢٢٦) خرج من القاعدة المتقدمة صورة خاصة بالنصوص المستفيضة واجتماع الامامية في تقديم ابن العم للابوين على العم للاب. وهل يتعدى الحكم منها الى ما يقاربها من الفروض، كما لو حصل التعدد في احد الجانبين او كليهما، ان دخل في الفروض المذكورة زوج او زوجة، او حصل التغيير بالذكورة أو الانوثة، او انضم الى ذلك الخال والخالة؟ (خلاف) لا يليق بهذا الاملاء نشره، والاظهر الاختصار على مورد النص، حيث أن المسألة جرت على خلاف الاصول المقرره والظواهر المشتهرة. والتعدي فيها عن مورد النص مشكل.

(مسألة: ٢٢٧) لا يخفى أن هذه المرتبة مشتملة على طبقات متعددة:

(فالطبقة الاولى) ـ أعمام الميت وعماته والخواله وخالاته ثم أولادهم

مع عدمهم، ثم أولاد الاولاد، وهكذا البحث المقدم فيها خاصة، ولهذا لم تعتبر قيداً زائداً في شيء من الصور المفروضة للاحتراز عن سائر الطبقات.

(الطبقة الثانية) ـ أعمام أبيه وامه و عماتهما وأخوالهما وخالاتهما ثم اولادهم فنازلا. كما في سابقتها. ولا يرث احد من الطبقة مع وجود احد من سابقتها وان نزل.

(الطبقة الثالثة) ـ أعمام الجد والجدة وعماتهما واخوالهما وخالاتهما. ثم أولادهم فنازلا. ولا يرث احد من هذه الطبقة مع وجود من تقدمها.

(الطبقة الرابعة) ـ اعمام اب الجد وامه واب الجدة وامها وعمات كل منهما واخواله وخالاته، ثم اولادهم. وهكذا كل طبقة على هذا الترتيب.

وعلى هذا فاذا انتقل فرض الميراث الى الطبقة الثانية من طبقات الاعمام والاخوال فلو اجتمع عم الاب وعمته وخاله وخالته وعم امه وعمتها وخالها وخالتها ورثوا جميعاً لاستوائهم في الطبقة.

(مسألة: ٢٢٨) المشهور في كيفية ميراثهم: ان لمن تقرب بالام من العم والعمة والخال والخالة الثلث بالسوية بينهم، والثلثان لقرابة الاب ثلثها للخال والخالة بالسوية وثلثاهما للعم والعمة بالتفاضل،

والمسألة خالية من النص فسلوك طريق الاحتياط فيها مطلوب بصلح أو ابراء ونحوهما.

قد عرفت مما تقدم ان اولاد كل طبقة يقومون مقام آبائهم وإن نزولوا، ويقومون على من بعدهم من الطبقات المتأخرة.

(مسألة: ٢٢٩) لو اجتمع أولاد العمومة المتفرقين أخذ كل منهم نصيب

من يتقرب به، فلاولاد العم أو العمة للام السدس إن كان واحداً، والثلث إن كان اكثر يقتسمون بالسوية، والباقي لأولاد العم أو العمة للابوين. والعمومة لهما أو للاب مع عدمهم للذكر مثل حظ الانثيين.

(مسألة: ٢٣٠) لو اجتمع اولاد الخؤولة المتفرقين، فلاولاد الخال او الخالة من الام السدس، مع اتحاد من يتقربون به، والثلث مع تعدده بالسوية بينهم. ولاولاد الخال والخالة من الابوين او الاب مع عدمهم الباقي بالسوية ايضاً

(مسألة: ٢٣١) لو اجتمع اولاد العمومة المتفرقين مع اولاد الخؤولة المتفرقين، كان ثلث المال لاولاد الخؤولة يقتسمونه على حسب ما ذكرناه في صورة تفرقهم وانفرادهم خاصة. والثلثان لأولاد الاعمام يقتسمونه كما ذكرنا في مادة انفرادهم وتفرقهم، ولولد الخال والخالة الثلث إذا جامع احداً من اولاد الاعمام. والخلاف المتقدم في ميراث آبائهم في (الصورة الثالثة) جار هنا ايضاً لكون ميراثهم متلقى من آبائهم، فكل ما يثبت لآبائهم من النصيب يثبت لهم. ولو جامعهم احد الزوجين، فالحكم فيه حكم اجتماعه مع آبائهم كما تقدم في الصورة الرابعة.

(مسألة: ٢٣٢) قد يجتمع للوارث سببان من موجبان الارث، فان لم يحجب احدهما الآخر ولم يكن ثمة من هو اقرب منه فيها او في احدهما ورث بهما معاً إذا كان عما وخالا في صورة أن يتزوج اخ الشخص من أبيه باخته من امه، فهذا الشخص بالنسبة الى ولد هذين الزوجين عم، لانه أخو ابيه من الاب، وخال لانه اخو امه من الام. فيرث نصيب العمومة والخؤولة،

حيث لا مانع له منهما ولا من احدهما فلو اجتمع معه عم للابوين حجبه عن الارث بنصيب العمومة، وكان له الثلث بنصيب الخؤولة خاصة.

(مسألة: ٢٣٣) إذا كان أحد السببين يحجب الآخر، كما لو كان ابن عم هو اخ، فانه يرث بالاخوة الحاجبة خاصة، ولا يمنع ذو السبب المتعدد من هو في طبقته من ذي السبب الواحد، من حيث توهم قوة السبب بتعدده، لان مدار الحجب إنما هو على الاختلاف في القرب والبعد بحسب البطون على وحدة القرابة وتعددها، فيأخذ ذو القرابتين مع عدم المانع من جهتي استحقاقه النصيبين، ويأخذ ذو القرابة الواحدة من جهتها نصيب واحد، ولا يتعرض بتقديم المتقرب بالابوين على المتقرب بالاب، فان ذلك جار على خلاف الاصل. ومن ثم شاركه المتقرب بالام.

الرابع: ميراث الازواج

(مسألة: ٢٣٤) ان الزوجين يدخلان على جميع الطبقات ولا يحجبهما احد منهم، فلزوج النصف مع عدم الحاجب، والربع معه، وللزوجة الربع مع عدم الحاجب، والثمن معه، ولو كن اكثر من واحدة فهن شركاء في الربع والثمن، ويمنعها من الارث الموانع المتقدمة.

(مسألة: ٢٣٥) لا خلاف بين الاصحاب (رضوان اللّه عليهم) في عدم الرد على الزوجين ما وجد وارث مناسب او مسابب عدا الامام عليه السلام، اما لو انحصر الوارث في أحدهما والامام عليه السلام خاصة، فلا يخلو اما ان يكون الوارث معه عليه السلام هو الزوج او الزوجة، فان كان الزوج فللاصحاب ـ في الرد عليه أو عدمه، وان كان الوارث مع الامام عليه السلام هو الزوجة، فالمشهور بين

الاصحاب هو عدم الرد عليها مطلقاً، فيكون الباقي بعد نصيبها للامام عليه السلام.

(مسألة: ٢٣٦) مجرد العقد من غير توقف على الدخول كاف في ثبوت التوارث بين الزوجين.

(مسألة: ٢٣٧) لو تزوج المريض، فمات في مرضه قبل الدخول بها، فانها لا ترثه وظاهرهم الاتفاق عليه، وعلى هذا فان مات العاقد في مرض آخر بعد برئه من المرض الاول، او مات بعد الدخول، فلا ريب في صحيحة العقد ولزومه وترتب جملة الاحكام عليه.

ولو ماتت هي في مرضه الذي عقد فيه قبل الدخول بها، ففي توريثه منها إشكال.

فيقتصر فيه على مورد النص، وهو موته خاصة.

(مسألة: ٢٣٨) الزوجين يتوارثان ما دامت المرأة في حبال الزوج ولو بعد الطلاق إذا كانت في عدة رجعية. فلو خرجت من العدة، او كانت بائناً فلا توارث إلا في صورة واحدة وهى ما إذا طلق الرجل امرأته في مرضه الذي مات فيه، فانها ترثه الى سنة من حين الطلاق، وإن كان الطلاق بائناً ما لم يبرأ من مرضه او تتزوج هى قبل تمام السنة للاخبار العديدة.

(مسألة: ٢٣٩) لو ماتت هى في السنة لم يرثها بعد العدة نصاً وإجماعاً، واما في ضمن العدة، فان كانت رجعية فظاهرهم الاتفاق على انه يرثها فيها، وإن كانت بائناً عدم الارث.

(مسألة: ٢٤٠) هل يثبت التوارث في النكاح المنقطع ؟. الظاهر عدم ثبوته، الا ان يشترطا.

(مسألة: ٢٤١) الاظهر هو القول بحرمان المرأة من الارض بياضاً كانت او مشغولة عيناً وقيمة، وما فيها من الدور والمساكن والنخل والشجر ونحوها عيناً لا قيمة وانما تعطى قيمة الالات والخشب والطوب ونحوها.

(مسألة: ٢٤٢) الاولى المراد بالمساكن والابنية ما هو اعم مما يسكن بالفعل وغيره، وما يصلح للسكون وغيره من الحمامات والخانات ونحوهما مما صدق عليه اسم البناء.

(مسألة: ٢٤٣) كيفية التقويم للبناء والآلات والشجر ونحوها على القول به ان يقوم مستحق البقاء في الارض مجاناً الى ان تفنى الدار كأنها مبنية في ملك الغير على وجه لا يستحق عليها اجرة، الى ان تفنى وتعطى قيمة ما عدا الارض من ذلك، وكذا الشجر ونحوه.

(مسألة: ٢٤٤) هل القيمة في المواضع المذكورة رخصة للورثة لتسهيل الامر عليهم أم عزيمة، فيجب على الوارث بذلها ولو على القهر. المسألة موضع إشكال. ولعل الاول اقرب، لانه الاقرب للاخبار، ويتفرع على القولين ما لو بذل الوارث الاعيان. فعلى الاول يجب عليها القبول وليس لها طلب القيمة، بخلاف الثاني.

(مسألة: ٢٤٥) إذا اجتمعت ذات ولد وغيرها، فعلى المشهور من اختصاص الحرمان بغير ذات الولد، فهل تختص بثمن الارض اجمع وثمن عين ما حرمت منه الاخرى من الآلات والطوب والخشب ونحوها. الاظهر الاول.

(مسألة: ٢٤٦) كل من يختص بالعين يتوجه عليه دفع القيمة، فعلى ما

اخترناه يتوجه على الزوجة، فلو امتنعت رفع امرها الى الحاكم فيجبرها يبيع عليها بعض اموالها، كما فى سائر الديون.

(مسألة: ٢٤٧) إطلاق الولد محمول ولد الصلب، وقد قدمنا لك ما يدل على تصريح غير واحد منهم بصدق الولد على ولد الولد في باب النكاح.

(مسألة: ٢٤٨) لو خلّف ماء في ارض مملوكة (لكونه من توابع العيون) كمياه العيون الواقعة فيها وماء مملوكا في بئر وقناة له.

فانّ القدر الموجود منه وقت الموت ترث منه كسائر المنقولات، وما لم يكن كذلك فلا يكون تركة عند الموت، إذ الماء انما يتجدد شيئاً فشيئاً، فهو من ماء الارض، فيكون تابعاً فيكون تابعاً لها، ولا يخلو من قرب وان كان سبيل الصلح في مثل ذلك احوط.

الخامس: ميراث الولاء

والولاء طبقات مترتبة (أولها) ولاء العتق، ثم ولاء ضمان الجزيرة ثم ولاء الامامة، ولا يرث اللاحق منها مع وجود السابق.

ميراث ولاء العتق

(مسألة: ٢٤٩) يشترط في ثبوت الارث بالعتق شروط ثلاثة:

(احدهما) ـ فقد المناسب مطلقاً، وإلا فلا ميراث بالولاء فيدفع الميراث الى الخالة ولم يعط المولى.

(الثانى) أن يكون العتق تبرعاً، فلو كان واجباً بنذر أو بكفارة أو انعتق قهراً بأحد الاسباب بالموجبة لذلك من تنكيل لو زمانة او قرابة، فهو سائبة لا ولاء عليه.

(الثالث) أن لا يتبرأ المنعم من ضمان جريرته وجناية حال الاعتاق، وإلا فلا ولاءله بالاجماع، بل يكون ميراثه لمن ضمن جريرته ان كان، وإلا فالامام عليه السلام.

(مسألة: ٢٥٠) الظاهر انه يرثه المنعم ذكراً كان المنعم او انثى، ومع تعدده فلكل حصته بالنسبة. اما لو مات المنعم، وهو ان الولاء للاولاد الذكور خاصة، ومع عدمهم فللعصبة ان كان المنعم رجلا، وان كان انثى فلعصبتها.

(الثاني) اشتراك أولاد المنعم اذا كان رجلا في الولاء ذكوراً واناثاً واذا كان امرأة فهو لعصبتها كما تقدم في القول الاول.

(مسألة: ٢٥١) لا خلاف في ان الزوجين يأخذان نصيبهما الاعلى اذا كان الوارث المنعم او من يتقرب به من عصبته أو اولادهم.

(مسألة: ٢٥٢) اختلف الاصحاب، بعد اتفاقهم على ان الولاء موروث به، في انه هل يكون موروثاً كالمال ام لا؟ اكثر الاصحاب على العدم.

ميراث ولاء الإمامة

(مسألة: ٢٥٣) المشهور بين الاصحاب (رضوان اللّه تعالى عليهم) أن الميت اذا لم يكن له وارث نسبى ولا سببى حتى ضامن الجريرة، فميراثه للامام، سواء كان الامام حاضراً أو غائباً.

(مسألة: ٢٥٤) ميراث من لا وارث له للامام عليه السلام مطلقاً فيما يفعل به حال الغيبة، هو الحلّ لجميع الشيعة. وحينئذ فليكن المتولي لصرفه هو الحاكم الشرعي لانه نائبهُ عليه السلام، ومتى تعذر فلا يبعد الاكتفاء في ذلك بعدول المؤمنين.

الرابع: ميراث الغرقى والمهدوم عليهم

من شروط الارث العلم بحياة الوارث عند موت الموروث، فلو علم موتهما دفعة، واشتبه التقدم والتأخر فلا توارث.

اما مسألة الغرقى والمهدوم عليهم، مع الاشتباه.

(مسألة: ٢٥٥) قيّد الاصحاب (ميراث الغرقى والمهدوم) بشروط ثلاثة:

(الاول) ـ وجود المال لكل منهما أو لاحدهما، وإلا فمتى لم يكن لهما مال انتفى الارث من عدم وجود ما يورث. ولو كان لاحدهما مال دون الاخر انتقل المال الى من لا مال له، ومنه الى ورثة الحي.

(الثاني) ـ اشتباه المتقدم بالمتأخر، ولو علم اقتران الموت فلا ارث، ولو علم المتقدم من المتأخر، ورث المتأخر المقتدم من غير عكس.

(الثالث) ـ أن تكون الموارثة دائرة بينهما. بمعنى أن كل واحد منهما يرث من الآخر ولو بمشاركة غيره، فلو انتفى كما لو لم يكن استحقاق أرث بالكلية اما لعدم السبب او النسب او لوجود مانع من كفر أو رق، أو وجود وأرث حي لكل منهما أو لأحدهما حاجب للميت الآخر، فلا يجري فيه الحكم المذكور على المشهور.

(مسألة: ٢٥٦) لو غرق أخوان ولكل منهما ولد، فانهما لا توارث بينهما بل بكل منهما يحرز ميراثه ولده، اما لو كان الولد لأحدهما خاصة دون الثاني، وليس للثاني وارث إلا اخوة ذو الولد، فان المشهور عدم توريث الأخ واختصاص الميراث بغيره وإن كان أبعد لعدم ثبوت بقائه بعد اخيه الذي هو شرط في الارث كما تقدم، وعدم دخوله في مسألة الغرقى والمهدوم عليهم،

لاشتراطها بالتوارث من الجانبين كما ذكرنا.

التوارث بينهما إنما هو من اصل التركة دون ما ورث احدهما من صاحبه، بمعنى ان يفرض موت احدهما أولاً. فيورث الآخر منه، ثم يفرض موت الآخر أولاً، فيورث الأول منه من أصل ما له دون ما ورثه، كما إذا غرق الزوج حصته منها، ثم يفرض موت الزوج أولاً موت الزوجة مثلاً، فيرث الزوج حصته منها، ثم يفرض موت الزوج أولاً فترث الزوجة نصيبها من أصل ماله، لا مما ورثه منها فلو كان لأحدهما مال دون الآخر انتقل مال ذى المال الى من لا مال له ثم منه الى ورثته الاحياء.

(مسألة: ٢٥٧) هل يلحق بالغرق والهدم كل سبب موجب للاشتباه فى تقدم موت احدهما على الآخر، كالحرق والقتل ونحوها مما سوى حتف الأنف.

الحكم لما كان على خلاف الاصل، فالواجب الاقتصار فيه على موضع النص والوفاق.

(مسألة: ٢٥٨) هل يجب تقديم الاضعف في التوريث كالزوجة على الزوج؟ لا يجب في الفرض مطلقاً وان استحب ذلك.

ميراث الخنثى

الخنثى، وهو من له فرج الذكر وفرج الانثى.

(مسألة: ٢٥٩) قد ذكر الاصحاب لهذا المقام فردين آخرين مّما يشكل حكمها:

أحدهما: من ليس له ما للرجال ولا ما للنساء.

ثانيهما: من له بدنان على حقو واحد.

الخنثى لا تخرج عنهما. بان يكون احد الفرجين هو الاصلى. والثاني زائداً كسائر الزوائد في الخلقة من يد ورجل واصبع ونحوهما.

استعلام الزائد من الاصلى. وإلا فهو المشكل.

(مسألة: ٢٦٠) طريق استعلامه، أنه يختبر حاله من كونه ذكراً او انثى ببوله.

فإن: بال من فرج الرجال فهو يلحق بهم. وإن بال من فرج النساء فهو يلحق بهن فإن بال منهما معاً اعتبر بابتداء بوله. فايهما ابتدأ حكم به. وإن ابتدأ منهما

ثم ان تساوى الفرجان في البول ابتداء وانقطاعاً. فهو الخنثى المشكل.

وروى فى الفقيه ايضاً عن السكوني عن جعفر عن ابيه ان علياً عليه السلام كان يورث الخنثى، فيعد اضلاعه، فان كان اضلاعه ناقصة عن اضلاع النساء بضلع ورث ميراث الرجال، لان الرجل تنقص اضلاعه عن اضلاع المرأة بضلع.

ولا يبعد الجمع بينهما بحمل الاخبار السابقة على ما إذا مات، ولم يعلم عدد الاضلاع،

ميراث الممسوخ

(مسألة: ٢٦١) المشهور أن من ليس له فرج الرجال ولا فرج النساء، ان الحكم فيه بالقرعة، فان خرج له سهم الرجل ورث ميراثه، وان خرج له سهم المرأة ورث ميراثها.

ميراث ذي الرأسين في حقو واحد

(مسألة: ٢٦٢) من له رأسان وبدنان في حقو واحد، فالحكم فيه عند الاصحاب انه يوقظ احدهما إذا ناما، فان انتبه الآخر ايضاً فهما واحد في الارث وإلا فهما اثنان.

وينبغي حمل الصياح على أن يكون بوجه يختص بايقاظ احدهما، كأن يصيح في أذنه، ولذا لم يذكر الاصحاب الصياح، بل قالوا يوقظ أحدهما، لأنه متى حكم الشارع له بميراث الذكر والانثى لوجود شيٍ من تلك الامارات من قرعة او نحوها، فهو فرع الحكم بذكوريته او انوثيته.

(مسألة: ٢٦٣) يلزمه أحكام الذكور أو الاناث في العبادات والمعاملات ذو رأسان وبدنان في حقو واحد في ما عدا الميراث، حيث حكموا في العبادات بالتعدد، وقالوا انهما اثنان فيها، سواء انتبه احدهما مع ايقاظ الآخر ام لا، فيجب عليه غسل أعضائه جميعاً ومسحها في الوضوء، وكذا في الغسل والتيمم والصوم والصلاة وغيرها من العبادات البدنية، اما الشهادة فيعتبر اتحاده فيها وتعدده بالايقاظ، كما في الرواية، وفي النكاح واحد نظراً الى الذكورية او الانوثية، واما في العقد فاشكال، وكذا في الطلاق، واما في البيع وكذا سائر العقود فاثنان على المشهور، وكذا في الجنايات من احدهما بجناية الآخر، هكذا ذكر، واكثرها لا يخلو عن اشكال.

(مسألة: ٢٦٤) حكم تركة الميت اذا كان عليه دين، وخلّف تركة وكان الدين يستوعبها، ان التركة تنتقل الى لوارث، لكنه يمنع من التصرف فيها إلا أن يوفي الدين أو يضمنه لاستحالة بقاء الملك بلا مالك. وهذا هو الاظهر عندي إذ متى فرض عدم ملك الوارث.

بمعنى عدم جواز التصرف إلا بعد ضمان المال في ذمتهم والالتزام به، فاذا ضمنوا الدين جاز لهم التصرف حسبما ارادوا، ولا يشترط رضى المضمون له.

(مسألة: ٢٦٥) فيما نحن في نماء التركة بعد الموت، وقبل اداء الدين، يكون ملكاً للوارث لعين ما ذكر قبل. ويتفرع على ذلك ايضاً وجوب تسلط الوارث عليها، ويخيير الوارث بين اداء الدين منها أو من غيرها، ولو لم يستوعب الدين التركة، ففي منعه من التصرف مطلقاً أو في ما قابل الدين خاصة وجهان: اجودهما الثاني، قال فيه لكن يكون التصرف مراعى بوفاء الباقي بالدين.

ميراث الحمل

(مسألة: ٢٦٦) ميراث الحمل، وارثه مشروط بأمرين:

(احدهما) ـ وجوده عند موت المورث ولو نطفة، ويعلم اما بولادتها له دون ستة اشهر من الموت حياً كاملا، فانه مما يقطع بوجوده وقت الموت ألبتة، أو بمضي أقصى الحمل فما دون، ولم توطأ في تلك المدة وطأ يصح استناده اليه.

(ثانيهما) أن ينفصل حياً فلو انفصل ميتاً لم يورث، وإن كان قد تحرك سابقاً فى البطن، إذ هو في حكم العدم، وكذا لو مات قبل تمام الانفصال، إذ الشرط خروجه كملا حياً، وتعلم الحياة بعد الولادة باستهلاله أو عطاسه او التناؤب او امتصاص الثدي ونحوها من الحركات فلا يجزى مثل حركة المذبوح الدالة على كونها حركة حي، دون حركة التقلص والاختلاج. فلا يجزي مثل حركة المذبوح.

(مسألة: ٢٦٧) لا يشترط فيه استقرار الحياة بمعنى ان يولد وله حياة مستقرة بحيث يمكن ان يعيش فلا يعتبر بحياته لو سقط بجناية جان، وتحرك حركة المذبوح.

(مسألة: ٢٦٨) عدوا الحمل في جملة موانع الارث، بمعني ان بقاءه في البطن مانع له من الارث حتى يخرج حيا، والحمل كما يحجب الولد عن الارث يحجب ايضاً غيره ممن هو دونه الطبقة حتى يتبين امره، كما لو كان للميت امرأة حامل، وله اخوة فيترك الارث حتى تضع، نعم لو طلبت الزوجة حقها اعطيت النصيب الاقل لانه المتيقن، بخلاف الاخوة، ولو كان ثمة ابوان اعطيا السدسين أو اولاد ارتجى من التركة للحمل بينهم ذكرين، لندور الزوائد، وبعد انكشاف الحال بالولادة يستدرك جميع ذلك بزيادة ونقصان.

ميراث ولد الزنا

(مسألة: ٢٦٩) ميراث ابن الزنا، المشهور بين الأصحاب ان من تولد من الزنا من الطرفين إنما يرثه ولده وأحد الزوجين دون الابوين ومن يتقرب بهما، لانتفائه شرعا من ابويه، فلا يرثانه هما، ولا من يتقرب بهما، ولا يرثهم، ولو اختص الزنا باحد الطرفين دون الآخر بان كان بشبهة انتفى التوارث بينه وبين الزاني منهما خاصة، ووقع التوارث بينه وبين الآخر، لكونه ابنا شرعيا بالنسبة اليه. وكذا من يتقرب به مع عدم.

الولد واحد الزوجين؛ فميراثه لضامن الجريرة. وإلا فللامام عليه السلام

ميراث المفقود

(مسألة: ٢٧٠) ميراث المفقود أن يطلب في الارض اربع سنين، فان لم يوجد له خبر قسم ماله واعتدت زوجته، من حصل العلم العادي بعدم حياته

فانه يجوز نكاح زوجته وان لم ترفع امرها الى الحاكم، ويأتى أيضاً في قسمة ماله.

هذا إنما ينطبق على من سافر الى ناحية أو بلد ثم لم يأت عنه خبر بموت ولا حياة. وأما من فقد على احد هذه الوجوه وليس ثمة بلد ولا صقع يمكن الحياة فيه، ولا أحد يكتب اليه، فانه يكفي في الحكم بموته حصول المترددين من تلك الاطراف المحيطة التي يعلم بجاري العادة انه لو كان حياً لكان فيها، والا اتى بخبره المترددون اليها.

ميراث المرتد

(مسألة: ٢٧١) ميراث المرتد، وهو إما فطرى واحد ابويه مسلم أو ملى وهو على خلافه، وعلى كل منهما فاما ان يكون رجلا او امرأة، والحكم في هذه المسألة مختص بالرجل المرتد عن فطرة دون المرأة، فان حكمها ان تحبس وتضرب أوقات الصلاة الى تتوب أو تموت، فطرية كانت أو ملية، دون الرجل الملى، فانه يستتاب، فان تاب قبلت توبته، والا قتل، ولا يقسم ملله حتى يقتل، بخلاف الفطرى وهو محل البحث، فانه بمجرد الارتداد وان تاب يجب قتله، ويقسم ماله على ورثته، وتعتد زوجته عدة الوفاة، ولو تعذر قتله لتغلب أو هرب فلا تسقط الاحكام الباقية، إذ لا ترتب لها على القتل، والظاهر قبلو توبته لو تاب فيما بينه وبين اللّه تعالى ولكن لا تسقط عنه الأحكام المذكورة.

ميراث الدية

(مسألة: ٢٧٢) أنه يرثها من عدا المتقرب بالام خاصة من المتقرب

بالابوين او الاب وحده كلها، واختصاص الحرمان بالاخوة والاخوات.

ميراث المشكوك فيه

(مسألة: ٢٧٣) من كانت له أمة قد وطأها الشركاء في طهر واحد، فأنه يقرع بينهم، فمن خرج أسمه الحق الولد به، وتوارثا.

والله سبحانه العالم بحقائق أحكامه ونوابه العالمون بمعالم حلاله وحرامه.

وأخر دعونا أن الحمد لله ربّ العالمين.

فهرس

كتاب التجارة

كتاب القرض والدين

كتاب الرهن

كتاب الشفعة

كتاب الحجر

كتاب الضمان

كتاب الصلح

كتاب الشركة

كتاب المضاربة

كتاب المزارعة والمساقاة

كتاب الوديعة

كتاب العارية

كتاب الإجارة

كتاب الوكالة

كتاب الوقوف والصدقات

كتاب النكاح